

Ramajana Demirović, mr. sc
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

NOVI PRAVCI U PRAVNOM REGULISANJU VANBRAČNE ZAJEDNICE U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM PRAVU

Sažetak: Vanbračna zajednica u bosanskohercegovačkom pravu uživa određeni stepen pravne zaštite još od kraja sedamdesetih godina prošlog stoljeća. Analizirajući postojeća legislativna rješenja i sudsku praksu, autorica u radu ukazuje na neka otvorena pitanja u pravnom regulisanju vanbračne zajednice i razmatra moguće pravce njenog unapređenja. Analiza nije smještena isključivo u kontekst porodičnog zakonodavstva, budući da osnov za pravno regulisanje vanbračne zajednice i njenih učinaka proizilazi iz ustavnog načela zaštite porodice i djece, prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, prava na mirno uživanje imovine te zabrane diskriminacije po osnovu statusa, čime se otvara prostor za normiranje učinaka ove zajednice i u drugim oblastima prava kao što su nasljeđivanje, radni odnosi, penzijsko-invalidsko i socijalno osiguranje, poresko pravo itd. Autorica zaključuje da je kroz pravno unapređenje ustanove vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu potrebno težiti kvalitetnijim rješenjima u cilju povećanja stepena ekonomske i pravne zaštite vanbračnih partnera, kao i povećanja pravne sigurnosti koja se, između ostalog, ogleda u zaštiti trećih osoba koje stupaju u različite pravne odnose sa osobama iz vanbračnih zajednica

Ključne riječi: vanbračna zajednica, vanbračni partneri, dokazivanje vanbračne zajednice, registrovana vanbračna zajednica

UVOD

Savremena pravna nauka i sudska praksa stoje na stanovištu da se uspješno ostvarivanje prava na porodični život više ne može ograničiti isključivo na brak i porodicu zasnovanu na braku. U tom smislu, porodicom smatraju i druge forme zajednice života, pa između ostalih i

vanbračnu zajednicu. Historijski gledano, vanbračna zajednica je oduvijek bila sastavni dio društvene realnosti, ali svoju pravnu formu dobiva tek u novije vrijeme. Na području Evrope, trend normiranja učinaka vanbračne zajednice pokrenut je upravo u bivšoj Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji odnosno u njenim federativnim jedinicama. Vanbračna zajednica je kao ustanova porodičnog prava u Bosni i Hercegovini uređena od 1979. godine Porodičnim zakonom Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine.¹ Ovim propisom vanbračna zajednica je definisana i izjednačena sa brakom u pogledu prava na međusobno izdržavanje i drugih imovinskopravnih odnosa. Mogućnost istovremenog zasnivanja dvije ili više vanbračnih zajednica, zasnivanje vanbračne zajednice pored braka, istovremeno izdržavanje bračnog i vanbračnog partnera, neujednačena sudska praksa u pogledu tumačenja pravnog standarda 'duže vremena' kroz koji je bio normiran uslov potrebnog vremenskog trajanja vanbračne zajednice, samo su neki od nedostataka načina na koji je bila uređena vanbračna zajednica. Stoga je reformom porodičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini obuhvaćena i ustanova vanbračne zajednice. Upravo zbog činjenice da pravno uvažavanje vanbračne zajednice na teritoriji Bosne i Hercegovine datira još od kraja sedamdesetih godina prošlog stoljeća, generalna je percepcija vanbračne zajednice da je ona izjednačena sa brakom i izvan okvira porodičnog prava što, kako će se pokazati u ovom radu, nije tačno.

Iako su naša rješenja o faktičkoj zajednici života žene i muškarca još uvijek daleko naprednija od sličnih u uporednim zakonodavstvima, to ne znači da ne postoji potreba za njihovim poboljšanjima. Zakonsko određenje pojma vanbračne zajednice, pravna priroda, upravljanje i raspolaganje imovinom stečenom radom za vrijeme trajanja vanbračne zajednice, registracija „vanbračnih ugovora“, dokazivanje postojanja i registracija vanbračne zajednice su pitanja koja će biti obuhvaćena predstojećom analizom kroz prizmu njihovih mogućih dorada i unapređenja, a sve u funkciji jačanja pravne sigurnosti. Pored toga, ukazaće se na potrebu i opravdanost pravnog uvažavanja vanbračne zajednice i mimo okvira porodičnog prava.

Vanbračne zajednice ne nastaju isključivo radi izbjegavanja primjene pravila koja se odnose na brak, što je nerijetko argument protiv pravnog regulisanja vanbračne zajednice. Nastaju kao rezultat različitih životnih okolnosti, nekada kod vanbračnih partnera postoji ozbiljna namjera za

¹ Porodični zakon Republike Bosne i Hercegovine („Službeni list RBiH“, br. 21/79, 42/89)

sklapanjem braka koja nije realizirana zbog smrti ili teške bolesti jednog od partnera, nekada ta namjera može postojati kod samo jednog vanbračnog partnera, a nerijetko su osobe starije životne dobi sklonije zasnivanju vanbračne zajednice. To su samo neki od argumenata koji opravdavaju razmatranje mogućnosti dodatnog pravnog uređenja vanbračne zajednice a *Napoleonovu izreku da „Kohabitanti ignorišu pravo i stoga pravo ignoriše njih“* neprihvatljivom i neodrživom u savremenom pravu.²

1. VANBRAČNA ZAJEDNICA U PORODIČNOM ZAKONODAVSTVU

1.1. Pojam i konstitutivni elementi vanbračne zajednice

Kako je već istaknuto u uvodnom dijelu, donošenje zakona iz oblasti porodičnog prava u nadležnosti je entiteta i distrikta, što za posledicu ima postojanje različitih zakonskih rješenja u pogledu istih ustanova porodičnog prava, pa tako i u pogledu ustanove vanbračne zajednice.

Međusobna neusklađenost porodičnopravnih propisa prisutna je već kod određivanja pojma vanbračne zajednice. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine³ (u daljem tekstu PZ FBiH), kao i Porodični zakon Brčko Distrikta BiH⁴ (u daljem tekstu PZ BD) na izričit način definišu vanbračnu zajednicu, te kao njene konstitutivne elemente propisuju: zajednicu života, potrebno vremensko trajanje od najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete i uslov da vanbračni partneri nisu u braku ili vanbračnoj zajednici sa drugom osobom.⁵ Propisivanjem uslova slobodnog bračnog statusa, zakonodavac se opredijelio za zaštitu načela monogamije kao jednog od temeljnih načela savremenog porodičnog prava, a koje isključuje mogućnost da jedna osoba bude istovremeno i u braku i u vanbračnoj zajednici odnosno u dvije ili više vanbračnih zajednica, što nije bio slučaj sa ranijim propisom. Normiranje uslova da vanbračni partneri nisu u vanbračnoj zajednici sa drugom osobom, imalo bi svoj puni smisao samo ukoliko se u naše pravo uvede obaveza registracije vanbračne zajednice. U suprotnom, ostaje

2 Barlow, Ann i Probert, Rebecca, Addressing the Legal Status of Cohabitation in Britain and France: Plus ça change..., Web Journal of Current Legal Issues, 1999., str. 2., dostupno na: <<http://webjcli.ncl.ac.uk/1999/issue3/barlow3.html>>

3 Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH”, br. 35/05)

4 Porodični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BD“, br. 66/07)

5 Vidjeti čl. 3. PZ FBiH i čl. 5. PZ BD

moгуćnost za različite manipulacije i zloupotrebe⁶, što za posljedicu ima pravnu nesigurnost.

