

Dr. sc. Boris Krešić, vanredni profesor Pregledni naučni rad
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

MA Ena Morankić,
doktorantica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Tuzli

VANBRAČNA ZAJEDNICA – IZAZOVI I NELOGIČNOSTI POZITIVNOG ZAKONODAVSTVA

Sažetak: Vanbračna zajednica je uređena pozitivnim zakonodavstvom u Bosni i Hercegovini uz postojanje određenih pojmovnih razlika u normama entiteta i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. U Bosni i Hercegovini nije zastupljen sistem registracije vanbračne zajednice, te se njeno postojanje dokazuje pred nadležnim organom. Pored pojmovnih razlika pozitivno zakonodavstvo počinje praviti i razlike u pogledu načina dokazivanja postojanja vanbračne zajednice. U zavisnosti od prava koje vanbračni partneri žele konzumirati zavisi i način njenog dokazivanja. Ovakva rješenja ne samo da odstupaju od pravila sadržanih u porodičnim zakonima, nego dovode i do diskriminacije između bračnih i vanbračnih partnera.

U radu se analiziraju pojedina prava vanbračnih partnera i postupci dokazivanja postojanja vanbračne zajednice. Analizom se ukazuje na činjenicu da vanbračni partneri sa sigurnošću ne mogu znati na koji način dokazati postojanje iste. Naime dokaz za korištenje jednog prava ne može se koristiti u postupku za ostvarivanje drugog prava. Ovakvo stanje dovodi do pravne nesigurnosti i diskriminacije u odnosu na bračne partnere.

Ključne riječi: vanbračna zajednica, dokazivanje, prava vanbračnih partnera.

1. Vanbračna zajednica u Porodičnim zakonima u BiH

U sva tri porodična zakona vanbračna zajednica je pravno uređena. Porodični zakoni u Bosni i Hercegovini¹ na različit način uređuju vanbračnu zajednicu. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu PZ FBiH), kao i Porodični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu PZ BD), normiraju da je „vanbračna zajednica zajednica života žene i muškarca koji nisu u braku ili vanbračnoj zajednici sa drugom osobom, koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete“.²

Prema zakonskoj definiciji zastupljen je princip monogamije čime je isključena mogućnost da vanbračna zajednica postoji pored braka ili druge vanbračne zajednice

1 Porodično-pravni odnosi u Bosni i Hercegovini uređeni su sa tri zakona. Porodičnim zakonom FBiH (*„Službene novine Federacije BiH“*, br. 35/05, 41/05, 31/14, 32/19), Porodičnim zakonom Republike Srpske (*„Službeni glasnik Republike Srpske“*, br. 54/02, 41/08, 63/14 i 56/19) i Porodičnim zakonom Brčko Distrikta BiH (*„Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“*, br. 23/07).

2 PZ FBiH član 3., PZ BD član 5. st. 1.

i proizvodi zakonom priznata dejstva.³ Drugim riječima, ne mogu egzistirati i proizvoditi pravne posljedice dvije zajednice života, brak i vanbračna zajednica ili dvije vanbračne zajednice, odnosno ukoliko postoji brak nikada ne može nastati vanbračna zajednica, bez obzira na njeno trajanje.

Porodični zakon Republike Srpske (u daljem tekstu PZ RS) normira da je vanbračna zajednica „zajednica života žene i muškarca koja nije pravno uređena na način propisan ovim zakonom“.⁴ U literaturi se kritikuje navedena definicija vanbračne zajednice u smislu da ovoj zajednici nedostaje samo forma braka, „a svakako da jeste, a ne da nije pravno uređena na način propisan zakonom“.⁵ Primjetno je da zakonodavac u Republici Srpskoj nije naveo uslov da se vanbračna zajednica ne može zasnovati ukoliko jedan od vanbračnih partnera živi u braku ili drugoj vanbračnoj zajednici. Ipak, primjenom načela monogamije neće se priznati pravna dejstva vanbračne zajednice ukoliko je jedan od vanbračnih partnera u braku ili drugoj vanbračnoj zajednici.⁶ U teoriji se navodi da bi bilo svrsishodno, a radi nepostojanja mogućnosti registracije vanbračnih zajednica, izričito definisati da je jedan od uslova nastanka vanbračne zajednice da vanbračni supružnici nisu u braku ili drugoj vanbračnoj zajednici.⁷

Da bi vanbračni partneri mogli koristiti određena prava i imati određene obaveze njihova zajednica života mora ispuniti sve zakonom propisane uslove. U skladu sa navedenim definicijama vanbračne zajednice kao uslovi za njen nastanak navode se: različitost spolova, zajednica života i dužina trajanja zajednice života.

Prema navedenim zakonskim definicijama da bi zajednica života, bilo bračna ili vanbračna, bila pravno priznata u pozitivnom pravu BiH neophodno je ispunjenje uslova različitosti spolova.⁸

U porodičnim zakonima u BiH nisu određeni kriteriji kojima bi se dokazivalo postojanje zajednice života. Prihvaćeno je stanovište da je zajednica života konstitutivni element koji treba da odvoji vanbračnu zajednicu od drugih sporadičnih veza.⁹ Postoji i suprotno stanovište prema kojem, zajednica života nije konstitutivni element, već da vođenje zajedničkog domaćinstva i zajedničko stanovanje predstavljaju činjenicu koja olakšava njeno dokazivanje.¹⁰ Zajednica života treba

3 Traljić, N., Bubić, S., *Bračno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., str. 144.

4 Član 12. PZRS.

5 Panov, S., *Porodično pravo – drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010., str. 144.

6 Ibid, str. 146.

7 Demirović, R., *Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu*, Zbornik radova, Naučni skup – Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog, Mostar, 2012., str. 114. Isto i Slobodan Panov, str. 146.

