

UDK: 342.7-055.2 (497.6)
pregledni članak
primljen 15. ožujka 2007.

Mr. sc. Željko Galić,
asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru

BRAČNO PRAVO U BiH - NOVO UREĐENJE

Bosna i Hercegovina je stjecanjem državnopravne neovisnosti 1992. i prestankom rata 1995. godine započela izgradnju novih društvenih odnosa i pravnog sustava primjerenih europskim i međunarodnim trendovima. Značajan doprinos ovim nastojanjima postignut je donošenjem novih zakona koji uređuju obiteljske odnose: Porodičnog zakona - u Republici Srpskoj 2002. i Obiteljskog zakona Federacije BiH - 2005. godine. Oba zakona su zadržala tradicionalni pristup obitelji i braku, ističući temeljna i općepriznata obilježja braka, te njegovu važnost kao životne zajednice i pravnog instituta.

Autor razmatra i kritički vrednuje sadržajna obilježja novih odredaba dvaju entitetskih zakona u dijelu kojim uređuju brak i odnose u braku, daje poredbenopravni osvrt i iznosi prijedloge zakonskih preinaka *pro futuro*.

Ključne riječi: ustavni temelji u Bosni i Hercegovini, obiteljski entitetski zakoni, novo uređenje braka, sklapanje braka, prava i dužnosti bračnih partnera, prestanak braka.

1. Uvod

Dana 29. prosinca 2005. godine Porodični zakon iz bivše Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: PoZ)¹ prestao se primjenjivati na prostoru Federacije Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: FBiH). Već prije, 4. rujna 2002. godine, njegovo važenje prestalo je na prostoru entiteta Republike Srpske (u daljnjem tekstu: RS). Donošenjem novih entitetskih zakona koji uređuju obiteljske odnose – Porodičnog zakona (za Republiku Srpsku) – (u daljnjem tekstu: PoZ RS)² i Obiteljskog zakona Federacije BiH³ (u daljnjem tekstu: ObZ FBiH), u velikom dijelu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: BiH) učinjena je potpuna inovacija najvažnijih propisa koji uređuju obiteljske odnose.⁴

1) Porodični zakon ("Službeni list SR BiH", broj 21/79 i 44/89), osim u F BiH, u spomenutom vremenskom razdoblju vrijedio je i na prostoru današnjeg Brčko Distrikta BiH.

2) Porodični zakon (za Republiku Srpsku) ("Službeni glasnik RS", broj 54/02) donesen je u srpnju 2002. godine, stupio na snagu 4. rujna iste godine, a temeljem odredaba njegova 296. članka, danom stupanja na snagu tog zakona prestao je važiti Porodični zakon ("Službeni list SR BiH", broj 21/79 i 44/89).

3) ObZ FBiH donesen je na sjednici Zastupničkog doma 9. veljače i na sjednici Doma naroda 3. ožujka 2005. godine, a tekst zakona objavljen je u "Službenim novinama Federacije BiH", broj 35/05. i 41/05.

4) O nekim specifičnostima glede važenja propisa u trećoj administrativno-teritorijalnoj jedinici - Brčko Distriktu BiH v. dalje u tekstu.

Entitetska nadležnost uređivanja obiteljskih odnosa normirana je Ustavom BiH⁵. čl. III. Nadležnost i odnosi između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta⁶.

Odredbama Ustava FBiH propisuje se da će „...Federacija osigurati primjenu najviše razine međunarodno priznatih prava i sloboda...“, kao što su npr. pravo na život, na zaštitu obitelji i djece, na socijalnu zaštitu i sl.⁷

Člankom 36. st. 2. Ustava RS propisano je da „... brak i odnosi u braku i porodici uređuju se zakonom“.⁸

Pored dva entiteta - FBiH i RS, u državi BiH egzistira i treća administrativno - teritorijalnu jedinica - Brčko Distrikt BiH, koji je utemeljen nakon konačne odluke Arbitražnog Tribunala za spor oko međuentitetskih crta razgraničenja u području Brčkog 2000. godine. Ovdje je važno naglasiti da je i nakon donošenja obiteljskih zakona u entitetima u Brčko Distriktu i dalje nastavljena primjena PoZ-a. Sukladno odredbama Statuta Brčko Distrikta BiH ovih dana u tijeku je postupak (javna rasprava) donošenja novog cjelovitog zakona koji uređuje obiteljske odnose, a njegovim donošenjem BiH će dobiti treći takav zakon⁹. Već prije Skupština Brčko Distrikta je donijela značajne srodne zakone¹⁰, a donošenjem novog obiteljskog zakona i na tom dijelu BiH bit će kompletirana i usklađena zakonska materija u važnoj sferi društvenog života, te prestati važenje i primjena zakona iz predratne BiH.

Oba zakona uglavnom uređuju obitelj kao univerzalnu društvenu instituciju, brak kao stožer obitelji¹¹, a uređuju se i (uglavnom imovinski) odnosi u izvanbračnoj zajednici kao zajednici žene i muškarca.¹²

5) Ustav BiH je Aneks 4. Daytonskog mirovnog sporazuma za mir u BiH. „Dogovoren je od 1. do 21. studenoga 1995., a stupio na snagu 14. prosinca 1995. godine potpisivanjem u Parizu. Sadrži nedorečenosti i proturječnosti ustavnog teksta i svojim ustavnim rješenjima odudara od temeljnih teorijskih postulata ustavnog prava. Podrobnije v. u: Z. Miljko, Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine, Zagreb, 2006.

6) U stavku 1. toga članka propisane su nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine, a u stavku 2. - nadležnosti entiteta. Budući da uređivanje obiteljskih odnosa, odnosno mjerodavnost za donošenje obiteljskog zakona nije izrijekom unesena u nadležnost institucija BiH, time je, sukladno članku III. 3. a. Ustava BiH, ta mjerodavnost (o)stavljena entitetima.

7) Čl. II.A.2. Ustava FBiH („Sl. novine Federacije BiH“, broj 1/94).

8) Ustav RS objavljen je u „Sl. glasniku RS“, broj 21/92, a potom su uslijedile i amandmanske promjene.

9) Prema našim saznanjima Nacrt tog zakona svojevrsna je sinteza entitetskih zakona, što je odraz (neutralnog) statusa Brčko Distrikta u odnosu na entitete.

