

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

Dr. sc. Dženeta Omerdić, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

IZJEDNAČAVANJE PRAVA VANBRAČNIH I BRAČNIH PARTNERA – ANALIZA PRESUDE USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

Ustavni sud Bosne i Hercegovine odlučujući u predmetu broj: AP 4207/13 donio je Odluku u kojoj je zaključio da su sudovi primjenom Zakona o nasljeđivanju iz 1980. godine, bez uvažavanja opredjeljenja iz Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. godine o dosljednom izjednačavanju vanbračne zajednice koja traje preko tri godine sa bračnom zajednicom u svim pravima i obvezama, uključujući i imovinska prava, i odbijanjem apelantova zahtjeva da mu se prizna pravo da kao nasljednik prvog nasljednog reda sudjeluje u ostavinskom postupku, prekršili zabranu diskriminacije.

U radu se daje kritički osvrt na navedenu presudu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, te se analizom pozitivno-pravnih propisa u Federaciji Bosne i Hercegovine navode pozitivne i negativne posljedice navedene presude Suda. Predmet istraživanja jeste da se utvrdi da li postoji objektivno i razumno opravdanje za različito postupanje između bračnih i vanbračnih partnera.

Ključne riječi: brak, vanbračna zajednica, zabrana diskriminacije, Ustavni sud BiH.

Uvod

Presudom Općinskog suda u Živinicama broj 33 0 P 000492 07 P od 19. augusta 2009. godine, odbijen je apelantov tužbeni zahtjev kojim je tražio da se utvrdi da je, po osnovi vanbračne zajednice, „zakonski nasljednik drugog nasljednog reda“. Sporno je bilo pitanje da li apelant ulazi u krug zakonskih nasljednika iza ostaviteljice. U odgovoru na ovo pitanje, Općinski sud je naveo da je apelant postavljeni tužbeni zahtjev temeljio na odredbi člana 3. Porodičnog zakona Federacije BiH¹ (u daljnjem tekstu: PZ FBiH) kojim je propisano da je vanbračna zajednica ona koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno dijete. Međutim, Općinski sud je smatrao da se „pravilnim tumačenjem ove odredbe nikako ne može izvesti zaključak da je ova zajednica u svemu izjednačena sa bračnom zajednicom“, već samo „u pogledu

1 Porodični zakon FBiH (*Službene novine Federacije BiH*), br. 35/05, 41/05 i 31/14).

određenih prava“. Općinski sud je naveo da to konkretno znači da su „vanbračnim partnerima priznata određena prava iz ove zajednice kao u bračnoj zajednici, kao što su prava međusobnog izdržavanja, u pogledu sticanja vanbračne stečevine“, ali da „nisu ipak izjednačeni u svim pravima, pogotovo u pogledu nasljeđivanja“. Kantonalni sud u Tuzli je naveo da je pravilan zaključak Općinskog suda da vanbračna zajednica ne utiče na zakonsko nasljeđivanje, odnosno da „sama po sebi ona nije osnov za nasljeđivanje“. Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine je zaključio da su nižestepeni sudovi pravilno primijenili materijalno pravo, pa je naročito naglasio da je apelantov tužbeni zahtjev „nejasan i neprecizan, ali i neosnovan jer tužitelj kao vanbračni partner umrle, prema važećim zakonskim propisima, nema pravo da naslijedi“ ostaviteljicu, zato što ne ulazi u krug zakonskih nasljednika „nijednog od nasljednih zakonskih redova predviđenih Zakonom o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine“.² Postupajući u predmetu AP 4207/13, Ustavni sud BiH (u daljnjem tekstu: USBiH) u zaključku svoje Odluke, između ostalog, navodi da je Porodični zakon FBiH, koji je donesen 2005. godine, u cijelosti izjednačio vanbračnu i bračnu zajednicu u pravima i obvezama, uključujući i imovinska prava, te je utvrdio da je prekršena zabrana diskriminacije.

Obzirom na predmet istraživanja prezentiran u ovom radu, a imajući u vidu cjelokupnu jurisdikciju USBiH, akcenat ćemo staviti na tzv. apelacionu nadležnost USBiH temeljem koje Sud odlučuje „u pitanjima koja su sadržana u ovom Ustavu, kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini“.³ Naime, kao organ koji „podržava Ustav“⁴ i koji je ujedno i njegov nezavisni čuvar, USBiH istovremeno predstavlja i „institucionalnog garanta za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ustanovljenih Ustavom Bosne i Hercegovine i instrumentima Aneksa I Ustava“.⁵ U Bosni i Hercegovini, demokratskoj državi koja funkcioniše u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora,⁶ „prava i slobode predviđene u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju“, pri čemu navedeni međunarodni akti „imaju prioritet u odnosu nad svim ostalim zakonima“.⁷ Nadalje, ljudska prava i slobode nabrojana u članu II 3. stav 2. Ustava BiH, kao i ona prava i slobode predviđena u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I na Ustav BiH, osigurana su svim licima „u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo

2 Zakon o nasljeđivanju FBiH (Sl.list SRBiH, br.7/80-267, 15/80-711). U vrijeme donošenja odluke Općinskog, Kantonalnog i Vrhovnog suda na snazi je bio „stari“ Zakon o nasljeđivanju. U trenutku donošenja Odluke Ustavnog suda BiH na snagu je stupio novi Zakon o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine (Zakon o nasljeđivanju u FBiH ("Službene novine Federacije BiH", broj 80/14).

3 Član VI 3.1b) Ustava BiH, preuzet sa:

http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf

4 Član VI 3. 1 Ustava BiH.

5 Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine (Prečišćeni tekst), „Službeni glasnik BiH“, broj 94/14. Posebno je zanimljiva činjenica da ne postoji Zakon o Ustavnom sudu BiH, nego se sva pitanja vezana za postupak pred ovim državnim organom, kao i pitanja njegove organizacije regulišu odredbama Ustava BiH, kao i Pravilima koja usvaja sam Ustavni sud BiH.

6 Član I 2. Ustava BiH

7 Član II 2. Ustava BiH

kojem osnovu“,⁸ te se kao takva niti jednim amandmanom na Ustav BiH ne mogu „eliminirati niti umanjiti“.⁹

1. Uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u postupku zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda: normativni aspekt

U savremenim demokratskim državama, ustavni sudovi su osnovani u cilju kontrole ustavnosti normativnih akata (tzv. normativna kontrola). Pored ove primarne nadležnosti, ustavni sudovi, teorijski posmatrano, u državama sa složenim državnim uređenjem odlučuju i o nadležnostima državnih organa vlasti (tzv. organska kontrola). Veoma često ustavni sudovi odlučuju i o povredama „ustavnih prava građana nezavisno kojim aktom su ta prava povrijeđena“,¹⁰ odnosno štite ustavom utvrđena prava građana „od povreda učinjenih opštom normom, pojedinačnim aktom ili radnjom“.¹¹ O povredi ustavnih prava građana, ustavni sudovi po pravilu odlučuju nakon što osoba čije je pravo povrijeđeno podnese ustavnu tužbu (žalbu).

