

Godina VIII, broj 8, 2020. godina



ZBORNIK RADOVA

Osmi međunarodni naučni skup

DANI PORODIČNOG PRAVA

„Porodično pravo u eri globalizacije“

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, 2020.

ZBORNİK RADOVA
Osmi međunarodni naučni skup

DANI PORODIČNOG PRAVA
„Porodično pravo u eri globalizacije“

Izdavač – Publisher

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

Glavni urednik – Editor in Chief
Prof. dr. Alena Huseinbegović

Uredništvo – Editorial Board
Prof. dr. Alena Huseinbegović, glavni i odgovorni urednik – Editor in Chief,
prof. dr. Zoran Ponjavić, prof. dr. Nenad Hlača, prof. dr. Anita Duraković,
dr. Stefan Pürner, doc. dr. Nerma Čolaković - Prguda, v. asist. mr. Sunčica
Hajdarović

ISSN 2303-6052

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

SADRŽAJ

IZVORNI NAUČNI RADOVI

1. *Zoran Ponjavić* – PORODIČNO PRAVO U KONTEKSTU GLOBALIZACIJE9
2. *Dušica Palačković* – DEJUDICIJALIZACIJA U OBLASTI PORODIČNO - PRAVNIH ODNOSA - REFLEKSIJA GLOBALNOG PROCESA NA PRAVNI SISTEM REPUBLIKE SRBIJE25
3. *Suzana Kraljić i Katja Drnovšek* – MAINTENANCE OBLIGATIONS TOWARDS ADULT CHILDREN IN THE REPUBLIC OF SLOVENIA42
4. *Sladana Aras Kramar* - NOVINE U SUSTAVU NADLEŽNOSTI U PREDMETIMA RODITELJSKE ODGOVORNOSTI – EUROPSKA PERSPEKTIVA58
5. *Larisa Velić i Enis Omerović* – DISKRIMINACIJA KAO POVREDA *JUS COGENS*? NJENI OBLICI U PORODIČNOM PRAVU I PORODIČNIM ODNOSIMA: PRIMJER BOSNE I HERCEGOVINE76
6. *Maja Čolaković* – *SHARENTING I PRIVATNOST DJETETA*.....103
7. *Anita Duraković i Ramajana Demirović* – UNIFICIRANI PRAVNI OKVIR U MATERIJU PREKOGRANIČNOG ODVOĐENJA ILI ZADRŽAVANJA DJECE UNUTAR EUROPSKE UNIJE121
8. *Rebeka Kotlo i Amra Jašarbegović* – UNAPREĐENJE PRAVA I STATUSA ŽENA I DJECE U MEĐUNARODNOM PRAVU LJUDSKIH PRAVA143
9. *Enis Omerović i Jasmina Sadrija* – DJECA VOJNICI U ORUŽANIM SUKOBIMA174

PRETHODNO SAOPĆENJE

10. *Boris Krešić i Selma Kunić* – ALTERNATIVNO RJEŠAVANJE PORODIČNIH SPOROVA: POSTOJEĆA RJEŠENJA U BIH I MOGUĆNOST ZAKONSKOG UREĐENJA PORODIČNE ARBITRAŽE205
11. *Borjana Miković* – EUROPSKA KONVENCIJA O USVOJENJU (REVIDIRANA) I PORODIČNI ZAKON F BIH226

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

12. *Darja Softić Kadenić* – NASLJEĐIVANJE I PLANIRANJE ZA SLUČAJ SMRTI PO MJERI SAVREMENE PORODICE253
13. *Zlatko Brkić i Vesna Popović* – PRAVA DJETETA U MEĐUNARODNOM PRAVU272
14. *Ivona Šego – Marić i Ivana Marušić* – UTJECAJ RIMSKO PRAVNE REGULE *MATER SEMPRE CERTA EST* NA BOSANSKOHERCEGOVAČKO OBITELJSKO ZAKONODAVSTVO KROZ PRAVNU POVIJEST286
15. *Armina Čunjalo* – MEĐUNARODNA OTMICA DJECE KROZ PRIZMU HAŠKE KONVENCIJE IZ 1980. GODINE I UTJECAJ PROCESA GLOBALIZACIJE307

STRUČNI ČLanci

16. *Muharem Adilović, Ajdin Huseinspahić i Sedad Dedić* – SAVJETOVANJE PRIJE ZAKLJUČENJA BRAKA I EFEKTI POSREDOVANJA PRIJE RAZVODA BRAKA U BIH325
17. *Petra Vuksanović i Borislav Jeličić* – RAZVOD BRAKA I STARATELJSTVO NAD DJECOM KAD JE PREBIVALIŠTE BRAČNOG SUPRUŽNIKA U STRANOJ DRŽAVI U PRAVU BIH I REPUBLIKE HRVATSKE356
18. *Milijan Vasić* – PRAVO DJETETA NA IZDRŽAVANJE U PRAVNOJ TEORIJI I SUDSKOJ PRAKSI U REPUBLICI SRPSKOJ376
19. *Đemaludin Mutapčić* – VANSUDSKI POSTUPAK POSREDOVANJA U SKLADU SA USTAVOM FEDERACIJE BIH394

Predgovor

Zbornik radova Dani porodičnog prava „Porodično pravo u eri globalizacije“ rezultat je 8. međunaradnog naučnog skupa pod istim nazivom održanog 12. novembra 2020. godine u organizaciji Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru i Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju/IRZ. Zbog globalne pandemije uzrokovane koronavirusom skup je održan u online fomatu, putem Microsoft Teams platforme.

Na skupu su referate prezentovali naučni radnici, nastavnici i saradnici pravnih fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Sveučilišta u Mostaru, Univerziteta u Zenici, Univerziteta u Tuzli, Univerziteta u Sarajevu, Univerziteta u Banjoj Luci, Univerziteta u Kragujevcu, Sveučilišta u Zagrebu, Univerziteta u Mariboru, Fakulteta Političkih nauka Univerziteta u Sarajevu i Islamskog pedagoškog fakulteta Univerziteta u Zenici, kao i pravni stručnjaci (notari, advokati i saradnici u državnim/entitetskim institucijama) iz Sarajeva, Banja Luke i Rijeke. Uz uvažene referente, uspješnosti rada skupa, aktivnim učešćem u diskusijama i iznošenjem problema na koje nailaze u svom radu, doprinijeli su i stručni radnici čija djelatnost je usko vezana za porodično pravo - sudije općinskih i kantonalnih sudova, te predstavnici centara za socijalni rad.

Zbornik radova sadrži 19 autorskih/koautorskih radova okupljenih oko centralne teme Skupa „Porodica u eri globalizacije“. Porodica se danas suočava sa brojnim teškoćama i problemima kako bi ispunila pretpostavljene funkcije i očekivanu ulogu. Promjene se odvijaju velikom brzinom u svim segmentima savremenog društva i ostavljaju značajne posljedice na stanje, razvoj, ulogu i mjesto porodice u društvu. Svakako najznačajnija pojava našeg vremena jeste globalizacija. Porodica je determinirana globalnim promjenama poput migracija, siromaštva, starenja stanovništva, napretka biomedicine što dovodi do promjena u shvatanju tradicionalnih porodičnih vrijednosti, razaranja velikog broja porodica i narušavanja ranijeg porodičnog života. Najvažnije promjene uzrokovane globalizacijom odnose se na brak i razvod, porast alternativnih zajednica života, odnose unutar porodice, rađanje djece, položaj djece i žena, rodne norme i nasilje u porodici. Evropski odgovor na globalizaciju kao sveobuhvatni svjetski trend jeste proces evropskih integracija unutar Evropske unije, koji pretvaraju savremeno (porodično) pravo iz dominantno nacionalnog u integracijsko pravo. To ne znači samo unifikaciju prava jer države i dalje zadržavaju suverenitet u pogledu sadržaja materijalnog porodičnog prava. Međutim, suverenitet je u određenoj mjeri ograničen međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima te obavezujućim odlukama Evropskog suda za ljudska prava i Suda Evropske unije. U eri globalizacije (europeizacije), interesantno je, značajno i poučno

promatrati evoluciju pojedinih instituta porodičnog prava. Stoga se nadamo da će radovi objavljeni u Zborniku koji je pred nama, doprinijeti boljem razumijevanju pojedinih rješenja (nacionalnih i međunarodnih) porodičnog prava te indentifikovati teorijske i praktične probleme u njihovoj primjeni, kao i ponuditi moguće odgovore na određena otvorena pitanja.

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

Uredništvo

IZVORNI NAUČNI RAD

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

PORODIČNO PRAVO U KONTEKSTU GLOBALIZACIJE

Sažetak: Iako je porodično pravo snažno usidreno u nacionalnim kulturama država iznenađujuće je da proces globalizacije vrši značajan uticaj i na njega. U radu se analiziraju njene posledice kojhe su istovremeno njeni uzroci, što samo dovodi do ubrzanja ovog procesa. Ispoljava se najpre, kroz rastući pedocentrizam porodičnog prava, budući da je interes deteta postao osnovni kriterijum regulisanja porodičnih odnosa. Ovome treba dodati i naučni napredak biotehnologije na planu ljudske reprodukcije, čiji se uticaj ne može teritorijalno ograničiti na nacionalne države. Najzad, umnožavaju se izvori porodičnog prava. Tu su i dalje državni izvori, ali i Evropska konvencija o ljudskim pravima i drugi međunarodni izvori.

Na kraju se u radu postavlja pitanje da li je ideja o stvaranju globalnog prava zasnovanog na globalizaciji ekonomskih odnosa i ljudskih prava, ostaje iluzorna, budući da je kulturni jaz između nacija očigledan. Naročito u pogledu „globalizacije“ izvora prava oličenog u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima čiju kontrolu preuzima Sud za ljudska prava, koji na taj način preuzima i zakonodavne kompetencije.

Ključne reči: globalizacija, porodično pravo, pedocentrizam, biotehnologija, izvori prava

1. Uvod

Nekoliko pojava krajem prošlog i početkom ovog veka su doprinele gotovo revolucionarnim promenama društva, prava i pravne nauke. Poslednja, i ne najmanje bitna je globalizacija, koja, po nekima označava „istinski raskid sa 20. vekom“.¹ Globalizacija je duboko preobrazila svet. Proizvod konvergencije razvoja u ekonomskom, tehnološkom, ekološkom, kulturnom, socijalnom i političkom poretku, globalizacija vrši snažan uticaj na naš svakodnevni život i funkcionisanje institucija. Pored brojnih mogućnosti koje je globalizacija donela, poput povećanja mobilnosti, međusobne povezanosti ljudi sa različitih strana sveta kao rezultat napredne komunikacijske tehnologije i širenja svetskog tržišta, stvorila je i niz značajnih izazova. Mnogi poslovi su postali nesigurni, privremeni ili se od zaposlenih traži da rade dugo vremena za male plate. Transformacije nastale globalizacijom

¹ P. Jacquet, P. Sachwald, *Mondialisation : la vraie rupture du 20ème siècle*, Politique étrangère, n° 3-4, 2000, pp. 597-612. https://www.persee.fr/doc/polit_0032-342x_2000_num_65_3_4968, 23.04.2020. Takođe i: Pascal Lamy, L'union européenne, laboratoire de la globalisation maîtrisée. Objavljeno na: <https://www.cairn.info/revue-reflets-et-perspectives-de-la-vie-economique-2002-2-page-9.htm#>, 12.05.2020.

prožimaju i sve aspekte porodičnog života. Raste neizvesnost koja značajno menja porodični i život u zajednici, uključujući način na koji utiče na odluke mladih o partnerstvu i formiranju porodice.

Zakonodavci i sudska praksa ne koriste termin globalizacija.² On je nastao u akademskim raspravama krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina prošlog veka da bi danas postao primarni problem društvenih nauka.³ Samo su mu praksa i doktrina posvetili veliku pažnju sukobljavajući stavove u pogledu njenog pojma i sadržine.⁴ Ovi sukobi, pre svega između globalista i antiglobalista, uglavnom se svode na pitanje uloge nacionalnih država u procesu globalizacije. Odnosno, da li njihova uloga slabi uspostavljanjem jedinstvenog svetskog poretka putem međunarodnog prava ili je još uvek nezamenljiva u oblasti funkcionisanja međunarodnog sistema, pa i u oblasti prava.⁵ Globalizacija, ili mondijalizacija (izraz koji se koristi u francuskoj doktrini) je pre svega izraz globalnih promena u ekonomiji, ali i u pojavi novih tehnologija. Uglavnom se izvorno govori o ekonomskoj globalizaciji, budući da to još uvek nije izgrađen pravni koncept.

Globalizacija je zaista faza radikalno nova, kvalitativno različita od internacionalizacije koja je nastala nakon Drugog svetskog rata.⁶ Dok se internacionalizacija bazirala na nacionalnim državama, koje su imale cilj zaštitu nacionalnih interesa država učesnica od spoljnih uticaja, globalizacija je u velikoj meri izvan njihovog domašaja. Njen obim više nije samo ekonomski, već i socijalni, kulturni, politički, pravni.

2. Pravna globalizacija

Ni pravo nije apsolutno, izvan prostora i vremena. Naprotiv, ono je relativno. Pre svega je nacionalno i njegova sadržina i definicije rezultat su geografskih ograničenja. Ono je, međutim, podložno stranim uticajima, sada više nego ikada. Nacionalni pravni poreci su doživeli burne promene pod uticajem globalizacija i jedne od njenih posledica, regionalizacije.

Danas široko rasprostranjena, tema "globalizacije prava" ima tendenciju da se

2 U literaturi se pored termina globalizacije koriste i druge njegove varijacije: mondializacija, transnacionalizacija, fragmentacija, regionalizacija, itd. Vid: Jean-Sylvestre Bergé, *L'application du droit dans un contexte global: questions de méthode*, Les Cahiers de Droit (2015) 56 C. de D. 185. Objavljeno na: <https://www.erudit.org/fr/revues/cd/1/2015-v56-n2-cd01937/1031351ar/>. Više: Gaylor Rabu, *La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques*, Revue internationale de droit économique. Objavljeno na: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2008-3.htm337>, 23.05.2020.

3 D. Dabović, *Usklađivanje prava u procesu globalizacije*, Anali PF u Beogradu, 1/2008, 167.

4 O značaju ove teme svedoči i činjenica da su joj, tačnije temi globalizacije prava, posvećena dva zbornika sa pravnih fakulteta: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, broj 76, godina LVI, 2017, 1-790 i *Law in the process of globalisation*, Collection of papers contributed on the occasion of 40th anniversary of the Faculty of Law of the University of Kragujevac, 1-634.

5 D. Dabović, op.cit, 169.

6 Postavljajući pitanje nije li ekonomska globalizacija samo povratak na internacionalizaciju karakterističnu za kraj 19. veka neki odgovaraju da se globalizacija od nje razlikuje po intezitetu i složenosti. Vid.: P. Jacquet, P. Sachwald, op.cit., 597.

nametne kao aksiom, upadajući u carstvo očiglednog i ne zahtevajući više nijednu stvarnu potvrdu. Neodoljiv pokret ga tera ka prevazilaženju zakonskih okvira nasleđenih iz prošlosti, ka nastajanju „zajedničkog zakona“, koji nadilazi okvire granica država. Globalizovanje prava označava progresivno uspostavljanje osnovnih zajedničkih pravila i principa što vodi ka približavanju državnih pravnih sistema⁷, u različitim pravnim oblastima. To se postiže ne samo njihovom saradnjom već i konkurencijom, kako između pravnih normi tako i subjekata prava, što postaje trajni izvor napetosti i protivurečnosti⁸, ali i njihove konvergencije. Iz ove perspektive posmatrano globalizacija prava vodi ka postepenom približavanju različitih pravnih sistema uspostavljanjem zajedničkih standarda. Ova konvergencijma je primetno rezultat i evolucije metoda proizvodnje pravnih normi.⁹ Naime, globalizacija generiše postepeni zaokret u produkciji pravnih normi prema privatnim ekonomskim udruženjima, značajnu ulogu dobijaju korporacije, privatni kodeksi ponašanja, razvoj kontraktualizacije prava, itd. Jednom rečju, globalizacija dovodi do značajnih promena, uključujući gubitak ekskluzivnog državnog monopola i kompetentnosti u stvaranju pravnih normi.

Ovaj pokret je deo globalnijeg procesa transformacija savremenih društava i prema nekim autorima rezultat je više faktora, a najvažniji su: globalizacija tržišta, politička volja za realizaciju konkretnih projekata, modernizam i tehnologija.¹⁰ Iako je u prošlosti, kao što je rečeno, postojao proces internacionalizacije, mnogi autori savremenu pravnu globalizaciju smatraju radikalno novim fenomenom. Premda ce ne može reći da je potpuno nov i nepoznat. Zaista se može reći da nijedno društvo u istoriji nije izgradilo sopstveno pravo potpuno autonomno.

Prava ”paradigma”, koja se odnosi na transformacije svih oblasti izazvane nastajanjem „sveta bez granica“, globalizacija je snažno uticala na pravo.¹¹ Ona slama monopol koji države - nacije imaju u procesu njegovog stvaranja što potkopava temelje modernog prava, onako kako je to zapadnjačka misao usvojila između 19 i 20 veka. Ne samo da ovo utiče na oblike i modalitete zakonskog regulisanja, već takođe nagoni na ponovno promišljanje o suštini prava. Ako je ritam njegove evolucija neizvestan, njen pravac se jasno prati.

7 U ovom smislu: J. Chevalier, *Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ?*. Le droit saisi par lamondialisation, Bruylant, pp. 37-61, 2001, 39. Objavljeno na: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01759953/document>, 04.05.2020.

8 Chartouni-Dubarry, Al Rachid. *Droit et mondialisation*. U: Politique étrangère, n°4 - 1999 - 64^eannée. pp. 941-946; https://www.persee.fr/doc/polit_0032-342x_1999_num_64_4_5025, 21.04.2020.

9 R. Gaylor, *La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques*, Revue internationale de droit économique, 2008/3 (t. XXII, 3), p. 335-356. <https://www.cairn-int.info/revue-internationale-de-droit-economique-2008-3-page-335.htm>, 337., 05.04.2020.

10 M. Paquette, *La mondialisation des règles de droit: coercion ou liberté?* Objavljeno na: <https://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/81/40/lamondialisationdesreglesdedroit.pdf> . 04.05.2020.

11 Jedna od posledica nastajanja sveta bez granica, odnosno globalizacije prava jeste i nestanak geografskih i vremenskih obeležja na kojima je izgradeno moderno međunarodno privatno pravo. Više o ovome: Horatia Muir Watt, *Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé)*. Arch. phil. droit 45 (2001). Objavljeno na: <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/168.pdf>, 05.04.2020.

Globalizacija prava izaziva mešovita osećanja, retko oduševljenje. Naime, ona prisiljava pravnike da naprave veliki skok u nepoznato, daleko od njihovih tradicionalnih znanja. Što se tiče komparativista, oni sa zabrinutošću otkrivaju duboki ponor koji ih razdvaja od blistavih obala globalizacije. Oni izbegavaju da upoređuju nacionalna pravna pravila, plašeći se da će izgubiti nacionalni identitet.

Transnacionalni pravni propisi mogu poprimiti različite oblike. Neki su vrlo stari, poput tradicionalnih međunarodno pravnih ugovora zaključenih između država, drugi su se pojavili u novije vreme: pravila doneta od strane regionalnih političkih i ekonomskih blokova (poput Evropske Unije), norme i standardi koje su donele međunarodne organizacije, kodeksi ponašanja transnacionalnih ekonomskih grupa, precedenti prakse arbitražnih tela.¹²

Može se reći da je globalizacija prava zaista smeštena na razmeđu ekonomske globalizacije i univerzalizma ljudskih prava. Ona se s toga posebno i ističe u ova dva domena. Na prvom mestu ona se odnosi na regulisanje međunarodnih trgovinskih, ekonomskih i finansijskih odnosa. Ovo se ostvaruje usaglašavanjem i standardizacijom na globalnom nivou. Transnacionalni pravni režimi koji se uspostavljaju u osnovi imaju cilj organizovanje tržišta i konkurencije: kretanje radnika i kapitala, imovinske i ugovorne garancije, oporezivanje transakcija, zaštita potrošača. Sve ovo iziskuje nova jedinstvena zakonska pravila kojima se osigurava bezbednost međunarodnih trgovinskih i finansijskih odnosa i eliminiše razlika u pravima koja ometaju ove odnose. Prema tome, svaki pokušaj globalizacije prava, generalno, ima za cilj da olakša međunarodne transakcije i odnose i da osigura njihovu pravnu sigurnost. U ovom pogledu promovisu se nova pravila iz komercijalne oblasti, tačnije u međunarodnoj komercijalnoj praksi, nazvana „*new law merchant*“ ili „*lex mercatoria*“, kao i pravila koja su namenjena upravljanju međunarodnim ekonomskim odnosima, koji su grupisani zajedno pod imenom „*Soft Law*“. Dominantnost globalizacije u ovim oblastima dovela je do toga da su neki čak tvrdili da u sektoru privatnog prava jedinstveno materijalno pravo ostaje ograničeno na trgovinu i da je ona nemoguća u drugim oblastima.

Promocija i zaštita ljudskih prava je drugi glavni oblik transnacionalizacije pravnog uređenja. Internacionalizacija ljudskih prava povezana je sa transnacionalnim širenjem, posle Drugog svetskog rata, saosećanja prema žrtvama masovnog kršenja ljudskih prava tokom rata. Širenju „kosmopolitske pravne kulture“ ljudskih prava doprineli su i demokratski pokreti u nekoliko regiona sveta. Takođe je bila ojačana borbom feminističkih pokreta i razvojem prava manjina protiv diskriminacije. Ovo je omogućilo razvoj globalnog režima ljudskih prava, a Ujedinjene nacije su usvajanjem Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima¹³ postale njegov centralni akter. Ključni elementi ovog režima ljudskih prava su univerzalizacija

12 T. Delpuech, *Une critique de la globalisation juridique de style civiliste. État des réflexions latines sur la transnationalisation du droit à partir du Dictionnaire de la globalisation*, Droit et société, 2012/3 (n° 82), p. 733-761. Objavljeno na: <https://www.cairn-int.info/revue-droit-et-societe1-2012-3-page-733.htm>, 06.04.2020.

13 Usvojena i proglašena rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 217A (III) od 10. XII 1948. godine.

principa ljudskog dostojanstva i uspostavljanje nadležnosti organa koji treba da obezbede njihovo poštovanje. Uprkos slabosti u njegovom sprovođenju, koje i dalje postoje budući da zavise od političke volje nacionalnih vlada, režim zaštite ljudskog dostojanstva uživa rastući autoritet na međunarodnoj sceni. Paralelno sa univerzalnim međunarodnim konvencijama o ljudskim pravima postupno se uspostavljaju regionalni sistemi promocije i zaštite ljudskih prava koji ustanovljavaju i oblikuju standarde ljudskih prava polazeći od univerzalnih dokumenata o ljudskim pravima ali i od konkretnih prilika na regionalnom nivou.¹⁴ U ovom pogledu može se reći da je evropski sistem garancija ljudskih prava najrazvijeniji i najefikasniji, najviše zahvaljujući uspostavljenoj nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava da donosi obavezujuće odluke za države članice Saveta Evrope, kao i mogućnosti da žrtve kršenja Evropske konvencije za zaštitu osnovnih ljudskih prava podnesu predstavke direktno ovom sudu. Ostali regionalni sistemi (međuanerički, afrički) za sprovođenje ljudskih prava imaju vrlo ograničenu efikasnost.¹⁵

Za sada se svakako ne može reći da postoji globalni pravni poredak budući da još uvek postoje različite tenzije i protivurečnosti između nacionalnih pravnih uređenja. Oni, međutim, imaju zajedničke karakteristike koje su stvorene i implementirane u okvirima međunarodnih organizacija. S druge strane, ima tendenciju da se razvija i ka drugim oblastima prava, odnosno, globalizacija nije ograničena jedino na polje ljudskih prava, čak i ako ono predstavlja njegovo tvrdo jezgro i privilegovano polje primene. Nalazimo je i u mnogim granama prava, sa standardima međunarodnog porekla, često razvijenim pod okriljem specijalizovanih međunarodnih organizacija i ugrađenim u interni pravni poredak. Obim ovog „opšteg prava“, opšte primene, tako teži da se sve više širi. Tako, oblast zaštite zdravlja vodi SZO. Pod uticajem nevladinih organizacija (*Grinpis*, *WWF* itd.), države počinju da se bave ekološkim pitanjima (Rio Konferencija o životnoj sredini i razvoju 1992, Kjoto protokol). Zaštita životne sredine je eminentna globalistička tema i koraci koji se preduzimaju po prirodi stvari premošćavaju državne teritorije. Samo pravosuđe postaje globalizovano stvaranjem međunarodnih krivičnih sudova. Građanska procedura se takođe modelira na globalnom nivou.¹⁶ I tako polako zahvata i porodično pravo.

3. Globalizacija porodičnog prava

Nije lako govoriti o globalizaciji porodičnog prava budući da je opšte prihvaćeno da je ono, više nego bilo koja druga grana građanskog prava, prožeto istorijom, kulturom i običajima određenog društva (naroda) i da se stoga

14 M. Pajvančić, *Ljudska prava u kontekstu globalizacije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Broj 76, Godina LVI, 2017, 7.

15 Neki autori vide u savremenom pokretu za promociju ljudskih prava izraz pravnog hegemonizma zapadnoevropskih zemalja. Oni pozivaju na otvaranje interkulturalnog dijaloga o pojmu ljudska prava, koji bi bio otvoren za nezapadnjačke vizije ljudskog dostojanstva. Drugi autori, pak, kritikuju liberalni individualizam koji je u osnovi dominantne koncepcije o ljudskim pravima i žele da se kolektivne potrebe i kapaciteti više uzmu u obzir. Osparavaju prioritet koji je dat građanskim i političkim pravima u odnosu na ekonomska, socijalna i kulturna prava. Navedeno prema: T. Delpuech, op-cit., 743-744.

16 R. Gaylor, op.cit., 341.

predstavlja, kao "bastion nacionalnih partikularizma", "pravo otporno na svaku internacionalizaciju".¹⁷ Međutim, iznenađujuće je da proces globalizacije vrši značajan uticaj i na njega. Taj uticaj, iako za sada nedovoljno istražen, je postao „očigledan i neosporan“.¹⁸ Posledice ove globalizacije su istovremeno njeni uzroci, što samo dovodi do ubrzanja ovog procesa.

Proces se ubrzava povećanjem broja međunarodnih porodica kao posledica kretanja ljudi, a oni su u sve većem broju supružnici ili partneri različitog državljanstva, ili sa dvojnim državljanstvom, ili su bez državljanstva. Ova mobilnost nije samo unutar-evropska već je globalna: Evropljani će živeti u Kanadi, Sjedinjenim Državama, Kini, Japanu. Sa svoje strane, Evropa ponekad posmatra mirno, ponekad sa negodovanjem (a ovde mislim na trenutni problem "migranata") na ljude koji dolaze sa svih kontinenata. Mobilnost se često ne odvija samo u jednom pravcu. Često se ne napušta zemlja radi trajnog naseljavanja u drugoj, već se to čini u zavisnosti od profesionalnih zahteva, ekonomskih ili klimatskih opasnosti, porodičnih sukoba ili jednostavno prolaska vremena želeći da se povučemo ka suncu juga, sklanjajući se od magli severa. Pored ovoga, brzina i lakoća korišćenja komunikacionih sredstava omogućavaju putovanje, čiji je cilj prevazilaženje ograničenja prava države za koju se obično veže prebivalište ili nacionalnost. Pojava nazvana „reproduktivni turizam“ je realnost koja dobro ilustruje rečeno.

Internationalizacija ljudskih prava zasnovana na univerzalnosti vrši se po evropskom modelu proživljenom unutar Evropske Unije gde se globalizacija porodičnih odnosa odigrala logikom tržišta.¹⁹ Naime, ona je iz ekonomske najpre transformisana u političku zajednicu sa brojnim elementima nadnacionalnog prava, da bi potom države nečlanice ovo pravo preuzimale. Stoga dok se jedni pitaju nije li EU postala laboratorija globalizacije,²⁰ drugi izražavaju sumnju u to budući da se proces evropskih integracija odvijao u jednom izuzetnom istorijskom i političkom kontekstu.²¹

Prema tome, razlozi koji vode harmonizaciji porodičnog prava su slični nastajanju prava EU. S jedne strane radi se na intezivnoj izgradnja pravila za funkcionisanje zajedničkog tržišta na kojem je obezbeđeno slobodno kretanje lica, a potom, i zaštiti osnovnih ljudskih prava. I upravo su ona postala kamen temeljac u izgradnji nadnacionalnih poredaka. Osnovna prava su vrsta zajedničkih vrednosti koja nameće identičnu raspravu o porodici i njenom istovremeno pluralističkom,

17 P. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 4e éd., 2011, n° 55. Navedeno prema: Angélique Thurillet-Bersolle, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, Thèse. Objavljeno na: https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00697011/document_str;2, 23. 05. 2019.

18 S.Bubić, *Globalization and Family Law*, Law in the process of globalisation, Collection of papers contributed on the occasion of 40th anniversary of the Faculty of Law of the University of Kragujevac, 2018, 411.

19 H. Muir-Watt, op.cit., 271 – 284.

20 L. Pascal, „L'Union européenne, laboratoire de la globalisation maîtrisée „, *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2002/2 (Tome XLI), p. 9-26. Objavljeno na: <https://www.cairn-int.info/revue-reflets-et-perspectives-de-la-vie-economique-2002-2-page-9.htm>, 30.042020.

21 P. Jacquet, P. Sachwald, op.cit., 611.

pedocentričnom, egalitarnom i sociološkom karakteru. Pokazalo se tako, kao i u slučaju nastajanja prava EU, da je za efikasno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta potrebno obezbediti harmoniju porodičnog života *homo oeconomicus*-a. U ovom pogledu naročito treba pomenuti Konvenciju o pravima dece kojom zemlje potpisnice ne samo pridaju važnost pravima i interesima dece, već izražavaju želju da obezbede njihovu zaštitu na međunarodnom nivou. Ovim se ona uključuje u pokret globalizacije ljudskih prava pored drugih inicijativa za postizanje ovog cilja, kao što Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Evropska konvencija o ljudskim pravima.

Međutim, mračnija strana ovog intenziviranja međunarodnih odnosa i globalizacije jeste prožimanje porodice logikom tržišta i „trgovačke racionalnosti“. ²² Nije sigurno da će logika tržišta poštovati granice prava i sloboda ličnosti i privatnog ili porodičnog života. U ovom pogledu poučan je primer Engleskog slučaja Blood. Naime, u ovom slučaju Apelacioni sud u Engleskoj je dozvolio izvoz sperme od čoveka čijoj su udovici odbili engleski organi zahtev za oplodnju *post mortem* na osnovu Human Fertilisation and Embryology Authority. Udovica je nakon toga zahtevala izvoz zamrznutog semena za Belgiju, gde je ova oplodnja dozvoljena. Apelacioni sud je smatrao da je medicinski potpomognuta oplodnja „usluga“ u smislu čl.50 Ugovora o osnivanju EZ, kojim se reguliše sloboda pružanja usluga. ²³ Ne čudi onda što su se pojedinci posvetili kupovini gotovih zakona kao i svake druge robe, što je u modi prokreativni turizam, kao što je slučaj i sa anonimnim porođajem u Francuskoj, prekidom trudnoće u Belgiji, ili veštačkom oplodnjom u Holandiji.^{24/25}

Uprkos često pominjane konstatacije da je dete postalo subjekt prava u nekim slučajevima se kao posledica globalizacije i dalje tretira kao lukrativni proizvod medicinskih klinika, pre svega kroz ugovaranje surogat materinstvo.²⁶ Saglasnost surogat majke na „reproduktivni proletarijat“ je najčešće motivisam ekonomskim razlozima.²⁷ Za ilustraciju treba pomenuti izveštaj *Center for Social Research* iz Indije koji otkriva direktnu vezu između siromaštva i povećanja broja ugovora o surogaciji. Prema jednom drugom izveštaju iz 2012. godine „indijske surogat majke

22 H. Muir-Watt, op.cit., 271 i sl.

23 Reg.v. H.F.E. Authority, Ex parte Blood (1996) 3. WLR 1176, Fam Div ; (1996) 2 WLR 806, CA. Više o ovome: Y. Favier, *La famille et l'europe : la concurrence des droits dans la vie privée et familiale*, Union nationale des associations familiales, Recherches familiales, 2008/1 n° 5 , 79 - 94 . Objavljeno na: <https://www.cairn.info/revue-recherches-familiales-2008-1-page-79.htm>, 23.03.2020.

24 H. Muir-Watt, op.cit., 274.

25 Primera radi lica homoseksualne orijentacije ili žene koje žive same iz Francuske mogu se obratiti privatnim klinikama u Belgiji ili Velikoj Britaniji radi veštačke opolodnje pod uslovom da mogu da plate. Vid. I. Löwy, op.cit., 42.

26 Tako se u SAD dete tretira kao proizvod, koji se može kupiti i prodati, zahvaljujući institutu readopcije. Naime, Američke agencije za usvajanje su se specijalizovale za rehoming. Njihova uloga je da dozvole roditeljima koji su usvojile decu u žurbi da ih se reše davanjem agenciji kako bi im uz naknadu pronašle nove usvojitelje.

27 Anne-Sophie Siew-Guillemain Luciano, *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, 174. Objavljeno na: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01730697>, 21.04.2019.

plaćaju visoku cenu globalizacije.²⁸

Promene koje je uzrokovala globalizacija u porodičnom pravu su brojne. Nijedan njegov segment nije ostao pošteđen, počevši od braka, vanbračnih partnerstava, roditeljstva, položaja lica pod starateljstvom, usvojenja, itd.²⁹ Te promene porodičnog prava se mogu sažeti kroz nekoliko njegovih osnovnih karakteristika: pedocentrizam (1), izvore (2), nove vidove potpomognutog rađanja (3).

3.1. Pedocentrizam porodičnog prava

Ovaj proces se manifestuje, najpre, kroz rastući pedocentrizam porodičnog prava. Dete je prošlo put od objekta prava čija je sudbina bila podređena interesu porodične grupe do subjekta prava, da bi danas njegov najbolji interes postao osnovni i opšte prihvaćeni kriterijum regulisanja porodičnih odnosa. To je usledilo kao posledica promena običaja i afirmacije principa jednakosti i sloboda u porodičnim odnosima što je ohrabrilo nacionalna zakonodavstva da preusmere porodične norme ka individualnim pravima i interesima pojedinaca. Ova „metamorfoza porodičnog prava“ krajem prošlog veka u svim evropskim državama omogućila je široku autonomiju porodičnog prava. „Porodično pravo je postalo pedocentrično“, kao što je još i pre usvajanja Konvencije o pravima deteta istakao čuveni pravnik i sociolog Karbonije.³⁰ Ono se rekonponovalo oko pojma zaštite interesa deteta koji kroz sve zakonodavne reforme postaje najvažniji kriterijum uređenja njegovog položaja.

Pravni status deteta menjao se pod dejstvom osnovnih prava, posebno Konvencije o pravima deteta iz 1989. godine, čija je primena i efikasnost u Evropi podstaknuta i promovisana rastućim uticajem nadsacionalnih evropskih zakona u odnosu na domaće pravo. Kako se ističe u članu 3. ove Konvencije najbolji interesi deteta biće od prvenstvenog značaja. Tako je jedan prilično kontroverzni princip „najboljeg interesa deteta“, ta „magična formula“ kako je sa pravom zbog njene neodređenosti i evolutivnosti nazva Karbonije, postao osnova rešavanja svih porodičnih konfliktnih situacija, paradigma uređenja porodičnih odnosa.³¹ U odnosu na sve druge on ima primat, osim u odnosu na interes porodice. Sve ovo dovodi i do uspostavljanja pravne ravnoteže između deteta i njegovih roditelja, do nestajanja jedne autoritarne koncepcije roditeljskog prava, što je očigledno već i kroz upotrebljene pravničke, jezičke, izraze. U Francuskoj i Belgiji zakonski izraz roditeljska vlast zamenjen je sa roditeljskom moći, u Engleskoj je roditeljska moć, zamenjena sa roditeljskim autoritetom, a zatim sa roditeljskom odgovornošću. U Nemačkoj je „*väterliche Gewalt* (očinska vlast) „zamenjeno sa „*elterliche Sorge*

28 A. Vogt, „The Rent-a-Womb Boom“, The Daily Beast, 01.III.2014. Navedeno prema: La famille à l'épreuve des droits fondamentaux, 174. Žene u Indiji kao surogat majke dobijaju samo 4,5-5000 dolara, što je polovina sume koju strani klijenti plaćaju agencijama koje angažuju za pronalaženje surogat majki. Ista takva operacija u SAD košta oko 100000 dolara.

29 Više o ovome: S. Bubić, op.cit., 411-412.

30 J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Paris 1983, 541.

31 J. Carbonnier, *Droit civil. La famille, l'enfant et le couple, 21e édition*, Thémis, Tome 2, PUF, 2002, 85.

„ (roditeljska briga, staranje). Ove semantičke promene evropskog zakonodavstva potvrđuju da se roditeljsko pravo sve manje posmatra kao moć (vlast) već kao dužnost roditelja.³² I u Porodičnom zakonu Republike Srbije roditeljsko pravo je izvedeno iz dužnosti roditelja i postoji samo u meri koja je potrebna za zaštitu ličnosti, prava i interesa deteta.³³ Smisao, domašaj i granice roditeljskog prava određene su najboljim interesom deteta i potrebom da se omogući ostvarivanje i zaštita njegovih prava. Prema tome, sadržina roditeljskog prava se menja i prilagođava pravima i interesima deteta kao centralnog subjekta pravnih odnosa u porodici.³⁴

Međunarodna Konvencija o pravima deteta čini krovnu zaštitu zajedničku svim zemljama članicama Saveta Evrope i država sveta.³⁵ Zaštita njegovih interesa je postala centralna briga svih unutrašnjih reformi porodičnog prava sa težnjom promovisanja osnovnih prava.³⁶ I Evropski sud za ljudska prava naglašava da ova Konvencija uspostavlja osnovna dečja prava i standarde koje sve države moraju u svojim zakonima utvrditi kako bi ih sva deca mogla uživati.³⁷ Imajući u vidu da je ona nastala kao posledica međunarodnog konsenzusa, njena integracija u nacionalna zakonodavstva je prema mišljenju Suda faktor harmonizacije u onoj meri u kojoj to podstiče države članice Saveta Evrope da sprovedu ovaj međunarodni ugovor dajući istovremeno zajedničko tumačenje njenih odredbi.³⁸ Istovremeno, Evropski sud za ljudska prava je integrisao najbolji interes deteta u svoju jurisprudenciju kao kriterijum za ocenu mera koje preduzimaju države. Sud koji se u tumačenju konvencijskih normi javlja kao nadnacionalna institucija koristi svoj položaj da harmonizuje porodično pravo pre svega u situacijama kada se sukobljavaju interesi ili prava različitih država. Oni se mogu odnositi na sukobe interesa deteta i interesa deteta njegovih roditelja ili sukoba između najboljeg detetovog interesa i opšteg interesa.

32 U nekim međunarodnim dokumentima termin roditeljsko pravo se zamenjuje sa izrazom „roditeljska odgovornost“. Komisija za evropsko porodično pravo preporučuje da pomenuti izraz treba usvojiti u množini, kao „roditeljske odgovornosti“, ukazujući na raznorodnost roditeljskih dužnosti. Komisija za evropsko porodično pravo je međunarodna ekspertska grupa koja je osnovana 2001. godine kao fondacija sa sedištem u Utrehtu, koja radi harmonizacije porodičnog prava na evropskom pravnom prostoru na akademskom nivou predlaže rešenja koja bi mogla poslužiti kao uzor nacionalnim zakonodavcima. Detaljnije videti: K. Boele-Woelki, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerp – Oxford, 2007, 30–31.

33 Član 67. Porodičnog zakona

34 Z.Ponjavić, V.Vlašević, *Porodično pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2019, 287.

35 Sve države osim SAD i Somalije su je ratifikovale.

36 A. Thurillet-Bersolle, op.cit, 437.

37 Sahin c/ Allemagne, odluka od 8 jula 2003, predstavka br. 30943/96

38 A. Gouttenoire, *La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, U: *Le monde du droit, Écrits en l'honneur de J. Foyer*, Économica, 2008. Navedeno prema: O. Prasong, *La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme*, 24. Objavljeno na: https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01384603/file/PRASONG_ORAPIM_2016_CORR.pdf, 23.06.2020.

3.2. Izvori porodičnog prava

B) Upravo zbog svoje ukorenjenosti u nacionalnu kulturu ranije se smatralo da izvori porodičnog prava mogu biti po svom poreklu samo unutrašnji. Na prvom mestu su to formalni izvori - ustav i zakoni, u zemljama romano-germanskog sistema. Nasuprot ovog, poznato je da u zemljama *Common Law* pravni sistem počiva na precedentima koji su osnovni izvor prava, iako je i pisano pravo u stalnoj evoluciji. Ako je institucionalna legitimnost ovog izvora diskutabilna u zemljama pisanog prava, njegova praktična legitimnost je mnogo manje sporna.³⁹ Porodica se neprestano menja, a sporost zakonodavne procedure onemogućava da se pisani zakon menja tako brzo kao porodični običaji. Sudija, suočen sa pravnim situacijama još uvek nepoznatim u zakonu je prisiljen doneti odluku tumačeći ga na dotad neznan način.

Politička volja za izgradnjom bliže zajednice između naroda nakon Drugog svetskog rata dovela je do približavanja država i zaključivanja više međunarodnih ugovora. Jednom ratifikovane, međunarodne konvencije nameću integraciju novih osnovnih vrednosti unutar različitih nacionalnih pravnih uređenja i na taj način doprinose promeni izvora porodičnog prava. Pomenuta Konvencija UN o pravima dece i brojne konvencije iz porodičnog domena koje je usvojila Haška konferencija o međunarodnom privatnom pravu su među međunarodnim izvorima najuticajnije.⁴⁰ Umnožavaju se mesta gde se stvara i primenjuje pravo, izvan i unutar država. Porodično pravo se, dakle, očigledno ne stvara samo u nacionalnim sferama. To sve više postaje rezultat aktivnosti međunarodnih i regionalnih organizacija, posebno evropskih. Tako nastaje globalni pravni pluralizam, koji se u literaturi označava kao „primena unutar određenog društva različitih pravnih mehanizama, na identične situacije“.⁴¹

Već je rečeno da su Evropi dve organizacije učestvovala u obogaćivanju nacionalnih izvora porodičnog prava: Savet Evrope i Evropska unija. Obe su izgradile nadnacionalne evropske pravne poretke usvojivši pravne tekstove kojima štite osnovna prava, uključujući neke opšte odredbe koje se odnose na porodicu, odnosno porodični život, sa specijalizovanim nadležnostima svojih organa. Savet Evrope je usvojio Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda čije poštovanje garantuje Evropski sud za ljudska prava. Sud pravde Evropske unije brine ne samo o primeni Povelje o osnovnim pravima Evropske unije, već i o poštovanju primarnog i sekundarnog prava Evropske unije. Njihova opsežna i evolutivna interpretacija doprinosi evoluciji usvojenih dokumenata osiguravajući da i njihove odluke čine izvor porodičnog prava jednako važnim kao i dokumenta koje su usvojile evropske institucije. Nadnacionalno evropsko pravo je, dakle, postalo neodvojivo od nadnacionalne evropske jurisprudencije.

39 A. Thurillet-Bersolle, op.cit., 4

40 Ibidem.

41 J. Vanderlinden, *Le pluralisme juridique – Essai de synthèse*, U: John Gilissen (dir.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, 19 - 272. Navedeno prema: J.-S. Bergé, *L'application du droit dans un contexte global*, 187 i dalje. Objavljeno na: <https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/2015-v56-n2-cd01937/1031351ar.pdf>, 09.03.2020.

Na ovaj način je globalizacija izvora porodičnog prava utrla put, za sada samo ka usklađivanju nacionalnih porodičnih prava.⁴² Svaka država i dalje ima nacionalne izvore porodičnog prava ali njihov sadržaj mora biti u skladu sa usvojenim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima (pre svega Evropska konvencija o ljudskim pravima). U suprotnom, Evropski sud za ljudska prava može naložiti izmenu zakona kojim se krše prava iz Konvencije. Upravo zbog obavezujućih efekata sudskih presuda, ovo sudsko pravo predstavlja transnacionalno pravo i Sud se javlja kao nadnacionalna institucija, doprinoseći tako harmonizaciji i globalizaciji porodičnog prava i prihvatanju savremenih rešenja u nacionalnim zakonima.⁴³

Pored ovoga, u mnogim zemljama porodično pravo je neodvojivo od religije. To su države čije je porodično pravo zasnovano na šerijatu, ali i Izrael, ili čak Liban, gde danas ne postoji građanski brak i gde svaka zajednica ima svoj porodični zakon zasnovan na religiji. Naravno, u evropskim zemljama pravo ne uzima u obzir religijska uverenja: diskriminacija na osnovu religije je zabranjena. Ali povećavanje kontakata između ljudi čiji je lični status religiozan i drugih kojima upravlja sekularni zakon predstavlja problem koji će morati biti razrešen.

Bez obzira na različite načine regulisanja društvenih odnosa koji danas postoje u svetu,⁴⁴ može se reći da sve više dolazi do zbližavanja pravnih regulativa. To jeste rezultat stvaranja globalnog tržišta zahvaljujući modernim komunikacijama i razvoju tehnologije, što sve više iziskuje unifikaciju pravila kako bi se svaka nacija mogla, htela ne htela, uključiti u podelu rada. Ako je nekada i postojala dilema oko načina unifikacije⁴⁵ sada je već jasno da se to dešava planski, kao rezultat aktivnosti brojnih nacionalnih i međunarodnih ekspertskih timova.⁴⁶ Dolazi do usvajanja niza globalnih i regionalnih dokumenata, a za porodično pravo su najznačajniji ugovori o ljudskim pravima, koji postaju formalni izvori prava u državama koje su ih ratifikovale.⁴⁷ Na ovaj način se nacionalni suverenitet u pogledu donošenja pravnih normi smanjuje odozgo i time sužava manevarski prostor za usvajanje rešenja koja bi na bolji

42 Kažemo za sada, budući da usklađivanje možemo označiti kao prelaznu fazu ka unifikaciji prava, koja je za razliku od usklađivanja mnogo šira po obimu preuzimanja prava. Više o ovom: D. Dabović, op.cit., 166.

43 S. Bubić, op.cit., 413.

44 O ovome više: D. Nikolić, *Evropsko privatno pravo u kontekstu globalizacije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1–2/2008, 413–431.

45 Tako je u jednom svom radu još 1962, godine R. David istakao da „problem nije u tome da li će doći do međunarodnog ujednačavanja zakona, već kako će se to desiti“. T. Rambaud, *Introduction au droit comparé*, Chapitre II. Le rapprochement des grandes traditions juridiques dans le monde, <https://www.cairn.info/introduction-au-droit-compare--9782130624554-page-237.htm>.

46 D. Nikolić, 421.

Tako, primera radi, na nivou Evrope postoje različiti specijalizovani organi za pravnu saradnju u oblasti porodičnog prava. Komitet ministara kao organ Saveta Evrope ima Evropski komitet za pravnu saradnju ((CDCJ). Porodično pravo i prava dece se nalaze među njegovim prioritetima. U skladu sa ovim formirana su i dva potkomiteta eksperata za porodično pravo (CJ-FA) i za decu (CJ-S-CH). Pored ovoga, Savet Evrope je formirao i Evropski komitet za društvenu koheziju (CDCS), kao i Komitet direktora za jednakost između žena i muškaraca (CDEG).

47 S toga neki govore o „konstitucionalizaciji“ porodičnog prava. J. Dewar, *Family Law and its discontents*, International Journal of Law, Policy and Family, 14, 2000, 72.

način oslikavala individualne vrednosti jednog društva.⁴⁸ Drugi način deetatzacije prava vrši se odozdo. Odnosno, država se sve više povlači iz stvaranja pravnih normi prepuštajući subjektima porodičnih odnosa da ih sami uredi.⁴⁹ Promoviše se autonomija volje kao privilegovani instrument za regulisanje porodičnih odnosa putem ugovora, što pojedini autori nazivaju „kontraktualizacijom“ porodičnih odnosa⁵⁰ I kao što neki ističu, ako je kulturna i ekonomska razmena pokretač procesa globalizacije, ugovor je neizbežno njeno pravno sredstvo.⁵¹ Ovaj proces ima globalne razmere i posledica je usvajanja pomenutih konvencija i deklaracija koje, sve od reda, afirmišu individualna prava i slobode, pravo svakog da samostalno, svojom voljom, kreira svoje porodične odnose. Upravo je njihova zaštita postala od suštinske važnosti za stvaranje zajedničkog pravnog prostora u oblasti porodičnog prava. Jer, niko ne može osporiti činjenicu da porodična prava spadaju u osnovna prava garantovana međunarodnim pravnim dokumentima. S druge strane, ovakva kretanja ka kontraktualizaciji (privatizaciji) neki smatraju negativnim posledicama globalizacije, budući da se pravne institucije destabilizuju naročito u zemljama sa građanskopravnom tradicijom i da se u osnovi radi o amerikanizaciji i fragmentaciji unutrašnjeg prava.⁵² U ovakvom kontekstu transformacije porodice, zaštita interesa deteta mora biti više nego ikad osigurana. Ugovaranje u porodičnom pravu ne sme dovesti do pravne nesigurnosti ili narušavanja prava ličnosti.

3.3. Novi vidovi potpomognutog rađanja

Internacionalizaciji porodica treba dodati spektakularna dešavanja u nauci o ljudskoj reprodukciji. Iako je sredinom dvadesetog veka parovima bilo još uvek teško kontrolisati rađanje, a tužba za utvrđivanje ili osporavanje očinstva bila rizična, jer dokaz o njemu nije bio pouzdano obezbeđen, situacija se danas radikalno promenila. Kontracepcija, planiranje porodice, DNK testovi, razne tehnike medicinski potpomognute prokreacije, čak i upotreba surogata (surogatstva) dovode do novog promišljanja o konceptu porodice. Za razliku od prapočetaka planiranja rađanja kada je seksualnost odvojena od prokreacije i postala sama sebi cilj, danas je prokreacija odvojena (izolovana) od seksualnosti. Nove tehnike medicinski potpomognute prokreacije postaju „ključni simboli našeg vremena“, simbol transformacije globalnog društva⁵³ i produkt konvergencije reproduktivne industrije i globalizacije

48 Z. Ponjavić, V. Vlašković, op.cit., 22.

49 O ovom procesu „privatizacije“ porodičnog prava videti: Z. Ponjavić, *Privatizacija porodice i porodičnog prava*, Beograd, „Službeni glasnik“, 2009, 17.

50 D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommière (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001 ; X. Labbé, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Presses Universitaires du Septentrion, 1996 ; F. Terré, *Contractualiser le droit du couple*, LPA, 20 déc. 2007, n° 254, 8.

51 G. Rabu, op.cit., 335.

52 T. Delpuech, *Une critique de la globalisation juridique de style civiliste. état des réflexions latines sur la transnationalisation du droit à partir du dictionnaire de la globalisation*, Dostupno na: <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2012-3-page-733.htm>, 12.04.2020.

53 Inhorn Marcia C., Birenbaum-Carmeli Daphna (2008). Assisted Reproductive Technologies and Culture Change, *Annual Review of Anthropology*, vol. 37. Navedeno prema: I. Löwy, V. Rozée Gomez, L. Tain, *Nouvelles techniques reproductives, nouvelle production du genre*. Objavljeno na: <https://www.cairn.info/revue-cahiers-du-genre-2014-1-page-5.htm>, 03.03.2020.

zdravstvenog sistema.

Ovim tehnikama se prvenstveno nastoji rešiti neplodnost parova, kao problem globalnih razmera. Nažalost, nove reproduktivne tehnologije kao što je *in vitro* oplodnja, su skupe i teško ih je primeniti u mnogim delovima sveta u razvoju, bez obzira što predstavljaju jedino rešenje za većinu slučajeva neplodnosti. S toga nije iznenađujuće da se ove tehnologije ubrzano globalizuju u društvima u razvoju, gde su deca veoma poželjna, roditeljstvo je kulturno obavezno, a lice bez dece društveno neprihvatljivo.

Očigledno da se ceo proces odvija u kontekstu globalnog društva. Aktivnosti koje se odnose na nove reproduktivne tehnike uključuju različite učesnike, muškarce i žene, ljudska tela, tehnike iz različitih zemalja da bi se postiglo rođenje deteta. Sve je ovo navelo neke autore da za ovo upotrebe naziv „globalni lanac reproduktivnog rada,“⁵⁴ čime se postiže integracija aktivnosti svih aktera ovog globalizovanog procesa.

Može se reći da je biomedicina globalizovana, ali njena primena kao što se često ističe nije.⁵⁵ Tehnike medicinske pomoći za rađanje predstavljaju dobru ilustraciju značaja lokalnog i nacionalnog u njihovoj upotrebi. Razlike koje se na toj relaciji rađaju uzrokuju određene tenzije. Ove tehnike bukvalno proizvode ljudska bića, a istovremeno redefinišu pojmove kao što su sterilnost ili srodstvo. Biomedicinske tehnologija kombinuju dve glavne medicinske tehnike: veštačku oplodnju spermom supružnika ili davaoca koja se pohranjuju u reproduktivni sistem žene, oplodnja *in vivo* i *in vitro* kada se začeće odvija u epruveti. U ovom drugom slučaju, stvoreni embrioni, iz oplodnih ćelija roditelja ili donatora, se pohranjuju u matericu majke ili druge žene zvane „surogat majka“.

Druga tenzija je nastala kao posledica narastajuće globalizacije koja primenu novih reproduktivnih tehnologija polako, kroz pukotine postojećih pravnih sistema, nameće do opšteprihvatljivosti. To se najčešće postiže preko tumačenja zahteva za zaštitu prava čoveka. Kao posledica različitog stava u pogledu tehničkih mogućnosti i prihvatljivosti u praksi javlja se pojava nazvana „prokreativni turizam“ koji koncentriše određena osnovna pitanja globalizacije novih reproduktivnih tehnika.⁵⁶ Naime, zahtevi za korišćenjem nekih tehnika biomedicinske tehnologije nisu ograničeni samo na zemlje gde podnosilac zahteva živi već su postali transnacionalni i transkontinentalni. Prema nekima postoje 4 razloga za ovo: zakonske ili verske zabrane u pogledu pristupa ili dostupnosti novih reproduktivnih tehnika ili bilo koje od njih; finansijski aspekti (ove tehnike su u nekim zemljama jeftinije); kvalitet i pouzdanost nege; lične sklonosti (na primer što se tiče anonimnosti donacije oplodnih

54 T. Laurence, *La chaîne mondiale du travail reproductif* (chapitre 1). U: T. Laurence, *Le corps reproducteur*. Rennes, Presses de l'EHESP. Navedeno prema: Ibidem, 8.

55 L. Ilana, *La fabrication du naturel : l'assistance médicale à la procréation dans une perspective comparée*, *Tumultes*, 2006/1 (n° 26), p. 35-55. Objavljeno na: <https://www.cairn-int.info/revue-tumultes-2006-1-page-35.htm>, 08.03.2020.

56 Ovakva praksa je naročito razvijena u zemljama EU čime se koristi jedna od sloboda „sloboda kretanja“, L. Brunet, *Assistance médicale à la procréation et libre circulation des personnes. Le droit français au défi*, *Ethnologie française*, vol. 167, no. 3, 2017, 399-408.

ćelija). Ovi zahtevi su svojstveni globalizaciji ili sve većoj globalizaciji.⁵⁷

I treća tenzija uzrokovana novim tehnikama reprodukcije koja sve više poprima globalne razmere u njihovoj primeni jeste afirmacija prava na roditeljstvo. Odnosno, afirmacija prava na biomedicinsku pomoć kao alternative prirodnog rađanja. Naime, primena biomedicinski potpomognute oplodnje nije više uzrokovana samo neplodnošću. Zahtevi za priznanjem prava na roditeljstvo, ponegde nazvano i pravo na dete,⁵⁸ omogućili su njeno korišćenje bez obzira da li to iziskuju medicinski razlozi ili ne. Biomedicinski potpomognuta oplodnja od početka nije zamišljena kao alternativa prirodnom rađanju budući da je imala dva cilja: da pruži pomoć parovima čija je neplodnost bila medicinski potvrđena i drugo, da spreči prenošenje na dete ili drugog člana para ozbiljne bolesti. Međutim sve više na globalnom nivou, i ne bez tenzija, jača ideja koja se sve manje dovodi u pitanje već naprotiv čini se da jača - mogućnost formiranja *ex ante* jednoroditeljske porodice korišćenjem tehnika biomedicinske oplodnje samih žena, bez partnera i bez medicinski potvrđene neplodnosti. Prihvatanju prava na biomedicinsku oplodnju kao alternativnog načina rađanja doprinose i faktori iz pravnog okruženja. Pre svega, zakonodavna praksa zemalja Evrope, ali i onih izvan Evrope, kao i praksa Suda u Strazburu svojim tumačenjem odredbi iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (ESLJP).

4. Zaključak

Kao ključni uzroci globalizacije prava mogu se navesti oni koji su objektivne prirode, rezultat napretka nauke i tehnologije, ideološki faktori (amerikanizacija ili svetski liberalni kapitalizam), i na kraju oni koji su povezani sa pravnim tehnikama nastajanja prava kroz međunarodne ugovore koji postaju instrumenti globalizacije, često usvojeni od strane nedržavnih, ili poluprivatnih, organizacija i institucija. Iako globalizacija prava može dati više slobode i pravne sigurnosti subjektima međunarodnih ekonomskih odnosa, kada promovišu slobodnu trgovinu i kretanje robe, ljudi i usluga, ovo se u zemljama u razvoju može doživljavati i kao nametanje zakona jačeg.

Pojava globalizacije i njeni različiti uticaji na integracije, koji su potekli iz ekonomske sfere zapadnih društava, menja i porodičnopravne odnose i porodične vrednosti mnogih društava na različite načine. To se postiže pre svega odozgo, preko zaštite osnovnih ljudskih prava definisanih u međunarodnim dokumentima i afirmacijom ugovora kako onih međunarodnih tako i onih stvorenih odozdo, od strane samih subjekata porodičnih odnosa.

U trenutku kada se govori o krizi porodice i o globalizaciji, pravo pitanje, koje je sve aktuelnije jeste budućnost porodičnog prava. Da li je u ovom procesu narastajuće globalizacije pojam porodice dovoljno jak da se suprotstavi dehumanizaciji izazvanoj preovlađujućim merkantilizmom i njegovom ravnodušnošću prema ličnosti, jer tržište ne brine o njoj. I da li će kulturna specifičnost porodičnih

57 I. Löwy, V. Rozée Gomez et L. Tain, op.cit., 8.

58 Z. Ponjavić, *Postoji li „pravo na dete*, Pravni život, 10 (2019), 85-102.

pitanja koja zahteva poštovanje i raznolikost prava onemogućiti objedinjavanje materijalnog porodičnog prava, ili će, u nekoj budućnosti dovesti do unifikacije koja označava mnogo intezivnije i izraženije usklađivanje prava nego sada u meri koja vodi ka njegovoj supstituciji i nestanku različitih prava u korist jedinstvenog. Ono što je za porodično pravo u ovom pogledu najvažnije je što ono, kao i pravo uopšte, mora poštovati prava i kulturu svih, imajući u vidu da se na svetskom nivou priznaje pravo, izričito ili implicitno, na kulturni identitet. Ovo pravo, koje se smatra „ljudskim pravom“, primorava nas da postavimo pitanje, doduše u nekom budućem radu, o univerzalnosti ljudskih prava. S obzirom na konkurenciju pravnih sistema i poteškoće evropskih zemalja da zabrane nepoželjnu praksu sa stanovišta njihovog pravnog poretka, na sopstvenim teritorijama, čini se da izazovi globalizacije tek predstoje. U ovom pogledu naročito oblast veštačke reprodukcije čoveka predstavlja prostor za trgovinu sa značajnim finansijskim ulogom, pa ostaje, kao i ranije, prilično privilegovano i važno mesto borbe za afirmaciju zaštite ljudskih prava.

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

FAMILY LAW IN THE CONTEXT OF GLOBALIZATION

Summary: Since family law is deeply rooted in the national cultures of various states, it is surprising to see that the globalization process has a huge impact on its development. The consequences of globalization are at the same time its causes, which further contributes to the acceleration of this process.

This globalization process is reflected in the growing paedocentrism of family law. Child has passed long journey from the object of family law whose destiny was subordinate to group interest, to the subject of family law, where „the best interest of child“ has become the main criterion in regulating family relations. In addition, here we should mention the scientific achievements in the field of biotechnology and human reproduction. They also have global character since their impact cannot be confined to national borders. Separation of sexual act and reproductive function leads to new considerations of the family concept and multiplication of its forms making it difficult to reach its precise definition. Finally, the number of family law sources are multiplied as well. They are still of national character, but European Convention on Human Rights and other international sources continue to play great role in shaping family law.

At the end, there is a question whether a creation of a global law based on the globalization of economic relations and human rights will remain an illusion given the fact that cultural gap between countries is huge, particularly in respect to different views on the „globalization“ of family law reflected in the implementation of European Convention of Human Rights.

Key words: globalization, family law, paedocentrism, biotechnology, sources of law

Dr. sc. Dušica Palačković, redovna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

DEJUDICIJALIZACIJA U OBLASTI PORODIČNO PRAVNIH ODNOSA - REFLEKSIJE GLOBALNOG PROCESA NA PRAVNI SISTEM REPUBLIKE SRBIJE*

Sažetak: Učešće vansudskih organa u ostvarivanju prava i dužnosti iz porodično pravnih odnosa nije zanemarljivo. To potvrđuje, široko prihvaćeno i u dugom razdoblju, poveravanje niza nadležnosti upravnim organima, ali i primena medijacije kao načina rešavanja sporova. Pored toga, poslednjih godina u Evropi, pa i državama našeg regiona, jača proces dejudicijalizacije, odnosno prenošenja tradicionalnih nadležnosti suda na druge organe, pre svega kroz etabliranje nadležnosti notara u oblasti porodičnopravnih odnosa. Najizrazitiji primer svakako je mogućnost razvoda braka od strane notara u nekim državama. I u pravnom sistemu Republike Srbije ova tendencija je prisutna, pre svega kroz porodičnu medijaciju, ali i najnovija rešenja Zakona o izvršenju i obezbeđenju kojim je izvršenje odluke o oduzimanju i predaji deteta povereno organu starateljstva, uz prisustvo i nadzor suda i poveravanju izvršenja odluka o izdržavanju javnim izvršiteljima. U radu su analizirana neka od normativnih rešenja koja potvrđuju intenziviranje procesa dejudicijalizacije u oblasti ostvarivanja prava i dužnosti iz porodično pravnih odnosa.

Ključne reči: dejudicijalizacija, medijacija, nadležnosti notara, izvršenje odluka

1. Uvod

Dejudicijalizacija generalno podrazumeva prenos (transfer) nadležnosti (jurisdikcije) u određenim pravnim stvarima koje su tradicionalno bile sudske nekim drugim organima.¹ Zaštita prava i obaveza iz oblasti porodično pravnih odnosa nije izuzeta od ovog procesa koji se formalno opravdava potrebom rasterećenja sudova.² Imperativ ostvarivanja ali i zaštite prava je pravna sigurnost koja, između ostalog, podrazumeva da o pravima i obavezama odlučuje po zakonu nadležni, nezavisni i nepristrasni "tribunal". Na ovo upućuje primena, odnosno tumačenje čl. 6

1 *Rad je napisan kao prilog Projektu "Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije" koji se finansira od strane Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

Kraljić, S., *New Family Code and the dejudicialization of divorce in Slovenia*, *Balkan Social Science Review*, Vol. 15, June 2020, 159-160.

2 Još 1986. god. Komitet Ministara Saveta Evrope usvojio je Preporuku o merama za sprečavanje i smanjenje opterećenja sudova (*Recommendation No R(86)12 of the Committee of minister to member states concerning measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts*, <https://rm.coe.int/16804f7b86>, 01.09.2020. Pored medijacije, preporučuje se koliko god je to moguće, da se tzv. *non-judicial tasks*, ili nesudske pravne stvari povere drugi telima ili licima, što podrazumeva nesporne pravne stvari, ali i niz drugih poslova kao što su overe pravnih poslova ili zaključenje i (ili) overa različitih sporazuma.

Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (nadalje: Evropska konvencija),³ odnosno referentna, dugogodišnja i ujednačena praksa Suda za ljudska prava (nadalje: Sud). Naime, stav Suda je da ovaj pojam obuhvata ne samo sud u klasičnom značenju organa koji je formalno deo nacionalnog pravosudnog sistema, odnosno državne sudske vlasti (tzv. sud u formalnom smislu) već i druga tela ili pojedince. I oni, svakako, moraju biti nezavisni i nepristrasni, a njihovo ustrojstvo i rad regulisani unapred određenim pravilima (tzv. sud u materijalnom smislu).⁴ Svi ključni standardi povezani uz tumačenje pojma "tribunal", odnosno šire uz pravo na pravično suđenje formulisani u praksi Suda moraju, naime, biti uzeti u obzir kada se otvara pitanje legitimnosti dejudicijalizacije (moglo bi se reći i privatizacije) u zaštiti prava i obaveza, pa i onih iz porodično pravnih odnosa.⁵ To naročito važi ako se dejudicijalizacija shvata kao izmeštanje rešavanja sporova iz nadležnosti sudova (što se izvorno čini u parničnom kao građanskom sudskom postupku) ali i za uređenje odnosa (što je pravna stvar koja je pogodna za primenu pravila vanparnične procedure) kao i u situacijama kada se u okvirima postupka izvršenja odlučivanje i sprovođenje prenose na lica koja vrše javna ovlašćenja (javni, privatni izvršitelji) kao i neki drugi državni organi (organ starateljstva).

Proces dejudicijalizacije u oblasti porodično pravnih odnosa prepoznaje se, pre svega, u zakonskom regulisanju i razvoju posredovanja (medijacije) kao modela dobrovoljnog rešavanja sporova, zatim u prenošenju određenih nadležnosti na notare (javne beležnike), kao i kroz regulisanje nadležnosti javnih (privatnih) izvršitelja u okvirima porodično pravne materije. Ove tendencije nisu nove, posebno porodično posredovanje. Ipak i u njegovoj primeni kao i u uvođenju drugih načina dejudicijalizacije otvaraju se izvesne dileme i problemi koji zahtevaju teorijsku obradu i prilagođavanje zakonskih rešenja u nacionalnim pravnim sistemima. U osnovi, navedene teškoće proističu iz okolnosti da su porodični odnosi specifični u najvećoj meri, posebno stoga što podrazumevaju element emocionalnog u uspostavljanju ali i poremećajima u ovim odnosima. Oni su duboko lični pa i kada

3 *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Rome, 4. 11. 1950; Evropsku konvenciju Republika Srbija je ratifikovala Zakonom o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda izmenjenoj u skladu sa Protokolima br.11, 14, 6, 7, 12 i 13, "Sl. list SCG - Međunarodni ugovori", br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 - ispr. i "Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 12/2010 i 10/2015.

4 Zoroska-Kamilovska, T., *Reforme sistema izvršenja u državama regiona - konceptualne sličnosti i razlike, kontroverze i dileme*, Zbornik radova "Harmonizacija građanskog prava u regionu", Pale, Istočno Sarajevo, 2013, 455; *Član 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima i pravo na pravično suđenje*, Interights, 28-46, <https://www.google.com/>, 14.07.2020, sa citiranim odlukama Suda; Vitkauskas, D., Dikov, G., *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Council of Europe, 2nd edition, Strasbourg, 2017; Milenković, J. S., *Pravo na pravično suđenje u građanskim sporovima prema članu 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, dokt. disertacija, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, 2016, <http://union.edu.rs/wp-content/uploads/2016/12/DISERTACIJA-J.-MILENKOVIC-PDF-za-formiranje-Komisije-Pravo-na-pravicno-sudjenje-u-gradjanskim-sporovima-prema-cl-6-ESLJP.pdf>, 14.07.2020; *Zaštita prava na pravično suđenje*, Uloga člana 6, metodi i načini njegovog tumačenja, 49-64, https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Zastita%20prava%20na%20pravicno%20sudjenje%20-%20Uloga%20clana%206%20-%20metodi%20i%20nacela%20njegovog%20tumacenja_0.pdf, 14.07.2020.

5 Zoroska-Kamilovska, T., *op. cit.*, 456.

je reč o imovinsko-pravnim odnosima ove osobnosti vrše nesumnjiv uticaj. Stoga se i zaštiti prava i obaveza kao i rešavanju konflikta porodično pravne prirode mora prilaziti uz visok nivo obazrivosti i senzibiliteta, a nadležna tela ili pojedinci moraju, uz to, biti i posebno edukovani. Članovi porodice su i lica koja pripadaju tzv. vulnerabilnim kategorijama, posebno deca i mladi, ali i najstariji, a odgovornost u zaštiti njihovih prava u međunarodnim dokumentima i nacionalnim pravnim sistemima je posebno potencirana. Stoga i posredovanje i učešće drugih tela ili lica u zaštiti prava ili rešavanju sporova iz porodičnih odnosa mora podrazumevati posebna jemstva i kontrolu.⁶

2. Posredovanje u porodičnim odnosima - *pro et contra*

Porodično posredovanje se u pravnoj teoriji prepoznaje kao efikasniji, brži i jeftiniji postupak u odnosu na sudski, a pozitivni efekti su i mogućnost da se postupak "oblikuje" prema potrebama stranaka. Proces posredovanja koncipiran je tako da u najvećoj meri eliminiše sukobe stranaka svojstvene sudskom postupku. Stoga stranke uz pomoć posrednika mogu iznaći kreativnija i adekvatnija rešenja što uslovljava da je i proces izvršenja sporazuma koji se postigne češće dobrovoljan.⁷ Posredovanje ne produbljuje postojeći spor što je od ključnog značaja u porodično pravnim odnosima i argument za njegovu primenu.⁸ Uprkos značajnim prednostima porodično posredovanje se u teoriji kritikuje sa različitih aspekata, pre svih s obzirom na okolnost da neki nacionalni pravni sistemi uvode tzv. obavezno posredovanje, ali i u odnosu na normativu o kvalifikacijama posrednika.⁹ Naime, obaveznost narušava dobrovoljnost kao temeljni princip, ali i samoodređenje stranaka čime se potkopava sama suština instituta posredovanja.¹⁰ Ipak, Preporuka br. R(98)1 Komiteta ministara državama članicama o porodičnoj medijaciji, ¹¹(nadalje: Preporuka o porodičnoj medijaciji), formulacijom "Medijacija ne bi trebalo, u načelu, da bude obavezna", ne zabranjuje i ovaj model. Sud je takođe zauzeo stav da obavezna medijacija nije zabranjena i da se njenim uvođenjem ne vređa pravo na pristup sudu.¹² Takođe, u slučaju *Alassini et al*,¹³ i Evropski sud pravde je zauzeo stav da je zahtev nacionalnog

6 Rivers, C., Coester-Waltjen, D., *Alternative dispute resolution in family disputes in Europe and Chile: mediation*, Revista direito GV, Sao Paulo, V.15 N.2, 2019, 2, <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1914.pdf>, 05.08.2020.

7 Bubić, S., *Ustanova porodičnog posredovanja u evropskom, njemačkom i domaćem pravu*, Nova pravna revija, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, 2/2011, 17, 18.

8 *Ibid.*, 17.

9 *Ibid.*, 25.

10 Knol Radoja, K., *Obvezno mirenje - osvrt na rješenja iz komparativnog i hrvatskog prava*, Pravni vjesnik, god.31, br.2, 2015., 113.

11 *Recommendation No.R(98)1 of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation*, 21.01.1998., <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804ecb6e>, II, Organizacija medijacije, 08.08.2020.

12 Npr., *Momčilović protiv Hrvatske*, br. 11239/11, presuda 26. marta 2015. <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Presude%20i%20odluke//Momcilovic.%20presuda.pdf>, 08.08.2020.

13 *Rosalba Alassini et al*, C-317/08 & C-320/08, par. 41-66, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=7297AD1EFDA6ECF70E9C14E2AEA84E0?text=&docid=79647&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4066398>, 08.08.2020.

prava (Italija) da se pre pokretanja sudskog postupka sprovede neki od postupaka alternativnog načina rešavanja sporova legitiman i u opštem interesu, kako bi stranke pokušale ekonomičnije metode rešavanja sporova i time smanjile pritisak na sudove. Stranke se prihvatanjem posredovanja ne odriču prava na suđenje jer ono nije proces podređen sudskom postupku već je njegov integralni deo.¹⁴

Slično posredovanju u drugim oblastima i "u obiteljsku medijaciju mogu ući samo osobe koje su zaista spremne na suradnju i žele se dogovoriti, osobe koje su kompetentne i sposobne postići i provoditi sporazum te koje su u dovoljnoj ravnoteži moći koja osigurava ravnopravne pregovore".¹⁵ Stoga ovaj proces "nije magična intervencija, odnosno metod rada, niti univerzalno primenljiv način rešavanja svih sporova", pa "u visokokonfliktnim razvodima ili kod partnera kod kojih su prevladavali nasilni odnosi temeljeni na (nad)moći i kontroli jedne osobe nad drugom nije preporučljiva, jer se u takvim situacijama teško mogu ispuniti temeljne pretpostavke za uspješno odvijanje medijacijskog procesa."¹⁶ Naime, "to su situacije u kojima se često javlja niska motivacija za postizanje sporazuma, niska razina povjerenja u medijacijski proces i/ili nejednaka moć uključenih strana."¹⁷ Emotivni razlozi, posebno izražena netrpeljivost pa i sukobi bivših emotivnih partnera, ali i ekstremna osetljivost članova porodice, uslovljavaju probleme sprovođenja postupka i postizanja sporazuma. Ovi uzroci mogu, takođe, usloviti i problem sveobuhvatnosti sporazuma i trajnosti njegovog sprovođenja. Stoga se ističe da je, iz perspektive ljudskih prava i ustavnih garantija prava članova porodice, odlučivanje u okvirima sudskog sistema svakako respektabilnije stoga što zajednica, pa i sud, imaju odgovornost za dobrobit članova porodice, posebno za najbolji interes dece.¹⁸ U proces porodične medijacije moraju biti uključena deca i mladi kada su involvirani u odnose koji su dali povod ovom postupku, što dodatno komplikuje i ulogu medijatora i sam proces medijacije.¹⁹

14 Wade, G., *Mediation: Article 6, Mandatory Mediation and the Hallmark of Democracy*, <https://www.cpdseminars.ie/articles/mandatory-mediation-and-the-hallmark-of-democracy/>, 08.08.2020, nav. prema, Bubuć, S., *op. cit.*, nap. br. 35; Videti razloge za i protiv obavezne medijacije kod Quek, D., *Mandatory mediation: An oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.11.2 (Spring 2010), <https://cardozo.jcr.com/vol11no2/479-510.pdf>, 485,486, 08.08.2020; Stephen G. Bullock, S. G. & Gallagher, L.R., *Surveying the State of the Mediative Art: A Guide to Institutionalizing Mediation in Louisiana*, 57 LA. L. REV. 885, 948 (1997), nav. prema: Quek, D., *op. cit.*, 485, 486.; Sud Engleske, međutim, u slučaju *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, navodi da "obavezivanje nevoljnih strana da reše svoj spor medijacijom predstavlja neprihvatljivu opstrukciju njihovog prava na pristup sudu", https://asauk.org.uk/archive/alternative-dispute-resolution/adr-court-cases/the-halsey-case-2004/#The_decision, 08.08.2020.

15 Breber, M.; Sladović F. B., *Uvođenje obiteljske medijacije u sustav socijalne skrbi: Perspektiva stručnjaka*, *Ljetopis socijalnog rada*, 2014, 21(1), 126.

16 Ajduković, M.; Patrčević, S.; Ernečić, M., *Izazovi obiteljske medijacije u slučajevima nasilja u partnerskim odnosima*, *Ljetopis socijalnog rada*, 2016, 23(3), 382.

17 *Ibid.*, 382, 383.

18 Rivers, C.; Coester-Waltjen, D., *op. cit.*, 2.

19 Ketani, A., *Family Mediation in England and Wales: Children's Voice*, *Anuario Jurídico u Económico Escorialense*, LI (2018), 592, <https://www.google.com/search?q=family+mediation+scientific+articles>, 04.08.2020.

Kada je obavezno posredovanje u pitanju pravo na pristup sudu posebno je problematizovano ograničavanjem podnošenja tužbe ukoliko se ne pristupi posredovanju, pa čak i ako je to privremeno (tzv. period promišljanja). Sa druge strane, ukoliko ne postoje izvesne sankcije u slučaju odsustva stranaka u postupku posredovanja, ili na prvoj sesiji, npr., onda posredovanje nije obavezno. Preovladavanje ličnih i emocionalnih elemenata u postojećem konfliktu, pak, sprečava strane da dobrovoljno pristupe posredovanju. Ovaj začarani krug komplikuje primenu posredovanja i uslovljava lutanja u zakonodavstvima.²⁰

Kvalifikacije i posebna edukacija posrednika nužni su usled brojnih specifičnosti porodičnih odnosa i teškoća sa kojima se posrednici suočavaju. Uz to problemi porodičnih odnosa jesu, ali ne i isključivo, pravni. Stoga su uslovi koje moraju ispuniti posrednici različiti u nacionalnim zakonodavstvima, a u teoriji se iznose kritički stavovi u vezi nekih od rešenja. Tako se, npr., kritikuje mogućnost da sva lica sa visokom stručnom spremom mogu biti posrednici.²¹ Iznose se i sasvim suprotni stavovi, odnosno da ni visoka stručna sprema ne treba da bude uslov, uz argumentaciju da se ni za arbitre ne zahtevaju posebni uslovi (npr. Zakon o arbitraži Republike Srbije).²² U okvirima posredovanja prepoznaju se, inače, dva sistema organizovanja i regulisanja - od strane države i od strane privatnih organizacija, kao npr., u Nemačkoj.²³ U delu teorije ističu se prednosti državnog organizovanja - viši nivo zahteva u pogledu kvalifikacija, obuka u određenoj oblasti, neophodne sposobnosti i veštine,²⁴ kao i stroža kontrola ponašanja sa aspekta profesionalnih i etičkih standarda.²⁵ Zahtev kompleksnog znanja i veština u austrijskom pravu je, npr., razrešen tako da u medijaciji učestvuju dva ovlašćena medijatora - pravnik i psiholog, socijalni radnik ili drugo lice slične edukacije, oba su prošla edukaciju za porodičnu medijaciju, što se u teoriji ističe kao pouzdan model.²⁶

20 Tako, npr., Nacrt Obiteljskog zakona Hrvatske iz 2014. god. predviđao da se tužba za razvod braka ne može podneti pre isteka roka od šest meseci od dana pokretanja postupka obaveznog savetovanja ukoliko roditelji ne postignu sporazum o deci uz obrazloženje da se spreče brzi i nepromišljeni razvođi, ali je omogućeno je da se bez ograničenja pokrene postupak ko su se bračni drugovi dogovorili o pitanjima u vezi zajedničke dece. Kritika ovog rešenja je uslovlila da ne bude uneseno u konačni tekst, Poretti, P., *Od mirenja do medijacije u obiteljskim sporovima - usklađivanje hrvatskog obiteljskog zakonodavstva o mirnom rješavanju obiteljskih sporova s pravom EU-a*, Zb. PF Sveučilišta u Rijeci (1991), br.1, 2015, 358-359.

21 Ovo rešenje preovlađuje u državama regiona, tako Zakon o posredovanju u rešavanju sporova Republike Srbije, "Sl. glasnik RS", br.55/2014, nadalje: ZP RS, čl. 33 st.1; Zakon o posredovanju Crne Gore, "Sl. list RCG" br. 30/05, "Službeni list CG", br. 29/12, sa izmenama i dopunama od 06.03.2019., nadalje: ZP CG, čl. 12 st.1; Zakon o postupku medijacije Bosne i Hercegovine, "Sl. glasnik BiH", br. 37/04, nadalje: ZP BiH, čl. 31 st.2;

22 Pavić, V.; Djordjević, M., *Novine u pravnom okviru za ADR u Srbiji*, Harmonius, 2014, 265. U zakonodavstvima ima rešenja gde se zahtevaju specifične kvalifikacije određenog profila, npr., u Hrvatskoj gde posrednik mora imati završene poslediplomske specijalističke studije iz porodične medijacije, vidi Pravilnik o obiteljskoj medijaciji Republike Hrvatske, "Narodne novine", br. 106/2014, čl. 2 st.2.

23 Videti Bubić, S., *op. cit.*, 23-25.

24 Ima i suprotnih stavova, Pavić, V.; Djordjević, M., *op. cit.*, 265.

25 *Ibid.*, 27.

26 Poretti, P., *op. cit.*, 364, 371.

U odnosu na vreme posredovanja u teoriji se navodi da je posredovanju pre razvoda braka opravdano stoga što je za uklanjanje nesporazuma i sukoba bračnih partnera i postizanje sporazuma to idealan trenutak jer oni još uvek razmišljaju o razvodu, odluka nije definitivna pa posredovanje ima više šansi za uspeh.²⁷ Suprotno tome, navodi se argument da poremećeni odnosi mogu usloviti izbegavanje posredovanja. Ako bi ono bilo obavezno, odnosno uslov vođenja sudskog postupka onda nesprovođenje posredovanja sprečava sudski postupak pa je time ostavljen prostor za povredu prava na pristup sudu i sudovi svesno postupaju *contra legem*.²⁸ Stoga se pledira za uvođenja posredovanja tokom sudskog postupka, koje, i ako je obavezno, ne bi vodilo povredi prava na pristup sudu, ili da se umesto obaveznog posredovanja, po ugledu na nemačko pravo, uvede razgovor sa bračnim partnerima o svrsi, značaju i prednostima posredovanja, posebno za postizanje sporazuma o deci.²⁹

Specifičnosti porodičnih konflikata zbog kojih je medijacija preporučeni proces rešavanja, kao i teškoće koje prate ovaj proces i utiču na njegovu uspešnost sažima Preporuka o porodičnoj medijaciji: porodični konflikti/sporovi uključuju lica koja će, po definiciji, imati međuzavisan i kontinuiran odnos, oni se javljaju u kontekstu snažnih emocija i odvojeni život i razvod braka utiču na sve članove porodice, posebno decu.^{30 31}

3. Porodično posredovanje u zakonodavstvima nekih država regiona

Preporukom o porodičnoj medijaciji ovaj proces je predviđen za "sve sporove između članova iste porodice, koji su bilo u krvnom bilo u tazbinskom srodstvu, kao i one koji žive ili su živeli u porodičnim odnosima u skladu sa nacionalnim pravom", a države članice su slobodne da "odrede posebna pitanja ili slučajeve koje će pokrivati porodična materija".³² Stoga je i polje primene porodičnog posredovanja različito i u državama regiona. U Hrvatskoj je,³³ kao posebno, navedeno načelo sporazumnog

27 Bubić, S., *op.cit.*, 25

28 *Ibid.*, 26.

29 *Ibid.*

30 Preporuka o porodičnoj medijaciji, t. 5 Preamble.

31 O karakteristikama porodične medijacije, sadržaju i procesu, odnosno fazama, Sladović Franz, B., *Obilježja obiteljske medijacije*, <https://hrcak.srce.hr/2018>, 12.08.2020.

32 Međutim, *Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=GA>, 06.08.2020, u t. 10 ograničava primenu na sporove o pravima i obavezama o kojima strane mogu slobodno odlučivati, a prava i obaveze u oblasti porodičnog (kao i npr., radnog) prava u većini slučajeva nisu u toj kategoriji. (Direktiva, koja primarno reguliše primenu medijacije u prekograničnim sporovima može se primenjivati i u postupcima mirenja prema nacionalnom pravu, t. 8). Rezolucijom Evropskog parlamenta o alternativnom rešavanju sporova u građanskim, trgovačkim i porodičnim stvarima, od 25.10.2011.god., <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0449&language=EN>, 06.08.2020., t. 25, naglašava se ključna uloga modela alternativnog rešavanja sporova u porodičnim sporovima za redukovanje psihološke štete i pomoći strankama da otpočinu ponovo da komuniciraju, a posebno da se obezbedi najviši stepen zaštite dece.

33 Obiteljski zakon, "Narodne novine", br.103/15, 98/19, nadalje: ObZ, čl.9.

rešavanja svih sporova iz porodičnih odnosa (čl.9, čl.331 st.1 ObZ). U teoriji se, upoređenjem odredbe čl. 331 st.1 i one iz st. 3 ovog člana, koji kao glavnu svrhu postupka porodične medijacije predviđa postizanje plana o zajedničkom roditeljskom staranju³⁴ i drugih sporazuma u vezi deteta, uz mogućnost sporazumevanja i o drugim spornim pitanjima imovinske i neimovinske prirode, izvodi zaključak da bi to moglo imati ograničavajući efekat na primenu medijacije.³⁵ I odredba čl. 54, da su supružnici koji imaju zajedničku maloletnu decu dužni učestvovati u obaveznom savetovanju, odnosno, kada ne postignu sporazum o planu zajedničkog staranja o deci tokom savetovanja, na prvom sastanku medijacije, ukazuje na ograničen domet obaveznosti. Inače, obaveznost sledi i iz izričitog pominjanja ali i odredbe da je supružnik koji ne pristupi prvom ročištu za medijaciju lišen prava na podnošenje tužbe (čl.54 st.4).³⁶ Procesnopravni efekti se svode na obavezu da se uz tužbu za razvod braka prilože izveštaj o obaveznom savetovanju i dokaz o učešću na prvom sastanku medijacije. Izveštaj ne može biti stariji od šest meseci, inače se tužba odbacuje (čl.379 st. 1,2 ObZ).³⁷ Ukoliko uz tužbu nisu podneseni ovi dokazi sud će pozvati tužioca da ih dostavi, a u suprotnom se smatra da je tužba povučena. Novu tužbu sud odbacuje što govori da je reč o posebnoj procesnoj pretpostavci za pokretanje postupka za razvod braka.

Obaveznost posredovanja rigidno reguliše Porodični zakon Federacije BiH³⁸ (nadalje: PZ BiH, čl.45 st.1), odnosno da pre pokretanja postupka za razvod braka bračni partner ili partneri koji imaju zajedničku maloletnu decu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje, kao i za vreme trudnoće žene, moraju podneti zahtev za posredovanje.³⁹ Procesna posledica podnošenja tužbe ili zahteva za sporazumni razvod braka pre okončanja postupka posredovanja je odbacivanje podneska (čl.52). Posredovanje pre pokretanja postupka za razvod braka ima za cilj i mirenje bračnih drugova, ali i, ako do mirenja ne dođe, postizanje sporazuma o sadržajima roditeljskog staranja (čl.50. st.1). Potenciranje obaveznog posredovanje kao primarnog puta rešavanja spora sledi i iz odredbe st.2, da organ starateljstva na zahtev ovlašćenog lica ili po službenoj dužnosti odlučuje o ovim pitanjima ako se sporazum ne postigne ili ne odgovara interesima deteta. Može biti sporno posredovanje za bračne partnere koji nemaju zajedničku decu. Naime, iz čl.45 st.3 mogao bi slediti zaključak da su i oni ovlašćeni za podnošenje zahteva za posredovanje, ali se tada svakako ne bi mogla primeniti odredba čl.49 koja za slučaj neodazivanja urednom pozivu predviđa odbacivanje tužbe ili zahteva za sporazumni razvod podnesenih nakon obustave postupka posredovanja.⁴⁰ Slično rešenje ima i Porodični zakon Republike Srpske

34 Postizanje sporazuma o ovom planu je predmet i postupka obaveznog savetovanja (čl. 321-330 ObZ).

35 Poretti, P., *op. cit.*, 361.

36 Osim kada se medijacija ne sprovodi, čl. 332 OzB.

37 Osim ako ne žive zajedno duže od godinu dana, ako je jednom bračnom drugu nepoznata adresa stanovanja duže od šest meseci i u slučajevima iz čl. 332, odnosno kada se porodična medijacija ne sprovodi.

38 Porodični zakon Federacije BiH, "Sl. novine Federacije BiH", br. 35/05, 41/05, 31/14., nadalje: PZ F BiH

39 Ograničenja predviđa čl. 45 st. 4 PZ F BiH

40 Izuzetak je neodazivanje bračnog partnera koji se nasilnički ponaša prema drugom bračnom par-

(nadalje: PZ RSrpske, čl.60 st.2,3),⁴¹ mirenje sprovodi organ starateljstva (čl.58), a uvedeno je i vremensko ograničenje pokretanja novog postupka mirenja.

Iz odredaba Porodičnog zakona Crne Gore⁴² (nadalje: PZ CG), može se zaključiti da se posredovanje sprovodi posle pokretanja postupka u bračnom sporu i da nije obavezno stoga što neodazivanje na prvi sastanak sa medijatorom (čl.326) ne utiče na dalji tok sudskog postupka (čl. 333). Ciljevi medijacije su mirenje ili postizanje sporazuma o vršenju roditeljskog prava posle razvoda braka kao i sporazuma o podeli zajedničke imovine.⁴³

U Republici Srbiji normirani su posebno mirenje i nagodba kao deo postupka posredovanja.⁴⁴ Postupak posredovanja (se) redovno sprovodi uz postupak u bračnom sporu koji je pokrenut tužbom jednog od supružnika” (čl.230 st 1). Mirenje se sprovodi samo u bračnom sporu po tužbi za razvod braka, a cilj je razrešenje konflikta bez razvoda braka (čl.234 PZ RS). Postupak nagodbe se sprovodi u bračnom sporu po tužbi za poništenje braka, odnosno tužbi za razvod braka kada mirenje nije uspelo (čl.240). Kako se posredovanje neće sprovoditi, između ostalog (čl.230 st.2), ukoliko jedan od supružnika ne pristane na posredovanje, zaključak je da ono nije obavezno. Isto sledi i iz čl. 237 st. 1, odnosno da neodazivanje pozivu za ročište za mirenje jednog ili oba supružnika vodi neuspehu mirenja pa se nastavlja postupak nagodbe,⁴⁵ kao i iz čl. 244 st. 1, koji na identičan način reguliše slučaj kada se jedan ili oba supružnika ne odazovu pozivu na nagodbu i nastavlja se postupak za poništenje ili razvod braka. Sudija koji sprovodi posredovanje dužan je da supružnicima preporuči da se podvrgnu psiho-socijalnom savetovanju. Ukoliko pristanu na savetovanje, sud na njihov predlog ili uz njihovu saglasnost, poverava posredovanje nadležnom organu starateljstva, bračnom ili porodičnom savetovaništu ili drugoj specijalizovanoj ustanovi (čl. 232 st.2,3).⁴⁶

Širina prihvatanja posredovanje u rešavanju porodičnih konflikata ali i postizanja dobrovoljnog izvršavanja obaveza potvrđuje se i njegovim prihvatanjem u specifičnim situacijama kakvo je npr., nezakonito prekogranično odvođenje i zadržavanje dece i ostvarivanje prava na staranje u skladu sa Konvencijom

neru, čl.49 st.2.

41 Porodični zakon Republike Srpske, ”Sl. glasnik Republike Srpske”, br. 54/2002, 41/2008 i 63/2014., nadalje: PZ R Srpske

42 Porodični zakon Crne Gore, ”Sl. list RCG”, br. 1/2007 i ”Sl. list CG”, br. 53/2016 i 76/2020.

43 Zakon o posredovanju Crne Gore (čl. 41), međutim, posebno reguliše posredovanje u porodičnim sporovima i to: bračnim, iz odnosa roditelja sa decom i o izdržavanju i omogućava posredovanje pre pokretanja sudskog postupka (čl.44 st.1).

44 Više o porodičnom posredovanju u Srbiji Ponjavić, Z., *Posredovanje u bračnim sporovima: odnos posredovanja i sudske procedure*, Pravni život, 2007, knj. 510, br. 10, str. 465-477.

45 Uz mogućnost da sud ili ustanova kojoj je povereno posredovanje proceni da ima izgleda da do pomirenja dođe, kada se postupak mirenja nastavlja (čl.237 st.2 PZ RS).

46 Zakon o posredovanju Srbije (čl. 3) predviđa da se posredovanje primenjuje u spornim odnosima u kojima strane mogu slobodno da raspolažu svojim zahtevima, ako drugim zakonom nije predviđena isključiva nadležnost suda ili drugog organa, a kao naročito medijabilne navodi sve sporove iz porodičnih odnosa, mada je za neke od njih ovo svakako upitno.

o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece.⁴⁷ Tako je Hrvatska usvojila poseban zakon kojim je ova materija regulisana⁴⁸ i koji predviđa medijaciju kao mogući način rešavanja spora (čl.12), a po pravilima koje određuje OzB za medijaciju i od strane porodičnih medijatora za prekogranične sporove. U Srbiji se Nacrtom Zakona o građanskopravnoj zaštiti dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja⁴⁹(čl.15) predviđa da Centralni organ i organ starateljstva u toku postupka po zamolnici podstiču sporazumno rešenje putem medijacije ili na drugi miran način, odnosno da je Centralni organ dužan da, ukoliko proceni da nema izgleda da se obezbedi dobvoljan povratak deteta, informiše sukobljene strane o mogućnosti pokretanja postupka medijacije radi postizanja sporazuma. Sporazum se dostavlja sudu koji po službenoj dužnosti donosi rešenje o njegovom prihvatanju ako proceni da je u najboljem interesu deteta.

4. Dejstvo sporazuma postignutih u postupku porodičnog posredovanja

Prethodna analiza zakonskih rešenja u nekim državama regiona upućuje na mogući zaključak da je posredovanje, bez obzira da li je povereno sudiji ili drugim organima ili licima i bez obzira na to da li se sprovodi pre ili u toku sudskog postupka široko prihvaćen način rešavanja porodičnih konflikata i postizanja specifičnih sporazuma o uređenju porodičnih odnosa, posebno o vršenju roditeljskog prava i podeli zajedničke imovine. Ipak, proces dejudicijalizacije dosledno je sproveden ukoliko posrednik konačno odlučuje o konfliktu, odnosno kada pravna sudbina, odnosno dejstvo sporazuma koji je postignu u postupku posredovanja ne zavisi od odluke suda. Međutim, analizirana zakonodavstva se razlikuju i u pogledu pravnih dejstava sporazuma zaključenih u procesu posredovanja. U nekim pravnim sistemima (Crna Gora, Srbija) sporazum o vršenju roditeljskog prava nužno je predmet provere suda sa aspekta zaštite najboljeg interesa deteta pa je njegovo dejstvo od toga zavisno, odnosno konačna odluka je na sudu.⁵⁰ Ima i rešenja (Hrvatska) da se sporazum o planu zajedničkog staranja o deci "odobrava" od strane suda u vanparničnom postupku čime dobija svojstvo izvršne isprave,⁵¹ ali bez jasnog određenja uloge suda.⁵² Specifično je i rešenje iz PZ F BiH (čl. 50) kojim je u slučaju da se bračni drugovi u postupku posredovanja ne izmire i ne postignu sporazum o roditeljskom staranju ili ako postignuti sporazumi ne odgovaraju interesima deteta, organu starateljstva povereno da odluči o ovim pitanjima. Odluka je privremena,

47 Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, 25.10.1980, Zakon o ratifikaciji Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, "Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 7/91. Videti Kekez, A., *Postupak medijacije u slučajevima međunarodne građanskopravne otmice dece*, <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0017-0933/2014/0017-09331403202K.pdf>, 02.09.2020.

48 Zakon o provedbi Konvencije o građanskopravnim vidovima međunarodne otmice djece, "Narodne novine", br. 99/2018.

49 Nacrt Zakona o građanskopravnoj zaštiti dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja, iz 2013. god., <https://arhiva.mpravde.gov.rs/>, 02.09.2020.

50 Čl. 332 st.2 PZ CG; čl.243 st. 4 PZ RS.

51 Čl. 336 st. 3 OzB.

52 Poretti, P., *op. cit.*, 365.

sa dejstvom do pravnosnažnosti odluke o razvodu braka, ali žalba ne odlaže njeno izvršenje što ukazuje na izvršnost. Ipak, ovakvo rešenje nije predviđeno za odluke svih fizičkih ili pravnih lica koja su ovlašćena za posredovanje već samo za državni organ - organ starateljstva.

U Srbiji, kada je reč o sporazumu o vršenju roditeljskog prava primena odredbe Zakona o posredovanju (čl. 27 st. 1) o uslovima pod kojima sporazum postignut u toku posredovanja dobija svojstvo izvršne isprave nije prihvatljiva stoga što sporazum obavezno proverava sud sa aspekta zaštite najboljeg interesa deteta. Sporazum o deobi zajedničke imovine direktno se, međutim, unosi u izreku presuda, odnosno sud samo konstatuje volju bračnih partnera. Ako se ovaj sporazum ne postigne tokom posredovanja može se zaključiti i posle prestanka braka u obliku javnobeležnički potvrđene isprave (čl. 178, 179 PZ RS). Stoga je u odnosu na ovu vrstu sporazuma moguće konstatovati da je proces dejudicijalizacije najdoslednije sproveden.

U Republici Srpskoj sporazumi iz postupka mirenja (čl.61 PZ RSrpske) čine sadržinu zapisnika o mirenju ali zakonom nije izričito regulisana uloga suda u odnosu na postignute sporazume, odnosno da li su i koji od njih predmet ocene suda. Kako sud odlukom o razvodu ili poništaju braka odlučuje i o poveravanju dece na zaštitu i vaspitanje (čl.88) moglo bi se tumačiti da je sporazum roditelja o ovim pitanjima predmet ocene suda sa aspekta najboljeg interesa deteta, ali i suprotno, da se sporazumi samo unose u odluku o razvodu ili poništaju jer o najboljem interesu dece organ starateljstva vodi računa.

Konačnu odluku i o sporazumu koji se postigne u postupku koji teče po pravilima obiteljske medijacije u pomenutim slučajevima građanskoprave otmice dece u pravu Hrvatske donosi sud kome se sporazum dostavlja od strane podnositelja zahteva, ceneći ga sa aspekta najboljeg interesa deteta, protivnosti pravnom poretku Republike Hrvatske i javnom interesu (čl.12 Zakona o provedbi Konvencije o građanskopravnim vidovima međunarodne otmice djece).

Moglo bi se zaključiti da u odnosu na dejstvo sporazuma o vršenju roditeljskog prava preovladava stav da sud ima završnu reč preko procene najboljeg interesa deteta, te da ni dejudicijalizacija nije potpuna, za razliku od, npr., sporazuma o podeli zajedničke imovine gde sud samo unosi sporazum u izreku presude, a mimo sudskog spora preovladava javnobeležnička forma pa i sporazum na ovaj način zaključen stiče svojstvo izvršnosti pod uslovima iz propisa koji regučišu javnobeležničke isprave.

5. Nadležnosti javnih beležnika

Proces dejudicijalizacije u ostvarivanju prava i obaveza iz porodičnih odnosa potvrđuje i tendencija uvođenja ali i širenja nadležnosti javnih beležnika u državama regiona.⁵³ Tako, PZ RS (čl.51) izričito predviđa da se izjava o priznanju očinstva

53 Više o pravnoj prirodi javnog beležništva (javna služba i slobodna profesija), kao i razlikama uporednopravno, Knežić-Popović, D., *Pravna priroda javnog beležništva*, Pravni zapisi, God. I, br. 2, 339-363.

može dati i pred javnim beležnikom, a identično rešenje sadrže i PZ R Srpske (čl. 112) i PZ F BiH (čl.56), pri čemu se u Federaciji odredba odnosi i na priznanje materinstva. U pravu Crne Gore, međutim, ne pominje se izričito mogućnost da se izjava o priznanju očinstva da pred javnim beležnikom, ali se iz formulacije čl.101 PZ CG, da se izjava može dati i "...pred drugim organom ovlašćenim za sastavljanje javnih isprava" zaključuje da je to i javni beležnik. Davanje izjave o saglasnosti sa priznanjem je, npr., u Srbiji sporno stoga što PZ RS ne reguliše izričito pred kojim organima ili pojedincima se saglasnost mora dati. Samo po analogiji se može zaključiti da bi to bili organi i lica ovlašćena za prihvatanje izjave o priznanju.⁵⁴ ObZ, takodje, ne predviđa izričito formu izjave o saglasnosti, odnosno pristanku na priznanje očinstva pa je nejasno da li se saglasnost daje samo pred telima koja su nadležna za primanje izjave o priznanju (čl.62) ili npr., i pred javnim beležnikom. Zaključak se ne može izvesti ni iz odredbe čl. 64 ObZ kojom je predviđeno da ukoliko matičar primi izjavu o priznanju bez izjava o pristanku, odnosno saglasnosti koja je po zakonu neophodna, dužan je da ih "zatraži". Upotrebljeni termin može se, naime, tumačiti i tako da je javni beležnik obavezan samo da traži da se izjave prilože ali i tako da je nadležan da je sam primi i konstatuje.

Među državama regiona ima i onih koje izričito regulišu pred kojim organima se daje izjava o saglasnosti sa priznanjem očinstva. Tako, u Crnoj Gori su to isti organi kao i za izjavu o priznanju, uključujući, dakle, i organe ovlašćene za sastavljanje isprava kakvi su javni beležnici,⁵⁵ dok su posebna pravila predviđena za davanje izjave deteta starijeg od 16 godina o saglasnosti.⁵⁶ I PZ R Srpske izričito predviđa da svi organi nadležni da prime izjavu o priznanju imaju ovlašćenje da prime i izjave o saglasnosti majke i deteta, uključujući javne beležnike.⁵⁷ PZ F BiH zahteva da dete starije od 14 godina ako je sposobno da shvati značenje priznanja izjavu o saglasnosti sa priznanjem materinstva i očinstva da isključivo pred organom starateljstva.⁵⁸ Treba napomenuti da zakoni država regiona kojima su regulisani porodični odnosi uglavnom ne određuju vrstu javnobeležničkog akta koji pri tome mora biti sastavljen, ali javnobeležnička praksa i teorija ukazuju da je reč o javnobeležničkom zapisu.⁵⁹

U postupku biomedicinski potpomognute oplodnje u državama regiona zahteva se pristanak svih lica koja se podvrgavaju ovom postupku, i to za svaki postupak posebno, kao i za davanje reproduktivnih ćelija ili embriona.⁶⁰ Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji Srbije⁶¹ izričito određuje da se pismeni pristanak davanja

54 O tome ko mora dati saglasnost sa priznanjem videti odredbe čl. 48-50 PZ RS.

55 Čl. 105, up. sa čl. 101 PZ CG

56 Čl. 106 i čl. 100 PZ CG

57 Čl. 117 i čl. 119 PZ R Srpske

58 Čl. 62- 64 PZ F BiH

59 Stojanović, N.; Evtimov, I., *Uloga javnih beležnika u porodičnim stvarima u Republici Srbiji*, Pravni život, 12/2017, 147. Stav javnobeležničke komore Srbije je da je reč o javnobeležničkom zapisu, <http://beleznik.org/index.php/sr/usluge/porodicno-pravo>, 20.08.2020. Tako i Povlakić, M., *Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini*, Zbornik radova PF u Zagrebu, br. 63(2), 262.

60 Pregled za države regiona videti, Stojanović, N., *Ovlašćenja javnih beležnika u uređenju porodičnih odnosa u državama na prostoru bivše SFRJ*, Zbornik radova PF u Nišu, Br.76, God. LVI, 2017, 513 (nap.br. 3), 516-518.

61 Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, "Sl. glasnik RS", br.40/2017 i 113/2017 - dr.

embriona i reproduktivnih ćelija daje pred zdravstvenim radnikom, u Banci ili u Centru za BMPO i da predstavlja deo medicinske dokumentacije (čl.38). Lica koja imaju pravo na lečenje primenom postupka ART-a (asistirane reproduktivne tehnologije), kao i donatori ili donatorke daju saglasnost u pisanom obliku i prema Zakonu o liječenju neplodnosti asistiranim reproduktivnim tehnologijama Crne Gore,⁶² a iz smisla odredaba može se zaključiti da je i ovde reč o medicinskoj dokumentaciji. Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji Hrvatske⁶³ (čl.19 st.2), predviđa da pisanu izjavu o pristanku na darivanje embriona overava javni beležnik. Identično rešenje je i u Makedoniji uz dopunu iz 2014. god. koja uvodi surogat materinstvo i da je za saglasnost bračnih drugova i surogat majke, kao i za povlačenje izjava, predviđena ista forma.⁶⁴ Zakon o lečenju neplodnosti u postupcima oplodnje biomedicinskom pomoći Slovenije⁶⁵ ne određuje ko izjave prima, a nesporno je da se izjava o povlačenju pristanka (čl.23) prima u Centru za OBMP. Zakon o lečenju neplodnosti biomedicinski pomognutom oplodnjom Federacije BiH⁶⁶ izričito zahteva pisanu formu za pristanak bračnih ili vanbračnih partnera kao i za povlačenje pristanka, ali ne određuje pred kojim organom se daje.

Sporazumni razvod braka u nadležnosti je sudova u svim državama regiona izuzev Slovenije koja predviđa dva modela - sudski i javnobležnički. Preovlađuje parnična procedura mada je reč je o tzv. nespornoj pravnoj stvari za koju je kao model adekvatnija vanparnična,⁶⁷ kao što je to, npr., u Nemačkoj, Austriji⁶⁸ i Hrvatskoj.⁶⁹ Javnobležnički model se sve više prihvata, a uporedo postoje i države koje prihvataju administrativnu proceduru, pri čemu se uslovi različito određuju.⁷⁰ Porodični zakon Republike Slovenije⁷¹(čl. 97), npr., zahteva da su supružnici bez zajedničke dece nad kojom vrše roditeljsko pravo, da su postigli sporazum o podeli zajedničke imovine, sporazum o tome ko će ostati ili postati korisnik stana u kome su živeli i sporazum o izdržavanju supružnika koji nema sredstva za život, a bez svoje krivice

zakon.

62 Zakon o liječenju neplodnosti asistiranim reproduktivnim tehnologijama, "Sl. list RCG", br. 74/2009, čl. 11. i čl. 29.

63 Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji, "Narodne novine", br. 86/12.

64 Zakon za biomedicinsko potpomognuto oplodnivanje, "Sl. vesnik na RM", br. 37/2008, 149/2014, 192/2015, 37/2016, čl. 12.b verzije Zakona iz 2014. godine.

65 Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočju, "Uradni list", br. 70/2000 i 15/2017., čl.22.

66 Zakon o liječenju neplodnosti biomedicinski pomognutom oplodnjom, "Sl. novine F BiH", br. 59/2018, čl. 35.

67 Dika, M., "Izvanparnična" i koncilijacijska funkcija javnih bilježnika - de lege lata i de lege ferenda, Zbornik radova PF u Zagrebu, Br. 59(6), 1158.

68 Rijavec, V., *Uloga notara u građanskom pravu Slovenije*, Anali PF u Beogradu, God.18, br.1 (2010), 122, 123.

69 Čl.453-469 ObZ reguliše poseban vanparnični postupak radi sporazumnog razvoda braka.

70 Bubić, S., *Globalisation and family law*, u "Law in the Process of Globalisation", (ed. Đorđević, S.; Vladetić, S.; Labudović Stanković, J.), Faculty of Law, University of Kragujevac, 2018, 415-419; Kraljić, S., *op. cit.*, 160-164; Za pravo Velike Britanije Mitrović S.T., *Sporazumni razvod braka i notarijat*, Pravo - teorija i praksa, Br.07-09/2019, a za francusko Želčević Diamel, A., *Porodično pravo u Francuskoj - pravo u preobražaju*, Anali PF u Beogradu, God. LXVI, br. 1/2018.

71 Družinski zakonik, "Uradni list", br. 15/17, 21/18, čl. 97 st. 1 i 2, nadalje DŽSl.

nije zaposlen. Forma je javnobeležnički zapis, a bračna zajednica prestaje danom potpisivanja isprave. U teoriji se ističu brojne prednosti sporazumnog razvoda van suda: pojednostavljenje i olakšanje postupka, mogućnost dostojanstvenog okončanja zajednice, brzina, manji troškovi, manje emocionalnosti, konfrontiranja i stresnih situacija.⁷² Ukazuje se i na okolnost da se na ovaj način realizuju ciljevi Preporuke R(86)12, odnosno oslobađanje sudija od tzv. vansudskih dužnosti ili rešavanja nespornih pravnih stvari pa se pledira za uvođenje ovog modela i u pravni sistem Srbije.⁷³ Kritičari, međutim, ističu da je nedostatak regulative ukoliko bračni drugovi nemaju izbor u pogledu nadležnog organa, što je, npr., slučaj u Francuskoj. Takođe se ukazuje da upravo složenost formalnih uslova okončanja "pravnog posla" odražava njegovu ozbiljnost⁷⁴ i potenciran značaj u društvenom i pravnom kontekstu što se, zapravo, postiže preko sudske nadležnosti, a ne nadležnosti javnog beležnika. Stoga uvođenje sporazumnog razvoda pred javnim beležnikom svedoči "... o slabljenju bračne veze i mestu koje brak zauzima u životu Francuza. Nova procedura razvoda je odraz sve veće banalizacije i razvoda i braka".⁷⁵

Javni beležnici imaju i nadležnosti u odnosu na pravne posledice prestanka braka, posebno one ličnoimovinske. Tako se, npr., u Srbiji (čl.161 st.3 PZ RS), sporazumno mogu rešiti pitanja vezana za zakonsko izdržavanje i to u formi javnobeležničkog zapisa. Ipak, postoje izvesne nejasnoće. Naime, rubrum čl.161 glasi "Način određivanja izdržavanja", st.1 reguliše da se izdržavanje, po pravilu, određuje u novcu, a st.2 da se može odrediti sporazumom i na drugi način. Tumačenje st.3 u kontekstu ostalih stavova mora biti usko - sporazum se može odnositi samo na način određivanja izdržavanja. To sledi i iz čl.82 st.1 Zakona o javnom beležništvu Srbije⁷⁶ o obaveznoj formi javnobeležničkog zapisa za "sporazum o zakonskom izdržavanju" zaljučen "u skladu sa zakonom" što asocira na primenu odredbi PZ RS. Nepreciznost normative uslovljava probleme pa se, tako, postavlja pitanje da li se javnobeležnička forma primenjuje i na sporazume o svim drugim pitanjima zakonskog izdržavanja - visini, trajanju, prestanku i promeni.⁷⁷ Ukoliko je odgovor pozitivan pojavio bi se, pre svega, problem u slučaju kada je poverilac maloletno dete stoga što nije regulisano da li se u ovom slučaju o sporazumu mora tražiti mišljenje organa starateljstva.⁷⁸

I u ostalim državama regiona, uz izuzetak Hrvatske,⁷⁹ prihvaćena je forma javnobeležničkog zapisa za sporazum o izdržavanju, uz određena ograničenja. Tako, u Federaciji BiH je notarski obrađena isprava predviđena kao forma za sporazum roditelja o visini, odnosno povećanju iznosa i ima snagu izvršne isprave (čl.238 PZ

72 Kraljić, S., *op. cit.*, 170

73 Stojanović, N., *op. cit.*, 520.

74 Želčević Diamel, A., *op. cit.*, 150.

75 *Ibid.*

76 Zakon o javnom beležništvu, "Sl. glasnik RS", br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - dr. zakon, 93/2014 - dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015, nadalje: ZJB RS.

77 Stojanović, N., *op. cit.*, 527.

78 *Ibid.*

79 Ozb predviđa odobrenje od strane suda u pojednostavljenom vanparničnom postupku (čl.423-432, 302).

F BiH). U Sloveniji se sporazumi između bračnih drugova o izdržavanju u slučaju razvoda ili poništaja, zaključeni u vreme sklapanja, u toku trajanja braka ili po prestanku mogu zaključiti u obliku izvršnog notarskog zapisa (čl. 101 DŽSl.). Ista forma predviđena je i za sporazum roditelja sa punoletnim detetom kao primaocem i punoletnog deteta sa roditeljem kao primaocem (čl. 192, 193), kao i za sve sporazume bračnih drugova o povećanju, smanjenju ili prestanku obaveze izdržavanja (čl.106). Izuzetak predviđa čl.191, da sporazum roditelja o izdržavanju maloletnog deteta mora dobiti formu sudskog poravnanja uz proveru suda da li je u najboljem interesu deteta i mogućnost neprihvatanja.

Nadležnosti notara obuhvataju i sastavljanje, ređe samo solemnizaciju, ugovora kojima se regulišu imovinsko pravni odnosi bračnih i vanbračnih partnera, a negde i članova porodične zajednice.⁸⁰

6. Nadležnosti javnih izvršitelja

U većini država regiona prepoznaje se proces dejudicijalizacije postupka izvršenja preko organizacije službe javnih izvršitelja i zakonskog prenošenja nadležnosti za sprovođenje izvršenja, ređe i za vođenje postupka izvršenja u celini sa suda na javne beležnike. Tako je u Sloveniji, Makedoniji, Srbiji i Crnoj Gori formirana služba javnih izvršitelja, u Hrvatskoj je funkcionisala od 2010. god. do 2012. god., a u Federaciji BiH i Republici Srpskoj ovaj model postupka izvršenja nije prihvaćen.⁸¹ Ipak i države koje regulišu ovaj način izvršenja iz nadležnosti javnih izvršitelja isključuju izvršenje većine odluka u vezi porodičnih odnosa, posebno onih o predaji deteta (roditelju, drugom licu ili organu) i o održavanju ličnih odnosa i neposrednih kontakata deteta sa roditeljem (ili drugim licima). Sud je isključivo nadležan kako u fazi postupka izvršenja u kojoj se donosi rešenje o izvršenju, tako i za sprovođenje izvršenja. Razloge ne treba posebno obrazlagati. Dovoljno je reći da su u ove postupke po pravilu involvirani roditelji koji više nisu u braku zbog dugotrajnih i ozbiljnih konflikata i dete koje je emocionalno pogođeno prestankom braka i zajedničkog života sa roditeljima. To upućuje na neophodnost posebne pažnje, senzibilitnosti i stručnih znanja lica ili organa koji učestvuju u ovim postupcima i multidisciplinarni pristup koji može obezbediti sud, ali ne i javni izvršitelj. Okolnost da se mora voditi računa o zaštiti najboljeg interesa deteta ukazuje na isti zaključak.⁸²

Ipak, teba reći da je u Srbiji izmenama i dopunama ZIO iz 2019. god.⁸³ nadležnost za prinudno oduzimanje i predaju deteta poverena organu starateljstva, uz prisustvo i nadzor sudije (čl.376 st.2 ZIO RS). Tako organ starateljstva postaje organ

80 U poređnopravni pregled u državama regiona Stojanović, N., *op. cit.*, 527-530; Jančić, M., *op. cit.*, 273-280; Pajtić, B., Bračni ugovori u srpskom i evropskom pravu, Zbornik radova PF u Novom Sadu, br. 3/2009, 257-282;

81 Videti više o ovome Zoroska-Kamilovska, T., *op. cit.*, 455-466.

82 U tom kontekstu interesantno bi bilo obraditi nadležnost organa starateljstva, ali je to posebna tema koja zahteva obimnu analizu.

83 Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", br. 106/2015, 106/2016 - aut. tumačenje, 113/2017 - aut. tumačenje i 54/2019, nadalje: ZIO.

egzekucije.⁸⁴ Razlog je primarno svakako to da je on u najvećoj meri involviran u sve postupke koji se tiču prava dece. Takođe, kadrovska struktura, odnosno za postupak izvršenja neophodni stručni profili zaposlenih opravdavaju novo zakonsko rešenje. Ipak, postoje i izvesne dileme. Pre svega, čl. 376 st.2. ne reguliše ko neposredno vrši oduzimanje i predaju deteta kao izvršne radnje, pa se samo može pretpostaviti da je to psiholog organa starateljstva čiju ulogu ZIO najšire reguliše (čl.375 st.3).⁸⁵ Nejasna je i uloga sudije koji bi trebalo da vrši nadzor nad licem koje ima potrebne kompetencije, dok ih sudija, dakle, nema. Nije regulisana ni odgovornost organa starateljstva kao egzekutivnog organa, kao što je to npr., učinjeno za javne izvršitelje. Poznate su i teškoće koje u praksi postoje u pogledu organizacionih, prostornih, nekada i kadrovskih i drugih problema koji prate rad organa starateljstva. Teoriji ističe i problem preterano formalizovanog pristupaovog organa u poslovima iz svoje nadležnosti, neplanskog i situacionog postupanja i (ne)prepoznavanja najboljeg interesa deteta.⁸⁶ Uz to, opšti je stav da se prinudno izvršenje odluka o deci mora sprovesti planski, uz multidisciplinarni pristup i koordinaciju svih uključenih subjekata.

Interesantno je pomenuti u kontekstu izvršenja odluka iz porodičnih odnosa još jedno zakonsko rešenje u pravu Srbije. Reč je o regulisanju izvršenja odluka koje se odnose na obavezu zakonskog uzdržavanja. Naime, od uvođenja javnih izvršitelja u praksi je postojao problem primene čl.4 ZIO(2015) kojim je isključiva nadležnost suda predviđena za odluke "iz porodičnih odnosa" bez bližeg određenja. Stoga su neki sudovi smatrali da su i odluke o zakonskom uzdržavanju odluke iz porodičnih odnosa pa je sud isključivo nadležan, a drugi su ih smatrali odlukama o novčanim potraživanjima pa je za sprovođenje izvršenja nadležan javni izvršitelj. Reagovao je Vrhovni kasacioni sud Zaključkom sednice Građanskog odeljenja od 27.06.2017.god. tumačeći da je reč o odluci iz porodičnih odnosa. Samo dve godine kasnije zakonodavac u Srbiji se priklonio suprotnom stavu. Ovo rešenje se mora dovesti u vezu sa još jednom izmenom zakona. Naime, čl.138a Novele ZIO(2019) uvodi posredovanje pre pokretanja postupka izvršenja kada su u pitanju novčana potraživanja, a sprovodi ga javni izvršitelj po predlogu izvršnog poverioca.⁸⁷ Kako je obaveza zakonskog uzdržavanja trenutno u rangu svih drugih novčanih obaveza, primena odredaba o posredovanju kod izvršenja obaveze zakonskog uzdržavanja je problematična posebno ako se postupak uspešno okonča zaključenjem sporazuma. Naime, kako pravnu prirodu sporazuma zakonodavac ne određuje može se samo pretpostaviti da je reč o vansudskom poravnanju koje nije izvršna isprava i dovodi u pitanje položaj izvršnog poverioca.⁸⁸ Takođe, sporazum nije podložan proveru sa aspekta najboljeg interesa deteta, npr., a njime se revidiraju međusobne obaveze

84 Stanković, G.; Palačković, D.; Trešnjev, A., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2020, 35, 1230, 1231.

85 *Ibid.*, 1230.

86 *Ibid.*, 1231.

87 Usvojen je i Pravilnik o postupku dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja pre pokretanja izvršnog postupka. "Sl. glasnik RS", br. 90/2019, koji je u toj meri sumaran da ni jedno od otvorenih pitanja posredovanja koje se odvija pred javnim izvršiteljem ne rešava.

88 Stanković, G.; Palačković, D.; Trešnjev, A., *op. cit.*, 632, 633.

stranaka utvrđene izvršnom ispravom.⁸⁹ Uz to javni izvršitelji nisu edukovani za posredovanje kao ni u oblasti zaštite prava dece. Stoga je primena čl.138a nesporna samo u slučaju naknade neisplaćenih iznosa zakonskog izdržavanja.^{90 91}

7. Zaključak

Analiza normativnih rešenja, posebno u državama regiona nesumnjivo potvrđuje proces dejudicijalizacije u oblasti zaštite prava i obaveza porodično pravne prirode, ali i u rešavanju sporova iz ovih odnosa. Pored posredovanja (medijacije) koje je često i obavezno, odnosno podrazumeva sankcije vezane uz mogućnost pokretanja sudskog postupka u slučaju neodazivanja pozivu za posredovanje ili odsustva sa prve sesije pred posrednikom, ima i niz specifičnih rešenja. Takav je, npr., vansudski razvod braka koji je prihvaćen u Sloveniji, ali i nekim drugim državama, pod, ipak, restriktivno određenim uslovima. "Razvlašćivanje" sudova, pod izgovorom rasterećenja, čini se i prenošenjem dela nadležnosti na notare (javne beležnike), ali i javne izvršitelje (i organ starateljstva, o čemu u Radu nije bilo reči). Stoga bi se moglo reći da je proces dejudicijalizacije u svim državama regiona prisutan u većoj ili manjoj meri, ali i da postoje brojne nedoslednosti u zakonskom regulisanju ovih situacija što uslovljava probleme u praksi. Posebno je bitna konzistentnost rešenja kada je dejudicijalizacija potpuno sprovedena, odnosno kada sud nema više nikave nadležnosti u određenim pravnim stvarima, npr., proveriti sporazuma zaključenih u postupku posredovanja ili u postupku izvršenja sa aspekta najboljeg interesa deteta. Dogradnji usvojenih rešenja kao i eventualnom daljem prenošenju nadležnosti mora se pristupati obazrivo i promišljeno s obzirom da je reč o pravima i obavezama porodično pravne prirode koji su po svemu izuzetno specifični.

89 *Ibidem*, 633.

90 O izvršenju odluka iz porodičnih odnosa više Arsić, J.; Banić, M., Analiza problema u zaštiti najboljeg interesa deteta u izvršenju sudskih odluka u porodičnim stvarima, <https://www.google.com/search>, 02.09.2020.

91 Izbegavanje vođenja postupka izvršenja u pravu F BiH moguće je davanjem izjave od strane dužnika izdržavanja pred notarom o tome da se iznosi isplaćuju iz plate ili drugih stalnih novčanih primanja neposredno licu koje je odlukom suda označeno kao primalac izdržavanja (čl.371 PZ F BiH). Slično rešenje ima i OzB (čl.528 st.1) koji ispravi koja se unosi u sudski zapisnik ili je overena daje snagu pravnosnažnog rešenja o izvršenju zaplenom plate, penzije ili sličnih novčanih primanja (čl.528) i izvršne isprave za izvršenje na drugim predmetima (čl.528 st 3).

Dušica Palačković, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac

DE-JUDICIALIZATION IN THE FIELD OF FAMILY LAW – REFLECTION OF THE GLOBAL PROCESS ON THE REPUBLIC OF SERBIA LEGAL SYSTEM

Summary: The participation of non-judicial organs in the realization of the rights and duties in the field of family law is not insignificant. This can be witnessed in a widely accepted delegation of jurisdiction to administrative organs, as well as in the application of mediation as a method of dispute settlement. In addition, in recent years, there has been a strong de-judicialization process in Europe, and in our neighbouring countries, involving the transfer of traditional court jurisdictions to other bodies and institutions, including the public notaries who have been awarded the jurisdiction to regulate the family relations. The most significant example is that today a number of countries allow the possibility that a marriage can be dissolved by a notary public. In the Republic of Serbia, this tendency can be seen in family mediation, as well as in the latest version of the Law on enforcement and security based on which the enforcement of child custody orders (child removal and placement) is delegated to the custodial authority with the presence and monitoring of the court official. Moreover, the enforcement of child and spouse maintenance orders are delegated, by this law, to public enforcement officers. In this paper, the autor analyzes normative solutions which support the examples of the intensification of the de-judicialization process in the implementation of family rights and obligations.

Key words: de-judicialization, mediation, the jurisdiction of public notaries, the enforcement of decisions

Suzana Kraljić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Maribor

Katja Drnovšek, LLB, Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Maribor

MAINTENANCE OBLIGATIONS TOWARDS ADULT CHILDREN IN THE REPUBLIC OF SLOVENIA

Summary: In the Republic of Slovenia, parents have a general obligation to maintain their children until they reach the age of majority (i.e., until they are 18 years old) by providing, in accordance with their capacities, the conditions necessary for the child's development. This obligation is extended if the child, who has already reached the age of majority, remains enrolled in secondary or higher education, but not indefinitely. The article will examine the conditions under which the maintenance obligation applies even towards adult children and highlight the differences between the new Family Code (applicable since 2019) and previous legislation. Special attention will be paid to the so-called above-standard maintenance payments, which can reach thousands of euros and are usually granted for the benefit of adult children living and studying abroad. With the ever-expanding opportunities for obtaining education all over the world, it is not surprising that such cases, which have been appearing in the recent case law of Slovenian courts, are becoming somewhat controversial and are opening new questions of whether there should be a limit to the needs of adult children that are taken into account in the calculation of maintenance.

Keywords: maintenance obligations between parents and children, maintaining adult children, maintaining married children, children enrolled in higher education, the amount of maintenance payment, the above-standard maintenance payment

1. Introduction

Parental rights and obligations have their constitutional basis in Article 54 of the Constitution of the Republic of Slovenia (URS),¹ the first paragraph of which states that parents have the right and duty to maintain, educate, and raise their children. This right and duty may be revoked or restricted only for such reasons as are provided by law in order to protect the child's interests. The importance of the parent's obligation to maintain their child cannot be underestimated, as its primary purpose is to provide material and cognitive prerequisites necessary for the development of a child and his

¹ Constitution of the Republic of Slovenia - Ustava Republike Slovenije (URS), Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 and 75/16 – UZ70a.

or her progress to independent living. Its contents are concretised under Article 183 of Slovenian Family Code (DZ),² the first paragraph of which stipulates that parents shall maintain their children until the age of majority by providing, in accordance with their capacities, the conditions necessary for the child's development. In line with the definition of a child from Article 1 of the Convention on the Rights of the Child,³ the child is considered to reach the age of majority when he or she turns eighteen. The general obligation of parents to maintain their child, therefore, refers to children who have not yet reached the age of eighteen. At this point, they ipso iure become emancipated, are considered adults and gain full legal capacity, allowing them to independently enter into, change or terminate legal relationships and acquire corresponding rights and duties.⁴ However, because financial independence does not always coincide with legal independence, this obligation may be extended to adult children, if all legal requirements are met.⁵

When imposing an obligation on parents to maintain their adult children, Slovenian legislation pursues one main aim, namely, to ensure the best environment for children to obtain education according to their capacities, talents and wishes and thus secure the best chance for successful independent living. The article will examine the conditions that have to be met for the adult child to claim maintenance and the precise contents of the parents' obligation to maintain them, with a focus on some particular issues that required additional interpretation by Slovenian courts. Some attention will be paid to highlighting the differences between the new Family Code (applicable since 2019) and the previous legislation. Furthermore, the article will address the topic of so-called above-standard maintenance payments. These maintenance amounts, which can reach hundreds or even thousands of euros, are not limited to adult children but are nonetheless frequently granted for the benefit of adult children living and studying abroad. With the ever-expanding opportunities for obtaining education all over the world, it is not surprising that such cases, which have been appearing in the recent case law of Slovenian courts with an increased frequency, are becoming somewhat controversial and are opening new questions of whether there should be a limit to the needs of adult children that are taken into account in the calculation of maintenance.

2 Family Code - Družinski zakonik (DZ), Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19 and 67/19 – ZMatR-C.

3 Convention on the Rights of the Child – Konvencija o otrokovih pravicah, Official Gazette of the SFRY, No. 15/1990, Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 35/1992, MP No. 9/1992.

4 For more, see S. Kraljić, *Nadstarševstvo ali qui vadis sodobno starševstvo*, Zbornik v čast Karla Zupančiča. Ljubljana: Pravna Fakulteta, 2014, pp. 133ff.

5 See also S. Kraljić & L. Burkelc Juras, *Child maintenance for adult children who are studying: Slovenian legal regulation and the contemporary case-law*. In: B. Arkin (ed.), *The international survey of family law: published on behalf of the International Society of Family Law*. Bristol: Jordan Publishing, Family Law, 2016, pp. 411-455.

2. General characteristics of maintenance obligations between parents and children

The right of a child to be maintained differs from other property rights in various characteristics, for example, its nature is also mandatory (the child may not waive the right to be maintained), strictly personal (it may not be transferred to another person during life and is extinguished after the death of maintenance creditor or debtor), and mutual; there is no statute of limitation for the right to claim maintenance (except individual monthly instalments); the already paid maintenance cannot be reclaimed; it is subject to change (depending on the changes in maintenance debtor's financial capacity and maintenance creditor's needs); etc.⁶

While the parents live together in a shared household, both of them usually contribute to the maintenance of their child. However, when they do not (or no longer) live together, the parent who does not live in the same household as the child still had to contribute to the maintenance in the form of a monthly payment (the fifth paragraph of Article 183 of DZ).⁷ Parents generally maintain their child in their household unless this is contrary to the child's best interest. Other means of maintenance are relevant, for example, if the child is attending school at a distant location, in which case it would not be in their best interest to spend hours travelling between their home and school on a daily basis. Similarly, if the child had to be removed from their parents and placed with their guardian, in a foster home or institution, other means of maintenance have to be implemented.⁸ It is worth emphasising that a parent whose parental responsibility has been withdrawn or restricted, or a parent whose child is placed under guardianship, with another person, in foster care or institution, are not free from the obligation to maintain the child. In such cases, the parents are required to ensure the maintenance of their child with monthly payments (Article 184 of DZ).

In addition to parents, a spouse or a cohabitating partner also have an obligation to maintain the child of their spouse or partner who lives with them, if neither parent has the capacity to maintain the child (subsidiary nature of the obligation). This obligation of the spouse or cohabitant no longer applies if the marriage or cohabitation with the child's parent was terminated, except where the reason for termination is the death of the child's parent. In such cases, the surviving spouse or cohabitant remains liable to maintain the child who was living with them at the time of the termination of marriage or cohabitation (Article 187 of DZ).⁹

6 For more, see S. Kraljić, *Družinski zakonik s komentarjem*. Maribor: Poslovna založba MB, 2019, pp. 610ff.; K. Zupančič, *Družinsko pravo*, Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 1999, p. 163; Kraljić & Burkelc Juras, 2016, pp. 411-455.

7 See also Kraljić, 2019, p. 610.

8 B. Novak, *Družinsko pravo*, Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2017, p. 238; Government of the Republic of Slovenia, Proposal for the Family Code of 20 December 2016, p. 21, <https://imss.dz-rs.si/IMiS/ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ-MSS-01/63a46860fbf7173032be6b1684a-9ebc5cd21110e1eed4c737ad1c674c8a1ce5f> (accessed 29 September 2020). See also point 3.2 of this Article.

9 Kraljić, 2019, p. 625; Government of the Republic of Slovenia, Proposal for the Family Code of 20 December 2016, p. 22. For more, see also Novak, 2017, p. 240-242.

Parents no longer have an obligation to maintain their child who is married or lives cohabitation with a partner, as the child's spouse or cohabiting partner is now imposed with the burden of maintenance. This applies regardless of whether the child has already reached the age of majority or not.¹⁰ However, to ensure legal certainty, the parents are still required to maintain even a married or cohabiting child in cases where the child's spouse or cohabitant are unable to maintain them (the so-called subsidiary obligation to maintain a child). In the case of adult children, this obligation only applies if all other general conditions are met.¹¹

Maintenance obligations between parents and children are mutual. Under Article 185 of DZ, a child who has reached the age of majority has the obligation within their means to maintain their parents who have insufficient resources to support themselves or are unable to obtain them but only for as long as the parents had actually maintained the child. This obligation does not apply towards a parent who failed to fulfil their maintenance obligations towards the child without justified reasons. The adult child who has a duty to maintain their parent has several options, between which he or she may choose freely: maintenance in the form of payments, maintaining a parent in his or her household, other forms of maintenance (e.g. paying for accommodation and care in social care institution).¹²

According to Article 188 of DZ, the child cannot renounce the right to maintenance – such renunciation has no legal effect. The purpose of maintenance is to meet those basic needs of the child that they are unable to meet on their own and to provide at least the most basic conditions for a decent life. However, the prohibition to renounce the right to maintenance does not exclude a possibility to renounce the right to claim maintenance (in a procedural sense). The maintenance creditor or their legal representative may still decide not to file the claim or withdraw the claim after it had been filed.¹³

3. Maintenance for adult children

3.1 The obligation of maintenance towards adult children

Under Article 137 of DZ, parents have an obligation to care for the life and health of their children, providing safety, basic care, upbringing and supervision; provide their children with conditions for healthy growth, balanced personal development and independent life and work; maintain their children; and, within their powers, provide for the schooling and professional education of their children according to their capacities, talents and wishes. The child's education is, therefore, clearly considered to be of the utmost importance for their well-being. Under the original ZZZDR (1976), the obligation of parents to maintain their children lasted only until they turned eighteen, meaning that adult children who wanted to pursue

10 Kraljić, 2019, p. 612.

11 Zupančič, 1999, p. 160; Government of the Republic of Slovenia, Proposal for the Family Code of 20 December 2016, p. 21.

12 Kraljić, 2019, pp. 623-624; Novak, 2017, pp. 243-244.

13 Kraljić, 2019, p. 626.

higher education had to either be lucky enough to have parents who valued education and helped them financially of their own volition, or fend for themselves by finding their own source of income. Forcing children to work while also attending school makes it more difficult for underprivileged children to finish their studies, achieve success, and have the same opportunities in life as their wealthier peers, which is why the amendment brought about by the Act Amending the Marriage and Family Relations Act (ZZZDR-C)¹⁴ in 2004 represented a welcome change. The amended second paragraph of Article 123 of ZZZDR,¹⁵ which remained valid until the DZ came into force, stated that parents have the obligation to maintain their child after they reach the age of majority if the child is in regular full-time attendance at an educational institution, but only until the child reaches the age of 26. While the new age barrier doubtlessly improved the financial situation of young adults attempting to acquire better education and professional qualifications, the cited provision remained problematic and subject to criticism due to the fact that some study programmes in the Republic of Slovenia last longer than others (e.g. six years for medicine).¹⁶

The DZ rectified the situation by defining the parent's obligation to maintain their adult children in more precise terms. The second and third paragraphs of Article 183 of DZ thus stipulate that parents have the obligation:

- to maintain a child enrolled in secondary education until the age of majority, if the child is in regular full-time attendance at a secondary school and is not employed and not registered as seeking employment, until the first termination of secondary schooling or the moment of obtaining the highest level of general or professional qualification that may be obtained in accordance with secondary education regulations;

- to maintain a child enrolled in short-cycle higher education if the child is in regular full-time attendance and is not employed and not registered as seeking employment, until the first termination of short-cycle higher education in accordance with the provisions of the Act governing short-cycle higher education;

- to maintain a child enrolled in higher education if the child is in regular full-time attendance and is not employed and not registered as seeking employment until the first termination of an undergraduate study programme or a single masters study programme in accordance with the provisions of the Act governing higher education. If the study programme in which the child is enrolled lasts for more than four years, the obligation of maintenance shall be extended accordingly.

In all cases, the obligation of maintenance no longer applies after the child reaches the age of 26. If the child has not yet finished their studies by that time, they can no longer claim maintenance for the remaining period of their studies.

14 Act Amending the Marriage and Family Relations Act - Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR-C), Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 16/04.

15 Marriage and Family Relations Act - Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR), Official Gazette of the Republic of Slovenia, 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.

16 See, for example, Kraljić & Burkelc Juras, 2016, pp. 411-455.

3.2 The legal standard of "regular full-time attendance"

The precise meaning of the legal standard of "regular full-time attendance" had been the subject of much debate under the previous diction, which failed to provide the answers to whether the parents have an obligation to maintain their children only during under-graduate or also post-graduate studies,¹⁷ or whether the parents have to maintain the child who already obtained a certain level of education and decided to enrol into another study programme at the same level, in order to pursue another profession.¹⁸ Both questions were answered by the above-cited Article 183 of DZ, which clearly states that the child is entitled to claim maintenance only until they finish their master's study programme (i.e. not for post-graduate, PhD studies) and only until the first conclusion of the study programme at a certain level of education.

The fairly extensive case law already resolved most other ambiguities and laid out specific criteria for defining the concept of "a regular full-time attendance". Most importantly, the formal status of the student is not decisive when assessing whether this condition is met. Instead, the student has to fulfil their school or study obligations regularly and in a timely manner, in a school or study programme leading to a publically recognised degree or title. Its purpose is to acquire a profession or education that will provide an adult child with a better independent living. This means that the adult child might be formally enrolled as a full-time student, but will not meet the requirement of a regular full-time attendance if he or she does not regularly fulfil their study obligations (e.g. fails exams, does not progress to a higher year, and gets suspended).¹⁹ It is worth noting that a repeated enrolment in the same year of a study programme is not necessarily a reason for the adult child to lose the right to maintenance. The court has to consider all circumstances of a specific case, including possible justified reasons for a delay in the (otherwise successful) education process, such as illness or pregnancy, taking care of a gravely ill person, mental anguish following the parents' divorce or legal disputes with parents, unbearable domestic circumstances requiring regular police intervention, etc.²⁰ The burden of proof that

17 See, for example, the Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 410/2015 of 11 March 2015, in which the court decided that the parents are only obliged to maintain their children who are enrolled in under-graduate studies. However, it also pointed out that there is no clear position regarding the status of masters' study programmes after Bologna reform in either legal theory or case law.

18 See the Supreme Court of the Republic of Slovenia, Judgement II Ips 134/2002 of 16 May 2002 and the Higher Court in Celje, Judgement Cp 1543/2004 of 31 August 2005, in which the courts determined that the right to maintenance depends on a regular full-time attendance (regular fulfilment of study obligations) and not on studying at a higher level of education that the one already achieved. The parents have to support their child even if it turns out that they made a mistake when choosing their first profession. The Higher Court in Ljubljana (Judgement IV Cp 4003/2010 of 10 November 2010) even approved the maintenance claim of a child enrolled into the third study programme, after already finishing two others, because she managed to prove that she is not abusing the enrolment in order to keep receiving maintenance, but that this profession was always her first wish and she was prevented from enrolling due to lower grades. See also Kraljić & Burkelc Juras, 2016, pp. 411-455. Cf. Novak, 2017, p. 232-233.

19 It is worth emphasising that in the case of underage children, parents are not released from the obligation to maintain the child until they reach the age of majority (18 years of age), regardless of whether they attend the school or not.

20 Supreme Court of the Republic of Slovenia, Judgement II Ips 268/99 of 30 June 1999; Supreme

the reason for failure to fulfil study obligations was justified lies on the maintenance debtor (i.e. the adult child), who is also expected to provide evidence of regular study in the form of enrolment certificate, grade report, certificate of passed exams, certificate of extra-curricular activities, etc.²¹

On the other hand, even if the child does not have a formal status of a full-time student, the maintenance may still be awarded, as long as they regularly fulfil their study obligations. This also applies to adult children enrolled in study programmes that are purposefully organised in a way allowing the students to hold a job and earn their own income (whether they actually decide to work or not).²² Slovenian courts firmly stand by the opinion that the purpose of maintenance obligation towards adult children is to make it possible for them to study and successfully complete the chosen study programme. If the child were also expected to hold a job and earn their own income (to reduce their parents' obligation to pay maintenance), such time-consuming requirement would threaten the success of their studies and thus defeat the primary purpose of maintenance obligation.²³ Therefore, as a rule, the adult child who is in regular full-time attendance has no obligation to find a job, even if the study programme is organised in a way that would allow them to do so. However, if they wish to cover the costs of some above-standard needs, especially if their parents' financial capacity is low, they should contribute to their own livelihood, as long as their work obligations do not affect the success of their studies and the quality of their education.²⁴ Furthermore, if they have another source of income or financial means (e.g. savings, scholarship, ownership of real estate), there is no reason why they should not at least partially contribute to their own subsistence.²⁵ In the case of the maintenance obligation towards underage children, parents are expected (and obliged) to do everything in their power to ensure sufficient means to cover at least their basic needs, even if that means that they have to take out a loan. Adult children, however, are considered to be capable of working and contributing to their own livelihood. For that reason, their parents are not required to go above and beyond to provide sufficient funds for maintenance, if they are struggling themselves (e.g. they are unemployed, they have to maintain other underage children).²⁶

Court of the Republic of Slovenia, Decree II Ips 821/2007 of 15 November 2007; Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 1337/2015 of 13 May 2015. See also Novak, 2017, p. 234.

21 Higher Court in Ljubljana, Decree IV Cp 3713/2005 of 7 September 2005; Higher Court in Maribor, Decree I Ip 428/2017 of 10 July 2017. See also Kraljić, 2019, p. 619.

22 Supreme Court of the Republic of Slovenia, Judgement II Ips 150/97 of 22 October 1997; Supreme Court of the Republic of Slovenia, Decree II Ips 185/2003 of 8 May 2003; Higher Court in Celje, Judgement Cp 1173/2004 of 14 July 2004.

23 Supreme Court of the Republic of Slovenia, Judgement II Ips 174/2007 of 18 April 2007; Higher Court in Ljubljana, Decree IV Cp 399/2013 of 27 February 2013; Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 1477/2014 of 11 June 2014.

24 Higher Court in Maribor, Judgement III Cp 1087/2015 of 26 October 2015; Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 352/2019 of 27 February 2019.

25 Higher Court in Maribor, Judgement III Cp 681/2014 of 13 August 2014.

26 Zupančič, 1999, p. 160; Kraljić, 2019, p. 620; Novak, 2017, p. 231. See also Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 1639/2009 of 3 June 2009; Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 4003/2010 of 10 November 2010.

Article 194 of DZ lays down a general rule that the parents shall maintain their child in their household unless this is contrary to the child's best interest. In other cases of maintenance obligation, the choice of how they want to provide maintenance (i.e. pay maintenance, take the person in their household or provide for their maintenance in another way) is left to the maintenance debtor, unless the maintenance creditor has important reasons why the maintenance should be awarded as a payable amount. There were some ambiguities regarding the question of whether the parents may insist on maintaining their adult children in their household (which is generally cheaper for the parent), even though the child wants to move away and claims monthly payments, but they were already clarified by the Supreme Court of the Republic of Slovenia. The court explained that the reasons of adult children requesting maintenance in the form of monthly payments are, indeed, justified to the extent that they should be given more weight when compared to the parents' right to choose how to fulfil their maintenance obligations. As a child grows older, parental rights and obligations start to diminish proportionately to the child's growing independence. Thus, the child's right to an independent living also becomes prevalent, which is why their emancipation represents a justified reason to live separately from their parents and demand monthly instalments to cover their needs. The reason why the adult child decided to move away (if the parents were "at fault" or not) is irrelevant.²⁷

4. Above-standard maintenance payments

4.1 General rules on determining the amount of maintenance

The amount of maintenance is always calculated on an individual basis, with regard to the needs of the maintenance creditor and the material and earning capacity of the maintenance creditor (Article 189 of DZ). It should be determined with a specific child and their needs in mind and not, for example, the average expenses for a child of a certain age. For that reason, there are no fixed amounts of maintenance payments for specific age groups in the Republic of Slovenia.²⁸ When determining the amount of maintenance, the court should consider the best interests of the child, so that maintenance adequately provides for their successful physical and mental development. It needs to be awarded in the amount sufficient to cover the costs of the child's basic needs, in particular the costs of accommodation, food, clothes, footwear, care, schooling, education, leisure, free time and other special needs (Article 190 of DZ).

Determining the amount of maintenance is a value-based decision, not a decision based on simple math. It can be understood as a triangle, the corners of which are represented by three legally relevant factors: the needs of the child, the mother's

²⁷ Supreme Court of the Republic of Slovenia, Judgement II Ips 183/2000 of 29 June 2000; Supreme Court of the Republic of Slovenia, Judgement II Ips 832/2006 of 22 February 2007. See also Novak, 2017, p. 238.

²⁸ Novak, 2017, p. 229; Government of the Republic of Slovenia, Proposal for the Family Code of 20 December 2016, p. 20.

maintaining capacity, and the father's maintaining capacity. The court needs to fill in this triangle with the relevant circumstances of the specific case and then determine a point in this triangle that equally balances all relevant corners. In doing so, it is unavoidable that the courts use numbers as a foundation for determining the amount of maintenance, but they should only use the numerical amounts to define a framework and prevent the judgment from being arbitrary.²⁹

The virtue of life cannot simply be translated into the numeric world of math and numbers. When determining the amount of maintenance, specific factors of completely immaterial nature need to be taken into account (e.g. the fact that one of the parents is responsible for the child's care and upbringing). Furthermore, the needs of a child are not permanent and keep changing from one day to the other, from one month to the next. Similarly, the costs incurring in relation to specific needs are changing as well (e.g. the price of clothing, transport, food). Finally, the child's needs can only be met to the extent that corresponds with the parents' income. In this regard, the court's task is to determine a proper balance (proportionality of values) between the urgency of the particular needs of the child on the one hand and the burden on the maintenance debtor on the other hand.³⁰

The maintenance obligation has to be divided between both parents in relation to their capacities. The court should also take into account which parent carries a more significant burden of care and upbringing.³¹ If the needs of the child or the capacities of the parent liable to pay maintenance later change, the child and the parent may both request the increase, reduction or termination of the previously awarded maintenance (Article 197 of DZ). The court may comply with the request if it determines that the circumstances have indeed changed (*rebus sic stantibus*).³²

When determining the amount of maintenance, the court has to follow the chart of basic needs and give priority to those needs that are essential for survival. Once these basic needs are met, the court also considered the costs related to other needs, such as leisure and free time. The scope of needs that can be fulfilled with the maintenance will finally depend on the available means of both parents; the larger the financial capacity, the more considerable burden can be placed on the parents.³³ It is worth noting that in order to protect the child's best interests, the maintaining capacity of parents is assessed more strictly in the case of underage children. The parents have a duty to do everything in their power to obtain sufficient means to maintain their children. For that reason, they cannot successfully claim to have low financial

29 T. Pavčnik, Narava, Ustava in nekatera preživninska vprašanja, Pravna praksa, Year 33, No. 10, 2014, p. 11-12;. See also Kraljić & Burkelc Juras, 2016, pp. 411-455; Kraljić, 2019, p. 627; Higher Court in Ljubljana, Decree IV Cp 234/2011 of 16 February 2011; Higher Court in Ljubljana, Judgement and decree IV Cp 58/2013 of 30 January 2013.

30 Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 2972/2013 of 18 December 2013; Higher Court in Ljubljana, Judgement and decree IV Cp 58/2013 of 30 January 2013.

31 Zupančič, 1999, p. 162; Novak, 2017, p. 228.

32 For more on changing the amount of maintenance, see Kraljić, 2019, pp. 630-631 and Novak, 2017, p. 245.

33 Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 472/2018 of 25 May 2018; Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 1506/2019 of 11 December 2019.

means just because they are not even attempting to find employment or because they have purposefully disposed of their property to avoid paying maintenance. Similarly, being incapable of earning income (e.g. due to physical disability) is not a justified reason to avoid paying maintenance if the parent already has substantial wealth and other sources of income.³⁴ When determining the financial capacity of a parent, the court will, therefore, take into account their regular salary, but also all other financial sources, regular and exceptional incomes, and general economic circumstances.³⁵

If the maintenance debtor fails to pay maintenance three months in a row or pays maintenance irregularly, the child is entitled to receive maintenance compensation from the Maintenance Fund of the Republic of Slovenia, if the maintenance was awarded by a court or agreed upon at the social work centre if the child has Slovenian citizenship or a permanent residence in the Republic of Slovenia, and if the child has not yet reached eighteen years of age (or fifteen, if the child has entered an employment relationship).³⁶

The maintenance is assessed in a monthly amount and in advance; it may be claimed only from the date of filing the claim or the motion for the assessment of maintenance. To take into account the yearly inflation rate, the maintenance is annually adjusted to the consumer price index in the Republic of Slovenia. The adjustment is made in January, taking into account the cumulative rise in consumer prices since the month in which maintenance was last determined or adjusted (Articles 196 and 198 of DZ).

4.2 The above-standard maintenance in Slovenian case law

Slovenian case law distinguishes between cases in which the maintenance covers only the necessary costs of the maintenance creditor and cases in which the maintenance debtor's financial capacity is sufficiently high also to cover the above-standard needs of the creditor.³⁷ While the average maintenance for a child in the Republic of Slovenia amounts to less than 150 EUR,³⁸ the above-standard maintenance can be much higher, reaching over 500 EUR,³⁹ 1.550 EUR,⁴⁰ or even 3.000 EUR per month.⁴¹ Such excessive amounts are generally awarded in the cases

34 Government of the Republic of Slovenia, Proposal for the Family Code of 20 December 2016, p. 20.

35 Zupančič, 1999, pp. 159-160; M. Končina Peternel, *Nekatera vprašanja v zvezi z družinskopravnimi spori*, *Pravosodni bilten*, Year 2005, No. 1, p. 48; Novak, 2017, p. 227.

36 For more, see Public Guarantee, Maintenance and Disability Fund of the Republic of Slovenia Act - *Zakon o Javnem štipendijskem, razvojnem, invalidskem in preživninskem skladu Republike Slovenije (ZJSRS)*, Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 78/06 – official consolidated text, 106/12, 39/16 in 11/18 – ZIZ-L); V. Rijavec & S. Kraljič, *The Maintenance of the Children: Alimony Fund as Saving Grace?* In: B. Verschraegen (ed.), *Family Finances*. Vienna: Jan Sramek Verlag, 2009.

37 Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 3316/2011 of 18 January 2012.

38 According to the Ministry of Labour, Family, Social Affairs and Equal Opportunities, the average maintenance in the year 2020 amounted to 138.36 EUR. For more details, see <https://www.gov.si/assets/ministrstva/MDDSZ/druzina/PREZIVNINE-dne-3.-7.2020.docx> (accessed 30 September 2020).

39 E.g. Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 1520/2012 of 18 July 2012.

40 E.g. Higher Court in Ljubljana, Judgement and decree IV Cp 1922/2015 of 15 July 2015.

41 Supreme Court of the Republic of Slovenia, Decree II Ips 143/2012 of 18 October 2012.

of children who were raised in families with considerable financial means before their parents separated, which allowed them to pursue expensive hobbies, sports, and other activities, and most often also to study abroad. Judicial decisions awarding the above-standard maintenance are somewhat controversial, based on the (sometimes) ambiguous method of calculating the balance between the needs and financial capacities, as well as the interpretation of legal standards "reasonable amount" and "child's best interest", which is why the case law in this area is still developing.

In line with the way of life in Slovenia, children share the financial circumstances of their parents. If the parents can afford to offer their children more (financial) means than what would amount to a bare minimum necessary for survival, they are expected to do so, meaning that the child has the right to a better standard of living if his or her parents' financial capabilities allow for such standard.⁴² This applies to raising a child who lives with his or her parents, but also for a child who is receiving maintenance from a parent who does not live with the child. The child's needs can be ranked according to how essential they are; however, the maintenance should not be limited to the amount that would satisfy only the needs concerning which a certain degree of urgency is demonstrated, but should instead cover all needs that are in the child's best interest.⁴³ Different amounts of money can be spent to cover the same basic needs (e.g. accommodation, food, clothes, education, vacations, and entertainment), depending on how much of it is available. For example, parents with the above-average income can afford to pay for additional activities (such as skiing) and to spend more money on clothes that are not in the lowest price range. The actual quality and quantity of what the parents can (and should) offer their child depend on their financial capacity, and their duty to maintain the child increases proportionally with the latter, from the most basic to the less urgent needs, until the remaining asserted needs could be considered an (unnecessary) luxury.⁴⁴

However, even the above-standard maintenance is not unlimited and should be set at a reasonable amount. A "reasonable amount" is a legal standard, the contents of which are determined by case law through decisions in similar cases. The basic requirement is that the maintenance should adequately provide for the child's successful physical and mental development (under Article 190 of DZ).⁴⁵ The main criteria applied by Slovenian courts, in these and all other cases involving children, is the best interest of the child. Thus, when the above-average financial capacities of the parents are sufficient to satisfy all needs of the child that were demonstrated during proceedings, the only acceptable limitation on the amount of maintenance depends on the assessment of whether the costs of a specific need are in the child's best interest. If the maintenance debtor possesses sufficient means to satisfy all asserted needs, the conclusion that some of the child's needs need not be met or

42 Supreme Court of the Republic of Slovenia, Judgement II Ips 394/1996 of 12 September 1996; Higher Court in Celje, Judgement Cp 817/1998 of 27 August 1998.

43 Higher Court in Ljubljana, Decree IV Cp 1306/2017 of 19 July 2017.

44 Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 2219/2016 of 11 October 2016; Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 2874/2013 of 13 November 2013.

45 Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 3316/2011 of 18 January 2012.

should be met to a limited extent is only justified if this is in the child's best interest. Such an assessment can only be made by taking into account all circumstances of the case. When conducting this assessment, the court should take into account especially the extent to which the parents covered the costs related to a particular need while they were still living together with the child, as this finding may help determine the child's (above-standard) needs at the time of proceedings. The court should also consider that at least as far as the maintenance needs of the child are concerned, the child's position should not be adversely affected as a result of the parents' separation if no special reasons exist that would justify such negative change.⁴⁶ Logically, it is more likely that a situation where fewer needs are being met than before would negatively affect the child's development than awarding maintenance in the amount sufficient to cover the same needs as before the separation.⁴⁷

Even if parents possess a sufficient financial capacity, they do not need to meet (or fully meet) every need of their child if there are reasons why this would not be in the child's best interest. Their task is to teach and prepare the child for their independent living, which includes economic management of their funds. Too much money available could prevent them from developing these skills, which are necessary for their future.⁴⁸ Another example where the above-average maintenance would not be in the child's best interest is the case of a child with too many extra-curricular activities. Such activities facilitate the development of the child's natural talents and capabilities, as well as his or her social skills. However, a schedule that is too full is not in the child's best interest, as the children also need free time and the time spent with their parents. If they are old enough, they should also have enough time to do appropriate household chores, which will further prepare them for their adult life and independence. Moreover, as children progress through the educational process, they need to invest more and more time into their school work and studying to retain good grades, which could suffer on account of too many activities. If the court determines that the child's schedule is too full, it may exclude the costs of certain excess activities when awarding maintenance.⁴⁹

The examples of children's needs that were generally considered justified by Slovenian courts awarding maintenance include foreign language courses (including English language course carried out in England),⁵⁰ senior-year trip and dance (prom),⁵¹ gym membership, social activities, birthday gifts for friends, cell phone

46 Higher Court in Ljubljana, Decree IV Cp 1306/2017 of 19 July 2017.

47 Supreme Court of the Republic of Slovenia, Judgement II Ips 141/2013 of 19 September 2013; Higher Court in Koper, Judgement I Cp 634/2006 of 8 June 2006.

48 Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 653/2014 of 2 April 2014; Higher Court in Ljubljana, Judgement and decree IV Cp 1022/2013 of 8 May 2013; Supreme Court of the Republic of Slovenia, Decree II Ips 143/2012 of 18 October 2012; see also Novak, 2017, p. 230.

49 Higher Court in Ljubljana, Judgement and decree IV Cp 1922/2015 of 15 July 2015; Higher Court in Ljubljana, Judgement and decree IV Cp 1022/2013 of 8 May 2013; Supreme Court of the Republic of Slovenia, Judgement II Ips 322/2015 of 18 February 2016.

50 Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 1506/2019 of 11 December 2019; Higher Court in Ljubljana, Judgement II Cp 2087/1999 of 12 January 2000.

51 Higher Court in Ljubljana, Judgement II Cp 2087/1999 of 12 January 2000.

plans, vacations,⁵² ice skates and sports uniform, costs of international competitions, violin lessons,⁵³ piano lessons,⁵⁴ swimming, skiing, tennis and golf.⁵⁵ On the other hand, the courts rejected the following costs as unjustified or unnecessary: costs related to car maintenance and insurance when the father insisted that he would not give his son a car if they were still living together (instead, the court approved the costs of public transport between the child's home and the university);⁵⁶ costs for bio-resonance when the mother failed to prove that these costs are necessary for child's personal development;⁵⁷ costs for golf equipment when the claimed amount was considered too high compared to the actual costs of individual pieces of equipment.⁵⁸

While the precise scope and contents of legal standards "reasonable amount" and "the child's best interests" are, as a rule, determined by the court in each particular case, the unreasonable amounts awarded in some cases finally forced the Supreme Court of the Republic of Slovenia to step in and determine the maximum limit that should not be exceeded, regardless of the parents' financial capacity and the asserted needs of the child. In the case of a particularly rich maintenance creditor (the child's father), the court of the first instance awarded the highest amount of maintenance in Slovenian case law yet, with monthly payments ranging between 5.000 and 6.000 EUR. The case finally ended up before the Supreme Court, which did not doubt that the father can afford to pay such high amounts every month. Furthermore, the court assessed that since the father covered the costs of studying in the UK for three older daughters (as well as frequent holidays and trips abroad, expensive musical education, etc.), there is no reason why he should not do the same for the child in question. However, the court also emphasised that the child should learn how to live independently and manage her money in a responsible manner, which could be prevented if the maintenance was set too high. For that reason, even though the financial capacity of both parents was exceedingly high, the Supreme Court reduced the amount determined by the court of the first instance to 3.000 EUR per month. It stated that this amount represents the upper limit of maintenance obligation, which should not be exceeded, and thus established a rule to be followed by the courts in similar (probably rare) cases.⁵⁹

Naturally, the parents are not prevented from (voluntarily) covering any other costs that exceed the needs ensuring a successful physical and mental development of their child if they wish to do so of their own free will. If they determine that they are willing and capable of providing their child with additional financial means and pay for additional (luxurious) needs, they may agree between themselves to split those costs in a certain manner, or cover the costs themselves. However, these extra amounts cannot be included in the court-mandated maintenance and are not the

52 Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 3316/2011 of 18 January 2012.

53 Higher Court in Ljubljana, Decree IV Cp 234/2011 of 16 February 2011.

54 Higher Court in Ljubljana, Judgement and decree IV Cp 595/2013 of 13 March 2013.

55 Higher Court in Ljubljana, Judgement and decree IV Cp 1022/2013 of 8 May 2013.

56 Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 3316/2011 of 18 January 2012.

57 Higher Court in Ljubljana, Decree IV Cp 1306/2017 of 19 July 2017.

58 Higher Court in Ljubljana, Judgement and decree IV Cp 1922/2015 of 15 July 2015.

59 Supreme Court of the Republic of Slovenia, Decree II Ips 143/2012 of 18 October 2012.

subject of assessing the proper amount of maintenance.⁶⁰

It is also worth noting that the right of a child (especially of the adult child) to receive the above-standard maintenance comes with strings attached. While the parents with the above-standard financial capacity have a duty to ensure the (above-standard) conditions for healthy and consistent development and prepare the child for independent living, the child also has a responsibility to fulfil his or her obligations when progressing to their independent life. If these two processes are not mutual or at a similar level, the above-standard maintenance will represent a negation of the parents' legal obligation to provide their (especially adult) child with conditions for their progression to independent living. The age of the adult child and the year of their studies are the leading indicators that reflect how well the adult child complies with his or her obligations, which in turn guarantees his or her right to maintenance and at the same time justifies the higher amount of maintenance to cover the above-standard needs (if this is within the financial capacity of his or her parents).⁶¹ Therefore, if the child fails to reach adequate study results, the court may decide that the above-standard maintenance is not serving its purpose and is, consequently, unjustified.

5. Conclusions

The obligation of parents to maintain their children is primarily intended to ensure material conditions for successful personal development of a child during the time in their lives when they are not yet capable of providing for themselves. In the modern age, technological and social progress led to a situation where many jobs in the labour market require special skills and knowledge, which can only be obtained through the education process. According to the Statistical Office of the Republic of Slovenia, 92.6% of Slovenian population aged eighteen or over participated in formal education (youth or adults) in the school year of 2019/2020.⁶² With such a high number of adults involved in the education process, it is no surprise that adult children require their parents' financial support and assistance even after their legal emancipation at the age of eighteen. If they were expected to invest their time into earning their own income in addition to obtaining an education, the success of their studies would be at risk, which could, in turn, have long-term consequences for their success in adult life. For that reason, Slovenian legislation extended the right to maintenance to adult children, as long as they fulfil the conditions laid down in the DZ, the most important of which are "regular full-time attendance" and the maximum age of 26. The article paid particular attention to how Slovenian courts interpret the legal standard of regular full-time attendance, which does not depend on

60 Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 653/2014 of 2 April 2014; Higher Court in Ljubljana, Judgement and decree IV Cp 595/2013 of 13 March 2013; Higher Court in Ljubljana, Decree IV Cp 234/2011 of 16 February 2011; Supreme Court of the Republic of Slovenia, Decree II Ips 143/2012 of 18 October 2012.

61 Higher Court in Ljubljana, Judgement IV Cp 3316/2011 of 18 January 2012.

62 Statistical Office of the Republic of Slovenia, <https://www.stat.si/StatWeb/en/Field/Index/9> (accessed 29 September 2020).

a formal status of a student but on the de facto situation, in which the student fulfils their school or study obligations regularly and in a timely manner, in a school or study programme leading to a publically recognised degree or title. It also examined justified reasons for a delay in studies, the circumstances under which the adult child has to contribute to their own costs of living and the ways in which the adult child may be maintained.

The second part of the article addressed the issue of the above-standard maintenance, which may be granted in cases where the parents' maintaining capacity is sufficiently high also to cover the above-standard needs of their child. Children generally share the financial circumstances of their parents, which means that wealthier parents can (and are expected to) cover more of their children's needs than those who do not have sufficient means of income. The parents' obligation to maintain the child increases proportionally with their financial capacity, from the most basic to the less urgent needs. This applies even when the child no longer lives with one or both of their parents (either because they separated or because the child moved away, e.g. to study in another town) and is thus receiving maintenance in the form of monthly payments. The highest amounts of maintenance are generally awarded in the cases of children who pursue expensive sports and hobbies, or in the cases of children who study and live abroad, which results in a significant increase in their costs of living. Even though the maintenance in such cases can reach hundreds or even thousands of euros, the courts have always attempted to follow the legal standard of "reasonable amount", which mainly depended on the criteria of the best interest of the child. The limits to which children's needs are to be met were generally set where a court assessed that the higher amount would not be in the child's best interest, e.g. due to too many extra-curricular activities or to encourage the child to learn how to manage their funds better. However, even these limits were interpreted differently by different courts, which is why the Supreme Court of the Republic of Slovenia finally stepped in and determined the maximum amount of maintenance (paid by one parent) that should not be exceeded at 3.000 EUR.

According to the information presented by the Ministry of Labour, Family, Social Affairs and Equal Opportunities, out of 71.551 cases of children receiving maintenance, 18.279 cases are of adult children taking part in the education process. While the average maintenance in the year 2020 amounted to 138.36 EUR, the largest amount granted this year was 2.000 EUR.⁶³ The data clearly shows that the issues discussed in this article are of crucial importance for a large number of adult children, who are attempting to obtain a degree or professional qualifications and thus improve their chances at a successful life. Given the fact that the calculation of maintenance does not follow a simple mathematical formula and that life circumstances of both the parents and the child are subject to frequent changes, there is no doubt that more interesting cases can be expected in Slovenian case law in the future.

63 Ministry of Labour, Family, Social Affairs and Equal Opportunities, the average maintenance in the year 2020 amounted to 138.36 EUR. For more details, see <https://www.gov.si/assets/ministrstva/MDDSZ/druzina/PREZIVNINE-dne-3.-7.2020.docx> (accessed 30 September 2020).

Dr. sc. Suzana Kraljić, vanredna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta u Mariboru

Dipl. iur. Katja Drnovšek, asistentica
Pravni fakultet Univerziteta u Mariboru

OBAVEZA IZDRŽAVANJA PUNOLJETNE DJECE U REPUBLICI SLOVENIJI

Sažetak: U Republici Sloveniji roditelji imaju opću obavezu izdržavanje djece do punoljetnosti (do navršениh 18 godina života), pružanjem, u skladu sa svojim mogućnostima, uvjeta za razvoj djeteta. Ova se obaveza produžava ako dijete, koje je već punoljetno, ostane upisano u srednje ili visoko obrazovanje, ali ne na neodređeno vrijeme. Rad će ispitati uvjete pod kojima se obaveza izdržavanja primjenjuje čak i na punoljetnu djecu i istaknuti razlike između novog Porodičnog zakona (koji se primjenjuje od 2019. godine) i prethodnog zakonodavstva. Posebna pažnja posvetit će se tzv. nadstandardnim platama za izdržavanje, koje mogu doseći hiljade eura i obično se dodjeljuju u korist punoljetne djece koja žive i studiraju u inostranstvu. Uz sve veće mogućnosti stjecanja obrazovanja u cijelom svijetu, nije iznenađujuće da takvi slučajevi, koji se pojavljuju u novijoj praksi slovenačkih sudova, postaju pomalo kontroverzni i otvaraju nova pitanja treba li postojati neko ograničenje na potrebe punoljetne djece koja se uzimaju u obzir pri izračunu izdržavanja.