10) Npr. Zakon o socijalnoj zaštiti, Zakon o dječjoj zaštiti, Zakon o osobnom imenu, Zakon o matičnim knjigama, Zakon o zdravstvenom osiguranju Brčko Distrikta BiH,...

11) O značenju obitelji i braka za društvo i pojedinca v. u: B. Žepić, Osnove sociologije, Split, 1999., str. 152. - 158.

12) Pored braka i izvanbračne zajednice u svijetu egzistira i treći oblik životnih zajednica: istospolna zajednica. Životne zajednice osoba istoga spola uglavnom pravno egzistiraju u tri oblika: kao registrirano partnerstvo (npr. nordijske države i Njemačka); kao poseban oblik partnerstva (Francuska i Belgija); i kao istospolni brak (omogućen zakonima na razini države u Nizozemskoj, Belgiji i Španjolskoj, te izvan Europe u Kanadi) i propisima manjih teritorijalnih jedinica (npr. u SAD-u). O iskonskom značenju braka i nekim „modelima“ u pravnoj teoriji v. u: D. Jakovac - Lozić, Brak na razmeđu heteroseksualne isključivosti i homoseksualne dopustivosti, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj 1-2/1998, str. 143. - 162., te u: M. Alinčić, Promjene u propisima o braku i drugim životnim zajednicama, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, broj 5/2005., str. 1165. - 1199.

Nizozemska je prva (zakonom donesenim 2000.) omogućila osobama istoga spola sklapanje braka, ali npr. propisuje da kralj ili kraljica (ili potencijalni slijednik krunice) ne smije sklopiti brak s osobom istoga spola (!). Usp.: M. Alinčić, M. Dika, D. Hrabar, M. Jelavić, A. Korać, Obiteljski zakon, novine, dvojbe i perspektive, Zagreb, bilj. 10., str. 5.

U nastavku rada odvojeno izlažemo bitne novine uređenja braka u entitetskim zakonima iznoseći i vlastite prijedloge zakonskih preinaka *pro futuro*. Iako je PoZ RS vremenski donesen prije, ovdje ćemo, zbog većeg opsega sadržajnih promjena, najprije obrađivati norme federalnog zakona a potom i norme tog zakona.

Vrednovanjem i međusobnom usporedbom novih zakonskih rješenja, kao i njihovom usporedbom sa zakonodavstvima drugih (ponajprije susjednih) država, nastojat ćemo ocijeniti koliko te norme odgovaraju duhu sadašnjeg vremena u BiH.

2. Uređenje braka u Federaciji BiH

ObZ FBiH se sastoji od 388 članaka koji su svrstani u devet dijelova i dvanaest glava.¹³ Dosadašnja apstraktna i ideološko - „socijalistička“ načela zamijenjena su novim humanim, na kojima se temelje obiteljski odnosi.¹⁴

Zakon kao jedan od rijetkih ovakvih propisa u čl. 2. definira obitelj: „Obitelj u smislu ovog zakona je životna zajednica roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, posvojitelja i posvojčeta i osoba iz izvanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu“. Smatramo da je korisno i svrhovito u ovom zakonu definirati obitelj, ali ova definicija je manjkava - ponajprije stoga što u obitelj ne uključuje osobe u braku, a brak je temelj i početak nove obitelji; te stoga što ne precizira na koje se krvne i tazbinske srodnike misli; a nejasno je i koje osobe (sve nabrojene ili samo one iz izvanbračne zajednice) trebaju živjeti u zajedničkom kućanstvu.

Valja istaknuti da ovaj zakon u odredbama o braku donosi stilske i terminološke promjene. U definiciji braka žena je spomenuta prva¹⁵, a dosadašnja složenica „bračni drugovi“ zamijenjena je novom - „bračni partneri“¹⁶. Osobe koje će sklopiti brak zakon naziva „osobe koje žele sklopiti brak“ i „budući bračni partneri“¹⁷.

Člankom 7. ObZ-a FBiH uređena je izričita nadležnost za sklapanje braka, tako što brak „sklapaju suglasnom izjavom žena i muškarac pred matičarom“, a matičar je državni službenik. Tim određenjem zadržan je sustav obvezatnoga građanskog braka, a u postupku donošenja zakona (još) nije razmatrana mogućnost uvođenja sustava fakul-

13) Prvi dio – I. Temeljne odredbe; Drugi dio – II. Brak; Treći dio – III. Odnosi roditelja i djece (A. Materinstvo i očinstvo, B. Posvojenje i C. Prava i dužnosti roditelja i djece); Četvrti dio – IV. Skrbništvo; Peti dio – V. Uzdržavanje; Šesti dio – VI. Imovinski odnosi (A. Imovinski odnosi bračnih partnera, B. Imovinski odnosi izvanbračnih partnera, C. Imovinski odnosi roditelja i djece i D. Troškovi trudnoće i porođaja izvanbračnog djeteta); Sedmi dio – VII. Postupak pred sudom, VIII. Izvanparnični postupak, IX. Postupci ovrhe i osiguranja; Osmi dio – X. Posebni postupci; Deveti dio – XI. Kaznene odredbe, XII. Prijelazne i završne odredbe.

14) Ta načela su: zaštita privatnosti obiteljskog života; ravnopravnost, međusobno pomaganje i poštivanje članova obitelji; obveza roditelja da osiguraju zaštitu interesa i dobrobiti djeteta i njihovoj odgovornosti u podizanju, odgoju i obrazovanju djeteta; obveza države da osigura zaštitu i obitelji i djeteta; te pružanje skrbničke zaštite djeci bez roditeljske skrbi i odraslim osobama koje nisu sposobne same skrbiti o sebi, svojim pravima, interesima i imovini.

15) „Brak je zakonom uređena zajednica života žene i muškarca“ - čl. 6. Zakona.

16) O jezičnim i sadržajnim aspektima (ne)prikladnosti novih izraza i stručnih termina u federalnom zakonu v. kod: Ž. Galić, Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine – značajke i novine, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, broj XVIII/2005, str. 177 - 196.

17) Usp. : npr. čl. 17. i 19. ObZ-a FBiH. ObZ RH te osobe naziva: „nevjesta“ i „ženik“.

tativnog građanskog ili vjerskog braka¹⁸. Odredba čl. 7. st. 3. ovog Zakona¹⁹ naglašava da se nakon sklapanja braka pred matičarom može sklopiti brak i pred vjerskim službenikom²⁰.