Imajući u vidu činjenicu da navedena ljudska prava i slobode, kao i njihovo ostvarivanje i zaštita, predstavljaju temeljne principe na kojima je izgrađen cjelokupni bosanskohercegovački ustavni sistem, neophodno je bilo i institucionalizirati posljednju sudsku kariku pred kojom osoba čije je pravo prekršeno koristi posljednju priliku da „unutar“ Bosne i Hercegovine ostvari zaštitu garantovanih ljudskih prava i osnovnih sloboda. I upravo tu „posljednju institucionalnu kariku“ na nivou Bosne i Hercegovine predstavlja USBiH.¹²

Pored navedenih nadležnosti, USBiH ima jurisdikciju da odlučuje u pitanjima „koja mu je proslijedio bilo koji sud u Bosni i Hercegovini u pogledu toga da li je zakon, o čijem važenju njegova odluka ovisi, kompatibilan sa ovim Ustavom, sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima, ili sa zakonima Bosne i Hercegovine; ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda“.¹³

8 Član II 4. Ustava BiH

9 Član X 1. Ustava BiH

10 Pobrić, N., *Ustavno pravo*, Slovo, Mostar, 2000, str. 469.

11 Fira, A., *Ustavno pravo*, Treće, dopunjeno izdanje, Privredni pregled, Beograd, 1981, str. 324.

12 Ustavni sud BiH, kao organ koji je u odnosu na sve druge organe vlasti i vanjske uticaje, nezavisan i samostalan, utemeljen je članom VI Ustava Bosne i Hercegovine. Na temelju člana VI 3. Ustava BiH, USBiH je „jedini nadležan da odlučuje o bilo kojem sporu koji se javlja po ovom ustavu između dva entiteta, ili između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta, te između institucija Bosne i Hercegovine, uključujući, ali ne ograničavajući se na to pitanje: Da li je odluka entiteta da uspostavi poseban paralelan odnos sa susjednom državom u skladu sa ovim Ustavom, uključujući i odredbe koje se odnose na suverenitet i teritorijalni integritet Bosne i Hercegovine. Da li bilo koja odredba ustava ili zakona jednog entiteta u skladu sa ovim Ustavom“.

13 Član VI 3. 1a) Ustava BiH

Ustavni sud BiH svoju apelacionu nadležnost vrši na temelju podnesene apelacije¹⁴ lica čija su prava povrijeđena u postupku u kojem je donesena odluka koja se osporava. Podnesenu apelaciju USBiH će razmatrati samo ako su „protiv presude, odnosno odluke koja se njome osporava, iscrpljeni svi djelotvorni pravni lijekovi mogući prema zakonu i ako je podnesena u roku od 60 dana od dana kada je podnositelj apelacije primio odluku o posljednjem djelotvornom pravnom lijeku koji je koristio“.¹⁵ Apelacija¹⁶ se može podnijeti protiv presuda (i odluka) bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini. Izuzetno, USBiH može razmatrati i apelaciju u slučaju kada nema odluke nadležnog suda“ukoliko apelacija ukazuje na ozbiljna kršenja prava i osnovnih sloboda koje štiti Ustav ili međunarodni dokumenti koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini“.¹⁷ Prilikom postupanja po apelaciji, USBiH ne preispituje stavove redovnih sudova povodom utvrđenog činjeničnog stanja niti stavove vezane za primjenu materijalnih propisa. Zadatak USBiH je da utvrdi da li je „eventualno došlo do povrede ili zanemarivanja ustavnih prava, te da li je primjena zakona bila, eventualno, proizvoljna ili diskriminacijska“.¹⁸

Ukoliko USBiH, „u skladu sa svojim nadležnostima iz člana VI 3.a) i VI 3.b) Ustava i Amandmana I, utvrdi povredu Ustava, odnosno kada, u skladu sa svojim nadležnostima iz člana VI 3.c) Ustava, utvrdi da je zakon o čijem važenju ovisi odluka bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini inkompatibilan sa Ustavom, Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ili sa zakonima Bosne i Hercegovine, ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog općeg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda“,¹⁹ usvoji apelaciju/zahhtjev može svojom odlukom²⁰ ukinuti osporenu presudu ili odluku, te predmet vratiti sudu, odnosno organu koji je donio tu odluku, na ponovni postupak, „osim u slučaju

14 Apelacija predstavlja suspidijarni vanredni pravni lijek, obzirom da je dopuštena tek nakon što su iscrpljeni svi, zakonom predviđeni, djelotvorni pravni lijekovi. Nadalje, teorijski posmatrano, apelacija bi se u određenom smislu mogla poistovjetiti sa ustavnom revizijom – pravim lijekom „kojeg mogu koristiti ne samo privatne fizičke i pravne osobe već i javnopravni subjekti zbog povrede ne samo ustavnih prava i sloboda već i svake ustavne norme“. Steiner, C.; Ademović, N., *Ustav Bosne i Hercegovine: komentar*, Fondacija „Konrad Adenauer“, Sarajevo, 2010, 642.

15 Član 18 st. (1) Pravila Ustavnog suda BiH

16 Apelacija treba sadržavati:

- a) odluku suda u Bosni i Hercegovini koja se osporava;
- b) odredbe Ustava i/ili međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima koje se primjenjuju u Bosni i Hercegovini i za koje apelant smatra da su povrijeđene;
- c) navode, činjenice i dokaze na kojima se apelacija zasniva;
- d) u nedostatku osporene odluke, razloge za podnošenje apelacije;
- e) potpis podnositelja apelacije, odnosno ovlaštenog opunomoćenika;
- f) posebnu punomoć za zastupanje pred Ustavnim sudom ako podnositelj apelacije ima zastupnika.“

Detaljnije vidjeti: član 21 Pravila USBiH.

17 Član 18 st. (2) Pravila USBiH.

18 Uporediti: Odluka Ustavnog suda BiH broj AP-657/07 (par. 6) od 16.07.2009., dostupno na: www.ccbh.ba/bos/odluke/povuci_html.php?pid=211948

19 Član 59 st. (2) Pravila USBiH.

20 Odluka USBiH sadrži uvod, izreku, obrazloženje i zaključak, s tim da u obrazloženju odluke o apelaciji, Ustavni sud navodi koje je ustavno pravo povrijeđeno i u čemu se sastoji povreda. Detaljnije vidjeti: čl. 33 i 62 Pravila USBiH.

kada se posljedice kršenja ustavnih prava mogu otkloniti na drugi način“.²¹ Sud, odnosno organ čija je presuda/odluka ukinuta dužan je da donese novu odluku pri čemu je „obavezan da poštuje pravno shvatanje Ustavnog suda o povredi Ustavom utvrđenih prava i osnovnih sloboda podnosioca apelacije“.²² S tim u vezi, izuzetno, pod uslovom da organ čija je odluka ukinuta donese novu odluku a da pri tome nije uzeo u obzir izrečene stavove i mišljenja Suda, USBiH „može sam odlučiti o meritumu predmeta ukoliko postoji odluka organa koja ne krši ustavna prava, tako što će takvu odluku ostaviti na pravnoj snazi“.²³

