

Doc. dr. Anita Duraković
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

RAZVOD BRAKA SA STRANIM ELEMENTOM U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM I EUROPSKOM PRAVU – MOGUĆI PRAVCI HARMONIZACIJE

Sažetak: Buduće članstvo u Europskoj uniji kao politički cilj Bosne i Hercegovine pretpostavlja potrebu usklađivanja prava Bosne i Hercegovine sa pravom Europske unije. To znači izmjenu postojećih rješenja u skladu sa onima sadržanim u uredbama Europske unije. Upravo zbog toga značajno je usporediti domaća rješenja sa onima sadržanim u izvorima Europskoj uniji, kao bi se utvrdilo u kojoj mjeri odstupaju od važećih u Europskoj uniji te ukazati na moguće pravce harmonizacije. Pored rješenja europskog zakonodavca, od značaja su i konvencijska i usporedna (posebno regionalna) rješenja u oblasti međunarodnog brakorazvodnog prava. Analiza domaćih rješenja sadržanih u ZMPP i europskih sadržanih u Uredbi Brissel IIa i Uredbi Rim III pokazuje određene razlike koje se mogu prevazići uvođenjem kolizionopravne autonomije volje u oblast razvoda braka i prihvatanjem redovnog boravišta kao tačke vezivanja za određivanje mjerodavnog prava i kao kriterija za utvrđivanje međunarodne nadležnosti.

Ključne riječi: razvod braka sa stranim elementom, usklađivanje međunarodnog brakorazvodnog prava, kolizionopravna autonomija volje, redovno boravište.

1. Uvod

„Razvod braka, kao jedan od načina prestanka braka oduvijek je izazivao a izaziva i danas veliku pozornost ne samo u porodičnom pravu nego i na području međunarodnog privatnog prava“.¹ „Materija razvoda braka predstavlja dio međunarodnog privatnog prava sa najizraženijim problemima u reguliranju sukoba zakona“.² „Određivanje mjerodavnog prava za razvod braka spada među najviše diskutirana pitanja

¹ Bosnić, P., *Hrvatsko međunarodno privatno pravo*, Knjiga I, Split, 1999, str. 129.

² Ročkomanović, M., *Međunarodno privatno pravo*, Niš, 1988, str. 233.

međunarodnog privatnog prava“.³ Ovo su samo neki od navoda priznatih autora sa područja bivše Jugoslavije o međunarodnom privatnom pravu razvoda braka. Kao što vidimo, radi se o veoma značajnoj, osjetljivoj i za reguliranje kompliciranoj pravnoj oblasti.

Norme međunarodnog privatnog prava koje reguliraju razvod braka sa stranim elementom sadržane su u Zakonu o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima iz 1982. godine koji je donijela bivša SFRJ⁴ (u daljem tekstu ZMPP). U bosanskohercegovački pravni sistem preuzet je Uredbom sa zakonskom snagom 2/92⁵, kako je učinjeno i u drugim zemljama slijednicama bivše Jugoslavije. Prednost ovoga Zakona ogledala se u činjenici da je u određenom vremenskom periodu na prostoru bivše SFRJ važno uniformno međunarodno privatno pravo, što je bilo iznimno važno, uzimajući u obzir brojne prekogranične privatnopravne odnose vezane za novonastale države. Međutim, u posljednjih pet godina u svim državama sukcesorima bivše Jugoslavije javilo se razmišljanje o potrebi osuvremenjivanja Zakona, bilo u formi izmjene postojećih odredaba, bilo u vidu prijedloga za donošenje novog teksta.⁶ S obzirom da sve zemlje bivše SFRJ kao svoj politički cilj ističu članstvo u Europskoj uniji (Hrvatska će postati članicom EU 1. jula 2013. godine), jasno je da izmjene koje je Makedonija⁷ već učinila, a na kojima se intenzivno radi u Crna Gora, Srbija i Hrvatska idu su u pravcu harmonizacije domaćeg međunarodnog privatnog prava sa pravom Europske unije.

Bosna i Hercegovina, također, ima namjeru postati članicom ove veoma važne regionalne međunarodne organizacije. Kao potpisnica Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju,⁸ čiji je jedan od ciljeva podržati napore Bosne i Hercegovine u razvijanju ekonomske i međunarodne suradnje, uključujući i usklađivanje njenog zakonodavstva sa

3 Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G. Pavić, V., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2010, str. 306.

4 Objavljen u Službenom listu SFRJ br. 43/1982, 72/1982.

5 Službeni list RBiH br. 2/1992. Uredba je potvrđena Zakonom o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom, objavljen u Službeni list RBiH, br. 13/1994.

6 Izuzeta predstavlja Slovenija koja je već 1999. godine donijela novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu.

7 Zakon za međunarodno privatno pravo od 2007. Godinu, Službeni vesnik na Republika Makedonija, br. 87/2007.

8 Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Europske zajednice i njenih država, s jedne strane, i Bosne i Hercegovine, s druge strane, potpisan je 16. 6. 2008. Cijeloviti tekst Sporazuma na web-stranici Vijeća ministara BiH, <http://www.dei.gov.ba>. (27. 9. 2009.)

zakonodavstvom Zajednice (čl. 1. st. 2. tač. d), Bosna i Hercegovina je očitovala svoje opredjeljenje „za usklađivanjem postojećeg zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice i nastojanje da osigura postepeno usklađivanje svojih postojećih zakonodavstava i budućeg zakonodavstva sa pravnom stečevinom Zajednice (čl. 70.). Međutim, i prije potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, čak prije otpočinjanja procesa stabilizacije i pridruživanja (pregovori su započeli 2006. godine), u vrijeme kada na međunarodnoj razini nije postojala obaveza preuzimanja *acquis communautaire*, na nacionalnoj razini 2003. godine uvedena je obveza za organe Bosne i Hercegovine da prilikom izrade novih propisa vode računa o suglasnosti s europskom pravnom stečevinom.⁹