8 BiH nije osigurala da tretman lica homoseksualne orijentacije koje žive u kohabitaciji ne bude lošiji od tretmana koji imaju kohabitanti različitog spola. Normiranje prava na zasnivanje istospolne kohabitacije je izostalo u pravnom sistemu BiH. Zapravo licima homoseksualne orijentacije se ne garantuje pravo na zajednicu života niti im se priznaju bilo koja prava koja imaju heteroseksualni vanbračni partneri.

9 Ponjavić, Z., *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2005., str. 131.

10 Cvejić-Jančić, O., *Porodično pravo, Knjiga I - Bračno pravo*, IV dopunjeno izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2001., str. 206.

da predstavlja volju i namjeru žene i muškarca da žive zajedno kao žena i muž te da izvršavaju prava i dužnosti koje postoje između bračnih partnera.¹¹

Da bi postojala vanbračna zajednica, zajednica života žene i muškarca mora trajati duže vrijeme. Određenje vremenske granice trajanja životne zajednice treba da napravi razliku između vanbračne zajednice i onih veza kod kojih ne postoji volja i namjera za uspostavljanje odnosa koji je sličan braku. Za razliku od PZ RS u kojem nije izričito normirana vremenska odrednica u PZ FBiH određeno je da vanbračna zajednica mora trajati najmanje tri godine a može i kraće ukoliko se u njoj rodi zajedničko dijete. U PZ RS vremensko trajanje zajednice života izvodi se posredno iz odredbi koje se odnose na međusobno izdržavanje i imovinske odnose vanbračnih partnera. Uslov potrebnog vremenskog trajanja vanbračne zajednice se razlikuje u odnosu na činjenicu da li se radi o pravu na izdržavanje vanbračnog partnera gdje se zahtijeva trajanje zajednice života od najmanje tri godine,¹² dok se u slučaju zajedničke imovine vanbračnih partnera koristi pravni standard „duže vremena“.¹³

2. Izjednačavanje vanbračne zajednice sa bračnom u porodičnom zakonodavstvu BiH

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u svojoj Odluci u predmetu AP 4207/13 na više mjesta, kao i zaključku Odluke, navodi da je Porodični zakon FBiH koji je donesen 2005. godine u cijelosti izjednačio vanbračnu i bračnu zajednicu u pravima i obvezama, *uključujući i imovinska prava* (naglasili koautori).¹⁴ Sud nadalje konstatuje da „situacija u kojoj jedan zakon izjednačava trajniju vanbračnu zajednicu sa bračnom u pravima i obvezama, uključujući i imovinska prava“, a drugi potpuno isključuje mogućnost međusobnog nasljeđivanja vanbračnih partnera, svakako predstavlja različit tretman koji treba ispitati.¹⁵

Interesantno je da ni u jednom dijelu svoje odluke Sud nije naveo koji je to član koji izjednačava vanbračnu zajednicu sa bračnom. Iz dijela obrazloženja Odluke može se pretpostaviti da se Sud pozivao na odredbu člana 2. PZ FBiH.¹⁶ Naime Ustavni sud navodi da PZ FBiH regulira, između ostalog, pitanje porodice i porodičnih odnosa i izjednačava vanbračnu zajednicu koja je trajala preko tri godine sa bračnom u pravima i obvezama.¹⁷

U PZ FBiH vanbračna zajednica je izjednačena sa bračnom u pogledu prava na međusobno izdržavanje i u pogledu imovinskih odnosa vanbračnih partnera (sa izuzetkom). Vanbračni partner koji ispunjava uvjete iz člana 3. i 224. PZ FBiH ima pravo na izdržavanje od drugog vanbračnog partnera nakon prestanka vanbračne

11 Traljić, N.; Bubić, S., op cit. str. 144.

12 Član 248. st. 1. PZ RS.

13 Član 284. st. 1. PZ RS.

14 Paragraf 27. Odluke Ustavnog suda.

15 Paragraf 28. Odluke Ustavnog suda.

16 Član 2. PZ FBiH je citiran kao relevantni propis.

17 Paragraf 33. Odluke Ustavnog suda.

zajednice. Opći uvjeti za izdržavanje vanbračnih partnera identični su uvjetima za izdržavanje bračnih partnera.¹⁸

Što se tiče ostalih prava i obaveza PZ FBiH ne navodi da je brak izjednačen sa vanbračnom zajednicom, niti da su u ostalim pravima vanbračni partneri izjednačeni sa bračnim partnerima.

S druge strane, u PZ RS i PZ BD vanbračna zajednica izjednačena je sa bračnom zajednicom u pogledu imovinsko-pravnih odnosa i prava na međusobno izdržavanje.¹⁹ U pogledu određenja zajedničke imovine bračnih partnera i izdržavanja ne postoje razlike u odnosu na vanbračne partnere.

Može se konstatovati da zakonodavci u FBiH, BD i RS nisu izjednačili bračnu i vanbračnu zajednicu nego su priznali pojedina (određena) prava vanbračnim partnerima. S tim u vezi, mišljenja smo da je Općinski sud u Živinicama pravilno zaključio da su „vanbračnim partnerima priznata određena prava iz ove zajednice kao u bračnoj zajednici, kao što su prava međusobnog izdržavanja, u pogledu sticanja vanbračne stečevine“, ali da „nisu ipak izjednačeni u svim pravima“.²⁰

Odluka u predmetu AP 4207/13 ipak ima prejudicirajuće dejstvo, odnosno predstavlja svojevrsan izvor prava, te kao takva predstavlja relevantan pravni osnov za eventualno pokretanje novih postupaka pred redovnim (i ustavnim) sudovima u Bosni i Hercegovini. Interesantno je u dva analizirana slučaja vidjeti da li upravni organi i zakonodavac prihvataju prejudicirajuće dejstvo Odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine ili se od vanbračnih partnera zahtijevaju dodatni uvjeti kako bi ostvarili svoja prava.