Na temelju člana 31 Pravila USBiH, prilikom odlučivanja Sud „u pravilu, ispituje samo one povrede koje su iznesene u zahtjevu/apelaciji“.²⁴ Međutim, USBiH će „obimnije preispitivati“ apelaciju ukoliko je apelant „propustio da eksplicitno spomene i tačno navede relevantne odredbe Ustava BiH ili EKLJP“ pod uslovom da je apelant svoju apelaciju „dovoljno obrazložio“.²⁵ Nadalje, djelovanjem u okviru datih ustavnih nadležnosti USBiH je data i mogućnost da prilikom odlučivanja po apelaciji istovremeno preispituje i pravnu normu koja je suprotna „ustavnim ljudskim pravima i slobodama, i to ne samo djelovanjem na pojedinačni slučaj već uz mogućnost da istu normu po potrebi proglasi i ništavom“.²⁶ Naime, imajući u vidu činjenicu da redovni sudovi prilikom donošenja svojih odluka u znatnoj mjeri zanemaruju primjenu standarda ljudskih prava iz Ustava BiH i Evropske konvencije“,²⁷ izuzetno je značajna uloga Ustavnog suda i njegovo postupanje u skladu sa čl. VI 3. B) i c) Ustava BiH. Iz tih razloga, Ustavni sud veoma često pored navoda sadržanih u apelaciji razmatra i kvalitet predmetnog zakona, jer upravo nedostatak određenog kvaliteta zakona,²⁸ kako je navedeno u anketnom listu popunjenom za potrebe Konferencije evropskih ustavnih sudova, dovodi do povrede ljudskih prava.²⁹

Odlučujući po apelaciji, Ustavni sud u svojoj odluci iznosi pravno shvatanje koje je obavezujuće za sudski organ čija je odluka bila predmetom osporavanja. Prema nekim autorima, ovim normativnim rješenjem, odluci USBiH se u konkretnom slučaju daje zakonska snaga, dok prema svim drugim državnim organima vlasti, premda nije formalno obavezujuća, ima prejudicirajuće djelovanje.³⁰ Prilikom donošenja odluka,

21 Član 62 st. (1) Pravila USBiH.

22 Član 62 st. (4) Pravila USBiH.

23 Član 62 st. (5) Pravila USBiH.

24 Član 31 Pravila USBiH.

25 Steiner C., Ademović N., str. 719.

26 Ibid, str. 722.

27 Tadić, M., *Ustavnosudska zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda u Bosni i Hercegovini*, Zbornik sa međunarodne konferencije „Ustavni sud Crne Gore, 50 godina“, Budva, 2014, str. 23.

28 Ustavni sud je u predmetu broj AP 2271/05 od 21. decembra 2006. godine smatrao da neprecizni zakoni ostavljaju veliki prostor za proizvoljnost. Detaljnije vidjeti: Odluka Ustavnog suda BiH AP 2271/05 od 21.12.2006. godine, „Službeni glasnik BiH“, broj 38/07.

29 Detaljnije vidjeti: *Problemi legislativnih propusta u ustavnoj sudskoj praksi*, Anketni list za XIV kongres Konferencije evropskih ustavnih sudova, dostupno na: http://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Bosnia_Herzegovina_bhs.pdf

30 Uporediti: Steiner C., Ademović N., str. 853.

a obzirom na član II 2. Ustava BiH, USBiH se poziva na praksu Evropskog suda za ljudska prava, kao i na praksu ustavnih sudova drugih demokratskih država.

Odluke USBiH su konačne i obavezujuće³¹ i svako fizičko i pravno lice je dužno da ih poštuje.³² Kada je riječ o izvršenju odluka USBiH, sam Sud u svojoj odluci može odrediti način i rok izvršenja odluke,³³ pri čemu su svi organi vlasti dužni, u okviru svojih ustavnih i zakonskih nadležnosti, provoditi odluke Ustavnog suda.³⁴ U slučaju nepostupanja, odnosno „kašnjenja u izvršavanju ili obavješćavanju Ustavnog suda o preduzetim mjerama, Ustavni sud donosi rješenje kojim se utvrđuje da odluka Ustavnog suda nije izvršena, odnosno može odrediti način izvršenja odluke. To rješenje se dostavlja nadležnom tužiocu, odnosno drugom organu nadležnom za izvršenje kojeg odredi Ustavni sud“.³⁵

Imajući u vidu činjenicu da su odluke USBiH neposredno izvršive, odnosno da Sud sam može odrediti način i rok izvršenja, jasna je namjera adresanta da se *de facto* i *de iure* ojača ustavnosudska zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda u Bosni i Hercegovini. Naravno, izvršavanje odluka USBiH u najvećoj mjeri zavisi od sadržaja izrečene obaveze, složenosti samog postupka implementacije, kao i od političke moći državnih organa prema kojima je izrečena mjera upućena. Ovo posljednje je posebice izražajno kada je riječ o odlukama koje su rezultat apstraktne kontrole ustavnosti.

2. Ustavnosudska zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda u Bosni i Hercegovini: predmet AP 4207/13

Postupajući u predmetu broj AP 4207/13, USBiH je usvojio apelaciju, te je utvrdio da je prekršena zabrana diskriminacije. Naime, konstatujući kršenje člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u vezi sa pravom na imovinu iz člana II 3.k Ustava BiH i člana 1. Protokola broj 1 uz

31 Član VI 5. Ustava BiH.

32 Član 72 st. (1) Pravila USBiH.

33 U slučaju postojanja tzv. legislativnih propusta, USBiH „zakonodavcu ne daje preporuke u pogledu toga kako izbjeći nedostatke u zakonskoj regulativi“. Detaljnije vidjeti: *Problemi legislativnih propusta u ustavnoj sudskoj praksi*, str. 18.

Tako na primjer, postupajući u predmetu broj AP-1125/05 od 16.01.2007. godine, USBiH je, između ostalog, naglasio da nije njegov zadatak da odredi da li će nadležni zakonodavac pristupiti izmjenama postojećih ili donošenju novih propisa kojima bi se obezbijedilo poštovanje prava apelanta ili drugih lica koja su krivično djelo učinila u stanju neuračunljivosti, već da je to isključivo zadatak nadležnog zakonodavca i odgovarajućih organa izvršne vlasti. Nadalje, premda je riječ o pitanju koje spada u *slobodnu procjenu države*, Ustavni sud ukazuje da su nadležne vlasti dužne da hitno preduzmu odgovarajuće legislativne i druge mjere kojima će obezbijediti da lišavanje slobode lica koja su krivično djelo učinila u stanju neuračunljivosti bude “zakonito” kako to zahtijeva član 5 stav 1e Evropske konvencije, kao i da ta lica imaju pravo da, u razumnim vremenskim intervalima, pokrenu postupak pred “sudom” u smislu Evropske konvencije, radi preispitivanja “zakonitosti” izrečene mjere i njenog produženja, kako to zahtijeva član 5 stav 4 Evropske konvencije, sa svim garancijama na koje je Ustavni sud ukazao u ovoj odluci. Detaljnije vidjeti: Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 1125/05 od 16.01.2007. godine.

34 Član 72 st. (2) i (3) Pravila USBiH.

35 Član 72 st. (6) Pravila USBiH.

Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, USBiH je ukinuo presudu Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj 33 0 P 000492 2 Rev od 23.7.2013. godine, te mu istovremeno naložio da u roku od tri mjeseca od dana dostavljanja Odluke obavijesti Sud o preduzetim mjerama.