Dodamo li ovim obavezama Bosne i Hercegovine i činjenicu da veliki broj naših građana danas živi na području Europske unije, postaje jasno od kolikog su značaja procesi usklađivanja domaćeg prava s europskim. Ovo usklađivanje, u sadržajnom smislu i u praksi, za Bosnu i Hercegovinu ponajprije znači prihvatanje, usvajanje europskog prava, odnosno njegove pravne stečevine kao pretpostavke koju su morale ispuniti i druge države koje su pristupile Europskoj uniji. U trenutku stupanja u članstvo mora postojati visok stupanj kompatibilnosti s pravom Europske unije. Zbog toga je od posebne važnosti vidjeti na kojem se dijelu puta nalazi bosanskohercegovačko pravo, odnosno ocijeniti stupanj usklađenosti domaćih propisa s europskim, te ukazati na moguće pravce harmonizacije.

U prvom dijelu rada osvrnut ćemo se na kompatibilnost domaćih rješenja sa europskim u oblasti izbora mjerodavnog prava. Drugi dio rada odnosit će se na usklađenost domaćih rješenja s europskim u oblasti određivanja međunarodne nadležnosti. Relevantni europski akti za oblasti razvoda braka su: Uredba 2201/2003 o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u bračnoj materiji i materiji roditeljskog staranja¹⁰ (u daljem tekstu Uredba Brissel IIa) i Uredba (EU) br. 1259/2010 o provođenju pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka¹¹ (u daljem tekstu Uredba Rim III). U trećem dijelu rada ukazat ćemo na moguće pravce harmonizacije domaćeg međunarodnog brakorazvodnog prava sa pravom EU.

9 Odluka o procedurama u postupku harmonizacije zakonodavstva BiH sa *acquis communautaire*, Službeni glasnik BiH, 44/2003.

10 Službene novine EU br. L 338/1 od 23.12.2003.

11 Usvojena je 20. 12. 2010. (Službenom listu Europske unije L 343 od 29.10.2010., str. 10.), a primjenjuje se, sukladno čl. 21., od 21.6.2012. godine u četrnaest država članica potpisnice ove Uredbe (Austrija, Belgija, Bugarska, Francuska, Italija, Letonija, Luksemburg, Mađarska, Malta, Njemačka, Portugal, Rumunjska, Slovenija, Španjolska).

2. Usklađenost domaćih kolizionih normi sa rješenjima Uredbe Rim III

Osnovna karakteristika domaćih kolizionih normi (čl. 35. ZMPP) jeste da se kao primarna tačka vezivanja uzima državljanstvo, odnosno zajedničko državljanstvo bračnih partnera. Time je zakonodavac istakao stav o pripadanju i prihvatanju europske kontinentalne pravne tradicije, ali i osigurao da statusna pitanja fizičkih osoba budu podvrgnuta njihovom državljanstvu. U nedostatku zajedničkog državljanstva zahtijeva se kumulativna primjena prava država čiji su državljani bračni partneri, što za posljedicu ima da će se razvod braka moći izreći samo ukoliko budu ispunjeni uvjeti koje postavlja strože pravo (čime se otežava razvod braka). Zakonodavac je time pokazao da je skloniji tradiciji, s tim da se ne smije zaboraviti da ovo rješenje ipak garantira priznanje odluke o razvodu braka u zemljama čiji su državljani bivši bračni partneri. ZMPP također sadrži i pravila *in favorem divortii*, koja određuju kao mjerodavno domaće pravo, ukoliko je jedan od bračnih partnera domaći državljanin, pa i onda kada to nije slučaj, ako je u vrijeme podnošenja tužbe jedan od bračnih partnera imao prebivalište u Bosni i Hercegovini. Na taj način zakonodavac je pokazao da slijedi i trend olakšavanja razvoda braka ako postoji veza s domaćim pravnim poretom.

Kolizionopravna rješenja sadržana u Uredbi Rim III predstavljaju novost za većinu država članica. Primarna tačka vezivanja jeste autonomija volje. Bračni partneri mogu birati između sljedećih alternativa (član 5.): prava države u kojoj su bračni partneri, u momentu izbora mjerodavnog prava, imali zajedničko redovno boravište, ili prava države u kojoj su bračni partneri imali posljednje zajedničko redovno boravište, ukoliko jedan od njih, u momentu izbora mjerodavnog prava, još uvijek tu ima redovno boravište, ili prava države čije državljanstvo posjeduje jedan od bračnih partnera u momentu izbora mjerodavnog prava, ili prava države suda. Ukoliko bračni partneri nisu postigli sporazum, za razvod ili rastavu braka bit će mjerodavno jedno od sljedećih prava: pravo zajedničkog redovnog boravišta bračnih partnera u momentu pokretanja postupka, ili pravo posljednjeg zajedničkog redovnog boravišta bračnih partnera, ukoliko ono nije prestalo godinu dana od početka postupka i jedan od bračnih partnera još uvijek tu ima redovno boravište, ili pravo zajedničkog državljanstva bračnih partnera u momentu pokretanja postupka, ili pravo države suda.