Porodični zakon Republike Srpske⁷ (u daljem tekstu PZ RS) izričito ne definiše vanbračnu zajednicu. Zaključak o njenim konstitutivnim elementima izvodimo posredno - iz odredbe o izjednačavanju vanbračne zajednice i braka u pogledu prava na međusobno izdržavanje i drugih imovinskopravnih odnosa, te odredbi o imovinskim odnosima i međusobnom izdržavanju vanbračnih spružnika.⁸ Iz navedenih odredbi proizilazi da su konstitutivni elementi vanbračne zajednice: zajednica života i uslov potrebnog vremenskog trajanja. Uslov potrebnog vremenskog trajanja vanbračne zajednice nije normiran na jedinstven način za imovinske odnose i za izdržavanje, pa je kod imovinskih odnosa određen u formi pravnog standarda 'duže vremena', a kod izdržavanja potrebno je da su vanbračni supružnici ostvarivali zajednicu života najmanje tri godine (tri godine i duže). Obzirom da se slobodan bračni status ne zahtijeva, moguće je zaključiti da jedna osoba može istovremeno biti u braku i u vanbračnoj zajednici ili u dvije i više vanbračnih zajednica. Npropisivanje uslova slobodnog bračnog statusa je neprihvatljivo, imajući u vidu da su ublažene pretpostavke za razvod braka te da je sam postupak za razvod braka pojednostavljen. S druge strane, u pravnoj teoriji navodi da ovakvim rješenjem zakonodavac zapravo pristaje na uvažavanje nemorala.⁹ Stoga bi bilo svrsishodno izričito definisati vanbračnu zajednicu uz inkorporiranje uslova slobodnog bračnog statusa, odnosno uslova da vanbračni supružnici nisu u drugoj vanbračnoj zajednici.

Smetnje za konstituisanje vanbračne zajednice nisu predviđene ni jednim porodičnopравnim propisom. Dok brak može biti proglašen nepostojećim (ako nisu ispunjeni uslovi za njegovo postojanje) ili se može poništiti (u slučaju postojanja bračnih smetnji u trenutku sklapanja braka) za vanbračnu zajednicu nisu predviđene takve pravne sankcije, ali su u određenim slučajevima propisane krivične sankcije za jednog ili oba vanbračna partnera.¹⁰ Važeći krivičnopравni propisi u BiH predviđaju

6 Npr. jedan vanbračni partner može, radi izbjegavanja različitih obaveza koje proizilaze iz takve zajednice (odgovornost za dug koji je za vrijeme trajanja zajednice života preuzeo drugi partner za potrebe zajednice života) tvrditi da je u istom periodu ostvarivao zajednicu života sa dvije različite osobe, te na taj način može značajno odugovlačiti postupak i sl.

7 Porodični zakon Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 54/02, 41/08)

8 Vidjeti: čl. 12. st. 1., čl. 284. st. 1. i čl. 248. st. 1. PZ RS

9 Hrabar, Dubravka, *Izvanbračna zajednica – neka otvorena pitanja*, Hrvatska pravna revija, 2 (2010), Inžinjerski biro d.d., Zagreb, 2010. god, str. 42.

10 Babić, Ilija, (ur.) *Komentar Porodičnog zakona*, Sarajevo, 1990. god., str. 28.

krivičnu odgovornost za punoljetnu osobu koja živi u vanbračnoj zajednici sa maloljetnikom.¹¹ Odgovornost je predviđena i za roditelja, usvojioca ili staraoca koji omogući maloljetniku da živi u vanbračnoj zajednici sa punoljetnom osobom ili ju navede na to.¹² Za spolni odnos između srodnika po krvi u pravoj liniji i u pobočnoj liniji zaključno sa drugim stepenom srodstva (incest) predviđena je i krivična odgovornost za počinitelja incesta.¹³ Zasnivanje vanbračne zajednice između usvojioca i usvojenika bi također bilo u suprotnosti sa moralom društva i sa samom svrhom usvojenja.

Osim krivičnopравnih propisa, na potrebu razmatranja mogućnosti normiranja odsustva bračnih smetnji za zasnivanje punovažne vanbračne zajednice, ukazuje realna mogućnost da jedna osoba zasnuje vanbračnu zajednicu zbog toga što nije bila sposobna za rasuđivanje, pod uticajem straha izazvanog ozbiljnom prijetnjom ili u zabludi. U pogledu ovog pitanja, u pravnoj teoriji su prisutna mišljenja da odluka o tome da li u definiciju vanbračne zajednice unijeti i odredbu o odsustvu bračnih smetnji, zavisi od odgovora na pitanje da li je temeljni motiv zakonodavca, prilikom regulisanja vanbračne zajednice, izbjegavanje pravila o formalnosti koje se zahtijevaju za sklapanje braka ili osiguranje pravne zaštite samih vanbračnih partnera i trećih osoba.¹⁴ Ako je smisao zasnivanja vanbračne zajednice izbjegavanje formalnosti koje podrazumijeva sklapanje braka, odnosno omogućavanje zasnivanja zajednice života osobama koje iz formalnih razloga nisu mogle sklopiti brak, tada bi inkorporiranje bračnih smetnji bilo nepotrebno. Međutim, ako je cilj normiranja ove ustanove zaštita partnera iz tih zajednica, kao i zaštita trećih osoba, tada zaista ima mjesta propisivanju smetnji za zasnivanje i dejstva vanbračne zajednice.¹⁵ Budući da su prva pravila o učincima vanbračne zajednice u našem pravu donesena pod pritiskom velikog broja zahtjeva da se osobama koje žive

11 Prema statistici Federalne uprave policije, u prvih šest mjeseci 2012. god., na području FBiH evidentirana su 23 krivična djela vanbračne zajednice sa mlađim maloljetnikom, što predstavlja porast u odnosu na isti period 2011. godine za 6 krivičnih djela, podatak preuzet sa: www.fup.gov.ba/wp-content/uploads/2012/08/Kriminalitet-januar-juni-2012.pdf, 16. 1. 2013. god.

12 Vidjeti: čl. 216. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine – KZ FBiH („Službene novine FBiH“, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05), čl. 204. Krivičnog zakona Republike Srpske – KZ RS („Službeni glasnik RS“, br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06) i čl. 213. Krivičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine – KZ BD („Službeni glasnik BD“ br. 10/03, 45/04, 06/05)

13 Vidjeti: čl. 213. KZ FBiH, čl. 201. KZ RS i čl. 210. KZ BD

14 Hrabar, Dubravka, op. cit., str. 43.

15 Loc.cit.

u ovim zajednicama pruži odgovarajuća pravna zaštita, pogotovo u sferi imovinskih odnosa,¹⁶ smatramo da je opredjeljenje zakonodavca za regulisanje vanbračne zajednice ipak motivisano idejom o pravnoj zaštiti vanbračnih partnera i trećih osoba. Stoga, *de lege ferenda* ima mjesta normiranju odsustva bračnih smetnji za zasnivanje punovažne vanbračne zajednice. U uporednom pravu su prisutna rješenja gdje se za sticanje vanbračnog statusa zahtijeva odsustvo svih bračnih smetnji kao što je to slučaj sa Zakonom o braku i porodičnim odnosima Slovenije¹⁷ ili odsustvo samo neotklonjivih bračnih smetnji kao što je normirano Porodičnim zakonom Republike Srbije.¹⁸

Različito normiranje istog instituta je nepoželjno i u mnogim slučajevima će zasigurno izazvati brojne probleme, pa stoga smatramo da je *de lege ferenda* potrebno uskladiti ove propise i usvojiti jedinstveno rješenje u pogledu određivanja pojma vanbračne zajednice.

1.2. Imovinski odnosi vanbračnih partnera

Imovinski odnosi vanbračnih partnera su uređeni na dva načina, odnosno ostavljena je sloboda vanbračnim partnerima da biraju između dva imovinska režima, zakonskog i ugovornog. Pravila zakonskog imovinskog režima primjenjuju se na imovinske odnose vanbračnih partnera onda kada vanbračni partneri nisu zaključili bračni ugovor.