U navedenom predmetu, Ustavni sud je obimnije preispitivao apelaciju obrazlažući to navodima da je:

- apelant *propustio* da se pozove na kršenje zabrane diskriminacije iz člana 14. Evropske konvencije u vezi sa pravom na imovinu iz člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju,
- apelant *propustio* da se pozove na kršenje zabrane diskriminacije u postupku pred redovnim sudovima.

Međutim, Ustavni sud naglašava da je apelant svoju apelaciju dovoljno obrazložio, odnosno da se njegovi navodi eksplicitno odnose na različit tretman njega kao ostaviteljičinog vanbračnog partnera, čime su ispunjene formalno-pravne pretpostavke za obimnije preispitivanje apelacije.

Nadalje, vršeći apelacijsku nadležnost, USBiH je, u zaključku donesene odluke, naglasio da je vanbračna zajednica koja traje preko tri godine, prema odredbama PZ FBiH, izjednačena sa bračnom zajednicom „u svim pravima i obavezama, uključujući i imovinska prava“³⁶. Ovu pravnu „kvalifikaciju“ USBiH je izrekao bez detaljnijeg razmatranja predmetnih zakona. Odnosno, Ustavni sud nije ulazio u analizu kvaliteta predmetnog zakona, te je, samim tim, i izostalo detaljnije obrazloženje značenja termina „svih prava i obaveza“. U konkretnom slučaju, USBiH je propustio da se referira na sadržaj svih prava i obaveza u kojima su vanbračna i bračna zajednica izjednačene u porodičnim zakonodavstvima u Bosni i Hercegovini.

Obzirom da se prilikom donošenja odluka USBiH rukovodi praksom Evropskog suda za ljudska prava, kao i odlukama ustavnih sudova drugih demokratskih država, neophodno je sagledati i dio prakse Evropskog suda. Evropski sud za ljudska prava u više svojih odluka izrazio je stajalište da nema diskriminacije vanbračnih partnera u odnosu na bračne partnere kada ne uživaju jednaka prava u nacionalnim zakonodavstvima jer u vanbračnoj zajednici žive po vlastitom odabiru i u svakom trenutku mogu sklopiti brak i uživati njegove pravne posljedice.³⁷ Naime, za razliku od USBiH, kada je u pitanju izjednačavanje vanbračnih i bračnih zajednica, Evropski sud za ljudska prava ima drugačiju praksu. Tako na primjer, u predmetu *Velikova v. Bulgaria*³⁸ Evropski sud za ljudska prava konstatuje da postoje objektivni razlozi temeljem kojih nacionalna zakonodavstva ne izjednačavaju u potpunosti vanbračne i bračne zajednice, niti je izgledno da će se između pomenutih zajednica staviti znak jednakosti. S tim u vezi, mišljenja smo da je USBiH pomalo ishitreno zaključio da između vanbračne i bračne zajednice, a kada je riječ o svim pravima i obavezama, postoji znak jednakosti.

36 Detaljnije vidjeti: Odluka u predmetu AP 4207/13.

37 Vidi šire: Lucić, N., Grigić, N., *Marriage v. cohabitation in the legal practice of the European court of human rights*, u “Contemporary legal and economic issues V”, ur. Barković Bojanić, I., Lulić, M., Pravni fakultet Osijek, Osijek, 2015., str. 57.–84.

38 Presuda dostupna na web stranici: <http://www.errc.org/article/velikova-v-bulgaria/3857>.

Kao što je već naglašeno, obzirom da se važećim odredbama entitetskih porodičnih zakona vanbračne i bračne zajednice ne izjednačavaju u svim pravima i obavezama, postavlja se pitanje pravnog dejstva odluke USBiH u predmetu AP 4207/13. Drugim riječima, „Da li izrečeni stav USBiH prema kojem su vanbračna i bračna zajednica izjednačene u svim pravima i obavezama, uključujući i imovinska prava, nameće obavezu zakonodavcima u Federaciji Bosne i Hercegovine, Republici Srpskoj i Brčko Distriktu da izmijene važeće odredbe porodičnog zakonodavstva, te na taj način *de iure i de facto* izjednače pomenute zajednice“?

U konkretnom slučaju, sasvim je jasna ustavna i zakonska obaveza Vrhovnog suda FBiH da postupi prema „pravnom shvatanju“ USBiH sadržanom u navedenoj odluci, odnosno obavezi Vrhovnog suda da apelanta „prepozna“ kao zakonskog nasljednika prvog nasljednog reda. Za Vrhovni sud FBiH, kao organa čija je odluka osporena, pravno shvatanje USBiH sadržano u predmetnoj odluci ima „zakonsku“ snagu. Vrhovni sud FBiH dužan je da u predviđenom roku obavijesti Ustavni sud o izvršenju odluke, implementirajući u cijelosti pravno shvatanje USBiH. Međutim, kada je riječ o pravnom dejstvu odluke Ustavnog suda prema drugim organima čije odluke nisu bile predmetom osporavanja pred USBiH, situacija je bitno drugačija. Mišljenja smo da odluka USBiH nije formalno obavezujuća, odnosno ne stvara implicitno (direktno) obavezu za entitetske zakonodavne organe vlasti i zakonodavni organ Brčko Distrikta.

U dijelu rada koji slijedi dat je pojam vanbračne zajednice u pozitivnom zakonodavstvu, a nakon toga dat je prikaz prava i obaveza u porodičnom zakonodavstvu u kojima vanbračna i bračna zajednica nisu izjednačene.

3. Vanbračna zajednica u Porodičnim zakonima u BiH

Porodični zakoni u BiH³⁹ na različit način uređuju vanbračnu zajednicu. U sva tri porodična zakona vanbračna zajednica je pravno uređena. Porodični zakon FBiH normira da je „vanbračna zajednica zajednica života žene i muškarca koji nisu u braku ili vanbračnoj zajednici sa drugom osobom, koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete“.⁴⁰ Prema zakonskoj definiciji zastupljen je princip monogamije čime je isključena mogućnost da vanbračna zajednica postoji pored braka ili druge vanbračne zajednice i proizvodi zakonom priznata dejstva.⁴¹ Drugim riječima, ne mogu egzistirati i proizvoditi pravne posljedice dvije zajednice života, brak i vanbračna zajednica ili dvije vanbračne zajednice, odnosno ukoliko postoji brak nikada ne može nastati vanbračna zajednica, bez obzira na njeno trajanje.

Porodični zakon Republike Srpske (u daljem tekstu PZ RS) normira da je

39 Porodično-pravni odnosi u BiH uređeni su sa tri zakona. Porodičnim zakonom FBiH („*Službene novine Federacije BiH*“, br. 35/05, 41/05 i 31/14), Porodičnim zakonom Republike Srpske („*Službeni glasnik Republike Srpske*“, br. 54/02, 41/08 i 63/14) i Porodičnim zakonom Brčko Distrikta BiH („*Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH*“, br. 23/07). U radu će se obrađivati Porodični zakon FBiH i Porodični zakon RS.