Domaće kolizione norme, kao što vidimo, znatno odstupaju od pravila sadržanih u Uredbi Rim III. S obzirom na nizak stepen usklađenosti domaćih rješenja s europskim, s pravom se postavlja pitanje

njihove prihvatljivosti za Bosnu i Hercegovinu. Kao ključno, nameće se pitanje mogućnosti prihvaćanja autonomije volje u oblasti međunarodnog brakorazvodnog prava.

3. Uskladenost domaćih sa rješenjima Uredbe Brissel IIa

Uspoređujući odredbe o nadležnosti u bračnim sporovima propisane u ZMPP i odredbe Uredbe Brissel IIa možemo, kao prvo, uočiti razliku koja slijedi iz same pravne prirode teksta Uredbe i teksta našeg ZMPP, a to je da se Uredbom određuje izravna nadležnost sudova neke od država članica Europske unije, a našim pravilima izravna međunarodna nadležnost bosanskohercegovačkih sudova. Opća međunarodna nadležnost bosanskohercegovačkih sudova utemeljena je na načelu *actor sequitur forum rei* (čl. 46. st. 1. ZMPP). Za razliku od Uredbe 2201/2003 koja se u čl. 3. st. 1. tač. a. crt. 3. koristi poveznicom redovnog boravišta, bosanskohercegovački zakonodavac koristi se poveznicom prebivališta tuženika. U slučaju kada tuženi nema prebivalište na teritoriji Bosne i Hercegovine, ZMPP sadrži pravila o posebnoj međunarodnoj nadležnosti domaćeg suda koja su jednako kao i u čl. 3. Uredbe Brissel IIa postavljena alternativno. Jedan od propisanih alternativa i u ZMPP (čl. 61. st. 1. tač. 1.) i u Uredbi Brissel IIa (čl. 3. st. 1. tač. b.) jeste zajedničko državljanstvo bračnih partnera. Određena sličnost postoji i kada se radi o alternativnoj poveznici posljednjeg zajedničkog prebivališta, samo što je u ZMPP postavljen dodatni zahtjev da tužilac u vrijeme podnošenja tužbe ima prebivalište ili boravište u Bosni i Hercegovini (čl. 61. st. 1. tač. 3.). Uredba 2201/2003 govori o posljednjem zajedničkom boravištu, a kao dodatni uvjet postavlja se zahtjev da jedan od bračnih partnera još uvijek tu ima boravište (čl. 3. st. 1. tač. a. crt. 2.). Nadležnost s obzirom na podnositelja zahtjeva (*forum actor*) propisan je i u slučaju kada je on državljanin Bosne i Hercegovine i ima prebivalište u Bosni i Hercegovini. Uredba 2201/2003 također propisuje nadležnost s obzirom na tužioca, ali je veže za njegovo redovno boravište u određenom vremenskom periodu (čl. 3. st. 1. tač. a. crt. 5. i 6.). Međunarodna nadležnost bosanskohercegovačkog suda predviđena je i u slučaju kada su bračni partneri strani državljani. Za razliku od Uredbe Brissel IIa, koja propisuje da je zajedničko redovno boravište u državi članici dovoljno za uspostavu nadležnosti njenog suda (čl. 3. st. 1. tač. a. crt. 1.), ZMPP, osim teritorijalne veze – zajedničko prebivalište u Bosni i Hercegovini – zahtijeva još dvije pretpostavke, i to: pristanak tuženika i da je po propisima države zajedničkog državljanstva bračnih

partnera ta nadležnost dopuštena (čl. 62.). U skladu s načelom razrješivosti braka prihvaćenim u našem pravu i radi zaštite domaćih državljana, ZMPP sadrži pravilo o nadležnosti prema kojem će bosanskohercegovački sud biti nadležan za razvod braka ako je tužilac naš državljanin, a pravo države čiji bi sud bio nadležan ne predviđa institut razvoda braka (čl. 63.).

Osnovna razlika koja proizlazi iz ove kratke usporedbe čl. 3 Uredbe 2201/2003 s bosanskohercegovačkim propisima o međunarodnoj nadležnosti jeste u osnovnom kriteriju koji se koristi za uspostavljanje nadležnosti. I ZMPP i Uredba 2201/2003 koriste se objektivnim kriterijima, ali je to u ZMPP prebivalište, a u Uredbi 2201/2003 redovno boravište. Sličnost je u tome što i jedan i drugi izvor predviđaju nadležnost foruma zajedničkog državljanstva, foruma tuženika i, pod određenim uvjetima, foruma tužioca. Sasvim je jasno da je jedno od osnovnih pitanja prilikom buduće reforme bosanskohercegovačkog procesnog međunarodnog privatnog prava radi njegova usklađivanja s europskim pravom biti prihvaćanje kriterija redovnog boravišta uz kriterij prebivališta, ili umjesto njega.

4. Mogući pravci harmonizacije

4. 1. Prihvaćanje kolizionopravne autonomije za razvod braka

U skladu sa globalnim kretanjima u razvoju kolizionog prava u mnogim oblastima¹², europski zakonodavac Uredbom Rim III uvodi kolizionopravnu autonomiju volje u oblast bračnih odnosa. Ovakav pristup u skladu je sa zbivanjima koja se jasno mogu pratiti: s jedne strane norme koje donosi država u oblasti braka i porodice sve više „omekšavaju“ i omogućavaju bračnim partnerima da sami odrede dužinu trajanja i formu svog zajedničkog života. S druge strane mobilnost stanovništva u posljednjem desetljeću osjetno je porasla. Različito motivirane migracije otežavaju nacionalnom zakonodavcu jasno identificiranje države sa kojom su bračni partneri u najbližoj vezi.¹³ Kolizionopravna autonomija volje, u ovoj situaciji, nameće se kao vrlo dobro rješenje. U europskoj pravnoj teoriji navode se brojni razlozi u prilog proširenja koncepta autonomije volje i na druge pravne oblasti, a ne samo ugovorne odnose.