Novi zakon odredbom čl. 11. st. 2. iznimno predviđa mogućnost dozvoljavanja sklapanja braka osobi koja je nesposobna za rasuđivanje, ako se ustvrdi da je ona sposobna shvatiti značenje braka i obveza koje iz njega proistječu, te da je brak u njezinoj me interesu²¹.

Isto tako, novim uređenjem unesene su i promjene glede različitih uvjeta (pretpostavki) za nastanak ili valjanost braka. Umjesto dosadašnje tri²² sada se normiraju dvije takve skupine: uvjeti za postojanje braka i uvjeti za pravovaljanost braka (čl. 7. - 16. ObZ-a FBiH). Ovdje ćemo se osvrnuti na odredbu čl. 8. st. 2. federalnog zakona koja glasi: "Ako pri sklapanju braka nije bio ispunjen neki od uvjeta iz stavka 1. ovog članka, ne nastaju pravni učinci braka". Smatramo da je formulacija "... ne nastaju pravni učinci braka" neprimjerena i nejasna, kao i složenica „nepostojeći brak“²³ koja je iz nje proizašla. Stoga bi, radi pravne sigurnosti, tekst čl. 8. st. 2. bio puno primjereniji ako bi njegov završetak glasilo - „...ne nastaje brak“.

Sada su uređene sljedeće okolnosti koje utječu na (pravo) valjanost braka (čl. 10. - 16. Zakona): postojanje braka²⁴, lišenje poslovne sposobnosti ili nesposobnost za rasuđivanje (u pravilu), krvno srodstvo²⁵, potpuno i nepotpuno posvojenje, određene skupine osoba tazbinskoga srodstva,²⁶ malodobnost i postojanje ozbiljne

18) Odredbama Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica (Narodne novine, broj 83/02) u Republici Hrvatskoj Vlada je uredila pravne odnose s većinom vjerskih zajednica koje u njoj postoje i djeluju. Podrobnije v. u: M. Alinčić, A. Bakarić – Abramović, V. Belajec, D. Hrabar, B. Hrvatin, D. Jakovac – Lozić, A. Korać, Obiteljski zakon (redakcijski pročišćeni tekst zakona s napomenama, uputama, sudskom praksom i pojmovnim kazalom), Zagreb, 2004., str. 11. i 12. Sadašnja državna struktura BiH i rascjepkana zakonodavna mjerodavnost uređivanja obiteljskih odnosa ne daju velikih izgleda da bi se uskoro i ovdje mogla razmatrati mogućnost uvođenja alternativnog sustava oblika sklapanja braka.

19) Ona glasi: "Bračni partneri mogu nakon sklopljenog braka pred matičarom sklopiti brak i pred vjerskim službenikom".

20) U sklopu iznesenog posebno je neprimjerena odredba kojom je za službenika vjerske zajednice pred kojim je sklopljen brak prije sklopljenog braka pred matičarom predviđena novčana kazna od 500 KM do 2000 KM (čl. 383. st. 3. ObZ-a FBiH), a poznati su i slučajevi kažnjavanja svećenika zatvorom zbog toga. Usp. T. Jozić, Obiteljski moral u Bosni, Zagreb, 1995, str. 67.

21) Sud u izvanparničnom postupku može dozvoliti takvo sklapanje braka, čime se proširiva krug osoba koje mogu sklopiti brak. Smatra se da ovakva veza bolesne i zdrave osobe je društveno korisna, naročito ako je u pitanju bolest koja (vjerojatno) neće imati štetne posljedice na moguće potomstvo.

22) To su: uvjeti za postojanje; uvjeti za pravovaljanost (bračne smetnje); i uvjeti koji zabranjuju sklapanje braka (bračne zabrane) – usp. čl. 16. - 18., 32. - 39. i 40. - 41. PoZ-a.

23) Složenica "nepostojeći brak" je *contradictio in adiecto*, jer brak jest, ili nije: ako jest, onda nije nepostojeći; a ako ga nema, onda nema ni pravnih učinaka braka.

24) U glavi XX. Kaznenog zakona Federacije Bosne i Hercegovine („Sl. novine Federacije BiH“, broj 36/03) propisana su kaznena djela protiv braka, obitelji i mladeži. Ovdje su nam zanimljiva kaznena djela „dvobračnosti“ (čl. 214.) i kazneno djelo „omogućavanja sklapanja nedopuštenog braka“ (čl. 215.). Svrha propisivanja navedenih kaznenih djela je zaštita monogamnog braka, odnosno sprječavanje sklapanje „...braka koji je po zakonu zabranjen, ništav ili se smatra nepostojećim“. Podrobnije v. u: S. Horović, Kazneno pravo, posebni dio, Mostar, 2000., str. 107. - 114.

25) U ravnoj lozi krvnoga srodstva, bez obzira na stupanj srodstva, zabranjuje se međusobno sklapanje braka svim srođnicima.

26) Tazbinu možemo definirati kao odnos koji nastaje brakom, i to između jednog bračnog partnera i krvnih srodnika drugog bračnog partnera. (Tako: N. Traljić, S. Bubić, Porodično pravo, Sarajevo, 2001., str.

prijetnje ili zablude o osobnosti drugog bračnog partnera ili o njegovoj bitnoj osobini²⁷.

Obuhvat osoba koje u pobočnoj crti krvnoga srodstva ne mogu sklopiti brak sada je širi. PoZ je izrijekom nabrojio samo neke kategorije srodnika koji ne mogu sklopiti brak (npr. brat i sestra, brat i sestra po ocu ili majci, stric i sinovica ujak i sestričina,...)²⁸, a novim uređenjem obuhvaćeni su svi srodnici do (uključivo) četvrtog stupnja srodstva (čl. 12.). Krvno srodstvo može biti bračno i izvanbračno, a nevažno je da li je izvanbračno srodstvo utemeljeno na priznanju ili sudskom odlukom donesenom u parničnom postupku.

Zakon u odredbama čl. 14. st. 1. (uz iznimke, tj. postojanje opravdanih razloga - st. 2.) propisuje da se brak ne može sklopiti između ovih tazbinskih srodnika: svekra i snaha, zeta i punice, očuha i pastorka i maćehe i pastorka, pa i onda kad prestane brak čijim je sklapanjem nastalo to tazbinsko srodstvo.