Ključne riječi: obaveze izdržavanja između roditelja i djece, idržavanje punoljetne djece, izdržavanje oženjene/udate djece, izdržavanje djece koja su upisana na visoko obrazovanje, iznos plaćanja izdržavanja, nadstandardna naknada za izdržavanje

Dr. sc. Slađana Aras Kramar, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

NOVINE U SUSTAVU NADLEŽNOSTI U PREDMETIMA RODITELJSKE ODGOVORNOSTI – EUROPSKA PERSPEKTIVA

Sažetak: U europskoj perspektivi, za područje obiteljskih odnosa od velikog je značenja briselski II sustav koji je imao svoje izvorne temelje u Uredbi Vijeća (EZ) br. 1347/2000 od 29. svibnja 2000., a trenutno u Uredbi Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenoga 2003. o nadležnosti, priznavanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti (Briselska uredba II bis).

Briselska uredba II bis bila je predmet druge revizije, što je rezultiralo donošenjem nove Uredbe Vijeća (EU) 2019/1111 od 25. lipnja 2019. o nadležnosti, priznavanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti te o međunarodnoj otmici djece (preinaka) (Briselska uredba II ter). Obilježje je revizije briselskog II sustava u namjeri da se bolje zaštiti najbolji interes djeteta. To je našlo svoj odraz, među ostalim, i u odredbama o nadležnosti u području primjene Uredbe. Uz određene iznimke, Briselska uredba II ter počinje se primjenjivati 1. kolovoza 2022. godine.

U radu se raspravljaju novine koje su Briselskom uredbom II ter unesene u sustav nadležnosti u predmetima roditeljske odgovornosti. U tom smislu, posebice se analiziraju i evaluiraju pitanja uz stranačku autonomiju i sporazume o izboru suda, kao i „prijenos“ nadležnosti sudu države članice koji je u boljoj poziciji da raspravi i odluči o predmetu.

Ključne riječi: nadležnost, roditeljska odgovornost, prekogranični element, Briselska uredba II bis, Briselska uredba II ter, postupak.

1. Uvod

2019. godine donesena je Uredba Vijeća (EU) 2019/1111 od 25. lipnja 2019. o nadležnosti, priznavanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti te o međunarodnoj otmici djece (preinaka).¹ Njome je izvršena revizija briselskog II sustava, koji je imao svoje izvorne temelje u Uredbi (EZ) br. 1347/2000 od 29. svibnja 2000.,² a trenutno u Uredbi Vijeća (EZ)

1 Uredba Vijeća (EU) 2019/1111 od 25. lipnja 2019. o nadležnosti, priznavanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti te o međunarodnoj otmici djece (preinaka), Službeni list EU, br. L 178/2019, str. 1-115. (u daljnjem tekstu: Briselska uredba II ter, Uredba, BU II ter).

2 Uredba Vijeća (EZ) br. 1347/2000 od 29. svibnja 2000. o nadležnosti i priznavanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti za zajedničku djecu bračnih drugova, Službeni list EZ, br. L 160/2000, str. 19-36.

br. 2201/2003 od 27. studenoga 2003. o nadležnosti, priznavanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti.³ Briselska uredba II ter počinja se primjenjivati 1. kolovoza 2022. godine.⁴

Iako u središtu pozornosti revizije sustava izvorno nisu bile odredbe o nadležnosti u predmetima roditeljske odgovornosti, već pitanja učinkovitosti postupka i suradnje između središnjih tijela država članica EU-a,⁵ donošenjem BU-a II ter izvršene su određene promjene u te odredbe na kojima se temelji sustav nadležnosti u području primjene Uredbe.

Obilježje je revizije briselskog II sustava u namjeri da se bolje zaštiti najbolji interes djeteta. To je našlo svoj odraz, među ostalim, i u odredbama o nadležnosti u području primjene Uredbe. Te odredbe o nadležnosti u predmetima roditeljske odgovornosti ne samo da se temelje na načelu zaštite najboljeg interesa djeteta, već je u novoj BU II ter izriječkom određeno i da bi se trebale tumačiti i primjenjivati u skladu s tim načelom, kako je ono određeno i razvijeno u praksi primjene čl. 24. Povelje EU-a o temeljnim pravima⁶ te Konvencije UN-a o pravima djeteta.^{7 8}

Temeljno načelo zaštite najboljeg interesa djeteta provedeno je kroz odredbe o nadležnosti Uredbe prihvaćanjem kriterija blizine.⁹ Pritom je kriterij blizine dobio

3 Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenoga 2003. o nadležnosti, priznavanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti, kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000, Službeni list EU, br. L 338/2003, str. 1-29. (u daljnjem tekstu: Briselska uredba II *bis*, BU II *bis*).

4 V. čl. 105. BU-a II *ter*.

5 Usp. de Boer, Th. M., *What we should not expect from a recast of the Brussels IIbis Regulation*, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 33 (2015), 1, str. 10-19; European Commission, *Commission staff working document, Impact assessment, Accompanying the document – Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decision in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)*, SWD(2016) 207 final, Brussels: European Commission, 30. 6. 2016., str. 78-79; *Explanatory Memorandum*, u: European Commission, *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decision in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)*, COM(2016) 411 final, Brussels: European Commission, 30. 6. 2016. (u daljnjem tekstu: Prijedlog Uredbe iz 2016., PU 16), str. 2-5, 12-17. U sklopu revizije briselskog II sustava, promatrajući bračne predmete, raspravljalo se o problemu *forum shoppinga*, mogućnostima propisivanja prorogacije nadležnosti u predmetima razvoda braka i zakonske rastave, kao i o nužnom forumu u cilju preveniranja slučajeva da građani EU-a nemaju pristup sudu države članice. V. Borg-Barthet, J., *Jurisdiction in matrimonial matters - Reflections for the review of the Brussels IIa Regulation*, Brussels: Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, Brussels, 2016., [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571361/IPOL_STU\(2016\)571361_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571361/IPOL_STU(2016)571361_EN.pdf) (23. 9. 2020.).

6 Povelja EU-a o temeljnim pravima, Službeni list EU, br. C 326/2012, str. 391-407. (u daljnjem tekstu: PTP EU).

7 Konvencija UN-a o pravima djeteta, rezolucija Opće skupština UN, br. 44/25 od 20. studenoga 1989. (u daljnjem tekstu: KPD). Za tumačenje jednog od četiri osnovnih načela na kojima se temelji Konvencija, načela najboljeg interesa djeteta, v. Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) (CRC/C/GC/14)*, Geneva: Committee on the Rights of the Child, 2013.

8 V. t. 19. Preambule BU-a II *ter*.

9 V. t. 20. Preambule BU-a II *ter*.

svoj normativni izričaj u konceptu uobičajenog boravišta djeteta kao poveznici na kojoj se temelji sustav nadležnosti u predmetima roditeljske odgovornosti.¹⁰ Sud države članice u kojoj dijete ima uobičajeno boravište u načelu je nadležan da raspravi i odluči u predmetu roditeljske odgovornosti (čl. 8. st. 1. BU II bis, čl. 7. st. 1. BU II ter). Iako europski zakonodavac a priori polazi od suda one države članice u kojoj dijete ima uobičajeno boravište kao foruma koji je najbliži djetetu, to u pojedinim predmetima ne mora biti slučaj. Uz opće pravilo, briselski II sustav u predmetima roditeljske odgovornosti omogućava stranačku autonomiju kroz odredbe o izboru suda te „prijenos“ nadležnosti sudu države članice koji je prikladniji forum da raspravi i odluči o predmetu, uzimajući u obzir najbolje interese djeteta.

U novoj Briselskoj uredbi II ter zadržan je opisan sustav nadležnosti u predmetima roditeljske odgovornosti, međutim, učinjene su i određene promjene u kontekstu nastojanja postizanja proklamiranog cilja revizije Uredbe, među ostalim, jasnoće te učinkovitosti sustava.¹¹ U radu se raspravljaju i evaluiraju novine koje su Briselskom uredbom II ter unesene u sustav nadležnosti u predmetima roditeljske odgovornosti. U tom smislu, posebice se analiziraju i evaluiraju pitanja uz stranačku autonomiju i sporazume o izboru suda, kao i „prijenos“ nadležnosti sudu države članice koji je u boljoj poziciji da raspravi i odluči o predmetu.

2. Općenito o uređenju nadležnosti u sustavu Briselske uredbe II ter

2.1. O pojmovima sud i roditeljska odgovornost

Briselska uredba II ter primjenjuje se na bračne predmete te one o roditeljskoj odgovornosti, odnosno predmete o dodjeljivanju, ostvarivanju, prijenosu, ograničenju ili oduzimanju roditeljske odgovornosti (čl. 1. st. 1. t. b) BU II ter). Uz to, u Uredbi su sadržana autonomna određenja pojmova sud te roditeljska odgovornost. Interesantno je istaknuti da je u Prijedlogu Uredbe iz 2016. bilo predviđeno da se pojam sud ili tribunal (court or tribunal) zamijeni pojmovima sudsko ili upravno tijelo (judicial or administrative authority) (čl. 1. st. 1. PU 16), odnosno u tom Prijedlogu bilo je određeno što se smatra tijelom (authority) umjesto sudom (court) (čl. 2. t. 1. PU 16). Unatoč tomu, u revidiranoj Uredbi II ter zadržan je normativni pojam sud te njegovo autonomno određenje. Prema čl. 2. st. 2. t. 1. BU-a II ter, pojam sud podrazumijeva bilo koje tijelo u državama članicama nadležno u stvarima obuhvaćenima područjem primjene Uredbe.

Iako je i u revidiranom sustavu zadržan pojam sud, analizirajući njegovo autonomno određenje u Uredbi, vidljivo je da mu se pridaje široko značenje. To je, među ostalim, potvrđeno i u praksi Suda EU-a u odnosu na područje primjene

10 O konceptu uobičajenog boravišta kao fleksibilnijem u odnosu na državljanstvo i novim trendovima v. u: Beaumont, P.; Holliday, J., *Recent Developments on the Meaning of „Habitual Residence“ in Alleged Child Abduction Cases*, u: Župan, M. (ur.), *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus*, Osijek: Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 2015., str. 39-58.

11 V. *Explanatory Memorandum*, u: European Commission, *Proposal for a Council Regulation...*, op. cit. u bilj. 5, str. 8.

Uredbe.¹² Uz to, i u Preambuli BU-a II ter izrijekom je određeno da pojam sud obuhvaća i upravna tijela ili druga tijela i osobe, poput javnih bilježnika, koji ostvaruju nadležnost u određenim bračnim predmetima ili predmetima roditeljske odgovornosti (t. 14. Preambule BU II ter).

Međutim, u usporedbi s drugim europskim instrumentima,¹³ treba primijetiti da se u Preambuli revidirane Briselske uredbe II ter izrijekom i uopćeno navode i javni bilježnici koji imaju i ostvaruju nadležnost u određenim bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti. Pritom se u BU II ter ne određuju kriteriji koje bi javni bilježnici (i druga tijela ili osobe) trebali ispunjavati kako bi se smatrali sudom u smislu Uredbe.¹⁴ Uzimajući u obzir nove trendove koji se javljaju u pojedinim državama članicama, posebice u odnosu na širenje nadležnosti notara latinskoga tipa i na ovo područje obiteljskih odnosa,¹⁵ kao i općenito na razini EU-

12 U predmetu C-523/07, A, od 2. travnja 2009. godine, ECLI:EU:C:2009:225, podnesen je zahtjev za prethodnim tumačenjem u okviru postupka pokrenutog po pravnom lijeku stranke protiv odluke finskog suda *Kuopion Hallinto-oikeus* (Upravni sud), kojom je potvrđeno rješenje odbora *Perusturvalautakunt* (Odbor za osiguranje osnovnih potreba) o trenutnom preuzimanju skrbi i smještaju djece u dom. U predmetu C-435/06, C, od 27. studenoga 2007. godine, ECLI:EU:C:2007:714, podnesen je zahtjev za prethodnim tumačenjem u okviru postupka pokrenutog po pravnom lijeku stranke protiv odluke finskog suda *Oulun Hallinto-oikeus* (Upravni sud), kojom je potvrđena odluka finske policije o predaji djece švedskim tijelima. Švedski Odbor za socijalnu skrb odredio je trenutno preuzimanje skrbi dvoje djece u svrhu njihova smještaja u udomiteljsku obitelj. U međuvremenu, majka je dvoje djece, koja su odlukom bila izdvojeni iz obitelji, odvela u Finsku te pokušala, među ostalim, izbjeći izvršenje odluke podnošenjem pravnog lijeka finskom *Korkein Hallinto-oikeus* (Visoki upravnom sudu). Iz odluka Suda EU-a u ovim predmetima proizlazi da su odluke kojima se nalaže trenutno preuzimanje skrbi i smještaj djeteta izvan vlastite obitelji u okviru javnopravne zaštite djece obuhvaćene pojmom građanske stvari u smislu Uredbe. Posljedično, iz navedenog bi se trebalo zaključiti i da je upravno (skrbničko) tijelo „sud“ u smislu materijalnog područja primjene Uredbe.

13 U odnosu na pojam sud u drugim europskim instrumentima, v. t. 20. Preambule te čl. 3. st. 2. Uredbe (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju, Službeni list EU, br. L 201/2012, str. 107-134. (u daljnjem tekstu: Uredba o nasljeđivanju). V. i t. 29. Preambule te čl. 3. st. 2. Uredbe Vijeća (EU) 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima, Službeni list EU, br. L 183/2016, str. 1-29. (u daljnjem tekstu: Uredba u stvarima bračnoimovinskih režima). V. i t. 29. – 31. Preambule te čl. 3. st. 2. Uredbe Vijeća (EU) 2016/1104 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima imovinskih posljedica registriranih partnerstava, Službeni list EU, br. L 183/2016, str. 30-56. (u daljnjem tekstu: Uredba u stvarima imovinskih posljedica registriranih partnerstava).

14 U okviru područja primjene Uredbe o nasljeđivanju, primjerice, pojam sud obuhvaća ne samo sudove u pravom smislu riječi, nego i javne bilježnike ili registarske urede, odnosno sva ostala tijela i pravne stručnjake s nadležnošću u nasljednim stvarima koji izvršavaju pravosudne funkcije ili postupaju u skladu s prenesenim ovlastima od strane pravosudnog tijela ili postupaju pod nadzorom pravosudnog tijela, uz uvjet da takva druga tijela i pravni stručnjaci jamče nepristranost i pravo svih stranaka na saslušanje i pod uvjetom da njihove odluke prema pravu države članice u kojoj djeluju (a) mogu biti predmet žalbe ili revizije od strane pravosudnog tijela te imaju sličnu valjanost i učinak kao i odluka pravosudnog tijela u istoj stvari (t. 20. Preambule i čl. 3. st. 2. Uredbe o nasljeđivanju). Slično određuje i tumačenje pojma sud sadrže i uredbe u stvarima bračnoimovinskih režima, odnosno u stvarima imovinskih posljedica registriranih partnerstava (v. čl. 3. st. 2. uredbi).

15 Primjerice, Slovenija je među posljednjim državama bivše Jugoslavije reformirala svoje obiteljsko

a,¹⁶ bit će izazovno u pojedinim slučajevima odrediti jesu li notari latinskoga tipa (ili druge osobe ili tijela) sud u smislu BU-a II ter. Treba uzeti, naime, da od odgovora na pitanje smatraju li se druga tijela ili javni bilježnici u određenoj državi članici sud u smislu BU-a II ter, zavisi hoće li oni biti vezani pravilima o izravnoj nadležnosti Uredbe,¹⁷ a time i pravilima o litispendenciji,¹⁸ te njihove odluke biti u pravnom prometu prema odredbama Uredbe o priznavanju, ovršnosti i ovrši tih odluka,¹⁹ ili pak prema odredbama Uredbe koje vrijede za pravni promet autentičnih isprava i sporazuma.²⁰

I u revidiranoj BU II ter zadržano je određenje pojma roditeljska odgovornost. Prema čl. 2. st. 2. t. 7. BU-a II ter, ona obuhvaća sva prava i obveze koji se odnose na dijete ili njegovu imovinu koja su fizičkoj ili pravnoj osobi dana odlukom, zakonom ili sporazumom koji proizvodi pravne učinke, uključujući pravo na skrb i pravo na ostvarivanje osobnih odnosa. Uredba dodatno određuje taj pojam, a time i svoje materijalno područje primjene, na način da primjerice propisuje što obuhvaćaju predmeti o roditeljskoj odgovornosti (čl. 1. st. 2. BU II ter).²¹ Također, njome su

zakonodavstvo i, među ostalim, propisala sporazumni razvod braka pred javnim bilježnikom. V. čl. 97. *Družinskog zakonika* (DZ), Uradni list RS, br. 15/2017, 21/2018 – *Zakon o nevladinih organizacijah* (ZNOrg), 22/2019, 67/2019 – *Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o matičnem registru* (ZMatR-C), <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO7556> (24. 9. 2020.). Za različite modele razvoda braka pred javnim bilježnikom, posebice u odnosu na pitanja roditeljske odgovornosti zajedničke djece bračnih drugova, u drugim državama članicama EU-a, v. u: Kraljić, S., *Družinski zakonik s komentarjem*, Maribor: Poslovna založba MB, založništvo d.o.o., 2018., str. 280-282; Aras Kramar, S., *The transformation of divorce procedure in Europe*, Familia, Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa, br. 3, 2018., str. 279-287.

16 V. *supra ad* bilj. 13 i 14. O raspravama o pojmu sud i poimanju javnih bilježnika sudom u okviru primjene Uredbe o nasljeđivanju i mogućnosti koje je ona prepoznala, pravnog prometa autentičnih isprava, v. u Popescu, D. A., *Guide on international private law in successions matters*, Alina Chițelălă - Onești: Magic Print, 2014, <http://old.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=Sr4HhCRh6zU%3D&tabid=2980> (24. 9. 2020.), str. 31-32. Također, u recentnijoj odluci, Sud EU-a zauzeo je stav da su poljski javni bilježnici sud u smislu Uredbe o nasljeđivanju, neovisno što ta država članica nije o tome obavijestila Europsku komisiju. Pritom je izražen stav da kod ocjene smatra li se određena osoba ili tijelo sudom treba autonomno ocijeniti jesu li ispunjeni kriteriji koncepta sud izrijekom određeni u čl. 3. st. 2. Uredbe o nasljeđivanju. Predmet C-658/17, WB, od 23. svibnja 2019. godine, ECLI:EU:C:2019:444. S druge strane, u odnosu na pojam sud i primjenu Uredbe (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i ovrši sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Službeni list EU, br. L 351/2012, str. 1–32; u daljnjem tekstu: *Briselska uredba Ia*) te Uredbe (EZ) br. 805/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. o uvođenju **europskog ovršnog naslova za nesporne tražbine** (Službeni list EU, br. L 143/2004, str. 15–39), Sud EU-a zaključio je da hrvatski javni bilježnici u postupcima izdavanja rješenja o ovrši na temelju vjerodostojne isprave nisu obuhvaćeni pojmom sud. Predmet C-484/15, Zulfikarpašić v. Gajera, od 9. ožujka 2017. godine, ECLI:EU:C:2017:199; predmet C-551/15, Pula Parking d.o.o. v. Tederahna, od 9. ožujka 2017. godine, ECLI:EU:C:2017:193.

17 V. poglavlje II. BU-a II ter.

18 V. čl. 17., čl. 20. BU-a II ter.

19 V. čl. 30. – čl. 63. BU-a II ter.

20 V. čl. 64. – čl. 68. BU-a II ter.

21 Predmeti roditeljske odgovornosti mogu se posebice odnositi na (a) pravo na skrb i pravo na ostvarivanje osobnih odnosa; (b) skrbništvo, odgajateljstvo i slične institute; (c) određivanje i funkcije svake osobe ili tijela koje je odgovorno za osobu ili imovinu djeteta, zastupanje ili pomaganje djetetu; (d) smještaj djeteta u ustanovu za skrb ili kod udomitelja; (e) mjere zaštite djeteta koje se odnose na uprav-

izrijekom određeni predmeti koji ne pripadaju njezinom području primjene (čl. 1. st. 4. BU II ter).²²

Značajna je novina Briselske uredbe II ter, u određivanju pojma dijete. U smislu autonomnog određenja Uredbe, dijete je svaka osoba koja nije navršila 18 godina života (čl. 2. st. 2. t. 6. BU II ter), također, i u slučaju kad stječe poslovnu sposobnost prije te dobi u skladu s pravom mjerodavnim za njihov osobni status, primjerice emancipacijom, odnosno sklapanjem braka.²³

2.2. Opće pravilo o nadležnosti

Prema općem pravilu o nadležnosti, u predmetu roditeljske odgovornosti nadležan je sud države članice u kojoj dijete ima uobičajeno boravište u trenutku pokretanja postupka pred sudom (čl. 7. st. 1. BU II ter). U Prijedlogu Uredbe iz 2016. bilo je naglašeno da u slučaju ako se dijete zakonito preseli iz jedne države članice u drugu državu članicu EU-a i u toj državi članici stekne uobičajeno boravište, nadležnost bi trebala „pratiti“ dijete, i to ne samo onda kad postupak nije pokrenut, već i onda kad je on u tijeku, u cilju ostvarivanja načela teritorijalne blizine djeteta i nadležnog suda (t. 15. Preambule PU 16). To je praktički značilo namjeru napuštanja pravila o ustaljivanju nadležnosti (*perpetuatio fori*).²⁴

Iako je u Prijedlogu revizije Uredbe iz 2016. bilo određeno napuštanje pravila o ustaljivanju nadležnosti, na način da je bilo predviđeno brisanje dijela odredbe kojom se propisuje trenutak „pokretanja sudskog postupka“ kao trenutak s obzirom na koji se ocjenjuje nadležnost suda, očito su prevladali argumenti u prilog pravne sigurnosti i učinkovitosti postupka. Uz to, treba istaknuti da briselski II sustav ima određene mehanizme kao odgovor na probleme koje bi mogla izazvati primjena pravila o ustaljivanju nadležnosti u slučajevima zakonitog preseljenja djeteta, u prvom redu, „ustupanje“ predmeta drugoj državi članici koja je u boljoj poziciji da raspravi i odluči o predmetu (v. *infra* ad 4.). Tako i u revidiranom briselskom II sustavu, dakle,

ljanje, očuvanje ili raspolaganje djetetovom imovinom (čl. 1. st. 2. BU II ter).

22 Prema taksativnoj listi BU-a II ter, ona se ne primjenjuje na (a) utvrđivanje ili osporavanje majčinstva ili očinstva; (b) odluke o posvojenju, pripremne mjere za posvojenje ili poništaj, odnosno pobijanje posvojenja; (c) ime i prezime djeteta; (d) emancipaciju; (e) obveze uzdržavanja; (f) određivanje upravitelja imovinom (*trusts*) ili nasljeđivanje te (g) mjere poduzete kao posljedica kaznenih djela koja su počinila djeca (čl. 1. st. 4. BU II ter).

23 V. t. 17. Preambule BU-a II ter. U skladu s Haškom konvencijom od 25. listopada 1980. o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice djece, pravila Uredbe o međunarodnoj otmici djece koja je dopunjuju, primjenjuju se samo na djecu mlađu od 16 godina života (v. čl. 22. BU II ter).

24 Za znanstveno-stručne rasprave koje su se vodile o primjeni pravila o *perpetuatio fori* u sklopu revizije Uredbe v. primjerice u: de Boer, *op. cit.* u bilj. 5, str. 15-18; van Loon, H., *The Brussels IIA Regulation: towards a review?*, u: *Cross-border activities in the EU - making life easier to citizens*, Brussels: Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, 2015., [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf) (24. 9. 2020.), str. 192; Valkova, L., *The Interplay between Jurisdictional Rules Established in the EU Legal Instruments in the Field of Family Law: Testing Functionality through Simultaneous Application with Domestic Law*, *Cuadernos Derecho Transnacional*, 9 (2017), 2, str. 556; Aras Kramar, S., *Marginalije uz (međunarodnu) nadležnost u predmetima o roditeljskoj skrbi*, *Pravni vjesnik*, 33 (2017), 1, str. 56-57.

nadležnost se ocjenjuje s obzirom na trenutak pokretanja postupka pred sudom (čl. 7. st. 1. BU II ter). Stoga će i u ovom kontekstu biti značajno odgovoriti na pitanje koja se sve tijela i osobe smatraju sudom u okviru područja primjene Uredbe, kao što je već supra ad 2.1. u radu istaknuto.

Iako su tijekom evaluacije primjene BU-a II bis iznesene dvojbe koje se javljaju u državama članicama u odnosu na ocjenu uobičajenog boravišta kao opće poveznice na kojoj se temelji primjena sustava,²⁵ revidirana Uredba također ne određuje konstitutivne elemente koje treba uzeti u obzir, odnosno utvrditi kao činjeničnu premisu u logičkog silogizmu zaključka o njegovu (ne)postojanju. Pritom treba istaknuti da drugi europski instrument, koji se također temelji na tom konceptu, Uredba o nasljeđivanju, određuje koje elemente treba uzeti u obzir prilikom ocjene uobičajenog boravišta u državi članci.²⁶ Također, u praksi Suda EU-a su se izdiferencirale smjernice koje bi nadležni sudovi u državi članici trebali uzeti u obzir prilikom ocjene (ne)postojanja uobičajenog boravišta djeteta u okviru primjene briselskog II sustava.

Tako je istaknuto da uobičajeno boravište podrazumijeva „mjesto koje pokazuje određenu društvenu i obiteljsku integritet djeteta“.²⁷ Uz to, treba uzeti u obzir „trajanje, redovitost, okolnosti, kao i razloge boravka te preseljenja obitelji u tu državu, djetetovo državljanstvo, mjesto i okolnosti školovanja i pohađanja škole, poznavanje jezika te djetetovu obiteljsku i društvenu povezanost u toj državi“.²⁸ To je potvrđeno i u predmetu *Mercredi v. Chaffe*, s time što je naglašeno, kad se radi o dojenčetu koje je odvedeno u drugu državu članicu i koje se nalazi u toj državi članici sa svojom majkom tek nekoliko dana, treba uzeti u obzir, među ostalim, i „razloge za taj boravak i preseljenje majke“, ali „i geografsko i obiteljsko podrijetlo majke, kao i obiteljske i društvene veze majke i djeteta u odnosnoj državi članici“.²⁹ Dakle, na nacionalnom sudu države članice je da utvrdi činjenice koje čine donju premisu zaključka o (ne)postojanju uobičajenog boravišta djeteta, „uzimajući u obzir sve stvarne okolnosti“.³⁰

U jednom recentnijem predmetu, Sud EU-a bavio se pitanjem je li fizička prisutnost djeteta konstitutivan element pojma uobičajeno boravište, kao i utječe li na taj odgovor okolnosti slučaja u kojima je majka djeteta prijevarom dovedena u drugu državu i ondje nezakonito zadržana prisilom, odnosno drugom nezakonitom radnjom oca, zbog čega je bila prisiljena i roditi dijete u toj državi.³¹ Pitanje je bilo, dakle, utječu li na fizičku prisutnost djeteta kod ocjene uobičajenog boravišta okolnosti

25 European Commission, *Study on the assessment of the Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment; Final report; Analytical Annexes*, Brussels: European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, May 2015, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/924728ec-9148-11e8-8bc1-01aa75ed71a1> (24. 9. 2020.), str. 26.

26 V. t. 23. i 24. Preambule Uredbe o nasljeđivanju.

27 Sud EU-a: predmet C-523/07, A, od 2. travnja 2009. godine, ECLI:EU:C:2009:225.

28 *Ibid.*

29 Sud EU-a: predmet C-497/10 PPU, *Mercredi v. Chaffe*, od 22. prosinca 2010. godine, ECLI:EU:C:2010:829.

30 *Ibid.*

31 Sud EU-a: predmet C-393/18 PPU, *UD v. XB*, od 17. listopada 2018. godine, ECLI:EU:C:2018:835.

slučaja u kojemu su možebitno povrijeđena temeljna prava majke, odnosno djeteta u skladu s čl. 3. te čl. 5. (Europske) konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine.³² Sud je (i) u ovom predmetu izrazio shvaćanje da je fizička prisutnost djeteta u državi članici u kojoj je ono navodno integrirano nužna prethodna pretpostavka ocjene je li ta prisutnost djeteta stabilna.³³ Stoga se uobičajeno boravište djeteta u smislu primjene Uredbe ne može odrediti u onoj državi članici u kojoj dijete nikada nije ni bilo.³⁴ Također, na ovaj stav, prema mišljenju Suda EU-a, ne utječe ni okolnost, naravno, pod pretpostavkom da se dokaže, o prisili oca nad majkom djeteta zbog čega je njihovo dijete rođeno i od svojeg rođenja boravi u trećoj državi.³⁵ Sud EU-a potvrdio je i u ovom predmetu da je upravo najbolji interes djeteta oblikovao pravila o nadležnosti Uredbe te se on ostvaruje kriterijem blizine, koji se u načelu temelji na uobičajenom boravištu kao općoj poveznici.³⁶

Treba dakle zaključiti da Sud EU-a, u cilju pravne sigurnosti, nije pristao na šire tumačenje pojma uobičajeno boravište, ni pozivom na možebitnu povredu temeljnih prava djeteta.³⁷ Unatoč smjernicama razvijenim u praksi Suda EU-a, posebice su izazovni (i) slučajevi kad se dijete seli iz jedne države članice u drugu i potom nazad, ili u više država članica ili pak kad dijete podjednaki dio vremena provodi u dvije države članice.³⁸ Tomu treba pridodati i slučajeve kad stranke iznose neistinite tvrdnje u odnosu na činjenice koje treba utvrditi prilikom ocjene postojanja uobičajenog boravišta u odnosnoj državi članici radi uspostavljanja njima prikladnijeg foruma.

Sve bi predmete roditeljske odgovornosti u načelu trebalo rješavati u državi članici na čijem području dijete ima uobičajeno boravište u trenutku pokretanja postupka pred sudom (arg. ex čl. 7. st. 1. BU II ter). Međutim, sud države članice na čijem području dijete ima uobičajeno boravište neće biti nadležan ako postoji nadležnost suda države članice na čijem je području dijete imalo prijašnje uobičajeno boravište (čl. 8. BU II ter), ako je riječ o predmetu otmice djeteta (čl. 9. BU II ter) te ako postoji sporazum o izboru suda, odnosno prorogacija nadležnosti (čl. 10. BU II ter; v. infra ad 3.). Uz to, sud jedne države članice može „ustupiti“ predmet roditeljske odgovornosti sudu druge države članice koji je u boljoj poziciji da raspravi i odluči o predmetu (čl. 12., čl. 13. BU II ter; v. infra ad 4.). Upravo su u odredbe o prorogaciji nadležnosti te „prijenosu“ nadležnosti sudu države članice koji je u boljoj poziciji da raspravi i odluči o predmetu roditeljske odgovornosti izvršene određene intervencije revidiranom Uredbom.

32 (Europska) konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine, ETS, br. 005.

33 Predmet C-393/18 PPU, *op. cit.* u bilj. 31, t. 53.

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*, t. 60.

36 *Ibid.*, t. 65.

37 Usp. Biagioni, G., *Jurisdiction in Matters of Parental Responsibility Between Legal Certainty and Children's Fundamental Rights*, European Papers, 4 (2019), 1, str. 294-295.

38 Usp. European Commission, *Study on the assessment ...*, *op. cit.* u bilj. 25, str. 26-27.

2.3. O privremenim mjerama

U cilju uspostavljanja ravnoteže između potrebe za učinkovitom zaštitom djeteta te preveniranja slučajeva forum shoppinga, tijekom evaluacije i revizije briselskog II sustava vodila se rasprava, odnosno bilo je projekcija prema kojima bi privremene mjere, uključujući i mjere osiguranja, koje sud države članice EU-a u kojoj se dijete nalazi ili njegova imovina odredi prema lex fori, trebale imati učinke i u drugim državama članicama, neovisno što taj sud inače nije nadležan u predmetu o roditeljskoj odgovornosti kao glavnom.³⁹ Međutim, takvi prijedlozi u Briselskoj uredbi II ter nisu prihvaćeni.

Stoga samo privremene mjere koje odredi sud države članice koji je inače nadležan prema Uredbi „putuju“ s djetetom te su automatski ovršive i u drugim državama članicama (arg. ex: t. 30. Preambule, čl. 15. st. 3. BU II ter). Uz to, isti je režim prihvaćen i za one privremene mjere koje odredi sud države članice u kojoj je dijete protupravno zadržano ili odvedeno u cilju zaštite djeteta od ozbiljnog rizika (arg. ex čl. 27. st. 5. BU II ter). Te mjere trebale bi ostati na snazi dok sud države članice u kojoj dijete ima uobičajeno boravište ne poduzme mjere koje smatra prikladnima (t. 30. Preambule BU II ter).

2.4. Nadležnost za prethodna pitanja

Značajno je istaknuti novine BU-a II ter u odnosu na nadležnost za prethodna pitanja. Ako ishod postupka o nekom pitanju kao glavnom koje nije obuhvaćeno materijalnim područjem primjene BU-a II ter ovisi o rješavanju pitanja koje se odnosi na roditeljske odgovornosti, sud u toj državi članici, u kojoj se vodi postupak o glavnom pitanju, može odlučiti i o pitanju roditeljske odgovornosti kao o prethodnom, za potrebe tog postupka, i onda kad ta država članica inače nije nadležna na temelju odredaba BU-a II ter (čl. 16. st. 1. BU II ter). Odluka o pitanju roditeljske odgovornosti kao o prethodnom pitanju proizvodi učinke samo u postupku u kojem je ta odluka donesena (čl. 16. st. 2. BU II ter).

Također, ako je za valjanost pravnog akta koji je izvršen ili treba biti izvršen u ime djeteta u ostavinskom postupku pred sudom države članice potrebno dopuštenje ili odobrenje suda, sud u toj državi članici može odlučiti hoće li dopustiti ili odobriti takav pravni akt, čak i ako nije nadležan na temelju BU-a II ter. Pritom pojam pravni akt obuhvaća prihvaćanje ili odricanje od nasljedstva ili pak sporazume među strankama o diobi ostavine, i sl. (v. t. 33. Preambule BU II ter).

³⁹ V. čl. 12. st. 1. PU-a 16. Uz to, u Prijedlogu Uredbe bilo je određeno da ako to zahtijevaju interesi djeteta, nadležno tijelo države članice koje bi odredilo privremenu mjeru trebalo bi izravno ili putem središnjeg tijela obavijestiti o tome nadležno tijelo druge države članice koje ima nadležnost u predmetu roditeljske odgovornosti kao glavnom predmetu. Za stav Suda EU-a razvijen u primjeni čl. 20. BU-a II ter o privremenim mjerama v. i Carpaneto, L., *Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter Regulation*, u Bergamini, E.; Ragni, C. (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge/Antwerp/Chicago: Intersentia, 2019., str. 276-277; Dutta, A.; Schulz, A., *First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIA Regulation from C to Health Service Executive*, *Journal of Private International Law*, 10(2014), 1, str. 15-19.

Citirana pravila o nadležnosti za prethodna pitanja revidirane Briselske uredbe II ter očito su inspirirana problemima koji su se javili u praksi država članica, ali i Suda EU-a.⁴⁰ U slučajevima, naime, ako je ostavinski postupak u tijeku u državi članici koja nije država članica djetetova uobičajenog boravišta, tada je nadležno tijelo koje vodi ostavinski postupak moralo utvrditi koji su sve formalni zahtjevi postupka i zastupanja djeteta, poput suglasnosti suda ili skrbničkog tijela, u državi članici djetetova uobičajenog boravišta.⁴¹

3. Sporazumi o izboru suda i prorogacija nadležnosti

Noviji je trend u izvorima europskog obiteljskog i nasljednog procesnog prava da se dopušta autonomija stranaka u odnosu na izbor suda.⁴² Također, i briselski II sustav, u predmetima roditeljske odgovornosti, omogućava ograničenu stranačku autonomiju u odnosu na izbor suda.⁴³

U revidiranoj Uredbi, u usporedbi s pravilima iz BU-a II bis, promjene se odnose na određivanje slučajeva u kojima je moguć sporazum o izboru suda. Uz to, promjene se odnose i na trenutak do kojeg se stranke mogu suglasiti da sud države članice s kojom dijete ima bitnu vezu, sudi u predmetu o roditeljskoj odgovornosti. Propisuju se i pitanja oblika sporazuma o izboru suda, kao i ona o prestanku nadležnosti na temelju tog sporazuma.

Međutim, ni u BU II ter nije posvećeno dovoljno pažnju pitanju kako postupiti kad *lex fori* suda države članice koji je nadležan u bračnom sporu propisuje oficijelne ovlasti suda, odnosno dužnost suda da po službenoj dužnosti odluči u predmetima roditeljske odgovornosti u odnosu na zajedničko dijete bračnih drugova, neovisno o

40 V. t. 32. Preamble BU-a II *ter*; usp. Carpaneto, *op. cit.* u bilj. 39, str. 271.

41 Tako se u predmetu C-404/14, *Matoušková*, od 6. listopada 2015. godine (ECLI:EU:C:2015:653) javilo pitanje je li odobrenje sporazuma o raspodjeli nasljedstva koji za račun maloljetnih potomaka sklopi skrbnik mjera koja se odnosi na izvršavanje roditeljske odgovornosti te pripada području primjene BU-a II *bis*, ili pak mjera koja se odnosi na nasljeđivanje u smislu primjene odredaba Uredbe o nasljeđivanju. U tom predmetu, Sud EU-a zauzeo je stav da je odobrenje sporazuma o raspodjeli nasljedstva koji za račun maloljetnih potomaka sklopi skrbnik mjera koja se odnosi na izvršavanje roditeljske odgovornosti u smislu primjene BU-a II *bis*.

42 U odnosu na građanske i trgovačke pravne stvari općenito, odredbe o izboru suda sadrži Briselska uredba Ia (čl. 25.). Također, određena, doduše ograničena stranačka autonomija dopuštena je i u odnosu na predmete uzdržavanja te nasljeđivanja s prekograničnim elementom, kao i u novim uredbama iz područja pojačane suradnje među državama članicama. Tako v. čl. 4. Uredbe Vijeća (EZ) br. 4/2009 od 18. prosinca 2008. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i ovrši odluka te suradnji u predmetima uzdržavanja, Službeni list EU, br. L 7/2009, str. 1-79; čl. 5. Uredbe o nasljeđivanju; čl. 5. st. 2. i čl. 7. Uredbe u stvarima bračnoimovinskih režima; čl. 5. i čl. 7. Uredbe u stvarima imovinskih posljedica registriranih partnerstava. O stranačkoj autonomiji i izboru suda u kontekstu europskog obiteljskog i nasljednog procesnog prava v. i u Carruthers, J., *Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships: What Place for Party Choice in Private International Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, 61 (2012), 4, str. 881-914.

43 Treba primijetiti da BU II *ter* propisuje sporazume o izboru suda samo za predmete roditeljske odgovornosti. Ni prilikom druge revizije Uredbe nije prepoznata mogućnost propisivanja sporazuma o izboru suda u odnosu na bračne predmete. Za rasprave tijekom druge revizije Uredbe i literaturu u tom smislu v. *supra ad* bilj. 5. V. i Valkova, L., *op. cit.* u bilj. 24, str. 555-556.

sporazumu roditelja, pa i onda kad to roditelj(i) niti ne traži(e).⁴⁴ U tim slučajevima bi oficijelno pokrenuti postupak u predmetima roditeljske odgovornosti, zapravo, bio prepreka za pokretanje postupka o istom predmetu među istim strankama pred izabranim forumom (arg. ex čl. 20. st. 3. BU II ter). Tu bi se načelno otvaralo i daljnje pitanje, i to u kojem je trenutku pokrenut taj oficijelni adhezijski postupak o roditeljskoj odgovornosti; u trenutku pokretanja glavnog postupka u bračnom sporu ili pak u kasnijem trenutku kad je sud po službenoj dužnosti poduzeo prvu radnju u cilju donošenja odluke u predmetu roditeljske odgovornosti.

Stranke se mogu sporazumjeti da sud države članice u kojoj dijete nema uobičajeno boravište bude nadležan u predmetu roditeljske odgovornosti ako dijete ima bitnu vezu („a substantial connection“) s tom državom članicom, dakle, neovisno o okolnosti je li pred sudom te države članice u tijeku neki drugi postupak, poput postupka u bračnim predmetima, među istim strankama (arg. ex čl. 10. st. 1. BU II ter).⁴⁵ Treba istaknuti da je „bitna veza“ u odredbi čl. 10. st. 1. a) BU-a II ter posebice određena okolnošću da jedan od nositelja roditeljske odgovornosti ima uobičajeno boravište u toj državi članici, ili da je u toj državi članici bilo prethodno uobičajeno boravište djeteta ili da je dijete njezin državljanin. Budući da se radi o okolnostima koje bi posebice („in particular“) trebale ukazivati na postojanje bitne veze djeteta s odnosnom državom članicom, sud bi prilikom ocjene jesu li ispunjene pretpostavke dopuštenosti prorogacije nadležnosti, a time i prihvaćanja svoje nadležnosti, čini se, mogao uzeti u obzir i druge okolnosti pojedinog slučaja. U tom smislu trebalo bi uzeti u obzir i one okolnosti određene u BU II ter kod „prijenosa“ nadležnosti sudu države članice koji je u boljoj poziciji da raspravi i odluči o predmetu, kao i kriterije koji su se javili u primjeni tih odredaba BU-a II bis u praksi Suda EU-a.⁴⁶

Uz postojanje bitne veze, za dopuštenost prorogacije nadležnosti prema Uredbi, potrebno je da su nositelji roditeljske odgovornosti, općenito, sve stranke tog postupka u predmetu roditeljske odgovornosti zaključili sporazum o izboru suda, najkasnije u trenutku pokretanja postupka pred sudom, ili da su izričito prihvatile tu nadležnost tijekom postupka. Pritom je nužno da sud osigura da sve stranke budu obaviještene o svojem pravu da ne prihvate tu nadležnost (čl. 10. st. 1. b) BU II ter). Iako je u citiranoj odredbi izrijekom propisano da je potrebno da stranke „izričito“ („expressly“) prihvate prorogiranu nadležnost, a iz čega bi se moglo zaključiti da se prorogacija nadležnosti u smislu BU-a II ter ne bi mogla temeljiti na prešutnom pristanku stranke, upuštanjem u postupak (arg. ex čl. 10. st. 1. b) ii. BU II ter), u odredbi čl. 10. st. 2. BU-a II ter, u kojoj se propisuje oblik sporazuma odnosno suglasnosti za prorogaciju nadležnosti, stipulirano je da ako stranka izrijekom ne izrazi protivljenje, smatrat će se da je prešutno pristala na prorogaciju nadležnosti. Uz to, treba istaknuti i shvaćanje Suda EU-a koje je on izrazio u predmetu C-215/15

44 Tako, primjerice, u hrvatskom pravu, sud koji odlučuje u bračnom sporu mora oficijelno odlučiti i o pitanjima roditeljske skrbi i uzdržavanja djeteta (v. čl. 413. Obiteljskog zakona, Narodne novine RH, br. 103/2015, 98/2019, 47/2020 – v. čl. 35. Zakona o Centru za posebno skrbništvo).

45 V. t. 23. Preambule BU-a II ter.

46 V. čl. 12. st. 3. BU-a II ter. Za „prijenos“ nadležnosti sudu države članice koji je u boljoj poziciji da raspravi i odluči o predmetu, kao i kriterijima koji su se javili u primjeni tih odredaba BU-a II bis u praksi Suda EU-a, v. *infra ad* 4.

Gogova v. Ilieva, a prema kojemu okolnosti u kojima je sud imenovao tuženiku zastupnika budući da mu se nije mogla izvršiti dostava podneska kojim se pokreće postupak, te da zastupnik nije prigovorio nadležnosti u ime tuženika, ne može se tumačiti na način da je nadležnost suda prihvaćena „izričito“ ili na „drugi nedvojbeni način“ od svih stranaka u postupku u smislu BU-a II bis.⁴⁷ U svakom slučaju sud države članice trebat će provesti incidentalni postupak kako bi ispitao postojanje pretpostavaka dopuštenosti prorogacije te prije nego što sud izvede određeni zaključak o postojanju suglasnosti stranke za prorogaciju nadležnosti, potrebno je da je sud stranke informirao o njihovom pravu da ne prihvate tu nadležnost (čl. 10. st. 1. b) ii. BU II ter).

Također, treba primijetiti da omogućavanjem strankama u postupku da tijekom postupka (bez određivanja trenutka do kojeg je to moguće u razvoju postupka) odbiju prorogiranu nadležnost, može utjecati na pravnu sigurnost i učinkovitost postupka. Drugim riječima, stranke, posebice one koje nisu roditelji, a koje se moraju ili pak trebaju zbog postojanja pravnog interesa obuhvatiti postupkom prema lex fori, ako bi njime bile obuhvaćene tek u podmaklom stadiju, mogle bi odbijanjem prorogirane nadležnosti spriječiti okončane postupka pred tim forumom. Stoga bi bilo važno da sud već na samom početku postupka ispita postoji li sporazum svih tijela, odnosno osoba koje bi prema lex fori trebale imati svojstvo stranke u postupku (osobito onog kojeg su pokrenuli roditelji).

Treća je pretpostavka dopuštenosti prorogacije nadležnosti u smislu Uredbe, da je ostvarivanje te nadležnosti u najboljem interesu djeteta (čl. 10. st. 1. c) BU II ter). Najbolji interes djeteta, kako je to naglašeno u Preambuli Uredbe, trebao bi se tumačiti u svjetlu čl. 24. PTP-a EU te KPD-a (t. 19. Preambule BU II ter), a što u pojedinim slučajevima može biti vrlo izazovno budući da se i opća nadležnost (ili se barem predmnijeva da se) temelji na najboljem interesu djeteta.

Sporazum o izboru suda sastavlja se u pismenom obliku. Na njemu treba naznačiti datum i potpis stranaka. Sporazum se može zaključiti i na zapisnik pred sudom u skladu s lex fori (čl. 10. st. 2. reč. 1. BU II ter). Pritom sva priopćenja elektroničkim sredstvima koja osiguravaju trajan zapis, prema Uredbi, izjednačena su s pismenim oblikom (čl. 10. st. 2. reč. 2. BU II ter). Osobe koje se obuhvate postupkom nakon što je on pokrenut mogu prihvatiti prorogiranu nadležnost pred sudom. Prema čl. 10. st. 2. reč. 4. BU-a II ter, ako izrijeком ne izraze protivljenje, smatrat će se da su prešutno pristale na prorogaciju nadležnosti. Međutim, prije nego što sud izvede zaključak o postojanju prešutne suglasnosti stranke za prorogaciju nadležnosti, potrebno je da je stranka informirana o svojem pravu da ne prihvati tu nadležnost (čl. 10. st. 1. b) ii. BU II ter).

Ako se stranke nisu drukčije sporazumjele, tako uspostavljena nadležnost suda države članice prestaje čim odluka u postupku o roditeljskoj odgovornosti se više ne može pobijati redovnim pravnim lijekovima („ordinary appeal“), ili je pak postupak okončan zbog drugih razloga (čl. 10. st. 3. BU II ter). To je pravilo očito inspirirano

⁴⁷ Sud EU-a: predmetu C-215/15, Gogova v. Ilieva, od 21. listopada 2015. godine, EU:C:2015:710, t. 47.

zahtjevom blizine djeteta i foruma u odnosu na potencijalne postupke o roditeljskim odgovornostima pro futuro.⁴⁸ Pritom treba primijetiti da Uredba otvara mogućnost da stranke sporazuma o izboru suda drukčije odrede trenutak do kojeg će ostvarivati nadležnost na temelju tog sporazuma (arg. ex čl. 10. st. 3. BU II ter).⁴⁹

4. „Prijenos“ nadležnosti sudu države članice koji je u boljoj poziciji da raspravi i odluči o predmetu

Sudovi države članice nadležni u smislu Uredbe, iznimno, mogu zastati s postupkom ili dijelom postupka, na zahtjev stranke ili po službenoj dužnosti, radi „upućivanja“ predmeta sudu druge države članice ako smatraju da je sud te druge države članice s kojim dijete ima osobitu vezu u boljem položaju da procjeni interese djeteta i odlučuje o tom predmetu (čl. 12. st. 1. BU II ter). Sud nadležan u smislu Uredbe za predmet roditeljske odgovornosti treba, dakle, prethodno, preliminarno ocijeniti postojanje osobite veze djeteta s drugom državom članicom te najboljeg interesa djeteta.

BU II ter sadrži predmnjevu kad se smatra da dijete ima osobitu vezu s drugom državom članicom, navodeći određene okolnosti koje bi trebale ukazivati na tu povezanost. To će biti slučaj ako je dijete u toj državi članici steklo uobičajeno boravište nakon pokretanja postupka pred sudom države članice nadležnim za odlučivanje u predmetu roditeljske odgovornosti, ili ako je u toj državi članici dijete imalo prijašnje uobičajeno boravište, ili ako je dijete državljanin te države članice, ili ako je u toj državi članici uobičajeno boravište nositelja roditeljske odgovornosti, ili pak ako se u toj državi članici nalazi imovina djeteta, a predmet se odnosi na mjere zaštite djeteta u odnosu na upravljanje, njezino čuvanje ili raspolaganje (čl. 12. st. 3. BU II ter). Prema stavu Suda EU-a izraženom u predmetu C-428/25 Child and Family Agency v. J. D. u primjeni BU-a II bis, navedene su okolnosti u Uredbi pobrojane taksativno.⁵⁰

Uredba ne predviđa daljnje smjernice za primjenu odredaba o „prijenosu“ nadležnosti sudu druge države članice koji je u boljoj poziciji da raspravi i odluči o predmetu. Međutim, treba istaknuti one koji su se razvili u praksi Suda EU-a. U već navedenom predmetu C-428/25 Child and Family Agency v. J. D., Sud EU-a istaknuo je određene smjernice koje su relevantne kod ocjene je li „prijenos“ nadležnosti u skladu s najboljim interesom djeteta. Tako „prijenos“ nadležnosti sudu druge države članice treba imati „stvarnu i konkretnu dodanu vrijednost“ u odnosu na rješavanje predmeta, uzimajući pritom u obzir postupovnoppravna, a ne supstancijalna pravila,

48 V. i t. 24. Preambule BU-a II ter.

49 U predmetu C-436/13, E. v. B., od 1. listopada 2014. godine, ECLI:EU:C:2014:2246, Sud EU-a je zauzeo stav da prorogirana nadležnost u sklopu Uredbe prestaje kad odluka u postupku postane konačna („final“). Nadalje, važno je istaknuti shvaćanje Suda EU-a, prema kojemu se ne može pretpostaviti da takav sporazum o izboru suda koji je zaključen u odnosu na određene sporove, u svakom slučaju postoji i nakon okončanja tog pokrenutog postupka i u odnosu na druga pitanja roditeljske odgovornosti koja se mogu naknadno pojaviti.

50 Sud EU-a: predmet C-428/25, Child and Family Agency v. J. D., od 27. listopada 2016. godine, ECLI:EU:C:2016:819, t. 51.

koja se primjenjuju u toj drugoj državi članici.⁵¹ Drugo, „prijenos“ nadležnosti smatra se da je u najboljem interesu djeteta u svakom slučaju ako nema štetan učinak na slobodu kretanja djeteta, odnosno položaj djeteta.⁵²

Izrijeком je istaknuto da bi sud koji je nadležan u smislu Uredbe trebao podnijeti zahtjev sudu druge države članice s kojom dijete ima osobitu vezu samo ako je njegova prethodna odluka o zastoju postupka u svrhu zahtjeva za „prijenos“ nadležnosti sudu druge države članice postala konačna („final“), dakle, kad se na tu odluku više ne može uložiti redovni pravni lijek u skladu s nacionalnim pravom.⁵³

Revidiranom Uredbom puno detaljnije su propisani rokovi i postupanje suda države članice koji „prenosi“ nadležnost, odnosno suda države članice koji prihvaća nadležnost. Tako ako sud države članice koji je nadležan za predmet roditeljske odgovornosti smatra da su ispunjene pretpostavke za „prijenos“ nadležnosti može zastati s postupkom ili dijelom postupka te pozvati stranke da u određenom roku podnesu zahtjev za „ustupanje“ cijelog ili dijela predmeta sudu druge države članice ili zatražiti od suda te druge države članice da se proglasi nadležnim (čl. 12. st. 1. a) i b) BU II ter).

Ako u roku koji je odredio sud države članice nadležan za predmet roditeljske odgovornosti stranke ne pokrenu postupak pred sudom druge države članice s kojom je dijete osobito povezano, sud pred kojim je pokrenut postupak nastavlja s tim postupkom (čl. 15. st. 3. BU II ter). Također, sud na taj način postupi i ako sud druge države članice kojem je podnesen zahtjev za „ustupanje“ predmeta ne prihvati nadležnost u roku od šest tjedana od kad je pred njim pokrenut postupak, odnosno od „primitka“ zahtjeva za „ustupanjem“ predmeta (čl. 12. st. 2. i 3. BU II ter). Pritom je izrijeком propisano da će sud države članice nadležan za predmet roditeljske odgovornosti, kojeg sud druge države članice nije obavijestio o prihvaćanju nadležnosti nastaviti postupak u roku od sedam tjedana od isteka roka koji je bio određen strankama za pokretanje postupka pred sudom druge države članice, odnosno nakon što je sud te druge države članice „primio“ zahtjev za „ustupanjem“ predmeta o roditeljskoj odgovornosti kojeg nije prihvatio (čl. 12. st. 3. BU II ter). S druge strane, ako sud druge države članice prihvati nadležnost, sud pred kojim je (prvo) pokrenut postupak proglasit će se nenadležnim (čl. 12. st. 2. reč. 3. BU II ter).

U revidiranim odredbama čl. 13. BU-a II ter propisan je (i) slučaj „prijenosa“ nadležnosti na zahtjev suda države članice koja nije nadležna u predmetu roditeljske odgovornosti u smislu Uredbe. Iznimno, ako sud države članice koja nije nadležna na temelju Uredbe, ali s kojom dijete ima osobitu vezu, smatra da je on prikladniji za ocjenu interesa djeteta i odlučivanje u konkretnom predmetu, može zatražiti „prijenos“ nadležnosti od suda države članice u kojoj dijete ima uobičajeno boravište (čl. 13. st. 1. BU II ter). Međutim, to ne bi trebalo biti dopušteno u slučajevima protupravnog odvođenja ili zadržavanja djeteta (čl. 13. st. 1. BU II ter).

Sud uobičajenog boravišta djeteta može prihvatiti „prijenos“ nadležnosti u roku

51 *Ibid.*, t. 57.

52 *Ibid.*, t. 58 i t. 59.

53 V. t. 26. Preambule BU-a II ter.

od šest tjedana od „primitka“ tog zahtjeva, i to ako smatra da je zbog posebnih okolnosti slučaja to u interesu djeteta, o čemu mora bez odgode obavijestiti sud koji je podnio zahtjev (čl. 13. st. 2. reč. 1. i 2. BU II ter). Ako zahtjev za „prijenos“ nadležnosti ne bude prihvaćen u tom roku, sud države članice koji smatra da dijete ima osobitu vezu s njom te koji je podnio zahtjev za „prijenos“ nadležnosti neće biti nadležan (čl. 13. st. 2. reč. 3. BU II ter).

„Prijenos“ nadležnosti sudu države članice s kojim je dijete osobito povezano, neovisno o tome je li ga zatražio sud koji želi „prenijeti“ nadležnost ili sud koji želi nadležnost, trebao bi proizvoditi učinak samo u odnosu na konkretni predmet roditeljske odgovornosti. Stoga nakon što je postupak okončan, treba uzeti konačnom („final“) odlukom protiv koje više nisu dopušteni redovni pravni lijekovi ili pak zbog drugih razloga (npr. povlačenjem tužbe) (arg. ex čl. 10. st. 3. BU II ter), „prijenos“ nadležnosti ne bi trebao biti procesnopravno relevantan za druge postupke roditeljske odgovornosti do kojih će doći pro futuro.⁵⁴

Promatrajući propisane pretpostavke za „prijenos“ nadležnosti na sud druge države članice s kojom je dijete osobito povezano, radilo bi se zapravo o slučaju koji se u teoriji građanskog procesnog prava označava kao delegacija nadležnosti zbog razloga svrsishodnosti.⁵⁵ Pritom, u prvom slučaju kad sud uobičajenog boravišta želi delegirati nadležnost, i sud kojem se predmet roditeljske odgovornosti „ustupa“, odnosno kojem se želi delegirati nadležnost, treba provesti preliminarni postupak u kojem će utvrditi činjenice relevantne za ocjenu osobite veze djeteta s tom državom članicom te najboljeg interesa djeteta. O toj bi delegaciji, dakle, konačno odlučivao sud kojem se delegira nadležnost (arg. ex: čl. 12. st. 2. i 3. BU II ter). U drugom pak slučaju koji prepoznaje Uredba, kad sud druge države članice zahtijeva delegaciju nadležnosti od suda uobičajenog boravišta djeteta, stoga što je preliminarno ocijenio da je u boljem položaju da raspravi i odluči o predmetu, konačna bi ocjena, a time i odluka o delegaciji nadležnosti, bila na sudu države članice uobičajenog boravišta djeteta (arg. ex čl. 13. st. 2. BU II ter). Općenito, međutim, treba istaknuti da su ovi mehanizmi, u postojećem sklopu primjene BU-a II bis, slabo prepoznati u praksi, odnosno u pojedinim državama članicama uopće ne postoji praksa njihove primjene.⁵⁶

54 V. t. 28. Preambule BU-a II ter.

55 Za pojam svrsishodna delegacija nadležnosti u teoriji građanskog procesnog prava, v. Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, VII. izd., Zagreb: Narodne novine, 2004., str. 282-284; Poznić B.; Rakić-Vodinić V., *Građansko procesno pravo*, 17. izd., Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, 2015., str. 135-136; usp. i Aras Kramar, *op. cit.* u bilj. 24, str. 59.

56 Za podatke v. European Commission, *Study on the assessment ...*, *op. cit.* u bilj. 25, str. 34-36.

5. Zaključak: je li (bila) potrebna intervencija u odredbe o nadležnosti briselskog II sustava?

Rezultati istraživanja pokazuju da se prilikom druge revizije briselskog II sustava europski zakonodavac nije odvažio i napravio značajne promjene u sustavu nadležnosti Uredbe. Nova Briselska uredba II ter zadržala je postojeću strukturu i pravila o nadležnosti u predmetima roditeljske odgovornosti. Manje intervencije izvršene su u odredbe o sporazumima o izboru suda, odnosno prorogaciji nadležnosti te „prijenosu“ nadležnosti sudu države članice koji je u boljoj poziciji da raspravi i odluči o predmetu. Uz to, nastojala su se riješiti određena praktično-implementacijska pitanja koja su se javila u praksi pojedinih država članica, posebice u odnosu na primjenu Uredbe u slučajevima ostavinskih postupaka s prekograničnim elementom u kojima sudjeluju maloljetni nasljednici, a u cilju učinkovitosti tih postupaka. Može se zaključiti da (druga) revizija sustava predstavlja svojevrsni (pragmatični) kompromis između procesnih načela i vrijednosti te zaštite najboljeg interesa djeteta.

U revidiranoj Uredbi odustalo se od projekcija iz Prijedloga Uredbe iz 2016. o napuštanju pravila o ustaljivanju nadležnosti u predmetima roditeljske odgovornosti, brisanjem dijela odredbe kojom se propisuje trenutak „pokretanja sudskog postupka“ kao trenutak s obzirom na koji se ocjenjuje nadležnost suda, očito jer su prevladali argumenti u prilog pravne sigurnosti te sprječavanja zloupotreba u postupku. Također, u vaganju između neposredne zaštite djeteta te prevencije slučajeva forum shoppinga odustalo se i od „EU putovnice“ za one privremene mjere koje je odredio sud države članice koji inače nema nadležnost u predmetu roditeljske odgovornosti kao glavnom.

Treba primijetiti da nije iskorištena ova, druga revizija briselskog II sustava da se preciznije odredi koncept i kriteriji koji moraju biti ispunjeni da se pojedino tijelo ili osoba, poput notara latinskoga tipa, smatra sudom države članice. Treba uzeti da od odgovora na pitanje smatraju li se druga tijela ili javni bilježnici u određenoj državi članici sud u smislu Uredbe, zavisi hoće li oni biti vezani pravilima o izravnoj nadležnosti Uredbe, a time i pravilima o litispencijiji, te njihove odluke biti u pravnom prometu prema odredbama Uredbe o priznavanju, ovršnosti i ovrsi tih odluka, ili pak prema odredbama Uredbe koje vrijede za pravni promet autentičnih isprava i sporazuma. Među ostalim, bi li javni bilježnik u onim državama članicama u kojima bi, primjerice, imao nadležnost (i) u predmetima roditeljske odgovornosti, mogao zahtijevati „prijenos“ nadležnosti od suda druge države članice jer bi bio u boljoj poziciji u odnosu na predmet i stranke? Kako bi u tim slučajevima postupio sud one države članice od koje se traži „prijenos“ nadležnosti, očito bi ovisilo od odgovora na pitanje bi li se javni bilježnik druge države članice smatrao sudom u smislu BU-a II ter. Nadalje, bi li se stranke mogle sporazumjeti o izboru javnog bilježnika kao suda u drugoj državi članici u predmetima roditeljske odgovornosti? Uzmu li se u obzir aktualni trendovi i reforme u pojedinim državama članicama usmjerene prema dejudicijalizaciji pojedinih aspekata odlučivanja o predmetima roditeljske odgovornosti, posebice povezano s predmetima sporazumnog razvoda

braka, ta su pitanja ne samo načelno teorijska, već i aktualna te bi mogla imati, pro futuro, i praktično-implementacijsko značenje.

Iako su u praksi suda EU-a razvijene određene smjernice koje bi sudu države članice trebale služiti prilikom ocjene (ne)postojanja uobičajenog boravišta djeteta, ni u novoj BU II ter nisu određeni konstitutivni elementi tog koncepta. Uzimajući u obzir poteškoće koje se javljaju u pojedinim državama članicama prilikom utvrđivanja činjenica koje čine donju premisu zaključka o (ne)postojanju uobičajenog boravišta u toj državi članici te u svrhu ujednačenog postupanja nadležnih sudova država članica, bilo bi potrebno u Uredbi odrediti konstitutivne elemente na kojima počiva taj koncept, općenito sustav nadležnosti Uredbe. Kao uzor može poslužiti druga europska uredba, i to ona relevantna u nasljednopravnim slučajevima s prekograničnim elementom.

Posljednje, ali ne i konačno, trebalo bi nastojati na edukaciji praktičara u državama članicama koji primjenjuju sustav, posebice uzimajući u obzir da se radi o revidiranoj Uredbi, ali i na informiranju građana o mehanizmima koje propisuje Uredba. To tim više što je izostanak sporazuma o izboru suda, odnosno „prijenosa“ nadležnosti u predmetima roditeljske odgovornosti u slučajevima kad bi to bilo svrsishodno, posljedica nedovoljne edukacije te, općenito, informiranosti građana koji se potencijalno mogu nalaziti u takvim slučajevima s prekograničnim elementom.

Sladana Aras Kramar, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Zagreb

NOVELTIES IN THE SYSTEM OF JURISDICTION IN MATTERS OF PARENTAL RESPONSIBILITY – EUROPEAN PERSPECTIVE

Summary: From a European perspective, the Brussels II system is of great importance for family matters, originally embodied in Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000, and currently in Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility (Brussels II bis Regulation).

Brussels II bis Regulation was the subject of a second recast, which resulted in the adoption of a new Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on the international child abduction (Brussels II ter Regulation). A characteristic feature of the recast of the Brussels II system is an intention at better protecting the best interests of the child. This had an impact, inter alia, on the provisions on jurisdiction in the scope of application of the Regulation. The Brussels II ter Regulation, with certain exceptions, will apply from 1 August 2022.

The paper discusses the novelties introduced by the Brussels II ter Regulation into the system of jurisdiction in matters of parental responsibility. In this context, in particular, issues related to party autonomy and choice of court agreements are analysed and evaluated, as well as the ‘transfer’ of jurisdiction to the court of a Member State that is better placed to discuss and decide the case.

Keywords: jurisdiction, parental responsibility, cross-border element, Brussels II bis Regulation, Brussels II ter Regulation, procedure.

Dr. sc. Larisa Velić, vanredna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

Dr. sc. Enis Omerović, docent
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

DISKRIMINACIJA KAO POVREDA *JUS COGENS*? NJENI OBLICI U PORODIČNOM PRAVU I PORODIČNIM ODNOSIMA: PRIMJER BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak: Analiza odredaba dva mnogostrana međunarodna ugovora koja se odnose na određenje i zabranu diskriminacije te na međunarodne obaveze po države i druge međunarodnopravne subjekte koje deriviraju iz međunarodnih konvencija dovodi nas do analize koncepta imperativne norme općeg međunarodnog prava (*jus cogens*) i do promišljanja da li, ne samo rasna diskriminacija, već i druge forme diskriminacije, na temelju drugih osnova, odnosno motiva, poput spola, roda ili seksualne orijentacije (pripadnosti, opredjeljenja), ulaze u opseg *jus cogens* ili idu ka toj posebnoj hijerarhiji normi međunarodnog prava. To je važno iz razloga na koji način i u kojem obliku bi međunarodne organizacije i države trebale djelovati kod svakog primjera diskriminacije.

Uživanje prava i sloboda, predviđenih Ustavom Bosne i Hercegovine i brojnim međunarodnim ugovorima i drugim međunarodnim aktima, osigurano je svim osobama u toj državi, bez diskriminacije po bilo kojem osnovu, kao što su spol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status, poput invaliditeta, starosti, bračnog i porodičnog statusa, seksualne orijentacije i rodnog identiteta, zdravstvenog statusa, mjesta življenja, ekonomske i socijalne situacije. Zabranu diskriminacije nalazimo i u porodičnim zakonima u Bosni i Hercegovini i upravo se kroz ovaj rad bavimo pitanjem da li je diskriminacija relikv prošlosti ili se radi o pojavi s kojom se i danas susrećemo i koja zahtijeva nova *de lege ferenda* rješenja. S ovim u vezi primijetiti ćemo da se u porodičnom pravu prvenstveno radilo na tome da žene dobiju ista prava i istu ulogu u bračnoj zajednici, kao što su je imali muškarci. I čini se da je ta vrsta diskriminacije zaista otklonjena, patrijarhalni model braka i muška dominacija su ukinuti i zamijenjeni su principom ravnopravnosti.

Direktne vidove diskriminacije ne možemo utvrditi, međutim, čini se da je indirektna diskriminacija ipak prisutna. Država tako, primjera radi, samohranim majkama nije osigurala mehanizme za naplatu alimentacije od očeva koji nisu zainteresirani za njeno plaćanje. Ovdje govorimo o pozitivnoj obavezi države da pruži djelotvornu zaštitu od ozbiljnog ugrožavanja značajnih elemenata prava na porodični život. Postavlja se i pitanje da li majke u Bosni i Hercegovini mogu računati

da će njihova alimentacija biti određena prema kriterijima koji će biti objektivni ili će visina alimentacije zavisiti od sudijskog uvjerenja ili predstavnika centra za socijalni rad koji će to predložiti. Razlika u tretmanu i određivanju visine alimentacije, pod istim ili sličnim uslovima, sigurno vodi ka nedozvoljenoj diskriminaciji. U radu se obrađuju i pitanja prava na staranje o djetetu nakon razvoda braka u smislu da li kroz ovo diskreciono pitanje dolazi do diskriminacije muškaraca. Jednako tako, u zadatim okvirima predmeta našega istraživanja, bavimo se i mogućnošću muškaraca da „odlučuju“ o pitanju žele li potomstvo. Značajka u ovome kontekstu jeste i pravo roditelja koji ne živi s djetetom da s njim kontaktira. Ovaj problem se javlja unutar države, a postaje još složeniji u slučaju kada jedan od roditelja napusti Bosnu i Hercegovinu i svoj boravak zasnjuje u drugoj državi.

Ključne riječi: jednakost, diskriminacija, *jus cogens*, Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena, pravo na staranje o djetetu, alimentacioni zahtjevi

1. Uvodno određenje

U prvome poglavlju rada dajemo temeljna pojmovna određenja diskriminacije, one rasne, ali i po drugim osnovima. Posebnu pažnju, nakon analize odredaba Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, posvećujemo analizi odredaba i međunarodnih obaveza koje deriviraju iz Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena. Diskriminacija i njezini manifestacijski oblici u praksi jesu glavna tema i predmet našega istraživanja. Nakon međunarodnoga normativnoga predočavanja, osjetili smo važnim predstaviti koncept *jus cogens*, odnosno imperativne norme općeg međunarodnog prava i ispitati koje to međunarodne norme (i kakve sadržine) imaju višu pravnu snagu i od kojih se to ne može nikada odstupiti u njihovome izvršenju. Slijedom ovoga koncepta, rasna diskriminacija je danas prepoznata kao *jus cogens*. Takvo što saznajemo iz različitih izvora i potvrda. No, što je s diskriminacijom po drugim osnovima, poput spola, roda i seksualnog opredjeljenja, i jesmo li ušli u područje gdje postoji hijerarhija oblika diskriminacije? Do kakvog god u radu određenja došli, nesporno je da zabrana nejednakoga tretmana, pristupa, postupka i zaštite, odnosno zabrana diskriminacije, leži u osnovi svakog poštivanja i uživanja ljudskih prava i osnovnih sloboda svakog ljudskog bića.

U drugome dijelu rada istražili smo osnovne i nekada vrlo česte manifestacijske oblike diskriminacije, poglavito u praksi, u području porodičnog prava i porodičnih odnosa s posebnim osvrtom na Bosnu i Hercegovinu. Dat je kratki historijski pregled statusa i prava žena, te je prikazan njihov položaj u porodici i društvu tokom glavnih historijskih razdoblja. Predmet naučne obrade u radu su vrste diskriminacije u porodičnome pravu. Obradujemo pitanje roditeljske brige i staranje kod djece rođene izvan braka. Na početku toga dijela analiziramo brigu i staranje o vanbračnome djetetu, zatim činimo prikaz statusa, prava i položaja samoga djeteta u uvjetima razvedenih roditelja, ali i dajemo pregled svih osobenosti i ispitujemo ima li diskriminacije u pogledu izdržavanja djeteta. Naš istraživački pregled završavamo pojavnim oblicima diskriminacije u situaciji podnošenja zahtjeva za izdavanjem

putnih dokumenata za dijete.

U dolasku do znanstvenih spoznaja, u radu se koristimo pravnodogmatском metodom, analizom sudske prakse, odnosno metodama analize i sinteze, ali i elementima induktivne i deduktivne metode. Rad je postavljen na način da nam predočava i teoretski (i međunarodnopravni, komparativni i unutrašnji prikaz) i praktični presjek stanja u jednoj oblasti s kritičkim osvrtom na temeljni predmet istraživanja, postojeće međunarodnopravno, komparativno i unutrašnje uređenje, a sve s ciljem propitivanja i eventualnoga potvrđivanja tri glavne hipoteze u radu: zabrana diskriminacije leži u osnovi svakog poštivanja i uživanja ljudskih prava i osnovnih sloboda svakog ljudskog bića; zabrana rasne i svih drugih oblika diskriminacije predstavlja *jus cogens*; i, naposljetku, polazna tvrdnja da se određeni elementi diskriminacije uočavaju u porodičnom pravu i porodičnim odnosima u Bosni i Hercegovini.

2. Opće međunarodnopravno određenje diskriminacije

Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1966.¹ u svome čl. 1. navodi da se „rasna diskriminacija” odnosi na svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva koji se zasnivaju na rasi, boji, precima, nacionalnom ili etničkom porijeklu i koji imaju za svrhu ili za rezultat da unište ili da ugroze priznavanje, uživanje ili vršenje, pod jednakim uvjetima, prava čovjeka i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, socijalnom i kulturnom polju ili na svakom drugom polju javnog života.“²

Preambula Konvencije polazi od osnovnih postulata i načela suvremenoga međunarodnog poretka, a posebno od obaveza da su države najpozvanije da razvijaju i potječu opće i stvarno poštovanje prava čovjeka i osnovnih sloboda za sve, bez obzira na rasu, spol, jezik i vjeru, da Opća deklaracija o pravima čovjeka iz 1948.³ proklamira da se sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka po dostojanstvu i pravima i da se svako može koristiti svim pravima i svim slobodama navedenima u njoj, bez ikakve razlike, naročito s obzirom na rasu, boju ili nacionalno porijeklo, smatrajući istodobno da su svi ljudi jednaki pred zakonom i da imaju pravo na jednaku zaštitu zakona od svake diskriminacije i svakog potjecaja na diskriminaciju.⁴ Države ugovornice u Preambuli Konvencije referiraju se i na Deklaraciju Ujedinjenih nacija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1963.⁵ u kojoj se potvrđuje potreba brzoga ukidanja svih oblika i svih pojava rasne diskriminacije u svim dijelovima svijeta i osiguranja razumijevanja i poštovanja dostojanstva ljudske ličnosti.⁶ Države

1 United Nations, *Treaty Series*, vol. 660, p. 195. Stupila na snagu 4. januara 1969. Danas ima 182 stranke.

2 Čl. 1(1) Konvencije. Jednako tako je određeno da se „Ova Konvencija ne primjenjuje na razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva koje provodi država stranka ova Konvencije prema tome radi li se o njezinim državljanima ili o nedržavljanima.“ (čl. 1(2) Konvencije).

3 Usvojena Rezolucijom br. 217 A (III) u Općoj skupštini Ujedinjenih nacija 10. decembra 1948.

4 Preambula Konvencije.

5 Usvojena Rezolucijom br. 1904 (XVIII) u Općoj skupštini Ujedinjenih nacija 20. novembra 1963.

6 Preambula Konvencije.

koje su u Općoj skupštini Ujedinjenih nacija sudjelovale u glasanju za usvajanje ovoga vrlo važnoga međunarodnopravnoga dokumenta u uvodu Konvencije su pozdravile usvajanje Konvencije o diskriminaciji na polju zaposlenja i zanimanja koju je Međunarodna organizacija rada (MOR) usvojila 1958. i Konvenciju o borbi protiv diskriminacije u oblasti nastave koju je usvojila Organizacija Ujedinjenih nacija za prosvjetu, nauku i kulturu (UNESCO) godine 1960.⁷ Upravo na tragu Deklaracije iz 1963., da bi se nastojanja država pretočila u međunarodne obaveze država kojim povredama bi se države mogle pozvati na međunarodnu odgovornost, došlo je do usvajanja odnosnog međunarodnog ugovora.

Ova Konvencija predviđa različite međunarodne obaveze po države strane ugovornice ovoga mnogostranoga međunarodnoga ugovora, koje polaze od općega uvjerenja da sve države osuđuju rasnu diskriminaciju i obavezuju se da svim odgovarajućim sredstvima i bez odgode provode politiku koja teži da ukine svaki oblik rasne diskriminacije i da potpomažu razumijevanje između svih rasa.⁸

Jednako tako, osvrnućemo se i na Konvenciju o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW) koja je usvojena u Općoj skupštini Ujedinjenih nacija 1979.⁹, koja se vrlo često naziva i međunarodni korpus o pravima žena (eng. *bill of rights for women*). Sastoji se iz Preambule i 30 članova, u kojoj se određuje što se smatra diskriminacijom žena. Tako „izraz „diskriminacija žena” označava svaku razliku, isključenje ili ograničenje učinjeno na osnovi spola kojemu je posljedica ili svrha da ženama ugrozi ili onemogući priznanje, uživanje ili korištenje ljudskih prava i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, društvenom, kulturnom, građanskom ili drugom području, bez obzira na njihovo bračno stanje, na osnovi jednakosti muškaraca i žena.“

Ova Konvencija upravo i zabranjuje sve što se navodi u određenju izraza „diskriminacija žena“. Konvencija je značajno utjecala na brojna zakonodavstva koja su na osnovu nje morali izmijeniti i prilagoditi svoje porodične zakone i, posljedično tome, početi drukčije uređivati porodične odnose. Ovaj mnogostrani međunarodni ugovor polazi od vrlo sličnih promišljanja država koja su navedena u Preambuli Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, koja je usvojena 13 godina ranije pod istim okriljem Ujedinjenih nacija. U Konvenciji se konstatira da i Povelja Ujedinjenih nacija iz 1945. i Opća deklaracija o ljudskim pravima potvrđuju vjeru u jednaka prava muškaraca i žena te „da su sva ljudska bića rođena slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima“¹⁰ i da svakome pripadaju sva prava bez ikakve razlike, uključujući i razliku na osnovi spola. Države članke međunarodnih paktova o ljudskim pravima¹¹ imaju obavezu osigurati jednaka prava

7 *Ibid.*

8 Čl. 2(1) Konvencije.

9 Usvojena Rezolucijom br. 34/180 18. decembra 1979. *Official Records of the General Assembly of the United Nations, Thirty-fourth Session, Supplement No. 46 (A/34/46)*, p. 193. United Nations, *Treaty Series*, vol. 1249, p. 13. Stupila na snagu 3. septembra 1981. Danas ima 189 stranaka.

10 Čl. 1. Opće deklaracije o ljudskim pravima; Preambula Konvencije.

11 Uglavnom se misli na oba međunarodna ugovora usvojena iste godine, 1966., Međunarodnome paktu o građanskim i političkim pravima te Međunarodnome paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Danas oba odnosna ugovora predstavljaju najvažnije sastavnice međunarodnoga korpusa

muškaraca i žena u uživanju svih ekonomskih, socijalnih, kulturnih, građanskih i političkih prava.¹² Države, jednako tako, uzimaju u obzir međunarodne konvencije zaključene pod pokroviteljstvom Ujedinjenih nacija i specijaliziranih agencija koje promiču jednakost u pravima muškaraca i žena, konstatirajući također da rezolucije, deklaracije i preporuke usvojene od Ujedinjenih nacija i specijaliziranih agencija promiču jednakost u pravima muškaraca i žena.¹³ Međutim, i pored međunarodnog normativnog okvira, države su u tome vremenu bile zabrinute da uprkos ovim različitim instrumentima na međunarodnoj razini i dalje postoji raširena diskriminacija žena.

Ono što je znakovito za svrhe našega rada jesu uvjerenja većine država u međunarodnoj zajednici u smislu da žene daju veliki doprinos blagostanju porodice i razvoju društva, što do sada nije bilo u potpunosti priznato.¹⁴ Države priznaju društveno značenje majčinstva i ulogu oba roditelja u porodici i u podizanju djece, svjesne da uloga žene u prokreaciji ne treba biti osnova za diskriminaciju, već da podizanje djece zahtijeva zajedničku odgovornost između muškaraca i žena i društva u cjelini.¹⁵ Države su svjesne da je potrebno izmijeniti tradicionalnu ulogu muškaraca kao i ulogu žena u društvu i porodici, kako bi se postigla puna jednakost između muškaraca i žena.¹⁶ Razlog usvajanja jednog ovakvog međunarodnog ugovora leži u odlučnosti država da primijene načela sadržana u Deklaraciji o ukidanju diskriminacije žena¹⁷, te da u tu svrhu usvoje međunarodnoobavezujuće mjere potrebne za ukidanje takve diskriminacije u svim njenim oblicima i pojavama, i to na svim razinama međunarodnog poretka.

Prema čl. 2. Konvencije, „Države stranke osuđuju diskriminaciju žena u svim njenim oblicima te su saglasne da svim odgovarajućim sredstvima i bez odgađanja, provode politiku ukidanja diskriminacije žena“¹⁸, a sve s ciljem ostvarivanja potpune jednakosti žena i muškaraca pred zakonima svojih država.¹⁹ Države se obavezuju poduzeti, *inter alia*, uvođenje pravne zaštite prava žena na jednakoj osnovi s muškarcima i preko nadležnih nacionalnih sudova i drugih javnih institucija osigurati uspješnu zaštitu žena od svakog postupka diskriminacije.²⁰ Također se imaju uzdržati od svakog postupka ili prakse diskriminacije žena i osigurati da javne vlasti i institucije postupaju u skladu s ovom obvezom.²¹

ljudskih prava.

12 Preambula Konvencije.

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*

17 Deklaracija usvojena u Općoj skupštini Ujedinjenih nacija Rezolucijom br. A/RES/2263(XXII) 7. novembra 1967., godinu dana nakon usvajanja Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije.

18 Čl. 2. Konvencije.

19 Čl. 15(1) Konvencije.

20 Prema čl. 2(1)(c) Konvencije.

21 Čl. 2(1)(d) Konvencije.

Godine 1982. uspostavljen je Odbor za uklanjanje svih oblika diskriminacije žena u svrhu praćenja primjene Konvencije. Države koje su ratificirale Konvenciju dužne su podnositi periodične izvještaje ovom Odboru. Bosna i Hercegovina je Konvenciju preuzela notifikacijom o sukcesiji 1. septembra 1993., a na snagu je za ovu državu stupila 1. oktobra iste godine i na taj način postala njen obavezujući pravni akt, koja je i sastavni dio Ustava Bosne i Hercegovine.²²

3. Koncept *jus cogens*

U općem smislu, „veliki utemeljitelji međunarodnoga prava razlikovali su dvije vrste normi: prvu, nužno pravo nacija koje obuhvata prirodno pravo [lat. *jus naturale*], i drugu, pozitivno pravo [lat. *jus positum*] koje je stvoreno na osnovu sporazuma i običaja, prijašnje *jus strictum*.“²³ Ranije, u XX. st., Oppenheim i Hall govorili su o fundamentalnim ili univerzalnim načelima međunarodnoga prava čiji su imperativni efekti priznati običajem.²⁴ Naprimjer, Oppenheim navodi da je ugovor koji podržava piratstvo ništavan, jer je protivan „univerzalno priznatim načelima“ međunarodnoga prava.²⁵ Već je tada postalo jasno da imperativne norme sužavaju slobodu i suverenitet država. No, i pored takvog efekta i utjecaja na vanjski suverenitet država, pravni pisci su u svojim djelima koristili izraze poput „fundamentalni“, a u pogledu prava, „neotuđiva“ ili „inherentna“.²⁶ Mišljenja eminentnih stručnjaka u pravnoj doktrini podržala su stav da egzistiraju *važnija* načela međunarodnoga prava, formirajući tako tijelo *jus cogensa*.²⁷

Koncept *jus cogens* potvrđen je i priznat i u sudskome kontekstu, ponajprije u odluci *French-Mexican Claims Commission u Pablo Nájera Case*²⁸ iz 1928, a kasnije i od suca Schückinga Stalnoga suda međunarodne pravde u predmetu *Oscar Chinn*²⁹ 1934. Nastavno na ova dva predmeta, i Međunarodni sud je načinio slična referiranja na *jus cogens* u velikome broju predmeta³⁰, odn. izdvojenih i različitih

22 U ovome kontekstu, vrijedi pomenuti i Bečku deklaraciju i program mjera, koja je usvojena na Svjetskoj konferenciji o ljudskim pravima 25. juna 1993. Usvajanjem jednog ovakvog dokumenta, koji je pospješio naše napore za očuvanje i promicanje glavnih načela iz Povelje Ujedinjenih nacija i Opće deklaracije o ljudskim pravima, nedvosmisleno je proklamirao i prava žena i njihove jednakosti i ravnopravnosti s muškarcima.

23 N. H. B. Jørgensen (2000) *The Responsibility of States for International Crimes*, New York: Oxford University Press, str. 86.

24 *Ibid.*

25 Preneseno iz: K. Hossain (2005) *The Concept of Jus Cogens and the Obligation Under The U.N. Charter*, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 3, br. 1, str. 74.

26 I. Brownlie (1998) *Principles of Public International Law*, 5. izd, New York: Oxford University Press, str. 514; Usp. I. Brownlie (1973) *Principles of Public International Law*, 2. izd, Oxford: Clarendon Press/University Press, str. 499-502.

27 I. Brownlie (1998) *op. cit.*, str. 515. Kurziv kandidata.

28 *French-Mexican Claims Commission, Pablo Nájera (France) v. United Mexican States*, 19 October 1928, R.I.A.A, vol. V, United Nations, 2006, str. 466-508, na str. 472.

29 PCIJ, *The Oscar Chinn Case*, Judgment, Series A./B. F No. 63, 1934.

30 *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (The Netherlands v. Sweden)* 1958 I.C.J. 55 (Nov. 28) (Separate Opinion of Judge Quintana); *Right of Passage Over Indian Territory (Portugal v. India)* 1960 I.C.J. 6 (Apr. 12) (Separate Opinion of Judge *ad hoc* Fernandes);

mišljenja sudija Suda.

Već je sudija iz Japana, K. Tanaka u svojem Izdvojenom mišljenju u predmetu *South West Africa* 1966., napisao da ako na međunarodnoj razini predstavimo kategoriju prava, *jus cogens*, imperativno pravo koje predstavlja kontrast *jus dispositivum*, tada pravo o zaštiti ljudskih prava zasigurno može pripadati *jus cogens*.³¹ U parnici o američkome diplomatskome osoblju (eng. *Hostages Case*) Međunarodni sud potvrđuje imperativni karakter pravnih obaveza koje postoje na strani iranske vlade koje nisu promijenjene diplomatskom tenzijom između dvije države.³² Iz ovoga slijedi da zaštita diplomatskoga i konzularnoga osoblja jedne države, a posebno osoblja države slanja u državi prijema od strane države prijema, kao i zaštita zgrade diplomatsko-konzularnoga predstavništva, predstavlja kogentno pravilo općega međunarodnoga prava. Isti je Sud u predmetu *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* izrijeком naveo neka pravila koja pripadaju skupini kogentnih normi. To su, prije svega, pravila o zabrani upotrebe sile iz čl. 2. st. 4. Povelje Ujedinjenih nacija kao i temeljna, opća načela humanitarnoga prava.³³ Ističemo da je ova presuda prvo određenje Suda o pravu upotrebe sile i danas služi kao jedno od najautoritativnijih određenja po ovom pitanju.³⁴

Međunarodni sud je u svojem Savjetodavnome mišljenju o zakonitosti prijetnje ili upotrebe nuklearnoga oružja 1996. ustvrdio da načela i pravila humanitarnoga prava jesu dio *jus cogens* prema definiciji iz čl. 53. Bečke konvencije,³⁵ odnosno da konstituiraju neprekršiva načela međunarodnoga običajnoga prava.³⁶

Dvije različite sudske instance, odn. sudovi u Sjedinjenim Američkim Državama i Ujedinjenome Kraljevstvu prihvatili su i zločin torture kao pravilo *jus cogens*. Prvo je američki sud u predmetu *Filartiga v. Pena-Irala* okarakterizirao zabranu torture kao pravilo općega međunarodnoga prava primjenjivo u svim okolnostima³⁷, da bi

South West Africa Case, Second Phase (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) 1966 I.C.J. 6 (July 18) (Separate Opinion of Judge Tanaka); North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark v. Federal Republic of Germany/The Netherlands) 1969 I.C.J. 3 (Feb. 20) (Separate Opinion of Judge Nervo).

31 *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, str. 296.

32 *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 3, 41; Jednako tako, Međunarodni sud naglašava da iako države nisu u obavezi da održavaju diplomatske ili konzularne odnose, Sud priznaje da su odredbe (ali ne sve!) sadržane u Bečkim konvencijama o diplomatskim (1961.) i konzularnim odnosima (1963.) imperativne obaveze (*Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Request for the Indication of Provisional Measures, Order, 15 December 1979, I.C.J. Reports, 1979*, str. 20 (par. 41).

33 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14*, str. 100, 114.

34 E. Steinerte, R. M. M. Wallace (2008) *Nutcases: International Law*, 1. izd, London: Sweet & Maxwell, str. 185.

35 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, str. 258.

36 *Ibid*, str. 257.

37 US Circuit Court of Appeals, 2nd Circuit, *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (1980); (1980) 19 I.L.M. 966, u: D. J. Harris (2004) *Cases and Materials on International Law*, 6. izd, London: Sweet & Maxwell, str. 778-781.

nešto kasnije britanski Dom lordova, u ulozi britanskoga Vrhovnoga suda³⁸, prihvatio *jus cogens* prirodu međunarodnoga zločina torture.³⁹

U pogledu zločina genocida, nama su zanimljive dvije presude, i to ona od 3. februara 2006. i od 26. februara 2007. U predmetu *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v. Rwanda)* Međunarodni sud okarakterizirao je zabranu genocida kao peremptornu normu općega međunarodnoga prava.⁴⁰ Ova presuda je interesantna i zbog toga što je Sud presudio da se samo na temelju povrede *jus cogens* norme općega međunarodnoga prava ne može ustanoviti nadležnost ovoga Suda. Sud je ponovno naglasio pravilo da se nadležnost Suda uspostavlja na osnovu suglasnosti država stranaka nekoga pravnoga međunarodnoga spora. Dakle, „Sud smatra nužnim da ponovi da prosta činjenica da su u pitanju prava i obaveze *erga omnes* ili peremptorne norme općeg međunarodnog prava (*jus cogens*) u nekom sporu, ne može, kao takva, konstituirati izuzetak od načela da njegova nadležnost uvijek ovisi o suglasnosti stranaka.“⁴¹ Ovo može značiti sužavanje osnova za uspostavu nadležnosti Suda, odnosno nedovoljnu razvijenost pravila koja reguliraju provedbu, ali i svojevršno „kažnjavanje“ subjekata međunarodnoga prava koji povrijeđe *jus cogens* normu. U presudi u predmetu *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* Sud je podržao svoj stav iz 1951⁴², a koji je preuzet iz Rezolucije Generalne skupštine Ujedinjenih nacija⁴³, a to je da zločin genocida šokira savjest čovječanstva i rezultira njegovim velikim gubicima, i koji je u suprotnosti s moralnim pravom i duhu i ciljevima Ujedinjenih nacija.⁴⁴

Također, i ICTY je u predmetu *Kupreškić* cijenio zabranu genocida kao normu *jus cogens*. Naime, ovaj Tribunal je ustvrdio da „mnoge norme međunarodnoga humanitarnoga prava, naročito one koje zabranjuju ratne zločine, zločine protiv čovječnosti i genocid predstavljaju također peremptorne norme međunarodnoga prava ili *jus cogens*.“⁴⁵ I nacionalni sud u Državi Izrael je u ovome duhu ustvrdio

38 U predmetu: *The House of Lords, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate Ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International Intervening) (No. 3)*, 1999.

39 N. H. B. Jørgensen (2000) *op. cit.*, str. 88. Usp. ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, IT-95-17/1, 10. decembar 1998, par. 153. *et seq.*

40 *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 6.

41 *Ibid.*, 52; Usp. I. R. Moral (2008) *Nihil Novum Sub Sole Since the South West Africa Cases? On Ius Standi, the ICJ and Community Interests, International Community Law Review 10*, str. 171-197.

42 *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, str. 12.

43 Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija br. 96 (I) od 11. decembra 1946.

44 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, str. 110, par. 161; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Provisional Measures, I.C.J. Reports 1993, str. 325, na str. 439-440.

45 ICTY, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al*, Trial Chamber, Judgment, IT-95-16, 14. januar 2000, par. 520.

peremptorni karakter prohibicije genocida.⁴⁶

Čini se, da se sa priznavanjem postojanja normi *jus cogens*, međunarodno pravo kreće od klasičnoga horizontalnoga sistema pravila do (stvaranja) suvremenoga vertikalnoga sistema u kojem postoji „hijerarhija pravila u međunarodnome normativnome poretku.“⁴⁷ Pojava ili stvaranje kogentnih normi na međunarodnoj razini stvara normativnu diferencijaciju između različitih vrsta pravila, i prema tome, različitih pravnih obaveza.⁴⁸ Mogućnost postojanja imperativne norme još jedanput sugerira postojanje hijerarhije međunarodnopravnih normi u kojoj su imperativne norme „fundamentalni standardi međunarodne zajednice“.⁴⁹

„*Jus cogens* je norma koja u međunarodnoj hijerarhiji ima viši rang nego ugovorno pravo pa čak i „obična“ pravila običajnoga prava. Najočitiija posljedica toga višega ranga jeste da države ne mogu odstupiti od dotičnoga načela ni na osnovu međunarodnih sporazuma niti na osnovu pravila lokalnoga ili specijalnoga običajnoga prava, pa čak ni na osnovu općih pravila običajnoga prava koja nemaju istu normativnu snagu.“⁵⁰

Postoje pravila običajnoga prava koja ne mogu biti stavljena van snage nekim ugovorom, već samo formiranjem sljedstvenoga običajnoga pravila suprotnoga efekta.⁵¹ Fitzmaurice je bio taj koji je „formalno predstavio izraz *jus cogens*“⁵² u svome objašnjenju prava ugovora koji je podnio Komisiji za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija 1958. I. Brownlie piše da je koncept *jus cogensa* prihvatila ILC i inkorporirala ga u čl. 50. Nacrta pravila (Konvencije) o pravu ugovora 1966.⁵³ Pri čemu je, kako navodi V. Crnić-Grotić, veliki doprinos ovom pitanju dao Posebni izvjestitelj ILC H. Waldock⁵⁴: „ništav je ugovor ukoliko je u sukobu s imperativnom normom općeg međunarodnog prava od koje nije dopušteno odstupanje i koja se može mijenjati samo kasnijom normom općeg međunarodnog prava istog karaktera.“⁵⁵ Rasprave u ovome smjeru su se nastavile i na zasjedanjima u Beču, na kojim se pokazalo „da bi se neslaganja mogla i politički podijeliti, pa su tako zagovornici

46 *District Court of Jerusalem in Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann*, Judgment, 1961, I.L.R., vol. 36, str. 5.

47 ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, IT-95-17/1, 10. decembar 1998, par. 153.

48 R. Ago, *Fifth Report on State Responsibility*, *Yearbook of the ILC*, 1976, vol. II, Dio prvi, str. 32.

49 ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, IT-95-17/1, 10. decembar 1998, par. 154; W. E. Conklin (2012) *The Peremptory Norms of the International Community*, *European Journal of International Law*, vol. 23, br. 3, str. 838.

50 ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, IT-95-17/1, 10. decembar 1998, par. 153.

51 I. Brownlie (1998) *op. cit.*, str. 515.

52 N. H. B. Jørgensen (2000) *op. cit.*, str. 87.

53 I. Brownlie (1998) *op. cit.*, str. 516.

54 V. Crnić-Grotić (2002) *Pravo međunarodnih ugovora*, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, str. 230.

55 *Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, str. 247-249; Jednako tako, *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966*, United Nations, 2005. Cjeloviti tekst Nacrta Pravila o pravu ugovora dost. na: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf (od 12. septembra 2020).

koncepta *jus cogens* bile države u razvoju i zemlje istočnoga bloka, dok su rezerve iskazale zapadne zemlje.⁵⁶ Dok su imperativne norme općega međunarodnoga prava fokusirane na obim i dok se prioritet daje određenome broju fundamentalnih obaveza, tako su obaveze prema međunarodnoj zajednici kao cjelini važne za pravne interese svih država u njihovome izvršavanju.⁵⁷

Imperativna norma općega međunarodnoga prava (*jus cogens*)⁵⁸ definirana je na Bečkoj međunarodnoj konferenciji o pravu međunarodnih ugovora usvajanjem Bečke konvencije istoga naziva 1969:⁵⁹ *jus cogens* norma ili „[...] imperativna norma općega međunarodnog prava je norma što ju je prihvatila i priznala čitava međunarodna zajednica država kao normu od koje nije dopušteno nikakvo odstupanje i koja se može izmijeniti samo novom normom općega međunarodnog prava iste prirode.“⁶⁰ U odnosu na nacrt čl. 50, u konačnome čl. 53. propisano je da imperativna norma kao takva mora biti prihvaćena i priznata od međunarodne zajednice država. Zapravo, imperativna norma štiti samu mogućnost pravnoga poretka međunarodne zajednice kao cjeline.⁶¹ Državnici nisu imuni od procesuiranja za povredu imperativnih normi koja je uperena protiv međunarodne zajednice, utvrđeno je to odlukom britanskoga *House of Lords* u predmetu *Pinochet*.⁶² Obaveze koje izviru ili proizilaze iz imperativnih normi općega međunarodnoga prava su one koje proistječu iz materijalnih pravila ponašanja koja zabranjuju čine koji predstavljaju prijetnju opstanku država i njihovim narodima i najosnovnijim ljudskim vrijednostima.⁶³

Ovaj dio otvara određene kontroverze u pogledu nadležnosti za prepoznavanje i priznavanje da neka norma ima snagu i prirodu imperativne norme općega međunarodnoga prava. Ovim se ponovno poteže pitanje pojmovnoga određenja međunarodne zajednice država i međunarodnih organizacija.⁶⁴ Je li ona *per se* subjekt međunarodnoga prava, tj. može li se uopće smatrati nositeljem međunarodnih prava i obaveza? Ili konkretnije, ko ima nadležnost u međunarodnoj zajednici odrediti pravnu prirodu neke norme međunarodnoga prava?

S ovim u vezi, u međunarodnopravnoj teoriji postoje različita poimanja međunarodne zajednice.⁶⁵ U vezi s prvim pitanjem prenosimo Deganovo razumijevanje da je još uvijek „preuranjeno pripisivati međunarodnoj zajednici

56 V. Crnić-Grotić (2002) *op. cit.*, str. 231.

57 J. Crawford (2002) *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, str. 244.

58 V. u: N. H. B. Jørgensen (2000) *op. cit.*, str. 85-99.

59 United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331. Usvojena 22. maja 1969., stupila na snagu 27. januara 1980. U vrijeme pisanja ovoga rada broji 116 država stranaka. (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 30/72).

60 Čl. 53. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora.

61 W. E. Conklin (2012) *The Preemptory Norms of the International Community*, *European Journal of International Law*, vol. 23, br. 3, str. 860; J. Crawford (2002) *op. cit.*

62 *R v. Bartle* [1999] 2 All ER 97, [1999] 2 WLR 827 (HL).

63 J. Crawford (2002) *op. cit.*, str. 246.

64 U tome duhu je i članak: W. E. Conklin (2012) *op. cit.*, str. 837-861.

65 O ovome pišu: V. Đ. Degan (2011) *Međunarodno pravo*, Zagreb: Školska knjiga, str. 205-208; B. Krivokapić (2011) *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd: Službeni glasnik, str. 65-66. Također, v. W. E. Conklin (2012) *op. cit.*, str. 847-860.

svojestvo subjekta međunarodnoga prava. Ona kao takva još uvijek ne može biti izravnim nositeljem prava i dužnosti po međunarodnome pravu, niti može isticati djelotvorne zahtjeve u vlastito ime.⁶⁶ Na drugo pitanje nema jednoznačnoga odgovora. Kako međunarodnome pravu nedostaju proceduralna ili postupovna pravila, koja bi definirala razne vrste pravnih postupaka, otuda i pitanje bismo li se mogli složiti s činjenicom da bi takvo odlučivanje moglo biti u legitimnoj nadležnosti Generalne skupštine Ujedinjenih nacija? Dakle, ne Vijeća sigurnosti, u kojem dominiraju pet velikih svjetskih sila, nego u svjetskoj skupštini, ako je intencija doslovno tumačiti odredbu čl. 53. u dijelu u kojem se kaže da čitava međunarodna zajednica mora prihvatiti i priznati da je neka norma *jus cogens*. No, s druge strane, ovo može predstavljati i prejaku tvrdnju s obzirom na Povelju UN.

Da li bi takvo što moglo biti učinjeno putem deklaracije u kojoj će se proklamirati važno međunarodnopravno načelo ili, pak, usvajanjem višestranoga međunarodnoga ugovora na međunarodnoj diplomatskoj konferenciji u okviru Ujedinjenih nacija? Da li bi otuda usvajanje deklaracije ili, pak, konvencije značilo prihvatanje određene prakse država u ovome pogledu, čime bi se potvrdilo postojanje običajnoga pravila? Odnosno, da li se *jus cogens* norma stvara običajnim pravom? I konačno, postoji nesporna tvrdnja da prihvatanje i priznavanje može doći i u formi presude Međunarodnoga suda.⁶⁷

Načelo *jus cogens* prihvaćeno je i u čl. 53. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija iz 1986. Ovaj član sadrži potpuno istovjetnu definiciju kogentne norme, što znači potvrdu u vezi s čl. 41. Nacrta Pravila o odgovornosti država za međunarodne protupravne čine. Otuda i međunarodne organizacije mogu, kao i države, pravno odgovarati za povredu kogentne norme općeg međunarodnoga prava.

Kako smo vidjeli, čl. 53. ne sadrži ilustrativne primjere, da li taksativno ili *exempli gratia*, koji bi se odnosili na norme *jus cogens*. Čl. 53. stoga više opisuje ovu normu, kao i većina drugih pravila međunarodnoga prava. No, iako ne postoji „jasno definiran sadržaj pravila *jus cogens*“⁶⁸, posebno ne na jednome mjestu, u međunarodnoj zajednici ipak postoji opće slaganje da *jus cogens* čine pravila o zabrani upotrebe sile od država, odn. zabrani agresije⁶⁹, zabrani genocida, zločina protiv čovječnosti, *apartheida*⁷⁰, torture⁷¹, piratstva, trgovine ljudima, te

66 V. Đ. Degan (2011) *op. cit.*, str. 207.

67 Suci Međunarodnoga suda imaju veliku ulogu i važnost u primjeni normi, ali i u potpunijem razumijevanju postojećih pravila međunarodnoga prava. Vid. S. R. S. Bedi (2007) *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Oxford/Portland: Hart Publishing.

68 K. Hossain (2005) *op. cit.*, str. 74.

69 J. Crawford (2002) *op. cit.*, str. 246.

70 „Države stranke osuđuju napose rasnu segregaciju i *apartheid* i obavezuju se da sprječavaju, zabranjuju i iskorjenjuju na područjima pod njihovom sudbenošću svaku praksu te prirode.“ (prema čl. 3. Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1966.).

71 Tako, ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, IT-95-17/1, 10. decembar 1998, str. 58-61. (eng). Usp. P. Sands (2006) *Lawless World. Making and Breaking Global Rules*, London: Penguin Books, str. 38.

načelo samoodređenja naroda⁷², načelo *rasne nediskriminacije*, temeljna načela humanitarnoga prava.⁷³ I očuvanje prava etničkih, vjerskih i jezičnih grupa potvrđena su u Mišljenju br. 10.⁷⁴ Arbitražne komisije za bivšu Jugoslaviju kao kogentna načela općega međunarodnoga prava.⁷⁵ Ista Komisija u Mišljenju br. 1. ustvrđuje da „peremptorne norme općeg međunarodnog prava i, osobito, poštivanje temeljnih prava pojedinaca i prava naroda i manjina, vezuju sve stranke sukcesije.“⁷⁶ Potvrdu da običajno pravo stvara *jus cogens* nalazimo u stajalištu, a u dijelu diskutiranja o običajnome pravu ljudskih prava i *jus cogens*⁷⁷, da nisu sve norme iz oblasti ljudskih prava peremptorne, nego samo: genocid, ropstvo ili trgovina robljem, ubijanje ili uzrokovanje nestanka pojedinaca, tortura ili drugi okrutni, nehumani ili ponižavajući postupak ili kažnjavanje, prolongirano arbitrarno zatočenje, te sistematska rasna diskriminacija.⁷⁸ U istome se dokumentu predviđa da svi međunarodni sporazumi koji krše navedena ljudska prava jesu ništavni⁷⁹, iz razloga što se „protive fundamentalnim normama međunarodne javne politike.“⁸⁰ Također, primjećujemo da je prihvaćen argument da i Povelja Ujedinjenih nacija „utjelovljuje norme fundamentalne važnosti, što korespondira s *jus cogens* pravilima.“⁸¹

I M. C. Bassiouni ističe da su zločin genocida i zločini protiv čovječnosti norme *jus cogens* naravi.⁸² C. W. Henderson drži da *jus cogens* znače nepovredive norme

72 Posebno v. *East Timor (Portugal v. Australia)*, I.C.J. Reports 1995, str. 90, na str. 102, par. 29; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 2004, str. 136; Također v. Deklaraciju o načelima međunarodnoga prava glede prijateljskih odnosa i suradnje između država u skladu s Poveljom Ujedinjenih nacija, usvojenu Rezolucijom Opće skupštine Ujedinjenih nacija, br. 2625 (XXV) od 24. oktobra 1970, Peto načelo (Europa-Institut of Saarland University (ed.) (2014) *Public International Law. Selected Documents*, vol. IV, str. 176-177).

73 I. Brownlie (1998) *op. cit.*, str. 515. i 517; V. Crnić-Grotić (2002) *op. cit.*, str. 227; Ove prakse su zabranjene u široko potvrđenim međunarodnim ugovorima.

74 Svih deset mišljenja ove Arbitražne komisije postala su 1991. i 1992. dijelom međunarodnoga prava.

75 Tč. 4. Mišljenja br. 10, 4. juli 1992., I.L.M. (*International Legal Materials*), br. 6/1992.

76 Mišljenje br. 1, tč. 1 (e), 29. novembar 1991., I.L.M, br. 6/1992.

77 O običajnome pravnome pravilu, normama *jus cogens* te ljudskim pravima šire u: J. Tasioulas (2016) *Custom, Jus Cogens, and Human Rights*, u: C. A. Bradley (ed.) *Custom's Future: International Law in a Changing World*, Cambridge: Cambridge University Press, str. 95-116.

78 US, Restatement of the Law: Third Restatement of U.S. Foreign Relations Law, vol. 2 (1987), str. 165, u: D. J. Harris (2004) *op. cit.*, str. 773.

79 *Ibid*, str. 774.

80 K. Hossain (2005) *op. cit.*, str. 74; Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno pravo dala je sljedeće primjere ugovora koji bi činili povredu *jus cogens* norme općega međunarodnoga prava: „a) ugovor koji se tiče protupravne upotrebe sile koja je protivna načelima Povelje, b) ugovor koji se tiče činjenja nekog drugog krivičnoga djela prema međunarodnome pravu; i c) ugovor koji se tiče ili povlađuje činjenju takvih čina kao što su trgovina robljem, piratstvo ili genocid, u suzbijanju u kojem je svaka država pozvana da surađuje ... ugovori koji krše ljudska prava, jednakost država ili načelo samoodređenja [...]“ (*ILC Yearbook*, 1966, vol. II, str. 248).

81 K. Hossain (2005) *op. cit.*, str. 85.

82 M. C. Bassiouni (1999) *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2. izm. izd, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, str. 392-393. Nav. prema: M. Lehto (2009) *Indirect Responsibility for Terrorist Acts: Redefinition of the Concept of Terrorism Beyond Violent Acts*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, str. 181.

kojima se države (i međunarodne organizacije) moraju povinovati bez izuzetka, i da toj skupini pripadaju zabrana genocida, ropstva, agresivnoga rata, torture, kao i svako drugo krivično djelo.⁸³ No, također drži da egzaktni izvor takve norme nije potpuno jasan, ali da većina autoriteta smatra da se *jus cogens* norme razvijaju od sredine XX. st. na bazi temeljnih normi koje predstavljaju vrhovno, nepovredivo pravo.⁸⁴ Komisija UN za međunarodno pravo u svojim komentarima smatra da bi bilo pogrešno razmatrati da su norme *jus cogens* nepromjenjive i neprikladne za modifikaciju u svjetlu budućega razvoja međunarodnoga prava.⁸⁵ Dakle, vidimo, da se i one mogu mijenjati, ali samo novom imperativnom normom općeg međunarodnoga prava. No, vjerujemo, iako postoji potonja mogućnost, da se *jus cogens* norme koje zabranjuju određena djela neće mijenjati u budućnosti, odnosno da će zabrana izvršenja odnosnih protupravnih djela uvijek pripadati kogentnome pravu.

Shodno prethodno navedenom, postoje tri, odnosno četiri uvjeta koja bi trebala biti ispunjena. Prvo, norma bi trebala biti norma općeg međunarodnoga prava, što znači da je obavezujuća za veliku većinu država – stoga je partikularno međunarodno pravo isključeno.⁸⁶ Drugo, norma treba biti prihvaćena i prepoznata od međunarodne zajednice država kao cjeline da ima nederogativnu snagu – pri tome, nije nužno da sve države, s ovim u vezi, imaju isti stav, već da *većina* država utemelji peremptornu normu koja će biti obavezujuća za *sve* države.⁸⁷ I treće, peremptorna norma nije podložna derogaciji, što ne predstavlja samo preduvjet već i posljedicu djelovanja peremptorne norme.⁸⁸ To zapravo znači da države i međunarodne organizacije od ovih normi „ne smiju odstupati pod bilo kojim okolnostima.“⁸⁹ K. Hossain dodaje ovim kriterijima i četvrtu odrednicu, a to je da se ova norma može mijenjati isključivo novom normom istoga statusa.⁹⁰ Kako navode J. Wouters i S. Verhoeven, države ne mogu poduzimati kontramjere kojim bi se kršile ove norme međunarodnoga prava, čak i kada jedna država drugoj nanese štetu kršeći takvu normu – također, i situacije nužde, hitnosti ili samoodbrane ne predstavljaju opravdanje za povredu norme koja je u pitanju.⁹¹

U međunarodnome pravu vrlo je aktuelno pitanje mogućnosti ekspanzije nacionalnih jurisdikcija u smislu nacionalnih presuđivanja u predmetima povreda *jus cogens* normi i ljudskih prava te da li je takvo što uopće prihvatljiv razvojni kurs

83 C. W. Henderson (2010) *Understanding International Law*, Pondicherry (India): Wiley-Blackwell, str. 74.

84 *Ibid.*

85 Prema: H. Fox (2007) *Time, History, and Sources of Law Peremptory Norms: Is There a Need for New Sources of International Law?*, u: M. Craven, M. Fitzmaurice, M. Vogiatzi, *Time, History and International Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, str. 122.

86 J. Wouters, S. Verhoeven (2005) The Prohibition of Genocide as a Norm of *Jus Cogens* and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide, *International Criminal Law Review* 5, str. 402.

87 *Ibid.*, str. 403. Kurziv kandidata.

88 *Ibid.*

89 S. Knuchel (2011) State Immunity and the Promise of *Jus Cogens*, *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 9, br. 2, str. 153.

90 K. Hossain (2005) *op. cit.*, str. 76.

91 J. Wouters, S. Verhoeven (2005) *op. cit.*, str. 403.

ili bi se ovakvo presuđivanje ipak trebalo ostaviti međunarodnome pravosudnome sistemu?⁹² Pitanje je odista kontroverzno, kao što prikazuju i promišljanja sudija u predmetu *Arrest Warrant* pred Međunarodnim sudom. Sudije Higgins, Kooijmans i Burgenthal odbijaju sugestiju da se bitka protiv nekažnjavanja vodi isključivo u međunarodnim ugovorima i tribunalima, u kojoj nacionalni sudovi neće imati ovlaštenja⁹³, dok je, s druge strane, sudija Guillaume izrazio svoju zabrinutost da će neograničeno izvršavanje nadležnosti nad međunarodnim zločinima od strane sudova svake države u svijetu stvoriti rizik od stvaranja sveukupnoga sudskoga haosa.⁹⁴ Ovo, jednim dijelom, u sferi normi *jus cogens* i njihova poštivanja i kažnjavanja za njihove povrede, predstavlja suštinsko pitanje i dilemu koja će se zasigurno trebati rješavati, posebno u pogledu stranih suverenih imuniteta u slučajevima teških povreda ljudskih prava, kada postoji *opinio juris* da su prohibicije takvih povreda *jus cogens*. Ovo, također, stoga što je Međunarodni sud u predmetu *Arrest Warrant* presudio na način da *jus cogens, per se*, ne dovodi do učinka u smislu negiranja imuniteta stranih država⁹⁵ ili stranih dužnosnika⁹⁶ pred nacionalnim sudovima država. Također, u pravnoj literaturi se može naići na mišljenje da suverenitet države i prohibicija povrede *jus cogens* predstavljaju istaknute setove normi u današnjem međunarodnom pravu.⁹⁷

Dakle, vidimo „da takva pravila [norme *jus cogens*] bez sumnje postoje, ali da u njihovu određivanju i ocjeni njihovog učinka valja biti oprezan i restriktivan [...]“.⁹⁸ S druge strane, Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora iz 1969. izražava postojeće pravo kada utvrđuje postojanje *jus cogens* pravila kao jedne kategorije pravnih pravila koje stranke uvijek moraju poštivati i koja su uvijek dio općega međunarodnoga prava.⁹⁹ A. Pellet ima gledište da danas niko nema ozbiljnih sumnji da norme *jus cogens* imaju stvarnu posebnost među pravilima međunarodnoga prava te da su se prijašnja protivljenja ovome konceptu pokazala neutemeljenima.¹⁰⁰ Svakako da afirmativni prilog tvrdnji ovoga francuskoga znanstvenika predstavlja međunarodna i nacionalna sudska praksa koju smo u gorenavedenih nekoliko pasusa obradili.

92 S. Knuchel (2011) *op. cit.*, str. 182.

93 *Ibid*; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *I.C.J. Reports 2002*, str. 3, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Burgenthal, str. 78-79, par. 51.

94 S. Knuchel (2011) *op. cit.*, str. 182; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *I.C.J. Reports 2002*, str. 3, Separate Opinion of President Guillaume, str. 44, par. 15.

95 V. u ovome značenju: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2012*, str. 9.

96 U ovome smislu šire u: D. Akande, S. Shah (2010) Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts, *European Journal of International Law*, vol. 21, br. 4, str. 815-852. Usp. A. J. Colangelo (2013) Jurisdiction, Immunity, Legality, and *Jus Cogens*, *Chicago Journal of International Law*, vol. 14, br. 1, str. 53-91.

97 A. J. Colangelo (2013) *op. cit.*, str. 90.

98 V. Crnić-Grotić (2002) *op. cit.*, str. 232; I. Brownlie (1990) *Principles of Public International Law*, 4. izd, Oxford: Oxford University Press, str. 513.

99 V. Crnić-Grotić (2002) *op. cit.*, str. 234.

100 A. Pellet (1999) Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes! *European Journal of International Law*, vol. 10, izd. 2, str. 428.

A contrario, kao što je međunarodna arbitraža osnovana radi rješavanja spora o razgraničenju na moru između Guinea Bissau i Senegala nerado priznala postojanje imperativnih pravila svojom presudom iz 1989.¹⁰¹ tako i H. Fox drži da postoji neadekvatnost sadašnjih izvora međunarodnoga prava, sadašnjih učesnika (subjekata) u međunarodnome pravu, njegovoj sadržini, kao i neadekvatnost u provodivosti *imperativnih normi* u sadašnjem sistemu pravila međunarodnoga poretka. Ona, stoga, predlaže „alternativna rješenja u cilju vrhunske provodivosti peremptorne norme“¹⁰² kako bi se izbjegla njezina ispraznost i poboljšala njezina implementacija u suvremenome međunarodnome pravu. A. Bianchi drži da se koncept *jus cogens* normi danas nalazi pod prijetnjom. Nesigurnost leži ne samo u načinu rada ove normativne kategorije, već i u stalnim tendencijama da se ova kategorija proširuje, čime bi se, bez pažljivoga razmatranja da li se cijela međunarodna zajednica slaže s takvom karakterizacijom u pojedinim primjerima, rizikovalo podriivanje kredibiliteta *jus cogens* kao pravne kategorije.¹⁰³

Iako postoje pisci koji pišu da su koncepti *erga omnes* i *jus cogens* zapravo različite strane iste kovanice, nalazimo također i na gledište da norme *jus cogens* uvijek predstavljaju obaveze *erga omnes*, dok obrnuto ne važi – da obaveze *erga omnes* istovremeno predstavljaju normu *jus cogens*.¹⁰⁴ Međutim, a ranije smo to pomenuli, ukoliko čitamo nalaze Međunarodnoga suda u predmetu *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* uspostavićemo zaključak da činjenica što prava i obaveze *erga omnes* ili imperativne norme općega međunarodnoga prava (*jus cogens*) predstavljaju težište spora ne može, sama po sebi, dovesti do izuzetka od načela da nadležnost Suda uvijek ovisi o pristanku strana u sporu.¹⁰⁵ Jednako tako, možemo zaključiti da se načelo *erga omnes* kod međunarodnih obaveza vezuje za njihovo djelovanje, odnosno za implementaciju pravila međunarodnoga prava, dakle, za međunarodno izvršno/implementacijsko pravo, dok se norme *jus cogens*, s druge strane, vezuju za priznatu hijerarhijsku strukturu koja umnogome govori o pravnoj naravi međunarodnoga prava. Također, nećemo pogriješiti ako ustanovimo da se načelo univerzalne nadležnosti u međunarodnome pravu odnosi uglavnom na povredu obaveza *erga omnes*, odnosno normi *jus cogens*.

* * *

101 Prema: V. Crnić-Grotić (2002) *op. cit.*, str. 234; Arbitration Tribunal for the Determination of the Maritime Boundary, *Guinea-Bissau/Senegal*, 31 July 1989, Geneva. Arbitražna odluka dost. na: www.icj-cij.org/docket/files/82/11289.pdf (od 12. marta 2014).

102 H. Fox (2007) *op. cit.*, str. 129-139.

103 A. Bianchi (2008) Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*, *European Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, str. 505-507.

104 J. Wouters, S. Verhoeven (2005) *op. cit.*, str. 408; Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno pravo je također zauzela gledište da su kogentne norme uža kategorija od obaveza *erga omnes* (V. Report of the ILC on the Work of its Fiftieth Session, G.A.O.R., 53. session, 1998, Supplement No. 10 (A/53/10), str. 145; N. H. B. Jørgensen (2000) *op. cit.*, str. 97).

105 *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, str. 6, na str. 52, par. 125.

U zaključku ovoga dijela možemo nesporno ustvrditi da „koncept međunarodnoga *jus cogens* danas uživa rasprostranjeno prihvatanje među međunarodnim piscima, te su o njemu raspravljali s odobravanjem mnogi međunarodni, regionalni i lokalni sudovi.“¹⁰⁶ Ovaj koncept sada prihvataju i mnoge države, tako da ovo sve mogu biti razlozi za (još) veće prodiranje koncepta *jus cogens* u pravo o odgovornosti država i međunarodnih organizacija. Međutim, naučne debate o prirodi, obimu i sadržaju peremptornih normi i danas su vrlo česte i aktualne.¹⁰⁷ Međunarodni pravници još uvijek se ne mogu složiti o posebnom kriteriju koji bi se koristio za identifikaciju *jus cogens* normi – čak se iz pravne prakse i bogate akademske literature o ovoj temi zaključuje da su pravници veoma daleko od postizanja općeg razumijevanja ovoga pitanja.¹⁰⁸ Oni pisci koji podržavaju postojanje *jus cogens* normi u suvremenome međunarodnome pravu govoreći da ove norme deriviraju iz prirodnoga prava, da one predstavljaju međunarodni ustav, da su ove norme izraz međunarodnoga javnoga reda ili, pak, da štite zajedničko dobro međunarodne zajednice.¹⁰⁹

4. Diskriminacija kao povreda *jus cogens*?

Afrička komisija za ljudska prava i prava naroda primijetila je da „Zajedno s jednakošću pred zakonom i jednakom zakonskom zaštitom, načelo nediskriminacije predviđeno čl. 2. Povelje¹¹⁰ daje osnovu za uživanje svih ljudskih prava“¹¹¹. Drugim riječima, ovaj naglasak na jednakosti i nediskriminaciji proizlazi iz temeljnog pojma urođene prirode i dostojanstva svih osoba, a poricanje jednakosti je poricanje samog temelja ljudskih prava.¹¹² Valjalo bi istaknuti da konvencije koje se odnose na zabranu rasne diskriminacije i na zabranu diskriminacije žena izostavljaju odredbe koje se mogu derogirati, odnosno od kojih se može odstupiti, podržavajući tako ideju da zabrana diskriminacije u hijerarhiji posjeduje superiorni status u međunarodnome pravu ljudskih prava, budući da je to oblik teškog uskraćivanja ljudskih prava.¹¹³ Međutim, mora se priznati da praksa država nije bila tako povoljna u odnosu na zabranu diskriminacije po osnovi spola, jezika ili religije, iako je u teoriji i temeljem

106 E. J. Criddle, E. Fox-Decent (2009) A Fiduciary Theory of Jus Cogens, *The Yale Journal of International Law*, vol. 34: 331, str. 339.

107 *Ibid.*

108 U. Linderfalk (2012) What Is So Special About Jus Cogens? – On the Difference between the Ordinary and the Peremptory International Law, *International Community Law Review* 14, str. 9.

109 *Ibid.*, str. 10.

110 Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda, usvojena 1. juna 1981., stupila na snagu 21. oktobra 1986.

111 African Commission on Human and Peoples' Rights, Decision of 15 May 2006, *Zimbabwe NGO Human Rights Forum v. Zimbabwe*, Communication No. 245/2002, par. 169.

112 D. Shelton, *Are there Differentiations among Human Rights? Jus Cogens, Core Human Rights, Obligations Erga Omnes and Non-Derogability*, Report, Strasbourg, 21 September 2005, CDL-UD(2005)020rep, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) in the framework of the Activities of the Portuguese Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe in co-operation with the University of Coimbra, *Ius Gentium Conimbrigae Centre*, the Faculty of Law & the International Association of Constitutional Law, Seminar: The Status of International Treaties on Human Rights, p. 21.

113 *Ibid.*, str. 19.

Povelje Ujedinjenih nacija takvom obliku diskriminacije potrebno pridati sličnu važnost.¹¹⁴ Upravo je Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena popraćena najširim i najčešćim rezervama od bilo kojeg instrumenta o ljudskim pravima.¹¹⁵

S druge strane, Međuamerički sud¹¹⁶ je zaključio da „smatra da načelo jednakosti pred zakonom, jednake zaštite pred zakonom i nediskriminacije pripada *jus cogens*, jer na njemu počiva čitava pravna struktura nacionalnog i međunarodnog javnog poretka i osnovni je princip koji prožima sve zakone.“¹¹⁷ Sud je citirao 19 ugovora i 14 instrumenata mekog prava o načelu nediskriminacije, nalazeći da, uzevši svih njih zajedno, predstavljaju dokaz o postojanju univerzalne međunarodne obaveze da se poštuju i garantiraju ljudska prava bez ikakve diskriminacije.¹¹⁸ U predmetu *RM v. the Attorney General*, Visoki sud Kenije oslonio se na Opći komentar br. 18¹¹⁹ o nediskriminaciji Odbora za ljudska prava Ujedinjenih nacija za svrhe određenja da je zabrana diskriminacije imperativna norma općeg međunarodnog prava.¹²⁰ Bečka deklaracija drži da je zabrana diskriminacije fundamentalno pravilo međunarodnoga prava ljudskih prava.¹²¹ Nediskriminacija je jednako tako neposredna obaveza država u njihovu izvršavanju ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava.¹²² No, što je u ovome smislu s izvršavanjem od strane država građanskih i političkih prava?

Slijedom navedenoga, možemo li tvrditi da je međunarodna zajednica jednoglasna u razmatranju zabrane rasne diskriminacije kao obaveze *erga omnes*, odnosno je li naučno uputno zaključiti da je načelo nediskriminacije na osnovi rase norma *jus cogens*, uz gledište da međunarodna zajednica još uvijek nije postigla konsenzus o kogentnoj naravi zabrane diskriminacije zasnovane na motivima koji nisu rasna diskriminacija, u smislu da zabrana diskriminacije po drugim osnovima, poput roda, spola i seksualne pripadnosti, još uvijek nije dosegla razinu statusa *jus cogens*? Ovo

114 *Ibid*, str. 14.

115 *Ibid*. Do sada je blizu 70 država stranaka Konvencije uložilo rezerve ili deklaracije u pogledu primjene ovoga ugovora.

116 Međuamerički sud za ljudska prava osnovan 1979. temeljem Američke konvencije o ljudskim pravima (Pakt iz San José-a) (usvojena 22. novembra 1969., stupila na snagu 18. jula 1978.) i ima sjedište u San José, Republika Kostarika.

117 Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-18/03 of 17 September 2003, Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, par. 101. Usp. s A. Bianchi (2008) *op. cit.*, str. 506. Jednako tako, v. H. Charlesworth, C. Chinkin (1993) *The Gender of Jus Cogens*, *Human Rights Quarterly*, vol. 15, no. 1, str. 63-76.

118 D. Shelton, *Are there Differentiations among Human Rights? Jus Cogens, Core Human Rights, Obligations Erga Omnes and Non-Derogability*, Report, Strasbourg, 21 September 2005, CDL-UD(2005)020rep, p. 6.

119 Human Rights Committee, general comment No. 18 (1989) on non-discrimination, *Official Records of the General Assembly, Forty-fifth Session, Supplement No. 40*, vol. I (A/45/40 (Vol. I)), annex VI, sect. A, para. 1.

120 *RM v. Attorney-General, Civil Case No. 1351 2002 (O.S.), Judgment of 1 December 2006*, High Court of Kenya at Nairobi, [2006] eKLR, p. 18.

121 D. Shelton, *Are there Differentiations among Human Rights? Jus Cogens, Core Human Rights, Obligations Erga Omnes and Non-Derogability*, Report, Strasbourg, 21 September 2005, CDL-UD(2005)020rep, p. 14.

122 *Ibid*, str. 21.

nas pravnorazumski vodi pitanjima postoji li stoga *hijerarhija oblika diskriminacije*, odnosno hijerarhija osnova nejednakoga tretmana, te da li se otuda diskriminacija na osnovi rase smatra znatno ozbiljnijom od ostalih oblika diskriminacije?¹²³ Na kraju ovoga dijela bi valjalo odrediti da, uostalom, ako zabrana diskriminacije po osnovima roda, spola i seksualnoga opredjeljenja još uvijek ne predstavlja *jus cogens*, ovakvo što ne umanjuje osnovni značaj i važnost zabrane nejednakoga tretmana i postupanja, kao i, ne samo *de jure*, već i *de facto* neravnopravne zaštite svih osoba u međunarodnom pravu ljudskih prava.

5. Kratki historijski pregled statusa i prava žena

Niko ne bi osporio da je historija porodičnoga prava obilježena brojnim diskriminatornim pravilima prema kojima je žena bila u puno lošijem položaju u odnosu na muškarca, isto kao što su i djeca jedno vrijeme bila obespravljena samom činjenicom da nisu imala status pravnoga subjekta.¹²⁴ Žene i djeca su pretrpjeli značajnu pravnu i društvenu diskriminaciju. U staroj Grčkoj udate žene su uglavnom radile u domaćinstvu, s tim da su neke od njih bile obrazovane i uživale su društveno priznanje. U Sparti žene nisu uživale građanska prava, ali su neke od njih imale pravo raspolagati vlastitim novcem. Emancipacija se odvijala kroz određene profesije (glumice, pjevačice, ljekari, pjesnici, sportisti i sl.). U Starom Rimu žena je bila potpuno ovisna o mužu (*dominus*) i nije sudjelovala u društvenom životu, ali je imala određenu reputaciju kao glava domaćinstva i gazdarica (*domina*). U Rimskom carstvu o braku je odlučivao *pater familias* (otac obitelji) na temelju očinske vlasti (*patria potestas*, muška glava porodice (obiteljski starješina s muške strane)). Moć muškarca ili njegov autoritet nad osobama koje je posjedovao bila je neupitna. Međutim, od 25. godine žena je u osnovi bila slobodna da odluči hoće li se udati. Brak se u Rimu mogao sklopiti u dva oblika – *cum manu* (potpuna vlast nad ženom i njenom imovinom) i *sine manu* (žena je mogla zadržati vezu s ranijom porodicom i raspolagati svojom imovinom), a o tome je odlučivao budući suprug. U rimskoj religiji, određene djevojke (svećenice božice Veste), morale su ostati u celibatu, a imale su poštovan položaj.¹²⁵ Pred kraj Rimskog carstva, prava žena su porasla tako da su mogle same utjecati na politički život, kao i na pitanje da ili se udati i razvesti.

Rano kršćanstvo je doprinijelo jačanju ženskih prava i njihove neovisnosti. Biblija - posebno Djela apostolska - spominje brojne „snažne žene“ čiji status nadilazi onaj koji je u to vrijeme bio uobičajen. U kasnoj antici, međutim, bilo je pokreta koji su se tome suprotstavljali.

123 Usp. H. Charlesworth (2002) Concept of Equality in International Law, in: G. Huscroft, P. Ris-hworth (ed.) *Litigating Rights: Perspectives from Domestic and International Law*, Oxford: Hart Publishing, p. 143.

124 V. detaljnije: J. Maywald, *Recht haben und Recht bekommen*, dostupno na: https://www.kita-fachtexte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/KiTaFT_maywald_II_2014_1_.pdf, str. 5 et seq. (od 1. oktobra 2020.).

125 V. detaljnije: P. Škevin (2016) *Vestalke*, diplomski rad, Rijeka: Sveučilište u Rijeci, Filozofski fakultet, <https://repository.ffri.uniri.hr/islandora/object/ffri%3A607/datastream/PDF/view> (od 1. oktobra 2020.).

Mada je danas široko rasprostranjeno mišljenje da žene u islamu imaju loš položaj, teško tu tezu možemo potvrditi. Islamske reforme iz VII. st. značajno su poboljšale ženska prava što se tiče zakona o braku, razvodu i nasljeđivanju. U drugim kulturama, uključujući Europu, žene nisu imale ni blizu takva prava, već su ih uglavnom dobile stoljećima kasnije.¹²⁶ Islam uvodi zabranu čedomorstva, posebno zabranjuje ubijanje djevojčica nakon rođenja, a ženama se priznaju sva prava (pravo da odluči da li će sklopiti brak, pravo na miraz, pravo na razvod, ličnu imovinu, stječe nasljedna prava, pravo na obrazovanje i dr.).

U pogledu Savezne Republike Njemačke i Republike Francuske, vodećih zemalja Europske unije, taj razvoj je išao jako sporo.¹²⁷ Tek u toku Francuske revolucije potkraj XVIII. st. nastaju tzv. ženski klubovi koji se bore za građanska prava žena, ravnopravnost, mogućnost izbora i sl. Žene nisu smjele biti politički aktivne, njihova prava na obrazovanje i rad su bila ograničena, nisu mogle zaključivati pravne poslove bez saglasnosti muževa ili očeva, a postojala su i druga brojna ograničenja. Ni *Code Civile* (francuski građanski zakonik) njihov položaj nije popravio. Slično je i u Njemačkoj, u kojoj zemlji Njemački građanski zakonik nije poboljšao prava žena. Zadržan je patrijarhalni sistem prema kojem je muž odlučivao o svim bitnim pitanjima porodičnoga života.¹²⁸ Tek u decembru 1953. Ustavni sud Savezne Republike Njemačke je utvrdio da su muž i žena ravnopravni. Međutim, zakonodavna reforma je uslijedila tek nekoliko godina kasnije, a određena pitanja su riješena tek decenijama kasnije.¹²⁹

Valjalo bi odrediti da su zakonodavci nastojali odgovoriti na zahtjeve za što većom slobodom, ravnopravnosti, zabrani diskriminacije, odnosno uvođenjem jednakosti. Međutim, i pored zakona koji ne vrše diskriminaciju, čak izbjegavaju razlikovanje muža i žene, već se govori o bračnim partnerima, u porodičnom pravu i dalje postoje određeni vidovi diskriminacije. Ta diskriminacija se ne ogleda više u tome da je sama norma diskriminatorna, već indirektno kroz njenu primjenu u praksi.

126 E. Holthöfer (1997) *Die Geschlechtsvormundschaft. Ein Überblick von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, in: U. Gerhard (Hrsg.) *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, München, str. 390–451.

127 Detaljnije: <https://www.humanresourcesmanager.de/news/frauenrechte-arbeit-letzte-100-jahre.html> (od 1. oktobra 2020.); A. Kleszcz-Wagner (1998) *Frauen in Frankreich: heiß geliebt und politisch kaltgestellt*, in: B. Hoecker (ed.) *Handbuch Politische Partizipation von Frauen in Europa*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden; L. Adler (1993) *Les femmes politiques*, Paris: Seuil; Epreuves des faits Edition.

128 U par. 1354 BGB stajalo je doslovno: „Muž odlučuje u svim zajedničkim pitanjima bračnoga života; on posebno određuje mjesto stanovanja i stan.“

129 Naprimjer, tek 1977. žena u Saveznoj Republici Njemačkoj dobija pravo da zajedno s mužem odučuje o načinu vođenja domaćinstva i to kroz izmjenu par. 1356, koji je do tada glasio: „Supruga vodi domaćinstvo u sopstvenoj odgovornosti. Ona je ovlaštena da radi ukoliko je to usaglašeno s njenim obavezama prema porodici i domaćinstvu.“

6. Vrste diskriminacije u porodičnom pravu

S obzirom da o spolnoj diskriminaciji možemo govoriti u jako širokom obimu, počev od same Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije **žena**, koja u svome nazivu vjerovatno dovodi u neravnopravan položaj muškarce, preko komparativnoga istraživanja u smislu da diskriminaciju pronalazimo u nekim drugim pravnim sistemima i tradicijama, u kojima je, naprimjer, dozvoljena poligamija i sl., a radi preglednosti rada, ovdje ćemo načiniti analizu samo određenih pitanja diskriminacije.

6.1. Roditeljska briga i staranje kod djece rođene izvan braka

1.1.1. Status djece

Veći dio moderne historije vanbračna djeca su pretrpjela značaju pravnu i društvenu diskriminaciju. Iako se polazi od toga da je diskriminacija vanbračne djece dio naše prošlosti, jer je upravo zaštita djece bila u fokusu raznih mnogostranih međunarodnih ugovora koji su utjecali na nacionalna zakonodavstva i međunarodnu, odnosno europsku sudsku praksu, ipak to nije baš tako u praksi. Sva djeca, pa tako i vanbračna, su nositelji svih temeljnih ljudskih prava te, pored toga, uživaju posebna prava s obzirom na njihove specifične osobine. Međutim, i danas su prisutne predrasude prema vanbračnoj djeci, mada je taj društveni problem znatno smanjen. Na društvene promjene znatno je utjecao porast razvoda brakova, što dovodi do porasta jednoroditeljskih domaćinstava i pomajki. Nadalje, sve veći broj parova se odučuje na život bez sklapanja braka, što dovodi do većega broja djece rođene izvan braka.¹³⁰ U posljednje vrijeme raste i broj LGBT porodica. Pored toga, napredak tehnologije, medicine i biologije dovodi do činjenice da je sastav porodičnih jedinica postao raznolikiji. Sve ovo zajedno je na određeni način dovelo do osporavanja samoga značenja porodice. Primjera radi, većina stanovništva Sjedinjenih Američkih Država je 2008., dakle ne tako davno, vjerovala da je porast broja vanbračnih rođenja važan društveni problem, što danas više nije slučaj. Tamo gdje te predrasude postoje, iste moraju biti eliminirane kroz djelovanje državnih organa, naprimjer sudova, koji imaju obavezu zaštititi djecu od stigme „nelegitimnosti“. Država je tako dužna zaštititi djecu od ekonomske, socijalne i psihičke štete uzrokovane diskriminacijom vanbračne djece.

Europska konvencija o pravnom položaju djece rođene izvan braka iz 1975.¹³¹, koja se tiče izjednačavanja statusa djece rođene u braku i one koja su vanbračna, bavi se pravnim položajem roditelja i djece. Slično tome, Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima djeteta iz 1989.¹³² prepoznaje važnost uloge roditelja, te u svome

130 Prema: https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Geburten/_inhalt.html (od 1. oktobra 2020.). U Saveznoj Republici Njemačkoj je 2019. 33 % djece rođeno vanbračno. Godine 2001. taj procenat je iznosio 17 %, a 1971. samo 7,2 %. U Sjedinjenim Američkim Državama je statistika slična – 36,5 % djece žive samo s majkom koja nije udata. Podaci dostupni na mrežnoj stranici: https://de.wikipedia.org/wiki/Kindheit_und_Jugend_in_den_Vereinigten_Staaten.

131 Konvencija usvojena pod okriljem Vijeća Europe, stupila na snagu 1978. (ETS, no. 085).

132 Konvencija usvojena Rezolucijom br. 44/25 u Općoj skupštini Ujedinjenih nacija 20. novembra 1989., stupila na snagu 2. septembra 1990. (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1577, p. 3).

čl. 5. od država članica zahtijeva poštivanje odgovornosti, prava i dužnosti roditelja da se ponašaju na način koji je u skladu s razvojnim sposobnostima djeteta, te daje odgovarajuće smjernice u ostvarivanju prava djeteta priznatih u ovoj Konvenciji. Polazeći od toga da djeca ne žive u vakuumu, već u porodici, i da je važan dio njihove zaštite upravo ta porodična zajednica, bez obzira u kojem obliku ona bila, porodica uživa odgovarajuće i jednako pravno priznanje i zaštitu. Djetetu je jednako diskriminirajuće ograničiti zakonsko roditeljstvo ili uskratiti zakonska prava i odgovornost značajnih njegovatelja, kao i djetetu dodijeliti drukčiji status i zakonska prava u skladu s okolnostima njihova rođenja ili odgoja.

6.1.1.1. Briga i staranje o vanbračnom djetetu

Naši porodični zakoni određuju da je djetetova majka žena koja ga je rodila. Majka njen status ne mora dokazivati; ona je u pravilu poznata (lat. *mater semper certa est*). Ranije čak nije bilo potrebno ni ovo konstatirati, ali s obzirom na medicinska dostignuća i mogućnost vještačke oplodnje, čak i utvrđivanje materinstva postaje pravno pitanje. Status oca je drukčiji. Postoji pravna pretpostavka da je otac onaj na koga brak ukazuje (lat. *pater vero is est quem nuptiae demonstrant*). Međutim, šta kada majka nije u braku? Jedan od najinteresantnijih slučajeva koji ukazuju na položaj muškarca je predmet *Görgülü protiv Njemačke*.¹³³ Ovdje se radilo o turskome državljaninu koji je bio u vanbračnoj zajednici s njemačkom državljanicom koji nakon raskida zajednice saznaje da je ona bila trudna, da je dobila dijete i da je to dijete dala na usvajanje. Nakon dogogodišnje borbe (od 1999. do 2008.), otac je uspio dobiti pravo da živi sa svojim djetetom. U tome slučaju Europski sud za ljudska prava je našao da biološki roditelji imaju prednost pred drugim. Otac se u ovome slučaju gotovo 10 godina morao boriti i voditi postupke da bi mu se na kraju priznalo pravo na brigu i staranje o djetetu. Nakon što je utvrđeno njegovo očinstvo i nakon što mu je dozvoljen kontakt s djetetom od strane Općinskoga suda Wittenberg (njem. *Amtsgericht Wittenberg*), civilni senat Vrhovnog pokrajinskog suda Naumburg mu je to poništio, tako da je postupak vođen više puta pred navedenim sudovima, Ustavnim sudom, i na kraju pred Europskim sudom za ljudska prava. Samo su nevjerovatna istrajnost i očinska ljubav dali snagu Kazimu Görgülü da izdrži ovu pravnu borbu, koju je pred Sudom u Strasbourgu pokrenuo kao aplikant 2001. Ovaj primjer ukazuje na diskriminaciju muškarca, oca, a možda i na diskriminaciju na osnovi porijekla ili vjeroispovijesti, međutim tim pitanjima se u ovome dijelu rada nećemo baviti. Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena odnosi se na zabranu njihove diskriminacije, ali kada je riječ o porodici, u tome slučaju ne smije postojati nikakva diskriminacija, budući da ona ne samo da dovodi u nepovoljan položaj jednog od roditelja ili djetete, već sigurno nije u najboljem interesu djeteta, a ovo načelo je, nedvojbeno, ideja vodilja brojnih međunarodnih ugovora.

Muškarac koji nije u braku može imati, odnosno vrlo često i ima, brojne negativne posljedice u pogledu njegovih prava na brigu i staranje o djetetu. Ravnopravnost nije

¹³³ European Court of Human Rights, *Görgülü versus Germany*, Application no. 74969/01, Judgment, 26 February 2004.

osigurana već u momentu rođenja djeteta. Roditeljski odnos se zasniva na različite načine, budući da kod očeva koji nisu u braku nemamo zakonsku petpostavku. Otac koji želi da prizna dijete zavisi od saglasnosti majke i, eventualno, djeteta, a vođenje postupaka može trajati određeni period. Za svo to vrijeme može mu biti uskraćen kontakt s djetetom. Ovdje imamo i diskriminaciju bračne i vanbračne djece, s obzirom da vanbračno dijete svo to vrijeme nema prema kome ostvariti priznata mu prava i obaveze.

Poseban problem predstavlja „neznanje“ muškarca da je postao ocem. Informaciju o tome ko je otac djeteta u pravilu ima majka. Prema porodičnom zakonu majka može pred matičarom dati izjavu o tome koga smatra ocem djeteta, ali tu informaciju jednako tako može i uskratiti. Svakako da ovo ne ide u prilog ravnopravnome položaju muškarca i žene.

I na kraju, vrhunac diskriminacije muškaraca predstavlja činjenica da oni vrlo često nisu uključeni u donošenje odluke o začeću ili o prijeviku trudnoće, a snose sve posljedice u vezi s odlukom koju umjesto njih donese žena.

1.1.1.2. Razvedeni roditelji

U postupku razvoda braka donosi se odluka o tome s kim će živjeti maloljetno dijete toga bračnoga para ili dijete nad kojim se ostvaruje roditeljsko staranje nakon punoljetstva, odlučuje se o djetetovim osobnim odnosima s roditeljem s kojim neće živjeti, o izdržavanju i o ostalim sadržajima roditeljskoga staranja.¹³⁴ Tome prethodi postupak posredovanja u kojem se donosi zaključak koji služi kao osnov za konačno donošenje odluke od strane suda.¹³⁵ Osnovno pravilo je da se roditelji zajednički, sporazumno i ravnopravno staraju o djetetu, a da se o djetetu stara jedan roditelj samo u slučajevima ako je drugi roditelj preminuo, proglašen umrlim, ako je spriječen da se stara, ako je nepoznatoga boravišta, ako mu je oduzeto roditeljsko staranje, ili mu je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost.¹³⁶ Međutim, nakon razvoda braka zajedničko staranje često nije moguće realizirati na način kako bi to za dijete bilo najbolje, jer, u konačnici, dijete ne može u isto vrijeme živjeti i s jednim i s drugim roditeljem. S kim će dijete živjeti treba utvrditi sud rukovodeći se načelom najboljega interesa djeteta. U ovome se slučaju postavlja pitanje šta je to u najboljem interesu djeteta, ali već ovdje nedostaje definicija i nedostaju objektivni kriteriji. Pojam „najbolji interes“ se općenito odnosi na dobrobit djeteta. Problem predstavlja način određivanja te dobrobiti. Postoje smjernice koje nam govore da se najbolji interes treba utvrditi na osnovu individualnih okolnosti, kao što su dob, nivo zrelosti djeteta, prisustvo ili odsustvo roditelja, sredina u kojoj dijete raste i sl., imajući u vidu odredbe Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima djeteta i druge međunarodne norme. Međutim, i pored toga, mi i dalje ne znamo što bi za dijete

134 N. Traljić, S. Bubić (2001) *Porodično pravo*, Sarajevo: Magistrat, str. 88.

135 S. I. Panov (2018) *Porodično pravo*, ix. izd., Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 138-141.

136 S. Bubić, N. Traljić (2007) *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 146.

bilo bolje i često ne znamo što dijete osjeća. Organ starateljstva kao i sud u principu samostalno određuju s kim će dijete ostati živjeti. Posljedica je da u 81 % slučajeva djeca ostaju da žive s majkom.¹³⁷ U nekim slučajevima je to sigurno opravdano, u drugim sigurno nije. Sam omjer 19 % naspram 81 % nam pokazuje da je položaj očeva i ovdje jako loš.

Otac ostaje otac i nakon razvoda, ali smo vrlo često svjedoci slučajeva da majke s kojima djeca u pravilu ostaju živjeti to zaboravljaju. Često upravo majke ne žele da djeca nakon razvoda braka imaju kontakt s očevima. Razlog je što ne uspijevaju svoje partnerske probleme staviti po strani i graditi roditeljski odnos, nego svoje sukobe nastavljaju koristeći dijete kao instrument za borbu. Potrebe djeteta tada svakako padaju u drugi plan, pa otuda možemo odrediti da ovakva praksa doprinosi i diskriminaciji djece u braku i one čiji su roditelji razvedeni. Dijete je genetski proizvod oba roditelja, tako da je u njegovom interesu da ima i drugog roditelja u svome životu.¹³⁸

1.1.1.3. Izdržavanje

Pravo na izdržavanje osigurava djetetovu egzistenciju. Ono je zagarantirano i Konvencijom Ujedinjenih nacija o pravima djeteta na način da osigurava pravo djeteta na odgovarajući životni standard. Radi se o obavezi koju prvenstveno imaju roditelji. Nakon razvoda braka, u pravilu, roditelj s kojim dijete živi svoju obavezu izvršava na način da dijete njeguje i odgaja, a drugi roditelj ima obavezu novčanoga doprinosa. Ovdje, također, pronalazimo diskriminatorne elemente u pogledu određivanja visine izdržavanja. Različita praksa sudova u pogledu određivanja visine doprinosa za izdržavanje djeteta ogleda se u tome što nedostaju objektivni kriteriji. Sud u skladu s finansijskim mogućnostima roditelja koji se obavezuje na plaćanje alimentacije, a imajući u vidu potrebe djeteta, utvrđuje visinu izdržavanja prema slobodnoj procjeni. Naravno, postoji i mogućnost sporazumnoga odlučivanja o visini izdržavanja djeteta pred nadležnim organom starateljstva, pri čemu bi upravo taj organ morao voditi računa o objektivnosti toga sporazuma. I u jednom i u drugom slučaju možemo ustvrditi da ne postoji objektivizacija kriterija za određivanje visine izdržavanja djeteta, te da i u slučaju postojanja istovjetnih kriterija, utvrđena visina izdržavanja može biti potpuno drukčija. Dakle, pronalazimo postojanje različitoga tretmana osoba koje su u analognoj ili relativno istoj situaciji, dok, istovremeno, ne postoji objektivno i razumno opravdanje za takav različit tretman. Navedeni problem ne rješava ni Federalno ministarstvo rada i socijalne politike (za područje Federacije Bosne i Hercegovine) koje jednom godišnje, najkasnije do 1. marta tekuće godine, utvrđuje podatke o prosječnim potrebama osobe koja zahtijeva izdržavanje, imajući u vidu troškove života, koji se opet ravnaju prema prosječnoj plati. Kako bi se diskriminacija djece izbjegla, neophodno je da se pristupi objektiviziranju kriterija za određivanje visine izdržavanja djeteta, po uzoru na Saveznu Republiku Njemačku

137 *Žene i muškarci u BiH*, Tematski bilten (2018) Sarajevo, str. 35-40. Dostupno na mrežnoj stranici: http://www.bhas.ba/tematskibilteni/FAM_00_2017_TB_0_BS.pdf (od 14. septembra 2020.).

138 <https://www.poliklinika-djeca.hr/aktualno teme/konflikt-ni-razvod-i-otudenje-od-roditelja-dijete-u-sredistu-sukoba/> (od 3. oktobra 2020.).

(*Düsseldorfer Tabelle*) gdje se tačno, imajući u vidu visinu primanja i godine djeteta, utvrđuje i visina izdržavanja. U konačnici, isto važi i za problem vezan za izdržavanje bračnoga partnera.

1.1.1.4. Putni dokumenti

Diskriminacija se nadalje vrši u odnosu na roditelja s kojim dijete ne živi u postupku izdavanja putnih dokumenata za maloljetno dijete. Zahtjev za izdavanje putne isprave za maloljetno dijete u pravilu podnosi jedan od roditelja uz saglasnost drugoga roditelja, međutim, ako je jednom od roditelja, odlukom suda, dodijeljeno starateljstvo nad djetetom, u toj situaciji taj roditelj može dobiti putnu ispravu za dijete bez saglasnosti drugoga roditelja, osim u slučaju da istom odlukom suda izdavanje putne isprave i putovanje djeteta u inozemstvo nije uvjetovano saglasnošću oba roditelja.¹³⁹

Ovakvo zakonsko rješenje zasigurno ima svoje opravdanje upravo iz razloga što jedan od roditelja vjerovatno nije bio zainteresiran da dâ takvu saglasnost samo da bi napravio problem drugom roditelju. Međutim, takvu situaciju ne možemo promatrati kao pravilo i zanemariti sve druge elemente vezane za prava roditelja. Roditeljsko pravo se vrši sporazumno i ravnopravno, i u pogledu prava i dužnosti prema djetetu roditelji imaju isti položaj. Činjenica da roditelji ne žive zajedno ne znači istovremeno i prestanak roditeljskoga prava. Za neke uobičajene rednje podrazumijeva se de će roditelj s kojim dijete živi donositi odluke, no izdavanje putne isprave svakako ne spada u poslove svakodnevnoga života. Porodični zakon propisuje da

„ako roditelji ne žive u porodičnoj zajednici, roditeljsko staranje ostvaruje roditelj s kojim dijete živi. U slučaju kada je drugi roditelj spriječen da se stara o djetetu, ili je nepoznatog boravišta, ili ne izvršava obavezu izdržavanja, ili je nedostupan, roditelj s kojim dijete živi samostalno odlučuje o zaštiti osobnih, imovinskih i drugih interesa djeteta i nije potrebna saglasnost drugog roditelja.“¹⁴⁰

U skladu sa st. 3. istoga člana, roditelj s kojim dijete ne živi obavlja pojedine dužnosti, a naročito da se stara o zdravlju djeteta i njegovom školovanju, te učestvuje u donošenju svih važnijih odluka vezanih za dijete. Dakle, pravilo je da oba roditelja učestvuju u donošenju bitnih odluka, a samo iznimno to pravo može biti preneseno na samo jednog roditelja. I ovdje, dakle, imamo diskriminatorne elemente u odnosu na roditelja s kojim dijete ne živi.

139 Prema čl. 18. Zakona o putnim ispravama Bosne i Hercegovine („Sl. glasnik BiH“, br. 4/1997, 1/1999, 9/1999, 27/2000, 32/2000, 19/2001, 47/2004, 53/2007, 15/2008, 33/2008, 39/2008 – ispr. i 60/2013).

140 Čl. 142. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine („Sl. novine FBiH“, br. 35/2005, 41/2005 – ispr., 31/2014 i 32/2019 – odluka US).

6. Zaključak

Na temelju istraživanja, uočavamo podjelu u radu na dva segmenta. Prvi je međunarodnopravno određenje diskriminacije, one rasne i drugih oblika diskriminacije, kao i propitivanje je li diskriminacija *jus cogens*, dok smo u drugome dijelu rada doista uočili i predstavili osnovne elemente diskriminacije u porodičnom pravu i porodičnim odnosima na primjeru Bosne i Hercegovine. Čini se da možemo ustvrditi da je međunarodna zajednica jednoglasna u razmatranju zabrane rasne diskriminacije kao obaveze *erga omnes*, odnosno da jeste naučno uputno zaključiti da je načelo nediskriminacije na osnovi rase norma *jus cogens*. S druge strane, čini se da međunarodna zajednica država još uvijek nije postigla konsenzus o kogentnoj naravi zabrane diskriminacije zasnovane na motivima koji nisu rasna diskriminacija, u smislu da zabrana diskriminacije po drugim osnovima, poput roda, spola i seksualne pripadnosti, još uvijek nije dosegla razinu statusa *jus cogens*. Ovo nas pravnorazumski vodi nalazima da još uvijek postoji *hijerarhija oblika diskriminacije*, odnosno hijerarhija osnova nejednakoga tretmana, te da se otuda diskriminacija na osnovi rase od međunarodne zajednice država vjerovatno smatra znatno ozbiljnijom od ostalih oblika diskriminacije. Međutim, ako zabrana diskriminacije po osnovima roda, spola i seksualne orijentacije još uvijek ne predstavlja *jus cogens*, ovakvo što ne umanjuje osnovni značaj i važnost zabrane nejednakoga tretmana i postupanja, kao i, ne samo *de jure*, već i *de facto* neravnopravne zaštite svih osoba u međunarodnom pravu ljudskih prava. Dakle, prvu glavnu hipotezu koja je glasila: *zabrana diskriminacije leži u osnovi svakog poštivanja i uživanja ljudskih prava i osnovnih sloboda svakog ljudskog bića* smatramo da smo ju prema iznesenoj argumentacijskoj liniji dokazali u radu. Glede druge polazne tvrdnje u smislu da zabrana rasne i svih drugih oblika diskriminacije predstavlja *jus cogens*, držimo da ju na ovome stepenu razvoja međunarodnopravnoga poretka i savremenog međunarodnog shvaćanja nismo uspjeli cjelovito potvrditi. No, izgledno je da daljnji razvoj, tumačenje i percepcija drugih oblika diskriminacije (po drugim osnovima) ide ka toj sveobuhvatnoj zaštiti, snazi i učinku koji ostvaruje *jus cogens*.

Zabranu diskriminacije nalazimo i u porodičnim zakonima u Bosni i Hercegovini i upravo smo se kroz ovaj rad bavili pitanjem da li je diskriminacija relikv prošlosti ili se radi o pojavi s kojom se i danas susrećemo i koja zahtijeva nova *de lege ferenda* rješenja. S ovim u vezi primijetili smo da se u porodičnome pravu prvenstveno radilo na tome da žene dobiju ista prava i istu ulogu u bračnoj zajednici, kao što su je imali muškarci. I čini se da je ta vrsta diskriminacije zaista otklonjena, patrijarhalni model braka i muška dominacija su ukinuti i zamijenjeni su principom ravnopravnosti. Direktno vidove diskriminacije u Bosni i Hercegovini ne možemo utvrditi, međutim, čini se da je indirektna diskriminacija ipak prisutna. Temeljem u radu propitivanih oblasti porodičnih odnosa prikazali smo većinu manifestacijskih oblika diskriminacije, a poglavito diskriminaciju muškaraca u uvjetima roditeljske brige i staranja kod djece rođene izvan braka. Stoga smo i treću glavnu hipotezu dokazali – da se određeni elementi diskriminacije uočavaju u porodičnom pravu i porodičnim odnosima u Bosni i Hercegovini.

Larisa Velić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Zenica

Enis Omerović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Zenica

**DISCRIMINATION AS A VIOLATION OF *JUS COGENS*?
ITS FORMS IN FAMILY LAW AND FAMILY RELATIONS:
THE EXAMPLE OF BOSNIA AND HERZEGOVINA**

Summary: An analysis of the provisions of two multilateral international treaties relating to the definition and prohibition of discrimination and to international obligations of states and other international legal entities deriving from international conventions leads us to analyze the concept of an imperative norm of general international law (*jus cogens*) not only racial discrimination, but also other forms of discrimination, based on other grounds or motives, such as sex, gender or sexual orientation, whether they fall within the scope of *jus cogens* or go towards this special hierarchy of norms of international law. This is important for the reason in which and in what form international organizations and states should act in any instance of discrimination.

The enjoyment of the rights and freedoms provided for in the Constitution of Bosnia and Herzegovina and numerous international treaties and other international acts is guaranteed to all persons in that State, without discrimination on any grounds, such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, belonging to a national minority, property, birth or other status, such as disability, age, marital and family status, sexual orientation and gender identity, health status, place of residence, economic and social situation. We also find the prohibition of discrimination in family laws in Bosnia and Herzegovina, and it is through this paper that we address the question of whether discrimination is a relic of the past or a phenomenon that we still encounter today and that requires new *de lege ferenda* solutions. In this regard, we will note that in family law, the primary focus was on giving women the same rights and the same role in the marital union as men. And it seems that this kind of discrimination has really been eliminated, the patriarchal model of marriage and male domination have been abolished and thus replaced by the principle of equality.

We cannot identify direct forms of discrimination, however, it seems that indirect discrimination is still present. The state thus, for example, did not provide single mothers with mechanisms for collecting alimony from fathers who were not interested in paying it. Here we refer to the positive obligation of the state to provide effective protection against serious threats to significant elements of the right to family life. The question is whether mothers in Bosnia and Herzegovina can count on their alimony to be determined according to criteria that will be objective or whether

the amount of alimony will depend on the judge's decision or the representative of the center for social work who will propose it. The difference in the treatment and determination of the amount of alimony, under the same or similar conditions, certainly leads to illicit discrimination. The paper also deals with the issues of the right to care for a child after divorce in the sense of whether discrimination of men occurs through this discretionary issue. Equally, within the given framework of the subject of our research, we also deal with the possibility of men to „decide“ on the question of whether they want offspring. A feature in this context is also the right of a parent who does not live with the child to contact him. This problem occurs within the state, and becomes even more complex when one of the parents leaves Bosnia and Herzegovina and establishes his stay in another state.

Keywords: equality, discrimination, *jus cogens*, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, right to care for a child, alimony requirements

Dr. sc. Maja Čolaković, vanredna profesorica
Pravni fakultet, Univerzitet „Džemal Bijedić“ u Mostaru

SHARENTING I PRIVATNOST DJETETA

Sažetak: Rastući trend dijeljenja raznovrsnih informacija o svojoj djeci koje roditelji prakticiraju na društvenim mrežama (*sharenting*), ponekad čak i prekomjerno (*oversharenting*), može imati pozitivne efekte na djetetov odgoj i razvoj, ali su negativni efekti mnogo veći i češći. Objavljivanjem i dijeljenjem fotografija, video-zapisa i drugih ličnih podataka djeteta na Internetu formira se njegov digitalni otisak koji će ga pratiti tokom čitavog života, neovisno o tome je li ono njime zadovoljno.

Nakon osvrta na motive roditelja za *sharenting*, u radu će biti analizirane pozitivne i negativne posljedice ovog fenomena te potražen odgovor na pitanje kako postići optimalni balans između prava djeteta na zaštitu njegove privatne sfere i ličnih podataka i prava roditelja da u izvršavanju roditeljskog staranja dijele informacije o svojoj djeci *online* te njihovog prava na slobodu izražavanja.

Ključne riječi: društvene mreže, roditeljstvo, lični podaci, digitalni otisak, pravo na zaborav

1. Uvod

Savremeni život postao je gotovo nezamisliv bez svakodnevnog korištenja Interneta i komunikacije putem raznovrsnih društvenih mreža.¹ Budući da je za pristup „majci svih mreža“² sada dovoljno imati pametni mobitel (*smartphone*) ili sat (*smartwatch*), to su fotografije, video-zapisi, oznaka lokacije i druge informacije koje neko objavljuje *online* brzo i lako dostupne širem krugu osoba ili čak svima onima koji surfaju Internetom. Broj i popularnost društvenih mreža raste iz dana u dan, a trend dijeljenja informacija o sebi i drugim osobama u vidu objava na

1 Prema podacima Eurostata, od početka 2018. godine ukupno 85% građana Evropske unije u dobi od 6 do 74 godine koristilo je Internet, s tim da je 76 % pojedinaca svakodnevno pristupalo ovoj mreži, a još 7 % njih to je činilo najmanje jednom sedmično. Kad je riječ o korištenju mobilnog Interneta, odnosno korištenju Interneta na prenosnom kompjuteru ili ručnom uređaju konekcijom izvan doma ili radnog mjesta, taj procent je u 2018. iznosio 69%, dok je u 2013. bio 43%. Uređaji uz čiju pomoć je najčešće pristupano Internetu bili su mobilni telefoni, laptopi i tableti. Istraživanje pokazuje da je jedna od najčešćih aktivnosti na Internetu stanovnika Evropske unije tokom 2019. bilo korištenje društvenih mreža. Društvene mreže kao što su Facebook, Twitter, Instagram ili Snapchat koristilo je 65 % pojedinaca u dobi od 16 do 74 godine, pri čemu je njihova aktivnost obuhvaćala kreiranje profila, pisanje poruka, objavljivanje fotografija itd. Navedeno prema: Digital economy and society statistics - households and individuals, Eurostat, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals#Internet_usage, 17. 9. 2020.; European Commission, Use of Internet and Online Activities, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/use-internet>, 17. 9. 2020.

2 Popularna sintagma za Internet.

društvenim mrežama uznapredovao je u tolikoj mjeri da je postala gotovo istinita šaljiva uzrečica – „Ako to što ti se dogodilo u životu nisi objavio na Facebooku ili Instagramu, onda se nije ni dogodilo“. Ljudi plasiraju svoje (i tuđe) lične podatke na Internetu, najčešće nedovoljno svjesni mogućnosti njihove zloupotrebe.³

Poseban problem predstavlja *online* dijeljenje podataka o djeci koje čine njihovi roditelji. Oni koriste Internet i društvene mreže radi vlastite socijalizacije, razmjene roditeljskih iskustva i primanja savjeta o odgajanju djece.⁴ Pojednim roditeljima veoma godi osjećaj solidarnosti i zajedništva te podrška koju dobivaju od drugih roditelja (npr. u slučajevima kada se staraju o teško oboljelom djetetu i o tome kreiraju *blog* ili *vlog* stranicu⁵).⁶ Osim toga, želeći obavijestiti druge osobe, najčešće rodbinu i prijatelje, o važnim trenucima i događajima u životima svoje djece, na Internetu vrlo često objavljuju i dijele djetetove lične podatke (fotografije, video-zapise, ime, datum rođenja, podatke o mjestu stanovanja, školi koju dijete pohađa, njegovim prijateljima, zdravstvenom stanju, hobijima itd.).⁷ U pojedinim slučajevima roditelji plasiraju podatke o djetetu na društvenim mrežama i prije nego što ono bude rođeno (npr. objavljivanje snimaka fetusa načinjenih ultra-zvučnim pregledom trudnice).^{8, 9}

3 O tamnoj strani korištenja društvenih mreža i zloupotrebama koje radi ostvarenja profita ove čine svojim korisnicima govori izuzetno zanimljiv i poučan američki dokumentarni film *The Social Dilemma* iz 2020., režisera Jeffa Orlowskog i scenarista J. Orlowskog, Davisa Coombea i Vickie Curtis. Sadržajem i porukama pomalo zastrašujući, film istražuje rast i utjecaj Interneta i društvenih mreža te štete koje pričinjavaju čovječanstvu. Te štete se ogledaju u trgovanju ličnim podacima korisnika, izazivanju ovisnosti zbog načina njihovog dizajna kreiranog upravo u tom cilju, njihovog utjecaja na globalnu političku situaciju i pogoršanje mentalnog zdravlja ljudi, posebno adolescenata (sve su češća njihova samoubistva), kao i širenje različitih, sve brojnijih teorija zavjere. U filmu se, između ostalog, vodi razgovor i sa „zviždačima“ iz Silicijske doline, odnosno bivšim visokopozicioniranim djelatnicima Googlea, Facebooka i drugih relevantnih kompanija i institucija. Vidjeti detaljnije: *The Social Dilemma*, Netflix, na: <https://www.netflix.com/ba/title/81254224>, 17. 9. 2020.

4 Bessant, C., *Sharenting: balancing the conflict rights of parents and children*, Communications Law, Vol. 23, No 1, 2018., str. 8.

5 Blog je oblik objavljivanja informacija na Internetu u vidu periodičnih, često neformalnih tekstualnih unosa (postova), koji mogu biti praćeni fotografijama, skicama, linkovima na muzičke numere itd. Objave se prikazuju obrnutim hronološkim redoslijedom, tako da se najnoviji post pojavljuje prvi, na vrhu web stranice. Sadržje vijesti, osvrte, rasprave na različite teme ili su kreirani kao tematski blogovi (moda, kuhanje, književnost itd.). Vlog je vrsta bloga čiji je medij video i predstavlja oblik web televizije. Unosi u vlog često kombiniraju video s pratećim tekstom, fotografijama i drugim podacima. Vlog je veoma popularna kategorija na platformi za razmjenu video-zapisa YouTube. Vidjeti: *Blog*, na: <https://en.wikipedia.org/wiki/Blog>, 28. 9. 2020.; *Vlog*, na: <https://en.wikipedia.org/wiki/Vlog>, 28. 9. 2020.

6 Steinberg, S. B., *Sharenting: Children's privacy in the age of social media*, Emory Law Journal, Vol. 66, 2017., str. 852.

7 Bessant, bilj. 4., str. 7. i 8.; Steinberg, bilj. 6., str. 849.

8 Bessant, bilj. 4., str. 21.; Jedno istraživanje provedeno 2015. u Poljskoj, među roditeljima – korisnicima *Facebooka* pokazalo je da 10,7% njih podijelilo fotografije ultra-zvuka svoje začete i još nerodene djece. Vidjeti: Sećan Matijašić, Ančica, *Pravo na privatnost i objavljivanje osobnih podataka, informacija (o) i fotografija maloljetne djece*, Glasilo Future, 2018, 1 (3), str. 41.