1.2.1. Zakonski imovinski režim

Porodični zakon FBiH sadrži samo jednu odredbu o zakonskom imovinskom režimu za vanbračne partnere kojom je normirano da se imovina koju su vanbračni partneri stekli radom za vrijeme trajanja vanbračne zajednice koja je, smatra njihovom *vanbračnom stečevinom* i ona se podvrgava pravilima o bračnoj stečevini, pod uslovom da je vanbračna zajednica trajala najmanje tri godine ili kraće ukoliko je u njoj rođeno zajedničko dijete.¹⁹ Zbog ove odredbe je prisutno mišljenje da su

¹⁶ Traljić, Nerimana i Bubić, Suzana, *Bračno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007. god., str. 142.

¹⁷ Vidjeti čl. 12. st. 1. Zakona o braku i porodičnim odnosima Slovenije - *Zakon o zakonski zvezi i družinskih razmjerih* („Službeni list RS“, br. 69/2004 od 24. 06. 2004. god.)

¹⁸ U tom smislu vidjeti čl. 4. st. 2. Porodičnog zakona Republike Srbije („Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 18/2005)

¹⁹ Vidjeti čl. 263. u vezi sa čl. 3. PZ FBiH

bračni i vanbračni partneri izjednačeni po pitanju njihovih imovinskih prava, što nije sasvim tačno. Mišljenja smo da je intencija zakonodavca bila da pitanja pravne prirode, upravljanja, raspolaganja i podjele vanbračne stečevine podvrgne pravilima o bračnoj stečevini. Nejasno je, iz postojećih odredbi, kakav status imaju prihodi od korištenja prava intelektualnog vlasništva, prihodi ostvareni igrama na sreću kao i status poklona učinjenih od strane trećih osoba. Razlikovanje pozicije bračnih i vanbračnih partnera u pogledu sticanja stečevine je neopravdano, pa *bi de lege ferenda* bilo potrebno korigovati postojeće rješenje bilo preciziranjem (dopunom) pravila o vanbračnoj stečevini bilo kroz unošenje odredbe o izjednačavanju vanbračne zajednice i braka u pogledu imovinskopravnih odnosa i obaveze izdržavanja.²⁰

Obzirom da nije normirano šta se smatra posebnom imovinom vanbračnih partnera, zaključujemo da njihovu posebnu imovinu predstavlja sve ono što nije obuhvaćeno pojmom vanbračne stečevine. Posebnom imovinom vanbračnih partnera smatra imovina koju su imali prije zasnivanja zajednice života kao i ona koju su stekli tokom trajanja vanbračne zajednice ali ne radom, nego na neki drugi način – nasljedstvom, poklonom, podjelom vanbračne stečevine, naknadom štete za povredu autorskog prava itd.

Primjenjujući odredbu o pravnoj prirodi bračne stečevine na vanbračnu, zaključujemo da je vanbračna stečevina po svojoj prirodi suvlasništvo vanbračnih partnera sa jednakim dijelovima.²¹ Ovo rješenje predstavlja novinu u porodičnopravnim propisima na teritoriju Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta, budući da se prema ranijim propisima imovina osoba iz vanbračne zajednice koja je stečena radom smatrala zajedničkim vlasništvom vanbračnih partnera, a udjeli u toj imovini su se utvrđivali tek u sudskoj podjeli imovine srazmjerno doprinosu svakog od vanbračnih partnera. Porodični zakon RS je zadržao ovo rješenje uz jednu izmjenu. Naime, prema čl. 272. st. 1. PZ RS predviđeno je da svakom od bračnih, a time i vanbračnih supružnika pripada po jedna polovina zajedničke imovine. Pri tome je data mogućnost da se pri podjeli zahtijeva i drugačije određenje udjela u zajedničkoj imovini, odnosno mogućnost određivanja većeg udjela od polovine.²² Udio vanbračnih partnera u vanbračnoj stečevini bio bi poznat tek u momentu njezine podjele, a

20 Ova odredba, koja je postojala u Porodičnom zakonu RBiH, preuzeta je u Porodični zakon RS (čl. 12.) i Porodični zakon BD (čl. 5. st. 2.). Nejasno je zašto ju je zakonodavac izostavio u Porodičnom zakonu FBiH.

21 Vidjeti: čl. 263. u vezi sa čl. 252. st.1. PZ FBiH

22 Vidjeti čl. 273. PZ RS

praktična posljedica toga je da vanbračni partneri nisu samostalni u pogledu upravljanja i raspolaganja svojim udjelom u zajedničkoj imovini.

Zakonsko rješenje po kojem su vanbračni partneri suvlasnici sa jednakim dijelovima u vanbračnoj stečevini, ima svoje prednosti ali i nedostatke.

Prednosti ovog rješenja su: skraćivanje sudskih postupaka odnosno sporova oko toga koliko je ko doprinio u sticanju stečevine, jasniji vlasnički odnosi, lakše upravljanje i raspolaganje vanbračnom stečevinom, ostvarenje načela porodične solidarnosti i ravnopravnosti vanbračnih partnera.²³

Unošenjem odredbe o jednakim suvlasničkim dijelovima vanbračnih partnera u vanbračnoj stečevini značajno se doprinijelo skraćivanju sudskih postupaka koji su se vodili radi podjele ove imovine. Vrlo često je bilo jako teško utvrditi doprinose vanbračnih drugova u stjecanju zajedničke imovine. Uslijed toga postupci su dugo trajali a sudski troškovi su bili jako visoki i vrlo često bi dovodili do znatnog smanjenja vrijednosti imovine koja se trebala podijeliti.²⁴ Stoga se zakonodavac opravdano odlučio za promjenu vlasničkih udjela vanbračnih partnera u vanbračnoj stečevini, postupajući na taj način u skladu s načelima porodične solidarnosti i ravnopravnosti vanbračnih partnera.

Činjenica da se ne zna koliki je vlasnički udio u zajedničkoj imovini i da će se saznati tek nakon donošenja sudske odluke (ukoliko pomenuto pitanje nije riješeno sporazumno) u postupku koji je mogao trajati godinama, predstavljala je veliku neizvjesnost za vanbračne partnere. Novim rješenjem je otklonjenja ova neizvjesnost jer je poznato da je svaki od vanbračnih partnera vlasnik polovine cijele vanbračne stečevine i vlasnik polovine idealnog dijela svake stvari i prava koje ulazi u sastav stečevine.

Jednaki suvlasnički udjeli u vanbračnoj stečevini omogućavaju vanbračnim partnerima da svojim idealnim dijelom u vanbračnoj stečevini samostalno raspolazu što znači da ga mogu otuđiti, opteretiti i sl., a da za to ne mora postojati odobrenje drugog partnera. Ranije rješenje nije dozvoljavalo samostalno raspolaganje svojim udjelom u zajedničkoj imovini.

Ponekad je doprinos partnera u stjecanju odnosno povećanju vrijednosti stečevine nesrazmjern iz razloga koji se ne mogu pripisati u krivicu partneru čiji je doprinos manji (npr. iako se maksimalno zalaže

23 Alinčić, Mira, Hrabar, Dubravka, Jakovac – Lozić, Dijana i Korać, Aleksandra, *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006. god., str. 498.

24 Traljić, N. i Bubić, S., op. cit., str. 76.

njegovi prihodi su manji ili je iz različitih zdravstvenih razloga onemogućen da na bilo koji način doprinosi stjecanju vanbračne stečevine). Načelo ostvarenja porodične solidarnosti se ogleda u činjenici da će se vanbračni partneri, unatoč postojanju pomenute nesrazmjere, smatrati suvlasnicima sa jednakim vlasničkim udjelima. Ravnopravnost vanbračnih partnera se ogleda upravo u zakonskoj pretpostavci o jednakim vlasničkim udjelima u vanbračnoj stečevini, kojom također upravljaju ravnopravno i sporazumno.

