

ZAŠTITA PORODICE I BRAKA U ZAKONODAVSTVU BOSNE I HERCEGOVINE I U PRAKSI SUDA EU

Sažetak: Porodica i brak uživaju posebnu zaštitu, kako u nacionalnim pravnim sistemima tako i na međunarodnom nivou pravne zaštite. U fokusu zaštite su porodičnopravni odnosi između pojedinih članova porodice, a esencija zaštite jeste zaštita porodice kao cjeline, te obezbjeđenje neometanog uživanja prava na porodični život pojedinaca, kao i zaštita same institucije braka kao osnovnog načina nastanka porodice. Nastanak porodice tradicionalno je vezan za sklapanje braka, pa su tako u fokusu zaštite prava na sklapanje braka upravo bračni partneri, koje pravo se štiti kroz mnogobrojne međunarodne konvencije.

Porodica može nastajati i na druge načine, odnosno između drugih vrsta životnih partnera. Stoga se zaštita prava na porodični život odnosi ne samo na bračne partnere nego i na druge oblike pravno priznatih i zaštićenih zajednica života. Prema Povelji EU o temeljnim ljudskim pravima, kao jednom od osnovnih instrumenata zaštite ljudskih prava u EU, zaštita porodice i braka je predviđena kroz dva odvojena instrumenta zaštite, odnosno u okviru zaštite prava na porodični život te u okviru zaštite prava na brak.

Zaštita porodice i braka podcrtava značaj zaštite porodice kao cjeline, kao i njenih pojedinih dijelova, kroz načelo zaštite porodice. Pritom bračni odnosno vanbračni partneri uživaju jednaka prava i dužnosti kroz načelo jednakosti, a u odnosu na njihove odnose izraženo je načelo autonomije volje.

Ključne riječi: načelo zaštite porodice, jednakost bračnih/vanbračnih partnera, autonomija volje

1. Uvod

Porodičnopravni odnosi su prema svojim karakteristikama izuzetno važni u životu pojedinaca kao i u cjelokupne zajednice, iz razloga što utječu na status člana porodice, nastanak i prestanak pojedine porodične zajednice, te na zaštitu prava i interesa članova porodice koji su u stanju ovisnosti ili ugroženosti. Stoga je i primjerena regulacija porodičnopravnih odnosa od esencijalnog značaja kako za pojedince, tako i za širu društvenu zajednicu. Pravni propisi kojima se štiti porodica i brak se mogu posmatrati s aspekta nacionalnog prava te s aspekta međunarodnog prava. Nacionalni propisi koji garantuju zaštitu porodice i braka su različiti u odnosu na svaku pojedinačnu državu, a sastoje kako od ustavnih odredbi koje štite porodične odnose, te od seta zakonskih odredbi i podzakonskih propisa.

Oblast porodičnog prava je upravo zbog prirode svojih odnosa izuzetno društveno bitna, te pored nacionalne regulacije postoji veliki broj međunarodnih konvencija koje uređuju pojedine porodične odnose. Esencijalnu ulogu u zaštiti porodice i braka ima Evropska konvencija za zaštitu osnovnih prava i sloboda, te

bogata praksa Evropskog suda za ljudska prava u ovoj oblasti. Zaštita porodice i braka se može posmatrati i sa aspekta prava Evropske unije, jer je od strane EU zakonodavca donesen veliki broj pravnih propisa koji za predmet imaju porodičnopravne odnose. Kako je povećana mobilnost građana EU, i Sud EU ima priliku u sve većem broju predmeta odlučivati o pitanjima koja se odnose na zaštitu porodice i braka.

2. Sistem zaštite porodice i braka u BH zakonodavstvu i pravu EU

2.1. Pojmovno određenje zaštite u porodičnom zakonodavstvu u BiH

U fokusu zaštite porodičnog prava jeste porodica. Porodicu je teško na adekvatan način definisati, obzirom da se radi o društvenoj i pravnoj kategoriji koja po svojoj prirodi nije statična i koju kao takvu je onda teško pojmovno odrediti na način da definicija bude primjenjiva u različitim društvenim okolnostima i historijskim periodima. Iz prakse Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava proizlazi jedan generalni uslov koji određuje porodicu, a to je postojanje porodičnog života, kojeg uslovljava stvarno postojanje bliskih ličnih veza u praksi, odnosno postojanje de facto bliskih ličnih veza koje se procjenjuju ovisno o konkretnom slučaju¹. Iz pravne teorije prozilazi definicija porodice, prema kojoj porodicu predstavlja skupina osoba koje su međusobno povezane brakom ili nekom drugom pravno relevantnom odrednicom između kojih postoje posebna prava i dužnosti, koja su utvrđena zakonom.²

Porodično zakonodavstvo u BiH predviđa zakonsku definiciju porodice. U porodičnom zakonodavstvu FBiH porodica je definisana kao životna zajednica roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojlaca i usvojenika, i osoba iz vanbračne zajednice³ ako žive u zajedničkom domaćinstvu.⁴ Porodično zakonodavstvo Republike Srpske kao i Brčko Distrikta predviđa nešto drugačiju definiciju porodice, prema kojoj je porodica životna zajednica roditelja i djece i drugih srodnika.⁵ Zakonodavac u navedenim odredbama definira proširenu porodicu, koja je bila karakteristična za ranije historijske periode u našoj državi.⁶ Obzirom da se radi o definiciji koja predviđa proširenu porodicu, a u stvarnosti u kojoj živimo karakteristična je nuklearna porodica, stoga se zakonska definicija porodice u zakonodavstvu u BiH može kritikovati iz razloga što nije prilagođena savremenom razvoju porodice. Zakonska definicija porodice u porodičnom zakonodavstvu

1 Predmet Evropskog suda *Paradiso i Campanelli protiv Italije*, aplikacija broj: 25358/12 od 24.01.2017.godine, st.140.

2 M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac-Lozić, A. Korać Graovac, *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007., 7.

3 Vanbračna zajednica je faktička zajednica života između muškarca i žene, odnosno osoba različitih spolova, pod ispunjenjem uslova trajanja vanbračne zajednice (da traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete; čl.3 PZ FBiH, čl.5. PZ BD BiH). Isto znači da prema važećem zakonodavstvu vanbračna zajednica ne može postojati između istospolnih partnera.; Dž. Suljević, „Novi pravni izazovi: koncept vanbračne zajednice i registrovanog partnerstva u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu“, *Revija za pravo i ekonomiju*, god.20, br.2, Mostar, 2019, 250.

