

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

JAVNI POREDAK – UTJECAJ LJUDSKIH PRAVA NA MEĐUNARODNO PORODIČNO PRAVO

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

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

1. Uvodna razmatranja

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

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

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

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

2. Javni poredak

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8 Voltz, M., op.cit., str. 28 – 33.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

29 Ibidem, str. 45.

30 Ibidem, str. 52.

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

32 Mänhardt, F., Posch, W., *Internationales Privatrecht, Privatrechtsvergleichung, Einheitprivatrecht*, Springer Wien New York, 1999, str. 35.

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

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

3. Standardi EKLJP

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

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

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

35 Vidjeti: Resolution of the Institut de droit international, Rapporteur: M. Paul Lagarde, *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_02_fr.pdf; (29. 5. 2019.); Declaration: Third Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues Hosted by the Government of Malta in Collaboration with the Hague Conference on Private International Law, 26 March 2009, https://assets.hcch.net/upload/maltadec-109_e.pdf; (29. 5. 2019.).

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

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

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

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

3.1. Čl. 8. EKLJP

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. Član 12. EKLJP

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

68 Čl. 15. Porodičnog zakona FBiH: (1) Brak ne može sklopiti osoba koja nije navršila 18 godina života. (2) Izuzetno, sud može u vanparničnom postupku dozvoliti sklapanje braka osobi koja je navršila 16 godina života ako utvrdi da postoje opravdani razlozi da je ta osoba tjelesno i duševno sposobna za vršenje prava i dužnosti koje proizlaze iz braka i da je brak u njenom interesu.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Učinak temeljnih sloboda Europske unije

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

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

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

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

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

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

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

96 Ibidem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Zaključak

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Summary:

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

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