Nedostacima postojanja neoborive zakonske pretpostavke o jednakim udjelima u suvlasništvu vanbračne stečevine, se mogu smatrati nedosljedna primjena pretpostavke o suvlasništvu partnera u stečevini i nepravедnost primjene ovog rješenja u pojedinim konkretnim slučajevima.

Nedosljednost primjene pretpostavke ogleda se u mogućnosti da vanbračni partner koji smatra da je znatno više doprinosio sticanju vanbračne stečevine u odnosu na drugog, unatoč odredbama o suvlasništvu, može postaviti obligacionopravni zahtjev prema drugom partneru.

Primjena odredbi o suvlasništvu u vanbračnoj stečevini je bez sumnje nepravедna u situacijama kada je jedan vanbračni partner svojim radom znatno više doprinosio povećanju vrijednosti stečevine u odnosu na drugog.²⁵ Očito je da će podjela vanbračne stečevine na jednake dijelove oštetiti vanbračnog partnera čiji je doprinos u njezinom stjecanju bio znatno veći. Međutim, ovakve nepravde je moguće otkloniti ugovarajući drugačiji omjer vlašćkih udjela od onog koji je propisan zakonom.

Međutim, bez obzira na postojanje i određenih nedostataka rješenja prema kojem je vanbračna stečevina suvlasništvo vanbračnih partnera sa jednakim udjelima, njegove prednosti su veće a značaj dvojak: simboličan i praktičan. Simboličan je iz razloga što kod partnera izaziva osjećaj jednakosti, sigurnosti i ličnog dostojanstva. S druge strane njegov značaj je praktičan jer sama spoznaja da su suvlasnici određene stvari ili prava stimulativno djeluje u pravcu njihovog obostranog truda i zalaganja za konstantno unapređenje i uvećanje vanbračne stečevine.²⁶

Zbog navedenih prednosti, kao i činjenice da se dokazivanje doprinosa u stjecanju zajedničke imovine osoba iz vanbračne zajednice u sudskoj praksi se pokazalo složeno, dugotrajno i povezano sa visokim troškovima postupka (koji ponekad mogu prevazići vrijednost imovine koja se ima podijeliti nakon što se utvrde doprinosi), priklanjamo se rješenju prihvaćenom u Porodičnom zakonu F BiH i Bd, te plediramo na razmatranje mogućnosti unošenja sličnog rješenja u Porodični zakon RS.

²⁵ Loc.cit.

²⁶ Alinčić, M. i drugi, op. cit., str. 498.

Ova izmjena bi doprinijela i ujednačavanju pravila o imovinskim dejstvima vanbračne zajednice u porodičnom zakonodavstvu BiH.

Upravljanje i raspolaganje vanbračnom stečevinom. Uzimajući u obzir postojanje različitih rješenja entitetskih porodičnih zakona o pravnoj prirodi imovine stečene u toku trajanja vanbračne zajednice, razlikovaće se i odgovor na pitanje kako osobe iz vanbračne zajednice vrše vlasnička prava odnosno na koji način upravljaju i raspolazu ovom imovinom. Upravljanje i raspolaganje vanbračnom stečevinom podliježe općim pravilima stvarnog i obligacionog prava odnosno ona su normirana Zakonom o vlasničkopравnim odnosima Federacije Bosne i Hercegovine²⁷ (u daljem tekstu ZOVO FBiH) i Zakonom o obligacionim odnosima BiH²⁸ (u daljem tekstu ZOO BiH) ukoliko nije drugačije propisano Porodičnim zakonom FBiH.²⁹ Porodični zakon BD u pogledu upravljanja i raspolaganja vanbračnom stečevinom također predviđa primjenu općih pravila imovinskog i obligacionog prava.³⁰

Svaki vanbračni partner kao suvlasnik može samostalno raspolagati svojim idealnim dijelom bez saglasnosti drugog vanbračnog partnera.³¹ Ovlaštenje da samostalno raspolaze idealnim dijelom podrazumijeva mogućnost otuđenja i opterećenja svog dijela, a to znači da ga može prodati, pokloniti, založiti i sl. U slučaju prodaje suvlasničkog dijela ostali suvlasnici imaju pravo preče kupovine samo ako je to propisano zakonom.³² Pravo preče kupovine vanbračnog partnera u slučaju prodaje suvlasničkog dijela stvari koja je predmet vanbračne stečevine nije predviđeno ni Porodičnim zakonom FBiH ni Porodičnim zakonom BD, osim u slučaju kada sud donese odluku da se podjela stvari izvrši prodajom ako je fizička dioba stvari nemoguća ili je moguća uz znatno smanjenje vrijednosti stvari.³³

Posebnost odnosa u kojem se nalaze vanbračni partneri i realna mogućnost da jedan vanbračni partner iz nepromišljenosti odluči otuđiti suvlasnički dio u nekoj stvari iz vanbračne stečevine, ukazuje na potrebu unošenja određenih specifičnijih rješenja u pogledu suvlasništva u

27 Zakon o vlasničkopравnim odnosima Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH“, br. 06/98)

28 Zakon o obligacionim odnosima Bosne i Hercegovine („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i „Službeni list RBiH“, br. 2/09, 13/93 i 13/94)

29 Čl. 253. u vezi sa čl. 263. PZ FBiH

30 Čl. 240. u vezi sa čl. 230. PZ BD

31 Čl. 15. st. 3. ZOVO FBiH

32 Čl. 15. st. 4. ZOVO FBiH

33 Čl. 257. u vezi sa čl. 263. PZ FBiH i Čl. 234. u vezi sa čl. 240. PZ BD

vanbračnoj stečevini s ciljem pojednostavljenja suvlasničke zajednice.³⁴ Jedan od mogućih načina ostvarenja ovog cilja je propisivanje prava preče kupovine između vanbračnih partnera u slučaju raspolaganja idealnim dijelom. Pravo preče kupovine je pravo određene osobe da prije svih kupi stvar ako vlasnik odluči da je proda.³⁵ Normiranjem prava preče kupovine kod prodaje suvlasničkog dijela u korist vanbračnog partnera, pravo raspolaganja vanbračnog partnera – prodavca ne bi bilo ograničeno, jer je pravo preče kupovine moguće realizirati samo ukoliko vlasnik odluči da vrši svoje ovlaštenje.³⁶ Ograničenje bi postojalo jedino u obligacionopravnom smislu. Obaveza da vanbračnom partneru prvo uputi ponudu za prodaju svog suvlasničkog dijela u nekom od predmeta vanbračne stečevine, predstavlja ograničenje načela slobode ugovaranja zbog nemogućnosti izbora saugovarača.³⁷

Ograničenje slobode izbora saugovarača prestaje kada vanbračni partner – titular prava preče kupovine odbije ponudu. Međutim, od tog trenutka nastaje ograničenje slobode ugovaranja u smislu određivanja sadržaja i uslova ugovora. Naime, vanbračni partner – prodavac ne može trećoj osobi prodati svoj suvlasnički dio u stvari pod povoljnijim uslovima od onih pod kojima je svoj dio ponudio titularu prava preče kupovine.³⁸ Unatoč pomenutim ograničenjima, smatramo da bi *de lege ferenda* bilo opravdano razmotriti mogućnost uvođenja prava preče kupovine kod raspolaganja suvlasničkim dijelom u predmetima vanbračne stečevine. Pravo na diobu veoma dobro štiti vanbračnog partnera ali ono ne može učiniti suvišnim pravo preče kupovine iz najmanje dva razloga: suvlasniku je, sa pozicije ekonomskih interesa, svejedno hoće li do novčanog ekvivalenta doći diobom ili prodajom suvlasničkog dijela³⁹, a ono može biti veoma značajno za očuvanje međusobnih odnosa u vanbračnoj zajednici pogotovo ako su u njoj prisutna i zajednička djeca.

34 Krešić, Boris, *Bračni ugovor u porodičnom zakonodavstvu BiH sa osvrtom na uporedno pravo*, magistarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzla, Tuzla, 2009. god., str. 32.