¹² Više u: Leible, S., *Parteiautonomi im IPR – Allgemeines Akknüpfungsprinzip oder Verlegenheilösung*, FS Erick Jayme, 2004, str. 485 – 503.

¹³ Basedow, J., *Das internationale Scheidungsrecht de EU, Anmerkungen zur Rom III –Verordnung* u: Borić, T., Lurger, B., Schwarzenegger, P., Terlitz, U., *Öffnung und Wandel – Die internationale Dimension des Rechts II*, FS für Willibald Posch, Wien, 2011., str. 21.

Uvođenje autonomije volje znači, u izvjesnom smislu, odstupanje od slijepe kolizije pravičnosti koja izbor mjerodavnog prava čini predvidljivim i davanje izvjesne prednosti materijalnoj pravičnosti koja podrazumijeva da stranke biraju ono pravo koje najbolje odgovara njihovim interesima. Volja stranaka, a ne neka druga tačka vezivanja, predstavlja vezu s izabranim „najboljim pravom“.¹⁴ Stranke imaju pravo, koje im se ne može osporiti, da svoje privatnopravne odnose podvrgnu zakonu koji najbolje odgovara njihovim interesima.¹⁵ Objektivne tačke vezivanja javljaju se kao supsidijarna vezivanja u situaciji kada stranke nisu izabrale mjerodavno pravo, ili radi zaštite prava trećih, odnosno općih društvenih interesa. Dakle, objektivne tačke vezivanja bi trebale predstavljati izuzetak, a ne pravilo.

U prilog autonomiji volje navodi se još jedan razlog značajan za razvoj europskog međunarodnog privatnog prava: reguliranje prekograničnih privatnopravnih odnosa krutim, imperativnim kolizionim normama predstavlja ograničenje temeljnih prava predviđenih Ugovorom o funkcioniranju EU, dovodi do neravnopravnog tretmana i diskriminacije učesnika tih odnosa u odnosu na reguliranje privatnopravnih odnosa koji nemaju međunarodni karakter.¹⁶ U tom smislu bi se uvođenjem autonomije volje anuliralo ograničenje osnovne slobode – slobode kretanja osoba u okviru koje razlikujemo sloboda izbora poslovnog nastana - čl. 49. i sloboda kretanja radnika - čl. 45.¹⁷ Bračnim partnerima koji imaju redovno boravište u državi čije državljanstvo ne posjeduju treba omogućiti da umjesto prava zajedničkog državljanstva izaberu pravo redovnog boravišta za reguliranje njihovih bračnih odnosa.¹⁸ Njihov je izbor izraz njihove integracije u toj državi, te drugačiji tretman u odnosu na državljane te države ne bi biti opravdan.

Nadalje, navodi se da prihvaćanje autonomije volje utječe na povećanje razine pravne sigurnosti kao posljedica predvidljivosti mjerodavnog prava,¹⁹ što uveliko doprinosi stabilnosti privatnopravnih odnosa na međunarodnom planu.

¹⁴ Leibel, S., *op. cit.*, str. 503.

¹⁵ Henrich, D., *Parteiautonomi, Privatautonomi und kulturelle Identität*, FS Erick Jayme, 2004, str. 321.

¹⁶ Lurger, B., *Zukunftsperspektiven für europäische Familien- und Erbrecht u: Bäck, E., (Hrsg) Familien- und Erbrecht: Europas Perspektiven*, Wien, 2007., str. 69.

¹⁷ Von Wimowsky, P., *EG-Vertarg und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit*, RabelsZ 62, 1998., str. 3., Rühl, G., *Die Kosten der Rechtswahlfreiheit*, RabelsZ 71, 2007., str. 590-591.

¹⁸ Henrich, D., *op. cit.*, 323.

¹⁹ Leibel, S., *op. cit.*, str. 503.

U pogledu izbora dominantne tačke vezivanja u oblasti bračnih odnosa, još uvijek je prisutna konkurencija između državljanstva kao personalne tačke vezivanja, domicila i redovnog boravišta kao teritorijalnih veza, te *lex fori* na kojem insistira jedan broj država. Cjelokupno međunarodno porodično pravo obilježeno je nemogućnošću država članica Europske unije da postignu dogovor u pogledu primarne tačke vezivanja.²⁰ Ovo pitanje podijelilo je države i njihove pravne sisteme na dva bloka i predstavlja smetnju procesu ujednačavanja kolizionih normi. Uvođenjem autonomije volje u ovu oblast zaobilazi se spomenuti konflikt, pozitivno se utječe na rješavanja međunarodnih razvoda braka i olakšava priznavanje stranih brakorazvodnih odluka.

Autonomija volje, bez obzira na to da li se njeno uvođenje obrazlaže davanjem prednosti materijalnoj pravičnosti ili zahtjevom za ispunjenjem temeljnih sloboda, ne može biti opći princip u međunarodnom bračnom pravu. Prednost treba dati ograničenoj autonomiji volje, odnosno davanjem mogućnosti izbora između onih zakonodavstava koja je zakonodavac fiksirao kao tijesno povezana s odnosima te vrste.²¹ Ovakav pristup ima oslonac i u Savignyjevoj teoriji o „sjedištu pravnog odnosa“, prema kojoj se, kao mjerodavno, treba primijeniti pravo one države kojoj privatnopravni odnos „pripada“, odnosno s kojim postoji najtješnja veza.²² Na ovaj način se štite same stranke, bračni partneri od mogućnosti da se na njihov razvod braka primijeni pravo države sa kojom nisu ni na koji način povezani.