9 Zbog činjenice da su informacije o njima dostupne *online* od najranijih dana njihovih života, često zahvaljujući upravo njihovim roditeljima, u doktrini se najmlađi pripadnici „generacije Z – *Generation Z*“ (generacije mladih ljudi koja se rađa i odrasta uz informatičku tehnologiju i Internet i kojoj je upotreba društvenih mreža normalan, sastavni dio privatnog i društvenog života) nazivaju „generacija Označen – *Generation Tagged*“ (u skladu s nazivom alatke na društvenim mrežama – *Tag*, kojom se

Događa se i da roditelji koriste *sharenting* kao odgojnu metodu kojom žele utjecati na promjenu loših navika i neprimjerenog ponašanja vlastitog djeteta, što u stvarnoj i *online* društvenoj zajednici izaziva oprečne reakcije i komentare.¹⁰

Taj sve masovniji i učestaliji fenomen¹¹ dobio je kolokvijalni naziv *sharenting*¹², odnosno *oversharenting*,¹³ u slučajevima kada je dijeljenje podataka prekomjerno ili roditelji dijele neprikladne i s aspekta djeteta sramotne informacije.¹⁴ Oni najčešće dijele informacije o djetetu bez njegove saglasnosti, čak i ako je ono, s obzirom na uzrast i zrelost, sposobno izraziti volju i mišljenje.¹⁵ Budući da informacije objavljene na Internetu tu ostaju veoma dugo vremena (zauvijek), bez obzira na to jesu li još uvijek aktualne, ovakvim radnjama formira se digitalni otisak (digitalna tetovaža)¹⁶ koji će pratiti dijete i nakon što odraste, tokom čitavog života, neovisno o njegovom stavu o tome.

Uz određene pozitivne efekte koje može imati na djetetovo odrastanje i život, *sharenting* proizvodi i mnoštvo negativnih efekata, kojih roditelji najčešće nisu

označavaju osobe na fotografijama ili objavama, op. aut.). Vidjeti: Oswald, Marion – James, Helen – Nottingham, Emma, *The not-so-secret life of five-year-olds: legal and ethical issues relating to disclosure of information and the depiction of children on broadcast and social media*, Journal od Media Law, 2016, 8, str. 198. i 199.

10 Npr. postavljanje ponižavajućih slika i video-zapisa djeteta snimljenih u javnom prostoru na kojima ono drži tablu s opisom vlastitog lošeg ponašanja ili onih na kojima roditelji električnim brijačem djetetu prave ružnu frizuru kako bi ga kaznili za neprimjerene postupke. Vidjeti detaljnije: Steinberg, bilj. 6., str. 853.

11 Prema dostupnim podacima, u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD) 92% djece u dobi do dvije godine prisutno je na društvenim mrežama posredstvom svojih roditelja. U Velikoj Britaniji 42% roditelja je izjavilo da redovno dijeli podatke o svojoj djeci *online*, dok se 56% roditelja izjasnilo da to nikada ne čine, želeći sačuvati djetetovu privatnost. Vidjeti: Bessant, bilj. 4., 7. i 21.; Steinberg, bilj. 6., str. 849.

12 Pojam *sharenting* kovanica je dvije riječi: *share* (dijeliti) i *parent* (roditelj), *parenting* (roditeljstvo). *Sharent*, Macmillan Dictionary, <https://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/sharent>, 25. 9. 2020.; *Sharenting*, Urban Dictionary, <https://www.urbandictionary.com/define.php?term=Sharenting>

13 Termin *oversharenting* kreirao je po prvi put upotrijebio u maju 2012. u *Wall Street Journalu* novinar Steven Leckart. Prema: Sečan Matijašćić, bilj. 8., str. 29.

14 Studija provedena na Univerzitetu u Michiganu o *sharentingu* roditelja pokazala je da 56% roditelja dijeli informacije o djetetu koje bi s njegovog aspekta mogle biti posramljujuće, 51% plasira informacije koje ukazuju na trenutnu lokaciju djeteta, dok 27% njih objavljuje (potencijalno) neprikladne djetetove slike. Vidjeti više: “*Sharenting*” Trends: Do Parents Share Too Much About Their Kids on Social Media?, C.S. Mott Children’s Hospital (Mar. 16, 2015), <http://www.mottchildren.org/news/archive/201503/%E2%80%9Csharenting%E2%80%9D-trends-do-parents-share-too-much-about-their>, prema: Steinberg, bilj. 6., str. 847.

15 Istraživanjem koje je na temelju podataka prikupljenih iz nekoliko izvora (CBBC Newsround, ComRES, Nominet i dr.) provela grupa znanstvenika iz Engleske i Slovačke utvrđeno je da 26% roditelja nikada nije tražilo saglasnost djeteta prije objavljivanja njegovih slika ili video-zapisa na Internetu, dok je njih 7% to učinilo. Vidjeti detaljnije: Atwell, G. J; Kicova, E.; Vagner, L.; Miklencicova, R., *Parental Engagement with Social Media Platforms: Digital Mothering, Children’s Online Privacy, and the Sense of Disempowerment in the Technology-Integrated Society*, Journal of Research in Gender Studies, 9 (2), 2019, str. 48.

16 Digitalni otisak je niz digitalnih aktivnosti i radnji jedne osobe koje je moguće pratiti, a koje ona ostavlja upotrebljavajući Internet, kao i sadržaja koji druge osobe objavljuju i dijele s njom *online*. Radi se o svojevrsnim tragovima koje korisnik ostavlja na mreži. Vidjeti: *Digital footprint*, https://en.wikipedia.org/wiki/Digital_footprint, 20. 9. 2020.

ni svjesni ili ih lakomisleno zanemaruju prilikom kreiranja objava na društvenim mrežama. Pa i onda kada roditelji ograniče pristup takvim objavama na precizno definirane osobe (članove porodice, prijatelje, radne kolege i sl.), ne ostavljajući ih otvorenim svakom korisniku mreže, informacije mogu nadići krug unaprijed određenih primatelja ako objavu (post) roditelja neko kopira i prenese na svoj profil ili poimenično označi (tag) osobe na fotografiji.¹⁷

Kao pozitivne posljedice sharentinga pravna doktrina navodi satisfakciju koju roditelji dobivaju u izvršavanju svojih roditeljskih obaveza i prava dobrim odjecima (afirmativnim komentarima i „lajkovima“¹⁸), djetetovih aktivnosti objavljenih online, uspostavljanje boljih veza s članovima šire porodice, ostvarenje njihovog prava da odlučuju o načinu odgajanja svoje djece, eventualnu zaradu (u slučajevima kada kreiraju i uređuju blogove, YouTube kanale – vlogove, Instagram profile i sl. koji se tiču djeteta).¹⁹ Sharenting može imati određene pozitivne posljedice i u odnosu na dijete neposredno. To je, prije svega, razvijanje čvrste mreže srodnika i prijatelja na koju se dijete može osloniti u stvarnom svijetu, kao i mogućnost da ono nauči nešto više o sebi uz pomoć „online životnog dosjea“.²⁰

Negativne posljedice sharentinga u većini slučajeva ipak su brojnije, a mogu biti i mnogo ozbiljnije i teže u odnosu na pozitivne. Ovakvo dijeljenje informacija i formiranje digitalnog otiska djeteta može loše utjecati na njegov razvoj i stepen samopouzdanja, osjećaj identiteta i autonomije, stvoriti kod njega anksioznost, ono može doživjeti psihičko zlostavljanje svojih vršnjaka (tzv. bullying), imati osjećaj stida zbog objava (fotografija i video-zapisa) o sebi koje mu se ne sviđaju²¹, može doći do povrede njegovih ličnih podataka i krađe identiteta (tzv. digitalna otmica²²) te dugoročnije utjecati na djetetov pristup obrazovanju, zdravstvenoj zaštiti, mogućnosti zapošljavanja itd.²³ Osim ovoga, česte mete pedofila upravo su djeca do čijih fotografija oni dođu preuzimajući ih s profila na društvenim mrežama njihovih

17 Bessant, bilj. 4., str. 8.; Steinberg, bilj. 6., op. cit., str. 850.

18 *Like* dugme na *Facebooku* (*like* - svidati se, eng.) je odlika aplikacije koja omogućava korisnicima interakciju s drugim korisnicima, jer se pritiskom na *Like* dugme na zidu s novostima jednog korisnika objavljena informacija pojavljuje i na zidu njegovog prijatelja. *Like* uz to pokazuje i broj te listu korisnika – prijatelja koji su klikom pokazali da im se sviđa objavljeni sadržaj. Vidjeti: *Facebook like button*, na: https://en.wikipedia.org/wiki/Facebook_like_button, 25. 9. 2020.

19 Bessant, bilj. 4., str. 8.; Haley, K., *Sharenting and the (Potential) Right to be Forgotten*, *Indiana Law Journal*, Vol 95, 2020, str. 1008.

20 Vidjeti detaljnije navode doktrine: Bessant, bilj. 4., str. 8.; Steinberg, bilj. 6., str. 846., 847. i 855.

21 Na osjećaj nelagode, stida i bespomoćnosti koju izvjestan broj djece osjeća zbog toga što ih roditelji mimo njihove volje fotografiraju i potom objavljuju te fotografije na društvenim mrežama ukazuje studija o utjecaju društvenih medija na djecu od 8 do 12 godina koju je izradila institucija Komesara za djecu Engleske. Vidjeti: <https://www.childrenscommissioner.gov.uk/report/life-in-likes/>, 25. 9. 2020.

22 Digitalna otmica označava krađu djetetovih fotografija s Interneta i ponovno postavljanje istih na web, lažno se predstavljajući kao dijete s fotografija ili njegovi roditelji. Cilj ovakve aktivnosti je otkrivanje privatnih, osjetljivih informacija koje će negativno utjecati na djetetov život, izložiti ga vršnjačkom nasilju, poslužiti za njegovu otmicu i sl. Vidjeti: *Digital kidnapping*, na: https://en.wikipedia.org/wiki/Digital_kidnapping, 25. 9. 2020.

23 Bessant, bilj. 4., str. 8. i 15.; Gligorijević, J., *Children's Privacy: The Role of Parental Control and Consent*, *Human Right Law Review*, 2019, str. 295., na: <https://academic.oup.com/hrlr/article/19/2/201/5522387>, 25. 9. 2019.; Haley, K., bilj. 19., str. 1010.

roditelja,^{24, 25} a na temelju podataka prikupljenih o djetetu uz pomoć društvenih mreža, sve češće se događaju i otmice djece.²⁶

Sumirajući ovdje navedene samo najvažnije i najčešće pozitivne i negativne posljedice *sharentinga*, valja se složiti sa stavom doktrine da ovaj fenomen ima mnogo više prednosti za roditelje nego za dijete.²⁷ Negativni efekti neposredno pogađaju dijete, a u pojedinim slučajevima neposredno ili posredno i njegove roditelje (npr. pedofilija i kidnapiranje djece).

Promatrano s pravnog aspekta, sve popularnija praksa *sharentinga* otvara čitav niz pitanja i dilema. S jedne strane nalazi se pravo roditelja da u izvršavanju roditeljskog staranja (roditeljske odgovornosti)²⁸ odlučuju o plasiranju informacija o svome djetetu, između ostalog i *online*. Ovlaštenu su sami obznaniti ove informacije ili dati drugoj osobi saglasnost za prikupljanje i korištenje ličnih podataka djeteta, jer je bez njihove saglasnosti takva aktivnost protivpravna.²⁹ Pravo na dijeljenje informacija o djetetu istovremeno je i izraz prava roditelja na slobodu izražavanja³⁰.

24 Pritom su za pedofile posebno izazovne fotografije djece koja su slikana naga, u kupaćim kostimima, na plažama, u sportskoj odjeći u gimnastičkim dvoranama i sl. Shodno konstataciji australijske nadležne institucije za sigurnost na Internetu, gotovo polovina fotografija nađenih na pedofilskim web-stranicama izvorno potječu s profila na društvenim mrežama roditelja te djece, koji su ih tamo dobronamjerno postavili. Stručnjakinja za cyber-sigurnost S. McClean upozorava roditelje: „Ako vi živite svoj život online posredstvom svoje djece i koristite web stranice za razmjenu fotografija i hashtag, onda morate biti svjesni da te fotografije nekom drugom koriste za namjenu koja se vama možda uopće ne dopada.“ Battersby, Lucy, Millions of Social Media Photos Found on Child Exploitation Sharing Sites, Sydney Morning Herald (Sept. 30, 2015, 9:14 AM), <http://www.smh.com.au/national/millions-of-socialmedia-photos-found-on-child-exploitation-sharing-sites-20150929-gjxe55.html>, prema: Steinberg, bilj. 6., str. 881.

25 U jednom slučaju, majka je na blogu objavila fotografije svojih blizanaca načinjene dok ih je učila koristiti WC, da bi izvjesno vrijeme nakon toga otkrila da su nepoznate osobe pristupile tim fotografijama, preuzele ih i podijelile na web-stranicama za dječju pornografiju. Navedeno prema: Steinberg, bilj. 6., str. 847.

26 Jedan takav slučaj desio se u Srbiji 2015. godine, kada je oteta dvogodišnja djevojčica do čijih su podataka otmičari došli prateći objave o njoj na društvenim mrežama njenih roditelja i koristeći *software* za prepoznavanje lica na fotografijama. Srećom, otmičari su uhvaćeni nedugo nakon otmice, a djevojčica je vraćena roditeljima. Detaljnije o slučaju vidjeti: <https://kliker.info/roditeljska-paznja-brisite-fotografije-djece-s-facebookapreko-njega-otmicari-pronasli-djevojcicu-iz-srbije/>, 25. 9. 2019.

27 Bessant, Claire, bilj. 4., str. 8.

28 U savremenom pravu najčešće se koriste ova dva termina za označavanje skupa odgovornosti, obaveza i prava roditelja ustanovljenih u cilju zaštite ličnih i imovinskih prava i interesa djeteta. Vidjeti: Bubić, S.; Traljić, N., *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Sarajevo, 2007., str. 145.

29 U tom smislu izjasnio se i Evropski sud za ljudska prava u predmetima *Reklos and Davourlis v. Greece* 1234/05 [2009] ECHR 200 (15 January 2009) (Application no. [1234/05](#)) i *Bulgakova V. Russia* (Application no. [69524/01](#)).

30 Pravo na slobodu izražavanja je ljudsko pravo sankcionirano u najznačajnijim međunarodnim i regionalnim dokumentima o ljudskim pravima (čl. 19. Opće deklaracije o ljudskim pravima Ujedinjenih nacija, 1948.; čl. 10. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP) Vijeća Evrope, 1950.; čl. 19. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima Ujedinjenih nacija, 1966.; čl. 11. Povelje Evropske unije o temeljnim pravima, SL 2016/C 202/02 (u daljem tekstu: Povelja EU-a) itd.), kao i ustavima svih modernih demokratskih država. To je fundamentalno ljudsko pravo koje uključuje slobodu posjedovanja vlastitog mišljenja, primanja i saopćavanja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. „Suština slobode izražavanja je u javnosti, a javnost će postojati ako se ima pravo (i sloboda) da ono što se zna i misli može iskazati, reći drugima.“

S druge strane, jednako kao i odrasle osobe i dijete je titular ličnih (ljudskih) prava. Ima pravo na privatnost i pravo na zaštitu ličnih podataka te mu je interes sačuvati ova lična dobra od neželjenog izlaganja trećim osobama, pri čemu bi njegovi roditelji imali ključnu ulogu u ostvarenju te zaštite. U slučaju *sharentinga* događa se upravo suprotno – roditelji se od čuvara i zaštitnika privatnosti djeteta transformiraju u njene kršitelje. Ovdje u međusobni sukob dolaze prava i interesi djeteta i njegovih roditelja, pa je nužno uspostaviti optimalni balans u ostvarenju ovih prava. S tim u vezi postavlja se i pitanje obaveze roditelja da zahtijevaju djetetovu saglasnost za *online* objavljivanje njegovih fotografija i drugih ličnih podataka, ako je to moguće s obzirom na uzrast i stepen zrelosti djeteta. Sporno je i to ima li dijete pravo na zaštitu vlastitog digitalnog otiska, odnosno pravo tražiti brisanje neželjenih podataka s Interneta – tzv. pravo na zaborav (*Right to be forgotten*)³¹, normirano Općom uredbom o zaštiti podataka³².

U pokušaju pronalaska odgovora na ova pitanja, u nastavku rada će biti analizirane odredbe međunarodnih dokumenata koji se bave zaštitom ljudskih/dječjih prava te istraženi relevantni stavovi pravne teorije i prakse.

2. Pravo djeteta na privatnost i pravo na zaštitu ličnih podataka

2.1. Normativni okvir

Pravo djeteta na privatnost i njegovo pravo na zaštitu ličnih (osobnih) podataka normirani su odredbama internacionalnih dokumenata koji uređuju ljudska prava, odnosno prava djeteta.

Konvencija o pravima djeteta, najznačajniji međunarodni dokument koji se odnosi neposredno na dijete, među brojnim ličnim pravima djeteta³³ propisuje zabranu proizvoljnog ili nezakonitog miješanja u njegovu privatnost, porodicu, stan ili prepisku, kao i nezakonite napade na njegove čast i ugled, te mu garantira zakonsku zaštitu u slučajevima povrede ovih dobara.³⁴ Države potpisnice KPD-a imaju pozitivnu obavezu osigurati djetetu efektivno ostvarenje prava na privatnost. Obaveza svih je da poštuju navedeno pravo djeteta, što uključuje i njegove zakonske zastupnike (roditelje ili staratelje).

U doktrini se ističe kako se priznanjem djetetu prava na zaštitu privatnosti najbolje izražava novi, transformirani odnos društva prema djetetu, jer se ono sada smatra autonomnom osobom, odnosno posebnim, aktivnim subjektom podobnim

Pobrić, N., *Ustavno pravo*, Mostar, 2000., str. 421.

31 *Infra*, poglavlje 3.

32 Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. 4. 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka - *General Data Protection Regulation*) (Tekst značajan za EGP), Službeni list EU 119, od 4. 5. 2016. godine, str. 1. – 88. (u daljem tekstu: GDPR). Ova Uredba je stupila na snagu dvadesetog dana od dana objave u Službenom listu Evropske unije, a primjenjuje se od 25. 5. 2018.

33 O kategorizaciji prava djeteta u Konvenciji o pravima djeteta vidjeti detaljnije: Bubić; Traljić, bilj. 28., str. 133.

34 Čl. 16. Konvencije o pravima djeteta Ujedinjenih nacija (u daljem tekstu: KPD).

da bude samostalni titular prava, a ne više objektom prava na zaštitu. Shodno tome, jednako kao i odraslim osobama, pripada mu pravo na privatnost.³⁵ Pojedini autori zauzimaju stav da se pravo na privatnost djeteta, kako je ono definirano u KPD-u, ne uklapa sasvim jednostavno niti u kategoriju prava zasnovanog isključivo na autonomiji niti prava zasnovanog samo na potrebama. Premda se u generalnoj percepciji privatnosti primarno naglašava njena veza s autonomijom, ona je istovremeno i nužna potreba svakog pojedinca, uključujući djecu.³⁶ Ovi autori navode da je potreba djece za zaštitom privatnosti u odnosu na osobe izvan kruga porodice precizno uočena u zakonodavstvu i pravnoj literaturi i da nema spora o tome da se pravom na privatnost djeca štite od manipulacija i zloupotreba koje mogu učiniti različite osobe – komercijalni subjekti, kreatori i korisnici dječje pornografije, pedofili itd. Smatra se da u ovakvim slučajevima interese i privatnost djeteta najbolje štite njihovi roditelji, ne samo zato što su na to zakonom obavezni nego što su po prirodi stvari najbliži djeci i najbolje poznaju njihove potrebe. Međutim, djeci je potrebna zaštita privatnosti i u odnosu na njihove roditelje, što se u praksi u većini slučajeva još uvijek zanemaruje.³⁷

Baš kao i za ostala prava iz KPD-a, i za ostvarenje prava djeteta na privatnost izuzetno su značajne još dvije konvencijske odredbe. Jedna je odredba kojom je propisano pravo djeteta na izražavanje mišljenja o svim pitanjima koja se na njega odnose, pri čemu će to mišljenje biti uvaženo u skladu s djetetovim uzrastom i zrelošću.³⁸ Iz stilizacije navedene odredbe jasno proizlazi da se ne radi o apsolutnom pravu, odnosno da se ne mora svakom djetetu dati mogućnost da izrazi svoje mišljenje niti to mišljenje uvijek mora biti uvaženo. Realizacija ovog prava uvjetovana je dostignutim nivoom uzrasta i zrelosti djeteta, što se procjenjuje u svakom konkretnom slučaju.³⁹ Druga odredba ključna za realizaciju prava na privatnost djeteta – zapravo „centralna odredba Konvencije“⁴⁰ – jeste odredba o načelu zaštite najboljeg interesa djeteta kao rukovodećeg standarda koji ima prednost u poduzimanju svih aktivnosti vezanih za dijete.⁴¹ Sadržaj pojma „interes djeteta“ nije definiran KPD-om, već se utvrđuje u svakom konkretnom slučaju i tumači vrlo široko, te se primjenjuje ne samo u porodičnom pravu nego i svim drugim pravnim oblastima.⁴²

35 Bubić; Traljić, bilj. 28., str. 132. i 138.

36 Shmueli, B.; Blecher-Prigat, A., *Privacy for children*, Columbia Human Rights Law Review, 42, 2011, str. 771.

37 Kako smatra doktrina u Sjedinjenim Američkim Državama (u daljem tekstu: SAD), to nije u potpunosti prepoznato niti u međunarodnim dokumentima o pravima djeteta (KPD-u) niti u tamošnjoj judikaturi. Vidjeti detaljnije: Ibid., str. 771., 772., 785., 786. i 793.

38 Čl. 12. KPD.

39 U praksi se ne zahtijeva dostizanje potpunog nivoa razvoja djeteta niti njegova sposobnost potpunog shvaćanja pitanja o kojem se odlučuje, već je za izražavanje i uvažavanje djetetovog mišljenja dovoljno da dijete razumije prirodu i težinu problema te da globalno sagleda postojeću situaciju i utjecaj njenog rješenja na njegovu budućnost. Vidjeti detaljnije: Bubić; Traljić, bilj. 28., str. 138-140.

40 Ibid., str. 135.

41 Čl. 3. KPD-a.

42 Bubić; Traljić, bilj. 28., str. 135.

Pravo na privatnost regulirano je i odredbama Opće deklaracije o ljudskim pravima Ujedinjenih nacija⁴³, Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁴⁴,⁴⁵, te na nivou Evropske unije Poveljom Evropske unije o temeljnim pravima.⁴⁶ U Povelji EU-a zasebno su normirani pravo na privatnost⁴⁷ i pravo na zaštitu ličnih podataka.⁴⁸ Zaštita ličnih podataka sankcionirana je u Evropskoj uniji i u Ugovoru o funkcioniranju Evropske unije.⁴⁹

Povelja EU-a posebnom odredbom sankcionira prava djece, priznajući im pravo na zaštitu i brigu koja je potrebna za njihovu dobrobit te pravo na slobodno izražavanje mišljenja. Pritom obavezuje na poštovanje djetetovog mišljenja u svim pitanjima koja se na njega odnose, u skladu s njegovom dobi i zrelosti. Osim ovog, po uzoru na KPD, i Povelja EU-a ističe zaštitu interesa djeteta kao primarni cilj u svim aktivnostima koje se tiču djeteta, neovisno o tome provode li ih tijela javne vlasti ili privatne institucije.⁵⁰

Pravo na zaštitu ličnih podataka u pravnim aktima Evropske unije i Vijeća Evrope definirano je kao jedno od temeljnih ljudskih prava. Kad je riječ o Vijeću Evrope, osim EKLJP-a tu je i specijalizirana Konvencija za zaštitu pojedinaca s obzirom na automatsku obradu ličnih podataka (Konvencija 108) Vijeća Evrope, usvojena 1981. godine⁵¹, koja je 2018. modernizirana (Konvencija 108+)⁵² i još uvijek otvorena za pristupanje.⁵³ Konvencija 108+ stavlja poseban naglasak na zaštitu ličnih podataka djece i drugih ranjivih grupa/pojedinaca.⁵⁴ Načela definirana u Konvenciji 108 tiču se poštenog i zakonitog prikupljanja i automatske obrade ličnih podataka⁵⁵, načina njihovog pohranjivanja te kvalitete prikupljenih podataka. Konvencija također sadrži pravo pojedinca, uključujući i dijete, da bude informirano

43 Čl. 12. Opće deklaracije o ljudskim pravima.

44 Čl. 8. EKLJP.

45 Odredbe EKLJP-a primjenjive su kako na odrasle osobe, tako i na djecu. To je vidljivo i iz odluka Evropskog suda za ljudska prava koji pruža zaštitu pravima i interesima djeteta neposredno primjenom odredaba EKLJP-a i posredno, pozivanjem u svojim odlukama na prava djeteta normirana u KPD-u. Na taj način dijete uživa pojačanu, dvostruku zaštitu. Vidjeti: Bubić; Traljić, bilj. 28., str. 132. i 133.

46 Povelja EU-a je postala pravno obavezujuća 1. 12. 2009., a na temelju čl. 6. st. 1. Ugovora o Evropskoj uniji (UEU) ima istu pravnu snagu kao Ugovori, odnosno, dio je primarnog prava Evropske unije.

47 Čl. 7. Povelje EU-a.

48 Čl. 8. Povelje EU-a.

49 Čl. 16(1) Ugovora o funkcioniranju Evropske unije, 2007.

50 Čl. 24. Povelje EU-a.

51 Vijeće Evrope, CETS br. 108, 1981. Konvencija 108 je prvi međunarodni instrument obavezujućeg karaktera kojim je zaštićen pojedinac čiji se lični podaci prikupljaju i obrađuju. Njome je reguliran i prekogranični prenos ličnih podataka. Primjenjuje se na obradu ličnih podataka kako u privatnom, tako i javnom sektoru, a mogu joj pristupiti i države koje nisu članice Vijeća Evrope, odnosno bilo koja država u svijetu. Uz Konvenciju 108 usvojen je i Dodatni protokol u vezi s nadzornim tijelima i prekograničnim prenosom podataka (CETS br. 181, 2001). On sadrži odredbe o prekograničnom prenosu podataka državama koje nisu članice Konvencije 108 te regulira osnivanje neovisnog nadzornog tijela.

52 https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807c65bf, 27. 9. 2020.

53 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223/signatures>, 27. 9. 2020.

54 Čl. 15. iii Konvencije 108+.

55 Shodno čl. 2. a. Konvencije 108, „osobni podatak“ znači svaku obavijest koja se odnosi na određeno ili određivo pojedinca („subjekt podatka“).

o obradi i čuvanju njegovih ličnih podataka i pravo da pod određenim uvjetima zahtijeva njihov ispravak ili brisanje.⁵⁶

Od relevantnih dokumenata Vijeća Evrope, na zaštitu privatnosti i ličnih podataka djece odnosi se i Preporuka Vijeća Ministara državama članicama o smjernicama za poštovanje, zaštitu i ostvarenje prava djeteta u digitalnom okruženju⁵⁷ usvojena 2018., koja sadrži set načela i prava djece u cilju njihove interakcije i sigurnosti u digitalnom okruženju. Među pravima normiranim u ovoj Preporuci su i pravo djeteta na zaštitu privatnosti i ličnih podataka.⁵⁸

EKPLJ ne sadrži posebne odredbe koje se odnose na zaštitu ličnih podataka, nego je to pravo obuhvaćeno čl. 8. Konvencije, odnosno smatra se aspektom prava na privatni i porodični život, dom i dopisivanje.⁵⁹ To je u skladu s dinamičnim tumačenjem Konvencije koje provodi Evropski sud za ljudska prava.⁶⁰

Izuzetna pažnja zaštititi ličnih podataka djece posvećena je u Općoj uredbi o zaštiti podataka, novom pravnom instrumentu Evropske unije kojim je oblast zaštite ličnih podataka uređena na moderan način, a građanima Unije olakšani su postupci pristupa ličnim podacima i njihova zaštita.⁶¹ Usvajanje GDPR-a označava početak novog, naprednog doba za evropski režim zaštite ličnih podataka i prava djeteta.⁶²

U uvodnoj izjavi 38. GDPR-a naglašena je potreba posebne zaštite ličnih podataka djece, zbog mogućnosti da su ona manje svjesna rizika, posljedica i zaštitnih mjera te svojih prava vezanih za obradu njihovih ličnih podataka. Ta posebna zaštita naročito je potrebna u slučajevima upotrebe ličnih podataka djece u svrhu marketinga ili stvaranja ličnih ili korisničkih profila te prikupljanje ličnih podataka o djeci prilikom upotrebe usluga koje im se direktno nude. Shodno navedenoj uvodnoj izjavi, saglasnost zakonskog zastupnika djeteta ne bi trebala biti nužna u kontekstu preventivnih usluga ili usluga savjetovanja koje su ponuđene neposredno djetetu. I pojedina načela prikupljanja i obrade ličnih podataka propisana GDPR-om ističu

56 European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, Luxembourg, 2015, str. 193.

57 *Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers to member States on Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment*, 2018.

58 Čl. 3.3. Preporuke CM/Rec(2018)7.

59 O pravu na zaštitu ličnih podataka djeteta kao segmentu zaštite prava na privatni i porodični život normiranog u čl. 8. EKLP-a u više navrata je odlučivao i Evropski sud za ljudska prava: *K.U. v. Finland*, No. 2872/02, 2 December 2008.; *Avilkina and Others v. Russia*, No. 1585/09, 6 June 2013. 498; *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], Nos. 30562/04 and 30566/04, 4 December 2008.

60 *Rotaru v. Romania* (28341/95 od 4.5.2000.); *A v. the United Kingdom* (35373/97 od 17.12.2002.); *Amann v. Switzerland*, 27798/95, 16. 02. 2000.

61 GDPR u čl. 4. 1. definiira lične podatke na sljedeći način: „osobni podaci” znači svi podaci koji se odnose na pojedinca čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi („ispitanik”); pojedinac čiji se identitet može utvrditi jest osoba koja se može identificirati izravno ili neizravno, osobito uz pomoć identifikatora kao što su ime, identifikacijski broj, podaci o lokaciji, mrežni identifikator ili uz pomoć jednog ili više čimbenika svojstvenih za fizički, fiziološki, genetski, mentalni, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet tog pojedinca“.

62 Jasmontaite, L.; De Hert, P., *The EU, children under 13 years, and parental consent: a human rights analysis of a new, age-based bright-line for the protection of children on the Internet*, International Dana Privacy Law, Vol. 5, Issue 1, 2014, str. 31.

posebnu zaštitu djece, poput načela transparentnosti⁶³ i načela zakonitosti obrade ličnih podataka⁶⁴.

Treba naglasiti da GDPR ne definira pojam djeteta,⁶⁵ pa to ostavlja prostora raspravi o uzrastu djece koja uživaju naročitu zaštitu proklamiranu u uvodnoj izjavi 38. Primijenimo li na ovo pitanje odredbu KPD-a koja propisuje da je dijete „svaka osoba mlađa od 18 godina, osim ako je zakonom koji se primjenjuje na dijete granica punoljetnosti određena ranije“⁶⁶, onda sva djeca do 18. godine uživaju ovu zaštitu.⁶⁷ O tome doista ne bi smjelo biti spora u praksi, jer bi drugačijim tumačenjem odredaba GDPR-a jedna kategorija djece (određenog uzrasta) bila lišena prava priznatih im Uredbom.

Drugo, posebno pitanje u odnosu na prethodno analizirano, o kojem se raspravlja u literaturi, jeste način realizacije ovih prava iz ugla djece različitog uzrasta.⁶⁸ Shodno načelu uvažavanja rastućih sposobnosti djeteta proklamiranog KPD-om⁶⁹, ostvarenje prava iz GDPR-a mora biti prilagođeno nivou tjelesne i psihičke zrelosti djeteta, pa se primjenjuju različite mjere u pogledu djece mlađeg i starijeg uzrasta.⁷⁰ To je u GDPR-u jasno prepoznato i izraženo u odredbama koje propisuju davanje saglasnosti za prikupljanje i obradu ličnih podataka djece.

GDPR normira obavezu pribavljanja saglasnosti djeteta za obradu njegovih ličnih podataka kada mu se direktno nude usluge informatičkog društva. Takva obrada bit će zakonita ako je na nju pristalo dijete starije od 16 godina. Ako je ono mlađe od tog uzrasta, nužna je saglasnost njegovog zakonskog zastupnika. Ostavlja se mogućnost državama članicama da u tu svrhu odrede niži uzrast djeteta, ali je minimum 13 godina.⁷¹ Na primjer, u Austriji⁷² i Španiji⁷³ ta dobna granica je 14 godina, dok je u nekadašnjoj članici EU-a – Velikoj Britaniji još i prije donošenja

63 Uvodna izjava 58. GDPR.

64 Čl. 6. GDPR.

65 Verzija Prijedloga GDPR-a sadržavala je definiciju djeteta („osoba mlađa od 18 godina“), ali ona nije našla svoje mjesto u konačnoj verziji Uredbe, što je u doktrini predmet kritike. Vidjeti: Van der Hof, S., *I agree... or do I? – A right-based analysis of the law on children's consent in the digital world*, *Wisconsin International Law Journal* 34, issue 2, 2017, str. 116. i 117.

66 Čl. 1. KPD.

67 Tako i: Lievens, E.; Verdoodt, V., *Looking for needles in a haystack: Key issues affecting children's rights in the General Data Protection Regulation*, *Computer Law & Security Review*, Vol. 34, Number 2, 2017, str. 3.; Van der Hof, S., bilj. 65., str. 116.

68 Lievens, E.; Verdoodt, V., bilj. 67., str. 3.

69 Čl. 5. i čl. 12. KPD.

70 Lievens, E.; Verdoodt, V., bilj. 67., str. 3. i 10.

71 Čl. 8. GDPR.; O negativnim posljedicama i praktičnim problemima koje može izazvati propisivanje različitog uzrasta u pojedinim državama članicama EU-a s aspekta postupanja pružatelja *online* usluga i zaštite prava djeteta vidjeti: *Ibid.*, str. 4.

72 Lievens, E.; Verdoodt, V., bilj. 67., str. 5.

73 Jasmontaite, L.; De Hert, P., bilj. 62., str. 24.; Relevantni podaci o drugim državama Evropske unije na: https://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/minag?dataSource=MINAG_en_65998&media=png&width=740&topic=group11&question=MINAG_DW02&plot=MAP&subset=NONE&subsetValue=NONE&answer=MINAG_DW02&year=2017, 14. 10. 2020.

GDPR-a bio propisan uzrast od 13 godina.^{74, 75} Ovom odredbom GDPR nastoji pružateljima mrežnih (*online*) usluga, čiji su korisnici djeca, garantirati određenu izvjesnost u toj još uvijek nepotpuno definiranoj, sivoj zoni jer pružatelji usluga mogu pretpostaviti da su djeca određenog uzrasta sposobna samostalno dati pristanak na korištenje njihovih usluga.⁷⁶

Nasuprot pravu djeteta na privatnost i pravu na zaštitu ličnih podataka stoji pravo njegovih roditelja da odlučuju o plasiranju informacija o njemu, odnosno korištenju njegovih ličnih podataka. To pravo je dio skupa obaveza, odgovornosti i prava sadržanih u institutu roditeljskog staranja (roditeljske odgovornosti). Između ostalog, roditelji su dužni da se staraju o životu i zdravlju djeteta, štiteći ga od svih oblika nasilja, povreda, zlostavljanja i eksploatacije. Obaveza im je da brinu o razvoju njegove ličnosti i odgajaju ga, pri čemu odgoj podrazumijeva staranje o djetetovom tjelesnom, moralnom i intelektualnom razvoju.⁷⁷

U doktrini se naglašava da je u sadržaju roditeljskog staranja težište stavljeno upravo na odgovornosti i obaveze roditelja prema djetetu, dok su im prava priznata samo u cilju bolje realizacije i zaštite njegovih interesa.⁷⁸ U skladu s odredbama KPD-a koje promoviraju princip zajedničke odgovornosti oba roditelja za odgoj i razvoj djeteta, roditelji tj. staratelji snose najveću odgovornost za djetetov odgoj i razvoj, pri čemu njihova temeljna briga treba biti njegova dobrobit, odnosno njegov najbolji interes,⁷⁹ kao rukovodeći konvencijski standard u postupanju s djecom.⁸⁰ Djetetov najbolji interes obuhvaća lični i imovinski interes, s tim da je prioritet na zaštiti ličnog, jer se time osigurava pravilan tjelesni, psihički i intelektualni razvoj djeteta i omogućava da se ono postepeno integrira u društvo kao samostalna i sposobna jedinka.⁸¹ Fenomen *sharentinga* problematičan je upravo zbog činjenice da roditelji u pojedinim slučajevima (*oversharenting*) zanemaruju najbolji interes djeteta, ne sagledavajući i ne uvažavajući ga u cijelosti. Sudeći po primjerima negativnih posljedica *sharentinga* navedenim na početku ovog rada⁸², to može vrlo loše utjecati na odrastanje i formiranje djeteta te trajno ugroziti njegovu socijalnu integraciju.

74 Atkinson, L., *Interpreting the child-related provisions of the GDPR*, Communications Law, Vol. 23, No 1, 2008., str. 31.; Čl. 7. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

75 Komparacije radi, u SAD-u Zakon o zaštiti privatnosti djece na Internetu (*Children's Online Privacy Protection Act* (COPPA), 1998.) definira dijete kao osobu mlađu od 13 godina i propisuje da komercijalni pružatelji *online* usluga moraju pribaviti saglasnost roditelja djeteta mlađeg od 13 godina za prikupljanje i obradu njegovih ličnih podataka. Vidjeti detaljnije: Van der Hof, S., bilj. 65., str. 114. i 115.

76 Atkinson, L., bilj. 74., str. 32.

77 Vidjeti detaljnije: Bubić; Traljić, bilj. 28., str. 146.

78 Ibid., str. 150-152.

79 Čl. 18. KPD.

80 Za razliku od ranijih normativnih rješenja odnosa između roditelja i djece, KPD sadrži novi, drugačiji pristup u njegovom normiranju. Težište više nije na pravima i obavezama roditelja, već na njihovoj odgovornosti te interesu djeteta. Zahvaljujući tome, subjekti u međusobnom odnosu roditelji – dijete imaju novi položaj, a interes djeteta sada je odlučujući faktor kojeg moraju poštovati kako roditelji, tako i svi organi koji odlučuju o sporovima između samih roditelja ili roditelja i djece. Vidjeti više: Bubić; Traljić, bilj. 28., str. 145. i 146.

81 Ibid., str. 146.

82 Supra, poglavlje 1.

Budući da odredbe KPD-a propisuju obavezu uvažavanja mišljenja djeteta o svim pitanjima koja se na njega odnose u skladu s njegovim uzrastom i dostignutim stepenom zrelosti, nema razloga da se to temeljno konvencijsko načelo ne primjenjuje i u slučajevima *sharentinga*. Dijete i roditelji mogu imati različite poglede na roditeljsku aktivnost objavljivanja informacija o djetetu *online*. Pošto se sporne informacije odnose neposredno na dijete i zadiru u njegovu privatnosti, roditelji bi morali dobiti saglasnost djeteta za dijeljenje takvih informacija na Internetu, imajući uz to uvijek na umu i njegov najbolji interes. Naravno, sposobnost djeteta da dadne tu saglasnost ovisi o njegovom uzrastu i zrelosti, pa to neće biti moguće ostvariti u slučajevima djece mlađeg uzrasta koja još uvijek nisu sposobna shvatiti značaj i moguće negativne posljedice ovakve aktivnosti roditelja.

2.2. Praksa

Zaštita privatnosti i ličnih podataka djeteta nije samo predmet normativne aktivnosti međunarodnih i regionalnih institucija te nacionalnih zakonodavaca već se o slučajevima povrede ovih dobara do kojih dolazi postupanjem djetetovih roditelja sve češće raspravlja i u praksi. Time se u pojedinim zemljama bave sudovi ili druga nacionalna tijela nadležna za nadgledanje ostvarenja i zaštite dječjih prava. Za ilustraciju ovdje mogu poslužiti Norveška, Hrvatska i SAD.

U Norveškoj je objavljivanje ličnih podataka vlastitog djeteta na Facebooku u jednom slučaju dobilo krivičnopравни epilog.⁸³ Odlukom norveškog Vrhovnog suda majka je proglašena krivom zbog kršenja prava njene kćerke na privatnost, koju je ugrozila kreiranjem Facebook stranice pod nazivom „B. (ime kćeri) će se vratiti kući“ i objavljivanjem kćerkinih fotografija i video-zapisa. Majka je to učinila nakon što je izgubila roditeljsko staranje nad kćerkom, vjerujući kako će na ovaj način utjecati da joj ono bude vraćeno. Njena Facebook stranica je stekla 5000 pratitelja. Razmatrajući sporni slučaj, Vrhovni sud je zauzeo stav da objavljivanje podataka o djetetu na ovakav način bez sumnje predstavlja javno objavljivanje, pri čemu nije relevantna niti saglasnost tada sedmogodišnje djevojčice, niti odgovornost majke koja proizlazi iz roditeljstva.

Sud je pritom posebnu pažnju posvetio pitanju majčinog prava na slobodu izražavanja. Pozivajući se na praksu Evropskog suda za ljudska prava, Sud je zaključio da objave na Facebooku nisu napravljene u cilju informiranja javnosti o metodama rada norveškog organa starateljstva, nego radi majčine lične borbe da ponovo dobije roditeljsko staranje. Sud je iskazao bojazan da bi odobravanje plasiranja ovakvih objava moglo dovesti djecu, kao posebno osjetljivu grupu, u veoma težak položaj, jer bi ona osjećala pritisak zbog roditeljske kritike norveških nadležnih institucija. Stoga je Vrhovni sud zaključio da je majčino pravo na slobodu izražavanja u ovom slučaju podređeno pravu njene kćeri na privatnost.⁸⁴

83 HR-2019-2038-A, (sak nr. 19-074591STR-HRET), 5. november 2019. Presuda je dostupna na: <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/avgjorelser/2019/november-2019/hr-2019-2038-a.pdf>, 1. 10. 2020.

84 Ibid.

Povrede prava na privatnost i prava na zaštitu ličnih podataka djeteta u praksi Hrvatske sve su brojnije. Njih najčešće pricinjavaju treće osobe prikupljanjem i daljom obradom ličnih podataka bez saglasnosti zakonskih zastupnika (škole, vrtići, sportski klubovi itd.), ali se događaju i povrede privatnosti djeteta u porodici – objavljivanjem njihovih slika i drugih ličnih podataka na Facebooku koje čine njihovi roditelji. Pravobranitelj za djecu Hrvatske izvještava o prijavama po jednog slučaja takvih povreda u 2010. i 2012., dok izvještaji iz kasnijih godina pokazuju njihov porast.⁸⁵ Ove povrede vrlo često su posljedica međusobnog konflikta i poremećenih odnosa između djetetovih roditelja, koji „svoje konflikte i rasprave te intimne obiteljske i djetetove podatke objavljuju na Facebooku“.⁸⁶ U dva, od ukupnog broja prijavljenih slučajeva u 2016. godini, roditelji su bili razvedeni i jedan od njih nije želio da drugi objavljuje fotografije njihovog djeteta na Facebooku.⁸⁷

Praksa *sharentinga* bila je predmet kritike i Agencije za zaštitu osobnih podataka Hrvatske, koja je ocijenila „neodgovornom“ i „neozbiljnim činom svakog roditelja koji može dovesti do neželjenih pa i tragičnih situacija“.⁸⁸

U sudskoj praksi SAD-a tokom 20. vijeka zabilježeno je svega nekoliko slučajeva povodom zaštite privatnosti, u kontekstu odluke roditelja o dijeljenju ličnih podataka njihove djece. Jedan od takvih, *Sidis v F-R Publishing*⁸⁹ iz 1940., doktrina smatra primjenjivim na savremenu praksu *sharentinga*.⁹⁰ U pitanju je slučaj W. J. Sidisa, čuda od djeteta – izuzetnog matematičara, koji je zbog svog talenta privukao ogromnu pažnju javnosti. Nakon što je početkom 1900-ih postao punoljetan, poželio je da ga javnost u potpunosti ostavi na miru kako bi sačuvao svoju privatnost. Usprkos tome, časopis *The New Yorker* objavio je priču o njegovom životu, podastirući čitaocima na uvid njegovu intimu. Sidis je tužio časopis, pozivajući se na pravo na privatnost. Sud je odbio njegov zahtjev s obrazloženjem da je on kao dijete bio javna ličnost pa je prirodan daljnji interes javnosti za njega. Mogućnost da Sidis ostane van očiju javnosti, prema ocjeni suda, ne postoji za njega kao ni za bilo kojeg drugog pojedinca koji se jednom našao u centru pažnje javnosti. Premda on ima interes očuvati svoju privatnost, i javnost ima interes znati šta se događa u njegovom životu. Budući da je kao dijete bio u žiži javnosti, čak i ako se tada gnušao njene pažnje, sud smatra da on mora ostati javna ličnost sve dok je živ.⁹¹

Primjenjujući analogiju u pogledu stava suda iz slučaja Sidis na praksu *sharentinga*, američka doktrina zaključuje da savremeno izlaganje djeteta očima javnosti koje roditelji čine na društvenim mrežama od tog djeteta pravi javnu osobu do kraja njegovog života.⁹²

85 Sečan Matijašćić, A., bilj. 8., str. 40.

86 Izvješće Pravobranitelja za djecu, 2016., str. 14., prema: Sečan Matijašćić, A., bilj. 8., str. 40.

87 Ibid.

88 Izvješće Agencije za zaštitu osobnih podataka Hrvatske, 2018., str. 1., prema: Sečan Matijašćić, A., bilj. 8., str. 40.

89 113 F.2d 806 (2d Cir. 1940).

90 Steinberg, bilj. 6., str. 859.

91 Navedeno prema: Ibid., str. 859-861.

92 Ibid., str. 861.

3. Pravo na zaborav

Budući da digitalni otisak djeteta koji nastaje kada roditelji na Internetu dijele njegove lične podatke ima trajni karakter, a da ono ne mora biti saglasno s njegovim sadržajem niti tokom djetinjstva niti kada odraste, postavlja se pitanje ima li dijete pravo zahtijevati brisanje ličnih podataka koji su plasirani *online* mimo njegove volje, odnosno pripada li mu pravo na zaborav normirano odredbama GDPR-a.

Pravo na zaborav (engl. *Right to be forgotten*)⁹³ predstavlja pravo pojedinca da pod određenim uvjetima ishodi brisanje ličnih podataka koji se odnose na njega, pri čemu to brisanje treba biti učinjeno bez nepotrebnog odgađanja. Osim u pojedinim nacionalnim zakonodavstvima, ovo pravo je postojalo i u ranije važećim propisima EU-a o zaštiti ličnih podataka,⁹⁴ ali je u čl. 17. GDPR-a mnogo detaljnije uređeno. I prije nego je započela primjena GDPR-a, pravo na zaborav razmatrao je i potvrdio Sud Evropske unije⁹⁵ u slučaju *Google v Costeja*.⁹⁶ Neovisno o tome što se radi o odluci institucije EU-a, njena dejstva tiču se korisnika Interneta širom svijeta, zbog čega je ova odluka izazvala veliku pažnju svjetske javnosti.⁹⁷

U najkraćim crtama, činjenično stanje i odluka suda u slučaju *Google v Costeja* su sljedeće: Španski državljanin, advokat Mario Costeja González tužio je španskog izdavača *La Vanguardia Ediciones* i Google (*Google Spain SL, Google Inc.*), jer su se unošenjem njegovog imena na internetski pretraživač grupe Google (*Google Search*) u rezultatima pretrage konstantno pojavljivali linkovi na informacije o njemu objavljene na stranicama *La Vanguardie*. Bile su to vijesti o aukciji organizovanoj prije 16 godina u cilju prinudne prodaje njegove nekretnine, radi namirenja njegovih dugovanja u oblasti socijalnog osiguranja. Budući da je mnogo prije toga isplatio sporni dug, Costeja je smatrao takve informacije nepotrebnim, zastarjelim i za sebe kompromitirajućim, pa je tražio njihovo uklanjanje sa stranica *La Vanguardie* i Googleovo brisanje ili prikrivanje njegovih ličnih podataka.

Odlučujući o slučaju, Sud EU-a je svoju pažnju usmjerio na razmatranje tri sporna pitanja. Jedno od njih ticalo se prava na zaborav. S tim u vezi, Sud je zauzeo stav da osoba čiji se podaci obrađuju ima pravo zahtijevati brisanje linkova na mrežne stranice s popisa rezultata pretraživanja, ako se na njen zahtjev utvrdi da

93 *Right to be forgotten* (eng.), *Le Droit à l'Oubli* (franc.), *Recht auf Vergessenwerden* (njem.). Postoji više prevoda ove sintagme s engleskog jezika – „pravo biti zaboravljen“, „pravo na zaborav“, „pravo na zaboravljanje“. Premda je „pravo biti zaboravljen“ terminološki precizniji prevod na bosanski, hrvatski i srpski jezik, a po smislu i cilju instituta i mnogo adekvatniji, ovdje se upotrebljava termin pravo na zaborav, jer je taj naziv najzastupljeniji u literaturi, a koristi se i u službenom prevodu na hrvatski jezik GDPR-a.

94 O korijenima instituta prava na zaborav vidjeti: Čolaković, M.; Bubalo, L., *Pravo na zaborav kao instrument zaštite prava ličnosti u Evropskoj uniji*, Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Tuzli, br. 2, 2017., str. 16-19.; O regulaciji zaštite ličnih podataka u Evropskoj uniji do donošenja GDPR-a i razlozima za donošenje ove Uredbe vidjeti detaljnije: Mrkonjić, P., *Opća uredba Evropske unije o zaštiti osobnih podataka s osvrtom na kompatibilnost bosanskohercegovačkog sustava zaštite osobnih podataka sa novim europskim okvirom*, Sveske za javno pravo, br. 32, 2018., str 4-6.

95 U daljem tekstu: Sud EU-a.

96 *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos*, br. C-131/12 od 13.5.2014. (u daljem tekstu: *Google v Costeja*).

97 Ambrose, M. L., *Speaking of forgetting: Analysis of possible non-EU responses to the right to be forgotten and speech exception*, Telecommunications Policy 38, 2014, str. 801.

je njihovo uvrštavanje na popis suprotno odredbama važećih propisa Unije. To se odnosi i na lične podatke koji su tačni i čija je obrada na početku bila zakonita, ali su vremenom postali neprikladni, nevažni ili su pretjerani u odnosu na svrhu obrade i proteklo vrijeme. Pritom nije bitno je li uključivanjem tih podataka u popis rezultata pretraživanja određenoj osobi prouzrokovana ikakva šteta. Stoga je Sud EU-a Costeji priznao pravo da ishodi brisanje spornih podataka.

Ovakvim rezonovanjem Suda EU-a pravu na zaborav data je prednost u odnosu na ekonomske interese Googlea, ali i interes javnosti za pristupom informacijama. Ipak, priznajući građanima pravo na zaborav pod određenim uvjetima, Sud EU-a je ocijenio da to pravo nije apsolutno, već u svakom pojedinom slučaju treba procijeniti njegovu uravnoteženost u odnosu na prava i interese drugih osoba, kao što su sloboda izražavanja i sloboda medija.

Odluka Suda EU-a u slučaju *Google v Costeja* utjecala je i na konačno normativno rješenje prava na zaborav u GDPR-u.⁹⁸ Slijedeći stavove Suda EU-a, GDPR je priznao pravo pojedincu („ispitaniku“⁹⁹) da od voditelja obrade¹⁰⁰ ishodi brisanje ličnih podataka koji se odnose na njega bez nepotrebnog odlaganja, istovremeno obavezavši voditelja obrade da te podatke obriše ako je ispunjen neki od taksativno navedenih uvjeta. Ti uvjeti su vezani za: nepostojanje nužnosti podataka u odnosu na svrhu njihovog prikupljanja i obrade; povlačenje saglasnosti osobe čiji se podaci prikupljaju i nedostatak druge pravne osnove za njihovu obradu; ulaganje prigovora na obradu ili nepostojanje legitimnih razloga za obradu; nezakonitu obradu ličnih podataka; obavezu brisanja podataka zbog poštovanja pravne obveze iz prava EU-a ili prava države članice; prikupljanje podataka u vezi s ponudom usluga informacijskog društva.¹⁰¹ Odredbom su predviđeni i izuzeci od obaveze brisanja podataka na zahtjev osobe na koju se odnose, što je posljedica shvaćanja Suda EU-a da pravo na zaborav nije apsolutnog karaktera. Ti se izuzeci, između ostalog, tiču ostvarivanja prava na slobodu izražavanja i informiranja, postojanja javnog interesa u području javnog zdravlja itd.¹⁰²

Do odgovora na pitanje pripada li na temelju GDPR-a pravo na zaborav i djeci vodi proučavanje nekoliko odredaba ove Uredbe. Analizom odredaba kojima se garantira posebna zaštita ličnim podacima djece već ranije je konstatirano da se GDPR odnosi na svu djecu do 18 godina, odnosno da djeca, jednako kao i odrasle osobe, spadaju u personalno polje primjene GDPR-a.¹⁰³ To potvrđuju i odredbe koje reguliraju pribavljanje saglasnosti djeteta određenog uzrasta za obradu njegovih ličnih podataka kada mu se direktno nude usluge informatičkog društva.¹⁰⁴ U čl. 17. kojim je normirano pravo na zaborav GDPR ne propisuje dobnu granicu u pogledu

98 Mrkonjić, P., bilj. 78., str. 8. i 9.

99 Shodno čl. 4. 1. GDPR, ispitanik je „pojedinač čiji se identitet utvrđuje ili može utvrditi“ i na kojeg se odnose lični podaci.

100 Voditelj obrade je, prema definiciji u čl. 4. 7. GDPR, „fizička ili pravna osoba, tijelo javne vlasti, agencija ili drugo tijelo koje samo ili zajedno s drugima određuje svrhe i sredstva obrade osobnih podataka“.

101 Čl. 17. 1. GDPR.

102 Čl. 17. 3. GDPR.

103 Supra, poglavlje 2.1.

104 Supra, poglavlje 2.1.

subjekata kojima ono pripada, tj. ne isključuje djecu kao njegove titulare.

I jedno od pitanja u vezi s praktičnom realizacijom prava na zaborav naročito je interesantno iz perspektive djeteta. To je pitanje može li ispitanik zahtijevati brisanje isključivo ličnih podataka koje je sam objavio ili se to odnosi i na njegove podatke koje su objavile druge osobe. GDPR propisuje u čl. 17. 1. da „ispitanik ima pravo od voditelja obrade ishoditi brisanje osobnih podataka koji se na njega odnose“, iz čega nesumnjivo proizlazi da su pravom na brisanje (zaborav) obuhvaćeni svi lični podaci – i oni koje je subjekt sam objavio na Internetu, kao i njegovi podaci koje su objavile druge osobe – u slučaju *sharentinga*, to su roditelji djeteta. Iz svega navedenog nedvosmisleno proizlazi da pravo na zaborav normirano GDPR-om pripada i djeci.

Kako se naglašava u pravnoj teoriji, priznanje prava na zaborav djeci izuzetno je korisno iz perspektive zaštite njihovih prava.¹⁰⁵ Mogućnost da tokom svog odrastanja zahtijevaju brisanje određenih informacija o sebi s kojima se više ne identificiraju (bilo da su ih sami plasirali *online* ili je to učinio neko drugi) načelno je u skladu s njihovim najboljim interesom¹⁰⁶ i predstavlja vrlo moćno sredstvo za jačanje prava djece u digitalnom okruženju, naročito njihovog prava na opstanak i razvoj, slobode izražavanja i informiranja i prava na privatnost.¹⁰⁷ Pravom na zaborav uvažava se nezrelost i razvoj djece,¹⁰⁸ odnosno njihovo postepeno sazrijevanje. To je iskazano i u uvodnoj izjavi 65. GDPR-a konstatacijom o „posebnoj bitnosti“ ovog prava u slučaju kada je ispitanik dao svoju saglasnost za obradu ličnih podataka „dok je bio dijete i nije bio u potpunosti svjestan rizika obrade“, a kasnije ih želi ukloniti, posebno kada su plasirani na Internetu.

Ovdje valja napomenuti, ne ulazeći zbog obima predmeta istraživanja u dublju analizu problema, i situacije u kojima dijete neće uspjeti realizirati pravo na zaborav, jer će to pravo doći u koliziji s pravom na slobodu izražavanja i informiranja drugih. Te situacije se mogu dogoditi nakon što dijete odraste (eventualno i tokom njegovog djetinjstva) te postane javna osoba za čiju je prošlost objavljenu *online* javnost veoma zainteresirana, zbog čega će mu biti odbijen zahtjev za brisanjem ličnih podataka s Interneta.¹⁰⁹ To je naročito intrigantno u slučajevima *sharentinga*, jer su sporne informacije dospjele na Internet (najčešće) mimo djetetove saglasnosti, a ono sada ne može ostvariti pravo da budu obrisane.

Posebno je pitanje realizacije prava na zaborav kada se ima u vidu uzrast i stepen zrelosti djeteta, odnosno njegova sposobnost da samostalno učestvuje u pravnom prometu. Nesumnjivo je da to pravo samostalno mogu ostvarivati samo djeca starijeg uzrasta kojima nije potrebna saglasnost zakonskog zastupnika za sklapanje pravnih poslova i poduzimanje drugih pravnih radnji. Kriteriji za određivanje ove

105 Doktrina u SAD-u pledira da se i u ovoj zemlji kreira institut pravo na zaborav po uzoru na EU, koji bi poslužio kao sredstvo za ublažavanje tenzija između prava roditelja da dijele informacije o svojoj djeci na Internetu i interesa djeteta za zaštitom vlastite privatnosti. Njihove stavove dijeli i dobar dio javnog mnijenja. Vidjeti detaljnije: Haley, K., bilj. 19., str. 1018-1020.

106 Lievens, E.; Verdoodt, V., bilj. 67., str. 9.

107 Lievens, E.; Vander Maelen, C., *A Child's Right to be Forgotten: Letting Go of the Past and Embracing the Future?*, Latin American Law Review, Issue 2, 2019, str. 62-66.

108 Ibid., str. 65.

109 Ibid., str. 68.

spособnosti različito su uređeni u zakonodavstvima pojedinih država, ali se generalno govoreći vezuju za uzrast i dostignuti nivo zrelosti djeteta. Ako su u pitanju djeca kojima nije priznata ova sposobnost, onda će za njih to pravo ostvarivati njihovi zakonski zastupnici. I ovo pitanje je posebno problematično u slučaju *sharentinga*, jer u međusobni sukob dolaze interes djeteta za brisanjem sadržaja koji su na Internet plasirali upravo njegovi roditelji (staratelj) i njihov interes za objavljivanjem takvog sadržaja. U doktrini se predlaže da bi u ovakvim situacijama, primjenjujući čl. 80. GDPR-a, interese djeteta moglo zastupati odgovarajuće neprofitno tijelo, organizacija ili udruženja koja se bavi zaštitom prava djeteta.¹¹⁰

4. Zaključak

Utjecaj *sharentinga* na međusobni pravni odnos roditelja i djeteta i pojedina lična prava djeteta jedan je od novih pravnih problema nastalih svakodnevnom i masovnom upotrebom Interneta i društvenih mreža. Ekspoziranje djece *online* i njihovo izlaganje očima javnosti koje čine njihovi roditelji objavljivanjem fotografija, video-zapisa i drugih ličnih podataka djeteta, pritom najčešće rukovođeni najboljim namjerama, može imati pozitivne, ali i izuzetno negativne posljedice na djetetovo odrastanje i razvoj. Kako informacije plasirane na Internetu tamo ostaju zauvijek („*Once it's online, it's always online*“¹¹¹), to će digitalni otisak koji se formira na ovaj način pratiti dijete tokom čitavog njegovog života, makar ga ono uopće ne želi imati.

Međunarodni i regionalni dokumenti kojima su sankcionirana ljudska/dječja prava i nacionalni propisi načinjeni po uzoru na njih priznaju djeci pravo na zaštitu privatne sfere (uključujući i lične podatke), ali su njihove odredbe primarno kreirane iz perspektive zaštite privatnosti djeteta od zadiranja trećih osoba, izvan kuće i porodice, a ne i njihovih roditelja. Tradicionalno shvaćanje uloge roditelja podrazumijeva da roditelji uvijek znaju i rade ono što je najbolje za njihovu djecu, pa im zbog toga pripada pravo i da odlučuju o upotrebi njihovih ličnih podataka. Fenomen *sharentinga* (*oversharentinga*) pokazuje da je takvo shvaćanje neophodno promijeniti, odnosno da i roditelji mogu postupati protivno najboljem interesu svog djeteta ostvarujući svoje pravo na dijeljenje informacija o njemu te svoje pravo na slobodu izražavanja.

U sukobu između prava djeteta na privatnost i prava na zaštitu ličnih podataka s navedenim pravima roditelja u slučajevima *sharentinga*, kao i u svim drugim sporovima vezanim za dijete, primaran je najbolji interes djeteta te se njime treba rukovoditi u odlučivanju čijim pravima dati prednost. Balans između svojih i prava svoga djeteta, kada je riječ o *sharentingu*, uvijek bi trebali pronaći sami roditelji, prije nego li slučaj dospije pred sud ili drugu nadležnu instituciju za zaštitu prava djeteta. U tom cilju nužno je djelovati preventivno, provođenjem različitih vidova edukacije kako roditelja, tako i djece o potencijalnim opasnostima koje nosi izlaganje privatnosti (ličnih podataka) na Internetu.

110 Ibid., str. 71. i 72.

111 Jednom kada je na mreži, uvijek je na mreži.

Maja Čolaković, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of „Džemal Bijedić“ of Mostar

SHARENTING AND CHILD’S PRIVACY

Summary: The growing trend of sharing diverse information about their children that parents practice on social networks (*sharenting*), sometimes even excessively (*oversharenting*), can have positive effects on a child’s upbringing and development, but the negative effects are much greater and more common. Publishing and sharing photos, videos and other personal data of a child on the Internet create its digital footprint which will follow him throughout his life, regardless of whether he is satisfied with it.

After reviewing the motives of parents for *sharenting*, the paper will analyze the positive and negative consequences of this phenomenon and seek an answer to the question of how to achieve an optimal balance between the child’s right to protection of his privacy and personal data and the right of parents to share information on their children online and their right to freedom of expression.

Keywords: social networks, parenting, personal data, digital footprint, right to be forgotten

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

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

UNIFICIRANI PRAVNI OKVIR U MATERIJU PREKOGRANIČNOG ODVOĐENJA ILI ZADRŽAVANJA UNUTAR EUROPSKE UNIJE*

Sažetak: S ciljem usklađenog i ujednačenog djelovanja u slučajevima prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djece, Europska unija poduzela je niz aktivnosti. Ostvarujući svoja unutrašnja ovlaštenja, pravno je normirala, putem europskih sekundarnih propisa – Uredbe 2201/2003 i Uredbe 2019/1111, postupanje u slučaju prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djece, osnažujući u određenim segmentima pravni okvir koji je uveden Haškom konvencijom o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece iz 1980. godine. Koristeći svoja vanjska ovlaštenja, pristupila je 2007. godine Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo, prenoseći u svoju isključivu nadležnost pitanje odobrenja pristupanja novih država već spomenutoj Haškoj konvenciji iz 1980. godine. U radu su predstavljena osnovna rješenja koja unutar Europske unije čine temelj pravnog okvira u slučajevima prekograničnog odvođenja i zadržavanja djece.

Ključne riječi: prekogranično odvođenje ili zadržavanje djece, Europska unija, Haška konvencija iz 1980., Uredba 2201/2003 i Uredba 2019/1111.

1. Uvod

Prekogranično odvođenje ili zadržavanje djece postoji u slučajevima kada se dijete, od strane jednog roditelja, ali i staraoca i bliskog člana porodice, nezakonito odvede i zadrži u inostranstvu¹, te se time ugrozi pravo na roditeljsko staranje i pravo drugog roditelja na susrete i druženje s djetetom, u transnacionalnim okvirima. Radi se o složenom problemu, koji predstavlja izvor kako pravnih, tako i političkih sukoba među državama, a koji se nastojao prevazići donošenjem unificiranih propisa na globalnom (međunarodnom) planu, koji su dodatno osnaženi u regionalnim (europskim) okvirima. Globalno promatrano, najvažniji međunarodni instrument koji uređuje oblast prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djece jeste Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice² djece iz 1980.

1 * Rad je nastao u okviru implementacije projekta „Porodičnopravne posljedice iseljavanja iz Bosne i Hercegovine: prekogranično odvođenje i zadržavanje djece“, podržanog od Federalnog ministarstva obrazovanja i nauke Bosne i Hercegovine.

Beaumont, P.R., McEleavy, P.E., The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford University Press, 1999., str. 1.

2 Samo izraz „međunarodna otmica djece“ možda nije najpogodniji jer prvenstveno asocira na nasilnu

godine (u daljem tekstu Haška konvencija iz 1980.). Pravni okvir koji je uveden Haškom konvencijom iz 1980., u slučaju prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djece, dodatno je osnažen u određenim segmentima europskim sekundarnim propisima – Uredbom 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. 1347/2000³ (u daljem tekstu Uredba 2001/2003) i Uredbom 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 djece⁴ (u daljem tekstu Uredba 2019/1111). Također, značajno je, s aspekta prostornog područja primjene Haške konvencije iz 1980., da je Europska unija postala punopravnom članicom Haške konferencije za međunarodno privatno pravo⁵ (u daljem tekstu Haške konferencija) 3. 4. 2007. godine nakon što je izmijenjen Statut Haške konferencije u junu 2005. godine⁶ te Vijeće donijelo Odluku 2006/719/EZ od 5. 10. 2006. godine o pristupanju Zajednice Haškoj konferenciji.⁷ Time je u isključivu nadležnost Europske unije prešlo pitanje odobrenja pristupanja novih država Haškoj konvenciji iz 1980. godine.

Uređenje problematike prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djece na međunarodnoj i regionalnoj razini učinkovitije je jer predviđa ujednačene uvjete i oblike suradnje te time u znatnoj mjeri olakšava vođenje građanskog postupka s međunarodnim obilježjem. U radu ćemo predstaviti osnovna rješenja, koja čine temelj pravnog okvira u slučajevima prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djece u Europskoj uniji, a sadržana su u spomenutim pravnim aktima: Haškoj konvenciji iz 1980., Uredbi 2201/2003 i Uredbi 2019/1111.

otmicu djeteta od strane neznanaca u svrhu trgovine ljudima i slično, koji podrazumijeva krivičnopravni aspekt, pa pojedini autori plediraju za upotrebu izraza „odvođenje djece“, koji se i koristi u ovome radu. Wolf-Almanasreh, R., Kindesmitnahme durch einen Elternteil, Frankfurt am Main, 1988, str. 70.; Schweppe, K., Kindesentführung und Kindesinteressen, Münster, 2001, str. 20. Ipak tvorci Haške konvencije iz 1980. su smatrali da je cjelishodno upotrijebiti upravo ovaj termin. Više u: Perez-Vera, E., Erläuternder Bericht zum HKÜ, HCCH Publications, Den Haag, 1982., br. 53. Na neprilagodенost ovoga izraza, ali i na činjenicu da se izraz „otmica djece“ ustalio u domaćem, ovdje srpskom, jeziku ukazuje i prof. Gordana Kovaček Stanić, te pledira na upotrebu pridjeva roditeljska uz termin otmica. Kovaček Stanić, G., Porodičnopravni aspekti međunarodne, roditeljske otmice djece, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LX, 2/2012., str. 78.

3 Sl. list EU L 338/1 od 23. 12. 2003.

4 Sl. list EU L 178/1 od 2. 7. 2019.

5 Glavni cilj Haške konferencije - „progresivna unifikacija“ pravila međunarodnog privatnog prava (čl. 1. Statuta), uspješno se realizira, prije svega, putem međunarodnih konvencija, a u novije vrijeme i putem pravno neobavezujućim principa koji bi služili kao model – zakon državama sudionicima pri izradi vlastitih kolizionih pravila. Do danas je usvojeno 39 konvencija, jedan protokol i jedan instrument „mekog“ prava. Inače Haška konferencija trenutno broji 84 članice, od kojih su 83 države, a jedna je „regionalna organizacija“ – Europska unije. Više o Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo na službenoj stranici ove organizacije: <https://www.hcch.net/de/home/> (10. 3. 2020.).

6 Više o procesu pristupanja u: Čolović, V., Saradnja sudova i drugih organa u građanskim stvarima u pravu Evropske unije, Beograd, 2009., str. 182 - 189. Također pogledati web stranicu Haške konferencije: www.hcch.net →governance →statute.

7 Službeni list EU 2006 L 297/1, od 5. 10. 2006.

2. Haška konvencija iz 1980.

Haška konvencija iz 1980. se smatra najvažnijim međunarodnim instrumentom kada je u pitanju prekogranično odvođenje ili zadržavanje djece. Smatra se jednom od najuspješnijih konvencija koje su nastala kao rezultat rada Haške, s obzirom da broji 101 državu ugovornicu⁸ među kojima su sve države sljednice bivše SFRJ⁹ te sve države članice Europske unije.

2.1. Cilj, svrha i pretpostavke primjene

Osnovni cilj Haške konvencije iz 1980. jeste osigurati što hitniji povratak djeteta u državu uobičajenog boravka, odnosno uspostaviti stanje koje je postojalo do momenta odvođenja djeteta.¹⁰ Realizacija ovoga cilja, odnosno što hitniji povratak u državu u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja doprinosi ostvarivanju najboljeg interesa djeteta. Iako Haška konvencija iz 1980. izričito ne navodi izraz „najbolji interes djeteta“,¹¹ prepoznala je potrebu da se najbolji interes djeteta zaštititi na određen način, navodeći u Preambuli da su države ugovornice čvrsto uvjerenе da su interesi djeteta od presudne važnosti u predmetima koji se odnose na staranje. Ona pretpostavlja da je odluka o roditeljskom staranju, koju je donio međunarodno nadležan sud države u kojoj je dijete živjelo prije odvođenja, najviše u skladu s najboljim interesom djeteta.¹² U slučaju nezakonitog prekograničnog odvođenja ili zadržavanja pravna je pretpostavka kako je u najboljem interesu djeteta da bude vraćeno u državu uobičajenog boravišta, a izuzeci od navedene opće obaveze povratka djeteta formulirani u Haškoj konvenciji iz 1980. su osnovi za obaranje pomenute pretpostavke.¹³ Ovakav pristup rješavanju problema prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djece nužan je kako bi se uspostavila ravnoteža između cilja Haške konvencije iz 1980. i najboljeg interesa djeteta kao rukovodećeg načela kojeg se sudovi moraju pridržavati pri donošenju svih odluka koje se tiču djeteta.

Spomenuti cilj doprinosi ostvarivanju svrhe Haške konvencije iz 1980., odnosno zaštititi djece od štetnih posljedica nezakonitog odvođenja ili zadržavanja u inostranstvu i zaštititi pravo na roditeljsko staranje te prava na susret i druženje

8 Zaključno s 14. 9. 2020.

9 U odnosu na Bosnu i Hercegovinu stupila je na snagu 6. 3. 1992. godine, a primjenjuje se u njoj, po osnovu izvršene notifikacije o sukcesiji, prihvatanju i pristupanju, od 23. 8. 1993. godine. Službeni glasnik RBiH 25/1993.

10 To je jasno naznačeno u čl. 1. a) osigurati što hitniji povratak djece nezakonito odvedene ili zadržane u nekoj državi ugovornici; b) osigurati da se prava na brigu i viđenje s djetetom po zakonu jedne države ugovornice stvarno poštuju u drugoj državi ugovornici.

11 O relevantnosti načela najboljeg interesa djeteta u kontekstu Haške konvencije iz 1980. više u: Pantani, A., Die Frage des Kindeswohles im HKÜ-Verfahren, Frankfurt am Main, 2012.

12 Völker, M. Die wesentlichen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zum Haager Kindesentführungsübereinkommen – zugleich ein Überblick über die Neurungen im HKÜ-Verfahren aufgrund der Brüssel IIA-Verordnung, FamRZ 2010, str. 158.

13 Ponjavić, Z., Vlašković, V., Koncept "najboljeg interesa deteta" unutar Haške konvencije o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice dece, Zbornik radova sa Naučnog skupa „Najbolji interes djeteta u zakonodavstvu i praksi“, Mostar, 2014., str. 46.

s djetetom. Također, Haška konvencija iz 1980. ima i preventivnu svrhu jer jasno poručuje potencijalnim „otmičarima“ da prekogranično nezakonito odvođenje ili zadržavanje djeteta neće dovesti do promjene foruma pred kojim će se odlučivati o roditeljskom staranju.¹⁴ Naime, hitni povratak djeteta i uspostavljanje status que ante povezano je s poštivanjem odluke o roditeljskom staranju, koja je donesena u državi uobičajenog boravišta djeteta prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. U tu svrhu, Haška konvencija iz 1980. predviđa u čl. 16. jednu tzv. „ograničavajuću klauzulu“. Njome zabranjuje sudskom ili upravnom organu države ugovornice u koju je dijete odvedeno ili zadržano da donese meritornu odluku o pravu na roditeljsko staranje, nakon što dobije obavijesti o nezakonitom odvođenju ili zadržavanju djeteta u smislu čl. 3.¹⁵

Pretpostavka za primjenu Haške konvencije iz 1980. jeste da je došlo do nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta u drugoj državi ugovornici. Odvođenje ili zadržavanje djeteta smatra se nezakonitim kad god je povrijeđeno pravo na staranje što ga je dobila osoba, institucija ili bilo koje drugi organ, kolektivno ili pojedinačno, po zakonu države u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije odvođenja ili zadržavanja, te 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 (čl. 3. st. 1.). Pri tome nije važno proizlazi li to pravo na staranje ex lege ili na temelju sudske ili upravne odluke, ili na temelju sporazuma koji ima pravni učinak po zakonu dotične države (čl. 3. st. 2.). To znači da se Haška konvencija iz 1980. primjenjuje i onda kada ne postoji formalna sudska odluka, što proširuje polje njene primjene i na one situacije kada poremećaj bračnih odnosa potakne jednog roditelj da odvede dijete iz države dotadašnjeg uobičajenog boravišta i odvede ga u drugu državu, najčešće onu čije državljanstvo ima.¹⁶ Da li je odvođenje ili zadržavanje djeteta u drugoj državi ugovornici bilo nezakonito jer je tim činom povrijeđeno pravo na staranje, procjenjuje sud države ugovornice u kojoj je dijete nezakonito odvedeno ili zadržano. Taj sud može iskoristiti mogućnost predviđenu u čl. 15. i tražiti od podnositelja zahtjeva da pribavi od organa države djetetova uobičajenog boravišta odluku ili drugo uvjerenje o tome da je odvođenje ili zadržavanje djeteta bilo nezakonito na temelju čl. 3., ukoliko se takva odluka ili uvjerenje mogu dobiti u toj državi.

14 Silberman, L. J.: Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence, International Law and Justice Working Papers, IILJ Working Paper 2005/5, str. 6. <http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Silberman-Interpreting-the-Hague-Abduction-Convention-2005.pdf> (3. 4. 2019).

15 Ako se i pored ove „ograničavajuće klauzule“ u državi ugovornici u koju je dijete odvedeno ili zadržano donese odluka o roditeljskom staranju u korist roditelja koji je odveo ili zadržao dijete, ta odluka nije razlog da se odbije povratak djeteta u državu uobičajenog boravišta prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. Više u: Gitschthaler, E., Trotz Obsorge kein Aufenthaltsbestimmungsrecht des Entführers, EF-Z 2010, 91; Pogledati odluke austrijskih sudova: OGH 11.02.2010, 5 Ob 260/09k ; OGH 20.04.2010, 4 Ob 58/10y, <https://www.ris.bka.gv.at> (3. 4. 2019.)

16 Medić Musa, I., Božić, T., Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece (1980)– *casus belli* u: Rešetar, B. (ur.) Pravna zaštita prava na (zajedničku) roditeljsku skrb, Osijek, 2012., str. 165 - 166. Rastava binacionlnog para može nagnati jednog roditelja da se, uslijed snažne porodične, emocionalne i financijske podrške te iz sigurnosnih razloga, vrati u državu čije je državljanin. Pantani, A., op. cit., str. 17.

2.2. Pojam „uobičajenog boravišta“

Hitni povratak djeteta i uspostavljanje status que ante garantira da će o svim relevantnim meritornim pitanjima vezanim uz dijete odlučivati sud njegovog uobičajenog boravišta. Haška konvencija iz 1980. ne sadrži definiciju pojma „uobičajeno boravište“, iako se radi o ključnom konceptu, već se poziva na uobičajeno boravište djeteta prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. Stoga se ovaj pojam treba autonomno tumačiti u skladu s ciljem i svrhom Haške konvencije iz 1980., neovisno o različitim konceptima prisutnim u državama ugovornicama. Dugogodišnja primjena Haške konvencije iz 1980. pokazala je da su sudovi diljem svijete imali značajnih problema prilikom tumačenja pojma „uobičajeno boravište“, posebno kada su u pitanju vrlo mala djeca, koja nužno ovise o roditelju ili staraocu. Izvjesnu pomoć u tom kontekstu pružile su im odluke viših instanci u državama ugovornicama, te posebno odluke Suda EU u postupku prethodnog odlučivanja. Naime, pojam „uobičajeno boravište“ u pravu Europske unije, iako predstavlja središnju poveznicu, nije svjesno definiran¹⁷ već je određivanje prepušteno sudskoj praksi. U slučajevima prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djece od značaja su odluke Suda EU u predmetima C-523/07 A¹⁸ i C-497/10 PPU Mercredi,¹⁹ na koje se Sud EU pozivao i u svojim kasnijim postupcima,²⁰ te odluke nacionalnih sudova više instance.²¹ Sumirajući iznesene stavove Suda EU možemo istaći da uobičajeno

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

18 Odluka od 2. 4. 2009., Službeni list EU 2009, C 141/14.

19 Odluka od 22. 12. 2010., Službeni list EU 2011, C 55/17; FamRZ 2011, str. 617. Siehr, K., Kindesentführung und EuEheVO, IPRax 4/2012, str. 316 – 320.

20 Sud EU se pozivao na ove dvije odluke i u svojim kasnijim postupcima povodom zahtjeva za prethodnu odluku, između ostalog, pojma „uobičajeno boravište“ za potrebe čl. 8. st. 1. i čl. 10. Uredbe Brüssel Iia. Pogledati odluke Suda EU u predmetima: C-376/14 PPU od 9. 10. 2014. i C-393/18 od 10. 10. 2018. Više u: Pirrung, J., EuEheVO und HKÜ: Steine statt Brot? – Eilverfahren zur Frage des gewöhnlichen Aufenthalts eines vier- bis sechsjährigen Kindes, IPRax 3/2015., str. 208 - 209., Mansel, P., Thorn, K., Wagner, R., Europäisches Kollisionsrecht 2018: Endspurt!, IPRax 2/2018., str. 107.

21 Njemački Viši okružni sud navodi sljedeće „... ako je boravak trajao šest mjeseci, prihvaća se uobičajeno boravište...“ (OLG Stuttgart – Brüssel Iia – VO (VO (EG) Nr. 2201/2003) Art. 2 Nr. 7 S. 2,8 (17. ZS – FamS -, Beschluss v. 30. 3. 2012. – 17 UF 338/11); FamRZ 18/2012, str. 1503.); Austrijski Vrhovni sud navodi da „...potvrđivanje uobičajenog boravka u Austriji nakon godinu dana boravka,....., ne predstavlja nerazumno tumačenje komunitarnog prava“

boravište odgovara mjestu u kojem je došlo do određene integracije djeteta u socijalno i porodično okruženje - sud države članice odredit će uobičajeno boravište djeteta uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, a posebno dužinu, redovnost i okolnosti boravka u državi članici, razloge boravka i preseljenja porodice u tu državu, državljanstvo djeteta, mjesto i okolnosti školovanja, poznavanje jezika, kao i porodičnu i socijalne veze djeteta s tom državom.²² Dakle, pri utvrđivanju uobičajenog boravišta djeteta bitno je da je dijete u središtu interesa, odnosno da djetetovo uobičajeno boravište korespondira s „faktičkim središtem djetetovih interesa“.^{23/24}

2.3. Povratak djeteta

Haška konvencija iz 1980. pristupa problemu prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djece na originalan način. Ona uspostavlja suradnje između država u cilju što hitnijeg vraćanja nezakonito odvedenog ili zadržanog djeteta u državu njegovog uobičajenog boravka, s namjerom da osigura da se pravo na staranje i viđanje s djetetom poštuje u državama ugovornicama.²⁵ Kako bi se uspostavio status que ante, odnosno „ispravila“ situaciju u koju je dovedeno dijete, Haška konvencija iz 1980. predviđa obavezu država ugovornice da poduzmu sve odgovarajuće mjere da na svojem području osiguraju njenu provedbu te da u tu svrhu primjenjuju najuspješnije raspoložive postupke (čl. 2.). Suradnja između država ugovornica odvija se preko centralnih organa, koji izvršavaju obveze što ih Konvencija nameće takvom organu (čl. 6.). Zadaća centralnog organa precizirana je čl. 7., a odnosi se na suradnju sa centralnim organima drugih država ugovornica i unaprjeđenje međusobne suradnje, na lociranje djeteta, na osiguranje dobrovoljnog povratka djeteta, na pružanje općih informacija o svom nacionalnom pravu, na pokretanje ili olakšavanje pokretanja postupka radi osiguravanja povratka djeteta te na poduzimanje dodatnih mjera u pojedinačnim slučajevima.

(OGH, 16. 11. 2010., 5 Ob 194/10f, iFamZ, mart 2011., str. 104.); hrvatski Ustavni sud dao je prednost stajalištu Županijskog suda u Splitu koji je odbio zahtjev za povratak djece navodeći da je nešto manje od tri mjeseca boravka djece u inozemstvu prekratko vrijeme za zasnivanje uobičajenog boravišta (Ustavni sud RH, odluka od 20. lipnja 2018., U-III -534/2018.). Kritički osvrt na ovu odluku vidjeti u: Kunda I., Uobičajeno boravište djeteta, Župan, M., (ur.), Prekogranično kretanje djece u Europskoj uniji, str. 307 – 308.

22 Nezavisna odvjetnice Kokott je u svom Mišljenju od 29. 1. 2009. godine, koje je dala Sudu EU u vezi sa predmetom C-523/07 Podnositelj A, istakla da se mora praviti razlika između uobičajenog boravišta odraslih i djece te navela da: “Uobičajeno boravište djeteta nalazi se u mjestu u kojem se, sagledavajući sve relevantne činjenične okolnosti, posebno dužinu i redovnost boravka, kao i porodične i socijalne veze, nalazi središte njegovih životnih aktivnosti“ Pirrung, J., *Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes bei internationalem Wanderleben und Voraussetzungen für die Zulässigkeit einstweiliger Maßnahmen in Sorgerechtsachen nach der EuEheVO*, IPRax 1/2011., str. 51.; Basedow, J., *Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union*, IPRax 2/2011., str. 115.

23 Predmet C-523/07 Podnositelj A.

24 Više u: Duraković, A., Demirović, R., Prekogranično odvođenje i zadržavanje djece, *Revija za ekonomiju i pravo*, Godine 20. Br. 1., Mostar 2019., str. 107 – 112.

25 Šaula, V., Dostignuća Haške konferencije za međunarodno privatno pravo u zaštiti djece – savremene tendencije, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci*, br. XXV, 2001., str. 258.

U situaciji kada je dijete odvedeno ili zadržano u drugoj državi ugovornici, ovlaštena osoba može se obratiti centralnom organu države u kojoj dijete ima uobičajeno boravište ili centralnom organu bilo koje države ugovornice za pomoć u osiguravanju povratka djeteta (čl. 8. st. 1.). Osoba koja je ovlaštena pokrenuti postupak povratka djeteta predviđen Haškom konvencijom iz 1980. je najčešće drugi roditelj, ali to može biti i bilo koja osoba, institucija ili drugi organ koje tvrdi da je odvođenjem ili zadržavanjem djeteta povrijeđeno pravo na staranje. Zahtjev za povratkom djeteta treba sadržavati sve relevantne podatke vezane za podnositelja zahtjeva, dijete i osobu za koju se tvrdi da je odvela ili zadržala dijete, činjenice na kojima se temelji zahtjev te sve raspoložive informacije o mjestu gdje se dijete nalazi (čl. 8. st. 2.). Centralni organ, nakon što zaprimi zahtjev, bez odlaganja ga dostavlja centralnom organu države ugovornice u koju je dijete nezakonito odvedeno ili zadržano, a ovaj ga dalje prosljeđuje nadležnim sudskim ili upravnim organima. Nadležni sudski ili upravni organi države ugovornice treba hitno provesti postupak za povratak djeteta i to u roku od šest sedmica od podnošenja zahtjeva za vraćanje (čl. 11.). Jedan od njegovih prvih zadataka jeste utvrditi je li osoba, institucija ili drugi organ, koji je imao pravo na staranje, u smislu odredaba Haške konvencije iz 1980., u vrijeme odvođenja, to svoje pravo faktički i ostvarivalo ili bi ga ostvarivalo da nije došlo do nezakonitog odvođenja ili zadržavanja (čl. 3. st. 1. tač. b.). U pravilu se presumira da je podnositelj zahtjeva faktički ostvarivao pravo na staranje, ali ako se utvrdi da dotična osoba to svoje pravo nije faktički ostvarivala, nadležno organ nije dužan narediti povratak djeteta.²⁶ Ako je dijete nezakonito odvedeno ili zadržano, a na dan početka postupka pred sudskim ili upravnim organom države ugovornice u kojoj se dijete nalazi je proteklo manje od jedne godine od dana nezakonitog odvođenja ili zadržavanja, takav nadležni organ naređuje hitan povratak djeteta (čl. 12. st. 1.). Obaveza nadležnog tijela da naredi povratak djeteta postoji čak i nakon proteka tog roka, osim „ako se ne dokaže da se dijete prilagodilo novoj okolini“ (čl. 12. st. 2.). Čak i u slučaju da se dokaže da se dijete prilagodilo novoj okolini, nadležni organ ima diskreciono ovlaštenje narediti povratak djeteta u bilo koje vrijeme (čl. 18.).²⁷ To ne mora, međutim, nužno značiti povratak djeteta osobi koja je podnijela zahtjev.²⁸ Naime, Haška konvencija iz 1980. ne sadrži pravila koja preciziraju konkretno mjesto povratka, određenu osobu kojoj će se dijete predati nakon povratka u državu uobičajenog boravišta te formu povratka djeteta. Dijete kojem je određen povratak u državu uobičajenog boravka može pratiti osoba koja je odvela dijete, osoba koja je podnijela zahtjev za povratak djeteta ili osoba koju je dijete odredilo.²⁹ Nakon povratka, a u zavisnosti od svih okolnosti konkretnog slučaja, dijete se može predati osobi koja je podnijela zahtjev, ali alternativno i trećoj osobi ili instituciji, do konačne odluke o pravu na staranje.³⁰ Postupak po zahtjevu za provođenje ili djelotvorno vršenje prava na susrete i viđenje odvija se na isti način kao i postupak po zahtjevu za povratak djeteta (čl. 21.).

26 Medić Musa, I., Božić, T., op. cit., str. 166.

27 Perez-Vera, E., op. cit., br. 109.

28 Pape I., Internationale Kindesentführung, Instrumente und Verfahren zur Konfliktlösung unter Berücksichtigung der Mediation, Frankfurt am Main, 2010., str. 9.

29 Ibidem.

30 Pantani, A., str. 10.

2.4. Privremene mjere

Haška konvencija iz 1980. ne sadrži posebna pravila koja se odnose na privremene mjere u postupku odlučivanja o povratku djeteta. Samo u jednom stavu navodi se da centralni organ, neposredno ili preko posrednika, poduzima sve potrebne mjere radi sprečavanja daljnjih eventualnih opasnosti za dijete ili štete za jednu od zainteresiranih stranaka, poduzimanjem ili iniciranjem privremenih mjera (čl. 7. st. 2. tač. b.). Međutim, djelovanje centralnog organa pri donošenju privremenih mjera, koje su posebno kreirane kako bi se spriječilo ponovno odvođenje ili zadržavanje djeteta, razlikuje se od države ugovornice do države ugovornice.³¹ Njihovo djelovanje, iako ograničeno propisima države, detaljnije je razrađeno u Vodiču za dobru praksu, koji je tematski posvećeno postupanju centralnih organa. Navodi se da bi centralni organ u najmanju ruku trebao biti ovlašten alarmirati druge institucije za dobrobit ili zaštitu djece da, kada je dijete izloženo riziku, poduzmu potrebne zaštitne mjere.³²

2.5. Dobrovoljno rješavanje spora i medijacija

Haška konvencija iz 1980. posebnu pažnju posvećuje dobrovoljnom rješavanju spora, te propisuje da će centralni organ, neposredno ili preko posrednika, poduzimati sve potrebne mjere za osiguranje dobrovoljnog povratka djeteta ili postizanje sporazumnog rješavanja tog pitanja (čl. 7. st. 2. tač. c.). Također, centralni organ države u kojoj se nalazi dijete poduzet će ili narediti da se poduzmu sve odgovarajuće mjere radi osiguravanja dobrovoljnog povratka djeteta (čl. 10.). Haška konferencija posebno ističe značaj medijacije kao jednog metoda postizanja sporazumnog rješenja u konfliktnim situacijama vezanim za prekogranične porodične sporove, naročito prekogranično odvođenje ili zadržavanje djece.³³ Prednost medijacije, u odnosu na sudski postupak, u slučajevima prekograničnog odvođenja ili zadržavanje djece ogleda se u samom opsegu postupka medijacije. Naime, medijacija je prikladnija jer može obuhvatiti sve aspekte konflikta, čak i pitanja koja nisu pravno relevantna, te se kao takva ne bi mogla pojaviti u sudskom postupku.³⁴ U slučaju porodičnog spora, medijacija može pridonijeti rješavanju starih, dugotrajnih porodičnih svađa u okviru kojih je trenutni konflikt samo jedan simptom.³⁵ Stoga je prihvatljivo da se u postupku medijacije u slučajevima prekograničnog odvođenja ili zadržavanje djeteta tematizira ne samo o uvjetima i modalitetima povratka ili odbijanja povratka djeteta,

31 Perez-Vera, E., op. cit., br. 91.

32 U pojedinim državama dana su ovlaštenja centralnom organu da izravno podnese zahtjev sudu za zaštitu djeteta. Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part I - Central Authority Practice, 2003., str. 52., <https://assets.hcch.net/docs/31fd0553-b7f2-4f34-92ba-f819f3649aff.pdf> (17. 3. 2020.).

33 Leitfaden auf der Grundlage des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung – Mediation, 2012., str. 13., <https://assets.hcch.net/docs/e81512d7-8352-4841-a8bd-64ff3dd83465.pdf>, (17. 3. 2020.).

34 Ibidem, str. 59.

35 Ibidem.

već i o pitanjima s dugotrajnim učincima, vezanim za roditeljsko staranje, kontakt i viđanje djeteta, te njegovo izdržavanje.³⁶ Važno je, međutim, istaći da postupak medijacije u ovim slučajevima mora biti usklađen s Haškom konvencijom iz 1980., što u konačnici implicira stroga vremenska ograničenja, a s tim u vezi i ograničenja vezana za opseg medijacije. Ne smije se izgubiti iz vida da je primarna zadaća Haške konvencije iz 1980. hitni povratak djeteta i uspostavljanje status que ante, odnosno stanja koje je postojalo prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta.³⁷

2.6. Odbijanje povratka djeteta

Haška konvencija iz 1980. predviđa određene iznimke, sadržane u čl. 13 i čl. 20., koje nadležnom organu omogućuju da odbije povratak djeteta, odnosno ne udovolji zahtjevu za povratkom djeteta. Tako sudski ili upravni organ države kojoj je zahtjev upućen nije dužan narediti povratak djeteta ako osoba, institucija ili drugi organ koji se suprotstavlja njegovu povratku dokaže da osoba, institucija ili drugi organ koje se brine o ličnosti djeteta nije stvarno ostvarivalo pravo na staranje u vrijeme odvođenja ili zadržavanja, ili da se suglasilo ili naknadno pristalo na odvođenje ili zadržavanje, ili da postoji ozbiljna opasnost da bi povratak izložio dijete fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili na drugi način doveo dijete u nepovoljan položaj, te da se dijete suprotstavlja povratku i da je ono napunilo godine i steklo stupanj zrelosti zbog čega je primjereno uzimanje u obzir njegovo mišljenje (čl. 13.). Također, povratak djeteta može se odbiti ako povratak ne bi bilo dozvoljen na osnovi osnovnih načela o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda države kojoj je zahtjev upućen (čl. 20.). Teret dokazivanja spomenutih iznimki je na osobi koja se protivi povratku djeteta, a to je najčešće roditelj koji je nezakonito odveo ili zadržao dijete. Pozivanje na iznimke diskreciono je ovlaštenje nadležnog organa, koji ih razmatra uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja.^{38/39}

3. Uredba 2201/2003

Materija prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djece, na međunarodnom planu uređena Haškom konvencijom iz 1980., našla je svoje mjesto i u pravnim instrumentima Europske unije. Iako bi rješenja Uredbe 2201/2003 u ovoj osjetljivoj materiji, po mišljenju pojedinih autora, mogla umjesto progresije izazvati regresiju,⁴⁰ značajno je, da je zakonodavac uvažio postojanje Haške konvencije iz 1980. te odredbama Uredbe 2201/2003 nadopunio postojeća konvencijska rješenja. Uredba 2201/2003, jednako kao i Haška konvencija iz 1980., nastoji preventivno djelovati te spriječiti eventualno nezakonito odvođenje ili zadržavanje djeteta unutar područja

36 Ibidem, str. 60.

37 Ibidem.

38 Blaim, K., Das Verfahren nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung und die (rechtlichen) Möglichkeiten der Einbeziehung von Mediation, Linz, 2015., str. 27.

39 Više o iznimkama u: Duraković, A., Demirović, R., op. cit., str. 112 – 115.

40 Medić Musa, I., op. cit., str. 146.

Europske unije suprotno odluci o roditeljskom staranju. Međutim, ako do odvođenja ipak dođe, cilj je osigurati što hitniji povratak u državu članicu u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja.

U uvodnom dijelu Uredbe 2201/2003, u Preambuli 17, navodi se da u slučajevima nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta, predaja djeteta trebala bi se postići bez odlaganja, pa bi se u tu svrhu i dalje primjenjivala Haška konvencija iz 1980. Preambula 18 referira se na situaciju kada sud odluči da se dijete ne predaje na temelju čl. 13. Haške konvencije iz 1980., sud bi o tome trebao obavijestiti nadležni sud ili centralni organ države članice u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište prije njegova nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. Dvije najvažnije odredbe Uredbe 2201/2003 odnose se na utvrđivanja nadležnosti u predmetima koji su povezani s roditeljskom odgovornošću u slučajevima nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta (čl. 10.) i povratak djeteta (čl. 11.) i na njih ćemo se posebno osvrnuti. Nadalje, Uredbom 2201/2003 normirano je i pitanje osnova za izricanje privremenih mjera (čl. 20.), kojim je u hitnim predmetima data mogućnost izricanja privremenih i zaštitnih mjera, u odnosu na osobu i imovinu u toj državi, sudovima države članice, čak i ako je, u skladu s ovom Uredbom, stvarno nadležan sud druge države članice.⁴¹ Uredba 2201/2003 također uređuje pitanje izvršivosti sudske odluke kojom se zahtijeva predaja djeteta (čl. 40. st. 2. tač. b.), kao i samu predaju djeteta. Predaja djeteta se kao rezultat izvršive sudske odluke donesene u državi članici, priznaje i izvršava u drugoj državi članici bez potrebe pribavljanja potvrde izvršivosti i bez mogućnosti osporavanja njezina priznavanja, ako je sudska odluka potvrđena u državi članici porijekla, u skladu sa st. 2. (čl. 42.). Suradnja između centralnih organa propisana Uredbom 2201/2003 jednako je uređena kao i u Haškoj konvenciji iz 1980. (čl. 53. – 55.), s tim da su predviđena dodatna postupanja centralnih organa u slučaju predaje djeteta. U tu svrhu Odlukom br. 2001/470/EZ uspostavljena je Europska pravosudna mreža u građanskim i trgovačkim stvarima.⁴² Na samom kraju definiran je odnos Uredbe 2201/2003 s Haškom konvencijom iz 1980., tako da u odnosima između država članica, pravila Uredbe imaju prednost nad pravilima Konvencije ako se odnose na pitanja uređena Uredbom (čl. 60. i 62.).

3.1. Nadležnost u slučajevima nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta

Pravila o nadležnosti propisana Uredbom 2201/2003 vezana su za koncept najboljeg interesa djeteta. Naime, u Preambuli 12 stoji da se nadležnost u predmetima povezanim s roditeljskom odgovornošću temelji u svjetlu zaštite interesa djeteta, posebno na kriteriju blizine, što znači da bi u prvome redu trebao biti nadležan sud država članica u kojoj dijete ima uobičajeno boravište, osim u određenim slučajevima mijenjanja djetetova boravišta ili u skladu sa sporazumom između nositelja roditeljske odgovornosti. To jasno proizlazi iz čl. 8. Uredbe 2201/2003 koji

41 Mjere iz st. 1. prestaju se primjenjivati nakon što sud države članice koji je stvarno nadležan u skladu s ovom Uredbom poduzme mjere koje smatra prikladnima.

42 Odluka Vijeća od 28. 5. 2001. o uspostavi Europske pravosudne mreže u građanskim i trgovačkim stvarima (2001/470/EZ), Službeni list L 174, 27. 6. 2001.

kao temeljnu pretpostavku međunarodne nadležnosti propisuje uobičajeno boravište djeteta u trenutku pokretanja postupka, ali predviđa i određene iznimke. Takva jedna iznimka vezana je za slučajeve prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djeteta.

3.1.1. Zadržavanje nadležnosti sudova države članice iz koje je dijete odvedeno ili zadržano

U cilju sprječavanja prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djeteta, Uredba 2201/2003 propisala je u čl. 10. da, pod određenim pretpostavkama, sudovi države članice u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja, zadržavaju svoju nadležnost za odlučivanje o meritumu predmeta. Dakle, zadržavanje nadležnosti vezano je za određenje pojma „uobičajenog boravišta“ i koncepta „nezakonitog odvođenja ili zadržavanja“.

Uredba 2201/2003 ne definira pojam „uobičajenog boravišta“, kao uostalom ni Haška konvencija iz 1980. Radi se o pojmu faktičke prirode te formalna definicija ne bi bila korisna u praksi.⁴³ S obzirom da oba pravna instrumenta imaju isti cilj - osigurati što hitniji povratak djeteta u uobičajeno mjesto boravka, normiraju jednaku materiju – prekogranično odvođenje ili zadržavanje djeteta, te polaze od temeljnog načela – najbolji interes djeteta, jasno je da tumačenje pojma „uobičajeno boravište“ treba biti jednoobrazno i usklađeno. Stoga su posebno važne odluke Suda EU, u kojima su postavljene smjernice koje bi trebale služiti nacionalnim sudovima država članica u određivanju gdje se nalazi uobičajeno boravište djeteta,⁴⁴ te odluke Suda EU u kojima je istaknuta potreba usklađenog tumačenja Uredbe 2201/2003 i Haške konvencije iz 1980.⁴⁵ U slučajevima prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djeteta, uloga Suda EU puno je veća od pukog tumača prava Europske unije, jer istovremeno tumači pojam „uobičajeno boravište djeteta“ koji je zajednički Uredbi 2201/2003 i Haškoj konvenciji iz 1980., nastojeći ujednačiti primjenu Haške konvencije iz 1980. u državama članicama.⁴⁶ U Priručniku za primjenu Uredbe 2201/2003 navodi se da tumačenje pojma „uobičajeno boravište djeteta“ treba biti u skladu s ciljevima i svrhama Uredbe, neovisno od različitih koncepata prisutnih u državama ugovornicama, već usklađeno s pravom Europske unije i za njegove potrebe.⁴⁷ Uobičajeno boravište djeteta u nekoj državi članici u određenom predmetu mora utvrditi sud uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja.

Uredba 2201/2003 definira koncept „nezakonito odvođenje ili zadržavanje djeteta“ na način vrlo sličan onome iz čl. 3. Haške konvencije iz 1980. Odvođenje ili zadržavanje djeteta je nezakonito ako je prekršeno pravo na roditeljsko staranje stečeno sudskom odlukom ili primjenom prava ili sporazumom s pravnim učinkom u skladu s pravom države članice u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno

43 Perez-Vera, E., op. cit., br. 66.

44 Odluke Suda EU u predmetima: C-523/07, C-497/10 PPU, C-376/14 PPU i C-393/18. Supra 2.2.

45 Odluka Suda EU u predmetu C 211/10 PPU *Povse* od 1. 7. 2010., Službeni list EU 2010, C 211/10.

46 Beaumont, P., Holliday, J., Recent Developments on the Meaning of “Habitual Residence” in Alleged Child Abduction Cases, Župan, M. (ur.), Private International Law in the Jurisprudence of European Courts - Family at Focus, Osijek, 2015, str. 58.

47 Praktični priručnik za primjenu Uredbe Bruxelles II.a, Europska unija, 2015., str. 25.

prije njegova odvođenja ili zadržavanja i pod uvjetom da su, u trenutku odvođenja ili zadržavanja, pravo na roditeljsko staranje bilo izvršavano, bilo zajednički ili samostalno, ili bi bilo izvršavano (čl. 2. st 11.). Tumačeći spomenuti koncept, Sud EU je odlukom u predmetu C-376/14 PPU C istakao da iz navedene definicije proizlazi da postojanje nezakonitog odvođenja ili zadržavanja u smislu čl. 2. tač. 11. Uredbe pretpostavlja da je dijete neposredno prije njegova odvođenja ili zadržavanja imalo uobičajeno boravište u državi članici porijekla odluke, te da nezakonito odvođenje ili zadržavanje proizlazi iz povrede prava na roditeljsko staranje dodijeljenoga u skladu s pravom te države članice. Također, istakao je da koncept „nezakonito odvođenje ili zadržavanje“ ne uključuje i povredu prava na kontakt i smještaj. Na kraju Sud EU zaključuje da je, u slučaju kada je odvođenje djeteta poduzeto u skladu s privremeno izvršnom sudskom odlukom koja je naknadno stavljena izvan snage sudskom odlukom kojom se boravište djeteta utvrđuje na adresi roditelja koji ostaje u državi članici porijekla odluke, zadržavanje djeteta izvan te države članice nakon donošenja spomenute druge odluke je nezakonito. Iako su stranke smatrale spornim tumačenje Haške konvencije iz 1980., Sud EU jasno je istakao kako je ovlašten tumačiti pojmove preuzete iz navedene Konvencije jer je to nužno za ujednačenu primjenu dvaju instrumenata u državama članicama.

Prema Uredbi 2201/2003 nadležnost za postupak u slučaju prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djeteta jasno je utvrđena čl. 10., te paralelni meritorni postupak u državu u koju je dijete odvedeno ili zadržano nije dopušten, jer je ona nadležna samo za odlučivanje o povratku djeteta.⁴⁸

3.1.2. Nadležnost sudova države članice u koju je dijete odvedeno ili zadržano

Uredbom 2201/2003 predviđene su dvije situacije u kojima su sudovi države članice u koju je dijete odvedeno ili zadržano (zamoljena država) nadležni za meritum. Prva situacije uvjetovana je stjecanjem uobičajenog boravišta djeteta u zamoljenoj državi članici i pristankom na odvođenje ili zadržavanje djeteta svih, koji imaju pravo na roditeljsko staranje (čl. 10. st. 1. tač. a.). Druga situacija, pored stjecanja uobičajenog boravišta djeteta u zamoljenoj državi članici, zahtijeva i da je dijete u toj državi članici živjelo najmanje godinu dana nakon što su svi koje imaju pravo na roditeljsko staranje saznali ili trebali saznati gdje se dijete nalazi, a dijete se smjestilo u novoj sredini te ispunjenje jednog od sljedećih uvjeta (čl. 10. st. 1. tač. b.): i) u roku od godine dana nakon što je nositelj prava na roditeljsko staranje saznao ili trebao saznati gdje se dijete nalazi, nikakav zahtjev za predaju nije predan nadležnim tijelima države članice u koju je dijete odvedeno ili zadržano; ii) zahtjev za predaju koji je uložio nositelj prava na roditeljsko staranje povučen je, a nikakav novi zahtjev nije podnesen; iii) zaključen je predmet pred sudom države članice u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja.; iv) donesena je sudska odluka o roditeljskom staranju koja ne podrazumijeva predaju djeteta i to na sudovima države članice u kojoj je

48 Župan, M., Drventić, M., Prekogranične građanskopravne otmice djece, Župan, M., (ur.), Prekogranično kretanje djece u Europskoj uniji, str. 353.

dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije njegova nezakonitog odvođenja ili zadržavanja.⁴⁹

3.2. Povratak djeteta

Postupak koji prethodi povratku djeteta koje je nezakonito odvedeno ili zadržano u državi članici koja nije država članica u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije njegova nezakonitog odvođenja, uređen je čl. 11. Uredbe 2201/2003. Kada sud države članice primi zahtjev za povratak djeteta u skladu s Haškom konvencijom iz 1980., on primjenjuje pravila iz Konvencije dopunjena spomenutim članom.

Prvi zadatak suca, nakon što je primio zahtjev za povratak djeteta, jeste da utvrdi postojanje nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. Već ranije smo istakli da je odvođenje ili zadržavanje djeteta nezakonito ako je prekršeno pravo na roditeljsko staranje stečeno u skladu s pravom države članice u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije njegova odvođenja ili zadržavanja. U tom kontekstu, od ključne važnosti je značenje prava na roditeljsko staranje. Uredba 2201/2003 i Haška konvencija iz 1980. pravo na roditeljsko staranje uređuju na jednak način stavljajući akcenat na pravo na određivanje djetetovog boravišta (čl. 2. st. 9. Uredbe 2201/2003 i čl. 5. tač. a. Haške konvencije iz 1980.). Međutim, važno je istaći da je značenje prava na roditeljsko staranje znatno šire od poimanja nacionalnog zakonodavca, neovisno je i mora sadržavati uvjete spomenutih pravnih instrumenata, te se njegovo postojanje i ostvarivanje mora razmatrati i u odnosu na pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života iz Povelje o temeljnim pravima (čl. 7.) i Europske konvencije o zaštiti osnovnih prava i temeljnih sloboda (čl. 8.).⁵⁰ To jasno proizlazi iz odluke Suda EU u predmetu C-400/10 PPU McB⁵¹ u kojoj je istaknuto da državi članici nije onemogućeno, na temelju čl. 7. Povelje te postojeće sudske prakse Europskog suda za ljudska prava, da propiše u svojem nacionalnom pravu da neoženjeni otac, kako bi stekao pravo na roditeljsko staranje koja bi značila da je odvođenje djeteta iz države uobičajenog boravišta nezakonito za potrebe čl. 2. st. 11. Uredbe, mora prethodno dobiti sudsku odluku kojom mu se dodjeljuje pravo na roditeljsko staranje o predmetnom djetetu.⁵² U kontekstu nezakonitog odvođenja ili zadržavanja, važno je voditi računa i o tome da li se radi o zajedničkom ili podijeljenom pravu na roditeljsko staranje. Naime, kada oba roditelja imaju pravo na roditeljsko staranje, odvođenje djeteta bez pristanka drugog roditelja smatra se nezakonitim.⁵³ U slučaju zakonitog odvođenja dolazi u obzir primjena čl. 9. Uredbe 2201/2003.⁵⁴

49 U vezi s posljednjim uvjetom važno je napomenuti da je Sud EU u predmetu C-211/10, Povese/Alpago jasno istaknuo da se ovaj uvjet tumači strogo i da predmetna sudska odluka mora biti pravosnažna sudska odluka. Stoga sudska odluka kojom se odobrava privremena ili zaštitna mjera ne ispunjava uvjet i na osnovu te odluke ne može se nadležnost prenijeti na sudove države članice u koju je dijete odvedeno. Praktični priručnik za primjenu Uredbe Bruxelles II.a, op. cit., str. 51.

50 Praktični priručnik za primjenu Uredbe Bruxelles II.a, op. cit., str. 53.

51 Odluka od 5. 10. 2010., Službeni list EU 2010, C 260/13.

52 U ovom predmetu sporna je bilo to što otac prema mjerodavnom irskom pravu nema *ex lege* pravo na roditeljsko staranje nad djecom rođenom u vanbračnoj zajednici, a što je važno u kontekstu nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djece.

53 Praktični priručnik za primjenu Uredbe Bruxelles II.a, op. cit., str. 54.

54 Čl. 9. st. 1.: Ako se dijete zakonito preseli iz jedne u drugu državu članicu i tamo dobije novo

Sud ne može donijeti odluku kojom odbija povratak djeteta ukoliko utvrdi da su poduzete sve potrebne mjere za zaštitu djeteta po njegovu povratku (čl. 11. st. 4.). Ovim rješenjem je u Europskoj uniji znatno sužen prostor za donošenje odluke kojom se odbija povratak djeteta na temelju čl. 13. st. 1. tač. b. Haške konvencije iz 1980.⁵⁵ Dakle, sud države članice dužan je donijeti odluku o povratku djeteta i u slučaju kada postoji ozbiljna opasnost da bi povratak izložio dijete fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili na drugi način doveo dijete u nepovoljan položaj, ako utvrdi da su osigurana rješenja za zaštitu djeteta nakon njegovog povratka. Pri tome, sud mora voditi računa da su nadležni organi u državi članici iz koje je dijete nezakonito odvedeno ili zadržano zaista i poduzeli adekvatne mjere zaštite. Za donošenje odluke o povratku u ovakvoj situaciji nije dovoljno postojanje zaštitnih mehanizama, već poduzimanje konkretnih zaštitnih mjera. U tom smislu, značajna je uloga centralnih organa države iz koje je dijete nezakonito odvedeno ili zadržano, jer ako sud inicira zaštitne mjere, centralni organi će biti dužni provjeriti je li zaista osigurana adekvatna zaštiti i briga te odgovarajući smještaj u državi povratka.⁵⁶

Uredba 2201/2003 nadopunila je pravila Haške konvencije iz 1980. iz čl. 13., propisujući obavezu suda države članice da tokom postupka za povratak djeteta sasluša odnosno dijete, osim ako se to čini neprikladnim zbog njegove dobi ili stupnja zrelosti (čl. 11. st. 2.). Radi se o standardu koji je uveden Konvencijom UN o pravima djeteta, a kasnije prihvaćen u dokumentima Vijeća Europe⁵⁷ i Europske unije.⁵⁸ Obaveza saslušanja je također proširena i na podnositelja zahtjeva, tako da sud države članice pred kojim se vodi postupak ne može odbiti povratak djeteta, a da prije toga ne pruži mogućnost saslušanja osobe koja zahtijeva povratak djeteta (čl. 11. st. 5.). S obzirom na hitnost postupka, saslušanje djeteta i podnositelja zahtjeva potrebno je provesti na brz i efikasan način, koristeći postojeće pravne instrumente, prije svih Uredbu 1206/2001 o suradnji između država članica na području izvođenja dokaza u građanskim i trgovačkim premetima.^{59/60}

Baš kao i Haška konvencija iz 1980., i Uredba 2201/2003 predviđa vremenski okvir od šest sedmica od podnošenja zahtjeva za povratkom djeteta, u kojem je sud države članice, djelujući što je moguće brže te koristeći najbrži raspoloživi postupak u skladu s nacionalnim pravom, dužan donijeti odluku o povratku, odnosno odbijanju povratka djeteta (čl. 11. st. 3.). Ovaj rok obuhvata i postupak izvršenja odluke.⁶¹

uobičajeno boravište, sudovi države članice djetetova prethodnog uobičajenog boravišta, iznimno od primjene članka 8., zadržavaju nadležnost i tijekom tromjesečnog razdoblja od preseljenja, u svrhe izmjene sudske odluke o pravu na kontakt donesene u toj državi članici prije djetetova preseljenja, ako nositelj prava na kontakt s djetetom, na temelju sudske odluke o pravu na kontakt, i dalje ima svoje uobičajeno boravište u državi članici prethodnog djetetova uobičajenog boravišta.

55 Župan, M., Drventić, M., op. cit., str. 369.

56 Praktični priručnik za primjenu Uredbe Bruxelles II.a, op. cit., str. 55.

57 Smjernice Vijeća Europe iz 2010. godine o pravosuđu prilagođenom djetetu, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806a450a> (13. 7. 2020).

58 Povelja Europske unije o temeljnim pravima, Službeni list EU C 202/389 od 7. 6. 2016.

59 Službeni list EU L 174/1 od 27. 6. 2001.

60 Više u Medić Musa, I., op. cit. str. 75.

61 Praktični priručnik za primjenu Uredbe Bruxelles II.a, op. cit., str. 56.

U najvećem broju slučajeva sud države članice donijeti će odluku o povratku djeteta u državu članicu iz koje je nezakonito odvedeno ili zadržano. Međutim, ukoliko sud ipak donese odluku kojom odbija povratak djeteta, Uredba 2201/2003 propisuje poseban postupak koji podrazumijeva obavezu suda da odmah, izravno ili putem svog centralnog organa, pošalje kopiju sudske odluke kojom je određeno da se dijete ne predaje i odgovarajuća pismena, posebno kopiju zapisnika sa saslušanja pred sudom, nadležnom sudu ili centralnom organu države članice u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije njegova nezakonitog odvođenja ili zadržavanja, u skladu s odredbama nacionalnog prava. Sud sva navedena pismena mora primiti u roku od mjesec dana od datuma donošenja sudske odluke kojom je određeno da se dijete ne predaje (čl. 11. st. 6.).⁶² Nakon što zaprimi dokumente, sud države članice dužan je o njima obavijestiti stranke i pozvati ih da podnesu zahtjev sudu, u skladu s nacionalnim pravom, u roku od tri mjeseca od datuma obavijesti, kako bi sud mogao razmatrati pitanje roditeljskog staranja nad djetetom (čl. 11. st. 7.). Isti sud nadležan je odlučivati o slučaju u cijelosti, odnosno u istom obimu u kojem bi odlučivao da do prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djeteta nije ni došlo. Ukoliko niti jedna stranka ne podnese zahtjev, sud države članice će zaključiti predmet. U tom slučaju, nadležnost za odlučivanje o meritumu dobivaju sudovi u državi članici u koju je dijete nezakonito odvedeno ili zadržano, ako dijete u toj državi ima uobičajeno boravište.⁶³

4. Uredba 2019/1111

Uredba 2019/1111⁶⁴, kao novi pravni instrument, posebnu pažnju posvećuje problematici prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djeteta. To je jasno vidljivo kako iz njenog naziva – ugrađen je dio „međunarodna otmica djece“, tako iz njenog sadržaja – povećan je broj preambula koje pojašnjavaju ovu materiju te je uređeno novo Poglavlje III pod nazivom „Međunarodna otmica djeteta“. Ovakav temeljit pristup smatrao se neophodnim s obzirom da je praksa u primjeni Uredbe 2201/2003 pokazala da brzo rješavanje u slučajevima prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djeteta, koje se smatra ključnim za uspješan postupak povratka djeteta, nije osigurano u svim slučajevima. U nastavku ćemo se osvrnuti na nova i dopunjena rješenja koja vrlo detaljno razrađuju pojedina pitanja, a sve s ciljem kako bi se unaprijedio i poboljšao postupak povratka djeteta.

Za razliku od Uredbe 2201/2003, koja je sadržavala samo par preambula vezanih za materiju prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djeteta, Uredba 2019/1111 posvećuje posebnu pažnju ovoj materiji nastojeći kroz značajan broj preambula pojasniti brojne dileme te predložiti državama članicama određene mjere kako bi se

62 Pitanje jezika na kojem se dokumenti trebaju dostaviti nije uređeno Uredbom 2201/2003, ali se smatra da, s obzirom na kratke rokove, prevod nije nužan ako je predmet upućen suda koji razumije jezik predmeta, a ako se pokaže da je prevod nužan, on bi mogao biti ograničen na najvažnije isprave. Ibidem, str. 59.

63 Ibidem, str. 61

64 Uredba 2019/1111 usvojena je 25. 6. 2019. godine, a primjenivat će se od 1. 8. 2022. godine.

poboljšao postojeći mehanizam povratka djece uspostavljen Haškom konvencijom iz 1980. Ograničit ćemo se samo na one preambule koje smatramo najznačajnijima. U slučajevima nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta, povratak djeteta trebao bi se postići bez odlaganja te bi se u tu svrhu i dalje trebala primjenjivati Haška konvencija iz 1980. nadopunjena ovom Uredbom, posebno Poglavlje III (Preambula 40). U preambulama koje slijede zakonodavac Europske unije predlaže državama članicama niz mjera kako bi se unaprijedio postupak predaje djeteta, a odnose se na koncentraciju nadležnosti, rokove za postupanje sudova te pravne lijekove. Tako se državama članicama predlaže da razmotre, u skladu sa svojim nacionalnim strukturama sudova, koncentriranje nadležnosti za postupke povratka u skladu s Haškom konvencijom iz 1980. na ograničeni broj sudova, a sve s ciljem bržeg rješavanja ovih postupaka.⁶⁵ Nadalje, predlaže se rok od šest sedmica za donošenje odluke sudova svakog stepena, osim ako je to nemoguće zbog iznimnih okolnosti.⁶⁶ Također, nalaže se državama članicama da razmotre ograničavanje broja pravnih lijekova na samo jedan pravni lijek na odluku kojom se odobrava ili odbija povratak djeteta u skladu s Haškom konvencijom iz 1980. (Preambula 42). Potiče se mogućnosti postizanja rješenja posredovanjem ili drugim prikladnim sredstvima, te sporazumno rješavanje problema, odnosno davanju obavezujućih pravnih učinaka sporazumu roditelja o povratku djeteta ili o tome da se dijete ne vraća kao i o drugim stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću (Preambula 43). Sudovi države članice u koju je dijete nezakonito odvedeno ili zadržano trebali bi imati mogućnost odbiti povratak djeteta u posebno opravdanim slučajevima kako je predviđeno Haškom konvencijom iz 1980. (Preambula 44). Međutim, povratak djeteta se ne bi trebao odbiti isključivo na temelju čl. 13. st. 1. tač. b. Haške konvencije iz 1980., ako stranka koja traži povratak djeteta uvjeri sud da su poduzeti prikladni aranžmani kako bi se osigurala zaštita djeteta nakon povratka ili se sud na drugi način uvjeri u to (Preambula 45). U odluci kojom odbija povratak djeteta, sud države članice u koju je dijete nezakonito odvedeno ili zadržano trebao bi izričito navesti članove Haške konvencije iz 1980. na kojima temelji odbijanje (Preambula 48), te po službenoj dužnosti izdati potvrdu, uz upotrebu odgovarajućeg obrasca iz ove Uredbe, čija je svrha obavještanje stranaka da, u roku od tri mjeseca od primanja obavijesti o odluci kojom se povratak djeteta odbija, pred sudom u državi članici u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja mogu pokrenuti postupak podnošenjem zahtjeva u pogledu merituma

65 Nadležnost bi mogla biti koncentrirana na jednom sudu za cijelu državu ili na ograničenom broju sudova, polazeći, primjerice, od broja drugostepenih sudova i koncentrirajući nadležnost za slučajeve međunarodne otmice djeteta na jedan prvostepeni sud u svakom okrugu drugostepenog suda. Preambula 41.

66 Za prvostepeni sud početak vremenskog okvira trebao bi biti trenutak pokretanja postupka pred sudom. Za sud višeg stepena početak vremenskog okvira trebao bi biti trenutak kada su poduzeti svi potrebni procesni koraci. Ovisno o predmetnom pravnom sistemu, ti bi koraci mogli obuhvaćati dostavu pravnog lijeka protustranci, u državi članici u kojoj se sud nalazi ili u drugoj državi članici, prosljeđivanje predmeta i pravnog lijeka drugostepenom sudu u državama članicama u kojima se pravni lijek mora podnijeti sudu na čiju se odluku ulaže ili zahtjev jedne od stranaka za zakazivanje saslušanja ako je takav zahtjev potreban u okviru nacionalnog prava. Preambula 42.

prava na roditeljsko staranje⁶⁷ ili, ako je pred tim sudom već pokrenut postupak, dostave sudu relevantna pismena u vezi s postupkom povratka (Preambula 49). U Preambuli 50 se navodi rok od mjesec dana u kojem bi sud, koji je donio odluku kojom odbija povratak djeteta, trebao dostaviti sudu pred kojim je toku postupak o meritumu prava na roditeljsko staranje, ako zna za taj postupak, kopiju odluke, odgovarajuću potvrdu i, ako je primjenjivo, kopiju, sažetak ili zapisnik sa saslušanja te sva druga pismena koja smatra relevantnima. Neovisno o tome je li ta odluka o odbijanju konačna ili se na nju još može uložiti pravni lijek, ona bi se mogla zamijeniti naknadnom odlukom koju je sud države članice u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja donio u postupku za roditeljsko staranje.⁶⁸ Ako odluka koja je donesena u pogledu merituma prava na roditeljsko staranje podrazumijeva povratak djeteta, za njegov povratak ne bi trebao biti potreban nikakav poseban postupak priznavanja i izvršenja te odluke u bilo kojoj drugoj državi članici (Preambula 48). Ovaj stav potvrđen je i u Preambuli 52 u kojoj se navodi da svaka odluka koja proizlazi iz postupka o meritumu prava na roditeljsko staranje te podrazumijeva povratak djeteta u tu državu članicu, treba biti izvršiva u bilo kojoj drugoj državi članici u skladu s poglavljem IV. odjeljkom 2. ove Uredbe, bez potrebe za ikakvim posebnim postupkom i bez mogućnosti protivljenja njezinu priznavanju.

Kada sud odredi povratak djeteta, trebao bi moći naložiti i sve privremene mjere, uključujući zaštitne mjere, u skladu s ovom Uredbom koje smatra potrebnima radi zaštite djeteta od ozbiljnog rizika od fizičke opasnosti ili psihičke traume do kojeg bi došlo povratkom jer bi to u suprotnom dovelo do odbijanja povratka (Preambula 46). Odluku kojom se nalaže povratak djeteta trebalo bi biti moguće proglasiti privremeno izvršivom, neovisno o pravnom lijeku, ako je povratak djeteta prije odluke o pravnom lijeku u interesima djeteta (Preambula 47).

4.1. Nadležnost u slučajevima nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta

S istim ciljem kao i njena prethodnica, Uredba 2019/1111 nastoji osigurati što hitniji povratak u državu članicu u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja, te preventivno djelovati i spriječiti eventualno nezakonito odvođenje ili zadržavanje djeteta unutar područja Europske unije suprotno odluci o roditeljskom staranju. Stoga, u postupcima o meritumu roditeljske odgovornosti u slučaju prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djece nadležnost imaju (zadržavaju) sudovi države članice u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište

⁶⁷ Stranka bi sudu pred kojim je pokrenut postupak podnošenjem zahtjeva u vezi s meritumom prava na roditeljsko staranje trebala podnijeti presliku odluke kojom se odbija povratak djeteta u skladu s Haškom konvencijom iz 1980., odgovarajuću potvrdu i, ako je primjenjivo, kopiju, sažetak ili zapisnik sa saslušanja. Time se ne sprečava da sud pred kojim je pokrenut postupak zatraži sva dodatna pismena koja smatra relevantnima, a sadržavaju informacije koje bi mogle utjecati na ishod postupka o meritumu prava na skrb, ako te informacije nisu već sadržane u odluci kojom se odbija povratak. Preambula 51.

⁶⁸ Tijekom tog postupka sve bi okolnosti, uključujući, ali ne ograničavajući se na ponašanje roditelja, trebalo temeljito ispitati uzimajući u obzir interese djeteta. Preambula 48.

neposredno prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. Rješenje iz čl. 10. Uredbe 2201/2003 zadržano je u čl. 9. Uredbe 2019/1111. Dakle, „zadnju riječ“ u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću prema djetetu ima sud države članice u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja.

Uredba 2019/111, slično kao i njena prethodnica, predviđa dvije iznimke od prethodnog pravila o zadržavanju nadležnosti. Tako će sudovi države članice u koju je dijete odvedeno ili zadržano (zamoljena država) biti nadležni za meritum u situaciji kada je dijete steklo uobičajeno boravište u zamoljenoj državi članici a, svi, koje imaju pravo na roditeljsko staranje, pristali su na odvođenje ili zadržavanje djeteta (čl. 9. st. 1. tač. a.). Također, ovi sudovi nadležni su i u situaciji kada, pored stjecanja uobičajenog boravišta djeteta u zamoljenoj državi članici, dijete u toj državi članici živi najmanje godinu dana nakon što su svi koje imaju pravo na roditeljsko staranje saznali ili trebali saznati gdje se dijete nalazi, a dijete se smjestilo u novoj sredini te je ispunjen i jedan od sljedećih uvjeta (čl. 9. st. 1. tač. b.): i) u roku od godine dana nakon što je nositelj prava na roditeljsko staranje saznao ili trebao saznati gdje se dijete nalazi, nikakav zahtjev za predaju nije predan nadležnim tijelima države članice u koju je dijete odvedeno ili zadržano; ii) zahtjev za predaju koji je uložio nositelj prava na roditeljsko staranje povučen je, a nikakav novi zahtjev nije podnesen; iii) zahtjev za povratak nositelja prava na roditeljsko staranje odbijen je iz razloga koji nisu razlozi iz čl. 13. st. 1. tač. b. ili čl. 13. st. 2. Haške konvencije i ta odluka više ne podliježe redovnom pravnom lijeku; iv) nije pokrenut postupak pred nijednim sudom u skladu s čl. 29. st. 3. i 5. u državi članici u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja; v) odluku o pravu na roditeljsko staranje koja ne podrazumijeva povratak djeteta donijeli su sudovi države članice u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja.

4.2. Poglavlje III – Međunarodna otmica djece

Već na samom početku Poglavlja III, u čl. 22. ističe se da se postupak povratka djeteta mlađeg od 16 godina, koje je nezakonito odvedeno ili zadržano u državu članicu koja nije država članica u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije njegova nezakonitog odvođenja ili zadržavanja – država porijekla, vrši u skladu s Haškom konvencijom iz 1980. nadopunjenom čl. 23. – 29. i Poglavljem IV Uredbe 2019/1111. S ciljem što hitnijeg povratka djeteta u državu porijekla zahtjeva se brzo postupanje kako centralnog organa države članice kojoj je upućen zahtjev za povratak djeteta tako njenih sudova. Centralni organ ima rok od pet dana od dana primitka zahtjeva da potvrdi njegov prijem, te da bez nepotrebnog odugovlačenja obavijesti centralni organ države članice koja je podnijela zahtjev ili podnositelja zahtjeva, prema potrebi, o početnim koracima koji su poduzeti ili će biti poduzeti u vezi s rješavanjem zahtjeva i može zatražiti bilo koja dodatna potrebna pismena i informacije (čl. 23.). Sudovima, prvog odnosno drugog stepena, ostavljen je rok od po šest sedmica od dana pokretanja postupka odnosno poduzimanja svih

potrebnih procesnih koraka – razmatranje žalbe, saslušanje itd, za donošenje odluke, osim ako je to nemoguće zbog iznimnih okolnosti (čl. 24.). Isti rok – šest sedmica predviđen je i za postupak izvršenja odluke (čl. 28.). Dakle, sveukupni rok za postupanje po zahtjevu za povratak djeteta iznosi 18 sedmica, što je značajno ublažavanje pravila od šest sedmica, koje je predviđeno za povratak djeteta u državu iz koje je nezakonito odvedeno ili zadržano prema odredbama Haške konvencije iz 1980. i Uredbe 2201/2003. Time je zakonodavac Europske unije uvažio činjenicu da rijetko koji sud donese odluku i sprovede je u roku od šest sedmica te postavio primjeren vremenski okvir za postupak po zahtjevu za povratak djeteta. Prekorači li se rok od šest sedmica u postupku izvršenja odluke, sud će na zahtjev podnositelja zahtjeva ili centralnog organa morati ponuditi obrazloženje odgode (čl. 28. st. 2.), s tim da nije predviđena sankcija za kršenje ovoga uvjeta.⁶⁹

Uredba 2019/1111 preferira alternativno rješavanje sporova te nalaže sudu da, što je prije moguće i u bilo kojoj fazi postupka, pozove stranke da sudjeluju u posredovanju ili drugom načinu alternativnog rješavanja sporova, osim ako je to u suprotnosti s interesima djeteta, nije prikladno u pojedinom slučaju ili bi se time neopravdano odgodio postupak (čl. 25.).

Mogućnost djeteta da bude saslušano tokom postupka povratka propisana Uredbom 2201/2203 (čl. 11. st. 2.) značajno je proširena u Uredbi 2019/1111. Nova rješenja govore o pravu djeteta da izrazi svoje mišljenje u postupku povratka u skladu s Haškom konvencijom iz 1980., upućujući pri tome na čl. 21. (čl. 26.). Ovo pravo djeteta, međutim, nije rezervirano samo na postupak povratka već je prošireno i na sve predmete povezane s rodteljskom odgovornošću. Dakle, sudovi država članica, u skladu s nacionalnim pravom i postupkom, djetetu koje je u stanju oblikovati svoja mišljenja pružaju stvarnu i učinkovitu mogućnost da izrazi svoja mišljenja, izravno ili putem zastupnika ili odgovarajućeg organa, obavezujući se to mišljenje uzeti u obzir u skladu s njegovom dobi i zrelosti (čl. 21.). Možemo reći da nasuprot „prava djeteta da izrazi svoje mišljenje“ stoji „obaveza organa da sasluša djeteta“. U postupku povratka djeteta, mogućnost saslušanja treba biti pružena i podnositelju zahtjeva (čl. 27. st. 1.). Također, uzimajući u obzir interes djeteta, sud treba osigurati mogućnost kontakta između djeteta i podnositelja zahtjeva (čl. 27. st. 2.). Sud ne može odbiti povratak djeteta isključivo na temelju čl. 13. st. 1. tač. b. Haške konvencije iz 1980. ako podnositelj zahtjeva uvjeri sud, ili se sud na drugi način uvjeri u to, da su poduzeti prikladni aranžmani kako bi se osigurala zaštita djeteta nakon povratka (čl. 27. st. 3.). U tu svrhu sud može komunicirati s nadležnim organima države članice u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja (čl. 27. st. 4.). Također, sud, kada nalaže povratak djeteta, može poduzeti privremene mjere uključujući zaštitne mjere kako bi se dijete zaštitilo od ozbiljnog rizika iz čl. 13. st. 1. tač. b. Haške konvencije iz 1980.,

⁶⁹ Predugo trajanje postupka za povratak djeteta razmatrao je ESLJP te u više navrata donosio odluku kojom je utvrdio da države krše pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života podnositelja zahtjeva, u skladu s čl. 8. EKLJP. Pogledati npr. odluke u predmetima Karadžić protiv Republike Hrvatske (Predstavka br. 35030/04 od 5. 12. 2005.) i Adžić protiv Republike Hrvatske (Predstavka br. 22643/14 od 12. 3. 2015.).

pod uvjetom da se ispitivanjem i poduzimanjem takvih mjera postupak povratka ne bi neopravdano odgodio (čl. 27. st. 5.). Odluka o povratku djeteta može se, ako je to u njegovom interesu, proglasiti privremeno izvršivom, neovisno o uloženom pravnom lijeku (čl. 27. st. 6.). Ako sud ipak odluči odbiti povratak djeteta na temelju čl. 13. st. 1. tač. b. ili čl. 13. st. 2. Haške konvencije iz 1980., dužan je izdati potvrdu uz upotrebu obrasca iz Priloga I., koja se ispunjava i izdaje na jeziku odluke, s tim da se može izdati i na drugom službenom jeziku institucija Europske unije koji zatraži stranka (čl. 28. st. 2.). Ako se u tom trenutku pred sudom u državi članici u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja već vodi postupak radi ispitivanja merituma prava na roditeljsko staranje, sud, ako zna za taj postupak, dužan je u roku od mjesec dana od datuma odluke, sudu te države članice proslijediti kopiju odluke, potvrdu, a prema potrebi i druga pismena koja smatra relevantnima (čl. 28. st. 3.). Spomenute dokumente sud je dužan dostaviti i u slučaju da jedna od stranaka u roku od tri mjeseca od obavijesti o odluci pokrene postupak pred sudom u državi članici u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja kako bi sud ispitao meritum prava na roditeljsko staranje (čl. 28. st. 5.). I na kraju ovoga Poglavlja, što smatramo posebno važnim, a u duhu je svih spomenutih dokumenata kojima se regulira materija prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djeteta – osigurati što hitniji povratak djeteta, jeste odredba koja propisuje da neovisno o odluci o odbijanju povratka, svaka odluka o meritumu prava na roditeljsko staranje koja podrazumijeva povratak djeteta izvršiva je u drugoj državi članici u skladu s Poglavljem IV (čl. 28. st. 6.).

5. Zaključak

Prekogranično odvođenje ili zadržavanje djeteta složen je problem, koji predstavlja izvor kako pravnih, tako i političkih sukoba među državama, a koji se nastojao prevazići donošenjem unificiranih propisa na globalnom (međunarodnom) planu, koji su dodatno osnaženi u regionalnim (europskim) okvirima. Globalno promatrano, najvažniji međunarodni instrument koji uređuje ovu materiju jeste Haška konvencija iz 1980. Pravni okvir koji je njome uveden dodatno je osnažen u određenim segmentima, na regionalnom planu, sekundarnim propisima Europske unije: Uredbom 2201/2003 i Uredbom 2019/1111.

Osnovni cilj svih spomenutih pravnih izvora jeste osigurati što hitniji povratak djeteta u državu uobičajenog boravka, odnosno uspostaviti stanje koje je postojalo do momenta odvođenja djeteta. Spomenuti cilj doprinosi ostvarivanju njihove svrhe, odnosno zaštitu djece od štetnih posljedica nezakonitog odvođenja ili zadržavanja u inostranstvu te zaštitu prava na roditeljsko staranje te prava na susret i druženje s djetetom. Također, značajna je i njihova preventivna svrha, jer se iz odredaba Haške konvencije iz 1980., Uredbe 2201/2003 i Uredbe 2019/1111 jasno iščitava poruka potencijalnim „otmičarima“ da prekogranično nezakonito odvođenje ili zadržavanje djeteta neće dovesti do promjene foruma pred kojim će se odlučivati o roditeljskom staranju.

Haška konvencija iz 1980. pristupa ovom problemu na originalan način: uspostavlja suradnju između država ugovornica posredstvom centralnih organa, određujući rok od šest sedmica za povratak djeteta, te propisujući razloge za odbijanje povratka djeteta. Uredba 2201/2003 preuzima ovaj mehanizam i dodatno ga osnažuje u određenim segmentima, posebno onim vezanim za određivanje nadležnosti u predmetima roditeljskog staranja u slučaju nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta i za povratak djeteta, insistirajući na hitnosti postupka, te obavezi saslušanje djeteta i podnositelja zahtjeva, koje je potrebno provesti na brz i efikasan način, koristeći postojeće pravne instrumente. Uredba 2019/1111 ide korak dalje u istom pravcu, ne samo dopunjujući i precizirajući pravila o nadležnosti, o rokovima za postupanje, o saslušanju djeteta, kao i o samo postupku povratka, već i predlažući određene mjere državama članicama, npr. koncentraciju nadležnosti, kako bi se poboljšao postojeći mehanizam povratka djece uspostavljen Haškom konvencijom iz 1980.

Uspostavljanje unificiranog pravnog okvira u materiji prekograničnog odvođenja ili zadržavanja djeteta unutar Europske unije učinkovitije je jer predviđa ujednačene uvjete i oblike suradnje te time u znatnoj mjeri olakšava vođenje postupka povratka djeteta.

Anita Duraković, Ph.D, Associate Professor
Faculty of Law, University “Džemal Bijedić“ of Mostar

Ramajana Demirović, Ph.D, Assistant Professor
Faculty of Law, University “Džemal Bijedić“ of Mostar

UNIFORM LEGAL FRAMEWORK IN THE MATTER OF CROSS – BORDER ABDUCTION OR DETENTION OF CHILDREN WITHIN THE EUROPEAN UNION

Summary: For the purpose of harmonized and uniform treatment of the cross-border abduction or detention of children cases, the European Union has taken a number of activities. Exercising its internal powers, it has legally regulated, through secondary European legal instruments – Council Regulation 2201/2003 and Council Regulation 2019/1111, the procedure in case of cross-border abduction or detention of children, strengthening in certain segments the legal framework introduced by The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. Using its external powers, European Union has become a member of the Hague Conference on Private International Law in 2007 transferring to its exclusive competence the issue of approving the accession of new states to the already mentioned The 1980 Hague Convention. The paper presents the elementary solutions that form the basis of the legal framework within the European Union in cases of cross-border abduction and detention of children.

Keywords: cross-border abduction or detention of children, European Union, The 1980 Hague Convention, Council Regulation 2201/2003 and Council Regulation 2019/1111.

Dr. sc. Rebeka Kotlo, vanredna profesorica
Pravni fakultet, Univerzitet „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Dr. sc. Amra Jašarbegović, vanredna profesorica
Pravni fakultet, Univerzitet „Džemal Bijedić“ u Mostaru

UNAPRJEĐENJE PRAVA I STATUSA ŽENA I DJECE U MEĐUNARODNOM PRAVU LJUDSKIH PRAVA

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.

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.

Osnovno načelo savremenog prava ljudskih prava jeste jednakost. Poštovanje i primjena načela jednakosti podrazumijeva nediskriminaciju.

Imajući na umu naprijed navedeno te unaprjeđenje prava i statusa žena i djece u međunarodnom pravu ljudskih prava, njegovom normiranju i primjeni, autorice će u radu dati prikaz i analizu normiranosti položaja, statusa i prava žena i djece u međunarodnom pravu ljudskih prava, uz osvrt na odabranu relevantnu jurisprudenciju.

Ključne riječi: ljudska prava, međunarodno pravo ljudskih prava, prava žena, prava djeteta, jednakost, ravnopravnost i nediskriminacija

1. Uvod

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.

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.

Danas je u shvatanju (međunarodnih) ljudskih prava preovladavajući internacionalistički model koji, situiran između tradicionalnog etatističkog 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

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.

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.

Osnovno načelo savremenog prava ljudskih prava jeste jednakost.

Poštovanje i primjena načela jednakosti podrazumijeva nediskriminaciju.

Stoga, imajući na umu naprijed navedeno te unaprjeđenje prava i statusa žena i djece u međunarodnom pravu ljudskih prava, njegovom normiranju i primjeni, u nastavku rada biti će dat prikaz i analiza normiranosti položaja, statusa i prava žena i djece u međunarodnom pravu ljudskih prava, uz osvrt na odabranu relevantnu jurisprudenciju.

2. Historijsko-pravni razvoj (međunarodnog prava) ljudskih prava

Prema tradicionalnoj definiciji međunarodnog prava kao prava koje uređuje odnose isključivo između nacionalnih država, koja je nakon Drugog svjetskog rata obuhvatila i razne novostvorene međuvladine organizacije priznajući im neka vrlo ograničena prava, individualna ljudska bića su smatrana prije objektima, nego subjektima i kao takvim nisu im bila priznata međunarodna subjektivna prava. "U mjeri u kojoj su države imale bilo kakve međunarodnopravne obaveze u odnosu prema pojedincima, smatralo se da se radi o obavezama prema državama čiji su

oni državljani.”¹

Iz suštine ovih teorija proizilazi zaključak da način na koji je država postupala sa svojim državljanima nije bio uređen međunarodnim pravom, nije uticao na prava drugih država, a pošto se međunarodno pravo nije primjenjivalo na povrede ljudskih prava koje je činila država protiv svojih državljana, smatralo se da je to u isključivoj nadležnosti svake države i bilo je zabranjeno drugim državama da se umiješaju ili intervenišu u korist državljana države koja ih je zlostavljala.

Ovakvo stajalište napušteno je u periodu između Prvog i Drugog svjetskog rata, ali je najznačajniji progres u internacionalizaciji i standardizaciji ljudskih prava postignut tek nakon Drugog svjetskog rata, kada dolazi, iako rijetko i nesistematično, do tzv. humanitarnih intervencija².

Ideja ljudskih prava odigrala je ključnu ulogu u borbi protiv političkog apsolutizma kasnog 18. i ranog 19. vijeka. Druga polovina XX vijeka donosi internacionalizaciju ljudskih prava, kvalitetno novu dimenziju ljudskih prava u smislu njihovog normiranja, ostvarivanja i zaštite, zahvaljujući i ujedno time čineći krupan napredak institucionalizacije međunarodne zajednice, gdje su se u okviru Organizacije ujedinjenih nacija okupile gotovo sve države svijeta, na podlozi Povelje UN-a, čiji se sadržaj bazira upravo na opredjeljenju za mir, slobode i ljudska prava.

Pravo međunarodnih ljudskih prava ima svoje historijske preteče u mnogim međunarodnopravnim doktrinama i institutima, od kojih su najznačajniji humanitarna intervencija, odgovornost države za štete strancima, zaštita manjina, sistemi mandata i manjina Društva naroda i međunarodno humanitarno pravo i može se reći da, u onom obimu u kojem su sačuvani do danas, čine sastavni dio savremenog prava međunarodnih ljudskih prava.

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. Koristeći se opštepriznatim načelom međunarodnog prava po kojem država svoj suverenitet može ograničiti ugovorom, države mogu zaključiti ugovor kojim se usaglašavaju da će svojim državljanima priznavati određena ljudska prava, i time su države, u domašaju tog sporazuma, internacionalizirale to konkretno pitanje.

1 Buergenthal, Thomas, Međunarodna ljudska prava u sažetom obliku, Sarajevo, 1998., prema Oppenheim, L., International Law, vol. 1, str. 362. (2. izd. 1912.)

2 Suština doktrine humanitarne intervencije koju je još u 17. vijeku izložio Hugo Grotius je u postavci da je zakonita upotreba sile od jedne ili više država radi zaustavljanja neke države u zlostavljanju njenih državljana, kada je to zlostavljanje bilo „toliko brutalno i rašireno da vrijeđa savjest zajednice naroda“. Iako u prošlosti nerijetko zloupotrebljavana i korištena kao izgovor za okupaciju ili invaziju slabijih država, doktrina humanitarne intervencije prva je izrazila ideju o postojanju granice slobode država prema svojim državljanima u međunarodnom pravu. (Vidjeti šire: Buergenthal, Thomas, Međunarodna ljudska prava u sažetom obliku, Sarajevo, 1998., str. 37.)

Međunarodna ljudska prava danas se prihvataju ne samo kao tema o kojoj se jako često raspravlja u velikom broju zemalja, nego i kao uobičajen dio međunarodnih odnosa.

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 i li se od nje traži djelovanje u cilju zaštite ljudskih prava. Ljudska prava su jedan od najizražajnijih indikatora prema kojima se određuje karakter države. Prema modernoj ustavnopravnoj i političkoj teoriji, za određivanje jednog ustavnog, odnosno političkog sistema, najvažnije je kakav položaj u tom sistemu ima čovjek (građanin), tj. kako je u tom sistemu određen odnos: vlast - čovjek (građanin). "Ustavni položaj ljudskih prava, u demokratskoj državi morao bi ispunjavati slijedeće premise: u ustavnom poretku države ljudska prava moraju imati apsolutni prioritet, kako u pogledu svoje egzistencije, tako i u pogledu svoje zaštite, ustavni poredak mora osigurati ustaljenu interpretaciju u vezi sadržine i opsega ljudskih prava, kako bi se u toj sferi izbjegla arbitrarnost i proizvoljnost u tumačenju, ljudska prava moraju imati efikasnu institucionalnu zaštitu i eventualne promjene u sferi ljudskih prava (promjena interpretacije, ograničavanje starih, uvođenje novih ljudskih prava) mora biti rezultat racionalne i demokratske rasprave i procedure uz jednako reprezentiranje interesa svih članova političke zajednice."³

Ujedinjene nacije i druge međunarodne organizacije, tokom mnogih godina nakon osnivanja, bile su uglavnom orijentisane na individualna prava, nediskriminaciju i jednaku zaštitu, dok su slabo interesovanje pokazivale za zaštitu prava manjina.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima je usvojena 1948. godine od Generalne skupštine UN-a kao rezolucija koja nema pravnu snagu, ona nije ugovor.

Međutim, tokom decenija, od njenog osnivanja do danas, Deklaracija je doživjela snažnu transformaciju, tako da su danas rijetki pravници koji bi poricali da je "Deklaracija normativni instrument koji stvara barem neke, pravne obaveze za države članice UN-a".⁴ U središtu rasprava o njenom pravnom karakteru nisu tvrdnje da Deklaraciji nedostaje bilo kakva pravna snaga, nego pitanje da li su ljudska prava koja ona proklamira obavezujuća i pod kojim okolnostima, kao i pitanje izvora njenog obavezujućeg karaktera: da li je to njen status autoritativnog tumačenja obaveza prema ljudskim pravima sadržanim u Povelji UN-a, njen status običajnog međunarodnog prava, ili njen status općeg načela prava. Dva međunarodna sporazuma o ljudskim pravima: Pakt građanskim i političkim pravima i Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine, koji zajedno sa Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima čine, kako se to ponekad naziva, Međunarodnu povelju o ljudskim pravima (Međunarodni zakonik o ljudskim

³ Pabrić, Nurko, Ustavno pravo, Mostar, 2000., str. 381.

⁴ Buergenthal, Thomas, nav. djelo, str. 33.

pravima), predstavljaju autoritativni dokument o međunarodnim normama ljudskih prava i standardima ponašanja kojima bi sve zemlje trebalo da teže. Međunarodni paktovi o ljudskim pravima, odnosno Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. usvojeni od Generalne skupštine UN-a, kao ugovori stvaraju pravne obaveze za države ugovornice, što znači da u odnosu na njih, pitanja koja se odnose na poštovanje i uživanje prava zagwarantovanim Paktovima, postaju pitanja međunarodnog značaja i time izlaze iz domena njihove unutrašnje jurisdikcije. Kao ugovori, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, stvaraju pravne obaveze za države ugovornice, što znači da u odnosu na njih, pitanja koja se odnose na poštovanje i uživanje prava zagwarantovanih Paktovima postaju pitanja međunarodnog značaja i time izlaze iz domena njihove unutrašnje jurisdikcije

Kako bi se zajednički usaglasilo koja se sve prava imaju smatrati "ljudskim pravima" i kako ih najefikasnije štiti, Vijeće Evrope je koncipiralo "Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda." Osim što preuzima i potvrđuje sva ljudska prava nabrojana u Univerzalnoj deklaraciji i obezbjeđuje efikasne mehanizme za njihovu zaštitu, Konvencija uvodi u međunarodno pravo jednu do tada potpuno nepoznatu novinu. Konvencijom je, u cilju što potpunije zaštite prava čovjeka i polazeći od toga da suverenost mora odstupati pred zaštitom prava pojedinca, napravljen izuzetak od opšteg i generalno važećeg pravila međunarodnog prava da pojedinac ne može da se spori sa državom pred nekim međunarodnim sudskim organom, a pogotovu je bilo nezamislivo da se državljanin neke zemlje pojavljuje ravnopravno sa vlastitom državom kao stranka u sporu pred međunarodnim sudom. Države potpisnice Evropske konvencije o ljudskim pravima su se obavezale da će u skladu sa svojom jurisdikcijom osigurati svakom pojedincu zagantovana građanska i politička prava i slobode utvrđene Konvencijom. Historijski i bez presedana korak u međunarodnom pravu, napravljen Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, predstavljala je saglasnost suverenih država da dozvole da nadnacionalni sud revidira sudske odluke domaćih pravosuđa i da one budu obavezujuće u odnosu na njegove presude, koje mogu podrazumijevati zahtjev da određena država mijenja zakone i plaća kompenzacije, čime u praksi zaživljava teorija o fundamentalnom karakteru ljudskih prava, izdizanjem prava iznad zakona i prakse jedne države. „Konvencija, kao prvo, sadrži obavezu za države-članice Savjeta (ratifikacija Konvencije je uslov za prijem u članstvo) da u određenom roku usaglase svoje zakonodavstvo sa odredbama Konvencije, a, potom, one su obavezne da prihvate nadležnost organa Savjeta, političku, ali i sudsku, kad je reč o nadzoru nad poštovanjem prava unetih u Konvenciju. Svako lice koje se nađe na teritoriji države-članice Savjeta (dakle, ne samo državljani zemalja koje su Konvenciji pristupile, već čak i apatridi ili osobe koje dolaze iz država koje se Konvencijom nisu obavezale što je takođe u međunarodnom pravu izuzetak od opšteg pravila da pogodnosti iz nekog međunarodnog ugovora mogu koristiti

samo državljani države ugovornice, a smatra da su mu prava zagantovana Konvencijom prekršena, može, pošto je iscrpelo sve pravne lekove u zemlji u kojoj je bilo žrtva prekršaja, da se obrati organima Saveta Evrope, pa pod određenim uslovima i Evropskom sudu za ljudska prava, kako bi njegovo pravo koje je data država prekršila bilo zaštićeno, a ono samo dobilo odgovarajuću reparaciju.”⁵ Kasnije je Vijeće Evrope dopunilo Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda ostalim tekstovima kao što su: Evropska socijalna povelja i Evropska konvencija o sprječavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretiranja ili kažnjavanja.

Sedamdesetih godina dolazi do eksplicitnog uvođenja ljudskih prava u spoljnu politiku i značajnog porasta broja i opsega djelovanja nevladinih organizacija za ljudska prava u čijem fokusu su aktivnosti odbrane žrtava kršenja ljudskih prava, objavljivanje kršenja ljudskih prava i lobiranje za promjenu prakse država i međunarodnih organizacija.

U domenu ljudskih prava, tokom osamdesetih godina, istaknute su multilateralne, bilateralne i nevladine aktivnosti, te dalji razvoj i institucionalizacija.

Devedesete godine karakterišu kontinuitet i promjene u posthladnoratovskom periodu.

Na rastuću snagu ideje međunarodnih ljudskih prava ukazuje i donošenje same odluke o potrebi održavanja Svjetske konferencije o ljudskim pravima.

Ipak, zaštita ljudskih prava na međunarodnom planu, s obzirom na to da se provodi na način i u skladu sa pristankom države članice, može biti ostvarena posrednim putem: dovođenjem države u situaciju da promijeni postojeću praksu pod političkim pritiscima sadržanim u ocjeni podnesenih izvještaja, traženju pojašnjenja, dodatnih informacija, upoređivanjem i ispitivanjem podataka o kršenjima ljudskih prava dobivenih iz drugih izvora i animiranjem međunarodne javnosti.⁶

Međunarodni odnosi zasnovani su na zakonskoj fikciji o isključivoj jurisdikciji države nad svojom teritorijem, stanovnicima, bogatstvima i relevantnim dešavanjima i većina osnovnih međunarodnih normi, pravila i prakse polazi od premise suverenosti i formalne jednakosti suverenih država.

U modernoj demokratskoj državi suverenitet koji se izražava kroz samostalni pravni poredak države, prije svega kroz ustav, važećim normama međunarodnog prava posebno u segmentu ljudskih prava, koje se odnose na sve države jednako i gdje je princip suverene jednakosti država predviđen i u Povelji UN-a, u suštini ostaje nedirnut.

Moderni međunarodni sistem često neosnovano datiran u 1648. godinu kada je Vestfalskim sporazumom okončan tridesetogodišnji rat, zasnovan je na suverenitetu država što je imalo za neposrednu posljedicu odsustvo ljudskih

5 Obradović, Konstantin, Pravna država i ljudska prava, Beogradski centar za ljudska prava, www.management.org.you/obradov2.php, str. 6.

6 Vidjeti šire: Bakšić-Muftić, Jasna, Sistem ljudskih prava, Sarajevo, 2002., str. 277.

prava iz prva tri vijeka savremenih međunarodnih odnosa.

Upravo slabost sistema međunarodne zaštite ljudskih prava jeste ograničenost svake ozbiljnije intervencije međunarodnih organa u pogledu zaštite ljudskih prava suverenitetom države, pa je put zaštite u principu moguć stvaranjem političkog pritiska koji je sadržan u ocjeni podnesenih izvještaja.

Suverenost države je još uvijek čvrsta i legitimna. Znatno je ograničena ustavnim, odredbama i načelima međunarodnog prava, prava ljudskih prava i poštovanjem unaprijeđenja civilnog društva. Međutim, zemlje koje se nađu na meti pritiska međunarodnih ljudskih prava i dalje se pozivaju na državni suverenitet. Bitno je i ohrabrujuće naglasiti da danas većina zemalja prihvata da su ljudska prava legitimna briga ne samo države, nego i drugih država i međunarodnih organizacija.

Reći da postoji opšta prihvaćenost osnovnih principa ljudskih prava na državnom i međunarodnom nivou ne podrazumijeva i istovjetnost shvatanja o njihovoj prirodi i obimu primjene. Još su i danas prisutna teorijska razilaženja o porijeklu, opravdanosti, značaju i načinu primjene pojedinih ljudskih prava.

Međunarodna ljudska prava danas se prihvataju ne samo kao tema o kojoj se jako često raspravlja u velikom broju zemalja, nego i kao uobičajen dio međunarodnih odnosa.

3. Unaprijeđenje prava i statusa žena u međunarodnom pravu ljudskih prava, sa fokusom na zabranu diskriminacije i ravnopravnost spolova

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 ili posredno. Sistematska diskriminacija je posljedica raznorodnih faktora i prakse institucija koji zajedno dovode do diskriminacije neke od zaštićenih grupa.⁷

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.

⁷ Vidjeti više: Zorić, J., Dičić, N., Petković, N., Radna prava žena u Srbiji, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2018., str. 14. i 15.

Diskriminacija je uslovljena ne samo stepenom demokratskog razvoja samog društva, već i mjerama koje se poduzimaju u cilju sprječavanja 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.

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.⁸

8 Najznačajniji dokumenti koji čine međunarodni i evropski pravni okvir za ostvarivanje zabrane diskriminacije i ravnopravnost spolova su: Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966), Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966), Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena - CEDAW (1979), Opća preporuka 19 UN-ovog Komiteta za suzbijanje svih oblika diskriminacije nad ženama (1992), Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1969), Konvencija o pravima djeteta (1989), Deklaracija Ujedinjenih nacija o uklanjanju nasilja nad ženama - DEVAW (1993), Pekinška deklaracija s Platformom za akciju (1995), Milenijumski razvojni ciljevi (1990-2015)/Milenijumska deklaracija UN-a (2000), Program za održivi razvoj do 2030. godine (Sustainable Development Goals - SDG), Konvencija o pravima osoba s invaliditetom (UN, 2006), Rezolucija UN-a 1325 Žene, mir i sigurnost (2000), Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950) i dodatni protokoli, Evropska socijalna povelja (1961, 1966), Konvencija Vijeća Evrope o zaštiti djece od seksualnog izrabljivanja i seksualnog zlostavljanja (2007), Konvencija Vijeća Evrope o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i porodičnog nasilja (CAHVIO, Istanbul, 2011), Evropska konvencija za prevenciju torture, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, Deklaracija o ravnopravnosti žena i muškaraca Vijeća Evrope (1988), Preporuke Vijeća Evrope iz oblasti ravnopravnosti žena i muškaraca, Konvencija o zabrani trgovine ljudima i iskorištavanju prostitucije drugih, 1949., Konvencija o političkim pravima žena, 1952., Konvencija o državljanstvu (statusu) udatih žena, 1957., Konvencija o pristanku na brak, minimalnoj dobi za brak i registriranju brakova, 1962. Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena – CEDAW, 1979. sa Opcionim protokolom, 1999. Konvencija o pravima djeteta, 1989., EU Gender Roadmap 2006-2010, Preporuka Rec 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

Rodno zasnovano nasilje je kršenje ljudskih prava žena i oblik diskriminacije nad ženama, te predstavlja istovremeno uzrok i posljedicu nejednakih odnosa moći među muškarcima i ženama. Nasilje nad ženama je bilo kakav akt nasilja koje se temelji na rodu i spolu, a koji kao posljedicu ima, ili je vjerojatno da će imati, fizičku, seksualnu ili psihološku štetu ili patnju žena, uključujući prijetnje takvim radnjama, prisilu ili samovoljno lišavanje slobode, bilo u javnom ili privatnom životu (*Deklaracija Ujedinjenih nacija o uklanjanju nasilja nad ženama – DEVAW, 1993*).

Izraz “rodno zasnovano nasilje“ se često koristi naizmjenice s pojmom “nasilje nad ženama“. Termin se, također, koristi da se ukaže na dimenzije u okviru kojih se događa nasilje nad ženama: podređen status žena (ekonomski i društveni) čini ih osjetljivijima na nasilje i “doprinosi atmosferi u kojoj se prihvaća, opravdava, pa čak i očekuje nasilje nad ženama“.⁹

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

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 djetom 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 rudnicama svih kategorija (1935.), Konvencija 89 o nodnom radu žena u industriji (revidirana 1948.), Konvencija 100 o jednakom nagrađivanju muške i ženske radne snage za rad jednake vrijednosti (1951.), Konvencija 103 o zaštiti materinstva (revidirana 1952.), Konvencija 111 o diskriminaciji u pogledu zapošljavanja i zanimanja (1958.), Konvencija 156 o jednakim mogućnostima i tretmanu za radnike i radnice - radnici sa porodičnim obavezama (1981.).

9 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

analiza, CEDAW Komitet je u julu 2017.godine usvojio novu Generalnu preporuku, koja se nastavlja na prethodni ključni dokument Opće preporuke broj 19.

Nova Opća preporuka broj 35 (GR 35) potvrđuje posvećenost UN-a svijetu bez nasilja za sve žene i djevojke. Tako GR 35 definira „rodno zasnovano nasilje“ kao socijalni problem, koji zahtijeva sveobuhvatne odgovore i „jedno od osnovnih društvenih, političkih i ekonomskih sredstava kojima se podstiče podređeni položaj žena u odnosu na muškarce i njihove stereotipne uloge“. Nasilje nad ženama je „kritična prepreka za postizanje suštinske jednakosti između žena i muškaraca i kršenje ženskih ljudskih prava“. Ona se manifestuje u beskonačnosti višestrukih, međusobno povezanih i ponavljanih oblika, uključujući kršenje ženskog seksualnog i reproduktivnog zdravlja i prava, podržanih od strane mnogobrojnih faktora, među kojima su i ideologija muškog prava i privilegija nad ženama.

GR 35 prepoznaje i nove oblike nasilja nad ženama i djevojčicama, redefinirane kroz „tehnološki-vođenu“ sredinu, kao što su savremeni oblici nasilja koji se javljaju na internetu i digitalnim prostorima“.

Rodno zasnovano nasilje je strukturni problem koji je duboko ukorijenjen u nejednakim odnosima moći između muškaraca i žena. Takvo nasilje je ovdjekovječeno štetnim društvenim i kulturnim očekivanjima o rodnim 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.¹⁰

Nasilje u porodici predstavlja još jednu oblast u kojoj se Evropski sud za ljudska prava bavio diskriminacijom po osnovu spola.

Porodično nasilje (nasilje u porodici) označava svako djelo fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja do kojeg dođe u porodici ili domaćinstvu, odnosno između bivših ili sadašnjih supružnika odnosno partnera, neovisno od toga da li počinitelj dijeli ili je dijelio isto domaćinstvo sa žrtvom.¹¹

Primjeri djela rodno zasnovanog nasilja dokumentirani u Istočnoj Evropi i Centralnoj Aziji¹²

10 *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.

11 Član 3b, *Vijeće Evrope: Konvencija o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici*, Istanbul, 2011.

12 Tabela daje pregled primjera rodno zasnovanog nasilja koje je dokumentirano u EECA regiji. Ovdje nisu uključena nasilja u porodici i nasilja intimnog partnera u svojih nekoliko oblika, koji su pokriveni različitim nacionalnim studijama o rasprostranjenosti. Ova tabela nije konačna; niti implicira da su određeni oblici uobičajeni samo u EECA regiji i/ili samo u zemljama koje su navedene kao primjeri. (Jačanje odgovora zdravstvenog sistema na rodno zasnovano nasilje u Istočnoj Evropi i Centralnoj Aziji, Resursni paket, UNFPA-WAVE, prevod na BHS jezike, 2014.)

Oblik nasilja	Definicija	Primjeri zemalja
Otmica mladenke i drugi oblici prisilnog braka	Otmica mladenke je čin uzimanja žene ili djevojke protiv njene volje putem prevare ili sile i upotrebom fizičke ili psihičke prisile kako bi je se natjeralo da se uda za jednog od njenih otmičara (HRW 2006). Prisilni brak je zajednica dviju osoba od kojih barem jedna nije dala svoj puni i slobodni pristanak na brak (VE PA 2005).	Kazahstan, Kirgistan, Turska
Rani brak/dječji brak	Dječji brak je zajednica dviju osoba od kojih je barem jedna od njih mlada od 18 godina starosti (VE PA 2005).	Zapaženo u većini zemalja regije
Pristrasan odabir spola u korist muške djece	Izbor spola se može desiti prije nego što se utvrdi trudnoća, tokom trudnoće kroz prenatalno otkrivanje spola i selektivnog pobačaja ili nakon rođenja djeteta kroz čedomorstvo ili zanemarivanje djeteta (OHCHR /UNFPA/UNICEF/UN Women/SZO 2011).	Albanija Armenija Azerbejdžan Gruzija
Zlostavljanje i mučenje u pritvoru	Nasilje počinjeno nad ženama u pritvorskim jedinicama (npr. policijskim stanicama, zatvorima, imigracijskim centrima). Oblici takvog nasilja nad ženama u pritvoru su: seksualno nasilje, uključujući i silovanje; neprimjereno posmatranje tokom tuširanja ili presvlačenja; intimna pretraga (<i>eng. strip search</i>) provedena od strane ili u prisustvu muškaraca; i verbalno seksualno uznemiravanje, ili zahtjevi za seksualne činove u zamjenu za povlastice, robu ili osnovne životne potrepštine (Generalni sekretar UN 2006). Nadalje, sigurnosne snage mogu koristiti zlostavljanja, vansudsko izvršenje, mučenje, silovanja ili seksualno zlostavljanje u pritvoru kako bi natjerali žene da otkriju gdje se nalaze muških rodaci ili za „priznanje“ zločina (Specijalni izvjestitelj UN VAW 2006).	Zapaženo u većini zemalja regije
Ubistva iz časti	Praksa u kojoj žene i djevojke osumnjičene za ukaljanu čast njihove porodice zbog ponašanja mogu biti ubijene od strane brata, oca, strica ili drugog rođaka koji na taj način vraćaju čast. Ubistva iz časti se izvršavaju u slučajevima silovanja, nevjere, flerta ili bilo kojeg drugog slučaja koji se percipira kao kaljanje porodične časti, a ženu tada ubija muški rođak kako bi vratio ukaljano ime porodice u zajednici. Samo i navod o povredi se smatra dovoljnim da ukalja čast muškarca ili porodice, te je stoga dovoljno da opravda ubistvo žene. Muškarci koji počine takva ubistva obično prolaze nekažnjeno ili dobiju umanjene kazne (UN Women Centar za virtualno znanje).	Albanija Turska
Seksualno uznemiravanje na radnom mjestu	Uznemiravanje osobe zbog njenog ili njegovog spola, kao i nepoželjno seksualno udvaranje ili drugi vid sudjelovanja u seksističkim praksama koje uzrokuju gubitak prihoda žrtava, duševnu bol i sl. (UN Women Centar za virtualno znanje).	Zapaženo u većini zemalja regije

Seksualno nasilje kao oružje rata	Seksualno nasilje koje se koristi ili naručuje kao taktika rata kako bi namjerno ciljali na civile ili kao dio rasprostranjenog ili sistemskog napada na civilno stanovništvo (Vijeće sigurnosti 2008).	Zapaženo u većini zemalja regije
Samoubistva počinjena nakon iskustava nasilja u porodici; samoubistvo potaknuto od članova porodice	Samoubistva koja žene počine kako bi pobjegle od nasilja i ugnjetavanja, ponekad potaknute pritiskom članova porodice u cilju poštivanja „propisnog” ili „časnog” ponašanja. U nekim slučajevima, zabilježeni slučajevi samoubistva mogu biti prikrivena ubistva (Specijalni izvjestitelj UN VAW 2007).	Zapaženo u većini zemalja regije
Trgovina ženama	Zapošljavanje, prevoz, transfer, skrivanje ili prijem žena, pomoću prijetnje ili upotrebe sile ili drugih oblika prisile, otmice, prijevare, obmane, zloupotrebe ovlasti ili položaja bespomoćnosti ili davanje ili primanje uplata ili koristi kako bi se postigla pridobivanje osobe za kontrolu nad ženom, u svrhu iskorištavanja. Iskorištavanje uključuje, u najmanju ruku, iskorištavanje prostitucije drugih ili drugi oblici seksualnog iskorištavanja, prisilnog rada ili usluga, ropstvo ili prakse slične ropstvu, podčinjavanje ili odstranjivanje organa (UN 2000).	Zapaženo u većini zemalja regije
Nasilje i uznemiravanje počinjeno protiv seksualnih radnica	Primjena uznemiravanja ili nasilja, bilo psihičkog, fizičkog, seksualnog ili ekonomskog, protiv prodavateljica seksualnih usluga. Seksualno nasilje, također, može uključivati prisiljavanje na spolni odnos bez korištenja kondoma (PROI 2011).	Zapaženo u većini zemalja regije

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.