35 Klarić, Petar i Vedriš, Martin, *Građansko pravo: opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006. god., str. 368.

36 Cvetić, Radenka, *Mesto prava preče kupovine u Građanskom zakoniku*, Zbornik radova Aktuelna pitanja građanske kodifikacije, Centar za publikacije, Niš, 2008. god., str. 192.

37 Sloboda ugovaranja podrazumijeva pravo subjekta da odluči hoće li uopšte zaključiti ugovor, s kim će zaključiti ugovor, da odredi sadržaj, vrstu i formu budućeg ugovora. Više o tome: Bikić, Abedin, *Obligaciono pravo – opći dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2004. god., str. 50 – 52.

38 Cvetić, R., op. cit., str. 192.

39 Ibid., str. 193.

1.2.2. Ugovorni imovinski režim

Mogućnost zaključenja ugovora o imovinskim odnosima u vanbračnoj zajednici predstavlja novinu u našem porodičnom zakonodavstvu i izraz je nastojanja da se domaće zakonodavstvo uskladi sa savremenim evropskim propisima u ovoj oblasti.

Termin 'vanbračni ugovor' ne možemo naći u domaćem porodičnom pravu kao ni porodičnopravnim propisima susjednih država. Naše pravo poznaje samo termin 'bračni ugovor' kao ugovor kojim bračni partneri mogu prije sklapanja braka i u toku njegovog trajanja svoje imovinske odnose prilagoditi vlastitim interesima i potrebama, te na taj način izmijeniti ili potpuno isključiti zakonski imovinski režim.

Analognom primjenom pravila o bračnom ugovoru na imovinske odnose vanbračnih partnera, zaključujemo da i vanbračni partneri mogu svoje imovinske odnose regulisati na identičan način. U tom slučaju, termin 'bračni ugovor' ne bi bio adekvatan da označi sporazum vanbračnih partnera kojim oni mijenjaju ili isključuju zakonski imovinski režim u pogledu njihovih imovinskih odnosa, zbog toga što ugovorne strane nisu bračni ili budući bračni partneri, nego vanbračni partneri. Iako se u relevantnim zakonskim propisima ne spominje, mišljenja smo da bi za sporazum vanbračnih partnera pomenutog sadržaja ispravno bilo koristiti termin „vanbračni ugovor“.

Ovaj ugovor spada u grupu formalnih ugovora. Nepoštovanje odnosno nedostatak propisane forme povlači njegovu ništavost što znači da neće proizvoditi namjeravane pravne učinke. Da bi „vanbračni ugovor“ proizvodio posljedice u odnosu na same ugovorne strane i na treće osobe mora biti zaključen u formi notarski obrađene isprave.⁴⁰ Opredjeljenje zakonodavca da za valjanost ovog pravnog posla, propiše formu notarski obrađene isprave, je prihvatljivo i opravdano iz razloga što, s jedne strane, prati evropske i svjetske trendove u ovoj oblasti, a s druge strane je u funkciji sigurnosti i bržeg odvijanja pravnog prometa budući da je notarska isprava izvršna isprava. Porodični zakon BD formu „vanbračnog ugovora“ propisuje alternativno, tako da može biti zaključen pred nadležnim organom ili notarski obrađen.⁴¹ Upoređujući ovu odredbu sa odredbom iz

40 Vidjeti čl. 258. PZ FBiH u vezi sa čl. 73. st. 1. Zakona o notarima Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH“, br. 45/02) i čl. 5. Zakona o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 41/08) u vezi sa čl. 68. Zakona o notarima Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07 i 50/10)

41 Vidjeti čl. 235. st. 2. PZ BD

čl. 47. Zakona o notarima Brčko Distrikta BiH⁴² prema kojoj je za pravnu valjanost pravnih poslova o regulisanju imovinskih odnosa između bračnih partnera, kao i između osoba koje žive u vanbračnoj zajednici, potrebno da budu zaključeni u formi notarski obrađene isprave, zaključujemo da su djelomično u koliziji, te ih je u tom smislu potrebno uskladiti.⁴³

Budući da je vanbračnim partnerima priznato pravo da svoje imovinske odnose na postojećoj ili budućoj imovini urede ugovorom, bilo bi poželjno, u cilju veće pravne sigurnosti, uspostaviti određeni registar u kojem bi se obavezno evidentirali svi zaključeni bračni odnosno „vanbračni“ ugovori. Na taj način bi treće osobe imale uvid u pravno stanje imovine koja bi eventualno mogla biti predmet pravnog posla koji namjeravaju sklopiti sa osobom koja živi u vanbračnoj zajednici.⁴⁴ Uvođenje ovih registara bi svakako predstavljalo veliki izazov za domaću pravnu nauku, zakonodavstvo i pravnu praksu posebno sa aspekta utvrđivanja vanbračnog statusa ugovornih strana, budući da naše pravo još uvijek ne poznaje registrovanu vanbračnu zajednicu. Dok se ne donesu pravila o registraciji vanbračne zajednice, način utvrđivanja statusa ovih osoba za potrebe sklapanja i registriranja „vanbračnog ugovora“ trebao bi se normirati istim propisom morao bi se normirati istim propisom koji bi regulisao pitanja vezana za registraciju bračnih odnosno „vanbračnih“ ugovora.⁴⁵

2. NASLJEDNOPRAVNI POLOŽAJ VANBRAČNOG PARTNERA

Ideju o priznavanju zakonskih nasljednih prava vanbračnom partneru koji je živio u zajednici života sa ostaviocem, zakonodavac nije smatrao ni opravdanom ni progresivnom, pa ni u jedan od važećih nasljednopravnih propisa nije uvrstio vanbračnog partnera u krug zakonskih nasljednika.⁴⁶ Osnovna razlika između braka i vanbračne zajednice ogleda se u formi nastanka i prestanka, dok su njihovi ciljevi i suština ista. Imajući to u vidu

42 Zakon o notarima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BD“, br. 9/03 i 17/06)

43 Krešić, B., op.cit., str.60.

44 O potrebi i načinu konstituisanja registra bračnih ugovora, argumentima za i protiv više vidjeti u: Majstorović, Irena, *Bračni ugovor – novina hrvatskog obiteljskog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005. god., str. 213 – 214.

45 Čulo, Anica i Šimović, Ivan, *Registar bračnih ugovora kao doprinos sigurnosti u pravnom prometu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 59, (5), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2009. god., str. 1046.

46 Vidjeti čl. 10. ZN FBiH

nameće se pitanje: da li je brak – formalna veza zaista *condictio sine qua non* da bi se imalo pravo naslijediti odnosno da li su opravdana postojeća normativna rješenja po kojima nadživjeli vanbračni partner iz jedne dugotrajne, stabilne zajednice života sa ostaviocem, nema pravo da naslijedi njegova prava i obaveze?⁴⁷ Ako je u pogledu nasljednopravnog položaja vanbračni partner diskriminisan u odnosu na bračnog samo zbog čina sklapanja braka, kako je onda moguće da prema važećim nasljednopravnim propisima u BiH bračni partner može izgubiti nasljedno pravo iako brak formalno još postoji. Shodno čl. 22. st. 2. t. 3 Zakona o nasljeđivanju Bosne i Hercegovine⁴⁸ bračni partner nema pravo na nasljedstvo ako je zajednica života sa ostaviocem bila trajno prestala njegovom krivicom ili u sporazumu sa ostaviocem.⁴⁹ Iz prethodnog proizilazi da je za nasljedno pravo bračnog partnera bitna suština (zajednica života) a ne forma, pa stoga nedostatak forme pri zasnivanju i prestanku vanbračne zajednice se ne može prihvatiti kao opravdan razlog za uskraćivanje zakonskog nasljednog prava vanbračnom partneru.⁵⁰

U pojedinim situacijama, kada ostavilac nije imao djecu ili roditelje, njegovu imovinu će naslijediti ostali krvni srodnici onim redoslijedom kako to predviđa zakon, a ne njegov vanbračni partner sa kojim je ostavilac, najvjerovatnije, imao mnogo jače emotivne veze nego sa većinom tih krvnih srodnika, koji ga je eventualno uslijed bolesti njegovao, pazio i pomagao.