3. Vanbračni partner i pravo na porezni odbitak

U prvom primjeru jedan roditelj je od strane Porezne ispostave zahtijevao izmjenu porezne kartice u vidu priznanja olakšica na ime rođenja prvog djeteta. Na početku je bitno napomenuti da se radi o vanbračnom djetetu čiji roditelji žive duži niz godina u vanbračnoj zajednici. Porezna ispostava Rješenjem broj:13-3/8-15-5-28754/18 od 26.07.2018. godine, Odbija zahtjev za izmjenu porezne kartice i svoje odbijanje zahtjeva zasniva na činjenici da „nije dostavljena ovjerena kućna listu iz koje bi se moglo zaključiti da roditelj živi u zajedničkom domaćinstvu sa djetetom, te da se kao takvo može tretirati kao izdržavani član“. Iz navedenog proizlazi da se odbijanje zahtjeva zasniva na činjenici da ostvarivanje zajednice života predstavlja osnov za obavezu izdržavanja. Drugostepeni organ, Federalno ministarstvo finansija takođe je oodbija žalbu roditelja svojim Rješenjem broj 03-15-996/18 I.S od 15.01.2019. godine kao neosnovanu. U obrazloženju pobijanog Rješenja navodi se da tužitelj nije ostvario pravo na poreznu olakšicu iz razloga što nema dokaze da

¹⁸ Ibid. str 146.

¹⁹ Član 12. st. 1. PZ RS, član 5. st. 2. PZ BD.

²⁰ Više o problemu izjednačavanja prava bračnih i vanbračnih partnera vidi: Krešić. B., Omerdić, DŽ., Izjednačavanje prava vanbračnih i bračnih partnera – analiza presude ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Zbornik radova - šesti međunarodni naučni skup "Dani porodičnog prava", Mostar, 2018., str. 265 - 283.

izdržava članove uže porodice, u ovom slučaju svoje dijete, te da nije dostavio ni dokaz da plaća alimentaciju.

Interesantno je da u čitavom postupku ni drugostepeni a ni prvostepeni organ nije postupio u skladu sa članom 5. i članom 7. Zakona o upravnom postupku FBiH.²¹ Odnosno službeno lice koje je rješavala upravnu stvar, s obzirom na postojeće činjenično stanje, nije pokušalo utvrditi materijalnu istinu te u vezi sa tim ocijeniti da određena stranka ima osnova za ostvarenje nekog prava, ni je upozorila stranku na to. Naime, Drugostepeni organ je, odbio žalbu iz razloga što žalitelj nije podnio dokaz da izdržava svoju kćerku. Drugostepeni organ je prema odredbi člana 5. morao zaštititi prava građana tako što bi pozvao na saslušanje majku djeteta ili je mogao zahtijevati izjavu majke djeteta. Drugostepeni organ je samo konstatovao da roditelj i dijete nisu, prema podacima CIPS-a, na istoj adresi stanovanja.

Uputstvom u vezi prikupljanja zahtjeva za izdavanje poreznih kartica od strane poslodavaca kao i odgovarajuće dokumentacije nužne za utvrđivanje iznosa ličnog odbitka zaposlenika kod obračuna akontacija poreza na dohodak od nesamostalne djelatnosti broj 05/15-7712/08 od 03.12.2008. godine, ne zahtijeva se bilo koji dokument u pogledu dokazivanja činjenice da li roditelj izdržava svoje dijete ili ne. Što je i logično pošto takav materijalni dokaz se i ne može dostaviti ukoliko roditelji samostalno ostvaruju roditeljsko staranje. Navedenim uputstvom uz zahtjev se prilaže kućna lista (koja za drugostepeni organ predstavlja dokaz da li roditelj izdržava svoje dijete ili ne – što ćemo u daljem izlaganju dokazati da je pogrešan zaključak), rodni list djeteta i za poreznog obveznika koji plaća alimentaciju za izdržavanje bivšeg bračnog partnera ili djeteta / djece koja žive sa bivšim bračnim partnerom ili kod porodice bivšeg bračnog partnera - dokaz o visini alimentacije i dokaz da se alimentacija stvarno plaća. Prema tome ne postoji dokument koji je potrebno priložiti da bi se utvrdila činjenica da roditelj, koji vrši obavezu roditeljskog staranja, izdržava svoje dijete. Bitno je napomenuti da u ovom predmetu dijete nije dijete razvedenih roditelja, nego se radi o vanbračnom djetetu čiji roditelji u skladu sa Porodičnim zakonom FBiH zajednički, sporazumno i ravnopravno staraju. Samim tim ne postoji mogućnost dostavljanja dokaza o plaćanju alimentacije iz razloga što sud nikada nije razmatrao pitanje izdržavanja djeteta.

Članom 138. Porodičnog zakona Federacije BiH propisano je da roditelji imaju dužnost i pravo izdržavati dijete u skladu sa odredbama ovog Zakona. Takođe je normirano da su roditelji dužni izdržavati maloljetno dijete i u izvršavanju te obaveze moraju iskoristiti sve svoje mogućnosti i sposobnosti.²² Roditelji zajednički, sporazumno i ravnopravno staraju se o djetetu, osim ako je drukčije uređeno ovim Zakonom.²³ U skladu sa pravom roditelja da se sporazumno i ravnopravno staraju o djetetu, odnosno sve dok roditelji svoje obaveze izvršavaju, nepotrebno je učešće bilo kojeg državnog organa. Iz svega navedenog jasno proizlazi da roditelji imaju pravo da zajednički i sporazumno vrše roditeljsko staranje a jedini organ koji može

21 Zakon o upravnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine ("Sl. novine FBiH", br. 2/98., 48/99. i 61/22.).

22 Član 215. PZ FBiH.