U svrhu sprječavanja nesmotrenog sklapanja braka uveden je rok za sklapanje braka - 30 dana (čl. 19. st. 1. i 2.); a to razdoblje (osim nekih iznimki) treba proteći od dana prijave do sklapanja braka; novim uređenjem (čl. 20. st. 2.) matičar je obavezan buduće bračne partnere upoznati s mogućnosti ugovornog uređenja njihovih imovinskih odnosa. Isto tako, sada pri sklapanju braka više ne treba nazočnost izaslanika općinskoga vijeća, već samo: bračni partneri (odnosno samo jedan budući bračni partner i opunomoćenik drugog), matičar i dva svjedoka. Svjedocima se ponajprije dokazuje da je brak sklopljen, oni jamče identitet budućih bračnih partnera, a njihova nazočnost pridonosi i svečanosti samog događaja vjenčanja.²⁹

Vidimo da je ovaj zakon (kao i PoZ RS) zadržao odredbe o mogućnosti sklapanja braka uz nazočnost samo jednog budućeg bračnog partnera i opunomoćenika drugog (čl. 24. st. 1.).³⁰ Novost kod ovog zakona je i u dužini roka važenja punomoći za sklapanje braka - 60 dana od dana ovjere³¹ (prije: 90 dana).

Trenutak sklapanja (odnosno nastanka) braka preciziran je odredbama čl. 28. st. 1. ObZ FBiH ("... kada budući bračni partneri izjave svoj pristanak").

Novom odredbom čl. 29. uređena je obaveza bračnih partnera da, ako žele nakon sklapanja braka pred matičarom sklopiti i vjerski brak, moraju predati vjerskom službeniku izvadak iz matične knjige vjenčanih, a njezin *ratio legis* je u zahtjevu pravne sigurnosti.³² Ovdje ćemo se malo podrobnije osvrnuti na zakonske norme o građanskom obliku sklapanja braka i norme vezane za sklapanje vjerskog braka, navesti neke njihove proturječnosti te iznijeti prijedloge mogućeg drukčijeg uređenja.

52.). ObZ RH iz 1998. (Narodne novine, broj 162/98), kao i sada važeći iz 2003. godine su napustili uređivanje tazbinskoga srodstva kao bračne smetnje za valjanost braka.

27) Novim uređenjem je fiktivni brak iz (dosadašnjih) uvjeta za pravovaljanost braka „premješten“ u uzroke za ništavost braka (čl. 35. ObZ-a FBiH).

28) V. čl. 36. st. 1. i 2. PoZ-a.

29) „Svjedok pri sklapanju braka može biti svaka punoljetna osoba koja ima poslovnu sposobnost“ – čl. 25. ObZ-a FBiH.

30) O nekim nedostacima i neodrživosti ovakvog uređenja, odnosno potrebi promjena v. supra kod obrazloženja za usporedne odredbe PoZ-a RS.

31) Usp. čl. 24. st. 3. ObZ-a FBiH.

32) Tako se sprječava da ista osoba ne bi sklopila građanski i vjerski brak s različitim osobama. Međutim, to „preklapanje“ građanskog i vjerskog braka ipak traje samo dok se (taj) građanski brak ne razvede i jedan bračni partner sklopi novi brak.

Ustavom FNR Jugoslavije³³ i Osnovnim zakonom o braku iz 1946. godine i na prostoru Bosne i Hercegovine uveden je sustav obvezatnog građanskog braka, a vjerski brak ostaje privatna stvar pojedinaca. Iako u svojoj biti brak nije ni građanski ni vjerski, od tada, s obzirom na različito dvojako uređivanje braka pa tako i oblika sklapanja braka, govorimo o vjerskom i civilnom obliku sklapanja braka.

Za vjerski brak (npr. Katoličke crkve) možemo reći da je ugovorno – sakramentalna životna zajednica³⁴, za građanski da je socijalna i pravna ustanova. Neosporna su prava svake vjerske zajednice³⁵ propisivati pravila za nastanak i egzistiranje vjerskog braka, kao i države (pravnog sustava) za pravno uređenje građanskog braka³⁶. Iz navedenog proistječe očita odvojenost tih dvaju brakova kod istih osoba ako su one npr. sklopile i građanski i vjerski brak, iz čega proistječe i mogućnost različitog vremena egzistiranja tih brakova³⁷.

Člankom II. st. 1. Ustava BiH uređeno je da se „u Bosni i Hercegovini izravno primjenjuju prava i slobode zajamčene Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda³⁸ kao i njezinim protokolima. Ovi akti imaju prioritet nad svim drugim zakonima“. A Europska konvencija člankom 9. jamči da „svatko ima pravo na slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijedi...“, a „ovo pravo uključuje ... i slobodu da sam ili u zajednici s drugima javno ili privatno, iskazuje svoju vjeroispovijed ili uvjerenje bogoslužjenjem... i obredima“. Sukladno navedenim odredbama očito je da građani imaju pravo na slobodno javno očitovanje vjere, obavljanje vjerskih čina, primanje vjerskih sakramenata, a time i uspostavljanje životnog zajedništva žene i muškarca prema pravilima slobodne i samostalne vjerske zajednice. Stoga smatramo da zakonska odredba kojom se propisuje vrijeme sklapanja vjerskog braka (u ovom slučaju u odnosu na vrijeme sklapanja građanskog braka), nije u skladu s ustavnim načelom³⁹ odvojenosti vjerske za-

33) Objavljen u „Službenom listu FNRJ“, broj 29 od 9. travnja 1946. godine.

34) Usp. *Codex iuris canonici*, Kan.1055 - § 1. i §2.: „Krist Gospodin uzdigao je na dostojanstvo sakramenta ženidbeni savez među krštenima, kojim muška osoba i ženska osoba međusobno uspostavljaju zajednicu svega života po svojoj naravi usmjerenu k dobru supruga te k rađanju i odgajanju potomstva. Stoga među krštenima ne može biti valjana ženidbenog ugovora koji ujedno ne bi bio sakrament.“ Izvor: Zakonik kanonskoga prava, Proglašen vlašću pape Ivana Pavla II., Glas koncila, Zagreb 1988, str. 471.