Svjestan navedenih nedostataka, zakonodavac je u Nacrtu Zakona o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine⁵¹ (u daljem tekstu Nacrt ZN FBiH) po prvi put izjednačio vanbračnog partnera sa bračnim u pogledu zakonskog, a time i zakonskog nužnog nasljeđivanja.⁵² Pri tome se vodilo računa o temeljnom – porodičnopravnom propisu i stoga se nije upuštao u problem definiranja vanbračne zajednice nego u tom dijelu upućuje na primjenu Porodičnog zakona FBiH. Time se izbjeglo ono što se pokazalo

47 Sjeff van Erp, *New Developments in Succession Law*, vol. 11. 3 Electronic Journal Of Comparative Law, (December 2007), dostupno na <http://www.ejcl.org/113/article113-5.pdf>, str. 10.

48 Zakon o nasljeđivanju Bosne i Hercegovine (“Službeni list BiH”, br.07/80, 15/80)

49 Isto propisuje i Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske („Službeni glasnik RS”, br. 1/09) u čl. 24. st. 2. t. v

50 Kaščelan, Balša, *Registracija vanbračne zajednice*, Pravni život br.10/2012, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2012. god., str. 99.

51 Tekst Nacrta Zakona o nasljeđivanju FBiH dostupan je na: parlamentfbih.gov.ba/dom.../Zakon%20o%20nasljedjivanju.pdf

52 Vidjeti čl. 9. u vezi sa čl. 8. Nacrta ZN FBiH

manjkavošću Zakona o nasljeđivanju Republike Hrvatske⁵³ prema kojem se postojanje vanbračne zajednice sa ostaviocem prosuđuje po strožijim kriterijima u odnosu na one koji se zahtijevaju po Obiteljskom zakonu Republike Hrvatske. To je u konačnici doprinijelo neujednačenosti sistema kao cjeline u pogledu statusa pojedinca koji se može ili ne može smatrati vanbračnim.⁵⁴ Bude li se razmišljalo o izmjenama Zakona o nasljeđivanju Republike Srpske u pravcu uvrštavanja vanbračnog supružnika u red zakonskih nasljednika ostavioca, iskustvo iz uporednog prava ukazuje na to da je vrlo značajno voditi računa o porodičnopravnom određenju pojma vanbračne zajednice.

3. VANBRAČNA ZAJEDNICA U SFERI JAVNOG PRAVA

Osim u nasljednom pravu, vanbračna zajednica je ignorisana i u propisima javnog prava što najbolje ilustruje podatak da zakonski propisi ne priznaju vanbračnom partneru prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja, pravo na ostvarivanje poreskih beneficija, kao i određenih beneficija iz radnog prava.

Prema važećim zakonima o radu vanbračnom partneru je uskraćeno pravo na plaćeno odsustvo u slučaju porođaja vanbračne partnerice. Ovo pravo radnik (osoba iz vanbračne zajednice) može koristiti samo u slučaju smrti ili bolesti vanbračnog partnera.⁵⁵ Ovim odredbama su osobe iz vanbračne zajednice diskriminisanе te je potrebno dopuniti radnopravne propise omogućavajući i radniku iz vanbračne zajednice plaćeno odsustvo u slučaju porođaja vanbračne partnerice.

Vanbračni partneri su također izostavljeni iz važećih propisa o porezu na dohodak⁵⁶ u kontekstu oslobađanja od plaćanja poreza na dohodak. Poreski obaveznik koji u vanbračnoj zajednici izdržava drugog partnera neće imati pravo na poresku olakšicu za razliku od poreskog obaveznika

53 Uporediti čl. 8. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 48/03., 163/03.) i čl. 3. Obiteljskog zakona Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11 i 61/11)

54 Vanbračni partner je izjednačen sa bračnim u pogledu nasljeđivanja i u slovenačkom pravu. U tom smislu vidjeti čl. 10. Zakona o nasljeđivanju Slovenije („Službeni list SRS“, št.67/2001, 83/2001 i dalje)

55 Vidjeti: čl. 46. Zakona o radu FBiH („Službene novine FBiH“ br. 3/99, 32/00, 29/03), čl. 66. Zakona o radu RS („Službeni glasnik RS“ br. 55/07) i čl. 37. Zakona o radu BD („Službeni glasnik BD“, br.19/06, 19/07 i 25/08)

56 Vidjeti: čl. 24. Zakona o porezu na dohodak FBiH („Službene novine FBiH“ br. 10/08), čl. 9. Zakona o porezu na dohodak RS („Službeni glasnik“ br. 91/06 i 128/06) i čl. 25. Zakona o porezu na dohodak BD („Službeni glasnik BD“ br. 60/10)

koji u braku izdržava bračnog partnera. Smatramo da je i u oblasti poreskog prava potrebno izvršiti izmjene u pravcu uvrštavanja vanbračnog partnera u pojam izdržavanog člana porodice. Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP), postupajući u predmetu *PM v. UK*⁵⁷, je odlučio da postoji diskriminacija na temelju statusa jer vanbračni otac koji je plaćao alimentaciju za svoje dijete nije mogao tražiti oslobađanje od plaćanja poreza po tom osnovu, kao što je to mogao učiniti npr. razvedeni otac. Sud je odlučio da se ovdje radi o diskriminaciji iz čl. 14. u vezi sa povredom čl. 1. Prvog protokola.

Zakonom o penzijskom i invalidskom osiguranju Federacije Bosne i Hercegovine⁵⁸ vanbračni partner nije naveden kao član porodice kojem bi u smislu člana 60. ovog Zakona pripadalo pravo na porodičnu penziju, niti se takav zaključak može izvesti primjenjujući određenje pojma porodice iz čl. 2. PZ FBiH.⁵⁹ To je potvrđeno i presudom Vrhovnog suda FBiH prema kojoj: „Vanbračnom partneru osiguranika po zakonu ne pripada pravo na porodičnu penziju poslije smrti osiguranika bez obzira na vremensko trajanje vanbračne zajednice sa osiguranikom.“⁶⁰

Ustavni propisi i međunarodni dokumenti o ljudskim pravima, osobito Evropska konvencija i Protokol broj 1. uz Evropsku konvenciju, predstavljaju pravni temelj i pružaju mogućnost za uvođenje kategorije vanbračne zajednice i u sferu javnog prava.

Evropska konvencija o ljudskim pravima odnosno Prvi protokol uz ovu konvenciju u članu 1. štiti pravo na mirno uživanje imovine propisujući da svaka fizička i pravna osoba (bez diskriminacije po bilo kojem osnovu) ima pravo na mirno uživanje svoje imovine i da niko ne smije biti lišen

57 Zahtjev br. 6638/0, Odluka od 19. 10. 2005. god., tekst Odluke dostupan na: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=65162545&skin=hudoc-en&action=request>

58 Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju FBiH („Službene novine FBiH”, br. 29/98, 49/00, 32/01, 73/05, 59/06 i 04/09)

59 Čl. 2. st. 1. PZ FBiH : Porodica, u smislu ovog Zakona, jeste životna zajednica roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojlaca i usvojenika i osoba iz vanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu.