4 Čl.2. st.1. Porodičnog zakona FBiH, „Službene novine Federacije BiH“, broj 35/05, 31/14

5 Čl.2.st.1. Porodičnog zakona RS („Službeni glasnik Republike Srpske“, br.54/2002, 42/2008 i 63/2014), čl.2. st.1. Porodičnog zakona BD BiH („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br.23/2007)

6 Prema članu 2.st.1. Porodičnog zakona RBiH, porodica je životna zajednica roditelja i djece i drugih srodnika.

FBiH dva puta sadrži uslov životne zajednice, što je nepotrebno ponavljanje istog uslova, koji svojim položajem u rečenici stvara nedoumice da li se ovaj krajnji uslov odnosi na vanbračne partnere, čija vanbračna zajednica po zakonskoj definiciji mora uključivati zajednicu života.⁷ Iz svega navedenog proizlazi da je bh. zakonodavac trebao izbjeći precizno zakonsko definisanje porodice, na način da predvidi općenitu definiciju porodice ili uopće ne predvidi istu, što bi svakako bili prijedlozi budućim reformama porodičnog zakonodavstva u BiH.⁸

2.2. Izvori zaštite porodice i braka u porodičnom pravu u BiH

Pravni izvori kojima se štiti porodica se mogu posmatrati s aspekta nacionalnih izvora porodičnog prava te sa aspekta međunarodnih izvora porodičnog prava. U pogledu nacionalnih izvora porodičnog prava, može se raditi o ustavu kao izvoru porodičnog prava te zakonima kao jednom od direktnih izvora porodičnog prava, te posredni izvori porodičnog prava, koji su sudska praksa te pravna nauka. Odredbe Ustava BiH koje se odnose na zaštitu porodice i braka su sadržane kroz pravo na privatni i porodični život, koje je garantovano kroz katalog ljudskih prava⁹, a pravo na privatni i porodični život je zaštićeno i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i sloboda, koja se na osnovu ustavnih odredbi direktno primjenjuje u BiH, zajedno sa svim svojim protokolima.¹⁰ Ustav BiH ne sadrži druge odredbe koje se direktno odnose na porodično pravo niti na zaštitu porodice. S druge strane, entitetski ustavi pored zaštite prava na privatni i porodični život u okviru zaštite osnovnih prava i sloboda, predviđaju i specifično načelo zaštite porodice.¹¹

Zakonski propisi predstavljaju najvažniji izvor u zaštiti porodice i braka. To su u prvom redu entitetski porodični zakoni, odnosno Porodični zakon Federacije BiH¹², Porodični zakon Republike Srpske¹³ te Porodični zakon Brčko Distrikta BiH¹⁴, obzirom da materija porodičnog prava nije jedinstveno uređena na državnom nivou, nego je u nadležnosti entiteta. Pored navedenih porodičnih zakona materiju u određenim dijelovima uređuju i drugi zakoni, kao što su Zakon o zaštiti od nasilja

7 N. Traljić, S. Bubić, *Bračno pravo*, I izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., 15.

8 B. Krešić, E. Softić, „Demokratizacija porodičnog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, god. II, br.1, 2016., 267.

9 Član II stav 3. tačka f) Ustava BiH

10 Član II stav 2. Ustava BiH

11 Član 2. tačka f) Ustava Federacije BiH; član 36. Ustava Republike Srpske

12 Porodični zakon Federacije BiH sastoji se iz osnovnih odredbi zajedničkih za sve dijelove zakona, zatim odredbi koje se odnose na bračne i vanbračne partnere, odredbi o odnosima roditelja i djece, odredbi koji se odnose na ustanovu starateljstva, odredbe o izdržavanju članova porodice, odredbe o imovinskim odnosima članova porodice i odredbe o postupku pred sudom u predmetima u odnosima roditelja i djece, bračnim i drugim predmetima.

13 Porodični zakon Republike Srpske uređuje odnose između bračnih supružnika, odnose između vanbračnih supružnika, odnose između roditelja i djece, odnose između drugih srodnika, usvojenje, starateljstvo, izdržavanje, imovinske odnose između račnih supružnika kao i drugih članova porodice, te određeni oblici pravne zaštite porodice (čl.2. st.2. Porodičnog zakona RS)

14 Porodični zakon Brčko Distrikta BiH uređuje odnose između bračnih odnosno vanbračnih partnera, odnose između roditelja i djece i drugih srodnika, usvojenje, starateljstvo, izdržavanje, imovinske odnose između bračnih i vanbračnih partnera i drugih srodnika i određene oblike pravne zaštite porodice (čl.1. st.2. Porodičnog zakona BD BiH).

u porodici FBiH¹⁵, kojim se uređuje zaštita od nasilja u porodici, pojam porodice i nasilje u porodici, vrsta i svrha zaštitnih mjera za osobe koje su počinile radnje nasilja u porodici, način i postupak izricanja zaštitnih mjera, zaštita žrtve od nasilja u porodici, međusobna povezanost svih subjekata koji su u funkciji zaštite od nasilja u porodici i druga pitanja od značaja za zaštitu od nasilja u porodici.¹⁶ Izvor zaštite porodice i braka jeste i Zakon o zabrani diskriminacije, kojim se uspostavlja okvir za ostvarivanje jednakih prava i mogućnosti svim licima u Bosni i Hercegovini i uređuje sistem zaštite od diskriminacije¹⁷, kao i Zakon o ravnopravnosti spolova, kojim se uređuje, promovira i štiti ravnopravnost spolova, garantiraju jednake mogućnosti i ravnopravan tretman svih osoba bez obzira na spol, u javnoj i u privatnoj sferi društva, te uređuje zaštita od diskriminacije na osnovu spola.¹⁸

Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima¹⁹ također sadrži odredbe koje regulišu porodičnopravne odnose, odnosno odredbe o međunarodnoj nadležnosti u porodičnopravnim stvarima, te odredbe o mjerodavnom pravu u odnosu na pojedine porodičnopravne odnose.²⁰ Pitanja unutrašnjeg sukoba zakona u porodičnopravnim odnosima regulisana su na osnovu Zakona o rješavanju sukoba zakona i nadležnosti u statusnim, porodičnim i nasljednim odnosima²¹, obzirom da je BiH složena država, a porodičnopravna materija nije na jedinstven način regulisana na državnom nivou.²² Obzirom da su pojedini ugovori kao i izjave volje iz porodičnopravne materije predviđeni u formi notarski obrađene isprave, jedan od izvora porodičnog prava su i entitetski Zakoni o notarima²³ te Zakon o obligacionim odnosima koji sadrži opće odredbe o zaključenju ugovora²⁴.

Praksa sudova, iako se radi o posrednom izvoru prava, uveliko doprinosi promjenama u porodičnom zakonodavstvu te zaštiti porodice i braka. Ujednačena praksa sudova dovodi do formiranja određenih pravnih stavova, koji posredno utječu i na buduće odluke pravosuđa, ali i na de lege ferenda zakonodavstvo, ukazujući

15 Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, „Službene novine Federacije BiH”, broj 20/13; Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, „Službeni glasnik RS”, br. 102/12 i 108/13

16 Član 1. Zakona o zaštiti od nasilja u porodici

17 Član 1. stav 1. Zakona o zabrani diskriminacije, „Službeni glasnik BiH”, broj 59/09 i 66/16

18 Član 1. Zakona o ravnopravnosti spolova, „Službeni glasnik BiH”, broj 32/10

19 Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima (ZRSZ BiH), „Službeni list SFRJ“, br.43/082 i 72/82 -1645, „Službeni list R BiH“, 2/92, 13/94 - 189

20 ZRSZ BiH predviđa odredbe o mjerodavnom pravu za zaključenje braka, mjerodavno pravo za lične odnose bračnih partnera, imovinske odnose bračnih partnera, mjerodavno pravo za razvod braka, mjerodavno pravo za imovinske odnose vanbračnih partnera, mjerodavno pravo za odnose između roditelja i djece, za priznavanje, utvrđivanje ili osporavanje očinstva odnosno materinstva, za izdržavanje između krvnih srodnika, mjerodavno pravo za usvojenje.