35) Donosimo i definiciju islamskog braka: „Islamski brak, *akdun-nikah*, se definira kao ugovor o zajedničkom životu dva lica suprotnog spola, muškarca i žene, koji se zaključuje u posebnoj formi na neodređeno vrijeme“ - A. Hasanović, *Islamsko bračno pravo*, Zagreb, 2003., str. 9. Prema drugom izvoru taj brak se definira „... kao ugovor o dozvoljenom bračnom – seksualnom odnosu između muškarca i žene i njihovo zajedničko življenje, održavanje domaćinstva, podizanje potomstva, stvaranje i čuvanje rodbinskih veza“. Zatim: „Islamska pravna teorija kaže da svaki ugovor, pa tako i bračni, mora biti plod slobodne volje što znači da niko ne može biti prisiljen na brak.“ Izvor: I. Džananović, *Primjena šerijatskog porodičnog prava kroz praksu Vrhovnog šerijatskog suda 1914. - 1946.*, Fakultet islamskih nauka u Sarajevu, Sarajevo, 2004., str. 42. i 43.

36) Podrobnije o pravnim uređenjima oblika sklapanja braka u hrvatskoj povijesti i sadašnjosti v. kod: M. Alinčić, *Građanski brak sklopljen prema državnim propisima i u vjerskom obredu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, broj 6/1997, str. 647. - 676.

37) Ako su žena i muškarac u Bosni i Hercegovini sklopili građanski pa potom vjerski brak (npr. pred predstavnikom Katoličke crkve), nastali su pravni učinci oba braka. Nakon toga, sukladno važećim normama, za života supružnika moguć je raskid samo građanskog braka (npr. razvod); ali neovisno od toga i dalje postoji vjerski brak (zbog nemogućnosti razvoda).

38) Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda i dopunski protokoli (1950).

39) Sličnu odredbu čl. 27. tada važećeg Zakona o braku i porodičnim odnosima (pročišćeni tekst, Narodne novine, broj 51/1998.): „Vjenčanje po vjerskom obredu nije dopušteno prije nego što brak bude zaključen po odredbama ovoga zakona“, ukinuo je Ustavni sud Republike Hrvatske Odlukom br. U-I-231/1990 od 16. veljače 1994. - Narodne novine, broj 25/94.).

jednice i države niti s odredbom o slobodi vjere, vjeroispovijesti i slobodnoj djelatnosti vjerskih zajednica.⁴⁰ Jer vjenčanje po vjerskom obredu ne proizvodi (građansko -) pravne učinke, to je autonoman čin vjerske zajednice i ne može biti u ovom smislu predmet zakonskog uređenja, pa predstavlja očito ograničenje ustavom zajamčenih građanskih sloboda i prava.

U osobna prava i dužnosti bračnih partnera uključena je nova sastavnica - dužnost vjernosti (čl. 30. st. 2.)⁴¹ - kao izraz zahtjeva za moralnim ponašanjem u braku, radi očuvanja skladnih odnosa i samoga braka. Po svojoj prirodi vjernost je i dužnost i pravo bračnih partnera, ponajprije se shvaća kao seksualna vjernost, ali se tumači i u širem značenju kao uzajamna odanost i privrženost partnera, a bračne partnere obvezuje od sklapanja do prestanka braka.⁴² Povreda vjernosti ogleda se u činu preljuba, ili u ponašanjima koja uključuju bavljenje prostitucijom, uspostavu izvanbračne zajednice ili sklapanje bigamnog braka.

Povećan je broj mogućih opcija glede (sporazumnog određivanja) prezimena bračnih partnera nakon sklapanja braka.⁴³

Osnove za prestanak braka ostale su iste, a Zakon unosi promjene za institute razvoda i poništaja braka. Prema promijenjenim materijalnopравnim pretpostavkama za (pravo)valjanost braka izmijenjene su i odredbe o poništaju braka, pa se poništaj braka može tražiti i zbog spoznaje o zaraznim bolestima drugog bračnog partnera koji je zatajio takvo zdravstveno stanje; zatim zbog teških i neizlječivih duševnih poremećaja bračnog partnera; kao i zbog prikrivanja većih (imovinskih) obveza drugog bračnog partnera, a koje je stekao prije braka.⁴⁴

Inače, u novim odredbama o poništaju braka (čl. 34. - 40.) nedostaju norme o aktivnoj legitimaciji za podnošenje tužbe radi poništaja braka sklopljenog između tazbinskih srodnika, pa bi ih pri prvoj preinaci zakona trebalo unijeti. Pravo na tužbu za poništaj takvog braka po odredbama PoZ-a i PoZ-a RS pripada bračnim partnerima.⁴⁵ Odredba čl. 39. st. 3. ObZ-a FBiH je u svom sadržaju kontradiktorna⁴⁶ jer u prvom dijelu propisuje nemogućnost poništaja braka nakon što maloljetni bračni partner navršio 18 godina; a u drugom dijelu propisuje da bračni partner koji je (u međuvremenu) postao

40) Navest ćemo i protuargumente ovom stajalištu, ali koji ipak imaju samo prividnu utemeljenost: pravna sigurnost u društvu, olakšanje rada predstavnicima vjerskih zajednica i sprječavanje mogućih zloporaba.

41) O ugroženosti, posebnosti i isključivosti bračne ljubavi, te o suvremenim opasnostima za bračnu vjernost vidjeti u: V. Valjan, *Moral spolnosti, braka i obitelji*, Sarajevo, 2002., str. 82. - 83. i 233. - 266.

42) O bitnim razlikama u pravnim sadržajima termina „rastava“ i „razvod“ i nekim međunarodnopravnim elementima presuda o razvodu, rastavi i poništaju braka detaljnije v. u: N. Hlača, *Rastava braka*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, broj 3 - 4/2005., str. 775. - 800.

43) Pored postojećih mogućnosti preuzetih iz PoZ-a, nove opcije su: da se kao zajedničko prezime uzmu prezimena oba bračna partnera, a o redoslijedu će se sporazumjeti; da (i) samo jedan bračni partner svom prezimenu doda prezime drugog bračnog partnera; i da svaki od njih ili samo jedan bračni partner prezimenu bračnog partnera doda svoje prezime - čl. 31. st. 1. toč. c., d. i e.

44) Usp. čl. 40. st. 3., 4. i 5. ObZ-a FBiH.