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

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

vanbračna zajednica „zajednica života žene i muškarca koja nije pravno uređena na način propisan ovim zakonom“.⁴² U literaturi se kritikuje navedena definicija vanbračne zajednice u smislu da ovoj zajednici nedostaje samo forma braka, „a svakako da jeste, a ne da nije pravno uređena na način propisan zakonom“.⁴³ Primjetno je da zakonodavac u Republici Srpskoj nije naveo uslov da se vanbračna zajednica ne može zasnovati ukoliko jedan od vanbračnih partnera živi u braku ili drugoj vanbračnoj zajednici. Ipak, primjenom načela monogamije neće se priznati pravna dejstva vanbračne zajednice ukoliko je jedan od vanbračnih partnera u braku ili drugoj vanbračnoj zajednici.⁴⁴ U teoriji se navodi da bi bilo svrsishodno, a radi nepostojanja mogućnosti registracije vanbračnih zajednica, izričito definisati da je jedan od uslova nastanka vanbračne zajednice da vanbračni supružnici nisu u braku ili drugoj vanbračnoj zajednici.⁴⁵

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

Prema navedenim zakonskim definicijama da bi zajednica života, bilo bračna ili vanbračna, bila pravno priznata u pozitivnom pravu BiH neophodno je ispunjenje uslova različitosti spolova.⁴⁶

U porodičnim zakonima u BiH nisu određeni kriteriji kojima bi se dokazivalo postojanje zajednice života. Prihvaćeno je stanovište da je zajednica života konstitutivni element koji treba da odvoji vanbračnu zajednicu od drugih sporadičnih veza.⁴⁷ Postoji i suprotno stanovište prema kojem, zajednica života nije konstitutivni element, već da vođenje zajedničkog domaćinstva i zajedničko stanovanje predstavljaju činjenicu koja olakšava njeno dokazivanje.⁴⁸ Zajednica života treba da predstavlja volju i namjeru žene i muškarca da žive zajedno kao žena i muž te da izvršavaju prava i dužnosti koje postoje između bračnih partnera.⁴⁹

Da bi postojala vanbračna zajednica, zajednica života žene i muškarca mora trajati duže vrijeme. Određenje vremenske granice trajanja životne zajednice treba da napravi razliku između vanbračne zajednice i onih veza kod kojih ne postoji volja

42 Član 12. PZRS.

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

44 Ibid, str. 146.

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

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

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

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

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

i namjera za uspostavljanje odnosa koji je sličan braku. Za razliku od PZ RS u kojem nije izričito normirana vremenska odrednica u PZ FBiH određeno je da vanbračna zajednica mora trajati najmanje tri godine a može i kraće ukoliko se u njoj rodi zajedničko dijete. U PZ RS vremensko trajanje zajednice života izvodi se posredno iz odredbi koje se odnose na međusobno izdržavanje i imovinske odnose vanbračnih partnera. Uslov potrebnog vremenskog trajanja vanbračne zajednice se razlikuje u odnosu na činjenicu da li se radi o pravu na izdržavanje vanbračnog partnera gdje se zahtijeva trajanje zajednice života od najmanje tri godine,⁵⁰ dok se u slučaju zajedničke imovine vanbračnih partnera koristi pravni standard „duže vremena“.⁵¹

3.1. Dosljedno izjednačavanje vanbračne zajednice sa bračnom u porodičnom zakonodavstvu BiH

Ustavni sud BiH u svojoj Odluci na više mjesta, kao i zaključku odluke, navodi da je Porodični zakon FBiH koji je donesen 2005. godine u cijelosti izjednačio vanbračnu i bračnu zajednicu u pravima i obvezama, *uključujući i imovinska prava* (naglasili koautori).⁵² Sud nadalje konstatuje da „situacija u kojoj jedan zakon izjednačava trajniju vanbračnu zajednicu sa bračnom u pravima i obvezama, uključujući i imovinska prava“, a drugi potpuno isključuje mogućnost međusobnog nasljeđivanja vanbračnih partnera, svakako predstavlja različit tretman koji treba ispitati.⁵³

Interesantno je da ni u jednom dijelu svoje odluke Sud nije naveo koji je to član koji izjednačava vanbračnu zajednicu sa bračnom. Iz dijela obrazloženja Odluke može se pretpostaviti da se Sud pozivao na odredbu člana 2. PZ FBiH.⁵⁴ Naime USBiH navodi da PZ FBiH regulira, između ostalog, pitanje porodice i porodičnih odnosa i izjednačava vanbračnu zajednicu koja je trajala preko tri godine sa bračnom u pravima i obvezama.⁵⁵

Član 2. PZ FBiH definiše porodicu kao životnu zajednicu roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojlaca i usvojenika i osoba iz vanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu. Iz navedene odredbe može se zaključiti da bračni partneri nisu članovi porodice,⁵⁶ te se postavlja pitanje na koji način je Ustavni sud izveo zaključak da je PZ FBiH vanbračnu zajednicu u cijelosti izjednačio sa bračnom?

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

⁵⁰ Član 248. st. 1. PZ RS.

⁵¹ Član 284. st. 1. PZ RS.

⁵² Paragraf 27. Odluke Ustavnog suda.

⁵³ Paragraf 28. Odluke Ustavnog suda.

⁵⁴ Član 2. PZ FBiH je citiran kao relevantni propis.

⁵⁵ Paragraf 33. Odluke Ustavnog suda.

⁵⁶ Traljić, N.; Bubić, S., op cit. str. 15.

zajednice. Opći uvjeti za izdržavanje vanbračnih partnera identični su uvjetima za izdržavanje bračnih partnera.⁵⁷

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

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

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

3.2. Načelo monogamne vanbračne zajednice

Načelo monogamije, pored toga što zabranjuje postojanje dva braka, zabranjuje i istovremeno postojanje dvije vanbračne zajednice. PZ FBiH u članu 3. normira da je vanbračna zajednica, zajednica između muškarca i žene koji nisu u braku ili u vanbračnoj zajednici sa drugom osobom. Prema tome, ranije zasnovana vanbračna zajednica će proizvoditi pravna dejstva, a ostale neće proizvoditi porodično-pravna dejstva, već samo građansko-pravna.⁵⁸ Iako u PZ RS nije izričito propisano da vanbračni supružnici ne žive u nekoj drugoj vanbračnoj zajednici, analognom primjenom načela monogamije, neće se priznati pravna dejstva vanbračne zajednice ukoliko je jedan od vanbračnih supružnika već bio u nekoj drugoj vanbračnoj zajednici.

U oba porodična zakona problem može nastati u pogledu dokazivanja momenta nastanka vanbračne zajednice a sve iz razloga ne postojanja registra vanbračnih zajednica. Prihvatimo li zaključak USBiH o izjednačavanju bračne i vanbračne zajednice, opravdanim postavljamo pitanje da li postojanje vanbračne zajednice predstavlja bračnu smetnju ?

Primjenom načela monogamije jasno je da postojanje braka ne dozvoljava nastanak vanbračne zajednice. Ako je jedan vanbračni partner u braku, vanbračna zajednica ne može nastati, odnosno vremenski prioritet braka ne dozvoljava nastanak vanbračne zajednice. Ukoliko su brak i vanbračna zajednica izjednačene onda postojanje vanbračne zajednice trebalo bi da onemogućava zaključenje punovažnog braka. Međutim, postojanje vanbračne zajednice nije smetnja za nastanak braka. Ako je jedna osoba u vanbračnoj zajednici ona može zaključiti brak sa drugom osobom.