23 Član 141. PZ FBiH.

odlučiti o pitanju vršenja roditeljskog staranja, a time i obaveze izdržavanja, jeste Sud. Kako između roditelja ne postoji spor o ostvarivanju roditeljskog staranja, niti postoji spor oko izdržavanja djeteta (jer da postoji jedan od roditelja neizvršavanje obaveze izdržavanja dokazivao bih na sudu) to i ne postoji potreba za tužbom pred sudom. Porodični zakon nigdje *ne normira zajedničko mjesto prebivališta sa obavezom izdržavanja djeteta, niti zajedničko mjesto prebivališta predstavlja dokaz za izdržavanje djeteta*. Naprotiv u većini slučajeva, kod djece koja su rođena van braka, situacija i jeste da dijete i jedan od roditelja nemaju zajedničko mjesto prebivališta.

Drugostepeni organ nije primijenio ni član 158. stav 3. Zakona o upravnom postupku FBiH. Naime navedenim članom je propisano da ne treba dokazivati činjenice čije postojanje zakon pretpostavlja, ali je dopušteno dokazivati nepostojanje tih činjenica, ako zakonom nije drukčije određeno. Prema tome drugostepeni organ, bi prema svom pogrešnom shvatanju, morao dokazivati činjenicu da roditelj ne izdržava svoju kćerku (znači negativni element) iz razloga što se izdržavanje djeteta pretpostavlja prema Porodičnom zakonu Federacije BiH. Naime prema članu 141. stav 1. PZ FBiH roditelji zajednički, sporazumno i ravnopravno staraju se o djetetu, osim ako je drukčije uređeno Porodičnim zakonom. Tek onda ukoliko dođe do spora između roditelja o ostvarivanju roditeljskog staranja, odluku donosi sud u vanparničnom postupku na prijedlog roditelja, djeteta koje je sposobno shvatiti značenje i pravne posljedice svojih radnji, ili organa starateljstva na čijem području dijete ima prebivalište. Drugim riječima tek onda kada između roditelja nastane spor o ostvarivanju roditeljskog staranja o istom odlučuje sud, sve dok ne postoji spor između roditelja, sa izuzetkom postupanja Organa starateljstva ili djeteta, pretpostavlja se da roditelji samostalno ostvaruju roditeljsko staranje.

Ovdje je potrebno napomenuti da Uputstvo u vezi prikupljanja zahtijeva.... broj 05/15-7712/08 od 03.12.2008. godine se odnosi na prikupljanje odgovarajuće dokumentacije te da istim nije moguće propisivati dodatne uslove mimo onih koji su predviđeni zakonom. U prilog ovakvom tumačenju ide i odredba člana 95. stav 3. Zakona o poreznoj upravi FBiH²⁴ u kojem se navodi da „Podzakonski akti Ministarstva ne mogu biti u suprotnosti sa poreznim zakonima i drugim zakonima Federacije“. Naime Zakon o porezu na dohodak (kao što će dole biti objašnjeno) ne propisuje obavezu življenja u zajedničkom domaćinstvu za izdržavanu djecu, niti obavezu življenja u zajedničkom domaćinstvu kao uslov za izdržavanje djeteta propisuje Porodični zakon FBiH.

Takođe je protivno pozitivnim propisima propisivati uslove za izdržavanje djeteta podzakonskim aktom, tj. Pravilnikom o primjeni Zakona o porezu na dohodak na koji se poziva tuženi organ. Uslovi za izdržavanje djeteta određeni su Porodičnim zakonom Federacije BiH i tuženi organ ih je dužan primjenjivati. Nadalje drugostepeni organ nije primijenio član 24. stav 2. Zakona o porezu na dohodak²⁵ kojim je propisano da rezidentni porezni obveznici iz člana 2. stav 3.

24 Zakon o poreznoj upravi Federacije Bosne i Hercegovine ("Sl. novine FBiH", br. 33/02., 28/04., 57/09., 40/10., 29/11. - odluka US, 27/12., 7/13., 71/14., 91/15. i 44/22.).

25 Zakon o porezu na dohodak Federacije Bosne i Hercegovine ("Sl. novine Federacije BiH", broj: 10/08, 9/10., 44/11., 7/13. i 65/13.).

i 4. ovog Zakona, mogu odbiti i lični odbitak, između ostalog i po osnovu ličnog odbitka za izdržavano prvo dijete. Stavom 5. istoga člana normirano je da se djecom, u smislu stava 2. tač. 2., 3. i 4., člana 24., smatraju djeca koju roditelji, staratelji, usvojitelji, poočimi i pomajke izdržavaju i djeca za koju roditelj plaća alimentaciju. Tumačenjem navedenih odredbi jasno proizlazi da rezidentni porezni obveznik ima pravo na lični odbitak za izdržavano dijete. Jasno je da je zakonodavac razdvojio djecu koju roditelji samostalno i sporazumno izdržavaju i djecu za koju roditelj plaća alimentaciju. Roditelj koji ne vrši obavezu izdržavanja, a što prema odredbama Porodičnog zakona utvrđuje sud, kao dokaz o izdržavanju podnosi i presudu kojom ga je sud obavezao na plaćanje alimentacije (što je i potvrđeno stavom Federalnog ministarstva finansija br: 05/15-sl/09 od 07.04.2009 godine). Prema tome u skladu sa pravom roditelja da sporazumno i zajednički izdržavaju svoje dijete, odnosno sve dok ne postoji spor o tome, a kako se i navodi u članu 24. stav 5., roditeljima nije potreban nikakav dokaz da izdržavaju svoje dijete. Zahtijevanje bilo kakvog dokaza o tome kršilo bi pravo roditelja na sporazumno, zajedničko i ravnopravno staranje o djetetu. Uslov da lica žive u zajedničkom domaćinstvu propisan je za druge izdržavane članove uže porodice.