Razlozi koji se u europskoj pravnoj teoriji navode u prilog autonomije volje smatramo u potpunosti prihvatljivim i za naše pravo. Ovo posebno ako imamo u vidu već spomenutu obavezu Bosne i Hercegovine na usklađivanje domaćih propisa s europskim, novije nacionalne reforme međunarodnog privatnog prava koje idu u pravcu prihvatanja autonomije volje u oblasti bračnog prava (posebno one u regiji), te činjenicu da veliki broj naših građana živi, trajno ili privremeno, na području Europske unije.

4.2. Prihvatanja redovnog boravišta

Komunitarno međunarodno privatno pravo razvija se u pravcu prihvatanja redovnog boravišta kao primarne tačke vezivanja za

20 Rauscher, H., *Heimatlos in Europa? - Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzip im IPR* u: FS Erick Jayme, 2004, str. 730.

21 Volja jedne osobe da kao personalno pravo izabere pravo države X, dakle bilo koje pravo, ne može se uzeti kao dovoljno snažan težišni kontakt. Kohler, C., *Einfluss der Globalisierung auf die Wahl der Anknüpfungsmomente im Internationalen Familienrecht* u: Freitag, R., Leible, S., Sippel, H., Wanitzke, U., *Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert*, 2006., str. 11.

22 Von Savigny, K.F., *System des heutigen Römischen Recht VIII*, 1849, str. 43.

određivanje mjerodavnog prava i kao osnovnog kriterija za određivanje međunarodne nadležnosti.²³ To je i razumljivo s obzirom da je primjena državljanškog principa u Europskoj uniji u određenoj mjeri sužena (ali ne i odbačena) uslijed pravila primarnog prava. Ovdje se, prije svega misli, na opću zabranu diskriminacije na osnovu državljanstva sadržanu u čl. 18. Ugovora o funkcioniranju EU, te posebne odredbe o slobodnom kretanju osoba: sloboda kretanja i boravka – čl. 20. i 21., sloboda poslovnog nastana - čl. 49, sloboda pružanja usluge - 56 i sloboda kretanja radnika - čl. 45. Redovno boravište jednostavan je koncept koji podrazumijeva boravljenje na određenoj teritoriji i određenu stalnost tog boravka. Nedostaje mu, dakle, voljni element, odnosno namjera osobe da tu živi.²⁴ Odsustvo subjektivnog elementa u pojmu redovnog boravišta omogućava njegovo jednostavnije utvrđivanje u odnosu na prebivalište. Redovno boravište smatra se vrstom činjeničnog prebivališta.²⁵ Pored toga, koncept prebivališta podlozan je različitom tumačenju u okviru nacionalnih zakonodavstava, te bi primjena redovnog boravišta umjesto prebivališta otklonila ovaj problem. Favoriziranje redovnog boravišta pravda se postojanjem očigledne veze između osobe i države u kojoj je njeno središte života i rada: pitanja osobnog statusa trebala bi biti podvrgnuta pravu države u kojoj ta osoba živi i radi. To posebno vrijedi za razvod braka jer bračni partneri žele se razvesti tamo gdje žive i ne računaju na brakorazvodno pravo države čiji su državljani.²⁶ Prihvatanje redovnog boravišta predstavlja odgovor na pojačanu mobilnost europskih građana, potječe integraciju ljudi, pozitivni utječe na njihovu asimilaciju u novu sredinu: svi građani jedne države bivaju podvrgnuti jednakom pravu bez obzira na njihovo državljanstvo. Prilikom izrade Druge briselske konvencije,²⁷ prvi put je usvojeno redovno

23 Favoriziranje redovnog boravišta od strane europskog zakonodavca sasvim je razumljivo ako EU promatramo kao zajednicu država članica od kojih svaka ima zakonodavnu samostalnost te se kod pravnih odnosa povezanih sa više država članica javlja sukob zakona internog karaktera. Možemo je usporediti i sa SFRJ, koja je zbog složene unutarnje strukture, pet republika i dvije autonomne pokrajine, te podjele nadležnosti između federacije i republika (pokrajini), donijela posebna pravila o rješavanju internog sukoba zakona. Primarna tačka vezivanja u oblasti bračnih i porodičnih odnosa bilo je prebivalište, a državljanstvo teritorijalne jedinice javljalo se kao supsidijarno rješenje.

24 Više o tome u: Varadi, T., *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad, 1990, str. 183–187. Muminović, E., *Međunarodno privatno pravo*, Sarajevo, 2006., str. 119–126.

25 Više o tome u: Sajko, K., *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb, 2009, str. 136.

26 Rauscher, T., *op. cit.*, str. 733.

27 Briselska konvencija o nadležnosti i i priznanju i izvršenju presuda u bračnim predmetima (Službene novine C 221 od 16. 7. 1998.) služila je kao osnova za izradu Uredbe 1347/2000 o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u bračnim

boravište kao kriterij za zasnivanje međunarodne nadležnosti umjesto prebivališta. Ono je okarakterizirano kao činjenica koja ispunjava zahtjev objektivnosti, istaknuto je da je ono u interesu stranaka i da osigurava fleksibilnost pravila u uvjetima mobilnosti pojedinaca, a da ne žrtvuje pravnu sigurnost.²⁸ Pojam „redovno boravište“ u europskom pravu, iako predstavlja centralnu poveznicu u Uredbi Brissel II i Uredbi Rim III, ali i u Uredbi 4/2009, Uredbi Rim I i Uredbi Rim II, nije svjesno definiran²⁹, već je određivanje prepušteno praksi. Sud EU je u slučaju Swaddling³⁰ zauzeo stav da je redovno boravište neke osobe u onoj državi u kojoj ona redovno boravi i gdje joj je uobičajni centar interesa. Od značaja su i odluke Suda EU u predmetu J. McB/L.E.³¹ i u predmetu Mercedi/Cfaffe³² te odluke austrijskog Vrhovnog suda³³ i njemačkog Višeg okružnog suda³⁴, u kojima

predmetima i predmetima roditeljska odgovornosti za zajedničku djecu bračnih partnera (Službene novine L 160 od 16. 6. 2000.), a ova je kasnije pretočena u Uredbu 2201/2003.