21 Zakon o rješavanju sukoba zakona i nadležnosti u statusnim, porodičnim i nasljednim odnosima, „Službeni list SFRJ“, br.9/79

22 Z. Meškić, „Private international law on stage – Art.36 of the Succession Regulation on states with more than one legal system as a model for PIL reforms in South East Europe“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, br.18, god.9, 2016, 281-283.

23 Zakon o notarima, „Službene novine Federacije BiH”, broj 45/02; Zakon o notarima Republike Srpske, „Službeni glasnik RS”, br. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07 i 74/07, 50/10 i 78/11, 20/14 i 68/17; Zakon o notarima Brčko Distrikta, „Službeni glasnik BD BiH”, br. 9/03 i 17/06

24 Zakon o obligacionim odnosima, „Službeni glasnik RS”, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04; Zakon o obligacionim odnosima, „Službeni list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, „Službeni list RBiH”, br. 2/1992, 13/1993 i 13/1994 i „Službene novine FBiH”, br. 29/2003 i 42/2011

na određene manjkavosti i načine na koje se u budućnosti trebaju predvidjeti određena zakonodavna rješenja kako bi adekvatno odgovarala na društvenu i pravnu stvarnost.²⁵ Sudovi u okviru svog djelovanja ne samo da provode zakone, nego su i oni koji kroz svoju djelatnost uvode pravne reforme.²⁶ Poseban utjecaj na kreiranje i ujednačavanje sudske prakse kao izvora prava, kao i kreiranje pravnih načela, odnosno načelnih stavova imaju najviši sudovi država, odnosno vrhovni sudovi, što je posebno omogućeno kroz institut vanredne revizije. Vanredna revizija predstavlja izuzetnu nadležnost najvišeg suda prema kojoj se, neovisno o imovinskom censusu, može dopustiti revizija, onda kada se radi o predmetu spora koji mora biti takav da može imati uticaja (značaja) za jedinstvenu primjenu prava.²⁷ Kroz institut vanredne revizije, omogućava se vrhovnim sudovima da zauzimaju određene načelne pravne stavove te na taj način direktno utječu na kreiranje sudske prakse, ali i na daljnji razvoj pravne nauke te ulogu posrednog izvora prava.²⁸ Pored uloge redovnog pravosuđa u kreiranju prava, značajna je i uloga sui generis sudova, odnosno ustavnog sudstva u razvoju porodičnog prava. Tako je Ustavni sud BiH i prije usvajanja zakonskih odredbi o jednakosti bračnih i vanbračnih partnera u pogledu prava na nasljeđivanje ukazao na opredjeljenje cjelokupnog zakonodavstva o jednakom tretmanu bračne i vanbračne zajednice u pravu BiH, koji jednak tretman je apsolutni trend i u uporednom i u evropskom pravu.²⁹

2.3. Zaštita porodice i braka u praksi Suda EU

2.3.1. Izvori zaštite porodice i braka u pravu EU

U okviru pravnog sistema EU, u skladu sa Ugovorom o osnivanju EU, funkcioniše troslojni sistem zaštite ljudskih prava, zaštićen kroz tri pravna izvora za zaštitu osnovnih prava, a to su Povelja EU o osnovnim ljudskim pravima, Evropska konvencija za zaštitu osnovnih ljudskih prava te ustavne tradicije zajedničke državama članicama.³⁰ Sud EU prilikom odlučivanja koristi sva tri pravna izvora,

25 B.A. Babb, „An interdisciplinary approach to Family law jurisprudence: Application of an ecological and therapeutic perspective“, *Resolving Family Conflicts*, (ur. Jana Singer and Jane Murphy), 2008., 21.

26 E. Rohaedi, „Jurisprudence position in the common and civil laws“, *Journal of humanities and social studies*, vol.2, no.2, 2018., 47.

27 U našem pravnom sistemu vanredna revizija dopuštena je pred Vrhovnim sudom Federacije BiH, Vrhovnim sudom Republike Srpske i Apelacionim sudom Brčko Distrikta BiH.

28 Isto se može desiti u sljedećim situacijama, i to onda kada postoje različiti pravni stavovi u sudskoj praksi zbog različitog tumačenja određene zakonske odredbe, a revizioni sud do tada nije izrazio svoj pravni stav; kada primjena određene zakonske odredbe iziskuje zauzimanje pravnog stava revizionog suda; kada zbog različitog tumačenja zakonske odredbe nižestepeni sudovi postupaju različito, a revizioni sud nije izrazio stav u tumačenju te odredbe; kada je o određenoj zakonskoj odredbi revizioni sud već zauzeo stav, ali je odluka drugostepenog suda utemeljena na stavu koji se ne podudara sa stavom revizionog suda; kada je o određenoj zakonskoj odredbi revizioni sud već zauzeo stav i drugostepeni sud presudu utemeljio na tom stavu, ali se zbog promjene u pravnom sistemu uvjetovane novim zakonodavstvom ili međunarodnim sporazumom, kao i odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i odlukom Evropskog suda za ljudska prava, treba preispitati sudska praksa; Presuda Apelacionog suda Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, broj: 960 P 106599 20 Rev od 21.07.2020.godine

29 Predmet Ustavnog suda BiH, broj AP 4207/13 od 30.09.2016.godine, objavljeno u „Službeni glasnik BiH“, broj 83/16

30 D. Samardžić, Z. Meškić, *Pravo Evropske unije II – Povelja Evropske unije o osnovnim pravima*,

iako Evropska konvencija dosada nikad nije neposredno promjenjena kao pravni izvor, nego se Sud EU u svojim presudama samo pozivao na praksu Evropskog suda. Sud EU je prije usvajanja Povelje prilikom odlučivanja koristio Evropsku konvenciju i bogatu praksu Evropskog suda za ljudska prava, obzirom da je Konvencija kao međunarodni sporazum od svog usvajanja konstantno razvijana, a uz to je razvijena i izuzetno bogata sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava. Pravni karakter Evropske konvencije iz ugla evropskog prava je objašnjen u praksi Suda EU, i to na način da pravni izvori predstavljaju pravne norme koje su neposredno primjenjive, a druge norme poput Evropske konvencije predstavljaju izvore spoznaje prava, te sve dok EU ne pristupi Evropskoj konvenciji, Konvencija služi kao izvor tumačenja.³¹ Sistem zaštite ljudskih prava kroz Povelju EU o temeljnim ljudskim pravima, uspostavljen je kroz član 6.st.1. Ugovora o osnivanju EU. Time je EU uspostavila sistem zaštite ljudskih prava, neovisno o Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i Evropskom sudu te neovisno o nacionalnim ustavnim propisima, obzirom da Sud EU ima jurisdikciju vezano za navodne povrede ljudskih prava zaštićenih Poveljom EU. Povelja ovim potvrđuje prava koja proizlaze iz ustavnih tradicija i međunarodnih obaveza zajedničkih državama članicama EU, prava koja proizlaze iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, iz socijalnih povelja koje su usvojile Unija i Vijeće Evrope te iz prakse Suda EU i Evropskog suda za ljudska prava.³² Zaštita porodice i braka se može sagledati dvostruko u okviru same Povelje i to kroz član 7. Povelje, kojim se garantuje poštivanje porodičnog života, te član 9. Povelje, kojim se garantuje pravo na stupanje u brak i osnivanje porodice. Povelja EU u članu 7. garantuje poštivanje porodičnog života, a koji član odgovara članu 8. Evropske konvencije, a u članu 9. garantuje pravo na stupanje u brak i osnivanje porodice, u skladu sa nacionalnim zakonima koji uređuju ostvarivanje tih prava.