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.¹³

13 Ravnopravnost polova u političkom i javnom životu (član 7) zahtjeva eliminisanje diskriminacije žena koja je u ovoj oblasti evidentna. To je obaveza države koja je dužna da garantuje jednaka prava kao i da izgradi i obezbjedi jednake uslove i stvori jednake mogućnosti (ne samo normativne već i faktičke) za reprezentovanje žena i muškarca u političkim institucijama, administrativnim i javnim službama kao i da omogući aktivno učešće žena u kreiranju politike i odlučivanju o svim društvenim pitanjima. Konvencija utvrđuje obavezu države da preduzima mjere (uključujući i zakonodavstvo) za sprječavanje trgovine ženama, eksploatacije i prostitucije (član 6).

Konvencija garantuje pravo žena na obrazovanje i jednaku dostupnost ovog prava za žene i muškarce (član 10). Jednaki uslovi obrazovanja uključuju sve nivoe obrazovanja i sve vrste zanimanja (obrazovni profili). Jednake mogućnosti pristupa obrazovanju pretpostavljaju i uključuju pristup istim nastavnim planovima, programima i ispitima, istim školama i opremi kao i nastavno osoblje sa kvalifikacijama istog standarda. Princip jednakih mogućnosti u domenu obrazovanja odnosi se i na jednake uslove korišćenja stipendija i plaćenog školovanja; pristup programima kontinuiranog obrazovanja kao i specifičnim obrazovnim informacijama (npr. zdravlje, porodica i planiranje porodice); učešće u sportu i fizičkom obrazovanju.

U nesumnjivo najvažnijoj oblasti – zapošljavanju, Konvencija (član 11) garantuje određena prava žena i definiše obaveze države na ovom području kako bi se omogućilo efektivno korišćenje ovih prava. Među pravima u oblasti zapošljavanja garantuju se pravo na rad kao neotuđivo pravo, jednaki uslovi zapošljavanja za žene i muškarce; sloboda izbora profesije i zaposlenja; pravo na unapređenje na poslu, jednake mogućnosti za napredovanje na poslu, sigurnost i sve beneficije vezane za uslove rada, pravo na obuku i dokvalifikaciju, pripravnički staž kao i pravo na jednake mogućnosti za stručno usavršavanje, jednaka naknada za rad jednake vrednosti, jednake beneficije i tretman za jednak rad; ravnopravan tretman za procenu kvaliteta rada, socijalno 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) akcenat je na obavezama države - da eliminiše diskriminaciju žena u oblasti zdravstvene zaštite preduzimanjem posebnih mjera koje će doprinjeti efektivnom ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu, ravnopravan pristup zdravstvenim uslugama, posebno onim u vezi sa planiranjem porodice, posebne zdravstvene usluge koje se odnose na trudnoću, porođaj, postporođajni period kao i besplatne usluge tamo gdje je neophodno.

U domenu socijalne zaštite obaveza je države da eliminiše diskriminaciju žena, stvori jednake mogućnosti i postavi jednake uslove ostvarivanja prava na porodične beneficije, prava na bankarske pozajmice, hipoteke i finansijske kredite, prava na učešće u rekreativnim aktivnostima, sportu i svim vidovima kulturnog života. Zbog izuzetno teškog položaja seoskih žena Konvencija (član 14) posvećuje ovom problemu posebnu pažnju. Konvencija garantuje posebna prava seoskih žena i stavlja akcenat na definisanje obaveza države da preduzima mjere za poboljšanje položaja seoskih žena.

Konvencija garantuje: pravo žena da učestvuju u razradi i primeni planova razvoja, pristup zdravstvenim ustanovama, savjetovaništima i službama za planiranje porodice, pravo na obrazovanje, osposobljavanje, opismenjavanje i tehničku osposobljenost, prava u oblasti ekonomije i zapošljavanja, zadrugarstvo, grupe za samopomoć, pristup kreditima i poreskim olakšicama, pravo na odgovarajuće uslove života i stanovanja, pravo na učešće u svim aktivnostima u zajednici i dr.

Konvencija posebno naglašava nužnost zakonskog garantovanja jednakosti žena i muškaraca pred zakonom.

2006. godine Generalna skupština UN-a usvojila je Temeljna načela¹⁴ 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.¹⁵

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“.

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.

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 šticienička prava i odgovornosti prilikom odlučivanja o usvajanju dece uz stavljanje interesa djece na prvo mjesto.

14 Rezolucija br. 60/147 (2006).

15 Kako da prava postanu realnost – Nasilje nad ženama u oružanom sukobu, str. 17. Amnesty International, 2004.

Formulacija člana 14 ukazuje na to da je on ograničen na diskriminaciju koju neko doživi u vezi sa nekim drugim materijalnim pravom zajemčenim Konvencijom.

To znači da se podnosilac predstavke ne može na njega pozvati i tvrditi da je žrtva diskriminacije kao povrede same po sebi, već da on mora biti vezan za neko drugo zaštićeno pravo.

Unaprjeđenje ravnopravnosti spolova danas jedan od glavnih ciljeva država članica Vijeća Evrope. Spol danas spada u zaštićene osnove od centralnog značaja u okviru zabrane diskriminacije prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Evropski sud za ljudska prava je ovo prvi put jasno izrekao u predmetu Abdulaziz, Cabales and Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva¹⁶ u kojem je nekoliko ljudi osporavalo imigraciona pravila Velike Britanije, po kojima je muškarcima bilo lakše da dovedu svoje supruge u Veliku Britaniju nego ženama da dovedu svoje muževe. Sud je utvrdio povredu člana 14. u vezi sa članom 8. i zauzeo stav da moraju postojati izuzetno značajni razlozi kako bi se mogla opravdati razlika u postupanju koja je isključivo ili u odlučujućoj mjeri zasnovana na spolu. "Praktični značaj ovakvog naglašenog razumijevanja spola kao zaštićenog osnova ogleđa se u tome da je za države izuzetno teško opravdati diskriminaciju na osnovu spola. ESLJP smatra da bi država za to morala navesti razloge od velike težine."¹⁷

16 Evropski sud za ljudska prava, Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog kraljevstva, presuda izrečena 1985. godine, par. 74 i dalje.

17 Ibid., par. 78., Meškić, Z., „Diskriminacija i zaštićeni osnovi u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava – trend proširivanja i produbljivanja zaštite“ u „Evropski sud za ljudska prava i zaštita od diskriminacije - Jurisprudencija i evolucija standarda“, Analitika – Centar za društvena istraživanja, Sarajevo, 2018., str. 28.

U jednom predmetu koji se odnosio na pitanje da li davanje naknade za porodijsko odsustvo samo majkama, a ne i očevima, predstavlja diskriminaciju, Sud je utvrdio da država ima široko polje slobodne procjene, s obzirom na odsustvo zajedničkih standarda o porodijskom odsustvu širom Vijeća Evrope, iako je razlika u postupanju bila zasnovana na spolu. Sud je stoga zaključio da nije prekršen član 14. u vezi sa članom 8. Sličnu je odluku donio i u presudi u predmetu o mogućoj povredi člana 14. u vezi sa članom 1. Protokola br. 1 (pravo na uživanje imovine) zbog različitih starosnih granica za penzionisanje muškaraca i žena.

Međutim, noviji razvoj događaja svjedoči u prilog evoluciji zajedničkih standarda u analizi diskriminacije koju je Sud nedavno sproveo u vezi sa pritužbom jednog podnosioca predstavke. Ovom podnosiocu predstavke, pripadniku ruske vojske, nije odobreno roditeljsko odsustvo zato što se ono odobrava samo pripadnicama vojske. Iako je Sud potvrdio da države imaju široko polje slobodne procjene u oblasti nacionalne bezbjednosti i prihvatio da prava pripadnika vojske mogu biti ograničena u većoj mjeri od prava običnih civila, činjenica da podnosilac predstavke u ovom predmetu nije posjedovao posebne vještine neophodne za propisno funkcionisanje vojske i zaštitu nacionalne bezbjednosti navela je Sud da zaključi da je diskriminacija neopravdana, te da utvrdi povredu člana 8. u vezi sa članom 14. Veliko vijeće je u svojoj presudi ponovilo da pozivanje na tradiciju, opšte pretpostavke i preovlađujuće društvene stavove u određenoj zemlji (na primjer, na tradiciju koja proističe iz tradicionalne podjele uloga spolova u porodici) ne predstavljaju dovoljno opravdanje za različito postupanje po osnovu spola.

Žena koja je spriječena da javno govori zbog svog spola, dakle, može da tvrdi ne samo da joj je povrijeđeno pravo na slobodu govora iz člana 10. već i njeno pravo na zaštitu od diskriminacije iz člana 14. u vezi sa članom 10. Međutim, žena koja je spriječena da se zaposli kao profesor u srednjoj školi ne može tvrditi da je u njenom slučaju prekršen član 14. jer Konvencija ne jemči pravo na zaposlenje

Sud je taj stav potvrđivao i u svojim kasnijim odlukama.¹⁸ Nepostojanje zajedničkih standarda navodi Sud da neko pitanje smatra pitanjem koje potpada pod polje slobodne procjene države.

„Relativno novi standard pred ESLJP predstavlja zabrana nasilja nad ženama kao oblika diskriminacije na osnovu spola. U predmetu *Opuz vs. Turska* ESLJP je okvalificirao dugogodišnje nasilje supruga nad ženom i njenom majkom, koje je na kraju dovelo i do ubistva majke, kao diskriminaciju na osnovu spola.¹⁹ ESLJP je, zbog dugogodišnje pasivnosti državnih organa, uprkos brojnim prijavama, zahtjevima za zaštitu i obavještenjima o prijetnjama smrću, našao i povredu pozitivne obaveze države da zaštiti život žene u ovom slučaju. ESLJP je jednak pravni stav potvrdio i u predmetu *A. v. Hrvatska*, ali je smatrao da aplikant nije podnio dovoljno dokaza da su mjere i praksa koje Hrvatska provodi u pogledu nasilja u porodici diskriminirajuće.“²⁰

U Deklaraciji Vijeća Evrope o jednakosti žena i muškaraca (Istanbul 1997.), rodna ravnopravnost je definisana kao jedan od osnovnih kriterijuma demokratije.

Deklaracija definiše četiri polja iz politike rodne ravnopravnosti, a to su: politički i javni život, ekonomski i profesionalni život, usklađivanje privatnih/porodičnih obaveza sa političkim i profesionalnim životom, promovisanje jednakosti u demokratskom društvu i uloge muškaraca u rodnoj ravnopravnosti.

Princip zabrane diskriminacije, jednakog tretmana i jednakih mogućnosti za žene i muškarce i ravnopravnosti spolova posebno je važan princip u Evropskoj uniji.

Amsterdamski ugovor nalaže obavezu Evropskoj zajednici da promoviše, u svim svojim politikama i aktivnostima, jednakost žena i muškaraca i da se zalaže za eliminisanje svih nejednakosti na osnovu spola. Ovaj Ugovor uvodi koncept korištenja gender mainstreaming-a i uvođenje specijalnih mjera za borbu protiv svih vidova diskriminacije (seksualno uznemiravanje na radnom mjestu i van njega, jednakost žena i muškaraca u poslovima zapošljavanja i zanimanja i drugo).
u državnoj službi.

Sud, međutim, široko tumači član 14., smatrajući da je dovoljno da se radi o nekom drugom materijalnom pravu iz Konvencije i da ono ne mora da bude prekršeno da bi on utvrdio povredu člana 14., čime mu daje nezavisniji efekat nego što bi on inače mogao da ima. Na primjer, Sud je utvrdio da se radilo o članu 8. (pravu na porodični i privatni život) u jednom predmetu u kojem je podnositeljica predstavke bila spriječena da umjesto udatog prezimena u zvaničnim ispravama zadrži svoje djevojačko prezime. Sud je zatim razmatrao član 14. u vezi sa članom 8. i utvrdio da razlika u postupanju prema muškarcima (koji su zadržavali svoje prezime) i ženama (koje su bile prinuđene da uzmu prezime svog supruga) očigledno predstavlja diskriminaciju po osnovu spola. Nakon što je to zaključio, Sud je smatrao da nije neophodno da razmatra da li je prekršen i član 8. sam za sebe.

„U pogledu spola kao zaštićenog osnova napravljen je enorman napredak u nivou zaštite zahvaljujući praksi ESLJP-a, naročito ako se uzme u obzir da u prvim nacrtima Konvencije, kao što je to vidljivo iz *travaux preparatoires*, spol uopće nije spominjan kao jedan od osnova diskriminacije. U tom smislu, treba razumjeti i stav ESLJP-a u novijoj odluci iz 2012. godine, u kojoj se naglašava da današnji napredak u domenu jednakosti spolova u državama članicama Vijeća Evrope ne dozvoljava državama da daju podršku razumijevanju muške uloge kao izvorne, a uloge žena kao sekundarne.“

18 Van Raalte protiv Holandije, presuda izrečena 1997. godine.

19 ESLJP, *Opuz vs. Turska*, 9. 6. 2009, par. 199 i dalje. Isto.

20 Isto.

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.²¹

21 Sud Evropske unije ima važnu ulogu u postizanju i unaprjeđenju ravnopravnosti muškaraca i žena. Među najznačajnijim presudama su :

- presuda u predmetu Defrenne II od 8.4.1976. (predmet 43/75): Sud je uvažio izravni učinak načela jednake plaće za muškarce i žene te presudio da se to načelo ne odnosi samo na postupanje javnih tijela već i na sve ugovore kojima se kolektivno regulira plaćeni rad;

- presuda u predmetu Bilka od 13.5.1986. (predmet C-170/84): Sud je presudio da mjera kojom se zaposlenike s nepunim radnim vremenom isključuje iz strukovnog mirovinskog sustava predstavlja „neizravnu diskriminaciju” te da je u suprotnosti s prijašnjim člankom 119. Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice ako je njome pogođen mnogo veći broj žena nego muškaraca, osim ako se može dokazati da se to isključenje temelji na objektivno opravdanim čimbenicima koji nisu povezani ni s kakvom vrstom diskriminacije na temelju spola;

- presuda u predmetu Barber od 17.5.1990. (predmet C-262/88): Sud je odlučio da se sve vrste strukovne mirovine smatraju plaćom u smislu bivšeg članka 119. te se stoga na njih odnosi načelo jednakog postupanja. Sud je presudio da bi muškarci trebali moći ostvarivati svoja prava na mirovinu ili obiteljsku mirovinu istoj dobi kao i njihove kolegice;

- presuda u predmetu Marschall od 11.11.1997. (predmet C-409/95): Sud je proglasio da zakoni Zajednice ne isključuju nacionalno pravilo prema kojem, ako je u nekom sektoru broj žena manji od broja muškaraca, prednost u napredovanju treba dati kandidatkinjama („pozitivna diskriminacija”), pod uvjetom da ta prednost nije zajamčena automatski, da se muškim kandidatima jamči razmatranje napredovanja i da im nije unaprijed onemogućeno prijavljivanje za napredovanje;

- presuda u predmetu Test Achats od 1.3.2011. (predmet C-236/09): Sud je proglasio nevažećim članak 5. stavak 2. Direktive Vijeća 2004/113/EZ jer je u suprotnosti s načelom jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu i nabavi robe, odnosno pružanju usluga. U skladu s time, pri određivanju premija i naknada osiguranja i za muškarce i za žene mora se primjenjivati isti sustav aktuarskog izračuna.

- presuda u predmetu Korwina-Mikke od 31.5. 2018. (predmeti T-770/16 i T-352/17): Sud je donio presudu kojom se poništavaju kazne koje je Europski parlament izrekao zastupniku krajnje desnice u EP-u Januszu Korwinu-Mikkeu uvezi s nizom kontroverznih komentara iznesenih na plenarnoj sjednici. U svojoj je

presudi Sud naveo da, iako je sloboda izražavanja temeljno pravo koje se mora zaštititi, u skladu s Poslovnikom Parlamenta institucija može kazniti zastupnike u Europskom parlamentu samo ako njihovi komentari „podrivaju njegove postupke ili su ozbiljna prijetnja društvu, kao što je poticanje na nasilje ili rasnu mržnju”. U tom je kontekstu Poslovnik nedavno izmijenjen. Kodeks primjerenog ponašanja zastupnika u Europskom parlamentu prilikom obnašanja dužnosti Predsjedništvo je donijelo 2. srpnja 2018. kao prilog novom Poslovniku.

4. Unaprjeđenje prava i statusa djece u međunarodnom pravu ljudskih prava

4.1. Međunarodni pravni okvir za zaštitu prava djeteta

Međunarodni propisi koji su od posebnog značaja za zaštitu prava djeteta su:

- Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima,
- Konvencija o pravima djeteta (UN), kao i Fakultativni protokol iz Konvenciju o pravima djeteta o prodaji djece, dječijoj prostituciji i dječijoj pornografiji, te Fakultativni protokol o učešću djece u oružanim sukobima (UN Komitet za prava djeteta)
- Općii komentar broj 5 (2003) i Opće mjere za implementaciju Konvencije o pravima djeteta
- Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina
- Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom i Opcioni protokol uz Konvenciju
- Konvencija o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice djece
- Konvencija o zabrani i trenutnim djelovanjima za ukidanje najgorih oblika dječjeg rada
- Konvencija o najnižoj dobi za zapošljavanje
- Standardna minimalna pravila Ujedinjenih Nacija za maloljetničko pravosuđe iz 1985. godine (tzv. "Pekinška pravila")
- Standardna minimalna pravila Ujedinjenih Nacija za mjere alternativne institucionalnom tretmanu iz 1990.godine (tzv."Tokijska pravila") - Provođenje maloljetničkog pravosuđa
- Rezolucija ekonomskog i socijalnog savjeta Ujedinjenih Nacija 1997/30,
- Preporuke UN Komiteta za prava djeteta 2005.
- Preporuke UN Komiteta za prava djeteta 2012.
- Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (1950)
- Strategija Savjeta Evrope za prava djeteta (2016-2021)
- Preporuka br.R (87) 20 Savjeta Evrope zemalja članicama o odgovoru društva na maloljetničko prestupništvo usvojena 1987. godine od strane Ministarskog komiteta
- Preporuka (2003)20 Savjeta Evrope zemljama članicama o novim načinima tretiranja maloljetničkog prestupništva i o ulozi maloljetničkog pravosuđa usvojena 2003.godine od strane Ministarskog komiteta
- Izmjenjena Evropska socijalna povelja, Strazbur, 3. maj 1996.
- Evropska povelja o učešću mladih u životu na općinskom i regionalnom nivou.

Najvažnija načela Konvencije o pravima djeteta i ujedno najvažnija prava djeteta²²:

- pravo na život, opstanak i razvoj – ključno pravo za ostvarivanje svih drugih prava, podrazumijevajući i pravo na održanje života i pravo na odgovarajući stanard i zdravstvenu zaštitu;
- pravo na uvažavanje najboljeg interesa djeteta – čija se suština ogleda u mogućnosti da dijete samo utvrdi svoj najbolji interes;
- pravo na nediskriminaciju – sva prava djeteta se primjenjuju na svako dijete;
- pravo na participaciju – dijete ima pravo da učestvuje u odlučivanju o stvarima koje su bitne za njegov život;
- pravo na ime, državljanstvo i očuvanje identiteta – dijete ima pravo na ime od rođenja i na sticanje državljanstva i ukoliko je to moguće da zna i ko su mu roditelji;
- pravo na život s roditeljima – neotuđivo pravo djeteta na život s roditeljima ukoliko postoje mogućnosti za to, izuzev u slučajevima kada se u sprovedenom postupku utvrdi da je odvajanje od roditelja u djetetovom najboljem interesu, ali i tada dijete zadržava pravo na kontakt s njima;
- pravo na slobodno formiranje i izražavanje mišljenja – s tim u vezi i pravo da se njegovo mišljenje uzme u obzir u svim stvarima i postupcima koji ga se neposredno tiču;
- pravo na slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti;
- pravo na slobodu udruživanja i slobodu mirnog okupljanja – podrazumijeva pravo da se dijete uključuje i osniva udruženja, pravo da bude član udruženja kao i pravo da ostane izvan svakog udruženja;
- zaštita privatnosti – podrazumijeva i pravo na zaštitu časti i ugleda i ličnu prepisku;
- odgovornost roditelja za podizanje djeteta i obaveza države da zaštiti dijete od svih oblika zlostavljanja – podrazumijeva se donošenje programa prevencije i pomoć žrtvama zlostavljanja, kako fizičkog tako i mentalnog i seksualnog;
- usvojenje i zaštita djece bez roditelja i roditeljskog staranja – obaveza države da obezbijedi posebnu zaštitu djeci bez roditeljskog staranja i to putem usvojenja, smještanja dece u alternativne porodice i druge ustanove;
- pravo djece izbjeglica ili djece koja traže izbjeglički status na posebnu zaštitu – ovo pravo posebno podrazumijeva angažovanost države sa međunarodnim organizacijama koje su specijalizovane za takvu zaštitu i pomoć;
- pravo djece sa smetnjama u razvoju – djeca sa fizičkim i mentalnim smetnjama u razvoju imaju pravo na posebnu njegu, obrazovanje i osposobljavanje za rad koji treba da mu obezbijedi postizanje najvećeg stepena samostalnosti i

²² Vidjeti više: Vučković Šahović Nevena (prir.), Prava deteta i Konvencija o pravima deteta, Beograd 2001.

integracije u društvo i dostojan život;

- pravo djeteta na zdravlje i zdravstvenu zaštitu – države se obavezuju da obezbjede prevenciju, zdravstveno prosvjeđivanje i smanjene smrtnosti djece i odojčadi, a majkama se obezbjeđuje zdravstvena zaštita pre i posle porođaja;
- pravo djeteta na socijalnu zaštitu;
- pravo djeteta na životni standard – država obezbjeđuje pomoć roditeljima da ispune obavezu prema djetetu, odgovarajući životni standard za njihov fizički, mentalni, duhovni, moralni i socijalni razvoj;
- pravo djeteta na obrazovanje – država je obavezna da obezbjedi besplatno i obavezno osnovno obrazovanje, a po mogućnosti i srednje obrazovanje u skladu sa sposobnostima djeteta;
- pravo djeteta na slobodno vrijeme, rekreaciju i kulturne aktivnosti;
- pravo djeteta da bude zaštićeno od ekonomskog iskorištavanja;
- pravo djeteta da bude zaštićeno od zloupotrebe štetnih supstanci;
- pravo djeteta na zaštitu od seksualnog iskorištavanja i otmice i trgovine u bilo koju svrhu;
- pravo djeteta na zaštitu od mučenja i lišenja slobode – ovo pravo podrazumijeva zabranu mučenja, okrutnog ponašanja, nezakonitog hapšenja i izricanja smrtne kazne i kazne doživotnog zatvora licima mlađim od 18 godina;
- pravo djece na zaštitu u oružanim sukobima;
- pravo djeteta na posebno maloljetničko pravosuđe.

Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za maloljetničko pravosuđe (Pekinška pravila) postavila su standarde maloljetničkog pravosuđa na osnovu kojih su kasnije donijeti mnogi međunarodni dokumenti, među kojima Konvencija o pravima djeteta. Pekinška pravila sadrže smjernice koje obuhvataju cjelokupan postupak prema maloljetnicima, uključujući i pitanje njihovog institucionalnog smještaja. Pravila propisuju da je smještanje maloljetnika u ustanovu uvijek posljednje rješenje koje se provodi u najkraćem mogućem trajanju. Maloljetnicima u ustanovama mora biti obezbijedena zaštita i sva potrebna pomoć: socijalna, obrazovna, vokacijska, psihološka, medicinska i fizička, a koja im može zatrebati s obzirom na njihov spol, dob i osobnost. Maloljetne zatvorenice, shodno ovim pravilima, zahtijevaju posebnu pažnju zbog svojih ličnih potreba i nikako ne smiju dobiti lošiju zaštitu, pomoć, liječenje i osposobljavanje u odnosu na muške prestupnike.

Konvencijom o pravima djeteta preuzeta je obaveza osiguranja prava za svako dijete, kako na njegovom putu odrastanja, tako i u oblasti maloljetničkog pravosuđa. Države članice trebale bi preduzeti mjere kako nijedno dijete ne bi bilo podvrgnuto mučenju ili drugom okrutnom, nečovječnom ili ponižavajućem postupku ili kazni. Hapšenje, pritvaranje ili zatvaranje djeteta shodno odredbama ove konvencije obavljat će se u skladu sa zakonom, kao krajnja mjera i na najkraće moguće vrijeme.

Konvencija propisuje obavezu da se prema svakom djetetu kojem je oduzeta sloboda postupa ljudski, s poštovanjem urođenog dostojanstva i na način koji uvažava potrebe njegovog uzrasta. Također propisuje da će svako dijete kojem je oduzeta sloboda biti odvojeno od odraslih, osim kada to nije u njegovom interesu, te će mu, osim u izuzetnim okolnostima, biti osigurano održavanje kontakata s porodicom dopisivanjem i posjetama.

Pravila Ujedinjenih nacija za zaštitu maloljetnih osoba lišenih slobode (Havanska pravila) skup su minimalnih standarda, prava i procedura kojima se treba rukovoditi u svim slučajevima postupanja prema maloljetnicima koji su lišeni slobode u cilju otklanjanja štetnih efekata lišavanja slobode osiguranjem poštovanja ljudskih prava maloljetnika. Pravila nalažu da lišavanje slobode maloljetnika treba biti provedeno samo u ustanovama koje garantuju osmišljene aktivnosti i programe koji promovišu zdravlje, samopoštovanje i osjećaj odgovornosti maloljetnika, te zatvorenim ustanovama koje su decentralizovane u svrhu omogućavanja pristupa i kontakta s članovima porodice i integracije maloljetnika u zajednicu.

Smjernice Ujedinjenih nacija za prevenciju maloljetničke delinkvencije (Rijadske smjernice) temelje se na pretpostavci da najefikasniji način smanjivanja broja djece u sukobu sa zakonom podrazumijeva ojačavanje i poboljšanje pomoćnih sistema i sveukupnog kvaliteta života djece od ranog djetinjstva i perioda adolescencije. Smjernice pozivaju na kreiranje sveobuhvatnih planova prevencije maloljetničke delinkvencije na svim nivoima, uključujući porodicu, društvo, vršnjake, školu, medije, stručne ustanove i slično, a s ciljem pozitivnog dječijeg usmjeravanja i razvoja.

Smjernice za postupanje s djecom u sistemu krivičnog pravosuđa iz 1997. godine (Bečke smjernice) zasnivaju se na četiri osnovna principa: nediskriminacije, rodne osjetljivosti, najboljeg interesa djeteta, prava na život, opstanak i razvoj, te poštovanja mišljenja djeteta. Bečke smjernice od država zahtijevaju prevenciju maloljetničkog prestupništva i smanjenje slučajeva smještanja djece u zatvore i u tom cilju pribjegavanju alternativnim modelima postupanja za maloljetne izvršioce krivičnih djela.

Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za alternativne kaznene mjere iz 1990. godine (Tokijska pravila) zalažu se za veće učešće društvene zajednice u postupku izvršenja krivičnih sankcija prema maloljetnicima, promovišu osjećaj odgovornosti maloljetnika prema društvu i pozivaju na preusmjeravanje od formalnog sudskog postupka. Shodno odredbama ovih pravila, pravosudni sistem dužan je obezbijediti širok raspon alternativnih mjera u cilju izbjegavanja zatvorske kazne s jedne strane i zaštite društva s druge strane.

Pravila Ujedinjenih nacija za postupanje sa ženama zatvorenicama i primjenu alternativnih mjera prema ženama prestupnicama (Bankoška pravila) propisuju obavezu zatvorskih uprava da poduzimaju mjere s ciljem zaštite potreba maloljetnih zatvorenica u smislu osiguranja jednakog pristupa obrazovanju i stručnom osposobljavanju kao maloljetnim zatvorenicama muškog spola; pristup starosno i spolno određenim programima i uslugama, kao što su savjetovanja u slučajevima

seksualnog zlostavljanja i nasilja; edukaciju o zdravstvenoj zaštiti žena, te redovan pristup ginekološkim pregledima na sličan način kao za punoljetne zatvorenice.

Evropska zatvorska pravila određuju da se osobe mlađe od 18 godina ne smještaju u zatvore za odrasle, već u ustanove koje su posebno namijenjene za tu svrhu¹⁹. Izuzetno, ukoliko je maloljetnik smješten u zatvor za odrasle, zatvorska uprava dužna je osigurati da, pored službi koje su dostupne svim zatvorenicama, maloljetnim zatvorenicama omogući pristup socijalnoj, psihološkoj i obrazovnoj službi, religioznim i rekreativnim programima i odgovarajućim programima koji su dostupni maloljetnicima u zajednici.

a. Jednak pristup djece pravdi

Jednak pristup djece pravdi odnosi se na pravo na djelotvorne i pravične odgovore na povrede prava, na zaštitu prava, ili na rješavanje sporova u pravičnom i transparentnom postupku u kojem se štiti dostojanstvo djece i promovira njihov razvoj. Naglasak na jednakosti znači da svako dijete, bez obzira na dob, spol, etničku pripadnost, državljanstvo, poteškoće u razvoju, socioekonomsko porijeklo ili bilo koji drugi status, može jednako iskoristiti pravna sredstva i imati zaštitu svojih prava bez diskriminacije. Pravosudni sistemi moraju biti prilagođeni potrebama djece jer samo paušalna primjena općih mjera koje se odnose na odrasle nije dovoljna. Osim toga, nekoj djeci koja se suočavaju s dodatnim izazovima i preprekama potrebne su i posebne mjere i dodatna pomoć da bi uživala ova prava jednako kao i sva druga djeca.²³

Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima djeteta (CRC) normira i garantuje prava osoba mlađih od 18 godina, što znači da se prava djevojčica u starosnoj dobi mlađoj od 18 godina ne mogu posmatrati isključivo kroz prizmu općih ljudskih prava i Konvencije CEDAW, već je neophodno uzeti u obzir i Konvenciju o pravima djeteta. Ova konvencija predviđa da se djeci (kako dječacima tako i djevojčicama) između ostalog garantiraju sljedeća prava: pravo na život, pravo da ne bude odvojeno od svojih roditelja, pravo na najviše moguće standarde zdravlja, kao i rehabilitaciju te pravo na adekvatan životni standard, kao i pravo na pomoć, po potrebi. U nastavku rada biti će dat sadržaj o ostvarenju pristupa pravdi za djecu – besplatnoj pravnoj pomoći.

5. Pravo na besplatnu pravnu pomoć kao oblik ostvarivanja jednakog pristupa pravdi i ljudskih prava za sve

Prava žena i djece zagarantovana su brojnim međunarodnim pravnim dokumentima, ustavima i zakonima, a uslovi, način i postupak njihovog ostvarivanja uređeni su odgovarajućima zakonskim i podzakonskim aktima i propisima. Međutim, ostvarivanje različitih prava i interesa žena i djece, i pored pravnog normiranja i predviđene pravne zaštite i institucionalne podrške, znatno ovisi o materijalnim i

²³ Meagan Smith Hrlje i Sanja Tošić, Jednak pristup djece pravdi u Bosni i Hercegovini, Sažetak, UNICEF, maj 2015.

finansijskim prilikama i stanju žena i djece, te uopće roditelja djeteta. Uz neophodnost adekvatnog pravnog normiranja i efikasne pravne zaštite i uređenja u oblasti zaštite prava i interesa žena i djece u svim sferama života, te odnosa roditelja i djeteta, posebnu pažnju potrebno je posvetiti i jednom od najvažnijih ljudskih prava - pravu na pristup pravdi, čije ostvarenje ujedno nerijetko predstavlja poteškoću, pa i čest pravni problem, posebno sa aspekta dostupnosti i uživanja prava na besplatnu pravnu pomoć. Stoga će u nastavku biti dat rezimirani prikaz međunarodnog pravnog okvira i standarda u oblasti pristupa pravdi – pružanja besplatne pravne pomoći, sa fokusom na pristup žena i djece pravdi i osvrtom na normativni prikaz u Bosni i Hercegovini.

“Pružanje pravnih savjeta i pomoći, u okviru sistema pravne pomoći, od ključne je važnosti za obaveze i dužnosti koje države u članstvu Vijeća Evrope preuzimaju u vezi sa osiguravanjem prava svakog čovjeka na pošteno i javno suđenje, u razumnom roku, pred nezavisnim i nepristrasnim sudom osnovanim po zakonu prema članu 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima.”²⁴ Komitet ministara Vijeća Evrope također preporučuje državama postepeno primjenjivanje sistema pravne pomoći: na način koji obuhvata sve odgovarajuće osobe, što znači fizičke osobe državljanke bilo koje zemlje-članice i sve druge fizičke osobe s uobičajenim boravištem (npr. glavnim mjestom boravka) na teritoriju države-članice – to uključuje strane osobe i osobe bez državljanstva, kao i osobe bez finansijskih sredstava za plaćanje pravnih savjeta i pomoći²⁵, na način koji obuhvata sve odgovarajuće predmete (tj. socijalne, porezne, građanske, upravne i trgovačke)²⁶, na način da pravne usluge pružaju neovisni advokati koje istodobno treba podsticati na pružanje pravne pomoći osobama u ekonomski lošem položaju uz podršku države i zajednice u cjelini, uključujući nevladine organizacije i advokatske komore, a u skladu s propisanim postupkom (npr. omogućavanjem podnošenja zahtjeva za preispitivanje odluke ako je zahtjev za besplatnu pravnu pomoć odbijen).²⁷ U Evropskoj uniji Poveljom o osnovnim pravima (Nica, 17. decembar 2000.) “reafirmišući, poštujući ovlaštenja i zadatke Zajednice i Unije i princip subsidiarnosti, prava koja proističu, naročito iz ustavnih tradicija i međunarodnih obaveza koje su zajedničke za države članice, iz Ugovora o Evropskoj Uniji, ugovora Zajednice, Evropske Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, društvenih povelja koje je usvojila Zajednica i Vijeće Evrope i iz slučajeva iz sudske prakse Suda pravde Evropskih Zajednica i Evropskog suda za ljudska prava”, u Poglavlju VI – Pravda, članom 47. garantovano je pravo na efikasan pravni lijek i na pravično suđenje, na način da se normira sljedeće: “Svako onaj čija se prava i slobode garantovane propisima Unije krše, ima pravo na efikasnu pravnu zaštitu pred sudovima u skladu sa uslovima koji su predviđeni u ovom članu. Svako ima pravo na pravično i javno suđenje u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom koji je zakonski ustanovljen. Svakom treba pružiti mogućnost

24 Preporuke za modifikiranje i unaprjeđenje predloženog Prijedloga Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći, Istraživački sektor Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, Broj: 03/10-50-3-96-9/10, Istraživanje broj 083, Sarajevo, 25.6.2010., str. 49.

25 Vidjeti Preporuku (93) 1 o djelotvornom pristupu pravdi na osnovu zakona i pravosuđu vrlo siromašnih građana.

26 U skladu s Rezolucijom (78) 8 o pravnoj pomoći i savjetovanju.

27 Vidjeti Preporuku (2000) 21 o slobodi obavljanja odvjetništva.

da bude savjetovan, branjen i zastupan. Onima koji nemaju dovoljno sredstava, mora se učiniti dostupnom pravna pomoć u tolikoj mjeri koja je neophodna da bi im se obezbijedio efikasan pristup pravdi.” Član 48. Povelje – Pretpostavka nevinosti i pravo na odbranu, propisuje da će svaki optuženi biti smatran nevinim dok se u skladu sa zakonom ne dokaže da je kriv te da svakom optuženom mora biti garantovano pravo na odbranu. U svim zemljama Evropske unije uspostavljen je sistem pružanja besplatne pravne pomoći, sa jednakim ciljem svih da se osigura efikasan pristup pravdi građanima pojedine zemlje. Besplatna pravna pomoć predviđena je u nacionalnim zakonodavstvima zemalja članica i u međunarodnim konvencijama na osnovu kojih se prava mogu ostvariti i na teritoriji druge zemlje, ukoliko su ispunjeni specifični uslovi za korištenje besplatne pravne pomoći. Sistemi pravne pomoći u Evropskoj uniji, pod određenim uslovima, omogućavaju: oslobađanje ili pomoć pri plaćanju sudskih troškova u cijelosti ili djelimično, asistenciju advokata koji pruža besplatnu pravnu pomoć prije pokretanja postupka i, ukoliko je to potrebno, zastupanje pred sudom bez naknade ili uz minimalnu naknadu. Dokumenti Vijeća Evrope kojima se normira pitanje pružanja pravne pomoći u EU su i: Rezolucija (76) 5 o pružanju pravne pomoći u građanskim, komercijalnim i administrativnim stvarima, Rezolucija (78) 8 o pružanju pravne pomoći i savjeta, Preporuka (81) 7 Komiteta ministara državama članicama o mjerama koje omogućavaju pristup sudu, Preporuka (84) 5 Komiteta ministara državama članicama o načelima građanskog postupka za unaprijeđenje ostvarivanja pravde, Preporuka (93) 1 Komiteta ministara državama članicama o efektivnom pristupu pravdi za siromašne, Preporuka (2000) 21 o slobodi obavljanja advokature.²⁸ U Evropskoj uniji pravo na pravnu pomoć van zemlje boravišta utvrđeno je Evropskim sporazumom o dostavljanju molbi za pravnu pomoć iz 1977. godine.²⁹ Sve članice Evropske unije, sa izuzetkom Njemačke, potpisnice su Sporazuma, a Bosna i Hercegovina je ratificirala ovaj sporazum, koji je na snazi u našoj zemlji od 31. 5. 2009. godine. Ovaj sporazum normira da svaki pojedinac koji ima boravište na teritoriji jedne od zemalja potpisnica, a koji želi predati zahtjev za pravnu pomoć u građanskim, privrednim ili upravnim postupcima na teritoriji druge države potpisnice može predati zahtjev u zemlji u kojoj boravi, a obaveza je te zemlje da zahtjev proslijedi onoj državi u kojoj se pravo ostvaruje.

Konvencija o međunarodnom pristupu pravdi³⁰ koja je potpisana u Hagu 1980. godine, predviđa dostavu zahtjeva za pravnu pomoć između potpisnica u formi koja je među njima dogovorena, te da državljani i građani s boravištem u zemlji koja je potpisnica Konvencije imaju pravo na pravnu pomoć u drugoj državi potpisnici pod istim uvjetima kao da imaju boravište u toj zemlji. Konvenciju nisu ratificirale sve članice Unije, a Bosna i Hercegovina je preuzela ovu konvenciju 1993. godine.

Sa ciljem poboljšanja pristupa pravdi uspostavom minimalnih zajedničkih pravila koja se odnose na pravnu pomoć, a budući da se pristup sudu smatra osnovnim ljudskim pravom, Evropska komisija je dala prijedlog Direktive za pravnu pomoć koju je usvojilo Vijeće Evrope u januaru 2003.³¹ Odredbe ove direktive primjenjuju

28 http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/textes/ListeRecRes_en.asp (preuzeto 2.3.2018.)

29 <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/092.htm> (preuzeto 2.3.2018.)

30 <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt29en.pdf> 11 (preuzeto 2.3.2018.)

31 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0008:EN:NOT> (preuzeto

se na “cross-border” (prekogranične) građanske postupke, odnosno kada podnosilac zahtjeva za pravnu pomoć ne živi u državi koja jenadležna za odlučivanje u sporu. Direktiva sadrži princip prema kojem lica koja nemaju dovoljno sredstava da ostvaruju svoja prava, imaju pravo na odgovarajuću pravnu pomoć. Stoga Direktiva izričito utvrđuje: usluge koje moraju biti pružane kako bi se pravna pomoć mogla smatrati zadovoljavajućom (pristup savjetima prije pokretanja postupka, pravno zastupanje, oslobađanje ili asistencija s plaćanjem sudskih troškova, uključujući troškove koji su vezani za međunarodnu prirodu spora) i uslove koje podnosilac zahtjeva mora ispuniti u pogledu finansijskih mogućnosti ili prirode spora na osnovu kojih se dodjeljuje pravna pomoć. Direktiva reguliše da pravna pomoć mora biti odobrena, pod određenim uslovima, i licima koja prihvate alternativne metode rješavanja sporova.

Evropska komisija predviđa dvije Direktive za pravnu pomoć: Direktiva 2000/43 (o provođenju načela jednakog postupanja prema svim osobama neovisno o rasnom i etničkom porijeklu) u kojoj se određuje potreba dijaloga između država članica i nevladinih organizacija, odnosno civilnog sektora, kada država zbog nedovoljnih finansijskih i ljudskih kapaciteta nije u mogućnosti zadovoljiti potrebe građana za besplatnom pravnom pomoći³² i

Direktiva 2002/8 (za olakšanje pristupa pravosuđu u međudržavnim sporovima uspostavljanjem minimalnih zajedničkih pravila za pravnu pomoć u takvim sporovima) koja se odnosi na slučajeve u kojima se pravo na besplatnu pravnu pomoć daje stranci koja ima prebivalište u jednoj državi članici, a parnični ili izvršni postupak vodi pred sudom u drugoj državi članici³³. Pored navedenih, i mnogim drugim međunarodnim pravnim dokumentima o ljudskim pravima, koji su inkorporirani u pravni sistem Bosne i Hercegovine, određuju se obaveze pružanja besplatne pravne pomoći od strane državnih organa državljanima, građanima i osobama koja se nađu na njenoj teritoriji (tražioci azila, izbjeglice, lica pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom, apatridi, žrtve trgovine ljudima i dr), poput: Konvencije o pravima djeteta iz 1989. godine³⁴ koja promovira pravo na posebnu zaštitu i pomoć države djetetu, kao i mjere koje treba da preduzme vlast radi zaštite djeteta u sudskim i drugim postupcima, Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece (Hag, 25.10.1980. godine)³⁵, Konvencije o ostvarivanju alimentacionih zahtjeva u inostranstvu (Njujork, 20.6.1956. godine)³⁶, Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, sa pripadajućim međunarodnim Opcionim protokolima, kojima

2.3.2018.)

32 Council Directive 2000/43 of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin) objavljena u Official Journal of the European Communities, L 180/22 od 19.7.2000. (preuzeto 2.3.2018.)

33 Council Directive 2002/8 of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes) objavljen u Official Journal of the European Communities, L 26/41 od 31.1.2003. Vidi: Maršić, M., Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda) <http://hrcak.srce.hr/13279> (preuzeto 2.3.2018.).

34 Ratificirana je u Bosni i Hercegovini i sastavni je dio Aneksa I Ustava BiH.

35 „Službeni list SFRJ“- međunarodni ugovori, broj 7/91

36 „Službeni list FNRJ“ – Dodatak, br. 2/60.

je predviđena jednakost svih pred sudovima i da svako ima pravo da zakonom određen nadležan, nezavisan i nepristrasan sud odluči o osnovanosti svake krivične optužbe koja je protiv njega podignuta ili o sporu o njegovim pravima i obavezama građanske prirode.³⁷ Konvencije o nadležnosti izabranog foruma kod međunarodne kupoprodaje robe (1958), Konvencije o priznanju i izvršenju odluka koje se odnose na obavezu izdržavanja prema djeci (1958), Konvencije o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava (1961), Konvencije o dostavljanju sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima (1965), Konvencije o priznavanju odluka o razvodu i rastavi (1970), Konvencije o priznavanju i izvršenju stranih presuda u građanskoj i trgovačkoj materiji (1971), Konvencije o priznavanju i izvršenju odluka koje se odnose na izdržavanje (1973), Konvencije o zaštiti djece i saradnji u materiji međunarodnog usvojenja (1993), Konvencije o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka koje se odnose na odgovornost roditelja i mjere zaštite djece (1996).³⁸ U Preporukama Vijeća Evrope o uspostavi sistema pravne pomoći u Bosni i Hercegovini³⁹ ističe se da “pravno zastupanje na sudu, da bi bilo djelotvorno, treba vršiti osoba koja je stručno kvalificirana da prakticira pravo u skladu sa zakonom, čime se, naravno, ne želi isključiti uloga NVO u pružanju pravnih usluga, te da bi se rad države na uspostavi i vođenju sistema pravne pomoći trebao odvijati, u bliskoj suradnji sa Advokatskom komorom, predstavnicima pravosuđa, kao i NVO i predstavnicima građanskog društva, kao i drugima koji posjeduju znanje okolnosti u kojima se nalaze osobe kojima je pravna pomoć potrebna, a u čemu bi trebao postojati integrirani zajednički pristup.

Važno je imati na umu da pravna pomoć treba obuhvatati pravne savjete, pomoć i zastupanje ne samo u krivičnim predmetima, nego i u parničnim i administrativnim sporovima. U razvijanju sistema pravne pomoći, države članice Vijeća Evrope⁴⁰

37 Čl. 14. (1) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (Usvojen na skupštini Ujedinjenih naroda 16. 12. 1966. godine – rezolucija br. 2200 A/XXI, a stupio na snagu 23. 3. 1976. godine, dalje: Pakt). SFRJ je ratifikovala Pakt zakonom od 30. 1. 1971. godine („Službeni list SFRJ“, br. 7/1971). Uz Pakt su usvojena i dva protokola: Opcioni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima koji je stupio na snagu 23. 3. 1976. godine i Drugi opciona protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima koji je stupio na snagu 11. 7. 1991. godine. SFRJ je oba protokola ratifikovala 2001. godine (“Službeni list SRJ“ – Međunarodni ugovori, br. 4/2001).

38 Vidjeti: Muminović, E., Procesno međunarodno privatno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, str. 7.

39 Preporuke koje su pripremili, predstavili i diskutirali eksperti Vijeća Evrope David Gladwell (Ujedinjeno Kraljevstvo) i Merja Muli (Finska) tokom seminara Vijeća Evrope organiziranog u saradnji sa Ministarstvom pravosuđa Bosne i Hercegovine, http://www.coe.ba/web2/en/dokumenti/cat_view/56-judicial-system--sudstvopravosue/123-jptc-and-hjpc.html, (preuzeto: 25.4.2011.)

40 U Bosni i Hercegovini posljednjih godina intenzivirano je sveobuhvatno normiranje i reforma propisa o pristupu pravdi - pružanju besplatne pravne pomoći, što je uslovljeno, prije svega, postupkom harmonizacije propisa sa propisima Evropske unije (temeljem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, v. čl. 70. i 78.) te činjenicom da je BiH članica Vijeća Evrope i dužna je primjenjivati i odredbe Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, odnosno propisi koje donosi trebaju biti u skladu sa tom Konvencijom. Jedan od zahtjeva Evropske unije i Vijeća Evrope jeste i razvijanje sistema i strukture održivog pravnog savjetovanja i besplatne pravne pomoći, sa odgovarajućim prijedlogom i odgovorom zakonskog rješenja, pravnog okvira u ovoj oblasti, što predstavlja jednu od temeljnih odrednica zahtjeva Vijeća Evrope i obavezu koju smo prihvatili kao nužnu u području reforme pravosuđa. U Bosni i Hercegovini oblast pružanja besplatne pravne pomoći od vladinih i nevladinih

moraju razmotriti i progresivno implementirati standarde i principe sadržane u Preporukama i Rezolucijama Komiteta ministara za navedenu oblast, a dosta smjernica može se dobiti iz Plana akcije o sistemima pravne pomoći, koji je Vijeće Evrope usvojilo ranije 2003. godine.

pružoca besplatne pravne pomoći regulisana je na nivou Bosne i Hercegovine, Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine. Dakle, pored toga što je pružanje besplatne pravne pomoći na određeni način uređeno i procesnim zakonima, usvojeni su i posebni zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći.

Iz provedene analize pravnih propisa iz oblasti pristupa pravdi - pružanja besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini uočavaju se brojne neusaglašenosti i nejednakosti u pogledu prava korisnika, obima pravne pomoći, pružaoca besplatne pravne pomoći te statusa i načina rada Zavoda, Ureda, Kancelarija i Centara - subjekata ovlaštenih za pružanje besplatne pravne pomoći. Da bi se besplatna pravna pomoć pružala jednako, bez diskriminacije, profesionalno i transparentno na čitavoj teritoriji Bosne i Hercegovine, za sve građane koji ispunjavaju uslove za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć, neophodno je, pored ostalog: usaglasiti kako kategorije lica koja ostvaruju ovo pravo tako i imovinski cenzus na osnovu kojeg se procjenjuje da li je lice slabog imovnog stanja, kako bi ostvarilo ovo pravo, usaglasiti zakone u pogledu statusa korisnika ovog prava, jer zakoni po osnovu statusa različito regulišu kategorije lica koje ostvaruju pravo na besplatnu pravnu pomoć, da bi sva lica imala jednaka prava, pravne usluge koje se pružaju korisnicima ovog prava trebaju biti usaglašene, kao i jednako normirani postupci u kojima se pruža besplatna pravna pomoć, pravo na žalbu i pružaoci ovih usluga-pravni zastupnici, usaglasiti zakone u pogledu uslova koje pružaoci besplatne pravne pomoći moraju ispunjavati kako bi bili imenovani ili izabrani za direktore zavoda, centara, ureda, kancelarija i za pravne zastupnike, jer su zakoni različito regulisali godine iskustva koje su potrebne za ispunjavanje uslova za rad u zavodima, centrima, uredima, kancelarijama. Od posebnog značaja za oblast pružanja usluga besplatne pravne pomoći za djecu i ostvarenje prava i interesa djece je: izvršiti dalju harmonizaciju, usklađivanje i upotpunjavanje pravnog okvira i prakse djelovanja u oblasti pristupa pravdi i pravde za djecu i zaštite prava i interesa korisnika usluga besplatne pravne pomoći i djece, upotpuniti, harmonizirati i uskladiti zakone o besplatnoj pravnoj pomoći, u skladu sa međunarodnim dokumentima i standardima, normirati „dijete“ kao kategoriju korisnika po statusu u zakonima o besplatnoj pravnoj pomoći, donijeti zakon o besplatnoj pravnoj pomoći na nivou FBiH, pratiti donošenje i primjenu pravnog okvira relevantnog za ostvarenje prava i interesa djece i predlagati izmjene i dopune, kao i aktivno učestvovati pri donošenju pravnih akata, kontinuirano educirati profesionalce koji pružaju usluge i odlučuju o pravima i interesima korisnika usluga besplatne pravne pomoći i djece, uključujući i sa fokusom na edukacije za pružaoce besplatne pravne pomoći iz oblasti unaprijeđenja pristupa pravdi i zaštite prava i interesa korisnika usluga besplatne pravne pomoći i djece, jačati saradnju, razmjenu informacija, iskustava i dobrih praksi u radu, kao i unaprjeđivati i usklađivati pravni okvir u oblasti normiranja i uživanja prava i interesa korisnika usluga besplatne pravne pomoći i djece, u raznim pravnim oblastima i postupcima, razvijati i unaprjeđivati multisektorski referalni mehanizam upućivanja stranaka u oblasti ostvarenja pristupa pravdi i pravde za djecu i unaprijediti evidentiranje, izvještavanje, praćenje i analiziranje u oblasti pružanja usluga besplatne pravne pomoći za djecu. (Zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći normiraju sljedeće: Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći BiH - dijete u skladu sa Konvencijom o pravima djeteta, u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine - djeca bez roditeljskog staranja, u Republici Srpskoj - djeca bez roditeljskog staranja, prema Zakonu o besplatnoj pravnoj pomoći, djeca u skladu sa izmjenama i dopunama Porodičnog zakona RS (“Sluzbeni glasnik RS” broj 54/02, 41/08 i 63/14) imaju pravo na zastupanje na sudu u sporovima izdržavanja, Tuzlanski kanton - djeca bez roditeljskog staranja, Srednjobosanski kanton (U Srednjobosanskom kantonu nije donesen zakon koji reguliše oblast pružanja besplatne pravne pomoći.), Hercegovačko-neretvanski kanton - dijete bez roditeljskog staranja (Zavod za pravnu pomoć nije počeo sa radom), Posavski kanton - dijete, Unsko-sanski kanton - djeca bez roditeljskog staranja, Zapadnohercegovački kanton - djeca bez oba roditelja, Kanton Sarajevo - djeca, Zeničko-dobojski kanton - dijete, Bosansko-podrinjski kanton - djeca bez roditeljskog staranja, Kanton 10 - djeca bez roditeljskog staranja.)

6. Umjesto zaključka

Evolucija ljudskih prava ukazuje na trend promjena shvatanja ljudskih prava, korelacije suverenosti država i ljudskih prava, te odnosa građanin – vlast, u pravnom i političkom smislu, u državi, međunarodnim odnosima i pravu, posebno u kontekstu internacionalizacije ljudskih prava.

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.

Međunarodna ljudska prava danas se prihvataju ne samo kao tema o kojoj se jako često raspravlja u velikom broju zemalja, nego i kao uobičajen dio međunarodnih odnosa.

Reći da postoji opšta prihvaćenost osnovnih principa ljudskih prava na državnom i međunarodnom nivou ne podrazumijeva i istovjetnost shvatanja o njihovoj prirodi i obimu primjene. Još su i danas prisutna teorijska razilaženja o porijeklu, opravdanosti, značaju i načinu primjene pojedinih ljudskih prava.

Osnovno načelo savremenog prava ljudskih prava jeste jednakost. Poštovanje i primjena načela jednakosti podrazumijeva nediskriminaciju.

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.

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.

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.

Rodno zasnovano nasilje je oblik diskriminacije kojim se ozbiljno ugrožava sposobnost žene da uživa u pravima i slobodama na bazi jednakosti s muškarcima.

Rodno zasnovano nasilje je strukturni problem koji je duboko ukorijenjen u nejednakim odnosima moći između muškaraca i žena. Takvo nasilje je uvijekječeno

štetnim društvenim i kulturnim očekivanjima o rodnim ulogama koje se obično povezuju s činjenicom da je osoba žena ili muškarac, djevojčica ili dječak.

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.

Diskriminacija je uslovljena ne samo stepenom demokratskog razvoja samog društva, već i mjerama koje se poduzimaju u cilju spriječavanja i sankcionisanja diskriminatornih ponašanja te je stoga uspostavljanje funkcionalnog i primjerenog pravnog okvira za borbu protiv diskriminacije, kao i implementacija tog pravnog okvira smatra najvažnijim korakom u cilju suzbijanja ove izrazito negativne i štetne društvene pojave.

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.

Prava žena i djece zagantovana su brojnim međunarodnim pravnim dokumentima, ustavima i zakonima, a uslovi, način i postupak njihovog ostvarivanja uređeni su odgovarajućima zakonskim i podzakonskim aktima i propisima. Međutim, ostvarivanje različitih prava i interesa žena i djece, i pored pravnog normiranja i predviđene pravne zaštite i institucionalne podrške, znatno ovisi o materijalnim i finansijskim prilikama i stanju žena i djece, te uopće roditelja djeteta. Uz neophodnost adekvatnog pravnog normiranja i efikasne pravne zaštite i uređenja u oblasti zaštite prava i interesa žena i djece u svim sferama života, te odnosa roditelja i djeteta, posebnu pažnju potrebno je posvetiti i jednom od najvažnijih ljudskih prava - pravu na pristup pravdi, čije ostvarenje ujedno nerijetko predstavlja poteškoću, pa i čest pravni problem, posebno sa aspekta dostupnosti i uživanja prava na besplatnu pravnu pomoć

Jednak pristup djece pravdi odnosi se na pravo na djelotvorne i pravične odgovore na povrede prava, na zaštitu prava, ili na rješavanje sporova u pravičnom i transparentnom postupku u kojem se štiti dostojanstvo djece i promovira njihov razvoj. Naglasak na jednakosti znači da svako dijete, bez obzira na dob, spol, etničku pripadnost, državljanstvo, poteškoće u razvoju, socioekonomsko porijeklo ili bilo koji drugi status, može jednako iskoristiti pravna sredstva i imati zaštitu svojih prava bez diskriminacije. Pravosudni sistemi moraju biti prilagođeni potrebama djece jer samo paušalna primjena općih mjera koje se odnose na odrasle nije dovoljna. Osim

toga, nekoj djeci koja se suočavaju s dodatnim izazovima i preprekama potrebne su i posebne mjere i dodatna pomoć da bi uživala ova prava jednako kao i sva druga djeca.

Rebeka Kotlo, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, Univerity „Džemal Bijedić“ of Mostar

Amra Jašarbegović, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, Univerity „Džemal Bijedić“ of Mostar

IMPROVING THE RIGHTS AND STATUS OF WOMEN AND CHILDREN IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Summary: Human rights and fundamental freedoms are an area in which international law is the most advanced due to constant expansion of the human rights corpus and the detail in their standardization, but also by the increasing institutionalization of care for their realization and protection, including special, now crucial instruments and institutes of their protection at the international level.

The constitutions of most modern states give a special position and status to the general principles of international law, ie international agreements on human rights and fundamental freedoms, and the general principles of international law as well as international agreements on human rights and freedoms have apply in domestic law.

The basic principle of modern human rights law is equality. Respect for and application of the principle of equality implies non-discrimination.

Bearing in mind the above and the improvement of the rights and status of women and children in international human rights law, its standardization and application, the authors will present and analyze the standardization of the position, status and rights of women and children in international human rights law as well as selected relevant jurisprudence.

Keywords: human rights, international human rights law, women's rights, children's rights, equality, equality and non-discrimination

Dr. sc. Enis Omerović, docent
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

Jasmina Sadrija, dipl. iur.
Magistrantica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici

DJECA VOJNICI U ORUŽANIM SUKOBIMA

Sažetak: Do sada je 170 država prihvatilo međunarodne obaveze temeljem Prvoga fakultativnoga protokola o učešću djece u oružanim sukobima iz 2000. uz Konvenciju o pravima djeteta iz 1989., time što su postale njegove strane ugovornice, a kojim se fenomen djece vojnika, odnosno njihovo „korištenje“ u oružanim sukobima osuđuje. Istovremeno, u oblasti međunarodnog humanitarnog prava, postoje odredbe koje uređuju posebnu zaštitu djece u uvjetima oružanih sukoba. Naposljetku, iz perspektive međunarodnoga krivičnoga prava, regrutiranje ili na bilo koji drugi način stavljanje u vojnu službu djece ispod 15 godina starosti u nacionalne oružane snage ili njihovo korištenje u aktivnom sudjelovanju u neprijateljstvima, predstavlja ratni zločin. U radu istražujemo na koje je načine uređena zaštita djeteta u odnosnim uvjetima, da li su načela i pravila identična, tj. da se nadopunjuju, stvarajući tako jedinstveni i sveobuhvatni sistem zaštite ove posebne kategorije osoba, ili se ona, pak, preklapaju ili međusobno isključuju. Međutim, i pored normativnoga uređenja ove materije u međunarodnome poretku, hiljade djece vojnika je i dalje uključeno u oružane sukobe diljem svijeta. Iz toga razloga, mnoge međunarodne organizacije ukazuju da je korištenje djece vojnika u posljednjem razdoblju vrlo značajan problem. Djeca vojnici uključuju i djevojčice i dječake koji imaju različite uloge u oružanim sukobima, od borca do kuhara, a čak ih se i seksualno iskorištava, što prouzrokuje cijeli niz posljedica, posebno u smislu njihova mentalnoga zdravlja. Istraživanja pokazuju da oko 250 miliona djece živi u područjima pogođenim oružanim sukobima. Izvještaji međunarodnih organizacija navode kako je ovaj fenomen bio ili je i dalje prisutan u više od 50 država. Cilj ovoga rada je ispitivanje međunarodnih pravila i standarda koji se odnose na djecu vojnike, poglavito kroz prikaz odredaba Prvoga fakultativnoga protokola, Ženevskih konvencija o zaštiti žrtava rata iz 1949. i Dopunskih protokola iz 1977. uz sve četiri Ženevske konvencije. Nastojimo odgovoriti na pitanja da li postoji učinkovito međunarodnopravno uređenje zabrane regrutiranja djece vojnika te da li uopće postoje adekvatni mehanizmi zaštite djece vojnika, te ukoliko oni postoje, koji su to načini i koliko su oni doista učinkoviti u praksi, uzimajući u razmatranje sve oblike regrutacije osoba mlađih od 18, odnosno od 15 godina starosti? Koliko nastojanjima da se zaštititi dijete u oružanom sukobu mogu doprinijeti rezolucije Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija? Osim toga, jedan od načina međunarodnopravne borbe protiv

ovoga fenomena je i uređenje da se regrutiranje djece vojnika promatra kao ratni zločin prema Rimskome statutu Međunarodnoga krivičnoga suda. Otuda i prva osuda za odnosni oblik ratnoga zločina pred ovim sudom u predmetu Lubanga.

Ključne riječi: djeca vojnici, učešće djece u oružanim sukobima, Prvi fakultativni protokol, Konvencija o pravima djeteta, Rimski statut, Međunarodni krivični sud, međunarodno humanitarno pravo, Vijeće sigurnosti Ujedinjenih nacija.

1. Uvod

U radu smo pošli od hipoteze da smo čak i danas u XXI. st., i to bez obzira na činjenicu da je 170 država ratificiralo Prvi fakultativni protokol uz Konvenciju Ujedinjenih nacija o pravima djeteta o učešću djece u oružanim sukobima koji to osuđuje, i pored cijeloga međunarodnoga instrumentarija koje je međunarodna zajednica država odlučila usvojiti za svrhe zabrane regrutiranja djece (vojnika) i njihova korištenja da aktivno ili neizravno sudjeluju u međunarodnim ili nemeđunarodnim oružanim sukobima, neovisno o činjenici je li ih vrbuju legitimne oružane snage države ili druge oružane skupine i formacije, svjedoci svakodnevnih kršenja dječijih prava i sloboda, poglavito one djece koja žive u područjima zahvaćenim oružanim sukobima. Ovo tematsko područje je uvijek aktuelno. Uostalom, to dokazuje i podatak da se Vijeće sigurnosti Ujedinjenih nacija već duže razdoblje bavi pitanjima zaštite djece u oružanim sukobima i oštro osuđuje svako njihovo korištenje protivno međunarodnopravnim normama. Kao dokaz ovoj tvrdnji, u radu navodimo Rezoluciju ovoga organa iz 2018., ali i Izvještaj Generalnoga sekretara Ujedinjenih nacija iz 2019. S druge strane, činjenica jeste da u međunarodnome poretku postoji najrazličitiji međunarodni dokumenti, od neobavezujućih preporuka, smjernica i izvještaja međunarodnih organizacija, preko deklaracija i rezolucija organa Ujedinjenih nacija, sve do po države obavezujućih međunarodnih ugovora (konvencija i protokola) koji svoje strane ugovornice obavezuju na određeno uređenje i ponašanje u ovome dijelu.

Rad je podijeljen u dva povezana segmenta. U prvome dijelu ćemo predočiti osnovne postavke Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima djeteta. Potom ćemo istražiti nastojanja i uvjete za usvajanje Prvoga fakultativnoga protokola uz Konvenciju, uz analizu odredaba predmetnoga Protokola. Zaštitu koju nudi taj međunarodni ugovor ćemo usporediti sa zaštitom djece koju pruža međunarodno humanitarno pravo, tačnije ženevsko pravo, i kakav je odnos između ova dva pravna područja. Radi li se o nadopunjujućim pravnim režimima ili, pak, o preklapajućim dokumentima koja nude različito uređenje odnosnih pitanja. U radu ćemo dati naglasak na rezolucije Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija, budući da su one adekvatan izvor i refleksija stava većega broja država u međunarodnoj zajednici u cjelini. Zapravo, prvi dio rada prikazuje svojevrsnu „borbu“ međunarodne zajednice, uključujući i države i međunarodne organizacije, protiv ovakvih pojava u suvremenome svijetu, te načine i sredstva koja se koriste kao njezin odgovor. U drugome dijelu našega istraživanja definiramo izraz „djeca vojnici“ te, raspravljajući o ovom retrogradnom fenomenu, dajemo puni opseg sadržine ove sintagme. Teoretske postavke smo provjerili u

praksi, na temelju izvještaja i drugih znanstvenih istraživanja u ovoj oblasti, koliko je pojava prisilnoga regrutiranja djece i njihova korištenja u neprijateljstvima prisutna u recentnom razdoblju, i u kojim to državama posebno. Rad zaključujemo postavkama međunarodnoga krivičnoga prava, prateći razvoj od Rimskoga statuta Međunarodnoga krivičnoga suda do prve osuđujuće odluke na tome Sudu u vezi s regrutiranjem i korištenjem djece u oružanom sukobu na afričkome kontinentu. Da li je godina 1998. predstavljala prijelomni trenutak ka djelotvornijoj zaštiti djeteta u oružanom sukobu, kada je i zvanično objelodanjena međunarodnopravna norma koja stipulira da njihovo regrutiranje i korištenje u ovim uvjetima predstavlja radnju izvršenja ratnoga zločina?

U dolasku do određenih znanstvenih spoznaja, u radu se koristimo pravnodogmatskom metodom, analizom sudske prakse, odnosno metodama analize i sinteze, ali i elementima induktivne i deduktivne metode. Rad je postavljen na način da nam predočava i teoretski i praktični presjek stanja u jednoj oblasti s kritičkim osvrtom na temeljni predmet istraživanja, postojeće međunarodnopravno uređenje, a sve s ciljem propitivanja adekvatnosti i učinkovitosti sadašnjega „sistema“ zaštite djece u oružanim sukobima.

2. Međunarodnopravna zaštita djeteta: Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima djeteta

Konvenciju o pravima djeteta usvojila je Opća skupština Ujedinjenih nacija 20. novembra 1989.¹, „i to tačno trideset godina nakon Deklaracije“², dok je na snagu stupila 2. septembra 1990., nakon određenoga broja ratifikacija.³ Ostaje i dalje najratificiraniji ugovor o ljudskim pravima te predviđa izvanredan katalog prava djece.⁴ Zapravo, radi se o prvom sveobuhvatnom međunarodnopravnom instrumentu koji je posvećen djeci i njihovim pravima, osiguravajući najvišu razinu međunarodnih standarda za njezinu implementaciju na nacionalnoj razini.⁵ Njezin utjecaj je vrlo vidljiv ukoliko promatramo ustave država, sudsku praksu, rad međunarodnih i nacionalnih institucija, reforme pravnih sistema, razvoj politika i

1 Usvojena i otvorena za potpisivanje, ratifikaciju i pristup Rezolucijom Opće skupštine Ujedinjenih nacija 44/25. Objavljena u *United Nations Treaty Series* (UNTS), vol. 1577, p. 3.

2 J. Andrassy, B. Bakotić, M. Seršić, B. Vukas (2010) *Međunarodno pravo 1*, Zagreb: Školska knjiga, 399.

3 Prema čl. 49. Konvencije o pravima djeteta, za njezino stupanje na snagu bilo je potrebno dvadeset ratifikacija, tj. položenih ratifikacijskih instrumenata kod Generalnoga sekretara Ujedinjenih nacija. Ovaj broj je postignut, kako vidimo, vrlo brzo. Danas predstavlja jednu od rijetkih međunarodnopravnih legislativnih konvencija koje imaju univerzalnu ratifikaciju. Zanimljivost je da su sve članice Ujedinjenih nacija ujedno i stranke Konvencije izuzev Sjedinjenih Američkih Država koje su potpisale ovaj ugovor 1995., ali ga do današnjega dana odbijaju ratificirati i tako konačno i formalno izraziti spremnost da budu vezane Konvencijom. Danas ovaj međunarodni instrument, najvažniji u međunarodnoj zaštiti prava i sloboda djeteta, broji 196 država stranaka. Bosna i Hercegovina postala je strankom Konvencije notifikacijom o sukcesiji 1993.

4 J. Tobin (ed.) (2019) *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 1.

5 Y. Lee (2010) Communications Procedure under the Convention on the Rights of the Child: 3rd Optional Protocol, *International Journal of Children's Rights*, vol. 18, no. 4, 567-568.

daljnega djelovanja zagovornika prava djeteta.⁶

„Razmišljajući i djelujući u cilju što učinkovitije međunarodnopravne zaštite djeteta, Poljska je početkom 1978. predložila Ujedinjenim nacijama da se pod okriljem ove organizacije krene raditi na budućoj konvenciji o pravima djeteta, koja će sadržavati međunarodne obaveze za sve države ugovornice.“⁷ S ovim u vezi, poljska vlada predala je nacrt Konvencije o pravima djeteta Komisiji za ljudska prava Ujedinjenih nacija⁸, koja će upravo na temelju poljske inicijative 1979. formirati radnu skupinu za rad na konvenciji. Zapravo, rezolucijom Opće skupštine Ujedinjenih nacija zatraženo je od Komisije da organizira svoj rad na nacrtu konvencije o pravima djeteta da bi taj nacrt mogao, po mogućnosti, biti spreman za usvajanje već tokom Međunarodne godine djeteta.⁹ Za Međunarodnu godinu djeteta Opća skupština Ujedinjenih nacija svojom je rezolucijom iz 1976. proglasila godinu 1979. „budući da se te godine obilježavala dvadeseta godišnjica Deklaracije.“¹⁰ Iako se očekivalo da će konvencija biti usvojena vrlo brzo, budući da se poljski nacrt temeljio na Deklaraciji iz 1959., radna skupina je naišla na brojne teškoće i izazove, tako da je rad na njezinome tekstu trajao cijelih deset godina.¹¹ Upravo je kao posljedica takvoga rada radne skupine, „kompromis morao biti postignut u mnogim dijelovima, što je dovelo do izražavanja zabrinutosti da će postavljeni standardi u pojedinim članovima nacrta Konvencije biti preniski“¹², što se odrazilo i na promišljanja određenih pravnih pisaca u smislu da današnja „Konvencija, mada ambiciozna u svojim težnjama za djecu, zapravo predstavlja minimum standarda koji su dogovoreni od država u odnosu na tretman djece unutar njihovih jurisdikcija.“¹³

„S obzirom na njihov posebno osjetljiv i ranjiv položaj jer su u neprestanom psihofizičkom razvoju, djeci je neophodno obezbjediti i posebnu pravnu zaštitu“¹⁴ „koja potreba je stoljećima bila zanemarivana, budući da je dominiralo stajalište da njihova sudbina ovisi isključivo od roditeljske, i to, uglavnom, očeve vlasti.“¹⁵

6 J. Tobin (ed.) (2019) *op. cit.*, 1-2.

7 L. Velić, E. Omerović (2019) UN Konvencija o pravima djeteta i njezini protokoli s posebnim osvrtom na zaštitu imovinskih prava i interesa djeteta: prema potpunijoj i učinkovitijoj zaštiti djeteta ili prema nepotpunim i neučinkovitim obavezama strana ugovornica?, u: Zbornik radova, Dani porodičnog prava „Zaštita prava čovjeka kao pokretač razvoja porodičnog prava“, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, god. VII, br. 7, 146.

8 J. Tobin (ed.) (2019) *op. cit.*, 5.

9 V. Rezoluciju Opće skupštine Ujedinjenih nacija 33/166 o „Pitanju Konvencije o pravima djeteta“ od 20. decembra 1978.

10 Rezolucija Opće skupštine Ujedinjenih nacija 31/169 o „Međunarodnoj godini djeteta“ od 21. decembra 1976.

11 Zapravo, Deklaracija više nije reflektirala potrebe mnoge djece u svijetu budući da se, naprimjer, nije očitovala o građanskim i političkim pravima djeteta. Drugi je razlog što se zbog njihove ranjivosti i nezavršenoga psihofizičkoga razvoja zahtijevala veća i efikasnija međunarodnopravna zaštita nego što je međunarodno pravo u to vrijeme, sredinom XX. st, poznavalo (šire u: G. Van Bueren (ed.) (1998) *International Documents on Children*, The Hague, Boston, London: Kluwer Law International, 13).

12 L. Velić, E. Omerović (2019) *op. cit.*, 146.

13 J. Tobin (ed.) (2019), *op. cit.*, 6.

14 D. Simović, M. Stanković, V. Petrov (2018) *Ljudska prava*, Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 268.

15 L. Velić, E. Omerović (2019) *op. cit.*, 146.

„Može se primjetiti da je djeci neophodna posebna zaštita već od trenutka rađanja, posebna medicinska skrb, odgovarajuće obrazovanje, zaštita od nasilja, seksualne eksploatacije i sličnih zala, posebna zaštita djece bez roditelja, djece sa invaliditetom, djece pripadnika etničkih i drugih manjina; posebna zaštita djece u vrijeme rata i drugih vanrednih prilika.”¹⁶

Konvencija o pravima djeteta sadrži 54 člana i kao takva predstavlja, kako smo ranije naveli, najsveobuhvatniji međunarodnopravni legislativni instrument i najvažniji međunarodnopravni izvor u oblasti posebne zaštite djeteta.¹⁷ U Preambuli Konvencije objašnjavaju se pozadina i razlozi donošenja toga dokumenta. Članovi od 1. do 41. (prvi dio Konvencije) drže se temeljnima, jer definiraju pojam djeteta te donose svojevrсни i vrlo iscrpni katalog prava, koja, čini se, nisu podložna hijerarhiji budući da su sva prava jednako važna.¹⁸ Prema čl. 1. Konvencije, „dijete označava svaku osobu mlađu od 18 godina, osim ako se zakonom koji se primjenjuje na dijete granica punoljetnosti ne odredi ranije.” Konvencija sadrži i međunarodne obaveze koje države preuzimaju po njezinoj ratifikaciji. Članovi od 42. do 45. navode procedure za praćenje primjene Konvencije, dok odredbe članova od 46. do 54. sadrže formalne elemente u vezi sa stupanjem Konvencije na snagu.¹⁹ „Čitajući tekst Konvencije stječe se dojam da svakome pravu djeteta odgovara određena obaveza na strani države, ali i roditelja (zakonskih zastupnika), te da se predmetna prava i obaveze doslovno isprepliću.”²⁰ Konvencija nastavlja promatrati dijete kao subjekta

16 M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić (2018) *Međunarodna ljudska prava*, 7. izd, Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 264-265.

17 Obuhvata ona u svojim članovima odredbe o građanskim, političkim, ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima djece (više u: G. Van Bueren (1991) *The UN Convention on the Rights of the Child*, *Journal of Child Law*, vol. 3, no. 2, 63). U ostale međunarodnopravne izvore univerzalnoga i regionalnoga karaktera možemo ubrojiti Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima te Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, oba iz 1966., konvencije Međunarodne organizacije rada, ali i izvore međunarodnoga humanitarnoga prava koji će biti kratko elaborirani u nastavku rada, poput (IV) Ženevske konvencije o zaštiti civilnih osoba za vrijeme rata iz 1949. te Prvoga i Drugoga dopunskoga protokola iz 1977. uz Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata iz 1949. Ovdje nam mogu poslužiti i ostali univerzalni međunarodni ugovori iz oblasti zaštite ljudskih prava. U najvažnije regionalne instrumente spadaju Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950., Europska konvencija o usvajanju djece iz 1967., Rezolucija o Europskoj povelji o pravima djeteta iz 1992., Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava iz 1995., Revidirana Europska socijalna povelja iz 1996., Konvencija Vijeća Europe protiv trgovine ljudskim bićima iz 2005. te Konvencija Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnoga iskorištavanja i seksualne zloupotrebe iz 2007. Zanimljivo je ovoj potonjoj skupini pridodati i dva regionalna dokumenta za područje Afrike: Deklaraciju o pravima i dobrobiti afričkoga djeteta iz 1979. te Afričku povelju o pravima i dobrobiti djeteta iz 1990. Bitno je istaknuti da pojedini od njih za svoj predmet reguliranja nemaju isključivo prava i slobode djeteta, već ih svojim odredbama samo djelimično obuhvataju. Jednako tako, ovim navođenjem međunarodnoga instrumentarija nismo iscrpili sve međunarodne izvore. Neki od njih reguliraju i privatnopravne odnose.

18 „Prava se ne mogu rangirati po njihovoj važnosti i značaju i moraju se posmatrati u njihovoj međusobnoj povezanosti.“ (N. Grahovac (2012) *Obaveznost Konvencije UN o pravima djeteta*, u: *Zbornik radova: Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog*, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 3).

19 L. Velić, E. Omerović (2019) *op. cit.*, 147.

20 *Ibid.*

međunarodnoga prava, a ne samo kao osobu kojoj je potrebna posebna zaštita.²¹ Na koncu, uočava se da ovaj međunarodni ugovor uvodi novi kvalitet odnosa prema djeci, njihovim pravima i interesima: dijete je osoba koja ima pravo na svoja ljudska prava; prvi puta je jednim sveobuhvatnim međunarodnim ugovorom prihvaćena definicija djeteta.²² Prava djeteta su univerzalna, nedjeljiva i neotuđiva, i mogu se grupirati u četiri skupine: prava na opstanak, prava na razvoj, zaštitna i participativna prava.²³

Odbor Ujedinjenih nacija za prava djeteta²⁴ identificirao je četiri opća načela na kojima se saznavaju sva konvencijska prava. Radi se o standardima i novim univerzalnim načelima koje Konvencija uspostavlja, a koji doprinose jednom novom kvalitetu u ostvarivanju i zaštiti prava djeteta: a) načelo nediskriminacije²⁵; b) načelo da djeca imaju pravo na život i razvoj u svim vidovima života; c) načelo najboljega interesa djeteta; i d) načelo da se djeci mora omogućiti učešće u rješavanju svih pitanja koja utječu na njihov život i omogućiti im slobodu izražavanja mišljenja.²⁶

Čini se da je suština Konvencije u tome da „svako dijete, bez razlike zasnovane na rasi, boji, polu, jeziku, vjeroispovijesti, nacionalnom ili društvenom porijeklu, imovini ili rođenju, ima pravo na mjere zaštite od strane njegove porodice, društva i države koje zahtijeva njegov položaj maloljetnika. Posebne mjere zaštite i pomoći treba da se poduzmu radi sve djece i mladih osoba, bez diskriminacije po osnovu porijekla ili drugih razloga.“²⁷ Konvencija stoga omogućava da u svim djelovanjima

21 *Ibid.*

22 N. Grahovac (2012) *op. cit.*, 2.

23 A. Čović (2017) *Prava deteta: evolucija, realizacija i zaštita*, Beograd: Institut za uporedno pravo, 18.

24 Odbor Ujedinjenih nacija za prava djeteta pripada ekspertskim tijelima koja su utemeljena određenim međunarodnim ugovorima iz oblasti zaštite ljudskih prava. Tako je na osnovu čl. 43. Konvencije o pravima djeteta ustanovljen odnosni Odbor. Njegov prvi sastav izabran je 1991. i tada je brojio deset stručnjaka (kako je isprva bilo predviđeno konvencijskom odredbom). Danas, „Odbor čini 18 eksperata visokih moralnih vrijednosti i priznate stručnosti na polju koje pokriva Konvencija. Članove Odbora biraju strane ugovornice iz redova svojih državljana i oni djeluju u ličnome svojstvu, uz poštivanje ravnomjerne geografske zastupljenosti, kao i glavnih pravnih sistema.“ (D. Simović, M. Stanković, V. Petrov (2018) *op. cit.*, 384). Za više v. službenu internetsku stranicu Odbora: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx> (od 4. 9. 2019).

25 Kako je to u Bosni i Hercegovini, v. M. Nadaždin Defterdarević (2012) Princip nediskriminacije u korpusu prava djeteta u Bosni i Hercegovini, u: *Zbornik radova: Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog*, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 213-233.

26 Ovo potonje pod uvjetom da je dijete takve dobi da može samostalno i razumno iznositi svoje mišljenje. V. publikaciju Međunarodnoga fonda za djecu (UNICEF): *Prava deteta i maloletničko pravosuđe: odabrani međunarodni instrumenti: Opcioni protokoli uz Konvenciju o pravima deteta*, svezak 2, 6 (dost. na: <https://npm.rs/attachments/Opcioni%20protokoli%20uz%20Konvenciju.pdf> (od 4. 9. 2019)). Za elaboraciju funkcija i značaja ova četiri načela, v. N. Grahovac (2012) *op. cit.*, 3-7; U. Novaković (2012) Pravo deteta na izražavanje mišljenja, u: *Zbornik radova: Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog*, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 183-199.

27 R. Etinski (2010) *Međunarodno javno pravo*, Beograd: Službeni glasnik, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 404.

u odnosu na djecu najbolji interes djeteta mora biti primarno načelo postupanja.²⁸ Uostalom, „vodeće načelo Konvencije izraženo je u čl. 3(1), koji proglašava da „u svim aktivnostima koje se tiču djece, od primarnoga su značaja interesi i dobrobit djeteta, bez obzira da li ih poduzimaju javne ili privatne institucije za socijalnu zaštitu, sudovi, upravni organi ili zakonodavna tijela“.²⁹

Konvencija ne sadrži samo katalog prava³⁰ već i mnoštvo ugovornih obaveza za njezine stranke, odnosno za države, a koje se obaveze, koje proizilaze iz ovoga međunarodnoga ugovora, mogu grupirati u nekoliko skupina. „Države stranke poduzet će sve odgovarajuće zakonodavne, upravne i druge mjere za primjenu prava priznatih u ovoj Konvenciji”³¹, odnosno drugim riječima, države se pozivaju da prilagode svoje unutarnje zakonodavstvo, odnosno svoje domaće pravne akte preuzetim međunarodnim obavezama s ovim u vezi. Glede ekonomskih, društvenih i kulturnih prava, države stranke poduzet će takve mjere u što širem opsegu svojih raspoloživih sredstava i, u slučaju potrebe, u okviru međunarodne suradnje.³² Države stranke će, prema čl. 23(4), „u duhu međunarodne suradnje promicati razmjenu najvažnijih obavijesti iz područja preventivne zdravstvene zaštite te medicinskog, psihološkog i funkcionalnog tretmana djece s teškoćama u razvoju, uključujući širenje i pristup obavijestima o metodama rehabilitacije, obrazovanja i izbora zanimanja, kako bi unaprijedile sposobnosti i vještine te proširile domaća iskustva u tim područjima.” Ovi se međunarodnopravni subjekti, dakle, pozivaju na međunarodnu suradnju, a sve u cilju što učinkovitije zaštite djeteta.³³ „Nadalje, Konvencija u svome čl. 18. predviđa da roditelji ili zakonski skrbnici snose najveću odgovornost za odgoj i razvoj djeteta te da dobrobit djeteta mora biti njihova temeljna briga.”³⁴ „Mada polazi od toga da „roditelj(i) ili drugi odgovorni za dijete imaju prvenstvenu odgovornost da osiguraju, u okviru svojih sposobnosti i financijskih mogućnosti, uvjete života potrebne za razvoj djeteta”³⁵, Konvencija isto tako vrlo jasno ističe [...] obavezu država da im u tome pruže neophodnu pomoć.”³⁶ Kako se naznačuje u pravnoj teoriji, takvo rješenje je u skladu s odredbom iz čl. 3(2) Konvencije kojom su se stranke ovoga ugovora obavezale da „djetetu osiguraju takvu zaštitu i skrb koja je neophodna za njegovu dobrobit”.³⁷ Jedna od obaveza država stranaka Konvencije, a shodno čl. 42, jeste i upoznavanje djece i odraslih s njezinim načelima i odredbama.

28 M. N. Shaw (2003) *International Law*, 5. izd, Cambridge: Cambridge University Press, 307; čl. 3(1) Konvencije.

29 T. Buergenthal (1998) *Međunarodna ljudska prava: u sažetom obliku*, Sarajevo: Magistrat, 54.

30 O katalogu prava djeteta u Bosni i Hercegovini v. J. Bakšić-Muftić (2002) *Sistem ljudskih prava*, Sarajevo: Magistrat, 326-330, uz dodatak onih prava koja su priznata djetetu u fakultativnim protokolima.

31 Čl. 4. Konvencije.

32 *Ibid.*

33 Konvencija potiče države stranke na svaki učinkovit oblik međunarodne suradnje, odnosno na poduzimanje dvostranih i višestranih mjera i u drugim oblastima zaštite prava i sloboda djeteta. V. npr. čl. 35. Konvencije.

34 L. Velić, E. Omerović (2019) *op. cit.*, 149.

35 Čl. 27(2) Konvencije.

36 Prema čl. 27(3) Konvencije; M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić (2018) *op. cit.*, 265.

37 M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić (2018) *op. cit.*, 265.

Jednako tako, države se obavezuju da podnose Odboru za prava djeteta, posredstvom Generalnoga sekretara Ujedinjenih nacija, „izvještaje o mjerama koje su usvojile za ostvarivanje prava koja su priznata Konvencijom i o napretku ostvarenom u pogledu uživanja tih prava: a) u roku od dvije godine od stupanja na snagu te konvencije za odnosnu državu; b) zatim svakih pet godina.“³⁸

3. Prvi fakultativni protokol uz Konvenciju: učešće djece u oružanim sukobima?

Kako je vrijeme odmicalo, valjalo je na međunarodnoj razini urediti ostale vrlo osjetljive odnose i situacije i negativne posljedice razarajućih dejstava na psihofizičko zdravlje i razvoj djeteta, poglavito aktivnoga učešća djece u uvjetima oružanih sukoba, ali i dodatno naglasiti značaj problema i važnost borbe protiv trgovine djecom, dječije prostitucije i dječije pornografije u svijetu.³⁹ Stoga je Opća skupština Ujedinjenih nacija 25. maja 2000. usvojila dva fakultativna ili opciona protokola uz Konvenciju o pravima djeteta. Prvi se odnosi na učešće djece u oružanim sukobima⁴⁰, dok se drugi tiče trgovine djecom, dječije prostitucije i dječije pornografije⁴¹. Oba fakultativna protokola stupila su na snagu 12. februara 2002., nakon što je ispunjen uvjet iz čl. 10, odnosno čl. 14. dva fakultativna protokola, a to je da protokoli stupaju na snagu tri mjeseca nakon deponiranja desetoga instrumenta o ratifikaciji ili pristupanju.⁴² Valjalo bi naznačiti da oba ova međunarodna ugovora promatramo kao sastavni dio Konvencije.⁴³

U suvremenim oružanim sukobima, djeca sve više postaju predmetom ciljanih napada i vojnoga regrutiranja.⁴⁴ „U svijetu se svakodnevno povećava broj regiona u kojima usljed oružanih sukoba strada veliki broj nedužnih civila, među kojima su najugroženija djeca.“⁴⁵ U proteklih sedamdeset godina, međunarodna zajednica je razvila poprilično sveobuhvatan korpus humanitarnoga prava i ljudskih prava, štiteći djecu i u vrijeme mira i u vrijeme oružanih sukoba.⁴⁶ Međutim, države su, kao i međunarodne nevladine organizacije, tražile fokusiraniji pravni okvir u smislu zabrane povezivanja djece s oružanim snagama i skupinama.⁴⁷ Godine 1994., Komisija Ujedinjenih nacija za ljudska prava utemeljila je radnu skupinu s ciljem izrade nacрта fakultativnoga protokola uz Konvenciju, a koji bi se odnosio na učešće

38 D. Simović, M. Stanković, V. Petrov (2018) *op. cit.*, 384. Prema čl. 44(1) Konvencije.

39 L. Velić, E. Omerović (2019) *op. cit.*, 149.

40 United Nations, *Treaty Series*, vol. 2173, p. 222. Početkom oktobra 2020. Protokol broji 170 država stranaka.

41 United Nations, *Treaty Series*, vol. 2171, p. 227. Početkom oktobra 2020. Protokol obavezuje 176 država stranaka.

42 Bosna i Hercegovina je prvi fakultativni protokol ratificirala 2003., a drugi 2002.

43 L. Velić, E. Omerović (2019) *op. cit.*, 150.

44 R. Coomaraswamy (2010) The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict - Towards Universal Ratification, *International Journal of Children's Rights*, vol. 18, no. 4, 535.

45 A. Čović (2017) *op. cit.*, 19.

46 R. Coomaraswamy (2010), *op. cit.*, 536.

47 *Ibid.*

djece u oružanim sukobima.⁴⁸ Radnoj je skupini⁴⁹ trebalo šest godina diskusija da dođu do konačnoga konsenzusa – veliki je broj država bio protiv usvajanja odredbe prema kojoj bi 18. godina bila minimalna dob za učešće u neprijateljstvima.⁵⁰

U vrijeme zastoja na izradi nacrtu budućega fakultativnoga protokola predmetne sadržine, 1998., nekoliko će nevladinih organizacija⁵¹ formirati Koaliciju za zaustavljanje korištenja djece vojnika (eng. Coalition to Stop the Use of Child Soldiers) s ciljem početka kampanje za mobilizaciju globalne podrške i za generiranje većega političkoga pritiska za privođenje kraju izrade protokola uz Konvenciju.⁵² Do januara 2000. članovi radne skupine konačno su uspjeli osigurati nacrt dogovorenoga teksta, dok su države koje su ranije bile protiv, prihvatile kompromis koji je ograničio opseg Protokola i koji se fokusirao na obaveznu regrutaciju i aktivno učešće u neprijateljstvima.⁵³ Drugi važan element koji je na neki način doprinio usvajanju Protokola je postavljanje neovisnoga stručnjaka Generalnoga sekretara Ujedinjenih nacija koji je imao izraditi studiju naslova „Utjecaj oružanoga sukoba na djecu“ (eng. The Impact of Armed Conflict on Children), koji Izvještaj je podnio Općoj skupštini ove međunarodne organizacije 1996., i koji će godinu dana kasnije rezultirati činjenicom da će Generalni sekretar Ujedinjenih nacija imenovati Specijalnoga predstavnika za djecu i oružani sukob (eng. Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict), s mandatom da promovira prava, zaštitu i dobrobit djece tokom svake faze oružanoga sukoba.⁵⁴ Da li će ovo biti jedna od najznačajnijih mjera na polju zaštite djece u oružanim sukobima koja je provedena 1997.?⁵⁵ Rad ovoga Predstavnik je usmjeren na „promociju prevencije, zaštite i rehabilitacije djece žrtava oružanih sukoba u svakoj fazi sukoba. Riječ je o mjerama koje počinju jačanjem normativnih okvira i mobiliziranjem javnoga mnijenja u cilju stvaranja političke i socijalne klime kojom bi se prevladalo zlostavljanje djece, preko zaštite djece u zoni aktivnih vojnih operacija, pa do postupka zacjeljivanja rana i reintegracije djece u normalan život nakon prestanka oružanoga sukoba“⁵⁶.

Tako Prvi fakultativni protokol (OPAC), poznatiji kao Ugovor o djetetu vojniku, predstavlja mnogostrani međunarodni ugovor koji u svojoj Preambuli polazi od činjenice da fakultativni protokol uz Konvenciju podiže starosnu granicu

48 *Ibid.*

49 Radnu su skupinu činili predstavnici država, međunarodnih nevladinih organizacija, predstavnici agencija Ujedinjenih nacija i neovisni stručnjaci.

50 R. Coomaraswamy (2010), *op. cit.*, 536.

51 Među njima su bili *Amnesty International*, *Human Rights Watch*, *International Save the Children Alliance*, *International Federation Terre des Hommes*, *Defence for Children International* i druge organizacije.

52 R. Coomaraswamy (2010), *op. cit.*, 536-537.

53 *Ibid.*, 537. Usp. M. Olivier (1999) Children in Armed Conflict: Draft Optional Protocol to the Convention on the Rights of Child, *South African Yearbook of International Law*, 24, 246-255.

54 *Ibid.*, 537. Više o mandatu i djelovanju Ureda Specijalnoga predstavnika Generalnoga sekretara Ujedinjenih nacija za djecu i oružani sukob, v. na zvaničnoj mrežnoj stranici: <https://childrenandarmedconflict.un.org/> (od 29. 9. 2020).

55 General Assembly Resolution A/RES/51/77, The Rights of the Child, 20 February 1997, par. 35.

56 S. Fabijanić Gagro (2017) Zaštita djece vojnika u suvremenim oružanim sukobima, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 67, br. 3-4, 445.

za regrutiranje osoba u oružane snage i njihovo učešće u neprijateljstvima, te konstatira da je na dvadeset šestoj međunarodnoj konferenciji Crvenog krsta i Crvenog polumjeseca u decembru 1995. između ostalog preporučeno da strane u sukobu preduzimaju sve moguće korake kako bi se osiguralo da djeca mlađa od 18 godina ne učestvuju u neprijateljstvima.⁵⁷ Ovaj Protokol, inter alia, propisuje da će države ugovornice poduzeti sve moguće mjere kako bi se osiguralo da pripadnici njihovih oružanih snaga koji još nisu navršili 18 godina ne uzimaju direktno učešće u neprijateljstvima⁵⁸, odnosno da će države ugovornice osigurati da osobe koje još nisu navršile 18 godina ne podliježu obaveznoj regrutaciji u svoje oružane snage.⁵⁹ Jednako tako, države stranke Protokola imaju međunarodnu obavezu da će podići minimalnu starosnu granicu za dobrovoljnu regrutaciju osoba u odnosu na čl. 38. Konvencije.⁶⁰ Prema predmetnoj konvencijskoj odredbi, države stranke poduzet će sve korisne mjere kako bi osigurale da osobe mlađe od 15 godina nisu aktivno uključene u neprijateljstva⁶¹ te da će se, jednako tako, države stranke suzdržati od regrutiranja osoba mlađih od 15 godina u svoje oružane snage.⁶² Znakovito je da Protokol neće spriječiti države da regrutiraju (vrbuju) djecu u svoje oružane snage od 16. do 17. godine, ali zahtijeva da se poduzmu sve izvodljive ili sve moguće mjere, ali ne i sve neophodne mjere, kako bi se osiguralo da djeca ne učestvuju aktivno u neprijateljstvima. Međutim, ono što se uočava je nesklad „koji se javlja između toga da Konvencija o pravima djeteta definira dijete kao ljudsko biće mlađe od 18 godina (i u skladu s tim osigurava mu predviđenu zaštitu)”⁶³ i činjenice da međunarodno humanitarno pravo, ali i prethodno citirana odredba „dozvoljava regrutiranje u oružane snage djece s navršениh 15 godina”⁶⁴. Ova se tragična nelogičnost djelimično htjela ispraviti ili ublažiti upravo usvajanjem Prvoga fakultativnoga protokola uz Konvenciju⁶⁵, koji je ponovio konvencijsku odredbu iz čl. 38. samo sa višom starosnom granicom.⁶⁶ Tako je za države stranke Protokola niži standard međunarodnoga humanitarnoga prava zamijenjen višim standardom međunarodnoga prava ljudskih prava – da li je ovo primjer komplementarnosti dva pravna režima?⁶⁷

57 Preambula Prvoga fakultativnoga protokola iz 2000.

58 Čl. 1. Prvoga fakultativnoga protokola.

59 Čl. 2. Protokola. Za šire v. A. Sheppard (2000) *Child Soldiers: Is the Optional Protocol Evidence of an Emerging Straight-18 Consensus*, *International Journal of Children's Rights*, vol. 8, no. 1, 37-70.

60 Prema čl. 3(1) Prvoga fakultativnoga protokola. Temeljem čl. 3(2) Protokola, Bosna i Hercegovina je pohranila obavezujuću izjavu u smislu da ova država neće dozvoliti dobrovoljnu regrutaciju u svoje oružane snage osobama ispod 18 godina.

61 Čl. 38(2) Konvencije.

62 Čl. 38(3) Konvencije.

63 M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić (2018) *op. cit.*, 267.

64 *Ibid.*

65 Znakovito je da se čl. 8 (ratni zločini) Rimskoga statuta Međunarodnoga krivičnoga suda iz 1998. (stupio na snagu 2002.) zabranjuje regrutiranje ili na bilo koji drugi način stavljanje u vojnu službu djece ispod 15 godina starosti u nacionalne oružane snage ili njihovo korištenje u aktivnom sudjelovanju u neprijateljstvima. Dakle, ovakva aktivnost se danas smatra ratnim zločinom. Šire dalje u radu.

66 Tako, G. Oberleitner (2015) *Human Rights in Armed Conflict: Law, Practice, Policy*, Cambridge: Cambridge University Press, 69.

67 Preneseno iz: *Ibid.*

3.1. Međunarodno humanitarno pravo versus međunarodno pravo ljudskih prava: primjer zaštite djeteta

Prvi pokušaji zabrane regrutiranja djece vojnika mogu se pronaći u Ženevskim konvencijama o zaštiti žrtava rata iz 1949. i njihovim dodatnim protokolima iz 1977., koji se primjenjuju i na međunarodne i na unutrašnje oružane sukobe.⁶⁸ Iako su 1949. usvojene četiri Ženevske konvencije⁶⁹, nijedna od njih nije sadržavala odredbe koje bi mogle biti primjenjivane na djecu koja sudjeluju u oružanim sukobima, tj. na djecu vojnike. Tek donošenjem njihovih dopunskih protokola iz 1977.⁷⁰ počinje međunarodnopravno uređenje zaštite djece od regrutiranja. Zaštita djece od regrutiranja uređena je na način koji je sličan uređenju protokola, a koji polazi od podjele oružanih sukoba na međunarodne i nemeđunarodne.⁷¹ U međunarodnim oružanim sukobima, prema čl. 77(2) Prvoga dopunskoga protokola, sukobljene strane imaju obavezu da poduzmu sve mjere kako djeca mlađa od 15 godina ne bi aktivno sudjelovala u oružanim sukobima, i da se suzdrže od njihova regrutiranja u vlastite oružane snage.⁷²

Čl. 4(3)(c) Drugoga dopunskoga protokola, u nemeđunarodnim oružanim sukobima utvrđuje zabranu regrutiranja mladih od 15 godina u oružane snage ili naoružane skupine i njihovo sudjelovanje u neprijateljstvima.⁷³ Konvencija o pravima djeteta nalaže državama strankama poduzimanje svih korisnih mjera kako bi osigurala da osobe mlađe od 15 godina ne bi bile direktno uključene u neprijateljstva⁷⁴, a ukoliko je riječ o osobama koje su starije od 15, ali mlađe od 18 godina, prednost pri novačenju nastojat će dati najstarijima⁷⁵ što se u biti ne razlikuje od čl. 77(2) Prvoga dopunskoga protokola uz Ženevske konvencije.⁷⁶

U nastojanjima da se zaštita djeteta upotpuni, u oblasti međunarodnoga prava ljudskih prava, usvojen je Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta, kojim se, kako smo i prethodno naveli, obavezuju države stranke na poduzimanje svih mogućih mjera kako bi se osiguralo da djeca koja još nisu navršila 18 godina

68 R. Coomaraswamy (2010) *op. cit.*, 537.

69 1) Konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu; 2) Konvencija za poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomaca oružanih snaga na moru; 3) Konvencija o postupanju s ratnim zarobljenicima i 4) Konvencija o zaštiti građanskih osoba za vrijeme rata. Usp. R. Graf (2012) *The International Criminal Court and Child Soldiers: An Appraisal of the Lubanga Judgment*, 10 *J. Int'l. Crim. Just.* 1, 945, 953.

70 Dopunski protokol o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (I) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, p. 3) i Dopunski protokol o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (II) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, p. 609).

71 S. Fabijanić Gagro (2017) *op. cit.*, 445.

72 Čl. 77(2) (zaštita djece) Prvog dopunskog protokola.

73 Čl. 4(3)(c) Drugog dopunskog protokola.

74 Čl. 38(1) i (2) Konvencije o pravima djeteta; A. R. Nagy-Nadasdi (2017) *Fleeing Former Child Soldiers' Right to Integration*, 2017 *Hungarian Yb. Int'l L. & Eur. L.*, 115, 116; R. Brett (1996) *Child Soldiers: Law, Politics and Practice*, 4 *Int'l J. Child. Rts.*, 115-128.

75 Čl. 38(3) Konvencije o pravima djeteta.

76 Čl. 77(2) Prvog dopunskog protokola. Usvajanju ove odredbe prethodio je prijedlog da se granica zabrane regrutiranja djece općenito podigne s 15 na 18 godina, ali je on odbijen od većine delegacija na Konferenciji.

ne sudjeluju aktivno u neprijateljstvima⁷⁷ te da se osobe mlađe od 18 godina ne regrutiraju prisilno u oružane snage.⁷⁸ U odnosu na prethodne dokumente, Protokol je podigao granicu za regrutiranje, koju su prihvatile ili su već imale u svojim odredbama Afrička povelja o pravima i dobrobiti djeteta iz 1990.⁷⁹, Konvencije Međunarodne organizacije rada br. 182 o zabrani i trenutnim djelovanjima za ukidanje najgorih oblika dječjega rada iz 1999., Načela usvojena u Cape Townu 1997.⁸⁰, kao i Pariška načela i smjernice o djeci povezanoj s oružanim snagama ili naoružanim skupinama iz 2007.⁸¹

Na strani međunarodnoga humanitarnoga prava, da bi ova svojevrsna diskrepanca, u smislu različitih pravila u ovoj oblasti, prestala egzistirati učinjena je izmjena odredbe ženevskoga prava. Naime, prema čl. 77(2) Prvoga dodatnoga protokola uz sve četiri Ženevske konvencije stoji da će „strane u sukobu poduzeti sve moguće mjere da djeca koja nisu navršila 15 godina ne učestvuju aktivno u neprijateljstvima i one će se, naročito, uzdržavati od njihova regrutiranja u svoje oružane snage. Prilikom regrutiranja osoba koje su navršile 15 godina ali nisu navršile 18 godina života, strane u sukobu će nastojati da daju prioritet onima koji su najstariji.“⁸² Upravo je predmetna odredba zamijenjena slijedećom normom da će države stranke poduzeti sve moguće mjere kako bi osigurale da pripadnici njihovih oružanih snaga koji nisu navršili 18 godina života ne učestvuju aktivno u neprijateljstvima – tako je i u međunarodnome humanitarnome pravu učinjena izmjena s 15 na 18 godina (podizanje dobne granice). Valjalo bi istaknuti da Komentar Međunarodnoga odbora crvenoga križa (MKCK) o Prvome dodatnome protokolu jasno govori da on ne zahtijeva potpunu zabranu upotrebe djece u oružanome sukobu. Naime, MKCK je predložio da Protokol zahtijeva od strana u sukobu da „poduzmu sve potrebne mjere“, ali konačni tekst koristi izraz „poduzeti sve izvodljive (moguće) mjere“, što nije potpuna zabrana da se to čini. Da li otuda suzdržavanje od regrutiranja djece mlađe od 15 godina isključuje djecu koja se dobrovoljno prijavljuju u oružanu službu? Jednako je zanimljiv moment da je tokom pregovora izrade nacрта Prvoga dodatnoga protokola prihvaćena sintagma „aktivno sudjelovanje u neprijateljstvima“, otvarajući mogućnost u praksi da djeca dobrovoljci mogu biti neizravno uključena u neprijateljstva, prikupljajući i prenoseći vojne informacije, pomažući u prijevozu oružja i municije, opskrbi i sl.⁸³

* * *

77 Čl. 1. Prvog fakultativnog protokola; E. Lafayette (2013) *The Prosecution of Child Soldiers: Balancing Accountability with Justice*, *Syracuse Law Review*, vol. 63:297, 303.

78 Čl. 2. Prvog fakultativnog protokola. Usp. U. Ramanathan (2002) *Child Soldiers: Finding Recognition in International Humanitarian Law*, *Isil Y.b. Int'l Human. & Refugee L*, 232.

79 Usvojena unutar tadašnje Organizacije afričkoga jedinstva, danas Afričke unije, 1990., stupila na snagu 1999.

80 UNICEF, *Cape Town Principles and Best Practices*, dokument usvojen na simpoziju o sprječavanju regrutiranja djece u oružane snage i o demobilizaciji i društvenoj reintegraciji djece vojnika u Africi, 27. – 30. april 1997., Cape Town, Južna Afrika.

81 UNICEF, *The Paris Principles: Principles and Guidelines on Children Associated with Armed Forces or Armed Groups*, 2007.

82 Čl. 77(2) Prvog dopunskog protokola.

83 Prema: <https://web.archive.org/web/20071013073553/http://icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750099?OpenDocument> (od 2. 10. 2020).

Od ostalih međunarodnih obaveza koje predviđa Prvi fakultativni protokol iz 2000. valjalo bi ustvrditi i to da „države ugovornice koje dozvole dobrovoljnu regrutaciju u svoje državne oružane snage osobama mlađim od 18 godina, garantirat će da će kao minimum osigurati da: a) takva regrutacija bude stvarno dobrovoljna, b) takva regrutacija bude sprovedena uz izričiti pristanak roditelja ili zakonskih staratelja te osobe, c) su te osobe u potpunosti informirane o obavezama koje proizlaze iz takve svoje službe, d) te osobe osiguraju pouzdan dokaz o svojim godinama prije nego što budu primljena u državnu vojnu službu.“⁸⁴ Nadalje, oružane skupine koje nisu oružane snage države, ne bi trebalo pod bilo kojim okolnostima da regrutiraju ili iskorištavaju u neprijateljstvima osobe mlađe od 18 godina.⁸⁵ Zanimljivo je da se ovom odredbom Protokola nameću i svojevrsne međunarodne obaveze neregularnim borbama u oružanome sukobu, što je predstavljalo određeni pomak u odnosu na ono što je propisivalo ženevsko pravo u smislu nametanja obaveza i nedržavnim akterima. S druge strane, države ugovornice će poduzeti sve moguće mjere da spriječe regrutiranje i iskorištavanje, uključujući usvajanje neophodnih zakonskih mjera da takve postupke zabrane ili kvalificiraju kao krivično djelo u svome krivičnome zakonodavstvu.⁸⁶ Čl. 6. Protokola propisuje da države ugovornice poduzimaju sve moguće mjere (opet ne i nužne!) da osiguraju da osobe koje su u okviru njezine nadležnosti regrutirane i iskorištavane u neprijateljstvima, u suprotnosti s ovim Protokolom, budu demobilizirane ili na drugi način otpuštena iz vojne službe.⁸⁷ Upravo se države ugovornice pozivaju da će, kada bude neophodno, takvim osobama pružiti svu odgovarajuću pomoć za njihov fizički i psihički oporavak i društvenu reintegraciju.⁸⁸ I na kraju, pored obaveze suradnje strana ugovornica u provođenju odnosnoga ugovora⁸⁹, svaka država stranka ima sada već standardiziranu međunarodnu obavezu periodičnoga izvještavanja Odbora za prava djeteta.⁹⁰

Kao generalni komentar može se ustvrditi da je prilikom njegova usvajanja vladalo uvjerenje da bi ovaj Protokol trebao doprinijeti efektivnoj implementaciji načela da se najbolji interes djeteta u svim djelatnostima u odnosu na djecu uvijek primarno uzima u razmatranje.⁹¹

4. Vijeće sigurnosti Ujedinjenih nacija: borac za dječija prava u oružanim sukobima?

Vijeće sigurnosti Ujedinjenih nacija je u okviru više svojih zasijedanja razmatrao i raspravljao pitanje učešća djece u neprijateljstvima, njihovome regrutiranju u

84 Čl. 3(3) Prvog fakultativnog protokola.

85 Čl. 4(1) Protokola.

86 Čl. 4(2) Protokola.

87 Čl. 6(3) Protokola.

88 Čl. 6(4) Protokola.

89 Čl. 7(1) Protokola.

90 Čl. 8. Protokola.

91 T. Vandewiele (2006) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Optional Protocol: The Involvement of Children in Armed Conflicts*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 19.

oružane snage i skupine, i tako usvajao i nalagao državama najrazličitije mjere. Rezolucija ovoga organa br. 1261 predstavlja svojevrsnu prekretnicu u radu Vijeća sigurnosti u vezi sa zaštitom prava djeteta u i u pogledu međunarodnoga i nemeđunarodnoga oružanoga sukoba. Ova je Rezolucija usvojena jednoglasno 25. augusta 1999., i predstavlja jasno određenje da korištenje djece vojnika predstavlja kršenje međunarodnoga prava, poglavito Konvencije Međunarodne organizacije rada br. 182 o zabrani i neposrednoj akciji za uklanjanje najgorih oblika dječijega rada, koja zabranjuje prisilni ili obavezni rad, uključujući prisilno ili obavezno vrbovanje djece za njihovo korištenje u oružanome sukobu.⁹² Rezolucija se poziva i na Rimski statut Međunarodnoga krivičnoga suda iz 1998. u kojemu je regrutiranje ili registriranje djece mlađe od 15 godina u nacionalne oružane snage ili njihovo korištenje u aktivnom sudjelovanju u neprijateljstvima okarakterizirano kao ratni zločin.⁹³ U svome operativnome dijelu Rezolucije, Vijeće sigurnosti „najoštrije osuđuje ciljanje djece u situacijama oružanoga sukoba, uključujući ubijanje i sakaćenje, seksualno nasilje, otmice i prisilno raseljavanje, vrbovanje i upotrebu djece u oružanome sukobu kršeći međunarodno pravo, i napade na objekte zaštićene međunarodnim pravom, uključujući i mjesta koja obično imaju značajno prisustvo djece kao što su škole i bolnice, i poziva sve involvirane strane da tu praksu privedu kraju.“⁹⁴

No, ovoj su Rezoluciji nedostajale konkretne mjere za države. Vijeće sigurnosti će nastaviti djelovanje u ovome smjeru i 11. augusta 2000., iste godine kada je Opća skupština Ujedinjenih nacija usvojila Prvi i Drugi fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta, jednoglasno usvaja Rezoluciju br. 1314⁹⁵, u kojoj, inter alia, pozdravlja usvajanje Prvog fakultativnoga protokola o učešću djece u oružanome sukobu, poziva države i druge strane u oružanome sukobu da se imaju pridržavati općega međunarodnoga prava, posebno onih načela koja su svojstvena Povelji Ujedinjenih nacija, zaštititi ljudskih prava, prava izbjeglica, međunarodnome humanitarnome pravu, navodeći uz gornje dokumente i Ottawsku konvenciju o

92 Rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija br. 1261 od 25. augusta 1999., Preambula.

93 *Ibid.* Čl. 8(2)(b)(xxvi) Rimskoga statuta (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, p. 3) propisuje da „regrutiranje ili na bilo koji drugi način stavljanje u vojnu službu djece ispod 15 godina starosti u nacionalne oružane snage ili njihovo korištenje u aktivnom sudjelovanju u neprijateljstvima.“ Ova protupravna radnja kao oblik ratnoga zločina navedena je u dijelu čl. 8. koji se odnosi na *druge ozbiljne povrede zakona i ratnih običaja koji se primjenjuju u međunarodnom oružanom sukobu, a prema utvrđenim pravilima međunarodnoga prava.* Čl. 8(2)(e)(vii) Rimskoga statuta predviđa potpuno istu odredbu, koja se nalazi u dijelu čl. 8. koji se odnosi na *druge ozbiljne povrede zakona i običaja do kojih dođe u oružanim sukobima koji nisu međunarodnoga karaktera, a koje povrede su predviđene odgovarajućim odredbama međunarodnog prava.*

94 Rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija br. 1261 od 25. augusta 1999., op. tč. 2. Vijeće sigurnosti nadalje „poziva sve involvirane strane da se strogo pridržavaju njihovih obaveza prema međunarodnome pravu, posebno Ženevskih konvencija od 12. augusta 1949. i obaveza koje se na njih primjenjuju prema dodatnim protokolima iz 1977. i Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravima djeteta iz 1989., te naglašava odgovornost svih država da okončaju nekažnjivost, kao i njihovu obavezu da krivično gone one koji su odgovorni za teške povrede Ženevskih konvencija od 12. augusta 1949.“ Rezolucija, op. tč. 3.

95 V. još i rezolucije istoga organa br. 1265 (1999) od 17. septembra 1999., br. 1296 (2000) od 19. aprila 2000., te br. 1306 (2000) od 5. jula 2000.

zabrani upotrebe, skladištenja, proizvodnje i prijevoza protupješađijskih mina i o njihovom uništavanju iz 1997.⁹⁶, urgira na države članice Ujedinjenih nacija da preuzmu svoje međunarodne obaveze koje deriviraju iz Prvoga fakultativnoga protokola. Slijedom Rezolucije 1261, ovaj organ ponovno osuđuje sve protupravne čine koji se čine prema djeci u toku oružanoga sukoba, te u tome duhu „primjećuje da je namjerno ciljanje civilnoga stanovništva ili drugih zaštićenih osoba, uključujući djecu, i činjenje sistematskog, flagrantnog i široko rasprostranjenog kršenja međunarodnog humanitarnog prava i prava o ljudskim pravima, uključujući ona koja se odnose na djecu, u situacijama oružanoga sukoba, mogu predstavljati prijetnju međunarodnome miru i sigurnosti i s tim u vezi potvrđuje svoju spremnost da razmotriti takve situacije i po potrebi usvoji odgovarajuće korake.“⁹⁷ Ono po čemu je ova Rezolucija prepoznatljiva je poziv Vijeća sigurnosti na formiranje jedinica za zaštitu djece (eng. child protection units) unutar sekretarijata regionalnih i subregionalnih međunarodnih vladinih organizacija te poziv da se predvidi posebno osoblje za zaštitu djece (eng. child protection staff) unutar mirovnih i terenskih operacija regionalnih i subregionalnih organizacija i sporazuma u oružanim sukobom pogođenim područjima.⁹⁸ Jednako tako, pripadnici ovih misija bi se trebali dodatno educirati o posebnoj zaštiti i pravima žena i djece u jednome oružanome sukobu.⁹⁹ Držimo da su ove intencije vrlo zanimljive i postavljamo si pitanje idu li one u smjeru produktivnije zaštite djeteta u oružanim sukobima, odnosno učinkovitijem sankcioniranju politika i prakse vrbovanja djece i njihova učešća u izravnim neprijateljstvima u međunarodnoj zajednici država? Da li jedinice i osoblje za zaštitu djeteta u odnosnim uvjetima i situacijama predstavljaju genezu posebnih mirovnih misija ili takvih jedinica unutar mirovnih misija Organizacije ujedinjenih nacija koje bi bile usmjerene isključivo na zaštitu djece? Uprošćeno, da li se ovakvim idejama jača zaštita djece na terenu?

Rezolucija Vijeća sigurnosti br. 1612 (2005) predstavlja svojevrsni „prijelomni trenutak“ u Ujedinjenim nacijama u proceduralnome aspektu budući da se, pozivajući se na svoju prethodnu Rezoluciju br. 1539 (2004)¹⁰⁰ i na akcijski plan, odnosno na mehanizam praćenja i izvještavanja (eng. monitoring and reporting mechanism) koji je uveden 2004. i koji se dodatno razrađuje u ovoj Rezoluciji iz 2005.¹⁰¹, s ciljem dobijanja pravovremenih podataka, međutim, da li i za svrhe adekvatne zaštite djece u oružanim sukobima u svijetu? Jednako tako zabrinjava činjenica da Vijeće sigurnosti ovom Rezolucijom ponovno oštro osuđuje svako regrutiranje i korištenje djece vojnika od strana u oružanome sukobu, ali i sva druga kršenja i zloupotrebe dječijih prava u uvjetima oružanoga sukoba¹⁰², budući da ostaje duboko zabrinuto zbog nedostatka ukupnoga napretka u ovome dijelu, jer strane u sukobu i dalje nekažnjeno krše relevantne odredbe važećega međunarodnoga prava

96 United Nations, *Treaty Series*, vol. 2056, p. 211. Konvencija stupila na snagu 1999.

97 Rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija br. 1314 od 11. augusta 2000., op. tč. 9.

98 *Ibid*, op. tč. 16(a) i (b).

99 *Ibid*, op. tč. 16(b).

100 Rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija br. 1539 od 22. aprila 2004.

101 Rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija br. 1612 od 26. jula 2005., op. tč. 2 *et seq.*

102 *Ibid*, op. tč. 1.

koje se odnose na prava i zaštitu djece u oružanome sukobu.¹⁰³ Postavlja se pitanje koliki je uopće napredak ostvaren u razdoblju od usvajanja Prvoga fakultativnoga protokola uz Konvenciju o pravima djeteta? Da li se prava djece otuda više poštuju i da li je zaštita djece u oružanim sukobima postala bolja i adekvatnija, odnosno da li su države smanjile obim činjenja međunarodnih protupravnih djela, tj. kršenja međunarodnopravnih načela u oblasti međunarodne zaštite djeteta?

Od recentnijih odluka Vijeća sigurnosti navest ćemo onu od 9. jula 2018., Rezoluciju br. 2427, koja za svoj cilj ima jačanje zaštite djece u oružanim sukobima.¹⁰⁴ Ovaj organ polazeći od toga da je prema Agendi za održivi razvoj 2030 (eng. Agenda for Sustainable Development)¹⁰⁵ povećan fokus potrebno staviti na zaštitu djece i njihovih prava, a posebno u kontekstu oružanoga sukoba¹⁰⁶, te uzimajući u obzir tadašnje međunarodne i regionalne inicijative o djeci i oružanome sukobu, uključujući međunarodnu konferenciju održanu u Parizu 2007. o zaštiti djece od protupravnoga vrbovanja ili upotrebe od strane oružanih snaga ili oružanih skupina i naknadnu konferenciju održanu u Parizu 2017.¹⁰⁷, ponovno oštro osuđuju svako korištenje djece u oružanim sukobima, uključujući njihovo regrutiranje. Znakovito je da ova Rezolucija poziva države na potpunu zaštitu djece u uvjetima oružanih sukoba u smislu da se zabranjuje svako korištenje djece u odnosnim uvjetima¹⁰⁸, a ne samo njihovo aktivno sudjelovanje u neprijateljstvima. Jednako tako, Rezolucija sadrži sveobuhvatno pozivanje, ponajprije država, na zaštitu dječijih prava i sloboda, a posebno na zaštitu školskih objekata¹⁰⁹ uz obavezu odvratanja da se takvi civilni objekti koriste u vojne svrhe u vrijeme neprijateljstava i trajanja oružanih sukoba. Temeljem ove Rezolucije, Generalni sekretar Ujedinjenih nacija A. Guterres sačinjava i podnosi Izvještaj¹¹⁰ naslova „Djeca i oružani sukob“ koji pokriva presjek stanja zaštite djece za jednogodišnji period 2018.

5. Djeca u oružanim sukobima – „djeca vojnici“

Historija je puna primjera koji ukazuju na korištenje djece vojnika.¹¹¹ Ove su pojave zabilježene još 1212. kada su djeca sudjelovala u „Dječjem križarskom ratu“¹¹². Također, bili su korišteni tokom Napoleonovih ratova početkom XIX. st.¹¹³,

103 *Ibid*, Preambula.

104 Usp. i druge rezolucije ovoga organa, a poglavito br. 1379 (2001) od 20. novembra 2001., br. 1460 (2003) od 30. januara 2003., br. 1539 (2004) od 22. aprila 2004., br. 1612 (2005) od 26. jula 2005., br. 1882 (2009) od 4. augusta 2009., br. 1998 (2011) od 12. jula 2011., br. 2068 (2012) od 19. septembra 2012., te br. 2143 (2014) od 7. marta 2014. i br. 2225 (2015) od 18. juna 2015.

105 Rezolucija Opće skupštine Ujedinjenih nacija br. A/RES/70/1 od 25. septembra 2015.

106 Rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija br. 2427 od 9. jula 2018., Preambula.

107 *Ibid*.

108 *Ibid*, op. tč. 1.

109 *Ibid*, op. tč. 16.

110 Report of the United Nations Secretary-General, *Children and armed conflict*, br. A/73/907–S/2019/509 od 20. juna 2019.

111 Tako, K. Guliaeva (2017) ISIS Child Soldiers: Law and Accountability, *7 Impunity Watch L.J.*, 40; M. Houle (2017) The Legal Responsibility of Child Soldiers, *Int'l L. Yb.*, 8, 193.

112 Prema: A. Twum-Danso (2003) *Africa's Young Soldiers: The Co-Option of Childhood*, 13 (<https://media.africaportal.org/documents/Mono82.pdf> od 29. 9. 2020.). Za šire 13 *et seq*.

113 *Ibid*.

Drugoga svjetskoga rata¹¹⁴ te tokom britanske kolonizacije¹¹⁵. Znakovita je Američka revolucija, iz posljednje četvrtine XVIII. stoljeća, gdje su djeca vojnici korištena kao bubnjari¹¹⁶, ili kao „powder monkeys“¹¹⁷ u Ratu iz 1812. (Anglo-američki rat), Meksičkome ratu (1846. – 1848.) (Američko-meksičkome ratu) i Američkome građanskome ratu (1861. – 1865.).¹¹⁸ Nacisti su u XX. stoljeću postavljali kampove za obuku, uključujući i druge oblike indoktrinacije kako bi pripremali Hitlerovu omladinu¹¹⁹ za bitku¹²⁰, proces koji je često započinjao kada je djetetu bilo deset godina.¹²¹

Uprkos činjenici da su djeca najosjetljivija kategorija civila¹²² i da oružani sukob negira sva prava djeteta¹²³ (poglavito pravo na život, pravo na porodicu, pravo na zdravlje, pravo na osobni razvoj i pravo na njegu i zaštitu), danas na svijetu ima oko 300 hiljada djece vojnika¹²⁴, a prema podacima koje je prikupila i objavila međunarodna nevladina organizacija Child Soldier, oko 250 miliona djece živi u područjima koja su pogođena oružanim sukobima,¹²⁵ dok, čak u 46 država, djeca već odavno ne znaju kako je to biti dijete, jer su, umjesto toga, vojnici¹²⁶. Godine 1996. objavljen je podatak da je tada u posljednjoj deceniji u oružanim sukobima ubijeno oko 2 miliona djece, oko 4 do 5 miliona je ranjeno, a 12 miliona djece je ostavljeno bez krova nad glavom.¹²⁷ Mediji u današnjem, suvremenom svijetu prenose slike i snimke djece diljem naše planete, koja se nalaze u oružanim sukobima, gdje ih ranjavaju, zlostavljaju, zatvaraju, otimaju, siluju, muče, ubijaju te prisiljavaju na djela koja „nikako nisu dječja“¹²⁸.

114 Usp. S. L. Wells (2004) Crimes against Child Soldiers in Armed Conflict Situations: Application and Limits of International Humanitarian Law, *12 Tul. J. Int'l & Comp. L.*, 287, 290.

115 Usp. W. A. Schabas (2004) Conjoined Twins of Transitional Justice? The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court, *J. Int'l. Crim. Just.*, 2(4), 1082, 1087.

116 Šire u: J. R. Dull (1985) *A Diplomatic History of the American Revolution*, London: Yale University Press.

117 Ime dato onima koji su nosili barut iz (brodskog) skladišta do mjesta gdje je oružje, najčešće su to bila djeca zbog svoje brzine i okretnosti. Prema: S. Tucker (2012) *The Encyclopedia of the War of 1812: A Political, Social and Military History*, vol. I, Oxford: ABC-CLIO, 561.

118 E. C. Bishop (1982) *Ponies, Patriots and Powder Monkeys: A History of Children in America's Armed Forces 1776-1916*, The Bishop Press.

119 U Njemačkoj je 1930-ih godina Nationalsocijalistička njemačka radnička stranka oformila Hitlerjugend (Hitlerovu omladinu), skupinu djece i adolescenata koji su indoktrinirani nacističkom ideologijom i pripremani da postanu armija djece koja će se boriti za A. Hitlera.

120 G. Rempel (1989) *Hitler's Children: The Hitler Youth and the SS*, Chapel Hill and London: The University of North Carolina Press, 185.

121 A. Heck (1985) *A Child of Hitler: Germany in the Days When God Wore a Swastika*, Phoenix: Renaissance House Publishers, 1.

122 S. Fabijanić Gagro (2008) Zaštita djece u oružanim sukobima u skladu s rezolucijama Vijeća sigurnosti UN-a, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 58, br. 3, 748.

123 J. Galijašević (2018) Djeca i konflikti: Djeca kao instrumenti i objekti međunarodne sigurnosti, *Polemos 21*, 1: 193-214, 201.

124 P. Veerman, H. Levine (2001) Protecting Palestinian Intifada Children: Peaceful Demonstrations, Child Soldiers or Child Martyrs, *9 Int'l J. Child. Rts.*, 71, 75.

125 S. Fabijanić Gagro (2017) *op. cit.*, 441.

126 J. Galijašević (2018) *op. cit.*, 201.

127 R. Rios-Kohn (1996) The Impact of the United Nations Convention on the Rights of the Child on UNICEF's Mission, *6 Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 292.

128 S. Fabijanić Gagro (2017) *op. cit.*, 441.

5.1. Definiranje pojma „djeca vojnici“: određenje izraza u međunarodnom pravu

Pojam „djeca vojnici/dijete vojnik“¹²⁹ ne odnosi se samo na dijete koje nosi ili je nosilo oružje¹³⁰, što dodatno otežava prepoznavanje u praksi ovoga fenomena. U dokumentu Cape Town Principles and Best Practices, kojega je UNICEF donio 1997., „dijete vojnik“ je definiran na sljedeći način¹³¹: „Dijete vojnik je bilo koja osoba mlađa od 18 godina koja je dio bilo koje vrste državnih ili nedržavnih oružanih snaga ili naoružane skupine u bilo kojem svojstvu, uključujući, ali ne isključivo, kuhare, nosače, glasnike i one koji prate takve skupine, a koji nisu samo članovi obitelji. Uključuje djevojčice regrutirane u seksualne svrhe i za prisilni brak“.

Deset godina kasnije, tačnije 2007., definicija izraza „djeca vojnici“ biće proširena Pariškim načelima, koja definiraju „djecu vojnike“ kao¹³²: „Svaku osobu koja ima manje od 18 godina, koja je, ili je bila regrutirana ili korištena od strane oružane snage ili oružane skupine u bilo kojem svojstvu, koje uključuje, no nije ograničeno na djecu, dječake i djevojčice, koji zauzimaju uloge boraca, kuhara, vratara, glasnika, špijuna ili pak u svrhe seksualnog iskorištavanja“. Bitno je naglasiti da ove definicije u opseg ovoga izraza uključuju i djevojčice regrutirane u svrhu seksualnoga iskorištavanja i prisilnoga braka.¹³³ Međutim, svrha seksualnoga iskorištavanja nije ograničena, odnosno ne bi trebala obuhvatati samo djevojčice. Ono što se može primijetiti jeste da obje definicije naglašavaju kako pojam „djeca vojnici“ ne obuhvata samo onu djecu koja se bore, tj. imaju status borca i koja aktivno sudjeluju u neprijateljstvima, nego koja imaju različite uloge koje obuhvataju širok spektar od vratara, špijuna, glasnika, kuhara, dok su pojedina djeca korištena u svrhu odvratanja pažnje neprijatelju, budući da se drži da će neprijatelj oklijevati da napadne djecu.¹³⁴ Dakle, odnosno određenje obuhvata i djecu koja neizravno sudjeluju u neprijateljstvima, što predstavlja širi opseg od zaštite koju pruža međunarodno humanitarno pravo. Djeca se koriste i za deminiranje područja, i to na način da su djeca prisiljena hodati po minskim poljima, kako bi ih aktivirali, tako da vojnici mogu proći.¹³⁵ S druge strane, kolumbijske pobunjeničke skupine su

129 Više v. u: M. Happold (2005) *Child Soldiers in International Law*, Manchester: Manchester University Press.

130 UNICEF (1997) *Cape Town Principles and Best Practices*, 12.

131 *Ibid.* V. i P. Russmann (2004) Kindersoldaten als Akteure der neuen Kriege, *Die neuen Kriege*, 54 Jahrgang Heft 4, 205.

132 UNICEF (2007) *The Paris Principles: Principles and Guidelines on Children Associated with Armed Forces or Armed Groups*, 7; također v. N. H. B. Jørgensen (2012) Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law, *Chinese J. Int'l L*, 11(4), 680.

133 UNICEF (2011) *Child recruitment by armed forces or armed groups*, http://www.unicef.org/protection/57929_58007.html (od 5. 9. 2020). Usp. s Rezolucijom Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija br. 1314 od 11. augusta 2000., op. tč. 13, u kojoj se „naglašava važnost uzimanja u obzir posebnih potreba i posebnih ranjivosti djevojaka pogođenih oružanim sukobom, uključujući, između ostalog, one koje vode domaćinstva, siročad, seksualno su iskorištavane i koriste se kao borci, i potiče da se njihova ljudska prava, zaštita i dobrobit uključe u razvoj politika i programa, uključujući one za prevenciju, razoružanje, demobilizaciju i reintegraciju.“

134 C. E. Kimmel, J. L. Roby (2007) Institutionalized Child Abuse: The Use of Child Soldiers, *Int'l Soc. Work*, vol. 50(6), 740.

135 L. E. Nagle (2011) Child Soldiers and the Duty of Nations to Protect Children from Participation in Armed Conflict, *Cardozo J. Int'l & Comp. L*, vol. 19, 14; L. H. Seyfarth (2013) Child Soldiers to War

regrutirale djecu od kojih su neka imala samo osam godina¹³⁶, kako bi postavljali mine ili popunjavali redove boraca kada je to bilo potrebno. Često se njihove tačne godine nisu ni znale, budući da djeca nisu bila upisana u matičnu knjigu rođenih, tj. nisu imala izvode iz ovih knjiga.¹³⁷

Način postupanja s djevojčicama je posebno brutalan. Iako i vladine snage i ilegalne oružane skupine, koje vrbuju djevojčice u svoje redove, od njih očekuju da obavljaju iste dužnosti kao i dječaci, one se i dalje seksualno zlostavljaju, svakodnevno siluju, te prisiljavaju na pobačaj.¹³⁸ Jedan od primjera jesu protupravni čini Tamilskih tigrova¹³⁹, koji vrbuju žene i djevojčice od 10 godina naviše, a koje se planski odabiraju za samoubilačke misije, jer ih se na kontrolnim punktovima ne smije pretresati detaljno kao muškarce.¹⁴⁰ Kada ne nose oružje, djevojčice se često koriste kao kućanice. Ipak, najčešća uloga djevojčica u vojsci je uloga seksualne robinje. Primjera radi, Božja vojska otpora¹⁴¹ u afričkoj državi Uganda poznata je po otmicama djevojčica koje su potom udavane za vođe skupina.¹⁴²

Regrutiranjem djece i njihovim iskorištavanjem u oružanim sukobima dolazi do eklatantnih kršenja prava djeteta, koje radnje su prepoznate kao teška povreda prava djece u oružanim sukobima. Istraživanje koje je 2002. proveo UNICEF temeljilo se na detaljnim intervjuima s 69 tadašnjih i bivših djece vojnika s područja Istočne Azije i Pacifika. U tim izvještajima dokumentirana su svjedočanstva svih ispitanika, pri tome je svaki od njih regrutiran prije svoje 18. godine života¹⁴³, i to „u prosjeku kao trinaestogodišnjaci, a najmlađe dijete imalo je samo jedanaest godina kada se

Criminals: Trauma and the Case for Personal Mitigation, 14 *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law* 117.

136 N. Grossman (2007) Rehabilitation or Revenge: Prosecuting Child Soldiers for Human Rights Violations, 38 *Geo. J. Int'l L.*, 323, 325.

137 S. H. Bald (2002) Searching for a Lost Childhood: Will the Special Court of Sierra Leone Find Justice for Its Children?, *American University International Law Review*, vol. 18, issue 2, 548.

138 V. Popovski, K. Arts (2006) *International Criminal Accountability and Children's Rights*, Policy Brief, United Nations University Press, 4; također v. M. Happold (2005) *op. cit.*, 16; S. Tiefenbrun (2007) Child Soldiers, Slavery and the Trafficking of Children, *Fordham International Law Journal*, vol. 31, issue 2, 445; I. Cohn (1999) The Protection of Children in Peacemaking and Peacekeeping Processes, *Harvard Human Rights Journal* 2, 134.

139 Oslobodilački tigrovi Tamilskog Elama ili Tamilski tigrovi (eng. *The Liberation Tigers of Tamil Eelam* (LTTE)) jesu vojna i politička organizacija koja je od početka 1970-ih vodila sukob protiv vlada Demokratske Socijalističke Republike Šri Lanke. Više u: L. A. Horvitz, C. Catherwood (2011) *Encyclopedia of War Crimes and Genocide*, vol. II, rev. ed., New York: Facts On File, 506-507.

140 S. Dissanayake (2017) Women in the Tamil Tigers: Path to Liberation or Pawn in a Game?, *Counter Terrorist Trends and Analyses*, vol. 9, issue 8, 5.

141 Božja vojska otpora ili Gospodnja vojska otpora (eng. *Lord's Resistance Army*) paravojna je organizacija koja djeluje na području Ugande, Demokratske Republike Kongo, Južnoga Sudana i Srednjeafričke Republike.

142 S. Okiror, *Abducted at nine to be a girl soldier for Kony: 'Now people call me a killer'*, <https://www.theguardian.com/global-development/2018/jan/08/abducted-girl-soldier-joseph-kony-ira-lords-resistance-army-uganda> (od 6. 9. 2020); jednako tako, v. C. E. Kimmel, J. L. Roby (2007) *op. cit.*, 744.

143 S. Fabijanić Gagro (2017) *op. cit.*, 441.

pridružilo naoružanoj skupini¹⁴⁴. Gotovo svaki od ispitanika je nosio oružje, a od njih 69 čak 46 je bilo korišteno u oružanim sukobima. Njih 18 je priznalo da je ubilo barem jednu osobu, a jedan dvanaestogodišnji dječak je priznao da je ubio petero ljudi.¹⁴⁵ Neki od njih su bili pristuni dok su članovi njihovih porodica bili mučeni i ubijeni te su prisiljavani na mučenje i ubistva civila. Dok je jednom dijelu djece bilo žao zbog vlastitih djela, druga su izjavila da osjećaju zadovoljstvo i ushit zbog počinjenih djela, a kao opravdanje za ubistva navodila su dilemu s kojom su se suočavala u datome trenutku – ubiti ili biti ubijen.¹⁴⁶

5. 2. Države koje regrutiraju i koriste djecu vojnike: primjeri iz prakse

Uprkos tome što je Vijeće sigurnosti Ujedinjenih nacija regrutiranje djece vojnika definiralo kao povredu prava djeteta, mnogi i dalje na djecu vojnike gledaju kao na odgovorne učesnike u sukobima. Slijedom onoga što je prethodno u radu navedeno, iako se smatra da je dijete osoba mlađa od 18 godina, međunarodna dobna granica za dobrovoljno regrutiranje i korištenje vojnika postavljena je na 16 godina, a mnogi su i mnogo mlađi što otežava razlikovanje između boraca i neboraca, naročito kada su u pitanju djeca.¹⁴⁷ Prema međunarodnome pravu, djeca vojnici koja imaju 16 ili 17 godina mogu se smatrati žrtvama, ali to isto pravo im dopušta da budu akteri.¹⁴⁸ Iako je regrutiranje u pravilu prisilno¹⁴⁹ postoje slučajevi kada se djeca iz različitih razloga dobrovoljno pridružuju, iz religioznih uvjerenja, društvenih vrijednosti, osjećaji bespomoćnosti, želje za osvetom, itd.¹⁵⁰

Zbog čega ovakva dvojaka rješenja? Da li iz razloga istodobnoga postojanja više preklapajućih pravnih režima ili svojevrsnoga seta međunarodnopravnih pravila i načela koja uređuju zaštitu djece u oružanim sukobima? Čini se da se kroz međunarodno pravo zaštita djeteta u ovim posebnim, vanrednim uvjetima ostvaruje kroz više oblasti: kroz pravo Ujedinjenih nacija, međunarodno humanitarno pravo, međunarodno pravo ljudskih prava, međunarodno krivično pravo (poglavito kroz Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda). S druge strane, iako postoji Ugovor o djetetu vojniku iz 2000., i iako je čovječanstvo svakim danom sve više svjesno kobnih posljedica po djecu, čini se da još nije u izgledu postizanje jedinstvene ili približno jedinstvene prakse država i nedržavnih aktera u vrijeme međunarodnih i nemeđunarodnih oružanih sukoba. Da li je Ured Specijalnoga predstavnika Generalnoga sekretara Ujedinjenih nacija za djecu i oružani sukob dovoljno spreman

144 *Ibid.*

145 *Ibid.*

146 K. Emmons (2002) *Adult Wars, Child Soldiers: Voices of Children Involved in Armed Conflict in the East Asia and Pacific Region*, UNICEF, 8, 10, 35, 52; isto tako, v. L. E. Nagle (2011) *op. cit.*, 1.

147 J. Galijašević (2018) *op. cit.*, 200.

148 *Ibid.*, 201.

149 B. Fonseka (2001) *The Protection of Child Soldiers in International Law*, *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, vol. 2, issue 2, 70; S. Tiefenbrun (2008) *op. cit.*, 420; M. L. Hackenberg (2000) *Can the Optional Protocol for the Convention on the Rights of the Child Protect the Ugandan Child Soldier?*, *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 10, issue 2, 417.

150 I. Cohn, G. S. Goodwin-Gill (1994) *Child Soldiers: The Role of Children in Armed Conflicts*, Clarendon Press, 24.

i kapacitiran da ima snagu djelovati poput specijalizirane ustanove Ujedinjenih nacija ili nekog drugog samostalnoga, stalnoga tijela koji bi se na sistemski način mogao baviti ovim konstantno aktuelnim pitanjem, i koje bi državama nametalo mjere u tome pogledu? Da li je valjana tvrdnja da danas postoji obilje međunarodnoga instrumentarija koji na nesistematski način pokušava urediti zaštitu djece u posebnim uvjetima oružanoga sukoba i eliminirati fenomen djece vojnika? Da li ta množina međunarodnih dokumenata odražava nekoordiniranost međunarodnoga djelovanja s obzirom da smo u radu raspravili da dolazi do njihova preklapanja i pojave nelogičnosti?

Djeca vojnici se danas koriste u više od 45 država i čine oko 10% naoružanih boraca tj. oko 300 hiljada djece vojnika sudjeluje u 75% oružanih sukoba. Približno 50% njih su djevojčice.¹⁵¹ U većini tih slučajeva djeca su vrbovana otmicom, prisilom i manipulacijom.¹⁵² Dečja vojnici se obično koriste u zemljama tzv. Trećega svijeta. Neke od država koje koriste djecu vojnike su:¹⁵³ Islamska Republika Afganistan, Republika Kamerun, Demokratska Republika Kongo, Islamska Republika Iran, Republika Irak, Država Libija, Republika Mali, Republika Unija Mijanmar, Savezna Republika Nigerija, Savezna Republika Somalija, Republika Južni Sudan, Republika Sudan, Arapska Republika Sirija i Republika Jemen.

Od ukupno 30 država članica Organizacije Sjevernoatlantskoga sporazuma (NATO)¹⁵⁴, čak 13 država regrutira djecu mlađu od 18 godina u svoje oružane snage. Od pet stalnih članica Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija, samo Ruska Federacija ne regrutira mlade od 18 godina. Sjedinjene Američke Države prihvataju dobrovoljce u dobi od 17 godina, koji su bili u operacijama poput Zaljevskoga rata, Somalije i Bosne i Hercegovine.¹⁵⁵ Velika Britanija je također jedina europska zemlja koja rutinski šalje vojnike mlade od 18 godina u borbu, uključujući i one koji su ratovali tokom Zaljevskoga rata.¹⁵⁶

Prema UNICEF-ovom Izvještaju iz 2017., područja u Africi su bila jedna od najlošijih za djecu¹⁵⁷, gdje su ona svakodnevno korištena kao ciljevi, budući da su predstavljala ništa drugo do potrošnu robu.¹⁵⁸ Samo u regiji Kasai u Demokratskoj Republici Kongo je milion djece moralo napustiti svoje domove tokom 2017., a više od 400 škola je napadnuto.¹⁵⁹ Prema navodima UNICEF-a, u Nigeriji i Kamerunu je džihadistička skupina Boko Haram iskoristila oko 135 djece kao bombaše

151 *Ibid.*

152 B. Fonseka (2001) *op. cit.*, 70.

153 US Department of State, The 2020 CSPA List, Child Soldiers Prevention Act.

154 Podaci od 31. augusta 2020. Za više informacija v. na: https://www.nato.int/cps/en/natohq/nato_countries.htm (od 28. 9. 2020.).

155 B. Fonseka (2001) *op. cit.*, 76.

156 *Ibid.*

157 Usp. D. M. Amann (2002) *Calling Children to Account: The Proposal for a Juvenile Chamber in the Special Court for Sierra Leone*, 29 PEPP. L. REV., issue 1, 171; T. Webster (2007) *Babes with Arms: International Law and Child Soldiers*, *Geo. Wash. Int'l. Rev.*, vol. 39, 228.

158 „UNICEF: 2017. – godina „noćne more“ za djecu“, <https://www.dw.com/hr/unicef-2017-godina-no%C4%87ne-more-za-djecu/a-41954917> (od 10. 9. 2020).

159 *Ibid.*

samoubice, a djeca su nerijetko korištena i kao živi štitovi. Prema Izvještaju Generalnoga sekretara Ujedinjenih nacija, tokom 2018. u Afganistanu je ubijeno 927 djece, a regrutirano je 45 dječaka i jedna djevojčica¹⁶⁰, dok je najveći broj ubijene i ranjene djece zabilježen na teritoriji Palestine, njih 59 je ubijeno, a 2.756 ranjeno.¹⁶¹ Ujedinjene nacije su tokom 2018. u 20 država potvrdile više od 24.000 ozbiljnih povreda prava djece. U Afganistanu, broj stradale djece i dalje je najveći, 3.062 stradale djece, u Siriji 1.854, a u Jemenu 1.689.¹⁶² Somalija je ostala država s najvećim brojem slučajeva regrutiranja i korištenja djece (2.300), a odmah iza nje slijedi Nigerija (1.947).¹⁶³ U 2018. potvrđeno je 933 slučaja seksualnoga nasilja nad djecom, od toga 331 u Somaliji i 277 u Republici Kongo, dok je čak 2.493 djece oteto. Djeca su prisilno odvođena iz domova i škola, što je vodilo njihovome regrutiranju i njihovome korištenju u oružanim sukobima, seksualnome zlostavljanju i seksualnome ropstvu.¹⁶⁴

Bez obzira je li u pitanju Božja vojska otpora u Republici Ugandi, Mai-Mai milicija u istočnom dijelu Demokratske Republike Kongo, teroristička skupina al-Šabab (al-Shabaab) u Somaliji (Istočnoj Africi) ili Boko Haram u Nigeriji, ciljano i promišljeno korištenje dječaka i djevojčica nije nepoznanica u Africi. Tu se, možemo ustvrditi temeljem primjera iz prakse, radi o dugoročnoj i isplaniranoj vojnoj strategiji. Na temelju iznijetoga, koliko je cijeli taj međunarodnopravni instrumentarij s ovim u vezi odista učinkovit?

6. Regrutiranje i korištenje „djece vojnika“: ratni zločin

Djeca mogu biti žrtve prisilnog ili dobrovoljnog regrutiranja što predstavlja ratni zločin prema međunarodnom krivičnom pravu, ali oni istovremeno mogu biti i počinitelji gnusnih ratnih zločina.¹⁶⁵ Prema Rimskome statutu, regrutiranje ili na bilo koji drugi način stavljanje u vojnu službu djece ispod 15 godina starosti u nacionalne oružane snage ili njihovo korištenje u aktivnom sudjelovanju u neprijateljstvima, predstavlja ratni zločin.¹⁶⁶ Tako je ovaj mnogostrani međunarodni ugovor pretočio normu međunarodnoga humanitarnoga prava u normu međunarodnoga krivičnoga prava sa svojom sankcijom, koja, pored postojećega koncepta odgovornosti država, počinje tražiti međunarodnu krivičnu odgovornost individualnoga izvršitelja.¹⁶⁷ Ova

160 Report of the United Nations Secretary-General, *Children and armed conflict*, br. A/73/907–S/2019/509 od 20. juna 2019., 4/43 i 5/43.

161 *Ibid.*, 14/43.

162 *Ibid.*, 2/43.

163 *Ibid.*, 3/43 i 4/44.

164 *Ibid.*

165 R. Coomaraswamy (2010) *op. cit.*, 544.

166 Čl. 8(2)(b)(xxvi) i 8(2)(e)(vii) Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda. Za šire usp. W. A. Schabas (2016) *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 285-291; M. Cottier, J. Grignon (2016) Paragraph 2(b)(xxvi): Conscription or enlistment of children and their participation in hostilities, u: O. Triffterer, K. Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, part I, 3rd ed., C.H.Beck/Hart/Nomos, 519-528.

167 Usp. K. Arts, V. Popovski (2006) *International Criminal Accountability and the Rights of Chil-*

odredba Rimskoga statuta predstavlja istinski prijelomni trenutak u smjeru stvarnoga jačanja međunarodnopravne zaštite djece u uvjetima oružanih sukoba.¹⁶⁸

Suđenje Thomasu Lubangi Dylou predstavlja svojevrzni međunarodni presedan kada je u pitanju pojava regrutiranja djece vojnika.¹⁶⁹ Radilo se, naime, o prvome suđenju pred Međunarodnim krivičnim sudom, koje je postavilo standard za tumačenje onoga šta tačno znači regrut, regrutirati ili koristiti djecu u aktivnom sudjelovanju u neprijateljstvima. Dok je korištenje djece vojnika nedavno privuklo međunarodnu pažnju zbog optužbi protiv T. Lubange¹⁷⁰, ranije u radu smo vidjeli da to nije samo fenomen suvremenoga svijeta. Od 1998. Demokratska Republika Kongo je bila upletena u sukob koji je odnio živote preko 5,5 miliona ljudi¹⁷¹, što je rezultiralo da tužitelj Međunarodnoga krivičnoga suda u julu 2004. pokrene istragu protiv zločina počinjenih u okrugu Ituri u Demokratskoj Republici Kongo¹⁷². Kao rezultat istrage, 10. februara 2006. raspisana je potjernica za Thomasom Lubangom Dylom¹⁷³, koji je optužen za zločin registriranja i regrutiranja djece mlađe od 15 godina, koristeći ih za aktivno sudjelovanje u neprijateljstvima, a što je prema čl. 8(2)(b)(xxvi) i 8(2)(e)(vii) Rimskoga statuta kažnjivo.¹⁷⁴ Optužbe protiv T. Lubange zahtijevale su da tužitelj, između ostalih elemenata, dokaže da su: 1) djeca bila mlađa od 15 godina; 2) da su aktivno sudjelovala u neprijateljstvima.

Prvostepeno (pretresno) vijeće Međunarodnoga krivičnoga suda je 14. marta 2012. donijelo svoju prvu presudu¹⁷⁵, kojom se kongoanski pobunjenički vođa T. Lubanga proglašava krivim, odnosno krivično odgovornom osobom za registriranje i regrutiranje djece vojnika mlađih od 15 godina u oružane skupine i njihovo korištenje u aktivnom sudjelovanju u neprijateljstvima¹⁷⁶, što, kako je ranije u radu naznačeno, prema Rimskome statutu predstavlja jednu od radnji izvršenja ratnoga zločina.¹⁷⁷ Pretresno će mu vijeće kasnije te godine izreći kaznu zatvora u trajanju od 14 godina¹⁷⁸, što će biti potvrđeno odlukom Žalbenoga vijeća istoga Suda 1.

dren, Cambridge: Cambridge University Press.

168 Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, The Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), SCSL-2004-14-AR72(E), 31 May 2004, par. 39.

169 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber, Summary of the "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/04-01/06, 14 March 2012.

170 M. Simons, International Court Begins First Trial, *New York Times*, 26 January 2009, <https://www.nytimes.com/2009/01/27/world/europe/27hague.html> (od 20. 9. 2020.).

171 K. Gallagher (2010) Towards a Gender-Inclusive Definition of Child Soldiers: The Prosecutor v. Thomas Lubanga, *Eyes on the ICC*, vol. 7, 122.

172 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case Information Sheet.

173 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber, Warrant of Arrest, ICC-01/04-01/06, 10 February 2006.

174 Čl. 8(2)(b)(xxvi) i 8(2)(e)(vii) Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda.

175 To se zbilo nakon deset godina od osnivanja Međunarodnog krivičnog suda u Den Haagu 2002.

176 M. A. Drumbl (2012) *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy*, Oxford: Oxford University Press, 151.

177 Čl. 8(2)(b)(xxvi) i 8(2)(e)(vii) Rimskog statuta.

178 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas*

decembra 2014.¹⁷⁹ Naime, osuđenik T. Lubanga i njegovi saučesnici su učestvovali u zajedničkom planu stvaranja vojske u cilju uspostavljanja političke i vojne kontrole nad Iturijem, što je imalo za rezultat regrutiranje dječaka i djevojčica mlađih od 15 godina. Pored toga, sudsko vijeće je ustvrdilo da su djeca na silu dovođena u kamp u oblasti Ituri, gdje su podvrgavana okrutnom režimu obuke i brutalno kažnjavana, a vojnici i vojni komandanti pod Lubanginom kontrolom koristili su djevojčice za kućne poslove, silovali ih i nad njima vršili seksualno nasilje.¹⁸⁰

Slučaj Tužitelj v. Thomas Lubanga Dyilo u mnogo čemu predstavlja presedan.¹⁸¹ T. Lubanga je bila prva osoba koju je Međunarodni krivični sud osudio.¹⁸² Pored toga, ovaj slučaj je značajan po tome što su žrtve u međunarodnome krivičnome pravosuđu po prvi put u historiji prepoznate kao sudionici krivičnoga postupka, a ne samo kao svjedoci Tužiteljstva.¹⁸³ Čini se da možemo ustvrditi da je regrutiranje i aktivno učestvovanje djece ispod 15 godina u oružanim sukobima zabranjeno međunarodnim običajnim pravom.¹⁸⁴ Navedeno je potvrdio i Posebni sud za Sjevernu Leone, gdje je Žalbeno vijeće, u Sam Hinga Norman predmetu, odredilo da regrutiranje i korištenje djece mlađe od 15 godina u oružanom sukobu predstavlja ratni zločin prema međunarodnom običajnom pravu.¹⁸⁵

* * *

U pogledu seksualnih i rodno zasnovanih zločina, Međunarodni krivični sud u predmetu Bosco Ntaganda usvaja novi pristup prema ratnim zločinima silovanja i seksualnoga ropstva.¹⁸⁶ Pretpretresno vijeće ovoga Suda prepoznalo je da zločini seksualnoga nasilja počinjeni protiv djece vojnika od pripadnika njihovih vlastitih vojnih snaga mogu predstavljati ratne zločine.¹⁸⁷ Radi se o drukčijem shvatanju od onoga u predmetu Posebnoga suda za Sjevernu Leone, koji je našao da „pravo oružanih sukoba nikada nije imalo za cilj inkriminiranje akata nasilja počinjenih od jednog

Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/06, 10 July 2012.

179 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, The Appeals Chamber, Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”, ICC-01/04-01/06 A 4 A 6, 1 December 2014.

180 A. Šofranac, *Čovjek koji je ubijao djecu koja nisu htjela da ratuju za njega*, 14. mart 2012., <https://www.vijesti.me/svijet/globus/326151/covjek-koji-je-ubijao-djecu-koja-nisu-htjela-da-ratuju-za-njega> (od 19. 9. 2020).

181 K. Gallagher (2010) *op. cit.*, 115.

182 C. Jenks (2013) Law as Shield, Law as Sword: the ICC’s *Lubanga* Decision, Child Soldiers and the Perverse Mutualism of Participation, *U. Miami Nat’l Security & Armed Conflict L. Rev.*, vol. 3, 108.

183 *Ibid.*

184 R. Coomaraswamy, *op. cit.*, 539.

185 Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, The Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), SCSL-2004-14-AR72(E), 31 May 2004.

186 C. Stahn (2019) *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 82.

187 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, 9 June 2014.

pripadnika oružane skupine protiv drugoga pripadnika iste skupine¹⁸⁸, te da takvo postupanje ne predstavlja ratni zločin, već krivično djelo prema unutarnjem pravu i predmet je zaštite ljudskih prava. No, čini se, ipak, da je za dokazivanje ratnoga zločina važnija njegova veza s oružanim sukobom, negoli status žrtve.¹⁸⁹

7. Zaključak

Mjere koje Vijeće sigurnosti Ujedinjenih nacija nalaže u svojim odlukama jesu vrlo zanimljive i postavljamo si pitanje idu li one u smjeru produktivnije zaštite djeteta u oružanim sukobima, odnosno učinkovitijem sankcioniranju politika i prakse vrbovanja djece i njihova učešća u izravnim i neizravnim neprijateljstvima u međunarodnoj zajednici država? Da li, naprimjer, međunarodne jedinice i osoblje za zaštitu djeteta u odnosnim uvjetima i situacijama predstavljaju genuzu posebnih mirovnih misija ili takvih jedinica unutar mirovnih misija Organizacije ujedinjenih nacija koje bi bile usmjerene isključivo na zaštitu djece? Uproščeno, da li se ovakvim idejama jača zaštita djece na terenu? Jednako tako, ovo tijelo odlučuje o uvođenju mehanizma praćenja i izvještavanja s ovim u vezi, što predstavlja svojevrsni „prijelomni trenutak“ u Ujedinjenim nacijama u proceduralnome aspektu, s ciljem dobijanja pravovremenih podataka, ali da li i za svrhe adekvatne zaštite djece u oružanim sukobima u svijetu? Nerijetko su u rezolucijama Vijeća sigurnosti nedostajale i nedostaju konkretne mjere za države. Da li bi drukčije odnose i veću posvećenost imali kada bi Vijeće sigurnosti u ovome pitanju djelovanju temeljem glave VII Povelje Ujedinjenih nacija, u smislu da se svim državama nalažu vrlo konkretne mjere i akcije u tome dijelu? Primjećujemo da je do ovoga trenutka djelovanje toga izvršno-političkoga organa Ujedinjenih nacija prilično blago i neuvjerljivo u odnosu na generalno toleriranje činjenja ratnih i drugih međunarodnih zločina prema djeci u oružanim sukobima. No, imajući znanja o strukturi i načinu rada Vijeća sigurnosti, nekada i ne možemo očekivati konkretnija djelovanja.

Zbog čega dvojaka rješenja i različiti režimi u smislu dobne granice djeteta, njihova ili samo aktivnoga učešća ili i neizravnoga učešća u neprijateljstvima, budući da određenje djeteta vojnika ima mnogo širi obim od međunarodnopravnih normi u oblasti prava oružanih sukoba? Istodobno postojanje više preklapajućih pravnih režima ili svojevrsnoga seta međunarodnopravnih pravila i načela koja uređuju zaštitu djece u oružanim sukobima nije dobro i ne predstavlja ohrabrujuće naznake za nastavak odgovora međunarodne zajednice. Primijetili smo da se kroz međunarodno pravo zaštita djeteta u ovim posebnim, vanrednim uvjetima ostvaruje kroz više oblasti: kroz pravo Ujedinjenih nacija, međunarodno humanitarno pravo, međunarodno pravo ljudskih prava, međunarodno krivično pravo (poglavito kroz Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda). S druge strane, iako postoji tzv. Ugovor o djetetu vojniku iz 2000., i iako je čovječanstvo svakim danom sve više svjesno kobnih posljedica po djecu, čini se da još nije u izgledu postizanje jedinstvene

188 Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Sesay, Kallon, Gbao*, Trial Chamber, Judgement, SCSL-04-15-T, 2 March 2009, par. 1453.

189 C. Stahn (2019) *op. cit.*, 83.

ili približno jedinstvene prakse država i nedržavnih aktera u vrijeme međunarodnih i nemeđunarodnih oružanih sukoba. Da li je Ured Specijalnoga predstavnika Generalnoga sekretara Ujedinjenih nacija za djecu i oružani sukob dovoljno spreman i kapacitiran da ima snagu djelovati poput specijalizirane ustanove Ujedinjenih nacija ili nekog drugog samostalnoga, stalnoga tijela koji bi se na sistemski način mogao baviti ovim konstantno aktuelnim pitanjem, i koje bi državama nametalo mjere u tome pogledu? Za sada očigledno nije. Jednako tako se čini da je valjana tvrdnja da danas postoji obilje međunarodnoga instrumentarija koji na nesistematski način pokušava urediti zaštitu djece u posebnim uvjetima oružanoga sukoba i eliminirati fenomen djece vojnika. Da li otuda ta množina međunarodnih dokumenata odražava nekoordiniranost međunarodnoga djelovanja s obzirom da smo u radu raspravili da dolazi do njihova preklapanja i pojave nelogičnosti?

Dva su velika međunarodna ugovora u ovoj oblasti: Prvi fakultativni protokol iz 2000. i Rimski statut iz 1998. U pogledu Konvencije o pravima djeteta i svih fakultativnih protokola, a posebno njezina Trećega fakultativnoga protokola o postupku povodom pritužbi, usvojenoga u Općoj skupštini Ujedinjenih nacija 2011., koji za svoj predmet reguliranja ima uvođenje i određenje komunikacijske procedure država i pojedinaca s Odborom za prava djeteta i njegovim ovlaštenjima (uvođenje kvazisudske funkcije Odbora), držimo da takav sistem (ukoliko se ti mehanizmi mogu smatrati sistemom), iako možda predstavlja veliki korak naprijed, još uvijek ne pruža adekvatnu i djelotvornu zaštitu djeteta u oružanim sukobima. S druge strane, može li praksa Međunarodnog krivičnog suda, Posebnog suda za Sjevernu Izeru i drugih međunarodnih ili mješovitih sudova i tribunala doprinijeti jačoj i kvalitetnijoj zaštiti djeteta? Da li nam je cijelo ovo vrijeme međunarodnopravne brige za dječija prava nedostajala upravo međunarodna krivičnopravna norma s adekvatnom sankcijom za pojedinačne izvršitelje oblika ratnoga zločina?

Naposlijetku, bitno je naglasiti da mehanizmi koji su usvojeni s ciljem sprječavanja regrutiranja djece vojnika i njihova korištenja u neprijateljstvima mogu biti samo onoliko efikasni i korisni koliko je učinkovita njihova implementacija na terenu, a što prije svega ovisi o odnosu država, što ukazuje na to da je nužno raditi na jačanju pozornosti za sve kategorije teških povreda prava djece, među kojima se svakako ubrajaju regrutiranje i iskorištavanje djece vojnika, njihovo ubijanje, silovanje i svi naslanjajući manifestacijski oblici povrede njihovih prava i sloboda.

Ukoliko deklaracije međunarodnih organizacija te međunarodne konvencije i protokoli ne uspijevaju u tome da u dovoljnoj mjeri zastraše one koji prisiljavaju djecu na uzimanje oružja i na činjenje stravičnih djela, sljedeća linija odgovornosti leži na domaćem zakonodavstvu.¹⁹⁰ Domaće zakonodavstvo bi trebalo pokriti barem četiri univerzalna zahtjeva koja se ogledaju u međunarodnim pravnim instrumentima iz kojih proizlaze mnogi opći akti domaćega zakonodavstva:¹⁹¹ a) dužnost je država da zaštite djecu od učestovanja u oružanome sukobu; b) dužnost je država da procesuiraju one koji prisiljavaju djecu da postanu borci; c) dužnost je država da rehabilitiraju i reintegriraju bivšu djecu vojnike; i d) dužnost je država educirati

190 L. E. Nagle (2011) *op. cit.*, 4.

191 *Ibid.*

svoje stanovništvo o svim negativnim aspektima pojave djece vojnika u nadi da će obrazovanje doprinijeti smanjenju i, posljedično tome, iskorjenjivanju upotrebe djece vojnika u budućim oružanim sukobima.

Enis Omerović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Zenica

Jasmina Sadrija, LL.B.

LL.M. candidate, Faculty of Law, University of Zenuca

CHILD SOLDIERS IN ARMED CONFLICTS

Summary: So far, 170 States have accepted international obligations under the First Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict of 2000 to the 1989 Convention on the Rights of the Child, by becoming its contracting parties, by which the phenomenon of child soldiers in armed conflicts condemns. At the same time, in the field of international humanitarian law, there are provisions governing the special protection of children in conditions of armed conflict. Finally, from the perspective of international criminal law, the recruitment or any other form of conscription of children under the age of 15 in the national armed forces or their use for active participation in hostilities constitutes a war crime. In this paper, we explore how child protection is regulated in appropriate conditions, whether the principles and rules are identical, i.e. to complement each other, thus creating a unique and comprehensive system of protection for this special category of persons, or they, in turn, overlap or mutually exclude each other? However, in addition to the regulation of this matter in the international order, thousands of child soldiers are still involved in armed conflicts around the world. For these reasons, many international organizations point out that the use of child soldiers in the recent period is a very significant problem. Child soldiers include both girls and boys who have different roles in armed conflicts, from fighters to cooks, and are even sexually exploited, causing a whole range of consequences, especially in terms of their mental health. Research shows that about 250 million children live in areas affected by armed conflict. Reports from international organizations state that this phenomenon has been or it is still present in more than 50 countries. The aim of this paper is to examine international rules and standards relating to child soldiers, in particular by reviewing the provisions of the First Optional Protocol, the Geneva Conventions for the Protection of War Victims from 1949, and the 1977 Additional Protocols to all four Geneva Conventions. We seek to answer the question whether there is effective international legal regulation of the ban on the recruitment of child soldiers and whether there are adequate mechanisms for the protection of child soldiers, and if so, what are these ways and how effective they really are in practice, taking into account all forms of recruitment of persons under 18 or 15 years of age. To what extent can United Nations Security Council resolutions contribute to efforts to protect the child in armed conflict? In addition, one way of combating this phenomenon in international law is to regulate the recruitment of child soldiers as a war crime under the Rome Statute of the International Criminal Court. Hence there has been a very

first conviction for the relevant form of war crime before this Court in the Lubanga case.

Keywords: child soldiers, involvement of children in armed conflict, First Optional Protocol, Convention on the Rights of the Child, Rome Statute, International Criminal Court, international humanitarian law, United Nations Security Council.

PRETHODNO SAOPĆENJE

Dr. sc. Boris Krešić, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

Selma Kunić, BA prava
Magistrantica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Tuzli

ALTERNATIVNO RJEŠAVANJE PORODIČNIH SPOROVA: POSTOJEĆA RJEŠENJA U BOSNI I HERCEGOVINI I MOGUĆNOST ZAKONSKOG UREĐENJA PORODIČNE ARBITRAŽE

Sažetak: Porodično pravo kao grana prava čije norme uređuju porodicu i odnose koje unutar nje (i između njenih članova) nastaju specifično je, jer uređuje delikatnu materiju, od velikog društvenog značaja, upravo zbog čega se ovlaštenje za formalnopravni nastanak, promjenu i prestanak porodičnih odnosa tradicionalno povjerava isključivo državi i njenim organima. Uzevši u obzir opterećenost sudova, često zanemarivanje principa hitnosti postupanja, ali i nepostojanje sudija specijalizovanih za porodične sporove, koji se na dnevnoj bazi redovno susreću sa sporovima iz više područja prava, a ne samo porodičnog, mehanizam alternativnih rješavanja sporova postaje sve atraktivnije rješenje nabrojanih nedostataka sudskog postupka u porodičnim sporovima, a trend razvoja alternativnih modela primjetan je i u savremenopravnim okvirima. Stoga se u radu primarno analiziraju posredovanje i medijacija, kao alternativni modeli rješavanja sporova koji već postoje u pravu Bosne i Hercegovine, te se ukazuje na specifičnosti njihovog uređenja, od kojih bi se neke mogle okarakterisati kao pogrešne ili neodgovarajuće njihovoj suštini. Dok se sa druge strane razrađuje i mogućnost uvođenja novog alternativnog modela – porodične arbitraže, koja se na prvi pogled doima neobičnom vrstom arbitraže, nespojivom sa njenom pravnom prirodom, ali koja se u određenim zemljama poput Engleske i Sjedinjenih Američkih Država ipak pokazala kao održiv način alternativnog rješavanja sporova.

Ključne riječi: alternativno rješavanje sporova, porodični sporovi, posredovanje, medijacija, arbitraža.

1. Uvod

Obilje emocija, duboka intima, i često teško raskidive međusobne veze obilježja su porodičnih odnosa, što ih svrstava u kategoriju najdinamičnijih društvenih odnosa, a shodno tome i najtežih za pravno normiranje. Uz to, činjenica je da se delikatnost porodičnih odnosa provlači kroz *cijeli vijek* njihovog trajanja, zbog čega zakonodavac svakom aspektu njihove regulacije mora pristupiti sa posebnom

pažnjom, ali i oprezom, tako da postigne balans – da ovi odnosi sa jedne strane ne ostanu u pravnom vakumu, gdje se zna da postoje ali nisu pravno uređeni, odnosno, sa druge strane, da izvršena regulacija bude u skladu sa njihovom delikatnošću, tako da se ne stekne dojam da ta pravila agresivno zadiru u pomenutu, duboku intimu čovjeka. Ova *dužna* pažnja koju zakonodavac primjenjuje, naročito dolazi do izražaja u dijelu u kojem se uređuju odredbe kojima se uspostavlja i uređuje mehanizam rješavanja porodičnih sporova (redovni ali i alternativni).