Članom 24. stav 5. Zakona o porezu na dohodak takođe je propisano da se drugim izdržavanim članovima uže porodice, u smislu stava 2. tačka 5. ovog člana, smatraju roditelji poreznog obveznika i roditelji njegovog bračnog partnera, te preci i potomci u pravoj liniji ukoliko žive u zajedničkom domaćinstvu sa poreznim obveznikom. Jasno je i nedvosmisleno da se život u zajedničkom domaćinstvu odnosi na lica iz stava 2. tačke 5. a ne i na djecu poreznog obveznika. Pa je u skladu sa navedenom odredbom nepotrebno predavati kućnu listu ukoliko se radi o zahtjevu za lični odbitak po osnovu lica iz člana 24. stav 2. tač. 2., 3. i 4.. Naime ovdje se jasno vidi da je zakonodavac odvojio djecu (lica do 18 godine starosti) i druge potomke u pravoj liniji (a što ponovo jesu djeca) kojima je produženo roditeljsko staranje ili prema kojima je produžena obaveza izdržavanja (zbog redovnog školovanja, invaliditeta i sl.).

Nadalje je drugostepeni organ pogrešno primijenio član 16. stav 6. Pravilnika o primjeni Zakona o porezu na dohodak iz razloga što je dijete, iz samo drugostepenom organu poznatih razloga, svrstao kao dijete razvedenih roditelja. Napominjemo da se u ovom slučaju ne radi o djetetu razvedenih roditelja, niti se radi o roditelju kome je sud odredio da roditeljsko staranje vrši samo jedan roditelj, niti je drugom roditelju sudskom presudom naloženo plaćanje alimentacije. Navedenim Pravilnikom normirano je da se izdržavanim licima u smislu člana 24. st. 3. i 5. Zakona, smatraju i bivši bračni partner i djeca rastavljenih roditelja za koje jedan od roditelja - porezni obveznik plaća alimentaciju. S tim u vezi, porezni obveznik koji plaća alimentaciju stiče pravo na lične odbitke iz stava 5. tačka b. za izdržavanje bračnog partnera koji nema vlastitih prihoda ili ima ali isti su niži od 300,00 KM mjesečno, odnosno na odbitke iz tač. c., d. i/ili e. za izdržavanje djece koja ne žive sa njim u zajedničkom domaćinstvu. U navedenom Pravilniku samo se proširuje obim lica u smislu da se izdržavanim licima smatra i bivši bračni partner i djeca rastavljenih roditelja za koje jedan od roditelja plaća alimentaciju, a nikako se podzakonskim aktom, kao što je

prije navedeno, ne smiju određivati uslovi za izdržavanje djeteta. Ovo iz razloga što Porodični zakon određuje uslove za izdržavanje djeteta a i članom 24. Zakona o porezu na dohodak ova lica nisu bila obuhvaćena. Naime, postoji mogućnost obaveze plaćanja alimentacije i za djecu čiji roditelji nisu bili u braku. Odnosno brak nije uslov obaveze izdržavanja djeteta. Prema svemu navedenom član 16. stav 6. spomenutog Pravilnika ne može se primijeniti na konkretan slučaj.

Slijedom navedenog proizlazi da je drugostepeni organ pogrešno utvrdio činjenično stanje, te je izveden pogrešan zaključak u pogledu činjeničnog stanja. Naime pogrešno je utvrđeno: Da se radi o djetetu razvedenih roditelja, te da roditelj ne izvršava svoju obavezu izdržavanja.

Iz obrazloženja pobijanog Rješenja jasno proizlazi diskriminacija bračne i vanbračne djece a koja su izjednačena u pravima prema svim međunarodnim standardima, Ustavom BiH i Porodičnim zakonom FBiH, iz čega se dalje diskriminiraju roditelji koji imaju mjesto prebivališta gdje je i dijete i onih roditelja koji imaju različito mjesto prebivališta od djeteta ali sa djetetom ostvaruju zajednicu života. Bitno je istaći da je mjesto prebivališta irelevantno prilikom određivanja postojanja zajednice života. Utvrđivanje zajednice života proizlazi iz volje partnera da žele zajednicu života i tako se i ponašaju.

Jasno je da navedeni pravni stavovi prvostepenog i drugostepenog organa nisu u skladu sa odredbama Zakona o upravnom postupku, osnovnim načelima upravnog postupka, Osnovnim načelima Porodičnog prava FBiH, a Rješenje se zasniva na nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju. Naime da je prvostepeni a tako i drugostepeni organ pravovaljano upustio u razmatranje i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja, i primijenio odgovarajuće zakonske propise, utvrdio bi da je roditelj (podnosilac zahtjeva) ispunjava sve zakonske uslove za sticanje prava na izmjenu porezne kartice po osnovu izdržavanja djeteta.

Postavlja se pitanje kako je uopće moguće da se u upravnom postupku konstantno čine ovakve pogreške, te da se uporno ide na štetu lica koji svjesno izvršavaju svoju obavezu roditeljskog staranja. Nejasno je da oba organa zauzimaju stav da roditelji koji se zajednički, sporazumno i ravnopravno staraju o djetetu ne mogu ostvariti pravo na lični odbitak po osnovu izdržavanog djeteta dok to pravo mogu ostvariti osobe koje su sudskom presudom obavezane na plaćanje izdržavanja. Temeljem toga smatram da je u postupku povrijeđeno načelo jednakosti stranaka pred zakonom. Takođe je nejasno koji to dokaz treba priložiti roditelj koji izdržava svoje dijete a ne nalazi se u braku i nema isto prebivalište kao i dijete.

Stavom Federalnog ministarstva finansija br: 05/15-sl/09 od 07.04.2009 godine navedeno je da se poreznom obvezniku, bez obzira na visinu alimentacije koju plaća za djecu, priznaje lični odbitak. Iz navedenog stava može se zaključiti da osobe koje je sud obavezao na plaćanje alimentacije imaju pravo na lični odbitak iako ne žive sa djetetom, dok lica koja obavezu izdržavanja izvršavaju zajednički i sporazumno sa drugim roditeljem to pravo nemaju. Nelogično je da se zahtijeva od roditelja da tuže jedno drugo, bez obzira što oni sporazumno izvršavaju svoju obavezu izdržavanja, kako bi ostvarili pravo na lični odbitak. Na ovaj način postoji direktno miješanje u privatni i porodični život te diskriminacija između svih onih roditelja koji svoju

obavezu izdržavanja izvršavaju dobrovoljno i onih koji su na izdržavanje djeteta obavezani sudskom presudom. Nelogično je da se nagrađuju oni roditelji koji su morali biti tuženi kako bi izvršavali svoju obavezu izdržavanja.