Pravo na stupanje u brak i osnivanje porodice, koje je zaštićeno članom 9. Povelje, odgovara članu 12. Evropske konvencije. Prema članu 12. Evropske konvencije, muškarac i žena koji su u dobi u kojoj su sposobni za brak, imaju pravo da stupe u brak i zasnuju porodicu prema nacionalnim zakonima kojima se regulira ostvarivanje ovog prava, pri čemu je područje primjene relativno usko i interpretacija ovog prava od strane Evropskog suda nije mnogo proširila područje primjene, te se isto se ne primjenjuje na druge zajednice osim braka.³³ Pravo na stupanje u brak i osnivanje porodice predviđeno Poveljom donosi određene promjene u odnosu na zaštitu predviđenu Evropskom konvencijom, obzirom da je terminologija člana modernizirana time da je rodno neutralna te se garantuje zaštita ovog prava i u slučajevima kad nacionalno zakonodavstvo omogućava i sklapanje drugih vrsta zajednica osim heteroseksualnih brakova, s tim da navedeni član niti zabranjuje niti

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2017., 36.

31 *Ibid.*, 39.

32 Alineja 5. Preambule Povelje EU o temeljnim ljudskim pravima

33 Pravo na zasnivanje braka prema Konvenciji i praksi Evropskog suda odnosi se na civilni brak, ali države članice Konvencije imaju pravo da priznaju i vjerski brak u svojim nacionalnim zakonodavstvima. Pravo na priznanje vjerskog braka je diskreciono pravo države, pa tako država može odlučiti da ne prizna neke vrste vjerskih brakova, kao što su romski vjerski brakovi; Presuda Evropskog suda *Munoz Diaz protiv Španije*, aplikacija broj: 49151/07 od 08.12.2009.godine

garantuje pravo na sklapanje braka ili zajednica života homoseksualnih partnera.³⁴

2.3.2. Zaštita porodice i braka u praksi Suda EU

Sud EU je imao priliku odlučivati o području primjene zaštite prava na porodični život u pogledu toga da li se isto primjenjuje i na istospolne partnere. Tako je u odnosu zaštite porodičnog života istospolnog para u presudi C-673/16 Sud EU odlučio da se pod pojmom „bračni partner“, može obuhvatiti i istospolni bračni partner, obzirom da je pojam bračnog partnera u zakonodavstvu EU postavljen kao rodno neutralan pojam. Navedena presuda odnosila se na područje slobode kretanja, odnosno na odobrenje prava na boravak istospolnom bračnom partneru koji nije državljanin EU.³⁵ Sud EU je u navedenoj presudi istakao da pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života, zaštićeno Poveljom EU, koje ima jednako značenje i područje primjene kao i prava zaštićene članom 8. Evropske konvencije.³⁶ Prema mišljenju Generalnog advokata u navedenom predmetu, pojam „bračni partner“ je potrebno autonomno tumačiti, nezavisno od nacionalnih zakonodavstava, iz razloga što se navedena situacija ne odnosi na legalizaciju istospolnog braka, nego na slobodno kretanje građana Unije, gdje je protivno Uniji i njenim propisima odbijanje priznanja državljanima trećih zemalja prava ulaska i boravka u državi članici u kojoj boravi taj građanin, obzirom da bi isto bilo u suprotnosti sa slobodom kretanja, a što je Sud EU potvrdio i u više svojih presuda.³⁷ Također, Generalni advokat ističe da su odabane riječi „bračni partner“ namjerno neutralne, obzirom na područje primjene, tako da EU zakonodavac nije želio pojasniti taj pojam tako da ga ograniči na heteroseksualni ni na istospolni brak, pa se isti treba tumačiti „s obzirom na današnje okolnosti“, odnosno u skladu sa „savremenom stvarnošću“.³⁸

U praksi se često postavlja i pitanje utjecaja bračnog statusa pojedinca na njegova subjektivna prava, odnosno da li u konkretnoj situaciji dolazi do povrede načela jednakog postupanja odnosno do diskriminacije. Tako je Sud u presudi MB protiv Secretary of State for Work and Pensions, u kojoj je Sud EU razmatrao da li činjenica promjene spola i daljeg održavanja braka s osobom koja je sada istog spola kao i osoba promijenjenog spola, prepreka za sticanje prava na starosnu penziju. U navedenom predmetu Sud je istakao da je izravna diskriminacija na temelju spola ako osoba zbog svog spola ima nepovoljniji tretman nego što ga ima ili ga je imala odnosno bi ga imala druga osoba u usporedivoj situaciji, te je zaključio da osoba neovisno o svom bračnom statusu ima pravo na starosnu penziju s navršenom zakonskom dobi za odlazak u penziju osoba koje pripadaju tom spolu.³⁹ U navedenoj presudi je istaknuto poštivanje načela nediskriminacije, te obaveza država da se pojedincima pruže jednaka prava, bez obzira na njihove lične odnose

34 Povelja EU o temeljnim pravima, „*Službeni list EU*“, broj: C-303/17, od 14.12.2007.godine

35 Presuda Suda EU *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept protiv Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16 od 05.06.2018.godine

36 *Ibid.*, st.49.

37 Mišljenje Generalnog advokata Melchiora Watheleta od 11.01.2018.godine, u predmetu C-673/16, st.38.

38 *ibid.*, st.52., st.56.

39 Presuda Suda EU C-451/16, *MB protiv Secretary of State for Work and Pensions*, od 26.06.2018. godine

povodom braka ili pak pitanje promjene spola. Pitanje utjecaja bračnog statusa na njegova pojedina subjektivna prava pojavilo se i u pogledu različitog postupanja prema zaposlenicima. U navedenoj presudi IR protiv JQ radilo se o zaposleniku na rukovodećem položaju u društvu povezanom sa vjerskom organizacijom, kod kojeg je otkaz ugovora o radu uslijedio iz razloga razvoda vjerskog braka i sklapanja novog, građanskog braka.⁴⁰ U navedenoj presudi sud je istakao da je različito postupanje prema zaposlenicima na rukovodećim položajima ovisno o njihovoj vjeroispovijesti ili nepostojanju vjeroispovijesti dozvoljeno samo ako vjera ili uvjerenje s obzirom na prirodu profesionalnih djelatnosti, predstavlja uvjet za obavljanje zanimanja koji je stvaran, legitiman i opravdan s obzirom na sistem vrijednosti predmetne crkve ili organizacije te koji je u skladu s načelom proporcionalnosti, a da je na nacionalnom sudu da provjeri navedeno.