60 „Pravo na porodičnu penziju, u smislu citiranog člana Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, pripada samo navedenim članovima porodičnog domaćinstva. Vanbračni partner osiguranika (suprotno mišljenju tužiteljice) nije naveden kao član porodice, kojem pripada pravo na porodičnu penziju iza smrti njegovog vanbračnog partnera, pa prema tome, u skladu sa uslovima propisanim ovim zakonom, vanbračna supruga ne može ostvariti pravo na porodičnu penziju nakon smrti njenog vanbračnog supruga - kao osiguranika. Tužiteljici, stoga, ne pripada pravo na porodičnu penziju, pa su prvostepeni i tuženi organ pravilnom primjenom odredaba mjerodavnog Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, pravilno odlučili kad su zahtjev tužiteljice odbili.“ (Presuda Vrhovnog suda FBiH broj: U-3012/01 od 18. 1. 2007. god.)

svoje imovine osim u javnom interesu i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnog prava.

ESLJP, primjenjujući odredbu iz čl. 1. Prvog protokola u konkretnim predmetima, ima vrlo elastičan pristup tumačenju pojma „imovine“. Koncept „imovine“ (izvorno „*possessions*“), prema praksi ESLJP, nije ograničen samo na vlasništvo nad materijalnim dobrima odnosno pokretnim i nepokretnim stvarima, već obuhvata i brojna druga različita prava i interese koja imaju ekonomsku vrijednost i predstavljaju dobra odnosno „imovinu“ u smislu člana 1. Prvog protokola.⁶¹ Tako se imovinom u smislu ove odredbe smatraju stvarna prava, obligaciona prava, prava proizašla iz intelektualnog vlasništva, članska prava u trgovačkim društvima (udjeli), pravo na penziju, pravo na vršenje profesije itd.⁶²

S tim u vezi, radi izbjegavanja sporova protiv Bosne i Hercegovine pred ESLJP, zakonodavac bi trebao razmotriti i prispitati pojedina zakonska rješenja iz domena javnog prava jer se, kao što je naprijed navedeno, člnom 1. Prvog protokola štite i prava iz oblasti radnog, socijalnog i poreskog prava.

4. DOKAZIVANJE POSTOJANJA VANBRAČNE ZAJEDNICE

Definisanje načina na koji vanbračni partneri mogu dokazati postojanje vanbračne zajednice, odnosno dokazati svoj vanbračni status predstavlja preduvjet za realiziranje priznatih prava kao i onih koja bi im eventualno bila priznata u budućnosti. Rezultati istraživanja novije domaće sudske prakse ukazuju 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 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.⁶³

61 Vidjeti među ostalim odlukama *Broniowski protiv Poljske* (GC) br. 31443/96 § 192 ECHR 2004 - V

62 Gavella, Nikola, *Jemstvo vlasništva iz članka 1. Prvog protokola uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, u : Gavella, Nikola i drugi, *Evropsko privatno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2002. god., str. 44.

63 „Odredbom članka 54. ZPP – a propisano je da tužitelj u tužbi može tražiti da sud samo ustanovi postojanje, odnosno nepostojanje kojeg prava ili pravnog odnosa ili istinitost odnosno neistinitost koje isprave. Dakle, predmet tužbe za utvrđenje može biti samo konkretno odnosno postojeće pravo ili pravni odnos pri čemu tužitelj mora imati i pravni

Vanbračna zajednica je normirana u porodičnom zakonodavstvu, a život u ovoj zajednici proizvodi određene pravne učinke (imovinske učinke, obavezu izdržavanja, odgovornost za obaveze) što nesumnjivo upućuje na suprotan zaključak, da je vanbračna zajednica ipak pravni odnos, zbog čega je ovakva sudska praksa neprihvatljiva. Ispravnost ovog zaključka, potvrđuje i Odluka Ustavnog suda BiH⁶⁴ u kojoj je konstatovana povreda prava na pravično suđenje zbog arbitrarnog odlučivanja nadležnih sudova u primjeni čl. 54. i 67. st. 7. Zakona o parničnom postupku FBiH⁶⁵, tumačenjem da se utvrđivanje postojanja vanbračne zajednice smatra utvrđivanjem činjenice a ne pravnog odnosa. Ustavni sud je zauzeo stav da iz čl. 2. PZ FBiH kao i odredbi o imovinskim odnosima i međusobnom izdržavanju vanbračnih partnera, proizilazi da život u vanbračnoj zajednici povlači određena prava i obaveze, te samim tim i postojanje pravnog odnosa između osoba koje žive ili su živjele u vanbračnoj zajednici. Shodno navedenom, sudska praksa treba prestati tretirati vanbračnu zajednicu samo faktičkom činjenicom a ne i pravnim odnosom, te im na taj način omogućiti da tužbom za utvrđenje ili u vidu prethodnog pitanja u svakom konkretnom slučaju izvedu zaključak da li se radi o vanbračnoj zajednici koja u smislu odredbi porodičnog zakona proizvodi određena dejstva.⁶⁶

interes za tužbu. Pravni interes u pravilu postoji kada se tužbom za utvrđenje pravnog odnosa želi otkloniti nesigurnost ili spor o sadržaju tog odnosa, ili kad postoji opasnost da bi tuženik svojim ponašanjem mogao ugroziti ostvarenje prava tužitelja u skoroj budućnosti. U konkretnom slučaju, po ocjeni ovog suda, ne radi se o utvrđivanju postojanja odnosno nepostojanja prava ili pravnog odnosa. Utvrđenje postojanja izvanbračne zajednice predstavlja utvrđenje činjenica da je takva zajednica postojala između tužiteljice i oca tuženika. Međutim, utvrđenje činjenica nije dopušteno u tužbama za utvrđenje. Naime, nije postojao pravni odnos između tužitelja i prednika tuženika jer izvanbračna zajednica nije pravno uređena veza između određenih osoba na temelju koje bi se mogla pokrenuti parnica. Među osobama u izvanbračnoj zajednici se radi o faktičkom stanju zajednice života muškarca i žene koji nisu u braku. Zbog toga u tužbi za utvrđenje nije dopušteno utvrđivati postojanje odnosno nepostojanje činjenica koje se ne odnose na konkretno prao ili pravni odnos.“(Presuda Kantonalnog suda Mostar broj : 007 – 0 – Gž – 07 – 000436 od 26. 4. 2007. god.) . Slično vidjeti i u: Rješenju Općinskog suda Mostar broj: 07 58 P 026809 07 P od 5. 10. 2007. god.; Rješenju Općinskog suda Mostar broj: 07 58 P 025328 07 P od 22.1. 2008. god. , Rješenju Kantonalnog suda Mostar: 007– 0- Gž – 07 – 001361 od 22.11.2007. god. i Rješenju Kantonalnog suda Mostar broj: 58 0 P 025328 08 Gž od 21.2. 2008. god.

64 Vidjeti: Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 2860/09 od 10.10.2012. god i Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o dopustivosti i meritumu broj AP2900/09 od 13.6.2012.god., dostupne na: www.ustavni.sud.ba

65 Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH“ br. 53/03, 73/05 i 19/06)

66 Simović, M. Vladimir, *Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, Pravni savjetnik br.10/1, Refam creative solutions – REC doo Društvo za istraživanje i unapređenje lokalnog i regionalnog razvoja, Sarajevo, 2012. god., str. 112. i 113.

Mogućnost arbitrarnog odlučivanja sudova u tumačenju i primjeni čl. 54. i 67. st.7. Zakona o parničnom postupku FBiH na pitanje dokazivanja vanbračne zajednice bi se mogla otkloniti ukoliko bi porodičnopravnim propisima bilo normirano da se o postojanju vanbračne zajednice, u postupku u kojem se odlučuje o nekom pravu ili obavezi, prosuđuje u tom postupku kao o prethodnom pitanju. Takvo rješenje je prihvaćeno u slovenačkom porodičnom zakonodavstvu.⁶⁷ Pored činjenice da ovakvo rješenje pruža veći stepen zaštite osobama iz vanbračne zajednice, njegov osnovni nedostatak je što postoji mogućnost donošenja različitih odluka u o istom pitanju različitim postupcima, kao i da sudski postupci za dokazivanje budu kompleksni, skupi i ponekad veoma ponižavajući za jednog ili oba vanbračna ili bivša vanbračna partnera.