Na kraju Kantonalni sud u Tuzli svojom presudom Broj: 03 0 U 020022 20 U , od 11.03.2021. godine, ukazuje na dvije bitne činjenice. Prva činjenica je da sud konstatuje da su dostavljeni svi neophodni dokazi kojima se dokazuje da su za uvažavanje zahtjeva ispunjeni svi pomenuti uslovi iz člana 24. stav 2. tačka 2. federalnog Zakona o porezu na dohodak, osim dokaza kojima se dokazuje da tužilac mlđb. kćerku izdržava. S obzirom da je odredbama člana 5. stav 1. i 2. Zakona o upravnom postupku propisano da su organi u vođenju postupka i rješavanju dužni strankama omogućiti da što lakše zaštite i ostvare svoja prava, i da je službeno lice koje rješava neku upravnu stvar, s obzirom na postojeće činjenično stanje, ako sazna ili ocijeni da određena stranka ima osnova za ostvarenje nekog prava, dužno upozoriti je na to, kao i da je odredbama člana 67. stav 1. istog Zakona propisano da je, ako je podnesak nepotpun, organ koji je primio takav podnesak dužan učiniti one radnje koje će osigurati da se nedostaci otklone i odrediti podnosiocu rok u kome je dužan da to učini, sud smatra da je prvostepeni organ u postupku po tužiočevom zahtjevu od tužioca bio dužan zatražiti da predloži ili predoči dokaze da izdržava svoju mlđb. kćerku, što, u konkretnom slučaju, nije učinjeno. Ostaje i dalje upitno koji bi to dokaz bio da neko izdržava svoje dijete ?

Druga činjenica je da sud ukazuje da Zakonom o porezu na dohodak, a ni bilo kojim drugim zakonom, za priznavanje predmetne poreske olakšice po osnovu izdržavanja djeteta nije predviđen uslov da lice koje traži olakšicu mora biti prijavljeno sa prebivalištem na istoj adresi kao i dijete, odnosno na istoj adresi na kojoj je prijavljen drugi roditelj, ili da djeca moraju da žive u zajedničkom domaćinstvu sa poreznim obveznikom koji traži priznavanje takve olakšice, sud je ocijenio neosnovanim pozivanje prvostepenog organa na naprijed pomenuto Uputstvo tuženog, budući da se takvim aktima ne mogu zakonito mijenjati zakonske odredbe. Na kraju Kantonalni sud u Tuzli Tužbu uvažava, pa se prvostepeno rješenje poništava i rješava da se zahtjev za izmjenu porezne kartice uvažava.

4. Pravo na porodičnu penziju vanbračnog partnera

U drugom slučaju koji je pokrenut pred Ustavnim sudom BiH apelantica smatra da joj je prekršeno pravo na nediskriminaciju iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u vezi s pravom na imovinu zbog toga što, kao vanbračni partner, nije mogla steći pravo na porodičnu penziju po Zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju iako je vanbračna zajednica u potpunosti izjednačena sa bračnom zajednicom prema Porodičnom zakonu Federacije BiH. U vezi s tim, Ustavni sud je podsjetio da je o gotovo istom pravnom pitanju raspravljao u Odluci broj AP 4207/13 (vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 4207/13 od 30. septembra 2016. godine. Naime, u navedenoj odluci sporno je

bilo da li se može apelantu kao ostaviteljicinom vanbračnom partneru priznati status zakonskog nasljednika prvog nasljednog reda. U toj odluci Ustavni sud je zaključio da su „sudovi primjenom Zakona o nasljeđivanju iz 1980. godine, bez uvažavanja opredjeljenja iz PZ FBiH iz 2005. godine o dosljednom izjednačavanju vanbračne zajednice koja traje više od tri godine sa bračnom zajednicom u svim pravima i obavezama, uključujući i imovinska prava, i odbijanjem apelantovog zahtjeva da mu se prizna pravo da kao nasljednik prvog nasljednog reda učestvuje u ostavinskom postupku, prekršili zabranu diskriminacije iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u vezi sa pravom na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju“.

Dovodeći navedene stavove iz citirane Odluke broj AP 4207/13 u vezu sa predmetnim slučajem, Ustavni sud smatra da su oni primjenjivi i u konkretnom slučaju. Naime, Ustavni sud ukazuje da je u osporenim odlukama nesporno utvrđeno da je postojala vanbračna zajednica između apelantice i umrlog, koja je trajala 17 godina, te da je ispunila uvjete da se smatra vanbračnom zajednicom u smislu relevantnih odredaba Porodičnog zakona. Redovni sud i organi uprave u osporenim odlukama dosljedno su ukazivali da je vanbračna zajednica izjednačena sa bračnom prema Porodičnom zakonu, ali su zaključili da se pravilnim tumačenjem ove odredbe ne može izvesti zaključak da je ova zajednica u svemu izjednačena sa bračnom zajednicom, već samo u pogledu određenih prava. Pri tome su se pozvali na odredbu člana 60. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, pri tome zaključivši da je navedeni zakon *lex specialis* kojim „nije predviđena mogućnost priznavanja prava na porodičnu penziju vanbračnom partneru“.