28 Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen aufgrund von Artikel K. 3 des Vertrags über die Europäische Union über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen, Službene novine EZ, C 221/27, 16.7.1998.

29 To ne znači da se postojanje ili nepostojanje redovnog boravišta smije utvrđivati prema pravu svake države članice, već se traži da se taj koncept određuje autonomno imajući u vidu kriterije utvrđene unutra EU. Pored prakse sudova potrebno je navesti i Borrás Report (1998) koji upućuje na definiciju pojma „stalno prebivalište“ dano od strane Suda EU u vezi sa primjenom Briselske konvencije iz 1968. godine. Prema toj definiciji odlučujuće je „mjesto u kojem je osoba ustanovila, na postojanom temelju, stalno i uobičajno središte svojih interesa, dodjelila mu postojanost, pri čemu se za utvrđivanje tog boravišta trebaju uzeti u obzir sve bitne činjenične okolnosti.“ - Odluka u predmetu P.M. *Fernandez v. Commission of the EC*, od 15. 9. 1994., C-452/93 Zbirka odluka Europskog suda 1994I 4301, br. 22.. s obzirom da je Uredba Brissel II (zamišljena kao *lex specialis*) potekla od Uredbe Brissel I (zamišljene kao *lex generalis*), općeprihvaćen je stav da bi oba akta trebala slijediti i ista načela. To znači da bi identične izraze trebalo tumačiti na isti način te bi i praksu Suda EU u vezi sa Uredbom Brissel I trebalo uzimati u obzir i u vezi sa Uredbom Brissel II, odnosno Uredbom Brissel IIa (Borrás Report (1998), tač. 6.). Vidjeti u Medić Musa, I., *Komentar uredbe Bruxelles II bis u području roditeljske skrbi*, Osijek, 2012., str. 58-59.

30 Vidi predmet C-90/97, Robin Swaddling v. Adjudication Officer, presuda od 25.2.1999, paragraf 29

31 Sud EU, C-400/10 PPU, 2011, presuda od 5.10.2010.

32 Sud EU, C-497/10 PPU, 2011, presuda od 22.12.2010; vidjeti u: IPRax 4/2012, str. 340-345; iFamZ, mart 2011., str. 103.

33 OGH, 16.11.2010, 5 Ob 194/10f; vidjeti u: IPRax 4/2012, str. 350-351; iFamZ, mart 2011., str. 104.

34 OLG Stuttgart – Brüssel IIa – VO (VO (EG) Nr. 2201/2003) Art. 2 Nr. 7 S. 2,8 (17. ZS – FamS -, Beschluss v. 30.3.2012 – 17 UF 338/11); FamRZ 18/2012, str. 1503.

se kao i ranije spomenutoj radi o odvođenju djeteta, ali iz kojih se mogu, izričito ili prešutno, izdvojiti četiri principa bitna za određivanje pojma redovnog boravišta uopće: 1. Tumačenje se vrši autonomno; 2. Pojam je činjenične prirode; 3. I tek rođeno dijete dobiva rođenjem redovno boravište; 4. Redovno boravište, osim u izuzetnim slučajevima, ne podrazumijeva dužinu trajanja.³⁵ Osoba ima redovno boravište u državi u kojoj je njeno sjedište života i rada. Redovno boravište odražava centar životnih interesa osobe. Ako je nejasno ima li osoba redovno boravište u određenoj državi, potrebno je uzeti u obzir sve činjenične okolnosti, kojima se može utvrditi da se ne radi samo o prolaznom i trenutnom prisustvu u toj državi. Pri tome se posebno, u svakom konkretnom slučaju, trebaju razmotriti sljedeće činjenice: razlozi boravka, starost osobe, stepen integracije u okruženje, dužina boravka.³⁶ Dakle redovno boravište treba biti ojačano kroz porodične, poslovne i socijalne veze sa državom boravka, da tu bude efektivno središte života i rada, a da dužina boravka bude samo jedna od mnogih objektivnih indicija koje treba uzeti u obzir.³⁷ To jasno proizlazi iz odluke Suda EU iz 2009. godine, koji je dao tumačenje ove poveznice ističući, između ostalog, da redovno boravište odgovara mjestu u kojem je došlo do određene integracije djeteta u socijalno i familijarno okruženje. Sud države članice će odrediti redovno boravište djeteta uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, a posebno dužinu, redovnost i okolnosti boravka u državi članici, razloge boravka i preseljenja familije u tu državu, državljanstvo djeteta, mjesto i okolnosti školovanja, poznavanje jezika kao i familijarnu i socijalnu vezu djeteta sa tom državom.³⁸ Interesantno je navesti mišljenje generalnog advokata Kokotta od 29. 1. 2009. koje je dao Sudu EU u vezi sa spomenutim slučajem, a u odnosi se na pojam redovnog boravišta: „Redovno boravište djeteta nalazi se u mjestu, u kojem se, sagledavajući sve relevantne činjenične okolnosti, posebno dužinu i redovnost boravka, kao i familijarne i socijalne veze, nalazi

35 Siehr, K., *Kindesentführung und EuEheVO*, IPRax 4/2012., str. 317.

36 *Ibidem*.