57 Ibid. str 146.

58 Panov, S., str. 146.

Što znači da zaključenje braka čini vanbračnu zajednicu pravno nepostojećom iako je ona ranije nastala i iako je nastala po zakonu.⁵⁹

Da li načelo monogamije vrijedi samo za brak ili vrijedi i za vanbračnu zajednicu? Ako jedna osoba ostvaruje potpunu zajednicu života sa drugom osobom suprotnog spola to onda isključuje mogućnost da može voditi još jednu zajednicu.⁶⁰ Uzmemo li u obzir odredbe porodičnih zakona da će se uvijek poništiti kasnije zaključeni brak⁶¹ može se dati potvrđan odgovor na prethodno pitanje. Ako je pravo bračnog partnera da njegov raniji brak pobijedi kasniji brak bigamiste, ako je pravo bračnog partnera da bude zaštićen od bigamnog bračnog partnera, onda to pravilo važi i za vanbračnog partnera, odnosno vanbračni partner treba biti zaštićen, ustanovom poništenja, ako njegov partner kasnije zaključi brak s nekom drugom osobom.⁶²

Apsolutno izjednačavanje bračne i vanbračne zajednice, bez omogućavanja registracije vanbračnih zajednica, dovodi do pravne nesigurnosti. Naime, pitanje nastanka braka i vanbračne zajednice ima direktan uticaj i na nastanak imovinskih odnosa između bračnih i vanbračnih partnera. Ako ne možemo znati trenutak nastanka zajednice života, bilo bračne ili vanbračne, onda ne možemo znati ni od kojeg trenutka partneri imaju prava i obaveze propisane porodičnim zakonom.

3.3. Razlike imovinskih odnosa bračnih i vanbračnih partnera.

Kao što smo u radu prethodno naveli, PZ RS je vanbračnim supružnicima priznao određena prava, odnosno izjednačio ih je sa bračnim partnerima u pogledu izdržavanja i imovinskih odnosa. U pogledu imovinskih odnosa vanbračni supružnici su u potpunosti izjednačeni sa bračnim supružnicima. Zajednička imovina vanbračnih supružnika određena je kao imovina koja je stečena radom lica u vanbračnoj zajednici koja je trajala duže vremena.⁶³ Prilikom diobe zajedničke imovine vanbračnih supružnika shodno se primjenjuju pravila o diobi zajedničke imovine bračnih supružnika.⁶⁴ U praksi se može postaviti pitanje na koji način se dokazuje trajnost vanbračne zajednice, tj. da je trajala duže vremena. Odnosno, da li se trajnost vanbračne zajednice dokazuje protekom određenog vremena ili izjavom vanbračnih supružnika i na koji način dokazati namjeru trajne zajednice života u slučaju smrti vanbračnog supružnika. Sadržinu pravnog standarda „duže vrijeme“ nemoguće je odrediti unaprijed, te on svoj puni izraz nalazi u sudskoj praksi u svakom konkretnom slučaju. Ukoliko su bračna i vanbračna zajednica izjednačene onda bi mogli reći da trajnost vanbračne zajednice ne igra nikakvu ulogu pri odlučivanju o imovinskim odnosima vanbračnih supružnika u RS. Bračni supružnici zajedničku imovinu stiču od trenutka sklapanja braka, pa bi analogno tome i vanbračni supružnici sticali zajedničku imovinu od trenutka zasnivanja zajednice života.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Komar; Korač; Ponjavić, *Porodično pravo*, Nomos DOO Beograd, Beograd, 1999, str. 128.

⁶¹ Član 35. PZ FBiH, Član 31. PZ RS.

⁶² Ibid.

⁶³ Član 284. st. 1. PZ RS.

⁶⁴ Član 284. st. 2. PZ RS.

U PZ FBiH imovinski odnosi vanbračnih partnera nisu u potpunosti izjednačeni sa imovinskim odnosima bračnih partnera. Imovina koju su vanbračni partneri stekli radom u vanbračnoj zajednici koja ispunjava uvjete iz člana 3. ovog Porodičnog zakona smatra se njihovom vanbračnom stečevinom.⁶⁵ Prema navedenoj normi vanbračna stečevina se stiče radom oba vanbračna partnera, bez postojanja izuzetaka o radu kao načinu sticanja vanbračne stečevine. Za razliku od vanbračne stečevine, bračna stečevina se u pravilu stiče radom te postoje i izuzeci od rada kao načina sticanja bračne stečevine i u nju ulaze: prihodi od bračne stečevine, dobici od igara na sreću, prihodi od intelektualnog vlasništva i pokloni trećih osoba.⁶⁶ Da bi nastala vanbračna stečevina nije dovoljno samo postojanje vanbračne zajednice. Neophodno je da vanbračna zajednica traje najmanje tri godine, ili kraće ukoliko je u njoj rođeno zajedničko dijete. Za bračnu stečevinu je dovoljno samo postojanje zajednice života, trajanje te zajednice nije relevantno.⁶⁷ Ukoliko vanbračnu zajednicu u potpunosti izjednačimo sa bračnom u svim pravima i obavezama, uključujući i imovinska, onda nepobitno postoje izuzeci od rada kao načina sticanja vanbračne stečevine. Odnosno, možemo reći da Odluka Ustavnog suda predstavlja osnov na koji bi se vanbračni partneri, u eventualnom postupku pred redovnim (i ustavnim) sudovima, mogli pozivati u slučaju dokazivanja da dobitak od igara na sreću ili prihod od intelektualnog vlasništva predstavlja vanbračnu stečevinu.

Ukoliko je vanbračna zajednica trajala manje od tri godine ne može nastati vanbračna stečevina, uz izuzetak da u njoj nije rođeno zajedničko dijete. Prema pozitivno-pravnim propisima, poštujući primjenu načela monogamije, ukoliko vanbračni partneri nakon dvije godine trajanja vanbračne zajednice zaključe brak sa drugom osobom ili između sebe, imovina koju su sticali tokom dvije godine raspraviti će se prema odredbama građanskog prava, odnosno na njih se neće primijeniti pravila porodičnog prava.

Drugačije tumačenje nalazimo u sudskoj praksi Republike Hrvatske. Može se reći da se radi o „presedan“ prema kojem trajanje zajednice života ne predstavlja uslov nastanka vanbračne zajednice i to u onim slučajevima kada vanbračni partneri zaključe brak. Naime, prema odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske (u daljem tekstu VSRH), iako je utvrđeno da je zajednica života započeta u septembru 2001. godine te da je brak sklopljen jedanaestog decembra 2003. godine, što znači da je zajednica života trajala dvije godine i jedan mjesec, utvrđeno je postojanje vanbračne stečevine. Obiteljskim zakonom nije bio predviđen izuzetak u podjeli bračne stečevine kada se vanbračna zajednica nastavlja bračnom.⁶⁸ VSRH je konstatovao: „S obzirom na kontinuitet zajednice stranaka, a osobito s obzirom na njeno povećanje kvalitete (u pogledu pravnog statusa), prema stajalištu ovog suda treba smatrati da se radi i o kontinuitetu imovine koja predstavlja stečevinu prvo

65 Član 263. st 1. PZ FBiH.