Ustavni sud zapaža da je u konkretnom slučaju u vrijeme donošenja osporenih odluka na snazi bio Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 1998. godine koji ni svojim naknadnim izmjenama nigdje ne spominje, niti daje prava vanbračnim partnerima. Međutim, Ustavni sud ponovo naglašava da se, prema članu II/2. Ustava Bosne i Hercegovine, Evropska konvencija primjenjuje direktno i da ima prioritet nad svim drugim zakonima. To, između ostalog, znači i da se zakoni koji nisu usaglašeni sa Evropskom konvencijom moraju primijeniti na način na koji se neće kršiti prava iz Evropske konvencije. Dakle, u situaciji kada je nesumnjivo da je vanbračna zajednica apelantice i umrlog, kao nosioca osiguranja, započela i trajala u vrijeme kada je na snazi bio PZ FBiH iz 2005. godine, koji je i dosljedno izjednačio bračnu i vanbračnu zajednicu u pravima i obavezama, kao i da je ta zajednica trajala sve do smrti, Ustavni sud, uvažavajući principe iz citirane Odluke broj AP 4207/13, smatra da Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 1998. godine nije primijenjen uz dosljedno poštivanje „opredjeljenja iz porodičnog prava o jednakom tretmanu bračne i vanbračne zajednice“. Stoga, Ustavni sud smatra da apelantica ne može snositi štetne posljedice toga što relevantni zakoni nisu ranije harmonizirani kako bi se provelo dosljedno opredjeljenje zakonodavca da se otkloni diskriminacija u tretmanu vanbračnih i bračnih partnera i u odnosu na ostvarivanje prava na porodičnu penziju.

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da primjena Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 1998. godine na način kako su to uradili redovni sud i

organi uprave u osporenim odlukama nije imala razumno i objektivno opravdanje. Zbog toga je apelantica na diskriminirajući način lišena mogućnosti stjecanja prava na porodičnu penziju. Osim toga, Ustavni sud naglašava da je 21. februara 2018. godine u „Službenim novinama FBiH“ broj 13/18 objavljen novi Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, koji, opet, nije uzeo u obzir vanbračnu zajednicu, niti je regulirao stjecanje prava vanbračnim partnerima. S obzirom na navedeno Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju prekršena zabrana diskriminacije iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u vezi sa pravom na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Izmjenama i dopunama o penzijsko invalidskom osiguranju izvršena je dopuna člana 69. stav 1. tačke a. na način da se članovima porodice umrlog osiguranika uz bračnog supružnika (udovice odnosno udovca), smatra i vanbračni partner. Također, u članu 69. dodaje se stav 2. kojim se vanbračni partner iz stava 1. ovog člana, smatra lice koje je kao takvo definisano Porodičnim zakonom Federacije BiH, a koje je svoj status utvrdilo u odgovarajućem sudskom postupku.²⁶

Postavlja se pitanje da li je zakonodavac i u ovom slučaju napravio diskriminaciju u smislu ostvarivanja prava na porodičnu penziju između bračnog i vanbračnog partnera. Prema navedenoj zakonskoj odredbi vanbračni partner prije nego ostvari pravo na porodičnu penziju mora u sudskom postupku utvrditi svoj status.

Sljedeće pitanje jeste u kojem postupku vanbračni partner mora dokazati svoj status. Zakonodavac koristi sintagmu u „odgovarajućem postupku“ te se koristi prošlo vrijeme u pogledu utvrđivanja prava na porodičnu penziju. Sve ovo dovodi do zaključka da vanbračni partner prije nego podnese zahtjev za porodičnu penziju mora pokrenuti sudski postupak u kojem će dokazati postojanje vanbračne zajednice. Porodični zakon FBiH ne propisuje koji je to postupak za utvrđivanje postojanja vanbračne zajednice, odnosno da li se radi o parničnom ili vanparničnom postupku. Kako se u konkretnom slučaju radi o priznavanju prava na porodičnu penziju neophodno je analizirati odredbe Zakona o upravnom postupku FBiH. Prema navedenom zakonu ako organ koji vodi postupak naiđe na pitanje bez čijeg se rješenja ne može riješiti sama stvar, a to pitanje čini samostalnu pravnu cjelinu za čije je rješenje nadležan sud ili neki drugi organ (prethodno pitanje), on može, pod uvjetima iz ovog zakona, sam raspraviti to pitanje, ili postupak prekinuti dok nadležni

26 Zakon o penzijsko invalidskom osiguranju Federacije Bosne i Hercegovine („Sl. novine FBiH“, br. 13/18., 93/19. - odluka US, 90/21. i 19/22.).

Član 69. (Članovi porodice umrlog osiguranika)

(1) Članovima porodice umrlog osiguranika, odnosno korisnika penzije smatraju se:

- a) bračni supružnik i vanbračni partner (udovica odnosno udovac),
- b) razvedeni bračni supružnik, ako mu je pravosnažnom presudom suda dosuđeno pravo na izdržavanje,
- c) dijete, rođeno u braku ili van braka, te usvojeno dijete,
- d) pastinak ukoliko ga je umrla osiguranik, odnosno korisnik penzije izdržavao,
- e) dijete-unuče bez oba roditelja ukoliko ga je umrla osiguranik, odnosno korisnik penzije izdržavao.

(2) Vanbračni partner iz stava (1) ovog člana, smatra se lice koje je kao takvo definisano Porodičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine, a koje je svoj status utvrdilo u odgovarajućem sudskom postupku.

organ to pitanje ne riješi.²⁷ Organ koji vodi postupak mora prekinuti postupak kad se prethodno pitanje odnosi na postojanje krivičnog djela, na postojanje braka, utvrđivanje očinstva, ili kad je to zakonom određeno.²⁸ Uzemo li u obzir odluku Ustavnog suda BiH u kojoj je bračna i vanbračna zajednica jednaka u svim pravima i obavezama, onda bi i u upravnom postupku trebalo postupiti na način kako se zahtijeva i za pitanje postojanja braka. Odnosno kada se u upravnom postupku pojavi prethodno pitanje koje se odnosi na postojanje vanbračne zajednice, upravni organ mora prekinuti postupak i uputiti stranku da prethodno pitanje riješi nadležni organ. Prema porodičnom zakonu pitanje postojanja i nepostojanja braka predstavlja bračni spor o kojem se odlučuje u parničnom postupku.²⁹