37 Njemački Viši okružni sud navodi sljedeće „... ako je boravak trajao šest mjeseci, prihvata se redovno boravište...” (OLG Stuttgart – Brüssel IIa – VO (VO (EG) Nr. 2201/2003) Art. 2 Nr. 7 S. 2,8 (17. ZS – FamS –, Beschluss v. 30.3.2012 – 17 UF 338/11); FamRZ 18/2012, str. 1503); Austrijski Vrhovni sud navodi da „... potvrđivanje redovnog boravka u Austriji nakon godinu dana boravka,....., ne predstavlja nerazumno tumačenje komunitarnog prava“ (OGH, 16.11.2010, 5 Ob 194/10f, iFamZ, mart 2011., str. 104.).

38 EuGH, Urteil v. 2.4.2009. – Rs. C-523/07 – A, Slg. 2009, I - 2805, Vidjeti u: Basedow, J., *Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union*, IPRax 2/2011, str. 115.

središte njegovih životnih aktivnosti“.³⁹ Upravo svakodnevne životne aktivnosti vezuju osobu za određenu teritoriju, te ta veza, bez obzira na njeno državljanstvo, izražava središte njenih životnih odnosa te je podobna za određivanje mjerodavnog prava i međunarodne nadležnosti. Pored europskog prava, redovno boravište rasprostranjeno je u konvencijskom i usporednom međunarodnom privatnom pravu. Haške konvencije široko primjenjuju ovu tačku vezivanja i upravo je zahvaljujući njima redovno boravište ušlo u bosanskohercegovačko međunarodno privatno pravo: Haška konvencija o formi testamenta iz 1961., Haška konvencija o mjerodavnom pravu za drumske nesreće iz 1971., Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece iz 1980. Nacionalne kodifikacije međunarodnog privatnog prava, posebno novije, daju primat principu redovnog boravišta u odnosu na druge tačke vezivanja specifične za oblast međunarodnog porodičnog prava, npr. bugarski ZMPP iz 2005. (čl. 4. st. 1., čl. 6. st. 1., čl. 7. st. 1., čl. 82. st. 2.), belgijski ZMPP iz 2004. (čl. 5., čl. 42., čl. 55. St. 1., 2. i 3.), turski ZMPP iz 2007. (čl. 14. I). Njemački zakonodavac je postojeći čl. 17. Uvodnog zakona u njemačku Građanski zakonik koji regulira razvod braka vezivanjem za državljanstvo zamijenio rješenjima Uredbe Rim III koja kao primarnu tačku vezivanja uzima redovno boravište. Jednaka je situacija i u svim drugim državama članicama koje su obuhvaćene mehanizmom pojačane suradnje u oblasti razvoda braka. Reforma međunarodnog privatnog započeta u susjednim zemljama ide u pravcu harmonizacije domaćeg prava sa pravom EU što, između ostalog, podrazumijeva prihvatanje redovnog boravišta.⁴⁰

Koncept redovnog boravišta sa navedenim karakteristikama i razlozima njegovog uvođenja u europskom međunarodno privatnom pravu smatramo prihvatljivim za bilo koju državu, pa tako i za Bosnu i Hercegovinu. Ovo posebno ako imamo u vidu da Bosna i Hercegovina slijedi općeprihvaćeni trend liberalizacije razvoda braka koji se ogleda u

39 Pirrung, J., *Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes bei internationalem Wanderleben und Voraussetzungen für die Zulässigkeit einstweiliger Massnahmen in Sorgerechtsachen nach der EuEheVO*, IPRax 1/2011, str. 51.

40 Vidjeti za Srbiju: Bordaš, B., *Harmonizacija domaćeg prava sa pravom Evropske unije na primeru razvoda braka sa stranim elementom* u: Petrović, M., Đorđević, S., *Savremena pitanja međunarodnog privatnog prava i evropskog privatnog prava*, Kragujevac, 2011., str. 169 – 186; za Crnu Goru: Kostić Mandić, M., *Koncept autonomije volje u novom međunarodnom privatnom pravu Crne Gore* u: Petrović, M., Đorđević, S., *Savremena pitanja međunarodnog privatnog prava i evropskog privatnog prava*, Kragujevac, 2011, str. 157 – 168; za Hrvatsku u: Sajko, K., Sikirić, H., Bouček, V., Babić, D., Tepeš, N., *Izvori hrvatskog i europskog međunarodnog privatnog prava*, Zagreb 2001, str. 259 – 340. - DODATI

prihvatanju pravila *in favorem divortii* u korist primjene domaćeg prava. Vezivanje za redovno boravište predstavlja vrlo često sinonim za primjenu *lex fori* i udovoljava potrebama države prijema. Primjena domaćeg prava je i olakšanje za suce, jer primjenjuju pravo koje najbolje poznaju, a i oslobođeni su svih onih problema vezanih za primjenu stranog prava: saznanje, tumačenje, odstupanje od primjene stranog prava itd. Naravno, primjena *lex fori* zahtijeva postojanje dovoljno snažne veze sa domaćom državom koja to opravdava. Usvajanje redovnog boravišta ne bi značilo eliminaciju državljanstva, već bi zajedničko državljanstvo bračnih partnera i dalje moglo biti činjenica na osnovu koje se može odrediti mjerodavno pravo, sporazumom ili kao objektivna tačka vezivanja, odnosno kriterij na osnovu kojeg bi se mogla zasnovati međunarodna nadležnost.