Sud EU je odlučivao i o pitanjima da li lica koja su u faktičkoj zajednici života uživaju jednaka subjektivna prava kao i pojedinci koji su u braku ili u registrovanoj vanbračnoj zajednici života. Tako je u predmetu HK protiv Vijeća i Evropske komisije⁴¹, odlučivao o zakonitosti Pravilnika o osoblju za dužnosnike EU prema kojem jedan od uvjeta za penziju za nadživjele osobe jeste trajanje braka ili registrovane vanbračne zajednice s preminulim dužnosnikom minimalno godinu dana. Sud u svojoj odluci ističe da se mirovina za nadživjele osobe isključivo odnosi na osobe koje su bile u braku ili u registrovanoj vanbračnoj zajednici, ali ne i na partnere koji su bili u faktičkoj zajednici, iz razloga što nisu u situaciji usporedivoj s onom vjenčanih osoba niti s onom partnera koji su sklopili registrovano partnerstvo, te da se na taj način ne povređuje opće načelo nediskriminacije i da je opravdan uvjet minimalnog trajanja braka, jer se tako nastoji izbjeći mogućnost prevara i zloupotreba prava. Suprotno odluci Suda EU, Generalni advokat je u navedenom predmetu u svom mišljenju istakao da se radi o diskriminaciji postavljanjem uslova minimalnog trajanja braka, jer ista pretjerano ograničava legitimne interese dužnosnika, što u konačnici predstavlja povredu načela jednakog postupanja.⁴²

3. Načela karakteristična za zaštitu porodice i braka

Zaštita porodice i braka je formulisana kroz načela, koja potječu kako iz nacionalnih izvora, kao što su ustav i zakoni, tako i međunarodnih izvora, odnosno međunarodnih konvencija iz porodičnogpravnog oblasti, a čiji osnovni cilj jeste zaštita vrijednosti karakterističnih za porodicu i porodično pravo u cjelini. Načela karakteristična za zaštitu porodice i braka jesu načelo zaštite porodice, načelo jednakosti bračnih odnosno vanbračnih partnera te autonomija odnosa koja proizlazi iz načela jednakosti. Posmatrajući navedena načela, jasno proizlazi da ista apostrofiraju značaj zaštite porodice u cjelini, kao i značaj zaštite pojedinih vitalnih dijelova porodice.⁴³

40 Presuda Suda EU C-68/17, *IR protiv JQ*, od 11.09.2018.godine

41 Presuda Suda EU C-460/18 P, *HK protiv Vijeća i Evropske komisije*, od 19.12.2019.godine

42 Mišljenje Generalnog advokata Priita Pikamaea od 29.07.2019.godine, u predmetu C-460/18 P, *HK protiv Vijeća i Evropske komisije*

43 Z. Ponjavić, „Porodično pravo od institucije do ugovora“, *Zbornik radova, sedmi međunarodni naučni skup*

Dani porodičnog prava - „Zaštita prava čovjeka kao pokretač razvoja porodičnog prava“, godina VII,

3.1. Načelo zaštite porodice u bh. zakonodavstvu

Načelo zaštite porodice sadržano je u ustavnim odredbama entitetskih ustava, na način da zaštita porodice uživa najveći mogući nivo, a to je ustavni nivo zaštite⁴⁴. Načelo zaštite porodice, s druge strane, nije predviđeno u Ustavu BiH, nego samo u entitetskim ustavima, no istom se zbog navedene činjenice ne umanjuje značaj, posebno uzevši u obzir okolnosti i način na koji je Ustav BiH donesen, te da isti sadrži mali broj ustavnih odredbi, dok ustavi entiteta dosta detaljnije uređuju ustavnopravnu materiju. Načelo zaštite porodice predviđa da porodica ima posebnu zaštitu, te da se na taj način obavezuju svi, a posebno državni organi, te društveni organi i službe, da preduzimaju sve raspoložive mjere u cilju jačanja porodice kao i stabilnosti porodice.⁴⁵ Navedeno načelo podcrtava značaj porodice kao cjeline, te značaj njene zaštite, neovisno o zaštiti pojedinih članova porodice, obzirom da je jedna od temeljnih zadaća društva i države zaštita porodice, koja je sama osnova svakog društva i cijelog čovječanstva.⁴⁶ Zaštita porodice pretpostavlja da se štiti položaj porodice. Zaštita porodice nije ograničena samo na odnose koji se temelje na braku, te može obuhvatati druge de facto porodične veze u kojima stranke žive zajedno izvan braka, kao što su vanbračne zajednice.⁴⁷ Zaštita porodice u smislu sudske prakse Evropskog suda u pogledu zaštite prava na porodični život iznimno štiti i namjeravani porodični život⁴⁸, ali i istospolne partnere ukoliko isti žive u stabilnom životu⁴⁹.

Porodični zakon FBiH predviđa načelo zaštite porodice, te načela na kojima se zasniva uređenje porodice, a to su zaštita privatnosti porodičnog života, zaštita ravnopravnosti, međusobno pomaganje i poštivanje članova porodice, obaveza roditelja da osiguraju zaštitu interesa i dobrobiti djeteta i njihovoj odgovornosti u podizanju, odgoju i obrazovanju djeteta, obaveza države da osigura zaštitu porodice i djeteta te pružanje starateljske zaštite djeci bez roditeljskog staranja i odraslim osobama koje nisu sposobne same starati se o sebi, svojim pravima, interesima i imovini⁵⁰, a jednake odredbe predviđa i Porodični zakon Brčko Distrikta BiH.⁵¹ Porodični zakon RS predviđa također načelo zaštite porodice, i to na način da uređuje obavezu države odnosno entitetske jedinice da obezbjeđuje posebnu zaštitu porodici, majci i djetetu u skladu sa međunarodno priznatim ljudskim pravima i

broj 7, 2019., 12.

44 Tako Ustav Federacije BiH u svome članu 2. tačka f) pravno normira zaštitu porodice, dok Ustav Republike Srpske to čini kroz član 36.

45 N. Traljić, S. Bubić, 10.

46 B. Krešić, E. Softić, 274.

47 Presuda Evropskog suda *Johnson i drugi protiv Irske*, aplikacija broj: 9697/82 od 18.12.1986. godine, st. 56., Presuda Evropskog suda *Van der Heijden protiv Nizozemske*, aplikacija broj: 42857/05 od 03.04.2012. godine, st. 50.

48 Presuda Evropskog suda *Pini i drugi protiv Rumunije*, aplikacija broj: 78028/01 i 78030/01 od 22.07.2004. godine, st. 143. i 146.