45) Usp.: odredbe čl. 38. i 53. PoZ-a, odnosno čl. 35. i 50. PoZ-a RS. Međutim, i u tim odredbama bi trebalo precizirati na koje bračne drugove (supružnike) se misli - sadašnje iz (tazbinskog) braka; ili, ako je bračni drug (supružnik) iz prethodnog braka živ - (i) na tog bračnog druga (supružnika).

46) Ona glasi: „Brak se ne može poništiti nakon što je malodobni bračni partner navršio 18 godina života, ali bračni partner koji je postao punoljetan može podnijeti tužbu za poništaj braka u roku od jedne godine od punoljetnosti“. Slično manjkavo uređenje donosi PoZ (čl. 54. st. 3.), kao i PoZ RS (čl. 51. st. 3.).

punoljetan može podnijeti tužbu za poništaj braka. Odmah se nameće pitanje čemu služi ta tužba ako je unaprijed isključena njezina svrha. Ovdje je očito da se prvim dijelom ove odredbe htjelo spriječiti (samo) ostale aktivno legitimirane subjekte za poništaj braka (skrbničko tijelo i maloljetnikovi roditelji), a mogućnost podnošenja tužbe za poništaj braka, kojeg je bez dozvole suda sklopila osoba koja nije navršila 18 godina života, ostaje samo za bračnog partnera koji je sklopio takav brak i (nakon toga) postao punoljetan. Stoga bi odredba čl. 39. st. 3. trebala glasniti: „Tužba za poništaj braka ne može se podnijeti nakon što je malodobni bračni partner navršio 18 godina života, ali bračni partner koji je postao punoljetan može podnijeti tužbu za poništaj braka u roku jedne godine od punoljetnosti“.⁴⁷

Uvjet traženja razvoda braka je da su bračni odnosi teško i trajno poremećeni (članak 41.), a više nije nužno i da je „zajednički život postao nepodnošljiv“, kako je uređivao PoZ. Sada je izostavljena mogućnost traženja razvoda braka za bračnog partnera kome je bračni partner nestao,⁴⁸ a o njemu nema nikakvih vijesti dvije godine (čl. 56. PoZ-a).⁴⁹ ObZ FBiH štiti majku i dijete time što ograničava mužu pravo na tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene ili dok njihovo dijete ne navrší tri godine života⁵⁰. Razvod braka se može (osim tužbom) pokrenuti i zahtjevom za sporazumni razvod braka, a sud će odbiti taj zahtjev ako sporazum koji se tiče djeteta nije u djetetovom interesu.

Sporazumni razvod braka je prema PoZ-u bio uvjetovan činjenicom da bračni partneri nemaju zajedničku maloljetnu ili posvojenu djecu o kojoj su se obvezni brinuti, a taj uvjet sada ne postoji. Ali zato nove odredbe zahtijevaju protek vremena od najmanje 6 mjeseci od sklapanja braka, kao i sporazum

47) Usp.: čl. 37. st. 3. ObZ-a RH, a tako i: E. Zečević, Porodičnopravni odnosi, Sarajevo, 2005., str. 21. i 22. V. i čl. 23. i 37. Porodičnog zakona Republike Srbije.

48) O tzv. civilnoj smrti – *la mort civile* (pravnoj fikciji prema kojoj se osuđena osoba smatrala mrtvom) u francuskoj pravnoj povijesti i njezinim učincima na brak, v. kod: N. Hlača, *La mort civile* - civilna smrt, Zbornik radova sa znanstvenog skupa „200 – ta obljetnica *Code civil* –a (1804 – 2004)“, Rijeka, 2004., str. 107. – 116.

49) I do sada bi se u sudskoj praksi razvodili brakovi bez detaljnog utvrđivanja nestanka bračnog partnera, a u obrazloženju presuda bi se konstatirali uzroci iz čl. 55. PoZ-a (ako su „...bračni odnosi teško i trajno poremećeni...“). Pogubnost proteklog rata u BiH ostavila je posljedice u svim životnim sferama, pa tako i na brak. Pored mnogih ugašenih brakova zbog pogibije ili nestanka bračnog partnera nije zanemariv i broj razvedenih brakova zbog negativnoga potenciranja različitosti u tzv. (nacionalno i vjerski) mješovitim brakovima. Bez namjere isticanja bilo koje nacionalnosti ili vjere u pozitivnom ili negativnom smislu, donosimo zanimljiv primjer iz sudske prakse koji pokazuje „kako je različita nacionalnost prouzrokovala poremećenost bračnih odnosa i nepodnošljivost zajedničkog života: Na glavnoj raspravi za razvod braka, supruga po nacionalnosti Bošnjakinja istakla je: „Od 1990. moj muž se okrenuo vjeri. Zahtijevao je da se u kuću unese križ, sv. Anto i druga vjerska obilježja. Meni je to strašno zasmetalo i ja ne mogu više da to podnosim“. (P-244/94). Iz ovih razloga u braku koji je bio skladan i trajao 11 godina došlo je do razvoda.“ Preneseno iz: U. Habul, Institut razvoda braka u savremenim uslovima s posebnim osvrtom na domaće pravo (doktorska disertacija), Sarajevo, 2000., bilj. 17., str. 167. Iako nema pokazatelja da se mješoviti brakovi razvode češće od onih drugih, činjenica je da „razvodi mješovitih brakova, bez obzira o kojim se mješovitim brakovima radi, imaju daleko teže posljedice nego razvodi nemješovitih“. – V.: T. Jozić, nav. dj., str. 85.

50) Već prije slična odredbu unesena je (čl. 42. st. 2.) u ObZ RH (Narodne novine, broj 116/03): „Bračni drug nema pravo na tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene ili dok njihovo dijete ne navrší godinu dana života“. Međutim, kako je takva odredba onemogućavala ženu na podizanje tužbe, (jer termin: „bračni drug“ uključuje oba bračna druga), već u sljedećim zakonskim izmjenama (Narodne novine, broj 17/04) riječi: „bračni drug“ zamijenjeni su riječju: „muž“. Time se provode ustavna načela ravnopravnosti spolova i zaštite majčinstva, te jača pravna zaštita žene.

bračnih partnera sklopljen u postupku posredovanja o nekim budućim pravima i obvezama.⁵¹

Prestanak braka poništajem i razvodom može proizvesti posljedice i glede mogućnosti promjene zatečenih prezimena bračnih partnera, a svaki od bračnih partnera može zadržati prezime koje je imao u vrijeme prestanka braka. Novom odredbom (čl. 33. st. 2.) predviđa se da za zadržavanje prezimena u slučaju poništaja braka treba i pristanak bračnog partnera koji nije odgovoran za poništaj.