66 Vidi član 251. PZ FBiH.

67 Traljić, N.; Bubić, S., op cit. str. 147.

68 Obiteljski zakon Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 103/15. Član 11. stav 1. Obiteljskog zakona: „Odredbe ovoga Zakona o učincima izvanbračne zajednice primjenjuju se na životnu zajednicu neudane žene i neoženjenoga muškarca koja traje najmanje tri godine, a kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete ili ako je nastavljena sklapanjem braka“.

izvanbračnih, a potom bračnih drugova“.⁶⁹ Kao odlučujući kriterij koji je VSRH uzeo prilikom odlučivanja postojanja vanbračne stečevine nije bilo vrijeme trajanja zajednice života nego kontinuitet zajednice. Prema mišljenju VSRH, a sada i prema novom obiteljskom zakonodavstvu, pravnu zaštitu ne uživaju zajednice izvan braka koje traju, primjerice, dvije godine i jedanaest mjeseci, ali uživaju one koje traju dva mjeseca samo zbog činjenice sklapanja braka koji može trajati i svega mjesec dana.⁷⁰ Pravno je kontradiktorno pružiti pravnu zaštitu kratkotrajnim zajednicama samo zato što je došlo do sklapanja braka, neovisno o tome što vanbračna zajednica i brak zajedno traju i samo nekoliko mjeseci a uskratiti pravnu zaštitu vanbračnim zajednicama koje traju preko dvije godine ali nije došlo do sklapanja braka.⁷¹

3.4. Izdržavanje bračnog i vanbračnog partnera

Uslovi za izdržavanje vanbračnog partnera identični su uslovima koje treba ispuniti bračni partner. Oba porodična zakona su na identičan način izjednačili pravo vanbračnog partnera na izdržavanje. Odnosno oba zakona upućuju na odredbu kojom se uređuju uslovi za izdržavanje bračnog partnera.⁷² Ipak ne može se reći da su bračni i vanbračni partner u pogledu ostvarivanja prava na izdržavanje u jednakom položaju.

U literaturi se postavlja pitanje o ostvarivanju prava na izdržavanje vanbračnog partnera u onim zakonodavstvima u kojima vanbračni partner nije zakonski nasljednik.⁷³ Prema Zakonu o nasljeđivanju Republike Srpske (dalje u tekstu: ZoNRS) vanbračni partner ne ulazi u krug zakonskih nasljednika.⁷⁴ Sa aspekta nasljednog prava bračni partner se nalazi u prvom zakonskom redu nasljeđivanja, pa je pravično da je njegova obaveza izdržavanja srazmjerna njegovom pravu na zakonsko nasljeđe. Ako je pravičan princip da onaj ko ima prvenstvenu imovinsku korist ima i prvenstvenu imovinsku obavezu, onda nije pravično da vanbračni partner, koji nema nikakvu imovinsku korist (iz razloga što nije zakonski nasljednik) bude prvi na listi dužnika izdržavanja, i to prije lica koja kao krvni srodnici mogu da postanu zakonski nasljednici.⁷⁵ Ovdje se nalazi opravdanje Odluke USBiH u pogledu prava vanbračnog partnera da bude nasljednik prvog zakonskog nasljednog reda. Ipak ne treba zaboraviti na činjenicu da u PZ RS nije normirana dužina trajanja vanbračne zajednice, te bi se u svakom konkretnom slučaju morala utvrđivati volja za trajnom zajednicom života kao prethodnim pitanjem od kojeg bi zavisilo pravo na nasljeđivanje vanbračnog partnera.

69 Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rješenje broj: Rev 1364/10-2 od 21. novembra 2012. godine.

70 Lucić, N., *Dokazivanje izvanbračne zajednice – odgovori na neujednačeno zakonodavstvo i sudsku praksu*, Pravni vjesnik, god 31., broj 3-4, 2015, str. 105.

71 Ibid.

72 Član 248. PZ RS, Član 230 PZ FBiH.

73 Panov, S., str. 148.

74 Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske, (Službeni glasnik Republike Srpske br: 1/09). Vidi član 8. ZoNRS.

75 Panov, S., str. 148.

U PZ RS postoji još jedna razlika između braka i vanbračne zajednice kada govorimo o pravu na izdržavanje. Pravo na izdržavanje prestaje, i kod braka i kod vanbračne zajednice, sklapanjem novog braka ali ne i zasnivanjem vanbračne zajednice. Ukoliko su brak i vanbračna zajednica izjednačeni u svim pravima i obavezama onda bi i zasnivanje vanbračne zajednice trebalo predstavljati činjenicu koja dovodi do prestanka izdržavanja. Ponovo se postavlja pitanje na koji način bi se dokazivao trenutak nastanka vanbračne zajednice? Da li bi to bio trenutak početka zajedničkog života ili možda trenutak izjave volja o zajednici života ili trenutak prijave zajedničkog mjesta prebivališta?

U PZ FBiH vanbračni partner ima pravo na izdržavanja nakon prestanka vanbračne zajednice dok bračni partner ovo pravo ostvaruje i u toku i nakon razvoda braka.⁷⁶ Za razliku od PZ RS u PZ FBiH propisano je da pravo na izdržavanje prestaje ako izdržavani razvedeni bračni partner, ili bračni partner iz poništenog braka sklopi novi brak, ili zasnuje vanbračnu zajednicu, ili postane nedostojan tog prava, ili ako više ne postoji neki od uvjeta iz člana 224. PZ FBiH.⁷⁷ I ovdje se može postaviti pitanje koji je to trenutak zasnivanja vanbračne zajednice?

3.5. Posljedice apsolutnog izjednačavanja vanbračne i bračne zajednice u ostvarivanju drugih prava

U odluci u predmetu AP 4207/13 Ustavni sud BiH navodi: „da bez uvažavanja opredjeljenja iz PZ FBiH o dosljednom izjednačavanju vanbračne zajednice koja traje preko tri godine sa bračnom zajednicom u svim pravima i obvezama, uključujući i imovinska, prekršena je zabrana diskriminacije iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u vezi sa pravom na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju“. Nadalje se navodi da apelant ne može snositi štetne posljedice toga što relevantni zakoni nisu ranije harmonizirani kako bi se provelo dosljedno opredjeljenje zakonodavca da ukloni diskriminaciju u tretmanu izvanbračnih i bračnih partnera i u nasljednim odnosima.⁷⁸ Ovakav stav Suda jasno sugerira da su svi zakoni koji ne omogućavaju vanbračnim partnerima ona prava koja imaju i bračni partneri u suprotnosti sa Ustavom BiH i Evropskom konvencijom. Primjena navedene Odluke na porodično-pravne odnose značilo bi da vanbračni partneri mogu ostvarivati sva prava kao i bračni partneri.

S tim u vezi, nameće se i pitanje: „Da li vanbračni partneri imaju mogućnost izbora prezimena iz člana 31. PZ FBiH i člana 43. PZ RS“? Nadalje, samo po sebi se postavlja i pitanje na koji način će se u dokazivati postojanje vanbračne zajednice i da li bi se primjena prava na promjenu prezimena mogla zloupotrijebiti u praksi? Obiteljski zakon RH navodi da primjena pravila o izboru prezimena ne predstavlja nepovoljno postupanje prema izvanbračnim drugovima.⁷⁹

⁷⁶ Traljić, N.; Bubić, S., str. 146.

⁷⁷ Član 229. PZ FBiH.

⁷⁸ Para 34. Odluke Ustavnog suda BiH.