49 Presuda Evropskog suda *Vallianatos i drugi protiv Grčke*, aplikacija broj: 29381/09 i 32684/09 od 07.11.2013. godine, st. 73 – 74; Presuda *X i i drugi protiv Austrije*, aplikacija broj: 19010/07 od 24.04.2007. godine, st. 95; Presuda *P.B. i J.S. protiv Austrije*, aplikacija broj: 18984/02 od 22.07.2010. godine, st. 30; Presuda *Schalk i Kopf protiv Austrije*, aplikacija broj: 30141/04 od 24.06.2010. godine, st. 92-94.

50 Član 2. stav 2. Porodičnog zakona FBiH

51 Član 2. stav 2. Porodičnog zakona Brčko Distrikta BiH

osnovnim slobodama.⁵²

3.2. Jednakost bračnih / vanbračnih partnera u ličnim i imovinsko-pravnim odnosima

Načelo jednakosti bračnih partnera jeste načelo koje proizlazi iz međunarodnih standarda⁵³ kao i iz odredbi ustavnog karaktera⁵⁴. Načelo jednakosti se ne odnosi samo na bračne partnere, nego i na vanbračne partnere, kao i na druge zakonom priznate zajednice života, ukoliko su iste pravno regulisane u pojedinim nacionalnim zakonodavstvima, što je potvrđeno i u odluci Ustavnog suda BiH, u kojoj je apostrofirao opći princip jednakog tretmana bračnih i vanbračnih partnera u pravnom sistemu BiH.⁵⁵

Jednakost bračnih partnera podrazumijeva uživanje jednakih prava i dužnosti bračnih partnera, kao što je pravo da se prilikom sklapanja braka oba bračna partnera mogu slobodnom voljom odlučiti kojim prezimenom će se koristiti po zaključenju braka, a da država svojim zakonskim propisima ne nameće obavezu da se po sklapanju braka supruga može koristiti isključivo prezimenom supruga, što je bio zaključak Evropskog suda u presudi *Ünal Tekeli protiv Turske*⁵⁶. Iako se u navedenom slučaju radilo o jednom od ličnih odnosa bračnih partnera, načelo jednakosti bračnih partnera odnosi se jednako tako i na imovinske odnose bračnih partnera. Naime, osnovni cilj načela jednakosti bračnih partnera jeste uspostaviti jednak tretman u svim odnosima između bračnih partnera, odnosno jednak položaj između bračnih partnera u porodici kao međunarodni standard⁵⁷, ne ograničavajući se samo na predmete ispitivanja u pojedinim odlukama.

Načelo jednakosti u porodičnom pravu sadržano je i u zakonskim odredbama, prema kojima su bračni partneri ravnopravni u braku.⁵⁸ Kao odraz ravnopravnosti proizlazi obaveza bračnih partnera da budu jedan drugome vjerni, uzajamno se poštuju i pomažu; da sporazumno određuju mjesto stanovanja; te da sporazumno i ravnopravno odlučuju o rađanju i podizanju djece, o uređenju međusobnih odnosa

52 Član 3. Porodičnog zakona Republike Srpske

53 Međunarodni standard ravnopravnosti spolova, a time i ravnopravnosti bračnih partnera prvi put je proklamovan u Konvenciji UN o eliminaciji svih oblika diskriminacije nad ženama (poznata i pod nazivom Ženska konvencija), koja je usvojena na Generalnoj skupštini Ujedinjenih naroda 18.12.1979. godine. Pored navedene Konvencije, sistem zaštite principa ravnopravnosti spolova uspostavljen je i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP), kroz princip zabrane diskriminacije garantovan članom 14. Evropske konvencije.

54 Ustav BiH kao ni ustavi entiteta ni Statut Brčko Distrikta BiH ne sadrže direktno odredbe koje se odnose na jednakost spolova, odnosno na načelo ravnopravnosti bračnih partnera, ali iste proizlaze iz odredbi o zabrani diskriminacije po bilo kojem osnovu, koje odredbe su sadržane kako u Ustavu BiH (kroz katalog prava i direktnu primjenu Evropske konvencije i njenih protokola), te kroz entitetske ustave (čl. 10. Ustava Republike Srpske, čl.2.st.1.d) Ustava Federacije BiH) i odredbe Statuta Brčko Distrikta BiH (čl.13.st.1. Statuta Brčko Distrikta BiH).

55 Odluka Ustavnog suda BiH, predmet broj AP 4207/13 od 30.09.2016.godine, objavljena u „Službeni glasnik BiH“, broj 83/16

56 Presuda Evropskog suda *Ünal Tekeli protiv Turske*, aplikacija broj: 29865/96 od 16.11.2004. godine

57 Presuda Evropskog suda *Ünal Tekeli protiv Turske*, tačka 62.

58 Čl.30. st.1. Porodičnog zakona FBiH

i obavljanju poslova u bračnoj, odnosno porodičnoj zajednici.⁵⁹ Navedene odredbe vežu se za jednakost bračnih partnera u ličnopravnim odnosima, iste međutim ne navode pojedine imovinskopravne odnose bračnih partnera. Međutim, tumačenjem iste odredbe, može se zaključiti da se ista odnosi i na imovinskopravne odnose bračnih partnera, posebno uzimajući u obzir da su i imovinskopravni i ličnopravni odnosi bračnih partnera neraskidivo povezani.⁶⁰ U prilog istome ide i zakonski tretman bračne stečevine, koja se prema važećem porodičnom zakonodavstvu u BiH tretira kao suvlasništvo bračnih partnera, i to u jednakim dijelovima na strani od svakog od bračnih partnera.⁶¹ Na navedeni način su u sudskoj praksi skraćeni dugi sudski sporovi o tome koliki je doprinos svakog bračnog partnera u sticanju sporne imovine⁶², obzirom da je prema ranije važećem porodičnom zakonodavstvu bračna stečevina bila smatrana zajedničkom imovinom te je bilo potrebno dokazivati doprinos bračnog partnera da bi se utvrdio udio u istoj u pogledu svakog od bračnih partnera.⁶³ Stoga je u sudskim procesima povodom bračne stečevine izvođenje dokaza na okolnosti visine udjela u sticanju bračne stečevine suvišno, pa time i nepotrebno; i to iz razloga što je reformom porodičnog zakonodavstva promijenjen pravni režim bračne stečevine, pa ista više ne predstavlja nepodijeljenu zajedničku imovinu u kojoj je svaki bračni partner mogao tražiti da se utvrde udjeli prema doprinosu u sticanju te imovine, nego suvlasništvo bračnih partnera od po 1/2.⁶⁴ Načelo jednakosti bračnih partnera u imovinskim odnosima u pogledu bračne stečevine znači da u bračnu stečevinu bračnih partnera spada i ona imovina koju su bračni partneri kupili zajedno sa jednakim dijelovima od po 1/2 u vrijeme trajanja bračne zajednice, bez obzira na to što su kupljene novčanim sredstvima koja su pripadala jednom od njih, obzirom da je volja bračnih partnera bila da posebnom imovinom jednog bračnog partnera kupe zajedničku imovinu kao bračnu stečevinu⁶⁵, čime je ustanovljeno da prilikom utvrđivanja karaktera stečene imovine presudni značaj ima i volja bračnih partnera⁶⁶.