Nadalje, vrlo su značajna nastojanja zakonodavca sa svrhom očuvanja braka i učinkovite zaštite djece ako se brak ipak razvede. Stoga se novim odredbama napušta institut mirenja i zamjenjuje institutom (postupkom) posredovanja.⁵²

Tijekom postupka posredovanja ne može se podnijeti tužba za razvod braka ili zahtjev za sporazumni razvod; odnosno, ako budu podneseni, sud će ih odbaciti, čime se ne dopušta pokretanje postupka razvoda braka prije okončanja postupka posredovanja. Zahtjev za posredovanje podnosi se fizičkoj ili pravnoj osobi za posredovanje, a popis izabranih fizičkih i pravnih osoba ovlaštenih za posredovanje⁵³ naćinit će federalni ministar rada i socijalne politike (čl. 45. st.2.). Mjesno nadležna ovlaštena osoba za posredovanje u pravilu je ona na ćijem području podnositelj zahtjeva ima prebivalište, odnosno boravište, ili na ćijem su području braćni partneri imali posljednje zajednićko prebivalište. Prekid postupka posredovanja bit će u slučajevima nedolaska obaju ili jednog braćnog partnera koji su uredno pozvani a nisu opravdali nedolazak, a ako je izostao braćni partner koji se nasilnićki ponaša prema drugom braćnom partneru, nema prekida postupka posredovanja (čl. 49.). Svrha posredovanja je izmirenje braćnih partnera i oćklanjanje uzroka zbog kojih se traći razvod, a ne podnosi se zahtjev za posredovanje ako je boravište jednog braćnog partnera nepoznato najmanje šest mjeseci ili ako je jednom braćnom partneru oćuzeta poslovna sposobnost. Vaćnost posredovanja naglašena je i odredbama kojima se opunomoćenicima stranaka (braćnih partnera) ne dopušta sudjelovanje u tom postupku, niti nazoćnost u postupku posredovanja.⁵⁴ Stoga se nedolazak braćnih partnera u postupku posredovanja sankćionira, a povećane su i ovlasti osobe ovlaštene za posredovanje.

51) Prema odredbama čl. 44. st. 1. toć. b). sporazum je potreban o ostvarivanju roćiteljske skrbi; uzdržavanju djeteta; uvjetima i naćinu odrćavanja osobnih odnosa i izravnih kontakata s djetetom onog roćitelja koji ne ostvaruje roćiteljsku skrb; te o uzdržavanju braćnih partnera.

52) Postupak posredovanja ureden je odredbama čl. 45. - 52. ObZ-a FBiH. Prije samog pokretanja postupka za razvod braka, jedan braćni partner ili oba braćna partnera koji imaju djecu pod roćiteljskom skrbi, dućni su podnijeti zahtjev za posredovanje, a mogu ga podnijeti braćni partneri koji nemaju djecu nad kojom ostvaruju roćiteljsku skrb.

53) Izbor fizićke ili pravne osobe na temelju javnog poziva obavlja federalni ministar rada i socijalne politike, a izabrani subjekt zamjenjuje po prethodnom propisu nadležno skrbnićko tijelo.

54) Čl. 47. st. 2. ObZ-a FBiH. Sam postupak posredovanja uvjetovan je i razlićitim rokovima. Tako je ovlaštена osoba za posredovanje dućna u roku osam dana od podnoćenja zahtjeva pokrenuti postupak, a postupak se treba okonćati u roku dva mjeseca, odnosno u naroćito opravdanim slučajevima u roku tri mjeseca (čl. 51. st. 2. i 3.).

3. Uređenje braka u Republici Srpskoj

PoZ RS sadrži 297 članaka u osam dijelova.⁵⁵ Odredbe ovoga zakona, u odnosu na prethodni zakon gube obilježje ideološko - političkog i socijalističkog poretka, a izražena je transformacija prema demokratsko-tržišnom sustavu; umjesto društvene utvrđuje se državna (a zakon je entitetski!) zaštita obitelji; naglašena je sloboda planiranja obitelji; te istaknuta uloga skrbničkog tijela, ponajviše u zaštiti maloljetnika i poslovnih nesposobnih punoljetnih osoba.

Relativno oskudno i neprecizno se definira obitelj kao „...životna zajednica roditelja i djece i drugih srodnika“- čl. 2.⁵⁶, a definicija braka ista je kao u PoZ-u - „Brak je zakonom uređena zajednica života muškarca i žene“ (čl. 6. Zakona).⁵⁷

U odredbama PoZ-a RS kod sklapanja braka učinjene su izmjene tako što su dosadašnje odredbe, po kojima, ako prigodom sklapanja braka nedostaje neki od bitnih uvjeta (a to su osobe različitog spola, njihov slobodni pristanak i da je brak sklopljen pred nadležnim tijelom)⁵⁸; neće nastati nepostojeći nego „ništav“ brak (čl. 15. st. 1. Zakona). Razlog ukidanja ove najstrože obiteljskopravne sankcije i jedne „pravno-nelogične ustanove“ je i činjenica da su djeca iz nepostojećeg braka smatrana izvanbračnom, a sada, ako dvije osobe istog spola; nesposobne, neslobodnim izjavama ili pred nenadležnim tijelom sklope brak, takav brak će biti „...ništav, a djeca iz takvog braka smatrat će se bračnom djecom“⁵⁹. Novom odredbom matičar, na temelju izjava osoba koje žele stupiti u brak, a po potrebi i na drugi način, provjerava jesu li ispunjene pretpostavke za sklapanje i pravovaljanost braka.

Osobe koje žele međusobno sklopiti brak zakonodavac naziva „lica koja namjeravaju da stupe u brak“ (čl. 16.), kad prisustvuju sklapanju braka - „budući supružnici“, a nakon sklopljenog braka - „bračni supružnici“.