Naprijed navedeni problemi i poteškoće u postupcima dokazivanja postojanja vanbračne zajednice opravdanom čine ideju o uvođenju obaveze registracije vanbračne zajednice, odnosno uvođenje nekog oblika registara ili evidencija vanbračnih zajednica.

Prednosti registracije vanbračne zajednice ogledaju se u izbjegavanju postupka dokazivanja vanbračne zajednice a time i donošenja različitih odluka o istom pitanju, rasterećenju sudova, olakšavanje utvrđivanja trenutka od kojeg su vanbračni partneri počeli stjecati vanbračnu stečevinu odnosno jasno razgraničenje vanbračne stečevine i posebne imovine, zaštita savjesnih trećih osoba koje zaključuju različite pravne poslove sa osobama iz vanbračnih zajednica povodom imovine koja predstavlja vanbračnu stečevinu.

Prihvatanje ovog rješenja zasigurno otvara niz pitanja vezanih uz odabir odgovarajućeg modela registracije vanbračne zajednice. U tom smislu najznačajnim se čini istaći: nadležnost za registraciju, postupak registracije i način prestanka registrovane vanbračne zajednice.

Uzimajući u obzir činjenicu da smisao registracije nije poistovjećivanje vanbračne zajednice sa brakom, nego isključivo olakšavanje njenog dokazivanja, tako i sama procedura registracije treba da bude što jednostavnija, oslobođena suvišnog formalizma. Stoga se povjeravanje nadležnosti za registraciju vanbračne zajednice notar nameće kao najlogičnije rješenje. Postupak registracije bi mogao početi tako što vanbračni partneri pred notarom daju izjave o namjeri ostvarivanja vanbračne zajednice, notar provjeri jesu li ispunjene sve pretpostavke (uslovi) za njeno postojanje, o čemu sačini zapisnik, ovjeri ga i evidentira u registru ili bi ovjerio i registrovao unaprijed sačinjenje pismene izjave o

⁶⁷ Vidjeti čl. 12. Zakona o braku i porodičnim odnosima Slovenije

namjeri zasnivanja vanbračne zajednice.⁶⁸ Radi veće sigurnosti, postojanje ovog sporazuma bi se moglo evidentirati i u matičnim knjigama rođenih.

Registrovana vanbračna zajednica bi prestajala smrću vanbračnog partnera, proglašenjem nestalog vanbračnog partnera umrlim, sklapanjem braka bilo međusobno bilo sa trećom osobom, sporazumom vanbračnih partnera ili jednostranim raskidom.⁶⁹ Prestanak registrovane vanbračne zajednice na bilo koji od navedenih načina bi se, kroz odgovarajuću proceduru, evidentirao u registru i matičnim knjigama rođenih.

Pored svih prednosti uvođenja registara vanbračnih zajednica, ono što bi se eventualno moglo istaći kao prigovor je realna mogućnost da i dalje postoje neregistrovane vanbračne zajednice. Time bismo imali pluralitet partnerstava kao što je to slučaj u francuskom pravu gdje postoje tri tipa parova: bračni parovi koji uživaju najširi spektar prava, parovi iz registrirane zajednice (*tzv. parovi po sporazumu o solidarnosti*) sa nešto užim obimom prava i parovi iz faktičke zajednice života sa minimalnim obimom prava.⁷⁰ Nameće se pitanje da li uvođenje kategorije registrovane vanbračne zajednice znači uvođenje institucije paralelne braku odnosno da li je njezin smisao kreiranje pravila o *tzv. second class marriage (brak drugog reda)*? Priklanjamo se doktrinarnom mišljenju da registrovana vanbračna zajednica ne znači uvođenje kategorije slične braku, nego se na taj način nudi pluralitet životnih stilova gdje brak postaje opcija, a ne imperativ⁷¹, dok je značaj registracije vanbračne zajednice u kontekstu jačanja pravne sigurnosti neosporan.

ZAKLJUČAK

Regulisanje vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu ima dugu tradiciju, prvenstveno u okviru porodičnog prava. Opredjeljenje zakonodavca za pravnim uvažavanjem faktičke zajednice života žene i muškarca u porodičnom pravu načelno ocjenjujemo pozitivnim. Međutim, na temelju rezultata prethodne analize pojedinih rješenja i njihove primjene u sudskoj praksi, evidentno je postojanje određenog broja otvorenih pitanja, od kojih se posebno izdvajaju međusobna neusklađenost važećih porodičnopravnih propisa u pogledu određenja pojma vanbračne zajednice,

68 Kaščelan, B., op.cit., str. 95.

69 Ibid., str. 96.

70 Lalleme, René, *The French registered partnership Law: the civil solidarity pact*, preuzeto sa: <http://www.france.qrd.org/texts/partnership/fr/explanation.htm>, 15. 5. 2010. god.

71 Loc.cit.

odnosno pretpostavki koje moraju biti ispunjene da bi se zajednica života žene i muškarca mogla smatrati vanbračnom, pretjerana analogna primjena pravila koja se odnose na imovinska dejstva braka, nepostojanje definisanog načina dokazivanja vanbračne zajednice, odnosno nepostojanja bilo kakvog oblika evidencije ili registara vanbračnih zajednica.

Izvan okvira porodičnog prava, do danas, nije bilo značajnijih zakonodavnih aktivnosti u pravcu priznavanja određenih prava vanbračnim partnerima, što najbolje ilustruje podatak da nadživjeli vanbračni partner nije zakonski nasljednik umrlog vanbračnog partnera, vanbračna zajednica nije relevantna činjenica za ostvarivanje prava na porodičnu penziju nakon smrti osiguranika, kao ni za ostvarivanje određenih beneficija iz radnog i poreskog prava.

U cilju otklanjanja odnosno ublažavanja manjkavosti postojećeg legislativnog pristupa ustanovi vanbračne zajednice, razmotreni su prijedlozi *de lege ferenda*, među kojima su od posebnog značaja harmoniziranje porodičnopravnih propisa u pogledu određenja pojma vanbračne zajednice, priznavanje zakonskog nasljednog prava vanbračnom partneru, priznavanje prava na porodičnu penziju, priznavanje prava na ostvarivanje poreske olakšice na ime vanbračnog partnera kao izdržavanog člana porodice, te uvođenje registara vanbračnih zajednica.

Ponudeni pravci razvoja i unapređenja ove ustanove nisu motivisani idejom o poistovjećivanju braka i vanbračne zajednice, nego potrebom za potpunijim rješenjima koja bi mogla doprinijeti povećanju stepena ekonomske i pravne zaštite vanbračnih partnera, a u konačnici jačanju pravne sigurnosti koja se, između ostalog, ogleda i u zaštiti trećih osoba koje stupaju u različite pravne odnose sa osobama iz vanbračnih zajednica.

Ramajana Demirović, LL.M
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

Summary

**NEW TRENDS IN LEGAL REGULATION OF
COHABITATION IN THE LAW OF BOSNIA AND
HERZEGOVINA**

Cohabitation has been legally protected from the late seventies of the last century. Analyzing of the positive law and case law, the author of the paper points out some open issues in the legal regulation of cohabitation and considers possible suggestions for its improvement. The analysis refers not only to family law, but also to other fields of law such as an inheritance, labor relations, pensions, social security, taxes, etc. The basis therefore is provided in the constitutional provision of protection of families and children, the right to respect for private and family life, the right to peaceful enjoyment of property and the prohibition of discrimination on the basis of status. By these provisions, the grounds for regulating the consequences of cohabitation, not only in family law, but also in other legal fields are given. The author concludes that the purpose of the improvement of legislation of cohabitation is to enhance economic and legal protection of cohabitants as well as the legal protection of third parties entering into different legal relations with cohabitants.

Key words: cohabitation, cohabitants, proving the existence of cohabitation, registered cohabitation