Rezultati istraživanja domaće sudske prakse ukazivale su na to da vrlo često, osobe koje žive u vanbračnoj zajednici nisu u mogućnosti konzumirati svoja zakonom priznata prava budući da je u sudskoj praksi bio zauzet stav da se za dokazivanje postojanja vanbračne zajednice ne može podnijeti utvrđujuća (deklaratorna) tužba, niti se ovo pitanje može razmatrati kao prethodno (prejudicijelno), jer je vanbračna zajednica faktička činjenica a ne pravo ili pravni odnos.³⁰ Ustavni sud zaključuje da postoji kršenje prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije kada su nadležni sudovi arbitrarno primijenili odredbe čl. 12. i 54. ZPP u apelantinom slučaju, tumačeći da se utvrđivanje postojanja vanbračne zajednice smatra utvrđivanjem činjenice, a ne pravnog odnosa, budući da niti jedna zakonska odredba ne upućuje na ovakvo tumačenje, već da, naprotiv, iz odredaba čl. 2., 213., 230. do 234., 263. i 380. Porodičnog zakona proizlazi da se radi o pravnom odnosu. Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 2900/09 od 13. juna 2012. godine, stav 35., objavljena u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 64/12, postupak utvrđivanja postojanja vanbračne zajednice, povreda člana 6. Evropske konvencije i člana II/3.e) Ustava BiH.

Upravni postupak koji je prekinut zbog rješenja prethodnog pitanja, nastaviti će se nakon što rješenje o prethodnom pitanju doneseno od strane nadležnog organa postane konačno, odnosno pravosnažno, ako se radi o sudskoj nadležnosti, a što u konkretnom slučaju i jeste.

Prema svemu navedenom da bi vanbračni partner ostvario pravu na porodičnu penziju on će morati prije ostvarivanja tog prava pokrenuti parnični spor kako bi dokazao postojanje vanbračne zajednice ili će u toku upravnog spora morati, takođe u parničnom postupku, riješiti prethodno pitanje u vezi postojanja vanbračne zajednice.

27 141. stav 2. Zakona u upravnom postupku FBiH.

28 143. stav 1. Zakona o upravnom postupku FBiH.

29 Član 272. stav 1. Porodičnog zakona FBiH

30 Vidi. Demirović, R., Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu, Zbornik radova sa naučnog skupa – Razvoj porodičnog prava od nacionalnog do evropskog, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2013., str. 129.

5. Zaključak

Vanbračna zajednica normirana je u sva tri Porodična zakona u Bosni i Hercegovini. Za razliku od PZ RS u kojem nije izričito normirana vremenska odrednica u PZ FBiH određeno je da vanbračna zajednica mora trajati najmanje tri godine a može i kraće ukoliko se u njoj rodi zajedničko dijete. U sva tri navedena zakona vanbračna zajednica predstavlja faktičku zajednicu muškarca i žene, te se ne predviđa njena registracija. Ne postojanje registracije vanbračne zajednice u praksi dovodi do različitog postupanja prilikom ostvarivanja imovinskih prava bračnih i vanbračnih partnera. Iako je odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine vanbračna i bračna zajednica izjednačava u pravima i obvezama, uključujući i imovinska prava u praksi se dešava da vanbračni partneri ne mogu ostvariti svoja prava iz razloga nepravilnog postupanja upravnih organa. Analizom dvije presude uočeno je da u nedostatku dokaza o postojanju vanbračne zajednice upravni organi djecu rođenu u vanbračnoj zajednici izjednačavaju sa djecom razvedenih roditelja, zahtijevaju dokumentaciju koja je protivna pozitivnim propisima, te pogrešno tumače pojedine pojmove koji su sadržani u porodičnom zakonu. Ovakvo postupanje neminovno dovodi do toga da su vanbračni partneri za ostvarivanje svojih prava unaprijed osuđeni da vode dugotrajne upravne sporove.

S druge strane ni zakonodavac se ne snalazi prilikom normiranja prava vanbračnih partnera te pravi dodatnu diskriminaciju između bračnih i vanbračnih partnera. U nedostatku registracije vanbračnih zajednica života zakonodavac propisuje da su vanbračni partneri prilikom ostvarivanja određenog prava, u konkretnom slučaju prava na porodičnu penziju, obavezni pred sudom dokazati postojanje vanbračne zajednice kao prejudicijelno pitanje. Na ovaj način vanbračni partneri su u startu osuđeni na vođenje dugotrajnog parničnog postupka, koji u Bosni i Hercegovini traju i po više godina.

Boris Krešić, LL.D, Associate Profesor
Faculty of Law, University of Tuzla

Ena Morankić, LL.M., PhD Candidate
Faculty of Law, University of Tuzla

EXTRAMARITAL UNION - CHALLENGES AND CONTRADICTIONS OF POSITIVE LEGISLATION

Summary: Extramarital union is regulated by positive legislation in Bosnia and Herzegovina (BiH), with certain conceptual differences between the entities and the Brčko District of BiH. There is no system of registration of extramarital union in BiH and its existence is proved before the authority in charge. In addition to conceptual differences, positive legislation is now starting to make differences regarding the way of proving the existence of extramarital union, which depends on the right that extramarital partners want to exercise. Such solutions do not only derogate from the rules set forth in the Family Laws, but also lead to discrimination between marital and extramarital partners.

The paper analyzes specific rights of extramarital partners and procedures for proving the existence of extramarital union. The analysis points to the fact that extramarital partners are not able to know with certainty how to demonstrate the existence of their union. This means that the evidence for exercising one right cannot be used in the procedure for exercising another right. Namely, evidence for the exercise of one right cannot be used in the procedure for exercising another right. Such a situation leads to legal insecurity and discrimination of extramarital partners with regards to marital partners.

Key words: extramarital union, demonstrate, the rights of extramarital partners.