59 Čl.30. st.2 - 4. Porodičnog zakona FBiH

60 M. Erdelec, „Imovinskopravni odnosi u braku“, *Paragraf*, god.2, br.1/2018, 15.

61 Prema važećim odredbama porodičnog zakonodavstva u F BiH i Brčko Distriktu BiH, bračni partneri su u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini ako nisu drukčije ugovorili. Onda kada je u zemljišne knjige kao vlasnik stečevine upisan jedan bračni partner, drugi bračni partner može zahtijevati ispravku upisa, odnosno upis i drugog bračnog partnera sa svojom 1/2. (čl. 52. Porodičnog zakona FBiH; čl. 229. st.1. Porodičnog zakona BD BiH). Prema porodičnom zakonodavstvu Republike Srpske imovina bračnih supružnika tretira se kao zajednička imovina, a svakome od bračnih supružnika pripada po jedna polovina imovine (čl. 272. st.1. Porodičnog zakona RS).

Bosne i Hercegovine

62 A. Hasić-Imamović, „Bračna stečevina u porodičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br.21, god.11, 295.

63 F. Dragičević, „Raspodjela bračnom stečevinom i zaštita povjerenja u zemljišne knjige u praksi Ustavnog suda BiH“, *Nova pravna revija, časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo*, broj 2/2017, 8.

64 Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH, broj: 580 P 000479 12 Rev od 13.03.2013. godine

65 Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH, broj: 330 P 015117 12 Rev od 11.06.2013. godine

66 E. Oruč, „Bračna stečevina u zakonodavstvu i sudskoj praksi Bosne i Hercegovine“, *Journal of Education and Humanities*, vol.3, 2020, 113.

3.3. Autonomija volje u odnosima između bračnih i vanbračnih partnera

Autonomija volje subjekata nosilaca porodičnopravnih odnosa odnosi se u prvom redu na slobodu uređenja odnosa subjekata porodičnog prava, a ista je karakteristika imovinskih odnosa pojedinih subjekata porodičnog prava, gdje je dopušteno derogirati zakonsku regulaciju istih, na način da sami subjekti u okviru dozvoljenih pozitivnih propisa urede svoje odnose. Autonomija volje uključuje područje nastanka, promjene i prestanka pojedinih imovinskih odnosa bračnih i drugih zajednica života. Autonomija volje kod ugovaranja širi se i na sve druge odnose budući da je u osnovi slobode i autonomije ličnosti kao temeljnog ljudskog prava, a historijski posmatrajući, postupak demokratizacije odnosa u porodičnom pravu i jačanje autonomije volje započelo je pravnim regulisanjem odredbi o razvodu braka, u čijoj osnovi leži slobodna volja za „izlazak“ iz braka.⁶⁷ Zbog specifične prirode odnosa između bračnih partnera, stav uporednog zakonodavstva je da se njihovi imovinski odnosi moraju zasebno urediti, odnosno da se isti ne mogu tretirati kao ugovorne strane u klasičnom obligacionopravnom smislu.⁶⁸

Autonomija volje jednako ocrtava i prirodu odnosa bračnih i drugih partnera, koji po svom načinu nastanka zahtijevaju slobodnu i ozbiljnu volju subjekata da stupe u iste, a jednako je i prilikom prestanka odnosa. Tako odnosi između bračnih partnera nastaju zaključenjem braka, koji prema važećim zakonskim propisima u BiH zaključuju punoljetna lica suprotnog spola, te ulaze u iste isključivo svojom slobodnom voljom, koja volja mora biti i ozbiljna i stvarna, na način na koji je nacionalnim propisima regulisano za zaključenje braka.⁶⁹ Slobodna volja budućih bračnih partnera za zaključenje braka je jedan od preduslova za nastanak braka, uz ispunjenje zakonskih pretpostavki za valjanost braka, prema čemu brak ne može sklopiti lice čija volja nije bila slobodna.⁷⁰ To znači da lice koje stupa u brak i izjavljuje volju ne smije tu volju dati pod prinudom ili zabludom, da bi nastao punovažan brak, a ukoliko se utvrdi da prilikom sklapanja braka postojala neka od mana volje na strani barem jednog od bračnih partnera, kao posljedica istog može se pokrenuti postupak za poništenje braka. Drugi element kroz koji se ocrtava autonomija volje kod sklapanja braka odnosi se na usmjerenje slobodne volje, odnosno na činjenicu da prilikom sklapanja braka između budućih bračnih partnera razlog sklapanja braka jeste ostvarivanje zajednice života između budućih bračnih partnera, koja

67 N. Hlača, „Imovina i obitelj: osnove ljudske egzistencije“, *Zbornik radova Dani porodičnog prava, šesti međunarodni naučni skup – „Imovinskopравни aspekti porodičnih odnosa“*, Mostar, 2018, 27.

68 S. Winkler, „Imovinski odnosi u obitelji: nacionalna pravna rješenja i europski trendovi“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol.X, 1/2019, 451.

69 Dva su osnovna obilježja za sklapanje braka i to načelo pristanka na brak slobodnom odlukom žene i muškarca te zasnivanje životne zajednice bračnih drugova, a ukoliko jedan od ovih elemenata nedostaje, onda se radi o fenomenu poznatom pod nazivom fiktivni brak; vidi više u: S. Winkler, „Fiktivni brakovi“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br.66, god.4, 2016., 497-525.

70 „Zakonom je ustanovljena zabluda kao mana volje za zaključenje braka, koja podrazumijeva da se brak može poništiti iz razloga zablude onda kada je na sklapanje bračni partner pristao u zabludi o ličnosti drugog bračnog partnera ili o nekoj njegovoj bitnoj osobini, a zabluda o nekoj bitnoj osobini postoji kada se radi o takvoj osobini zbog koje bračni partner koji je u zabludi ne bi sklopio brak da je za nju znao, a neke od tih osobina mogu biti trajna, opasna i teška bolest“; Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev 2709/08 od 08.04.2009.godine

podrazumeva uzajamno zadovoljenje fizičkih, seksualnih, emotivnih, intelektualnih, ekonomskih i drugih potreba supružnika, s tim da brak neće biti poništen ukoliko je takva zajednica života naknadno uspostavljena.⁷¹

Ukoliko odnosi promijene svoju prirodu, te ukoliko više ne postoji suglasnost bračnih partnera da budu u braku, isti imaju slobodno pravo da podnesu tužbu za razvod braka, ili pak saglasno pokrenu postupak za sporazumni razvod braka, onda kada su ispunjeni zakonski uslovi za sporazumni razvod braka, te pravosnažnom presudom o razvodu braka prestaju njihovi bračni odnosi.⁷² Pritom zakonodavac ne postavlja nikakve dodatne zapreke u pogledu prestanka bračne zajednice, odnosno izmjenama i dopunama porodičnog zakonodavstva brisane su i *lex specialis* odredbe koje su se odnosile isključivo na muža,⁷³ a prema kojima muž nema pravo podnijeti tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene ili dok njihovo dijete ne navrši određene godine života.⁷⁴

Nacionalni propisi bračnim odnosno vanbračnim partnerima daju slobodu da urede svoje imovinske odnose, koji se odnose prvenstveno na način kako će isti sticati imovinu, te koja će se imovina smatrati bračnom stečevinom a koja posebnom imovinom jednog od bračnih odnosno vanbračnih partnera. Slobodno uređenje imovinskih odnosa bračnih partnera vrši se kroz ugovorno uređenje istih i to zaključenjem bračnog ugovora⁷⁵, a ukoliko isti odnosi nisu ugovorno uređeni, dolazi do primjene dispozitivnih normi, odnosno do primjene zakonskog imovinskog režima, odnosno zakonskih propisa o bračnoj stečevini i posebnoj imovini.⁷⁶ Ugovornim uređenje imovinskih odnosa bračnih odnosno vanbračnih partnera budući isti mogu bračnim ugovorom urediti svoje odnose vezane za bračnu stečevinu u odnosu na one predviđeni zakonskim imovinskim režimom, pa samim tim i visinu suvlasničkih dijelova.⁷⁷

Prilikom razvoda braka odnosno prestankom vanbračne zajednice, može se sporazumno izvršiti podjela bračne odnosno vanbračne stečevine, zaključenjem ugovora o diobi bračne stečevine. Ugovor o diobi bračne stečevine je valjan, samo ukoliko je zaključen u zakonom propisanoj formi, a proizvodi pravne učinke tek od trenutka sklapanja.⁷⁸ Ako ugovor o podjeli bračne stečevine ne sadrži izričitu izjavu onoga čije se pravo ograničava, opterećuje, ukida ili prenosi na drugu osobu da pristaje na uknjižbu (*clausula intabulandi*), tada će zemljišnoknjižni sud odbiti

71 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž.519/13 od 18.09.2013. godine

72 A. Huseinspahić, „Uporednopravni pregled divortiuma“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br.9, god.5, 177.

73 Navedene odredbe predviđao je Porodični zakon FBiH u odredbi člana 42., kao i Porodični zakon RS u odredbi člana 52.st.2., a iste odredbe su brisane, iz razloga što nisu bile u skladu sa principom jednakosti bračnih partnera.

74 A. Huseinspahić, 176.

75 Porodični zakon FBiH i Porodični zakon BD BiH predviđaju da bračni odnosno vanbračni partneri mogu bračnim ugovorom drukčije urediti svoje odnose vezane za bračnu stečevinu. (čl.252. st.2. Porodičnog zakona FBiH, čl.229. st.2. Porodičnog zakona BD BiH). Porodični zakon Republike Srpske sadrži odredbu da se bračnim ugovorom mogu urediti imovinskopravni odnosi na postojećoj ili budućoj imovini (čl.271.st.4. Porodičnog zakona RS).

76 A. Hasić-Imamović, 290.

77 E. Oruč, 110.

78 Presuda Županijskog suda u Varaždinu Gž.751/03-2 od 03.06.2003.godine

prijedlog za uknjižbu prava vlasništva na temelju takvog ugovora, te se na osnovu istog neće moći izvršiti upis prava vlasništva u zemljišnu knjigu.⁷⁹

4. Zaključak

Zaštita porodice i braka predviđena nacionalnim propisima neminovno doživljava preobrazbe, u cilju približavanja evropskom modelu zaštite, kroz koji proces prolazi i porodično zakonodavstvo Bosne i Hercegovine. Preobrazbe su usmjerene u cilju pružanja što bolje i efikasnije zaštite porodice i braka, kao jednog od osnovnih prava zagarantovanih u Povelji EU i u nacionalnim ustavnim odredbama. Pritom je potrebno istaknuti da promjene koje doživljava nacionalno zakonodavstvo BiH u cilju približavanja evropskom modelu ne trebaju biti puko „prepisivanje“ odredbi. Proces harmonizacije prava potrebno je da se odvija na način da se vrši prilagodba odredbi bh. zakonodavstva, s jedne strane da odgovaraju ciljevima i standardima zaštite koje predviđaju evropski izvori, a s druge strane da odgovaraju društvenoj stvarnosti u BiH.

Utjecaj zaštite pružene Poveljom EU na daljnju zaštitu porodice i braka u BiH ogleda se u što većem jačanju autonomije volje u imovinskim odnosima između bračnih i vanbračnih partnera. Navedeno podrazumijeva da u imovinskim odnosima između bračnih i vanbračnih partnera sve krucijalniju ulogu igra standard volje. Pritom se prilikom procjenjivanja imovinskih odnosa između bračnih i vanbračnih partnera kao jedan od krucijalnih elementa ocjenjuje ono što su bračni odnosno vanbračni partneri željeli, pa se tako kao bračna stečevina može smatrati i imovina koja je stečena iz sredstava koja su posebna imovina jednog od partnera, ukoliko isti imaju volju da sticanjem te imovine istu steknu kao bračnu stečevinu, koje stajalište je iznio i Vrhovni sud FBiH.

Praksa Suda EU ide u pravcu da se proširi područje primjene u pogledu lica koja se mogu smatrati subjektima koji uživaju zaštitu porodice i braka. Pritom se proširenje zaštite u krugu lica u prvom redu ogleda na proširenje prava na zaštitu porodice, obzirom da se isto tradicionalno može ekstenzivnije tumačiti u odnosu na pravo na stupanje u brak i zasnivanje porodice. Proširenje područje zaštite odnosi se na zaštitu drugih zajednica života, odnosno na zaštitu istospolnih partnerstava. Sud pritom ne zauzima stav da postoji pozitivna obaveza nacionalnih zakonodavstava da omoguće sklapanje istih zajednica, ali da svakako postoji pozitivna obaveza priznavanja ličnih i imovinskih prava, već nastalim zajednicama života istospolnih partnera.

79 Presuda Županijskog suda u Varaždinu, Gž-4947/12-2 od 05.09.2013. godine

PROTECTION OF FAMILY AND MARRIAGE IN LEGAL SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AND THE JURISPRUDENCE OF ECJ

Summary: Family and marriage enjoy special protection, both in national legal systems and at the international level of legal protection. In the focus of protection are family law relations between individual family members. The very essence of protection is the protection of the family as a whole, and ensuring the unhindered enjoyment of the right to family life of individuals, as well as the protection of the institution of marriage. Family traditionally is related to marriage, so the focus of protection of the right to marry are the spouses, whose right is protected through numerous international conventions, the most vital role of which was played by the European Convention for the Protection of Fundamental Rights and Freedoms.

However, a family can also arise in other ways, i.e. between other types of life partners. Therefore, the protection of the right to family life refers not only to spouses but also to other forms of legally recognized and protected partners. According to the EU Charter of Fundamental Rights, as one of the basic instruments for the protection of human rights in the EU, the protection of the family and marriage is provided through two separate protection instruments, i.e. within the protection of family life and within the protection of marriage rights.

The protection of the family and marriage emphasizes the importance of protecting the family as a whole, as well as its individual parts, through the principle of protection of family. At the same time, marital or extramarital partners enjoy equal rights and duties through the principle of equality, and in relation to their relationship, the principle of autonomy of will is expressed.

Key words: principle of protection of family, equality of marital / extramarital partners, autonomy of will.