⁷⁹ Član 11. st 4. OZRH.

Mogu li vanbračni partneri usvojiti dijete odmah nakon što ispune uslov iz člana 3. PZ FBiH ili nakon dužeg trajanja zajednice života ? Tumačenjem stava Ustavnog suda BiH u predmetu AP 4207/13, navedena odluka trebala bi da predstavlja relevantan pravni osnov na koji se mogu pozivati vanbračni partneri u Republici Srpskoj prilikom usvajanja djeteta, obzirom da prema odredbama PZ RS-a ovo pravo nije propisano.⁸⁰ Naravno, da bi ostvarili pravo na usvojenje djeteta, vanbračni partneri bi morali pokrenuti upravni postupak i pozvati se na navedenu Odluku Ustavnog suda BiH.

Da li se na očinstvo ili materinstvo djeteta rođenog u vanbračnoj zajednici može primijeniti pravna pretpostavka o ocu djeteta? U sva tri porodična zakona ocem djeteta rođenog u braku ili periodu do 300 dana od prestanka braka smatra se muž majke djeteta.⁸¹ Ukoliko su bračna i vanbračna zajednica izjednačene onda bi se navedena pravna pretpostavka trebala primijeniti i na vanbračnog oca. Kako vanbračna zajednica može proizvoditi pravna dejstva i prije isteka roka od tri godine, pod uslovom da je u njoj rođeno zajedničko dijete, a što se u konkretnom primjeru dešava, dokazivanje postojanja ili nepostojanja vanbračne zajednice moralo bi prethoditi upisu oca djeteta. Jasno je da pravna pretpostavka o ocu djeteta nije primjenjiva na vanbračne zajednice, naročito u onim slučajevima kada ne postoji registar vanbračnih zajednica.

Međutim, postoji li mogućnost primjene pravne pretpostavke o ocu djeteta i na vanbračnu zajednicu? Dvije osobe različitog spola, sklapanjem braka ili zasnivanjem vanbračne zajednice, prihvataju da se pridržavaju svih obveza koje zakon propisuje na brak ili vanbračnu zajednicu. Jedna od tih obveza, u onim državama koje normiraju registraciju vanbračne zajednice, jeste da bračni partneri ravnopravno odlučuju o rađanju i podizanju djece. Porodični život u braku i vanbračnoj zajednici zaslužuje zaštitu, odnosno integritet i mir unutar porodice čine interes koji zaslužuje zaštitu. Primjena pravne pretpostavke o očinstvu je i u skladu sa najboljim interesom djeteta, odnosno da dijete od svog rođenja ima upisanog i oca i majku. Iako u porodičnim zakonima postoji mogućnost priznanja vanbračnog očinstva prije rođenja djeteta⁸², primjena pravne pretpostavke o ocu djeteta riješila bi sve one slučajeve u kojima do priznanja nije došlo. Ovo opravdava primjenu pravne pretpostavke na upis očinstva i materinstva.⁸³

⁸⁰ Vidi članove 153. i 158. PZ RS.

⁸¹ Član 54. st. 1. PZ FBiH., Član 109. st. 2. PZ RS. Član 50. st. 1. PZ BD.

⁸² Član 61. st. 1. PZ FBiH, Član 115. st. 1. PZ RS, Član 56. st. 1. PZ BD.

⁸³ *Child and Parents in The 21st Century Report of The Government Committee on The Reassessment of Parenthood*, str: 33. Preuzeto sa web stranice: <file:///C:/Users/DEPOCEI/Downloads/Child+and+parents+in+the+21st+century+ENG.PDF>

Zaključak

Nakon provedene analize mišljenja smo da na pitanja, poput:

- da li je opravdan koncept izjednačavanja vanbračne zajednice, kao posebnog odnosa sa svim njenim specifičnostima, sa pravnim dejstvima braka?
- da li se može govoriti o diskriminaciji u onim slučajevima kada osobe imaju pravo izbora između braka i vanbračne zajednice?
- odnosno, postoji li povreda u smislu kršenja zabrane diskriminacije u situacijama kada vanbračni partneri, svojom slobodnom voljom, odlučuju da neće sklopiti brak, te na taj način svjesno prihvataju da gube određene benefite koje imaju bračni partneri?,

kao i na brojna druga koja ne spadaju u domen porodično-pravnih odnosa, odgovore će morati ponuditi sudska praksa.

Smatramo da je Općinski sud u Živinicama zauzeo pravilan stav kada je naveo da se „pravilnim tumačenjem člana 3. PZ FBiH nikako ne može izvesti zaključak da je ova zajednica u svemu izjednačena sa bračnom zajednicom“, već samo „u pogledu određenih prava“. Općinski sud je naveo da to konkretno znači da su „vanbračnim partnerima priznata određena prava iz ove zajednice kao u bračnoj zajednici, kao što su prava međusobnog izdržavanja, u pogledu sticanja vanbračne stečevine“, ali da „nisu ipak izjednačeni u svim pravima, pogotovo u pogledu nasljeđivanja“.

Nadalje, mišljenja smo da odluka USBiH *nije formalno obavezujuća*, odnosno da *ne stvara implicitno (direktno) obavezu* za entitetske zakonodavne organe vlasti i zakonodavni organ Brčko Distrikta. No, u svakom slučaju odluka u predmetu AP 4207/13 ima *prejudicirajuće dejstvo*, odnosno predstavlja svojevrsan izvor prava, te kao takva predstavlja relevantan pravni osnov za eventualno pokretanje novih postupaka pred redovnim (i ustavnim) sudovima u Bosni i Hercegovini.

Dr. sc. Boris Krešić, Associate Professor
Faculty of Law, University of Tuzla
Dr. sc. Dženeta Omerdić, Associate Professor
Faculty of Law, University of Tuzla

EQUALIZATION OF RIGHTS OF COMMON-LAW AND MARITAL PARTNERS – ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Having conducted the analysis, we believe that the questions such as:

- Is equalizing common-law marriage, as a particular relationship with all its specific features, a justifiable concept?
- Is there discrimination in the cases when persons have the right to choose between marriage and common-law marriage?
- Is there a breach of the law in terms of violating prohibition of discrimination in the situations when common-law partners willingly decide not to contract a marriage, thus consciously accepting the loss of certain benefits given to marital partners?,

along with many other questions outside the framework of the family law must be answered by court practice.

We believe that the Municipal Court took a proper position when stating that “by the correct interpretation of Article 3 of the Family Law of Bosnia and Herzegovina Federation, it is certainly not possible to conclude that common-law marriage is entirely equal to marriage”, but rather “in terms of certain rights” only. The Municipal Court stated that this specifically means that “common-law partners are granted certain rights as are married partners, such as the right to mutual support, in terms of the acquisition of non-marital property” but that “common-law partners are not equal in all the rights, especially regarding inheritance.”

Furthermore, we believe that the decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina is *not formally binding* and that *it does not directly imply the obligation* for the entity legislative authorities and the legislative authority of Brčko District. However, the decision in the case AP 4207/13 has a prejudicial effect i.e. a source of right and as such it is a relevant legal basis for potential initiation of legal proceedings before courts (including the Constitutional Court) in Bosnia and Herzegovina.

Key words: marriage, common-law marriage, prohibition of discrimination,
The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina