

Dr. sc. Suzana Bubić, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru

UTICAJ EVROPSKOG PRAVA NA PORODIČNO PRAVO U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak

Autorica u radu razmatra rješenja prihvaćena u porodičnim zakonima u Bosni i Hercegovini na čije donošenje je uticalo evropsko pravo. Pažnju je usmjerila na ustanove porodičnog prava pri čijem uređenju bi trebalo, u većoj mjeri no što je to urađeno u pozitivnom pravu, uvažiti evropske dokumente iz ove oblasti i praksu Evropskog suda za ljudska prava. Autorica iznosi prijedloge *de lega ferenda* kojima bi se uspješnije zaštitila prava i interesi članova porodice. U prvom redu time bi se potpunije osigurali najbolji interesi djeteta, a uz njih i prava odraslih članova porodice, odnosno bračnih i vanbračnih partnera, zagarantovana Evropskom konvencijom o ljudskim pravima.

Ključne riječi: pravo na brak, najbolji interesi djeteta, roditeljsko staranje/odgovornost, usvojenje, Evropski sud za ljudska prava (Sud)

Uvodna razmatranja

Reforma nacionalnih porodičnih prava izvršena u posljednjih nekoliko decenija dovela je do snažnog razvoja porodičnog prava. Brzina odvijanja ovog procesa u pojedinim evropskim državama bila je i još uvijek je različita, ali je njegov pravac identičan. Naime, promjene koje se unose u nacionalna prava usmjerene su na to da se patrijarhalni pristup i na njemu zasnovana rješenja zamijene modernim te da se pravo koje ograničava, zabranjuje i sankcioniše određena ponašanja članova porodice transformiše u pravo koje štiti interese članova porodice kojima je potrebna pomoć i zaštita društva i države.¹ Pri tome se mogućnost intervencije u

¹ Opšti trendovi u porodičnom pravu su njegova modernizacija, odnosno prihvatanje i osiguravanje "slobode, jednakosti i sekularnosti." O modernizaciji porodičnog prava vidjeti šire: McGlynn, C, *Families and the European Union Law, Politics and Pluralism*, Durham University, Cambridge University Press 2006.

To što nacionalni zakonodavci, pri donošenju novih i izmjenama pozitivnopravnih propisa, prihvataju savremena rješenja koja su sama po sebi međusobno slična, ima za posljedicu harmonizaciju nacionalnih porodičnih prava.

porodicu i porodične odnose ograničava, pa se dozvoljava samo ukoliko se time neće povrijediti ljudska prava članova porodice, kako odraslih tako i djece, odnosno prava djeteta zagarantovana međunarodnim i evropskim dokumentima.²

Na izmjenu nacionalnih propisa uticali su i utiču akti doneseni od institucija Evropske unije i Vijeća Evrope te praksa Evropskog suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava.³ Prihvatanje zahtjeva iz ovih dokumenata dovelo je do prihvatanja međusobno sličnih rješenja u nacionalnim porodičnim pravima, odnosno do uređenje pojedinih porodičnih ustanova na sličan način.. Bez ove harmonizacije, pogotovo onih oblasti u kojim postoje velike razlike između nacionalnih pravnih sistema u Evropi, nemoguće je osigurati i postići slobodno kretanje osoba, stvaranje zajedničkog evropskog identiteta - evropskog državljanstva i integrisanog evropskog pravnog prostora.⁴ Međutim, harmonizacija

2 Upravo je i ova tijesna veza između porodičnog prava i ljudskih prava, odnosno obaveze njihovog poštovanja, jedan od faktora koji doprinose harmonizaciji nacionalnih porodičnih prava. Posebno značajni su stavovi Evropskog suda za ljudska prava zauzeti u odlukama donesenim po zahtjevima za utvrđivanje povrede članova 8, 12. i 14. Evropske konvencije za ljudska prava. Postupanje država u skladu s odlukama ovog Suda znatno doprinosi uklanjanju razlika između nacionalnih prava.

3 Neki od evropskih akata, odnosno njihovih odredaba, neposredno su primjenjivi u državama članicama Evropske unije: za privatnopravne subjekte stvaraju prava i obaveze koje se mogu prinudno ostvariti pred nadležnim državnim organima. U ovoj grupi su odredbe Osnivačkih ugovora, a od sekundarnih izvora evropskog prava direktive, odluke i uredbe. Neposredno primjenjive su i konvencije zaključene između država članica. Međutim, donedavno su se nacionalni organi u svojim odlukama uglavnom pozivali na stavove zauzete u evropskoj praksi. Tek u posljednje vrijeme izraženija je primjena zakonskih akata Unije u praksi u državama članicama. Tumačenje i primjena ovih akata doprinosi punijem uticaju i boljoj primjeni komunitarnog prava.

4 Boele-Woelki, K, *The principles of European family law: its aims and prospects*, Utrecht Law Review, Volume 1, Issue 2 (December) 2005, str. 161, dostupno na stranici: <http://www.utrechtlawreview.org/>

Nužnost harmonizacije porodičnog prava evropskih država uočavana je kroz istoriju više puta, tako da su u nekoliko navrata zabilježene više ili manje uspješne aktivnosti radi postizanja njihove unifikacije, odnosno harmonizacije. Tako je još u srednjem vijeku bila izvršena unifikacija kanonskog porodičnog prava, koje je zamijenilo međusobno različita rimsko pravo, s jedne, i varvarska običajna prava, s druge strane. Nastojanja da se postigne harmonizacija porodičnog prava uslijedila su ponovo u 16. vijeku, kada je katolička crkva pokušala harmonizovati u međuvremenu međusobno udaljena porodična prava katoličkih i protestantskih zemalja. Dalja podjela i razilaženje u uređenju porodičnopravnih ustanova u nacionalnim pravima, nastale nakon francuske revolucije i održane i u savremenom pravu, razlog su intenziviranja procesa harmonizacije. Zahvaljujući tome, osnovna karakteristika današnjeg

je poželjna i bit će uspješna ukoliko su prihvaćena rješenja u skladu s kulturom, tradicijom i običajima te ako ona odgovaraju stepenu razvoja društvenih odnosa i potrebama građana.

Značaj ovih akata i sudske prakse došao je do izražaja i u procesu reforme domaćeg prava.⁵ Iako se reformi pristupilo u prvom redu zbog socijalnih i ekonomskih promjena nastalih u periodu od donošenja Porodičnog zakona RBosne i Hercegovine (1979. g.), ona je ipak rezultat i sagledavanja neophodnosti usklađivanja našeg prava sa zahtjevima i standardima postavljenim u međunarodnim i evropskim dokumentima, odnosno osiguranja, u mjeri u kojoj to nije bilo ranije urađeno, realizacije ljudskih prava i sloboda priznatih u ovim dokumentima i u domaćim ustavima. U pripremi reforme razmatrani su uglavnom akti Vijeća Evrope i praksa Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud), u najvećoj mjeri odluke ovog Suda koje se odnose na pravo na poštovanje porodičnog života (član 8).⁶ Na taj način su utvrđene oblasti u kojima je trebalo da se izvrše izmjene ranijih zakonskih rješenja i unutar kojih domaći organi treba da postupaju s većim stepenom pažnje kako svojim odlukama ne bi povrijedili pravo na poštovanje porodičnog života. Uvažavanjem prakse ovog Suda nastojala su se eliminisati zakonska rješenja slična onim iz uporednog prava, povodom kojih je on odlučivao i utvrđivao povredu prava priznatih u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima (u daljem tekstu: Konvencija). Isto tako, time se htjelo smanjiti broj slučajeva,

porodičnog prava jeste jačanje njegove evropske dimenzije.

5 Ove akte i sudsku praksu u radu označavamo terminom evropsko pravo.

6 Akti doneseni od institucija EU nemaju direktno dejstvo na bosanskohercegovačko pravo, mada se ne može osporiti mogućnost ostvarenja njihovog posrednog dejstva pri donošenju i primjeni zakona. Naime, ukoliko hoće uskladiti unutrašnje pravo s evropskim, što je obaveza Bosne i Hercegovine preuzeta potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, zakonodavac se, pri uređenju pojedinih oblasti odnosa, mora rukovoditi rješenjima prihvaćenim u evropskim propisima. Pri primjeni prava nadležni domaći organi mogu uvažavati propise i zahtjeve sadržane u evropskim aktima te u skladu s njima određivati smisao domaćeg prava. Uporedo s tim, nužno je da domaći organi uvažavaju i praksu Evropskog suda pravde: zakonodavac, ali i sudovi i upravni organi treba da vode računa o stavovima zauzetim u odlukama ovog Suda. Značaj prakse ovog Suda je i u tome što ona dijelom utiče i na evropskog zakonodavca. Za razliku od akata EU i prakse Evropskog suda pravde, praksa Evropskog suda za ljudska prava ostvaruje direktan uticaj na domaće pravo. Isto dejstvo imaju i obavezujući akti Vijeća Evrope, čija uloga u stvaranju evropskog porodičnog prava je nezamjenjiva. Njegovim aktima se promoviše reforma prava, harmonizacija ili kooperacija između država. (u tom smislu Killerby M, *The Council of Europe's Contribution to Family Law (Past, Present and Future)*, u: *Families across frontiers* /edited by Nigel Lowe and Gillian Douglas; the International Society of Family Law, The Hague ; Boston : M. Nijhoff Publishers ; Cambridge, MA, 1996, str. 13 - 14)

odnosno eliminisati slučajeve u kojim bi se pred ovim Sudom Bosna i Hercegovina mogla naći u položaju tužene strane zbog toga što odluke domaćih organa vrijeđaju pravo na poštovanje porodičnog života, načelo zabrane diskriminacije i pravo na zasnivanje braka i porodice.

Određenje pravaca reforme u skladu s praksom Suda je fenomen zajednički većini prava evropskih država. Objašnjenje za to se može naći u metodama koje on primjenjuje u tumačenju odredaba Konvencije. Uz ostale metode, koristi i teleološku i evolutivnu, tako da prihvatanjem novih stavova i shvatanja zauzetih u nauci, društvu i praksi, ovim odredbama određuje novo značenje, drugačije od onog koje su one imale u vrijeme donošenja Konvencije, ali isto tako i onog koje je Sud zauzimao u ranijim predmetima.⁷

Domaći zakonodavci nisu imali isti pristup pri uređenju pojedinih porodičnopravnih ustavova. Porodični zakon Republike Srpske, koji je prvi donesen (2003. godine), ne sadrži krupnije izmjene u odnosu na Porodični zakon RBiH. Naprotiv, u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine (iz 2005. godine) i Porodičnom zakonu Brčko Distrikta (iz 2007. godine) veći broj ustanova je uređen na novi način, u skladu s tendencijama prisutnim u evropskom i uporednom pravu, tako da je u njima jače izražena evropska dimenzija porodičnog prava.

U daljem tekstu će se razmotriti pojedine oblasti porodičnog prava u kojim je izvršena reforma i zauzet će se stavovi o (ne)uspješnosti prihvaćenih rješenja te iznijeti prijedlozi *de lege ferenda* za njihovo uspješnije rješenje, kao i prijedlozi za izmjenu stavova zauzetih u praksi.

1. Oblast bračnog prava

U oblasti bračnog prava najkrupnije promjene u modernom pravu tiču se prava na brak, porodičnog posredovanja, razvoda braka, vanbračne heteroseksualne zajednice i uređenja imovinskih odnosa bračnih i vanbračnih partnera. U domaćem pravu, međutim, u svim ovim oblastima nisu izvršene izmjene, odnosno one nisu izražene u istoj mjeri.

1.1. Pravo na brak

Oblast bračnog prava u kojoj je kod nas u najmanjoj mjeri došao do izražaja uticaj evropskog i uporednog prava tiče se prava na brak. A upravo

⁷ U velikom broju predmeta, Sud i Komisija su zauzeli, odnosno ponovili stav da se Konvencija mora tumačiti “u svjetlu današnjih uslova”, u skladu s novim shvatanjima, uslovima i potrebama života, te naučnim i društvenim razvojem. Ovaj je stav tako zauzet u odluci donesenoj 1979. godine (predmet *Marckx* p. Belgije) i ponavljan u odlukama donesenim nakon ove, kao i u najnovijim (napr. predmet *Mazurek* p. Francuske, odluka 1. 2. 2000. godine) (<http://www.echr.fr/hudoc>, pristup 2.7.2002)

su se vezano za ovo pravo desile krupne promjene u uporednom pravu: od 90-ih godina prošlog vijeka nacionalni zakonodavci su počeli legalizovati istospolnu zajednicu, a od početka 21. vijeka i istospolni brak. Tek nakon toga Sud je počeo utvrđivati povredu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, odnosno prava na brak učinjenu nepriznavanjem ovog prava u nacionalnim zakonima. Isto tako i evropski zakonodavac je tek 2000. godine, u Povelji EU o osnovnim pravima, izostavio vezivanje prava na brak za osobe različitog spola, iz čega se može izvesti zaključak da je nacionalnim zakonodavcima ostavljena mogućnost da ovo pravo priznaju i osobama istog spola.⁸ Zabrana diskriminacije po osnovu spolne orijentacije normirana je u velikom broju evropskih dokumenata obavezujućeg i neobavezujućeg karaktera. Međutim, ni u jednom od obavezujućih dokumenata nije naloženo državama članicama da legalizuju brak ili zajednicu osoba istog spola. U neobavezujućim dokumentima, naprotiv, upućuju se pozivi državama da ih legalizuju, ali se tim pozivima države ne moraju odazvati.

U evropskoj sudskoj praksi dugo nije pružana zaštita osobama istospolne orijentacije, kao ni zajednicama koje su one zasnivale. I Evropski sud pravde i Sud za ljudska prava favorizovali su tradicionalnu konstrukciju porodice, odnosno porodicu zasnovanu na heteroseksualnom braku.⁹ Sud u Strasbourgu sve do 2003. godine nije bio sklon intervenisati u nacionalno pravo i praksu vezane za priznavanje istospolnih zajednica i brakova. U odlukama je stalno ponavljao da član 12. Konvencije

8 Prema članu 9. Povelje, koja je stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora (1. 12. 2009. godine) postala pravno obavezujuća, pravo na stupanje u brak i zasnivanje porodice „zagarantovano je u skladu s nacionalnim zakonima koji uređuju ostvarivanje tih prava.“

Kako je to navedeno u Komentaru Povelje, njen doprinos u ovoj oblasti jeste to što je član 9. formulisan na rodno neutralan način. Odredba ovog člana normira širu zaštitu prava na brak od ostalih instrumenata o ljudskim pravima te mogućnost proširenja pojma braka na oblike izvan tradicionalnog, ukoliko je to normirano nacionalnim zakonodavstvom. Znači, ključnu ulogu ima nacionalni zakonodavac, koji se pri uređenju braka rukovodi društvenim i kulturnim shvatanjima. Ipak, s obzirom na to da je pravo na brak uključeno u instrumente o ljudskim pravima, nacionalni zakonodavci nisu potpuno slobodni u njegovom normiranju, već moraju poštovati minimum standarda zagarantovanih ovim instrumentima (*Commentary of Charter of Fundamental Rights of the European Union*, EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, 2006, str. 98) http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal_en.pdf)

9 Tek 2008. godine Sud u Luksemburgu je odlučio u korist istospolnih parova: homoseksualni partner može naslijediti dio penzije svog partnera pod uslovom da je njihov odnos ekvivalentan braku (Odluka donesena 1 aprila 2008 u predmetu C-267/06, Tadao Maruko, www.curia.europa.eu, pristup 3. 4. 2008)

garantuje pravo na brak zrelim osobama različitog biološkog spola i da nedozvoljavanje sklapanja braka homoseksualno orijentisanim osobama ne znači ni povredu prava na poštovanje porodičnog života. U odluci iz 2010. godine promijenio je prvi stav, ali je i dalje ostao pri stavu da se normiranjem ograničenja prava na brak ne krše odredbe člana 12. i člana 14. u vezi s članom 8. Naime, imajući u vidu član 9. Povelje EU o osnovnim pravima, u odluci u predmetu Schalk i Kopf p. Austrije¹⁰ naveo je da više ne može smatrati da pravo na brak mora biti ograničeno na brak osoba različitog spola. I pored toga, zaključio je da član 12. Konvencije ne obavezuje vladu tužene države da pristup braku dozvoli istospolnom paru i da se nenormiranjem ove mogućnosti ne krši odredba ovog člana. Naglašavajući da brak ima društvene i kulturne konotacije, različite u pojedinim društvima, i u ovoj odluci je istakao da svojim odlukama on ne može zamijeniti odluke nacionalnih vlasti (&61 - 64). Sud nije utvrdio ni povredu člana 14. u vezi s članom 8, pošto je austrijsko pravo aplikantima priznalo, kao alternativno sredstvo, mogućnost zasnivanja istospolnog partnerstva kojim stiču pravni status jednak ili sličan braku. Također je konstatovao da, određenjem prava i obaveza priznatih registrovanim partnerima, država nije prekoračila slobodu procjene (margin of appreciation; & 109).¹¹ Za naše zakonodavstvo je posebno važan odgovor Suda na pitanje da li je tužena država trebalo da, prije donošenja Zakona o registrovanom partnerstvu, obezbijedi alternativna sredstva zakonskog priznanja njihove veze? Sud je odgovorio da se propuštanje da se to uradi ne može prigovoriti zakonodavcu (&104. i 106). Znači, još uvijek Sud ne obavezuje države na priznavanje homoseksualno orijentisanim osobama prava na brak i na zajednicu života, pa ni propuštanje tog priznanja ne utvrđuje kao povredu prava priznatih Konvencijom.

U našem pravu nijedan od porodičnih zakona ne priznaje ovim osobama pravo na sklapanje braka ili zajednice, niti ima bilo kakvih naznaka da će se pristupiti reformi u tom pravcu. To, međutim, ne znači da seksualno opredjeljenje može biti osnov za diskriminaciju roditelja: pri odlučivanju o tome koji roditelj će ostvarivati roditeljsko staranje, odnosno

10 Schalk and Kopf v. Austria, Application no. 30141/04, Judgment 2 June 2011, final 22/11/2010

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{"itemid":\["001-99605"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{), pristup 20. 5. 2011.

11 U kontekstu članova 8. i 14. Konvencije, Sud je zaključio da, s obzirom na brze promjene društvenih stavova prema istospolnim parovima u velikom broju država članica, odnos istospolnih kohabitanata koji žive u stabilnom *de facto* partnerstvu je obuhvaćen terminom „porodični život“, u smislu člana 8, isto kao i par osoba različitog spola (&93 - 110).

s kojim roditeljem će živjeti dijete, ono ne smije biti razlog da se odluka ne donese u korist homoseksualno orijentisanog roditelja. U tom smislu se izjasnio i Sud u predmetu vođenom protiv Portugala, 1999. godine.¹²

Promjene u uporednom pravu su učinjene i priznavanjem prava na brak transseksualcima. U našem pravu ono nije izričito normirano, ali se zbog toga ne dovodi u pitanje, s obzirom da domaći zakonodavci ne zahtijevaju da budući bračni partneri budu različitog biološkog spola. To znači da se u praksi ne bi smjelo spriječiti transseksualca da zaključi brak s osobom suprotnog spola u odnosu na spol kojem on sada pripada. U tom smislu se izjasnio i Sud još 2002. godine: naveo je da nije uvjeren da, u vrijeme kada se odlučuje u ovom predmetu, spol treba da se utvrđuje po čisto biološkim kriterijima (&100).¹³ Uz to, državama nije ostavio punu slobodu da, u okviru slobode procjene, normiraju zabranu sklapanja braka transseksualcu. Nije našao opravdanje za normiranje ove zabrane, već je državama ostavio mogućnost da, između ostalog, odrede uslove za utvrđenje efektivnosti promjene spola ili uslove za poništenje ranijeg braka ove osobe te da normiraju formalnosti primjenjive na buduće brakove (naprimjer, informisanje budućeg bračnog partnera). Sud je zaključio da u ovom slučaju nije učinjena povreda člana 12. Konvencije (&103 - 104).

U domaće pravo su unesena nova rješenja koja transseksualcima omogućavaju ostvarivanje prava na brak. Prihvatanje novih rješenja je učinjeno pod uticajem prakse Suda: u većem broju odluka utvrđena je povreda učinjena od nacionalnih zakonodavaca i/ili nadležnih nacionalnih organa nedozvoljavanjem da se nakon izvršene promjene spola promijene ime i podaci u registrima. Tako je Zakonom o ličnom imenu Federacije Bosne i Hercegovine¹⁴ normirana mogućnost promjene imena u slučaju promjene spola (član 9. stav 2), dok Zakon o matičnim knjigama Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine normiraju mogućnost upisa promjene spola (član 12), na osnovu pravosnažnog rješenja nadležnog organa, odnosno kantonalnog ministarstva unutrašnjih poslova (član 44).¹⁵

12 U predmetu *Salgueiro da Silva Mouta p. Portugala* (1999.g.) utvrdio je diskriminaciju vezanu za povredu prava na poštovanje porodičnog života učinjenu biološkom ocu djeteta kojem dijete nije povjereno nakon razvoda braka isključivo zbog njegove spolne orijentacije - života u zajednici s muškarcem. Značaj ove odluke je u tome što je Sud u njoj prvi put postavio kao princip zabranu diskriminacije zasnovane na spolnoj orijentaciji u uživanju prava priznatih u EKLJP. (Aplikacija 33290/96, Odluka od 21.12.1999, <http://www.echr.fr/hudoc>, pristup 2.7.2002,

13 *Christine Goodwin v. UK*, Application no. 28957/9, Judgment 11 July 2002, dostupno na stranici: <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2002/588.html>

14 «Službene novine Federacije BiH», broj 7/12 /27.1.2012./

15 «Službeni glasnik Republike Srpske», broj 111/09; «Službene novine Federacije BiH», broj 37/12 /3.5.2012./

Ukoliko promjenu spola izvrši osoba koja je roditelj, pa se po prestanku braka odlučuje o tome s kojim roditeljem će dijete ostati živjeti, to što je roditelj promijenio spol ne bi se moralo *a priori* smatrati kao dokaz njegove nesposobnosti da bude dobar roditelj. Utvrđenje nesposobnosti djeteta da bez problema prihvati roditelja kao pripadnika novog spola te mogućeg negativnog uticaja koji će ova promjena imati na razvoj ličnosti djeteta, opredijelit će sud da odluči ne samo da dijete ostane živjeti s drugim roditeljem, već i da ograniči ili čak zabrani kontakte i odnose djeteta s tim roditeljem.¹⁶

Transseksualcima ne treba onemogućiti ni zasnivanje roditeljskog odnosa usvojenjem i medicinski pomognutom oplodnjom. U evropskoj praksi se još uvijek u slučaju ovakve zabrane ne utvrđuje povreda prava na poštovanje porodičnog života.¹⁷ Međutim, evolucija prakse ide u pravcu priznavanja i ovog prava: ako je priznato pravo na brak, nema razloga da se ne prizna zasnivanje roditeljskog odnosa s djecom koja se rode, odnosno usvoje u tom braku.

1.2. Porodično posredovanje

Pri uređenju ustanove porodičnog posredovanja, odnosno mirenja, vezanog za razvod braka, u našem pravu se vodilo računa, ali ne u potrebnoj

16 U predmetu *P.V. p. Španije* (No 35159/09, 30. 11.2010), koji je aplikantica pokrenula tvrdeći da su španski organi povrijedili član 8. Konvencije time što su joj ograničili pravo na viđanje sina nakon što je promijenila spol, Sud je zauzeo stav da transseksualnost aplikantice nije bila odlučujući motiv za izmjenu odluke o prvobitnom uređenju posjeta. Naprotiv, utvrdio je da je u donošenju odluke prevladao najviši interes djeteta: španski sudovi su, imajući u vidu emocionalnu nestabilnost aplikantice, dali prednost interesu djeteta da se postepeno privikne na izvršenu promjenu spola njegovog roditelja (&36). Zbog toga je ocijenio da ograničenje sporazuma o posjetama nije rezultat diskriminacije po osnovu aplikanticine transseksualnosti i zaključio da nije povrijeđen član 8. u vezi s članom 14. KLJP (&37). (Odluka dostupna na stranici:

http://www.icam.es/docs/web3/doc/AsuntoEspanaDemanda35159_09.pdf)

17 Stav koji je Sud zauzeo 1997. godine u predmetu *X, Y i Z protiv Ujedinjenog Kraljevstva* ostao je nepromijenjen. U odluci u ovom predmetu zaključio je da nadležni nacionalni organi nisu povrijedili član 8. Konvencije time što su, na osnovu toga što domaće pravo registraciju oca veže za činjenicu njegovog biološkog muškog spola, odbili zahtjev aplikanta (žene koja je promijenila spol) da prizna očinstvo djeteta koje je njegova partnerica začela vještačkom oplodnjom. Pošto su živjeli u stabilnoj zajednici u kojoj je transseksualac stalno imao ulogu muškog partnera i starao se o djetetu kao otac, Sud je priznao postojanje porodične veze između partnera, ali je ipak ograničio roditeljsko pravo transseksualca. (*X, Y and Z v. the United Kingdom*, no. 21830/93, 22. 04. 1997, Izvod iz Odluke objavljen u RTDH 1998/33, str.118 - 131)

i dovoljnoj mjeri, o zahtjevima, standardima i načelima iz preporuka Vijeća Evrope o porodičnom posredovanju.¹⁸

Rješenja u našim porodičnim zakonima su različita - u zakonu Republike Srpske zadržana je, odnosno u zakonu Brčko Distrikta normirana je ustanova mirenja, dok je u zakonu Federacije BiH ona zamijenjena ustanovom posredovanja. Međutim, između ovih rješenja ne postoje značajnije razlike koje bi se ticale sadržaja ovih ustanova.

Jedna od izmjena učinjenih u Porodičnom zakonu FBiH, po kojoj se on razlikuje od druga dva domaća zakona, tiče se nadležnosti za posredovanje. S organa starateljstva, koji je po ovim zakonima ostao nadležan za posredovanje, u federalnom zakonu ono je preneseno na fizičke i pravne osobe ovlaštene za posredovanje (član 45. stav 1). Međutim, rezultat koji se htio postići ovom izmjenom - uspješnije vođenje i okončavanje ovih postupaka u odnosu na dotadašnju praksu, izostao je. U podzakonskom aktu, Pravilniku o uslovima koje mora ispunjavati osoba ovlaštena na posredovanje, propušteno je normirati uslove koji bi osigurali da na posredovanju rade za to kvalifikovane osobe: posjedovanje potrebnih znanja i vještina; njihovu posebnu obučenost, osposobljenost i stručnost u oblasti posredovanja, stečene prethodnom edukacijom; obavezno redovno nastavljanje obuke s ciljem proširivanja znanja i daljeg razvijanja vještina radi unapređivanja i uspješnog provođenja posredovanja. Ovaj propust je nužno otkloniti, u skladu s relevantnim principima sadržanim u evropskim dokumentima..¹⁹

O (ne)obaveznosti učešća bračnih partnera u postupku posredovanja, u domaćem pravu također postoje različita rješenja. Porodični zakon Federacije BiH (dalje, na odgovarajućim mjestima: PZ FBiH) i Porodični zakon Republike Srpske (dalje, na odgovarajućim mjestima: PZ RS) posredovanje, odnosno mirenje normiraju kao obavezno: u slučaju neopravdanog neodazivanja oba bračna partnera (član 49. stav 1. PZ FBiH, osim ako se radi o partneru koji se nasilnički ponaša prema drugom bračnom partneru), odnosno oba ili onog bračnog partnera koji namjerava podnijeti tužbu za razvod braka (član 60. stav 2. PZ RS), postupak će se

18 Preporuka o porodičnom posredovanju Rec No. R (98), Preporuka broj 1639 (2003) 1 koja se odnosi na porodično posredovanje i ravnopravnost spolova, Dopuna prethodne Preporuke (Reply (CM/AS (2004) Rec 1639 final)

19 Pored pomenutih preporuka VE, principi koji se tiču kvalifikacija ovih osoba sadržani su i u slijedećim aktima: Osnovnim standardima za obuku u porodičnom posredovanju, Smjernicama za bolju primjenu preporuka koje se tiču porodičnog i građanskog posredovanja te Pravilniku o praksi u porodičnom posredovanju u rastavi i razvodu (Šire o ovim aktima u: Bubić, S, *Ustanova porodičnog posredovanja u evropskom, njemačkom i domaćem pravu*, Nova pravna revija, 2011.)

obustaviti. Ukoliko se nakon njegovog obustavljanja podnese tužba ili zahtjev za sporazumni razvod, odnosno zajednički prijedlog za razvod braka, sud će taj podnesak odbaciti (član 49. stav 3, odnosno član 60. stav 4). Prihvatanjem ovakvog rješenja, ova dva zakona su odstupila od stava zauzetog u Preporuci VE iz 1998. godine da, u načelu, posredovanje ne treba da bude prisilno. Istina, s obzirom da je navedeno “u načelu”, to znači da nije isključena mogućnost da ono u nacionalnim pravima bude normirano kao obavezno. U uporednom pravu strankama je uglavnom ostavljeno da odluče hoće li spor pokušati riješiti u postupku posredovanja ili će odmah pokrenuti sudski postupak.²⁰

Uskraćivanjem mogućnosti pokretanja postupka za razvod braka zbog izostanka iz postupka posredovanja, krši se pravo na pristup sudu, koje je jedan od aspekata prava na pravično suđenje (iz člana 6. Konvencije). Stoga je ova rješenja, mada prihvaćena u prvom redu radi zaštite interesa djeteta, nužno izmijeniti.²¹ U prilog ovome navodimo odredbu Direktive 2008/52/EC Evropskog parlamenta i Vijeća o nekim aspektima posredovanja u građanskim i trgovačkim predmetima (2008. godina),²² koja ne dovodi u pitanje nacionalno zakonodavstvo koje normira obavezno korištenje posredovanja pod uslovom da se takvim rješenjem ne sprečavaju stranke u ostvarivanju njihovog prava na pristup sudu (član 5).

Rješenje o obaveznosti posredovanja trebalo bi da se izostavi.²³ Zahtjevi zbog kojih je posredovanje u važećem pravu normirano kao obavezno su opravdani, ali se njima može udovoljiti i na drugi način. Prihvatljiv je stav da je od prisiljavanja na posredovanje efikasnije ohrabrivati strane na posredovanje, uz vršenje odgovarajućeg, pažljivo odmjerenog pritiska na njih. Uz to je važno da se one pripreme da posredovanje shvate kao fazu koja prethodi ostvarenju prava da sud donese odluku o njihovom zahtjevu.²⁴

20 Rješenje o neobaveznosti posredovanja prihvaćeno je u svim zemljama koje su u svoje zakone implementirale Direktivu Evropskog parlamenta i Vijeća o nekim aspektima posredovanja u građanskim i trgovačkim predmetima iz 2008. godine.

21 Njegovom izmjenom će se i eliminisati postupanje u praksi suprotno ovoj zakonskoj odredbi: neodbacivanje, od sudova s područja Federacije BiH, zahtjeva za razvod i onda kada je postupak posredovanja obustavljen zbog izostanka jednog od bračnih partnera.

22 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>

23 V. šire: Duman, Dž, *Posredovanje u porodičnom pravu*, magistrski rad, Pravni fakultet u Sarajevu 2007, str. 78 - 81.

24 Wade, G., *Mediation: Article 6, Mandatory Mediation and the Hallmark Democracy*,

Slijedeće značajno pitanje u ovoj oblasti tiče se vremena provođenja posredovanja - normiranja posredovanja kao postupka koji prethodi brakorazvodnom postupku ili kao faze ovog postupka. Rješenje Porodičnog zakona Brčko Distrikta (dalje, na odgovarajućim mjestima: PZ BD) se, vezano i za ovo pitanje, razlikuje od rješenja druga dva zakona. Ovaj Zakon normira pokretanje postupka mirenja nakon pokretanja brakorazvodnog postupka (član 42), dok je u druga dva zakona posredovanje izdvojeno iz ovog postupka (stav 1. člana 45. PZ FBiH, odnosno član 57. PZ RS). Normiranje posredovanja prije i izvan sudskog postupka za razvod ima brojne prednosti,²⁵ ali su one kod nas ostale bez efekta zbog sankcionisanja izostanka bračnih partnera nemogućnošću pokretanja brakorazvodnog postupka. U preporukama o porodičnom posredovanju ovo pitanje se ne pominje, a u odredbama pomenute Direktive normira se da će države članice osigurati da stranke koje se odluče za posredovanje radi rješenja spora neće biti spriječene naknadno pokrenuti sudski ili arbitražni postupak u vezi s tim sporom kao i da za vrijeme trajanja posredovanja dolazi do odlaganja ili do prekida toka rokova određenih za pokretanje i vođenje sudskog postupka, tj. do prekida rokova zastare (član 8. stav 1).

Imajući u vidu probleme nastale u našoj sudskoj praksi zbog normiranja obaveznog postupka posredovanja, izdvojenog iz sudskog postupka za razvod braka, a u isto vrijeme uzimajući u obzir rezultate istraživanja evropskog i uporednog prava, čini se najprihvatljivijim posredovanje ponovo uključiti u brakorazvodni postupak. Njegovo uređenje kao faze brakorazvodnog postupka, čak i kada je normirano kao obavezno, ne bi moralo značiti povredu prava na pristup sudu. U isto vrijeme ne bi se vrijeđalo ni pravo na suđenje u razumnom roku, kao aspekt prava na pravično suđenje. Sud ne bi zakazivao pripremno ročište prije no što okonča postupak posredovanja, a to ne bi imalo za posljedicu duže trajanje brakorazvodnog postupka, jer strane u postupku

Date: June 15th, 2010; <http://www.cpdseminars.ie/articles/mandatory-mediation-and-the-hallmark-of-democracy>

- 25 U prilog ovome navodimo belgijsko iskustvo koje pokazuje da, iako se partneri mogu obratiti službi za posredovanje u bilo kojem momentu, idealan moment za posredovanje jeste prije no što su strane iskristalisale svoje pozicije. Vrijeme posredovanja može uticati i na uspjeh ili neuspjeh posredovanja, zajedno sa spremnošću strana na pregovaranje, sposobnostima za neposredan dijalog, stavom i vrstom saradnje drugih učesnika - sudija, tužilaca, advokata, socijalnih radnika. (van den Steen, H, *Une autre maniere d'aider les familles; La mediation familiale: Experience Belge*, http://www.centrovolontariato.net/daphne/matilde/ancora_matilde/varna/belgio/02_mediation_familiale_fr.pdf), pristup 22.10.2011.)

posredovanja traženu pravdu mogu dobiti brže (uz to i jeftinije), tako da posredovanje može pomoći u zaštiti i realizaciji ovih prava. Kraćem trajanju brakorazvodnog postupka doprinijelo bi i postizanje sporazuma o djeci u postupku posredovanja, pošto se time sud oslobađa obaveze raspravljavanja i odlučivanja o pitanjima koja su predmet ovog sporazuma.

Isto tako, uzimajući u obzir rješenja koja postoje u uporednom pravu, trebalo bi da se, u okviru postupka posredovanja, razmotri i odvajanje mirenja od postupka namijenjenog za postizanje zakonom predviđenih sporazuma kojim se štiti interes djece i slabijeg bračnog partnera.

Pored posredovanja u užem smislu – pri razvodu braka, PZ FBiH normira i posredovanje u širem smislu. Naime, u nadležnosti osobe ovlaštene na posredovanje je i pružanje stručne pomoći i zaštite prava i interesa djeteta i ostalih članova porodice, rješavanje sporova između članova porodice, kao i svi slučajevi poremećenih porodičnih odnosa, a posredovanje je normirano i za odlučivanje o tome s kojim roditeljem će živjeti dijete onda kada se roditelji o tome nisu sporazumjeli. Prednosti posredovanja u širem smislu nisu iskorištene u praksi, s obzirom da se posredovanje provodi samo u slučaju razvoda braka. U praksi je nužno ove propuste ukloniti.

1.3. Razvod braka i njegove posljedice

U domaćem pravu pri uređenju razvoda braka pošlo se od shvatanja da bračnim partnerima u slučaju nastale poremećenosti bračnih odnosa, ukoliko je ona teška i trajna, treba dati mogućnost da traže razvod braka bez obzira na to šta ju je izazvalo, odnosno bez obzira na to da li je ona posljedica njihovog skrivljenog ili neskrivljenog ponašanja. Između naših zakona postoje određene razlike u uređenju ove ustanove, naročito sporazumnog razvoda braka. Sistem razvoda lijeka je, s određenim razlikama, odnosno u različitim varijantama, prihvaćen u zakonodavstvu velikog broja evropskih država.

Potreba za reformom, odnosno određenim izmjenama domaćih porodičnih zakona u ovoj oblasti nije jednako izražena, s obzirom da njihova rješenja nisu identična. Ukoliko se odluče za drugačije uređenje razvoda braka i postizanje harmonizacije, zakonodavci se mogu rukovoditi, kao preporukama, Principima evropskog porodičnog prava u oblasti razvoda i izdržavanja između bivših bračnih partnera, formulisanim od Komisije za evropsko porodično pravo (CEFL).²⁶ Cilj ustanovljavanja ovih principa je

²⁶ Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses, (2004), dostupno na stranici: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>

harmonizacija porodičnog prava u Evropi, dok se principima koji se tiču samog razvoda želi i “dedramatizovati razvod bez zanemarivanja interesa djeteta i slabijeg bračnog partnera”, a favorizujući sporazumni u odnosu na jednostrani razvod.²⁷

Prema Principima, brak se može razvesti na osnovu međusobne saglasnosti bračnih partnera i bez saglasnosti jednog od njih. Dok je za jednostrani razvod uslov faktička odvojenost u trajanju od godinu dana, za sporazumni razvod ova odvojenost se ne zahtijeva (princip 1:4). Od momenta pokretanja postupka za sporazumni razvod, ukoliko bračni partneri u tom momentu imaju djecu mlađu od 16 godina, mora proteći period za razmišljanje, čije trajanje zavisi od toga da li su oni postigli sporazum o svim posljedicama razvoda braka. Ako jesu, trajanje ovog perioda je određeno na tri mjeseca, a u protivnom na šest mjeseci. Protek perioda za razmišljanje ne zahtijeva se kada bračni partneri nemaju djecu mlađu od 16 godina, a postigli su sporazum o izdržavanju, kao ni kada su bili faktički odvojeni šest mjeseci (princip 1:5).

U Porodičnom zakonu Federacije BiH, pored sporazuma o svim pitanjima koja se tiču djeteta, koji moraju biti u njegovom interesu, te sporazuma o izdržavanju bračnog partnera (postignutih u postupku posredovanja), uslov za sporazumni razvod braka jeste i trajanje braka najmanje šest mjeseci (član 44). Ovaj drugi uslov, isto kao i period za razmišljanje, sprečava nepromišljene sporazumne razvode, mada samo neposredno nakon sklapanja braka. Kako bi se isti cilj postigao i u brakovima koji su duže trajali, prihvatljivijim se čini kao uslov normirati, umjesto trajanja braka, period za razmišljanje. Dužina ovog perioda bi trebalo da se odredi slično kao u principu 1:5. Isto tako, iz Principa bi trebalo preuzeti i uslov koji se tiče postizanja sporazuma o podjeli bračne stečevine.

Izraženija potreba za izmjenama uređenja ustanove sporazumnog razvoda braka postoji u pravu Republike Srpske. Za zadržavanje postojećeg restriktivnog rješenja, preuzetog iz ranijeg bosanskohercegovačkog prava, o nemogućnosti sporazumnog razvoda bračnih partnera koji imaju maloljetnu djecu (član 55. PZ), ne postoje razlozi i opravdanje. Između ostalog, to je posljedica činjenice da ova zabrana nije jedini način da se osigura zaštita najboljeg interesa djece. On se uspješnije može zaštititi uslovljavanjem sporazumnog razvoda postignutim sporazumom o svim spornim pitanjima koja se tiču djece.

²⁷ Boele-Woelki, K, op.cit. str. 164.

Rješenje Porodičnog zakona Brčko Distrikta treba također da se izmijeni. Ovaj zakon ne normira mogućnost sporazumnog razvoda, već samo mogućnost podnošenja sporazumnog prijedloga za razvod braka u slučaju da bračni partneri imaju djecu nad kojom vrše roditeljsko pravo. Kao i u postupku pokrenutom tužbom, i ovdje sud, da bi donio odluku o razvodu, treba da utvrdi tešku i trajnu poremećenost bračnih odnosa (član 40).

Princip 1:8 se odnosi na razvod braka po tužbi: bez saglasnosti jednog od bračnih partnera, razvod braka će se dozvoliti ukoliko su partneri faktički odvojeni godinu dana. U slučaju jednogodišnje faktičke odvojenosti pretpostavlja se poremećenost odnosa, pa ona ne treba da se utvrđuje, što olakšava zadatak suda, a bračnog partnera oslobađa obaveze njenog dokazivanja.²⁸ Mogućnost razvoda bez ove faktičke odvojenosti predviđena je samo u slučajevima izuzetne teškoće za tužioca (princip 1:9). I pored prednosti ovog principa, domaći zakonodavci bi trebalo da ga opreznije razmotre. Faktički prekid bračne zajednice i trajanje tog prekida propisano vrijeme ne treba da bude jedini uzrok za razvod braka, već razvod treba da se dozvoli i onda kada bračna zajednica nije prekinuta. U zakonu bi se faktička odvojenost mogla normirati kao pretpostavka poremećenosti bračnih odnosa, pa je bračni partner - tužilac ne bi morao dokazivati, niti sud utvrđivati.

Uređenje izdržavanja razvedenih bračnih partnera u domaćem pravu se ne razlikuje od načina na koji je to učinjeno u Principima.

Rješenja domaćih zakona (PZ FBiH i PZ RS) o vremenskom ograničenju prava na tužbu muža trebalo bi preispitati, pogotovo ono sadržano u članu 53. PZ FBiH, koje ovo pravo ograničava na vrijeme od tri godine od rođenja djeteta. Normiranje ovako dugog perioda moglo bi se ocijeniti kao povreda muževog prava na poštovanje porodičnog života.

1.4. Vanbračna zajednica

Radi popravljanja položaja vanbračnih partnera i lakše realizacije njihovih prava priznatih u domaćem zakonodavstvu, nužno je normirati njenu registraciju, pri čemu treba da se razmotre rješenja prihvaćena u uporednom evropskom pravu, odnosno njihove dobre i loše strane. U našem pravu vanbračni partneri u svakom konkretnom slučaju, kada postave zahtjev proizišao iz njihove zajednice, moraju dokazati postojanje i trajanje zajednice života. Potreba za ovim dokazivanjem bi se eliminisala samim podnošenjem izvoda iz registra u kojem su uneseni podaci o

²⁸ Nepostojanje potrebe utvrđivanja stanja bračnih odnosa tumači se kao napuštanje principa nepovratne propasti braka (ibid.).

zasnivanju zajednice. Osim toga, registracijom bi se otklonili i problemi s kojim se susreću vanbračni partneri, a zbog zauzetog pogrešnog stava u domaćoj sudskoj praksi o nemogućnosti podnošenja deklarativne tužbe, odnosno tužbe za utvrđenje postojanja vanbračne zajednice. Ovakav neprihvatljiv stav posljedica je pogrešnog shvatanja redovnih sudova o tome da je vanbračna zajednica činjenica, a ne pravni odnos. A pošto se tretira kao činjenica, to nije ni moguće podnijeti utvrđujuću tužbu, kojom se u pravilu, prema odredbama Zakona o parničnom postupku, može zahtijevati samo utvrđivanje postojanja prava ili pravnog odnosa (član 54. stav 1. ZPP FBiH).²⁹

Dok zakonodavac ne bude normirao pitanje registracije vanbračne zajednice (nadležnost i formu), nužno je da je sudovi počnu tretirati kao pravni odnos, uvažavajući činjenicu da je zakonodavac odredio njen pojam i uredio njena dejstva, odnosno priznao prava i obaveza vanbračnih partnera.³⁰ To će imati za posljedicu i postupanje po utvrđujućoj tužbi, odnosno prejudicijelnom zahtjevu za utvrđenje ove zajednice. Odluka o postojanju vanbračne zajednice donesena po ovoj tužbi ili prejudicijelnom zahtjevu ima snagu *res iudicata*, tako da bi otpala potreba da se, u svakom budućem postupku koji se bude vodio između vanbračnih partnera, ponovo dokazuje nastanak i trajanje njihove zajednice.

29 Međutim, sudovi pri tome ipak nisu dosljedni. Dok iz ovog razloga odbacuju tužbe za utvrđenje postojanja vanbračne zajednice, u isto vrijeme zaključuju da se ovakav zahtjev može postaviti u obliku prejudicijelnog pravnog pitanja u nekom drugom parničnom ili upravnom postupku u kojem se ostvaruju druga prava. Znači, prvi stav zauzimaju tretirajući vanbračnu zajednicu kao činjenicu, dok je pri zauzimanju drugog stava smatraju pravnim odnosom, budući da se prejudicijelnim zahtjevom, prema članu 54. stav 3. ZPP, može tražiti samo utvrđenje postojanja ili nepostojanja pravnog odnosa.

Ovu nedosljednost i kontradiktornost u rezonovanju redovnih sudova naglasio je Ustavni sud BiH u Odluci od 13.06.2012. u predmetu AP-2900/09, u kojoj je zaključio da "postoji kršenje prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije kada su nadležni sudovi arbitrarno primijenili odredbe čl. 12. i 54. ZPP-a u apelantinom slučaju tumačeći da se utvrđivanje postojanja vanbračne zajednice smatra utvrđivanjem činjenice a ne pravnog odnosa, budući da niti jedna zakonska odredba ne upućuje na ovakvo tumačenje, već da, naprotiv, iz odredbi čl. 2, 213, 230. do 234, 263. i 380. Porodičnog zakona proizlazi da se radi o pravnom odnosu." Iz istih razloga ovaj Sud je na identičan način odlučio i u predmetu AP-2860/09, Odluka od 10.10.2012. (odluke Suda dostupne na web stranici Ustavnog suda www.ustavnisud.ba)

30 U prilog tome izjasnio se i Ustavni sud BiH u odlukama navedenim u fusnoti 29.

1. 5. Imovinski odnosi bračnih i vanbračnih partnera

Pri uređenju zakonskog imovinskog režima u domaćim zakonima učinjene su izmjene u odnosu na raniji zakon vezano za bračnu/vanbračnu stečevinu. Kao što je to urađeno u dijelu uporednog prava,³¹ normirano je da je ona po prirodi suvlasništvo s jednakim dijelovima bračnih/vanbračnih partnera, s tim što se u Porodičnom zakonu Republike Srpske pretpostavka o jednakim dijelovima supružnika u zajedničkoj imovini može oboriti i dokazivati veći udio jednog od njih. Izmjena se tiče i izričitog normiranja izuzetaka od načina sticanja bračne stečevine radom.

Po prvi put u našem pravu je, također pod uticajem rješenja prihvaćenih u uporednom pravu, uređen ugovorni imovinski režim, odnosno mogućnost zaključenja bračnog/vanbračnog ugovora. Rješenja u uporednom pravu su različita.³²

Što se tiče forme ovog ugovora, najprihvaćenije rješenje je normiranje njegovog sklapanja u obliku notarski obrađene isprave. Ono je preuzeto i u domaćim zakonima. Obavezivanjem notara na aktivno učešće u sklapanju ugovora, a ne samo normiranjem ovjere već zaključenog ugovora između bračnih/vanbračnih partnera, osiguravaju se na najpotpuniji način njihov interesi. Naime, notar im daje potrebne savjete, provjerava jesu li ispunjeni svi uslovi za punovažnost ugovora, posebno vodi računa o zaštiti neiskusnog i pravu nevještog bračnog partnera. Uspješno je i rješenje prihvaćeno u domaćim zakonima o vremenu sklapanja ovog ugovora – prije sklapanja braka i u toku njegovog trajanja. Radi zaštite interesa bračnih partnera, trebalo bi da se izričito normira mogućnost izmjene ili raskida zaključenog ugovora.

Zakonske odredbe kojima je predmet ovog ugovora samo generalno određen, kao uređenje imovinskopравnih odnosa bračnih partnera, bez preciznijih naznaka sadržaja ugovora, u praksi su pokazale slabosti. Da bi se izbjegle nedoumice i sporovi o mogućoj sadržini, a i bračni partneri zaštitili od unošenja u bračne ugovore odredaba koje mogu biti

31 Imovinski odnosi između bračnih partnera su predmet (četvrtog) seta principa koje će Komisija za evropsko porodično pravo prezentirati u toku 2013. godine. (informacija dostupna na: <http://ceflonline.net/principles/>)

32 Oblast imovinskih odnosa nije harmonizovana, ne postoje evropski dokumenti koji uređuju ove odnose. Razlog za to nije nepostojanje potrebe za harmonizacijom, s obzirom da su razlike koje postoje u nacionalnim pravima smetnja stvaranju i razvoju jedinstvenog evropskog tržišta i njegovoj efikasnosti. Zbog toga se u posljednje vrijeme pokazuje poseban interes i počinju se preduzimati aktivnosti radi pripreme i donošenja evropskih dokumenata, a u cilju harmonizacije rješenja nacionalnih zakona. Sva pitanja koja se tiču imovinskih odnosa bračnih partnera nisu jednako podobna za harmonizaciju, tako da će se ovaj proces međusobnog približavanja nacionalnih propisa odvijati različitim tempom.

poništene, u zakonu bi trebalo da se izričito odredi predmet ovog ugovora. Ispravno i prihvatljivo je zakonom usloviti unošenje i izmjenu pojedinih odredaba ugovora time da one ne smiju biti suprotne interesima djece i bračnih/vanbračnih partnera, kao što je to urađeno u dijelu uporednog prava. Također je nužno otkloniti i propust učinjen u domaćim zakonima nenormiranjem registracije bračnih/vanbračnih ugovora. U uporednom pravu javnost ovih ugovora se osigurava na različit način - intervencijom notara, upisom u registar građanskog stanja ili u posebne registre. Najbolje rješenje je uspostavljanje posebnih registara bračnih ugovora, u koje bi se upisivali svi zaključeni ugovori. Međutim, kako se uspostavljanje ovih registara kod nas ne može očekivati, trebalo bi da se normira upis bračnih ugovora u postojeće registre – zemljišne knjige i druge odgovarajuće javne registre.

2. Oblast roditeljskog prava

Na uređenje ove oblasti porodičnog prava snažan uticaj su ostvarili evropski i međunarodni dokumenti. U prvom redu radi se o normiranju prava djeteta, odnosno njegovog položaja u odnosu na roditelje i ostale srodnike, ali i u odnosu na državne organe. Promjene se tiču i roditeljskog staranja, a među njima su naročito izražene one koje regulišu njegovo ostvarivanje.

2.1. Prava djeteta

Nova rješenja o pravima djeteta, prihvaćena u porodičnim zakonima Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikta, rezultat su uvažavanja zahtjeva postavljenih državi i roditeljima u UN Konvenciji o pravima djeteta. Poštovanje prava iz ove Konvencije, među kojima su i ona koja čine posebnu grupu – grupu procesnih prava, koja su predmet Evropske konvencije o ostvarivanju dječjih prava, a uređena su i u Povelji EU o osnovnim pravima, osigurano je zakonskim odredbama, kako onim materijalne, tako i procesne prirode. Ovi zakoni su priznali djetetu sva prava iz oblasti porodičnih odnosa, normirana u ovim dokumentima, pri tome uvažavajući i stavove Suda, naročito one zauzete u predmetima koji se tiču ostvarivanja roditeljskog staranja i kontakata djece s roditeljima. Postupajući u skladu s njima, nadležni organi moraju osigurati najbolji interes djeteta.

Ovdje će se pažnja zadržati na procesnim pravima, čijom realizacijom - aktivnim učešćem djeteta u postupku pred sudom i upravnim organom,

dobijanjem potrebnih informacija, formiranjem vlastitog mišljenja i njegovim izražavanjem, se zaokružuje položaj djeteta kao subjekta sui generis, kao osobe koja ima autonoman položaj. Dva domaća zakona su priznala djetetu pravo na izražavanje i uvažavanje vlastitoga mišljenja (u skladu s njegovim uzrastom i zrelošću), pravo da traži zaštitu svojih prava pred nadležnim organom i pravo na posebnog staraoca u slučajevima određenim u ovim zakonima (član 125. PZ FBiH i član 108. PZ BD). Pored toga, u više procesnopravnih, ali i materijalnopravnih odredaba, obavezani su sud i organ starateljstva da djetetu daju informacije koje će mu omogućiti da shvati predmete povodom kojih se vodi postupak i da o njima zauzme stav. Između ostalog, u odredbama člana 149, odnosno 132. normirana je obaveza nadležnog organa da, u svim postupcima u kojima se odlučuje o roditeljskom staranju i povjeravanju čuvanja i odgoja djeteta, djetetu daju potreban savjet, da ga upoznaju s činjenicama koje su važne za donošenje odluke i s posljedicama odluke koja će se donijeti u postupku u kojem učestvuje, te da mu omoguće da izrazi svoje mišljenje. Porodični zakon FBiH je otišao i dalje od zahtjeva postavljenih u navedenim dokumentima, priznavanjem djetetu ne samo prava da učestvuje u postupku, već i prava da pokrene takav postupak. Radi se o vanparničnim postupcima za oduzimanje prava roditelju da živi s djetetom i postupak za oduzimanje i vraćanje roditeljskog staranja, za davanje dozvole za sklapanje braka, za sticanje poslovne sposobnosti maloljetnika koji je postao roditelj, za zabranu roditelju koji ne živi s djetetom da se neovlašteno približava djetetu i uznemirava ga (član 145. stav 5). Od dodatnih procesnih prava, normiranih u Konvenciji o ostvarivanju dječjih prava, priznato mu je pravo na ostvarivanje prava stranke u ovakvim postupcima: dijete starije od 14 godina i sposobno shvatiti značenje i posljedice svojih radnji, može kao stranka ili učesnik u postupku samostalno preduzimati parnične radnje (član 271. stav 1, odnosno 248. stav 1), čime mu je priznata parnična sposobnost. Iz navedenog proizlazi da je zakonodavac dodatno osigurao zaštitu ovih prava normiranjem obaveza nadležnih organa. Oni moraju postupati u skladu s ovim zakonskim odredbama, a uspješnost ostvarenja prava djeteta zavisi od njihove spremnosti i sposobnosti.³³

33 Na nezadovoljavajuću praksu u ovoj oblasti ukazuje izražena zabrinutost Komiteta za prava djeteta zbog toga što „stvarna primjena zakona koji priznaje prava djece da izraze svoje stavove u odlukama koje utiču na njih, uključujući i u pravnim postupcima koji se na njih odnose, rijetko se primjenjuje i sistematski je ne prate socijalni radnici i sudovi“ (t. 33. a), odnosno njegova preporuka državi da „preduzme mjere kako bi se osigurala efikasna primjena zakonodavstva kojim se priznaju prava djece da izraze svoje stavove u pravnim postupcima koji se na njih odnose, uključujući uspostavljanje sistema i/ili postupaka za socijalne radnike i sudove za

2.2. Oспоравanje bračnog očinstva

Evropska praksa je uticala na proširenje kruga ovlaštenika na tužbu za osporavanje bračnog očinstva u domaćem pravu: pravo na tužbu je priznato muškarcu koji sebe smatra ocem djeteta (član 84. PZ FBiH i član 70. PZ BD). Ovo rješenje u većoj mjeri štiti pravo djeteta da zna ko su mu roditelji - u situaciji kada pretpostavljeni roditelji ne žele osporiti očinstvo, tužba prirodnog oca će osigurati realizaciju ovog djetetovog prava. Radi sprečavanja neosnovanog miješanja u porodične odnose, pravo prirodnog oca na ovu tužbu je ograničeno uslovom da je s majkom djeteta živio u zajednici u vrijeme začeća djeteta ili da ju je zasnovao prije rođenja djeteta te da istom tužbom traži da se utvrdi njegovo očinstvo. Isti cilj je postignut i priznavanjem prava na osporavanje materinstva ženi koja sebe smatra majkom djeteta.

Razlog za unošenje ovog rješenja je, između ostalog, stav koji je Sud zauzeo u predmetu iz 1994. godine: poštovanje porodičnog života zahtijeva davanje prednosti biološkoj realnosti pred zakonskom pretpostavkom o očinstvu djeteta, tako da prirodnom ocu ne treba da se uskrati pravo da osporava očinstvo djeteta rođenog u braku.³⁴ Međutim, u odluci iz 2010. godine,³⁵ uzeo je u obzir slobodu procjene priznate državi u uređenju porijekla i zaključio da ne postoji konsenzus na evropskom nivou o tome da li domaći zakon mora omogućiti biološkom ocu da osporava prezumirano očinstvo muža. Utvrdio je da odnosi koji postoje između aplikanta - prirodnog oca i djece čine "porodični život", ali je zauzeo stav da tužena država nije dužna normirati mogućnost osporavanja

praćenje poštivanja ovog principa (t. 34. a) (Zaključna zapažanja Kombinovanog drugog, trećeg i četvrtog Periodičnog izvještaja Bosne i Hercegovine, usvojena na 61. sjednici Komiteta za prava djeteta /17. septembar - 5. oktobar 2012. godine/, dostupna na stranici:

<http://www.mhrr.gov.ba/PDF/djeca/Bosanska%20v%20FINAL%20prevod%20ISPRAVNE%20VERZIJE1.pdf>

34 Odluka u predmetu *Kroon i drugi p. Holandije* (Application no. 18535/91, Judgment 27 October 1994, dostupna na stranici [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00157904#{"itemid":\["001-57904"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00157904#{)), para. 40)

35 Radi se o predmetu *Chavdarov p. Bugarske* (du 21 decembre 2010, requête 3465/03, <http://www.fbls.net/8.htm#divorce>, pristup 8.2.2013), pokrenutom od muškarca koji je zasnovao zajednicu života sa ženom, za vrijeme čijeg trajanja je rođeno troje djece. U to vrijeme ona je bila u braku, pa je njen muž, iako je ona živjela odvojeno od njega, upisan kao otac djece i ona nose njegovo prezime. Nakon što je partnerica napustila aplikanta i djecu o kojoj se on nastavio starati, htio je priznati očinstvo djece, ali bugarski zakon ne normira mogućnost osporavanja prezumiranog očinstva. Sud je ukazao na to da aplikantu, prema bugarskom pravu, ostaje mogućnost zasnovati roditeljski odnos usvojenjem ili zahtijevati od socijalne službe smještaj djece kod njega, s njegovom odgovornošću koju bi imao prema napuštenoj djeci.

prezumiranog očinstva. S obzirom na zaključak da domaće pravo nedozvoljavanjem ove mogućnosti poštuje legitimni interes djeteta, nije utvrdio povredu člana 8.

2.3. Usvojenje

Pojedina pitanja vezana za ustanovu usvojenja različito su uređena u domaćim porodičnim zakonima, što je uzrok pravne nesigurnosti građana Bosne i Hercegovine i teškoća s kojim se oni susreću u ovoj izuzetno važnoj oblasti. Ujednačavanjem rješenja o usvojenju one bi se ublažile ili uklonile i doprinijelo bi se unapređenju interesa djeteta, što je kao cilj postavljeno i u Evropskoj konvenciji o usvojenju djece (revidirana) iz 2008. godine (u daljem tekstu: Konvencija o usvojenju). Ukoliko bi Bosna i Hercegovina ratifikovala ovu Konvenciju, pridržavanje obaveza nametnutih državama članicama dovelo bi i do harmonizacije domaćeg prava.

Između domaćih zakona znatne razlike postoje vezano za životnu dob kao uslov na strani potencijalnog usvojioca, a u isto vrijeme razlika postoji i u odnosu na Konvenciju o usvojenju. Dok PZ Republike Srpske ne normira životnu dob usvojioca kao uslov, u ostala dva zakona (član 96. stav 1. PZ FBiH i član 81. stav 1. PZ BD) određena je ne samo donja, već i gornja granica koju potencijalni usvojilac ne smije preći: usvojiti može osoba koja je u životnoj dobi od 25 do 45 godina. Gornja dob usvojioca je postavljena radi osiguranja najboljeg interesa djeteta - da bude usvojeno od osobe koja je u dobi u kojoj prirodnim putem može dobiti dijete i najuspješnije ostvarivati roditeljsko staranje, odnosno osigurati najbolji interes djeteta. Od nje je predviđena mogućnost odstupanja u posebno normiranim slučajevima. Ovim rješenjima se može uputiti nekoliko primjedbi. Prvo, ovako određena gornja dob je preniska i sužava krug potencijalnih usvojilaca, odnosno razlog je smanjenja broja usvojenja i broja djece kojoj se zaštita pruža usvojenjem. Drugo, dob iznad normirane ne mora značiti da usvojilac neće osigurati interes djeteta i da takvo usvojenje neće biti u najboljem interesu djeteta. Treća primjedba se može uputiti imajući u vidu uređenje ovog uslova u Konvenciji o usvojenju. Naime, u njoj se normira da minimalne godine usvojioca ne mogu biti niže od 18 niti više od 30 godina (član 9. stav 1), dok njegove maksimalne godine nisu utvrđene. U odnosu na Konvenciju o usvojenju, minimalne godine su u našem pravu znatno više od donjeg minimuma određenog Konvencijom o usvojenju, ali su ipak u propisanim okvirima. Imajući u vidu navedene nedostatke domaćeg rješenja, bilo bi najbolje, a i u skladu s odredbama Konvencije o usvojenju, gornju životnu

dob za usvojioca izostaviti iz uslova.³⁶ Ukoliko se zakonodavci opredijele za njeno zadržavanje, trebalo bi da je pomjere naviše.

U odnosu na Konvenciju o usvojenju, domaće zakonodavstvo se razlikuje i u pogledu drugog uslova koji se zahtijeva na strani potencijalnog usvojioca - njegovog bračnog statusa. U uređenju ovog uslova postoje i međusobne razlike između domaćih zakona. U zakonima Federacije BiH i Brčko Distrikta potpuno usvojiti mogu zajednički bračni partneri te vanbračni partneri koji žive u vanbračnoj zajednici najmanje pet godina, dok jedna osoba može usvojiti samo ako usvaja dijete svog bračnog partnera (član 102. PZ FBiH i član 86. PZ BD). U slučaju zasnivanja nepotpunog usvojenja, krug potencijalnih usvojilaca je širi: pored onih koji mogu potpuno usvojiti, nepotpuno može usvojiti i osoba koja nije u braku te jedan bračni partner uz pristanak drugog (član 104. PZ FBiH i član 87. PZ BD). Ako je usvojilac osoba koja živi sama ili su to vanbračni partneri, dodatni uslov za takvo usvojenje jeste postojanje naročito opravdanih razloga (PZ BD). U federalnom zakonu je napravljena redakcijska greška koja se mora ispraviti: umjesto da se postojanje naročito opravdanih razloga zahtijeva u slučaju zasnivanja potpunog, to je učinjeno pri normiranju nepotpunog usvojenja (gore navedene odredbe). Porodični zakon Republike Srpske dozvoljava usvojenje užem krugu osoba. Bračni supružnici mogu zajednički usvojiti i potpuno i nepotpuno, a jedna osoba samo u zakonom predviđenim slučajevima: nepotpuno usvojiti može jedan od supružnika uz pristanak drugog, a potpuno usvojiti može maćeha, odnosno očuh djeteta (članovi 153. i 154). Po tome što ne priznaje mogućnost usvojenja vanbračnim

36 Uz takvo prihvaćeno rješenje, nadležni organ u svakom konkretnom slučaju, pri ocjeni interesa usvojenika, bio bi dužan cijeniti i uvažiti eventualnu stariju životnu dob usvojioca. Upravo o tome se izjasnio Evropski sud za ljudska prava u predmetu *Schwizgebel p. Švajcarske* (Aplikacija br. 25762/07, Odluka od 10. 6. 2010, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99288>, pristup 1. 6. 2012). Aplikantica je tvrdila da je povrijeđeno njeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života i da je diskriminisana odlukom švajcarskih organa o odbijanju zahtjeva za usvojenje zbog njene starosti (49 godina) i zato što između nje i usvojenika postoji velika razlika u godinama (starija je od njega 45 godina). Sud je konstatovao da između rješenja zakona zemalja Vijeća Evrope postoji velika razlika u pogledu ovog uslova za usvojenje. Zauzeo je stav da, iako neke zemlje normiraju 60 godina kao maksimalne godine, iz tih izolovanih slučajeva se ne može izvesti obaveza za Švajcarsku da dozvoli usvojenje u ovom slučaju. Kao argument u prilog tome da države imaju veliki stepen slobode procjene, uz obavezu zaštite najboljeg interesa djeteta i poštovanja principa proporcionalnosti, naveo je i nepredviđanje u Konvenciji maksimalnih godina za usvojioca. Iz ovih razloga nije utvrdio povredu čl. 14. u vezi s čl. 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima.

partnerima i osobi koja živi sama, ovaj zakon se značajno razlikuje od ostala dva zakona. Navedena razlika bi se morala ukloniti. Imajući u vidu savremene trendove izražene u Konvenciji o usvojenju i uporednom pravu, trebalo bi u pravu Republike Srpske da se proširi krug usvojlaca. Nakon eventualne ratifikacije ove Konvencije, morat će se normirati mogućnost usvojenja od samo jedne osobe, s obzirom da Konvencija normira da će zakon dozvoliti ovu mogućnost. Iz istog razloga bi trebalo da se izmijene i zakoni Federacije BiH i Brčko Distrikta, u smislu normiranja ove mogućnosti i kod zasnivanja potpunog usvojenja.

Konvencija o usvojenju normira širok krug osoba koje mogu usvojiti. Mogućnost usvojenja priznata je jednoj osobi i dvjema osobama različitog spola koje su u braku jedna s drugom ili su zajedno u registrovanoj partnerskoj zajednici, ukoliko je takva zajednica priznata, odnosno ako postoji kao institucija (član 6. stav 1). Državama je ostavljena sloboda da prošire djelokrug ove Konvencije na istospolne partnere koji su ili u braku jedan s drugim, ili su zajedno u registrovanoj istospolnoj zajednici, kao i heteroseksualnim i homoseksualnim partnerima koji žive zajedno u stabilnoj zajednici (član 6. stav 2).

Mogućnost usvojenja normirana za osobe istospolne orijentacije legalizovana je u dijelu uporednog prava, pa je pod uticajem tih rješenja na isti način postupljeno i u Konvenciji o usvojenju. O prihvatanju ove mogućnosti u domaćem pravu još uvijek je rano govoriti, s obzirom da ono ne legalizuje nijedan od oblika zajednice ovih osoba, niti ima naznaka da se to planira uraditi. I onda kada bude legalizovana istospolna zajednica života, sigurno se neće odmah priznati mogućnost usvojenja partnerima iz te zajednice, kao što to nije učinjeno ni u većini nacionalnih prava. Međutim, u praksi se može desiti da zahtjev za zasnivanje usvojenja podnese lezbijka ili gej (*gay*) koji žive sami, s obzirom na priznatu mogućnost usvojenja osobi koja živi sama.³⁷ Nadležni organ ne bi smio odbiti zahtjev za usvojenje samo zbog seksualne orijentacije podnosioca zahtjeva, već bi trebalo da ocijeni da li će usvojenje biti u najboljem interesu usvojenika. U prilog tome mogu se navesti dvije odluke Suda. U jednoj³⁸ je zauzeo stav da nije učinjena povreda članova 8. i 14. EKLJP, ocijenivši da su nadležni organi postupali u najboljem interesu djeteta i da su odbili dozvoliti usvojenje zbog utvrđenja da ono nije u njegovom

37 Ovo je jedna od tri situacije izdiferencirane u dosadašnjoj praksi Evropskog suda za ljudska prava i u uporednom pravu, u kojim ove osobe, odnosno samo jedna od njih mogu zahtijevati usvojenje.

38 *Affaire Fretté c. France*, Requête n° 36515/97, Arrêt 26 février 2002, http://denistouret.fr/eurodroits/arretCEDH_Frette.html, pristup 10. 4. 2010.

najboljem interesu. U drugoj odluci³⁹ utvrdio je povredu ovih odredaba učinjenu odbijanjem dozvole za usvojenje samo zbog homoseksualne orijentacije potencijalne usvojiteljice. Sud je utvrdio da je francuski zakon dopustio samcu da usvoji dijete, pa je iz toga izveo zaključak da se mogućnost usvojenja otvara i homoseksualnom samcu.

Što se tiče uslova na strani potencijalnog usvojenika, porodični zakoni Federacije BiH i Brčko Distrikta normiraju nemogućnost usvojenja prije isteka tri mjeseca od djetetovog rođenja (član 94, odnosno član 79). Ova rješenja o minimalnom uzrastu usvojenika u skladu su s Konvencijom o usvojenju, u kojoj je normirano da se ne može usvojiti dijete prije proteka određenog vremena od njegovog rođenja, koje ne može biti kraće od 6 sedmica. Ukoliko to vrijeme nije propisano zakonom, usvojenje nije moguće prije proteka vremenskog perioda koji će, po mišljenju nadležnog organa, omogućiti majci da se dovoljno oporavi od posljedica porođaja (član 5. stav 5). Pošto u pravu Republike Srpske ovaj rok nije određen, mogla bi se primijeniti odredba ove Konvencije koja je ovlastila nadležni organ da da mišljenje o tome koliko je majci potrebno vremena za oporavak od posljedica porođaja, prije čijeg isteka usvojenje nije moguće.

Maksimalna dob usvojenika, određena u domaćem pravu na 18 godina u slučaju nepotpunog usvojenja, u skladu je s Konvencijom o usvojenju. Međutim, to se ne može reći i za gornju dob usvojenika u slučaju zasnivanja potpunog usvojenja, pošto je ona određena na 10 (član 101. PZ FBiH i član 86. stav 1 PZ BD), odnosno na 5 godina (član 157. PZ RS). Pri izmjenama porodičnog zakonodavstva gornju dob bi i u slučaju zasnivanja potpunog usvojenja trebalo pomjeriti naviše, pogotovo u pravu Republike Srpske, jer su, s jedne strane otpali razlozi za određivanje nižeg uzrasta, a s druge strane ovakvim rješenjem bi se u većoj mjeri zaštitili interesi potencijalnih usvojenika – omogućilo bi se većem broju djece da budu usvojena ovim oblikom usvojenja.⁴⁰ Možda bi bilo najbolje odrediti i za potpuno usvojenje najviši uzrast od 18 godina, odnosno uzrast normirati kao zajednički uslov za obe vrste usvojenja.

Zbog izraženog interesa i potrebe usvojenika da zna ko su mu roditelji,⁴¹ u pravu Federacije BiH i Brčko Distrikta normirano je pravo

39 *E. B. v. France*, Application no. 43546/02, Judgment 22. Januar 2008, http://www.asil.org/pdfs/ilib080125_1.pdf, pristup 13. 4. 2011.

40 Komitet za prava djeteta je izrazio zabrinutost „zbog gornje granice od pet godina za djecu u Republici Srpskoj, što je rezultiralo time da većina djece ne ispunjava uslove za usvajanje“ i preporučio državi da „razmisli o povećanju gornje dobne granice za usvajanje u Republici Srpskoj“ (supra note 33, t. 50. i 51.).

41 U članu 7. Konvencije o pravima djeteta, kao djetetovo lično pravo, normirano je da „dijete od rođenja ima pravo, ako je to moguće, da zna ko su mu roditelji.”

djeteta da zna da je usvojeno (član 92. PZ FBiH i član 77. PZ BD), a u pravu Federacije BiH i obaveza usvojlaca da ga s tim upoznaju najkasnije do njegove sedme godine života, a ako je usvojeno starije dijete onda odmah nakon zasnivanja usvojenja. Unutar normiranog roka, usvojioci će sami ocijeniti kada će to učiniti, prethodno pripremivši usvojenika kako bi se izbjeglo ili umanjilo stresno dejstvo na njega. Zabrana utvrđivanja materinstva i očinstva, normirana za slučaj usvojenja (i začeca djeteta vještačkim putem), može se podvesti pod ograničenje prava djeteta da zna ko su mu roditelji, sadržano u članu 7. Konvencije o pravima djeteta: - »ako je to moguće«.

2.4. Ostvarivanje roditeljskog staranja

Domaći zakonodavci za obaveze, odgovornosti i prava djeteta koriste različite termine: u pravu Federacije BiH i Brčko Distrikta one se označavaju terminom „roditeljsko staranje“, a u pravu Republike Srpske je zadržan raniji zakonski termin - „roditeljsko pravo.“ Po tome se njihov stav prema ovoj ustanovi razlikuje od koncepta „roditeljskih odgovornosti“, prihvaćenog u Principima evropskog porodičnog prava o roditeljskim odgovornostima.⁴² Konvencija o pravima djeteta naglašava princip „zajedničkih odgovornosti oba roditelja“, ali termin „roditeljske odgovornosti“ ograničava na odgovornosti za podizanje i razvoj djeteta,⁴³ a ne za sve odgovornosti, prava i dužnosti roditelja, koje se pominju u više njenih odredaba.

Pri uređenju ostvarivanja roditeljskog staranja naši zakonodavci su se rukovodili potrebom potpunije zaštite interesa djeteta u odnosu na zaštitu koju je ono uživalo ranije, a u čijem pružanju su postojali propusti kako zakonodavca, tako i organa nadležnih za preduzimanje odgovarajućih mjera.

Što se tiče ostvarivanja roditeljskog staranja onda kada dijete ostane živjeti samo s jednim roditeljem, u pravu Federacije BiH uneseno je

42 Principles of European Family Law regarding parental responsibilities (2007) dostupni na stranici: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>

U Principima se, kao i u Konvenciji o pravima djeteta, govori o roditeljskim odgovornostima. U nekim dokumentima, naprimjer u Uredbi broj 2201/2003 o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti (Bruxelles II Bis) ovaj termin se koristi u jednini.

43 Stav 1. člana 18. Konvencije glasi: „States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child.“

rješenje drugačije od ranijeg: umjesto dosadašnjeg pojedinačnog staranja samo jednog roditelja o djetetu (uz samo obavezu drugog da izdržava dijete te pravo da kontaktira s djetetom i da prigovori na postupke roditelja koji se stara o djetetu), uvedena je mogućnost da, osim ako je to u suprotnosti s interesom djeteta, sud odredi zajedničko staranje, koje omogućava roditelju s kojim dijete ne živi da intenzivnije i neposrednije učestvuje u staranju o djetetu. Naime, sudu je ostavljena mogućnost da odredi da i ovaj roditelj obavlja pojedine dužnosti, a naročito da se stara o zdravlju i školovanju, da zastupa dijete i da učestvuje u donošenju svih važnijih odluka o podizanju djeteta, kao i da upravlja imovinom djeteta (član 142. stav 3). Ovakvim rješenjem se osiguravaju najbolji interesi djeteta - saradnja roditelja i njihovo prisustvo i u postrazvodnom životu djeteta, a u isto vrijeme i pravo roditelja na poštovanje porodičnog života. Mogućnost određivanja zajedničkog staranja u skladu je s principima 3:11 i 3:12 Principa evropskog prava o roditeljskim odgovornostima. Međutim, neudovoljavanje zahtjevu za određivanje zajedničkog staranja o djetetu ne mora, samo po sebi, značiti povredu ovog prava, što je stav i Suda.⁴⁴

U ovoj oblasti težište je stavljeno na stvaranje uslova za ostvarenje prava djeteta, priznatog mu u Konvenciji o pravima djeteta, da živi s roditeljima, u svojoj prirodnoj porodici. Zbog toga je zakonodavac pošao od stava da njihovo razdvajanje, kao posljedica izrečene mjere, treba da bude samo privremeno. U slučaju razdvajanja, uvažena je potreba djeteta da s oba roditelja održava stalne kontakte i odnose, neophodne za njegov normalan razvoj i vaspitanje. Održavanje ličnih odnosa i neposrednih kontakata s djetetom osigurano je, pored priznavanjem djetetu prava da ih održava, i normiranjem dužnosti oba roditelja da ih održavaju, obavezivanjem roditelja da poštuju veze djeteta s drugim roditeljem te sankcionisanjem roditelja koji ne stvara uslove za održavanje odnosa djeteta s drugim roditeljem ili ih onemogućava ili sprečava. Određivanje načina održavanja ovih odnosa i kontakata u pravu Federacije BiH i Brčko Distrikta je u nadležnosti suda, a u pravu Republike Srpske ostalo je u nadležnosti organa starateljstva. Sud, odnosno organ starateljstva može ograničiti i zabraniti njihovo održavanje samo radi zaštite interesa djeteta.

⁴⁴ U predmetu *Hoppe p. Njemačke* (aplikacija br. 28422/95, odluka od 5. 12. 2002. godine) Sud je zauzeo stav da određenjem pojedinačnog staranja majke o djetetu, u slučaju kada su roditelji zahtijevali određenje zajedničkog staranja, nije prekršena odredba člana 14. u vezi s članom 8, odnosno da razvedeni bračni partneri nisu diskriminirani, jer navod oca da je diskriminisan ovom odlukom nije dokazan. (<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/ed577b50766d9eea41256c87005872f6?OpenDocument>, preuzet 15. 12. 2012.)

Pri tome mora biti posebno oprezan, kako ne bi bez dokazanog opravdanog razloga povrijedio pravo roditelja na poštovanje porodičnog života. Veliki broj postupaka pred Sudom upravo pokreću roditelji tvrdeći da im je ovo pravo povrijeđeno ograničenjem ili zabranom kontaktiranja s djetetom.⁴⁵

Osiguranje poštovanja interesa djeteta, ali isto tako i ustaljena praksa Suda, razlog su za unošenje u domaće zakone i mogućnosti određenja kontakata između babe i djeda sa unucima, između sestara i braće međusobno, kao i djeteta i još nekih osoba. Na ovaj način se osigurava, pored interesa djeteta, i poštovanje porodičnog života roditelja i srodnika koji se smatraju članovima porodice.

Radi zaštite interesa djeteta, ali i prava roditelja koji treba da preuzme ostvarivanje roditeljskog staranja, domaći sudovi moraju postupke u kojim se o tome odlučuje, odnosno izvršava donesena odluka, okončavati u razumnom roku, poštujući odredbe procesnih zakona. U postupcima pokrenutim od roditelja zbog njihovog dugog trajanja, Sud utvrđuje povredu člana 8, o čemu domaći sudovi također treba da vode računa ako hoće izbjeći vođenje postupaka pred ovim Sudom povodom odluka koje su donijeli, odnosno zbog propuštanja da izvrše odluku domaćeg suda.

U predmetima koji se pokreću povodom odluka nacionalnih organa o ostvarivanju roditeljskog staranja, odnosno roditeljskog prava u slučaju prestanka zajednice života roditelja, Sud razmatra više okolnosti, odnosno njihov uticaj na realizaciju prava na pravično suđenje i prava na poštovanje porodičnog života roditelja te na zaštitu interesa maloljetnog djeteta.

Što se tiče prava na pravično suđenje, posebno jednog njegovog aspekta – prava na suđenje u razumnom roku, ustaljena je praksa Suda,

⁴⁵ U odluci donesenoj u predmetu *Pontes p. Portugala* (2012. g.) Sud je ponovio svoj stav zauzet u brojnim ranijim odlukama da za roditelja i dijete „biti zajedno predstavlja osnovni element porodičnog života i da svaka mjera koja to sprečava je povreda člana 8, osim ako je u skladu s pravom, ako slijedi jedan ili više legitimnih ciljeva i ako je neophodna u demokratskom društvu.“ Onda kada je već nastala porodična veza, država mora omogućiti razvoj ovog odnosa i preduzimati odgovarajuće mjere radi ponovnog spajanja roditelja i djeteta. Pri tome ona mora održavati pravičnu ravnotežu između interesa djeteta i roditelja, imajući u vidu da djetetovi najbolji interesi moraju biti primarno razmatrani. Polazeći od toga, Sud je utvrdio da, u ovom slučaju, nedozvoljavanjem djetetu da provodi praznike s roditeljima i onemogućavanjem njihove posjete djetetu, nadležne vlasti su odgovorne za prekid kontakata između djeteta i roditelja i da su propustile ispuniti svoju pozitivnu obavezu da preduzmu mjere radi omogućavanja aplikantima uživanja redovnog kontakta sa sinom. Sud je iz tog razloga utvrdio povredu člana 8. (*Pontes v. Portugal*, no. 19554/09, Judgment 10 04. 2012, rezime Odluke dostupan na: <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/2422ec00f1ace923c1256681002b47f1/f9b651d67d362c85c12579dc0050eea1?OpenDocument>)

na koju se on poziva u svojim odlukama, da, u skladu s članom 6. stav 1. Konvencije, štiti provođenje pravosnažnih, obavezujućih sudskih odluka, jer one u zemljama koje prihvataju vladavinu prava ne mogu ostati neizvršene na štetu stranke. Stav Suda je da se izvršenje sudske presude ne može spriječiti ili poništiti, niti se s izvršenjem može neopravdano kasniti. Kao obavezu države on naglašava obavezu efikasnog angažovanja cijelog aparata u preduzimanju svih neophodnih mjera radi izvršenja presude. U tom smislu bitnim i odlučujućim smatra to da li su nacionalni organi preduzeli sve neophodne mjere radi olakšanja izvršenja, u skladu s posebnim okolnostima svakog slučaja. Podobnost preduzete mjere Sud cijeni prema brzini njenog provođenja, budući da u ovoj oblasti protek vremena može izazvati nepopravljive posljedice na odnose između djeteta i roditelja s kojim ono ne živi. Obavezom nacionalnih organa smatra preduzimanje mjera radi ostvarivanja prava roditelja da živi s djetetom, a putem olakšavanja ponovnog spajanja roditelja s djecom.⁴⁶ Iste obaveze Sud utvrđuje i na isti način ih obrazlaže i onda kada dijete odbijaju predati roditelju treće osobe kod kojih se ono nalazi.⁴⁷

46 Na ove stavove Sud se pozvao u predmetu *Šobota - Gajić p. Bosne i Hercegovine* (aplikacija br. 27966/06, presuda od 6. 11. 2007.), koji je pokrenula aplikantica zbog povrede člana 8, učinjene od domaćih organa propuštanjem preduzimanja svih opravdanih mjera da joj omoguće spajanje sa sinom (koji je ostao živjeti s ocem/njenim mužem kojeg je ona napustila). Organ starateljstva je odluku o privremenom staranju o djetetu donio godinu dana i 9 mjeseci nakon postavljanja zahtjeva majke, a odluka je izvršena nakon 9 mjeseci, a dan nakon toga otac je oteo dijete. Brak je razveden godinu i 9 mjeseci nakon toga (septembar 2004.g.), a rješenje o predaji djeteta majci izvršeno je tek u januaru 2007. godine. Za ova kašnjenja nije utvrđena odgovornost aplikantice, već odgovornost organa starateljstva i policije, koja je odbila pružiti podršku pri izvršenju. Sud je utvrdio da je učinjena povreda čl. 8. Konvencije. (odluka dostupna na stranici:

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83083>)

47 Tako je povredu člana 8. Sud utvrdio u predmetu *Santos Nunes p. Portugala* (du 22 mai 2012 Requête n° 61173/08, dostupna na <http://www.fbis.net/8.htm#divorce>), pokrenutom od oca kojem je portugalski sud odlukom povjerio staranje o djetetu, ali se ta odluka nije mogla izvršiti zbog višekratnog odbijanja predaje djeteta učinjenog od para kod kojeg je majka djeteta smjestila njihovo dijete. Sud je konstatovao da su se portugalske vlasti našle u situaciji koja prevazilazi međusobni spor između bioloških roditelja ili njihov spor s državom, ali da ih to ne oslobađa obaveze da ulože sve nužne napore da osiguraju izvršenje odluke, pogotovo što u ovoj vrsti predmeta protek vremena može imati nepopravljive posljedice na odnose između djeteta i roditelja koji ne živi s njim (&76; postupak izvršenja je trajao četiri godine i šest mjeseci). Zaključivši da su vlasti propustile uložiti dovoljne i odgovarajuće napore radi poštovanja prava aplikanta, ignorišući tako njegovo pravo na poštovanje porodičnog života, utvrdio je povredu člana 8 (&78-79).

Zaključak

Uradu su razmatranarješenjaporodičnih zakona u Bosni i Hercegovini, prihvaćena pod uticajem evropskih (i međunarodnih) dokumenata i prakse Evropskog suda za ljudska prava, kako bi se, posmatrano s aspekta zaštite članova porodice (u prvom redu djece), utvrdili stepen ostvarenja ciljeva kojim su se domaći zakonodavci rukovodili pri donošenju zakona i postojanje potrebe za izmjenom zakonskih rješenja te predložili pravci i način njihove izmjene u oblastima u kojim bude identifikovana ova potreba.

U oblasti bračnog prava najznačajnije promjene u modernom pravu učinjene su vezano za pravo na brak, porodično posredovanje, razvod braka, vanbračne heteroseksualne zajednice i uređenje imovinskih odnosa bračnih i vanbračnih partnera. Ovi trendovi, međutim, nisu praćeni u domaćem pravu, odnosno prihvaćena rješenja u ovoj oblasti nisu uvijek najbolja i najadekvatnija. Uočene propuste zakonodavaca u uređenju oblasti porodičnog posredovanja, vanbračne zajednice i imovinskih odnosa, ali isto tako i nezakonito postupanje sudova, nužno je otkloniti. Pri tome bi trebalo da se uzmu u obzir rješenja i pozitivna iskustva evropskih država te evropski propisi i praksa Evropskog suda za ljudska prava.

Pri uređenju prava na brak domaće pravo nije slijedilo tendencije izražene u evropskom i uporednom pravu: priznavanje osobama homoseksualne orijentacije prava na brak i zasnivanje zajednica života. Time, međutim, naši zakonodavci nisu povrijedili nijedan obavezujući evropski dokument, niti je nepriznavanje ovog prava u suprotnosti s dosadašnjom praksom Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava..

Razmatranjem ustanove porodičnog posredovanja, uočeni su propusti u zakonskim i podzakonskim aktima koji je uređuju, pa su predložene njihove izmjene kojim se mogu uspješno ukloniti problemi koji nastaju u praksi. Pri njihovom predlaganju uvažavana su pozitivna iskustva evropskih država te evropski i nacionalni propisi.

Vezano za razvod braka, zaključeno je da bi trebalo da se razmotre Principi evropskog porodičnog prava u oblasti razvoda i izdržavanja između bivših bračnih partnera. Neki od ovih principa su prihvatljivi, jer mogu doprinijeti poboljšanju domaćih zakonskih rješenja, dok prihvatanje drugih nije nužno, mada ne bi trebalo da se *a priori* eliminišu.

Polazeći od uočenih nedostataka u uređenju vanbračne zajednice, u radu su predložene izmjene u smislu normiranja registracije kao njenog konstitutivnog elementa, te prestanak nezakonitog postupanja sudova vezano za način utvrđivanja njenog postojanja.

Na uređenje oblasti roditeljskog prava jak uticaj su ostvarili evropski i međunarodni dokumenti. U prvom redu radi se o normiranju prava

djeteta, odnosno njegovog položaja u odnosu na roditelje i ostale srodnike, ali i u odnosu na državne organe. Međutim, u primjeni zakonskih odredaba izraženi su određeni problemi: zakonske odredbe se ne primjenjuju uvijek u najboljem interesu djeteta, neka prava djeteta ostaju nezaštićena i neostvarena, što se naročito odnosi na njegova procesna prava. Stoga je naglašena potreba većeg uvažavanja i poštovanja ovih prava u praksi.

Analizom uređenja ustanove usvojenja u domaćem pravu i njegovim poređenjem s rješenjima Evropske konvencije o usvojenju djece (revidirane), uočena je potreba usaglašavanja našeg prava s njenim odredbama onda kada je Bosna i Hercegovina bude ratifikovala, odnosno naglašena je potreba preuzimanja nekih njenih rješenja i prije toga, kako bi se eliminisala rješenja koja su se u praksi pokazala kao smetnje za zasnivanje većeg broja usvojenja.

U oblasti ostvarivanja roditeljskog staranja, koja je uglavnom uređena tako da su osigurani najbolji interesi djeteta, utvrđena je i naglašena potreba usklađivanja domaće prakse s analiziranom evropskom praksom kao i potreba razmatranja Principa evropskog porodičnog prava o roditeljskim odgovornostima.

Professor Suzana Bubić, LL.D.
Faculty of Law, University „Džemal Bijedić“ in Mostar

THE INFLUENCE OF EUROPEAN LAW ON FAMILY LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The author in this paper considers the solutions adopted in Family laws in Bosnia and Herzegovina, on those that were influenced by the European Law. She examines them from the aspect of the protection of the members of the family and determines in which level the goals are reached, those that legislator was handled by through their acceptance, all that having in mind, European and international documents, related to this area and the practice of the European Court of human rights.

In the areas in which she determined the need to change the positive law she suggested the changes (*de lege ferenda*) and the directions that could be followed, all that in order to ensure the best interests of the child and the rights of the adult members of the family, spouses and cohabitants, those that are guaranteed by European Convention on human rights.

As the area in which domestic law is not following the trends expressed in European law, she identified regulation of the right to marriage, or to found a homosexual union and give her own view on this issue.

She suggested changes in the field of family mediation which would eliminate the failures of the laws and regulations governing this institution. Regarding divorce she pointed out the need to consider Principles of European family law regarding divorce and maintenance between former spouses. For the regulation of the cohabitation she suggested the changes, standardizing registration as its constituent element, and cessation of unlawful conduct in the practice of the courts in relation to establishing its existence.

In the area of parental custody, in the part that considers children rights, she emphasized procedural rights of the child, than she considered the regulation of institution of adoption in the domestic law and compared it with the solutions of the European Convention on Adoption of Children (Revised), as well as the issue of exercising parental custody, emphasizing the need to harmonize national practice with the analyzed European practice.

Keys words: *Right to marry, best interests of the child, parental custody/responsibilities, adoption, European Court of Human Rights*