

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

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

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

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

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

I. Uvod

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Kratki pregled evolucije imovinsko-pravnih odnosa bračnih partnera

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9 Službene novine FBiH 35/05, 31/14.

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

11 Službeni glasnik BD BiH 23/07.

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

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

14 Službeni glasnik BiH 59/09.

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

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

17 Član 17. ZZD.

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

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

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

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

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

III.1. Bračni imovinsko-pravni režim

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

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

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

21 AP-369/10.

22 AP-1093/07.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

29 Član 270 PZ RS.

30 Član 272 stav 1 PZ RS.

31 Član 273 PZ RS.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

47 Član 5 ZZK FBiH, član 5 ZZK RS.

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

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

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

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

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

50 Član 56 Stav 3 ZSP FBiH.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁹ Službeni glasnik RS 6/2012.

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

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

⁶² Član 19. ZZK FBiH.

⁶³ Član 43 stav 2 ZZK BD BiH.

⁶⁴ Član 60 Zakona o premjeru i katastru nekretnina RS.

⁶⁵ Član 229 stav 3 PZ BD BiH.

⁶⁶ Član 252 stav 3 PZ FBiH.

⁶⁷ Član 41 ZZK FBiH.

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

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

III.4. Vanbračna zajednica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

73 Demirović, R., op. cit., str. 129.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁷ Član 201 ZSP BD BiH.

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

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

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

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

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

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

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

II.2. Nasljedno pravo

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

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

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

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

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

81 Službeni glasnik BD BiH 36/17.

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

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

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

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

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

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

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

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

86 Narodne novine [48/03](#), [163/03](#), [35/05](#), [127/13](#), [33/15](#).

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

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

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

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

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

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

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

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

91 Član 9 ZN FBiH, član 9 ZN BD BiH.

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

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

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

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

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

IV. Zaključak

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

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

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

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

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

98 Član 200 i 261 i dalje ZN FBiH.

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

100 Član 145 Zakona o vanparničnom postupku RS.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Summary

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

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

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