Sudski, konkretnije parnični postupak istaknut je kao redovan način rješavanja porodičnih sporova, a razlika u sudskom postupku rješavanja porodičnih, i naprimjer obligacionih ili radnih sporova je u tome što su (u domaćem pravu) pravila kojima je uređen *porodični* sudski postupak u određenoj mjeri modifikovana tako da odgovaraju ne samo delikatnosti odnosa i zaštiti najboljeg interesa djeteta (kada su i djeca uključena u spor), ali i pomenutom društvenom značaju ovih odnosa. Ipak, bez obzira na učinjene ustupke, činjenica je da sudski postupak neovisno o njegovom predmetu, podrazumijeva oprečne interese strana kao i to da iz njega u konačnici jedna stranka uvijek izlazi kao *pobjednik*, a druga kao *gubitnik*. Zbog toga je interesantna ideja nešto drugačijeg rješavanja, naročito porodičnih sporova, u okviru postupka koji je privatniji, počiva na autonomiji volje stranaka (a ne na državnom autoritetu), u kojem ne postoji tako oštra granica između različitih interesa stranaka, te koji je naklonjen postizanju rješenja koje će biti zadovoljavajuće za sve strane.

Riječ je o sistemu alternativnog rješavanja sporova (dalje u tekstu i kao: ARS), koji razlikuje nekoliko modela a neki od njih su arbitraža, medijacija, posredovanje i mirenje. U domaćem pravu alternativno rješavanje sporova nije nepoznanica, štaviše posredovanje je u određenim slučajevima i obavezan korak prije upuštanja u sudovanje, a ni medijacija nije isključena kao mogućnost rješavanja pojedinih pitanja porodičnog prava. Međutim, detaljnijom analizom ova dva instituta, (između kojih se u uporednom pravu inače ne pravi razlika), postaju jasni njihovi nedostaci u smislu rješavanja porodičnih sporova, zbog čega se postavlja pitanje, da li je trenutna pravna atmosfera u Bosni i Hercegovini (dalje u tekstu: BiH) pogodna za praćenje primjera nekih drugih država Evrope i svijeta koje u svoje sisteme rješavanja porodičnih sporova uvode arbitažu (koja se još naziva i porodičnom arbitražom), odnosno da li bi se ovakvim uvođenjem potpuno novog alternativnog modela mogli neutralizirati navedeni nedostaci postojećih, te da li bi porodična arbitraža uopšte bila održiva kao metod rješavanja sporova, naročito uzevši u obzir činjenicu da je arbitražni postupak u BiH generalno, jako slabo zastupljen.

2. Postojeća rješenja ARS-a u BiH: posredovanje i medijacija

2.1. Pojam alternativnog rješavanja sporova i postojeći oblici u nacionalnom pravu

Sistem alternativnog rješavanja sporova, predstavlja posebnu cjelinu u domenu mehanizma rješavanja sporova, koju čine postupci koji iako međusobno različiti po pojedinostima, svi objedinjeni istom idejom – rješavanje spora vansudskim putem,

odnosno svi utemeljeni na istom (dobrovoljnom) osnovu – autonomiji volje stranaka. Postupak ARS-a najčešće se odvija uz pomoć treće neutralne strane, koja u zavisnosti od vrste postupka, može imati različite uloge i drugačiji nivo uticaja na rješenje spora¹, prema čemu je i moguće izvršiti njihovu klasifikaciju.² U kontekstu nacionalnog prava zastupljene vrste ARS-a, jesu: posredovanje, medijacija i arbitraža, dok se u okvirima porodičnog prava koristi posredovanje, a moguće je koristiti i medijaciju. Porodična arbitraža niti prema važećem zakonodavstvu (i pravnoj teoriji), niti prema praksi nije moguća

3. Institut porodičnog posredovanja: Pojam i način ustrojstva u (F)BiH

Porodično posredovanje definiše se³ kao postupak u kojem se vansudskim putem pokušava riješiti spor sporazumom bračnih partnera i drugih članova porodice, uz pomoć treće, posebno obučene, neutralne i nezavisne strane.⁴ U pravnoj literaturi se pravi razlika između porodičnog posredovanja u širem i užem smislu, pri čemu se u okviru prvog pokušavaju riješiti sukobi između članova porodice (odraslih i djece), dok je posredovanje u užem smislu, odnosno posredovanje pri razvodu, usmjereno samo na bračne partnere i fokus se stavlja na rješenje konflikta nastalog između njih.⁵ Iako se i kod ovog posredovanja, onda kada bračni partneri imaju zajedničku maloljetnu djecu, predmet postupka širi, pa osim razvoda podrazumijeva i pitanje zaštite najboljeg interesa zajedničke djece.⁶

1 Živanović A., Bužanin O., „Modul 3: Alternativno rješavanje sporova Medijacija i Arbitraža“, Visoko i sudsko tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Javna ustanova Centar za edukaciju sudija i tužilaca u F BiH, Javna ustanova Centar za edukaciju sudija i tužilaca u RS, 2009, Sarajevo, 33.

2 Alternativno rješavanje sporova moguće je klasifikovati prema nekoliko kriterija, a prvi je prema tome da li je u postupak uključena treća neutralna strana (što je slučaj sa medijacijom ili arbitražom) ili stranke bez prisustva takve osobe nastoje mirnim putem riješiti nastali spor (što je slučaj kod pregovaranja). Osim toga, različiti alternativni metodi rješavanja spora razlikuju se i po osnovu uticaja volje stranaka na njihovo pokretanje, prema tome da li će treće neutralno lice konačno riješiti spor ili ne, kao i prema osnovu rješavanja spora (da li se striktno pridržava prava i pravnih normi ili u obzir uzima i interese stranaka), te naposljetku prema odnosu trećeg neutralnog lica prema sukobu stranaka. (V. Detaljnije: Živanović, A., Bužanin, O. (2009.), 33.)

3 Definicije posredovanja, sadržane u dokumentima koji se odnose na posredovanje, međusobno su slične. U Direktivi 2008/52/EC Evropskog parlamenta i Vijeća o nekim aspektima posredovanja u građanskim i trgovačkim predmetima, posredovanje je određeno kao strukturiran postupak u kojem dvije ili više stranaka u sporu pokušavaju same, na dobrovoljnoj osnovi, postići sporazum kojim rješavaju svoj spor uz pomoć posrednika. Preporuka Vijeća Evrope br. R (98) 1, koja se odnosi na porodično posredovanje, definiše ga kao postupak u kojem treća strana, posrednik kao nezavisan i neutralan, pomaže strankama da pregovorom o pitanjima koja su predmet spora dođu do zajedničkog sporazuma (stav 10. uvodnih odredaba). U Preporuci Vijeća Evrope 1639 (2003), koja se odnosi na porodično posredovanje i ravnopravnost spolova, određeno je kao postupak uređivanja i uspostavljanja života među članovima porodice, uz prisustvo nezavisnog i neutralnog trećeg – posrednika. (V. detaljnije Bubić, S. (2011.), 15.)

4 Salić, N., et.al., „Centar za socijalni rad kao organ starateljstva u postupku porodičnog posredovanja“, DHS 1 (4) (2018), 145-166

5 Bubić, S., „Ustanova porodičnog posredovanja u evropskom, njemačkom i domaćem pravu“, Nova Pravna Revija, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, broj 2/2011., 16.

6 *Ibid.*

Bez obzira o kojem modelu je riječ, posredovanje je uvijek usmjereno ka pružanju stručne pomoći članovima porodice koji se javljaju kao stranke u postupku posredovanja, a sve sa ciljem mirnog prevazilaženja konfliktnih situacija i postizanja međusobno zadovoljavajućeg rješenja.⁷ Institut porodičnog posredovanja u domaće porodično zakonodavstvo uvodi se u okviru opsežne zakonodavne reforme u BiH, vezane uz transformaciju pravnog sistema i potrebe njegovog usklađivanja sa međunarodnim dokumentima koji su njegov sastavni dio, gdje između ostalog dolazi i do potrebe reforme porodičnog zakonodavstva.⁸ Tako su reforme u domenu porodičnog prava, osim onih u pogledu brakorazvodnih razloga, učinjene i u pogledu ukidanja instituta mirenja⁹ kao jednog, odnosno uvođenje posredovanja kao drugog, novog modela ARS. Trenutno, status porodičnog posredovanja u BiH nije harmonizovan, tako isti postoji u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu PZ FBiH), dok porodični zakoni Republike Srpske i Brčko Distrikta BiH i dalje normiraju ustanova mirenja, doduše sa sadržajem sličnim sadržaju posredovanja.¹⁰

3.1. Specifična pravna priroda instituta porodičnog posredovanja u pravu (F)BiH

a. Temporalni karakter posredovanja

Treba istaći kako je pravna priroda porodičnog posredovanja u domaćem zakonodavstvu je najblaže rečeno *drugačija* u odnosu na druge alternativne institute, najviše zbog toga što je utemeljena je na njegovom posebnom temporalnom i imperativnom karakteru, što u određenoj mjeri dovodi u pitanje njegovu alternativnost. Što se tiče temporalnog karaktera, isti je uslovljen vremenom provođenja postupka posredovanja, odnosno činjenicom da je pomenutom reformom posredovanje izdvojeno iz brakorazvodnog postupka, na koji način mu je dat karakter procesne pretpostavke,¹¹ usmjerene na to da se zahtjev za posredovanje podnosi prije pokretanja postupka za razvod braka (čl. 45. st. 1. PZ FBiH), te da će se tužba ili sporazumni zahtjev za razvod braka odbaciti ukoliko su podneseni prije okončanja postupka posredovanja (čl. 52. PZ FBiH). U prilog ovakvom rješenju, prvenstveno

7 Nerimana, T., Bubić, S., op.cit., 114.

8 Tekst, „*Institut posredovanja u porodičnom zakonu FBiH*“, dostupno na: <https://www.pravniportal.ba/institut-posredovanja-u-porodicnom-zakonu-fbih/>

9 „Naime, ranijim PZBiH bilo je predviđeno da sud po prijemu tužbe za razvod braka, ako bračni drugovi imaju zajedničku maloljetnu djecu ili usvojenu ili djecu nad kojom je produženo roditeljsko pravo – zatraži od nadležnog organa starateljstva da pokuša mirenje bračnih drugova. Postupak mirenja je obuhvatao pokušaj otklanjanja brakorazvodnih uzroka i izmirenje bračnih drugova, a ukoliko do izmirenja ne dođe, pokušaj rješavanja posljedica razvoda braka. Međutim, primjena ovog instituta u praksi je imala više formalan nego suštinski karakter, naročito zbog postojanja zakonske odredbe prema kojoj je nedolazak jednog od bračnih drugova na zakazano mirenje ujedno značio i neuspjeh tog postupka. To je jedan od razloga zašto u proteklih nekoliko decenija primjene ranijeg zakona nisu imale željene efekte, što je vidljivo iz zanemarljivog broja uspješno okončanih postupaka.“ (V. detaljnije na: <https://www.pravniportal.ba/institut-posredovanja-u-porodicnom-zakonu-fbih/>)

10 Bubić, S., (2011), op.cit., 26.

11 Bubić, S., (2011), op.cit., 26..

se navodi da niti posrednik, niti druga neutralna lica pred kojima se vodi neki od postupaka ARS, nemaju za cilj (a ni ovlaštenje za) razvod braka, nego, oprečno tome nastoje neutralizacijom međusobno suprotstavljenih interesa i komunikacijom stranaka bračnu zajednicu održati na životu, a to je posebno slučaj kada bračni partneri imaju zajedničku djecu.¹²

Sa druge strane, navodi se da sud ne vrši mirenje partnera, te jedini način da sud odbije zahtjev za razvod braka jeste u slučaju neispunjenosti uslova za isti.¹³ Činjenica da posrednik nema za cilj (niti može imati) da radi posao suda i postupak posredovanja okončava razvodom braka sa jedne, odnosno da sud nema namjeru raditi posao posrednika i parnični postupak okončavati mirenjem stranaka sa druge strane, navodi na zaključak da onda kada se bračni partneri u svojstvu stranaka obrate sudu, znači da su se konačno opredijelili za razvod braka bez želje za pomirenjem i daljnim održavanjem bračne zajednice. Zbog toga se i rješenje kojim se bračni partneri koji imaju zajedničku djecu prevashodno obrate sudu, prvo upućuju na obavljanje postupka posredovanja, i taj trenutak u vremenu se smatra optimalnim za provođenje postupka posredovanja jer se ujedno pokušava održati brak, ali i postići rješenje o uređenju međusobnih odnosa nakon razvoda, ako taj pokušaj ostane bezuspješan.

b. Imperativni karakter posredovanja

Drugi element pravne prirode posredovanja, čini njegov imperativni karakter.¹⁴ Obaveznost provođenja postupka posredovanja, zakonodavac pravda zaštitom najboljeg interesa djeteta, u smislu da se bračni partneri koji imaju zajedničku djecu obavezuju da u postupku posredovanja barem pokušaju otkloniti razloge poremećenosti njihovog odnosa. Tek ukoliko to nije moguće postupak se odvija u drugom smjeru – postizanja sporazuma o svim aspektima međusobnih odnosa roditelja i djece, čime se djeci nastoji pružiti vrsta sigurnosne mreže, budući da na ovaj način njihova prava, interesi i zaštita ne mogu ostati neuređeni.

12 Posrednik u postizanju tog cilja može napraviti iskorak iz granica predmetnog postupka, pa ukoliko smatra svrsishodnim stranke može uputiti i na bračno savjetovanje ili savjetovanje u drugim ustanovama gdje mogu dobiti stručni savjet (čl. 48. PZ FBiH).

13 Onda kada se u postupku ne dokaže teška i trajna poremećenost bračnih odnosa, ili u slučaju sporazumnog zahtjeva za razvod braka, ukoliko sud utvrdi da isti nije trajao šest mjeseci, ili ako su partneri postigli sporazum koji nije moguće ispuniti, odnosno ako je sporazum povodom zajedničkog djeteta, onda kada nije u interesu djeteta, sud će odbiti razvesti brak. Što znači da u svim drugim slučajevima u kojima su ispunjeni ovi formalni uslovi, sud donosi presudu kojom se razvodi brak i uređuju odnosi koji nastaju povodom razvoda, bez pokušaja mirenja partnera, odnosno postizanja nekog kompromisnog rješenja.

14 Shodno članu 45. stav 1. PZFBiH zahtjev za posredovanje dužan je podnijeti bračni partner, odnosno oba bračna partnera koja imaju djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje. „Bračni partner nema ovu dužnost samo u dva slučaja: kada je boravište drugog bračnog partnera nepoznato najmanje 6 mjeseci i ako je bračnom partneru oduzeta poslovna sposobnost (član 45. stav 4.). Nadalje, neodazivanje na uredan poziv da učestvuju u postupku (u slučaju neopravdanja izostanka), sankcionisano je obustavljanjem postupka posredovanja. Kao jedini izuzetak od ovog pravila normiran je slučaj izostanka bračnog partnera koji se nasilnički ponaša prema drugom bračnom partneru. Posljedica obustavljanja postupka posredovanja je odbacivanje tužbe ili zahtjeva za sporazumni razvod braka podnesenih nakon obustave postupkaposredovanja (član 49.) (V. detaljnije Bubić, S. (2011), 26.).

Međutim, imperativnost posredovanja u praksi, predstavlja *plodno tlo* za određene probleme, a jedan od njih vezan je za pitanje: šta u situaciji u kojoj se jedan bračni partner ne želi pomiriti, *inter alia* zanemarujući i interes djeteta, te svoj stav manifestuje pasivnim ponašanjem, odnosno ne učestvuje u postupku posredovanja?¹⁵ Samo po sebi, to ne bi predstavljalo poseban problem, međutim ukoliko u obzir uzmemo činjenicu da neopravdano neodazivanje na poziv obustavlja postupak posredovanja, a neprovođenje ovog postupka čini nemogućim pokretanje postupka za razvod braka, jasno je da je ovakvo rješenje podložno zloupotrebi, zbog čega jedan bračni partner može spriječiti drugog da pokrene postupak za razvod braka.¹⁶ Što za sobom vuče još jedan mogući pravni problem, a to je povreda prava na pristup sudu, što predstavlja neposredno kršenje člana 6. Evropske Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama.¹⁷

Osim potencijalne povrede prava na pristup sudu, problematično je i rješenje prema kojem su partneri izuzeti od obaveze pokretanja postupka posredovanja jedino u slučaju izostanka bračnog partnera koji se nasilnički ponaša prema drugom bračnom partneru.¹⁸ Naime, većina dokumenata donesenih na nivou Evropske unije i Vijeća Evrope, a koji se dotiču porodičnog posredovanja, predviđaju da provođenje ovog postupka, uopšte nije opravdano u slučaju nasilničkog ponašanja u porodici, dok je Zakonom o zaštiti od nasilja u porodici¹⁹ propisana zabrana približavanja žrtvi nasilja, te osiguranje zaštite osobe izložene nasilju.²⁰ Imajući u vidu navedene odredbe, od kojih se jedna smatra i pravilom *lex specialis* u odnosu na porodični zakon u domenu nasilja u porodici, rješenje kojim se posredovanje opravdano neće održati tek u slučaju da se partner koji je demonstrirao nasilničko ponašanje na istom ne pojavi, čini se paradoksalnim. Jer to u suštini znači da žrtva nasilja, kako bi pokrenula postupak za razvod braka, mora proći postupak posredovanja, što bi onda značilo da može doći u situaciju da se u susretne sa nasilnikom i ponovo bude izložena, ako ne fizičkom onda zasigurno psihičkom nasilju.²¹

Zbog svega navedenog, jasno je da je pravna priroda instituta porodičnog posredovanja nešto čemu bi zakonodavac trebao posvetiti pažnju, te ga urediti na način koji neće predstavljati prijetnju u zaštiti temeljnih ljudskih prava u okviru nekog od porodičnih sporova. Osim toga, posmatrano u kontekstu ARS, obaveznost postupka posredovanja parcijalno isključuje mogućnost da se javi kao alternativni način rješavanja, jer je utemeljen na zakonu, a ne na principu autonomije volje stranaka, sve zbog čega pitanje potencijalno adekvatnijeg modela ARS i dalje ostaje otvoreno.

15 Bubić, S., (2011), op.cit., 26.

16 *Ibid.*

17 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950), dostupna na: <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=>

18 V. detaljnije na: <https://www.pravniportal.ba/institut-posredovanja-u-porodicnom-zakonu-fbih/>

19 Zakon o zaštiti od nasilja u porodici („Službene novine Federacije BiH“, br. 20/2013).

20 V. detaljnije na: <https://www.pravniportal.ba/institut-posredovanja-u-porodicnom-zakonu-fbih/>

21 *Ibid.*

4. (Porodična) Medijacija: Pojam i način ustrojstva u (F)BiH

Pojam *medijacija* potiče iz latinskog jezika, tačnije riječi *medius*, i znači nepristrasan, neutralan ili onaj koji ide srednjim putem.²² Istražujući pojam i postupak medijacije u uporednom pravu, izvodi se zaključak da između nje i posredovanja ne postoji nikakva razlika, odnosno u sistemu ARS ne postoje istovremeno i medijacija i posredovanje, jer se smatraju jednim, istim postupkom. U domaćem pravu to nije slučaj. Ovim pitanjem bavile su se teoretske rasprave vođene prilikom uvođenja medijacije u BiH, ali je naposljetku zauzet stav da termin posredovanja u našim jezicima ima drugačije konotacije,²³ osim toga, posredovanje i nije jedina uloga medijatora u postupku. U svakom slučaju, medijacija se definiše kao postupak u kojem stranke u prisustvu trećeg, neutralnog lica pred koje iznose svoj spor, nastoje isti riješiti postizanjem međusobno zadovoljavajućeg rješenja. Medijator dakle, ne nastoji odговорiti na pitanje ko je upravu, nego naprotiv kroz komunikaciju usmjerava postupak i vodi ga ka postizanju sporazuma stranaka.²⁴

Porodična medijacija nosi sve gore nabrojane karakteristike, i za cilj ima prvenstveno pružanje pomoći članovima porodice u rješavanju njihovih konflikata, a zatim i ostvarivanje njihove zaštite u postupku, a naročito djece, koja se moraju poštediti svih negativnih efekata postupaka u kojima njihovi roditelji mogu imati konfrontiran odnos.²⁵ Kao osnovni princip postupka medijacije, ističe se njegov fokus na budućnost i prevenciju sličnih sukoba među strankama, a osnovna pravila postupka su (a) prvo da stranke uz pomoć medijatora trebaju jasno definisati spor zbog kojeg se postupak i provodi, (b) zatim da medijator implementacijom posebnih vještina i demonstracijom svoje stručnosti strankama olakša proces smanjenja intenziteta konflikta, odnosno civilizira njihovu komunikaciju, te (c) da su stranke te kojima se u postupku ostavlja pravo donošenja svih odluka, i postizanja konsenzusa o zaključenju održivog, provedivog sporazuma, koji zadovoljava njihove interese.²⁶

22 Dorontić, N., et.al., „*Mogućnost primjene porodične medijacije*“, Udruženje Medijatora u Bosni i Hercegovini, Banja Luka, 2008., 8.

23 Interesantno je istaći kako je Brčko Distrikt BiH, još i prije ostalog dijela države u svoj parnični postupak uveo posredovanje, koje ima elemente medijacije, gdje je postupak posredovanja imao karakter obaveznog, sudskog posredovanja kroz odredbe prethodnog Zakona o parničnom postupku, a primjenjivao se u svim građanskim stvarima, stanjima i odnosima fizičkih i pravnih osoba, dakle, i u svim porodičnim stvarima. Pravilnikom o postupku posredovanja koji je donijela Pravosudna komisija Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine 2002. godine, uređena su pravila postupanja Osnovnog suda Brčko Distrikta BiH, stranaka i drugih učesnika u postupku posredovanja u predmetima pred sudom. Međutim, Skupština Brčko Distrikta BiH je u martu 2009. godine usvojila novi Zakon o parničnom postupku (Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, br. 08/09), čije su odredbe o medijaciji ujednačene sa odredbama Zakona o parničnom postupku FBiH i RS, te na isti način regulišu provođenje postupka medijacije u sporovima povodom kojih je pokrenut parnični postupak pred sudom. (V. detaljnije Živanović A., Bužanin O., (2009), 41-42).

24 Živanović A., Bužanin O., op. cit., 47.

25 Dorontić, N., et.al., op.cit., 22.

26 *Ibid.*

4.1. (Porodična) medijacija u BiH: Sličnosti i razlike u odnosu na postupak posredovanja

Pravni osnov na kojem medijacija djeluje u BiH jeste Zakon o postupku medijacije²⁷ (dalje u tekstu: ZPM BiH), a u određenom dijelu i Zakon o parničnom postupku FBiH²⁸ (dalje u tekstu: ZPP FBiH), te je prema članu 2. stav 1. ZPM BiH definisana kao postupak rješavanja sporova u kojem treća neutralna strana - medijator pomaže strankama u nastojanju da postignu obostrano prihvatljivo rješenje spora, dok je stavom 2. istog člana predviđeno da medijator strankama ne može nametnuti rješenje spora. Komparativnim prikazom same definicije posredovanja i medijacije, zaista je evidentno da se radi o identičnim institutima u pogledu njihove suštine, jer je poenta svakog od postupaka ostavljanje po strani negativnog naboja koji postoji među strankama, i njihovo upuštanje u dijalog o međusobnim, suprostavljenim interesima, a sve sa krajnjim ciljem postizanja kompromisnog rješenja, a u članu 9. ZMP BiH je čak i upotrijebljena jezička konstrukcija „Medijator će posredovati na neutralan način.“, što ide u prilog bližoj granici posredovanja i medijacije.

Nadalje, istina je da osobe ovlaštene za posredovanje u toku provođenja postupka, zapravo koriste neke od tehnika medijacije, u cilju staloženog rješavanja sukoba, kroz razgovor, uvažavanje suprotnih interesa, te naposljetku postizanje rješenja koje je na zadovoljstvo svih stranaka,²⁹ ali prva i najočiglednija razlika između ova dva instituta jeste činjenica da je posredovanje (u porodičnim sporovima određene kvalitete) zakonom predviđeno kao obavezno, nasuprot medijaciji, koja za bračne partnere u sukobu ostaje tek kao otvorena mogućnost. Sud u skladu sa članom 86. ZPP FBiH može najkasnije na pripremnom ročištu ukoliko cijeni svrsishodnim, strankama predložiti da spor riješe u postupku medijacije, ali to ostaje na nivou prijedloga, a ne obaveze stranaka.

Dakle, posredovanje se u okolnostima savremenog domaćeg prava tretira kao uvertira u razvod, te nešto što se (ukoliko imaju djecu) mora obaviti kako bi ostvarili svoju namjeru razvoda braka. Zbog toga se stranke u najvećem broju slučajeva needukovano upuštaju u postupak, a neke od njih tek nakon njegovog početka saznaju da im se prevashodno pruža prilika otklanjanja bračnih smetnji koje zajednički život čine nepodnošljivim, a tek ukoliko se smetnje ne mogu otkloniti pristupa se uređivanju pitanja i posljedica razvoda braka. Sa druge strane, u postupak medijacije stranke se upuštaju dobrovoljno, onda kada za cilj imaju aktivno rješavanje spora koji je među njima nastao, a koje rješenje za rezultat neće imati razvod braka.³⁰

Razlike između ova dva postupka postoje i u odnosu koje treće neutralno lice (posrednik/medijator) ima prema sukobu stranaka, gdje u postupku medijacije postoji

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

28 Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH“, br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15).

29 Dorontić, N., et.al., op.cit., 22.

30 Svrsishodno je pomenuti da bračnim partnerima na raspolaganju stoji ista mogućnost kada je u pitanju posredovanje, odnosno porodičnim zakonom predviđeno je da bračni partneri koji nemaju zajedničke djece, a namjeravaju pokrenuti postupak za razvod braka, prije toga mogu pokrenuti postupak posredovanja, međutim obraćanje posrednicima u tim slučajevima je rijetkost.

zakonom predviđena zabrana za medijatora da predlaže rješenja i moguće ishode postupka (član 2. stav 2.) dok u pogledu posrednika ne postoji takvo rješenje, štaviše, predviđeno je da posrednik u obzir mora uzeti najbolji interes djeteta, te postupati u skladu sa time, što podrazumijeva, ako ne izričito predlaganje, onda barem davanje smjernica strankama kako bi donesne odluke bile u skladu sa pomenutim pravnim standardom. Razlike su očite i u pogledu pravnog dejstva rezultata okončanog postupka posredovanja i medijacije, gdje se postupak medijacije sa uspješnim ishodom okončava donošenjem *sporazuma o nagodbi* koja ima snagu izvršne isprave (član 25. ZPM BiH). Dok se postupak posredovanja se u svakom slučaju okončava zapisnikom, koji nema snagu izvršne isprave, nego se u okviru parničnog postupka koji slijedi nakon njega koristi kao isprava na osnovu koje sud *inter alia* donosi odluku u postupku. Razlika postoji i u pogledu učešća punomoćnika, odnosno njihovo učešće moguće je u postupku medijacije (član 15. stav 2. ZPM BiH), dok sa posredovanjem to nije slučaj, jer punomoćnici niti mogu zastupati stranke, niti prisustvovati samom postupku (član 47. stav 2. PZ FBiH).

Naposlijetku, razlika se primjeti i u uslovima stručnosti lica koja obavljaju posredovanje i medijaciju, pa tako prema članu 2. Pravilnika o uvjetima koje mora ispuniti fizička i pravna osoba ovlaštena za posredovanje između bračnih partnera³¹ (dalje u tekstu: *Pravilnik*) predviđeno je kako posrednik-fizičko lice, pored opštih uslova poslovne i zdravstvene sposobnosti, mora imati i visoku stručnu spremu i najmanje tri godine rada u struci, dok je članom 31. stav 2. ZPM BiH normirano da medijator može biti lice koje pored opštih uslova za zapošljavanje, mora ispunjavati i uslove visoke stručne spreme, završene obuke prema programu Udruženja medijatora (ili drugi program priznat od Udruženja), te upis u registar medijatora koje vodi Udruženje.

Cilj prethodno izložene (kratke) komparativne analize bio je prikazati odnos modela ARS u pravnom području (F)BiH, gdje se kao zaključak nameće prvenstveno da je on nedovoljno razvijen, a donekle i kompromitovan imperativnošću jednog od njih, čime se gubi poenta i suština alternativnih metoda, koje ipak trebaju biti zasnovane na volji stranaka, i iz iste crpiti svoju nadležnost za postupanje. Iz nedovoljne razvijenosti ovih sistema proizilaze još neki nedostaci poput prikazanog potencijalnog kršenja međunarodnim dokumentima zagarantovanih ljudskih prava zbog načina na koji je posredovanje ustrojeno u našem sistemu. Povrh svega toga, porodični sporovi su takve naravi da u svom rješavanju ipak zahtijevaju odmicanje od tradicionalnih, krutih pravila, te personalizaciju i humanizaciju postupka, a naročito njegovu podređenost pravnom standardu zaštite najboljeg interesa djeteta.

Zbog svega nabrojanog, a imajući u vidu i to da je u uporednom pravu pored posredovanja/medijacije (jer u uporednom pravu predstavljaju jedan, isti postupak), arbitraža zapravo najdominantniji model ARS,³² postavlja se pitanje u kojoj mjeri bi

31 Pravilniko uvjetima koje mora ispuniti fizička i pravna osoba ovlaštena za posredovanje između bračnih partnera prije pokretanja postupka za razvod braka („Službene novine Federacije BiH“, broj 5/06).

32 Primarno u komercijalnim sporovima, ali u pojedinim zemljama i u privatnim, pa tako i porodičnim sporovima.

arbitraža (u okolnostima domaćeg prava) bila sposobna odgovoriti ovim izazovima, i da li bi pružila efikasniji način rješavanja porodičnih sporova i veću zaštitu prava i interesa stranaka, ili bi se pak slomila pod pritiskom nespojivosti vlastite prirode sa prirodom porodičnog prava. Drugi dio rada posvećen je upravo pokušaju davanja odgovora na postavljena pitanja.

5. Arbitraža i porodično pravo: spajanje nespojivog ili skriveno blago porodičnih modela ARS-5.1. Arbitraža: Pojam i sličnosti i razlike u odnosu na druge modele ARS

Smatra se da arbitraža postoji od kada postoji i konflikt, a sredstvo rješavanja spora tako duge tradicije teško je uniformno definisati, ipak, prateći način njenog poimanja kroz različite pravne dokumente posvećene njenoj regulaciji: arbitraža se *definiše* kao postupak iniciran od strane stranaka, koje na osnovu međusobnog sporazuma, spor koji među njima može nastati ili koji već postoji podnose nedržavnom organu, kojeg same biraju da taj spor riješi odlukom koja će biti obavezujuća za obje strane.³³ Arbitraža je vremenom razvila nekoliko različitih grana, odnosno vrsta, pa se tako najčešće dijeli na ad hoc i institucionalnu arbitražu,³⁴ a u kontekstu predmetnog rada, naglasak je stavljen na podjelu prema vrstama spora koji se rješavaju arbitražom – kada se dijeli na građansku arbitražu (kojom se rješavaju sporovi fizičkih lica, pa tako i oni nastali na osnovu porodičnih odnosa) i trgovačku arbitražu (ona kojom se rješavaju sporovi nastali iz različitih poslovnih operacija).³⁵

Shodno navedenom, ključna razlika između arbitraže i drugih modela ARS (posredovanja, medijacije, mirenja) jeste činjenica da se arbitražni postupak okončava konačnom i za stranke obavezujućom odlukom, osim toga, arbitri postupaju i odluku donose na osnovu prava, a ne međusobnih interesa stranaka. Razlika se ogleda i u cilju provedenog postupka, budući da arbitraža ne nastoji pomiriti različite stavove, jer i iz arbitražnog postupka, baš kao i sudskog neko uvijek izlazi kao pobjednik, a neko kao gubitnik. Konačno, i sam postupak je formalniji, naročito kada je riječ o institucionalnoj arbitraži, kada za stranke barem u prostornom smislu nema puno razlike u tome da li idu na sud ili na arbitražno rješavanje spora. Osim toga, arbitraža

33 Born, B., G., „*Volume I: International Arbitration Agreements*“ Wolters Kluwer Law and Business, 2014., 241.

34 *Ad hoc* ili prigodna arbitraža zasniva se isključivo povodom jednog, individualno izdvojenog spora među strankama, povodom kojeg i dolazi do sklapanja arbitražnog sporazuma. To znači da se postupak (najčešće) provodi bez učešća institucija, te stranke samostalno utvrđuju pravila arbitražnog postupka, određuju način na koji će se imenovati arbitri kao i to ko će oni biti, osiguravaju prostorije u kojim će se održavati arbitraža, kao i svu ostalu pomoć za provođenje postupka. Sa druge strane, *institucionalna arbitraža* je vrsta arbitraže u kojoj se arbitražni postupak provodi u skladu sa unaprijed utvrđenim pravilima neke arbitražne institucije. Neke od najrespektabilnijih arbitražnih institucija su: Međunarodna Privredna Komora u Parizu, Američka Arbitražna Asocijacija, Arbitražni Institut Privredne Komore u Štokholmu, Centar za međunarodnu arbitražu Hong Kong Londonski sud za međunarodnu arbitražu, UN Komisija za međunarodno trgovinsko pravo (United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)). (V. detaljnije Born, B., G., (2014.), op.cit., 242.)

35 Trifković M., et.al., „*Međunarodno poslovno pravo*“, Ekonomski fakultet u Sarajevu, Sarajevo 2009, 550.

na određeni način i u određenim situacijama može biti i vezana uz nacionalni sud (za razliku od postupka posredovanja/medijacije), jer u skladu sa članom III. Njujorške Konvencije o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka³⁶ nacionalni sudovi se obavezuju na priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka (ukoliko se strana koja ima odluku u svoju korist tim povodom obrati sudu).

Kada se prikaže na ovakav način, čini se da se arbitraža u mnogočemu približava sudskom postupku. Ipak, razlika između arbitraže i sudskog postupka je to da su svi nabrojani koraci koje arbitraža poduzima (primjena prava, mjesto održavanja arbitraže, izbor arbitra) produkt autonomije volje stranaka, te da i konačni i obavezujući karakter arbitražne odluke proizilazi iz pristanka stranaka na takvo dejstvo odluke, a ne iz prinudnog dejstva države kakav je slučaj sa odlukama nacionalnih sudova.³⁷ U svakom slučaju uvažavajući nabrojano, arbitražu treba jasno razlikovati od ostalih (van)sudskih modela rješavanja sporova.

6. Izazovi arbitraže na *domaćem terenu*: Podobnost arbitražnog postupka u rješavanju porodičnih sporova

Pravna teorija i praksa u domenu sistema ARS, naročito arbitraže, u prvi plan često ističu prednosti arbitražnog postupka u odnosu na sudski, ističući stručnost lica koja vode postupak i razrješavaju spor, brzinu njihovog djelovanja, nemogućnost bespotrebnog odlaganja postupka, ali i to što se arbitražna odluka (za razliku od sudske) već po donošenju smatra pravosnažnom i izvršnom.³⁸ Ipak, bez obzira na prednosti koje arbitraža može imati u odnosu na sudsko rješavanje sporova, u porodičnim, a naročito bračnim i roditeljskim sporovima, njena podobnost je podvrgnuta brojnim testovima, odnosno izazovima, od kojih će najznačajniji biti obrazloženi u nastavku.

1.1. Karakteristike koje porodične sporove čine (potencijalno) nepodobnim za rješavanje porodičnom arbitražom

Porodični sporovi u okvirima nacionalnog sistema uslovljeni su (a) vrstom porodičnog odnosa povodom kojeg nastaju, a koji se dijele na – *lične (statusne)* i *imovinske* odnose,³⁹ te (b) vrstom sudskog postupka u okviru kojeg se rješavaju, pa je članom 268. PZ FBiH, predviđeno da se u predmetima u odnosima roditelja i djece, bračnim i drugim predmetima uređenim PZ FBiH postupka prema pravilima posebnih parničnih postupaka, vanparničnih postupaka i posebnim postupcima

36 Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka (1958), dostupna na: www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.recognition.and.enforcement.convention.new.york.1958/doc.html

37 Born, G., op.cit., 242.

38 Knol Radoja, K., „*Svrishodnost arbitrabilnosti obiteljskopравnih sporova s posebnim naglaskom na sporove proizašle iz razvoda braka*,” 2014., 86.

39 Podjela odnosa u porodici na lične i imovinske, igra jako bitnu ulogu ne samo u klasifikaciji sporova koji povodom njih nastaju, nego i u davanju odgovora na pitanje u kojoj mjeri je porodične sporove moguće podvrgnuti alternativnim načinima rješavanja.

izvršenja i osiguranja.⁴⁰ Dakle, bračni i roditeljski sporovi se već smatraju specifičnim u odnosu na ostale sudski rješive sporove, zbog čega se i rješavaju u okviru posebnog parničnog postupka, a ta specifičnost se ogleda kroz faktore poput⁴¹: hitnosti postupanja, specijalizacije sudije, mogućnost određivanja privremenih mjera, isključenja javnosti, ograničenje načela dispozitivnosti, šire postavljenog istražnog načela, restriktivnost u iznošenju novih činjenica i predlaganja dokaza u žalbi, odlučivanje o troškovima postupka, ali i učešće *trećih lica* – specijaliziranih institucija (organ starateljstva) onda kada se odlučuje o pravima djeteta.

Iz nabrojanog proizilazi da je zakonodavac parnični postupak u kojem se odlučuje o navedenim pitanjima već podredio karakteristikama bračnih i roditeljskih sporova, ali ostaje otvoreno pitanje na koji način te karakteristike utiče na modele alternativnog rješavanja, odnosno da li posebni parnični postupak postavlja standard stručnosti u rješavanju pitanja porodične materije, tako da se niti jedan od alternativnih modela ne može smatrati podobnim ili pak neke od karakteristika posebnog sudskog postupka, mogu biti izostavljene u alternativnom postupku tako da ne budu od uticaja na njegov (legitimni) ishod? Naravno, jedinstven odgovor na ovo pitanje, naročito u trenutnoj pravnoj atmosferi u BiH, nije moguće dati, ali se analizom poredaka država koje već praktikuju ARS u porodičnoj materiji, pokazuje da postoji nekoliko faktora vezanih uz porodične sporove, koji bi mogli predstavljati prepreku razvoju ARS-a, a koji će biti obrazloženi u nastavku.

a. Nadležnost

Strogo ustrojena pravila o sudskoj nadležnosti u rješavanju porodičnih sporova mogu predstavljati prepreku u delegiranju ovlaštenja njihovog rješavanja, iz prostog razloga što autonomija volje stranaka predstavlja *kamen temeljac* alternativnih postupaka, naročito arbitraže. *Inter alia*, to podrazumijeva da se strankama daje pravo da u određenim pitanjima nadležnost svjesno umjesto sudu, prepuštaju trećem neutralnom licu, kojem povjeravaju rješavanje spora i u ovisnosti o vrsti postupka čak i donošenje konačne i obavezujuće odluke (u arbitražnom postupku). Međutim, uzveši u obzir osjetljivost porodičnih sporova, ali i njihov društveni značaj, jedino se sud postupajući sa autoritetom države smatra kompetentnim, a shodno tome i ultimativno nadležnim za njihovo rješavanje.

40 Dalje, članom 272. izvršena je klasifikacija sporova koji se rješavaju u okviru posebnih parničnih postupaka, i to kao bračni spor koji za predmet utvrđivanja ima postojanje ili nepostojanje braka, poništenje, te razvod braka (čl. 272. st. 1.), i sporovi iz odnosa roditelja i djece (roditeljski sporovi) gdje spadaju sporovi o utvrđivanju ili osporavanju materinstva ili očinstva, sporovi o tome sa kojim će roditeljem dijete živjeti, o načinu održavanja ličnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta sa drugim roditeljem i o roditeljskom staranju, kao i sporovi o izdržavanju djeteta, bez obzira na to da li se rješavaju samostalno ili zajedno sa bračnim sporovima i sporovima o utvrđivanju materinstva i očinstva (čl. 272. st. 2.). Naposljetku, uvažavajući širok opus različitih sporova koji mogu nastati iz porodičnih odnosa, dalja razrada teme, te bilo kakva analiza kao i sva pitanja i odgovori, odnosit će se na sporove navedene u članu 272. PZ FBiH, koji se rješavaju u okviru posebnog parničnog postupka (bračni i roditeljski sporovi).

41 Traljić, N., Bubić, S., „*Bračno pravo – I izdanje*“, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., 119.

Naravno, ovdje treba razlikovati vrste nadležnosti koje mogu biti od značaja za ovu materiju, a radi se o stvarnoj, mjesnoj i apsolutnoj nadležnosti,⁴² pri čemu bi postojanje aposlutne nadležnosti bilo prepreka razvoju sistema ARS, jer se njenim pravilima razgraničava nadležnost domaćih sudova od nadležnosti ostalih domaćih državnih i društvenih tijela te od nadležnosti inostranih tijela.⁴³ Što se tiče stvarne nadležnosti, ista se definiše kao obim poslova određenog tijela odnosno pravo i dužnost određenog suda da postupa u određenoj pravnoj stvari ili da poduzme samo određenu radnju.⁴⁴

U kontekstu domaćeg prava, prema članu 27. stav. 2. Zakona o sudovima FBiH⁴⁵ (dalje u tekstu: ZoS FBiH) za sve bračne sporove *stvarno nadležan* je općinski sud, dok je mjesna nadležnost izberiva.⁴⁶ Iscprnijim iščitivanjem ZoS-a ne postoji eksplicitno navođenje apsolutne nadležnosti u porodičnim sporovima u korist sudova, ali počevši od pretpostavke da je stvarna nadležnost donekle utemeljena na apsolutnoj (jer apsolutno nenadležan organ, ne može imati niti stvarnu nadležnost za postupanje), ali i toga da PZ FBiH u regulisanju procesne materije porodičnog prava rješavanje ovih pitanja povjerava samo i isključivo sudu, evidentno je da je sudska instanca ipak krajnja u rješavanju porodičnih sporova.

b. *Ius cogens* norme i ograničenje disponiranja

Nakon nadležnosti, još jedna potencijalna procesna prepreka pokretanja postupka porodične arbitraže usko je vezana uz prirodu normi porodičnog prava – koje su uglavnom kogentne prirode,⁴⁷ pri čemu imperativnost sama po sebi nije problem, ali njen manifest jeste, naročito u dijelu koji se odnosi na ograničavanje stranaka u disponiranju sporom. Tako u kontekstu domaćeg prava, član 278. stav 1.-3. PZ FBiH, reguliše ograničenje dispozitivnosti stranaka, na način da u stavu 1. predviđa da se stranke spora bračnih i sporova koji nastaju u odnosima roditelja i djece ne mogu odreći zahtjeva, priznati zahtjev protivne stranke niti se nagoditi, dok stavom 2. uređuje da u okviru parničnog postupka pokrenutog na osnovu bračnog spora, ne postoji mogućnost donošenja presude na osnovu priznanja, presude zbog propuštanja niti presude na osnovu odricanja. Ovakvo onemogućavanje disponiranja je opravdano, jer bi dozvolila neograničenog raspolaganja tužbenim zahtjevom u

42 Uz nabrojane, svrsishodno je pomenuti i funkcionalnu nadležnost, koja je u bračnim sporovima određena na način da u prvom stepenu postupa sudija pojedinac specijalizovan za ovu vrstu sporova, dok u drugostepenom postupku sudi vijeće od trojice sudija, od kojih je jedan specijalizovan za ovu vrstu spora, na koji način se osigurava stručnije i uspješnije vođenje sudske postupka. (V. Detaljnije Traljić, N., Bubić, S. (2007), 118.)

43 Pintarić, A., „Bračni sporovi i osvrt na njihove posebnosti u odnosu na redovni parnični postupak“, Pravnik, 48, 1 (98), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2015., 166.

44 *Ibid.*

45 Zakon o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 38/05, 22/06 i 63/10 (sa ispravkom u br. 72/10, 7/13), 22/06, 63/10, 72/10, 7/13 i 52/14).

46 Postupak se može pokrenuti kako pred sudom na čijem području tuženi ima prebivalište, odnosno boravište, tako i pred sudom na čijem su području bračni partneri imali posljednje zajedničko prebivalište.

47 Traljić, N., Bubić, S., op.cit., 11.

kontekstu bračnih odnosa, mogla rezultovati zloupotrebom, odnosno zastrašivanjem jednog bračnog partnera od strane drugog (zbog čega je članom 278. stav 3. PZ FBiH utvrđeno da odricanje tužbenog zahtjeva od strane tužioca za posljedicu ima povlačenje tužbe).

1.2. Pitanje arbitrabilnosti porodičnih sporova

Uticao koji navedene (potencijalne) prepreke ostvaruju na uspostavljanje porodične arbitraže u domaćem pravu, a naročito imperativnost normi porodičnog prava, koja rezultuje ograničenjem mogućnosti disponiranja predmetom, najbolje se ogledaju kroz odgovor na ključno pitanje kod podnošenja spora na arbitražno rješavanje, a to je pitanje arbitrabilnosti. Naime, arbitrabilnost je kvalitet koji nužno mora postojati da bi se konkretno pitanje moglo riješiti arbitražnim putem, taj kvalitet se očituje dvojako, i to kao *arbitrabilnost ratione personae* (*subjektivna arbitrabilnost*) – da je do zaključenja sporazuma o arbitraži došlo između stranaka kojima je dopušteno da ugovore nadležnost arbitraže, te kao *arbitrabilnost ratione materiae* (*objektivna arbitrabilnost*) – da se sporazum odnosi na materiju koja je podobna za arbitražno rješavanje.⁴⁸ Imajući u vidu navedeno, u tradicionalnom shvatanju arbitraže porodični sporovi nisu arbitrabilni, niti sa subjektivnog niti objektivnog aspekta, ipak, (ne)arbitrabilnost je višedimenzionalna kategorija, uslovljena nizom faktora koje treba razmotriti prije davanja konačnog odgovora.

Primarno je determinirana, prethodno pomenutim pravom stranaka da disponiraju predmetom spora, tačnije spor nije arbitrabilan onda kada stranke nemaju tu mogućnost. Za potrebe razjašnjenja ove (ne)mogućnosti stranaka u nacionalnom pravnom okviru, neophodno je započeti od zakona koji uređuje arbitražni postupak, a u BiH to je još uvijek ZPP FBiH (članovi 434.-453.). Tako je u pogledu arbitrabilnosti, članom 434. ZPP FBiH predviđeno da se stranke mogu sporazumjeti da rješavanje spora povjere arbitraži, *osim ako se radi o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati u smislu člana 3. stav. 2. ZPP FBiH*. Analizom člana 3. stav 2. ZPP-a, vidljivo je da je istim normirano opšte ograničenje u disponiranju zahtjeva od strane stranaka, navodeći kako sud neće uvažiti raspolaganja stranaka koja su *protivna prinudnim propisima*. Dakle, on se sastoji od dva elementa – (a) disponiranja, odnosno slobodnog raspolaganja postavljenim zahtjevom⁴⁹, i (b) suprotnost takvog raspolaganja prinudnim propisima⁵⁰, a za arbitrabilnost porodičnog

48 Petrović, M., „*Punovažnost arbitražnog sporazuma*“, Zbornik radova „Harmonizacija građanskog prava u regionu“, 2013.

49 Disponiranje postavljenim zahtjevom se može posmatrati dvojako, i to kao (a) ono koje se vrši neposredno, procesnim radnjama, gdje spadaju: povlačenje tužbe, odnosno protutužbe, odricanje od tužbenog zahtjeva, odnosno protutužbenog zahtjeva, zaključenje sudske nagodbe, kao i priznanje tužbenog zahtjeva, odnosno protutužbenog zahtjeva, te (b) ono koje se vrši posredno, gdje spada: priznanje činjenica iz kojih proizilazi osnovanost tužbenog zahtjeva, izostanak tužitelja sa pripremnog ročišta, odnosno ročišta za glavnu raspravu, a što bi sve za posljedicu imalo naprimjer povlačenje tužbe ili propuštanje zakonskih rokova za izjavljivanje pravnog lijeka i tome slične pravne posljedice. (V. Detaljnije Čizmić J. „*Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine – drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*“, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, Sarajevo, 2016., 43.)

50 Ovo podrazumijeva da je disponiranje postavljenim zahtjevom ograničeno samo kada je u suprot-

spora, oba elementa su od značaja.

1.2.1. Arbitrabilnost ličnih porodičnih sporova

Navedene članove, treba dovesti u vezu sa normama porodičnog prava, analizom kojih je vidljivo da je raspolaganje sporom kao mogućnost isključena članom 278. stav (1) PZ FBiH, kojim je propisano da se u postupku u bračnim sporovima i sporovima iz odnosa roditelja i djece, stranke ne mogu odreći zahtjeva, priznati zahtjev protivne stranke, niti se nagoditi. Stav 2. istog člana predviđa da se u nabrojanim postupcima ne može donijeti ni presuda zbog propuštanja, presuda na osnovu priznanja, niti presuda na osnovu odricanja, konačno u stavu 3. normirano je da bi odricanje od tužbenog zahtjeva u ovom postupku, imalo isto pravno dejstvo kao i povlačenje tužbe. Na ovaj način zakonodavac je jasno onemogućio disponiranje, a kako se radi o prinudnom propisu, imperativne prirode, zadovoljen je i drugi element člana 3. stava 2. ZPP FBiH, a na kojeg upućuje član 434. ZPP FBiH, kao na jedini izuzetak slobode predmeta povodom kojih se može pokrenuti arbitražni postupak. Na osnovu navedenog, zaključuje se kako prema važećem zakonodavstvu, porodični sporovi, nisu arbitrabilni, iako u skladu savremene pravne atmosfere, ovakav stav zaslužuje kritiku, naročito u kontekstu opšte tendencije širenja zone arbitrabilnosti.⁵¹

1.2.2. Arbitrabilnost imovinskih porodičnih sporova

Ranije je pomenuto kako se porodični odnosi, a shodno tome i sporovi koji na osnovu njih nastaju, generalno mogu podijeliti na lične i imovinske, gdje se tumačenjem gore navedenih odredbi dolazi do zaključka da sporovi lične prirode (bračni i roditeljski) nisu arbitrabilni. Međutim, ukoliko se vratimo na norme PZ FBiH koji se bave imovinskim sporovima stranaka, sjetit ćemo se da je sudsko rješavanje istih predviđeno tek kao supsidijarno, odnosno do njega dolazi tek ukoliko stranke sporazumom nisu odredile svoje imovinske odnose. Ovo je iz razloga jer pitanja imovinske prirode tipično spadaju u drugu granu prava koja za razliku od porodičnog, počiva na dispozitivnim normama, shodno čemu se i u okviru porodičnog prava imovinska pitanja uređuju dispozitivnim normama, koje strankama dozvoljavaju disponiranje.

Na osnovu navedenog, nije primjetna prepreka u rješavanju ovih pitanja arbitražom, izuzev opšte nerazvijenosti sistema arbitražnog rješavanja u BiH, naročito u predmetnoj sferi građanskog prava. U svakom slučaju, nije na odmet pomenuti ovu mogućnost, naročito što se u uporednom pravu u sistemima u kojima

nosti sa prinudnim propisima, Interesantno je to što je zapravo vrlo malo propisa u jednom pravnom poretku koji se mogu smatrati kogentnim, imperativnim i od kojih nije dopušteno nikakvo odstupanje, ali u određenim sferama pravnog života definitivno postoje, a jedna od tih sfera jesu i lični i porodični odnosi, gdje se misli primarno na pravila kojima su uređeni uslovi zaključivanja braka, zaštita djece i slično. (V. Detaljnije Čizmić, J. (2016), 43.)

51 Aras, S., „Arbitrabilnost obiteljskopравnih sporova“ u Zbornik radova „Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku – Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Evrope“, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013., 543.

je porodična arbitraža razvijena, nerijetko pravi distinkcija između sporova koji joj mogu biti podvrgnuti, budući da u svakom sistemu porodičnog prava postoje određena pitanja koja se smatraju ili suviše osjetljivim ili od prevelikog značaja da bi bila povjerena na rješavanje bilo kome drugom, osim sudu.

1.3. Mogućnost priznanja i izvršenja stranih odluka porodične arbitraže u BiH?

Naposlijetku, imajući u vidu nemogućnost rješavanja porodičnih sporova arbitražom u BiH, svrshodno je postaviti i pitanje, da li bi se u domaćem pravnom sistemu mogla priznati i izvršiti strana arbitražna odluka kojom se rješava određeni porodični spor? Odgovor na ovo pitanje mogao bi biti od značaja za buduću praksu sudova, jer priznati stranu odluku, zapravo znači izjednačiti je sa odlukom domaćih organa, te je i implementirati u domaći pravni sistem, čime postaje njegovim sastavnim dijelom. Pravila kojima je uređena materija priznanja i izvršenja stranih sudskih i arbitražnih odluka sadržana je u Zakonu o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima⁵² (dalje u tekstu: ZRSZ), a član 99. stav 1. normira da će sud odbiti priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke ukoliko se predmet spora prema važećem pravu Bosne i Hercegovine ne može podvrgnuti arbitraži. Naravno, ukoliko gore navedenu pravnu analogiju uzimamo kao ispravnu, onda bi sud odbio priznanje takve odluke, međutim, nedovoljna konkretnost rješenja ostavlja ovo pitanje otvorenim, a naročito u slučaju da je predmetnom arbitražnom odlukom, rješeno (i uređeno) porodičnopravno pitanje imovinske prirode.

6. Modifikacije arbitražnog postupka: Mogućnost primjene i uporednopravni prikaz

Na osnovu prethodno navedenog, jasno je kako porodična arbitraža u trenutnim pravnim okolnostima nije moguća, a jasno je i to, da ukoliko dođe do zakonodavne reforme, arbitražni postupak biti će neophodno prilagoditi svim specifičnostima porodičnih sporova, i postići balans zadovoljavanja ovih kriterija sa jedne, odnosno zadržavanja suštine arbitraže sa druge strane. U svakom slučaju, na putu razvoja porodične arbitraže, BiH se može poslužiti primjerom zemalja u kojima ista već postoji, i čija praksa je iznjedrila koji su to aspekti u kojima bi se arbitražni postupak morao prilagoditi, a da i dalje zadrži prethodno pomenuti balans.⁵³ Prije svega, neophodno je napomenuti da niti jedan od ovih ustupaka ne može biti razdvojen od potrebe stručnog i obrazovanog *arbitražnog kadra* koji vlada vještinama komunikacije, mirnog rješavanja spora, stručnosti u porodičnom pravu, osjetljivosti za delikatne teme kakve se nužno javljaju u okviru porodičnog spora a što zahtijeva i znanje iz socijalnog rada, kao i poznavanje psihologije.⁵⁴

52 Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima („Službeni list SFRJ“ br. 43/082, 72/82-1645; „Službeni list R BiH“ br. 2-92-5, 13/94-189).

53 Kennet, W., „*It's Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution*“, International Journal of Law, Policy and The Family, Oxford University Press, 2016., 5.

54 Pretpostavka je da se upravo zbog ovako kompleksnog i multidimenzionalnog profila koji se traži u rješavanju porodičnih sporova, u njega (na domaćem nivou) redovno biva uključeno više učesnika

Jedan od pomenutih, ključnih aspekata je neiskustvo stranaka⁵⁵ u postupku arbitraže⁵⁶ zbog čega bi isti, da bi se okvalifikovao kao porodični morao razviti mehanizam upoznavanja stranaka sa postupkom i posljedicama istog, na taj način se zapravo približavajući okvirima sudskog postupka, gdje se stranke prema zakonskoj obavezi za to predviđenih lica, moraju upoznati sa svojim pravima, obavezama i posljedicama postupka. Optimalan način na koji bi se to postiglo, zapravo je sličan rješenju koje postoji u trgovačkoj arbitraži, gdje taj *dio posla* obavljaju arbitražne institucije, tako što olakšavaju proces arbitriranja i sveopćeg kvaliteta arbitraže.⁵⁷ Prateći taj primjer institucije porodične arbitraže poput IFLA-e u Engleskoj⁵⁸ ili FLAGS,⁵⁹ u Škotskoj, čak i Sūddeutsches Familienschiedsgericht u Minhenu u Njemačkoj, trebaju ustrojiti *modus* svog rada tako da će u obzir uzeti i početno (ne) znanje stranaka koje se žele upustiti u postupak.⁶⁰

Dalje, da bi arbitraža postala *porodičnom*, neophodno je da posebnu pažnju posveti situaciji kada djeca dobiju status stranke u postupku, na koji način definitivno dolazi do napuštanja *inter partes* koncepta arbitraže, odnosno dolazi do pojave *trećih lica*, a što je još i važnije tada se cilj i svrha postupka transformiše, i u potpunosti podvrgava zaštiti najboljeg interesa djeteta.⁶¹ Bitno je pomenuti da je ovaj

od kojih jedan ima ulogu sudije, drugi medijatora, a treći terapeuta, kako bi naprimjer proces razvoda braka u koji su uključena i djeca prošao što bezbolnije, te u onoj mjeri u kojoj je to moguće na zadovoljstvo svih uključenih stranaka, naročito zato što njihovi međusobni odnosi (a ponekad i kohabitacija) ne prestaju nakon završetka braka, nego, naprotiv, mogu potrajati sve do kraja njihovih života. Tako naprimjer, Pravilnik o porodičnom zakonu Australije iz 1984. godine određuje da osoba može biti porodični arbitar ukoliko je kao pravnik na terenu akreditovana kao specijalista porodičnog prava od strane za to nadležnog tijela na državnom nivou, ili ako je najmanje pet godina radila poslove iz tog domena, uz obavezan trening namijenjen samo za buduće arbitre. (V. detaljnije Kennet, W., (2016), 14.)

55 Kennet, W., op.cit., 12.

56 Što naročito može biti slučaj u državama poput Bosne i Hercegovine, u kojima se tradicionalno svi problemi *rješavaju na sudu* i u situacijama visokog konflikta sud postaje gotovo i prijatnom jedne strane drugoj. Osim toga, i u nekim drugim životnim situacijama oslobođenim takvog konfliktnog naboja, ali obilate osjećajem da je osobi teško narušeno neko pravo, sud (p)ostaje jedina nada za postizanje pravde i određene vrste kako moralne tako i novčane ili satisfakcije usmjerene na neku drugu činidbu. U takvom društvu, koje nije upoznato sa svojim pravima i mogućnostima zaštite i ostvarivanja istih, jasno je da svijet arbitraže zvuči i izgleda kao potpuna nepoznanica, gdje nije isključen ni strah od nepoznatog, zbog čega arbitraža i ostaje neiskorišten potencijal mirnog, civilizovanog i rješenja spora barem na djelimično zadovoljenje sukobljenih strana.

57 Kennet, W., op.cit., 13.

58 U Engleskoj 2012. godine osnovan je Institut porodične arbitraže (Institute of Family Law Arbitration (IFLA)) sa ciljem promovisanja arbitraže kao sredstva rješavanja sporova iz domena porodičnog prava, i pokušaja uspostavljanja pravnog okvira u kojem bi ovakva arbitraža bila moguća uz primjenu prava postojećeg arbitražnog zakonodavstva (Arbitration Act 1996.). Svršishodno je pomenuti i to što su osnivači instituta vrlo rano prepoznali problem različitog intenziteta različitih porodičnih sporova, zbog čega su još u najranijoj fazi osnivanja odlučili da se njihova arbitraža neće baviti pitanjima koja imaju veze sa pravima zajedničke djece bračnih partnera, budući da uključenost djece u spor konflikt čini utoliko kompleksnijim i zahtijevati specijalan pristup nizu pitanja. Zbog toga, Institut zadržava jednostavniji pristup rješavanja pitanja imovinske i finansijske prirode stranaka. (V. detaljnije Knol Radoja, K., (2014.) op.cit., 88.)

59 (eng. *Family Law Arbitration Group Scotland*)

60 Kennet, W., op.cit., 13.

61 *Ibid.*

ustupak utoliko važniji, jer u arbitražnom postupku ne postoji naklonjenost arbitara strankama, štaviše nezavisnost i nepristranost predstavlja njihovu obavezu, te ukoliko se postupak i vodi u skladu sa nekim principom onda je to princip jednakosti stranaka, objektivnosti, jednкости oružja i postizanja pravičnog rješenja.

Međutim, kako je to više puta naglašavano, porodični spor je drugačiji, a jedna od različitosti je upravo to, što kada su u spor (in)direktno uključena i djeca, isti je u potpunosti podređen zaštiti njihovog najboljeg interesa, te kako sudski postupak po porodičnom sporu nije zamisliv bez zaštite ovog standarda, analogno ne bi bio ni postupak porodične arbitraže. Osim navedenim, pažnju je bitno posvetiti i pitanju mjerodavnog prava, koje predstavlja jedan od izraženijih manifesta principa autonomije volje stranaka u postupku, budući da ga iste imaju pravo izabrati. Međutim, kada je riječ o porodičnim sporovima, gdje zakon igra i protektivnu ulogu, izgledno je prilagođavanje arbitražnog postupka, na način koji onemogućuje manipulaciju i zloupotrebu, naročito kada bi to bilo na štetu djeteta.⁶²

U konačnici, jako bitna značajka arbitraže, a koja bi definitivno morala biti prilagođena kako bi bila pogodna za rješenje porodičnih sporova, jeste obavezujući karakter, odnosno konačnost arbitražne odluke. To nedvosmisleno znači da u arbitražnom postupku ne postoji dvostепенost, uz to, u najvećem broju zemalja, sudovi u postupku priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka nemaju pravo preispitivati meritum spora, nego odluku mogu odbiti priznati isključivo radi eventualnog nepoštovanja procesnih pravila postupka. To što se inače smatra prednošću arbitraže, u kontekstu porodičnih sporova može predstavljati problem, budući da ne samo u slučaju donošenja po jednu stranu nepravedne odluke, nego i naprimjer pogrešno utvrđenog i primjenjenog materijalnog prava, stranka ne bi imala apelaciono pravo. Ova situacija je u uporednom pravu uglavnom rješena na način da je napravljena distinkcija između odluka porodične arbitraže koje imaju, odnosno nemaju status konačnosti.⁶³ Iako je ovakvo rješenje opravdano, može se činiti da je isuviše suprotno prirodi arbitraže, a osim toga, ostaje otvoreno pitanje koji organ, odnosno sud kojeg stepena bi imao ulogu druge instance.⁶⁴

7. Zaključak

Porodični odnosi, a tako i sporovi koji na osnovu njih nastaju su takvi, da je autonomija volje njihovih sudionika supsidijarna državnom autoritetu u domenu

62 U uporednom pravu, rješenja su raznolika, a kao optimalno se čini rješenje u Novom Meksiku, prema kojem se može vršiti izbor mjerodavnog prava za rješenje nekih drugih pitanja, ali kada je riječ o pitanju izdržavanja djece primjenjiv je isključivo zakon Novog Meksika. (V. detaljnije Kennet, W., op.cit. (2016), 13.)

63 U SAD-u odluke kojima su uređena finansijska pitanja, ili pitanja podjele imovine se smatraju konačnim, dok se odluke koje uključuju izdržavanje djece i načina održavanja kontakata sa roditeljima podvrgavaju posebnim razmatranjima. (V. detaljnije Kennet, W., op.cit. (2016), 14.)

64 Ukoliko je to prvostepeni sud, da li se i njegova odluka može nadalje pobijati kada bi ili se u ovom slučaju arbitraža izjednačava sa prvostepenim postupkom, kada bi po eventualnoj žalbi nadležan za postupanje bio odmah drugostepeni sud. Ovakvo *preskakanje* institucija i nivoa čini se, barem u kontekstu domaćeg sistema nedovoljno razrađenim, i barem za sada neprimjenjivim.

pravila njihovog rješavanja. Ipak, kada se država odluči na implementaciju ARS u domenu porodičnog prava, naročito njegove kompleksnije oblike poput arbitraže, onda je taj mehanizam neophodno razviti u potpunosti. To primarno znači da on treba biti efikasan, i osigurati pravnu sigurnost, jednaku redovnom, sudskom načinu rješavanja, u sistemu u kojem se ostvaruje, a ne suprotno, kao što je to slučaj sa institutom porodičnog posredovanja u BiH, koje je uređeno na takav način da ostvarivanjem jedne, zakonske obaveze, prijeti kršenju nekoliko zakonom i međunarodnim konvencijama zagaranovanih prava. Ozbiljan sistem alternativnog rješavanja sporova, nije ništa jednostavniji u odnosu na sistem državnog pravosuđa, te bi ga kao takvog i trebalo tretirati, naročito uzevši u obzir činjenicu da se odlukom stranaka da spor rješavaju alternativnim putem, sudu ipak oduzima nadležnost za postupanje povodom tog pitanja, a samim time manje je i državne kontrole nad konkretnim odnosom i provođenjem donesene odluke, naročito u slučaju arbitražnog postupka koji se za stranke okončava konačnom i obavezujućom odlukom.

Shodno navedenom, ukoliko BiH teži ka razvijanju jednog takvog sistema (a da bi se smatrala pravnom državnom koja ide u korak sa modernim pravnim tendencijama, onda bi trebala težiti ka tome), onda mora uložiti stanovite napore. Prvi korak je naravno raditi na unaprjeđenju onoga što već postoji, a to je primarno institut posredovanja, u odnosu na kojeg bi se moralo izvršiti preispitivanje, a potom i korekcija zakonskih normi kojima je predviđeno kao obavezno – što je nespojivo sa njegovom, inače alternativnom prirodom. Naravno, ukoliko zakonodavac smatra da neovisno o takvom normiranju, posredovanje daje pozitivne rezultate u promjeni mišljenja stranaka povodom namjere razvoda braka, ili pak predstavlja besprijekorno sredstvo uređivanja porodičnih odnosa kada do razvoda ipak dođe, onda je promjena nesvrishodna. Međutim, kako je realnost situacije nešto drugačija od navedenog, zakonodavac bi ipak trebao razmisliti o modifikaciji ovog instituta ili pak kreiranja sasvim novog pre-sudskog postupka koji za cilj nema mogućnost rješavanja spora, nego samo i isključivo uređenje odnosa nakon razvoda braka, kako se ta pitanja ne bi prvi puta raspravljala tek pred sudom. Osim posredovanja, veća pažnja bi se trebala posvetiti i medijaciji, koja istini za volju, niti u PZ FBiH, niti u ZPM BiH nije predviđena kao porodična, ali se ipak tumačenjem odredbi ovih zakona, ne može zaključiti niti da je zabranjena u rješavanju ovih pitanja.

Osim toga, doprinos ozbiljnom i efikasnom alternativnom sistemu svakako bi dalo i predviđanje arbitražnog rješavanja porodičnih sporova. Činjenica je da je ovo daleko veći izazov nego što je to slučaj sa uređivanjem postojećih alternativnih metoda, ali izučavanjem porodične arbitraže u različitim sistemima uviđa se da ona nigdje nije regulisana na isti način, zbog čega zakonodavac u BiH u tom smislu ima *otvoreno polje*, a kao jedno od optimalnih rješenja za sada bilo bi uvođenje porodične arbitraže kao jedne vrste dopune sudskog postupka. Tako se recimo može predvidjeti da stranke odlučne u namjeri razvoda braka, raspolažu mogućnošću pokretanja arbitražnog postupka, u okviru kojeg će u cjelini riješiti i statusna i pitanja imovinske prirode (ili samo neka od njih) dok će pred sudom obaviti samo formalnost razvoda, što bi praktično značilo jedno pojavljivanje na sudu, čime se postiže suština bržeg rješavanja sporova arbitražnim putem. Naravno u cilju zaštite

prava i interesa stranaka, te najboljeg interesa djeteta, može se predvidjeti da dogovor postignut (pred arbitražom) o pitanjima lične prirode uz ispunjenje određenih uslova može biti preispitan od strane suda, čime se pak ostvaruje određena (državna) kontrola nad arbitražnim odlukama i njihovim provođenjem. Naposljetku, moguća je i najbezbolnija, početna varijanta a to je mogućnost porodične arbitraže samo u onim sporovima kojima stranke mogu disponirati – imovinskim, bez mogućnosti arbitražnog rješavanja bilo kojeg drugog pitanja proizašlog iz bračnog ili roditeljskog spora. U svakom slučaju i poduzimanjem bilo kojeg od gore navedenih koraka, mehanizam ARS u BiH bi doživio ekspanziju, stvorila bi se jača konekcija između sudova i organa alternativnog rješavanja sporova, sudovi bi se rasteritili bitnog dijela posla, a ono što je i najvažnije, pružila bi se nepobitna garancija da se porodični sporovi rješavaju sa dužnom pažnjom, u postupcima koji se odvijaju u skladu sa najvišim standardima porodičnog prava, te okončavaju postizanjem rješenja koje je (u mjeri u kojoj je to moguće) zadovoljavajuće za sve strane.

Boris Krešić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Tuzla

Selma Kunić, LL.B.

LL.M. candidate on Faculty of Law, University of Tuzla

ALTERNATIVE RESOLUTION OF FAMILY DISPUTES: EXISTING SOLUTIONS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA AND THE POSSIBILITY OF LEGAL REGULATION OF FAMILY ARBITRATION

Summary: Family law as a branch of law whose norms regulate the family and the relations that arise between its members is specific because it regulates delicate matters of great social importance, which is why the authority to formally establish, change and terminate family relations is traditionally entrusted exclusively to the State and its bodies. For which reason the court is considered authorized to resolve disputes arising based on and/or in connection with family relations. However, given the pre-emption of courts, the neglect of the principle of urgency, but also the questionable expertise of courts in family matters, taking into the account that courts interact with several different branches of law, making it harder to fully concentrate only on Family law matters, the alternative dispute resolution mechanism is becoming the increasingly attractive solution in the neutralization of aforementioned flaws of court procedure. Also, the trend of development of alternative models is noticeable in modern legal frameworks. Therefore, this paper primarily analyzes dispute resolution models that already exist in Bosnia and Herzegovina, and points out the specifics of their regulation, which could be interpreted as wrong or unfitting to their essence. Furthermore, this paper analyzes the possibility of introducing a new alternative dispute resolution model - family arbitration, which might seem an unusual type of arbitration incompatible with its legal nature at first, but practice in certain comparative legal systems goes to show that this is a sustainable, alternative way of family dispute resolution.

Keywords: alternative dispute resolution, family disputes, mediation, family arbitration, Bosnia and Herzegovina

Dr. sc. Borjana Miković, docentica

Fakultet političkih nauka, Univerzitet u Sarajevu

EUROPSKA KONVENCIJA O USVOJENJU (REVIDIRANA) I PORODIČNI ZAKON FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak: Europska konvencija o usvojenju (2008), koja revidira prethodnu europsku konvenciju (1967), je međunarodni dokument koji Bosna i Hercegovina, iako članica Vijeća Europe, nije ratificirala. Stoga su u ovom radu, usporednopravnom analizom odgovarajućih odredaba o usvojenju u Porodičnom zakonu Federacije BiH i odredaba Europske konvencije o usvojenju, prezentirane utvrđene razlike i suprotnosti koje upućuju na moguće izmjene pojedinih odredaba Porodičnog zakona Federacije BiH. Ovim bi se, pored unapređenja instituta usvojenja, postigla i veća usklađenost porodičnog zakona s europskim porodičnim pravom.

Ključne riječi: Europska konvencija o usvojenju (revidirana), Porodični zakon Federacije BiH, usvojenje, prava djeteta, najbolji interesi djeteta.

1. Uvod

Prvi obavezujući međunarodni dokument o pravima djeteta koji je na nivou Ujedinjenih naroda (dalje: UN) donesen prije više od tri decenije bila je UN Konvencija o pravima djeteta (dalje: KPD).¹ Ona u svojim odredbama, vezano za institut usvojenja, pored normiranja da su sve države potpisnice koje priznaju i/ili dopuštaju usvojenje obavezne osigurati da najbolji interesi djeteta budu odlučujući, nalaže i da se usvojenje djeteta odobrava isključivo uz suglasnost nadležnih vlasti i uz zakonom utvrđene mjere njegove zaštite (čl. 21). Navedene odredbe, iako implementirane u nacionalna zakonodavstva i praksu država koje su ratificirale KPD, kontinuirano doživljavaju manje ili veće izmjene koje su, zavisno od kulturnog podneblja i tradicije ali i pravnog sistema, različite od zemlje do zemlje. To se događa usprkos naporima Vijeća Europe (dalje: VE) da se, prvenstveno u europskom području, ovakvo stanje koliko je to moguće izbjegne ili ublaži, odnosno da se institut usvojenja u okviru europskih država u što je moguće većoj mjeri harmonizira. U ovom kontekstu, kroz poduzimanje različitih aktivnosti, VE naročitu

1 UN, *Konvencija o pravima djeteta*, „Sl. list R. BiH“, br. 2/92 i 13/94, 1989.

Konvencija o pravima djeteta (*Convention on the Rights of the Child*) usvojena je i otvorena za potpis, ratifikaciju i pristupanje 20.11.1989. godine rezolucijom Generalne skupštine UN br. 44/25. Stupila je na snagu 02.09.1990. godine.

SFRJ je ratificirala Konvenciju 03.01.1991. godine. Raspadom SFRJ BiH je podnijela notifikaciju o sukcesiji, koja je stupila na snagu 06.03.1992. godine.

Konvencija je sadržana u Aneksu I Dejtonskog mirovnog sporazuma, čime je dobila snagu ustavne norme, kao i ostale međunarodne konvencije koje je BiH ratificirala, tako da ima prioritet u odnosu na domaće zakonodavstvo.

pažnju posvećuje usvajanju i revidiranju različitih dokumenata iz oblasti usvojenja, među kojima su: Haška konvencija o zaštiti djece i suradnji u oblasti međunarodnog usvojenja (1993) (dalje: HKMU)² i Europska konvencija o usvojenju djece (1967, revidirana 2008), nastojeći da kod zemalja članica u što je moguće većoj mjeri približi/ujednači oblast porodičnog prava, a time i institut usvojenja.

Budući da su za Bosnu i Hercegovinu (dalje: BiH) pravne aktivnosti europskih integracija posebno VE, čija je BiH članica, od naročitog značaja potreba za što efikasnijom i boljom zaštitom djeteta bez roditeljskog staranja, uz poštivanje principa njegovih najboljih interesa, nameće se kao jedan od prioriteta. S tim u vezi, iako institut usvojenja predstavlja najbolji oblik porodičnopravne zaštite, odnosno zbrinjavanja djeteta bez roditelja ili bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, nesporno je da njegovim zasnivanjem dolazi do objedinjenja dva različita, ali istovremeno temeljna ljudska prava. S jedne strane je to pravo usvojlaca, a s druge strane pravo usvojenika, pri čemu je njihova zajednička karakteristika da su oba neprikosnovena i zagwarantirana različitim međunarodnim i regionalnim dokumentima.³ Međutim, ukoliko se ova dva prava promatraju odvojeno, onda je jedno od njih pravo čovjeka/ odrasle osobe na roditeljstvo i zasnivanje porodice, a drugo, sukladno odredbama revidirane Europske konvencije o usvojenju (dalje: EKU),⁴ pravo djeteta na „stabilan i skladan dom“ (čl. 4. st. 2). Stoga, iako se prema nacionalnim zakonima država koje su ratificirale KPD usvojenje može zasnovati samo ako je u najboljim interesima djeteta, kod ostvarivanja ova dva prava pravna dilema čiji interesi, usvojioca ili usvojenika, imaju prednost čini se još uvijek ostaje otvorenom. U prilog ovome možda uvjerljivo govori podatak, dobiven u neposrednom kontaktu sa socijalnim radnicima, da se državljani BiH gotovo i ne odlučuju na usvojenje djeteta s teškoćama u razvoju, pa se većina ove djece, budući da ih i hraniteljske porodice najčešće ne prihvataju, nalaze na institucionalnom/domskom smještaju.⁵

Revidiranje EKU, koja kako je navedeno u njezinoj Preambuli „uzima u obzir“ i druge međunarodne dokumente koji uređuju usvojenje,⁶ imalo je za cilj postizanje

2 Haška konferencija o međunarodnom privatnom pravu, *Haška konvencija o zaštiti djece i suradnji u oblasti međunarodnog usvojenja (The Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption)*, 1993, <https://assets.hcch.net/docs/77e12f23-d3dc-4851-8f0b-050f71a16947.pdf>, pristup 12.10.2020. godine.

3 Od dokumenta koji u svojim odredbama, u manjoj ili većoj mjeri, sadrže navedena prava izdvajaju se: Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948), Deklaracija o pravima djeteta (1959), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1996), Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (1979), Konvencija o pravima djeteta (1989), Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950), Europska konvencija o usvojenju (2008), Haška Konvencija o zaštiti djece i suradnji u oblasti međunarodnog usvojenja (1993).

4 Vijeće Europe, *Europska Konvencija o usvojenju djece-revidirana (European Convention on the Adoption of Children-revised)*, CETS no.202, Strasbourg, 2008, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/202>, pristup: 12.10.2020. godine.

5 Miković, B. *Vaninstitucionalni oblici zaštite djece bez roditeljskog staranja sa posebnim osvrtom na praksu J.U. Kantonalnog centra za socijalni rad Sarajevo*, Naša škola br. 44/08, Sarajevo, 2008, str. 3-14, 11.

6 Međunarodni dokumenti, navedeni u Preambuli EKU, koji uređuju usvojenje su: UN Konvencija o pravima djeteta (1989.); Haška Konvencija o zaštiti djece i suradnji na području međunarodnog usvojenja (1993); Europska Konvencija o ostvarivanju prava djeteta (1996); Preporuka Vijeća Europe br.

većeg jedinstva/ujednačenosti među članicama u svrhu očuvanja i ostvarivanja ideala i principa koji su njihovo zajedničko nasljeđe. Ovo posebno što između država članica VE i dalje postoje različita shvatanja o principima koji bi trebali uređivati usvojenje, ali i razlike u postupku provođenja i pravnim posljedicama usvojenja. Stoga se u Preambuli ističe i to da bi se prihvatanjem zajedničkih revidiranih principa i prakse, uz vođenje računa o odgovarajućem razvitku u ovom području tijekom posljednjih decenija, pomoglo smanjenju teškoća uzrokovanih razlikama u nacionalnim zakonodavstvima, ali i promoviranju interesa usvojene djece. Na tragu navedenog, budući da su najbolji interesi djeteta zapravo okosnica usvojenja, u pravnoj literaturi pojedini autori⁷ postavljaju pitanje: da li je zasnivanjem usvojenja u svakom pojedinačnom slučaju moguće u potpunosti ispoštovati najbolje interese djeteta, marginalizirajući interese usvojioca ili ih stavljajući barem u podređeni položaj? Mogući odgovor na ovo pitanje implicira činjenicu da potencijalni usvojioci kao osnovni motiv za usvojenje djeteta imaju želju da budu roditelji, a ne da pomognu društvu u zbrinjavanju djeteta ili da zaštite dijete koje je bez roditeljskog staranja. S druge strane, najveći broj roditelja koji su usvojili dijete na isti način kao i biološki roditelji ispoljava nesebičnost, roditeljsku brigu i beskrajnu ljubav prema njemu. Međutim, samo usvojenje, odnosno mogućnost „izbora“ djeteta, osobni interesi usvojlaca i uvažavanje njihovih želja, npr. vezano za dob, spol, porijeklo, zdravstveni status djeteta itd., upućuje na prisustvo prevage interesa usvojioca nad interesima usvojenika/djeteta. Stoga se ovdje ponovo nameće pitanje: da li se primjenom instituta usvojenja kod sve djece koja su podobna za usvojenje uvijek i na prvom mjestu poštuju njihovi najbolji interesi ili je „upravo kod posvojenja kao pravnog instituta moguća prevalencija interesa odraslih nad djecom, pa zakonska rješenja i ona sadržana u međunarodnim ugovorima trebaju itekako respektirati potrebu zaštite (posvojene) djece.“⁸

Pitanje najboljih interesa djeteta postavlja se kod normiranja prava bioloških roditelja da ne otkriju svoj identitet, te prava djeteta da zna svoje porijeklo, na način kako je to u odredbama EKV sadržano (čl. 22. st. 3). Nepoštivanje najboljih interesa djeteta prisutno je u Porodičnom zakonu FBiH⁹ (dalje: PZ FBiH), npr. kroz normiranje da se potpuno usvojenje djeteta može zasnovati samo do njegove desete godine života, a nepotpuno do osamnaeste godine, čime se diskriminiraju sva djeca mlađa od osamnaest godina života koja su podobna za usvojenje. Drugim riječima, zakonsko normiranje prema kojemu sva djeca bez roditelja ili odgovarajućeg roditeljskog staranja nemaju jednake šanse da budu potpuno ili nepotpuno usvojena, budući da se oblik usvojenja veže za starosnu dob djeteta, predstavlja određeni oblik diskriminacije. Također, određena diskriminacija je prisutna i u zakonskom normiranju da je nepotpuno usvojenje, za razliku od potpunog usvojenja, raskidivo. Pri tome, i sama EKV, koja sukladno najboljim interesima djeteta, od kojih je jedan

1443 (2000) o „Međunarodnom usvojenju: poštivanju dječjih prava“; Bijela knjiga Vijeće Europe o načelima koja se tiču zasnivanja i pravnih učinaka roditeljstva (2006).

7 Hrabar, D. *Posvojenje na razmeđu interesa posvojitelja i posvojenika*, Zbornik PFZ 58(5), Zagreb, 2008, str. 1107-1139.

8 *Ibid*, 1108.

9 Porodični zakon FBiH, „Službene novine FBiH“ br. 35/05, 41/05 i 31/14.

od ključnih potpuna integracija djeteta u porodicu usvojlaca, normira mogućnost samo potpunog usvojenja koje se može opozvati i poništiti. Inače, sam postupak, ili bolje rečeno zakonom normirana procedura za zasnivanje usvojenja, čijim se okončanjem roditeljsko staranje zasniva pravnim aktom, odnosno donošenjem rješenja o zasnivanju usvojenja od strane nadležnog tijela, čini veoma osjetljivo područje. On je označen opredjeljenjem društva da zakonskim propisima odredi ko može usvojiti dijete i time postati njegov roditelj, kao i koje dijete je podobno za usvojenje, s tim da usvojenje mora biti u najboljim interesima djeteta. Ovdje, posebno kod male djece, koja zbog nedovoljne fizičke i psihičke razvijenosti sama ne mogu izraziti sopstveno mišljenje o pristanku na usvojenje, određenu prijetnju za mogućnost zloupotreba u pojedinim slučajevima predstavlja neminovnost da o njihovom usvojenju odlučuju odrasle osobe, odnosno profesionalci zaposleni u odgovarajućem upravnom tijelu.

Navedeno tim prije što je institut usvojenja, ne samo kao društveni nego i kao pravni odnos, podložan utjecaju različitih faktora tako da se njegovom realizacijom nerijetko čini da interesi usvojioca postaju gotovo dominantni. Na ovu mogućnost npr. upućuju kontinuirano prisutni zahtjevi većine potencijalnih usvojlaca u vezi sa spolom, porodičnom anamnezom, nacionalnom i vjerskom pripadnošću djeteta i slično. Njima profesionalci u nadležnim organima, pod izgovorom najboljih interesa djeteta, u određenim slučajevima popuštaju s uvjerenjem da je sigurnost stabilnog doma djeteta bitnija od zahtjeva usvojlaca da „biraju“ dijete koje će usvojiti.¹⁰

Razvoj instituta usvojenja, kao društvenog i pravnog odnosa, u BiH zavisno od vremenskog razdoblja, sveukupnog stanja i odnosa u društvu, ustrojstva i političkih prilika u zemlji, bio je u određenim periodima različit. U prilog tome govori i sadržaj PZ FBiH (2005) koji, iako gotovo u potpunosti usklađen s KPD i EKV (1967)¹¹, u oblasti usvojenja djelomično sadrži gotovo neizmijenjene odredbe Porodičnog zakona Socijalističke Republike BiH (1979), čije je donošenje bilo pod utjecajem tadašnjih društvenih i političkih prilika u zemlji. Stoga, EKV (revidirana), čiji je primarni cilj harmonizacija instituta usvojenja u okviru europskih država, predstavlja određeni izazov da se usporednopravnom analizom odgovarajućih odredaba o usvojenju u PZ FBiH i odredaba EKV utvrde prisutne razlike, a time i eventualna potreba za izmjenama PZ FBiH u svrhu njegove što veće usklađenosti s europskim porodičnim pravom.

10 Miković, B. *Analiza trenutne politike o djeci bez roditeljskog staranja u Federaciji Bosne i Hercegovine*, IRI, Sarajevo, 2014, str. 66.

11 Vijeće Europe, *Europska Konvencija o usvojenju djece (European Convention on the Adoption of Children)*, ETS no.058, Strasbourg, 1967, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/058.htm>, pristup: 12.10.2020.

Europska Konvencija o usvojenju djece usvojena je 24. aprila 1967. godine, a stupila je na snagu 26. aprila 1968.

2. Osvrt na Europsku konvenciju o usvojenju (revidiranu)

Europsku konvenciju o usvojenju (2008), koja revidira ranije donesenu Europsku konvenciju o usvojenju djece (1967), prema dostupnim podacima, zaključno sa 12.10.2020. godine ratificiralo je ukupno deset, a potpisalo osam država članica VE.¹² Stoga je za očekivati da su sve one, ili većina njih, u međuvremenu provele izmjene svog nacionalnog zakonodavstva i uskladile ga s odredbama ovog međunarodnog dokumenta. Na taj način su, pored izjednačavanja i homogenizacije instituta usvojenja, stvorene neophodne pretpostavke i za ujednačenje sudske prakse Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP), što je istovremeno jedna od intencija EKU. Zaključno opredjeljenje, posebno istaknuto u Preambuli, da kod usvojenja djeteta njegovi najbolji interesi moraju biti od najvećeg značaja, također, prožima cjelokupni sadržaj EKU, koji je u okviru 30 članova podijeljen u sljedeća tri dijela: Područje primjene Konvencije i primjena njezinih principa; Opći principi; Završne odredbe.

Budući da je EKU otvorena za potpisivanje državama članicama VE i državama članicama koje su učestvovala u njezinoj izradi, pri čemu, nakon stupanja na snagu EKU, Odbor ministara VE može, nakon konzultiranja sa strankama, pozvati bilo koju državu koja nije članica VE i nije učestvovala u njezinoj izradi da pristupi Konvenciji, može se zaključiti da u okviru kategorizacije EKU pripada konvenciji otvorenog tipa (čl. 24 . i 25). U istom kontekstu, EKU jasno propisuje i da svaka država može, bilo u trenutku potpisivanja ili deponiranja dokumenta o ratifikaciji, prihvaćanja, odobrenja ili pristupa, pobliže odrediti teritorij ili teritorije na kojima će se Konvencija primjenjivati (čl. 26). Uz navedeno, rezerve na EKU nisu dopuštene izuzev u tri slučaja, koji se odnose na odredbe: čl. 5. st. 1.b, čl. 7. st. 1.a.ii i 1.b, te čl. 22. st. 3 (čl. 27). Naime, član 5. vezan je za pristanak djeteta na usvojenje, gdje države same odlučuju od koje dobi je pristanak djeteta potreban, s tim da dob ne može biti viša od 14 godina. Druga mogućnost za isticanje rezerve, vezano za čl. 7, odnosi se na usvojenje djeteta od strane osoba koje su registrirale svoju zajednicu ako takav institut postoji (st. 1. a, ii), ali i od strane jedne osobe (st. 1. b). Treća mogućnost za isticanje rezerve odnosi se na čl. 22. st. 3, vezano za pravo usvojenika na pristup informacijama o svojem porijeklu, kojima raspolažu nadležna tijela.

Prezentirani sadržaj revidirane EKU jasno pokazuje da su sveprisutna društvena kretanja, praćena promjenama u oblasti nacionalnih pravnih sistema europskih zemalja, naročito nakon donošenja KPD, neminovno utjecala na izmjenu pravnog pristupa institutu usvojenja. Stoga je i razumljivo da su se pojedine odredbe ranije EKU (1967), u periodu više od četiri decenije njezinog važenja, pokazale prevaziđenima i ne uvijek sukladne s najboljim interesima djeteta. U prilog tome govori i donošenje više međunarodnih ugovora iz ove oblasti, od kojih su od naročite važnosti Europska konvencija o pravnom položaju vanbračne djece (1975)¹³ i

12 EKU (revidiranu) ratificirale su sljedeće države: Belgija, Danska, Finska, Njemačka, Malta, Nizozemska, Norveška, Rumunija, Španija i Ukrajina, a potpisale: Armenija, Mađarska, Island, Crna Gora, Sjeverna Makedonija, Portugal, Srbija i Ujedinjeno Kraljevstvo, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/202/signatures?p_auth=tPJgMbRe, pristup 12.10.2020. godine.

13 Vijeće Europe, *Europska konvencija o pravnom položaju vanbračne djece (European Convention*

HKMU (1993), koje su prethodile donošenju EKU. Važnost navedenih konvencija ogleda se u tome što prva ističe značaj roditeljskog pristanka za usvojenje djeteta, oca i majke, bez obzira da li je dijete rođeno u braku ili van braka, dok druga, pored određenih smjernica iz oblasti usvojenja djeteta, prvenstveno sadrži odredbe vezane za međunarodno usvojenje.

Činjenica da aktualno zakonodavstvo BiH u oblasti usvojenja, posebno PZ FBiH, u svojim odredbama najvećim dijelom implementira ljudska prava djeteta iz brojnih međunarodnih dokumenata, posebno KPD, može se smatrati jednim od razloga zbog kojeg sve do danas BiH nije potpisala revidiranu EKU. Stoga je moguće i zaključiti da između odredaba EKU i pravnih rješenja u PZ FBiH postoji određena podudarnost, gotovo proporcionalno ranije donesenim rješenjima u brojnim međunarodnim dokumentima, koja su također implementirana u odredbe EKU. S druge strane, prisustvo određenih razlika i neusuglašenosti, posebno u okviru sva tri aktualna porodična zakona u BiH, s odredbama EKU nameće potrebu za iznalaženjem najboljih pravnih rješenja za djecu koja su potencijalni usvojenici, iako pojedine odredbe EKU sadrže formulacije koje djelomično upućuju na mogućnost kršenja prava djeteta. S tim u vezi, ukoliko ratificira ovaj međunarodni ugovor BiH ima obavezu obavijestiti glavnog tajnika VE o poduzetim mjerama vezano za usklađenost zakonodavstva u oblasti usvojenja s odredbama EKU (čl. 2).

3. Određenje usvojenja i poštivanje najboljih interesa djeteta

Institut usvojenja u PZ FBiH određuje se kao poseban oblik porodično-pravne zaštite djece bez roditelja ili bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, kojim se zasniva roditeljski, odnosno srodnički odnos, pri čemu se usvojenje može zasnovati kao potpuno ili nepotpuno (čl. 91). U istom kontekstu, EKU naglašava da se ona „odnosi samo na one pravne institute usvojenja kojima se stvara trajni odnos roditelja i djeteta“ (čl. 1), pri čemu niti u jednom članu ne postoji zabrana nepotpunog usvojenja, koje je prema PZ FBiH raskidivo i ne utiče na prava i dužnosti usvojenika prema njegovim biološkim roditeljima i drugim srodnicima (čl. 117. st. 2). Na tragu navedenog, iako posljednjih godina u pravnoj teoriji pojedini autori zagovaraju „otvoreno usvojenje“, koje omogućava očuvanje odnosa između usvojenika i njegove biološke porodice,¹⁴ ostaje činjenica da je BiH u odnosu na zemlje u okruženju jedna od rijetkih čije porodično zakonodavstvo, u oba entiteta i Brčko Distriktu BiH, normira mogućnost nepotpunog usvojenja. S druge strane, zagovaranje tzv. otvorenog usvojenja je sukladno s općeprihvaćenim principima, porodični kontinuitet, bliskost i afirmacija/potvrđivanje, zaštite i brige o djeci bez roditeljskog staranja¹⁵ Stoga bi u BiH kod donošenja novog porodičnog zakonodavstva trebalo razmotriti potrebu (ne)

on the Legal Status of Children born out of Wedlock), ETS no.085, Strasbourg, 1975, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/085>, pristup 12.10.2020. godine.

14 Janjić-Komor, M. *Otvoreno usvojenje*, Pravni život br. 9, 1998, str. 664.

15 Hesse, S. *Porodični kontinuitet, bliskost i afirmacija kao principi politike dječjeg socijalnog staranja (razmatranja zasnovana na međunarodnim iskustvima u toku 20. stoljeća)*, u: Socijalni rad sa djecom u poslijeratnim uslovima – iskustva iz Federacije BiH, Univerzitet u Sarajevu, Fakultet političkih nauka i Centar za socijalna istraživanja - Odsjek za socijalni rad, Sarajevo, 1998, str. 19 – 36.

zadržavanja nepotpunog usvojenja djeteta, čije je zasnivanje u BiH, odnosno u FBiH prisutno u izrazito malom broju slučajeva.¹⁶ Pri tome, treba imati u vidu i činjenicu da bi zakonsko normiranje samo potpunog usvojenja otvorilo niz različitih pitanja, prvenstveno u dijelu „prevođenja“ ranije zasnovanih slučajeva nepotpunog usvojenja u potpuno usvojenje.

Poštivanje principa najboljih interesa djeteta, čiju primjenu izričito zahtijeva EKV, ključni je kriterij za zasnivanje usvojenja djeteta. Njime se, zapravo, određuje ishod usvojenja, a time i uspostava roditeljskopravnog odnosa na osnovu pravnog akta. Dominacija poštivanja najboljih interesa djeteta prisutna je ne samo kod utvrđivanja djetetove podobnosti za usvojenje nego i kod svih postupaka i procedura koje prethode zasnivanju usvojenja. Stoga je neobjašnjivo zbog čega se u pojedinim odredbama PZ FBiH izbjegava pojam „najbolji“ i izričito propisuje: „usvojenje se može zasnovati samo ako je u interesu usvojenika“ (čl. 93 st. 1); da se nepotpuno usvojenje može raskinuti ako se „utvrdi da to zahtijevaju opravdani interesi maloljetnog usvojenika“ (čl. 120); da će organ starateljstva dopustiti „uvid u spise predmeta maloljetnom usvojeniku ukoliko utvrdi da je to u njegovom interesu“ (čl. 112. st. 4). Razumijevanje navedenog usložnjava i to što PZ FBiH u odredbama koje se odnose na međunarodno usvojenje, odnosno na mogućnost da usvojioци budu strani državljani izričito normira da se usvojenje može zasnovati ako je „u najboljem interesu djeteta“ (čl. 95. st. 2). Ista formulacija, odnosno pravni standard sadržan je i u odredbama koje se odnose na probni/preadoptivni smještaj djeteta u porodicu potencijalnih usvojilaca, normiranjem da će dijete „biti pod osobnim nadzorom organa starateljstva kako bi se utvrdilo da li je usvojenje u njegovom najboljem interesu“ (čl. 110. st. 2).

Navedeno, odnosno u pojedinim odredbama izbjegavanje navođenja doslovne formulacije principa „najbolji interesi djeteta“ je u suprotnosti ne samo s odredbama EKV nego i KPD, koju je BiH ratificirala unazad gotovo 30 godina. Ovo posebno što se na taj način, npr. normiranjem da se usvojenje može zasnovati samo ako je u „interesu usvojenika“, ostavlja prostor za mogućnost manipulacija prvenstveno kod malog djeteta koje zbog nedovoljne fizičke i psihičke zrelosti nije u mogućnosti izraziti svoje mišljenje, o čemu je ranije govoreno. Stoga se i nameće potreba za kratkim osvrtom na samo određenje i sadržaj pojmova „interes“ i „najbolji interes“ i to isključivo u kontekstu poštivanja prava djeteta, sukladno odredbama KPD i EKV. To naročito što navedeni međunarodni dokumenti niti u jednom od svojih članova vezano za usvojenje djeteta ne sadrže pojam „interes“ nego isključivo pojam „najbolji interes/i“ koji je u KPD, u odnosu na ranije međunarodne dokumente, izveden na nivou jednog od četiri ključna principa. Njegova suština se sastoji u obavezi države i relevantnih institucija da u svim postupcima koji se tiču djeteta vode računa da su njegovi najbolji interesi od prvenstvenog značaja (čl. 3. st. 1). Države ugovornice se isto tako obavezuju i na pružanje odgovarajuće zaštite djetetu „koja je neophodna za njegovu dobrobit, uzimajući u obzir prava i obaveze njegovih roditelja, zakonskih

¹⁶ U 2018. godini, prema podacima Federalnog zavoda za statistiku od ukupno 31 usvojenog djeteta samo njih dvoje je nepotpuno usvojeno (Federalni zavod za statistiku, *Statistički bilten br. 295*, 2019, str. 62).

staratelja i drugih pojedinaca koji su pravno odgovorni za dijete...“ (čl. 3. st. 2). Međutim, u KPD, umjesto „prvenstveni“, „ključni“ značaj najboljih interesa djeteta priznat je samo u slučaju usvojenja (čl. 21), pri čemu, iako je ovaj princip osnovni standard, njegova definicija nije sadržana u KPD. Na tragu navedenog i analiza citiranih odredaba jasno pokazuje da se u njima ne propisuju način i pravila kako primijeniti princip najboljih interesa djeteta. One sadrže samo formulacija principa koji glasi: „najbolji interesi djeteta biće od prvenstvenog značaja.“ Na taj način se stvara prostor za različito razumijevanje ovog principa, među kojima je i sljedeće: „može reći da princip najboljih interesa deteta, kako je definisan Konvencijom ili Haškom konvencijom o međunarodnom usvojenju, ima dve klasične uloge – ulogu kontrole i ulogu pronalaženja rešenja. Prema kriterijumu kontrole, najbolji interes deteta se u ovom slučaju koristi da bi se utvrdilo da su prava i obaveze prema detetu pravilno sprovedene, dok kriterijum rešenja nameće obavezu utvrđivanja najboljih interesa deteta, čime su osobe koje donose odluke o detetu primorane da razmotre sva moguća rešenja za konkretan slučaj, i da izaberu i promovišu rešenje koje je u najboljem interesu deteta. Dakle, suština primene principa najboljih ineterasa deteta manifestuje se kroz potrebu da se utvrde jasna pravila za utvrđivanje tih interesa, ali ne i da se nude kao konačna rešenja za svaku sličnu situaciju. Svaka situacija za svako dete je različita, te se najbolji interesi uvek utvrđuju po principu visokog nivoa individualizacije.“¹⁷

Svjesnost o nedovoljnoj jasnoći principa najbolji interesi djeteta vjerovatno je bila jedan od razloga da je Odbor za prava djeteta usvojio Opći komentar br. 14 (2013) o pravu djeteta da njegovi ili njeni najbolji interesi moraju imati prednost (dalje: Komentar br. 14).¹⁸ Stoga, u ovom dokumentu Odbor na samom početku naglašava: „Cilj koncepta najboljeg interesa djeteta jest osigurati potpuno i djelotvorno uživanje svih prava utvrđenih u okviru Konvencije i cjelovit razvoj djeteta. Odbor je već istaknuo da ocjena odraslih o tome što je najbolji interes djeteta ne može poništiti obveze poštivanja svih prava djeteta u skladu s Konvencijom. Odbor podsjeća da ne postoji hijerarhija prava u okviru Konvencije; sva prava osigurana u Konvenciji utvrđena su u skladu s „najboljim interesom djeteta“ (toč. 4). U Komentaru br. 14 se, također, navodi da kod primjene standarda najbolji interes djeteta, kao osnovnog principa, svi nadležni organi, tijela i ostali koji donose odluke moraju se pridržavati i ostala tri principa: nediskriminacija (čl. 2), pravo na život, opstanak i razvoj (čl. 6), pravo na formiranje i slobodno izražavanje sopstvenog mišljenja djeteta (čl. 12).

Budući da se u PZ FBiH, kako je to ranije istaknuto umjesto pojma „najbolji interesi“ i to u kontekstu pravnog standarda, odnosno principa većinom koristi pojam „interes“, potreba za kraćom analizom posebno pojma „interes“ čini se neophodno. S tim u vezi, za razliku od pojma „najbolji interes“, čiji je sadržaj u kontekstu usvojenja naprijed analiziran, pojam „interes“ ima znatno šire značenje

17 Vučković Šahović, N.; Petrušić, N. *Prava deteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2016, str. 86 i 87.

18 Odbor za prava djeteta, *Opći komentar broj 14 o pravu djeteta da njegovi ili njeni najbolji ineterasi moraju imati prednost*, CRC/C/GC/14, 2013, <https://j4c.ba/wp-content/uploads/2018/02/Opći-komentar-14-najbolji-interes-djeteta.pdf>, pristup: 05.11.2020.

i upotrebu. U većini aspekata njegov sadržaj najčešće označava određene koristi koje donosi, odnosno njime se, najčešće, izražava ekonomsko-politička dimenzija. Također, nerijetko pojam „interes“ u nekim svojim aspektima prelazi u sferu moralnih vrijednosti. Stoga je logično da bi pod „interesom djeteta“ trebalo smatrati sve oblike standardiziranog načina održavanja života i ambijenta u kome se dijete kreće, realizaciju njegovog obrazovanja i participaciju u svim dobrima suvremenog društva. To bi značilo da su moderne forme naše civilizacije, npr. u aspektima obrazovanja i zdravlja, njegova normalna potreba i zakonska obaveza kako djetetovih roditelja tako i društvenih institucija. Zato su aspekti dobrobiti djeteta, pojam „dobrobit“ u KPD veže se uz princip najbolji interesi djeteta (v. čl. 3. st. 2) daleko sofisticiraniji i nadilaze segment sadržaja pojma „interes“. To posebno što je u našem jeziku pojam „dobrobit“ sinonim za pojam „sreća“, što bi se moglo poistovjetiti sa sintagmom „srećno djetinjstvo“ u čemu je suštinski sadržaj i smisao pojma „najbolji interesi djeteta“.¹⁹ Na tragu navedenog je i odredba EKU da zasnivanjem usvojenja djetetu treba osigurati „stabilan i skladan dom“ (čl. 4. st. 2), odnosno život u porodičnom okruženju s oba roditelja što je, također, ključna pretpostavka za srećno djetinjstvo i najbolji interes djeteta. Stoga EKU izričito obavezuje nadležno tijelo da ne odobri usvojenje „ako nije zadovoljen kriterij prema kojem usvojenje mora biti u najboljem interesu djeteta“ (čl. 4. st. 1). Navedeno normiranje, npr. daje mogućnost nadležnom tijelu da ne odobri usvojenje u slučaju kad dijete koje je sposobno formirati i izraziti svoje mišljenje ne pristaje na usvojenje.

Najbolje interese djeteta EKU u prvi plan stavlja i kroz odredbe o opozivu i poništenju usvojenja (čl. 14. st. 1). Jednom riječju, obaveznost poštivanja najboljih interesa djeteta u svakom pojedinačnom slučaju usvojenja proizlazi gotovo iz svakog člana EKU, s naglašenim ciljem da se decidnom formulacijom ovog principa u nacionalno zakonodavstvo izbjegne mogućnost eventualnog dvoumljenja i proizvoljnog tumačenja od strane nadležnog tijela kod donošenja odluke o zasnivanju ili opozivu, odnosno poništenju usvojenja. Ovakvo postupanje predstavlja obavezujući standard koji u PZ FBiH, odnosno u nekim od njegovih odredaba nije ispoštovan, s obzirom da se u njima, umjesto sintagme „najbolji interes“, koriste samo pojmovi „interes“ (bez „najboljeg“) i „opravdani interes“, umjesto „najbolji interes“.

4. Uvjeti za zasnivanje usvojenja

Jedna od ključnih karakteristika instituta usvojenja, kako je ranije istaknuto, je da se usvojenjem djeteta roditeljstvo stiče pravnim aktom, odnosno donošenjem rješenja o zasnivanju usvojenja od strane organa starateljstva. Stoga i postoji „mogućnost da društvo kanalizira izbor posvojitelja prema svojoj osnovnoj zamisli - kome omogućiti da posvoji dijete, te koju djecu smatrati podobnom za posvojenje.“²⁰ Navedeno „kanaliziranje“, koje se pretočeno u zakonske odredbe može nazvati uvjetima za zasnivanje usvojenja, u pravnoj teoriji se manje ili više određuje i

¹⁹ Miković, M. *Maloljetnička delinkvencija i socijalni rad*, Magistrat, Sarajevo 2004, str. 22.

²⁰ *Supra note* 7, Hrabar, 1109.

sistematizira na istovjetan način, vežući ove uvjete ne samo za dijete i usvojioca nego i za proceduralne postupke. Tako pojedini autori uvjete za zasnivanje usvojenja dijele na materijalne (koje osobe mogu biti usvojioci, koja djeca mogu biti usvojena i kakav odnos između njih mora, odnosno ne smije postojati) i formalne, kojima se propisuje postupak zasnivanja usvojenja.²¹

Na tragu navedenog, PZ FBiH u okviru materijalnih uvjeta, s obzirom na normiranu mogućnost dva oblika usvojenja, sadrži specifičnu podjelu na: zajedničke uvjete za potpuno i nepotpuno usvojenje, i posebne uvjete odvojeno za potpuno i nepotpuno usvojenje. Uz navedeno, u okviru formalnih uvjeta, zakon normira postupak zasnivanja usvojenja, tajnost, posljedice i raskid usvojenja. S tim u vezi, budući da ovaj rad sadrži usporednopravnu analizu odredaba PZ FBiH s odredbama EKV koja ne poznaje nepotpuno usvojenje u daljem nastavku ovom analizom biće obuhvaćene samo odredbe koje se u PZ FBiH odnose na potpuno usvojenje. To, pored ostalog, obuhvata zajedničke pretpostavke za zasnivanje (potpunog i nepotpunog) usvojenja, ali i posebne uvjete za potpuno usvojenje. Izuzetak je raskid usvojenja koji je prema PZ FBiH moguć samo kod nepotpunog usvojenja.

4.1. Zajednički uvjeti/pretpostavke za zasnivanje (potpunog i nepotpunog) usvojenja

U odredbama PZ FBiH koje se odnose na uvjete na strani usvojenika, odnosno na podobnost djeteta da bude usvojeno (pasivna adoptivna sposobnost), pored normiranja da se usvojenje zasniva samo ako je u interesu usvojenika, propisuje se obavezni protok vremena od rođenja djeteta do mogućnosti njegovog usvojenja. Sukladno tome: „1) Ne može se usvojiti dijete prije isteka tri mjeseca od njegovog rođenja. 2) Ne može se usvojiti dijete maloljetnih roditelja. Izuzetno, ovo se dijete može usvojiti po isteku jedne godine od njegovog rođenja ako nema izgleda da će se ono podizati u porodici roditelja, odnosno drugih bližih srodnika. 3) Dijete čiji su roditelji nepoznati može se usvojiti tek po isteku tri mjeseca od njegovog napuštanja“ (čl. 94). Također, navedeno normiranje pokazuje da zakonodavac ograničenjem mogućnosti zasnivanja usvojenja djeteta na protok vremena od najmanje tri mjeseca do najviše jedne godine od njegovog rođenja, zavisno od okolnosti u kojima je dijete rođeno, odnosno od iskazane (ne)brige roditelja i bližih srodnika o djetetu, u prvi plan stavlja najbolje interese djeteta. Uz navedeno, izričitim normiranjem da se dijete ne može usvojiti prije isteka tri mjeseca od njegovog rođenja PZ FBiH isključuje mogućnost prenatalnog usvojenja, odnosno usvojenja začeto/nerođenog djeteta. Drugim riječima, zakon za zasnivanje usvojenja zahtijeva da dijete biološki i pravno postoji, odnosno da je subjekt prava. Pri tome, zakon niti u jednom od svojih članova decidno ne propisuje da se usvojiti može samo maloljetno dijete, odnosno dijete mlađe od 18 godina života, iako to proizlazi iz više njegovih odredaba. Među njima su, npr. odredbe koje normiraju da se potpuno može usvojiti dijete do navršene 10. godine života, odnosno do navršene 18 godine kod nepotpunog usvojenja. Za

²¹ Ponjavić, Z.; Vlašković V. *Porodično pravo* (6. izmijenjeno i dopunjeno izdanje), JP „Službeni glasnik“, 2019, str. 240.

razliku od navedenog, EKU decidno propisuje da se ona „primjenjuje na usvojenje djeteta koje, u vrijeme podnošenja zahtjeva za usvojenje od strane usvojlaca, još nije navršilo 18 godina života, nije u braku niti je bilo u braku, nije bilo niti jeste u vanbračnoj zajednici, te nije postalo punoljetno“ (čl. 1. st. 1).

Uvjeti na strani potencijalnih usvojlaca (aktivna adoptivna sposobnost) u PZ FBiH, pored ostalog, vežu se za njihovu dob, odnosno donju i gornju granicu starosti i to u kombinaciji s dobnom razlikom između usvojlaca i usvojenika. S tim u vezi, u zakonu je propisano: „Usvojilac može biti samo osoba koja je u životnoj dobi od 25 do 45 godina i koja je starija od usvojenika najmanje 18 godina“ (96. st. 1). Ipak, navedena dobna razlika između usvojioca i usvojenika, sukladno najboljem interesu djeteta koji zahtijeva individualni pristup uz svestrano sagledavanje svih okolnosti konkretnog slučaja, prema istom zakonu, otklonjiva je adoptivna smetnja. Naime, ukoliko za to postoje osobno opravdani razlozi, PZ FBiH dopušta da „usvojilac može biti i osoba starija od 45 godina, ali dobna razlika između usvojioca i usvojenika ne smije biti veća od 45 godina“ (čl. 96. st. 3).

U istom kontekstu, EKU koja ne postavlja gornju dobnu granicu za usvojiocce propisuje da dijete može biti usvojeno samo ako je usvojilac navršio najnižu dob propisanu zakonom, koja ne smije biti manja od osamnaest ni viša od trideset godina, pri čemu: „Između usvojlaca i djeteta mora postojati prikladna dobna razlika, koja uzima u obzir najbolje interese djeteta, a poželjno je da razlika bude najmanje šesnaest godina“ (čl. 9. st. 1). Citirane odredbe, koje su sadržane u nacionalnim zakonodavstvima većine država članica, upućuju na zaključak da dobna razlika između usvojioca i usvojenika u PZ FBiH, koja može biti najviše 45 godina ako za to postoje osobno opravdani razlozi, bez određenja šta spada u „postojanje osobno opravdanih razloga“, daje mogućnost za donošenje odluke o zasnivanju usvojenja koja nije u najboljim interesima djeteta. To posebno što EKU insistiranjem da između usvojlaca i djeteta mora postojati prikladna dobna razlika, zapravo, podrazumijeva dobnu razliku primjerenu odnosu majka/otac djeteta, kako je to u većini bioloških porodica, a ne odnosu baka/djed unuča.²²

Pored odstupanja vezano za životnu dob usvojlaca, gdje postoji mogućnost nepoštivanja najboljih interesa djeteta, PZ FBiH normira još dva odstupanja, koja se, također, odnose na životnu dob usvojlaca, s tim da su ona nedvojbeno u najboljim interesima djeteta. To su: zajedničko usvojenje istog djeteta od strane usvojlaca, koji ga mogu usvojiti iako samo jedan od njih ispunjava uvjete vezane za životnu dob, od 25 do 45 godina, i najmanju razliku u godinama, 18 godina, između usvojioca i usvojenika (čl. 96. st. 1. i 2); usvojenje braće i sestara (punorodna ili polurodna) koji se mogu usvojiti pod uvjetom da je samo jedan od usvojioca u životnoj dobi od 25-45 i samo od jednog djeteta stariji od 18 godina (čl. 96. st. 4).

Na tragu navedenog su i odredbe EKU koja propisuje da se zakonom u najboljem interesu djeteta, ipak, može odstupiti od zahtjeva za najnižom životnom dobi ili najnižom dobnom razlikom između usvojioca i djeteta u dva slučaja: a) kada je usvojilac bračni partner ili registrirani partner djetetovog oca ili majke; ili b) zbog

²² *Supra* note 7, Hrabar, 1123.

izvanrednih okolnosti (v. čl. 9. st. 2). Pri tome, u obrazloženju EKU,²³ kao primjer „vanrednih okolnosti“ navodi se situacija kad su mlađi braća i sestre već usvojeni od strane usvojioca koji ne ispunjavaju kriterij dobne razlike u odnosu na starijeg brata ili sestru (toč. 52).

Budući da je poštivanje najboljih interesa djeteta ključni kriterij kod zasnivanja usvojenja razumljivo je da usvojlac, pored određenih godina života, mora imati odgovarajuća osobna svojstva koja garantiraju da će roditeljsko staranje vršiti na najbolji mogući način. Osobna svojstva potencijalnih usvojlaca PZ FBiH navodi taksativno u vidu odgovarajućih adoptivnih smetnji, normiranjem da dijete ne može usvojiti osoba: „a) kojoj je dok traje nesposobnost oduzeto roditeljsko staranje, b) kojoj je ograničena ili oduzeta poslovna sposobnost, c) koja ne pruža dovoljno jamstva da će pravilno ostvarivati roditeljsko staranje“ (čl. 97. st. 1). Dijete, također, ne može usvojiti ni osoba kod čijeg bračnog partnera postoji jedna od navedenih okolnosti (čl. 97. st. 2). Pobrojane adoptivne smetnje vezane za osobna svojstva usvojlaca normirane u PZ FBiH, kao i nemogućnost usvojenja srodnika po krvi u pravoj liniji, a ni brata, ni sestre (čl. 93. st. 2), u EKU na neki način indirektno su obuhvaćene obavezom nadležnog tijela da ne dopusti usvojenje sve dok nisu provedene potrebne provjere koje se odnose na usvojioca kao što je provjera njegove ličnosti, zdravlja i društvenog okruženja, sposobnost podizanja djeteta, motivi za usvojenje i slično (čl. 10).

Porodični zakon FBiH, pored izričitog normiranja: „Usvojlac može biti državljanin Bosne i Hercegovine“, propisuje da: „Usvojlac može biti i strani državljanin, ako je usvojenje u najboljem interesu djeteta i ako dijete ne može biti usvojeno u Bosni i Hercegovini“, uz uvjet da federalni organ nadležan za poslove socijalne zaštite da prethodno odobrenje (čl. 95). Citirane odredbe, koje jasno utvrđuju tri ključna kriterija za međunarodno usvojenje: najbolji interes djeteta; da dijete ne može biti usvojeno u zemlji porijekla; da je neophodno odobrenje od strane nadležnog federalnog organa, govore kako o njihovoj prilagođenosti odgovarajućim odredbama KPD u vezi s međunarodnim usvojenjem (čl. 21), tako i o njihovoj usklađenosti s odredbama HKMU, koja propisuje princip supsidijarnosti kada dijete usvajaju strani državljani (čl. 4. toč. b). S druge strane, najvjerojatnije zbog činjenice da je BiH tradicionalno država porijekla usvojenika, PZ FBiH ne propisuje mogućnost da državljani BiH usvoje dijete koje je iz druge države. U ovom kontekstu, EKU vjerojatno se oslanjajući na HKMU, koja posebno sadrži proceduralne ciljeve, odnosno predviđa upravni mehanizam za podjelu odgovornosti između države porijekla usvojenika i države njegovog prijema, prvenstveno se bavi onim oblicima usvojenja koji nisu obuhvaćeni HKMU. Stoga, EKU samo u nekoliko svojih odredaba ističe da države članice trebaju olakšati sticanje njihovog državljanstva djetetu koje su usvojili njihovi državljani tako da dijete zbog usvojenja ne smije ostati bez državljanstva, odnosno da gubitak ranijeg državljanstva treba biti uvjetovan posjedovanjem ili sticanjem drugog državljanstva (čl. 12). Uz

23 Council of Europe, Explanatory Report - [2008] COETSER 1 (27 November 2008) European Convention on the Adoption of Children (Revised), 2008, <http://www.worldlii.org/int/other/COETSER/2008/1.html>, pristup 18.05.2020. godine.

navedeno, EKU propisuje i obavezu neophodne suradnje između nadležnih tijela različitih država u smislu da država kojoj je dostavljen zahtjev za obavijestima u vezi s usvojenjem od strane druge države, treba „žurno nastojati osigurati pružanje zatražene obavijesti“ (čl. 15).

4.2. Posebni uvjeti za potpuno usvojenje

Potpuno usvojenje djeteta, koje je prema PZ FBiH jedan od dva oblika usvojenja, pored EKU, poznaje i većina nacionalnih zakonodavstava europskih država, polazeći od pravne pretpostavke da je u najboljem interesu djeteta da živi u potpunoj porodici, gdje roditeljska prava i dužnosti prema djetetu vrše oba roditelja. Na taj način, uz uspostavu potpune i trajne veze između usvojlaca i njihovih srodnika, ali i usvojenika i njegovih potomaka, dijete se u potpunosti integrira u novo porodično okruženje i stiče stabilan i siguran dom. U istom kontekstu, PZ FBiH, u pogledu bračnog statusa usvojlaca propisuje da dijete do 10. godine života potpuno mogu usvojiti „...bračni partneri zajednički, te maćeha ili očuh djeteta koje se usvaja“, kao i „vanbračni partneri koji žive najmanje pet godina u vanbračnoj zajednici...“ (čl. 102). Drugim riječima, prema odredbama PZ FBiH osobe koje nisu u braku ili koje žive u vanbračnoj zajednici manje od pet godina ne mogu usvojiti dijete. Navedenim se ni u kom slučaju ne polazi od pretpostavke da svaka porodica gdje su potencijalni usvojioci bračni partneri predstavlja sigurnije i stabilnije okruženje za dijete od porodične sredine gdje su potencijalni usvojioci vanbračni partneri. Ovakvo zakonsko rješenje, budući da je jedna od ključnih potreba djeteta život u stabilnom porodičnom okruženju s dvoje roditelja različitog spola, koji za dijete predstavljaju izvor i model identifikacije, zasnovano je na poštivanju principa najboljih interesa djeteta. Na istom tragu je i u zakonu izričito postavljanje uvjeta o vremenskom trajanju (najmanje 5 godina) vanbračne zajednice, s tim da se u praksi usvojenje djeteta od strane vanbračnih partnera realizira gotovo u iznimnim slučajevima, pri čemu je ključni kriterij najbolji interes djeteta. Isti pravni standard primjenjuje se i kod zasnivanja usvojenja od strane očuha ili maćeha, gdje dijete, zapravo, usvaja pojedinac, iako se usvojenjem djetetu obezbjeđuje dvoroditeljska porodica. Naime, usvojenjem djeteta od strane bračnog partnera njegovog roditelja, s jedne strane, daje se prednost „ustavnom principu o posebnoj zaštiti maloljetne djece i zahtjevu da usvojenje mora biti korisno za usvojenika“,²⁴ dok s druge strane, dijete (usvojenik) ne prekida odnose s drugim roditeljem, budući da je s njim pravno vezan. U vezi s navedenim ovdje se može postaviti i pitanje da li je sukladno najboljim interesima djeteta u važećim odredbama PZ FBiH trebalo napraviti izuzetak u pogledu dobne razlike između usvojioca i usvojenika, koja prema važećim odredbama ne smije biti veća od 45 godina u slučajevima usvojenja djeteta od strane maćeha ili očuha, budući da u stvarnosti postoje situacije da je dobna razlika između djeteta/usvojenika i usvojioca/očuha ili maćeha ali i njegovog biološkog roditelja koji je u braku s očuhom/ maćehom veća od 45 godina.

24 Bubić, S.; Traljić, N. *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 118.

U dijelu koji se odnosi na osobni status usvojlaca EKU otvara široke mogućnosti za države potpisnice koje imaju slobodu proširiti područje primjene ovog međunarodnog ugovora na istospolne parove koji su međusobno sklopili brak ili su registrirani partneri, kao i na parove suprotnog spola i istospolne parove koji žive zajedno u stabilnoj vezi (čl. 7. st. 2). Ovakvim rješenjem, prema obrazloženju uz EKU, izašlo se u susret europskim državama u kojima, sukladno nacionalnim zakonodavstvima, postoji mogućnost usvojenja djeteta od strane istospolnih partnera koji su u braku ili registriranom partnerstvu ili koji žive u neformalnim stabilnim vezama. Time se također izbjegava i mogućnost da ove države odbiju potpisati EKU, ukoliko ne bude sadržavala citirane odredbe. Uz navedeno, u obrazloženju uz EKU se ističe i da države ugovornice moraju bliže definirati sadržaj pravnog standarda „stabilna veza“ navođenjem kriterija za ocjenu takvog odnosa (v. toč. 45-48). S tim u vezi, u PZ FBiH, normiran poseban uvjet od najmanje pet godina života u vanbračnoj zajednici za vanbračne partnere koji žele usvojiti dijete, može se navesti kao jedan od kriterija za ocjenu „stabilne veze“, kako to zahtijeva EKU.

Također, pored mogućnosti usvojenja djeteta od strane istospolnih partnera koji su u braku ili registriranom partnerstvu ili u neformalnim stabilnim vezama u onim državama koje imaju takvu instituciju, EKU svakoj državi stranci ostavlja mogućnost da sama, sukladno sopstvenom zakonodavstvu, odluči o pitanju usvojenja djeteta od strane istospolnih partnera.

5. Pristanak na usvojenje

Najvjerojatnije zbog jednakopravnog postupanja prema svoj djeci, bez obzira da li su rođena u bračnoj ili vanbračnoj zajednici, a time nezavisno i od međusobnog pravnog odnosa roditelja, prema odredbama PZ FBiH, za usvojenje djeteta potreban je: „...pristanak oba roditelja ili jedinog roditelja djeteta, ako ovim zakonom nije drukčije određeno“, pri čemu: „Pristanak roditelja mora biti izričit u odnosu na vrstu usvojenja“ (čl. 98).

U istom kontekstu, EKU, također, ističe neophodnost pristanka bioloških roditelja na usvojenje i to majke i oca, s tim da je, ako dijete nema ni oca ni majku koji bi dali pristanak, potreban pristanak bilo koje osobe ili tijela ovlaštenog za davanje pristanka (čl. 5. st. 1. toč. a). Insistiranje na pobrojanim pristancima posebno je vidljivo kroz normiranje da usvojenje djeteta neće biti dopušteno ukoliko barem „oni nisu dati, te nisu povučeni“ (čl. 5. st. 1), čime se kroz pojam „barem“ otvara mogućnost da država članica može zakonom propisati i obavezu davanja pristanka za usvojenje od strane drugih osoba. To je prema PZ FBiH staratelj, čiji je pristanak za usvojenje djeteta pod starateljstvom potreban, osim ako pristanak daje maloljetni roditelj (čl. 100. st. 1). Uz navedeno, začuđujuće je da EKU u odredbama vezanim za davanje pristanka na usvojenje izričito ne navodi samohrane roditelje koji iz određenih razloga žele sopstveno dijete dati na usvojenje.

Insistiranje na standardu da je za usvojenje djeteta neophodan pristanak oba biološka roditelja, majke i oca, u PZ FBiH, upućuje na zaključak da će se, bez

obzira da li je otac djeteta u bračnoj ili vanbračnoj vezi sa njegovom majkom, te da li roditelji djeteta žive zajedno, u onim slučajevima gdje je od strane muškarca koji sebe smatra ocem djeteta pokrenut postupak za utvrđivanje očinstva postupak usvojenja prekinuti dok se ne utvrdi očinstvo. Jednom riječju, pristanak na usvojenje traži se od oba biološka roditelja, odnosno od onog/onih roditelja djeteta koji su upisani u rodni list djeteta. Uz navedeno, PZ FBiH predviđa i slučajeve gdje za usvojenje djeteta „nije potreban pristanak roditelja usvojenika: a) kome je oduzeto roditeljsko staranje; b) koji ne živi s djetetom, a tri mjeseca je u većoj mjeri zapustio staranje o djetetu; c) koji je maloljetan, a nije sposoban shvatiti značenje usvojenja; d) kome je ograničena ili oduzeta poslovna sposobnost; e) kome je boravište nepoznato najmanje šest mjeseci, a u tom periodu se ne brine za dijete“ (čl. 99). Ove odredbe, iako sukladne s odredbama EKU, koja zahtijeva da nacionalna zakonodavstva normiraju razloge zbog kojih pristanak roditelja nije neophodan (v. čl. 5. st. 3. i 4), u pojedinim slučajevima su u direktnoj suprotnosti s praksom ESLJP. Konkretno, to se odnosi na uskraćivanje prava roditelju kome je oduzeto roditeljsko staranje da odluči da li će sopstveno dijete dati na usvojenje, iako PZ FBiH dopušta odlukom suda vraćanje roditeljskog staranja kad prestanu razlozi zbog koji je ono oduzeto (čl. 154. st. 8). Naime, iako EKU dopušta da se u slučajevima, „ako je ocu ili majci oduzeto roditeljsko staranje, ili mu/joj je u najmanju ruku oduzeto pravo na davanje pristanka na usvojenje, zakonom može predvidjeti da nije nužno dobiti njegov ili njezin pristanak“ (čl. 5. st. 4), praksa ESLJP, s obzirom na zakonsku mogućnost vraćanja roditeljskog staranja, kroz više donesenih presuda ovakvo postupanje ne tolerira.²⁵

Pristanak djeteta za zasnivanje usvojenja u EKU, uvjetovan sposobnošću djeteta da razumije značenje usvojenja, usko je vezan s njegovom životnom dobi, gdje se kao gornja granica određuje 14 godina života uz mogućnost da države članice u svojem zakonodavstvu tu dob odrede same (čl. 5. st. 1 toč. b). Rješenje propisano u PZ FBiH, kojim se kao donja granica određuje 10 godina života djeteta, je skladno s navedenim odredbama EKU. Pri tome se u postupku zasnivanja usvojenja svako pojedinačno dijete pita za mišljenje, uz nastojanje da se koliko je to najviše moguće utvrde i ispoštuju njegove želje, sukladno odgovarajućem principu KPD (čl. 12). Također, EKU propisuje da se u onim slučajevima kad djetetov pristanak na usvojenje nije potreban, npr. zbog životne dobi koja je manja od dobi propisane zakonom, ili u slučajevima kad dijete s invaliditetom nije u mogućnosti valjano izraziti svoj pristanak, ukoliko je to moguće, s djetetom provede savjetovanje i uzmu u obzir njegovi stavovi i želje, sukladno s njegovom zrelosti. Od savjetovanja djeteta se može odustati ako bi ono bilo očito suprotno s njegovim najboljim interesima (čl. 6). U istom kontekstu, EKU propisuje i da osobama čiji se pristanak za usvojenje traži mora biti osigurano savjetovanje u mjeri koja se pokaže potrebnom, kao i da ih se sukladno zakonu mora informirati o posljedicama, odnosno pravnim učincima njihovog pristanka, posebno o tome da li će usvojenje dovesti do prestanka pravne

25 V. presudu ESLJP, *Predmet A.K. I L. protiv Hrvatske*, br. 37956/11, 2013, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22A.K.%20I%20L.%20protiv%20Hrvatske%22%22%22document-collectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-151115%22%22%7D>, pristup, 12.10.2020. godine.

veze između djeteta i njegove biološke porodice (čl. 5. st. 2).

Na tragu navedenog, PZ FBiH izričito obavezuje organ starateljstva da roditelja prije nego da pristanak na usvojenje upozna sa pravnim posljedicama njegovog pristanka, odnosno pravnim posljedicama usvojenja (čl. 108. st. 2). Također, u postupku zasnivanja usvojenja, organ starateljstva će, pored roditelja, upoznati usvojiocice i dijete starije od deset godina s pravnim posljedicama usvojenja (čl. 109. st. 2). Međutim, sukladno citiranim odredbama EKU može se zaključiti da se u PZ FBiH propisana obaveza organa starateljstva o upoznavanju, posebno biološkog roditelja s pravnim posljedicama njegovog pristanka na usvojenje djeteta, ne može prihvatiti kao zamjena za savjetovanje. Ovo posebno što EKU u naprijed citiranim odredbama pored izvještavanja/upoznavanja zahtijeva i savjetovanje osoba čiji je pristanak za usvojenje djeteta potreban. S tim u vezi, ove osobe, sukladno zakonu, treba izvijestiti/upoznati o pravnim činjenicama njihovog pristanka, posebno kod potpunog usvojenja budući da njegovim zasnivanjem između usvojioca i njegovih srodnika i usvojenika i njegovih potomaka nastaju odnosi koji su identični odnosima između krvnih srodnika. To znači da usvojenik prekida sve veze sa prirodnom porodicom, a da roditeljsko staranje potpuno prelazi na usvojiocice bez mogućnosti da se roditeljsko staranje bioloških roditelja aktivira. Za razliku od navedenog, savjetovanje je mnogo više od obaveze pukog upoznavanja s posljedicama pristanka na usvojenje. Ono zahtijeva stručni savjetodavni rad s osobom koja daje pristanak na usvojenje. Zapravo, radi se o jednoj vrsti terapijskog rada koji se odvija u „mjeri koja se pokaže potrebnom“, tako da je u njegovom provođenju neophodno uključivanje određenog profila stručnjaka koji raspolažu potrebnim znanjima i vještinama za rad s ovim osobama. Stoga je obavezu o provođenju savjetovanja roditelja čiji je pristanak na usvojenje djeteta potreban moguće razumjeti i kao zadnju šansu da se roditelj predomisli i nastavi se brinuti o sopstvenom djetetu. To posebno ako se ima mogućnost normirana u PZ FBiH da roditelj može odustati od pristanka na usvojenje u roku od 30 dana od davanja na pristanka na zapisnik (čl. 108. st. 4).

6. Postupak za zasnivanje usvojenja s posebnim osvrtom na pripremne radnje u postupku usvojenja

Postupak za zasnivanje usvojenja prema PZ FBiH pokreće se na zahtjev osobe koja želi usvojiti dijete, s tim da je za vođenje postupka, iz kojeg je isključena javnost, nadležan organ starateljstva (čl. 105), koji nakon njegova završetka donosi odluku o zasnivanju usvojenja. Ovakvo zakonsko rješenje je sukladno s odredbama EKU, koja propisuje da će usvojenje biti valjano samo ako ga odobri sud ili upravno tijelo (čl. 3), čime se želi spriječiti mogućnost usvojenja djeteta putem privatnih aranžmana, što bi kao posljedicu, pored isključenja bilo kakvog utjecaja države, moglo imati zasnivanje usvojenja koje nije u najboljim interesima djeteta. Istovremeno, prema Obrazloženju uz EKU, ovom odredbom ne sprječava se usporedno postojanje dva nadležna tijela: jednog, koje bi obavilo sve predradnje provjere vezane za ispunjenje pretpostavki za zasnivanje usvojenja i drugog, koje bi bilo nadležno za donošenje konačne odluke o usvojenju (toč. 25). Navedeni pristup, vjerojatno zasnovan na dugogodišnjem

pozitivnom iskustvu pojedinih europskih država, npr. Španije i Italije, gdje konačnu odluku o usvojenju na osnovu prijedloga upravnog tijela/organa donosi sud, upućuju na promišljanje o potrebi njegovog uvođenja i u (novi) PZ FBiH.²⁶

Neophodnost provedbe pripremnih radnji, odnosno prethodnog postupka, koji podrazumijeva obavezu nadležnog tijela za utvrđivanje odgovarajućih činjenica od kojih zavisi uspješnost usvojenja, propisuje i EKV na način da: „Nadležno tijelo neće dopustiti usvojenje sve dok nisu provedene potrebne provjere koje se odnose na usvojioca, dijete i djetetovu porodicu... takvi se podaci mogu prikupljati, obrađivati i koristiti isključivo u skladu s pravilima struke o povjerljivosti i zaštiti osobnih podataka“ (čl. 10. st. 1). Pri tome, u obrazloženju uz EKV ističe se i da provjeru treba prilagoditi svakom pojedinačnom slučaju, s tim da u slučaju usvojenja u porodici (npr. kada ujak usvaja nećaka koji je bez roditelja) ne treba provoditi sveobuhvatne provjere kao kod usvojenja od strane osobe koja ranije nije imala nikakvu vezu s djetetom (toč. 54). Sukladno navedenom, EKV propisuje da će se provjera, u mjeri koja je prikladna za svaki pojedini slučaj, koliko god je to moguće, baviti, inter alia, sljedećim pitanjima: „a) ličnošću, zdravljem i društvenim okruženjem usvojioca, pojedinostima o njegovom domu i domaćinstvu te njegovom sposobnošću da odgaja dijete; b) zašto usvojilac želi usvojiti dijete; c) kada samo jedan od dva partner, bilo da je riječ o bračnim ili vanbračnim partnerima, podnosi zahtjev za usvojenje djeteta, zašto se drugi partner nije pridružio zahtjevu; d) međusobnom podobnosti djeteta i usvojioca, kao i dužinom vremena koje je dijete provelo pod njegovom brigom/zaštitom; e) ličnošću, zdravljem i društvenim okruženjem djeteta, sukladno s ograničenjima koja su određena zakonom, njegovim porijeklom i građanskim statusom; f) etničkim, vjerskim i kulturnim porijeklom usvojioca i djeteta“ (čl. 10. st. 2. toč. a do f). Provjera podobnosti usvojilaca i djeteta je sukladna s odredbama HKMU koja nalaže da se uzme u obzir: „... djetetovo obrazovanje, kao i njegovo etničko, vjersko, i kulturološko porijeklo.“²⁷

Sva pobrojana pitanja su od iste važnosti pri čemu je, prema obrazloženju uz EKV, sintagma „koliko je god to moguće“, upotrijebljena da ukaže na to da svako od pitanja iz čl. 10. st. 2. nije obavezno u određenim slučajevima provjeravati, npr. kad dijete već živi s potencijalnim usvojiocima (toč. 56). Uz navedeno, EKV ističe i da sve potrebne provjere trebaju provoditi zakonom ovlaštena nadležna tijela ili osobe, prvenstveno „socijalni radnici i drugi stručnjaci koji su kvalificirani za to područje, zahvaljujući stručnom usavršavanju ili stečenom iskustvu (čl. 10. st. 3).

Većinu pitanja prethodne provjere koja su propisana u EKV, u BiH, odnosno FBiH sukladno zakonu provodi organ starateljstva. S tim u vezi, kao jedan od kriterija za utvrđivanje najboljih interesa djeteta, ali i utvrđivanje podobnosti potencijalnih usvojilaca PZ FBiH propisuje institut probnog (preadoptivnog) smještaja djeteta, koji je oblatoran i ograničen na šest mjeseci. Za vrijeme njegovog trajanja dijete smješteno u porodicu potencijalnih usvojilaca nalazi se „pod osobnim nadzorom organa starateljstva kako bi se utvrdilo da li je usvojenje u njegovom najboljem

26 Jakovac-Lozić, D. *U susret novoj Europskoj konvenciji o posvojenju djece*, Zbornik radova: Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse 5, 2007, str. 91-121, 101.

27 V. čl. 15. i čl. 16. st. 2. toč. b HKMU.

interesu“ (v. čl. 110). U ovom kontekstu, EKU pitanje probnog smještaja propisuje na način da se svakoj državi članici ostavlja sloboda procjene njegove primjene, s tim da je u slučaju obaveznosti, koja se propisuje nacionalnim zakonodavstvom, kod donošenja odluke o usvojenju najbolji interes djeteta odlučujući. EKU ne određuje dužinu vremenskog trajanja probnog smještaja, nego ističe da privremeni smještaj djeteta treba trajati dovoljno dugo da nadležnom tijelu omogući razumnu procjenu o budućim odnosima usvojlaca i usvojenika, ukoliko se usvojenje odobri (čl. 19).

Na tragu navedenog su i dosadašnja iskustva organa starateljstva u FBiH, prema kojima probni smještaj predstavlja provjeru ispravnosti njihovog mišljenja o podobnosti usvojlaca i usvojenika, a time i ključni kriterij za donošenje konačne odluke o zasnivanju usvojenju, sukladno najboljim interesima djeteta. Također, prema podacima dobijenim u neposrednim kontaktima sa socijalnim radnicima, dosadašnja iskustva pokazuju da na području FBiH ne postoji niti jedan slučaj da je probni smještaj djeteta završio neuspjehom. Međutim, teorijski gledano, ovdje postoji mogućnost da neko dijete, „ni krivo ni dužno“, prođe više probnih smještaja i time više puta bude izloženo proživljavanju iskustva napuštanja/ostavljanja, što može pogubno utjecati na njegov rast i razvoj. Tako da bi kod mogućih izmjena PZ FBiH vezano za institut usvojenja trebalo voditi računa i o navedenom.

U istom kontekstu, PZ FBiH ne propisuje obavezu primjene instituta probnog smještaja u slučajevima kad dijete usvajaju strani državljani, što, ipak, ne znači da prije zasnivanja usvojenja između potencijalnih usvojlaca i djeteta ne postoji određeni kontakt. Ovo naročito ako se ima u vidu dužina trajanja postupka zasnivanja usvojenja. Međutim, već sama činjenica da zakon ne normira utvrđivanje posebne podobnosti potencijalnih usvojlaca koji su strani državljani i djeteta u praksi može dovesti do određenih propusta nadležnih organa vezano za nivo kontakata potrebnih za donošenje odluke o usvojenju. Navedeno tim prije što prema odredbama HKMU odluku o podobnosti stranih državljana za usvojenje djeteta donosi centralni organ države porijekla tako što na osnovu odgovarajućeg izvještaja o budućim usvojiocima i usvojeniku odlučuje da li je određeno međunarodno usvojenje u najboljem interesu djeteta (čl. 16. toč. g). Stoga je za pretpostaviti da navedeno, kao i mogućnost više probnih smještaja za isto dijete u državama gdje je probni smještaj obavezan, djelimično čine razlog da EKU ne insistira na probnom smještaju, ali uz ostavljanje slobode državama članicama da same procijene potrebu njegove primjene. Ova pretpostavka posebno polazi od činjenice da je ranija EKU (1967) zasnivanje usvojenja uvjetovala probnim, odnosno preaditivnim smještajem djeteta u porodicu potencijalnih usvojlaca (v. čl. 17).

7. Učinci usvojenja

Ključni učinak potpunog usvojenja, prema PZ FBiH, pored integracije djeteta u novu porodicu, je da se njime između usvojioca i njegovih srodnika i usvojenika i njegovih potomaka zasniva neraskidiv odnos srodstva jednak krvnom srodstvu (čl. 113. st. 1). Također, potpunim usvojenjem prestaju međusobna prava i dužnosti usvojenika i njegovih krvnih srodnika, osim ako dijete usvoji maćeha ili očuh (čl.

114). U tom slučaju usvojenik ne prekida odnose sa svojom biološkom porodicom, odnosno ostaje u pravnoj vezi s biološkim roditeljem i njegovim srođnicima. „Istovremeno, kod potpunog usvojenja krvno srodstvo između usvojenika i njegovih srođnika gubi značaj pravne veze, ali ostaje društveno priznat odnos jer navedeni vid srodstva nastaje rođenjem djeteta i u tom smislu ne može prestati. Značaj krvnog srodstva kao društvenog odnosa iskazuje se kroz pravo usvojenika da zna svoje porijeklo.“²⁸

U dijelu koji se odnosi na učinke usvojenja EKU ističe da nakon usvojenja dijete postaje punopravni član porodice usvojlaca, te prema usvojiocima kao i prema njihovim porodicama ima ista prava i obaveze kao i biološka djeca usvojlaca. Usvojenjem, također, prestaje pravna veza između djeteta i njegovih bioloških roditelja, kao i porodice njegovog porijekla, izuzev u slučajevima usvojenja djeteta od strane očuha ili maćehe, odnosno bračnog partnera jednog od bioloških roditelja djeteta (čl. 11. st. 1. i 2).

Prema odredbama PZ FBiH, za razliku od roditeljskopravnog odnosa bioloških roditelja, „Osporavanje i utvrđivanje materinstva i očinstva nije dozvoljeno nakon zasnivanja potpunog usvojenja“ (čl. 116). Isto tako, budući da je potpuno usvojenje neraskidivo, u slučaju da odnos između usvojenika i usvojioca ne bude uspješan, „na roditeljsko staranje usvojioca primijenit će se mjere ograničenja, te oduzimanja staranja, koje se primjenjuje kad je u pitanju roditeljsko staranje prirodnih roditelja.“²⁹ Uz navedeno, PZ FBiH normira i da zasnivanjem potpunog usvojenja usvojenik, pored sporazumnog određenja njegovog imena od strane usvojlaca, dobija zajedničko prezime usvojlaca. U slučaju da usvojioci nemaju zajedničko prezime, a nisu uspjeli sporazumno odrediti prezime usvojeniku, o prezimenu usvojenika, ali i njegovom imenu, ako se o tome nisu uspjeli dogovoriti, odlučit će organ starateljstva (čl. 115).

U odredbama koje se odnose na prezime djeteta EKU ističe da države članice po pitanju prestanka pravne veze između djeteta i porodice iz koje ono potiče mogu napraviti iznimke, tako da dijete ne mora nužno steći prezime svojih usvojlaca (čl. 11. st. 3). Pri tome, u Obrazloženju uz EKU se navodi da se ovom odredbom omogućava državama članicama da osiguraju određene iznimke od načela prestanka pravnog odnosa između usvojenog djeteta i njegove porodice porijekla, budući da krvni odnosi između usvojenog djeteta i određenih članova porodice njegovog porijekla mogu predstavljati prepreku za sklapanje braka ili za zasnivanje registrirane zajednice (toč. 67). Ovakav pristup, najvjerojatnije, ima za cilj neki oblik prevencije kako bi se izbjegla mogućnost sklapanja braka, ili zasnivanja registriranog partnerstva s bliskim srođnikom, što bi dovelo do incestuoznog odnosa. S druge strane, prezentirana argumentacija je u direktnoj suprotnosti s pravom bioloških roditelja da ne otkriju svoj identitet, što EKU u svojim odredbama, također, dozvoljava, ukoliko je takva mogućnost propisana zakonom (v. čl. 22. st. 3).

Za razliku od navedenog, potpuno usvojenje prema PZ FBiH predstavlja

²⁸ *Supra note* 21, Ponjavić; Vlašković, str. 258.

²⁹ *Supra note* 24, Bubić; Traljić, str. 127.

smetnju za zaključenje punovažnog braka između usvojenika i njegovih potomaka koji ne mogu zaključiti brak s usvojiocem i njegovim srođnicima, u istom stepenu kao ni srođnici po krvi (čl. 12. st. 2). Usvojenik isto tako ne može zaključiti brak ni sa svojim biološkim srođnicima u pravoj liniji bez obzira na stepen i pobočnoj liniji zaključno sa četvrtim stepenom. Naime, iako su prestala prava i dužnosti prema biološkim srođnicima, ipak ostaje srođstvo kao biološka kategorija.³⁰ U vezi s prezentiranom analizom može se postaviti pitanje: kako i na koji način će odrasla osoba/usvojenik izbjeći mogućnost sklapanja braka koji bi bio zasnovan na incestuoznoj vezi s njegovim bliskim (biološkim) krvnim srođnikom ukoliko ne zna ko su njegovi biološki roditelji? Odgovor na postavljeno pitanje sukladno odredbama PZ FBiH nalazi se u propisanoj dužnosti usvojlaca da usvojeno dijete do njegove sedme godine, odnosno odmah nakon zasnivanja usvojenja ako je usvojeno starije dijete, upoznaju s istinom o usvojenju. Ovo tim prije što navedeno postupanje danas u velikom broju zemalja, sukladno odredbama KPD (čl. 7), predstavlja standard zaštite prava djeteta da zna ko su mu roditelji. Također, pored izričitog normiranja da su podaci o usvojenju službena tajna, PZ FBiH propisuje da će organ starateljstva uvid u spise predmeta o usvojenju dopustiti punoljetnom usvojeniku, usvojiocu i roditelju djeteta koji je dao pristanak na usvojenje, ali i malodobnom usvojeniku ukoliko utvrdi da je to u njegovom interesu (čl. 112. st. 2. i 3). S tim u vezi, ograničenje ili mogućnost uvida u spise predmeta o usvojenju od strane malodobnog usvojenika, procjenom organa starateljstva, zasnovana je na stvarnom stanju vezano za različite situacije i okolnosti čija spoznaja za maloljetnog usvojenika nije u njegovom najboljem interesu. To je, npr. mogućnost da dijete sazna neočekivanu i neprijatnu istinu da je začeto silovanjem majke, što može imati dalekosežne posljedice na njegov dalji razvoj.

U ostvarivanju prava usvojenog djeteta da zna podatke o svojem identitetu EKV propisuje da dijete treba imati pristup informacijama o biološkim roditeljima, odnosno o svojem porijeklu kojima raspolaže nadležno tijelo. Međutim, „kada djetetovi biološki roditelji imaju zakonom predviđeno pravo da ne otkriju svoj identitet, nadležno tijelo će, u mjeri predviđenoj zakonom, odlučiti hoće li to pravo uskratiti te otkriti informacije o identitetu, uzimajući u obzir okolnosti i odgovarajuća prava djeteta, i njegovih bioloških roditelja.“ Pri tome, „usvojeniku koji nije postao punoljetan može se osigurati odgovarajuće savjetovanje.“ Uz navedeno, EKV normira i da će se usvojiocu i usvojeniku „omogućiti pribavljanje izvoda iz službenih spisa koji potvrđuju datum i mjesto rođenja usvojenika, ali koji ne otkrivaju izričito činjenicu usvojenja ili identitet usvojenikovih bioloških roditelja (čl. 22. st. 3. i 4).

Analiza citiranih odredaba upućuje na zaključak da prema EKV pravo djeteta na saznanje vlastitog porijekla ne mora biti nužno apsolutno pravo. Stoga, kod njegovog ostvarivanja, treba pronaći način kako „pomiriti“ dva suprotstavljena prava: pravo bioloških roditelja da ostanu anonimni i pravo djeteta da sazna svoje porijeklo. Rješavanje ovog izrazito osjetljivog pitanja, u smislu procjene da li će djetetu uskratiti ili omogućiti saznanje o njegovom porijeklu, u slučaju kad su biološki roditelji koristili zakonom propisano pravo na neotkrivanje svog identiteta,

30 *Ibid.*

EKU povjerava nadležnom tijelu. Pri tome kao jedan od mogućih zaključaka nameće se to da su ova dva prava međusobno suprotna, pri čemu je prisustvo prevalencije interesa bioloških roditelja, nad interesima djeteta, u određenim slučajevima čini se evidentno. Na tragu navedenog su i odredbe čl. 7. KPD, prema kojima dijete ima pravo da „ukoliko je to moguće“ zna ko su mu roditelji, što znači da ovo pravo nije temeljno pravo djeteta. S tim u vezi, u pravnoj teoriji postoji mišljenje da bi prijevod sintagme „ukoliko je to moguće“ trebao biti „uvek kad je to moguće“, „jer bi to više odgovaralo izvornom značenju izraza na engleskom jeziku, koje implicira mnogo strožu i manje subjektivnu kvalifikaciju mogućnosti (za saznanja porekla).“³¹

8. Raskid usvojenja

Raskid usvojenja u PZ FBiH propisan je samo za nepotpuno usvojenje, s tim da je realizacija raskida povjerena organu starateljstva koji ga može raskinuti „po službenoj dužnosti ili na prijedlog usvojioca ako utvrdi da to zahtijevaju opravdani interesi maloljetnog usvojenika. O raskidu nepotpunog usvojenja organ starateljstva može odlučiti i na pojedinačan ili zajednički zahtjev usvojioca i punoljetnog usvojenika, ako utvrdi da za to postoje opravdani razlozi“ (čl. 120. i 121). Međutim, zakon ne određuje šta su „opravdani interesi maloljetnog usvojenika“, nego prepušta organu starateljstva da to utvrdi. Uz navedeno, PZ FBiH normira i dvije pravne posljedice nepotpunog usvojenja, vezano za prezime usvojenika i izdržavanje usvojenika i usvojlaca. Karakteristika prve posljedice je da: „U slučaju raskida usvojenja usvojenik može zadržati prezime usvojioca“ (čl. 123. st. 2), dok je u vezi s drugom posljedicom normirano da organ starateljstva može rješenjem o raskidu usvojenja obavezati usvojiocima da izdržavaju maloljetnog usvojenika, ukoliko maloljetni usvojenik nema krvne srodnike koji su ga prema zakonu dužni izdržavati ili ako oni nisu u stanju izdržavati ga. Zakon, također, propisuje i da organ starateljstva može, ako usvojlac nije sposoban za rad i nema dovoljno sredstava za život, rješenjem o raskidu usvojenja obavezati punoljetnog usvojenika da izdržava usvojioca, uzimajući u obzir i razloge koji su doveli do raskida usvojenja. Za oba slučaja, normirano je da se izdržavanje može odrediti povremeno, najdulje do godinu dana (čl. 122).

Mogućnost opoziva i poništenja usvojenja EKU propisuje na način da se zahtjev za poništenje usvojenja mora podnijeti u roku koji je propisan zakonom, s tim da je usvojenje moguće opozvati samo iz ozbiljnih razloga predviđenih zakonom, i to prije punoljetstva djeteta. Također, usvojenje se može opozvati ili poništiti samo odlukom nadležnog tijela, s tim da odlučujući kriterij mora biti najbolji interesi djeteta (čl. 14). Uz navedeno, u Obrazloženju uz EKU se posebno ističe da se države potpisnice ni na koji način ne obavezuju da mogućnost opoziva usvojenja trebaju propisati u svoje nacionalno zakonodavstvo, budući da se radi o veoma ozbiljnom pitanju koje zahtijeva izričita normiranja i garancije o njegovoj primjeni. Stoga, s ciljem sprječavanja mogućnosti poništenja usvojenja sa široko postavljenim uvjetima, EKU insistira na strogom određenju navedenih uvjeta u vezi sa zahtjevom za poništenja

31 Draškić, M. *Pravo deteta na saznanje porekla*, u: „Pravni kapaciteti Srbije za Evropske integracije“, Zbornik radova knjiga 4, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 37-50, 41.

usvojenja, uz slobode da države stranke same određuju druge uvjete (toč. 73. i 74).

Usporedna analiza odredaba o uvjetima i kriterijima za mogućnost opoziva, odnosno poništenja usvojenja u EKU, koja poznaje samo potpuno usvojenje, s odredbama o raskidu nepotpunog usvojenja u PZ FBiH pokazuje da ovaj zakon, jednako kao i EKU, propisuje da se usvojenje može raskinuti samo odlukom nadležnog tijela, ali i na zahtjev punoljetnog usvojenika, što nije normirano u odredbama EKU. Također, PZ FBiH kod raskida nepotpunog usvojenja u slučaju maloljetnog usvojenika, umjesto pravnog standarda najbolji interesi djeteta, koji je prema EKU odlučujući kriterij za opoziv ili poništenje usvojenja, koristi sintagma „opravdani interesi maloljetnog usvojenika“.

U usporedbi odredaba PZ FBiH s odredbama EKU nameće se i potreba osvrta na mogućnost naknadnog usvojenja koje ovaj međunarodni ugovor normira u svojim odredbama. Naime EKU, uz isticanje principa da se „zakonom neće dopustiti da jednom usvojeno dijete bude naknadno opet usvojeno“ (čl. 8), normira i mogućnost odstupanja „u slučaju jedne ili više sljedećih okolnosti“:

Prva, kada dijete usvaja bračni partner ili registrirani partner usvojioca (toč. a). U navedenim okolnostima je nedvojbeno, da se naknadno usvojenje djeteta od strane bračnog partnera odobrava u interesu uspostavljanja potpune porodice i u pravilu je u najboljem interesu djeteta.

Druga, kada je prethodni usvojlac umro (toč. b). U ovim okolnostima, usvojeno dijete ostaje bez roditeljskog staranja, tako da je ponovno usvojenje moguće, ako je to u najboljem interesu djeteta.

Treća, kad je usvojenje poništeno (toč. c).

Četvrta, kada je prethodno usvojenje prestalo ili samo što nije prestalo novim usvojenjem (toč. d).

Peta, kada naknadno usvojenje opravdavaju ozbiljni razlozi, a prethodno usvojenje se prema zakonu ne može raskinuti (toč. e).

Usporedna analiza navedenih odredaba čl. 8. EKU s odredbama PZ FBiH koji ne predviđa mogućnost naknadnog usvojenja, ali ni poništenje usvojenja, u dijelu koji se odnosi na mogućnost novog/kasnijeg usvojenja u slučaju kad je prethodno usvojenje prestalo, mogla bi se odnositi samo na raskid nepotpunog usvojenja u slučaju maloljetnog usvojenika. Budući da je prema PZ FBiH, potpuno usvojenje neraskidivo, postojanje ozbiljnih razloga, npr. ako se dijete ponovo napusti ili se loše liječi (Obrazloženje uz EKU, toč. 49), čini pretpostavku za izricanje mjere oduzimanja roditeljskog staranja usvojiocu, koje je stekao nakon pravomoćnosti rješenja o zasnivanju usvojenja. S druge strane, s obzirom na činjenicu da EKU ne dozvoljava rezervu u odnosu na čl. 8. u cjelini, naknadno usvojenje, sukladno toč. a) do d) ovog člana, ukoliko bi država BiH ratificirala ovaj međunarodni dokument, bilo bi moguće i u BiH.

9. Zaključak

Bosanskohercegovačkom porodičnopravnom zakonodavstvu, čiji je dio i PZ FBiH, neminovno predstoji harmonizacija s europskim porodičnopravnim standardima što uključuje i EKV, koja naročito u uvodnom dijelu sadrži sveobuhvatnija i suvremenim društvenim tokovima primjerenija rješenja od onih koje je sadržavala ranija EKV. U ovom kontekstu, posebno se izdvaja i ključno polazište EKV, najbolji interesi djeteta, prisutno i u ranije usvojenim međunarodnim dokumentima. Primjena navedenog principa u svakom pojedinačnom slučaju usvojenja predstavlja nit vodilju ovog međunarodnog ugovora, od odobrenja zasnivanja usvojenja od strane nadležnog tijela do mogućnosti njegovog opoziva i poništenja. Uz navedeno, jedno od polazišta EKV je i pravo djeteta na saznanje vlastitog porijekla, odnosno pravo djeteta da zna ko su mu roditelji, kako je to normirano i u odredbama KPD. Međutim, ovo pravo prema EKV ne mora biti nužno apsolutno pravo s obzirom na prisutna nastojanja da se dva različita prava „pomire“, odnosno da se pronade odgovarajuća ravnoteža između prava djeteta da sazna svoje porijeklo i prava bioloških roditelja da ostanu anonimni, što je zadatak nadležnog tijela.

Novinu u EKV, u odnosu na raniju EKV, čini i obaveznost oba roditelja na davanje pristanka za usvojenje djeteta, bez obzira na to da li su u braku ili vanbračnoj zajednici. Drugim riječima, sukladno praksi ESLJP, revidirana EKV, pored pristanka majke, zahtijeva i pristanak djetetovog oca nezavisno od toga da li je on u braku s majkom djeteta. Pri tome, ovaj međunarodni ugovor za zasnivanje usvojenja zahtijeva i pristanak djeteta, pri čemu kao gornju granicu navodi navršenih 14 godina života djeteta.

Pobrojana polazišta, koja na neki način predstavljaju ključne novine EKV u odnosu na prethodnu EKV, zajedno s drugim pitanjima i postupanjem koje generira usvojenje čine bit ovog međunarodnog ugovora. Stoga se čini da PZ FBiH, koji je gotovo u potpunosti usklađen s odredbama ranije EKV, ali i drugim međunarodnim dokumentima iz oblasti prava djeteta donesenim gotovo 40 godina prije njegovog usvajanja u dijelu koji se odnosi na institut usvojenja ne bi trebao pretrpjeti drastične izmjene, ukoliko bi BiH ratificirala EKV. Međutim, ovdje treba istaći da moguća ratifikacija, s obzirom na specifičnost bosanskohercegovačkog porodičnopravnog zakonodavstva, nepostojanje jedinstvenog porodičnog zakona na nacionalnom/državnom nivou, prethodno zahtijeva pažljivo promišljanje i određeni oprez.

Borjana Miković, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Political Science, University of Sarajevo

**THE EUROPEAN CONVENTION ON ADOPTION (REVISED)
AND THE FAMILY LAW OF THE FEDERATION OF
BOSIA AND HERZEGOVINA**

Summary: The European Convention on Adoption (2008), which revises the previous European Convention (1967), is one of the international documents that Bosnia and Herzegovina has not yet ratified. Through a comparative legal analysis of the relevant provisions in the Family Law of the Federation of B&H and the provisions of the European Convention on Adoption, this paper presents several issues from which a conclusion is drawn on the need to amend certain provisions of the Family Law of the Federation of B&H. The aim is to improve the institute of adoption and to reach a greater harmonization of the Federation of BiH law with European family law.

Keywords: European Convention on Adoption (revised), Family Law of the Federation of B&H, adoption, rights of the child, best interests of the child.

PREGLEDNI NAUČNI RAD

Dr. sc. Darja Softić Kadenić, docentica, LL.M. (Graz)

Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

NASLJEĐIVANJE I PLANIRANJE ZA SLUČAJ SMRTI PO MJERI SAVREMENE PORODICE

Sažetak: Intenzivna dinamika u razvoju porodičnih prilika i odnosa nije praćena jednakom dinamikom razvoja prava, ni porodičnog, a pogotovo ne nasljednog. Nasljedno pravo se čini prilično rezistentnim na promjene, te ga karakterizira tradicionalnost i kontinuitet što nameće pitanje da li je naše nasljedno pravo savremeno odnosno, odgovara li savremenoj porodici?

Jedno rješenje je mijenjati nasljedno pravo, drugo rješenje je potrebnu fleksibilnost stvoriti alternativnim mehanizmima izvan nasljednog prava kojima se mogu imitirati neka nasljednopravna dejstva, a koji se u literaturi nazivaju supstitutima testamenta ili paranasljednim instrumentima, kao i općenito razvijati svijest i mehanizme aktivnog planiranja imovinske sukcesije (*estate planning*). Sve češće ovaj pojam sveobuhvatnog i blagovremenog planiranja imovinske sukcesije obuhvata i tzv. *personal planning* – planiranje ličnih odnosa za slučaj starosti i planiranje smrti (*end of life planning*) kroz mehanizme anticipiranih naredbi.

Obje pomenute oblasti su u našem pravu nerazvijene i postoji veliki razvojni potencijal *de lege ferenda*. U ovom radu će se detaljnije sagledati odnos tradicionalnih normi nasljednog prava i njihova sposobnost da odgovore potrebama savremenog ostavioca i savremene porodice. Bit će predstavljeni izazovi i neki uobičajeni mehanizmi sveobuhvatnog planiranja imovinske sukcesije koji mogu služiti kao putokaz zakonodavcu u pogledu nekih budućih intervencija.

Ključne riječi: estate planning, personal planning, pravni poslovi mortis causa, anticipirano odlučivanje, nasljeđivanje digitalne imovine

1. Postavljanje problema: utemeljenost nasljednog prava na tradicionalnom konceptu porodice

Porodično i nasljedno pravo se često preklapaju i interferiraju. U obje oblasti se susreću imovina i porodica kao osnove ljudske egzistencije.¹ Smrt je ona ključna pravna činjenica koja dovodi do prestanka temeljnih porodično pravnih odosa i pokreće nasljednopravnu mašineriju. Tako, dok određeni segmenti porodičnih odnosa smrću prestaju u potpunosti, imovinskopravni aspekti se iz domena porodičnog premještaju u domen nasljednog prava.

Nasljedno pravo u Bosni i Hercegovini, a naročito pravila zakonskog nasljeđivanja, se temelje na tradicionalnoj porodičnoj strukturi. Materijalno nasljedno pravo koje je prvi put kodificirano 1955. godine za područje tadašnje FNRJ, oslanjalo se na švicarsko nasljedno pravo, koje opet potiče s početka 20. stoljeća. Ni kasnije izmjene nasljednog prava kod nas², uključujući najnovije reforme koje su rezultirale novim Zakonima o nasljeđivanju u oba entiteta i Brčko Distriktu, nisu bitno odstupile od originalnog teksta. U tom smislu se može reći da je naše nasljedno pravo u pogledu temeljnih principa, određivanja kruga nasljednika, naročito prva dva reda zakonskih nasljednika³, kao i nužnih nasljednika, pravila u vezi sa dozvoljenim sadržajem testamenta itd. staro preko 70, a vodeći se godinom usvajanja Švicarskog građanskog zakonika, moglo bi se reći čak i preko 100 godina.

Pri tome se koncept porodice, a zajedno s njim i struktura domaćinstva, proteklih nekoliko decenija intenzivno mijenja.⁴ Nuklearna porodica koju čine vjenčani heteroseksualni roditelji i njihovo zajedničko biološko potomstvo odavno više nije standard.⁵ Zaključuje se manje brakova, a zasniva više neformaliziranih faktičkih zajednica života. Veliki je broj samohranih roditelja. Raste i broj istospolnih zajednica u okviru koji se također može rađati biološko potomstvo. Koristi se institut surogat majčinstva, kontinuirano se razvijaju mogućnosti medicinski potpomognute oplodnje, rađaju se djeca začeta postmortalno⁶, nakon smrti jednog ili oba biološka roditelja.⁷ Pored usvojenja se niz parova ili porodica odlučuje za hraniteljstvo.

1 Vidi: Hlača, Nenad, Imovine i obitelj: osnove ljudske egzistencije, Zbornik radova šesti međunarodni skup, Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, Mostar 2018, str. 23 i dalje.

2 O razvoju nasljednog prava detaljnije vidi: Pvlakić M., Grundzüge des Erbrechts in Bosnien und Herzegowina, u: Welsch R. (Hrsg.) Erbrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa, Manz, Wien, 2009, str. 141 i dalje.

3 Značajan izuzetak čini uvrštavanje vanbračnog partnera u krug zakonskih nasljednika u FBiH i BD BiH.

4 Kao jedan od osnovnih razloga ističe globalizacija ljudskih prava, porast individualizma i autonomije volje pojedinca, što opet uveliko ovisi o i sigurnosti materijalne osnove pojedinca. Detaljnije vidi: Hlača N., op. cit., str. 26-29.

5 Courtney G. Joslin, "De Facto Parentage and the Modern Family," Family Advocate 40, no. 4 (Spring 2018): 31-35, Meg Nemeth Ledebuhr, "Parentage and the Modern Family: The Only Constant is Change," Family Advocate 40, no. 4 2018, str 12-15

6 Čak i ako sve navedene mogućnosti kod nas nisu pravno regulirane, ne treba zanemariti pojavu tzv. reproduktivnog turizma.

7 Detaljno vidi: Čolaković/Bevanda, Nasljednopravna dejstva postmortalne oplodnje, Zbornik radova:

Mnoštvo je tzv. *patchwork* porodica koju čine razvedeni partner(i) koji zasnivaju zajednicu života sa novim partnerom/icom i žive sa djecom iz ranijih brakova uz evtl. i zajedničku djecu, što dovodi do svojevrsne multiplikacije roditeljstva odnosno roditeljskih uloga kroz razilaženje biološkog, pravnog i socijalnog roditeljstva.⁸ Broj samohranih odnosno samačkih domaćinstava je veći nego ikad.

Prema studiji provedenoj 2016. godine u Sjedinjenim Američkim državama, identificirano je čak 10.276 različitih tipova domaćinstava,⁹ što svjedoči o enormnom pluralitetu oblika (zajedničkog) života i porodica. Statistički podaci dostupni na nivou BiH također pokazuju značajne izmjene u strukturi porodice i domaćinstva, o čemu će još biti riječi.

Evidentno je da pravila koje važe u pogledu zasnivanja životnog partnerstva¹⁰, srodstva ili roditeljskog odnosa u mnogim situacijama i izvođenje prava na nasljedstvo na temelju tih odnosa, u određenim slučajevima više nisu odgovarajuća. Odnosi naročite bliskosti i intimnosti koji su bili u fokusu zakonodavca kada je svojevremeno određivao krug zakonskih nasljednika više se ne ostvaruju samo u braku i među biološkim roditeljima i djecom i eventualno posredstvom potpunog usvojenja, nego se javlja i koncept izbrane porodice.¹¹ Mnoštvo faktičkih neformaliziranih odnosa pravno ne proizvodi nikakve posljedice, što otvara pitanja postojanja diskriminacije i općenito pitanja diskrepance između prava i pravičnosti.¹²

Naravno, za razliku od porodičnog prava, na području nasljednog prava sloboda testiranja igra ključnu ulogu u takvim situacijama i može, bar na prvi pogled, prevazići taj nedostatak. Međutim, sačinjenje testamenta neće uvijek biti dovoljno, kako zbog prava nužnih nasljednika, tako i zbog mogućnosti osporavanja od strane onih koji su tim testamentom zaobidjeni. Uz to, određeni efekti koje bi određeni ostavilac možda želio postići, ne mogu biti ostvareni (samo) posredstvom testamenta.

Promjene u strukturi savremene porodice, a što ima značajne reperkusije i na nasljednopravne odnose, izaziva i činjenica da moderno društvo kontinuirano stari. Ljudski životni vijek se globalno gledano značajno produžio.¹³ Duži životni vijek

Šesti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, Mostar 2018 str. 117. i dalje.

8 O multiplikaciji roditeljstva i socijalnom roditeljstvu vidi: Peukert et al., Soziale Elternschaft – ein konzeptuelles Stiefkind der Familiensoziologie, Neue Zeitschrift für Familienrecht (5)7, 2018, str. 322-326,

9 Magill R. Hugh, Estate Planning and Trust Management for a Brave New World: It's All in the Family... What's a Family?, ACTEC Law Journal Vol 44 (2019), str. 263, fn. 41.

10 Općenito o režimima partnerstva mimo braka vidi: Dutta Anatol, Parbeziehungsregime jenseits der Ehe, AcP, 2016, 609-673.

11 Termin chosen family upotrebljava se u američkoj antropološkoj literaturi. Prema Knauer, Nancy J., Gay and Lesbian elders: Estate planning and end of life decision making, Florida, Coastal Law Review, 12 (1), str. 173-174., fn 56.

12 Vidi: Ponjavić Z., Pravičnost u ostvarivanju imovinskih porodičnih prava, Zbornik radova, Šesti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, Mostar 2018, str. 9. i dalje.

13 Prema nekim istraživanjima se životni vijek od 1900. godine do danas uduplao i u svjetskom prosjeku iznosi 70 godina premda su razlike između pojedinih podneblja i država još uvijek velike. U Bosni i Hercegovini prosječni životni vijek iznosi 77,4 godine. Vidi: <https://ourworldindata.org/>

pojedince dovodi do toga da dejstva nasljednog prava i pravnih poslova *mortis causa* nastupaju u nekim kasnijim fazama života kako sa aspekta ostavioca, tako i sa aspekta njegovih nasljednika. To ima za posljedicu da su veće šanse da budući ostavilac doživi duboku starost sa svim eventualnim posljedicama koje takve pozne godine mogu imati po njegovo fizičko i mentalno zdravlje i kapacitete. Činjenica da u posljednjih nekoliko decenija u strukturi domaćinstava raste udio samačkih domaćinstava¹⁴ dodatno akcelira ovu problematiku jer upućuje na zaključak da se jedan značajan procenat starijih osoba eventualno neće moći osloniti na intergeneracijsku porodičnu podršku u starosti. Prema popisu iz 2013. godine skoro 45% domaćinstava u Bosni i Hercegovini čine samohrana domaćinstva (17,6%) i dvočlana domaćinstva u vidu parova (bračnih i vanbračnih) bez djece (27%), dok je taj udio početkom 60tih, 70tih i 80tih godina bio duplo manji (ukupno oko 20%).¹⁵ Naravno, ne može se zaključiti da svaki par koji živi u dvočlanom domaćinstvu nema djecu, jer djeca možda žive odvojeno, niti da osoba koja živi sama nema srodnike koji bi se eventualno mogli brinuti o njoj u starosti, ali kontinuirano opadanje nataliteta i velike migracije mlađeg stanovništva na našim prostorima su trend koji u ovom kontekstu zabrinjava.

Usljed ovih demografskih promjena se mijenja i uloga nasljednog prava i raste odnos napetosti između prava socijalne sigurnosti¹⁶ i nasljednog prava kao bitnog segmenta privatne skrbi – trećeg stuba socijalne sigurnosti. Kako raste životni vijek, sistem socijalnog osiguranja se suočava sa velikim izazovom, a time raste i uloga nasljeđivanja za osiguranje vlastite egzistencije u starosti.¹⁷ S druge strane, potreba privatne skrbi za finansijsku stabilnost u starosti bitno utiče na vrijednost imovine tj. buduće zaostavštine pojedinca. Sa rastućom potrebom za tuđom njegom i skrbi ujedno raste i potreba za upotrebom kako nasljednopravnih tako i paranasljednih mehanizama koji omogućavaju favoriziranje onog nasljednika ili pak trećeg lica, izvan kruga nasljednika, koje je spremno brinuti se o ostaviocu u starosti, što je naročito bitno pitanje kod starijih osoba koje žive same.

Još jedan aspekt starenja stanovništva se krije i u tome što duži životni vijek ostavioca koji ima svoje potomstvo automatski dovodi to toga da i njegova djeca nasljeđuju kasnije, kada u pravilu više ekonomski ne zavise od roditelja¹⁸ i kada

life-expectancy. Posjećeno: 26.08.2020.

14 Statistički podaci ovo jasno pokazuju.

15 Agencija za statistiku, Popis, Demografija 2018., Sarajevo, 2020., str. 23. Dostupno na internetu: http://bhas.gov.ba/data/Publikacije/Bilteni/2020/DEM_00_2018_TB_0_BS.pdf (posjećeno: septembar 2020.).

16 Fuchs Maximilian Erbrecht und Sozialrecht, u: Coester-Waltjen/Lipp/Waters (Hrsg.), Liber Amicorum Makoto Arai, Nomos, 2015., str. 298.

17 Prema nekim istraživanjima u Njemačkoj je samo u 18% slučajeva nasljedstvo u trenutku delacije ostavioca potrebno za vlastito održavanje. Fuchs, op. cit. str. 304-305. Za Bosnu i Hercegovinu ne postoje podaci, ali je moguće pretpostaviti da je ovaj postotak veći. I za Njemačku i za Bosnu i Hercegovinu je međutim izvjesno da će i nasljednici kojima nasljedstvo nije potrebno za trenutno održavanje možda biti potrebno za osiguranje održavanja u vlastitoj starosti.

18 U ovom kontekstu je interesantno istraživanje iz 2018. godine prema kojem je 20. godišnjak koji je živio 1900. godine imao manju šansu da ima živu majku od 20. godišnjaka koji živi 2018. godine da ima živu baku. Prema: Magill R. Hugh, Estate Planning and Trust Management for a Brave New World: It's All in the Family... What's a Family?, Actec Law Journal Vol. 44, 2019, str. 261 fn. 20.

su često već prevazišli one životne faze u kojim bi im finansijska injekcija u vidu nasljedstva možda najviše trebala – prilikom izbora vrste školovanja, zasnivanja porodice, rješavanja stambenog pitanja, pokretanja poslovne djelatnosti i drugih važnih životnih odluka i prekretnica, što otvara pitanje potrebe za mehanizmima kojima se ranije izazivaju neka nasljednopravna dejstva u vidu tzv. anticipiranog nasljeđivanja.

Činjenica da u momentu smrti ostavioca iza njega u pravilu ostaje odraslo i ekonomski samostalno potomstvo nameće i preispitivanje tzv. vertikalnog nasljednopravnog modela gdje se u fokusu nalazi odnos ostavioca i djece i ostalih potomaka i pomjeranje ka horizontalnom nasljeđivanju, prvenstveno u korist nadživjelog bračnog partnera, pri čemu bi se pod bračnim partnerom trebao podrazumijevati najširi pojam koji uključuje i vanbračne partnere, kao i partnere iz istospolne odnosno registrirane zajednice.¹⁹

Osim toga, potomstvo ostavioca koje je u zrelijim godinama može i želi aktivnije sudjelovati u odlukama vezanim za planiranje sukcesije, što možda nameće upotrebu nekog od višestраних (ugovornih) instrumenata planiranja imovinske sukcesije. Iako, načelno, takve težnje ne utiču direktno na slobodu testiranja, što duže ostavilac živi, to potencijalno postaje podložniji uticaju članova porodice ili trećih osoba. Sve to dovodi do promjene paradigme poznate kao „*father knows best*“²⁰, koja je odraz paternalističke porodice, a uz to pretpostavlja da je ostavilac taj koji najbolje poznaje prilike i okolnosti u svojoj porodici, svoj imovinski status itd., ka zajedničkom dijalogu i odlučivanju. Naravno, takvo učestvovanje članova porodice dodatno naglašava potrebu za osiguranjem stvarne i slobodne volje ostavioca. Ovaj proces eventualne interakcije, koji može naravno biti i konstruktivan, dodatno usložnjava i to što su velike društvene promjene uzrokovane političkim i ekonomskim faktorima ali i tehnološkom i digitalnom revolucijom dovele do dodatnog produbljavanja generacijskih jazova, pa sistem vrijednosti i želje predstavnika različitih generacija unutar porodice nije jednostavno pomiriti.

Razvoj tehnologije, digitalizacija i globalizacija kao uzajamno uslovljeni procesi su doveli i do velikih promjena u strukturi imovine pojedinca i njegove buduće zaostavštine. Tako, pored one realne raste udio finansijske imovine, a u posljednje vrijeme se sve više govori i o digitalnoj imovini, za čiji transfer nakon smrti trenutno ne posoje posebna pravila, pa i ovaj aspekt zahtjeva aktivno planiranje i djelovanje od strane budućeg ostavioca.

Intenzivna dinamika u razvoju porodičnih odnosa i prilika nije praćena jednakom dinamikom razvoja prava, ni porodičnog, a pogotovo ne nasljednog. Nasljedno pravo se čini prilično rezistentnim na promjene, te ga karakterizira tradicionalnost i kontinuitet. Nakon što je npr. u porodičnom pravu došlo do izjednačavanja bračne i vanbračne zajednice u pogledu njihovih imovinskopravnih dejstava, u FBiH je trebalo proći još devet godina da se vanbračni partner uvrsti na listu zakonskih

¹⁹ U BiH je početkom 2020. godine formirana radna grupa sa ciljem regulisanja istospolnih partnerstava i izrade teksta zakona o životnim zajednicama osoba istog spola. Detaljnije: Rozi izvještaj 2020, Godišnji izvještaj o stanju ljudskih prava LGBTI osoba u BiH, SOC, 2020., str. 42-43.

²⁰ Detaljnije vidi: Dutta A., Warum Erbrecht, Mohr Siebeck, Tuebingen, 2014 str. 11.

nasljednika, dok se to u RS do danas još uvijek nije desilo.²¹ Sve to nameće pitanje da li je naše nasljedno pravo savremeno²² odnosno, odgovara li savremenoj porodici? Uporednopravno posmatrano su izmjene porodičnog prava u posljednje vrijeme uglavnom obilježavane jačanjem autonomije volje i jačanjem samoodređenja pojedinca. Taj trend bi se prirodno trebao odraziti i na nasljedno pravo.

Jedno rješenje bilo bi mijenjati nasljedno pravo i svjedoci smo reformi nasljednog prava kako u regionu tako i šire, ali izmjene u pravilu nisu radikalne i ne mogu odgovoriti na sve novonastale izazove. Oklijevanje zakonodavca zapravo ni ne čudi. Vrlo je teško odmjeriti pravne kriterije temeljem kojih bi se karakterizirale i normirale neke nove forme zajedničkog života i bliskih odnosa, te njihove nasljednopravne posljedice, a da se pri tome ne otvore vrata zloupotrebama.

Drugo rješenje je potrebnu fleksibilnost postići otvaranjem mogućnosti stvaranja autonomnih pravila za transfer imovine *mortis causa*. To je donekle moguće u okviru sistema nasljednog prava, prvenstveno testamentom, a dodatne mogućnosti se otvaraju reguliranjem alternativnih mehanizama izvan nasljednog prava kojima se mogu imitirati neka nasljednopravna dejstva i koji se u literaturi nazivaju supstitutima testamenta ili paranasljednim instrumentima.²³ Uz to je paralelno neophodno i intenzivno razvijati svijest svih građana o potrebi aktivnog planiranja imovinske sukcesije (*estate planning*). Takav pristup podrazumijeva prihvatanje jednog šireg, funkcionalnog i više eklektičkog pojma nasljednog prava i nasljeđivanja. U tom smislu i termine koji se upotrebljavaju u ovom tekstu, poput ostavilac, nasljednik, zaostavština, i sl. treba uvijek razumijevati u takvom širem i funkcionalnom smislu.

Što je porodična struktura kompleksnija ili su naročito kompleksni odnosi unutar porodice, a i ukoliko je kompleksan sastav imovine, to se potrebijom čini inicijativa pojedinca i aktivni angažman u cilju pronalaska adekvatnog mehanizma koji će zadovoljiti involvirane interesne skupine. Zato ne čudi da planiranje imovinske sukcesije često igra daleko veću ulogu u faktičkim zajednicama, za koje ne postoji standardni zakonski režim, npr. u istospolnim zajednicama²⁴ nego

21 Ustavni sud BiH je u svojoj odluci AP 4027/13 već ukazao na diskriminatorni karakter odredbi zakona o nasljeđivanju u pogledu neuključivanja vanbračnog partnera u krug zakonskih nasljednika. O ovoj odluci detaljnije: Krešić B., Omerdić Dž, Izjednačavanje prava bračnih i vanbračnih partnera – analiza presude Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Zbornik radova, šesti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, 2018, str. 268-287.

22 Ovo se u pogledu njemačkog prava pitala i Anne Roethel 2010. godine u publikaciji *Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010*, Bd I: Gutachten Teil A: Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, C.H. Beck, 2010, povodom 68. njemačkog pravničkog dana.

23 Termin supstituti testamenta – will substitutes potiče iz SAD-a i instrumenata koji se koriste u cilju izbjegavanja prvenstveno formalnosti ostavinskog postupka (probate). Vidi Langbein John H., *The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, 1984, Faculty Scholarship Series 511, dostupno na: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/511 (septembar 2020). Iako su motivi za upotrebu dijela drugačiji u kontinentalnopravnim sistemima također raste trend izazivanja nasljednopravnih dejstava upotrebom alternativnih mehanizama transfera. U italijanskoj doktrini se razvio pogodan termin paranasljedni instituti. Vidi Christandl Gregor, *Will Substitutes in Italy*, u: Braun A., Roethel A., *Passing Wealth on death*, Hart publishing, Oxford and Portland Oregon, 2016., str. 132.

24 Knauer, Nancy J., *Gay and Lesbian elders: Estate planning and end of life decision making*, Florida, Coastal Law Review, 12 (1), str. 173.

u tradicionalnim porodicama sa tradicionalnom strukturom, gdje se na mehanizme planiranja imovinske sukcesije često gleda samo kao na instrumente očuvanja imovine i izbjegavanja poreza.

Sve češće pojam sveobuhvatnog i blagovremenog planiranja imovinske sukcesije obuhvata i tzv. *personal planning* – planiranje ličnih odnosa i stanja za slučaj starosti i usljed starenja kroz mehanizme preventivnog i anticipiranog odlučivanja. Misli se prevashodno na aranžmane koji će pojedincu u starosti i bolesti pomoći da održi kvalitet života na koji je navikao npr. da odluči o mjestu stanovanja u starosti, ali i na izradu preventivnih rješenja za situacije u kojim za života možda neće biti u stanju autonomno odlučivati. Dakle, pored planiranja za slučaj smrti, ova problematika obuhvata i planiranje životnog kraja (*end of life planning*) pa i same smrti, u smislu odlučivanja o poduzimanju određenih medicinskih zahvata i mjera održavanja u životu, te odlučivanja o drugim pitanjima za slučaj umanjena ili gubitka sposobnosti za rasuđivanje usljed duševnih smetnji ili drugih razloga. U angloameričkom pravu se za mehanizme koji se koriste u cilju anticipiranja nemogućnosti autonomnog odlučivanja, naročito u kontekstu medicinskih zahvata upotrebljava pojam „*living will*“ (testament za života).

Ovaj segment, pred pozadinom očekivanog dužeg životnog vijeka i iz toga proizlazeće vjerovatnoće da će budućem ostaviocu u posljednjoj fazi života trebati dodatna njega i skrb, sa aspekta budućeg ostavioca postaje zapravo još bitniji, jer se tiče direktno njega, njegove ličnosti, kvaliteta života i dostojanstva, a ne tek njegove zaostavštine nakon smrti.

Obje pomenute oblasti su u našem pravu nerazvijene i postoji veliki razvojni potencijal *de lege ferenda*. U nastavku će se detaljnije predstaviti pojam, ciljevi i neki uobičajeni mehanizmi sveobuhvatnog planiranja imovinske sukcesije koji mogu služiti kao putokaz zakonodavcu u pogledu nekih budućih intervencija, a sve to u cilju povećanja sposobnosti nasljednopravnog uređenja u širem smislu da odgovori potrebama savremenog ostavioca i savremene porodice.

2. Planiranje imovinske sukcesije – pojam i uobičajeni instrumenti

Planiranje imovinske sukcesije (*estate planning, Nachlassplanung*) je višeslojan i interdisciplinarni pojam koji obuhvata postupak blagovremenog, sveobuhvatnog i individualiziranog planiranja transfera stečene imovine sa (budućeg) ostavioca na njegove sukcesore, kako univerzalne, tako i singularne. Definicija koju sadrži slavni *Black's Law Dictionary* za pojam *estate planning* u slobodnom prevodu glasi: *estate planning* je primjena pravila nasljednog, porodičnog, stvarnog, obligacionog, poreskog prava i prava osiguranja, u cilju uređenja ličnih odnosa kako u nacionalnom, tako i u internacionalnom kontekstu, imajući u vidu mogućnost odlaska u penziju i izvjesnost smrti.²⁵ Mnogi autori, međutim, ističu da iscrpna i precizna definicija ovog pojma zapravo uopšte nije moguća, jer on uključuje svaki aranžman transfera imovine sa budućeg ostavioca na članove njegove porodice ili druge subjekte koji u

²⁵ Henry Campbell Black, Joseph R. Nolan, Michael J. Connolly, *Black's Law Dictionary*, 5th edition, 1979, str. 493.

datom konkretnom slučaju odgovara predstavama involviranih sudionika. Pri tome se radi o procesu koji treba biti podvrgnut kontinuiranoj kontroli, a odabrani mehanizam treba biti jednostavno prilagodljiv zbog čestih izmjena životnih okolnosti, kako na strani budućeg ostavioca, tako i njegovih eventualnih sukcesora.

Uporednopravno posmatrano u svrhe planiranja imovinske sukcesije na raspolaganju stoji široka paleta raznorodnih instrumenata i mehanizama kako unutar, tako i izvan nasljednopravnog sistema, koji se mogu koristiti alternativno ili u kombinaciji jedni s drugima - od posebnih vrsta testamentarnih raspolaganja poput supstitucija, imenovanja izvršioca testamenta, preko različitih ugovornih aranžmana poput nasljednopravnih ugovora, poklona za života i za slučaj smrti, životnog osiguranja, različitih vrsta punomoći koje djeluju (i) nakon smrti, ali i mehanizama kojima se postiže osamostaljenje ili makar segregacija imovine poput (privatne) fondacije i trusta. Mehanizmima izvan nasljednog prava se u određenim slučajevima u potpunosti zaobilaze kako materijalna, tako i procesna pravila nasljednog prava. Zbog efekata sličnih onim koji se postižu nasljednopravnim institutima, neki autori o supstitutima testamenta govore kao o „paranasljednim instrumentima“.²⁶ Termin supstituti testamenta u užem smislu (*pure will substitutes*) se koristi za opozive instrumente kojim se imovina prenosi sa pravnog prednika na sljednika nakon smrti pravnog prednika, kao što je slučaj i sa testamentom, ali i u širem smislu kod instrumenata kojim se prenos dešava već za života ili se radi o neopozivim pravnim poslovima (*imperfect will substitutes*). Ključno je da se transfer imovine dešava temeljem nekog drugog mehanizma, i ne dolazi do primjene nasljednopravne regulative.

Izbor će, osim, naravno, ograničenja koja nameće sam pravni sistem u kojem ostavilac živi i koji će biti mjerodavan za raspravljanje njegove zaostavštine, ovisiti o konkretnim ciljevima koje budućí ostavilac želi postići. Odabir adekvatnog mehanizma u pravilu pretpostavlja stručno savjetovanje. Posezanje za savjetom neutralnog stručnjaka se nameće i iz razloga što se radi o ličnim, često vrlo kompleksnim međuljudskim odnosima unutar porodice, gdje su svi sudionici duboko emocionalno involvirani i teško razmišljaju objektivno. Adekvatno planiranje podrazumijeva razmatranje implikacija mnoštva drugih grana prava poput porodičnog prava, poreskog prava, prava privrednih društava, međunarodnog privatnog prava, pravila izvršnog postupka, prava osiguranja, i sl., na imovinskopravne odnose (budućeg) ostavioca, što također utiče na konačni izbor najprikladnijeg instrumenta.

Neki mehanizmi omogućavaju anticipiranje odnosno prijevremeno izazivanje dejstava nasljednog prava još za života ostavioca, drugi omogućavaju sudjelovanje ostaviocu bliskih lica u planiranju tj. omogućuju višestrano i/ili zajedničko, pa i uzajamno uslovljeno planiranje transfera imovine, neki opet omogućavaju dugoročno vezivanje imovine²⁷ i njeno očuvanje i perpetuiranje kroz generacije. Istovremeno

26 Vidi: Gregor Christandl, Will Substitutes in Italy, u Braun/Roethel (ed.), *Passing Wealth on Death*, Oxford and Portland, Oregon, 2016, str. 132,

27 Radi se o prevodu termina *Vermögensbindung* (vezivanje imovine), odnosno *Nachlassbindung* (vezivanje zaostavštine) koji su u upotrebi u njemačkoj literaturi u ovom kontekstu – vidi umjesto mnogih: Martin/Pues, *Stiftungen – die dauerhafte Vermögensbindung*, Die Bank, Heft 1/2001, str. 20–24. U

takvi mehanizmi često ostaviocu omogućavaju pridržavanje svojevrsne kontrole nad zaostavštinom, a posredno i nad ponašanjem i nasljednika čak i nakon svoje smrti. Neki instrumenti opet imaju primarno zaštitni karakter u odnosu na pojedine kategorije nasljednika. Vrlo često jedan instrument može zadovoljiti više navedenih ciljeva.

Problematika upotrebe paranasljednih instrumenata kao svojevrsnih funkcionalnih ekvivalenata i alternativa nasljednopravnim institutima pri tome generira niz pitanja praktične prirode, poput pitanja da li se na te instrumente imaju supsidijarno primjenjivati pravila koja važe za testament, ili pitanje odnosa tih instrumenata i kogentnih pravila vezanih za zaštitu nužnih nasljednika, zaštitu povjerilaca, i sl., ali i teoretske prirode, jer ovi instituti uveliko dovode u pitanje nasljedno pravo kao takvo.²⁸ Veliki je izazov je harmonizirati dispozitivna pravila nasljednog prava i ona koja se odnose na druge funkcionalne ekvivalente.²⁹ Jedan od temeljnih izazova predstavlja uklapanje funkcionalnih ekvivalenata u postojeće dogmatske okvire kao i sagledavanje implikacija tih instrumenata na pravila nasljednog i drugih grana prava i pomirenje postojećih proturječnosti. Od uspjeha u savladavanju ovih izazova uveliko će ovisiti i generalno raspoloženje i odnos kako zakonodavne tako i sudske vlasti u odnosu na upotrebu paranasljednih instrumenata.

2.1. Supstituti testamenta

Odstupanje od pravila zakonskog nasljeđivanja sačinjenjem testamenta kao standardnim sredstvom voljnog raspolaganja imovinom za slučaj smrti, često neće biti dovoljno, jer zakonodavac ostaviocu prepušta slobodu testiranja uz pretpostavku da će tu slobodu vršiti obazrivo i savjesno, uzimajući u obzir interese najužih članova porodice, a ako to ne učini, onda kao korektiv na scenu stupaju norme nužnog nasljednog prava. U tom smislu se sloboda testiranja nerijetko svodi samo na ½ zaostavštine, jer ostatak pripada nužnim nasljednicima.³⁰ Uz to, činjenica da se testamenti vrlo često i uz to relativno uspješno osporavaju pred sudom³¹ može biti još jedan razlog za pribjegavanje alternativnom mehanizmu.

Posljednjih nekoliko decenija uočljiv je trend zaobilaženja sistema nasljednog prava u potpunosti. U američkom pravu se u kontekstu izbjegavanja primjene

nedostatku odgovarajuće domaće terminologije upotrebljavat ćemo izraz instrumenti dugoročnog vezi-
vanja imovine za mehanizme koji omogućavaju nastavak kontrole ostavioca nad zaostavštinom i nakon
smrti ograničavajući nasljednika u mogućnostima upravljanja i raspolaganja.

28 Braun Alexandra, Röthel Anne, Introduction, u: Braun/Roethel (eds), *Passing Wealth on Death*, str. 4-5.

29 Ovo je trend koji postoji u pravu SAD-a, vidi: Gallanis Thomas, *Will Supstitutes: A US Perspective*, u: Braun/Röthel, *Passing Wealth on Death*, str. 9.

30 Ukoliko npr. u Republici Srpskoj pored vanbračnog partnera koji nije zakonski nasljednik postoje
djeca ostavioca, ili nema potomstva ali su živi roditelji ostavioca, njihovi nužni nasljedni dijelovi će
iznositi pola zaostavštine i to njene obračunske vrijednosti. Isti slučaj će biti u FBiH ili BD BiH u slu-
čaju zajednica koje ne ispunjavaju neki od kriterija da bi bile priznate vanbračnom zajednicom.

31 Kod nas se često čuje mišljenje da testamenti „padaju na sudu“. Vidi npr. <http://mojabanjaluka.info/infograda/clanak/52948/testamenti-odlaze-u-zaborav-jer-lako-padaju-na-sudu> (posjećeno 15.6. 2020.)

nasljednopravnih pravila govori o tzv. supstitutima testamenta (*will substitutes*) koji su rasprostranjeni do te mjere da se čak propituje potreba za nasljednim pravom i njegova svrha u savremenom pravu.³² Pribjegavanje alternativama nasljednopravnim instrumentima je primjetno i u evropsko-kontinentalnim sistemima, premda su motivi dijelom drugačiji. Dok su se u SAD-u supstituti testamenta razvijali primarno kao sredstvo izbjegavanja kompliciranog, formaliziranog i zbog toga skupog i sporog ostavinskog postupka³³ (*probate*), u evropskokontinentalnim sistemima ta potreba nije izražena. To vrijedi bar za one pravne poretke u kojima, poput u našem, vrijedi načelo neposredne univerzalne sukcesije *mortis causa*, posredstvom kojeg nasljednici stiču vlasništvo nad zaostavštinom *ipso iure* u trenutku delacije, pa načelno ne postoji potreba za izbjegavanjem ostavinskog postupka. Ipak, i ovaj nominalno nesporni postupak u konkretnom slučaju može trajati dugo i rezultirati parnicom³⁴, zbog čega će i u našem pravu nekad biti potrebno takav scenarij izbjeći upotrebom nekog alternativnog mehanizma prenosa imovine, ako isti postoji. Razlozi za posezanjem za supstitutom testamenta će, neovisno o pravnom poretku, najgerenalnije posmatrano, s jedne strane ležati u nastojanju da se ostvari bilo finansijska korist, ili pak neka druga pogodnost nefinansijske prirode.³⁵ Nerijetko će se tražiti načini za izbjegavanje kogentnih pravila nasljednog prava, primarno onih vezanih za nužno nasljeđivanje. Naše nasljedno pravo je vrlo kruto u pogledu reguliranja razloga za iznasljeđenje. Pravila za iznasljeđenje su formulirana strogo i prilično nefleksibilno. Iako zakonodavac treba oprezno pristupiti formuliranju razloga za iznasljeđenje, jer mora voditi računa da ne otvori vrata suviše subjektivim, neopravdanim, hirovitim i nepromišljenim iznasljeđenjima, ipak bi trebalo de lege ferenda razmisliti o izmjenama formuliranja razloga za iznasljeđenje, naročito za isključenje iz nužnog nasljednog dijela. Prikladnom se čini formulacija koja polazi od nedostatska odnosna bliskosti između ostavitelja i nužnog nasljednika.³⁶ Tako želja da se određeni nasljednik ili nasljednici zaobiđu, može biti motiv za upotrebu nekog supstituta testamenta. Kao primjer mogu služiti partneri iz istospolne zajednice bez djece, čija je želja da nadživjeli partner/ica naslijedi prvoumrlog i koji ne žele da ih naslijede njihovi zakonski nasljednici, niti da oni dobiju nužni nasljedni dio, iako možda u konkretnom slučaju nisu ispunjeni propisani razlozi za njihovo isključenje. Uobičajeni supstituti testamenta su trust i privatna fondacija i različite police osiguranja, naročito životno osiguranje. Spektar raspoloživih instituta zavisi od konkretnog pravnog poretka.

Naše pravo u kontekstu supstituta testamenta ne nudi mnogo mogućnosti. U praksi se u ove svrhe najčešće (zlo)upotrebljava ugovor o doživotnom izdržavanju,

32 Dutta, Warum Erbrecht, Mohr Siebeck, Tuebingen, 2014.

33 Vidi: Langbein, The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession, Faculty Scholarship Series (1984), 511.

34 U tom smislu Dutta, Will- Substitutes in Germany, u: Braun/Roethel, Passing Wealth on Death, str. 185.

35 Ova osnovna dva motiva za upotrebu supstituta testamenta ističu Braun/Roethel, Exploring Means of Transferring Wealth on Death: A Comparative Perspective, u Braun/Roethel, (ed.), Passing Wealth on Death, Oxford and Portland, Oregon, 2016, : str. 341.

36 Ovakvu izmjenu razloga za isključenje u austrijskom pravu predlaže npr. Jud: Brigitta Jud, Reformbedarf im Erbrecht, Fischer-Czermak et al. (Hrsg.), ABGB 2011, str. 246-247.

koji ne bi trebao biti korišten u ovakve svrhe, jer to nije u skladu sa ciljem koji je zakonodavac imao u vidu normirajući ovaj ugovor. On je uz to u našoj praksi rasprostranjen mehanizam favoriziranja određenog nasljednika, jer se može zaključiti i među osobama koje su se dužne uzajamno izdržavati i jer se njegovim zaključenjem posredno izbjegava primjena pravila nužnog nasljeđivanja. Ugovor o doživotnom izdržavanju u nedostatku posebnih mehanizama planiranja za slučaj starosti ili bolesti, u našoj praksi ujedno i instrument koji nadomješta u određenoj mjeri tu prazninu. Ipak, s obzriom na veliki broj sporova koji proizlaze iz ovog ugovora, jasno je da ovaj ugovor ne može biti jedino raspoloživo rješenje.

Drugi mogući supstitut testamenta dostupan u našem pravu je životno osiguranje u okviru kojeg se kao korisnik kojem se ima isplatiti osigurana suma u slučaju smrti osiguranika imenuje željena osoba. Ipak, životno osiguranje u našem pravu nije mehanizam kojim se u potpunosti zaobilaze nasljednopravna pravila. Ako je korisnik osiguranja ujedno zakonski nasljednik ostavioca, isplaćeni iznos se tretira kao poklon i ulazi u obračunsku vrijednost zaostavštine.³⁷

2.2. Instrumenti dugoročnog vezivanja imovine

Nasljedno pravo ima izraženu distributivnu funkciju. Činjenica da se ostaviočeva zaostavština dijeli među njegovim nasljednicima odraz je centrifugalnog dejstva nasljednog prava, a naročito pravila zakonskog i nužnog nasljeđivanja. Zakonodavac svjesno cilja na to da se posredstvom pravila nasljeđivanja ali i kroz porez na nasljedstvo imovina pojedinca dijeli i preraspoređuje, i na taj način postiže ravnomjernija raspodjela imovine u društvu³⁸, a sprječava prekomjerna koncentracija imovine u rukama pojedinaca i s time povezana koncentracija moći.³⁹ Koliko god se ovakva ravnomjernija distribucija bogatstva u društvu činila potrebnom i smislenom, ovakvo podsticanje centrifugalnog dejstva nasljednog prava sprečava mogućnost stabilizacije imovine za koju je potrebno očuvanje njene cjeline odnosno sprečavanje njene podjele. Razbijanje određene imovine koja predstavlja funkcionalnu cjelinu, npr. u slučaju preduzeća, poljoprivrednog imanja, stambene nekretnine, vrijedne umjetnine ili sl. može imati značajne negativne društveno ekonomske posljedice. Instrumenti dugoročnog vezivanja imovine ciljaju na očuvanje imovine kao cjeline i očuvanje i uvećanje njene vrijednosti i to dugoročno, često kroz nekoliko generacija. Postavlja se pitanje i koliko je nasljedno pravo uopšte u stanju ostvariti pravedniju distribuciju imovine u društvu, jer se distribucija, ako se izuzme porez na nasljedstvo, u najboljem slučaju dešava samo unutar porodice, a ne u društvu kao cjelini.⁴⁰

U pravilu ostaviočevi sukcesori (nasljednici i legatari) postaju punopravni titulari dijelova zaostavštine sa svim vlasničkim ovlaštenjima, što znači da su u pravilu u mogućnosti da nasljeđenom imovinom bez ograničenja raspolazu pravnim

37 Član 34. ZN FBiH.

38 Dutta, Warum Erbrecht, str. 185.

39 Vidi i: Roethel Anne, Erbrecht, 18. Auflage, C.H. Beck, 2020, str. 3.

40 Do ovog zaključka nakon detaljne analize ovih pitanja dolazi Dutta, Warum Erbrecht, str. 185, 204-207.

poslovima *inter vivos* i *mortis causa*. Osim toga, ta imovina postaje dio imovinske nasljednika i time postaje dostupna njihovim povjericima⁴¹, što posljedično vodi podjeli zaostavštine. Ostavilac sklon svojevrsnom dinastijskom razmišljanju, koji želi očuvati imovinu kao cjelinu i kao takvu ju sačuvati unutar porodice, izbjeći njenu prodaju ili drugu vrstu podjele između nasljednika, te sporove i sukobe u vezi sa konkretnom raspodjelom imovine čija podjela nije tek tako moguća, će to željeti spriječiti. U praksi se upotreba instrumenata dugoročnog vezivanja imovine nameće kod zaostavštine znatnije vrijednosti i/ili kompleksnije strukture, kada je za njeno upravljanje potrebno određeno znanje i iskustvo, kada ostavilac želi obezbijediti i naknadne generacije ili privremeno favorizirati određenog nasljednika npr. nadživjelog (bračnog) partnera do kraja njegovog života, a tek kasnije nasljednopravni položaj dodijeliti nekim drugim nasljednicima, često svojim potomcima.

Uporednopravno se u svrhe dugoročnog vezivanja imovine u pravilu koriste mehanizmi prethodnog i naknadnog nasljeđivanja i imenovanje izvršioca testamenta – kao mehanizmi utemeljeni u nasljednom pravu. Još dugoročnije vezivanje se može postići upotrebom instituta izvan nasljednog prava i to primarno osnivanjem fondacije u privatne svrhe- što je mehanizam koji je sve više rasprostranjen u sistemima evropskokontinentalnog prava i trustom kao tipičnim angloameričkim institutom.

Naš zakonodavac očito funkciju distribucije imovine stavlja ispred funkcije stabilizacije imovine, jer ne regulira mehanizme dugoročnog vezivanja imovine, a neke izričito zabranjuje. Određeni, premda vrlo ograničeni efekti prethodnog i naknadnog nasljeđivanja se mogu postići i kod nas, upotrebom uslova i rokova kojim se mogu izazvati efekti sukcesivnog nasljeđivanja. Također je moguće imenovati izvršioca testamenta, ali je ovaj institut apsolutno podnormiran, tako da se u praksi ni blizu ne iscrpljuju mogućnosti koje on nudi.

2.3. Instrumenti anticipiranog nasljeđivanja

Postupak sukcesije ne mora biti pokrenut tek smrću, kao što to pretpostavljaju nasljednopravni instrumenti *mortis causa*. Nekad će bolje rješenje predstavljati instrumenti kojima se još za života budućeg ostavica stvara izvjesnost u pogledu imovinske sukcesije što nameće potrebu uvođenja i pojma tzv. anticipiranog nasljeđivanja (*vorweggenommene Erbfolge*).⁴² Tako će, recimo, za određeni broj budućih ostavilaca već prelaz sa radno aktivnog dijela života prema odlasku u mirovinu ili prestanku djelatnosti iz drugih razloga, predstavljati okidač za poduzimanje određenih koraka, naročito u slučaju poduzetnika odnosno vlasnika porodičnog preduzeća, poljoprivrednika ili drugih sličnih profila. Anticipirano

41 Vidi u ovom kontekstu: Kötz, Trust und Treuhand eine rechtsvergleichende Darstellung, Vandenhoeck & Ruprecht, 1963, str. 41.

42 Vidi općenito: Saurer, Gestaltung der vorweggenommenen Erbfolge (allgemeine Einführung) u: Gruber et al., Erbrecht und Vermögensnachfolge, str. 41 i dalje. Pojam anticipiranog nasljeđivanja obuhvata pravne poslove poput poklona, ugovora o raspodjeli imovine za života, ugovora o doživotnom izdržavanju, odricanje od nasljedstva sporazumom za ostavioce, ali i druge načine raspolaganja imovinom za života sa ili bez direktnih efekata nakon smrti.

nasljeđivanje je lakše vremenski planirati jer je momenat transfera imovine u rukama samih ugovornih strana što cjelokupni transfer čini predvidivim.

U većini slučajeva će zapravo najoptimalnije rješenje predstavljati kombinacija u okviru koje dio imovine raspoređuje za života, a dio na nasljednike prelazi nakon smrti ostavioca.

Instrumenti anticipiranog nasljeđivanja su često ujedno i višestrani instrumenti, ugovori za života, a ne jednostrana raspolaganja. Druga važna posljedica ugovornog karaktera ovih aranžmana jeste da su oni ujedno i neopozivi. U pravilu se raspoloživi mehanizmi temelje na osnovnom konceptu ugovora o poklonu sa određenim varijacijama npr. pridržavanja određenih prava poput prava doživotnog stanovanja ili slično. Klasični ugovor o poklonu je samo djelimično pogodan instrument anticipiranog nasljeđivanja zbog pravila u vezi sa uračunavanjem vrijednosti poklona u obračunsku vrijednost zaostavštine i rizika od eventualnog umanjenja ili vraćanja radi namirenja nužnih nasljednika. U našoj praksi se ugovor o poklonu često koristi. Sa aspekta planiranja imovinske sukcesije je prikladniji instrument ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine za života ostavioca koji je u našoj praksi daleko manje zastupljen. Prednost ovog ugovora u odnosu na klasični poklon jeste ta što njime obuhvaćena imovina ne ulazi u sastav zaostavštine i ne tretira se kao poklon u kontekstu prava nužnih nasljednika, osim kada njime nije obuhvaćen bračni partner.

Ugovori poput poklona za slučaj smrti i ugovora o nasljeđivanju nisu instrumenti anticipiranog nasljeđivanja, jer njihova dejstva nastupaju nakon smrti, ali ipak stvaraju izvjesnost već u momentu zaključenja zbog njihove načelne neopozivosti. Treba spomenuti i ugovor o doživotnom izdržavanju. Ovo nije nasljednopravni ugovor, ali i njegovim zaključenjem se stvara svojevrsna izvjesnost, barem u pogledu imovine koja je njime obuhvaćena, jer ona ne ulazi u sastav zaostavštine. On je mehanizam anticipiranog nasljeđivanja naročito u varijanti kada imovina vež u momentu zaključenja prelazi na davaoca izdržavanja, što je rjeđi slučaj u praksi.

Instituti privatne fondacije i trusta, kada se osnivaju već za života predstavljaju vrlo efikasne mehanizme anticipiranog nasljeđivanja, kada se među korisnicima fondacije odnosno beneficijarima trusta nalaze osobe koje bi ostavilac imenovao svojim nasljednicima.

2.3. Instrumenti planiranja imovinske sukcesije sa naglašenim zaštitnim karakterom

Ukoliko se među nasljednicima nalaze osobe koje zahtjevaju posebnu njegu i skrb, poput potomaka sa određenim invaliditetom, to može biti poseban izazov u pogledu planiranja imovinske sukcesije. Roditeljima djece sa posebnim potrebama veliku brigu predstavlja pitanje šta će biti sa njihovom djecom poslije smrti. I mimo ovih situacija neki ostavioci žele određene nasljednike zaštititi usljed njihove mladosti, neiskustva ili slično. Tada se nameću mehanizmi koji omogućavaju razdvajanje kontrole i upravljanja imovinom od uživanja koristi. Kao svojevrsnu zaštitu možemo posmatrati i namjeru ostavioca da favorizirata određenog nasljednika u odnosu na

druge nasljednike naspram kojih bi prema pravilima zakonskog nasljeđivanja imao jednak nasljednopravni položaj. Česta je želja bračnih partnera ili općenito partnera u nekoj drugoj vrsti zajednice, da se nadživjeli partner zaštiti, ostane živjeti u zajedničkom domu tako održi postojeći životni standard do kraja svoga života.

Instituti koji se mogu koristiti u svrhe zaštite su institut imenovanja izvršioca testamenta koji može upravljati zaostavštinom u korist nasljednika koji to samostalno nije u mogućnosti činiti.

Izrazit zaštitni potencijal imaju različite varijacije instituta trusta. Efekti favoriziranja određenog nasljednika ili određenih kategorija nasljednika mogu se postići i u okviru privatne fondacije. U našem pravu se favoriziranje, kako je već rečeno, primarno postiže zaključenjem ugovora o doživotnom izdržavanju. Između bračnih partnera to nije uvijek rješenje jer, kada su partneri približno istih godina nije moguće predvidjeti koji će nadživjeti onog drugog.

Tipične instrumente vezivanja imovine unutar nasljednog prava predstavlja institut prethodnog i naknadnog nasljeđivanja odnosno fideikomisarna supstitucija, te imenovanje izvršioca testamenta. U uporednom pravu, naročito u zemljama angloameričkog pravnog kruga se za ovakve svrhe nameću mehanizmi izvan nasljednog prava, ali koji su funkcionalno ekvivalentni osnovima pozivanja na nasljedstvo, prije svega testamentu. Od ovih funkcionalnih ekvivalenata na prvm mjestu stoji trust. Trust predstavlja mehanizam koji nudi rješenje za sve navedene situacije. On razdvajanjem upravljanja i raspolaganja imovinom od ovlaštenja na prihode i prinose od te imovine, omogućava zaštitu i očuvanje imovine kao cjeline, kao i njenih sticaoca koji su maloljetni ili iz drugih razloga, objektivno ili po mišljenju ostavioca, nesposobni da njome adekvatno upravljaju, a uz to omogućava i da više osoba uživa koristi paralelno ili sukcesivno, pa i tokom nekoliko generacija. On nadalje omogućava kako interno tako i eksterno upravljanje imovinom – tj. kako od strane jednog ili više nasljednika, tako i od strane lica koja ne spadaju u krug nasljednika. Posebne karakteristike *common law* trusta u vidu segregacije imovine trusta od ostale imovine *trusteeja*, njegovih fiducijarnih obaveza kao nosioca funkcije *trusteeja*, te ostala prava koja za beneficijare proizlaze iz njihovog *equitable interest*, dodatno osiguravaju da će želje ostavioca biti ostvarene na najefikasniji mogući način. Upravo se zato u *Common law* zemljama trustovi za života i testamentarni trustovi upotrebljavaju u velikoj mjeri kao alternativa nasljednopravnim mehanizmima i smatraju se instrumentom koji omogućava uspješno upravljanje i organiziranje sukcesije imovine unutar porodice.⁴³ Velika prednost trusta, pored činjenice što omogućava poštivanje i izvršenje ostaviočevih želja uz istovremeno vrlo jak i zaštićen pravni položaj beneficijara trusta, leži i u činjenici što fleksibilnost mehanizma trusta omogućava kombiniranje obezbjeđenja samog ostavioca u posljednjoj fazi njegovog života uz organiziranje sukcesije njegove imovine nakon njegove smrti. Sve to pri tome ne mora biti nužno u vidu dobroćinih raspolaganja, nego ostaviocu stoji na raspolaganju vrlo širok spektar mogućnosti određivanja sudbine njegove imovine uz istovremeno veliku dozu diskrecije i bez strogih zahtjeva u pogledu forme.

43 Langbein govori o trustu kao o “*characteristic device for organizing intergenerational wealth transmission*” Langbein, *The Secret Life of the Trust*, str. 165.

U pravilu navedeni kontinentalni instituti nemaju izraženu zaštitnu funkciju⁴⁴, a ako je i imaju, ona nije primarna, pa u te svrhe služe opći instituti poput zakonskog zastupanja odnosno starateljstva. Ovi instituti su pridržani za maloljetnike sa ili bez roditeljskog staranja te punoljetna lica koja nisu sposobna da se brinu o sebi i štite svoja prava, iz kojih razloga im je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost.

Uz pomoć trusta se mogu povući daleko istančanije razlike, pa upotreba zaštitnih trustova –*protective trusts* (vidi poglavlje II.B.3.2.1.) ne pretpostavlja nužno nedostatak odnosno ograničenje poslovne sposobnosti beneficijara trusta, nego omogućava osnivaču trusta njihovu upotrebu i u blažim slučajevima u kojima beneficijare po njegovom ličnom uvjerenju, a ne po zakonu, treba posebno zaštititi odnosno ograničiti njihovu mogućnost raspolaganja i uticanja na svoju imovinu. S druge strane, naravno, takva sloboda osnivača trusta ima i negativne strane, jer mu omogućava da u određenoj mjeri “upravlja” ili barem značajno utiče na neke odluke i postupke u životu beneficijara trusta, nerijetko i u slučajevima u kojima to nije objektivno opravdano, što za beneficijara može predstavljati nepravedno ograničenje koje nije u njegovom interesu.

3. Planiranje ličnih odnosa i stanja

Svako planiranje pretpostavlja svojevrсно gledanje u budućnost i anticipiranje. Kada se uz to potencijalno suočavamo sa opadanjem fizičkih i mentalnih kapaciteta usljed kojeg u budućnosti možda neće biti moguće odlučivati samostalno i racionalno, anticipiranje i donošenje određenih bitnih odluka unaprijed, dok je pojedinac još u „punoj snazi“ se čini smislenim. Ovakvi mehanizmi planiranja za slučaj starosti i bolesti nisu međutim samo poželjni, nego se Bosna i Hercegovina međunarodnim dokumentima obavezala predvidjeti takve mehanizme.

Problematika zaštite odraslih osoba sa duševnim smetnjama je posljednjih decenija vrlo aktuelna.⁴⁵ Unatoč globalnom trendu jačanja i širenja spektra ljudskih prava, kategorija osoba sa invaliditetom, pod koju potpadaju i lica sa duševnim smetnjama, još uvijek se suočava sa masivnim ograničavanjem ljudskih prava. Udio osoba sa duševnim smetnjama kao oblikom invaliditeta u starijoj populaciji pri tome je relativno velik. U kontekstu mehanizama blagovremenog planiranja i donošenja odluka unaprijed u fokusu su upravo stanja i bolesti koje nastupaju u poznijim godinama poput demencije, alzheimerove ili parkinsonove bolesti, iako, naravno, i niz drugih uzroka može dovesti do nastanka duševnih smetnji.

Odrasle osobe sa duševnim smetnjama kao oblikom invaliditeta su naročito

44 Zaštitnu funkciju treba prvenstveno vidjeti u ustanovi nužnog nasljeđivanja. Pravila o nužnom nasljeđivanju ciljaju na zaštitu najužih članova porodice ostavioca, i to neovisno, pa i suprotno od njegove volje. Trust omogućava efikasniju zaštitu u odnosu na pravila nužnog nasljeđivanja, ali je naravno određenje beneficijara predmet slobodne odluke osnivača trusta, te ne postoji nikakva garancija za određene osobe da će im u pripasti određeni dio zaostavštine.

45 Upravo je u okviru ovog skupa – Dani porodičnog prava 2016. godine intenzivno o ovome raspravljano i pisano. Zbornik radova: četvrti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, 2016. Nažalost u proteklih 4 godine nisu napravljeni značajniji pomaci.

ranjiva kategorija. Instituti koji su klasično predstavljali mehanizme zaštite osoba sa duševnim smetnjama -starateljstvo i zamjensko odlučivanje na kojem se ono bazira su oduvijek bili obilježeni svojevrsnim antagonizmom između skrbi i obespravljenja.

46

I u našem pravnom poretku stavljanju pod starateljstvom nužno prethodi postupak oduzimanja poslovne sposobnosti. To je, uz to, redovno praćeno izolacijom kroz praksu institucionalnog zbrinjavanja, čime su se te osobe od subjekata faktički pretvarale u objekte prava,⁴⁷ ili blaže rečeno, objekte pravne zaštite.⁴⁸ Šlagvorti na kojim se bazira novi pristup su inkluzija, samoodređenje, te individualiziran, diferenciran i fleksibilan pristup. Međunarodni dokumenti, od kojih je u ovom kontekstu najvažniji Konvencija UN o pravima osoba s invaliditetom⁴⁹ nalažu promjenu paradigme od ekskluzije i zamjenskog odlučivanja do inkluzije i asistencije odnosno podrške u odlučivanju. Konvencija određuje da se svakoj osobi kao sastavni dio njenih ljudskih prava – prava na jednakost pred zakonom, ljudskog dostojanstva i slobode ima priznati kako pravna tako i poslovna sposobnost.⁵⁰ Samoodređenje kao odraz autonomije su posljedica slobode i dostojanstva kao prava koja ne trebaju biti uskraćena ni jednom ljudskom biću. Bosna i Hercegovina je ovu konvenciju i njen Fakultativni protokol potpisala i ratificirala 2009. odnosno 2010. godine⁵¹ i ona je u našoj zemlji na snazi od 12.04.2010. Iz toga za Bosnu i Hercegovinu proizlazi obaveza temeljnih izmjena pravnog okvira zaštite osoba sa duševnim smetnjama, a na prvom mjestu izmjene porodičnog zakonodavstva u pogledu razloga i postupka za oduzimanje i ograničavanje poslovne sposobnosti.

Analiza cijelog kompleksa pitanja koji proizlazi iz ove konvencije bi prevazilazilo ciljeve ovog rada, a osim toga je o tome već pisano.⁵²

Ukoliko se radi o osobi kojoj nije oduzeta poslovna sposobnost, čini se da je manevarski prostor nešto širi, jer se tada osobi pravno ipak priznaje mogućnost voljnog odlučivanja. Ipak, svaki pravni posao koji bi ona poduzela može biti naknadno

46 Dose, Hans Joachim, Die Entwicklung des deutschen Betreuungs- und Unterbringungsrechts, u: *Betreuungsrecht im internationalen Kontext*, str. 20.

47 Ponjavić Zoran, Autonomija punoletnih lica (ne)sposobnih za rasuđivanje u ostvarivanju prava na zaštitu zdravlja, Zbornik radova, četvrti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, 2016, str. 218.

48 Habul Udžejna, Institucionalna zaštita osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost – nemogućnost ostvarivanja prava normiranih u UN Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom, Zbornik radova, četvrti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, 2016, str. 119.

49 Konvenciju UN o pravima osoba sa invaliditetom usvojila je Generalna skupština UNa 13.12.2006. godine.

50 Detaljnije vidi: Theresia Degener, *Erwachsenenschutz, Vormundschaft und Betreuung aus menschenrechtlicher Behinderungsperspektive*, u: Diekmann/Lipp/Winterstein (Hrsg.), *Betreuungsrecht im internationalen Kontext*, Bochum, 2017, str. 40.

51 Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori, broj 11/09.

52 Vidi npr., Bubić Suzana, Novi pristup uređenju statusa odraslih osoba sa duševnim smetnjama, u: Zbornik radova, četvrti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, 2016, str. 85 i dalje. Miković Borjana, Podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti umjesto zamjenskog odlučivanja, Zbornik radova, četvrti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, 2016 167 i dalje.

doveden u pitanje usljed eventualne nesposobnosti za rasuđivanje, zbog čega bi bilo neophodno utvrditi postojanje sposobnost za rasuđivanje od strane stručnog lica prije poduzimanja određenog pravnog posla. Potpuno je jasno da će, nakon što nastupe duševne smetnje koje utiču na sposobnost odlučivanja ili artikuliranja volje, od velike pomoći biti činjenica da je pogođena osoba u nekoj ranijoj fazi, u kojoj to oštećenje još nije postojalo, ili je bilo manje izraženo, formulirala te svoje želje u vidu tzv. anticipiranih direktiva ili naredbi.

Cilj ovog rada upravo leži na podizanju svijesti o potrebi i o potencijalnim mehanizmima aktivnog i individualiziranog planiranja i to kako imovinskih prilika za života, odnosno za slučaj smrti, tako i osobnih prilika i stanja za života. Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom državama potpisnicama nalaže uspostavljanje sistema asistiranog odlučivanja kroz, između ostalog, mehanizme anticipiranih direktiva.⁵³

Anticipirane direktive su mehanizmi kojima se unaprijed određuju načini ophođenja i rješavanja različitih budućih situacija koje se mogu ticati različitih oblasti života, za slučaj da osoba u trenutku kada se nađe u takvoj životnoj situaciji nije u mogućnosti samostalno donijeti odluku, što zbog oduzete poslovne sposobnosti ili pak zbog trenutne nemogućnosti rasuđivanja.

Anticipirane direktive se mogu odnositi na finansijska pitanja pojedinca i druga pitanja upravljanja i raspolaganja njegovom imovinom, na pitanja ličnih stanja i životnih uslova, poput pitanja gdje osoba želi odnosno ne želi živjeti u starosti, određivanja osobe staratelja od povjerenja, te na pitanja zdravlja i liječenja.⁵⁴

U uoprednom pravu se anticipirane direktive u pravilu svrstavaju u dvije skupine. Jednom vrstom se u vidu posebnih punomoći, tzv. trajnih ovlaštenja (*durable/lasting powers of attorney, Vorsorgevollmacht*) određuje osoba ili osobe koje će u slučaju nesposobnosti biti ovlaštene odlučivati o različitim pitanjima u ime vlastodavca. Drugom vrstom, tzv. anticipiranim naredbama, sačinitelj neposredno unaprijed odlučuje primarno o vrsti liječenja i medicinskih tretmana koje osoba želi odnosno ne želi (*living will, Patientenverfügung*).

U Bosni i Hercegovini nažalost još uvijek nisu stvoreni uslovi za implementaciju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom.⁵⁵

Dok ovakvo anticipirano odlučivanje formalnopravno još nije moguće u Bosni i Hercegovini, od velike je pomoći i blagovremeni i otvoreni razgovor sa osobama od povjerenja – članovima uže porodice, prijateljima, njegovateljima, o željama i predstavama u budućnosti, iako tako formulirane želje naravno nemaju obavezujući karakter, ali će osobama koje će eventualno biti pozvane da odluče u ime pacijenta, predstavljati određeni putokaz.

53 Sam koncept asistiranog odlučivanja je stariji od Konvencije UN o pravima osoba sa invaliditetom i bazira se na preporukama Vijeća Evrope, naročito Preporuke R (99) 4.

54 Hršić Dijana, Anticipirano odlučivanje pacijenta, Zagrebačka pravna revija, Vol 5., 1/2016, str. 14.

55 Tako i : Habul U., op. cit., 119.

4. Zaključak

„When planning for tomorrow, you can't expect to meet the challenges of today with yesterday's tools.“⁵⁶ Na brze i silovite promjene savremenog društva, porodice, životnog stila, pravo ne može blagovremeno odgovoriti i nužno je stvoriti nove adekvatnije alate, ali i naučiti postojeći okvir tumačiti u skladu sa novim okolnostima. Kvalitetan pravni okvir, čak i ako je donesen u nekom ranijem periodu i u drugim okolnostima, često omogućava adekvatnu primjenu i na novonastale odnose, adekvatnim tumačenjem, argumentima analogije i transfera normi, principa i vrijednosti.⁵⁷ Ovakva primjena prava pred njegove primjenjivače stavlja veliku odgovornost.

Uz izmjene u pristupu primjene i tumačenja pravnih normi, vrijeme je da se i na području Bosne i Hercegovine u oblastima porodičnog i nasljednog prava prihvate i implementiraju mehanizmi jačanja samoodređenja pojedinca. U ovom radu se predlaže da se ciljevi jačanja samoodređenja i autonomije te prilagođavanja novonastalim prilikama postignu prihvatanjem jednog funkcionalnog i više eklektičkog poimanja nasljednog prava, omogućavanjem i alternativnih mehanizama izazivanja nasljednopravnih dejstava. Uz to je potrebno educirati i pravničke krugove i općenito javnost o prednostima aktivnog planiranja kako za slučaj smrti, tako i za slučaj starosti i bolesti i o raspoloživim instrumentima koje u te svrhe postoje u našem pravnom poretku.

Negativna strana autonomne regulacije uvijek ostaje u vidu činjenice da takvo uređenje zahtijeva daleko veći angažman i pretpostavlja više prepreka u odnosu na optiranje za određeni zakonski režim.⁵⁸ Nerijetko to pretpostavlja i posezanje za stručnim savjetovanjem što je redovno povezano i sa određenim troškovima. Uporednopravno posmatrano prosječni postotak ostavilaca koji ostave testament je ispod 30%. Za Bosnu i Hercegovinu ne postoje pouzdani podaci, ali je taj postotak empirijski još značajno manji, što govori u korist potrebe za podizanjem svijesti o ovim pitanjima.

Viši nivo samoodređenja pojedinca, ne smije pri tome nipošto biti na uštrb sigurnosti i zaštite kako pravnog prometa općenito, tako i pojedinačnih sudionika. To za naš pravni poredak predstavlja veliki i ozbiljan izazov.

56 BMO Wealth institute, Estate planning in the 21. century, str. 3

57 Vidi: Würdinger Markus, Ähnlichkeitsargumente und Transferdenken im Erbrecht, JuS, 60. Jahrgang, 2/2020, str. 97-101.

58 Tako i Anatol Dutta: Paarbeziehungsregime jenseits der Ehe, AcP, 216 Heft 5 (2016), str 634.

ERBFOLGE UND NACHLASSPLANUNG FÜR DIE MODERNE FAMILIE

Zusammenfassung: Die intensive Dynamik in der Entwicklung von Familienverhältnissen wird nicht von der gleichen Dynamik der Rechtsentwicklung, weder der des Familien-, noch der des Erbrechts gefolgt. Unser Erbrecht zeigt sich ziemlich resistent gegenüber Veränderungen und es zeichnet sich durch Kontinuität und Tradition aus, was die Frage aufwirft wie zeitgemäß unser Erbrecht ist bzw. ob es noch der modernen Familie entspricht.

Eine Lösung würde darin liegen, das Erbrecht zu ändern, die andere darin, die nötige Flexibilität durch die Entwicklung alternativer Mechanismen außerhalb des Erbrechts, durch die manche erbrechtlichen Wirkungen nachgeahmt werden können und die in der Literatur als Testamentssubstitute oder paraerbrechtliche Institute bezeichnet werden und das allgemeine Bewusstsein über die Mechanismen aktiver Nachlassplanung zu stärken. Immer öfter beinhaltet der Begriff der Nachlassplanung auch die rechtzeitige Planung für das Alter und für den Lebensabend mit Hilfe von Vollmachten und Verfügungen.

Beide Bereiche sind in unserem Recht noch unterentwickelt und es besteht grosses Entwicklungspotenzial *de lege ferenda*. In der Nachfolgenden Arbeit wird das Verhältniss vom traditionellen Erbrecht und dessen Fähigkeit die Bedürfnisse der Nachfolge für zeitgemässe Familien zu erfüllen beleuchtet. Es werden die Herausforderungen und die verbreiteten Instrumente der Nachlassplanung dargestellt um dem Gesetzgeber und den Rechtsanwendern einige Richtlinien zu geben.

Dr. sc. Zlatko Brkić, docent
Pravni fakultet, Sveučilište u Mostaru

Dr. sc. Vesna Popović, docentica
Pravni fakultet, Sveučilište u Mostaru

PRAVA DJETETA U MEĐUNARODNOM PRAVU

Sažetak: Autori u ovome radu daju sustavan prikaz pravila suvremenog međunarodnog prava koja se odnose na prava djeteta. Radom su obuhvaćeni svi najvažniji međunarodni akti općeg i regionalnog karaktera koji danas obvezuju Bosnu i Hercegovinu. Njima se utvrđuju obvezujući standardi prava djeteta koje su države, pa tako i Bosna i Hercegovina, dužne poštivati. Poseban naglasak je stavljen na europsko pravo prava djeteta, koje se postupno i sve više integrira u pravni sustav zaštite ljudskih prava Bosne i Hercegovine. Poštivanje i zaštita prava djeteta, kao jedne od najugroženijih društvenih skupina, predstavlja jedan od ključnih preduvjeta napretka i razvoja svake države u moderno demokratsko i razvijeno društvo.

Ključne riječi: prava djeteta, međunarodni akti, međunarodno pravo, europsko pravo.

1. Uvod

Nakon Drugog svjetskog rata, koji je donio do tada neviđena stradanja ogromnoga broja ljudi, prije svega civila među kojima je bio i veliki broj djece, države vođene razlozima humanosti proglašavaju kao svoj temeljni cilj unapređivanje i promicanje ljudskih prava.¹ Dakle, tek u drugoj polovici XX stoljeća ljudska prava su doživjela procvat i potpuno međunarodnopravno priznanje. Iako su još uvijek pojedina područja života nedovoljno pravno regulirana, ipak su prava pojedinca i naroda dosegli takvu razinu kakve nije bilo u prošlosti, unatoč očitim kulturološkim, antropološkim, pravnim i drugim razlikama koji postoje između država svijeta. Obzirom na sve te razlike mnoga načela o čovjeku, a posebice ona o pravima djece, izdižu se iznad individualnih i regionalnih okvira, te postaju opća i apsolutna. Sadržaji svih dokumenata o ljudskim pravima koje ćemo nabrojiti i nisu ništa drugo nego slika društva kakvo se želi i zajednice kakva bi trebala postati. Ljudska prava su prava koja svi na svijetu imaju jednostavno zato što su ljudi, slijedeći određenje iz čl. 1. Opće deklaracija o ljudskim pravima da se sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima.

¹ Članak 1. Povelje Ujedinjenih naroda.

Pažnja međunarodne zajednice prvenstveno je usmjerena ka onim društvenim skupinama u kojima su osobe koje su nemoćne samostalno braniti svoja prava. Vrijednosti neke društvene zajednice očituju se upravo u tome kako se odnosi prema slabima i nemoćnima. Država ima obvezu da se uzdržava od kršenja ljudskih prava, da sprječava i kažnjava kršenje tih prava, te da stvori uvjete za njihovo uživanje. Ljudska prava su jamstvo da se institucije i postupci utvrđuju radi ljudi, a ne protiv ljudi.² Kako bi se zaštitila ljudska prava nastali su razni međunarodni akti, općeg i regionalnog karaktera. Usvojeno je mnogo međunarodnih deklaracija i konvencija o općim i pojedinačnim ljudskim pravima. Sve su one u određenoj mjeri zanimljive i s gledišta zaštite djece i njihovih prava.

Prava djeteta su se, kao sastavni dio međunarodnog sustava ljudskih prava, također počela ubrzano razvijati u drugoj polovici XX. stoljeća. Tek je suvremeni razvoj ljudskih prava doveo pitanje prava djeteta, kao posebno osjetljive i neobično važne društvene skupine, u središte zanimanja međunarodnog prava. Djeci, kao posebno osjetljivoj i iznimno važnoj društvenoj skupini, potrebno je osigurati posebnu zaštitu u društvu. Upravo iz ovih posebnih potreba djece nastala su i priznata prava djeteta kao jedna od podvrsta ljudskih prava u cilju njihove zaštite tijekom odrastanja i sazrijevanja, odnosno do njihovih navršenih osamnaest godina života. Djeca su u svome odrastanju danas izložena mnogim prijetnjama za koje moderno društvo pokušava pronaći učinkovita rješenja. To su prije svega nemogućnost pristupa obrazovanju i zdravlju, kao i socijalnoj skrbi, izloženost dječjem radu, nasilju, seksualnom zlostavljanju, bolestima, oružanim sukobima, diskriminaciji, marginalizaciji i isključenosti.³

Osiguranje neophodnih uvjeta za puni razvoj svakog djeteta i njegove pune osobnosti postalo je ključni temelj razvoja svakoga pojedinaca u slobodnu, zrelu, vrijednu i odgovornu osobu bez čega danas nije uopće moguća izgradnja jednog slobodnog i demokratskog društva.

Prvi opći, univerzalni, međunarodni dokument o ljudskim pravima je Opća deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine koju Opća skupština UN usvojila 10. prosinca 1948. godine rezolucijom br. 217/III. i proglasila je kao "zajedničku tekovinu svih naroda i nacija".⁴ Ova deklaracija tijekom vremena stekla je moralnu i programsku vrijednost i postala je temelj suvremenih zakona i demokratskih ustava. Od njezine početne neobvezujuće pravne naravi ona je danas postala sastavni dio općeg običajnog međunarodnog prava, koje po toj osnovi sada obvezuje sve države svijeta. U njoj su posebno naglašena prava majke i djeteta (bračnog i izvanbračnog) na posebnu skrb i pomoć, na socijalnu zaštitu, te na kulturnu izobrazbu. Ova opća načela tijekom vremena su se počela ugrađivati u obvezujuće pravne akte, kao što su međunarodni ugovori.

Skoro dvadeset godina kasnije, točnije 1966. godine usvojena je Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Međunarodni pakt o građanskim

2 Detaljnije vidi u: Kregar, J., *at al.*, *Ljudska prava: Uvod u studiju*, Zagreb, 2014., str. 3.

3 Posebno osjetljive skupine predstavljaju djevojčice i osobe s poteškoćama u razvoju koje su izložene dodatnim i posebnim rizicima, zbog čega zahtijevaju posebnu pažnju i skrb društva.

4 Upravo se 10. prosinca danas slavi kao Dan ljudskih prava.

i političkim pravima iz 1966. godine.⁵ Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima osigurava obitelji najveću moguću zaštitu i pomoć, posebno dok je odgovorna za skrb i odgoj maloljetne djece, kao i majkama u razumnom vremenu prije i poslije rođenja djeteta. Države su preuzele obvezu poduzimanja posebnih mjera zaštite i pomoći za dobrobit djece i mladeži, koji moraju uživati zaštitu od ekonomskog i socijalnog izrabljivanja. Posebne mjere države trebaju poduzeti u cilju smanjenja smrtnosti mrtvorodenčadi i smrtnosti djece, te zdravog razvoja djeteta i prava na obrazovanje. Međunarodni pakt i građanskim i političkim pravima optuženim maloljetnicima osigurava poseban tretman u sudskom postupku, tako da se tijekom postupka vodi računa o njihovom uzrastu i interesu koje predstavlja njihov preodgoj, odvajanje od odraslih i što žurnije odlučivanje u njihovom slučaju.

Također, u kazneno-popravnom režimu maloljetni prijestupnici trebaju biti odvojeni od odraslih i podvrgnuti režimu koji odgovara njihovoj dobi i pravnom položaju, a presuda koje se odnose na maloljetnike u kaznenim, ali i građanskim stvarima, ako to njihov interes zahtijeva, ne moraju biti javne. Svakom djetetu se, sukladno njegovom položaju kao maloljetniku, osigurava pravo na takve mjere zaštite od strane svoje obitelji, društva, države. Propisuje se obveza registriranje djeteta odmah po rođenju i davanja imena, a svako dijete također ima pravo na državljanstvo.

Za ljudska prava djeteta su značajne i neke drugi međunarodni akti kao što su: Deklaracija UN-a o ukidanju svakog oblika rasne diskriminacije iz 1963., Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948., Deklaracija o pravima mentalno zaostalih osoba iz 1971., Konvencija o statusu izbjeglica i stranaca iz 1957., Konvencija UN-a o bračnom pristanku te minimalnoj dobi i obvezatnoj registraciji ženidbe iz 1962., Pravilnici o zaštiti žrtava oružanih sukoba iz 1977. godine. Svi navedeni akti predviđaju posebno poštivanje djece, zaštitu od svake vrste nasilja, evakuaciju djece u inozemstvo i sl. Naglašeno je pravo djece na nužno zbrinjavanje i pomoć, potreba omogućavanja vjerskog i moralnog odgoja u skladu sa željama njihovih roditelja, povezivanje razdvojenih obitelji, evakuaciju djece iz područja sukoba, te zaštitu dječaka mlađih od 15 godina pred vojnom mobilizacijom. Mnogo je sličnih dokumenata potpisano i na razini europskih regionalnih organizacija.

I pored brojnih postojećih međunarodnih ugovora i nacionalnih propisa, razvoj ljudskih prava nije okončan. Razvojem civilizacije pojavljuju se i pojavljivat će se nova ljudska prava koja ne treba da se razvijaju na račun drugih, niti da se stavljaju u hijerarhijski odnos, jer su ljudska prava nedjeljiva i nemaju hijerarhije unutar sebe. Ljudska prava ne osiguravaju idealne životne uvjete, ali postavljaju minimalne standarde koje vlade u svojoj politici i praksi moraju zadovoljiti, i u smislu onoga što ne smiju raditi, primjerice neljudskog ili ponižavajućeg postupanja s ljudima, i u smislu pozitivnih mjera koje trebaju poduzimati, kao što je omogućavanje obrazovanja ili osiguravanje elementarne zdravstvene zaštite za svu djecu.

⁵ Oba ova pakta usvojila je Opća skupština UN 16. prosinca 1966., a stupila su na snagu 1976. godine. Bosna i Hercegovina je pristupila ovim paktovima 1. rujna 1993. godine notifikacijom o sukcesiji. Ovo su prva dva opća međunarodna ugovora koji obvezuju države koje ih ratificiraju i koja sadrže razrađeni opći popis ljudskih prava iz dvaju različitih skupina društvenih odnosa.

2. Prava djeteta u općem međunarodnom pravu

Sve osobe mlađe od osamnaest godina smatraju se djecom i imaju dječja prava. Dječja prava štite prava djece i mladih. S djecom i mladima se postupa i poštuje ih se kao ljudska bića koja uživaju potpuno ista ljudska prava kao i svi ostali ljudi. Ali dječja prava prepoznaju i njihovu ranjivost, koja proizlazi iz njihove mladosti i nezrelosti, i koja od nas zahtijeva da posvetimo osobitu pozornost njihovoj potrebi za posebnom zaštitom i skrbi.

Dijete je, glede ljudskih prava, danas zaštićeno postojećim pravnim normama, kako međunarodnim, tako i nacionalnim. Opća ideja o nužnosti zaštite djece prvi put je doživjela međunarodno priznanje tek usvajanjem Ženevske deklaracije o pravima djeteta u okviru Lige naroda 26. rujna 1924. godine.⁶ To je bio prvi i temeljni dokument ove vrste koji sadrži sva temeljna načela koja će biti putokaz svih budućih nastojanja i potpisanih dokumenata.

Ta temeljna načela Ženevske deklaracije su:

- djetetu se moraju pružiti sredstva za normalan razvoj, kako materijalna tako i duhovna;
- dijete koje je gladno treba nahraniti, bolesno liječiti, a siročad i beskućnike treba udomiti;
- u opasnim situacijama prvo se spašavaju djeca, dijete mora biti zaštićeno od bilo kojeg oblika iskorištavanja;
- dijete se mora odgajati s ciljem da njegovi potencijali budu iskorišteni za dobrobit zajednice.

Nadalje, zaštita djece je nadasve skromno uređena i u četiri Ženevske konvencije iz 1949. godine o zaštiti osoba koje ne sudjeluju ili više ne sudjeluju u oružanim operacijama, na kojima se i danas temelji cjelokupno međunarodno humanitarno pravo.⁷ Posredna zaštita djece u sukobima koji nemaju međunarodni karakter mogla bi se iščitati iz odredbe članka 3. zajedničkog za sve četiri Ženevske konvencije. Naime, njome se proklamira čovječno postupanje prema svim osobama koje ne sudjeluju u neprijateljstvima, a polazimo od pretpostavke da su djeca u najvećem broju slučajeva posredne, borbene neaktivne i nezaštićene žrtve rata, koje ne sudjeluju neposredno u oružanim operacijama, unatoč tome što to, nažalost, nije uvijek slučaj.

Dodatni naponi prema jasnijoj i konkretnijoj zaštiti djece u izvanrednim situacijama oružanih sukoba rezultirali su uvođenjem specifičnih odredbi o tom pitanju u Dopunskim protokolima o zaštiti žrtava oružanih sukoba, međunarodnih

⁶ Radilo se o dokumentu u kojem su u pet točaka istaknuta prava djeteta, te koji je uvidio i priznao da su potrebe djece dalekosežnije od njihove puke tjelesne zaštite. Vidi tekst Deklaracije dostupan na: <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>.

⁷ To su Konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu; Konvencija za poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomaca oružanih snaga na moru; Konvencija o postupanju s ratnim zarobljenicima; Konvencija o zaštiti građanskih osoba za vrijeme rata.

i nemeđunarodnih, iz 1977. godine.⁸ Postoje stavovi da ,usprkos tim odredbama, zaštita djece u ratnim sukobima ostaje minimalna.

Korak naprijed u promicanju ideje zaštite prava djeteta općenito svakako predstavlja Deklaracija o pravima djeteta iz 1959. godine,⁹ koja sadrži preambulu i deset temeljnih načela koja se odnose na dobrobit djeteta i njegovu zaštitu. Deklaracija je precizirala i proširila zaštitu prava djeteta. Djeca se, između ostalog, moraju odgajati u duhu razumijevanja, tolerancije, prijateljstva i mira.¹⁰ Tako Deklaracija propisuje "... *dijete zbog svoje fizičke i intelektualne nejakosti treba posebnu pomoć, uključujući prikladnu pravnu zaštitu prije i nakon rođenja jer je zadaća društva da za djecu daju sve od sebe*". Također se navodi da dijete ima pravo na osjećajnu ljubav i razumijevanje, besplatni odgoj, zaštitu od svakog oblika tlačenja, okrutnosti i iskorištavanja, neprimjerenog rada, skladan tjelesni, intelektualni i moralni odgoj u ozračju slobode i dostojanstva; prikladni oblik prehrane, zdravstvene zaštite i rekreativnih aktivnosti, posebnu brigu za hendikepirane, pravo na vlastito ime i svoju nacionalnost, te na korištenje svih ovih prava bez obzira na rasu, boju, spol, religiju, nacionalnost, ili društveni položaj.

Ženevska deklaracija i Deklaracija o pravima djeteta bile su pravno neobvezujuće za država u svijetu i imale su snagu više kao moralne i političke preporuke, ali su one jasno naznačile smjer u kojemu će se početi kretati pozitivno međunarodno pravo, a time i nacionalna prava država.

3. Konvencija o pravima djeteta iz 1989. godine

Na razvoj prava djeteta odlučujuću ulogu imala je Konvencija o pravima djeteta koja je usvojena trideset godina nakon usvajanja Deklaracije o pravima djeteta na 44. zasjedanju Opće skupštine Ujedinjenih naroda Rezolucijom br. 44/25 20 studenoga 1989. godine. Stupila je na snagu 2. rujna 1990. godine i trenutno broji 196 država stranke, što čini skoro sve države svijeta.

Međunarodni ugovor sa najvećim brojem ratifikacija sadrži univerzalne standarde koje država stranka Konvencije mora jamčiti svakom djetetu. Razlog zbog kojega je ovoliki broj država pristupio navedenoj konvenciji leži u činjenici da je ona usmjerena na zaštitu prava djece, za što se bez rezerve zalažu sve države, kao i u činjenici da djeca, kao ovlaštenici (nositelji) prava, u državama ne predstavljaju značajan i važan politički subjekt, tako da je većina država bez ustezanja pristupila odnosnoj konvenciji.¹¹ I pored navedenog neke države, poput Sjedinjenih Američkih

8 Vidi članak 77. i 78. Dopunskog protokola o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba, te članak 4. Dopunskog protokola o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba.

9 Deklaracija o pravima djeteta usvojena je rezolucijom Opće skupštine Ujedinjenih naroda br. 1386(XIV) od 20. studenog 1959. Taj dan se danas slavi kao Međunarodni dan djeteta.

10 Članak 8. i 9. Deklaracije o pravima djeteta.

11 Konvencije o pravima djeteta stupila je na snagu 2. rujna 1990. Razlog ovolikog broja stranaka ove konvencije, što nije baš uobičajeno za konvencije o ljudskim pravima, je u nespornoj prirodi obveze koju propisuje i u činjenici da djeca ne predstavljaju opasnu i glasnu političku skupinu. Vidi – Dimi-trijević, V., Paunović, M., Đerić, V., *Ljudska prava – Udžbenik*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1997., str. 63. Bosna i Hercegovine je postala strankom Konvencije 1. rujna 1993. godine

Država, iako su 1995. godine potpisale Konvenciju, nažalost nisu postale strankom Konvencije o pravima djeteta. Ovom konvencijom je prvi put na općoj (univerzalnoj) razini usvojen međunarodni akt kojim su na sustavan način propisana i razrađena najvažnija prava djeteta. Njome su postavljeni opći međunarodnopravni standardi zaštite prava djeteta.

To je prvi međunarodni dokument u kojemu se djetetu pristupa kao subjektu s pravima, a ne samo kao osobi koja treba posebnu zaštitu. Univerzalni standardi koje država stranka Konvencije mora jamčiti se odnose kako na obveze odraslih prema djetetu, tako i na obveze društvenih čimbenika koji se odnose na zaštitu djece. Tako države ratifikacijom ove Konvencije preuzimaju odgovornost za zakonodavne, upravne i druge mjere za primjenu prava priznatih u ovoj Konvenciji, a glede ostvarenja gospodarskih, društvenih i kulturnih prava djeteta.

Glavna obilježja prava djeteta je da su jedino djeca njihovi ovlaštenici koji ih uživaju bez ograničenja do navršениh osamnaest godina života, te da se odnose na sva područja životnih odnosa djeteta.

Temeljna načela koje propisuje opće međunarodno pravo u primjeni prava djeteta su: jednakost sve djece, dobrobit djeteta, poštivanje roditelja kao osoba najpozvanijih za podizanje i odgoj djeteta, te obvezivanje država na poduzimanje svih mjera (zakonskih, upravnih i dr.) za provedbu zaštite prava djeteta.

Kada zakonodavno tijelo neke države ratificira Konvenciju, ona je dužna UN-ovom Odboru za prava djeteta podnositi izvješće o mjerama koje se poduzimaju, te o napretku koji je postignut u provedbi prava djeteta.

Odbor za prava djeteta UN-a identificirao je četiri opća načela na kojima se temelje sva prava sadržana u Konvenciji o pravima djeteta, a to su:

- načelo nediskriminacije prema kojemu djeca ne smiju trpjeti diskriminaciju, neovisno o spolu, rasi, boji kože, vjeri, jeziku, vlasništvu, teškoćama u razvoju, i sl.;¹²
- da djeca imaju pravo na život i razvoj, tjelesni, emotivni, psihosocijalni, društveni i kulturni;
- da pri donošenju svih odluka ili izvršenju postupaka koji utječu na dijete, ili djecu kao skupinu, najvažnija mora biti dobrobit djeteta, a to se odnosi na odluke obitelji, kao i odluke koje donose vladina, upravna ili zakonodavna tijela;
- da se djetetu mora omogućiti aktivno sudjelovanje u rješavanju svih pitanja

temeljem notifikacije o sukcesiji.

12 Bosna i Hercegovina dugo vremena u svom zakonodavnom okviru nije sadržavala propis o zabrani diskriminacije. Tek je 2009. godine stupio na snagu i Zakon o zabrani diskriminacije kojim se u Bosni i Hercegovini osigurava adekvatna zaštita određenim ranjivim skupinama kao što su civilne žrtve rata, osobe u kaznenom postupku, osobe s invaliditetom, pripadnici manjina, žene, djeca i starije osobe, izbjeglice i druge ranjive skupine, a za koje su nadležne vlasti dužne pozitivnim zakonskim mjerama i/ili provođenjem posebnih mjera zaštite osiguravati jednak pristup i jednakost u ostvarivanju njihovih prava. Vidi članak 9. Zakona o zabrani diskriminacije, Poglavlje III. - Zaštićena prava. Službeni glasnik BiH, br. 59/09.

koja utječu na njihov život i sloboda izražavanja mišljenja, imaju pravo izreći svoja gledišta koja se moraju ozbiljno uzeti u obzir.

Konvencija o pravima djeteta pruža široku zaštitu dječjih prava pokušavajući obuhvatiti sve bitne aspekte života djeteta. Tako je njome zaštićeno više skupina dječjih prava, kao što su osobna prava, društvena prava, obrazovna prava, zdravstvena prava, ekonomska prava, kulturna prava, te pravosudno zaštitna prava

Konvencija o pravima djeteta podijeljena je na preambulu i tri dijela, te sadrži 54 članaka. Članci od 1. do 41. definiraju pojam djeteta, te obveze koje države preuzimaju kada postaju strankom Konvencije. Članci od 42. do 45. propisuju procedure za praćenje primjene Konvencije, dok članci od 46. do 54. sadrže formalne odredbe u svezi sa stupanjem Konvencije na snagu.

U Konvenciji se prava djeteta mogu podijeliti na: prava preživljavanja, razvojna prava, zaštitna prava i prava sudjelovanja. Prava preživljavanja uključuju one članke Konvencije koji osiguravaju djetetu zadovoljavanje temeljnih potreba, pravo na život, na prehranu, smještaj, zdravstvenu pomoć, i sl. Razvojna prava uključuju članke koji osiguravaju djetetu primjerice: pravo na obrazovanje, pravo na igru, pravo na slobodno vrijeme, informiranje, slobodu misli i izražavanja. Zaštitna prava se odnose na one članke koji osiguravaju zaštitu djeteta, zaštitu od zlouporabe, od droga, alkohola, duhana, zaštitu na zabranu dječjeg rada, i sl. Prava sudjelovanja se odnose na članke koji osiguravaju djetetu aktivno sudjelovanje u svojem okružju koje ga priprema za aktivnog građanina u budućnosti primjera radi: pravo na slobodno izražavanje svojih misli i pravo na udruživanje. Konvencijom se predviđa angažiranje svih koji neposredno mogu pridonijeti ostvarivanju prava djeteta. Ova široka skupina zaštićenih prava djeteta, koji se neprestano širi, pruža primjeren pravni okvir za razvoj i odrastanje djece. Upravo zbog toga sva ova prava djeteta treba promatrati komplementarno, jer jedino primjenom svih ovih prava u cjelini se jamči pravilan razvoj i odrastanje djeteta.

Preambula Konvencije upozorava na posebne potrebe djeteta:

- djetinjstvu pripada posebna skrb i pomoć;
- radi potpunog i skladnog razvoja ličnosti, dijete treba rasti u obiteljskoj sredini u ozračju sreće, ljubavi i razumijevanja;
- obitelji, kao osnovnoj jedinici društva i prirodnoj sredini za razvoj i blagostanje svih njezinih članova, treba pružiti zaštitu i pomoć;
- dijete treba biti u potpunosti pripremljeno za samostalan život u društvu i odgojeno u duhu ideala iz Povelje UN, posebice u duhu mira, dostojanstva, tolerancije, slobode, ravnopravnosti i solidarnosti.

Medu zahtjevima Konvencije koji uvažavaju posebne potrebe djeteta, ističu se: primarni interesi djeteta¹³; dužnost države da poštuje odgovornost roditelja i obveza roditelja da upućuju dijete u njegova prava; pravo djeteta da zna tko su mu roditelji kad god je to moguće; pravo djeteta na slobodno izražavanje mišljenja u

13 Vidi članak 3. Konvencije o pravima djeteta.

skladu s godinama života i zrelosti djeteta; zajednička odgovornost obaju roditelja u podizanju i razvoju djeteta; usvajanje djeteta mora biti u najboljem interesu djeteta; pravo hendikepirane djece na životne uvjete koji osiguravaju dostojanstvo i potiču samostalnost djeteta; obvezno osnovno školovanje, dostupno daljnje obrazovanje i visoka kvaliteta svih razina obrazovanja; zaštita djece od opasnosti od droge i seksualnih zlouporaba bilo u kojem obliku; obaveze države da s načelima i odredbama Konvencije što potpunije upozna kako odrasle osobe tako i djecu.

Kako zaštita prava čovjeka podliježe međunarodnom nadzoru, tako i Konvencija o pravima djeteta propisuje način i institucije za nadzor nad njezinom primjenom i obavezama koje je država preuzela. Odrasli, međutim, imaju pravne mogućnosti da se izravno obrate pritužbama radi kršenja prava čovjeka od strane države čiji su državljani odgovarajućim međunarodnim forumima. Naprotiv, dijete takvih mogućnosti nema, pa je posebna odgovornost odraslih da prepoznaju i spriječe svaki postupak kršenja prava djeteta.

4. Prava djeteta u europskom pravu

Prava djeteta u međunarodnom pravu možemo promatrati u sklopu općeg i regionalnog međunarodnog prava. U prošlosti je postajao određeni otpor regionalnom razvoju ljudskih prava u odnosu na univerzalni razvoj, pozivajući se upravo na univerzalnu narav ljudskih prava. Ipak je tijekom vremena sazrelo uvjerenje da se pitanju zaštite ljudskih prava može, a u nekim oblastima je to i poželjno, a možda i jedino moguće, dati određenu dimenziju regionalnog razvoja, posebno u svjetlu političkih blokada koje su se nekada događale, a ponekad se i danas događaju na univerzalnoj razini. Regionalni razvoj međunarodnog prava ljudskih prava pokazao se tijekom vremena kao relativno uspješan način ostvarivanja i zaštite ljudskih prava u nekim dijelovima svijeta. Opće međunarodno pravo je putem Konvencije o pravima djeteta iz 1989. uspjelo propisati opće međunarodnopravne standarde u poštivanju prava djeteta koje regionalno međunarodno pravo mora poštivati.¹⁴

Europa kao regija je bila predvodnik u regionalnom razvoju međunarodnog prava ljudskih prava. Nakon strašnih zločina koja su se dogodili upravo na tlu Europe tijekom Drugog svjetskog rata europske države su pitanju zaštite i očuvanje ljudskih prava u Europi odlučile posvetiti posebnu pozornost u cilju sprečavanja takvih događaja. Regionalni razvoj ljudskih prava u Europi usporedno se odvijao na više razina, kako u okviru Vijeća Europe (VE) tako i okviru Europske unije (EU), odnosno nekadašnje Europske zajednice (EZ), što je dovelo do razvoja i sadašnjeg stanja prava djeteta u europskom pravu, tj. pravu koje nam donosi Vijeće Europe i Europska unija.

Ključno načelo prava djeteta jeste da su djeca ne samo predmet zaštite, već ujedno i nositelji ljudskih prava priznatih odgovarajućim pravnim aktima zbog njihovih specifičnih osobina. Ovo načelo nije umanjeno činjenicom da se u najvećem broju slučajeva u zaštiti prava djeteta pravne postupke pokreću zastupnici djece, prije

¹⁴ Ovdje moramo istaći da ništa ne sprječava regionalno međunarodno pravo da ostvaruje više standarde od onih koje propisuje opće međunarodno pravo.

svega roditelji, što je posljedice činjenice da maloljetne osobe ne uživaju potpunu poslovnu sposobnost.

Sve države članice Vijeće Europe, pa tako i Europske unije, su stranke Konvencije o pravima djeteta, koja je time izvršila velik utjecaj na prava djeteta u europskom pravu i postala mjerilo njegova razvoja. Skoro svi suvremeni pravni instrumenti, kako europski tako i izvan europski, koji su povezani s djecom izričito se pozivaju na Konvenciju o pravima djeteta ili na načela prava djece koja proistječu iz nje.

U europskom pravu načelno se poštuje definicija djeteta kao osobe mlađe od 18 godina u skladu sa čl. 1. Konvencije o pravima djeteta. Većina pravnih akata europskog prava koje je usvojilo Vijeće Europe sadrži upravo takvo definiranje djeteta, kao što su prim. u čl. 3(a). Konvencije Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja iz 2007. godine.¹⁵ Pravo EU nema usvojene službene definicije djeteta, pa tako u pojedinim oblastima uređenim pravom EU dolazi do različitog definiranja zavisno od konteksta o kojemu se radi. Tako se primjerice kao mlade osobe definiraju sve osobe mlađe od 18. godine, ili kao mladež osobe koje nisu mlađe od 15. niti starije od 18. godina.

Vijeće Europe je, u skladu sa jednim od svojih temeljnih ciljeva promicanja ljudskih prava i temeljnih sloboda, stalno posvećivalo posebnu pozornost pitanju zaštite i ostvarivanja prava djeteta. I u najvažnijem instrumentu Vijeće Europe, odnosno Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950., iako se sve njezine opće odredbe odnose se i na djecu,¹⁶ nalaze se i posebne odredbe koje se odnose izravno i samo na djecu,¹⁷ kao što je primjerice čl. 6(1). kojim se ograničava pravo na pravedno i javno saslušanje kada je to u interesu maloljetnika. I Europska socijalna povelja,¹⁸ koja je otvorena za potpisivanje 18. listopada 1961. godine (revidirana 3. svibnja 1996.), propisuje posebna socijalna prava djece, pa se tako čl. 7. predviđa posebna zaštita djece i mladeži od gospodarskog iskorištavanja, a čl. 17. posebna prava djece i mladeži na socijalnu, pravnu i ekonomsku zaštitu.¹⁹

15 Konvencija Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja, CETS br. 201., zaključena je i potpisana 25. listopada 2007. godine u Lanzerotu (Španjolska), zbog čega se često naziva Lanzerotska konvencija. Svih 47. država članica Vijeća Europe je potpisalo konvenciju, koja je stupila na snagu 1. srpnja 2010. godine. Trenutno broji 44. države stranke, a Bosna i Hercegovina ju je ratificirala 14. studenoga 2012. godine.

16 Neke od ovih općih odredbi Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda od iznimne su važne za djecu, kao što su primjerice čl. 3. kojim se zabranjuje mučenje, nečovječno i ponižavajuću postupanje i kažnjavanje, kao i čl. 8. kojim se jamči pravo na poštivanje privatnog i obiteljskog života

17 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda koja je otvorena na potpisivanje 4. studenog 1950. godine u Rimu, stupila je na snagu 3. rujna 1953. godine. Konvencije je pristupilo svih 47. država članica Vijeća Europe, a Bosna i Hercegovina ju je ratificirala 12. srpnja 2002. godine.

18 Europska socijalna povelja stupila je na snagu 26. veljače 1965., a revidirana povelja je stupila na snagu 1. srpnja 1999. godine. Povelja trenutno broji 45 država stranaka, a revidirana povelja broji 34. države stranke. Bosna i Hercegovina je ratificirala revidiranu Europsku socijalnu povelju 7. listopada 2007. godine.

19 Tako čl. 7. Europske socijalne povelje, pored ostalog, predviđa se da je 15. godina najniža dob za zapošljavanje a 18 godina najniža dob za zapošljavanje na određenim poslovima koji se smatraju štetnim i opasnim za zdravlje. Članak 17. propisuje obvezu državama strankama na poduzimanje svih potrebnih i odgovarajućih mjera usmjerenih osiguranju učinkovitog prava djece i mladeži na odrastanje

Vijeće Europe je usvojilo još niz drugih instrumenata koji se izravno odnose na zaštitu prava djeteta kao što su Konvencija o pravnom položaju djece rođene izvan braka iz 1975., Konvencija o posvojenju djece iz 1967. (revidiranu 2008.), Konvencija o ostvarivanju dječjih prava iz 1996., Konvencija o kontaktima s djecom iz 2003., Konvencija Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja iz 2007. (Konvencija iz Lanzarotea).

Europska unije se, kao supranacionalna europska organizacije čiji primaran zadatak nije bio poštivanje i zaštita ljudskih prava već ekonomska suradnja, od svojega nastanka bavila samo specifičnim pitanjem prava djeteta u okvirima svojih izvornih nadležnosti, kao što su primjerice pitanje slobode kretanja osoba ili područje zaštite potrošača. Razvojem Europske unije došlo je do promjena položaja prava djeteta u pravu Europske unije. Ključno je bilo proglašenje Povelje Europske unije o temeljnim pravima 2. listopada 2000. godine u Nici.²⁰ U njoj je prvi put, po uzoru na Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, napravljen katalog priznatih temeljnih ljudskih prava i sloboda sa određenim inovativnim elementima, kao primjerice: zaštita podataka, pristup dokumentima i dr.

Povelja sadrži posebne odredbe koje se odnose na prava djeteta, kao što su priznavanje prava djece na besplatno obavezno obrazovanje (čl. 14(2).), zabranu diskriminacije na temelju dobi (čl. 21.), zabranu iskorištavanja djece za rad (čl. 32.). Posebno je važan čl. 24. Povelje koji se odnosi izravno na prava djeteta, proklamirajući tri temeljna prava djece: 1) pravo djece na slobodno izražavanje mišljenja koje su uvažava u skladu s njihovom dobi i zrelošću (čl. 24(1).); 2) pravo djece da se u svakom djelovanju koji se odnosi na njih primarni cilj mora biti zaštita interesa djeteta (čl. 24(2).); i 3) pravo svakog djeteta na održavanja redovitog osobnog odnosa i izravnog kontakta s oba roditelja (čl. 24(3).).

Povelja Europske unije o temeljnim pravima je tek stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora (puni naziv: Ugovor iz Lisabona o izmjenama i dopunama Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o osnivanju Europske zajednice)²¹ 1. prosinca 2007. godine dobila prema njegovom čl. 6(1). izravni pravni učinak i postala obvezujući izvor primarnog prava, tj. dobila je jednak pravni status kao ugovori Europske unije.

u sredini povoljnoj za puni razvoj njihove ličnosti, kao i razvoj njihovih fizičkih i umnih sposobnosti, što uključuje besplatno osnovno i srednje obrazovanje, poticanje redovitog školovanja, osiguranje djeci i mladeži skrbi, pomoći, obrazovanja i osposobljavanja koje im je potrebno, njihovu zaštitu od zanemarivanja, nasilja i iskorištavanja, te osiguranje zaštite i posebne pomoći djetetu i mladoj osobi koja je privremeno ili definitivno lišena obiteljske podrške. Tekst revidirane Europske socijalne povelje dostupan je na: <https://rm.coe.int/168007cf93>

²⁰ Povelja Europske unije o temeljnim pravima je izmijenjena i ponovno proglašena. 2007. godine. Vidi tekst Povelje Europske unije o temeljnim pravima iz 2007. na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex%3A12007P>

²¹ Lisabonski ugovor, poznat i kao Reformski ugovor, kao cilj ima demokratizaciju Unije, povećanje njezine efikasnosti institucija i sistema odlučivanja, redefiniranje vanjske politike Unije, približavanje Unije njenim građanima te njeno osposobljavanje na učinkovito odgovaranja na izazove globalizacije. Tekst Lisabonskog ugovora dostupan je na: <http://www.mvep.hr/custompages/static/hrv/files/pregovori/111221-lisabonski-prociscena.pdf>

Iako se prava koje su propisana Poveljom većinom priznaju svima, neovisno od njihovog državljanstva, odredbe Povelje obvezuju jedino sve institucije, tijela, urede i agencije Europske unije, a države članice Unije samo kada provode pravo Unije. Time se Poveljom Europska unija i države članice obvezuju na zaštitu prava koje ona sadrži prilikom provedbe prava Unije. Prema čl. 51(2). Povelje njome se ne proširuje nadležnost EU-a, niti se mijenja ili dodjeljuje nova ovlast ili zadatak EU.

Lisabonski ugovor, koji je donio velike institucionalne i proceduralne promjene Europske unije, je čl. 3(3). u opće zadatke Unije, pored ostalog, uvrstio i promicanje zaštite prava djeteta, a čl. 3(5). je u okviru odnosa sa ostatkom svijeta doprinos osobito pravima djeteta u zaštiti ljudskih prava naveo također kao jednu od svojih odrednica. Ovakvim određenjem prava djeteta u pravu Europske unije dobila su poseban i iznimno važan položaj, ne samo unutar Europske unije već i njezinim odnosima sa ostatkom svijeta. Sve ovo je omogućilo da Europska unije postupno sve više pozornosti posvećuje pitanju zaštite prava djeteta, kako u svojoj unutarnjoj tako i u svojoj vanjskoj politici.²²

Vijeće Europske unije donijelo je 10. prosinca 2007. godine Smjernice za promicanje i zaštitu prava djeteta kojim se uspostavlja okvir za Europsku uniju kako bi se osiguralo da se prava djeteta uzimaju u obzir u svim njezinim vanjskim politikama i djelovanjima, pojačavajući njezino djelovanje za promicanje i zaštitu prava djeteta u njezinim vanjskim odnosima i potičući strateški pristup ovim pitanjima. Smjernice, osim što podsjećaju na međunarodne standarde u području prava djeteta, također sadrže sveobuhvatne upute i konkretne opće i posebne mjere za učinkovito promicanje i zaštitu prava djeteta.

Na temelju navedenih pravnih instrumenata Vijeće Europe i Europska unija su utvrdile svoje politike djelovanja zaštite i promicanja prava djeteta i pokrenule odgovarajuće programe.

Vijeće Europe je od 2006. godine pokrenulo svoje program "Izgradnja Europe za djecu i sa djecom" koji traje i danas. Cilj je ovoga programa napraviti univerzalni plan djelovanja na razini Vijeća Europe u rješavanju pitanja zaštite prava djeteta, s usvajanjem odgovarajućih pravnih instrumenata u pojedinim područjima njihove zaštite, nastojeći tako štiti i promicati prava djece u državama članicama Vijeća Europe. Područja djelovanja programa se mijenjalo sukladno usvojenim višegodišnjim strategijama programa, tako da je danas, prema posljednjoj usvojenoj Strategiji Vijeća za prava djeteta 2016.-2021.²³ pet prioritetnih područja djelovanja: 1) jednake mogućnosti za svu djecu; 2) sudjelovanje sve djece; 3) život bez nasilja za

22 Ovdje moramo istaknuti da Europska unije može donositi propise u područjima u kojima nadležnost u skladu s člancima 2. do 4. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (TFEU-a). Europska unija je donijela veliki broj propisa koja su povezana s pravima djece iz sljedećih područja: zaštita podataka i potrošača, azil i migracije i suradnja u građanskim i kaznenim pitanjima. Pročišćeni tekst Ugovora o funkcioniranju Europske unije dostupan je na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016E/TXT>

23 Strategija Vijeće za prava djeteta (2016.-2021.) pokrenuta je na konferenciji u Sofiji u travnju 2016. godine. Vidi tekst Strategije dostupan na: https://mdomsp.gov.hr/UserDocsImages/Vijesti2018/StrategijaVE-za-prava-djece-2016-2021_prijevod_HR.pdf

svu djecu; 4) pravosuđe prilagođeno djetetu - za svu djecu; 5) prava djece u digitalnom okruženju. Strategija nastoji obuhvatiti sve kategorije ljudskih prava djeteta koje propisuje međunarodno pravo, prije svega Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Konvencija o pravima djeteta, te utvrđuje obveza Vijeća Europe i država članica na realiziranja tih prava za svu djecu, rukovodeći se sa četiri opća načela iz Konvencije o pravima djeteta: nediskriminacija, najbolji interesi djeteta, pravo na život, opstanak i razvoj i pravo djeteta da izrazi svoje mišljenje. Korisnici mjera koje su pokrenute ovim programom su sva djeca koja žive na teritoriji jedne od 47 država članica Vijeća Europe.

Nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora u Europskoj uniji je došlo do promjene politike u odnosu na prava djeteta, kako u unutarnjoj tako i vanjskoj politici Unije. Tako je Europska komisija 15. veljače 2011. godine usvojila Program Europske unije za prava djeteta kojemu je cilj jačanje i zaštita prava djece koja su propisana u načelima Povelje o temeljnim pravim EU-a i Konvencije o pravima djeteta, zahtijevajući da sve politike EU-a koja imaju utjecaj na djecu trebaju poštivati sva njihova prava i da prava djeteta budu sastavni dio izrade politike EU-a. Posebna zaštita se treba pružiti najranjivijim skupinama djece kao što su djeca s invaliditetom, djeca u opasnosti od siromaštva, djeca žrtve seksualnog iskorištavanja ili trgovine ljudima, djeca tražitelji azila i djeca koja su prepuštena sama sebi.

Europska komisija usvojila je 5. veljače 2008. godine Komunikaciju o *Posebnoj mjestu djece u vanjskom djelovanju EU-a*.²⁴ Njome su usvojene dvije nove inicijative u dugoročnu strategiju EU-a o pravu djece, a to su Akcijski plan EU-a o pravima djeteta u vanjskim aktivnostima i Strategija o djeci o izvanrednim situacijama i kriznim situacijama. Također su na regionalnoj i globalnoj razini utvrđena četiri glavna primarna područja za djelovanje, a to su: dječji rad; trgovina djecom, nasilje nad djecom, uključujući seksualno nasilje, i djeca pogođena oružanim sukobima.

Glavno obilježje prava djeteta u europskom pravu je njegovo temeljno oslanjanje na Konvenciju o pravima djeteta jer su sve države članice Vijeća Europe i Europske unije ujedno i stranke ove Konvencije, tako da njezine odredbe sve više ulaze u europsko pravo o pravima djeteta. Iako Vijeće Europe, kao ni Europska unija, nisu stranke Konvencije o pravima djeteta, koristeći upravo njihove pravne mehanizme i instrumente posrednim putem dolazi do sve višeg ostvarivanja prava djeteta propisanih odredbama Konvencije o pravima djeteta. Odredbe i načela Konvencije o pravima djeteta sve više prodiru u obvezujuće pravne akte Vijeća Europe i Europske unije, čime se posrednim putem osigurava sve veća primjena Konvencije u pravnim sustavima njihovih država članica. Razlog tome treba tražiti u činjenici da je Konvencija o pravima djeteta postala danas opći (univerzalni) standard glede ostvarivanja i zaštite prava djeteta bez kojega ustvari niti jedan regionalni sustav zaštite prava djeteta ne bi ispravno funkcionirao.²⁵ U prilog tome

24 Program Europske unije za prava djeteta: komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija: dostupan na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:dh0006>

25 Za većinu odredbi Konvencije o pravima djeteta, uzimajući u obzir njezin broj stranaka i praksu država, postoji snažna pretpostavka da su danas postale dijelom međunarodnog običajnog prava i da

govori činjenica da upravo Konvencija o pravima djeteta broji najveći broj država stranaka u svijetu od svih višestranih otvorenih međunarodnih ugovora. U skladu s time niti jedan partikularni međunarodnopravni instrument koji se odnosi na prava djeteta se ne bi trebao tumačiti ni primjenjivati odvojeno od načela i prava koje propisuje Konvencije o pravima djeteta. To se odnosi u prvom redu na Europsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, ali naravno i na sve ostale međunarodnopravne instrumente o pravim djeteta. To je sasvim razumljivo jer su sve ti međunarodnopravni instrumenti na regionalnoj razini, pa tako i Povelja EU o temeljnim pravima (čl. 24.), rađeni upravo na temelju Konvencije o pravima djeteta.

Upravo zbog svega navedenog pravosuđna tijela koja se bave zaštitom prava djeteta, pa tako i sam Europski sud za ljudska prava, u svojoj sudskoj praksi se veoma često pozivaju na načela i prava koje propisuje Konvencije o pravima djeteta.

Na koncu možemo zaključiti da je poštivanje prava djeteta postalo vrlo bitan čimbenik za izgradnju kvalitetnog demokratskog društva. Polazeći od načela Konvencije o pravima djeteta, dijete bi zbog potpunog i skladnog razvoja svoje ličnosti trebalo da odrasta u obiteljskom okruženju u ozračju sreće, ljubavi i razumijevanja. Dijete je biće koje po svojoj ljudskosti i ljudskom dostojanstvu jednako odrasleme, također je i biće koje se razvija i odrasta i pri tome treba ispravan odgoj. To podrazumijeva skrb i zaštitu, ali i sudjelovanje u društvenome životu. Samo zajedničkim djelovanjem, koje je usmjereno na promociju i primjenu dječjih prava, može se poboljšati trenutna situacija i nezavidni položaj u kojem se još uvijek mnoga djeca svijeta nalaze.

Bez obzira na činjenicu što međunarodni dokumenti svojim odredbama promoviraju prava djece i načine njihove zaštite, činjenica je da postoje ogromni propusti u njihovoj implementaciji. Takve međunarodno pravne odredbe, ukoliko se ne vrši strogi međunarodni nadzor nad njihovom implementacijom, ostaju, nažalost, u određenom broju slučajeva bez izravnog učinka u pravnim sustavima pojedinih država, čime djeca ostaju uskraćena za svoja međunarodno zajamčena ljudska prava što se negativno odražava na njihov život i razvoj.

tako obvezuju čak i one malobrojne države svijeta koje nisu postale njezinom strankom.

Zlatko Brkić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Mostar

Vesna Popović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Mostar

THE RIGHTS OF THE CHILD IN INTERNATIONAL LAW

Summary: The authors of this paper provide a systematic overview of the rules of contemporary international law relating to the rights of the child. The paper covers all the most important international acts of general and regional character that are binding on Bosnia and Herzegovina today. They set binding standards of the rights of the child that states, including Bosnia and Herzegovina, are obliged to respect. Special emphasis is placed on the European law of the rights of the child, which is gradually and increasingly integrated into the legal system of protection of human rights of Bosnia and Herzegovina. Respect and protection of the rights of the child, as one of the most endangered social groups, is one of the key preconditions for the progress and development of every state into a modern democratic and developed society.

Keywords: children's rights, international acts, international law, European law

Mag. iur. Ivana Marušić, asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

UTJECAJ RIMSKO PRAVNE REGULAE MATER SEMPER CERTA EST NA BOSANSKOHERCEGOVAČKO OBITELJSKO ZAKONODAVSTVO KROZ PRAVNU POVIJEST

Sažetak: Europskokontinentalni pravni sustav kojemu pripada i pravni sustav Bosne i Hercegovine, temelji se na recepciji rimskog prava, prirodno pravnoj teoriji, kanonskom pravu i germanskom običajnom pravu. Autorice u ovom radu obrađuju utjecaje rimske regule koja se pripisuje rimskom klasičnom pravniku Paulu Juliu (lat. Paulus Julius) koji je u jednom svojem fragmentu definirao podrijetlo djeteta od majke, pravnom regulom *mater semper certa est*, na bosanskohercegovačko obiteljsko zakonodavstvo. Riječ je o neoborivoj predmnevi iz rimskog klasičnog prava po kojoj je "majka djeteta uvijek poznata". Autorice temeljem brojne kako domaće tako i strane suvremene i povijesno pravne literature, normativnih rješenja u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu i analiza istih nastoje istražiti utjecaj i značenje navedene regule na obiteljsko zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini od austrougarskog perioda do danas. Razvojem društva a samim time i prava rimska regula *mater semper certa est* doživljava svojevrsnu evoluciju i prilagođava se novim društvenim potrebama. Bez pretenzije da daju prijedloge *de lege ferenda*, autorice daju osvrt na presudu Europskog suda za ljudska prava u slučaju D v. France, u kojoj nekadašnja univerzalnost načela *mater semper certus est* biva upitna.

Ključne riječi: *mater semper certa est* u rimskom pravu, *mater semper certa est* u obiteljskom zakonodavstvu u BiH kroz pravnu povijest, *mater semper certa est* u obiteljskom zakonodavstvu BiH, Presuda Europskog suda za ljudska pravau slučaju D v. France

1. Uvod

Na razvitak obiteljskog prava u Bosni i Herecegovini, a samim time i na prateće zakonodavstvo, utjecale su su različite epohe državnopravnog uređenja i specifičnosti koje su povezane sa njima. Budući da pravni sustav Bosne i Hercegovine pripada obitelji europsko kontinentalnog pravnog sustava koje se temelji na recepciji rimskog prava, zanimalo nas je, kako je jedna *regulae iuris* iz rimskog klasičnog prava utjecala na obiteljsko zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini kroz pravnu povijest do danas. Podrijetlo djeteta od majke određuje se primjenom pravila *mater simper certa*

est i ono se lako dokazuje, budući da je nošenje i rođenje djeteta vidljivo. Rimski klasični pravnik Paul je u jednom svom fragment regulirao podrijetlo djeteta od majke, neoborivom predmnevom protiv koje protudokaz nije dopušten.¹ S obzirom na utjecaj koje je rimsko pravo imalo na europsko kontinentalni pravni sustav, te činjenicu da pozitivno obiteljsko zakonodavstvo sve više slijedi moderne europske trendove, ovim radom smo nastojali objasniti evoluciju navedenog načela od prve moderne kodifikacije građanskog prava, austrijskog građanskog zakonika koji je bio supsidijaran izvor prava u vrijeme austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini (1878.-1918.). Sve do donošenja Ustava Federative Narodne Republike Jugoslavije 1946. godine u kojem su postavljena temeljna načela za pravno uređenje obiteljskih odnosa, ne možemo govoriti uopće o obiteljskom zakonodavstvu. Donošenjem Osnovnog zakona o braku 1946. godine ukinuta je dotadašnja isključiva nadležnost vjerskih zajednica u bračnim i porodičnim stvarima i ta su pitanja prenesena u nadležnost države.²

Regulae iuris, mater semper certa est je u bosanskohercegovačkom obiteljskom zakonodavstvu bila dugo vremena neoboriva predmnjeva. Još od odredbi austrijskog građanskog zakonika, kao sporednog izvora prava u BiH, odredbi o uređenju obiteljskih odnosa na teritoriju BIH između dva svjetska rata, donošenja Osnovnog zakona o odnosima roditelja i djece iz 1947.³ i Porodičnog zakona Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine iz 1979. navedena regula rimskog prava vrijedila je kao neoboriva predmnjeva. Donošenjem pozitivnopravnih propisa iz oblasti obiteljskog pravau entitetu Federaciji Bosne i Hercegovine (Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine (dalje OBZ FBIH, 2005. godine)⁴ kao i u zakonodavstvu Brčko Distrikta BIH (Obiteljski zakon Brčko Distrikta BiH,⁵ dalje: OBZ BDBIH, 2007. godine)⁶ načelo *mater semper certa est* izgubilo je snagu svoje

1 Iako je porođaj vidljiva činjenica u povijesti prava zabilježene su brojne legende koje se odnose na utvrđivanje majčinstva. Jedna od najpoznatijih je kineska priča o krugu kredom koja potječe iz 13. stoljeća u kojoj se opisuje spor dviju žena oko toga, koja je od njih majka djetetu. Budući da nije bilo nikakvih pravnih pravila o tome kako spor riješiti, sudac je pribjegao lukavstvu nacrtao na na zemlji krug kredom i u sredini stavio dijete. Ženama koje su se sporile rekao je da svaka od njih uhvati dijete za ruku i privuče na svoju stranu kruga. Ona koja uspije dijete privući, sudac će dodijeliti dijete. Dogodilo se upravo ono što je sudac i očekivao, naime stvarna majka nije htjela svom djetetu nanijeti bol, pa je ispustila ruku djeteta i dopustila protivnici da privuče dijete, te je na taj način sudac utvrdio koja žena ima majčinski instink i kojoj treba povjeriti dijete. Navedeno prema: Cepelić, D., *O utvrđivanju i osporavanju materinstva*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br.1-2./1978., str.51.

2 Osnovni zakon o braku („Službeni list FNRJ“ br. 29/46, 36/48, 44/51, 18/55, „Službeni list SFRJ“, 12/65, 28/65).

3 Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece („Službeni list FNRJ“ br.104/1947., 45/1949, 11/1951, 53/1957; „Službeni list SFRJ“ br. 10/1965).

4 Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, broj: 35/05, 41/05, 31/14).

5 Obiteljski zakon Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko Distrikta“, broj: 23/07).

6 Prema tome je li ili nije dopušteno dokazivati protivno od onoga što zakon (na temelju utvrđenja o postojanju presumptivne baze) pretpostavlja razlikuju se oborive (njem. *widerlegbare Rechtsvermutungen*; lat. *praesumptiones iuris tantum*) ili relativne predmnjeve, od neoborivih (njem. *unwiderlegbare Rechtsvermutungen*; lat. *praesumptiones iuris et de iure*) ili apsolutnih predmnjeva. Dika, M., *Zakonske predmnjeve - prilog učenju o virtualnosti pravne stvarnosti*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 35, br. 1, 1-60 (2014), str.17.

neoborivosti. Za razliku od navedenih zakona, Porodični zakon Republike Srpske⁷ (dalje PZ RS) slijedi neoborivost *regulae iuris* iz rimskog prava budući da člankom 136. dopušta da se djeci začetoj uz pomoć potpomognute oplodnje, osporava samo očinstvo, bez dozvoljavanja prava osporavanja majčinstva.

Obiteljsko zakonodavstvo entiteta FBiH kao i Brčko Distrikta BiH jasno ukazuju na europsku tendenciju uređenja pojedinih instituta. Općeniti trendovi u Europi u oblasti obiteljskog prava, a samim time i njime pratećeg zakonodavstva jeste njegova modernizacija. Promjene koje se unose u nacionalna prava usmjerene su na to da se patrijarhalni pristup i na njemu zasnovana rješenja zamijene modernim te da se pravo koje ograničava, zabranjuje i sankcionira određena ponašanja članova obitelji transformira u pravo koje štiti interese članova obitelji kojima je potrebna pomoć i zaštita društva i države.⁸ Na izmjenu nacionalnih propisa utjecali su i utječu akti doneseni od institucija Europske unije i Vijeća Europe te praksa Europskog suda pravde i Europskog suda za ljudska prava.⁹ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje, EK)¹⁰ svoju izravnu i prioritarnu primjenu ima i na tlu Bosne i Hercegovine od 1995. godine (posredstvom Aneksa 4 i 6 Daytonskog mirovnog sporazuma), iako je Bosna i Hercegovina EK ratificirana tek u srpnju 2002. godine. Od tada spektar i načini zaštite ljudskih prava konstantno rastu, a ogroman značaj u tome ima Europski sud za ljudska prava (dalje, ESLJP).¹¹ Ratifikacijom EK omogućeno je građanima Bosne i Hercegovine da se obraćaju ESLJP, ukoliko smatraju da su im prava i slobode garantirane EK povrijeđena ili

7 Porodični zakon Republike Srpske (“*Službeni glasnik RS*”, broj: 54/02, 41/08, 63/14)

8 Bubić, S., *Uticaj evropskog prava na porodično pravo u Bosni i Hercegovini*, Razvoj porodičnog prava, od nacionalnog do evropskog, zbornik radova, Pravni fakultet “Univerzitet Džemal Bijedić”, Mostar, 2013., str.26.

9 *Ibid.*, str.27.

10 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, koja se obično naziva Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava, potpisana je u Rimu pod okriljem Vijeća Europe 4. studenog 1950. godine, a na snagu je stupila 3. rujna 1953. Temeljem Konvencije uspostavljen je sustav zaštite ljudskih prava na međunarodnoj razini te Europski sud za ljudska prava, koji omogućava pojedincima ili skupini pojedinaca da traže zaštitu svojih prava. Bosna i Hercegovina ratificirala je Konvenciju 12. 7. 2002. godine, a Ustav BiH (članak 2.) proglašava je izravno primjenjivom u Bosni i Hercegovini. (<http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=5894&langTag=bs-BA>, 02.09.2020.).

11 Europski sud za ljudska prava ustanovljen je Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i djeluje u okviru najstarije europske organizacije, Vijeća Europe. Sjedište Europskog suda za ljudska prava je u Strasbourgu, u Francuskoj, a službeni jezici Suda su engleski i francuski jezik. Pravila postupka pred Sudom regulirana su Poslovnikom Suda i Konvencijom. Bosna i Hercegovina je ratificirala Konvenciju dana 12.07.2002. godine i tim činom je prihvatila nadležnost Europskog suda za ljudska prava da odlučuje o aplikacijama/zahtjevima bilo koje fizičke osobe, nevladine organizacije, skupine pojedinaca ili druge države članice koji tvrde da su žrtve povrede prava utvrđenih u Konvenciji što ih je počinila Bosna i Hercegovina. Značajno je istaći da je obveza poštivanja prava i sloboda garantiranih Konvencijom i njenim protokolima u Bosni i Hercegovini nastala već stupanjem na snagu Ustava Bosne i Hercegovine dana 14.12.1995. godine koji u članu II proglašava Konvenciju izravno primjenjivom u Bosni i Hercegovini, dajući joj prioritet nad svim ostalim zakonima. Međutim, tek ratificiranjem Konvencije kao međunarodnog ugovora poštivanje prava i sloboda iz Konvencije i dodatnih protokola u Bosni i Hercegovini postalo je predmet kontrole od strane Europskog suda za ljudska prava.

(http://www.mhrr.gov.ba/ured_zastupnika/o_uredu/default.aspx?id=171&langTag=bs-BA, 02.09.2020.).

ugrožena, te ukoliko su iscrpili domaća pravna sredstva. Praksa Europskog suda za ljudska prava ima direktan uticaj na bosanskohercegovačko pravo, a isto djelovanje imaju i obavezujući akti Vijeća Evrope.

2. Podrijetlo djeteta u rimskom pravu i značenje *regulae iuris – mater semper certa est*

Rimljani nisu došli do shvaćanja da je obiteljsko pravo posebna grana prava. Za Gaja i Justinijanove kompilatore to je dio prava koji se odnosi na lica (*quod ad personas pertinet*). Iako je značaj obitelji tijekom povijesti opadao, zbog porasta broja propisa koji reguliraju odnose u braku i obitelji, uslijed razgranavanja pravnog sustava, vremenom je obiteljsko pravo postalo posebna grana prava. Obitelj, brak i srodstvo su osnovni instituti obiteljskog prava u rimskom pravu.¹²

Povijesno gledano rimska *familia*,¹³ monogamna obitelj s jako izraženom ulogom kućnog starješine, prošla je kroz tri oblika: konzorcijum (*consortium*) koja odgovara obiteljskim, odnosno patrijahalnim zadrugama; agnatska obitelj (*familia pecuniaque*) koja je karakteristika za razdoblje prve polovice republike; i kognatska obitelj koja je potisnula agnatsko srodstvo. Sve ove promjene oblika rimske obitelji rezultat su razvoja državnopravnog okruženja i svijesti pojedinca, ali ono što je bitno za uočiti jest da unatoč svim promjenama oblika obitelji osnovna pravna načela uređenja ovog odnosa egzistirala su kao temeljna i nepobitna stavka daljnjeg razvoja.

Familia je imala važnu ulogu u uređenju društvenopravnih odnosa, i u tom smislu bila je jedna od temeljnih instituta rimskog pravnog poretka, posebice u staro doba kada je i položaj pojedinca bio određen pripadnošću i položaju unutar određene obitelji.

Po shvaćanju rimskih pravnika, obitelj (*familia*) jest skupina osoba koje su bilo po prirodi (potomci po rođenju), bilo po pravu (na temelju braka, adopcije ili adrogacije) podređene vlasi jednoga. Iz te definicije se vidi da je u obiteljskim odnosima očinska vlast (*patria potestas*)¹⁴ shvaćena kao najbitniji element i da su,

12 Stanojević, O., *Rimsko pravo*, Magistrat, Sarajevo, 2000., str. 151.

13 Izraz *familia* „poprimio je različita značenja, odnosi se i na stvari i na osobe“ (D.50.16.195.1.). Već u Zakoniku XII.ploča pojavljuje se u dvojakom smislu: s jedne strane obuhvaća sve osobe koje su pod vlašću istog obiteljskog starješine (uključujući i žene u *manus* braku), u širem smislu i sve osobe povezane srodstvom descendent istog prednika; s druge strane izraz se odnosi i na cjelokupnu imovinu osobe, uključujući sve materijalne stvari i robove. U užem smislu *familia* označava i sve slugu u domaćinstvu, posebno robove i slobodne ljude koji dobronamjerno služe kao robovi. (Berger, A., *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, Philadelphia, 1968., str. 467.).

14 Očinska vlast (*patria potestas*) je doživotna i u najstarije vrijeme neograničena vlast kućnog starješine (*pater familias*) nad osobama i obiteljskom imovinom. Tijekom razdoblja došlo je do diferenciranja ovog pojma tako da se vlast nad robovima označavala kao *dominica potestas* vlast nad slobodnima koje bi pater familias ustupao drugima na određeno vrijeme – mancipium, vlast nad ženom – *manus*, a pojam *patria potestas* je ograničen na vlast na djecom (rođenom i usvojenom) i daljim potomcima. *Patria potestas* rimskog prava se ne može uspoređivati sa suvremenim pojmom roditeljskog prava jer je rimska očinska vlast trajala sve do smrti obiteljskog starješine i nije završavala punodobnošću podčinjenih; ovisne osobe su bile imovinskopravno nesposobne i sve što bi stjecale, pripadalo je kućnom starješini; *pater familias* je mogao podčinjene osobe prodati (*ius vendendi*), a u najstarije vrijeme je od-

izuzev *patrem familias*, koji je jedini bio osoba s punim pravnim ovlaštenjem, svi ostali imali nesamostalan položaj (*personae alieni iuris*).¹⁵ Gaj piše da su neka lica svojevlasna, neka su potčinjena tuđoj vlasti. Od onih koji su u tuđoj vlasti potčinjena neka su lica pod vlašću *potestas*, neka su pod rukom *manus*, neka u mancipijumu. (Gaj, Inst. 1, 48., 49.)¹⁶ *Pater familias* bio je jedini vlasnik sve imovine *familiae*, bilo da je naslijeđena ili na drugačiji način stečena. Unutar obitelji, bio je praktički autonoman, imao je *patria potestas*, vlast nad osobama, djecom i descendentima, i u ranom Rimu uglavnom, obično i nad svojom ženom. To je bila vlast koja je uključivala, barem teoretski, ovlast odlučivati o životu i smrti nad onima koji su pod njegovom vlasti.¹⁷ Bilo je pravo *pater familiasa* odlučiti hoće li novorođeno dijete u njegovoj *familiae* biti prihvaćeno, mogao je odraslog potomka usmrtniti, zbog ozbiljnog prijestupa i bez odobrenja države, iako obično tek nakon što bi se posavjetovao s obiteljskim vijećem.¹⁸

Vlast kućnog starješine rimski su pravници smatrali osobitom karakteristikom svoga društva, pa tako Gaj u Institucijama navodi: „Također pod našom su vlasti i naša djeca koje smo rodili u zakonitom braku. To je pravo karakteristično za rimske građane, teško da postoje drugih ljudi koji bi imali takvu vlast prema svojoj djeci kao što ju mi imamo.“ (Gaj, Inst. 1,55).¹⁹ Građani su bili ili osobe *sui iuris* (svojevlasne osobe) koje su bile nezavisne od obiteljske vlasti, ili *alieni iuris* (osobe pod vlašću drugoga) osobe potčinjene vlasti kućnog starješine. I jedni i drugi uživali su i pravo slobode i građanstva, ali razlika je bila velika između osoba *sub patria potestae* (pod vlašću *paterfamiliasa*) i osoba čiji otac je umro ili je osoba bila emancipirana od očinske vlasti.²⁰

2.1. Reguliranje podrijetla djeteta u rimskom pravu

Reguliranje podrijetla djeteta u rimskom pravu najbolje je opisano u fragmentu klasičnog rimskog pravnika Paula (Paulus):²¹

lučivao o njihovom životu i smrti (*ius vitae ac necis*), kao i o njihovom kažnjavanju. Šarac, M., Lučić, Z., *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., str. 71.

15 Romac, A., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 2002., str. 113.

16 Danilović, J., Stanojević, O., *Tekstovi iz rimskog prava*, deveto izdanje, Službeni list SCG, Beograd, 2003., str. 51.- 52.

17 Gardner, J.F., *Family and Familia in Roman Law and Life*, Clarendon Press, 1998., Oxford, str. 2.

18 Saller, R., *Patria potestas and the stereotype of the Roman family*, Cambridge University Press, str. 7., (<https://www.cambridge.org/core/journals/continuity-and-change/article/patria-potestas-and-the-stereotype-of-the-roman-family/B4AD07E3BC9D98046015831C455DF3E4>, 21.09.2020.)

19 Stanojević, O., *Gaj – Institucije, Gai Institutionum comentarii*, Nolit, Beograd, 1982., str. 45. – 46.

20 Hadley, J., *Introduction to Roman law in twelve academical lectures*, D. Appleton and company, New York, 1907., str. 107.

21 Paul (Paulus, Iulius), čuveni pravnik čija je plodna književna djelatnost (oko 320 knjiga) dala priliku Justinijanovim kompilatorima da opsežno objavljuju njegova djela u Digestama. Datumi njegovog rođenja i smrti su nepoznati. Bio je član carskog vijeća za vladavine Septimija Severa i Karakle i *praefectus praetario* za vladavine Aleksandra Severa. Njegova djela su napisana u prvim desetljećima trećeg stoljeća. Autor je opsežnih komentara na pretorske Edikte (u 80 knjiga) i rasprava na *ius civile* (*ad Sabinum*, u 16 knjiga). Među njegovim spisima su i komentari na radove nekih ranijih pravnika i velik broj monografija na različite teme javnog, fiskalnog, privatnog i kaznenog prava. U novijoj literaturi

D.2,4,5 *Paulus libro quatro ad edictom: (Mater semper) certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.* (Majku je uvijek lako utvrditi, čak iako je vanbračno rodila, dok se ocem smatra onaj na koga ukazuje brak).²²

Mater semper certa est, majka je uvijek poznata; u rimskoj pravnoj tradiciji, izreka koja sadržava temeljno pravilo reguliranja podrijetla od majke, prema kojem je djetetova majka za razliku od oca uvijek poznata, odnosno, majka djeteta jest žena koja ga je rodila.²³ Ovo načelo sadrži u sebi neoborivu predmnjevu (*praesumptio iuris et de iure*) prema kojoj protudokaz uopće nije dopušten.

Za razliku od majke koja je, u rimskom pravu, uvijek bila poznata za podrijetlo djeteta od oca vezala se neizvjesnost (*pater semper incertus*), te je za određivanje podrijetla od oca vrijedila *praesumptio iuris* (predmnjeva) očinstva, prema kojoj se ocem djeteta smatrao muž majke (*pater is estquem nuptiae demonstrant*), te bi rođenjem u valjanom rimskom braku djeca dolazila pod očinsku vlast.

2.2. Utjecaj braka i drugih oblika zajedništva rimskog prava na pravni status djece.

U odnosu na status djece glavnu odrednicu činila je razlika između civilnog braka i ostalih oblika zajedništva. Ovi posljednji bili su uređeni po *ius gentium* i po rođenju djeca su slijedila status majke kakav je bio u vrijeme rođenja. Ako se radilo o civilnom braku, očev status u vrijeme začeća je bio taj koji je prevagnuo.²⁴ Rimsko pravo poznavalo je dvije vrste braka: 1) *ex iure civili*, koji je *matrimonium iustum* (Gaj, Inst. 76), *legilimum* (D. I, 5, 24), *iure contractum* (Ulp. V 10), drugim riječima *iustae nuptiae*, koji proizvodi građanske učinke braka. 2) *ex iure gentium*, koji je, *matrimonium iniustum* ili *non legitimum*, sklopljen između osoba koje ne posjeduju *connubium*.²⁵ Neizbježni i nužni odnosi s peregirima natjerali su Rimljane da reguliraju zajednicu i s drugim osobama. Takav brak nije bio *iustum matrimonium*, ali nije bio ni konkubinatus. Djeca iz takve zajednice imala su priznatog oca u pravnom smislu riječi. Ipak, nisu bili opravdani *liberi* i slijedili su, na osnovu prihvaćenih principa, status majke.²⁶ Djeca rođena u konkubinatu (*concupinatus*), zajednici života dviju osoba različitog spola, bez *affectio maritalis*, s ocem nisu bila niti u kakvoj pravnoj vezi, te su u svom pravnom položaju slijedili položaj majke, a što je

postoji tendencija negiranja Paulovog autorstva za više djela, tendencija koja nije oslobođena preuveličavanja. Paul nije bio nekritičan kompilator, često je samostalno izražavao mišljenja i neke njegove kritičke opaske, posebno na odluke nekih ranijih pravnika, pružaju dokaz bistrine njegovog jurističkog razmišljanja. Berger, A., *op.cit.*, str. 623.

22 Romac, A., *Izvori Rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1973.str. 181.

23 Petrak, M., *Traditio iuridica*, Vol. I. *regulae iuris*, Novi informator, Zagreb, 2010., str. 81.

24 Prichard, A.M., *Leages Roman Private Law, founded on the Institutes of Gaius and Justinian*, Third edition, Macmillan& CO LTD, London, 1961., str. 98.

25 Stocquart, E., (1907). Sherman, C.P.(ed.), prevedeno od strane Bierkan, A., *Marriage in Roman Law*, Yale Law Journal. 16 (5): 303–327. doi:10.2307/785389. JSTOR 785389.Retrieved 2020-09-15, str. 304. (<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1887&context=yjlj>, 19.09.2020.)

26 *Ibid*, str. 316.

utjecalo na pravni položaj takve djece u društvu budući da nisu potpadali pod *patria potestas* svoga oca, niti su bili njegovi zakonski nasljednici. Sličan položaj imala su djeca iz kontuberniuma (*contubernium*), zajednici života između robova ili između roba i slobodne osobe.

Iustae nuptiae označavao je valjan brak između dvije osobe koje su imale *connubium*, sposobnost sklapanja rimskog braka.²⁷ Dakle, samo brak između osoba koje su posjedovale *ius connubium* nazivao se *matrimonium iustum*, a to znači da samo djeca iz takvog braka slijede pravni status svoga oca, čime su potpadali i pod njegovu *patria potestas*.

Prevladavajući izvor *patria potestas* doveo je do toga da Rimljani ustanove dva oblika *iustae nuptiae*: brak *cum manu* i brak *sine manu*. Ove dvije vrste bračnih zajednica koegzistirale su tijekom nekoliko stoljeća, sve do ranog Carstva. Otuda dvije vrste zakonitih supruga: *materfamilia*, koja postaje članom nove obitelji, ali samo ako prekine sve svoje veze s prijašnjom obitelji, i *matrona*, koja je, ostajući članom svoje obitelji, zadržava svoje bogove, vlastito imanje, samo odlazi od svog oca ili agnata.²⁸

U braku *cum manu* (lat. *manus* – ruka, u prenesenom značenju označava vlast) žena ulazi u muževu obitelj, potpada pod njegovu vlast (*manus*) i svom imenu dodaje ime muža. Da bi osobe uopće mogle sklopiti brak *cum manu* morale su biti ispunjene određene pretpostavke za sklapanje tog braka, odnosno budući supružnici morali su posjedovati *ius connubi*, potrebna je bila suglasnost njihovih obiteljskih starješina, posjedovanje prirodne i djelatne sposobnosti, te ne postojanje bračnih smetnji (apsolutne i relativne bračne smetnje).²⁹ Gaj ističe da, dok se pod *patria potestas* nalaze i muška i ženska lica, pod *manus* dolaze samo žene (Gaj, Instit. 1, 109 – 113).³⁰

27 Buckland, W.W. *A text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge at the University Press, 1921., str. 105.

28 Stocquart, E., *op.cit.*, str. 310.

29 Apsolutne su zapreke: već postojeći brak, jer je rimski brak u povijesno doba bio monogaman, zatim ropstvo, a u kršćansko doba zavjet čistoće i viši redovi. U doba principata postojala je i apsolutna zabrana braka za vojnike u vrijeme vojne službe. Relativne su: krvno srodstvo, tazbina, u carsko doba zabranjen je brak tutora i njegove štićenice, održano vrijeme žalosti za udovice. Vidi: Horvat, M., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1998., str. 73.

30 Nekada su žene pod *manus* dolazile na tri načina: putem *usus-a*, *farreus-a* i *coempti-a*. *Ususom* (upotrebom) je dolazila pod *manus* ona koja je neprekidno godinu dana živjela s njim kao žena jer je jednogodišnjom posjedovanjem postojala neka vrsta dosjeloosti, te je prelazila u obitelj muža i dobivala pravni položaj kćeri. Zakon XII ploča je propisao da žena, koja ne bi željela da ovim putem dođe pod *manus* muža, treba odsustvovati svake godine tri noći (uzastopno) i tako prekine dosjeloost od godinu dana. Ali sva ova pravila su dijelom ukinuta zakonima, dijelom su izišla iz upotrebe, jer su izobičajena. Žrtvenim kruhom dolaze žene pod *manus* muža putem jedne vrste prinošenja žrtve Jupiteru *Fareusu*, kojom prilikom se koristio kruh od fara, stoga se naziva konfareacija. U izvršenju ovih radnji obavlja se više drugih radnji sa utvrđenim i svečanim riječima u prisustvu deset svjedoka. Koempcijom dolazi žena pod *manus* putem mancipacije, putem neke vrste prividne prodaje, jer čovjek kupuje ženu pred najmanje pet svjedoka, punoljetnih rimskih građana i pred službenim mjeracem (*libripens*), kupuje ženu onaj pod čiji *manus* dolazi. (Stanojević, O., *Institucije...*, *op.cit.*, str. 61.)

Brak *cum manu* je uspostavljan radi općih interesa obitelji, a ne radi osobnih interesa supružnika, jer su interesi obitelji stavljeni ispred interesa pojedinaca. Svrha braka bila je da se osigura potomstvo i kontinuitet obitelji, kako bi domaćinstvo imalo što više članova koji će obrađivati zemlju. Brak je po svojoj prirodi bio monogaman, poligamija je zakonom bila zabranjena. Međutim, u kasnijem periodu događalo se da imućniji ljudi, pored zakonite žene, imaju robinje i konkubine, što nije smatrano nezakonitim i nemoralnim. Ukoliko bi brak bio zaključen između lica *alieni iuris* (lica koja žive po tuđem, a ne svom pravu) za njegovo zaključenje tražila se isključivo suglasnost *pater familias*-a, dok je suglasnost volja supružnika (*affectio maritalis*) počela da se zahtjeva tek u kasnijem periodu. Pravo na raskid braka je pripadalo samo mužu ili njegovom *paterfamilias*-u, dok žena nije imala to pravo. Uobičajeni način za prestanak braka bila je smrt jednog od supružnika, ali i gubitkom slobode nekog od njih ili gubitkom *ius connubii*.³¹

Prateći trendove razvoja države, tržišta, poboljšanje prava i položaja žena, potkraj republike dogodile su se i promjene vezane za sklapanje braka. Tako i brak *cum manu* polako gubi svoj značaj i opća praksa polako postaje brak *sine manu*. Brak *sine manu* u prvom redu oslikava veću samostalnost žene u odnosu prema mužu, odnosno muž gubi svoju potpunu vlast (*manus*) nad ženom. Žena je zadržavala vezu sa svojom agnatskom obitelji i zakonsko nasljedno pravo u toj obitelji. Ako je žena bila *sui iuris* u trenutku sklapanja braka to bi i ostavla i nakon sklapanja braka *sine manu* i zadržavala je svoju imovinu, budući da je imovina supružnika bila razdvojena, vrijedilo je načelo razlučene imovine. U slučaju da je žena u trenutku sklapanja braka bila *alieni iuris*, imovinu bi stjecala za svog imatelja. Za zaključivanje braka *sine manu* nisu zahtjevani neki posebni postupci i formalnosti već je bila dovoljno da između budućih supružnika postoji *affectio maritalis* i faktička zajednica života. Ipak, niti u braku *sine manu* ne možemo govoriti o potpunoj samostalnosti žene, jer žena je imala i određene obveze iz takvoga braka koje su je ipak činile zavisnom od muža, ali u puno manjoj mjeri nego u braku *cum manu*.

Pravne posljedice zaključenja ovog braka su imale utjecaj na položaj i žene i djece rođene u ovom braku: oni su dobivali društveni status supruga, odnosno muža, a žena je imala obvezu da bude vjerna, živi u domaćinstvu muža i materijalno ga pomaže.³²

U odnosu na razvod kao jedan od razloga prestanka braka (među ostalim razlozima su i smrt jednog od bračnih drugova, *capitis deminutio maxima*, naknadnu bračnu smetnju), bitno je istaknuti da se razvod razlikovao u odnosu je li brak sklopljen *cum manu* ili *sine manu*. Naime, kod razvoda braka *cum manu*, koji se razvodio po načelima starog rimskog prava, žena nije imala pravo sama odlučivati o razvodu jer je to pravo pripadalo njezinom mužu ili njegovom *pater familiasu*. Za razliku od toga u braku *sine manu* pravo na razvod jednako su imali i žena i muž, pa i njihovi *pater familias*, iako je to pravo očeva kasnije bilo zabranjeno.

31 Stefanović, D.N., Zarubica, S., *Koncept braka u rimskom pravu i položaj žene u njemu*, Pravo- teorija i praksa, Novi Sad, broj 2 / 2020, str. 38.

32 *Ibid.*, str. 42.

Za dokazivanje bračnosti³³ djeteta u najstarije doba nije bilo nekih posebnih pravila, sve je zavisilo od toga da li će *pater familias* po svojoj volji priznati dijete. To je simbolično izvodio tako, da mu je novorođeno dijete polagano pred noge, pa ako bi ga *pater familias* podigao na ruke (*tollere liberum*), uzimalo se da ga je time priznao i prihvatio kao člana obitelji. U kasnije su doba uz spomenutu presumpciju, uvedena i neka druga pravila za utvrđivanje bračnosti, pa je tako predviđeno da će se bračnim smatrati dijete rođeno nakon 182. do 300. dana poslije sklapanja braka. Ako je brak prestao razvodom, žena je po jednom senatskom mišljenju (*SC Plancianum*, iz doba Vespazijana) morala najkasnije u roku od mjesec dana obavijestiti muža da je s njim noseća, jer je u protivnom on mogao osporiti očinstvo. Dijete je bilo ovlašteno da i samo traži priznanje zakonitosti rođenja posebnim pravnim sredstvom (*praeiudicium edicto perpetuopropositum*), što ga je uvelo pretorsko pravo. U Justinijanovom pravu to se sredstvo zove *praeiudicium de partu agnoscendo*.³⁴ Djeca rođena u braku bez *connubium*-a, gdje je brak bio priznat samo *iure gentium*, a ne *iure civil*, bila su *fili iniusti*, te su prema ocu bili samo u kognatskom odnosu. Djeca iz konkubinata (*liberi naturales*) i druga izvanbračna djeca također nemaju pravne veze prema ocu, već stoje u rodbinskom odnosu (*cognatio*) prema majci i njenim rođacima.³⁵

2.3. Utjecaj pravnog položaja žene u rimskom pravu i obitelji na načelo *mater semper certa est*

*D.1,5,9 Papinians libro trigensimo primo quaestionum In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.*³⁶

Položaj žene u starom Rimu bio daleko nepovoljniji od položaja muškarca. Uz nekolicinu izuzetaka sve žene u Rimu su tijekom cijelog života bile pod određenim stupnjem ograničenja poslovne sposobnosti. Ovlast za djelovanje morala je biti pribavljena, ili dodijeljena, od strane muškarca oca, muža ili tutora.³⁷ Poslovna sposobnost žene tijekom duljeg perioda bila je ograničena, žena u potpunosti isključena iz svih javnih prava, potčinjena *pater familias*-u ili stupanjem u brak potčinjena muževoj vlasti (*manus*), (naprijed je prikazano kako je u braku *cum manu* žena bila u potpunosti potčinjena vlasti muža, dok je veću samostalnost u odnosu na muža imala u *brakusine manu*).³⁸

33 Rođenjem dolazi pod *patria potestatem* dijete začeto i rođeno u zakonitom rimskom braku (*matrionium legitimum*). Kao zakonita i po ocu začeta (*fili iusti, legitimi*) smatrala su se djeca koja su rođena za trajanja takva braka. Horvat, M., *op.cit.*, str.83.

34 Romac, A., *Rimsko...*, *op.cit.*, str. 136.

35 Horvat, M., *op.cit.*, str. 84.

36 Po mnogim propisima našeg prava nepovoljniji je položaj žena nego muškaraca. Romac, A., *Izvori...*, *op.cit.*, str. 151.

37 Sve do vremena Augusta jedini izuzetak bile su šest djevoja Vestalki, poslije Augusta slobodne žene koje su rodile troje djece ili oslobođene žene koje su rodile četvero djece i koje su bile *sui iuris* (neovisne, u smislu subjekta pod kontrolom nit oca niti muža), bile su u mogućnosti osloboditi se tutora. Gardner, J. F., *Women in Roman Law and Society*, Indiana University Press, 1991., str. 5.

38 „*Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sin, propter animi levitatem in tutela esse.*“ (Gaj, Inst., 1.144 „Naši stari su željeli da žene, i one dorasle dobi zbog svojejevsne im lakomisle-

Ovaj prvobitno izuzetno nepovoljan i ponižavajući status koji je imala žena vremenom će se mijenjati, te će žena vremenom dobivati sve značajniju ulogu u društvu i obitelji, kao jezgri zajednice.³⁹

Ipak, uz činjenicu da su žene bile u znatno nepovoljnijem položaju u odnosu na muški rod, vidimo kako, sukladno pravnoj reguli *mater semper certa est*, niti u jednom trenutku nije dovedeno u pitanje njezino majčinstvo prema djeci koje je rodila, bez obzira radi li se o djeci rođenoj u zakonitom rimskom braku, braku bez *connubium*-a, djeci iz konkubinata i drugoj izvanbračnoj djeci. U starom Rimu, patrijahalno uređenom u oblasti obiteljskih odnosa, Paulovom regulom možda se htjelo ukazati naznačaj koji u životu djeteta ima njegova biološka majka, te se time osigurati pravo djeteta na sigurnost svog podrijetla.

3. Austrijski opći građanski zakonik iz 1811. u Bosni i Hercegovini i *regulae iuris mater semper certa est*

Bosna i Hercegovina je stoljećima pripadala nemalom europskom krugu zemalja čiji je pravni sustav bio baziran na recepciji rimskog prava.⁴⁰ Europsko kontinentalni sustav prava se naziva još i civilnim sustavom prava. Zemlje civilnog prava svoj naziv duguju Rimljanima, pošto se zbog shvaćanja ovog sustava polazi od značenja riječi *civilis*.⁴¹ Justinijanova kodifikacija koju je prvi put priredio i odtiskao Gotofredus sredinom XVI. stoljeća, naziva se *Corpus iuris civilis*, a što označava zbornik rimskog prava.⁴² Dakle, kada koristimo terminologiju „zemlje civilnog prava“, mislimo na one pravne sustave koji su nastali na tradiciji rimskog građanskog prava, jer je vremenom riječ *civilis* dobila značenje privatnog-građanskog prava. Zbog utjecaja germanskog običajnog prava ovaj pravni sistem se označava i kao rimskogermanski. Najvažniji faktori nastanka ovog pravnog sustav su: rimska pravna tradicija, prirodNOPravna teorija, germansko običajno pravo i kanonsko pravo. Nisu rijetki ni oni koji su ovaj pravni sustav skloni nazvati eurokontinentalnim kako bi ukazali na odvojenost ovog sistema u odnosu na one koji su također europski ali nisu

nosti, budu pod tutorstvom“), priopćuje Gaj argumente *veteres*, ali u drugom tekstu *ad limine* odbacuje „uobičajeno mišljenje“ o urođenoj lakomisenosti žena, rezultno konstatira da ne postoji nijedan valjan razlog („... *nulla pretiosa ratio*...“) da žene dorasle dobi budu pod tutorstvom te smatra da je taj nadzor u biti više prividan nego stvaran. U Ulpijanovom traktatu nalazimo tek kratku konstataciju da ženama – i nedoraslim i doraslim, „zbog slabosti spola te zbog nepoznavanja sudskih stvari“, treba postaviti tutore. Apostolova Maršavelski, M., *Rimska Tutela mulierum u opisima klasika*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 55 (3-4) 1001 – 1017 (2005.), str. 1002- 1003.

39 Huseinspahić, A., *Tutela mulierum i pravni položaj žene u starom vijeku*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici 4 (08), str. 219.

40 Huseinspahić, *Tragovi velikih pravnih sistema u Bosni i Hercegovini*, Pravna misao, br.3-4, Sarajevo, 2004., str. 8.

41 *Ibid.*, str. 10.

42 Temeljne postavke koje su istaknute u Justinijanovoj kodifikaciji nalaze svoje uporište u najvažnijim pravnim i političkim dokumentima, u procesu formiranja velikih nacionalnih država u američkoj Deklaraciji o nezavisnosti iz 1776. godine i francuskoj Deklaraciji o pravima čovjeka i građanina iz 1789. (Bandović, S., *Institucije kao dio sistema Justinijanove kodifikacije*, Magistrat, Sarajevo, 2007., str.175.).Usp. *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007.(dalje, Pravni leksikon), str.166-167.

civilni poput pravnog sustava Engleske.⁴³ Civilno pravo ima korijene u rimskom pravu koje je kodificirano *Copus iuris civilisom*. Recepcija rimskog prava okončana je u većini europskih zemalja donošenjem građanski zakonika tijekom XIX. i u XX.stoljeća.⁴⁴ Pravne norme ovog sustava su sadržane u građanskim kodifikacijama, poput francuskog *Code civil-a* (1804.), austrijskog *Bürgerliches Gesetzbuch* (1811.), njemačkog *Bürgerliches Gesetzbuch* (1896.), japanskog građanskog zakonika (1896.), švicarskog *Zivilgesetzbuch* (1907.) i talijanskog *Codice civile* (1942.). Među ovim kodeksima postoje značajne razlike koje su često grupirane u dvije porodice, romansku i germansku.⁴⁵ U Bosni i Hercegovini u primjeni je bio austrijski građanski zakonik iz 1811.godine koji je imao specifičnu primjenu, naime on se primjenjivao kao supsidijaran izvor prava, te nije nikada službeno proglašen za Bosnu i Hercegovinu. Primjenjivale su se i to s izmjenama i modifikacijama samo njegove obveznopravne norme dok je bračno i obiteljsko pravo zadržalo skoro isključivu konfesionalnu narav.⁴⁶ Austrijski opći građanski zakonik (u daljnjem tekstu OGZ) bio je jedna od najutjecajnijih građanskih kodifikacija. Proglašen je carskim patentom 1.lipnja 1811. godine. Temeljio se na rimskom pravu, učenju privatnopravne škole i na idejama prosvjetiteljstva. Sastojao se iz 1502 člana, a tekst je podijeljen na uvod i tri dijela (*personae, res, actiones*) vodeći se načelom tripartitne podjele koju donose Gajeve Institucije.⁴⁷ Proces kodifikacije građanskog prava započeo je u Austriji u vrijeme Marije Terezije (1740.-1780.), a 1753. godine formirana je komisija za izradu zakonika koji bi vrijedio za sve podanike habsburških

43 Podrobnije o navedenoj tematici: Huseinspahić, A., *Tragovi velikih pravnih sistema ...op.cit.*, str.7-37.

44 Recepcija je proces postupnog preuzimanja rimskog prava u državama zapadne i srednje Europe kao pozitivnog prava u srednjovjekovnome i ranome modernom razdoblju. Do recepcije je najprije došlo u sjevernoj Italiji i Južnoj Francuskoj početkom XII.stoljeća. Presudan utjecaj na recepciju rimskog prava imali su glosatori i postglosatori koji su prilagođavali pravila rimskog prava sa kanonskim i običajnim pravom, te je na taj način nastao sustav recepcipiranog rimskog prava kao općeg ili *ius commune* prava koji se koristio kao supsidijarno pravo za sve one slučajeve koji nisu bili regulirani partikularnim pravom. Nadalje, bitnu ulogu u procesu recepcije rimskog prava odigrali su njemački carevi koji su se smatrali nasljednicima rimskih imperatora, ali ipak presudan utjecaj pripada kanonskom pravu. (Pravni leksikon, *op.cit.*, str.1389-1390).

45 *Ibid.*

46 Više o tome: Jonjić, T., *Ivo Pilar o recepciji austrijskoga Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini*, Pilar- časopis za društvene i humanističke studije, Zagreb, Institut društvenih znanosti Ivo Pilar, broj 13(1), 2012., str. 122-126.; Usp. Spajić, V., *Naljednopravni običaji u Bosni i Hercegovini nakon Austro-Ugarske okupacije*, Radovi, Sarajevo, Akademija nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, Knjiga XXXII., Odjeljenje društvenih nauka, 1967., knjiga 11., str. 53-101.

47 Gaius, rimski pravnik koji je za života (110.-180.n.e) bio malo poznat, ali je kasnije zahvaljujući svojim djelima stekao velik ugled. Jedno od njih *Institutiones commentarii quattuor*, sačuvano je u nepromijenjenom obliku kao jedino djelo iz perioda klasičnog prava. (Ramac, Ante *Riječnik latinskih pravnih izraza. Vademecum iuridicum*, Zagreb, Informator, 1992., str.656.-657.) Usp. Gajeve Institucije su bile sve do dvadesetih godina prošlog stoljeća poznate samo po malobrojnim odlomcima iz Digesta i preko Justinijanovih Institucija. 1816, njemački historičar Niebuhr otkrio je tekst na jednom palimpsestu kaptolske biblioteke u Veroni, te ga je potom objavio. Sistem izlaganja privatnog prava koji je upotrijebio Gaius u Institucijama, imao je velik utjecaj na pravnu znanost i zakonodavstvo. Osim Justinijanovih Institucija, brojni građanski zakonici preuzeli su triparticiju odnosno način izlaganja materije onako kako je to učinio Gaius (*res, personae, actiones*). Više o tome: Romac, A., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Zagreb, Zagreb, 2007., str. 44.-45.

nasljednih zemalja i koji bi primjenjivali svi državni sudovi.⁴⁸ Rezultat rada ove komisije bio je nacrt zakona poznat kao *Codex Theresianus iuris civilis* međutim zbog nejasnoće i preopširnosti ovaj nacrt je odbijen. Nova je komisija formirana 1722.godine te je izradila jasniji i sažetiji tekst, a narednih godina nastavljen je rad na tekstu koji je konačno za vrijeme vladavine Franje II. (1792.-1835.) završen. U finaliziranju ovoga opsežnog projekta zaslužna je komisija na čelu sa najvećim znanstvenim autoritetom u povijesti austrijskih kodifikacija, profesorom *Franz von Zeiller-om* koji se pri izradi zakona oslanjao na učenje prirodnoga prava i na prosvjetiteljske ideje. U prvome dijelu sadržane su odredbe o osobnome pravu, a u svezi s tim i o obiteljskom pravu (paragrafi 1-308.).⁴⁹

Drugi dio sadrži podjelu na stvarno, (paragrafi 309.-530.), nasljedno (paragrafi 531.-858.) i obvezno pravo (paragrafi 859.-1341.), a nakon općih propisa o obvezama navode se posebne vrste ugovora, dok treći dio sadrži opće norme zajedničke za prethodna dva dijela (paragrafi 1342.-1502.).⁵⁰ OGZ je legalizirao privatno vlasništvo, slobodu ugovaranja i slobodu oporučnog raspolaganja imovinom. Noveliran je u više navrata, 1914., 1915., i 1916. godine.⁵¹ Zakonik je nazvan općim jer se time isticao njegov nestaleški karakter koji je trebao vrijediti za sve stanovnike jednako. OGZ je imao snažan utjecaj na europski pravni sustav.⁵² OGZ jedna je od žarišnih točaka moderne europske pravne kulture kako po svojim obilježjima tako i po utjecaju kojemu u zemljama srednje i istočne Europe teško da ima ravna. Na tome je području OGZ utjecao na oblikovanje pravnih pojmova kao i na uobličavanje šire pravne svijesti i pravne kulture.⁵³ Odredbama najvažnije kodifikacije građanskog prava, OGZ-a, koja se koristila kao supsidijaran izvor prava u Bosni i Hercegovini u vrijeme austrougarske uprave, o odnosima roditelja i djece vidljivo je kako OGZ pravi značajnu razliku između bračne⁵⁴ i izvanbračne djece⁵⁵, koja ne uživaju jednaka

48 Karčić, F., *Moderne pravne kodifikacije, predavanja i zakonski tekstovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., str.43.

49 Engelsfeld, N., *Povijest hrvatske države i prava. Razdoblje od 18. do 20.stoljeća*, Pravni fakultet Sveučilište u Zagrebu, Zagreb, 2006., str. 98.

50 *Ibid.*

51 Te novele vrijedile su u austrijskom dijelu Monarhije u Istri i Dalmaciji te u slovenskim zemljama, a za Hrvatsku i Slavoniju ostao je neizmjenjeni zakonski tekst. Novelema se pokušao zastarjeli građanski kodeks prilagoditi potrebama i zahtjevima ekonomskog, društvenog i pravnog razvitka srednjoeuropskog kapitalizma na početku 20.stoljeća. (Engelsfeld, N., *op.cit.*, str.99.)

52 Više o primjeni OGZ-a u Europi vidjeti: *Von ABGB zum Europäischen Privatrecht, 200 Jahre Allgemeines Gesetzchbuch in Europa*, Rudolf Eeiser, Wien, 2012.

53 Čepulo, D., *Tradicija i modernizacija: "iritantnost" općeg građanskog zakonika u hrvatskom pravnom sustavu*, *Liber amicorum Nikola Gavella*, u Zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavella, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007., str.1.-2.

54 Čl. 137. – 138. OGZ (Austrijski građanski zakonik, Nova štamparija, Beograd 1906.,str. 19.): Kad se u braku rode djeca, onda postaju nov pripadnik, odnosno: time se zasnivaju prava i obveze između bračnih roditelja i djece. Pretpostavlja se da su bračna djeca ona: koje je supruga rodila u 7.mjesecu po zaključenju braka ili u 10.mjesecu bilo po smrti muža ili po potpunom razrješenju bračne veze.

55 Čl. 155. – 156. OGZ-a (*Ibid.*, str. 21.) Izvanbračna djeca ne uživaju ista prava koja uživaju bračna. Po pravu se pretpostavlja da su ona djeca izvanbračna, koju je istina rodila supruga, ali prije ili poslije zakonskog roka, gore, obzirom na zaključenje ili razrješenje braka. Ali ova pravna pretpostavka nastupa kod ranijeg rođenja tek onda ako muž koji za trudnoću prije ženidbe nije znao, nadalje, za 3 mjeseca po dobivenom glasu o rođenju djeteta sudskim putem ospori da je on otac djeteta.

prava kao i bračna. Prema odredbama čl. 165. OGZ-a izvanbračna djeca lišena su u općem obiteljskih i srodničkih prava; ona nemaju prava niti na obiteljsko ime očevo, niti na plemstvo, grb i druge oznake roditelja. Ona nose prezime majčino. OGZ ne nudi zakonsku definiciju majke. S obzirom da ne nudi definiciju, time zakonik slijedi *regulae iuris mater semper certa est*, budući da niti ne dovodi u pitanje osobu majke, jer slijedom prirodnih načela, majku vidi samo kao osobu koja je dijete rodila.

4. Obiteljsko uređenje između dva svjetska rata (1918.-1941.)

Prva zajednička južnoslavenska država, Kraljevina Srba Hrvata i Slovenaca koja se formirala prvoprosinačkim aktom 1918. godinenije bila jedinstveno pravno područje, sastojala se od šest pravnih područja a samim time i tradicija. Pravna heterogenost u državi se ogledala u postojanju dva područja prava, prava koje je bilo izjednačeno na državnoj razini i prava koje nije bilo moguće izjednačiti zbog nejednakih naslijeđenih pravnih tradicija pojedinih zemalja iz ranijeg državnopravnog uređenja. Specifične grane prava, imovinsko i bračno bilo je neunificirano jer su se u tim granama primjenjivali propisi koje je stara Jugoslavija, zatekla u pojedinim zemljama. Osnovna karakteristika bosanskohercegovačkog pravnog područja, kao jednog od šest pravnih područja jeste zadržavanje imovinskopravnih odnosa iz austrougarskog perioda.⁵⁶ U pogledu obiteljskih, bračnih i nasljednih odnosa ostaje na snazi vjersko pravo, koje za stanovnike islamske vjeroispovijesti znači primjenu šerijatskog prava, a za kršćansko stanovništvo kanonskog prava. U tom pogledu i Židovi na području BiH su imali svoju vjersku autonomiju. Na području BiH upotrebljavale su se dvije pravne kodifikacije, i to OGZ i Medžella. Bosna i Hercegovina u periodu između dva svjetska rata može se uzeti kao primjer pravnog „dualizma“. ⁵⁷ Što se tiče bračnog prava vrijedilo je isključivo vjersko pravo (konfesionalno-crkveno) što je bila specifičnog bosanskohercegovačkog područja, budući da je u svim drugim pravnim područjima vrijedilo osim vjerskog prava, djelomično barem i civilno bračno pravo.⁵⁸ U odnosu na razvoj osobnog i obiteljskog prava u Jugoslaviji od 1918. do 1941. godine nije u spomenutom razdoblju doneseno mnogo novih propisa osim odredaba u Vidovdanskom i Oktroiranom ustavu i nekih manje značajnih propisa koje međutim, u suštini nisu izmijenili pravno stanje naslijeđeno iz prijašnjih sistema.⁵⁹ Pravna nejednakost građana s obzirom na njihovu vjersku pripadnost se možda najbolje oslikavala na području raskida braka, gdje je građanin muslimanske vjere mogao raskinuti svoju bračnu vezu jednostavno svojom izjavom po šerijatskom pravu, (*talak*), građanin židovske vjere pitanje raskida braka, mogao je okončati “raspusnim pismom”, građanin pravoslavne vjere je mogao dobiti raskid nakon brakorazvodne parnice pred crkvenim sudom, dok se pripadnik katolike crkve primjerice nije mogao uopće osloboditi svojeg sakramentalnog braka.⁶⁰

⁵⁶ Više o tome: Čulinović, F., *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX, i XX. vijeka . Srbija, Crna Gora, Makedonija, stara Jugoslavija (1918.-1941), Nova Jugoslavija*, Školska knjiga, Zagreb, 1959., str.311.

⁵⁷ Mutapčić, E., *Austrijski građanski zakonik i njegova primjena u BiH poslije 1918, u Austrijski građanski zakonik 1811.-2011- zbornik radova, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli i Pravni fakultet Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Tuzla, 2014., str. 166*

⁵⁸ Čulinović, F., *op.cit.*, str. 311.

⁵⁹ *Ibid.*, 319.

⁶⁰ Čulinović, F., *op.cit.*, 319.

4.1. Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece FNRJ

Pravni poredak koji se stvarao u vremenu nakon Drugog svjetskog rata, temeljio se na odlukama i zakonskim aktima AVNOJ-a i Privremene narodne skupštine uz načelni raskid sa prijašnjim pravnim sustavom. U ovom povijesno pravnom razdoblju kreće se sa donošenjem pravnih propisa iz oblasti obiteljskog prava, tako da je u tom smislu donesen Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece 1947. godine (dalje, OZORD)⁶¹ koji je postavio osnovne principe odnosa roditelja i djece te međusobna prava i dužnosti bližih srodnika. OZORD je regulirao prava i dužnosti roditelja i djece, kao i međusobna prava i dužnosti bližih srodnika. Republikama, a samim time i Bosni i Hercegovini je ostavljena mogućnost da neka pitanja iz ove oblasti bliže reguliraju svojim propisima, međutim sve do donošenja Porodičnog zakona Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine 1979. godine, to nije učinjeno.

OZORD je između ostalog, regulirao i podrijetlo djeteta od majke i oca. Navedenim zakonom načelo rimskog prava *mater semper certa est* nije uopće dovedeno u pitanje, već se po prirodnom shvaćanju majkom djeteta uvijek smatrala žena koja je dijete rodila, te se u zakonu definicija majke nije propisivala jer se ta činjenica smatrala potpuno razumljivom. Činjenica rađanja djeteta je po prirodi stvari lako uočljiva pojava, jer je nošenje i rađanje djeteta vidljivo. Otuda i pravilo da je majka uvijek poznata.⁶² Majčinstvo proizlazi iz materijalne činjenice porođaja. Zbog toga majčinstvo nije teško dokazati, te se ono u starim zakonima izričito ne propisuje.⁶³

Za razliku od majke koja je uvijek poznata, za oca je vrijedila oboriva pravna presumpcija. Naime sukladno maksimi rimskog prava *pater est, quem nuptiae demonstrant* ocem djeteta se smatrao muž majke. Pretpostavljeni otac, muž majke djeteta, ima mogućnost dokazivati da nije otac djeteta, može osporavati očinstvo. To pravo također pripada kako majci tako i djetetu.⁶⁴ OZORD je propisivao i da se ocem djeteta koja se rode po prestanku braka u roku od 300 dana od dana prestanka braka ima smatrati muškarac koji je bio muž majke u trenutku prestanka braka, a u slučaju da majka rodi dijete u kasnijem braku, ali prije isteka roka od 270 dana od prestanka prethodnog braka, ocem djeteta smatra muž majke iz prethodnog braka, osim ukoliko muž majke iz kasnijeg braka ne prizna dijete za svoje.

4.2. Porodični zakon Socijalističke Republike Bosne Hercegovine iz 1979.

Porodičnim zakonom Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine iz 1979. (dalje, PZ)⁶⁵ podrijetlo djeteta bilo je zakonom uređeno na gotovo identičan način kao i OZORD-u. Majka djeteta nije bila definirana zakonom iz razloga oslanjanja na prirodnu i ta je činjenica u PZ bila uređena kao neoboriva predmnjeva. Sukladno

61 Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece ("Službeni list FNRJ" br.104/1947., 45/1949, 11/1951, 53/1957; "Službeni list SFRJ" br. 10/1965).

62 Bakić, S., V., *Porodično pravo*, Suvremena administracija, Beograd, 1974., str. 194.

63 *Ibid*, str. 211.

64 *Ibid*, str. 195 – 196,

65 Porodični zakon ("Službeni list SFRJ", br. 21/1979 i 44/1989).

tome majka djeteta je uvijek bila poznata, odnosno temelj tadašnjeg zakonskog uređenja majčinstva bilo je rimskopravno načelo *mater semper certa est* i uređeno kao neoboriva predmnjeva *praesumptio iuris et de iure*. Očinstvo djeteta bilo je uređeno na način da se ocem djeteta rođenog u braku ili u periodu 300 dana po prestanku braka smatrao muž majke djeteta. Ocem djeteta koje je rođeno van braka smatralo se lice koje je dijete prizna za svoje ili čije se očinstvo utvrdi pravomoćnom sudskom odlukom. Ako je dijete rođeno u kasnijem braku majke, ali prije isteka roka od 270 dana po prestanku njenog prethodnog braka ocem će se smatrati muž majke iz prethodnog braka, osim ako muž majke iz kasnijeg braka sa njenim pristankom prizna dijete za svoje.⁶⁶ Dakle, bračni status djeteta proizilazio je iz ove odredbe i da bi se dijete smatralo bračnim moralo je biti rođeno u braku ili u period od 300 dana od dana prestanka braka. Drugi element za stjecanje bračnog statusa je da dijete potječe od žene koja je u vrijeme njegovog rođenja ili začeca bila u braku. U ranijoj praksi majčinstvo se utvrđivalo u nekim situacijama, kada se ono moralo utvrđivati, npr. u slučaju namjerne ili nenamjerne zamjene djece, ili pogrešnog upisa majčinstva u matičnu knjigu i sl.⁶⁷ Vanbračnim djetetom smatra se: a) dijete koje je rodila žena koja nije u braku, b) dijete koje rodi žena koja je bila u braku, ali je dijete rodila nakon isteka roka od 300 dana od dana prestanka braka, c) dijete koje rodi žena u nepostojećem braku i d) dijete koje je rođenjem steklo bračni status ali mu je bračnost uspješno osporena.⁶⁸ Pošto je rođenje djeteta bila očita činjenica i podrijetlo djeteta od majke u većini slučajeva nesporno, to se kada bi nastala potreba, na priznanje majčinstva analogno primjenjivale odredbe o priznanju očinstva. Sukladno tome žena koja bi priznala svoje majčinstvo i kasnije saznala za okolnosti koje ga isključuju mogla je osporavati svoje majčinstvo. U situacijama kada je majčinstvo djeteta nepoznato člankom 123. PZ propisano je da se odredbe o utvrđivanju očinstva shodno primjenjuju ina utvrđivanje majčinstva. Osporavanje bračnog majčinstva ima svrhu dokazivanja da je žena koja je upisana u matičnu knjigu rođenih kao majka djeteta nije njegova biološka majka. Upravo zbog toga zakonodavstvo i normira mogućnost osporavanja bračnog majčinstva. U praksi se ova mogućnost koristi za zamjene djece u porodilištu ili upisa u matičnu knjigu kao majke djeteta žene koja nije rodila dijete.⁶⁹ Sve ovo govori u prilog činjenici da se u navedenom zakonu primjenjivalo načelo *mater semper certa est* i to kao neoboriva presumpcija, budući i da odredbe kojima se dopušta utvrđivanje i osporavanje majčinstva teže cilju da se izjednači pravno i faktičko stanje, ta da se kao majka djeteta pojavljuje samo žena koja je dijete rodila. U tom smjeru, zakonom nije bilo dozvoljeno da žena koja je dijete rodila, a koje dijete je začeto umjetnim putem, osporava svoje majčinstvo djetetu, iako je muž mogao osporavati očinstvo djeteta, koje je rodila njegova žena, ako je do začeca vještačkim putem došlo sjemenom drugog muškarca bez njegove suglasnosti.⁷⁰

66 Čl. 106, st. 1.,2.,3, PZ.

67 Traljić, N., Bubić, S., *Porodično pravo*, II izdanje, Magistrat, Sarajevo, 2001., str. 103.

68 *Ibid.*, str. 106.

69 *Ibid.*, str. 136. – 137.

70 Čl. 133 st.1.PZ.

5. *De lege lata*

Pravo na brak i obitelj u Bosni i Hercegovini je ustavna kategorija. Ustavom Bosne i Hercegovine (dalje, Ustav BiH), člankom 2. st. 3. toč. (j) zajamčeno je svim osobama na teritoriju Bosne i Hercegovine pravo na brak i zasnivanje obitelji.⁷¹ Obiteljsko pravo jeste shodno ustavnim rješenjima, stavljeno u nadležnost entiteta te je kao takvo uređeno entitetskim propisima Obiteljskim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: ObZ FBiH), Porodičnim zakonom Republike Srpske (dalje u tekstu: PZ RS) i Obiteljskim zakonom Brčko Distrikta BiH (dalje u tekstu: ObZ BDBiH).

Nabrojani zakoni ostali su dosljedni rimskopravnom načelu *mater semper certa est, pater est, quem nuptiae demonstrant* i to ne dovodeći u pitanje određivanje očinstva kao oborive presumpcije (*praesumptio iuris*) propisujući da se (1) Ocem djeteta rođenog u braku ili periodu do 300 dana od prestanka braka smatra muž majke djeteta. (2) Ako je dijete rođeno u kasnijem braku majke, ali prije isteka 300 dana od prestanka njenog prethodnog braka, ocem će se smatrati muž majke iz kasnijeg braka⁷². PZ RS također određuje očinstvo oborivom presumpcijom ali uz određene razlike u odnosu na ObZ FBiH. Naime, PZ RS skoro pa na identičan način kao i ObZ FBiH utvrđuje da se ocem djeteta rođenog u braku ili u periodu do 300 dana po prestanku braka, smatra muž majke djeteta.⁷³ Razlika između navedenih zakona javlja se u stavku kojim se određuje očinstvo djeteta rođenog u kasnijem braku majke, odnosno, kako je naprijed i navedeno ObZ FBiH ocem djeteta rođenom u kasnijem braku majke, ali prije isteka 300 dana od prestanka njenog prethodnog braka, ocem će se smatrati muž majke iz kasnijeg braka, za razliku PZ RS koji propisuje daako je dijete rođeno u kasnijem braku majke, ali prije isteka roka od 270 dana po prestanku njenog prethodnog braka, ocem će se smatrati muž majke iz prethodnog braka, osim ako muž majke iz kasnijeg braka sa njenim pristankom prizna dijete za svoje.⁷⁴ PZ RS kroz odredbu čl. 109. st. 3 određuje i da se ocem djeteta rođenog van braka, smatra lice koje dijete prizna za svoje ili čije je očinstvo utvrđeno pravomoćnom sudskom presudom. ObZ BDBiH u svom čl. 50. određuje da se (1) Ocem djeteta rođenog u braku ili u razdoblju do 300 dana po prestanku braka, smatra muž majke djeteta. (2) Ocem djeteta koje je rođeno izvan braka, smatra osoba koja dijete prizna za svoje ili čije se očinstvo utvrdi pravomoćnom sudskom presudom. (3) Ako je dijete rođeno u izvanbračnoj zajednici, a odluka o razvodu braka majke djeteta nije pravovaljana, ocem djeteta smatra se muškarac koji uz suglasnost s majkom djeteta prizna dijete za svoje. Dakle, ObZ BDBiH nema propisane odredbe u sukobu zakonskih predmnjava o očinstvu u slučaju kasnijeg braka majke, čime se sadržajno priklonio odredbama ObZ FBiH. U sva tri zakona vidi se usklađenost s rimskopravnim načelom *pater est, quem nuptiae demonstrant* budući da sva tri zakona određuju očinstvo djeteta oborivom predmnjevom da se ocem djeteta smatra muž majke, ali razlika između

71 Ustav Bosne i Hercegovine (*Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini- aneks IV*) i Amandman I na Ustav Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik BiH*, br. 25/09.)

72 Čl. 54, st. 1 i 2, ObZ FBiH.

73 Čl. 109. St. 2. PZ RS.

74 Čl. 109. St 4 PZRS.

zakona, kao što je naprijed i izneseno, postoji u određivanju i predmnjevi očinstva u slučaju kasnijeg braka ili izvanbračne zajednice (ObZ BDBIH) majke. U tom pogledu kroz cijelu pravnu tradiciju na području današnje Bosne i Hercegovine nikad nije dovedeno u pitanje određivanje očinstva *praesumptio iuris pater est, quem nuptiae demonstrant*, nego je dosljedno ispoštovano načelo rimskog prava iz kojeg je predmnjeva o očinstvu i izvedena.

Sadržajnim određenjem majčinstva u tri navedena važeća zakona vidljivo je kako je zakonodavac, prilikom definiranja majke djeteta, slijedio primjenu načela *mater semper certa est*, tako ObZ FBIH u čl. 53. određuje da je „Djetetova majka je žena koja ga je rodila“ čime je jasno određeno da je majka djeteta samo ona koja ga je rodila (isto, izvan instituta posvojenja⁷⁵). Na gotovo identičan način pojam majke određen je i u PZRS⁷⁶ i ObZ BDBIH⁷⁷. U situacijama kada se majčinstvo ili očinstvo djeteta ne može utvrditi na temelju navedenih presumpcija utvrđuje se priznanjem roditelja ili sudskom presudom. Odredbe o utvrđivanju i osporavanju majčinstva, saždržane u pozitivnim obiteljskim zakonima na teritoriju BiH, imaju za cilj prikaz pravog stanja stvari, i to na način da teže situaciji u kojoj se majkom djeteta prikazuje žena koja je dijete stvarno i rodila.⁷⁸

Iako, navedeno određenje pojma majčinstva na prvi osvrt ukazuje kako se radi o neoborivoj predmnjevi (*praesumptio iuris et de iure*), jer isto nije određeno situacijom, usporedbe radi, kao što je to kroz izvjesni vremenski period bilo zakonski uređeno u Republici Hrvatskoj,⁷⁹ ipak je potrebno ukazati na odredbu čl. 90. st. 1, ObZ FBIH

75 U Bosni i Hercegovini zakonski se razlikuju dvije vrste posvojenja. Potpunim posvojenjem se između posvojitelja i njegovih srodnika, s jedne strane, i posvoječeta i njegovih potomaka, s druge strane, zasniva neraskidiv odnos srodstva jednak krvnom srodstvu. U matičnu knjigu rođenih posvojitelji se upisuju kao roditelji posvoječeta. Potpunim posvojenjem prestaju međusobna prava i dužnosti posvoječeta i njegovih krvnih srodnika, osim ako dijete posvoji maćeha ili očuh. (čl. 113. i 114. OBZ FBIH, na ličan način prava i dužnosti iz potpunog posvojenja su određena u PZ RS čl. 156. i čl. 160., i u OBZ BDBIH čl. 96 i 97). Vidimo kako se potpunim posvojenjem zasniva odnos srodstva jednak krvnom srodstvu i sukladno tome se posvojitelji u matičnu knjigu rođenih upisuju kao roditelji djeteta, odnosno majka i otac djeteta i na taj način majkom djeteta postaje žena, ne ona koja ga je rodila, već žena koja je dijete posvojila. Iz istog razloga navodimo da je institut posvojenja izvan načela *mater semper certa est*. Nepotpunim posvojenjem nastaju između posvojitelja, s jedne strane, te posvoječeta i njegovih potomaka, s druge strane, prava i dužnosti koja po zakonu postoje između roditelja i djece, osim ako zakonom nije drukčije određeno. Nepotpuno posvojenje ne utječe na prava i dužnosti posvoječeta prema njegovim roditeljima i drugim srođnicima. (čl. 117. OBZ FBIH, slično propisano čl. 150 PZ RS i čl. 100. OBZ BDBIH).

76 Čl. 109. toč. 1, PZ RS, „Djetetova majka je žena koja ga je rodila“.

77 Čl. 49. ObZ BDBIH: „Majka djeteta u smislu ovog zakona je žena koja je dijete rodila“.

78 Odredbe čl. 72. – 88. ObZ FBIH; čl. 123.- 134. PZRS; čl. 60. – 73. ObZ BDBIH.

79 Načelo *mater semper certa est* - koje sadrži u sebi neoborivu predmnjevu (*praesumptio iuris et de iure*), u pogledu koje protudokaz uopće ne bi trebao biti dopušten – doživjelo je iznimno burnu pravnu povijest u hrvatskom zakonodavstvu u posljednjih petnaestak godina. Navedeno načelo, premda izravno nije bilo regulirano, predstavljalo je samorazumljivu i neosporivu naravno-pravnu kategoriju sve do osamdesetih godina prošlog stoljeća. Od tada je - uslijed razvoja biomedicinskih znanosti i tzv. reproduktivnih tehnologija - postalo mogućim da dijete koje žena rodi ne mora potjecati od žene čija je jajna stanica poslužila za oplodnju, primjerice, u slučaju oplodnje tuđom darovanom jajnom stanicom. Slijedeći navedene trendove, zakonodavac je 1989. godine usvojio novelu Zakona o braku i porodičnim odnosima, koja je, između ostalog, sadržavala i odredbu da se „majkom djeteta smatra žena koja ga je

i odredbe čl. 75. ObZ BDBIH, koja ukazuje da se ovdje radi o oborivoj zakonskoj predmnjevi (*praesumptio iuris*) jer čl. 90. ObZ FBIH propisuje (na sličan način i ObZ BDBIH⁸⁰): “Izuzetno, žena koja je rodila dijete začeto iz jajne ćelije druge žene može osporavati svoje majčinstvo ako je u postupku medicinski pomognute oplodnje dijete začeto bez njene pisane suglasnosti“.⁸¹

Slijedom iznesenog razumljivo je da se zakonodavac držao rimskog načela *mater semper certa est* prilikom definiranja majke djeteta u zakonu, međutim zakonodavac je slijedeći moderne trendove uređenja obiteljskih odnosa europskih obiteljskih zakonodavstava, izmijenio značaj ovor rimskopravnog regulekada je, iako samo u izuzetno navedenoj situaciji, dopustio oborivosti pravne predmnjeve o majčinstvu, koja je kroz pravnu povijest Bosne i Hercegovine bila neoboriva predmnjeva.

6. Osvrt na presudu Europskog suda za ljudska prava - D v. France (br. 11288/18) od 16.7.2020.

Brojna pitanja koje surogat/zamjensko majčinstvo nosi sa sobom, a posebice vezanih za povredu čl. 8 EK, u zemljama gdje rimska regula *mater semper certa est* ima svoju pravnu snagu, sve češće se nalaze kao predmet odlučivanja pred ESLJP. ESLJP se, odlučujući u slučaju D v. France (br. 11288/18)⁸² od 16.7.2020., držao

rodila” (čl. 122.). Kako vidimo, time je po prvi puta napušteno tisućljećima uvriježeno rimsko načelo *mater semper certa est* te je neoboriva predmnjeva (*praesumptio iuris et de iure*) o podrijetlu djeteta od majke nomotehnički pretvorena u oborivu predmnjevu (*praesumptio iuris*). Navedeno rimsko načelo iznova je vraćeno u hrvatsko zakonodavstvo čl. 52. ObZ-a iz 1998. godine (“Djetetova majka je žena koja ga je rodila”), iz razloga - kako se opravdano isticalo u doktrini, ujedno time kritizirajući prethodno uređenje iz 1989. godine - etičkog opredjeljenja u korist prirodnog te pravne sigurnosti, usmjerene u prvom redu protiv protunaravnih fenomena ugovaranja poroda i predaje djeteta (tzv. surogatno majčinstvo). Ne vodeći ni najmanje računa o navedenim razlozima, zakonodavac je, nasuprot shvaćanju pravne doktrine, prilikom donošenja novog ObZ-a iz 2003. godine ponovo srušio rimsko načelo *mater semper certa est*, regulirajući podrijetlo djeteta od majke u vidu oborive predmnjeve (čl. 53.), ne osvrćući se pri tome i na utemeljene tvrdnje saborskih zastupnika «da je još od rimskih vremena i rimskog prava majka bila žena koja je rodila dijete» te da «zemlje visoke demokratičnosti i prava imaju definiciju pojma majka usklađenu s rimskim pravom». Zahvaljujući ponovnom, upornom i odlučnom zastupanju spomenutih etičkih i pravnih razloga u korist valjanosti navedenog rimskog načela od strane pravne doktrine, uz isticanje vrlo uvjerljivih komparativno-pravnih razloga te važnog sistematskog argumenta da bi pravne odredbe koja reguliraju tzv. reproduktivne tehnologije trebale biti uređene posebnim medicinsko-pravnim propisima umjesto da se navedenim odredbama dovodi u pitanje koherentnost sustava obiteljsko-pravnih odnosa roditelja i djece, zakonodavac je novelom ObZ-a iz 2004. godine iznova formulirao odredbu čl. 53. o podrijetlu djeteta od majke u vidu neoborive predmnjeve, potvrđujući time iznimnu etičku i pravnu vitalnost rimskog načela *mater semper certa est* iz kojeg se navedena predmnjeva izvodi. Petrak, M., Žiha, N., *Zaštita djeteta u rimskoj pravnoj tradiciji*, Dijete i pravo, Pravni fakultet Osijek, Osijek, 2009., str. 14.-16.

80 Čl. 75. St. 1. OBZ BDBIH „Iznimno, žena koja je rodila dijete začeto iz jajne stanice druge žene, može osporavati svoje majčinstvo ako je u postupku medicinski potpomognute oplodnje dijete začeto bez njezine pismene suglasnosti“.

81 Čl. 90. ObZ FBIH.

82 Aplikanti su gospođa D, gospodin D i gospođica D. Treće aplikantica D rođena je u Ukrajini pomoću surogat-majčinstva. Njeno rođenje registrirano je u Kijevu 3. listopada 2012. godine, a lokalna potvrda kaže da je prvoaplikantica njena majka a drugoaplikant njen otac. Aplikanti gospodin i gospođa D prijavili su se 20. rujna 2014. godine francuskoj ambasadi u Kijevu radi prepisa izvoda iz matične

se svoje prethodne prakse (pozivajući se na presude *Menesson* protiv Francuske i *Labassee* protiv Francuske),⁸³ te na sličan način, ovaj put odlučujući o odnosu djetete – genetska majka, zauzeo stav da postojanje genetske veze ne znači da djetetovo pravo na poštovanje njegovog privatnog života zahtijeva zakonski odnos s majkom koji se planira uspostaviti prijepisom podataka iz inozemnog rodnog lista.

7. Zaključak

Pravna pravila, instituti i pravna rješenja koja su nastala u raznim razdobljima rimske pravne povijesti, pogotovo u razdoblju klasičnog prava, zbog svoje izuzetne kvalitete i univerzalnosti, stoljećima su se koristila kao temelj europskokontinentalnog sustava. Rimskopravna tradicija je važan čimbenik oblikovanja suvremenog europskog identiteta i kao takva ona je zajednički nazivnik europske pravne kulture. Općenito se smatra da tekst zakona odgovara vremenu u kojem zakon nastaje, međutim rimska regula *mater semper certa est* ne odgovara ovom određenju, budući da je spomenuta regula svoju primjenu imala u pravnoj povijesti Bosne i Hercegovine još od austrougarskog razdoblja kada se koristi Austrijski opći građanski zakonik iz 1811. godine, kao supsidijaran izvor prava, preko odredbi OZORD-a i PZ, pa

knjige rođenih u francuski registar, ali zamjenica konzula je zbog specifičnosti situacije odlučila obaviti postupak kako bi stvar predala javnom tužiocu u Nantesu, koji ih je obavijestio da su, na osnovu naredbe Ministarstva pravde koje se tiču naknadnog postupanja po presudama Suda u predmetima *Menesson v. France* i *Labassee v. France*, suspendirane sve prijave koje se odnose na surogat rođenja. Par je pokrenuo postupak protiv javnog tužioca pred Tribunalom visoke instance tražeći naredbu da se rođenje djeteta upiše u francuski registar rođenja. Tribunal je usvojio zahtjev 12. siječnja 2017. godine. Apelacijski sud u Rennesu 18. prosinca 2017. godine potvrdio presudu od 12. siječnja 2017. godine u mjeri u kojoj je odobrio transkripciju izvoda iz matične knjige rođenih u odnosu na odnos otac i djetete, ali odbio je u odnosu na odnos majka-dijete. U presudi je posebno navedeno da je “U vezi sa označavanjem majke u rodnom listu, stvarnost u smislu čini činjenica porođaja; naime, dok pravo može transformirati tu stvarnost u smislu [te odredbe], pozitivno pravo dozvoljava odstupanje od principa *mater semper certa* samo u izričito ograničenom broju slučajeva koje je zakonodavac propisao, u kontekstu potpunog usvojenja, omogućavajući na taj način majci usvoiteljici koja nije rodila da bude označena kao majka na važeći način.” Pozivajući se na član 8. Konvencije, samostalno i u vezi s članom 14. Konvencije aplikanti se žale na povredu prava na poštovanje privatnog života djeteta i na diskriminaciju na osnovu „rođenja“ u uživanju ovog prava. Predmet se odnosi na odbijanje zahtjeva za prijepis rodnog lista djeteta koje je rođeno pomoću surogat-majčinstva u inozemstvu, u matičnu knjigu rođenih u Francuskoj uz obrazloženje da je majka naručiteljica označena kao majka u rodnom listu, budući da je genetska majka. Europski sud za ljudska prava je istakao da je i prije presuđivao o pitanju pravnog odnosa roditelj – djetete između djeteta i namjeravanog oca koji je ujedno i biološki otac (presude *Menesson* protiv Francuske i *Labassee* protiv Francuske). Prema njegovoj sudskoj praksi, postojanje genetske veze ne znači da djetetovo pravo na poštovanje njegovog privatnog života zahtijeva zakonski odnos s ocem koji se planira uspostaviti zapisom podataka iz inozemnog rodnog lista. Sud nije vidio razloga u okolnostima sadašnjeg slučaja da se donese drugačija odluka koja se tiče priznavanja pravnog odnosa s namjeravanom majkom, koja je bila djetetova genetska majka.

83 Sud je utvrdio da nije bilo povrede članka 8. u odnosu na roditelje, ali je bilo povrede dječjeg prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života. Odbijanje da se zakonski prizna obiteljska veza između podnositelja zahtjeva bilo je mijesanje u pravo na poštovanje obiteljskog života. Odbijanje je bilo motivirano legitimnim ciljem, a to je zaštita zdravlja, prava i slobode drugih. S obzirom na pravo na poštovanje privatnog života djece, sud je utvrdio povredu članka 8. jer su bili suočeni sa pravnom nesigurnosti. Vidi: *Menesson v. France* (*application* no. 65192/11) and *Labassee v. France* (no. 65941/11).

sve do donošenja novih entiteskih zakona, (FBIH, RS) i zakona BDBIH u kojima preovladavaju moderni trendovi u europskom obiteljskom pravu. Donošenjem pozitivno pravnih propisa za područje FBIH I BDBIH načelo *mater semper certa est* izgubilo je snagu svoje neoborivost kada se, slijedeći europske trendove u obiteljskom zakonodavstvu, dozvolilo da, iako samo u izuzetno navedenom slučaju, majka djeteta začetog pomoću medicinski pomognute oplodnje, može osporiti svoje majčinstvo, te se tako ostavilo prostora za dovođenje u pitanje pravne sigurnostu djeteta.

U suvremenom pravu načelo *mater semper certa est* našlo se pred novim izazovom. U prilog tome govori i sve veći broj predmeta koje se nalaze na odlučivanju pred ESLJP, među kojim predmetima se našao i spomenuti predmet D v. France. Promatrajući trendove stranih nacionalnih zakonodavstava, postavlja se pitanje hoće li u nacionalnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine rimska *regulae iuris: mater semper certa est*, kao stoljetna regula na kojoj se temeljio naš pravni sustav, preživjeti i oduprijeti se trendovima i problematicisurogat /zamjenskog i ostati dosljedno definiciji majke djeteta kao žene koja je dijete rodila ili će se tražiti novi zakonski okviri za određivanje majčinstva, slično kao i u nacionalnim zakonodavstvima nekih stranih zemalja, na način da će se iznalaziti rješenja za dozvoljavanje ugovora o zamjenskom majčinstvu i tako prirodnu definiciju majke kao žene koja je dijete rodila staviti *ad acta*?

Ivona Šego-Marić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Mostar

Ivana Marušić, LL.M., Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Mostar

THE INFLUENCE OF THE ROMAN LAW REGULATION *MATER SEMPER CERTA EST* ON THE FAMILY LAW LEGISLATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA THROUGH LEGAL HISTORY

Summary: The Continental European legal system, to which Bosnia and Herzegovina's legal system also belongs is based on the reception of Roman law, natural law theory, canon law and German customary law. The authors in this paper deal with the influence of the Roman rule *mater semper certa est* on the Bosnian and Herzegovinian family law legislation. This Roman rule is attributed to the Roman classical jurist Paulus Julius, who in one of his fragments defined the child's origin from the mother. It is an irrefutable premise that "the mother of the child is always known". The authors seek to investigate the impact and significance of this rule on family law legislation in Bosnia and Herzegovina from the Austro-Hungarian period to nowadays, using numerous domestic and foreign contemporary and historical legal literature, normative solutions in Bosnian and Herzegovinian legislation and their analysis. With the development of society, the true Roman rule *mater semper certa est* experiences a kind of evolution and adapts to new social needs. Without pretending to make proposals *de lege ferenda*, the authors review the verdict of the European Court of Human Rights in the case of D v.France, in which the former universality of the *mater semper certus est* principle is questionable.

Keywords: *mater semper certa est* in Roman law, *mater semper certa est* in family law in Bosnia and Herzegovina through legal history, *mater semper certa est* in family law in Bosnia and Herzegovina, Verdict of the European Court of Human Rights in the case of D v.France.

Dipl. iur. Armina Čunjalo, asistentica
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

MEĐUNARODNA OTMICA DJECE KROZ PRIZMU HAŠKE KONVENCIJE IZ 1980.GODINE I UTJECAJ PROCESA GLOBALIZACIJE

Sažetak: Autorica fokus rada stavlja na probleme u vezi sa prisilnim odvođenjem ili zadržavanjem djeteta od strane jednog roditelja, te primjenom Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece iz 1980. (dalje: Konvencija 1980.) i njenim propustima u regulaciji određenih stavki. Posebno će biti obrađena i praktično potkrijepljena problemska pitanja o prilagođavanju djeteta novoj okolini, diskrecionoj odluci suda, koja je kao takva iz više razloga problematična, a koja se ogleda u tome da se dijete vrati iako je utvrđeno kako se prilagodilo novom okruženju. U radu će se posebno razmatrati i hitan postupak vraćanja djeteta, a što je Konvencijom 1980. nedovoljno regulisano i pored činjenice da se radi o možda najbitnijem postupku za dijete. U zaključnim razmatranjima, autorica će ponuditi i praktična rješenja za apostrofirana otvorena pitanja Konvencije 1980.

Ključne riječi: Haška konvencija iz 1980., otmica djeteta, hitan povratak djeteta, najbolji interes djeteta, uobičajeno boravište djeteta

1. Uvod

Konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece iz 1980. godine donesena je pod okriljem Haške konferencije za međunarodno privatno pravo. Obzirom da je posvećena osjetljivom i sve učestalijem problemu povratka nezakonito odvedenog ili zadržanog djeteta, suočena je sa različitim vremenskim izazovima kao što su globalizacija i modernizacija društva, promjena društvenih postulata i sl., ali i izazovima dosljedne provedbe njenih odredbi. Globalizacija društva za sobom povlači i sve veći broj brakova sa međunarodnim elementom, rađanja djece u takvim brakovima, te naposljetku i razvode inostranih brakova. Sve to aktivira potrebu za postupanje shodno Konvenciji 1980.godine. Konvencija 1980. kao svoj osnovni princip postavlja najbolji interes djeteta, a apstraktna pretpostavka ispunjavanje principa jeste povratak djeteta u državu uobičajenog boravišta i povratak načinu života na način na koji je dijete do tada vodilo. Činjenica da je dijete nezakonito odvedeno ili zadržano u državi koja nije država redovnog boravišta, konvencijski mehanizam treba da zaštiti interes konkretnog djeteta u slučaju da se pretpostavljeni i utvrđeni interesi djeteta ne poklapaju. U vezi sa time postoje i određene iznimke, a u nastavku će biti malo više govora o jednoj od njih. Naime, razvod je općenito teška i traumatična situacija i za partnere ali ponajviše za dijete. U takvim situacijama, sporazumno rješavanje odnosa mirnim putem bi bilo idealno rješenje. Ipak, nisu

rijetke situacije da se bivši partneri nadmeću, osvećuju, te da zanemaruju najbolji interes djeteta. U vezi sa time, a uzimajući u obzir dostupnost putovanja u skoro sve zemlje svijeta, nije neobično da roditelj koji ne ostvaruje roditeljsko staranje, dijete nezakonito odvede iz države uobičajenog boravišta ili ga nezakonito zadrži ne želeći da dijete vrati.

Prvo problemsko pitanje javlja se u trenutku utvrđivanja redovnog boravišta jer nije uvijek tako lako odrediti redovno boravište djeteta. Potrebno je uzeti u obzir sve okolnosti i određivati ga od slučaja do slučaja. Obzirom da nije postojala univerzalna, jedinstvena definicija redovnog boravišta, bilo je neophodno da sud kroz svoje odluke definira redovno boravište, što je Sud EU i učinio u svojoj presudi u predmetu *Barbara Mercedu c/a Richard Chaffe*.

Problem hitnosti postupka u predmetima otmice djece može izazvati mnogobrojne komplikacije u smislu ostvarenja dva glavna principa Konvencije 1980. – najboljeg interesa djeteta i brzog povratka djeteta. Kada sudovi ne postupaju shodno odredbama Konvencije 1980., te postupak produžavaju na više od šest sedmica, time rizikuju da smisao odluke, naposljetku, nema značenje niti svrhu. Shodno svemu naprijed navedenom, neophodno je ponuditi pojedina rješenja za probleme koji se javljaju u postupcima otmice djece, a koja je sve češća obzirom na globalizaciju i modernizaciju društva.

2. Glavne odrednice Haške konvencije iz 1980.godine

U oktobru 1980. godine, na četrnaestom zasjedanju Haške konferencije o međunarodnom pravu, jednoglasno je odobrena Konvencija 1980. o građanskim aspektima međunarodne otmice djeteta¹ koja je i najvažniji međunarodni instrument koji uređuje prekograničnu otmicu djece. Konvencija 1980. uspostavlja sistem upravnih i pravnih postupaka, radi ostvarivanja brzog povratka djece koja su nezakonito odvedena ili zadržana u državi ugovornici, a koja nije država njihovog prebivališta.

U vezi sa time, postoje dva ključna elementa koja dolaze do izražaja u situacijama u kojima se aktivira dejstvo Konvencije 1980., a to je, naprijed navedeno, odvođenje djeteta iz njegovog uobičajenog okruženja, odnosno matične države, te roditelj koji odvodi dijete u nadi da će dobiti starateljstvo od nadležnog suda.²

Svrha donošenja Konvencije 1980. jeste zaštita djece od štetnih posljedica odvođenja u inostranstvo od strane jednog roditelja. Konvencija u čl. 1. definira svoje ciljeve, a oni su: 1) osigurati što hitniji povratak djece koja su nezakonito odvedena ili zadržana u nekoj državi ugovornici i 2) osigurati da se prava na brigu i viđanje s djetetom po zakonu jedne države ugovornice stvarno poštuju u drugoj državi ugovornici.³

1 Tekst Konvencije dostupan na <https://www.hcch.net/croatian>

2 Shirman, B.J., *International Treatment of Child Abduction and the 1980 Hague Convention*, 15 Suffolk Transnat'l L.J. 188 (1991), 198.

3 Čl. 1. Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece od 25.listopada 1980.godine.

Konvencija 1980. je ratifikovana 1991. godine. U Bosni i Hercegovini je stupila na snagu 06.03.1992. godine, a primjenjuje se u njoj, kao državi sljednici (po osnovu izvršene notifikacije o sukcesiji, prihvatanju i pristupanju) ⁴

U nastavku će biti detaljnije obrađene dvije bitne sastavnice Konvencije 1980., odnosno prvo problemsko pitanje koje se javlja u ovakvim postupcima, a to je utvrđivanje uobičajenog boravišta djeteta, te povratak djeteta kao temelj konvencije.

2.1. Uobičajeno boravište djeteta

Ostvarivanje ali i utvrđivanje uobičajenog boravišta maloljetnika u slučajevima međunarodne otmice djece posebno je problematično i to iz nekoliko razloga. U prvom redu zbog različitih tumačenja koja su data u različitim pravnim sistemima, zatim jer se određivanje uobičajenog boravišta u slučaju međunarodne otmice djece smatra posebno osjetljivim, i naposljetku zbog nepostojanja jedinstvene definicije i koncepta uobičajenog boravišta u nacionalnim propisima. Shodno naprijed navedenom, uobičajeno boravište sudovi autonomno tumače na temelju svih relevantnih okolnosti slučaja, a to znači tumačiti ga neovisno o nacionalnim pravno-teorijskim odrednicama i dati mu jedinstveno europskopravno tumačenje uzimajući u obzir cilj i kontekst tih propisa.⁵ Sud EU je izričito ili prećutno, kroz svoje odluke, naveo, četiri principa koja se moraju uzeti u obzir pri određivanju pojma redovno boravište: tumačenje mora biti autonomno, pojam je činjenične, a ne pravne prirode, dojenče rođenjem dobiva redovno boravište, dužina boravka nije opredjeljujuća, osim u iznimnim situacijama, za određivanje redovnog boravišta. Boravište je redovno ili uobičajeno ukoliko osoba duže vrijeme boravi u određenom mjestu. Pri tome boravak ne mora biti vremenski ograničen ili permanentan. Sumirano, redovno boravište se mora tumačiti tako da odgovara mjestu koje odražava određeni stepen integracije djeteta u socijalno i porodično okruženje. U tu svrhu, posebno trajanje, redovitost, uvjeti i razlozi boravka na teritoriju države članice i preseljenje porodice u tu državu, državljanstvo djeteta, mjesto i uvjeti pohađanja škole, jezično znanje i porodični i socijalni odnosi djeteta u toj državi, također se moraju uzeti u obzir.⁶ Teret ili privilegija utvrđivanja uobičajnog boravišta djeteta je na nacionalnom sudu, a na osnovu svih okolnosti specifičnih za svaki slučaj pojedinačno.⁷ Važnost uobičajenog boravišta djeteta u kontekstu međunarodne otmice djeteta jeste iz razloga što je uobičajeno boravište djeteta ključni kriterij za određivanje nadležnosti suda, i to ne samo u slučajevima roditeljske odgovornosti, već upravo i u slučajevima neovlaštenog odvođenja ili zadržavanje djece.⁸ Također, kroz određivanje nadležnosti suda po uobičajenom boravištu djeteta, promiču

4 Službeni glasnik RBiH 25/1993

5 Tačka 51. presude Europskog suda od 22. prosinca 2010., C-497/10. PPU, u predmetu *Barbara Mercredi c/a Richard Chaffe*

6 C-523/07 od 02.04.2009., par.33, 35, 38, 44

7 Lowe, N., *Some Moot Points on the 1980 Hague Abduction Convention*, 46 Victoria u. Wellington I. Rev. 683 (2015), 697

8 Fabad, I.R., *The Construction of the Autonomous Concept of Habitual Residence of the Child in the Cases of International Abduction of Children*, 877 (2019).

se prava djeteta kao slabije strane, jer mu je to pravo izravno dostupno.⁹ Razlozi za primjenu uobičajenog boravišta kao poveznice na porodične stvari je jasna – intencija haških konvencija bila je da ukažu na to da porodična situacija djeteta mora biti podvrgnuta nadležnosti suda i pravu one države u kojoj dijete, zaista, i živi, a ne države s kojom trenutno ima pravnu ali ne nužno i stvarnu vezu. Smatralo se i da su nadležna tijela države u kojoj dijete stvarno živi, shodno eventualnoj potrebi, u mogućnosti brže i efikasnije istražiti djetetovu situaciju i odlučiti o njegovoj dobrobiti i pravima u okviru porodice.¹⁰

Nakon kratkog pojašnjenja same važnosti pojma “uobičajeno redovno boravište djeteta“ za postupke međunarodne otmice djece i najboljeg interesa djeteta koji je jedan od glavnih principa ovakvih postupaka, prelazimo na dio koji obrađuje postupak povratka djece.

U okviru Uredbe Brisel II bis, date su smjernice i pravila za određivanje uobičajenog boravišta djeteta.

2.2. Povratak djeteta prema odredbama Konvencije 1980.

Za dalji razvoj teme, neophodno je kazati da će se odvođenje i zadržavanje djeteta smatrati nezakonitim, ako odvođenje ili zadržavanje 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, te ako su se u vrijeme odvođenja ili zadržavanja ta prava ostvarivala kolektivno ili pojedinačno, ili bi se ostvarivala da nije došlo do odvođenja ili zadržavanja.¹¹

U situaciji kada je dijete odvedeno ili zadržano u drugoj državi ugovornici, ovlaštena osoba može se obratiti centralnom organu države u kojoj dijete ima uobičajeno boravište ili centralnom organu bilo koje države ugovornice za pomoć u osiguravanju povratka djeteta.¹²

Konvencija pruža dvije metode za traženje povratka djeteta:¹³

- (1) upravni zahtjevi i
- (2) sudski postupak

Upravni postupak započinje podnošenjem zahtjeva za povratak direktno kod Centralnog tijela bilo koje države u kojoj se dijete nalazi ili zemlja roditelja od kojeg je dijete oteto. U slučaju tako pokrenutog postupka, Centralno tijelo prosljedit će zahtjev odgovarajućem Centralnom tijelu u državi u kojoj se dijete trenutno nalazi.

9 Župan, M., Rešetar, B. *Dijete u međunarodnom privatnom pravu*, Pravni fakultet u Osijeku, 2009, 241., citirajući Martiny (1994) 175.

10 Kunda, I., *Uobičajeno boravište djeteta - Prekogranično kretanje djece u EU*, Pravni fakultet sveučilišta J. J. strossmayera u Osijeku, 2019., 297

11 Čl. 3 Konvencije 1980.

12 *Ibid*, čl. 8. St. 1.

13 Shirman, B.J., *International Treatment of Child Abduction and the 1980 Hague Convention*, 15 Suffolk Transnat'l L.J. 188 (1991), 197

Nakon toga, obično slijede pregovori Centralnih tijela dvaju država, o povratku djeteta direktno sa aktivnim uključivanjem roditelja u iste. Vlast u toj fazi nema takve ovlasti da bi mogla „natjerati“ na povrat djeteta, pa shodno tome, ukoliko takvi pregovori ne uspiju, roditelj kojem je oteto dijete mora podnijeti zahtjev sudu za povratak djeteta. Također, u velikom broju slučajeva Europski sud za ljudska prava dugi niz godina davao je podršku Haškoj konvenciji iz 1980. Shodno tome, Sud je u predmetu Ignacolo-Zenide protiv Rumunjske (2000.) smatrao da pozitivne obaveze koje član 8. Konvencije polaže na ugovorne strane u vezi s ponovnim spajanjem roditelja sa njihovom djecom moraju se tumačiti u svjetlu Konvencije 1980. o građanskim aspektima međunarodne otmice djece, te države moraju poduzeti sve mjere kako bi osigurale brzi povratak djece.¹⁴ Važnu ulogu u postupku po zahtjevu za vraćanje djeteta ima centar za socijalni rad. Kao organ starateljstva, centar za socijalni rad vrši socijalnu anamnezu, daje mišljenje psihologa o stanju u kojem se dijete nalazi te, po potrebi, donosi rješenje o postavljanju privremenog staratelja maloljetnom djetetu. Izvještaj koji organ starateljstva dostavlja sudu sadrži podatke o stambenim i materijalnim uvjetima djeteta i porodice u kojoj živi, njihovom općem zdravstvenom stanju, psihofizičkom razvoju djeteta, o odnosu djeteta i roditelja s kojom živi kao i podatke o stupnju integracije djeteta u sredini u kojoj trenutno živi. Upravo su ovi izvještaji, u velikom broju postupaka međunarodne otmice djece u BiH, bili osnova za donošenje odluke suda kojom se odbija zahtjev za povratak djeteta. Također, centar za socijalni rad surađuje, kada je to potrebno i moguće, sa organima starateljstva države iz koje je dijete oteto, kako bi se dobila cjelovita slika situacije u kojoj se dijete nalazi, a koja je potrebna za donošenje odluke suda.

2.3. Odbijanje zahtjeva za povratak djeteta

Obzirom da konvencijski mehanizam treba zaštititi i najbolji interes djeteta u slučaju da se, zbog specifičnih okolnosti slučaja, pretpostavljeni i utvrđeni najbolji interesi djeteta ne poklapaju, u tom smislu su predviđene određene iznimke, kao ispravka, na osnovi kojih se povratak djeteta ipak može odbiti.¹⁵ Konvencija 1980. tako propisuje da sudski ili upravni organ države kojoj se šalje zahtjev nije dužan narediti povratak djeteta ako osoba, institucija ili drugo tijelo koje se suprotstavlja njegovu povratku dokaže:

- a) da osoba, institucija ili drugo tijelo koje se brine o ličnosti djeteta nije stvarno ostvarivalo pravo na brigu u vrijeme odvođenja ili zadržavanja, ili da se bilo složilo ili naknadno pristalo na odvođenje ili zadržavanje
- b) da postoji ozbiljna opasnost da bi povratak izložio dijete fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili na drugi način doveo dijete u nepovoljan položaj¹⁶.

14 Ignacolo-Zenide v. Romania, C-31679/96, presuda od 25. januara 2000, par.95.

15 Marjanović, S., Živković, M.– *Tumačenje iznimke ozbiljne opasnosti u slučaju građanskopravne otmice djeteta*, Pravni fakultet u Osijeku, 2019., 382.

16 Čl. 13. Konvencije 1980.

Sudski ili upravni organ može također odbiti odrediti povratak djeteta ako utvrdi da se dijete suprotstavlja povratku i da je ono napunilo godine i steklo stupanj zrelosti zbog čega je primjereno uzimanje u obzir njegovo mišljenje.¹⁷ Također, povratak djeteta može se odbiti ako povratak ne bi bilo dozvoljen na osnovi osnovnih načela o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda države kojoj je zahtjev upućen¹⁸

2.4. Praksa sudova u Bosni i Hercegovini

U Bosni i Hercegovini, sudovi većinom donose takve odluke u kojima odbijaju zahtjev za povratak djeteta pozivajući se na čl.13.st.2.

U obrazloženju svoje odluke od 29. 5. 2012. godine kojom odbija zahtjev za povratak djeteta Općinski sud u Sanskom Mostu pozvao se na čl. 13. st. 2. i naveo “maloljetni A. se suprotstavio povratku u Englesku bez majke, slijedom čega je sud cijeneći navode iz Socio - anamnestičkih podataka Centra za socijalni rad i Nalaze i mišljenja Centra za mentalno zdravlje odbio zahtjev oca za vraćanje djeteta“.¹⁹

U obrazloženju svoju odluku od 23. 2. 2009. godine kojom odbija zahtjev za povratak djeteta, Osnovni sud u Trebinju naveo je da “smatra utvrđenim da se dijete suprotstavlja povratku“, “cijeneći protok vremena i potpunu adaptaciju djeteta na ovdašnju sredinu i način života, stvaranje novog okruženja, a posebno njegove nepokolebljive jasno pokazane želje da želi živjeti s ocem“, “cijeneći prevashodno interes djeteta, posljedice koje bi dijete moglo da ima kada bi se protiv njegove volje prinudno odvojilo od oca“.²⁰

Općinski sud Sarajevo je svojom odlukom od 18. 6. 2013. godine odbilo zahtjev za povratak djeteta navodeći u obrazloženju da “bi naglim odvajanjem djeteta od majke (dvije godine i pet mjeseci), to negativno utjecalo na dalji psihički razvoj djeteta i imalo nesagledive posljedice za dijete“. I ostalim odlukama kojima je odbijen zahtjev za povratak djeteta pozivanjem na čl. 13. st. 1b., sudovi su svoju odluku temeljili na činjenicama da je dijete izrazilo želju da ostane živjeti u novoj sredini, da se dijete integriralo u novoj sredini te da bi povratak nepovoljno utjecao na njegov psihofizički razvoj.²¹

Obzirom da član 13.st.2. ne navodi tačno određene situacije koje se bi se mogle podvesti pod taj član, na sudovima je da procijene od slučaja do slučaja. No, postavlja se pitanje, a uzimajući u obzir podatak za BiH gdje ću većinski odluke suda da odbije povratak, da li sudovi na pravi način primjenjuju ovaj član. Razumno je očekivati i da ovakvo postupanje ohrabri roditelja u namjeri odvođenja i zadržavanja djeteta/djece, obzirom na prethodne statističke podatke o načinu odlučivanja. U Vodiču dobre prakse²² navedeno je da se ozbiljne opasnosti odnose na odvajanje djeteta od

17 *ibid.*

18 Čl. 20. Konvencije 1980.

19 Odluka Općinskog suda u Sanskom Mostu br. 22 O P 018096 11 Mpom od 29.05.2012.godine

20 Odluka Osnovnog suda u Trebinju br. br. 095-0-I-08-000-618 od 18.06.201.godine

21 Odluka Općinskog suda u Sarajevu br. br. 065-0-SUN-012.000432 od 18.06.2013.godine

22 *Draft Guide to Good Practice on Article 13(1)(b) of the Hague Convention of 25 October 1980 on*

njegovih sestara ili braće, ekonomske probleme ili probleme u vezi sa školovanjem djeteta po povratku, rizike za zdravlje djeteta, protivljenje djeteta povratku, kao i rizike u vezi s općom situacijom u državi uobičajenog boravišta djeteta. Međutim, većina gore navedenih situacija nije jednosmjerna, no krenimo redom.

Slučaj odvajanja djeteta od njegovih sestara ili braće podrazumijeva situaciju u kojoj se povratak ne može odrediti u odnosu na sve njih zajedno. No, postavlja se pitanje, da li bi se razdvajanjem braće i sestara moglo poistovjetiti s iznimkom ozbiljne opasnosti? Jasno da se mora, a prije nego što se donese konačni zaključak o utjecaju odvajanja na stvaranje nepovoljne situacije za ono dijete koje bi se inače moglo vratiti, procijeniti cjelokupna situacija i sve druge okolnosti.

Rizici za zdravlje djeteta mogu se podvesti pod iznimku ozbiljne opasnosti ako je u pitanju ozbiljna ugroženost zdravlja djeteta, prethodno utvrđena od ljekara, medicinskim nalazima, a dijete ne bi moglo dobiti svu potrebnu njegu i ne bi se moglo podvrgnuti procesu liječenja u državi uobičajenog boravišta.²³

Ekonomski problemi ili teškoće u školovanju koje bi nastale u slučaju povratka djeteta, u pravilu, nisu relevantni, osim u ekstremnim situacijama kada dijete ne bi imalo gdje živjeti ili ne bi moglo računati na pomoć u državi svog uobičajenog boravišta.²⁴

3. Važnost saslušanje djeteta u postupcima otmice djece

U svim razmatranim predmetima međunarodne otmice djece, kada je to moguće s obzirom na uzrast djeteta i njegovu zrelost, sud saslušava dijete. Najčešće se saslušavanje vrši od strane centra za socijalni rad – psihologa koji je uključen u tim, a ako se radi o starijoj djeci, sud vrši saslušavanje. Tom prilikom roditelj nije prisutan kako ne bi utjecao na dijete. Prisustvo psihologa zavisi od uzrasta i zrelosti djeteta. Ono predstavlja standard koji je uveden UN-ovom konvencijom o pravima djeteta. Konvencija 1980. ne sadrži generalnu odredbu o saslušanju djeteta, stoga obaveza nadležnih tijela da saslušaju dijete proizilazi iz čl. 13. koji određuje da sud može odbiti povratak otetog ili prisilno zadržanog djeteta u državu uobičajenog boravišta, ako se dijete tome protivi. Kako bi se razmatralo mišljenje i želja djeteta, dijete mora biti određene starosne dobi i takvog stepena zrelosti da bi bilo primjereno uzeti u obzir i njegovo mišljenje.²⁵ Jedan od slučajeva otmice djeteta, pred vrhovnim sudom u Engleskoj ticalo se, upravo, važnosti mišljenja i želja starijeg djeteta za utvrđivanje njenog uobičajenog prebivališta. U tom slučaju, nakon raspada braka, majka se, uz očev pristanak, preselila s četvero djece u Španiju. Djeca su se kasnije vratila u Englesku na odmor s ocem i jasno stavila do znanja da žele ostati tamo. Majka je pokrenula konvencijski postupak

the Civil Aspects of International Child Abduction, dostupan na <https://assets.hcch.net/docs/0a0532b7-d580-4e53-8c25-7edab2a94284.pdf>

²³ Ibid, 82

²⁴ Ibid, 79

²⁵ Župan, M., Drventić, M., *Prekogranične građanskopravne otmice djece*, Pravni fakultet u Osijeku, 2020., 370

za povratak djece. Glavno pitanje o kojem se raspravljalo bilo je gdje djeca imaju uobičajeno prebivalište a fokus je bio na najstarijem djetetu, 12-godišnjoj djevojčici, za koju je utvrđeno da je inteligentna sa zrelošću koja prevazilazi njene godine. Ona je rekla da Španiju mrzi i da nikad nije bila kod kuće kada je tamo živjela. Vrhovni sud je smatrao da je njeno stanje duha trebalo uzeti u obzir pri određivanju njenog uobičajenog prebivališta. Iako je pitanje uobičajenog prebivališta sve četvero djece vraćeno na ponovno saslušanje, bilo je razlike u mišljenjima u pogledu relevantnosti stanja svijesti mlade djece, s tim da je većina svoju odluku ograničila na adolescente ili one koji imaju zrelu adolescentnu dob a manjina svoju odluku proširuje na mladu djecu općenito.²⁶

Porodični zakon FBiH obavezuje sud na saslušanje djece starije od četrnaest godina, obzirom da tada stiču ograničenu poslovnu sposobnost. Mlađa djeca mogu biti saslušana “u skladu sa svojom dobi i zrelosti”, ako postoji potreba za procjenom njegove/njezine privrženosti prema osobi, uvjetima u kojima živi i drugim bitnim razlozima. Dijete mlade od 14 godina može saslušati samo sudija ili sudija uz pomoć posebnog zastupnika ili druge kvalificirane osobe (obično osobe u centru za socijalnu skrb – socijalni radnik i/ili psiholog). Sudija odlučuje o tome je li dijete dovoljno zrelo i sposobno izraziti svoje mišljenje.

4. Hitnost postupka kao veliki izazov Konvencije 1980.

Prema čl. 11. Konvencije 1980. o otmici, sud u predmetima otmice treba voditi hitan postupak i postupati efikasno. Hitnost je potrebno dodatno osigurati nacionalnim propisima.²⁷ Konvencija 1980. o otmici traži da se sudski postupak okonča brzo, odnosno da se dijete vrati u državu iz koje je protupravno odvedeno u roku od šest sedmica od pokretanja postupka. To dalje znači da vlasti moraju koristiti najbrže i najefikasnije mehanizme postupka iz svog pravnog sistema i moraju dati prioritet zahtjevima za povrat djeteta. Ako odgovarajući sudski ili upravni organi ne donesu odluku u roku od šest sedmica od dana pokretanja postupka, podnositelj zahtjeva ili središnji organ države kojoj je poslan zahtjev, na vlastitu inicijativu ili na zahtjev središnjeg organa države koja upućuje zahtjev, ima pravo tražiti obrazloženje zbog odgode.²⁸ Međutim, postavlja se pitanje da li, uopće, sudovi postupaju shodno toj konvencijskoj odredbi i koliko se u praksi ovakvi predmeti stavljaju kao prioritetni. U predmetu Butler protiv Craiga²⁹, slučaj je pred sudom Novog Zelanda vođen duge dvije godine, nakon čega je završen nalogom za povrat prema Konvenciji. No, nikada nisu poduzeti koraci za provođenje naredbe i dijete je ostalo na Novom Zelandu. Osam mjeseci nakon završetka postupka u Hagu, majka je podnijela zahtjev za izvršenje naloga za povrat Vrhovnom sudu Novog Zelanda. Obzirom da je dijete tada imalo pet godina, i neprekidno je živjelo na Novom Zelandu tri ipo godine,

26 Lowe, N., *Some Moot Points on the 1980 Hague Abduction Convention*, 46 Victoria u. Wellington l. Rev. 683 (2015), 697

27 Župan, M., Drventić, M., *Prekogranične građanskopravne otmice djece*, Pravni fakultet u Osijeku, 2020., 350

28 Čl. 11. Konvencije 1980.

29 Butler v. Craig od 2008, par.198

jasno je da svrha i cilj Konvencijskih odredaba u konkretnom slučaju nije ispunjen. Konvencija 1980. ne predviđa sankcije za kršenje ovog zahtjeva. Ipak, u slučajevima vezanim s EU, država bi mogla biti odgovorna za štetu u skladu s pravom EU.³⁰

Pitanje trajanja postupka prema zahtjevu za povratkom djeteta razmatrao je i ESLJP u odnosu na Hrvatsku. U predmetu Karadžić protiv Republike Hrvatske³¹ donio je odluku kojom je utvrdio povredu ljudskih prava od strane republike Hrvatske i to prava na poštovanje privatnog i porodičnog života podnositeljice, shodno čl. 8. EKLJP. Povreda je utvrđena zbog predugog trajanja postupka za povrat protupravno odvedenog i zadržanog djeteta majci, koji se na temelju Konvencije 1980. o otmici vodio u Republici Hrvatskoj. Podnositeljica zahtjeva je državljanka Bosne i Hercegovine, rođena i živjela je u Njemačkoj. U skladu s njemačkim pravom imala je isključivo skrbništvo nad maloljetnim sinom rođenim u vanbračnoj zajednici. Otac djeteta boravio je u Hrvatskoj, gdje su ga podnositeljica i dijete posjećivali. Tokom jedne posjete u maju mjesecu 2000. godine, otac je odbio vratiti dijete.

Ipak, majka je uspjela vratiti dijete u Njemačku, ali ubrzo nakon toga otac ga je oteo na ulici u njemačkom gradu Kehlu i ponovo ga odveo sa sobom u Hrvatsku. Majka se 25. aprila 2001. obratila njemačkom centralnom tijelu sa zahtjevom za povratkom djeteta. Dana 21. oktobra 2001. godine centar za socijalni rad u Poreču pokrenuo je postupak za vraćanje djeteta pred Općinskim sudom u Poreču, koji je 6. maja 2002. godine naredio povratak djeteta u Njemačku. Odluku je 18. maja 2003. godine potvrdio i Županijski sud u Puli. Sud je u konkretnom slučaju primijetio da je hrvatskim vlastima trebalo pet mjeseci da pokrenu postupak za povratak. Nakon toga sud nije pet mjeseci donio odluku o žalbi protiv prvostepene odluke, a da nije u tom periodu poduzimao bilo kakve procesne aktivnosti. U ponovljenom postupku sud je održao jedino ročište u sedam mjeseci. Vlada nije pružila uvjerljiva objašnjenja ni za jedno od ovih perioda neaktivnosti. U odnosu na izvršni postupak, Sud utvrđuje da je tokom perioda od godinu i po dana policija pokušala u tri navrata da sprovede sudsku odluku, premda član 11. Konvencije 1980. u takvim slučajevima izričito nameće obavezu nadležnim tijelima na hitno postupanje. Uzevši u obzir ponašanje oca, prema mišljenju Suda, policija nije pokazala nužnu odgovornost kako bi ga locirala, već je umjesto toga pokazala popustljivost kada mu je dopustila da u dva navrata pobjegne.

Ono što Konvencija 1980. nalaže i što je jedan od njenih ciljeva jeste garancija da kada se jednom izda nalog za povratak, važno je biti u mogućnosti brzo zaštititi dijete od daljnje opasnosti, uključujući rizik od skrivanja.³² Da se primijetiti, a iz naprijed navedenog primjera, da je ostvarivanje ovog cilja izostalo. Problem bijega ili skrivanja roditelja sa djetetom nakon donošenja odluke o povratku djeteta, neki pravni sistemi³³ rješavaju tako što zahtjevaju da se nalog za povratak roditelju koji

30 Župan, M., Drventić, M., *Prekogrančne građanskopravne otmice djece*, Pravni fakultet u Osijeku, 2020., 350

31 Karadžić protiv Hrvatske, Zahtjev br. 35030/04, Presuda od 05.12.2005.

32 *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Poglavlje IV, 4

33 Argentina, Francuska, Luksemburg, Norveška, Turska...

je oteo dijete, u trenutku kada izvršenje, zaista, započne, odnosno kada izvršitelj stvarno pređe na izvršenje.

5. Solucije za rješavanje poteškoća pri provedbi odredaba Konvencije 1980.

Iako na prvi pogled nisu toliko vidljive poteškoće sa kojima se susreću države pri provedbi Konvencije 1980., one su u praksi, zaista, učestale, a što se djelomično moglo zaključiti iz naprijed navedene sudske prakse. U ovom odjeljku bit će izložene samo neke od poteškoća i eventualna rješenja istih.

5.1. Koncentracija nadležnosti u službi ostvarivanja hitnosti postupka

Kao jedan od problema u provedbi odredaba Konvencije detektovana je sama brzina postupka. Brzina je ključno operativno načelo Konvencije.³⁴ Da bi se ovaj konvencijski izazov ispunio, potrebno je uvođenje određenih mjera koju su identificirane kao ubrzavanje postupka povratka djece. Prema tome, krenut će se od koncentracije nadležnosti. Koncentracija nadležnosti po definiciji znači da se u određenoj nacionalnoj nadležnosti određeni sud ili ograničeni broj sudova mogu baviti posebnim pitanjem.³⁵ Dokazano je da koncentracija nadležnosti na jedan ili više specijaliziranih sudova ubrjava postupak povratka i dovodi do jedinstvene sudske prakse. Koncentracija nadležnosti u pitanjima otmice djece istaknuta je kao posebno poželjna regionalna inicijativa u azijsko-pacifičkom regionu, kao i zapadnom balkanu.³⁶ Koncentracija može dovesti do novog nivoa specijalizacije. Specijalizacija sudova podrazumijeva da se unutar suda imenovanog za postupanje u vezi s otmicom djeteta nastavi druga koncentracija i da samo jedan ili više specijaliziranih sudija budu postupajuće sudije na slučajevima otmice djece.³⁷

Osnovne prednosti koncentracije nadležnosti u otmici djece, prema konsultovanoj literaturi, mogu se podijeliti u nekoliko kategorija:³⁸

- a) prednosti za sudski sistem
 - uspostavljenje jasnog sistema nadležnosti
 - uvođenje efikasnog upravljanja predmetima

³⁴ *Guide to Good Practice on Central Authority Practice*, op.cit. 20, Poglavlje 1.5

³⁵ Župan, M., Poretti, P., *Concentration of Jurisdiction in Cross-Border Family Matters – Child Abduction at Focus*, 344

³⁶ Župan M., Hoško, T., *Operation of the Hague 1980 Child Abduction Convention in Croatia*, Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus, Pravni fakultet Univerziteta u Osijeku, 2015., dostupno na: <http://www.pravos.unios.hr/katedra-medunarodnog-privatnog-prava/recent-updates>

³⁷ Silvestri, E., *Judicial specialization: in search of the 'right' Judge for each Case?* "Russian Law Journal" volume ii, issue 4, 2014., p. 167

³⁸ Više o ovome: Župan, M., Poretti, P. *Concentration of Jurisdiction in Cross-Border Family Matters – Child Abduction at Focus*, Beaumont, P., Mceleavy, P., *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University press, 1999, p. 260, *Guide to good practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil aspects of international Child abduction - part ii – implementin measures*, Hague Conference on private international law, 2003

- olakšavanje pregleda učinkovitosti
- b) prednosti za principe politike Konvencije 1980. o otmici djece
 - postupak povratka ekspeditora ima pozitivne efekte na glavne operativne principe Konvencije
- c) prednosti postupka donošenja presude
 - uklanjanje svake zabune u pogledu nadležnog suda i mjerodavnog zakona
 - poboljšanje u odnosu na kvalitetu odluka;
 - nakupljanje iskustva među dotičnim sucima;
 - pravda prilagođena djeci
 - poboljšanje u odnosu na trajanje postupka;
 - dosljednost prakse suda i advokata
 - dosljednost i koherentnost u sudskoj praksi
 - pojačana pravna sigurnost.
 - razvoj uzajamnog povjerenja

Glavni nedostaci su:

- nije uvijek praktično iz geografskih razloga (naročito velike zemlje);
- nailazi se na probleme s izvršenjem
 - ako postoji specijalizirani ovršni sud, moguće koristi koncentracije nadležnosti u fazi ovrhe trebaju se uravnotežiti sa prednosti blizine ovršnog suda mjestu izvršenja, a što je već u naprijed navedenom objašnjeno

U pravnim sistemima u kojima određene naloge u vezi s izvršenjem (ili ovlaštenje za izvršenje, ili nalog za posebne prisilne mjere) mora donijeti sud koji nije odlučio o zahtjevu za povratak (specijalizirani sud za izvršenje), moguće koristi koncentracije nadležnosti na nivou izvršnog suda trebalo bi pažljivo uravnotežiti s prednostima blizine izvršnog suda mjestu izvršenja. Ratio naprijed navedenog leži u činjenici da se izvršenje odluke ne odvija u sudnici, nego u djetetovom svakodnevnom okruženju, te bi blizina bila u najboljem interesu djeteta, u smislu što manjeg izlaganja stresnoj situaciji prilikom provedbe odluke suda. Ona bi mogla pomoći sudu u odabiru odgovarajućih mjera, i ako je potrebno, doprinijela bi boljoj saradnji sa lokalnim službenicima koji provode odluku. Koncentracija nadležnosti za određivanje izvršnih mjera, sa pratećom specijalizacijom, stručnošću i poznavanjem Konvencije 1980. može drastično ubrzati vođenje ovakvim postupaka, a što i jeste svrha odredaba Konvencije 1980.

5.2. Dugotrajnost postupka po žalbi

Nekoliko puta je ponovljeno, da je brzina važna u svim fazama postupka po Konvenciji. Da bi se osiguralo poštivanje ovog zahtjeva, trebali bi postojati vremenski okviri za sve korake koji se trebaju poduzeti u postupku.

Odluka kojom se odbija zahtjev za povratak djeteta može biti predmet žalbe. U BiH, o žalbi se odlučuje u vanparničnom postupku te se primjenjuju odredbe Zakona o vanparničnom postupku FBiH³⁹, RS⁴⁰ i BDBiH⁴¹, ali i Zakona o parničnom postupku FBiH⁴², RS⁴³ i BDBiH⁴⁴ i Porodičnog zakona FBiH⁴⁵ RS⁴⁶ i BDBiH⁴⁷. Dok u prvom stepenu odlučuje sudac pojedinac, u drugom stepenu postupa vijeće sastavljeno od troje sudaca. Oni ispituju prvostepeno rješenje u onom dijelu u kojem se pobija žalbom i po službenoj dužnosti, shodno čl. 221. ZPP FBiH⁴⁸ u vezi s čl. 2. st. 2. Zakona o vanparničnom postupku FBiH, te donose rješenje. Postupak po žalbi, u većini razmatranih slučajeva, trajao je duže od šest mjeseci – u dva slučaja čak devet mjeseci. Samo u jednom slučaju postupak je trajao manje od tri mjeseca, tačnije pet sedmica. Najčešći razlozi žalbe su pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, povrede odredaba parničnog postupka i pogrešna primjena materijalnog prava (čl. 208. ZPP FBiH).

Pred Osnovnim sudom u Trebinju vodio se postupak⁴⁹ na koju odluku je uložena revizija kao vanredni pravni lijek na odluku drugostepenog suda, ali je odbačena jer se postupak i u prvom i drugom stepenu vodio kao izvršni postupak, a prema odredbama Zakona o izvršnom postupku RS, protiv pravosnažnog rješenja donesenog u postupku izvršenja nije dozvoljeno ulaganje vanrednih pravnih lijekova.⁵⁰ Ovaj slučaj imao je svoj epilog pred Ustavnim sudom BiH. Podnositeljica zahtjeva nezadovoljna odlukama spomenutih sudova, kojom je odbijen njen zahtjev za povratak djeteta, podnijela je apelaciju Ustavnom sudu BiH 11. 9. 2009. godine protiv prvostepene i drugostepene odluke sudova. U apelaciji je navela povredu prava iz čl. 6. EKLJP (pravo na pravično suđenje, zbog toga što sudovi nisu uzeli u obzir navode iz obimne dokumentacije i informacija prikupljenih u Švedskoj, te

39 Zakon o vanparničnom postupku FBiH („Službene novine FBiH“, br. 2/1998, 39/2004, 73/2005 i 80/2014)

40 Zakon o vanparničnom postupku RS („Službene novine RS“, br. 36/2009 i 91/2016)

41 Zakon o vanparničnom postupku BDBiH („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 5/2001, 36/2017 i 36/2017)

42 Zakon o parničnom postupku FBiH („Službene novine Federacije BiH“, broj 53/03), koji je stupio na snagu 05.11.2003. godine, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku („Službene novine FBiH“, br. 73/05, 19/06) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku („Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, br.98/15 od 23.12.2015.godine)

43 Zakon o parničnom postupku RS („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008 - odluka US, 45/2009 - odluka US, 49/2009 i 61/2013)

44 Zakon o parničnom postupku BDBiH („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 28/2018)

45 Porodični zakon FBiH („Službene novine Federacije BiH, br. 35/05)

46 Porodični zakon RS („Službeni glasnik RS, br. 54/2002, 41/2008 i 63/2014)

47 Porodični zakon BDBiH („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 3/07)

48 Čl.221 ZPP-a FBiH

49 Osnovni sud u Trebinju, Rješenje br. 095-0-I-08-000-618 od 23. 2. 2009. godine i Okružni sud u Trebinju, Rješenje br. 015-0-GŽ-09-000-127 od 10. 7. 2009. godine

50 Vrhovni sud RS, Rješenje br. 118-0-Rev-09-000 898 od 6. 10. 2009. godine

nisu obrazložili zašto to nije učinjeno), čl. 8. EKLJP (zbog neizvršavanja pozitivne obaveze od strane nadležnih organa kojima bi omogućili uživanje njenog prava na porodični život s njenim sinom) i čl. 14. EKLJP (zabrana diskriminacije, zbog drugačijeg tretmana zbog državljanstva – švedsko i spola – suci koji su odlučivali u obje instance bili su muškarci). Ustavni sud BiH nije našao da je došlo do povrede navedenih prava iz EKLJP.

Nekoliko je primjera u kojima je nacionalni zakonodavac utvrdio vremenski okvir za sudove, a zbog ostvarivanja principa hitnosti na kojem se zasniva Konvencija. Za države članice Europske unije, s izuzetkom Danske, član 11. stavak 3. Uredbe Brisela IIa pooštava šestosedmični period naveden u Član 11. Konvencije. Prelazeći dalje od toga, Bugarska je u svom provedbenom zakonodavstvu donesenom 2003. godine uvela vremenski rok od 30 dana za prvostepeni sud i apelacioni sud da odluči o zahtjevu za povratak. U Izraelu, prvostepeni sud mora odlučiti u roku od šest sedmica, a apelacijski sud u roku od 30 dana od dana podnošenja žalbe.

U brojnim državama i teritorijalnim jedinicama, iako postoji nekoliko žalbenih nivoa, oni se rijetko kad koriste. Razlog tome je što su osnovi za žalbe bili izuzetno ograničeni, npr. ograničeni na pravne tačke, nedovoljno razmatranje dokaza ili značajna promjena okolnosti, i sl.⁵¹

5.3. Nedostatak preciziranja u nalogu za povratak djeteta

Zasudove je važna analogija za povratak učini što preciznijim. Uglavnom se spominje država iz koje je dijete nezakonito odvedeno, dok samo neki nalozi za povratak⁵² sadrže jasne detalje o načinu povratka tj. kada, kako i ko dijete treba vratiti. Često takvi nalozi ne sadrže detaljne informacije, poput onih da li će se podnosilac zahtjeva ili tuženi vratiti sa djetetom u državu uobičajenog boravišta, ko će dijete vratiti u tu zemlju i slično. Kada je naređeno predavanje djeteta podnosiocu zahtjeva, podjednako je važno navesti detalje u nalogu za povratak. Korisni detalji su, na primjer, vrijeme i mjesto primopredaje i da li je potrebno prisustvo drugih stručnjaka poput konzularnih službenika, socijalnih radnika, psihologa ili drugih.⁵³

6. Značaj konvencije o pravima djeteta

Odlučujući po zahtjevu za povratak djeteta, sudovi u BiH – o čemu je već bilo riječi, u najvećem broju slučajeva, odbijali su zahtjev pozivajući se na to da je dijete izrazilo želju da ostane živjeti u novoj sredini i da bi povrat izložio dijete psihičkoj traumi. Manji broj sudaca se u obrazloženju svojih odluka poziva na odredbe Konvencije o pravima djeteta i razmatra prava koja su njom propisana. Oni koji to čine, navode najbolji interes djeteta kao “interes koji ima prednost nad svim ostalim interesima“. Pozivaju se na čl. 3 st. 1. KPD koji nalaže da se u svim akcijama koje u vezi s djecom poduzimaju javne ili privatne ustanove socijalne

51 *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, poglavlje IV

52 Bahami, Kanada, Kina, Latvija, Norveška...

53 *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, poglavlje IV, 21

zaštite, sudovi, državna uprava ili zakonodavna tijela, mora se prvenstveno voditi računa o interesima djeteta. Sud je, u jednom slučaju⁵⁴, naveo da “imajući u vidu sve iznijeto, sud se prije svega rukovodio isključivo najboljim interesom djeteta, a na što ga obavezuju ne samo odredbe Porodičnog zakona FBiH, već i važeće KPD, a to je da sud sve vrijeme mora paziti i voditi računa o zaštiti interesa djeteta, a što je ovaj sud rukovodilo da odbije zahtjev za povratak“ Drugi sudovi su se pozivali⁵⁵, pored čl. 3. st. 2. KPD, i na čl. 2. st. 2. KPD koji propisuje da će države stranke poduzet sve potrebne mjere za zaštitu djeteta od svih oblika diskriminacije ili kažnjavanja koji polaze od položaja, djelatnosti, izraženog mišljenja ili uvjerenja roditelja, zakonskih staratelja ili članova obitelji te čl. 7. st. 2. KPD koji obavezuje države stranke da osiguraju primjenu ovih prava u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvo.

7. Zaključak

Haška konvencija 1980. predstavlja veliki iskorak prema međunarodnom priznanju ozbiljnog problema otmice djece. Međutim, da bi se ostvarili svi naprijed navedeni i elaborirani ciljevi, potrebno je korigovati određene stvari kako u samom konvencijskom tekstu, tako i u primjeni iste. Na primjer, iznimke od Konvencije trebale bi biti uže, a njen opseg bi trebao biti širi, postupci bi trebali biti efikasniji, postupajuće sudije posvećenije itd. Jednom kada se ti ciljevi postignu, međunarodna zajednica može učinkovitije pristupiti i eliminisati problem međunarodne otmice djece i na taj način smanjiti broj djece koja su oteta iz svojih domova, odvojena od roditelja kojeg vole i prisiljena započeti novi život u stranoj zemlji. Analizom sudske prakse, dolazi se do zaključka da sudovi, kako inostrani, tako i domaći ne uspijevaju ispoštovati sve konvencije principe i odredbe. Takvo postupanje se može pravdati neprilagođenosti pravnih sistema Konvenciji, okolnosti u kojima postupajući sudovi rade, nestručnosti sudova i slično. Ipak, potrebno je da se učini određeni napor i da države počnu sa rješavanjem problemskih pitanja koja se javljaju u vezi sa Konvencijom 1980. godine, kako bi što prije problem otmice djece bio saniran, odnosno što rjeđi u praksi. U vezi sa time, u naprijed navedenom tekstu ponuđena su rješenja koja bi svaka država mogla implementirati i time poboljšati primjenu Konvencije 1980. godine. Najbolji interes djeteta, treba da bude temelj shodno kojem se postupa u slučajevima otmice djece, što povlači za sobom i sve druge konvencijske principe, poput efikasnosti postupka, što bržeg povratka djeteta u državu uobičajenog boravišta, potrebe saslušanja djeteta... Također, rješavanje dileme uobičajenog boravišta djeteta i naposljetku utvrđivanja istog, od strane suda, osjetljivo je polje i nosi ogroman teret daljnjeg diktiranja postupka. Tako je Sud EU u predmetu Barbara Mercedi protiv Richard Chaffe dao definiciju uobičajenog boravišta djeteta koja služi kao okvir ili putanja kojom se sudije trebaju rukovoditi pri utvrđivanju uobičajenog boravišta djeteta, ali da ne zanemare važnost procjene od slučaja do slučaja. Mada, globalizacija društva, dostupnost putovanja, lako prelaženje državnih granica, sve brža adaptacija djece, otežavaju obavezu sudova u postupcima otmice djece. Zbog toga je jako važno da države prihvataju različite solucije koje bi mogle dovesti do poboljšanja i kvalitetnije primjene Konvencije 1980.

54 Općinski sud Sarajevo, Rješenje br. 065-0-SUM-012-000432 od 18. 06. 2013. godine

55 Osnovni sud Trebinje, Rješenje br. 095-I-08-000-618 od 23. 02. 2009. godine

Armina Čunjalo, LL.B, Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Zenica

INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION THROUGH THE PRISM OF THE HAGUE ABDUCTION CONVENTION AND THE IMPACT OF THE GLOBALIZATION PROCESS

Summary: Author puts focus on the problems related to the forcible removal or retention of a child by one parent, and the application of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (farther: 1890 Convention) and its oversights in the regulation of certain things. The most elaborated problematic issues are child's integration in new social environment and the discretionary decision of the court, which is problematic for several reasons, and which is reflected in the fact that the child returns even though it has been determined that the child adapted to the new environment. The urgent procedure of returning a child will be especially considered, which is insufficiently regulated by the 1980 Convention, despite the fact that this is perhaps the most important procedure for a child. In concluding remarks, the author will also offer practical solutions to the highlighted open issues of the 1980 Convention.

Key words: 1980 Hague Convention, child abduction, emergency return of the child, the best interests of the child, habitual residence of the child

STRUČNI ČLANAK

Dr. sc. Muharem Adilović, vanredni profesor
Islamski pedagoški fakultet Univerziteta u Zenici

Dr. sc. Ajdin Huseinspahić, docent
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

Dr. sc. Sedad Dedić, docent
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

SAVJETOVANJE PRIJE ZAKLJUČENJA BRAKA I DEJSTVA POSREDOVANJA PRIJE RAZVODA BRAKA U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak: Porodica je životna zajednica roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojlaca i usvojenika i osoba iz vanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu. Iz navedene zakonske definicije porodice proističe da ona nastaje na temelju braka, vanbračne zajednice ili adopcije. Zbog uticaja historijskih, tradicionalnih, kulturoloških, religijskih i mnogih drugih faktora svaki narod je razvijao vlastiti koncept percepcije porodice i njenih sistema, odnosno moralnih, običajnih i pravnih normi vezanih za regulisanje unutarporodičnih odnosa. Iako su mnogobrojnija ona društva koja zasnivanje porodice vežu isključivo za sklapanje braka, u eri globalizacije, modernizma i postmodernizma se javljaju i ona društva kojima brak ne predstavlja ključni faktor zasnivanja porodice, a što prema teoriji porodičnih odnosa slabi njenu kohezionu snagu i primarnu društvenu ulogu. Tako su se tradicionalni porodično-pravni instituti i tradicionalna shvatanja porodice našli pred globalnim izazovom savremenih reformi koje zahtijevaju prilagođavanje novim sociološkim i pravnim trendovima.

U radu smo naglasili ustavnopravni temelj braka i porodice, te se fokusirali na dva instituta, i to: savjetovanje prije sklapanja braka i posredovanje prije njegovog razvoda, a sve s ciljem analize normativnih rješenja i njihove primjene u praksi, te nuđenja *de lege ferenda* prijedloga u postojećim ustavnopravnim okvirima kako bi lica u brak stupala odgovorno i promišljeno te kako bi se pomoglo rješavanju eventualnih nesporazuma koji mogu svojim negativnim posljedicama oslabiti bračne veze i destabilizirati cijeli porodični sistem. S ciljem prikupljanja što kvalitetnijih podataka provedeno je empirijsko istraživanje u saradnji s centrima za socijalni rad širom BiH.

Ključne riječi: *porodica, brak, ustavnopravni okvir, savjetovanje, posredovanje/mirenje.*

1. Uvod

Zainteresovanost šire društvene zajednice, odnosno države za intimne odnose među njenim članovima je prisutna još od vremena najstarijih civilizacija pa sve do danas, pošto je svaka ljudska zajednica usmjerena ka zaštiti mlade generacije na kojoj se zasniva budućnost i snaga društva, odnosno države. Da bi, kako tvrdi Marijan Košiček, društvo imalo neku garanciju da roditelji neće odbaciti svoju djecu, nego da će ih doista i othraniti, društvo je odavno osjetilo potrebu da se spolne veze javno obznane, da bi bračni drugovi pred društveno-političkom zajednicom uzeli na sebe obavezu brige o svom potomstvu, pa tako posredno brige i o samom društvu, odnosno državi. Nadzirući spolne odnose svojih pripadnika zajednica je uvijek mogla na direktan način utjecati na odgoj djece, odnosno na emocionalnu atmosferu u samoj porodici oblikujući tako mladu generaciju u pravcu očuvanja socijalnih tradicija i dostignutog stepena društvenih odnosa.¹ Iako je Košiček ovaj stav iznio još šezdesetih godina prošlog vijeka držimo da je njegovo mišljenje i dalje aktuelno, te da stoga posebna društvena pažnja treba biti usmjerena ka braku, zaštiti njegove pravne prirode kao i same svrhe njegovog postojanja. Razumijevajući institut braka kao jedan od najvažnijih temelja društva u socijalnom smislu mnogi ustavi kao temelj pravnog sistema jedne države su tretirali i definisali u osnovama i pitanja porodice i pravo na bračnu zajednicu. Naravno zakoni su tu tematiku detaljnije uređivali i prije i danas, ali činjenica da su npr. ustavi iz 1946., 1963. i 1974. SFRJ posebno tretirali institut braka i porodice govori da je ovom pitanju dat značaj koji i zaslužuje.²

Kroz sklapanje braka nastajala je nova porodica, kao društvena zajednica daleko kompleksnija od braka zasnovana pretežno na krvnom srodstvu koje predstavlja prirodnu biološku vezu između dva ili više lica, a nastaje prirodnim putem tj. rađanjem. O prirodnom, stvarnom sadržaju braka, dakle o braku u pravom smislu riječi, može se govoriti kad ljudi suprotnog spola trajno žive u prisnoj i skladnoj tjelesnoj i duševnoj zajednici, nalazeći u njoj puno seksualno i emocionalno zadovoljstvo. U uporednom društvu, kako je to još sredinom XX vijeka predviđao Košiček, neće nas više mnogo zanimati oblik braka, kao što će nas zanimati njegov sadržaj.³ Tradicionalna kontrola seksualnosti ostvarivana je putem braka i percipirana kao uzajamno pravo, odnosno obaveza bračnih drugova, dok su predbračni ili vanbračni seksualni odnosi bili nepoželjni i sankcionisani kao moralno neprihvatljivi, a što je izražavano kroz negativan stav društva prema djeci rođenoj iz tih odnosa.⁴

U radu polazimo od neupitnog značaja porodice za razvoj društva, ali i uloge braka u njenom formiranju shodno čemu smo odlučili da sagledamo odnos zakonodavaca u BiH prema braku. U namjeri da aktueliziramo pitanje sadržaja, postojanja i cilja samog braka kao i njegove društvene uloge te stava pravnog poretka prema istom u radu osvjetljavamo dva instituta, i to: savjetovanje prije sklapanja braka

1 Marijan Košiček, *Spol, ljubav i brak*, četvrto izdanje, Epoha, 1965., str. 317.

2 V. Bakić, *Porodično pravo SFRJ, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Savremena administracija, str. 16.

3 Marijan Košiček, str. 318.

4 Marina Janjić Komar/Slobodan Panov, *Veza generacija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2000., str. 19.

kao i posredovanja prije njegovog razvoda. Naučnom analizom pozitivno-pravne regulacije navedenih instituta sagledaćemo mjesto institucije braka u pravnom poreku u BiH, zainteresovanost tj. angažman javnih organa vlasti po pitanju samog čina stupanja u brak, opstanka braka usljed nastanka okolnosti koje mogu dovesti do njegovog prestanka kao i pravnih instrumenata koji su u tom smislu inkorporisani u porodično-pravno zakonodavstvo u BiH. Da bi dobili što objektivnije i relevantnije rezultate našeg istraživačkog poduhvata primjenjivali smo sociološki i aksiološki metod, historijski i pozitivno-pravni metod kao i metode sinteze i analize, a od metodoloških instrumenata anketu pomoću koje smo prikupili podatke o primjeni instituta savjetovanja prije zaključenja braka i posredovanja pri njegovog razvoda u okviru pravnog poretka u BiH. Hipoteza rada koju ćemo nastojati da dokažemo u radu je da preporuka matičara koju je obavezan dati mladencima u pogledu savjetovanja prije zaključenja braka treba biti obligatorna za same mladence, a ne dispozitivna kako je to bilo i kako jeste regulisano porodičnim zakonima u BiH, te da posredovanje prije razvoda braka praktično treba provoditi onako kako je to zakonski regulisano, tj. davanjem prioriteta pokušaju otklanjanja nesporazuma među supružnicima koji su uzrokovali podnošenje tužbe ili zahtjeva za sporazumni razvod braka, a ne shvatati ga isključivo formalistički kao jedan od koraka kojem treba udovoljiti prije samog čina razvoda, uvažavajući prije svega volju supružnika, ali i nastojeći pružiti svu potrebnu pomoć s ciljem pokušaja spašavanja braka i eventualnoj zaštiti najboljeg interesa djeteta.

2. O historijskom poimanju i ciljevima braka

Brak možemo definisati na različite načine, a što zavisi od aspekta njegovog posmatranja. Želimo li nešto znati o porijeklu braka i porodice, jer su brak i njegovi razni profili temelj porodice, onda je beskorisno da se upuštamo u više-manje duhovita razmatranja. Treba pogledati postojeće činjenice, a koje nam ukazuju na to da se brak javlja na najnižem stepenu razvoja čovječanstva. Tako je kod najnerazvijenijih plemena, kao što su Pigmeji, Negrito, pa i neka druga plemena, brak u mnogome sličniji našem nego što su to brakovi naroda koji na ljestvici kulture stoje između nas i njih.⁵ Brak je tako općečovječanski, kao i govor ili upotreba raznog oruđa i sl.

U pravnoj nauci postoji niz definicija braka ali su za nas posebno interesantne one koje su dali rimski pravници. Tako prema Modestinu brak predstavlja vezu između muškarca i žene ujedinjenih za cijeli život, ustanova božanskog i ljudskog prava.⁶ Gaj navodi da *ius connubii* (pravo na zaključenje valjanog rimskog braka) podliježe određenim ograničenjima kojih se valja pridržavati ukoliko lica žele živjeti u braku.⁷ Time je on ukazao na postojanje određenih bračnih zapreka koje će sve do danas proizvoditi pravno-relevantne učinke kada je u pitanju valjanost samog braka. Rimljani su brakom smatrali samo onu zajednicu koju pravni poredak priznaje

5 K. B. Smith, *Putovi kulture*, Matica Hrvatska, Zagreb, 1960., str. 236-249.

6 *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*. Modestin, *Digesta* 23, 2,1. Više vidjeti: A. Romac, *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, Informator, 1989., str. 215.

7 Gaj, *Institucije*, Knjiga prva, D. Basta, et.al., preveo O. Stanojević, Nolit, Beograd, str. 47.

brakom.⁸ U tu svrhu potrebno je bilo ostvariti faktičnu zajednicu života muškarca i žene te imati trajnu namjeru, odnosno volju da u nastavku života ta lica žive kao bračni partneri. Ta namjera je označavana kao *affectio maritalis*, pa je shodno tome rimski brak i prestajao gubitkom *affectio maritalis*-a.⁹ Gens, konzorcijum i patrijarhalna porodica agnata pod vlašću *patris familias*-a predstavljali su široke porodične zajednice, koje su u svom sastavu imale veliki broj muškaraca sposobnih za ženidbu i veliki broj djevojaka sposobnih za udaju. Kako su ove zajednice bile egzogamne, muškarcima je bilo dopušteno da se žene samo sa djevojkama rođenim van okvira porodice, a djevojkama da se udaju samo za muškarce iz drugih porodičnih grupa.¹⁰ Tako je nerijetko sklapanje braka smatrano instrumentom ostvarenja daleko kompleksnijih i „viših“ ciljeva.¹¹

U doba rimskog carstva, propadanjem patrijarhalnog morala, brak postao vrlo nestabilan. S druge strane, veliki broj ljudi se odlučivao za celibat, odnosno život bez braka. Uvidjevši da takav način života vodi propadanju rimskog društva i države, rimski imperator August interveniše i donosi dva zakona kojima uvodi kazne za neženje i nagrade za oženjene. Tako je donošenjem *Lex Iulia de maritandis ordinibus* iz 18. g.n.e. o suzbijanju neženstva te *Lex Papia Poppaea* iz 9. g.n.e. o zapostavljanju brakova bez djece (op.a. često shvatani kao jedinstven zakon nazvan *Lex Iulia et Papia Poppaea*, odnosno kadukni zakoni), propisano da muškarci moraju stupiti u brak u vremenu od 25. do 60. godine, a žene od 20. do 50. godine, uz imperativnu normu da muškarci moraju imati barem jedno dijete, dok žena koja je rođena slobodna troje, a oslobođenica četvoro djece.¹²

Vremenom je utjecaj crkve kao i drugih religijskih učenja na samu instituciju braka postajao sve jači tako da danas, pored građanske forme braka, možemo govoriti o postojanju vjerske forme zaključenja braka kao i sakralnih pravila kojima su uređeni bračni odnosi, a po kojima se nerijetko „ravnaju“ supružnici.¹³ Hrišćanska crkva je, kao što je poznato, uzela u ruke bračno pravo i to u istočnom dijelu-pravoslavna crkva početkom XIV vijeka tj. 1306. godine, a u zapadnom dijelu-katolička crkva tek

8 Ne samo rimska nego i ostale civilizacije kako u tom periodu tako i kasnije za pravovaljanost braka traže da bude priznat od strane zvaničnog pravnog poretka. Tako je među razvijenije grane prava u starom Egiptu i Babilonu spadalo bračno i porodično pravo. Brak je sklapan ugovorom, a za njegovu valjanost tražen je jedino pristanak roditelja. Više vidjeti: K. Bastaić/B. Krizman, *Opća historija države i prava-pregled razvitka*, Zagreb, Informator, 1976., str. 38 i 57.

9 M. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb, Školska knjiga, 1974., str. 70.

10 I. Puhan, *Rimsko pravo*, Beograd, Naučna knjiga, 1974., str. 161-162.

11 Gotovo jednaku važnost brak ima i u grčkim polisima, dok je u srednjem vijeku brak bio i više od instituta privatnog prava pošto je u nemalom broju slučajeva služio da bi se osnovalo ili ustabililo savezništvo dviju ili više država, ili pak uspostavila nova država. Tako je sklapanjem braka između kastiljanske kraljice Izabele i aragonskog kralja Ferdinanda 1469. godine došlo do ujedinjenja ove dvije države i osnivanja Kraljevine Španije. Više vidjeti: M. Imamović, *Predavanja iz opće povijesti prava i političkih institucija*, Sarajevo, Magistrat, 2005., str. 151-152.

12 G. Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer Heidelberg New York Dordrecht London, 2010., str. 97. Osobe koje ne bi udovoljavale tim zahtjevima, te neoženjene osobe (*caelebs*) ili osobe bez djece (*orbis*) bile su društveno marginalizirane.

13 Više vidjeti: M. Bratković, „Razvrtnuće braka u rimskom, kanonskom i suvremenom hrvatskom obiteljskom pravu“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 2011., br. 61, (1), str. 109-148.

sredinom XVI vijeka, na Tridentskom saboru 1563. godine.¹⁴ Kasnije će pod jakim utjecajem ideja Francuske buržoaske revolucije stavovi pravne teorije i prakse o braku i o ulozi žene u njemu biti korigovani, ali i dalje uz jaku dominaciju historijskih aspekata shvatanja braka.¹⁵ Izmaknemo li se na trenutak od klasičnog pravnog shvatanja braka vidjećemo da je tokom evolucije promišljanja o pojimanju braka unatoč izdiferenciranosti njegovog značenja oblikovano nekoliko načina shvatanja braka.¹⁶ Zbog kompleksnosti i mnogovrsnosti aspekata koje brak podrazumijeva, definitivna je samo nemogućnost konačnosti odgovora o stvarnoj esenciji braka u jednostranom pogledu jednog od navedenih shvatanja. Stoga, možemo zaključiti da je priklanjanje bilo kojoj teorijskoj definiciji braka nezahvalno, te da istovremeno svaka od tih definicija u sebi inkorporiše najmanji zajednički sadržilac braka kao što su: monogamna i heteroseksulana zajednica života.¹⁷

U pravnoj teoriji postoje dva esencijalno oprečna shvatanja braka, i to jedno koje se temelji na postavci da je brak ugovor, a nastalo je u francuskoj teoriji i zakonodavstvu kao odgovor na shvatanje kanonskog prava o braku kao ustanovi božanskog prava koji u sebi nosi trajni sakrament.¹⁸ Prema stavu Samuela Pufendorfa¹⁹ brak ne može biti shvaćen kao sakrament, nego isključivo kao ugovor.²⁰ Drugo stajalište na brak gleda kao na instituciju i u prvi plan ističe da je brak uređen kao društvena ustanova.²¹ Pošto je riječ o institucionalnoj, a ne ugovornoj koncepciji, suština je u tome da bračni partneri ne mogu ništa ugovarati pa su tako njihove međusobne dužnosti i prava uređeni zakonom, a što proizilazi iz imperativnog karaktera samih bračnih odnosa.²² Mogli bi konstatovati da je prava istina o pravnoj prirodi braka u njegovom eklektičkom pojimanju. Naime, i jedna i druga teorija trpe određene kritike. Dok institucionalnoj teoriji možemo prigovoriti da je statična te da je svakim danom sve veći set dužnosti i prava supružnika oko kojih se oni mogu sporazumijevati, ugovornoj teoriji mogu biti upućene kritike da je suviše skućena

14 V. Bakić, str. 79.

15 O tome vidjeti: Z. Erent-Sunko, „Obiteljskopравни položaj žena u Francuskoj od 1789. do 1816. s analizom Code Civila iz 1804. godine, Pitanje temelja izgradnje suvremene obiteljskopravne Regulativne“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 2011., br. 61, (2), str. 573-594.

16 „Najstarije shvatanje počiva na ideji prirodnoga prava u kojem brak dobiva svoju pojavnost i strukturu prirodom određenom svrhovitošću, a to je rađanje djece. Shvati li se pak brak kao ugovorni odnos, njegov temelj počiva upravo na pristanku na brak, što rezultira mogućnošću njegova razvrgnuća bilo zbog povrede ugovornih obveza, bilo na temelju sporazuma bračnih drugova. Treće se shvatanje braka temelji upravo na subjektivnim kvalitetama braka koji predstavlja najbličniju vezu između muškarca i žene.“ M. Bratković, str. 110.

17 A. Huseinspahić/Đ. Kurbegović-Huseinspahić, „Pravni kontinuitet između regulisanja braka u antičkom Rimu i njegovog pozitivno-pravnog uređenja u Bosni i Hercegovini“, *Pravna misao (Sarajevo)*, broj 7 – 8/2016., Federalno ministarstvo pravde, 2016., str.

18 N. Traljić/S. Bubić, *Bračno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., str. 37.

19 Njemački filozof Samuel Pufendorf (1632-1694) se između ostalog bavio i proučavanjem braka, a popularnost njegovih ideja naglo raste nakon što su mu djela prevedena na francuski jezik u XVIII stoljeću.

20 M. Sokol, Bentham, Law and Marriage: A Utilitarian Code of Law in Historical Contexts, London, Continuum International Publishing Group, 2011., str. 38.

21 Više vidjeti: M. Hof Wallace, „The Pitfalls of a Putative Marriage and the Call for a Putative Divorce“, Louisiana Law Review, Volume 64, Number 1, 2003.

22 N. Traljić/S. Bubić, str. 37.

u shvatanju braka, te da je jedna od odlika ugovora upravo njegova prenosivost na treća lica te ograničen sadržaj, a što pristalice ove teorije ne zastupaju.²³ Stoga je u modernoj porodično-pravnoj nauci tumačenje ugovornosti ili institucionalnosti braka od sve manjeg značenja.²⁴

U engleskoj pravnoj teoriji brak je doživotna i dobrovoljna zajednica života muškarca i žene, uz isključenje svih ostalih lica.²⁵ Dio definicije koji brak karakterizira kao doživotnu životnu zajednicu u engleskom pravu je ocijenjen kao neprihvatljiv, jer je u engleskom pravu razvod braka dopušten. Četiri su osobine braka. Brak mora postojati kao *dobrovoljna, doživotnaheteroseksulana* i *monogamna* zajednica života.²⁶

Prema definiciji iz njemačke pravne teorije brak je samo ona veza spolova, zasnovana radi zajednice života koju priznaje pravni poredak pojedine države.²⁷

Na našim prostorima i u našoj predratnoj naučnoj literaturi bila je općeprihvaćena definicija Bakića, tzv. teorija ugovornog statusa.²⁸ Shodno toj teorijskoj postavci brak je pravom priznata i uređena, trajna zajednica života jednog muškarca i jedne žene, zaključena u svečanoj formi, po njihovom slobodnom pristanku, raskidiva samo u slučajevima predviđenim zakonom. Osnovna načela socijalističkog jugoslavenskog bračnog prava su bila sljedeća: brak je ustanova društvenog karaktera, brak je u isključivoj nadležnosti države, obavezna forma braka je građanski brak, brak je kao osnov porodice pod zaštitom države, brak se zasniva na ravnopravnosti muža i žene, kao i načelu monogamije i brak je trajna zajednica raskidiva samo u zakonom predviđenim slučajevima.²⁹

Imamo li sve u vidu možemo zaključiti da se brakom u svim primjerima teorijskih definicija, a na temelju sadržaja bračnog odnosa, smatra zajednica života, a o pretpostavkama za postojanje braka koje propisuje pravni poredak zavisi hoće li neka životna zajednica žene i muškarca biti priznata brakom.³⁰

3. Historijski aspekt razvoja braka na prostoru BiH

Na prostoru BiH se kroz historiju primjenjivalo raznovrsno bračno zakonodavstvo. Bosanskohercegovačko bračno pravo je bilo specifično još u srednjovjekovnoj bosanskoj državi kao i za vrijeme osmanske uprave, da bi nakon austrougarske okupacije 1878. godine faktički bio primjenjivan Opći građanski zakonik. U

23 Ibid., str. 38.

24 M. Bratković, 110.

25 Jevrejsko pravo, rimsko pravo i grčko pravo, kao tri prethodnice srednjovjekovnog crkvenog prava, propisuju relativnu slobodu razvoda braka za razliku od kanonskog prava. Vidjeti: C. Donahue, *Law, Marriage and Society in the later Middle Ages, Arguments About Marriage in Five Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007., str. 45.

26 Ibid., str. 16.

27 M. Alinčić, D. Hrabar /D. Jakovac-Lozić/A. Korać Graovac, *Obiteljsko pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2007., str. 22.

28 N. Traljić/S. Bubić, str. 39.

29 S.V. Bakić, *Porodično pravo u SFRJ*, Beograd, Savremena administracija, 1988., str. 77-82.

30 M. Alinčić, D. Hrabar /D. Jakovac-Lozić/A. Korać Graovac, str. 22.

srednjovjekovnoj Bosni nije bio poznat crkveni brak, niti je crkva intervenisala prilikom sklapanja braka. Pošto su brak i bračni odnosi bili izvan sfere interesovanja Crkve bosanske, oni su se nalazili isključivo u sferi regulisanja običajnog prava. Stoga, bračno pravo nije ni moglo biti regulisano kanonskim pravom.³¹ U srednjovjekovnoj Bosni brak je sklapan na temelju principa *sit erris mihi bona* – dok budeš vjerna i dobra – i predstavljao je tipični bogumilski brak, koji je sklapan jednostavno i lahko.³² Osnovna intencija sklapanja braka je želja mladoženje da mu buduća supruga bude „dobra i vjerna“.³³

Protekom vremena na pripadnike katoličke crkve primjenjivana su pravila *Codex iuris canonici*, za pripadnike pravoslavne vjere kanonsko pravo pravoslavne crkve, a kasnije Bračni pravilnik od 1933. godine. Pripadnici islamske vjere kako iz BiH tako i drugih dijelova Jugoslavije su svoje bračne odnose, još za vrijeme austrougarske uprave uređivali shodno personalnom principu, da bi ih za vrijeme Kraljevine SHS/Jugoslavije uređivali shodno čl. 109 st. 3 Ustava od 1921. i čl. 100 st. 4 Ustava od 1931. godine, a koji su omogućavali primjenu šerijatskog bračnog prava.³⁴ Razumijevajući institut braka kao jedan od najvažnijih temelja društva u socijalnom smislu mnogi ustavi kao temelj pravnog sistema jedne države su tretirali i definisali u osnovama i pitanja porodice i pravo na bračnu zajednicu. Naravno zakoni su tu tematiku detaljnije uređivali i prije i danas, ali činjenica da su npr. ustavi iz 1946., 1963., 1974. SFRJ posebno tretirali institut braka i porodice govori da je ovom pitanju dat značaj koji i zaslužuje.

Prva zajednička karakteristika bračnog prava u staroj Jugoslaviji je, po mišljenju Bakića, bio patrijarhalni sistem koji je omogućavao dominaciju supruga nad suprugom, oca nad djecom. Druga karakteristika bračnog prava stare Jugoslavije (izuzev područja Vojvodine i Međumurja) je bio uticaj vjerskih organizacija kako u pogledu određivanja uslova potrebnih za sklapanje braka, tako i u pogledu prestanka braka. Treća zajednička karakteristika svih pravnih područja u Kraljevini Jugoslaviji se sastojala u neravnopravnosti građana u bračnim stvarima, a što se naročito ogledalo u tome što su uslovi za sklapanje braka, forma braka kao i uslovi

31 V. Spaić, „Nasljedno pravo srednjovjekovne Bosne“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, br. I*, Sarajevo, 1953.

32 U poznatoj crkvenoj dvojbi (*Dubia ecclesiastica*) bosanskih franjevaca iz 1372. godine vikar tvrdi na navedeni princip ima za cilj omogućavanje apsolutne slobode muškarcu da otpusti ženu i prekine zajednicu života kad god želi, „pa to gotovo i svi rade izuzev obraćenika.“ Ali on nije na čisto s tim da li se takav uslovni brak može smatrati pravim (*uerum matrimonium*) i tada ako se on sklopi po crkvenom obredu i s namjerom života (*quia licet obseruentur sollempnitates nupciatur et legitime conhabitare intendant*). Već ova sumnja upućuje na to da vikar ne ograničava uslovni brak samo na nevjernike, jer u tom slučaju ne bi on mogao za njega predstavljati bilo kakvu sumnju. Potvrđuju to i dalji članci iz kojih se vidi da se uslovnog baraka ne odriču ni oni Bošnjani koji se žele obratiti i da ima brakova u kojima je samo jedna strana voljna da se odrekne uslova, a druga nije. S obzirom na uslovnost tog braka vikar ne zna da li bi ga smatrao zakonitim, i u slučaju ako ovako udata Bošnjanka, pošto se obratila, napusti bez razloga svoga muža i preuda se za katolika. J. Šidak, „Franjevačka „Dubia“ iz g. 1372/3. kao izvor za povjest Bosne“, *Studije o Crkvi bosanskoj i bogumilstvu, Sveučilišna naklada Liber, Zagreb, 1975.*, 240.

33 S. Jalimam, *Državnopravni razvitak Bosne i Hercegovine*, Univerzitet u Zenici, Zenica, 2008., 138.

34 V. Bakić, str. 84.

za prestanak braka na raznim područjima i za razne kategorije građana, shodno principu personalne primjene prava, bili različiti.³⁵ Svi pokušaji unifikacije bračnog prava su bili uzaludni bilo da je predlagano uvođenje obaveznog građanskog braka, fakultativnog građanskog braka ili uvođenja građanskog braka po nuždi. Iako je ovaj zadnji prijedlog koji je išao u pravcu zaključenja građanskog braka pored obaveznog vjerskog braka, a koji je već postojao na teritoriji Slovenije ili Dalmacije, ušao i u predosnovu Građanskog zakonika od 1934., a pred sam Drugi svjetski rat i u Projekt zakona o građanskom braku po nuždi, do promjene ipak nije došlo.³⁶

Nakon propasti Kraljevine Jugoslavije nastupila je prva etapa u razvoju novog pravnog okvira koji se svakako odnosio i na brak. Narodnoslobodilački pokret nije mogao da prihvati crkvenu formu braka, pa je na oslobođenoj teritoriji uveden fakultativni građanski brak, a što je podrazumijevalo pravo svakog građanina da odluči u kojoj će formi zaključiti brak, crkvenoj ili građanskoj. Prije izglasavanja Ustava početkom 1946. godine organi narodne revolucije su se izjašnjavali i o mogućnostima razvoda, koji je bio dopušten na svim oslobođenim teritorijama Jugoslavije pri čemu su supružnici imali pravo da odluče da li žele razvesti brak pred državnim organima ili po pravilima crkve, odnosno vjerske zajednice kojoj su pripadali. Nakon izglasavanja Ustava FNRJ 1946. godine napušten je fakultativni građanski brak, a uveden obavezni građanski brak, a što je opravdavamo razlozima pravne sigurnosti. Donošenjem Osnovnog zakona o braku³⁷ ukinute su sve kompetencije duhovnih sudova uključujući i materiju razvoda, tako da je sva materija iz segmenta bračnih sporova data u nadležnost državnih organa. Najzad, treća etapa razvoja bračnog prava u novoj Jugoslaviji je počela 1971. godine, kao i donošenjem Ustava SFRJ 1974. godine, te ustava federalnih jedinica, čime su izvršene izmjene u dva pravca: prvo, kreirano je osam pravnih sistema o braku, pošto su sve republike i pokrajine donijele svoje republičko odnosno pokrajinsko porodično zakonodavstvo, a u okviru njega i različite propise o braku, i drugo, u nekim republikama ponovo su priznata sva ili samo neka dejstva vanbračnim zajednicama. Pored toga, izvršena je manja reforma razvoda braka.³⁸ U BiH porodični tj. bračni odnosi su regulisani Porodičnim zakonom³⁹ od 09. jula 1979. godine.

Porodično-pravni, odnosno bračni instituti savjetovanja prije sklapanja braka i mirenja prije njegovog razvoda bili su od strane zakonodavca prepoznati i normirani još 1946. godine, da bi vremenom bili reformisani zakonskim rješenjima pojedinih republika, odnosno autonomnih pokrajina nakon 1974. godine.

Općenito, savjetovanje prije sklapanja braka je vrlo važan institut bračnog prava, koji ima za cilj informisanje vjerenika, budućih supružnika o činjenicama važnim za njihov zajednički bračni život, a koje bi im morali dati stručnjaci kako pravnici, tako i

35 *Ibid.*, 85.

36 *Ibid.*, 86.

37 Ukaz Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ br. 181 od 03. aprila 1946. godine, a objavljen je u br. 29 „Službenog lista FNRJ” od 09. aprila 1946. godine.

38 Marko Mladenović, *Porodično pravo u Jugoslaviji, peto dopunjeno izdanje*, Novinsko-izdavačka ustanova „Službeni list SFRJ”, Beograd, 1991., str. 111-112.

39 „Službeni list SRBiH“ br. 21/79.

psiholozi, sociolozi, socijalni radnici i dr. Savjetovanje među vjericima prije svega ima za cilj: upoznavanje lica sa dužnostima i pravima budućih supružnika, njihovo razumijevanje institucije braka i značaja zasnivanja porodice, jačanje povjerenja među budućim supružnicima, razvijanje „zdravog“ porodičnog ambijenta, rađanje potomstva i njegova zaštita od devijantnih društvenih pojava i sl. Zakonodavci su najčešće obavezivali matičara da budućim supružnicima preporuča posjetu porodičnim savjetovalištim u svrhu upoznavanja sa mogućnostima i prednostima planiranja porodice kao i sa uslovima od kojih zavisi rađanje zdravog potomstva, a što vjericima nisu bili i obavezni da učine. Posmatramo li razvoj bračnog zakonodavstva nakon ukidanja vjerskog zakonodavstva u ovoj oblasti, tj. od vremena izgradnje socijalističkog društva i civilnog zakonodavstva, institut obaveznog predbračnog savjetovališta nije imao prioritet na ljestvici bračnih instituta koji garantuju stabilnost bračne, odnosno porodične veze. Iako je ovaj institut u naše zakonodavstvo uveden relativno kasno (1979. godine), on je sve do danas ostao obaveza za matičara, ali nikako i za vjericima što smatramo propustom.

Mirno rješavanje sporova poznato u okviru građanskih imovinsko-pravnih tako i porodično-pravnih odnosa, po svojoj prirodi, je aktivnost usmjerena ka rješavanju konkretnog i praktičnog sukoba mirnim putem. Mirenje ili posredovanje treba imati i terapijski učinak usmjeren ka promjeni odnosa među članovima porodice. Porodičnoj terapiji je cilj utvrđivanje uzroka sukoba i podrazumijeva usmjerenost terapeuta na prošle događaje i odnose. Otuda je mirenje bliže porodičnoj terapiji nego medijaciji, jer je cilj mirenja da otkrije uzroke koji vode razvodu i da ih otkloni. S druge strane, medijacija je kratkotrajni postupak, dok je terapija (u koju, po našem mišljenju, djelomično, ulazi i mirenje) dugotrajnija intervencija. Zbog toga, kao tvrdi Morait, nezadovoljstvo procentom uspješnih mirenja, njegovo formalizovanje i marginalizovanje, nisu samo posljedica suštinskih nedostataka ovog vansudskog modela rješavanja konflikata, koliko vremenskih okvira koji su dati ovom institutu kao i hroničnoj neizgrađenosti kadrovskih kapaciteta za ovu djelatnost.⁴⁰ Institut posredovanja nije deterministički postavljena pravna kategorija već institut koji polazi od minimalnog, ali za pojedinca i društvo izuzetno važnog cilja u razrješavanju porodičnih sporova. Iako osim posredovanja postoje i drugi načini mirnog rješavanja porodičnih sporova, koji istina sa posredovanjem dijele neke zajedničke karakteristike, ovo je ipak institut koji u najvećem stepenu uvažava i promovise odgovornost strana za preduzete aktivnosti i odluke što ga i razlikuje od drugih. Postupak posredovanja tako predstavlja alternativni način rješavanja spora u odnosu na sudsku parnicu, koja se često provodi i protivno volji strana u sporu. Na ovaj način institut *porodično posredovanje* predstavlja proces u kojem se odgovornost za donošenje odluke o osjetljivim porodičnim sporovima prenosi na strane u postupku.⁴¹

40 B. Morait, „Mirenje i/ili posredovanje“, *Zbornik radova-Naučni skup „Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog“*, Mostar, 21. 12. 2012. godine, Pravni fakultet Univerziteta “Džemal Bijedić”, Mostar, 2013., str. 57.

41 Dž. Duman, „Alternativni načini rješavanja porodičnih sporova – institut posredovanja u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine“, *Prednosti alternativnog rješavanja sporova – knjiga sažetaka*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2019., str. 53.

a. Historijski prikaz pravnog uređenja savjetovanja prije sklapanja braka u BiH

Razmatrajući razvoj instituta savjetovanja prije sklapanja braka komparativno-pravni pregled ćemo temeljiti na analizi dva zakona, i to: Osnovni zakon o braku FNRJ (1946.-1979.) i Porodični zakon SRBiH (1979.-2005.).

Da bi bilo otklonjeno sklapanje nevažećih brakova Osnovnim zakonom o braku je bilo normirano obavljanje izvjesnih radnji koje prethode samom činu sklapanja braka. Ove formalnosti su bile svedene na najmanju mjeru u cilju što lakšeg sklapanja braka, a sastoje se uglavnom u obavezi vjerenika da prijave namjeru sklapanja braka matičaru koji vodi matične knjige za matično područje na kojem vjerenici ili jedan od njih imaju prebivalište ili boravište.⁴² Prijava za sklapanje braka može biti pismena ili usmena nakon koje biva sačinjen zapisnik o prijavi sklapanja braka. Prijava je shodno odredbama Osnovnog zakona o braku trebala da sadrži: podatke o identitetu vjerenika i njihove izjave da stupaju u brak slobodno, da za njihov brak nema zakonskih smetnji ni zabrana i da su se međusobno obavijestili o stanju svoga zdravlja naročito u pogledu tuberkuloze i veneričnih bolesti.⁴³

Prije pristupanja samom činu sklapanja braka predsjednik narodnog odbora će se uvjeriti da li je isprava ispravna i snabdjevena potrebnim izjavama i ispravama. On će upozoriti vjerenike na sve zakonske smetnje i zabrane za sklapanje braka te će ispitati da li za njihov brak postoji bilo kakva zakonska smetnja ili zabrana ili okolnost iz koje se može izvesti zaključak da nema slobodnog pristanka vjerenika. Ukoliko utvrdi da sklapanje braka po zakonu nije dozvoljeno predsjednik narodnog odbora je bio dužan da odbije sklapanje braka.⁴⁴

Iz navedenih odredbi zaključujemo da je zakonodavac sam čin prijave sklapanja braka uslovljavao ispunjenjem određenih uslova, odnosno davanjem podataka o identitetu i tri izjave. Podatke o identitetu vjerenici dokazuju podnošenjem odgovarajućih isprava kojima potvrđuju svoje punoljetstvo (podnošenjem izvoda iz matične knjige rođenih) i svoj bračni status ukoliko je prethodno postojao brak (podnošenjem izvoda iz matične knjige umrlih, ako je do prestanka braka došlo smrću ili presudu kojom je prethodni brak razveden ili poništen).⁴⁵ Međutim, kad je riječ o izjavama koje vjerenici potpisuju uočavamo da iste nisu trebale biti potkrijepljene odgovarajućim nalazom, odnosno aktom nadležnih organa vlasti ili odgovarajućih ustanova. Izjavom koju su prilagali u prijavi vjerenici su potvrđivali da u brak stupaju slobodno, da ne postoje bračne smetnje ili zabrane te da su se obavijestili o međusobnom zdravstvenom stanju. Samatramo da je jedino prvi dio izjave opravdano uključivao isključivo vjerenike, dok preostala dva dijela su trebala biti snabdjevena potvrdama/nalazima i drugim pravnim aktima odgovarajućih tijela vlasti. Vjerenici nisu bili dužni, kako to navodi Bakić da uz svoju prijavu o namjeri sklapanja braka prilažu ljekarska uvjerenja o svom zdravstvenom stanju, već je bilo dovoljno da izjave da su se međusobno obavijestili o stanju svog zdravlja, naročito

42 Čl. 29. st. 1. Osnovnog zakona o braku FNRJ.

43 Čl. 29. st. 2. Osnovnog zakona o braku FNRJ.

44 Čl. 30. Osnovnog zakona o braku FNRJ.

45 V. Bakić, str. 130.

u pogledu tuberkuloze i veneričnih bolesti.⁴⁶

Kasnijim porodičnim zakonodavstvom SFRJ, došlo je do regulisanja porodičnopravnih odnosa na nivou republika i pokrajina, tako da je Porodični zakon SR BiH iz 1979. godine postupak zaključenja braka podijelio u tri faze, i to: prijavni (prethodni) postupak, postupak vjenčanja i registracija braka.⁴⁷ Zadržaćemo se samo na prvoj fazi, odnosno na prethodnom postupku. Lica koja su namjeravala da stupe u brak podnosila su prijavu matičaru u opštini u kojoj su željeli da zakluče brak. Uz prijavu je trebalo podnijeti izvod iz matične knjige rođenih, a kad je to bilo potrebno i druge isprave.⁴⁸

Zakonodavac je regulisao i obavezu matičara da na osnovu izjava lica koja žele da stupe u brak provjeri postoji li neka od bračnih smetnji ili zabrana za zaključenje braka. Ukoliko utvrdi da postoji neka od smetnji ili zabrana matičar će usmeno saopštiti podnosiocima prijave da ne mogu zaključiti brak i o tome sačiniti službenu zabilježbu.⁴⁹

Matičar je, kako je bilo regulisano, imao obavezu da preporuči licima koja žele da stupe u brak da se, do dana zaključenja braka, uzajamno obavijeste o stanju zdravlja, da posjete porodično savjetovište i upoznaju se sa stručnim mišljenjem o uslovima za razvoj skladnih bračnih i porodičnih odnosa, kao i organizaciju udruženog rada u oblasti zdravstva radi upoznavanja s mogućnostima i prednostima planiranja porodice.⁵⁰

Zakonodavac je tako propisao da postupak zaključenja braka počinje podnošenjem prijave (usmene na zapisnik ili pismene) kojom su vjerenici izražavali želju da stupe u brak.⁵¹ Identično zakonskim rješenjima iz 1946. godine uz prijavu za zaključenje braka je morala biti priložena i izjava vjerenika, a koja je sadržavala nekoliko saglasnih očitovanja volje budućih supružnika, i to: da slobodno stupaju u brak, da za njihov brak ne postoje bilo kakve bračne smetnje ili zabrane, da su se međusobno obavijestili o stanju zdravlja, a naročito u pogledu tuberkuloze i veneričnih bolesti i da su postigli sporazum o budućem prezimenu, što nije bilo regulisano kao obaveza nego samo kao preporuka. Isprave koje su vjerenici obavezno morali podnijeti, u cilju dokazivanja određenih statusnih svojstava, su: podaci o identitetu, izvod iz matične knjige rođenih za oba vjerenika, odgovarajuće dozvole suda ukoliko brak zaključuje maloljetno lice, umrlica za preminulog supružnika ukoliko je prethodni brak prestao smrću, presuda o poništenju ili razvodu prethodnog braka i sl.⁵² Naše tadašnje pravo nije predviđalo obavezu podnošenja ljekarskog uvjerenja o zdravstvenom stanju budućih supružnika. Odredba o tuberkulozi i veneričnim bolestima, koju je sadržavao Osnovni zakon o braku FNRJ,

46 Smatramo propustom tadašnje neregulisanje posjete porodičnom savjetovištu vjerenika. *Ibid.*, 131. Sličnu odredbu je svojevremeno sadržavao i čehoslovački Porodični zakonik u § 6, st. 1.

47 V.S. Bakić, str.111.

48 Čl. 19. Porodičnog zakona SRBiH.

49 Čl. 20. Porodičnog zakona SRBiH.

50 Čl. 23. Porodičnog zakona SRBiH.

51 Čl. 19. Porodičnog zakona SRBiH.

52 Čl. 19. Porodičnog zakona SRBiH.

smatrana je zastarjelom, jer su se u tom periodu te bolesti relativno lahko liječile, nasuprot drugim, težim bolestima.⁵³ Posjeta bračnom i porodičnom savjetovalištu je također predstavljala mjeru koju su još tada uvodili zakoni savremenijih zemalja, a koja je bila predviđena nekim federalnim zakonima. Posjeta bračnom i porodičnom savjetovalištu koja je 1979. godine bila regulisana i u SRBiH nije predstavljala obavezu za vjerenike, nego za matičara u mjeri u kojoj im je morao preporučiti da se obrate odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi ili savjetovalištu radi upoznavanja sa mogućnostim i prednostima planiranja porodice kao i sa uslovima od kojih zavisi rađanje zdravog potomstva.⁵⁴ Jedino je Zakonom o braku i porodičnim odnosima Slovenije⁵⁵ bilo regulisano da lica koja namjeravaju da stupe u brak imaju obavezu da podnesu potvrdu o posjeti bračnog savjetovališta.⁵⁶ Ova mjera je bila predviđena u želji da društvena zajednica sistemom obrazovanja, zdravstvenim vaspitanjem i razvojem stručnih službi i bračnih savjetovališta omogući budućim bračnim supružnicima da se svestrano pripreme za buduću, skladan zajednički život.⁵⁷

b. Historijski prikaz pravnog uređenja mirenja/posredovanja prijesklapanja braka u BiH

Osnovnim zakonom o braku FNRJ iz 1946. godine je bio normiran i prestanak razvoda braka, po tužbi prilikom čega je predsjednik okružnog suda ili sudija kojeg on odredi, u prisustvu oba bračna druga, imao obavezu da pokuša mirenje supružnika ili pak da uputi supružnike na mirenje pred sudiju sreskog suda na čijem području oni imaju svoje prebivalište ili boravište.⁵⁸

Međutim, postupak mirenja supružnika je bio predviđen Zakonom o parničnom postupku,⁵⁹ koji je donijet 8. decembra 1956. godine, a stupio na snagu 24. aprila 1957. godine, dok su odredbe čl. 84. i 481. st. 2. stupile na snagu tek 25. aprila 1958. godine.⁶⁰ Nakon prijema brakorazvodne tužbe predsjednik vijeća je imao obavezu da prije nego dostavi tužbu tuženoj strani, zakaže posebno ročište na kojem je pokušavao izmiriti supružnike. Ovo ročište je bilo moguće održati samo pred predsjednikom vijeća parničnog odjeljenja suda. Ročište za mirenje je bilo obavezno i u slučaju kad je postupak za razvod braka bio pokrenut sporazumnim prijedlogom oba bračna druga. Ročište za mirenje nije bilo obavezno samo u sljedećim slučajevima: ako je

53 M. Mladenović, str. 172.

54 *Ibid.*

55 „Uradni list SR Slovenije“, br. 15/76.

56 Čl. 15. i 26. Zakona o bračnim i porodičnim odnosima SR Slovenije.

57 V.S. Bakić, str.110.

58 Čl. 80 Osnovnog zakona o braku FNRJ.

59 Vidjeti čl. 402.-404. Zakona o parničnom postupku FNRJ („Službeni list FNRJ“ br. 4/57.)

60 „Time su ranije propisane odredbe o mirenju u Osnovnom zakonu o braku stavljene izvan snage. U literaturi se slaba provedba postupaka mirenja u praksi na temelju odredaba ZPP-a iz 1956. između ostalog, pripisala činjenici da je zakonodavac predvidio da, ako su jedan ili oba bračna druga, iako su uredno pozvani, izostali s ročišta za pokušaj mirenja, imalo se smatrati da mirenje nije uspjelo.“

P. Poretti, „Od mirenja do medijacije u obiteljskim sporovima-usklađivanje hrvatskog obiteljskog zakonodavstva o mirnom rješavanju obiteljskih sporova s pravom EU-a“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 36, br. 1, 341-380 (2015)*, fn. 21, str. 345.

jedan od bračnih drugova duševno obolio ili je nesposoban za rasuđivanje, ako jedan ili oba bračna druga žive u inostranstvu i ako se razvod braka traži zbog nestanka bračnog druga. Na ročište za pokušaj mirenja pozivaju se oba bračna druga, a na kojem nisu mogli prisustvovati njihovi punomoćnici, niti su isti mogli zastupati stranke. Smatralo se da mirenje nije uspjelo ukoliko na ročište za pokušaj mirenja, iako su uredno pozvani, nisu došli oba bračna druga ili jedan od njih.⁶¹ Ukoliko se ročište održi i na njemu ne dođe do pomirenja ali ima izgleda da bi moglo doći do izmirenja bračnih drugova, predsjednik vijeća može odrediti ročište za ponovan pokušaj pomirenja.⁶² Navedena pravila mirenja bračnih drugova su se zadržala u bračnom zakonodavstvu SR Crne Gore, uz dopunu da predsjednik vijeća kad ocijeni da je to u interesu mirenja može voditi razgovor sa jednim ili drugim bračnim drugom ponaosob.⁶³ Mirenje se provodilo odvojeno od rasprave, tj. na ročištu prije usmene rasprave. Ovu zakonsku odredbu podržavalo je instruktivno Uputstvo Vrhovnog suda FNRJ o primjeni čl. 80., 56. i 77. Osnovnog zakona o braku FNRJ.⁶⁴

Ostale socijalističke republike i pokrajine, ocjenjujući da dotadašnji postupak mirenja i nije dao željene rezultate, unijele su mnoge novine u postupak mirenja. Suština tih novina u postupku mirenja se sastojala u tome da kad već dođe do poremećaja bračnih odnosa i kad jedan ili oba bračna druga istaknu zahtjev za razvod braka, postupak mirenja bude usmjeren na otklanjanje uzroka poremećaja bračnih odnosa pružanjem odgovarajuće stručne pomoći. Odredbama Porodičnog zakona SRBiH postupak mirenja je bio povjeren organu starateljstva, a ne sudu, kako je to bilo do tada. Zakonodavstva SR Makedonije i SAP Vojvodine su postupak mirenja zadržali na nivou sudova, s tim što je mirenje bilo moguće povjeriti posebnoj stručnoj službi ili istu uključiti u taj postupak.⁶⁵

Zakonodavac u SRBiH je tako onovremeno regulisao da po prijemu tužbe odnosno zajedničkog prijedloga za razvod braka, ukoliko bračni drugovi imaju zajedničku maloljetnu ili usvojenu djecu ili djecu nad kojom je pridruženo roditeljsko pravo, sud će zatražiti od nadležnog organa starateljstva da pokuša mirenje bračnih drugova uz dostavljanje primjerka tužbe. Nadležnost organa starateljstva se procjenjuje shodno prebivalištu, odnosno boravištu tuženog ili mjestu njihovog posljednjeg zajedničkog prebivališta odnosno boravišta.⁶⁶ Punomoćnici ne mogu na ročištu za pokušaj mirenja zastupati bračne drugove niti mogu prisustvovati ročištu. Organ starateljstva je imao obavezu da zakazujući ročište, u postupku mirenja i pozivajući oba supružnika pokuša ih izmiriti, a po potrebi i preporučiti im da se obrate savjetovalištu ili drugim ustanovama koje bi im mogle dati potreban savjet.⁶⁷ Ukoliko jedan ili oba bračna druga iako uredno pozvana izostanu sa ročišta za mirenje smatraće se da mirenje nije uspjelo. Ukoliko na ročište za pokušaj mirenja ne dođe do izmirenja bračnih drugova, a organ starateljstva ocijeni da ima izgleda

61 Čl. 402.-404. Zakona o pamičnom postupku FNRJ.

62 V. Bakić, str. 223-224.

63 V.S. Bakić, str. 214.

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

65 V.S. Bakić, str. 214.

66 Čl. 60. i 61. Porodičnog zakona SRBiH.

67 Čl. 62. i 63. st. 1. Porodičnog zakona SRBiH.

da dođe do izmirenja, može odrediti novo ročište.⁶⁸ Slijedom zakonskih normi bilo je propisano da ukoliko mirenje ne uspije organ starateljstva je trebao uložiti napor da se bračni drugovi sporazumiju o zaštiti, vaspitanju i izdržavanju zajedničke maloljetne djece.⁶⁹ Postupak mirenja je trebao završiti u roku od dva mjeseca nakon čega je o rezultatima mirenja organ starateljstva dostavljao zapisnik sudu kojem je podnesena tužba za razvod braka. Zapisnik, koji prethodno potpisuju stranke, je trebao sadržavati podatke o tome da su se bračni drugovi izmirili odnosno da mirenje nije uspjelo, kao i sporazum o zaštiti, vaspitanju i izdržavanju, ako je do takvog sporazuma došlo u postupku.⁷⁰ Ukoliko bi postupak mirenja uspio smatralo se da je tužba za razvod braka povučena.⁷¹ Sva onovremena zakonodavstva socijalističkih republika i autonomnih pokrajina su preuzela rješenja Osnovnog zakona o braku iz 1946. godine, a koja su regulisala sljedeće: da bračni drugovi mogu u postupku mirenja učestvovati samo lično bez prisustva punomoćnika, da se tužba dostavlja tuženome tek poslije neuspjelog mirenja, kao i same razloge neprovođenja postupka mirenja.⁷² Organ starateljstva nije bio dužan da zakaže ročište za postupak mirenja ukoliko je boravište jednog od bračnih drugova nepoznato najmanje šest mjeseci, ako je jedan od bračnih drugova nesposoban za rasuđivanje i ako jedan ili oba bračna druga žive u inostranstvu.⁷³

4. Pozitivnopravno uređenje savjetovanja prije zaključenja braka u BiH

Shodno ustavnom uređenju 1946. godine je na području cijele FNRJ važio princip unificiranosti prava pa tako i porodično-pravnih odnosa, da bi do prve njihove pravne partikularizacije došlo nakon 1974. godine, a do druge, na teritoriji BiH, nakon 1995., odnosno 2002. godine. Sve do 2002. godine porodično-pravni odnosi u BiH su bili regulisani shodno odredbama zakonodavstva SRBiH iz 1979. godine, da bi od 2002. godine počela reforma porodičnog zakonodavstva u BiH. Prvo je u entitetu Republika Srpska (RS) tokom 2002. godine stupio na snagu novi Porodični zakon RS,⁷⁴ da bi 2005. godine u entitetu Federacija BiH (FBiH) stupio na snagu Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine,⁷⁵ i na koncu u Brčko Distriktu gdje je 2007. godine usvojen Porodični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (BDBiH).⁷⁶

U nastavku ćemo analizirati sva tri zakonska akta ukazujući na pozitivnopravnu regulaciju savjetovanja prije sklapanja braka kao i posredovanja prije njegovog razvoda. Lica koja namjeravaju da stupe u brak u entitetu RS podnose prijavu matičaru u opštini u kojoj žele da zaključe brak. Uz prijavu su obavezni priložiti

68 Čl. 63. st. 2. i 3. Porodičnog zakona SRBiH.

69 Čl. 64. Porodičnog zakona SRBiH.

70 Čl. 65. Porodičnog zakona SRBiH.

71 Čl. 67. Porodičnog zakona SRBiH.

72 *Ibid.*, str. 218.

73 Čl. 66. Porodičnog zakona SRBiH.

74 „Službeni glasnik RS”, br. 54/2002, 41/2008, 63/2014 i 56/2019 - odluka US RS.

75 „Službene novine FBiH”, br. 35/2005, 41/2005 - ispr., 31/2014 i 32/2019 - odluka US FBiH.

76 „Službeni glasnik Distrikta Brčko Bosne i Hercegovine”, broj 23/07.

izvode iz matične knjige rođenih, a kad je to potrebno i druge isprave. Matičar će, na osnovu izjava lica koja žele da stupe u brak, po potrebi i na drugi način, provjeriti da li su ispunjene pretpostavke za zaključenje i punovažnost braka.⁷⁷ Ako utvrdi da nisu ispunjene pretpostavke za zaključenje i punovažnost braka, matičar će usmeno saopštiti podnosiocima prijave da ne mogu zaključiti brak i o tome sačiniti službenu zabilješku, protiv koje je moguće izjaviti prigovor.⁷⁸ Matičar će preporučiti licima koja namjeravaju zaključiti brak da se, prije dana određenog za sklapanje braka, uzajamno informišu o stanju zdravlja, te da posjete porodično savjetovalište i upoznaju se o uslovima i pretpostavkama za razvoj skladnih bračnih i porodičnih odnosa i mogućnostima i oblicima planiranja porodice. Uz to, matičar će upoznati buduće supružnike o mogućnosti da svoje imovinske odnose uredе bračnim ugovorom.⁷⁹ Uočavamo tri obaveze matičara, i to:

- provjera da li su ispunjene sve pretpostavke za zaključenje i punovažnost braka,
- davanje preporuke licima koja namjeravaju sklopiti brak da se prije samog čina sklapanja braka međusobno informišu o stanju zdravlja, posjete porodično savjetovalište i upoznaju sa uslovima i pretpostavkama za razvoj skladnih bračnih i porodičnih odnosa i mogućnostima i oblicima planiranja porodice i
- mogućnostima da supružnici svoje imovinske odnose uredе bračnim ugovorom.

Tragajući za teleološkim tumačenjem navedenih odredbi smatramo da obaveze matičara nisu najadekvatnije regulisane, i to iz dva razloga. Prvo, obaveza matičara da preporučí budućim supružnicima posjetu porodičnom savjetovalištu bi trebala biti transformisana u obavezu matičara da uputi buduće supružnike u porodično savjetovalište, prije samog čina sklapanja braka, u cilju postizanja prethodno navedenih ciljeva, te prilaganje adekvatne potvrde o tome da su to budući supružnici i učinili. Navedena potvrda bi imala jednaku pravnu snagu kao i ostali akti koje su budući supružnici obavezni priložiti prije sklapanja braka. Drugo, smatramo da bi posjetom porodičnom savjetovalištu budući supružnici trebali biti informisani i o mogućnostima uređenja imovinskih odnosa putem bračnog ugovora, tako da bi tu obavezu koja je trenutno data u nadležnost matičara valjalo prethodno dati u nadležnost adekvatnog savjetovališta. Time bi, stava smo, cjelokupan proces bio svrsishodniji, korisniji, efikasniji i relevantniji.

Porodični zakon FBiH je gotovo identično kao i Porodični zakon u entitetu RS regulisao pitanja prijave sklapanja braka, s tim što je u nadležnost matičara pored preporuke budućim bračnim partnerima da se, do dana sklapanja braka, uzajamno obavijeste o stanju zdravlja, da posjete porodično savjetovalište i upoznaju se sa stručnim mišljenjem i uvjetima za razvoj skladnih bračnih i porodičnih odnosa, kao i da posjete ustanove u oblasti zdravstva radi upoznavanja sa mogućnostima

77 Čl. 16. Porodičnog zakona RS.

78 Čl. 17. i 18. Porodičnog zakona RS.

79 Čl. 20. Porodičnog zakona RS.

i prednostima planiranja porodice, kao i upoznavanja budućih supružnika sa mogućnošću uređenja imovinskih odnosa putem bračnog ugovora dodata i obaveza matičara da buduće bračne partnere upozna i sa mogućnošću sporazumijevanja o prezimenu uz uzimanje njihovih izjava o budućem prezimenu.⁸⁰ S obzirom na identična rješenja po ovom pitanju držimo da su zaključci koje smo iznijeli prilikom analize odredbi Porodičnog zakona RS gotovo u potpunosti identični zakonskim rješenjima u FBiH, s tim što bi obavezu matičara da od mladenaca uzme izjave o budućem prezimenu, još u trenutku prijave vjenčanja, bilo korisno inkorporisati i u zakonska rješenja u entitetu RS, jednako kao i nadležnosti ustanova u oblasti zdravstva, a čije je učesće u postupku koji prethodni postupku sklapanja braka (upućivanje na savjetovanje) od velike koristi.

Zakonodavac u Brčko distriktu BiH je regulisao da lica koja namjeravaju da zakluče brak lično podnose prijavu matičnoj službi na teritoriji Brčko distrikta BiH, nadležnoj po mjestu zaključenja braka. Uz prijavu lica rođena na teritoriji BiH su dužna priložiti izvod iz matične knjige rođenih i uvjerenje o slobodnom bračnom stanju izdate od strane nadležnog matičara po mjestu rođenja koji nisu stariji od trideset dana od dana prijave, ovjerenu kopiju važećeg identifikacionog dokumenta (lična karta, pasoš ili vozačka dozvola), kad je to potrebno i druge isprave, dok su lica koja su rođena u inostranstvu, izuzev država nastalih od Republika bivše SFRJ dužna priložiti i prijavu boravka koju je izdao nadležni organ na teritoriji BiH.⁸¹

U pogledu dužnosti matičara regulisano je da je on, na osnovu izjava osoba koje žele da zakluče brak, a po potrebi i na drugi način obavezan provjeriti postoji li koja od bračnih smetnji ili zabrana za zaključenje braka. Ako utvrdi da postoji koja od bračnih smetnji ili zabrana, matičar će usmeno saopćiti podnosiocima prijave, da ne mogu zaključiti brak i o tome sačiniti službenu zabilješku. Lica koja su podnijele prijavu za zaključenje braka, ukoliko nisu saglasna s usmenim saopćenjem mogu u roku od 8 dana od dana saopćenja, uložiti prigovor nadležnom odjeljenju, koje je dužno prigovor razmotriti odmah i donijeti rješenje.⁸² Zakonodavac Brčko distrikta je, jednako kao i onaj u FBiH, matičara obavezao da pored informisanja budućih supružnika o mogućnostima uređenja imovinskih odnosa i izboru budućeg prezimena, preporuča licima koja žele da zakluče brak da se, do dana zaključenja braka, uzajamno obavijeste o stanju zdravlja, da posjete porodično savjetovalište i upoznaju se sa stručnim mišljenjem o uslovima za razvoj skladnih bračnih i porodičnih odnosa, kao i da posjete ustanove u oblasti zdravstva radi upoznavanja s mogućnostima i prednostima planiranja porodice.⁸³

Zaključimo, rješenja sva tri zakonodavca u BiH u pogledu dužnosti matičara prije sklapanja braka, s akcentom na obavezu matičara da preporuča budućim supružnicima posjetu porodičnom savjetovalištu i drugim zdravstvenim ustanovama, su gotovo pa identična, te su shodno tome naše preporuke jedinstvene, a mogu se sažeti u sljedećem:

80 Čl. 20. Porodičnog zakona FBiH.

81 Čl. 8. Porodičnog zakona BDBiH.

82 Čl. 9. Porodičnog zakona BDBiH.

83 Čl. 11. Porodičnog zakona BDBiH.

- dužnost matičara da preporuči budućim supružnicima posjetu porodičnom savjetovalištu bi trebala biti reformisana u dužnost matičara da uputi buduće supružnike u porodično savjetovalište, prije samog čina sklapanja braka, a u cilju uzajamnog obavještenja o stanju zdravlja, upoznavanja s pravnim okvirom njihovih budućih obaveza i prava (kao supružnika), upoznavanja sa elementima nasilja u porodici, uslovima za razvoj skladnih bračnih i porodičnih odnosa, kao i upoznavanja s mogućnostima i prednostima planiranja porodice, a nakon čega bi budući supružnici morali priložiti adekvatnu potvrdu o tome da su toj obavezi i udovoljili, odnosno da su, nakon što im je sve prethodno predočeno, isto i razumjeli;
- smatramo da bi posjetom porodičnom savjetovalištu budući supružnici trebali biti informisani i o mogućnostima uređenja imovinskih odnosa putem bračnog ugovora, tako da bi tu obavezu koja je data u nadležnost matičara valjalo prethodno dati u nadležnost stručnog savjetovališta, jednako kao i upoznavanje supružnika sa prethodno navedenim činjenicama, a koje pozitivnim pravom trenutno nisu date u obavezu bilo kojeg javnog organa. Time bi, stava smo, cjelokupan proces bio svrsishodniji, korisniji, efikasniji i relevantniji;
- porodično savjetovalište bi, s obzirom na preopterećenost nadležnostima, trebalo dislocirati iz centara za socijalni rad te ih dati u nadležnost fizičkim i pravnim licima koja bi za taj posao bila certificirana.⁸⁴ Pri tome, valjalo bi uz reformisanje centara za socijalni rad i osnaživanje njihovih kapaciteta iskoristiti i kapacitete kojima već raspolažu vjerske zajednice u BiH kad je riječ o porodičnom savjetovanju prije sklapanja braka, a u pogledu duhovne, odnosno moralne dimenzije braka, imajući u vidu činjenicu da se apsolutna većina stanovništva u BiH, na posljednjem popisu stanovništva izjasnila kao vjernici, kao i da u BiH nakon građanske forme braka veliki broj supružnika (vjernika) se odlučuje za vjersku ceremoniju sklapanja braka.⁸⁵ To nikako ne znači da bi samo vjerske zajednice bile ovlaštene na obavljanje poslova porodičnog savjetovališta, nego i druga fizička/pravna lica koja bi udovoljavala prethodno propisanim uslovima za obavljanje tako delikatne

84 U Kantonu Sarajevo je na osnovu čl. 96 Zakona o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i porodice sa djecom KS („Službene novine Kantona Sarajevo“, br. 38/2014 - prečišćen tekst, 38/2016, 44/2017 i 28/2018) osnovana JU Porodično savjetovalište, dok u ostalim kantonima, odnosno gradovima i opštinama kao i u Brčko distriktu BiH porodično/bračno savjetovalište egzistira u okviru centara za socijalni rad. Djelatnost savjetovališta u KS čini: porodično savjetovanje i tretman, psihološko savjetovanje, grupno savjetovanje i tretman, individualno savjetovanje i tretman, naučno istraživačko proučavanje pojava i problema iz oblasti socijalne zaštite, publikovanje rezultata tih istraživanja, kao i drugih popularnih publikacija (priručnika, brošura, informativnopropagandnih materijala). Ove djelatnosti su u funkcijama: sprečavanja nastanka i suzbijanja sociopsiholoških problema i poteškoća, harmoniziranja porodičnih i bračnih odnosa, sticanja pozitivnih navika i formiranja pravilnih životnih stavova i uvjerenja kod djece i mladih, educiranja građana i profesionalaca iz oblasti opće socijalne i dječije zaštite, stručne i profesionalne pomoći institucijama, ustanovama i organizacijama u skladu sa njihovim potrebama. Savjetovalište će obavljati i poslove propisane drugim zakonima i odlukama osnivača.

85 Vidjeti rezultate popisa stanovništva u BiH iz 2013. godine: <http://www.statistika.ba/> (14.09.2020.).

dužnosti. Gotovo identično pozitivnopravno rješenje postoji kad su u pitanju lica ovlaštena za provođenje postupka posredovanja prije pokretanja postupka razvoda braka, a u svrhu rasterećenja centara za socijalni rad i uključivanja drugih fizičkih i pravnih lica u tako važnim postupcima kao što su sklapanje ili prestanak braka.

Nadležnosti koje bi po ovom pitanju eventualno bile date u nadležnost vjerskim zajednicama, ali ne samo i isključivo njima, ne treba razumijevati kao antisekularnu aktivnost. Ukoliko bi ovo pitanje pogrešno shvatali kao narušavanje principa sekularnosti onda odredbe o vjerskoj fomi zaključenja braka već odavno narušavaju isti taj princip u BiH, a što nije slučaj. Cilj je zapravo pružanje pomoći ljudima na način koji bi njima najviše odgovarao, a čemu mogu doprinijeti i vjerske zajednice.

5. Pozitivnopravno uređenje posredovanja prije razvoda braka u BiH

Porodični zakon RS, značajno je reformisan postupak mirenja bračnih drugova. Prema novom zakonskom uređenju, koje ćemo u nastavku iznijeti, sudskom brakorazvodnom postupku u RS prethodi postupak mirenja, koji, provodi organ starateljstva kojem se podnosi zahtjev za posredovanje. Prije podnošenja tužbe ili zajedničkog prijedloga za razvod braka, supružnici koji imaju zajedničku maloljetnu ili usvojenu djecu, ili djecu nad kojom je produženo roditeljsko pravo su obavezni da pred nadležnim organom starateljstva pokrenu postupak mirenja, a za koji je mjesno nadležan organ starateljstva na čijem području tuženi ima prebivalište, odnosno boravište, ili organ starateljstva na čijem su području bračni supružnici imali svoje posljednje zajedničko prebivalište.⁸⁶

Organ starateljstva zakazaće ročište za pokušaj mirenja na koje će pozvati oba bračna supružnika u roku od 30 dana od dana pokretanja postupka mirenja. Punomoćnici ne mogu na ročištu za pokušaj mirenja zastupati bračne supružnike niti mogu prisustvovati ročištu.⁸⁷ Na ročištu za pokušaj mirenja organ starateljstva će prvo pokušati da izmiri bračne supružnike, a po potrebi će im preporučiti da se obrate savjetovaništima ili drugim ustanovama koje im mogu dati potreban savjet. Postupak će se obustaviti ako se pozivu nisu odazvala oba bračna supružnika ili onaj bračni supružnik koji namjerava podnijeti tužbu za razvod braka. Ako na ročištu za pokušaj mirenja ne dođe do izmirenja bračnih supružnika, a organ starateljstva ocijeni da ima izgleda da bi do izmirenja moglo doći, može odrediti novo ročište. Ako nakon obustave postupka mirenja bude podnesena tužba ili zajednički prijedlog za razvod braka sud će ga odbaciti.⁸⁸

U postupku mirenja organ starateljstva imajući u vidu interese djece nastojaće da se bračni supružnici sporazumiju o zaštiti, vaspitanju i izdržavanju zajedničke maloljetne djece, supružanskom izdržavanju, podjeli zajedničke imovine, vraćanju poklona i svim drugim pitanjima od značaja za supružnike, njihovu maloljetnu djecu, bračnu i porodičnu zajednicu koja se gasi. O ročištu za pokušaj mirenja organ

⁸⁶ Čl. 57. i 58. Porodičnog zakona RS.

⁸⁷ Čl. 59. Porodičnog zakona RS.

⁸⁸ Čl. 60. Porodičnog zakona RS.

starateljstva sastaviće zapisnik koji sadrži izjave bračnih supružnika da su se izmirili, odnosno da mirenje nije uspjelo, kao i sporazum iz prethodnog člana, ako je do takvog sporazuma došlo. Zapisnik iz prethodnog stava potpisuju stranke. Organ starateljstva je obavezan da provede postupak mirenja supružnika u roku od dva mjeseca. Izuzetno organ starateljstva nije dužan da zakaže ročište za pokušaj mirenja: ako je boravište jednog od bračnih supružnika nepoznato najmanje šest mjeseci, ako je jedan od bračnih supružnika nesposoban za rasuđivanje, ako jedan ili oba bračna supružnika žive u inostranstvu, o čemu će obavijestiti supružnika, radi podnošenja tužbe sudu. Ako se u postupku pred organom starateljstva bračni supružnici izmire, zahtjev za ponovni postupak ne mogu podnijeti u roku od šest mjeseci od dana uručenja zapisnika o izvršenom mirenju. Ukoliko se supružnici u postupku mirenja pred organom starateljstva ne izmire mogu podnijeti tužbu, odnosno zajednički prijedlog za razvod braka, sa zapisnikom o neuspjelom pokušaju mirenja, u roku od šest mjeseci od dana prijema zapisnika o ishodu postupka mirenja. Po proteku roka od šest mjeseci bračni supružnici su dužni pokrenuti novi postupak mirenja.⁸⁹ Tako je zakonodavac, kako tvrdi Morait, želio izbjeći relativizovanje postupka mirenja u dosadašnjoj praksi, jer se nastojalo ovaj postupak izbjeći ili ga samo formalno obaviti, kako bi se otvorio prostor za radikalno, sudsko, rješavanje bračnog spora kao „nerješivog“ konflikta među supružnicima.⁹⁰

Shodno ranijim, socijalističkim, porodično-pravnim odredbama organ starateljstva je bio dužan nastojati, u slučaju kad mirenje nije uspjelo, da se supružnici sporazumiju o zaštiti, vaspitanju i izdržavanju zajedničke maloljetne djece. Međutim, prema odredbama novog Porodičnog zakona RS organ starateljstva će imati obavezu da nastoji da se pred njim supružnici dogovore i o supružanskom izdržavanju, podjeli zajedničke imovine, vraćanju poklona i svim drugim pitanjima od značaja za supružnike, njihovu maloljetnu djecu, kao i bračnu i porodičnu zajednicu koja prestaje da funkcioniše. U zakonu nije jasno propisano kakvu pravnu snagu će takav sporazum imati., a što bi valjalo pravno normirati.⁹¹

Zakonodavac u FBiH je posredovanje regulisao nešto drugačije. Prije pokretanja postupka za razvod braka bračni partner ili oba bračna partnera koji imaju djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje, kao i za vrijeme trudnoće žene, dužni su podnijeti zahtjev za posredovanje fizičkom i pravnom licu ovlaštenom za posredovanje.⁹² Izbor fizičkog i pravnog lica koje ispunjava uvjete za posredovanje izvršit će ministar rada i socijalne politike FBiH na osnovu javnog poziva objavljenog u dnevnoj štampi. Izbor fizičkih i pravnih lica koja bi vršila posao posredovanja je propisan Pravilnikom o uvjetima koje mora ispunjavati lice ovlašteno za posredovanje (Pravilnik).⁹³ U skladu s navedenim Pravilnikom uvjeti koje treba ispuniti fizičko lice ovlašteno za poslove posredovanja su generalno postavljeni. Fizička osoba koja provodi posredovanje mora ispunjavati sljedeće uvjete:⁹⁴ da je državljanin Bosne i

89 Čl. 61-64 Porodičnog zakona RS.

90 B. Morait, str. 59.

91 *Ibid.*, str. 58-59.

92 Čl. 45 Porodičnog zakona FBiH.

93 „Službene novine FBiH“, br. 05/06, 05-02/8-112/06.

94 Čl. 2 Pravilnika.

Hercegovine, da je poslovno sposoban, da je zdravstveno sposoban, da ima položen stručni ispit u struci, da raspolaže odgovarajućim prostorom (prostorija za rad sa bračnim partnerima, čekaonica i zaseban sanitarni čvor) koji mora udovoljavati minimalnim sanitarno-tehničkim i higijenskim uvjetima, uz osiguran pristup osobama s invaliditetom u kolicima, da ima visoku stručnu spremu (filozofski fakultet-odsjek za psihologiju, pravni fakultet, fakultet političkih nauka-odsjek socijalnog rada) i najmanje tri godine rada u struci. Posredovanje ne može provoditi osoba protiv koje se vodi istražni ili kazneni postupak ili je pravomoćno osuđena za kazneno djelo protiv života i tijela, protiv dostojanstva ličnosti i morala, protiv braka, porodice, te osobe kojima je izrečena zaštitna mjera shodno odredbama Zakona o zaštiti od nasilja u porodici.⁹⁵ Pravna osoba koja provodi posredovanje mora ispunjavati slijedeće uvjete: raspolagati odgovarajućim prostorom (prostorija za rad s bračnim partnerima, čekaonica i zaseban sanitarni čvor), koji mora udovoljavati minimalnim sanitarno-tehničkim i higijenskim uvjetima, uz osiguran pristup osobama s invaliditetom u kolicima, imati zaposlenog jednog ili više stručnih radnika visoke stručne spreme (filozofski fakultet-odsjek psihologije, pravni fakultet, fakultet političkih nauka-odsjek socijalnog rada) s položenim stručnim ispitom u struci i najmanje tri godine radnog iskustva u struci.⁹⁶ Navedeni Pravilnik u entitetu FBiH predstavlja iskorak kad je riječ o poslovima posredovanja, s tim da ne smijemo izgubiti iz vida činjenicu postojanja ne baš najadekvatnijih rješenja kad je riječ o samim usvjetima za obavljanje poslova posredovanja. Navedeni uvjeti iz Pravilnika su generalno formulisani, pa postoji bojazan da se izbor posrednika bazira samo na stručnosti, a pri tome zanemari njegova suštinska uloga. Kako navodi, Bubić, provedbeni propisi su izostavili normirati još jedno vrlo važno pitanje, a to je stručno usavršavanje posrednika, naročito onih čije osnovno zanimanje nije u vezi s ovom delikatnom tematikom.⁹⁷

Zakonodavac je regulisao da će popis izabranih lica, ovlaštenih za vođenje postupka posredovanja, biti dostavljen ministarstvu pravde FBiH.⁹⁸ Zahtjev za posredovanje mogu podnijeti i bračni partneri koji nemaju djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje. Bračni partner nije dužan podnijeti zahtjev za posredovanje ako je boravište drugog bračnog partnera nepoznato najmanje šest mjeseci i ako je bračnom partneru oduzeta poslovna sposobnost.⁹⁹ Zahtjev za posredovanje podnosi se ovlašćenoj osobi na čijem području podnosilac zahtjeva ima prebivalište, odnosno boravište, ili na čijem su području bračni partneri imali posljednje zajedničko prebivalište. Izuzetno, bračni partneri mogu podnijeti zahtjev za posredovanje ovlašćenoj osobi izvan mjesta svoga prebivališta, odnosno boravišta. Osoba ovlašćena za posredovanje dužna je u roku od osam dana od podnošenja zahtjeva pokrenuti postupak posredovanja i pozvati oba bračna partnera da lično pristupe

95 „Službene novine Federacije BiH“, broj 22/05).

96 Čl. 3. Pravilnika.

97 N. Traljić/S. Bubić, str. 116.

98 Spisak pravnih i fizičkih lica ovlašćenih za posredovanje između bračnih partnera prije pokretanja postupka za razvod braka u FBiH. Vidjeti: <https://fmrsp.gov.ba/?wpdmpo=spisak-pravnih-i-fizickih-lica-ovlasćenih-za-posredovanje-između-braćnih-partnera-prije-pokretanja-postupka-za-razvod-braka-u-fbih&wpdmdl=5388&refresh=5f5c02b024c6c1599865520> (20.09.2020.).

99 Čl. 45. Porodičnog zakona FBiH.

i učestvuju u ovom postupku. Punomoćnici ne mogu zastupati bračne partnere, niti mogu prisustvovati u postupku posredovanja. Prva obaveza lica ovlaštenog na posredovanje je usmjerena ka uklanjanju uzroka koji su doveli do poremećaja bračnih odnosa i izmirivanja bračnih partnera. Prema potrebi lice ovlašteno za posredovanje preporučit će supružnicima i da se obrate savjetovalištima ili drugim ustanovama koje im mogu dati potreban savjet. U okviru obaveze da izmiri supružnike ovlašćena osoba upoznat će bračne partnere sa posljedicama razvoda braka, a posebno sa onim koje se odnose na djecu.¹⁰⁰ Ako se oba bračna partnera, uredno pozvana, ne odazovu na poziv da učestvuju u postupku osredovanja, a ne opravdaju svoj izostanak, postupak će se obustaviti. Izuzetno, postupak se neće obustaviti u slučaju izostanka bračnog partnera koji se nasilnički ponaša prema drugom bračnom partneru. Ukoliko nakon obustave postupka posredovanja bude podnesena tužba ili zahtjev za sporazumni razvod braka, sud će taj podnesak odbaciti. Ukoliko se pak u postupku posredovanja bračni partneri ne izmire, zakonodavac je licu ovlaštenom za posredovanje dao i drugu obavezu, a to je ulaganje napora u postizanju sporazuma supružnika o tome sa kim će živjeti njihovo maloljetno dijete ili dijete nad kojim se ostvaruje roditeljsko staranje nakon punoljetstva, o njegovim ličnim odnosima sa roditeljem sa kojim neće živjeti, o njegovom izdržavanju i o ostalim sadržajima roditeljskog staranja,¹⁰¹ kao i pitanju izdržavanja bračnog partnera.¹⁰² Ukoliko bračni partneri ne postignu sporazum u postupku posredovanja o prethodno navedenim pitanjima ili postignuti sporazum ne odgovara interesima djeteta, organ starateljstva će na zahtjev ovlašćene osobe ili po službenoj dužnosti odlučiti o tim pitanjima. Ta odluka važi do pravomoćnosti odluke o razvodu braka.¹⁰³ Ovlašćena osoba dužna je u roku od dva mjeseca okončati postupak posredovanja, a o čemu će sastaviti zapisnik. U naročito opravdanim slučajevima taj rok može biti produžen za jedan mjesec. Ako tužba ili zahtjev za sporazumni razvod braka bude podnesen prije okončanja postupka posredovanja, sud će taj podnesak odbaciti.¹⁰⁴ Porodični zakon FBiH umjesto mirenja, kao oblika medijacije, uvodi posredovanje. Posrednik je shodno slovu zakona fizičko ili pravno lice koje ispunjava propisane uslove, a kojeg je nadležni ministar izabrao putem javnog konkursa i uvrstio u spisak koji se vodi u Ministarstvu pravde FBiH. Postupak posredovanja, onako kako je uređen u PZ FBiH, prema stavu Moraita, svodi se na, od ranije poznati i primjenjivani, postupak mirenja, jer se, kao i mirenje, sastoji od dvije faze: istraživanja i uklanjanja uzroka poremećaja bračnih odnosa i faze mirenja bračnih partnera. Savjetodavnu ulogu, u odnosu na bračne partnere koji se nalaze u konfliktu, mogu imati i bračna savjetovališta i druge slične ustanove. Postupak posredovanja obuhvata i upoznavanje bračnih partnera, od strane izabranog i ovlaštenog posrednika, na posljedice razvoda braka, a naročito posljedice koje teško pogađaju djecu. Mada se smatra da je posredovanje vrsta alternativnog rješavanja sporova i da ono ne uključuje mirenje bračnih partnera i uređivanje posljedica razvoda braka, PZ FBiH je i ovo pitanje povjerio ovlaštenim posrednicima. U odgovarajućim odredbama PZ FBiH nije došla do izražaja ideja

100 Čl. 46.-48. Porodičnog zakona FBiH.

101 Čl. 50. st. 1. Porodičnog zakona FBiH.

102 Čl. 44. st. 1. Porodičnog zakona FBiH.

103 Čl. 49. i 50. Porodičnog zakona FBiH.

104 Čl. 51. i 52. Porodičnog zakona FBiH.

bračnog posredovanja, kao postupka omogućavanja bračnim partnerima postizanja „civilizovanog razvoda“ i što elegantnijeg i bezbolnijeg okončanja „bankrotiranog“ braka.¹⁰⁵ Umjesto takvog pristupa zakonodavca uveden je, po ko zna koji put u naše zakonodavstvo, „mješoviti“ model koji sadrži elemente spašavanja braka mirenjem i elemente posredovanja kao mogućnosti izbjegavanja katastrofalnih posljedica razvoda braka.¹⁰⁶

Slično, kao što je mirenje/posredovanja supružnika uređeno u zakonodavstvu entiteta RS i FBiH, postupljeno je i u Porodičnom zakonu BDBiH. Po prijemu tužbe odnosno sporazumnog zahtjeva za razvod braka, ako bračni partneri imaju zajedničku maloljetnu ili usvojenu djecu ili djecu nad kojom je produženo roditeljsko pravo, sud će zatražiti od organa starateljstva da pokuša mirenje bračnih partnera.¹⁰⁷ Organ starateljstva zakazaće ročište za pokušaj mirenja, ali nije preciziran rok kao u zakonodavstvu entiteta RS i FBiH. Ukoliko se, u toku postupka, bračni partneri ne izmire, nakon što organ starateljstva poduzme sve potrebne radnje uz preporuku da se supružnici obrate savjetovalištim ili drugim ustanovama koje im mogu dati potreban savjet, organ starateljstva će nastojati da se supružnici sporazumiju o zaštiti, vaspitanju i izdržavanju zajedničke maloljetne djece.¹⁰⁸ Tako je zakonodavac u BDBiH proširio sadržaj posredovanja na statusna i imovinska pitanja zajedničke maloljetne djece, ali je, u tom pogledu, ostao na užem području medijacije, nego što je to propisano u zakonodavstvu entiteta RS i FBiH, u kojima je, pored statusnih i imovinskih pitanja zajedničke maloljetne djece, postupak mirenja, sadržajno proširen i na postizanje sporazumnog rješenja o pitanju izdržavanja i uređenja imovinskih odnosa supružnika, kao i svim ostalim pitanjima od značaja za supružnike, njihovu maloljetnu djecu, bračnu i porodičnu zajednicu.¹⁰⁹ O ročištu za pokušaj mirenja organ starateljstva će sačiniti zapisnik koji će sadržavati izjave bračnih partnera da li su se izmirili, odnosno da mirenje nije uspjelo. Zapisnik iz prethodnog stava potpisuju stranke, dok je organ starateljstva dužan da u roku od dva mjeseca provede postupak mirenja bračnih partnera i da o rezultatu pokušaja mirenja dostavi zapisnik sudu kojem je podnesena tužba za razvod braka. Organ starateljstva nije dužan da zakaže ročište za pokušaj mirenja: ako je boravište jednog od bračnih partnera nepoznato najmanje šest mjeseci, ako je jedan o bračnih partnera nesposoban za rasuđivanje, ako jedan ili oba bračna partnera žive u inostranstvu. Ukoliko se u postupku pred organom starateljstva bračni partneri izmire smatrat će se da je tužba povučena.¹¹⁰

U odnosu na savjetovanje prije zaključenja braka, a koje je fakultativnog karaktera, posredovanje je ipak nešto obligatornije, pošto su i ovdje postavljeni uslovi (vezani za zajedničku djecu, a u FBiH i za trudnoću žene) da bi posredovanje bilo obavezno. Posredovanje je jedan od alternativnih načina rješavanja sukoba u porodici, a usmjereno je ka pružanju stručne pomoći strankama, odnosno članovima porodice, kako bi na miran način prevazišli konfliktne situacije i došli do sporazuma.

105 B. Morait, str. 61.

106 *Ibid.*

107 Čl. 42. Porodičnog zakona BDBiH.

108 Čl. 44. i 45. Porodičnog zakona BDBiH.

109 *Ibid.*

110 Čl. 46-48 Porodičnog zakona BDBiH.

Međutim, nisu tako rijetke situacije u kojima je postupak posredovanja sveden samo na nužnu procesnu formu kojoj treba udovoljiti bez postizanja prvobitnog cilja. Sva tri zakonodavca su kako smo vidjeli normirali dvostruku dužnost posrednika/miritelja, i to: prvo, pokušaj izmirenja supružnika (uz preporuku da posjete savjetovanište ili druge ustanove koje im mogu pomoći) i drugo, postizanje dogovora o ostalim pitanjima pri čemu se sva tri porodična zakona razlikuju u širini normiranih pitanja. Tako je zakonodavac u entitetu RS postavio najširi spektar pitanja oko kojih se supružnici u postupku mirenja trebaju usaglasiti (zaštita, vaspitanje i izdržavanje zajedničke maloljetne djece, izdržavanja supružnika, *podjela zajedničke imovine, vraćanje poklona i svim drugim pitanjima od značaja za supružnike, njihovu maloljetnu djecu, bračnu i porodičnu zajednicu*). Smatramo da bi navedena rješenja trebala slijediti i ostala dva zakonodavca, u FBiH i BDBiH, a s obzirom na činjenicu da je posredovanje/mirenje idealna prilika za „otvoren“ dijalog, otklanjanje nesporazuma, fokusiranje na interes djeteta, ali i regulisanje imovinskih odnosa supružnika.

Kad je riječ o organima ovlaštenim za posredovanje/mirenje, to su u entitetu RS i BD BiH organ starateljstva, dok u entitetu FBiH taj posao mogu obavljati kako organ starateljstva/centar za socijalni rad tako i druga fizička i pravna lica koja ispunjavaju prethodno navedene uvjete. Držimo da bi bilo korisno načelna rješenja koja sadrži Porodični zakon FBiH inkorporisati i u ostala dva zakona. Pri tome nužno bi bilo postojeću pravnu regulativu u entitetu FBiH po pitanju posredovanja unaprijediti te kriterijima stručnosti i kontinuiranog usavršavanja dati prvorazredni značaj. Smatramo da širok krug lica koja bi bila ovlaštena za obavljanje posredovanja i nije sporan koliko nedostatnost regulative u segmentu stručnosti i kontinuiranog usavršavanja u obavljanju poslova posredovanja.

Valja imati u vidu i to da je još 2004. godine usvojen Zakon o postupku medijacije BiH,¹¹¹ a kojim je uređeno pitanje postupka u kojem treća neutralna osoba (medijator) pomaže strankama u nastojanju da postignu obostrano prihvatljivo rješenje spora.¹¹² Međutim, medijatori bi u ovom slučaju morale biti profesionalno obučene osobe za vođenje postupka koji se uveliko razlikuje od nekog obligacionog ili imovinsko-pravnog spora.

Nepostojanje roka u kojem treba biti završen postupak mirenja u BDBiH je nužno što skorije otkloniti, a po ugledu na rješenja u entitetima FBiH i RS.

Porodični zakon BDBiH je regulisao da postupak mirenja biva pokrenut nakon podnošenja tužbe ili sporazumnog zahtjeva za razvod braka, pri čemu je na sudu obaveza da dostavljanem primjerk tužbe ili sporazumnog zahtjeva za razvod braka organu starateljstva ovaj postupak i pokrene. Ovo rješenje je na tragu rješenja iz 1946. i 1979. godine. U entitetima FBiH i RS postupak posredovanja treba biti pokrenut prije samog pokretanja postupaka za razvod braka, odnosno prije podnošenja tužbe odnosno zahtjeva za sporazumni razvod braka. S obzirom na mogućnost da jedna od stranaka u postupku posredovanja nakon postignutog sporazuma o sadržaju roditeljskog staranja i potpisivanja zapisnika isti u potpunosti ignoriše i posegne za tužbom smatramo da bi pokretanje postupka pred sudom, bilo tužbom

111 „Službeni glasnik BiH“ br. 37/04.

112 Čl. 2. Zakona o postupku medijacije BiH.

ili sporazumnim zahtjevom za razvod braka, a nakon čega bi stranke bile upućene u postupak posredovanja predstavljalo garanciju da će stranke postignuti sporazum i poštovati, te da će nakon potpisivanja zapisnika isti biti službeno dostavljen nadležnom sudu, odnosno postupajućem sudiji.

Na temelju svega navedenog u pogledu posredovanja prije razvoda braka zaključujemo:

- poslovlama mirenja/posredovanja bi se trebala baviti fizička i pravna lica, a ne organi starateljstva zbog njihovih kapaciteta i kompleksnih nadležnosti kojima, shodno postojećoj kadrovskoj popunjenosti, teško mogu udovoljiti na najsvrsishodniji način.¹¹³
- smatramo da bi vjerske zajednice, s obzirom na intimne i privatne probleme u braku, i u oblasti posredovanja (barem u jednom segmentu) mogle dati izuzetno velik doprinos, a s obzirom na prvu dužnost posrednika, tj. ulaganje napora da se supružnici izmire,
- dok postupak posredovanja, u entitetu RS i Brčko distriktu BiH, ne bude izuzet iz nadležnosti isključivo centara za socijalni rad, nužno je što skorije donijeti adekvatne Pravilnike, po ugledu na entitet FBiH, a kojima bi bili propisani uslovi za obavljane posredovanja od strane drugih fizičkih i pravnih lica, a sve s ciljem ispunjenja cilja posredovanja,
- u BDBiH treba regulisati rok u kojem postupak posredovanja treba biti okončan,
- postupak posredovanja bi trebao biti pokrenut nakon što bude pokrenut postupak za razvod braka, a shodno prijašnjim zakonskim rješenjima i pozitivnom rješenju u BDBiH, s ciljem da odluka postignuta u postupku posredovanja, koji u entitetima FBiH i RS biva pokrenut prije pokretanja postupka za razvod braka, ne bude izigrana čime povjerenje i dobronamjernost jednog od supružnika biva zloupotrijeblje,
- shodno pozitivnim rješenjima u entitetu RS valjalo bi i u entitetu FBiH kao i BDBiH nadležnost organa u postupku posredovanja proširiti izvan

113 Na pitanje: „Da li smatrate da je JU na čijem ste čelu preopterećena nadležnostima iz polja porodičnog prava (roditeljskog, starateljskog, bračnog), socijalnog prava, kaznenog prava (počinioci maloljetnici) itd., a s obzirom na kadrovsku popunjenost i organizaciju JU?“ iz Centra za socijalni rad Zenica smo dobili sljedeći odgovor: „Da preopterećena je nadležnostima, manje izvornim nadležnostima iz oblasti porodične, socijalne i dječije zaštite, koju traže direktno građani, ali jeste puno više nadležnostima na koje upućuju propisi iz drugih oblasti društvenog života a u vezi su sa pravima ili zaštitom građana pred drugim državnim ili drugim organima ili organizacijama (npr. davanje saglasnosti na izdavanje putne isprave mladb. djetetu kad drugi roditelj u MUP-u ne želi dati saglasnost ili postavljanje staratelja mladb. licima-imigrantima ili imenovanje staratelja u postupku prisilnog zbrinjavanja u zdravstvenu ustanovu osobe s duševnim oboljenjima ili imenovanje staratelja mladb. osobi ili odrasloj osobi bez poslovne sposobnosti u postupku eksproprijacije za potrebe Autocesta FBiH ili davanje stručnih mišljenja o spremnosti porodice i okoline za korištenje zavodskih pogodnosti osuđenih lica ili izdavanje stručnih mišljenja za spajanje porodica u inostranstvu ili angažovanje psihologa ustanove za potrebe postupaka pred PU, MUP-om, tužilaštvom jer isti nemaju sistematizovano mjesto psihologa itd.)“ Na isto pitanje iz Centra za socijalni rad Sarajevo nam je dogovoreno: „Da“!, dok smo iz Centra za socijalni rad Jajce dobili odgovor: „Djelomično“!

roditeljskog staranja, uključujući i pokušaj postizanja sporazuma (ali ne i njegovog zaključenja) o svim imovinskim aspektima supružničkih odnosa u slučaju prestanka braka.

6. Rezultati anketnog upitnika o porodičnom savjetovanju prije sklapanja braka i posredovanju prije razvoda

Da bi dokazali ili opovrgnuli hipotezu našeg rada sačinili smo anketni upitnik koji smo poslali na mnogobrojne adrese organa starateljstva, odnosno centara za socijalni rad širom BiH, što podrazumijeva entitete FBiH i RS, te BDBiH. Anketna pitanja su imala za cilj dobijanje podataka o provođenju propisa bračnog prava *in concreto*, sagledavanje praktičnih problema s kojima se susreću centri za socijalni rad, njihova iskustva u primjeni instituta savjetovanja prije sklapanja braka, postojanjem i radom porodičnih savjetovališta kao i poslovima posredovanja, te efektima istog. U nastavku ćemo se pojedinačno osvrnuti na pojedinačne odgovore koje smo dobili od strane centara za socijalni rad za svaku pojedini općinu, odnosno grad.

U odgovoru koji smo dobili od strane nadležnih lica JU Centar za socijalni rad Zenica je navedeno da na području Grada Zenica, odnosno u sklopu Centra, ne postoji porodično savjetovalište, ali da postoje referenti, odnosno stručna lica koja se bave porodičnim savjetovanjem. Centar, po preporuci matičara, ne posjećuju lica prije sklapanja braka, dok poslove posredovanja prije razvoda braka obavljaju radnici Centra, koji su ovlašteni za vođenje postupka posredovanja. Zanimljiv je podatak da je od ukupnog broja razvoda na području Grada Zenica tokom 2019. godine, 29 slučajeva posredovanja prije razvoda braka koji su vođeni pri Centru, rezultiralo povlačenjem tužbe, odnosno zahtjeva za sporazumni razvod braka, jer su se supružnici izmirili. Prema podacima Centru se za posredovanje nisu obraćala lica koja i ne bi morala pokrenuti postupak posredovanja (lica bez djece nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje). Tokom 2019. godine 168 postupaka posredovanja pred Centrom je okončano razvodom braka. Službenici Centra tokom postupka posredovanja nisu isključivo fokusirani na pitanja roditeljskog staranja, izdržavanja djeteta, uvjetima i načinu održavanja ličnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta sa roditeljem koji ne ostvaruje roditeljsko staranje i izdržavanju bračnog partnera. Tokom postupka posredovanja službenici nastoje otkloniti uzroke koji su doveli do pokretanja razvoda i izmiriti supružnike.

U odgovoru koji smo dobili od strane nadležnih lica JU Centar za socijalni rad Sarajevo je navedeno da na području Grada Sarajevo postoji JU Porodično savjetovalište, ali i da u okviru samog Centra postoje referenti, odnosno stručna lica koja se bave porodičnim savjetovanjem. Centar, po preporuci matičara, ne posjećuju lica prije sklapanja braka, dok Porodično savjetovalište tokom trajanja braka supružnici posjećuju zanemarivo malo. Poslove posredovanja prije razvoda braka obavljaju fizička i pravna lica koji su ostvarili sve potrebne uslove za to. Prema podacima Centru se za posredovanje nisu obraćala lica koja i ne bi morala pokrenuti postupak posredovanja (lica bez djece nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje). Tokom 2019. godine 680 postupaka posredovanja pred Centarom je

okončano razvodom braka. Zanimljiv je podatak da tokom 2019. godine nije bilo slučajeva posredovanja prije razvoda braka koji su završili povlačenjem tužbe, odnosno zahtjeva za sporazumni razvod braka. Službenici Centra tokom postupka posredovanja nisu isključivo fokusirani na pitanja roditeljskog staranja, izdržavanja djeteta, uvjetima i načinu održavanja ličnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta sa roditeljem koji ne ostvaruje roditeljsko staranje i izdržavanju bračnog partnera. Tokom postupka posredovanja službenici nastoje otkloniti uzroke koji su doveli do pokretanja razvoda i izmiriti supružnike.

U odgovoru koji smo dobili od strane nadležnih lica JU Centar za socijalni rad Jajce je navedeno da na području Općine Jajce, odnosno u sklopu Centra, postoji porodično savjetovalište u sklopu kojega djeluju stručna lica, tj. profesionalni kadar za poslove porodičnog savjetovališta. Na području općine ne djeluju druga fizička ili pravna lica koja se bave poslovima porodičnog savjetovališta. Centar, po preporuci matičara, ne posjećuju lica prije sklapanja braka, dok zanemarivo malo Centar posjećuju lica tokom trajanja braka s ciljem traženja pomoći u sređivanju svojih prilika. Poslove posredovanja prije razvoda braka obavljaju radnici Centra, koji su ovlaštteni za vođenje postupka posredovanja. Zanimljiv je podatak da je samo 1 slučaj posredovanja prije razvoda braka koji su vođeni pri Centru završen povlačenjem tužbe, odnosno zahtjeva za sporazumni razvod braka, jer su se supružnici izmirili. Prema podacima Centru se za posredovanje nisu obraćala lica koja i ne bi morala pokrenuti postupak posredovanja (lica bez djece nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje). Tokom 2019. godine manje od 10 postupaka posredovanja pred Centrom je okončano razvodom braka. Službenici Centra tokom postupka posredovanja su isključivo fokusirani na pitanja roditeljskog staranja, izdržavanja djeteta, uvjetima i načinu održavanja ličnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta sa roditeljem koji ne ostvaruje roditeljsko staranje i izdržavanju bračnog partnera. Tokom postupka posredovanja službenici nastoje otkloniti uzroke koji su doveli do pokretanja razvoda i izmiriti supružnike.

U odgovoru koji smo dobili od strane nadležnih lica JU Centar za socijalni rad Tuzla je navedeno da na području Grada Tuzla, odnosno u sklopu Centra, postoji porodično savjetovalište u sklopu kojega djeluju stručna lica, tj. profesionalni kadar za poslove porodičnog savjetovališta. Na području općine djeluju i druga fizička ili pravna lica koja se bave poslovima porodičnog savjetovališta. Centar, po preporuci matičara, ne posjećuju lica prije sklapanja braka, ali zato, za razliku od drugih područja za koja smo dobili podatke, Centar posjećuju lica tokom trajanja braka s ciljem traženja pomoći u sređivanju svojih prilika. Takvih slučajeva je tokom 2019. godine zabilježeno manje od 10. Poslove posredovanja prije razvoda braka obavljaju radnici Centra, koji su ovlaštteni za vođenje postupka posredovanja, ali i druga fizička i pravna lica koja su ovlaštena za obavljanje ovih poslova. Zanimljiv je podatak da je 5 slučajeva posredovanja prije razvoda braka koji su vođeni pri Centru završen povlačenjem tužbe, odnosno zahtjeva za sporazumni razvod braka, jer su se supružnici izmirili. Prema podacima Centru se za posredovanje nisu obraćala lica koja i ne bi morala pokrenuti postupak posredovanja (lica bez djece nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje). Tokom 2019. godine 40 postupaka posredovanja

pred Centarom je okončano razvodom braka. Službenici Centra tokom postupka posredovanja su isključivo fokusirani na pitanja roditeljskog staranja, izdržavanja djeteta, uvjetima i načinu održavanja ličnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta sa roditeljem koji ne ostvaruje roditeljsko staranje i izdržavanju bračnog partnera. Tokom postupka posredovanja službenici nastoje otkloniti uzroke koji su doveli do pokretanja razvoda i izmiriti supružnike.

U odgovoru koji smo dobili od strane nadležnih lica JU Centar za socijalni rad Goražde je navedeno da na području Općine Goražde, odnosno u sklopu Centra, postoji porodično savjetovalište u sklopu kojega djeluju stručna lica, tj. profesionalni kadar za poslove porodičnog savjetovališta. Na području općine ne djeluju druga fizička ili pravna lica koja se bave poslovima porodičnog savjetovališta. Centar, po preporuci matičara, ne posjećuju lica prije sklapanja braka, dok Centar posjećuju lica tokom trajanja braka, s ciljem traženja pomoći u sređivanju svojih prilika. Poslove posredovanja prije razvoda braka obavljaju radnici Centra, koji su ovlaštteni za vođenje postupka posredovanja. Zanimljiv je podatak da je 5 slučajeva posredovanja prije razvoda braka koji su vođeni pri Centru završen povlačenjem tužbe, odnosno zahtjeva za sporazumni razvod braka, jer su se supružnici izmiriti. Prema podacima Centru se za posredovanje nisu obraćala lica koja i ne bi morala pokrenuti postupak posredovanja (lica bez djece nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje). Tokom 2019. godine više od 10 postupaka posredovanja pred Centarom je okončano razvodom braka. Službenici Centra tokom postupka posredovanja, a po procjeni stručnih saradnica, su jednako fokusirani na pitanja roditeljskog staranja, izdržavanja djeteta, uvjetima i načinu održavanja ličnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta sa roditeljem koji ne ostvaruje roditeljsko staranje i izdržavanju bračnog partnera, kao i na otklanjanje uzroka koji su doveli do pokretanja razvoda te izmiritvanja supružnika.

U odgovoru koji smo dobili od strane nadležnih lica JU Centar za socijalni rad Novi Travnik je navedeno da na području Općine Novi Travnik, odnosno u sklopu Centra, postoji porodično savjetovalište u sklopu kojega djeluju stručna lica, tj. profesionalni kadar za poslove porodičnog savjetovališta. Na području općine ne djeluju druga fizička ili pravna lica koja se bave poslovima porodičnog savjetovališta. Centar, po preporuci matičara, ne posjećuju lica prije sklapanja braka, dok Centar zanemarivo malo posjećuju lica tokom trajanja braka, s ciljem traženja pomoći u sređivanju svojih prilika. Na području općine Novi Travnik ne postoji ovlaštteni posrednik, najbliži se nalazi u susjednom gradu Travniku te uglavnom klijenti koriste 2 posrednika koji djeluju na tom području.

U odgovoru koji smo dobili od strane nadležnih lica JU Centar za socijalni rad Jablanica je navedeno da na području Općine Jablanica, odnosno u sklopu Centra, postoji porodično savjetovalište u sklopu kojega djeluju stručna lica, tj. profesionalni kadar za poslove porodičnog savjetovališta. Na području općine ne djeluju druga fizička ili pravna lica koja se bave poslovima porodičnog savjetovališta. Centar, po preporuci matičara, posjećuje zanemarivo mali broj lica prije sklapanja braka, kao i tokom trajanja braka, a s ciljem traženja pomoći u sređivanju svojih prilika. Tokom 2019. godine Centru se obratilo manje od 10 lica koji su tražili usluge savjetovališta prije sklapanja braka. Iako na području Općine Jablanica nema fizičkih ili pravnih

lica ovlaštenih za vođenje postupka posredovanja, iznenađuje podatak da poslove posredovanja prije razvoda braka ne obavljaju ni radnici Centra, jer Centar ne posjeduje certifikat za obavljanje tog posla, a koji izdaje Ministarstvo rada i socijalne politike FBiH.

U odgovoru koji smo dobili od strane nadležnih lica JU Centar za socijalni rad Trebinje je navedeno da se na području Grada Trebinja Centar bavi poslovima porodičnog savjetovišta. Na žalost u sklopu Centra ne djeluju stručna lica, tj. profesionalni kadar za poslove porodičnog savjetovišta, tako da taj dio poslova iz njegove nadležnosti Centar ne može ni pružiti. Centar, po preporuci matičara, ne posjećuju lica prije sklapanja braka niti ga posjećuju lica tokom trajanja braka s ciljem traženja pomoći u sređivanju svojih prilika. Poslove mirenja prije razvoda braka obavljaju radnici Centra, koji su ovlaštenih za vođenje postupka posredovanja. Zanimljiv je podatak da je samo 1 slučaj posredovanja prije razvoda braka koji su vođeni pri Centru završen povlačenjem tužbe, odnosno zahtjeva za sporazumni razvod braka, jer su se supružnici izmirili. Prema podacima Centru se za posredovanje nisu obraćala lica koja i ne bi morala pokrenuti postupak posredovanja (lica bez djece nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje). Tokom 2019. godine više od 10 postupaka posredovanja pred Centarom je okončano razvodom braka. Službenici Centra tokom postupka posredovanja su uglavnom fokusirani na pitanja roditeljskog staranja, izdržavanja djeteta, uvjetima i načinu održavanja ličnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta sa roditeljem koji ne ostvaruje roditeljsko staranje i izdržavanju bračnog partnera. Tokom postupka posredovanja službenici nastoje otkloniti uzroke koji su doveli do pokretanja razvoda i izmiriti supružnike.

7. Zaključak

Sagledavanjem instituta savjetovanja prije sklapanja braka, kao i posredovanja prije njegovog razvoda, nastojali smo, kroz historijsko-pravni, pozitivno-pravni i komparativno-pravni pristup (porodično-pravnih rješenja od 1946. godine do danas na prostoru BiH) istražiti prednosti i nedostatke regulative u pogledu porodičnog savjetovanja i posredovanja prije razvoda braka. Na bazi svega iznesenog zaključili smo sljedeće:

- obaveza matičara da preporuči budućim supružnicima posjetu porodičnom savjetovištu bi trebala biti reformisana u obavezu matičara da uputi buduće supružnike u porodično savjetovište, prije samog čina sklapanja braka nakon čega bi budući supružnici morali priložiti adekvatnu potvrdu o tome da su toj obavezi i udovoljili, odnosno da su, nakon što im je sve prethodno predočeno, isto i razumjeli;
- smatramo da bi posjetom porodičnom savjetovištu budući supružnici trebali biti informisani i o mogućnostima uređenja imovinskih odnosa putem bračnog ugovora, tako da bi tu obavezu koja je data u nadležnost matičara valjalo prethodno dati u nadležnost stručnog savjetovišta, jednako kao i upoznavanje supružnika sa prethodno navedenim činjenicama, a koje pozitivnim pravom trenutno nisu date u obavezu bilo kojeg javnog organa.

Time bi, stava smo, cjelokupan proces bio svrsishodniji, korisniji, efikasniji i relevantniji;

- porodično savjetovalište bi, s obzirom na preopterećenost nadležnostima, trebalo dislocirati iz centara za socijalni rad te ih dati u nadležnost fizičkim i pravnim licima koja bi za taj posao bila certificirana. Pri tome, valjalo bi iskoristiti kapacitete kojima već raspolažu vjerske zajednice u BiH kad je riječ o porodičnom savjetovanju prije sklapanja braka. Pored vjerskih zajednica poslovima porodičnog/bračnog savjetovanja bi se mogla baviti i lica koja svojom stručnošću mogu doprinijeti poslovima savjetovanja;
- poslovima mirenja/posredovanja bi se trebala baviti fizička i pravna lica, a ne organi starateljstva zbog njihovih kapaciteta i kompleksnih nadležnosti kojima, shodno postojećoj kadrovskoj popunjenosti, teško mogu udovoljiti na najsvrsishodniji način. Neki od centara za socijalni rad (npr. Jablanica, Novi Travnik), i pored činjenice da na području njihove opštine nema lica ovlaštenih za posredovanje ne posjeduju ovlaštenje/certifikat za vršenje tog postupka posredovanja;
- smatramo da bi vjerske zajednice, s obzirom na intimne i privatne probleme u braku, i u oblasti posredovanja (barem u jednom segmentu) mogle dati izuzetno velik doprinos, a s obzirom na prvu dužnost posrednika, tj. ulaganje napora da se supružnici izmire. Njihove aktivnosti pravni poredak treba prepoznati i aktima zaključenim u tom postupku dati pravnu relevantnost;
- dok postupak posredovanja ne bude izuzet iz nadležnosti centara za socijalni rad, nužno je što skorije donijeti adekvatne Pravilnike u entitetu RS i BD BiH, po ugledu na entitet FBiH, a kojima bi bili propisani uslovi za obavljane posredovanja od strane drugih fizičkih i pravnih lica, a sve s ciljem ispunjenja cilja posredovanja,
- u BDBiH treba regulisati rok u kojem postupak posredovanja treba biti okončan,
- postupak posredovanja bi trebao biti pokrenut nakon što bude pokrenut postupak za razvod braka, a shodno recentnim zakonskim rješenjima i pozitivnom rješenju u BDBiH, s ciljem da odluka postignuta u postupku posredovanja, koji u entitetima FBiH i RS biva pokrenut prije pokretanja postupka za razvod braka, ne bude izigrana čime povjerenje i dobronamjernost jednog od supružnika biva iznevjerena;
- shodno pozitivnim rješenjima u entitetu RS valjalo bi i u entitetu FBiH kao i BDBiH nadležnost organa u postupku posredovanja proširiti izvan regulisanja raditeljskog staranja i izdržavanja supružnika u FBiH, te zaštititi, odgoju i obrazovanju zajedničke maloljetne djece u BDBiH, uključujući i sve imovinske aspekte supružničkih odnosa u slučaju prestanka braka, kao i podjeli zajedničke imovine, vraćanju poklona i svim drugim pitanjima od značaja za supružnike, njihovu maloljetnu djecu, bračnu i porodičnu zajednicu koja se gasi.

Na koncu, uključivanje šireg kruga fizičkih i pravnih lica u postupke porodičnog/bračnog savjetovanja i posredovanja prije razvoda braka je neophodno. Obavezivanje lica da se prije zaključenja braka informišu o tom pravnom institutu, kao i pravilima ponašanja u braku te posljedicama kršenja istih, ali i pomoći licima prije donošenja konačne odluke o razvodu braka kroz postupak posredovanja, bilo da se uz pomoć trećih lica pomire ili da dobrovoljno postignu sporazum o najvažnijim pitanjima prije konačne odluke o razvodu braka treba biti u korist čovjeka, najboljeg interesa djeteta, ali i slobodne volje svakog pojedinca da donese odluku, ali i snosi posljedice iste.

Imajući u vidu euro-atlansko političko opredjeljenje u BiH, ali i članstvo u međunarodnim organizacijama, valja imati u vidu činjenicu da se u sklopu tih integracionih procesa, oblast porodičnog prava nalazi pred izazovima harmonizacije. Dok, s jedne strane svaka nacija ljubomorno čuva svoje tradicije, a posebno one na polju privatnog, odnosno porodičnog prava, s druge strane se postavlja pitanje pravne sigurnosti i olakšanja provođenja tih normi unutar europskog pravno-političkog miljea. S tim u vezi su i preporuke koje se odnose na posredovanje, a koje valja imati u vidu prilikom budućih reformskih aktivnosti na ovom planu (u mjeri u kojoj je to moguće). Prema Direktivi 2008/52/EC primjena porodičnog posredovanja moguća je u svim sporovima (razmiricama) među članovima porodice, nezavisno o prirodi njihove veze (srodstvo po krvi, brak, život u porodičnoj zajednici, kako ga definiše nacionalno pravo i sl.).¹¹⁴ Države mogu odrediti specifične sadržaje ili slučajeve na koje se posredovanje može primijeniti. Nadalje prema Preporuci R 98, države bi trebale osigurati da se postupak posredovanja vodi u skladu s deset posebno principa, i to: 1. posrednik je nepristran u odnosu na strane u sporu; 2. posrednik je neutralan u pogledu ishoda postupka posredovanja; 3. posrednik poštuje gledišta stranaka i štiti jednakost njihova pregovaračkog položaja; 4. posrednik nije ovlašten nametnuti rješenje strankama; 5. uvjeti za provođenje posredovanja moraju biti takvi da garantuju privatnost; 6. rasprave o posredovanju su povjerljive i ne smiju se kasnije koristiti, osim ako stranke daju pristanak ili u slučajevima kad to dopušta nacionalno pravo; 7. posrednik će, u odgovarajućim slučajevima, obavijestiti stranke o mogućnostima da koriste bračno savjetovanje ili druge oblike savjetovanja kao put rješavanja bračnih ili porodičnih problema; 8. posrednik će voditi računa o dobrobiti i najboljim interesima djece, roditelje će poticati da pomno paze na potrebe djece i podsjećati ih na njihovu glavnu odgovornost za dobrobit njihove djece i na potrebu da djecu obavještavaju i savjetuju se s njima; 9. posrednik će posebno obratiti pažnju na to je li se u prošlosti dogodilo nasilje ili se među strankama može dogoditi u budućnosti te kakav bi to učinak moglo imati na pregovaračke pozicije stranaka; on mora razmotriti je li u tim okolnostima postupak posredovanja primjeren; 10. posrednik može davati pravne obavijesti, ali ne smije davati pravne savjete. U odgovarajućim slučajevima može obavijestiti stranke o mogućnostima da se savjetuju sa advokatom ili kojim drugim svrsishodnim stručnjakom.¹¹⁵

114 Detaljnije vidjeti: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF> (22.10.2020.).

115 Vidjeti: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804ee220 (20.10.2020.).

Muharem Adilović, Ph.D., Associate Professor
Islamic Pedagogical Faculty, University of Zenica

Ajdin Huseinspahić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Zenica

Sedad Dedić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Zenica

PRE-MARRIAGE COUNSELING AND EFFECTS OF PRE-DIVORCE MEDIATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary: A family is a living community of parents and children and other blood relatives, in-laws, adoptive parents and adoptees, and persons from an extramarital union if they live in a joint household. It follows from the above legal definition of the family that it arises on the basis of marriage, cohabitation or adoption. Due to the influence of historical, traditional, cultural, religious and many other factors, each nation has developed its own concept of perception of the family and its systems, ie moral, customary and legal norms related to the regulation of intra-family relations. Although there are many societies that connect family formation exclusively to marriage, in the era of globalization, modernism and postmodernism, there are also those societies for which marriage is not a key factor in starting a family, which according to the theory of family relations weakens its cohesive power and primary social role. Thus, traditional family law institutes and traditional perceptions of the family have faced a global challenge of modern reforms that require adaptation to new sociological and legal trends. In this paper, we emphasized the constitutional basis of marriage and the family, and focused on two institutes, namely: counseling before marriage and mediation before divorce, all with the aim of analyzing normative solutions and their application in practice, and offering *de lege ferenda* proposals in the existing constitutional framework in order for persons to marry responsibly and thoughtfully and to help resolve possible misunderstandings that may weaken marital ties and destabilize the entire family system. With the aim of collecting the best possible data, an empirical research was conducted in cooperation with centers for social work throughout BiH.

Key words: family, marriage, constitutional framework, counseling, mediation.

mr. Petra Vuksanović, odvjetnica iz Rijeke

mr. Borislav Jeličić, pomoćnik pravobranioca Republike Srpske

RAZVOD BRAKA I SKRBNITVO NAD DJECOM S MEĐUNARODNIM ELEMENTOM, U ZAKONODAVSTVU REPUBLIKE HRVATSKE I BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak: Problematika razvoda braka i to u posebnim slučajevima kad jedan od bračnih supružnika ima prebivalište u stranoj državi, kao i skrbništvo njihove zajedničke maloljetene djece, usvojene djece i djece nad kojima je produženo roditeljsko pravo i njihovo uzdržavanje, predstavlja naročito važno i aktualno pitanje XXI stoljeća. U ovom radu komparativnom metodom biti će predstavljeno ovo pravno pitanje u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, kao države koja namjerava postati članica u Europskoj uniji i Republike Hrvatske, kao jedne od članica ove sui generis međunarodne organizacije. Naročito važno je navesti da procesu mirenja, te eventualno kasnijem parničnom postupku, pored specifičnog pitanja roditeljstva dolazimo i do pitanja međunarodnosti i postupanja organa starateljstva, kao i stvarno i mjesno nadležnog suda u ovim pravnim izuzetcima, a sve češće životnog pitanja u ove dvije zemlje povećane ekonomske migracije stanovništva.

Ključne riječi: razvod braka, djeca, supružnici, roditeljsko pravo, skrbništvo, uzdržavanje.

1. Uvod

Nakon što je tehnološki napredak uveo društvo u proces globalizacije¹ i ubrzao protok kapitala, roba, usluga i radne snage, nametnute su i određene društvene promjene, a neke od njih postale su aktualna pitanje obiteljskog prava u Bosni i Hercegovini i Republici Hrvatskoj u XXI stoljeću. Ove dvije susjedne države imaju slično pravno nasljeđe, ali i samostalan pravni razvoj sve od kraja 70-tih i početka 80-tih godina prošlog stoljeća.² Danas je njihov samostalni napredak prilagođen domaćim prilikama i ide prema istom cilju, a to je usvajanje europskih standarda u obiteljskom pravu, odnosno standarda Europske Unije kao sui generis međunarodne

1 Globalizacija se kao pojam pojavljuje prvi put 1961. godine u riječniku engleskog jezika kod Dirka Mesnera. Ima više objašnjenja, kao što su: da je proces širenja uklanjanja prepreka slobodnom tržištu (Džozef Štiglic), da se pod globalizacijom podrazumjeva širenje kapitalizma na sve države svijeta (Fridman), da je to proces koji je doveo do toga da događanja na jednom kraju svijeta, imaju snažan uticaj na događanja na sasvim drugom kraju svijeta (Smit i Bejlis), da je to širenje vrijednosti i slobodnog tržišta, deteriorijalizacija (Skot), itd.

2 Od 1946. godine sve do stupanja na snagu Zakona o braku i porodičnim odnosima 1979. godine u SR Hrvatskoj i Porodičnog zakona BiH koji je stupio na snagu 1980. godine, na nivou zajedničke države (SFRJ), primjenjivali su se jedinstveno Osnovni zakon o braku iz 1946. godine, Osnovni zakon o odnosima roditelja i dece iz 1947. godine, Zakon o usvojenju iz 1947. godine, Osnovni zakon o starateljstvu iz 1947. godine.

organizacije.³

Naime, na prostorima Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske sve češće zbog ekonomskih migracija dolazimo u situaciju da bračni supružnici imaju prebivalište u dvije različite države i da njihovi bračni odnosi u određenom periodu postanu teško i trajno poremećeni, npr. zbog: narušavanja ravnopravnosti, nedostatka poštovanja i pomaganja, nemogućnosti sporazuma oko bitnih pitanja u braku, uzdržavanje i odgoj djece, upravljanja pokretnom i nepokretnom imovinom, stjecanja i raspolaganja imovinom, itd. Poremećenost bračnih odnosa uglavnom rezultira pokretanjem postupka razvoda braka. Ovaj postupak dodatno se otežava ukoliko supružnici imaju zajedničku maloljetnu djecu. Razvod braka, ali i prestanak izvanbračne zajednice između supružnika koji imaju zajedničku maloljetnu djecu, otvara neka od pitanja koja se moraju regulirati sa posebnom pažnjom, a tiču se skrbništva nad maloljetnom djecom, odnosno vršenju roditeljskog prava, jer briga za maloljetnom djecom nije samo stvar njihovih roditelja, već države i društva u cjelini, pa ćemo shodno izloženom predložiti i određena de lege ferenda rješenja u cilju unaprjeđenja postojećeg stanja u ovoj oblasti, a prije svega zaštite najboljih interesa djeteta, kojem treba da se pruži sva neophodna podrška.

2. Izvori obiteljskog prava u Bosni i Hercegovini

Obiteljsko pravo na prvom mjestu uređuje pravne odnose koji nastaju između osoba povezanih brakom i srodstvom, ali uređuje i druge odnose kao što su odnosi koji proizilaze iz izvanbračne zajednice, posvojenja, udomiteljstvo, skrbništvo.⁴ Shodno svojoj ustavnoj strukturi i unutrašnjem uređenju formalni izvori obiteljskog prava u Bosni i Hercegovini su Ustav države i ustavi entiteta, Statut Brčko distrikta BiH, zatim entitetski porodični zakoni i porodični zakon Distrikta, Konvencija o pravu djeteta, kao i Europska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. U neformalne odnosno posredne izvore ubrajamo još sudsku praksu i pravnu nauku. Treba svakako navesti i činjenicu da je dobar dio obiteljskih odnosa s obzirom na svoju prirodu reguliran upravo običajnim i moralnim normama.⁵

Kad govorimo o formalnim izvorima obiteljskog prava na prvom mjestu je Ustav Bosne i Hercegovine koji ne propisuje samo opća načela, već pored proglašenog prava na brak i zasnivanje obitelji,⁶ propisuje i da će ova država ostati ili postati strana ugovornica međunarodnih sporazuma pobrojanih u Aneksu I ovog Ustava.⁷ U ovom Aneksu pored ostalih sporazuma nalazi se i Konvencija o pravima djeteta iz 1989.

³ Ugovor o pristupanju Republike Hrvatske Evropskoj Uniji potpisan je u Briselu 9. prosinca 2011. godine, a 1. srpnja 2013. godine Hrvatska je kao 28. članica pristupila ovoj organizaciji, dok je Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica sa jedne strane, i Bosne i Hercegovine sa druge strane, potpisan Luksemburgu 16. lipnja 2008. godine, a stupio je na snagu 1. lipnja 2015. godine.

⁴ Kovaček-Stanić, G., *Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko*, 5. izd., Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2014, 9.

⁵ Lukić, R., *Uvod u pravo*, JP Službeni list SRJ, Beograd 1999, 353.

⁶ Čl. II. st. 3. t. j) Ustava Bosne i Hercegovine.

⁷ Čl. II. st. 7. Ustava Bosne i Hercegovine.

godine. Inače, Konvencija Ujedinjenih Nacija o pravima djeteta najšire je prihvaćen sporazum iz oblasti ljudskih prava na svijetu, a Bosna i Hercegovina ratificirala je ovu konvenciju čak tri puta i to: 1991. godine, kao jedna od republika bivše SFRJ, zatim 1992. godine po priznavanju nezavisnosti i 1995. godine potpisivanjem Dejtonskog mirovnog sporazuma. Ustav Bosne i Hercegovine također propisuje da će se direktno primjenjivati prava i slobode predviđeni u Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima, te da odredbe ove Konvencije imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.⁸

Ustav Federacije Bosne i Hercegovine⁹ jamči osiguranje primjene najvišeg nivoa međunarodno priznatih prava i sloboda utvrđenih u međunarodnim dokumentima koji su navedeni Aneksu¹⁰ tog Ustava, a posebno između ostalog i da svi građani koji se nalaze na teritoriji ovog Entiteta uživaju pravo na zaštitu obitelji i djece. Ustav Republike Srpske nešto opširnije navodi opća načela, pa tako propisuje da obitelj, majka i dijete imaju posebnu zaštitu, da se brak i odnosi u braku i porodici uređuju zakonom, da je pravo čovjeka da slobodno odlučuje o rađanju djece, da roditelji imaju pravo i dužnost da se staraju o podizanju i odgoju svoje djece, da su djeca dužna da se staraju o svojim roditeljima kojima je potrebna pomoć, da djeca rođena izvan braka imaju jednaka prava i dužnosti kao i djeca rođena u braku, da maloljetnici o kojima se roditelji ne staraju, kao i lica koja nisu u mogućnosti da se sama staraju o sebi i zaštiti svojih prava i interesa, imaju posebnu zaštitu.¹¹ U Brčko distriktu Bosne i Hercegovine Statutom su zajamčena sva prava i slobode građanima koje su im priznata Europskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, te da će ta prava i slobode imati veću pravnu snagu u odnosu na svaki zakon koji je u suprotnosti sa Konvencijom.¹²

Ustavima entiteta i Statutom data je nadležnost Federaciji BiH, Republici Srpskoj i Brčko distriktu BiH da samostalno uređuju obiteljsko pravne odnose između bračnih supružnika, roditelja i djece, usvojitelja i usvojenika, staratelja i štićenika, kao i odnose između srodnika u bračnoj, izvanbračnoj ili usvojiteljskoj obitelji, te postupke nadležnih organa u vezi s obiteljskim odnosima i starateljstvom.¹³ Tako, u Bosni i Hercegovini imamo situaciju da su ovi odnosi uređeni sa tri porodična

8 Čl. II/2. Ustava Bosne i Hercegovine.

9 Čl. II/A/2. st. 1. t. j) Ustava Federacije BiH objavljen u Sl. novinama Federacije BiH, br. 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05 i 88/08.

10 U Aneksu Ustava Federacije BiH pobrojani su instrumenti za zaštitu ljudskih prava i data im je pravna snaga ustavnih odredbi. Pored ostalih nabrojana je Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljenih sloboda i dopunski protokol, te Konvencija o pravima djeteta iz 1989.

11 Čl. 36. Ustava Republike Srpske, Sl. glasnik Republike Srpske, br. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05.

12 Čl. 13. st. 4. Statuta Brčko distrikta BiH, Sl. glasnik Brčko distrikta BiH⁴ broj 17/08 i 39/09.

13 Ustavni osnov za donošenje Porodičnog zakona u Republici Srpskoj sadržan u članu 36. Ustava RS, Amandmanu XXXII, čl. 68. t. 12. i 18. i čl. 70. st. 1. t. 2. Ustava RS. Ustavni osnov za donošenje Porodičnog zakona u Federaciji BiH sadržan je u čl. A/20. (1) d) Ustava Federacije BiH. Pravni osnov za donošenje Porodičnog zakona koji se primjenjuje na teritoriji Brčko distrikta BiH sadržan je u odredbi čl. 22. st. 2. t. c).

zakona, tj. porodičnim zakonima entiteta¹⁴ i Porodičnim zakonom Distrikta,¹⁵ dok su pravila o određivanju mjerodavnog prava za obiteljske, odnosno i druge statusne i materijalnopravne odnose s međunarodnim elementom propisana Zakonom o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima (u daljnjem tekstu ZMPP).¹⁶

3. Nadležnost suda i postupak u sporovima razvoda braka

U brak se stupa slobodnom voljom, ali ova ustanova ne predstavlja samo privatnu stvar pojedinca, već ima i svoj društveni karakter, pa to onda nije običan ugovor koji supružnici mogu sami raskinuti.¹⁷ Razvod braka samo je jedan od načina njegovog prestanka i za odlučivanje o ispunjenosti uslova za razvod nadležan je sud. Treba navesti i to da brak može prestati još i smrću bračnog supružnika, zatim proglašenjem nestalog bračnog supružnika umrlim, kao i poništenjem.¹⁸ U pravu Bosne i Hercegovine zbog zaštite braka kao društvene ustanove, a zavisno od toga da li supružnici imaju zajedničku ili usvojenu maloljetnu djecu, postoje tri načina razvoda braka. Prvi je sporazumom supružnika, drugi način je podnošenjem zajedničkog zahtjeva, dok je treći način razvoda braka po tužbi jednog od supružnika. Vrijeme prestanka braka razvodom uzima se dan pravomoćnosti sudske presude kojom se brak razvodi.¹⁹

Za sam postupak razvoda braka nadležnost suda može biti kao i u drugim parničnim postupcima, a to je: stvarna, mjesna i funkcionalna. U entitetima stvarno nadležni su općinski sudovi u Federaciji BiH²⁰ i osnovni sudovi u Republici Srpskoj,²¹ dok je u Brčko distriktu stvarno nadležan Osnovni sud.²² U bračnim sporovima mjesna nadležnost može biti opća prema mjestu prebivališta tuženog, a kod posebne je specifično da pored suda opšte mjesne nadležnosti određuje i nadležnost suda prema području na kojem su bračni drugovi imali posljednje zajedničko prebivalište, odnosno boravište.²³ Funkcionalna nadležnost odnosi se prema personalnom sastavu

14 Porodični zakon u Federaciji BiH objavljen u Sl. novinama Federacije BiH, br. 35/05, 41/05 - ispr., 31/14 i 32/19 - Odluka US), Porodični zakon u Republici Srpskoj objavljen u Sl. glasnik RS, br. 54/02, 41/08 i 63/14.

15 Objavljen u Sl. glasniku Brčko distrikta BiH⁹⁹, br. 23/07.

16 Zakon je objavljen u Sl. listu SFRJ br. 43 iz 1982. godine. Zakon je preuzet u pravni poredak BiH posebnom Uredbom sa zakonskom snagom br. 2 iz 1992. godine. U Sl. listu br. 13 iz 1994. godine je objavljen Zakon o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom.

17 Bakić, V., *Porodično pravo*, 7. izd., Savremena administracija, Beograd 1974, 145.

18 Prestanak braka propisan je odredbama čl. 32. st. 1. Porodičnog zakona FBiH, čl. 44. st. 1. Porodičnog zakona RS i čl. 31. st. 1. Porodičnog zakona BD BiH.

19 Čl. 44. Porodičnog zakona RS propisuje da se u slučaju kad je supružnik proglašen umrlim, brak prestaje danom koji je po pravnosnažnoj odluci suda utvrđen kao dan njegove smrti, dok kod poništenja braka kad presuda suda postane pravosnažna.

20 Čl. 27. st. 2. t. a) Zakon o sudovima u FBiH, Sl. novine FBiH, br. 38/05, 22/06 i 63/10, 72/10, 7/13.

21 Čl. 30. st. 1. t. 6. a. 1. Zakona o sudovima RS, Sl. glasnik RS, br. 37/12, 14/14 - Odluka US, 44/15, 39/16 - Odluka US i 100/17.

22 Čl. 23. st. 1. t. 2. Zakona o sudovima BD BiH, Sl. glasnik BD BiH, br. 18/20.

23 Čl. 35. Zakona o parničnom postupku u RS, Sl. glasnik RS, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 - Odluka US, 45/09 - Odluka US, 49/09 i 61/13, Zakona o parničnom postupku u FBiH, Sl. novine

suda koji sudi u sporovima razvoda braka, pa je tako prema zakonima o parničnom postupku entiteta i Distrikta, određeno da u prvom stupnju sudi sudac pojedinac specijaliziran za ovu vrstu postupaka, a u drugom stupnju vijeće od troje sudaca od kojih je jedan specijaliziran za ovu vrstu sporova.²⁴

3.1. Razvod braka u slučajevima kad je prebivalište bračnog supružnika u stranoj državi

Prema službenim statistikama u Bosni i Hercegovini prezentiranim za period od 2012. do 2016. godine, broj zaključenih brakova kretao se od 18.235 u 2012. godini do 19.265 u 2016. godini. Ovi podaci ukazuju da je u 2016. godini sklopljeno nešto više od 1.000 brakova u odnosu na 2012. godinu ili 5,35%. Međutim, kad govorimo o pokazateljima razvoda braka, također možemo pratiti povećanje. Naime, prema statističkim podacima u 2012. godini bilo je 2.294 razvoda braka, da bi se taj broj u 2016. godini povećao na 2.773 razvoda, što čini povećanje od 479 razvoda ili 17,28 %. Iz prezentiranih podataka proizilazi da je svaki sedmi brak u 2016. godini, u odnosu na sklopljene brakove u istoj godini završio razvodom.²⁵ Prezentirani podaci ukazuju i na tendenciju povećanja razvoda braka u odnosu na zaključene, te svakako ne idu u prilog očuvanju obitelji i pružanju djeci okruženja sa oba roditelja u toku njihovog odrastanja, obzirom da raste i broj ekonomske emigracije državljana Bosne i Hercegovine koji imaju prebivalište u stranim državama, dolazimo do veoma aktualne situacije da u mnogim od razvedenih brakova supružnici nisu imali zajedničko prebivalište.²⁶ Jedno od ključnih pitanja, a što predstavlja i temu ovog rada, odnosi se na postupanje organa vlasti u slučajevima pokretanja postupka razvoda braka zbog teško narušenih odnosa između supružnika i nemogućnosti njihovog daljeg zajedničkog života, te starateljstva nad maloljetnom djecom i usvojenicima, ali i onom nad kojom je produženo roditeljska briga, kad jedan od supružnika ima prebivalište u stranoj državi.

Podnesena tužba za razvod braka ukazuje na to da postoji velika vjerovatnost da su odnosi između bračnih supružnika bili toliko poremećeni da je među njima prestala zajednica života. Kad govorimo o razvodu braka u slučajevima kada se jedan

FBiH, br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15 i čl. 28. Zakona o parničnom postupku u BD BiH, Sl. glasnik BD BiH, br. 28/18.

24 Čl. 13. Zakona o parničnom postupku u FBiH, u RS i BD BiH.

25 Žene i muškarci u BiH, Tematski bilten, Sarajevo 2018, 35-40. http://www.bhas.ba/tematskibilteni/FAM_00_2017_TB_0_BS.pdf (07. rujan 2020. godine)

26 Jedini podaci o migracijama državljana Bosne i Hercegovine na godišnjem nivou koji se mogu koristiti kao statistika po godinama su podaci koje vodi Agencija za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine o broju osoba koje su se odjavile iz evidencije o prebivalištu i boravištu državljana Bosne i Hercegovine, radi iseljenja u druge države. Međutim, ovi podaci ne mogu biti tačni pokazatelji trenda migracije iz Bosne i Hercegovine, jer ne predstavljaju sveukupne podatke o iseljavanju iz BiH, ali ukazuju na to da su najčešće zemlje destinacije za državljane Bosne i Hercegovine već par godina Njemačka i Austrija, dok je broj onih koji odlaze u Hrvatsku i Srbiju sve manji, a da Slovenija postaje treća najčešća zemlja u koju se iseljavaju građani Bosne i Hercegovine. Izvor: Migracioni profil BiH za 2018. godinu, Ministarstvo sigurnosti BiH, <http://msb.gov.ba/PDF/010720191.pdf>, (08. rujan 2020. godine).

ili oba supružnika nalaze u inozemstvu, a kao što smo već naveli objašnjavajući posebnu mjesnu nadležnost, supružnici imaju mogućnost podnijeti tužbu pred sudom u Bosni i Hercegovini, i to u mjestu gdje su imali zadnje zajedničko prebivalište. Posebna mjesna nadležnost u postupcima razvoda braka predviđena je u cilju zaštite supružnika jer im omogućava da pokrenu sudski postupak u mjestu koje je za njih povoljnije,²⁷ što doprinosi i samoj ekonomičnosti postupka, bez narušavanja načela zakonitosti. Također, kod činjenice različitih državljanstava bračnih supružnika u postupku razvoda pred sudom u Bosni i Hercegovini mjerodavna su kumulativno prava obje države čiji su oni državljani, osim ako se brak ne bi mogao razvesti, tad je mjerodavno pravo Bosne i Hercegovine.²⁸

Sud u Republici Srpskoj će razvesti brak na osnovu sporazuma bračnih supružnika u slučajevima kad nemaju zajedničku maloljetnu ili usvojenu djecu ili djecu nad kojom je produženo roditeljsko pravo.²⁹ U slučajevima kada imaju zajedničku maloljetnu ili usvojenu djecu ili djecu nad kojom je produženo roditeljsko pravo, supružnici mogu podnijeti zajednički prijedlog da se razvede njihov brak.³⁰ Za razliku od Republike Srpske obiteljskim zakonima u Federaciji BiH³¹ i Brčko distriku BiH,³² nisu uspostavljena dva instituta, već supružnici bez obzira da li imaju zajedničku maloljetnu ili usvojenu djecu, ili djecu nad kojom je produženo roditeljsko pravo, sudu pored tužbe, ukoliko između njih postoji suglasnost, mogu podnijeti zahtjev za sporazumni razvod braka.

U skladu sa ustavnim načelima i međunarodnim konvencijama, vođeni zaštitom i posebnom brigom za djecu, zakonodavac je propisao da su supružnici koji imaju zajedničku maloljetnu ili usvojenu djecu, ili djecu nad kojom je produženo roditeljsko, obavezni prije podnošenja tužbe ili zajedničkog prijedloga za razvod braka, pred nadležnim organom starateljstva pokrenuti postupak mirenja.³³ Kao i kod posebne mjesne nadležnosti, za mirenje mjesno je nadležan organ starateljstva na čijem području tuženi ima prebivalište, odnosno boravište, ili organ starateljstva na čijem su području bračni supružnici imali svoje posljednje zajedničko prebivalište,³⁴ izuzetno u Federaciji BiH, propisano je da supružnici mogu podnijeti zahtjev za mirenje ovlaštenoj osobi izvan mjesta svoga prebivališta, odnosno boravišta.³⁵ Organ starateljstva, odnosno ovlaštena osoba, ima zakonski propisan rok u kojem je obavezna da zakaže ročište za pokušaj mirenja na koje će pozvati oba bračna supružnika. Supružnike u postupku mirenja ne mogu zastupati punomoćnici, već isti moraju osobno pristupiti. Postupak mirenja se smatra toliko osobnim da mu punomoćnici čak ne mogu uopće ni prisustvovati.³⁶

27 Kovaček-Stanić, G., 169.

28 Čl. 35. ZMPP-a.

29 Čl. 55. st. 1. Porodičnog zakona RS.

30 Čl. 54. st. 1. Porodičnog zakona RS.

31 Čl. 42. Porodičnog zakona FBiH.

32 Čl. 40. Porodičnog zakona BD BiH.

33 Čl. 45. Porodičnog zakona FBiH, čl. 57. st. 1. Porodičnog zakona RS i čl. 42. Porodičnog zakona BD BiH.

34 Čl. 58. Porodičnog zakona RS.

35 Čl. 46. st. 2. Porodičnog zakona FBiH.

36 Čl. 46. Porodičnog zakona FBiH, čl. 59. Porodičnog zakona RS i čl. 43. Porodičnog zakona BD BiH.

3.2. Postupak posredovanja i mirenja u slučajevima kad je prebivalište bračnog supružnika u stranoj državi

Porodični zakon Federacije BiH uvodi novi institut – posredovanje, dok porodični zakoni Republike Srpske i Brčko distrikta BiH zadržavaju raniji termin mirenje. U postupku posredovanja ovlaštena osoba nastoji ukloniti uzroke koji su doveli do poremećaja bračnih odnosa i izmiriti bračne partnere, može im i prema potrebi preporučiti da se obrate savjetovalištim ili drugim ustanovama koje im mogu dati potreban savjet. Međutim, uloga posrednika ogleda se i u tome da upozna bračne partnere sa posljedicama razvoda braka, a posebno sa onim koje se odnose na djecu.³⁷ Obveza je bračnih partnera koji imaju djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje, kao i za vrijeme trudnoće žene da prije pokretanja postupka za razvod braka podnesu zahtjev za posredovanje fizičkom i pravnom tijelu ovlaštenom za posredovanje. Također, bračni partneri koji nemaju djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje imaju mogućnost da podnesu zahtjev za posredovanje. Izuzetno, podnošenje ovog zahtjeva nije obavezno ako je boravište drugog bračnog partnera nepoznato najmanje šest mjeseci i ako je bračnom partneru oduzeta poslovna sposobnost.³⁸ Možemo zaključiti da Porodični zakon Federacije BiH ne pravi razliku u postupku posredovanja u smislu da li jedan od bračnih partnera ima prebivalište u inozemstvu, već im daje jednaka prava i obavezu da moraju proći kroz ovaj postupak.

U Republici Srpskoj i Brčko distriktu BiH, situacija je nešto drugačija. Naime, obiteljskim zakonima dato je ovlaštenje organu starateljstva da isti nije dužan zakazivati ročište za pokušaj mirenja ako jedan ili oba bračna supružnika žive u inozemstvu. O ovoj činjenici biti će obavješten supružnik koji se obratio organu starateljstva sa zahtjevom, a isti potom nema ograničenja za podnošenje tužbe sudu radi razvoda braka.³⁹ Smatramo da se na ovaj način isključuje jedan od roditelja u pokušaju mirenja pred centrom za socijalni rad, samo zato što mu prebivalište nije u Bosni i Hercegovini, što može imati štetne posljedice po interese djeteta. Smatramo da bi navedenu odredbu bilo potrebno prilagoditi postojećim okolnostima povećane ekonomske migracije građana.

3.3. Posljedice razvoda braka na zajedničku djecu nad kojom se ostvaruje roditeljsko pravo

Može se zaključiti da je jedno od najtežih pitanja koje sud tokom razvoda braka mora riješiti je povjeravanje djeteta na skrb. Odluku o povjeravanju zajedničkog djeteta jednom od razvedenih roditelja sud donosi u presudi kojom se razvodi brak po službenoj dužnosti *ex officio*.⁴⁰ U obiteljskom pravu Bosne i Hercegovine propisano je da se roditelji zajednički, sporazumno i ravnopravno staraju o djetetu, a da se o djetetu stara jedan roditelj samo u slučajevima ako je drugi roditelj umro, proglašen umrlim, spriječen da se stara, nepoznatog boravišta, ako mu je oduzeta

37 Čl. 48. Porodičnog zakona FBiH.

38 Čl. 45. Porodičnog zakona FBiH.

39 Čl. 63. Porodičnog zakona RS i čl. 47. Porodičnog zakona BD BiH.

40 Bakić, 174.

roditeljska briga, ili ako mu je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost.⁴¹ Obiteljskim zakonima nije propisana bilo kakva razlika kojem se od roditelja daje prednost prilikom dodjeljivanja određivanja kojem od roditelja će se dijete povjeriti na staranje, već to isključivo zavisi od najboljeg interesa djeteta koje će ono ostvarivati u svojoj budućnosti. Prema dostupnim statističkim podacima od ukupnog broja obitelji sa jednim roditeljem, možemo pratiti samo gender strukturu, tako što je predstavljeno da su u 81% slučajeva obitelji u kojima sa djecom žive majke, a samo u 19% slučajeva obitelji u kojima sa djecom živi otac.⁴² Međutim, u ovaj broj ne ulaze samo one obitelji sa jednim roditeljem koje su nastale razvodom braka, tako da nam ni ovdje nisu javno dostupni potpuni podaci.

4. Obiteljsko pravo Republike Hrvatske

Obiteljsko pravo posebna je grana prava jer je podložno utjecaju društvenih običaja, kulture, religije, tradicije. Ti čimbenici čine veliku razliku između nacionalnih zakonodavstava pojedinih država. Upravo zbog toga obiteljsko pravo dugo vremena je bilo izvan područja angažmana i samog interesa Europske unije. Obiteljsko pravo vrlo je heterogeno. Danas je situacija znatno drugačija tako da je vidljivo veliko nastojanje europskih institucija da približe obiteljskoppravna pitanja. Ovo je posebno izraženo kroz posljednja dva desetljeća. Iako je velik interes Europske unije za usklađivanjem obiteljskopravnih odnosa na razini Unije, razlike koje postoje između država članica su značajne. Sama suradnja država članica usmjerena na postizanje zajedničkih ciljeva je čvrst temelj Europske unije. Suradnja između država članica je od izuzetne važnosti kada je riječ o obiteljskopravnim pitanjima. Ovdje posebno ističemo pitanje razvoda braka i skrbništva nad djecom kada jedan od bračnih supružnika ima prebivalište u drugoj državi. Naročito je to izraženo posljednjih desetljeća kada se stopa razvoda braka bitno povećava u zemljama zapadnog svijeta.

4.1. Izvori obiteljskog prava u Republici Hrvatskoj

U pravnom poretku Republike Hrvatske načela u kojima su izražene temeljne vrijednosti obiteljskih odnosa, sadržana su prije svega u Ustavu Republike Hrvatske, kao neposrednom izvoru obiteljskog prava. Tako je u članku 62. Ustava Republike Hrvatske navedeno da je obitelj pod osobitom zaštitom države, te da se brak i pravni odnosi u braku, izvanbračnoj zajednici i obitelji uređuju zakonom.⁴³ Uz Ustav, neposredni izvori obiteljskog prava su međunarodni ugovori, zakoni i provedbeni propisi. U kontekstu međunarodnih ugovora, istaknuto mjesto pripada pravnim aktima UN iz kojih se razvio međunarodni sustav prava čovjeka (Opća deklaracija o pravima čovjeka, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima

41 Čl. 141. Porodičnog zakona FBiH, čl. 79. Porodičnog zakona RS i čl. 124. Porodičnog zakona BD BiH.

42 Žene i muškarci u BiH, Tematski bilten, Sarajevo 2018, 35-40. http://www.bhas.ba/tematskibilteni/FAM_00_2017_TB_0_BS.pdf (14. rujan 2020. godine).

43 Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14

te Konvencija o pravima djeteta).

Obiteljski zakon je osnovni pravni izvor obiteljskog prava u Republici Hrvatskoj. Njime se uređuje pitanje braka, izvanbračna zajednica žene i muškarca, odnosi roditelja i djece, mjera za zaštitu prava i dobrobiti djeteta, posvojenje, skrbništvo, uzdržavanje, obvezno savjetovanje i obiteljska mediacija te postupci u vezi s obiteljskim odnosima i skrbništvom.⁴⁴ Obiteljski zakon koji je na snazi od 01. siječnja 2020.g. sastoji se od deset dijelova i to redom: (1) uvodne odredbe, (2) brak, (3) pravni odnosi roditelja i djece, (4) posvojenje, (5) skrbništvo, (6) uzdržavanje, (7) obvezno savjetovanje i obiteljska mediacija, (8) postupak pred sudom, (9) centar za posebno skrbništvo, (10) prijelazne i završne odredbe. Iz navedenog razvidno je kako su obiteljski odnosi danas puno kompleksniji te sukladno tome postoje pravni dokumenti koji pružaju izjednačeniju zaštitu. Na to su utjecale raznovrsne društvene promjene poput uspostave sustava ravnopravnosti spolova te postupno priznavanje i zaštita prava djece. No bitno za istaknuti je da se još uvijek smatra da obitelj koja nastaje na temelju čina sklapanja braka ima prednost u odnosu na druge oblike obiteljskog zajedništva.

Posredni izvori obiteljskog prava u Republici Hrvatskoj su sudska praksa i pravna znanost. Sudska praksa nije formalni izvor prava, ali zbog svojih stavova i prije svega autoritetom sudova koji iskazuju svoja pravna mišljenja pri tumačenju pravnih normi, postaje prihvaćena od strane sudova a time i neformalni izvor prava koji se primjenjuje u praksi. Često se stranke u sudskim postupcima pozivaju na ranije odluke sudova u činjenično i pravno istovrsnim sporovima, a posebice na odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske kao najvišeg tijela sudbene vlasti.⁴⁵

4.2. Razvod braka i skrbništvo nad djecom

U Republici Hrvatskoj pitanje razvoda braka i skrbništva nad djecom uređena su Obiteljskim zakonom. Za početak bitno je definirati instituciju braka. U području obiteljskog prava 2013. godine učinjena je značajna promjena, i to putem referendumom. Proveden je referendum gdje je društvo iskazalo svoje stanje svijesti kada je odlučilo da se u Ustav Republike Hrvatske unese odredba: „Brak je životna zajednica žene i muškarca.“ Sukladno Ustavu, 2015. godine izvršena je promjena Obiteljskog zakona pa je tako u članku 12. propisano da „Brak je zakonom uređena životna zajednica žene i muškarca.“⁴⁶ Pitanje razvoda posljednjih godina dobiva sve veće značenje iz razloga što se bitno povećala stopa razvoda. Obiteljskim zakonom u članku 50. propisuje „Razvod braka može tužbom zahtijevati jedan bračni drug, a oba bračna druga prijedlogom za sporazumni razvod braka“.⁴⁷ Sud će razvesti brak kako je propisano člankom 51. „Ako oba bračna druga predlažu razvod braka na temelju sporazuma; ako utvrdi da su bračni odnosi teško i trajno poremećeni; ako je

44 Čl. 1. Obiteljskog zakona, Narodne Novine br. 103/15, 98/19.

45 Jug, J., *Primjena pravnih načela u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske- Pravna načela u pravnoj teoriji i sudskom odlučivanju*, Rijeka 2014, 3, http://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/JugJ_Primjena-pravnih-nacela-u-odlukama-VSRH.pdf, (16. rujna 2020. godine).

46 Čl. 12. Obiteljskog zakona.

47 Čl. 50. Obiteljskog zakona.

od prestanke bračne zajednice protekla godina dana“.⁴⁸

Prekid bračne zajednice često je vrlo stresan i potreban je izraziti napor kako supružnika tako i ostalih članova obitelji za prilagodbu novonastaloj situaciji. Posebice kad je riječ o razvodu braka u kojoj su maloljetna djeca, tada se posebna pažnja treba posvetiti upravo djeci.

Obiteljski zakon iz 2003. godine propisivao je postupak posredovanja, dok su 2015. godine izmijenom Obiteljskog zakona uvedeni novi postupci koji su zamijenili postupak posredovanja. Riječ je o postupcima obvezno savjetovanje i obiteljska medijacija. Bitno za naglasiti je kako se posredovanje provodilo isključivo prilikom postupka razvoda braka, dok se obvezno savjetovanje provodi prije samog pokretanja postupka razvoda braka u kojem postoji zajedničko maloljetno dijete. Sada važeći Obiteljski zakon koji je na snazi od 01. siječnja 2020. godine također sadrži postupke uvedene 2015. godine. Obvezno savjetovanje propisano je člankom 321. u kojem stoji da je „obvezno osiguranje oblik 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.“⁴⁹ U slučaju kada roditelji ne sastave plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi, dužni su pristupiti premedijacijskom postupku, odnosno prvom sastanku obiteljske medijacije. Premedijacijski postupak ima dvije svrhe. Prije svega bitno je objasniti sam postupak medijacije i koje prednosti on donosi. Također je važno sudionike informirati kako bi vidjeli je li medijacija za njih prikladan način rješavanja sporova i sukoba. Nakon predmedijacijskog postupka sudionici mogu odmah nastaviti sa medijacijskim postupkom, naravno ukoliko to žele i ako su ispunjene pretpostavke za sam postupak. Nije isključena ni mogućnost naknadnog uključivanja u medijacijski postupak.⁵⁰ Svrha obiteljske medijacije je postizanje plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi i drugih sporazuma u vezi s djetetom, dok je sam postupak prilično kratkotrajan.⁵¹ U članku 331. je propisano uz ostvarenje postizanja plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi, u postupku obiteljske medijacije stranke se mogu sporazumjeti i o svim drugim spornim pitanjima imovinske i neimovinske naravi.⁵² Osim razvoda braka, obiteljskom medijacijom obuhvaćene su različite vrste obiteljskih sporova. To je strukturiran proces u koji se prvenstveno ulazi dobrovoljno. Rezultatom postupka obiteljske medijacije smatra se dogovor roditelja s kojim će od njih zajedničko dijete/djeca živjeti nakon razvoda braka, te dogovori oko susreta na dnevnoj, mjesečnoj i godišnjoj razini. Pitanje visine alimentacije također je rezultat obiteljske medijacije.⁵³

Dosadašnja zakonska rješenja vezana za djecu u procesu razvoda braka, provodila su se sukladno načelom zaštite i dobrobiti djeteta. Obiteljski zakon tako

48 Čl. 51. Obiteljskog zakona.

49 Čl. 321. Obiteljskog zakona.

50 Štifer, A., et al., *Razlozi razvoda braka kao odrednice sporazuma o roditeljskoj skrbi*, Ljetopis socijalnog rada, Zagreb 2016, 278.

51 Ibid.

52 Čl. 331. Obiteljskog zakona.

53 Štifer, et.al., 279.

u čl. 240. st. 1. t. 1. propisuje posebno skrbništvo radi zaštite pojedinih osobnih i imovinskih prava i interesa djeteta u bračnim sporovima. Posebnog skrbnika imenuje sud ili centar za socijalnu skrb.⁵⁴

Razvod braka često povlači i pitanje uzdržavanja djeteta. To pitanje regulirano je čl. 310. Obiteljskog zakona. Navedeni članak tako propisuje: „roditelj s kojim dijete stanuje svoj udio u obvezi uzdržavanja djeteta ispunjava kroz svakodnevnu skrb o djetetu, a roditelj koji ne stanuje s djetetom obvezu uzdržavanja djeteta ispunjava zadovoljavanjem materijalnih potreba djeteta u obliku novčanih uzdržavanja.“ U stavku 2. stoji „Svakodnevna skrb o djetetu smatra se jednakovrijednom zadovoljavanju materijalnih potreba djeteta u obliku novčanog uzdržavanja.“ Nadalje, istim člankom je propisano „iznimno od stavaka 1. i 2. ovoga članka, ako roditelj na temelju plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi provode podjednako vremena s djetetom i podjednako svakodnevno skrbe o djetetu, novčano uzdržavanje za dijete može se urediti sporazumno u skladu s obiteljskim odnosima.“⁵⁵

Kao što je razvidno iz ovih odredbi Obiteljskog zakona, obiteljsko pravo je vrlo specifična grana prava. Pronalaženje zakonodavnih rješenja pod utjecajem svih faktora od kulture, tradicije, običaja je jako težak zadatak. Nadalje, kada se obiteljsko pravo promatra sa više razine, odnosno nadnacionalne, onda svi faktori koje treba uzeti u obzir postaju puno složeniji. Nerijetko se upravo ujednačavanje pravnih pravila u kontekstu europskog obiteljskog prava naziva „Sizifovim poslom“.⁵⁶

4.3. Utjecaj zakonodavstva Europske Unije na obiteljsko pravo Republike Hrvatske

U Republici Hrvatskoj do 2019. godine je kao osnovni unutarnji izvor međunarodnog privatnog prava bio na snazi Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (u daljnjem tekstu ZRS). Spomenuti zakon 1991. godine preuzet je sukcesijom kao zakon od bivše države. ZRS je sadržavao pravila o određivanju mjerodavnog prava za statusne, porodične i imovinske odnosno druge materijalnoppravne odnose s međunarodnim elementom.⁵⁷ S obzirom na sve više društvenih odnosa sa međunarodnim elementom, u Republici Hrvatskoj je tako 29. siječnja 2019. godine stupio na snagu Zakon o međunarodnom privatnom pravu. S njegovim stupanjem na snagu, dotadašnji ZRS je prestao važiti. Zakon o međunarodnom privatnom pravu sadrži pravila o određivanju mjerodavnog prava za privatnoppravne odnose s međunarodnim obilježjem, pravila o nadležnosti sudova i drugih tijela RH za raspravljanje u pravnim stvarima čiji su predmet privatnoppravni odnosi sa međunarodnim obilježjem te pravila za priznanje i ovrhu stranih sudskih odluka čiji su predmet privatnoppravni odnosi.⁵⁸ Zakon o međunarodnom privatnom podijeljen je u šest dijelova. Općim odredbama određuje

54 Čl. 240. st. 1. t. 1. Obiteljskog zakona.

55 Čl. 310. st. 1. st. 2. i st. 3. Obiteljskog zakona.

56 Bodiroga-Vukobrat, N. et. al., *Europsko obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb 2013, 4.

57 Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, Narodne novine 53/91, 88/01.

58 Zakon o međunarodnom privatnom pravu, Narodne Novine 101/17.

se se polje primjene Zakona te pojam prebivališta, uobičajenog boravišta te sjedišta. Mjerodavno pravo kao drugi dio, odnosi se na pravo osobnog statusa, stvarnog prava, pravo intelektualnog vlasništva, obveznog prava, nasljednog i obiteljskog prava. Nadležnost i postupak je treći dio te se on odnosi na brojne uredbe. U četvrtom dijelu uređuje se priznanje i ovrha stranih sudskih odluka pa se i u tom dijelu upućuje na pojedine uredbe, koje imaju prednost pred Zakonom. Peti dio uređuje pojedine privatne situacije državljana Republike Hrvatske u inozemstvu. Posljednji, odnosno šesti dio Zakona obuhvaća prijelazne i završne odredbe.⁵⁹

Donošenje tog zakona bilo je usklađeno s početkom primjene Uredbe (EU) br. 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačanje suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima⁶⁰ i Uredbe (EU) br. 2016/1104 od 24. lipnja 2016. godine o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima imovinskih posljedica registriranih partnerstva.⁶¹ Obje Uredbe se primjenjuju od 29. siječnja 2019. godine. Cilj Zakona o međunarodnom privatnom pravu bila je izražena namjera uključivanja u proces pojačane suradnje. Tako u članku 35. Zakona o međunarodnom privatnom pravu stoji „Pravo mjerodavno za imovinske odnose bračnih drugova određuje se prema Uredbi Vijeća (EU) 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima“.⁶²

Europska unija unifikaciju zakonodavstva država članica provodi putem Uredbi. Uredbe kao pravni instrumenti Unije su obvezujuće u pogledu svog sadržaja te su izravno primjenjive.⁶³ Bitno za istaknuti je kako Europska Unija nema ovlasti miješati se u materijalno obiteljsko pravo, to se radi putem kolizijskog prava i to proizlazi iz odredaba o pravosudnoj suradnji s građanskim stvarima s prekograničnim učincima, u kojima je regulirano i obiteljsko pravo.⁶⁴ Kolizijska pravila su dio unutrašnjeg prava neke države, koja se u većini slučajeva propisuju zakonom. Mogućnost je da se mogu još propisivati i međunarodnim ugovorima. Kolizijska pravila posredno rješavaju odnos s međunarodnim elementom i to na način da upućuju na domaće ili strano pravo koje se treba primijeniti u konkretnom slučaju. Kolizijska pravila se unutar Europske unije propisuju putem uredbi vijeća EU, zamjenjujući pri tome unutarnje propise međunarodnog privatnog prava jedinstvenim pravom Unije. Da bi se na osnovi kolizijskih pravila primijenilo pravo strane države, osim što pravna situacija mora imati određenih doticaja s tom državom, u konkretnom slučaju mora se raditi i o situacijama koje uređuju pravo koje se može primijeniti i izvan

59 Ibid.

60 Sl. list br. 183, od 8.7.2016. godine.

61 Ibid.

62 Čl. 35. Zakona o međunarodnom privatnom pravu, Narodne novine br. 101/17.

63 Bouček, V., *Europsko međunarodno privatno pravo u eurointegracijskom procesu i harmonizacija hrvatskog međunarodnog privatnog prava*, Vlastito izdanje, Zagreb 2009, 10.

64 Šimonović, I.; Čurić, I., *Europska unija i obiteljsko pravo međunarodnoprivatnopravni, procesnopravni i materijalnopravni aspekti*, Ljetopis socijalnog rada, vol. 22, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2015, 174-175.

granica te države. Kolizijska pravila sastoje se od dva dijela: kategorije vezivanja i poveznice (vezne okolnosti koja omogućuje određivanje mjerodavnog prava). Koje će poveznice u svojim kolizijskim pravilima prihvatiti pojedina država, ovisi o mnogim faktorima pa tako se i mjerodavno pravo obično naziva prema imenu odgovarajuće poveznice kao npr.: pravo određeno državljanstvom naziva se pravom državljanstva ili *lex patriae*; pravo prebivališta ili *lex domicilli*; u brojim situacijama govori se o pravu države suda ili *lex fori*.

Pravni instrument Europske unije kojeg su sudovi država članica obvezni izravno primjenjivati u svim slučajevima međunarodnog obilježenog bračnog spora je Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenog 2003.g., odnosno Uredba Bruxelles II bis o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću. Izuzetak je Danska, na koju se ova Uredba ne primjenjuje. Ova Uredba je temelj pravosudne suradnje u obiteljskim predmetima Europske unije a koja ima za svrhu da se sudske odluke koje su donijete u jednoj državi članici primjenjuju u drugoj državi članici Europske unije. Uredba Bruxelles II bis propisuje izravnu nadležnost sudova država članica na objektivan način. Tako je u odjeljku I, poglavlju II Uredbe sadržano pravilo nadležnosti u bračnim sporovima. Uredba uređuje opću nadležnost, nadležnost za protuprijedlog, nadležnost za konverziju odluke o rastavi braka, isključivu te podrednu nadležnost. U predmetima koji se odnose na razvod braka, rastavu braka i poništaj braka, opća nadležnost određena je alternativno sa sedam različitih poveznica po kriteriju uobičajenog boravišta. Upravo na taj način se osobama koje više ne žele biti u braku pruža mogućnost izbora između više ravnopravnih različitih zakonodavstava koje međusobno konkuriraju.⁶⁵ Pojam uobičajenog boravišta koristi se u međunarodnom privatnom pravu kao kriterij nadležnosti. Ono označava određeni stupanj integracije pojedinca u društvo, no slučaju ako je boravak kraći uobičajeno boravište treba provjeriti ispitujući namjeru stranaka.⁶⁶

U predmetima roditeljske odgovornosti, primarna poveznica je uobičajeno boravište djeteta, uz određene iznimke predviđene Uredbom.⁶⁷ Nadležnost po pitanju roditeljske odgovornosti uređena je odjeljkom II. Također i za pitanje nadležnosti uzima se kriterij uobičajenog boravišta. Člankom 10. regulirana je nadležnost u slučajevima otmice djeteta. Predaja djeteta regulirana je člankom 11. Bitno za naglasiti je kako je predaja djeteta vezana uz Hašku konvenciju o otmici djeteta („Predaja djeteta“ u smislu dijete koje je nezakonito odvezeno i zadržano) te ove odredbe nadopunjavaju spomenutu Konvenciju kako bi ona bila što učinkovitija.

Uredba o uzdržavanju, odnosno punim nazivom Uredba Vijeća (EZ) br. 4/2009 od 18. prosinca 2008. godine o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršenju sudskih odluka te suradnji u stvarima koje se odnose na obvezu

65 Bodiřoga-Vukobrat, et. al., 208.

66 Limante, A.; Kunda, I., *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction*, Torino, Berlin, 2017, 69.

67 Čl. 8.-15. Uredbe Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27.11.2003. godine o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću (u nastavku Bruxelles II bis).

uzdržavanja. Uredba o uzdržavanju također se ne primjenjuje na Dansku. Ovom uredbom regulirane su obveze uzdržavanja koje su proizašle iz obiteljskih, bračnih odnosa ili krvnog, tazbinskog srodstva.⁶⁸ Ova Uredba kao i prethodno spomenuta Uredba Bruxelles II bis, kada je riječ o općoj međunarodnoj nadležnosti koncipirana je od niza alternativno određenih poveznica te nekoliko drugih oblika međunarodne nadležnosti.⁶⁹ Posebnost ove Uredbe je što je njezin temelj Haška konvencija o međunarodnoj naplati potpore za djecu i drugih oblika obveze uzdržavanja iz 2007. godine (Haška konvencija o uzdržavanju) te Protokol uz tu konvenciju o pravu mjerodavnom za obvezu uzdržavanja. Uredba o uzdržavanju stoga upućuje na primjenu Protokola.⁷⁰ Hrvatska je obveznica Haškog protokola.

Pojačana suradnja na razini Europske unije prvi put je uspostavljena baš na području obiteljskog prava i to glede razvoda i rastave braka na razini EU. Riječ je o Uredbi Vijeća br. 1259/2010. od 20. prosinca 2010., odnosno Uredbi Rim III. Uredbom Rim III uređeno je mjerodavno pravo za razvod braka i zakonsku rastavu. Također ono što je važno je da se Uredbom po prvi puta uređuje kolizijskopравни aspekt glede razvoda braka na razini EU. Tako u Preambuli Uredbe piše: „Povećanje mobilnosti građana zahtijeva veću fleksibilnost i pravnu sigurnost“. Kako bi se ostvario taj cilj, ovom se Uredbom treba povećati autonomija stranaka u područjima razvoda braka i zakonske rastave dajući im ograničenu mogućnost odabira prava mjerodavnog za njihov razvod ili zakonsku rastavu.⁷¹ Ovakvom odredbom u Preambuli omogućena je veća fleksibilnost kako bi se bračni drugovi bolje pripremili na razvod braka i njegove posljedice.⁷² Iako je cilj ove Uredbe veća fleksibilnost, stranke ipak nemaju ovlasti odabrati bilo koje pravo već imaju pravo na odabir onog prava s kojim stranke imaju blisku vezu. Ukoliko stranke nisu odabrale mjerodavno pravo, Uredba na to daje rješenja. Dakle, u nedostatku sporazuma stranaka na razvod braka i zakonsku rastavu biti će mjerodavno pravo države u kojoj bračni drugovi u trenutku pokretanja postupka imaju uobičajeno boravište. Uobičajeno boravište je kriterij koji se i primjenjuje na nadležnost za bračne predmete, stoga će vrlo često nadležan sud primjenjivati vlastito pravo, što uvelike olakšava i ubrzava sam postupak. Uredba Rim III nema obvezujući učinak za Republiku Hrvatsku no stručnjaci na području međunarodnog privatnog prava zagovaraju primjenu Uredbe. Kao jedan od razloga za usvajanjem Uredbe ističe se opća društvena potreba za liberalizacijom braka, jer bi liberalniji model mogao biti primjereniji društvenim potrebama.⁷³

Mehanizam pojačane suradnje europske institucije koriste u pitanju imovinskopravnih uređenja i to posebno u okviru braka te registriranih partnerstva, te kao što je već spomenuto ranije u tekstu, riječ je o Uredbi Vijeća (EU) 2016/1103.

68 Uredba Vijeća (EZ) br. 4/2009 od 18.12.2008. godine o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršenju sudskih odluka te suradnji u stvarima koje se odnose na obvezu uzdržavanja.

69 Poglavlje II Uredbe o uzdržavanju.

70 Čl. 15. Uredbe o uzdržavanju.

71 Uredba EU br. 1259/2010. od 20.12.2010. godine o provedbi pojačane suradnje u području prava mjerodavnog za razvod braka i zakonsku rastavu (u nastavku Uredba Rim III), Preambula, t. 15.

72 Tomljenović V.; Kunda I., *Uredba Rim III: treba li Hrvatskoj*, Obitelj i djeca: europska očekivanja i nacionalna stvarnost, Pravni fakultet u Rijeci - Hrvatska udruga za poredbeno pravo, Rijeka 2014, 219.

73 Ibid.

koja je primjenjuje od 29. siječnja 2019. godine u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima.⁷⁴ Namjera navedene Uredbe je bila obuhvatiti sva pravila koja se primjenjuju na bračnoimovinske režime u jednom instrumentu s ciljem veće zaštite i pravne sigurnosti.⁷⁵

Uredbe Europske unije vrlo su važan instrument za provođenje unifikacije europskog obiteljskog prava. Osim spomenutih Uredbi važno je istaknuti jednu Hašku konvenciju značajnu za međunarodno privatno pravo. Riječ je o Haškoj konvenciji o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece koja se smatra jednom od najuspješnijih Haških konvencija uopće⁷⁶ i prethodno je spomenuta u okviru Uredbe Bruxelles II bis o roditeljskoj odgovornosti. Hrvatska je potpisnica spomenute Konvencije od 1991. g. Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece usmjerena je na zaštitu prava na roditeljsku skrb i pravo na ostvarivanje osobnih odnosa roditelja i djeteta u transnacionalnom okviru. Najvažniji cilj joj je upravo zaštita djeteta. Situacije gdje su djeca nezakonito odvedena ili zadržana u drugoj državi od strane jednog od roditelja, skrbnika ili bliskog člana obitelji tretira se kao međunarodna otmica djece. Konvencija u čl. 1. definira svoje ciljeve koji su: 1. osigurati što hitniji povratak djece koja su nezakonito odvedena ili zadržana u nekoj državi ugovornici; 2. osigurati da se prava na brigu i viđenje s djetetom po zakonu jedne države ugovornice stvarno poštuju u drugoj državi ugovornici.⁷⁷ Zamislimo slučaj kada primjerice jedan roditelj zbog posla ili obiteljskog nasilja odluči „pobjeći“ u drugu državu radi boljeg života. Što kada dođe do razvoda u obiteljima s međunarodnim elementom? Danas su zbog procesa globalizacije takve životne situacije sve učestalije.

4.4. Pravna praksa Republike Hrvatske

Sada će se kratko kroz praksu sudova Republike Hrvatske prikazati pitanje razvoda braka i skrbništva sa međunarodnim elementom U Republici Hrvatskoj se od 2013.g. primjenjuju odredbe Europskog prava. Uredbe Europske unije prvenstveno imaju za cilj olakšavanje i poboljšanje priznanja sudskih odluka u državama članicama Europske unije. Time se ujedno ostvaruje pravna sigurnost za građane EU. No što kada je riječ o razvodu braka između bračnih supružnika od kojih je jedan državljanin članice Europske unije dok je drugi državljanin države koja će tek postati članica EU. To će se prikazati kroz navedenu praksu Županijskog suda u Dubrovniku. U priloženoj sudskoj praksi vidjet ćemo kako sudovi rješavaju nadležnost te mjerodavno pravo u pitanju razvoda braka kada se bračni drugovi nalaze na području države članice Europske unije a imaju i državljanstvo Republike Hrvatske, dakle druge članice Europske unije.

74 Sl. list Europske unije, L 183, 08.07.2016. godine.

75 Majstorović, I., *Mehanizam pojačane suradnje Europske unije i hrvatsko obiteljsko pravo*, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb 2019, 176.

76 Rešetar, B. (ur.), *Dijete i pravo – interdisciplinarni pristup*, Osijek 2009, 226.

77 Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece od 25.10.1980. godine, Sl. list MU br. 7/91.

Ono što je važno za istaknuti kako se navedena praksa sudova odnosi na vrijeme dok u Republici Hrvatskoj nije bio na snazi Zakon o međunarodnom privatnom pravu već je bio na snazi Zakon o rješavanju sukoba s propisima drugih zemalja u određenim odnosima.

1. Rješenje Županijskog suda u Dubrovniku broj: GŽ.1266/14 od dana 15. listopada 2014. godine

Županijski sud u Dubrovniku, kao drugostupanjski sud odlučivajući o tuženičinoj žalbi izjavljenoj protiv rješenja o privremenoj mjeri Općinskog suda u Dubrovniku posl.br.9 P-834/13 od 12. rujna 2014. godine. Drugostupanjski sud uvažio je žalbu tužene, ukinuo rješenje i vratio predmet prvostupanjskom sudu na ponovni postupak.

U predmetnom sporu radilo se o razvodu braka, donošenje odluke o povjeravanju maloljetnog sina parničnih stranaka jednom od roditelja i određivanja načina susreta i druženja maloljetnog sina parničnih stranaka s drugim roditeljem, kao i donošenje odluke o njegovom uzdržavanju. Tužitelj je državljanin Hrvatske dok tužena ima državljanstvo Bosne i Hercegovine. Maloljetni sin je rođen u Hrvatskoj te se nakon nekoliko mjeseci preselio u Bosnu i Hercegovinu. Uobičajeno boravište mu je u Bosni i Hercegovini. U ovom predmetu nadležnost hrvatskog suda za razvod braka proizlazi i odredbe čl. 3. st. 1. (a) alineje pete uredbe Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenog 2003. godine o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, odnosno Uredba Bruxelles II bis, kojom je propisano da su u predmetima koji se odnose na razvod, zakonsku rastavu ili poništaj braka nadležni sudovi država članica na čijem području stranka koja pokreće postupak ima uobičajeno boravište, ako je on ili ona tamo imao boravište najmanje godinu dana prije pokretanja postupka. Kada je riječ o nadležnosti za odlučivanje o roditeljskoj skrbi, Hrvatski sud je nadležan s obzirom na odredbu čl. 12. st. 4. Uredbe Bruxelles II bis, kojom je propisano da u situaciji kad dijete ima uobičajeno boravište na području treće države, koja nije potpisnica Haške konvencije od 19. listopada 1996. godine o nadležnosti, primjenjivom pravu, priznavanju, izvršenju i suradnji s obzirom na roditeljsku odgovornost i mjere za zaštitu djece, smatra se da je nadležnost suda države članice prema odredbama ranije spomenutog čl. 3. iste Uredbe u interesu djeteta.

Kad je riječ o mjerodavnom pravu za razvod braka, sud je utvrdio da je propisano odredbom čl. 35. st. 2. ZRSZ, prema kojoj su u situaciji kad su bračni drugovi državljanici različitih država u vrijeme podnošenja tužbe, za razvod braka kumulativno su mjerodavna prava obiju država čiji su oni državljanici. U pogledu mjerodavnog prava za roditeljsku skrb, Uredba Bruxelles II bis upućuje na primjenu Haške konvencije od 19. listopada 1996. godine, te je po tome mjerodavno pravo Republike Hrvatske ako je dijete ili koji od roditelja državljanin republike Hrvatske.

Mjerodavno pravo za uzdržavanje je propisano odredbom čl. 3.toč. 1. Protokola o pravu mjerodavnom za obveze uzdržavanja, koja sadrži opće pravilo o mjerodavnom pravu, prema kojemu se obveze uzdržavanja uređuju pravom države uobičajenog boravišta vjerovnika uzdržavanja, u ovom slučaju država uobičajenog

boravišta maloljetnog djeteta, odnosno Bosna i Hercegovina.⁷⁸

2. Presuda i rješenje Županijskog suda u Varaždinu broj: Gž Ob-36/15-2 od 17. veljače 2016. godine.

Županijski sud kao drugostupanjski sud, povodom žalbe tužene izjavljene protiv presude i rješenja Općinskog suda u Koprivnici poslovni broj: P-527/14-17, presudio je i riješio da se odbija žalba tužene kao neosnovana te je potvrdio prvostupanjsku presudu. Predmet ovog postupka bio je obiteljski spor radi razvoda braka, u kojem je bilo sporno pitanje nadležnosti Republike Hrvatske, za odlučivanje u tom postupku, odnosno da li je nacionalni sud stvarno i mjesno nadležan za odlučivanje u predmetnoj pravnoj stvari, pri čemu je tužena smatrala da je tužbu nakon prihvaćanja prigovora nenadležnosti trebalo odbaciti kao preuranjenu. Stranke u ovom postupku su državljani Republike Hrvatske te imaju prijavljeno prebivalište na istoj adresi u Republici Hrvatskoj. Uobičajeno boravište stranaka u trenutku pokretanja postupka pred sudom bila je Savezna Republika Njemačka. U ovom predmetu sud je rekao da se u RH glede predmetne vrste spora od 01. srpnja 2013. godine (dan stupanja RH u članstvo u EU) primjenjuje procesnopravna Uredba Vijeća (EZ) br. 2001/03 od 27. studenog 2003. godine o nadležnosti i priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću. Nadalje, sud je zaključio kako su u konkretnom slučaju bračni drugovi, stranke u postupku oboje državljani RH, a citirane odredbe Uredbe propisuju nadležnost suda i prema državljanstvu oba bračna druga, te je postupak tužitelj i pokrenuo dakle i u skladu sa čl. 3.st. 1 toč. b Uredbe Bruxelles II bis pred nacionalnim sudom (tužba podnesena pred prvostupanjskim sudom 27. svibnja 2014. godine), to podnošenje zahtjeva prema mjerodavnoj Uredbi ima isti rezultat kao i po ZRSZ, sve obzirom na jednaki i primarni značaj kriterija državljanstva, pa je u konkretnom slučaju za odlučivanje u predmetnom postupku razvoda braka nadležan nacionalni sud, a kako je to pravilno zaključio i prvostupanjski sud. U konkretnom slučaju sud je utvrdio da je ispunjen odlučni kriterij državljanstva stranaka po Uredbi Bruxelles II bis i ZRSZ i to čl. 61. st. 1. ZRSZ koji propisuje nadležnost suda u RH u sporovima razvoda braka i kad tuženik nema prebivalište ili ako je tužitelj državljanin RH i ima prebivalište u RH, a st. 2 istog članka je izričito određeno da ako je tuženi bračni drug državljanin RH i ima prebivalište u RH da je nadležnost suda isključiva. Također glede mjerodavnog prava, sud je utvrdio i uputio na članak 35. ZRSZ prema kojem je za razvod braka mjerodavno pravo države čiji su državljani oba bračna druga u vrijeme podnošenja tužbe, koji kriterij je u predmetnom sporu ispunjen, pa je mjerodavno pravo nacionalno odnosno pravo RH.⁷⁹

3. Rješenje Županijskog suda u Splitu broj: Gž Ob-540/2016 od dana 26. rujna 2016. godine.

Županijski sud u Splitu odlučujući o žalbi tužene protiv rješenja Općinskog suda u Osijeku, br. 18 Pob-444/2015 od 28. srpnja 2016. godine odbio je žalbu tužene

78 Rješenje Županijskog suda u Dubrovniku broj Gž. 1366/14 od dana 15. listopada 2014. godine.

79 Presuda i rješenje Županijskog suda u Varaždinu broj: Gž Ob-36/15-2 od dana 17. veljače 2016. godine.

kao neosnovanu te potvrdio rješenje Općinskog suda u Osijeku. U ovom slučaju, prema podacima iz vjenčanog lista proizlazi da tužitelj ima hrvatsko državljanstvo dok tužena osim hrvatskog ima i državljanstvo Bosne i Hercegovine. U braku je rođeno dvoje zajedničke malodobne djece, oboje rođeni u Saveznoj Republici Njemačkoj. Među strankama nije sporna činjenica da su bračni drugovi državljani RH, da žive i rade u Saveznoj Republici Njemačkoj, kao i da zajednička malodobna djeca žive i pohađaju školu u Saveznoj Republici Njemačkoj. Drugostupanjski sud u Splitu utvrdio je da je u ovom postupku razvoda braka stranaka nadležan sud u RH, s obzirom na činjenicu da oba bračna druga imaju državljanstvo RH, a u smislu naprijed citiranih odredaba čl. 3. Uredbe koja se ima za primijeniti u predmetima koji se odnose na razvod braka. Dakle pogrešno je prvostupanjski sud smatrao da bi nadležnost suda Republike Hrvatske proizlazila iz odredaba ZRSZ-a, već se imaju primijeniti odredbe čl. 3. navedene Uredbe budući da se radi o predmetu radi razvoda braka osoba koje imaju prebivalište, odnosno uobičajeno boravište na području jedne države članice te imaju državljanstvo druge države članice Europske unije.

Nadalje, što se tiče ostalih zahtjeva istaknutih u tužbi, potrebno je istaknuti čl. 8. Uredbe koja se odnosi na odlučivanje o stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću. Naime, izraz „roditeljska odgovornost“ označava prava i obaveze koje se odnose na dijete ili njegovu imovinu, koja su sudskom odlukom dodijeljena fizičkoj ili pravnoj osobi, primjenom prava ili sporazumom s pravnim učinkom, a taj izraz uključuje i prava roditeljske skrbi i odgoja djeteta te pravo na kontakt s djetetom (članak 2. Uredbe). Sud je u ovom slučaju utvrdio, u smislu članka 8. Uredbe u stvarima povezanim sa roditeljskom odgovornošću opća nadležnost sudova određena je prema djetetu koje ima uobičajeno boravište u državi članici u trenutku pokretanja postupka, stoga bi za odlučivanje o roditeljskoj odgovornosti bio nadležan sud u Saveznoj Republici Njemačkoj.⁸⁰

5. Zaključak

Kroz ovaj rad komparativnom metodom kratko smo analizirali pravno pitanje razvoda braka i skrbništva nad djecom s međunarodnim elementom u pravnom sistemu Republike Hrvatske i Bosne i Hercegovine. Obiteljsko pravo vrlo je kompleksna grana prava s obzirom da je podložno utjecajima kulture, običaja, tradicije i religije. Upravo zato postoje velike razlike između nacionalnih zakonodavstava. Obiteljski zakon, kao zakon kojim se uređuje većina obiteljskih odnosa i zajednica, osnovni je pravni izvor obiteljskog prava u Republici Hrvatskoj. Dok su u Bosni i Hercegovini obiteljski odnosi uređeni sa tri porodična zakona, tj. porodičnim zakonima entiteta i Porodičnim zakonom Distrikta. Republika Hrvatska i Bosna i Hercegovina države su koje imaju slično pravno nasljeđe, također teže istom cilju a to je usklađivanje nacionalnog zakonodavstva sa zakonodavstvom Europske unije. To je od izrazite važnosti kada je riječ o obiteljskim pitanjima, posebice pitanje razvoda i skrbništva nad djecom kada jedan od bračnih supružnika ima prebivalište u drugoj državi. Sveprisutna činjenica međunarodne obilježnosti obiteljskih odnosa u prvi plan

80 Rješenje Županijskog suda u Splitu broj Gž Ob-540/2016 od dana 26. rujna 2016

stavlja izradu prikladnog i suvremenog pravnog okvira koji prvenstveno za cilj ima pravnu zaštitu djeteta. Kao što je rečeno u radu, briga za maloljetnom djecom nije samo stvar njihovih roditelja, već države i društva u cjelini. Iz sudske prakse sudova Republike Hrvatske kada je riječ o postupcima koje se odnose na skrb o djeci vidljivo je kako središnje mjesto moraju imati najbolji interesi djeteta. No u praksi nažalost nije uvijek tako. Stoga se postavlja pitanje kako zaštititi dijete i koji su to najbolji interesi djeteta. Za međunarodno obilježene situacije u kojima se nalazi dijete kolizijska pravila Europske unije temelje se na odrednicama državljanstva, prebivališta, uobičajenog boravišta. Nacionalni zakonodavci u većini slučajeva koriste upravo poveznicu državljanstva djeteta ili zajednička državljanstva djeteta i njegovih roditelja, no kada je riječ o osobnim ili imovinskim odnosima roditelja i djece prihvatljivije je prakticiranje poveznice uobičajenog boravišta. Neovisno o tome što su nacionalna zakonodavstva Republike Hrvatske te Bosne i Hercegovine relativno dobro usklađena sa zakonodavstvom EU u praksi nailazimo na poteškoće kada govorimo o obiteljskopравnim odnosima. Zaključno smatramo kako nije lagan zadatak uskladiti nacionalno zakonodavstvo s zakonodavstvom EU a da se pritom „zadrži“ društveno-kulturološki identitet svake države. Pogotovo je to težak zadatak državama sa „tradicionalnijim“ običajima poput Republike Hrvatske te Bosne i Hercegovine, no države itekako teže ka modernizaciji svih aspekata života uključujući i pitanja obiteljskopравne prirode. Temeljna odrednica budućeg europskog pravosudnog prostora čini ujednačeno međunarodno postupovno pravo te uzajamno priznanje odluka

Petra Vuksanović, LL.M., Lawyer from Rijeka, Republic of Croatia
Borislav Jeličić, LL.M., Assistant Attorney of Republika Srpska, Bosni and Herzegovina

DIVORCE AND CHILDREN CARE WITH INTERNATIONAL ELEMENTS IN THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF CROATIA AND BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary: A particularly important and current issue of the 21 st century is the issue of divorce in special cases when one of the spouses has a residence in a foreign country, as well as custody of their joint custody of minor children, adopted children and children over whom parental rights and their maintenance have been extended. In this paper, by comparative method, it will be presented this legal issue in the legal system of Bosnia and Herzegovina, as a country that aspires to membership in the European Union and the Republic of Croatia, as one of the members of this sui generis international organization. It is especially important to state that in the process of conciliation, and possibly later litigation, in addition to the specific issue of parenthood, we come to the issue of foreignness and the actions of the guardianship authority, as well as the court with real and territorial jurisdiction in these legal exceptions, and increasingly living issues in these two countries of increased economic migration of the population.

Key words: divorce, children, spouses, parental rights, custody, maintenance.

Mr. Milijan Vasić, stručni saradnik

Osnovnom sudu Banja Luka

PRAVO DJETETA NA IZDRŽAVANJE U PRAVNOJ TEORIJI I SUDSKOJ PRAKSI U REPUBLICI SRPSKOJ

Sažetak: Jedno od najvažnijih prava u eri sveopšte društvene globalizacije je zaštita integriteta djeteta, njegovo ostvarivanje prava na izdržavanje, kako unutar porodice tako i izvan nje. Momentom rođenja djeteta dobija izvjesna zagarantovana prava upisom u matičnu knjigu rođenih: lični JMBG, lično ime, državljanstvo, pravo na saznanje o postojanju oba njegova roditelja, ali i pravo na izdržavanje od strane njegovih roditelja ili drugih zakonom određenih lica.

U ovom radu nastoji se odgovoriti na pitanje koliko je dijete u pravu na izdržavanje zaštićeno u praksi, biće ukazano na teorijsku i praktičnu (sudsku) problematiku ostvarivanja prava na izdržavanje djeteta (alimentacija). Biće ukazano na sudsku praksu pred Osnovnim sudom u Banjoj Luci, kao najvećeg prvostepenog suda u Republici Srpskoj na način ostvarivanja prava djeteta na izdržavanje, kako kroz glavni parnični tako i kroz druge, adhezione sudske postupke (izvršni, krivični).

Ključne riječi: dijete, davanje izdržavanja, porodično pravo, organ starateljstva.

1. Uvod

Posmatrano kroz istoriju prava djeteta su bila mnogo drugačija od današnjeg. Kretala su se od najnepovoljnijeg statusa (sve je zavisilo od pater familia – rimsko doba), vidljiv kroz Zakonik XII ploča iz 451/450. godine p.n.e. u IV i V ploči, prema kojem su roditelji imali pravo da prodaju svoju djecu. Djeca su bila u vlasništvu oca i nisu imala nikakva prava, te su uz robove imali najnepovoljniji položaj u rimskom društvu. Za stari vijek važno je napomenuti i Solonove zakone i Hamurabijev zakonik iz 1780. godine p.n.e. koji je već tada pokušavao da se urede u boljem smislu odnosi djece u porodici i ograniče određena prava pater familia.

U Staroj Grčkoj položaj djeteta u porodici prvenstveno je zavisio od njegovog pola. Tako su dječaci i djevojčice imali različite društvene uloge, a s pravnog aspekta posmatrano, različito i tretirani uz česte elemente očite diskriminacije in favorem u dječaka - muškaraca kao odabranih bića.¹ S druge strane djevojčice su uz svoje majke učile raditi različite vidove kućanskih poslova kuhati, tkati i čistiti², što jasno

1 A. Huseinspahić, *Razvoj pravnog statusa djeteta od antičkog do savremenog doba*, https://www.researchgate.net/profile/Ajdin_Huseinspahic/publication/298715353_RAZVOJ_PRAVNOG_STATUSA_DJETETA_OD_ANTICKOG_DO_SAVREMENOG_DOBA/links/56ea767508ae25ede8318873/RAZVOJ-PRAVNOG-STATUSA-DJETETA-OD-ANTICKOG-DO-SAVREMENOG (od 6.8.2020).

2 *Ibid.*, https://www.researchgate.net/profile/Ajdin_Huseinspahic/publication/298715353_RAZVOJ_PRAVNOG_STATUSA_DJETETA_OD_ANTICKOG_DO_SAVREMENOG_DOBA/links/56ea767508ae25ede8318873/RAZVOJ-PRAVNOG-STATUSA-DJETETA-OD-ANTICKOG-DO-SA-

ukazuje na jaku izraženu ponlu diskiminaciju.

Pater familias je predstavljao jedan stub državne vlasti, imao je veliku moć kojoj su se svi ostali članovi morali pokoravati. Prava djeteta gotovo da nisu ni postojala. Njihov opstanak i pravo na život bili su u rukama jednog čovjeka. Takav se odnos prema djeci zadržao i kroz cijeli srednji vijek, gdje je zakonskim okvirima bio propisan težak položaj djeteta kako u porodici tako i u društvu. Vidljiva je velika obespravljenost djece sve do vremena socijalizma, kada su socijalističke zemlje popravile položaj djeteta utvrđujući skup prava i obaveza roditelja u interesu djece.

U Austrijskom građanskom zakoniku iz 1811. godine zadržava se patrijarhalni porodični sistem. Prevashodno u ekonomskoj zavisnosti članova porodice od oca – glave porodice, koji izdržava suprugu i djecu, ali ima određenu vlast nad njihovom voljom i slobodom življenja. Priznavala su se samo bračna djeca, tj. jedino su ona imala izdržavanje od oca, dobijala njegovo prezime i grb, “te je bivalo vaspitavano za ono zanimanje za koje on sam odluči da je najbolje za dijete, bez ikakve obaveze da se o tome sa bilo kime posavjetuje”³. Vanbračna djeca su bila po ugledu na ranije feudalno doba marginalizovana, u jako nepovoljnom položaju toliko da su bila isključena od bilo kakve vlasti oca nad njima ali i prava na izdržavanja kako od oca tako i ostalih srodnika. Sličan patrijarhalan odnos oca prema djeci bio je zastupljen u Bosni. Pod uticajem jednim dijelom Austrijskog građanskog zakonika za porodično pravo bile su značajne austrijske Prve novele iz 1914. godine i Treće novele iz 1916. godine. Sličan uticaj imalo je šerijatsko pravo koje je bilo u primjeni na sve muslimane u tadašnjoj BiH. Kroz vrijeme se mijenjao i sam naziv “očinska vlast” – u “roditeljska vlast” – “roditeljsko pravo” i viševjekovna obespravljenost djeteta kao člana porodice i društva uspijeva da se popravi tek od XX vijeka. Prava djeteta su utkana u Ustav svih savremenih država, pa tako i kod nas. U Bosni i Hercegovini kao glavni izvori porodičnog prava u zaštiti dječijeg integriteta su: Ustav BiH⁴, Ustav RS⁵, Ustav FBiH⁶ i Statut BDBiH⁷, a zatim su tu još i Porodični zakoni takođe oba

VREMENOG (od 6.8.2020).

3 *Ibid.*, https://www.researchgate.net/profile/Ajdin_Huseinspahic/publication/298715353_RAZVOJ_PRAVNOG_STATUSA_DJETETA_OD_ANTIČKOG_DO_SAVREMENOG_DOBA/links/56e-a767508ae25ede8318873/RAZVOJ-PRAVNOG-STATUSA-DJETETA-OD-ANTIČKOG-DO-SA-VREMENOG (od 6.8.2020).

4 Ustava Bosne i Hercegovine (dalje Ustav BiH), Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (“Sl. glasnik BiH”, br. 25/2009) - Amandman I.

5 Ustav Republike Srpske (dalje Ustav RS), “Sl. glasnik RS”, br. 3/1992 – Ustav Srpske Republike Bosne i Hercegovine donesen je na sjednici Skupštine srpskog naroda u BiH 28. 2. 1992. god. a objavljen je 16. 3. 1992. god., 6/1992, 8/1992, 15/1992, 19/1992, 21/1992 – Zakonodavna komisija Narodne skupštine Republike Srpske 17. 12. 1992. godine utvrdila je prečišćeni tekst Ustava Republike Srpske koji je objavljen 31. 12. 1992. godine, 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 “Sl. glasnik BiH”, br. 73/2019 - odluka US BiH).

6 Ustav Federacije Bosne i Hercegovine (dalje Ustav FBiH), (“Sl. novine FBiH”, 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).

7 Statut Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (dalje ustav BDBiH), (“Sl. glasnik BDBiH”, br. 2/2010).

entiteta, kao i BDBiH⁸.

2. Zakonski okviri zaštite prava djeteta na izdržavanje

Načelo jednakosti i ravnopravnosti roditelja prema djeci ostvaruje se primjenom adekvatnih zakona svake države pojedinačno. Snažan zakonski okvir daje Ustav i Porodični zakon u državi, ali se on obezbjeđuje i poštovanjem međunarodnih pravnihi akata (deklaracija i konvencija) donesenim od strane Savjeta Evrope. Bosna i Hercegovina je takođe, njihov potpisnik. Do 2002. godine kada je donesen novi PZRS iz 2005. godine novi PZFBiH u BiH je korišten termin roditeljsko pravo, koji se od tada mijenja u FBiH u roditeljsko staranje a u RS se zadržao raniji termin. Osnovni cilj oba termina je uređenje roditeljske obaveze kada je u pitanju ostvarenje najboljeg interesa djeteta.

Osnov zaštite porodičnih odnosa, a i prava djeteta na izdržavanje crpi se iz Ustava BiH, gdje je u čl. 2 u grupu ljudskih prava i osnovnih sloboda koje Ustav garantuje navedeno pravo na porodičan život, brak i zasnivanje porodice. U istom se navodi da u cilju ostvarivanja međunarodnih standarda u pravu „Prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini⁹. Aneksu I Ustava BiH je propisao kao dodatni sporazum o ljudskim pravima koji će se kod nas primjenjivati Konvenciju o pravima djeteta iz 1989. godine. Istu ustavnu zaštitu porodičnog života propisuju i Ustavi oba entiteta kao i Statut BDBiH.

S obzirom da je porodičnim zakonima u BiH lični integritet djeteta adekvatno zaštićen, uvijek se javlja potreba za poboljšanje samih mehanizmama zakonske regulative ali i sudske prakse. Bilo bi dosta jasnije kada bi se svi vodili maksimumom da zaštita djeteta u svim sferama njegovog života i njegovih potreba nikad nije dovoljna i da je konstantno potrebno raditi na njihovom usavršavanju. U ostvarivanju roditeljskog staranja roditelji su samostalni i niko se ne smije miješati u odnos njih i njihove djece, sve dok roditelji udovoljavaju svojim dužnostima te razumno i svrsishodno koriste svoja prava.¹⁰ Dijete prije svega ima pravo na zaštitu i osiguranje sredstava za izdržavanje od njegove porodice (oba roditelja), a ukoliko roditelji iz bilo kojeg opravdanog razloga nisu u mogućnosti tu zaštitu i izdržavanje da obezbijede, onda se ona može dobiti od najbližih krvnih srodnika (baba, djedova, braća, sestre itd.). Ako nikog od njih nije u mogućnosti obezbijediti pravo na izdržavanje djetetu, tada država kroz angažman organa starateljstva nastoji obezbijediti izdržavanje djeteta.

8 Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (dalje PZFBiH) („Službene novine FBiH“, br. 35/05, 41/05, i 31/14 i 32/2019 - odluka US); Porodični zakon Republike Srpske (dalje PZRS) („Službeni glasnik RS“, br. 54/02, 41/08, i 53/14 i 56/2019 - odluka US); Porodični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (dalje PZBDBiH) („Službeni glasnik BDBiH“, br. 23/07).

9 čl. 2 Ustav BiH.

10 A. Huseinspahić, *Zaštita ličnih prava djeteta u bosanskohercegovačkom pravu kao preduslov zaštite djece*, Zbornik radova 7. međunarodni naučni skup Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2019., str. 245.

Svi porodični zakoni u BiH pojam djetete shvataju kao maloljetnu osobu koja nije napunila osamnaest godina života. Kada je u pitanju pravo na izdržavanje djeteta ono je moguće prema maloljetnom djetetu ali i do 26. godine života punoljetnog djeteta koje se nalazi na redovnom školovanju. S druge strane ukoliko se radi o djetetu koje je punoljetno i poslovno nesposobno (zbog bolesti), onda njegovo izdržavanje od strane njegovih roditelja nije uslovljeno nikakvim rokovima. „Ako se djeca nalaze na redovnom školovanju, roditelji su dužni da im prema svojim mogućnostima obezbijede izdržavanje i nakon punoljetnosti, a najdalje do navršene 26. godine života, osim ako redovno školovanje nije u tom vremenu završeno iz opravdanih razloga.”¹¹. Pod redovnim školovanjem, pored osnovnog i srednjeg obrazovanja, misli se na prvi ciklus studija, koji može potrajati do 26. godine života djeteta. Ovdje se otvara prostor za diskusiju, s obzirom da je u BiH uvođenjem bolonjskog procesa u visoko obrazovanje (koji je organizovan po sistemu 3+2, 5+0 i 4+1 godina trajanja studija) omogućeno i da se drugi ciklus studija završi do 26. godine. Da li bi u tom slučaju postojala obaveza roditelja, da u skladu sa svojim mogućnostima doprinose, makar djelimično izdržavanju punoljetnog djeteta na studijama II ciklusa? Obaveza izdržavanja se po novonastaloj situaciji ne bi odnosila samo na studije III ciklusa punoljetnog djeteta.

U određenoj literaturi se nailazi na stav da su sudska praksa i pravna teorija saglasne da upis na posle diplomске studije nije završavanje prethodnog školovanja nego početak novih studija što je stvar ambicije i mogućnosti samog djeteta a ne postoji obaveza njegovih roditelja da finansiraju sticanje takvog stepena obrazovanja.¹²

Ako je punoljetno dijete zbog bolesti, fizičkih ili psihičkih nedostataka nesposobno za rad, a nema dovoljno sredstava za život ili ih ne može ostvariti iz svoje imovine, roditelji su dužni da ga izdržavaju dok ta nesposobnost traje.¹³

U drugoj polovini XX vijeka se počinje zauzimati jasan stav da se prava djeteta ojačaju. Zaštita djece od strane međunarodnog prava ogleda se kroz navedene pravne akte: Ženevsku konvenciju o pravima djeteta iz 1924. godine, Deklaracija o pravima djeteta iz 1948. i 1959., Konvencija o pravima djeteta iz 1989. godine (koja je univerzalna u svojoj primjeni na svu djecu Svijeta), a sadrži i druge kategorije ljudskih prava, princip zabrane diskriminacije (čl. 2.), princip najboljeg interesa djeteta (čl. 3), holistički princip (sva prava su osnovna, jednako važna, međuzavisna i nedjeljiva)¹⁴. U istom kontekstu svakako je nezaobilazna Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine. Sve one su u velikoj mjeri uticale na položaj djeteta u porodici i njegov lični integritet u društvu, te nastojale da pruže zaštitu u svim segmentima njegovog života. U većini konvencija se navodi da čovječanstvo djetetu duguje najbolje što mu mora pružiti, te da dijete mora biti zaštićeno izvan i iznad svih rasa i nacionalnosti.

11 Čl. 233. stav 1. PZRS.

12 Babić I., *Porodično pravo*, Bijeljina: Pravni fakultet Bijeljina Univerzitet Sinergija, 2007., str. 263.

13 Čl. 233. stav 2. PZRS.

14 Radić D., *Unapređenje pravnih kapaciteta djeteta – pravo djeteta na slobodno izražavanje mišljenja i poslovna sposobnost djeteta*, Zbornik radova 7. međunarodni naučni skup Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2019., str. 126.

Tokom 1946. godine osniva se Fond Ujedinjenih nacija za hitnu pomoć djeci (UNICEF) sa sjedištem u Njujorku, s tim da ima kancelarije u preko 190 država u svijetu. BiH je članica UNICEF-a od 1992. godine. Konvenciju o pravima djeteta iz 1989. godine ratifikovalo je do danas 196 država, dok je BiH potpisnica od 1993. godine. Cilj UNICEF-a je prevazilaženje problema koje izaziva siromaštvo, nasilje, bolest i ostali svaki vid diskriminacije djeteta, a kako bi se ostvario što kvalitetniji život i razvoj djeteta u društvu u kojem živi.

Prava djeteta su primjenom ovih navedenih zakonskih regulativa postala univerzalna, nedjeljiva i neotuđiva¹⁵, a sve se obezbjeđuje određenim mjerama zaštite, kojima se ostvaruje najbolji interes djeteta. Tako se danas u prava djece u BiH ubrajaju: pravo na staranje o životu, zdravlju i razvoju ličnosti, pravo djeteta da živi sa roditeljima, pravo djeteta na zaštitu od nezakonitog miješanja u njegovu privatnost i porodicu, pravo djeteta na izdržavanje i uvažavanje vlastitog mišljenja, pravo djeteta na obrazovanje, pravo djeteta na zaštitu od svih oblika nasilja, zloupotrebe, zlostavljanja i zanemarivanja.¹⁶

3. Porodica kao stub sigurnosti djeteta u eri globalizacije

Porodica se može definisati kao zajednica života koja proističe iz braka ili vanbračne zajednice kao i zajednica života ostalih srodnika a između njih se zakonom uređuju određena prava i dužnosti. Tako imamo prava i dužnosti roditelja prema djeci koji ravnopravno obavljaju roditeljsko pravo, ali i djece prema roditeljima, kao uzajamnu pravo i dužnost.

Savremeno, postmoderni, globalno društvo obilježava velika brzina promjena, nestajanje mnogih orijentira koji su oblikovali živote ljudi, važnost i poželjnost individualnog izbora i postignuća, povećanje neizvjesnosti i nesigurnosti, ubrzanje životnih tokova i sl. Ovo se odražava na život pojedinca i porodice – ne postoje jasne granice između kuće i radnog mjesta, privatnog i javnog života, za uređenje zajedničkog života ne postoje „naslijeđena“ uputstva – ustaljene porodične norme i vrijednosti, već se moraju neprestano ulagati naponi kako si se razvile različite strategije za uspješno funkcionisanje i uređenje životnog prostora.¹⁷

Pri tome je bitno osvrnuti se na sam pojam porodice, kao društvene grupe, a koju čine u njenom najosnovnijem obliku roditelji i djeca. U porodici se odvijaju različiti životni procesi (bilološki, reproduktivni, sociološki, ekonomski i sl.), ali je bitno istaći naročitu njenu sociološku i zaštitnu funkciju. Da bi neko uopšte imao osnovni vid zaštite u društvu od najranijeg perioda njegovog perioda društvenog nastanka stvarala se misao pripadanja jedinke grupi. U ovom slučaju možemo posmatrati i

15 Čović A., *Prava deteta: evolucija, realizacija i zaštita*, Beograd: Institut za uporedno pravo, 2017., str. 18.

16 Huseinspahić A., *Zaštita ličnih prava djeteta u bosanskohercegovačkom pravu kao preduslov zaštite djece*, Zbornik radova 7. međunarodni naučni skup Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2019., str. 247.

17 Vilić D., *Porodica u kontekstu savremenih društvenih promjena*, Banja Luka: Sociološki diskurs, 2011., str. 22.

način zaštite i opstanka djeteta njegovog izdržavanja od strane roditelja koji zajedno čine grupu – porodicu.

U prvobitnoj zajednici i kroz cio srednji vijek vidimo veliku ulogu koju je imao otac. Danas se u eri sveopšte globalizacije uočava vidljiva promjena osnovnih porodičnih vrijednosti. Društveno-ekonomske i demografske promjene zabilježene, najprije, u razvijenim društvima od 60-ih godina 20. vijeka (povećanje ekonomske aktivnosti žena, slabljenje autoriteta muškaraca, novi individualizam, smanjivanje fertiliteta, porast broja razvoda, kohabitacija, vanbračna rađanja i sl.) dovele su do značajnih promjena u oblasti moderne porodice (oblik, struktura, funkcije, odnosi između članova)¹⁸. U modernom dobu porodicu su zahvatile velike promjene kada je u pitanju porodični odnosi djece i roditelja. Dijete se više ne smatra sredstvom za očuvanje prezimena, porodične imovine i izvršavanja radnih obaveza, već se sve više posvećuje pažnju emotivnom, obrazovnom odgoju i zdravom psihofizičkom razvoju djeteta u njegovoj porodici.

U modernom dobu vidljivo je da se rađa manje djece, zastupljenije su porodice sa jednim, eventualno dva djeteta a nerijetko su i svojevoluminarnim sterilitetom zastupljene i porodice bez djece. Era globalizacije, modernizacije i razvoja našeg društva za sobom povlači i posljedice porasta životnih standarda, a time većih zahtjeva za ulaganje u izdržavanje djeteta od strane roditelja. Kako se ranije porodica shvatala kao interesna zajednica više članova, povezanih srodstvom, u kojoj se proizvodilo i trošilo proizvedeno, te uglavnom izvan nje za njene članove opstanak nije bio moguć, danas se porodica ekonomski pretvara u potrošačku jedinicu¹⁹ gdje uglavnom oba roditelja ostvaruju novčane prihode od svog rada (zaposlenja) izvan porodice.

Mišljenja smo da je porodica kao društvena zajednica danas napadnuta globalizacijom i shvatanjima koja imaju za posljedicu pojavu većeg broja porodica nego broja djece (supružnici bez djece – kao posljedica dobrovoljnog steriliteta, supružnici ne žele djecu ili organskog steriliteta, koji se opet može vještačkim načinom prevazići raznim potpomognutim vantjelesnim metodama začeća i rađanja). Pored navedeno često se javlja i problem izdržavanja djece, gdje se i samom voljom roditelja uskraćuje djetetu pravo na izdržavanje ili pak realnom nemogućnošću obezbjeđenja istog. Država tada nastupa kao zaštitnik najmlađih članova društva, na način da prati sve društvene promjene, modernizaciju porodičnih odnosa, te putem organa starateljstva adekvatno reaguje na određenu porodične anomalije i nesklad.

4. Pojam i ostvarivanje prava djeteta na izdržavanje

4.1. Pravo djeteta na izdržavanje

Izdržavanje se definiše kao pravo jednog lica (primaoca izdržavanja), koje samo ne može obezbijediti svoje potrebe za biološki i duhovni razvitak²⁰ da traži potrebna sredstva za egzistenciju i s druge strane obaveza drugog lica (davaoca izdržavanja)

18 Vilić D., *Transformacija (i/ili rekonstrukcija) moderne porodice*, Banja Luka: Sociološki diskurs, 2011., str. 51.

19 *Ibid.*, 57.

20 Babić I., *Porodično pravo*, Bijeljina: Pravni fakultet Bijeljina Univerzitet Sinergija, 2007., str. 250.

da ih mu obzbijadi. Da bi dijete moglo da se razvija ono mora imati osiguran: stan, hranu, odjeću, obuču, pravo na liječenje, udžbenike i potrebe za druge školske obaveze, a da ne govorimo o onim drugim potrebama koje roditelji podmiruju u vezi s njegovim opštim kulturnim odgojem, kao što je posjećivanje kina, pozorišta i drugih priredaba, sve što je potrebno za njegovu rekreaciju, ljetovanje itd. Za sve to potrebna je ekonomska baza – a to nazivamo izdržavanjem, bez obzira u kojem ga vidu dijete prima.²¹ Kada roditelji žive zajedno (u braku ili u vanbračnoj zajednici), izdržavanje se daje u najvećem dijelu in naturam, zbog gore nabrojanih potreba djeteta. Međutim, postoje i slučajevi npr. da dijete odsustvuje iz porodice zbog ljetovanja, boravaka u kampusu ljetnjih škola i sl., gdje se izdržavanje u većem dijelu izražava u novcu. Novčano izdržavanja najbolje dolazi do izražaja kada se roditelji razdvoje, tačnije žive odvojeno, da li razvodom braka ili prestankom vanbračne zajednice ili nikad nije ni postojala, da li bračna ili vanbračna zajednica, djetetovih roditelja. U takvoj situaciji izdržavanje roditelju sa kojim dijete ne živi se utvrđuje u određenom novčanom iznosu²², dok se drugom roditelju s kojim dijete nastavlja zajednički život posebno vrednuje briga i rad²³ koji svakodnevno dijete iziskuje u toku svoga odrastanja (in naturam).

4. 2. Ostvarivanja prava djeteta na izdržavanje

U PZRS se navodi da „roditelji imaju dužnost i pravo da štite svoju maloljetnu djecu i da se brinu o njihovom životu i zdravlju“²⁴. Roditelji su dužni čuvati dijete, zadovoljavati njegove normalne životne potrebe i štititi ga od svih oblika poroka: droga, alkohol, skitničenje, razbojništvo, krađa, prostitucija, prosjačenje, kao i svih oblika maloljetničke delikvencije, te nasilja, povreda, ekonomske eksploatacije, seksualne zloupotrebe i svih drugih asocijalnih pojava²⁵. Prilikom zaštite prava djeteta njegov najbolji interes mora biti glavni cilj pri ostvarivanju integriteta djeteta, a tako i kod obezbjeđenja izdržavanja.

Kada se izdržavanje odvija u porodici zajednički od strane roditelja, dijete koje je navršilo petnaest godina života i radom ostvaruje prihode, dužno je da doprinosi za svoje izdržavanje, kao i za izdržavanje članova svoje porodice u kojoj živi²⁶. Ovdje je data zakonska mogućnost roditeljima da se rasterete izvjesne obaveze prema djetetu, ali ne potpuna već samo u određenom dijelu s obzirom na djetetove mogućnosti i potrebe.

U obezbjeđenje djetetove egzistencije, ukoliko roditelja nema ili nisu u mogućnosti obezbijediti djetetu ima pravo na izdržavanje od ostalih krvnih srodnika u pravoj liniji²⁷, prvo od njegovog djeda i babe, a ukoliko oni nisu živi ili nemaju

21 Prokop A., *Porodično pravo, Odnosi roditelja i djece*, Zagreb: Školska knjiga – Zagreb, 1972., str. 147.

22 Babić I., *Porodično pravo*, Bijeljina: Pravni fakultet Bijeljina Univerzitet Sinergija, 2007., str. 261.

23 Čl. 254. PZRS.

24 Čl. 81. PZRS.

25 Čl. 134. st. 2. PZFBiH.

26 Čl. 234. st. 1 PZRS.

27 Babić I., *Komentar Porodičnog zakona*, Službeni glasnik, 2014., str. 390.

dovoljno sredstva za izdržavanje ta obaveza prelazi na punoljetnu braću i sestre, ili maloljetnog brata i sestru koji ostvaruju zaradu ili prihode iz svoje imovine.²⁸ Ako dijete koje je u potrebi izdržavanja nema ni brata ni sestru onda na obavezu davanja izdržavanja se pozivaju njegovi pradjedovi i prababe.²⁹

Izdržavanje djeteta od strane njegove porodice, posmatrano na navedene načine predstavlja djeljivu obvezu³⁰, kako između njegovih roditelja, tako i između njegovih ostalih srodnika, koji bi mogli biti obavezani na izdržavanje u konkretnom slučaju. Ona može biti i zajednička, ali i tada se ona dijeli među njima svakom prema njegovoj mogućnosti. Sud to uzima u obzir prilikom određivanja izdržavanja tako da ako je više lica istovremeno bilo obavezano na davanje izdržavanja djetetu onda je ona solidarna obaveza³¹. To je isključivo lično pravo i obaveza, koja proizilazi iz porodičnih odnosa, te se ne može ni prebiti (jer potiče iz zakonske obaveze izdržavanja³²) ni prenijeti na drugo lice³³.

4.3. Pravo djeteta na izdržavanje od ostalih srodnika

Dijete ima pravo na izdržavanje od svojih krvnih srodnika u pravoj liniji (roditelji, djed, baba), rođene braće i sestara, usvojlaca, braće i sestara po ocu ili po majci, očuha, maćehe, pod određenim zakonskim uslovima i prinudnog je karaktera.³⁴ Izdržavanje djece je dužnost i pravo njegovih roditelja koje ne prestaje i kada npr. roditeljsko pravo prestane oduzimanjem. Kada je u pitanju izdržavanje djeteta od njegovih ostalih srodnika ono je moguće samo u odnosu na maloljetnu braću i sestre, a izdržavanje punoljetne braće i sestara može postojati samo pod uslovom da su zbog bolesti, fizičkih ili psihičkih nedostataka nasposobni za rad³⁵.

Pravo na izdržavanje djeca mogu da dobiju i od svojih tazbinskih srodnika u prvom stepenu prave nishodne linije³⁶, kada očuh ili maćeha izdržavaju svoje pastorku, a slično je i kod usvojenja gdje usvojlac izdržava usvojenika (dijete). Ova zakonska obaveza između očuha/maćehe i pastorka/pastorke moguća je uz ispunjenje sljedećih uslova: da su očuh/maćeha u mogućnosti da daju izdržavanje i da maloljetni pastorak/pastorka nemaju živih drugih srodnika koji su po zakonu dužni da ih izdržavaju ili nisu u mogućnosti za to, te da postoji brak između očuha/maćehe i roditelja maloljetnog pastorka.³⁷ Kod ovog oblika izdržavanja važe pravila redoslijeda kako se oni pozivaju na nasljeđe (između sestre i babe koje su u obavezi da izdržavaju maloljetnika, sestra maloljetnika dolazi u obavezu izdržavanja prije

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*, 483.

31 *Ibid.*

32 Čl. 341. tč. 5 ZOO ("Službeni list SFRJ", br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - odluka USJ i 57/1989 i "Službeni glasnik RS", br. 17/1993, 3/1996, 37/2001 - dr. zakon, 39/2003 i 74/2004).

33 Čl. 86. st. 1. ZOO.

34 Aličić M.; Bakić-Mihanović A., *Porodično pravo*, Zagreb, 1980., str. 326.

35 Čl. 239. u vezi sa Čl. 233. st. 2. PZRS.

36 Babić I., *Porodično pravo*, Bijeljina: Pravni fakultet Bijeljina Univerzitet Sinergija, 2007., str. 268.

37 *Ibid.*

babe maloljetnika), odnosno očuh i maćeha koje je pastarak tužio za izdržavanje a ima srodike koji su u mogućnosti da ga izdržavaju, očuh i maćeha će u tom slučaju imati pravo isticanja prigovora poštovanja reda (*discusio oridinis*).³⁸ Ako maloljetnik ima dvije sestre ili brata, obaveza izdržavanja se između njih dijeli ali prema njihovim mogućnostima. Međutim, može se desiti da otac djeteta privređuje na imanju svoga oca a nema posebne imovine ni zaplenjivog prihoda, može i deda biti obavezan da plaća detetu za izdržavanje onoliko koliko bi od neplaćene nagrade za očev rad bilo zaplenjeno kao nužni očev doprinos izdržavanju djeteta.³⁹

Odredbe o izdržavanju između roditelja i djece primjenjuju se i na odnos usvojitelja i usvojenika. Usvojitelj iz nepotpunog usvojenja je u primarnoj obavezi izdržavanja usvojenika, s tim da se usvojenikovi biološki roditelji ne oslobađaju obaveza izdržavanja ukoliko usvojilac dođe u situaciju da izdržavanje ne može dati. Ovaj oblik usvojenja ne utiče na prava usvojenika prema njegovim biološkim roditeljima i drugim srođnicima, kao ni na njegove dužnosti prema njima.⁴⁰

5. Određivanje visine izdržavanja za dijete

U čl. 6. PZRS se naglašava potreba skladne uloge oba roditelja u odgajanju, vaspitanju, obrazovanju i izdržavanju djeteta. Međutim, taj sklad uglavnom se razvodom u većoj ili manjoj mjeri narušava. Presudom⁴¹ kojom se brak poništava ili se brak razvodi, sud će po službenoj dužnosti odlučiti i o zaštiti, vaspitanju i izdržavanju zajedničke djece, kao i o izdržavanju bračnog supružnika, ako je on to zahtijevao⁴². Sudski postupak⁴³ za određivanje davanja izdržavanja pokreće se tužbom.⁴⁴ Tužbu za izdržavanje djeteta mogu podnijeti: vanbračni roditelj djeteta, maloljetnik protiv roditelja ili drugih krvnih srođnika, punoljetno lice pod zakonskim uslovima, usvojenik, maloljetnik protiv punoljetnog brata ili sestre ili protiv maloljetnog brata i sestre koji imaju svoju imovinu iz koje ostvaruju prihode, maloljetni pastarak protiv

38 *Ibid.*

39 I. Babić (2014) *Komentar Porodičnog zakona*, JP Službeni glasnik, 392.

40 *Ibid.*, 422.

41 Iz obrazloženja Presude br. 71 0 P 076708 10 P od 29.03.2010. godine, vidimo upravo sudsko odlučivanje u brakorazvodnoj parnici: „Mldb. K. Đ., dijete parničnih stranaka rođen xx.xx.1996. godine u Banjaluci povjerava se na zaštitu, brigu i vaspitanje ocu i zakonskom zastupniku K. V.. Obavezuje se predlagáč K rođ. M. D. da na ime svoga doprinosa za izdržavanje mldb. K. Đ. plaća mjesečni iznos od 15% od plate počev od dana xx.xx.2010. godine kao dana podnošenja prijedloga pa dok za to postoje zakonski uslovi ili do drugačije odluke suda, dospjele iznose platiti odjednom a sve buduće iznose od 1. do 10. u mjesecu za tekući mjesec, na ruke oca i zakonskog zastupnika K.V”, Dopis Osnovnog suda u Banjoj Luci br. 071-0-Su-0-20-002616 od 06.08.2020. godine)

42 Čl. 72. PZRS.

43 Iz obrazloženja Presude br. 71 0 P 189450 14 P od 01.04.2016. godine: „U činjeničnom supstratu tužbe u bitnom je navedeno da je tužiteljica rođena dana xx.xx.1991. godine, da je redovan student druge godine na xxx Univerziteta u Banjaluci na studijskom programu xxx smjer xxx, da nakon razvoda braka roditelja tužiteljica živi sa majkom u domaćinstvu, da je tuženi kao otac u skladu sa odredbom člana 233 Porodičnog zakona dužan da doprinosi za izdržavanje tužiteljice, da je tuženi zdrav i da nema drugih lica kojih je po zakonu dužan izdržavati, da je tuženi korisnik penzije i boračkog dodatka, te da tužiteljici s obzirom na starosnu dob, kao i s obzirom da je student doprinosi majke nije dovoljan kako bi se podmirile njene osnovne potrebe.“, Dopis Osnovnog suda u Banjoj Luci br. 071-0-Su-0-20-002616 od 06.08.2020. godine.

44 Babić I., *Komentar Porodičnog zakona*, JP Službeni glasnik, 2014., str. 727.

očuha ili maćehe.⁴⁵ Zakon propisuje da punoljetno dijete ima pravo na izdržavanje u dva slučaja: 1) djeca koja se nalaze na redovnom školovanju i 2) zbog bolesti i psihofizičkih nedostataka.

Roditelj sa kojim dijete nakon razvoda ne živi, dužan je doprinositi izdržavanje djetetu u utvrđenom novčanom iznosu. Pri tome sud uzima u obzir uzrast djeteta te ostale njegove potrebe, redovno školovanje, dodatne društvene ili sportske aktivnosti kojima se dijete redovno bavi. Kada je u pitanju visina novčanog iznosa koje roditelj treba platiti, tu se radi o dosudi nedospjelih novčanih iznosa za ubuduće. Iznos u procentima ne može biti manji od 15% za jedno izdržavano dijete niti za svu izdržavanu djecu veći od 50% od visine ličnog dohotka.⁴⁶ Taj procentualni iznos alimentacije sud dosuđuje ako roditelj koji je na nju obavezan prima platu, penziju, stalnu novčanu rentu i sl. U suprotnom, ako taj roditelj nema ništa od navedenog, sud će ga takođe obavezati na plaćanje izdržavanja djeteta ali na način da mu se visina izdržavanja utvrđuje od zakonskog ličnog dohotka u entitetu, odnosno distriktu. Na osnovu Odluke o najnižoj plati⁴⁷ u Republici Srpskoj, najniža plata utvrđena je u visini 520,00 KM. Primjera radi, nezaposleni roditelj koji se obavezuje na davanje izdržavanja jednog djeteta njegovih 15% u iznosu 78,00 KM, odnosno za više djece do polovine mogao bi biti obavezan na davanje u iznosu od 260,00 KM.

Izuzetno ako je iznos izdržavanja u slučaju iz prethodnog stava veći od zajemčenog ličnog dohotka, sud⁴⁸ ga određuje u fiksnom novčanom iznosu.⁴⁹

Roditelj sa kojim dijete ostaje u porodičnoj zajednici (povjereno na čuvanje, vaspitanje i izdržavanje) ne plaća izdržavanje djeteta kada se ono nalazi u posjeti npr. duže vrijeme kod roditelja s kojim inače više ne živi.⁵⁰ Ako opravdani interesi djece, odnosno roditelja zahtijevaju, maloljetna djeca mogu živjeti odvojeno od svojih roditelja⁵¹. U tim situacijama roditelji zadržavaju njihovo pravo na viđanje i održavanje ličnih kontakata sa djetetom, te se ne oslobađaju obaveze izdržavanja djeteta. Sud roditelju kome je dijete povjereno na zaštitu i vaspitanje, posebno cijeni kao doprinos za izdržavanje djeteta, rad i brigu tog roditelja koju ulaže u vaspitanje i podizanje djeteta⁵². A što se vidljivo potvrđuje kroz primjer obrazloženja pravostepene presude.⁵³

45 *Ibid.*

46 Čl. 261. PZRS.

47 Odluka o najnižoj plati („Službeni glasnik RS“, br. 3/20).

48 Iz obrazloženja Presude br. 71 0 P 304176 19 P od 16.09.2019. godine vidimo: „Stranke su postigle dogovor da se maloljetno dijete stranaka V.A. povjeri na zaštitu i vaspitanje predlagateljici V. rod. C.D. uz obavezu predlagača V.O. da doprinosi za njeno izdržavanje mjesečno 3.000,00 KM počev od xx.xx.2019.god., a koji dogovor je prihvaćen i od strane Centra za socijalni rad Banjaluka. Među strankama nije sporno da je predlagač zaposlen kao xxx i ostvaruje znatna mjesečna primanja, a da je predlagateljica nezaposlena.“, Dopis Osnovnog suda u Banjoj Luci br. 071-0-Su-0-20-002616 od 06.08.2020. godine.

49 Čl. 260. stav 2. PZRS.

50 Babić I., *Porodično pravo*, Bijeljina: Pravni fakultet Bijeljina Univerzitet Sinergija, 2007., str. 261.

51 Čl. 81. st. 3. PZRS.

52 Čl. 254. PZRS.

53 *Presuda br. 71 0 P 099515 10 P od 28.10.2011. godine*: „Međutim, sud ističe da roditelj kome je dijete povjereno na brigu, zaštitu i vaspitanje mora svakodnevno da se brine o svim redovnim potrebama djeteta: o njegovoj ishrani, oblačenju, zdravlju, higijeni, školovanju (redovno pohađanje škole,

Međutim, u eri sveopšte globalizacije porodicu prate razni problemi za koje treba iznaći rješenje. Vrlo su česte situacije gdje se zbog velike mobilnosti radne snage, roditelji često i bez razvoda razdvajaju i odlaze na rad u inostranstvo. Ako roditelji ili roditelj koji sam vrši roditeljsko pravo odlazi na privremeni rad u inostranstvo i sa sobom ne vodi djecu, djeca će se povjeriti na zaštitu i vaspitanje drugom licu, ili odgovarajućoj ustanovi ako je organ starateljstva ovo povjeravanje prethodno odobrio⁵⁴. Često se dešava da roditelj s kojim dijete živi odvede dijete sa sobom u inostranstvo a bez saglasnosti drugog roditelja. Moguće pokretanje krivičnog postupka, zbog kršenja prava roditelja sa kojim dijete ne živi, tačnije zbog krivičnog djela iz čl. 185 KZRS „oduzimanje djeteta“, a za koje je st. 1. propisana novčana kazna ili kazna zatvora do dvije godine.

6. Izmjena dosuđenog iznosa za izdržavanje djeteta

Dosuđeni iznos za izdržavanje djeteta može biti podložan kasnijim izmjenama u pogledu njegove visine, ali i potpunog ukidanja. Smanjenje ili povećanje izdržavanja zahtijeva se tužbom.⁵⁵ Tužbu može podnijeti zainteresovano lice⁵⁶, zakonski zastupnik djeteta (njegov drugi roditelj), a ako bez opravdanog razloga tako ne postupi to može biti i organ starateljstva.⁵⁷ Dijete kao samostalan pokretač parnice za povećanje davanja izdržavanja se javlja kada je u pitalju punoljetno dijete koje se nalazi na redovnom školovanju do njegove 26. godine života.

Ovdje iako se radi o mijenjanju pravosnažne presude, pokreće se zbog izmijenjenih okolnosti nastalih nakon pravosnažnosti presude nije u pitanju res iudicata, već potpuno nova pokrenuta parnica. U njoj sud odlučuje na osnovu novih činjenica, a koje su nastale nakon dosuđenog prava na izdržavanje ranijom presudom, te dosuđivanjem nove visine izdržavanja u novoj presudi ranija se ne dira u smislu njenog postojanja, već egzistira i vrednuje se na taj prošli period. Pravilo je da se izdržavanje ne može tražiti za proteklo vrijeme nego samo za buduće, najranije od podnošenja tužbe.⁵⁸

Davalac izdržavanja može od suda tražiti u parničnom postupku da se ona smanji ili potpuno ukine, a primalac izdržavanja može tražiti povećanje davanja izdržavanja, a sve zbog promijenjenih okolnosti koje neminovno nastaju protekom

ispunjavanje školskih obaveza, ponašanje i vladanje u školi) itd., da također, ovaj roditelj, istovremeno mora da vodi brigu i o obezbjeđivanju svih ostalih životnih potreba jednog domaćinstva (domaćinstva zakonskog zastupnika i djeteta) koje se odnose na plaćanje troškova stanovanja (zakupnine - ukoliko lice ne stanuje u privatnoj imovini, što je ovdje slučaj sa zakonskom zastupnicom, te režija električna energija, toplotna energija, telefonske usluge, voda, komunalije itd.) tako da iznos njegovih primanja, po prirodi stvari odlazi za zadovoljavanje svih ostalih egzistencijalnih potreba njihovog domaćinstva, dok se, u pravilu, obaveza drugog roditelja (roditelja kome dijete nije povjereno) sastoji samo u tome da mjesečno daje određeni novčani iznos, a sve ove ostale svakodnevne brige i staranje ostaju za njega nepoznanica.“, Dopis Osnovnog suda u Banjoj Luci br. 071-0-Su-0-20-002616 od 06.08.2020. godine.
54 Čl. 87. st. 2. PZRS.

55 Babić I., *Komentar Porodičnog zakona*, JP Službeni glasnik, 2014., str. 461.

56 Ibid., str. 461.

57 Čl. 256. PZRS.

58 Babić I., *Komentar Porodičnog zakona*, JP Službeni glasnik, 2014., str. 462.

vremena. Nastanak, izmjena ili prestanak samo jedne činjenice na strani primaoca ili davaoca izdržavanja može uticati na ranije utvrđeno izdržavanje (primalac ili davalac izdržavanja je ostao bez posla, prima garantovanu zaradu, postalo je nesposobno za rad, pogoršalo mu se zdravstveno stanje, počeo je da se školuje ili mu je povećana zarada odnosno drugi prihodi, zakonska obaveza izdržavanja drugog djeteta je prestala, zaposlio se, naslijedio je nepokretnosti kojima je povećao svoje prihode, davalac izdržavanja bio je obavezan da doprinosi za izdržavanje u stranoj valuti, ali se vrati i zaposli u zemlji itd.)⁵⁹

7. Sudski postupak u sporovima za izdržavanje djeteta

Kada nije moguće sporazumom između roditelja da se izdržavanja djeteta uredi, onda se kondemnatornom tužbom (da se obaveže na neko davanje) ili konstitutivnom (da se traži povećanje ili smanjenje dosuđenog iznosa izdržavanja) u parničnom postupku pokreće pravosudni aparat. Sud u postupku razvoda ili poništenja braka⁶⁰ ili u postupku utvrđivanja očinstva ili materinstva⁶¹ po službenoj dužnosti odlučuje o pravu na izdržavanje djeteta. Kada nastupi makar i jedna promjena prilika tužbom za izmjenu visine izdržavanja postupak može pokrenuti maloljetno dijete, zastupano putem zakonskog zastupnika (roditelja sa kojim živi).

Sudski postupak u parnicama za davanje izdržavanja ubraja se u posebne sudske postupke. Može se voditi kao samostalan ili u obliku adhezionog postupka uz npr. bračne parnice. U ovim parnicama stvarno je nadležan prvostepeni sud, a mjesno sud izberive nadležnosti – pored suda opšte mjesne nadležnosti prema prebivalištu tuženog i sud prebivališta tužioca⁶² (pokretača postupka za davanje izdržavanja).

Pred Osnovnim sudom u Banjoj Luci⁶³, na sprovedenoj analizi desetogodišnjeg stanja parničnog odjeljenja od 01.01.2010. godine do 31.12.2019. godine bilo je ukupno 91.954 predmeta. Od toga u 4.823 predmeta pokrenut je postupak iz porodično pravne oblasti. U grafikonu ispod, a prema različitim pravnim osnovama, to izgleda ovako:

Ukupan broj parnica koje su pokrenute za ostvarivanje prava na izdržavanje djeteta je 540. Od ukupnog broja razvoda 4.110 predmeta, a gdje se uglavnom stiče pravo da se istakne zahtjev za davanje izdržavanja vidimo da to u ovom slučaju iznosi 13,13 % parnica koje su vođene u parnicama za izdržavanje djeteta, a što svakako nije mali broj.

Prilikom donošenja odluke o visini iznosa za izdržavanje djeteta sud mora da utvrdi potrebe tražioca izdržavanja kao i sve mogućnosti onoga ko je obavezan da to izdržavanje daje.⁶⁴ „Obaveza roditelja da izdržavaju svoju maloletnu decu je primarna

59 Babić I., *Porodično pravo*, Bijeljina: Pravni fakultet Bijeljina Univerzitet Sinergija, 2007., str. 255-256.

60 Čl. 72. PZRS.

61 Čl. 143. PZRS.

62 Čl. 34. ZPP RS.

63 Osnovni sud u Banjoj Luci – dalje OS BL.

64 Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske 71 0 P 046678 14 Rev od 09.12.2015. godine, <https://>

u odnosu na izdržavanje punoletne dece koja se nalaze na redovnom školovanju“.⁶⁵ Tako da možemo zaključiti da obaveza roditelja da izdržava punoljetno dijete, nije po jačini izjednačena sa izdržavanjem maloljetnog djeteta, tako da moraju iskoristiti sve svoje raspoložive mogućnosti da maloljetnika izdržavaju, pa čak i onda kada time ugrožavaju svoje nužno izdržavanje.⁶⁶

1.1. Uloga organa starateljstva u toku postupka pred sudom

Kada sud utvrdi da roditelji ni zajednički nisu u mogućnosti da podmiruju potrebe izdržavanja djeteta, obavijestice o tome organ starateljstva radi obezbjeđenja sredstava za izdržavanje djeteta.⁶⁷ Organ starateljstva u ime maloljetnika pokreće parnični postupak za izdržavanje (ili povećanje izdržavanja – kasnije), kada roditelj koji je prema zakonu u obavezi da pokrene sudski postupak za navedeno to iz opravdanih razloga ne čini. Isto se dešava i ukoliko ovaj roditelj ne pokreće izvršni postupak prema pravosnažnoj i izvršnoj parničnoj presudi, tj. organ starateljstva će pokrenuti izvršenje.⁶⁸

Sud je u obavezi da na sva ročišta u postupku rješavanja prava djeteta poziva organ starateljstva⁶⁹. Bitna uloga organa starateljstva, kao posrednika između

vsud-rs.pravosudje.ba/vstv/faces/pdfservlet?p_id_doc=39950: „Odlučujući o zahtjevu tužitelja po provedenom dokaznom postupku prvostepeni sud je utvrdio: da je u vrijeme podnošenja tužbe maloljetni tužitelj A.G. bio starosti od 11 godina i maloljetna M.G. starosti od 8 godina; da su u to vrijeme pohađali osnovnu školu i to A. peti razred, a M. treći razred, te da su pored redovne škole bili uključeni u brojne vanškolske aktivnosti (košarka, odbojka, tenis, škole stranih jezika) i da su pohađali i nižu muzičku školu i to A. na odsjeku gitare, a M. na odsjeku klavira; da je majka tužitelja, iz razloga što je i sama bila zaposlena, u vrijeme podnošenja tužbe morala angažovati pomoć drugog lica radi odvođenja djece u školu i dovođenja iz škole, te kasnije za pomoć oko školskih obaveza (instrukcije iz matematike); da su tužitelji imali mjesečne izdatke za plaćanje članarine za navedene vanškolske aktivnosti; da su maloljetni tužitelji u vrijeme donošenja prvostepene presude u uzrastu od 16 godina i 13 godina i da su učenicima srednje škole (A.) i osnovne škole (M.); da maloljetni tužitelji žive sa majkom i bakom u stanu koji je vlasništvo njihove bake i da se povremeno viđaju sa tuženim, koji živi u stanu njegovih roditelja; da brak tuženog i majke tužitelja nije zvanično razveden; da tuženi za period od utuženja pa do donošenja prvostepene presude nije doprinio izdržavanju mllj. tužitelja u smislu redovnih mjesečnih davanja, s tim da ih je vodio na ljetovanja i zimovanja i povremeno im kupovao garderobu; da roditelji maloljetnih tužitelja ostvaruju primanja po osnovu plate u KC B.L. i primanja na M. fakultetu B.L.; da je prvostepeni sud pribavio podatke o visini njihove plate, te visini primanja na M. fakultetu B.L., na godišnjem nivou, za period od 2008. godine pa do oktobra 2012. godine; da je tuženi osnivač i vlasnik preduzeća L. d.o.o., koje u svom sastavu ima dvije ambulante porodične medicine, te koje preduzeće posluje sa dobitkom; da je tuženi vlasnik poslovnog prostora koji se nalazi u Ulici...“ (od 6.8.2020).

65 Babić I., *Komentar Porodičnog zakona*, JP Službeni glasnik, 2014., str. 402.

66 *Ibid*, str. 405.

67 Čl. 255. PZRS.

68 Čl. 256. PZRS.

69 Čurić S.; Krsmanović P.; Mitrić N. i dr., *Modul I Građanska oblast ispitivanje tužbe i pripremno ročište*, Sarajevo: Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, 2006., str. 21.: „Okružni sud presudu Osnovnog suda ukida i predmet vraća na ponovni postupak iz razloga, što je odredbom člana 267 st.1 Porodičnog zakona Republike Srpske propisano da ako se u parnici odlučuje o izdržavanju maloljetne djece ili punoljetne djece nad kojima je produženo roditeljsko staranje, organ starateljstva učestvuje u tom postupku, radi zaštite interesa djece. Odredbom člana 267. stav 2 zakona, propisano je da će sud koji odlučuje u parnici za izdržavanje obavijestiti organ starateljstva o postupku i pozvati ga na sva ročišta, kao i dostaviti mu sve odluke donesene u postupku ovlaštenja organa starateljstva u postupku utvrđena su članom 73. navedenog zakona. Prvostepeni sud je propustio da obavijestiti organ

roditelja, jeste da se prije svega oni dogovore o visini i načinu davanja izdržavanja za dijete.⁷⁰ Može se sklopiti sporazum između roditelja pred organom starateljstva, koji u daljoj realizaciji davanja izdržavanja djetetu ima snagu izvršne isprave.⁷¹ U sudskim postupcima za izdržavanje djece on se javlja kao umješac i u toku parnice je ovlašten da postavlja različite prijedloge usmjerene na zaštitu najboljih interesa djeteta, da izjavi pravne lijekove, odnosno sve one radnje koje su zakonom propisane u postupcima davanja izdržavanja, a to roditelji koji su zakonski zastupnici djeteta ne preduzimaju. Kako se često nesređene socijalne, lične i materijalne okolnosti između roditelja reflektovani na sam njihov odnos prema djeci, vaspitanju i njihovoj zaštiti (poremećeni porodični odnosi), organ starateljstva⁷² pruža određenu pomoć i savjete roditeljima kako da srede i prevaziđu međusobne nesuglasice u pogledu izdržavanja zajedničkog djeteta.

1.2. Izvršni postupak u ostvarivanju prava na izdržavanje djeteta

Ukoliko izdržavanje koje je dosuđeno pravosnažnom i izvršnom sudskom odlukom ostane neizmireno u određenom paricionom roku, dijete ukoliko je maloljetno posredstvom svog zakonskog zastupnika (onaj roditelj sa kojim dijete živi) pokreće postupak izvršenja pred sudom. Ukoliko je u toku nastajanja neizmirenih potraživanja dijete postalo punoljetno, ono će samo pokrenuti izvršni postupak budući da je u međuvremenu postalo potpuno parnično sposobno. Porodični zakon propisuje da zbog pravne sigurnosti djeteta u svim sudskim postupcima, kada je u pitanju davanje izdržavanja „dijete ima pravo na besplatnu pravnu pomoć bez obzira na socijalni status u svim slučajevima u postupcima za ostvarivanje prava na izdržavanje.“⁷³

Navedeno je potrebno da se preduzme u zakonskim rokovima, budući da postoji prijetnja zastare potraživanja. Budući da zastarijevanje ne teče između roditelja i djece dok traje roditeljsko pravo⁷⁴, a kada se ono dosudi sudskom odlukom tada zastara navedenog potraživanja nastupa za deset godina⁷⁵. Konkretno za dijete koje postane punoljetno zastara se računa od njegovog punoljetstva, dok za maloljetnu djecu zastara ne teče. Roditelj koji nije davao izdržavanje za dijete koje s njim ne živi, a bio je na to obavezan pravosnažnom i izvršnom sudskom odlukom, dužan je djetetu isplatiti naknadu za neizmireno izdržavanje računajući unazad od dana nastanka tog prava pa do podnošenja tužbe. Dospjela potraživanja iz prava na izdržavanje zastarijevaju za tri godine.⁷⁶

starateljstva o postupku, čime je onemogućio organ starateljstva kao stranku (sui generis) da raspravlja pred sudom, pa je takvim propustom počinio bitnu povredu odredbi parničnog postupka, iz člana 209 ZPP-a.”

70 Čl. 257. PZRS.

71 *Ibid.*, st. 2.

72 Čl. 256. PZRS.

73 Čl. 268a. PZRS.

74 Čl. 381. st. 2. ZOO.

75 Čl. 379. st. 1. ZOO.

76 Čl. 372. st. 1. ZOO.

„Sudska nagodba (res transacta) kao i sudska presuda, kojima se određuje alimentacija, jednako su podložne pretpostavci promjenjenih prilika (clausula res stantibus), što znači da se tako nastale obaveze mogu pod tom pretpostavkom menjati, ali s obzirom na dispozitivnu maksimu samo na zahtev ovlaštenika.“⁷⁷

1.3. Krivični postupak u ostvarivanju prava na izdržavanje djeteta

Kada se dogodi da izvršna sudska presuda iz dosuđenog prava na izdržavanje djeteta ne može da se realizuje ni prinudnim izvršenjem može doći do pokretanja krivičnog postupka⁷⁸. U čl. 192. KZRS navodi se da ko ne daje izdržavanje za lice koje je po zakonu dužan da izdržava, a ta dužnost je utvrđena na osnovu izvršne sudske odluke ili izvršnog poravnjanja pred sudom ili drugim nadležnim organom, kazniće se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine. Kada se iz tog razloga ostvare neke teške posljedice po izdržavano lice onda je zapriječena kazna zatvora do tri godine i novčana kazna. Sud uglavnom u skladu sa odredbama KZRS počinio krivičnog djela „izbjegavanje davanja izdržavanja“ izriče uslovnu. Na taj način nastoji se primorati roditelj (osuđeni) da plati sva zaostala davanja i ubuduće da ih izmiruje redovno, ianče će nad njim da se izvrši kazne zatvora.

Razlozi subjektivne prirode davaoca izdržavanja ne uzimaju se za relevantne pri presuđenju.⁷⁹

Pred OS BL u pomenutom desetogodišnjem periodu bilo je 398 krivičnih postupaka zbog krivičnog djela „izbjegavanje davanja izdržavanja“ (novi KZRS čl. 192., a Stari KZRS čl. 210.). Kada dovedemo u vezu broj pokrenutih postupaka pred parničnim sudom za ostvarivanje prava izdržavanja djece (540 predmeta), vidimo

⁷⁷ Babić I., *Komentar Porodičnog zakona*, JP Službeni glasnik, 2014., str. 365.

⁷⁸ Čl. 192. Krivični zakonik Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 64/17 – dalje KZRS), stari Krivični zakon Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13 – dalje Stari KZRS) čl. 210. zbog navođenja sudske prakse koji je bio na snazi do 18.07.2017. godine.

⁷⁹ *Presuda br. 71 0 K 221509 15 K od 19.04.2017. godine*: „...optuženi je zreo muškarac srednje starosne dobi (1981. godište) i živi sam sa majkom penzionerom u Banjaluci sa određenim tehničkim kvalifikacijama (završio Metalsku školu) i ostalim građevinskim znanjima koje sam spominje u svojim navodima na glavnom pretresu kada je rekao da u toj oblasti sve zna raditi, pa ako se uzme u obzir da je optuženi zdravstveno sposoban za privređivanje, to ovaj sud nalazi da je optuženi bio sposoban za privređivanje za plaćanje nisko određenog iznosa izdržavanja (po 25% od najniže zarade u Republici Srpskoj za svako djete),...koji je optuženi prema svojim mogućnostima mogao davati za svoju djecu da je htio da nađe zaposlenje od 24.09.2013. godine i prije u građevinskim, poljoprivrednim ili tehničkim poslovima, što optuženi za ove skoro četiri godine nije ni pokušao sudeći po njegovim navodima sa glavnog pretresa gdje pominje samo jedan sedmodnevni „izlet“ u inostranstvo radi zaposlenja, čime je postupao sa direktnim umišljajem jer u smislu čl. 232. st. 2. PZRS u izvršavanju svoje obaveze izdržavanja mlđb. djece nije iskoristio sve svoje mogućnosti, što znači da je u vrijeme izvršenja djela bio svjestan zakonskih obilježja predmetnog krivičnog djela i htio njegovo izvršenje. Dakle, optuženi je pored toga što je nezaposlen i što nema imovine, sposoban za privređivanje i davanje izdržavanja prema svojoj djeci koja mu je kao ocu prvo moralna dužnost i da nije određena sudskom presudom, zbog čega ne postoje elementni za isključenje odgovornosti za ovo krivično djelo kako to tvrdi optuženi, iz kojeg razloga ga je sud i oglasio krivim i krivično odgovornim.“, Dopis Osnovnog suda u Banjoj Luci br. 071-0-Su-0-20-002616 od 06.08.2020. godine.

da određeni broj roditelja koji uđu u sudski postupak grubo krše svoju zakonsku obavezu da izdržavaju svoju djecu. Prema kondemnatornim tužbama, dosuđeno izdržavanje samo 30% roditelja je izmirivalo dobrovoljno prema izvršnoj parničnoj presudi. U čak 70% slučajeva je pokrenut krivični postupak, kao krajnja prinudna mjera. Praksa OSBL, pri donošenju odluka zbog neplaćanja izdržavanja djetetu je uslovna osuda, uz navođenje jasnog uslova koji treba da se ostvari, kako ne bi došlo do izricanja zatvorske kazne.⁸⁰ Može se zaključiti da sud kroz sistem izricanja prinudnih (alternativnih) mjera (uslovne osude) nastoji okrivljenog ostaviti na slobodi i dodatno uticati da iskoristi dodatne lične kapacitete kako bi izmirio nastala dugovanja zbog nedavanja izdržavanja.

S druge strane, lica koja ukoliko se nađu na izdržavanju kazne zatvora zbog nedavanja izdržavanja, dužna su da srazmjerno svojim imovinskim mogućnostima i prihodima koje mogu da ostvaruju dok sun a izdržavanju zatvorske kazne, u skladu sa potrebama djeteta doprinose njegovom izdržavanju.⁸¹

7. Zaključak

Kada se osvrnemo na cjelokupno porodično pravo u BiH i njegove zakonske okvire, uočava se neophodnost da se oni dosljedno sprovedu kako bi se egzistenciju djeteta brže ostvarila. Najvažnije u zaštiti djeteta jeste omogućavanje nesmetanog pristupa za ostvarivanje njegovog prava na izdržavanje. S obzirom da izvjestan broj roditelja sa kojim dijete ne živi izbjegava upravo plaćanje dosuđenog izdržavanja za njegovo dijete, zakonima u Republici Srpskoj dobro je regulisana navedena oblast, ali u praksi je mnogo problema kada je u pitanju njegova realizacija u konkretnim slučajevima.

Legislativa i na nivou BiH je dobro postavljena, tako da se Zakonom o putnim ispravama BiH⁸² dozvoljava odbijanje zahtjeva za izdavanje putne isprave ako postoji osnovana sumnja da će podnosilac zahtjeva izbjeci izvršenje određenog dospelog potraživanja između roditelja i djece, ali samo kada to sud zatraži. Određene poteškoće u realizaciji ove mjere nastoje se otkloniti, te je upućen zahtjev Parlamentarnoj skupštini BiH⁸³ u toku 2019. godine, da se izmjenama i dopunama navedenog zakona propiše da roditelj koje izbjegava ispunjenje obaveze izdržavanja djeteta ne može ostvariti svoje pravo na putnu ispravu te da im se važeća isprava može oduzeti. Time bi sud bio u obavezi da sve pravosnažne odluke iz oblasti prava

80 *Ibid*: „kojom se optuženom za svako krivično djelo iz člana 210. stav 1. Krivičnog zakona Republike Srpske utvrđuje kazna zatvora u trajanju od po 4 (četiri) mjeseca, te mu se primjenom odredbe iz člana 42. stav 2. tačka 2. Krivičnog zakona Republike Srpske utvrđuje jedinstvena kazna zatvora u trajanju od 6 (šest) mjeseci i istovremeno određuje da se ova kazna zatvora neće izvršiti ako optuženi u roku provjeravanja od 1 (jedne) godine po pravosnažnosti presude ne učini novo krivično djelo i ako u roku od 1 (jedne) godine od dana pravosnažnosti presude izmiri dospjele obaveze po presudi Osnovnog suda u Banjaluci broj 71 0 P 168566 13 P od 24.09.2013. godine i uredno daje buduće obaveze izdržavanja.“

81 Babić I., *Komentar Porodičnog zakona*, JP Službeni glasnik, 2014., str. 396.

82 Zakon o putnim ispravama Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH", br. 4/1997, 1/1999, 9/1999, 27/2000, 32/2000, 19/2001, 47/2004, 53/2007, 15/2008, 33/2008, 39/2008 i 60/2013).

83 <https://www.paragraf.ba/dnevne-vijesti/03072019/03072019-vijest2.html> (od 6.8.2020).

izdržavanja djece, zbog evidencije dostavlja kod organa koji izdaje lična dokumenta građanima BiH. U toj situaciji bi se navedena mjere mogla sprovesti po službenoj dužnosti i ubrzati sam postupak prinudne ostvarivanja prava na izdržavanja.

Roditelji se u sudskim postupcima često pozivaju da potraživanje iz oblasti izdržavanja prema djetetu ne izmiruju jer su nezaposleni. Sud nabedeno ne cijeni kao olakšavajuću okolnost, niti kod parnica pri utvrđivanju visine davanja izdržavanja (držeći se određenih zakonskih parametara za utvrđivanje visine davanja), tako ni u krivičnom postupku.

Zakonodavac je pružio dobru pravnu zaštitu time što je propisao krivično djelo „izbjegavanje davanja izdržavanja” za dijete članom 192 KZRS. Kako se prije krivičnog postupka provodi izvršni postupak navedenog potraživanja, jasno je da se na osnovu iste presude izvršni postupak može pokrenuti iznova, sve dok naplata ovog potraživanja ne uspije. Nakon što izdrži zatvorsku kaznu i izađe iz zatvora osuđeni nije oslobođen obaveze izmirenja identičnog potraživanja prema djetetu.

Milijan Vasić, LL.M.

Associate in the Basic Court in Banja Luka

THE RIGHT OF THE CHILD TO SUPPORT IN LEGAL THEORY AND JUDICIAL PRACTICE IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary: One of the most important rights in the era of general social globalization is the protection of the integrity of the child, his exercise of the right to maintenance, both within the family and outside it. At the moment of birth, the child receives certain guaranteed rights by registration in the birth register: personal JMBG, personal name, citizenship, the right to know about the existence of both his parents, but also the right to maintenance by his parents or other persons specified by law.

This paper will try to answer the question of how much the child is entitled to maintenance is protected in practice, it will be pointed out the theoretical and practical (court) issues of exercising the right to maintenance (alimony). The case law before the Basic Court in Banja Luka, as the largest first instance court in Republika Srpska, on the manner of exercising the child's right to maintenance, both through the main litigation and other, adhesion court proceedings (executive, criminal), will be pointed out.

Key words: child, maintenance, family law, guardianship authority.

Mr. Đemaludin Mutapčić, notar

VANSUDSKI POSTUPAK POSREDOVANJA U SKLADU SA USTAVOM FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak: Pravno je interesantno uočiti da su pojedine zakonske norme o posredovanju dospjele pred Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine. Naime, Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine, odlučujući o zahtjevu Potpredsjednika Federacije Bosne i Hercegovine za ocjenu ustavnosti, donio je presudu, kojom se utvrđuje da je član 45. stav 1. i član 49. st. 1, 2. i 3. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine u skladu sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine.

Ova presuda je veoma značajna u zakonodavstvu i pravnoj praksi, imajući u vidu i različitosti u porodičnopравnim odnosima u pravnim sistemima u Bosni i Hercegovini.

U presudi je, pored ostalog, istaknuto da: “Evropska unija preporučuje neobaveznost posredovanja, ali da nije ni isključila mogućnost da ono u nacionalnim pravima bude normirano kao obavezno. Ova mogućnost je priznata samo pod uslovom da se normiranjem obaveznog posredovanja zakonodavci ne miješaju u pravo na pristup sudu. Iz ovoga se može zaključiti da obaveznost posredovanja kao prethodnog postupka, sama po sebi, ne znači povredu prava na pristup sudu kao jednog od elemenata prava iz člana 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (pravo na pravično suđenje)“.

Ključne riječi: posredovanje, posrednici, sudski postupak za razvod braka

1. Uvod

Dana 28.01.2020. godine Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Ustavni sud) donio je presudu, koja glasi: “Utvrđuje se da je član 45. stav 1. i član 49. st. 1., 2. i 3. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (“Službene novine Federacije BiH”, broj 35/05, 41/05 i 31/14) u skladu sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine. Presudu objaviti u ”Službenim novinama Federacije BiH.”¹.

U zahtjevu ovlaštenog predlagača za ocjenu ustavnosti navodi se, između ostalog, da se postupkom posredovanja krši pravo na pristup sudu, narušava jednakost bračnih partnera u slučaju razvoda braka s obzirom na nemogućnost pokretanja brakorazvodnog sudskog postupka, te da je pružanje usluga posredovanja u Federaciji Bosne i Hercegovine “komercijalizovano“ zbog pluralizma posrednika čime je došlo do posredne diskriminacije i povrede prava građana po osnovu ekonomsko-socijalnog statusa.

¹ Presuda Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj U-26/18 od 28.01.2020. godine objavljena 13.03.2020. godine (“Službene novine Federacije BiH”, broj 20/20).

U obrazloženju presude Ustavni sud je naveo da se data argumentacija ovlaštenog predlagača u pogledu osporenih odredbi Zakona ne bi mogla smatrati opravdanom i da je Parlament Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Zakonodavac) imao ustavni osnov za njegovo donošenje.

Presuda Ustavnog suda je značajna kako sa procesnopravnog, tako i sa materijalnopravnog aspekta. Ovo i zbog toga što je, nakon primjene osporenih odredbi Zakona u praksi duže od deset godina, Ustavni sud zauzeo stav da ne stoje doktrinarni stavovi, kao što su: “rješenje o obaveznosti posredovanja trebalo bi da se izostavi”² i “posredovanje ponovo uključiti u brakorazvodni postupak”³, koji su se pojavili nakon početka primjene Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine⁴ (u daljem tekstu: PZ FBiH).

Osim toga, presuda Ustavnog suda je značajna u zakonodavstvu i pravnoj praksi, imajući u vidu i različitosti u porodičnopravnim odnosima u pravnim sistemima u Bosni i Hercegovini, gdje umjesto jednog jedinstvenog Porodičnog zakona iz 1979. godine, u savremenoj Bosni i Hercegovini, prvi put u njenoj pravnoj historiji, imamo tri posebna porodična zakona, koje su donijele kompetentne zakonodavne vlasti. Naime, pored PZ FBiH, u našoj zemlji imamo Porodični zakon Republike Srpske⁵ (u daljem tekstu: PZ RS) i Porodični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine⁶ (u daljem tekstu: PZ BD BiH).

Presudom Ustavnog suda opstali su zakonodavni koncepti posredovanja i posrednika, kao i odnos vansudskog postupka posredovanja i sudskog postupka za razvod braka.

U daljnjem tekstu ovog rada ukratko se prikazuju zakonodavni i ustavnopravni aspekti navedena tri koncepta iz PZ FBiH, sa ciljem da se u praksi provode norme i intencije zakonodavca odnosno ustavotvorca.

2. Posredovanje

Institut posredovanja, kojim se reformira postupak mirenja, a koji je bio faza sudskog postupka do početka primjene PZ FBiH, predstavlja institut ugrađen u PZ FBiH tako da predstavlja prethodni tj. vansudski postupak. U članu 45. stav 1. PZ FBiH propisano je: “(1) Prije pokretanja postupka za razvod braka, bračni partner ili oba bračna partnera koji imaju djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje, kao i za vrijeme trudnoće žene, dužni su podnijeti zahtjev za posredovanje fizičkom i pravnom licu ovlaštenom za posredovanje.”

Zakonodavac koristi termin “roditeljsko staranje“ u članu 45. stav 1. PZ FBiH. U vezi s tim, u sudskoj praksi je veoma važan dio obrazloženja presude Ustavnog

2 Duman, Dž. Posredovanje u porodičnom pravu, magistrarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2007, str. 78-81.

3 Bubić, S. Ustanova porodičnog posredovanja u evropskom, njemačkom i domaćem pravu, Časopis NPR Nova pravna revija Sarajevo, broj 2/2011, decembar/prosinac 2011.

4 “Službene novine Federacije BiH”, br. 35/05, 41/05 i 31/14.

5 “Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 54/02 i 41/08.

6 “Službeni glasnik Brčko distrikta BiH”, broj 23/07.

suda u kome se ističe da obaveza posredovanja nije obligatornog karaktera u slučaju da je jednom roditelju oduzeto roditeljsko staranje nad djetetom, a iz razloga taksativno navedenih u članu 154. PZ FBiH (zloupotreba roditeljskih prava, grubo zanemarivanje roditeljskih dužnosti, napuštanjem djeteta, nebrizi o djetetu s kojim ne živi, stavlja u opasnost sigurnost, zdravlje ili moral djeteta i dr.).

U provedenoj javnoj raspravi o Nacrtu PZ FBiH podržan je stav da je institut posredovanja vansudski postupak prije pokretanja postupka za razvod braka pred nadležnim sudom⁷ i da u oblasti posredovanja treba uvesti pluralizam lica ovlaštenih za posredovanje.

Rješenja o porodičnom posredovanju u porodičnim zakonima u Bosni i Hercegovini su različita – u PZ RS zadržan je, odnosno u PZ BDBiH normiran je institut mirenja, dok je u PZ FBiH on zamijenjen institutom posredovanja.

Tvrđnju ovlaštenog predlagača da se uskraćivanjem mogućnosti pokretanja postupka za razvod braka zbog izostanka iz postupka posredovanja krši pravo na pristup sudu iz člana 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, Ustavni sud nije uvažio. U tom smislu, Ustavni sud je u obrazloženju presude naveo i sljedeće: : “Evropska unija preporučuje neobaveznost posredovanja, ali da nije ni isključila mogućnost da ono u nacionalnim pravima bude normirano kao obavezno. Ova mogućnost je priznata samo pod uslovom da se normiranjem obaveznog posredovanja zakonodavci ne miješaju u pravo na pristup sudu. Iz ovoga se može zaključiti da obaveznost posredovanja kao prethodnog postupka, sama po sebi, ne znači povredu prava na pristup sudu kao jednog od elemenata prava iz člana 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (pravo na pravično suđenje)“.

Postupak posredovanja se pokreće podnošenjem zahtjeva za posredovanje fizičkom i pravnom licu ovlaštenom za posredovanje. Ovaj vansudski postupak okončava se zapisnikom i stručnim mišljenjem ovlaštenog posrednika u postupku posredovanja. Postupak posredovanja će se obustaviti u slučaju iz člana 49. stav 1. PZ FBiH, ako se oba bračna partnera, uredno pozvana, ne odazovu na poziv da sudjeluju u postupku posredovanja, a ne opravdaju svoj izostanak.

3. Posrednici

Jedna od izmjena učinjenih u PZ FBiH, po kojem se on razlikuje od navedena druga dva domaća Zakona, odnosi se na nadležnost za posredovanje. S organa starateljstva, koji je na osnovu i u okviru PZ RS i PZ BDBiH ostao nadležan za mirenje, u PZ FBiH posredovanje je u nadležnosti fizičkih i pravnih lica ovlaštenih za posredovanje (pluralizam posrednika).

⁷ Imajući u vidu da je Federalno ministarstvo pravde Sarajevo bilo tehnički obrađivač PZ FBiH, uputno je o tome vidjeti spise predmeta tog ministarstva broj: 03-06-111/05, kao i Izvještaj o organiziranoj i provedenoj javnoj raspravi o Nacrtu PZ FBiH objavljen u publikaciji, priređivač Mutapčić, Đ. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Federalno ministarstvo pravde Sarajevo i DES-Sarajevo, 2005.

S obzirom na to da PZ FBiH ne sadrži sve detalje u vezi sa posredovanjem, Ustavni sud ukazuje da su odredbe koje se odnose na ovlaštenog posrednika i sadržaj postupka posredovanja, u određenoj mjeri, konkretizirane u podzakonskim aktima, kojih se posrednici, kao nepristrasna i neutralna stručna lica koje bira posebna Komisija Federalnog ministarstva rada i socijalne politike, moraju striktno pridržavati u praksi, i to:

1. Pravilnik o uslovima koje mora ispuniti fizičko i pravno lice ovlašteno za posredovanje između bračnih partnera prije pokretanja postupka za razvod braka⁸ i
2. Pravilnik o osnovnim elementima koje mora sadržavati stručno mišljenje u postupku posredovanja prije pokretanja postupka za razvod braka⁹.
3. Odnos vansudskog postupka posredovanja i sudskog postupka za razvod braka

Odnos vansudskog postupka posredovanja i sudskog postupka za razvod braka jeste odnos međusobne uslovljenosti i povezanosti.

Posredovanje je procesna pretpostavka za pokretanje sudskog parničnog postupka za razvod braka. Tako je za pokretanje brakorazvodne parnice u slučajevima iz člana 45. stav 1. u vezi sa članom 49. PZ FBiH *conditio sine qua non* (uslov bez kojeg se ne može) prethodno pribavljanje i prilaganje uz tužbu ili zahtjev za sporazumni razvod braka isprava ovlaštenog posrednika nakon okončanja postupka posredovanja, i to:

1. zapisnik o posredovanju i
2. stručno mišljenje u postupku posredovanja.

Bez navedenih dokumenata ne može se pokrenuti brakorazvodna parnica u takvim slučajevima, s obzirom na to da je u članu 52. PZ FBiH izričito propisano da će sud odbaciti podnesak ako se tužba ili zahtjev za sporazumni razvod braka podnese prije okončanja postupka posredovanja odnosno u slučaju obustave postupka posredovanja iz člana 49. PZ FBiH.

4. Zaključak

Presudom Ustavnog suda sačuvan je zakonodavni koncept posredovanja kao vansudskog postupka u nadležnosti fizičkih i pravnih lica ovlaštenih za posredovanje od strane federalnog ministra rada i socijalne politike.

Ustavni sud osnovano i opravdano ukazuje: “Izlazak posredovanja u postupku razvoda braka iz nadležnosti suda i tretiranje istog kao prethodnog postupka, daje mogućnost bračnim partnerima da se u okviru posredovanja izvrši razmatranje svih želja i potreba njihove porodice, posebno potreba i zaštite djeteta, te olakša rješavanje nastalih problema i konflikata, u skladu sa specifičnostima porodične stvarnosti.”

8 (“Službene novine Federacije BiH”, br. 5/06 i 15/06).

9 (“Službene novine Federacije BiH”, broj 5/06).

Vansudski postupak posredovanja iz PZ FBiH ima i preventivnu ulogu, kako se to osnovano i opravdano ističe i u presudi Ustavnog suda. Njime se može postići da pravovremena pomoć nepristrasnih i neutralnih stručnih lica, ima veći potencijal prevencije razvoda braka i očuvanja porodice, smanjuje trajanje sukoba među bivšim bračnim partnerima, povećava održivost sporazuma i sklad u brizi za djecu u najboljem interesu djeteta, te unapređuje roditeljsko partnerstvo nakon prestanka bračne zajednice.

**OUT OF COURT INTERMEDIATION PROCEEDING IN ACORDANCE
WITH CONSTITUTION OF THE FEDERATION OF BOSNIA AND
HERZEGOVINA**

Summary: It is legally interesting to notice that certain legal norms on intermediation got to the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina. In fact, the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina, deciding on the request of the vice-president of the Federation of Bosnia and Herzegovina to determine the constitutionality, adjudged, confirming the Article 45. Section 1. and Article 49. Section 1, 2. and 3. of the Family Law of the Federation of Bosnia and Herzegovina, in accordance with the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina.

This ruling is very significant in legislation and legal practice, having in mind the differences in the relations of the Family Law within the systems in Bosnia and Herzegovina.

Amongst other things, it is stated in this ruling that: “The European Union recommends a non obligatory character of intermediation, but that they don’t exclude the possibility for the intermediation to become obligatory in national laws. This possibility is acknowledged only with a condition that with the standardisation of the obligatory intermediation, the legislators are not to interfere in the right to the court access. One can conclude from this that the obligatory intermediation, like the one from a previous proceeding, doesn’t mean the violation of rights to the court access, as one of the rights from article 6. of the European Convention on Protection of Human Rights and Protection of Civil Liberties (the right to a fair trial)“.

Key words: intermediation, intermediary, divorce judicial proceedings