5. Zaključak

Reforma bosanskohercegovačkog međunarodnog privatnog, pa tako i brakorazvodnog prava, rad je koji očekuje nadležne organe u Bosni i Hercegovini prije ili kasnije.⁴¹ U tom radu postaviti će se i pitanje da li reforma treba ići u pravcu harmonizacije domaćeg prava sa pravom Europske unije. Mislimo da to nije pitanje izbora, već da se radi o obavezi koju Bosna i Hercegovina treba ispuniti na svom putu prema Europske unije, a koju su bile dužne ispuniti i druge države članice. Naravno, rješenja domaćeg prava ne trebaju biti identična onima iz Uredbe Brissel IIa i Uredbe Rim III, što nije cilj ni u samoj EU. Ona trebaju biti usklađena sa postojećim *caqius communautaire* (pravnom tekovinom; „europskim međunarodnim privatnim pravom“) u ovoj oblasti. Upravo zbog toga je značajno usporediti domaća rješenja sa onima sadržanim u izvorima Europske unije, kao bi se utvrdilo u kojoj mjeri odstupaju od europskih te ukazati na moguće pravce harmonizacije. Pored rješenja europskog zakonodavca, od značaja su i konvencijska i usporedna (posebno regionalna) rješenja u oblasti međunarodnog brakorazvodnog prava.

Analiza domaćih rješenja sadržanih u ZMPP i europskih sadržanih u Uredbi Brissel IIa i Uredbi Rim III pokazuje značajne razlike u pogledu primarne tačka vezivanja i kriterija za izbor mjerodavnog prava. Domaća koliziorna norma polazi od državljanstva kao polaznog rješenja, pod

41 Prof. dr. Valerija Šaula smatra da ne postoji realna urgentna potreba za promjenom postojećeg zakonodavnog okvira u ovoj oblasti, jer su postojeća rješenja sasvim adekvatna. Šaula, V., Da li je došlo vrijeme za donošenje novih zakona o međunarodnom privatnom pravu u Bosni i Hercegovini, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka 2011, God. 33, Broj. 33, str. 91 – 103.

određenim uvjetima dozvoljava i primjenu domaćeg prava. Uredba Rim III uzima autonomiju volje kao primarnu tačku vezivanja, a u slučaju nedostatak sporazuma o izboru mjerodavnog prava, predviđa objektivne tačke vezivanja: redovno boravište, aktualno ili posljednje, zajedničko državljanstvo i *lex fori*. Osnovni kriterij za određivanje međunarodne nadležnosti u domaćem pravu je prebivalište, a u europskom je redovno boravište, s tim da i u jednom i u drugom izvoru susrećemo rješenja koja predviđaju nadležnost foruma zajedničkog državljanstva.

Razmatrana pravila Europske unije, spomenuta konvencijska i usporedna rješenja dobra su osnova za određivanje pravaca razvoja bosanskohercegovačkog međunarodnog brakorazvodnog prava. Dva pitanja nameću se kao ključna: prvo, mogućnost prihvatanja kolizionopravne autonomije volje i, drugo, usvajanje kriterija redovnog boravišta uz kriterij prebivališta, ili umjesto njega u oblasti izbora mjerodavnog prava i određivanja međunarodne nadležnosti.

Smatramo da aktualna situacija u Bosni i Hercegovini, koju karakterizira težnja za članstvom u Europskoj uniji, veliki broj naših građana koji, privremeno ili stalno, borave u nekoj od država članica, skorašnje članstvo Hrvatske u EU (od 1. 7. 2013. godine Bosna i Hercegovina graničit će sa Europskom unijom), reforme međunarodnog privatnog prava u zemljama regije koje idu u pravcu harmonizacije domaćeg prava sa pravom EU, kao i razlozi koji se europskoj pravnoj teoriji navode u prilog prihvatanja kolizionopravne autonomije volje i redovnog boravišta, daju pozitivan odgovor na oba pitanja.

Dakle, bosanskohercegovačko međunarodno brakorazvodno pravo trebalo bi se razvijati u pravcu prihvatanja kolizionopravne autonomije volje i usvajanja redovnog boravišta kao tačke vezivanja i kao kriterija za određivanje međunarodne nadležnosti. To ne bi značilo, važno je napomenuti, eliminaciju državljanstva, odnosno zajedničkog državljanstva bračnih partnera kao poveznice u međunarodnom brakorazvodnom pravu.

Assistant Professor, Anita Duraković, LL.D.
University of „Džemal Bijedić“, Faculty of Law

Divorce in private international law in the Bosnian and European Law - The Possible Directions of Harmonization

Summary:

Membership in the European Union as a political goal for Bosnia and Herzegovina presupposes a need to harmonize legislation of Bosnia and Herzegovina with the European Union law. This means changing the existing solutions in line with those contained in the regulations of the European Union. For this reason it is important to compare the domestic provisions with those contained in the sources of the European Union, in order to determine the extent to which they differ from the existing solutions in the European Union, and to indicate the possible direction of harmonization. Besides the European legislature, conventional and comparative (especially regional) solutions in the area of international divorce law are also important. Analysis of local solutions contained in the International Private Law Act (ZMPP) and the European solutions, contained in Regulation Brussels IIa and Regulation Rome III show some differences which could be overcome by introducing collision regulation of the autonomy of will in the domain of divorce, as well as by adopting the habitual residence as a connection point for determining the applicable law, and as a criterion for determining the international jurisdiction.

Keywords: divorce in private international law, the harmonization of international divorce law, collision regulation of the autonomy of will, habitual residence.