Drukčije je uređena i potreba nazočnosti osoba koje sudjeluju u sklapanju braka. Uz buduće supružnike, dva svjedoka i matičara sklapanju braka prisustvuju „...gradonačelnik grada, odnosno načelnik opštine ili delegirani odbornik...“ (čl. 22.), čime se želi povećati društvena važnost samog čina vjenčanja a time i braka.⁶⁰

55) U Prvom dijelu su Osnovne odredbe; u Drugom - Brak : I Zaključenje braka, II Lična prava i dužnosti bračnih supružnika, III Prestanak i IV Postupak u bračnim sporovima; Treći dio - Odnosi roditelja i djece; Četvrti dio sadrži Usvojenje: I Zajedničke odredbe, II Vrste usvojenja i III Postupak za zasnivanje usvojenja ; u Petom dijelu je Starateljstvo; u Šestom - Uzdržavanje; Sedmi dio sadrži Imovinske odnose; a u Osmom su Prelazne i završne odredbe.

56) Time je zadržana odnosno preuzeta definicija iz PoZ-a. Inače, pravna tipologija obitelji u pravnoj literaturi vrši se s obzirom na veličinu obitelji (mala, inokosna, nuklearna) i pravni temelj iz kojeg nastaje (bračna, izvanbračna, adoptivna). Usp. I. Babić, Komentar Porodičnog zakona, Sarajevo, 1990., str. 13.

57) Navest ćemo i definiciju braka prema Bračnom pravilniku Srpske pravoslavne crkve iz 1933. godine (par.1): „Pravoslavni brak je sveta tajna po kojoj se dva lica raznoga pola, na način propisan Crkvom (par. 29) vezuju doživotnom duhovnom i telesnom vezom, radi potpune životne zajednice i rađanja i vaspitanja dece“. Preuzeto iz : O. Cvejić Jančić, Brak i razvod, Zbornik sa savetovanja u Vrnjačkoj Banji, 16. i 17. X. 2006., Kragujevac, 2006., str. 137.

58) Usp. čl. 16. i 17. PoZ-a.

59) Detaljnije v. u: B. Morait, Ništavost braka u novom Porodičnom zakonu u Republici Srpskoj, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, broj XXVI/2002., str. 41. - 47.

60) Tako npr. čl. 25. PoZ-a glasi: „ Zaključenju braka prisustvuju oba buduća bračna druga, delegat skupštine opštine koga ona odredi, dva svjedoka i matičar“.

Ovaj propis (kao i federalni) zadržao je odredbe o mogućnosti sklapanja braka i uz nazočnost samo „jednog od budućih bračnih supružnika i punomoćnika drugog bračnog supružnika“ (čl. 23. st. 1.). Smatramo da je egzistiranje tih odredaba nepotrebno i da bi ih trebalo ukinuti, jer je sklapanje braka strogo individualan i samostalan čin; upitni su „opravdani slučajevi“ za mogućnost prisutnosti opunomoćenika jer se brak može sklopiti i izvan službenih prostorija; a ako netko nije sposoban (npr. zbog bolesti ili starosti) dati izjavu za sklapanje braka, možemo se zapitati je li onda takva osoba u mogućnosti ovlastiti za to treću osobu.⁶¹

Trenutak nastanka braka uređen je odredbama čl. 14.: „Brak zaključuju dva lica... suglasnošću slobodno izjavljenih volja...“, i čl. 27.: „Izjave budućih supružnika kojim oni pristaju da zaključe brak...“.⁶² Izjave moraju biti izričite, jasne i nedvojbene glede svrhe i predmeta; ozbiljne i odlučne; istodobne; trebaju se podudarati i ne smiju sadržati sporredne (slučajne) sastojke nepredviđene zakonom.⁶³

Sustav obveznoga građanskog braka zadržan je i u ovom zakonu, ali ne sadrži odredbe o redoslijedu, odnosno vremenu sklapanja vjerskog braka, pa nema ni propisanih sankcija za vjerske službenike pred kojim bi se (prije građanskog) sklopio vjerski brak.

Zadržano je poimenično navođenje kruga (krvnih) srodnika pobočne loze koji ne mogu sklopiti brak (čl. 33. st. 1.: „Brak ne mogu zaključiti među sobom: ... brat i sestra, brat i sestra po ocu ili majci, stric i sinovica, ujak i sestričina, tetka i bratić, tetka i sestrić i djeca braće i sestara, kao ni djeca braće i sestara po ocu ili majci“) ⁶⁴, čime je, u odnosu na federalni zakon, obuhvaćen manji broj srodničkih odnosa (pobočne loze) iz kojih se ne može sklopiti brak.

Ovim propisom RS u sadržajnom smislu uglavnom su na isti način uređeni uvjeti (pretpostavke) za nastanak i pravaoaljanost (punovažnost) braka. Za razliku od klasifikacije po PoZ-u – na uvjete za postojanje braka, uvjete za punovažnost braka (bračne smetnje) i tzv. bračne zabrane; ovaj zakon unosi samo terminološke promjene („uslovi za zaključenje braka, smetnje za zaključenje braka i zabrane za zaključenje braka“ - čl. 14. - 38.), a stvarni uvjeti, tj. činjenice i okolnosti su isti. Tazbinsko srodstvo (odnosno određene kategorije tog srodstva) je uređeno kao jedna od smetnji za sklapanje braka (čl. 35.), a sud ipak može, iz opravdanih razloga, u izvanparničnom postupku dozvoliti sklapanje braka tim srodnicima.⁶⁵

61) O još nekim otvorenim pitanjima vezanim za oblik sklapanja braka (npr. o (ne)opravdanosti zakonskog uređivanja sklapanja braka na svečani način) v. u: B. Novak, *Forma sklapanja braka – dileme u Republici Sloveniji*, Zbornik sa savetovanja u Vrnjačkoj Banji, 16. i 17. X. 2006., Kragujevac, 2006., str. 159. - 166. Inače, zanimljivo bi bilo vidjeti (ako uopće negdje postoje podaci) koliko je u BiH sklopljenih brakova uz nazočnost opunomoćenika jednog bračnog partnera, odnosno je li postojanje ovakvih odredbi uopće potrebno.

62) Tako npr. srodna odredba u Porodičnom zakonu Republike Srbije (čl. 15) glasi: „Brak sklapaju dva lica različitog pola davanjem izjava volje pred matičarom“. Prema Zakonu o bračnoj zajednici i porodičnim odnosima („Službeni list Republike Slovenije“, broj 69/04), brak je sklopljen u trenutku kad bračni drugovi potvrdno odgovore na pitanje žele li stupiti u brak, a prema normi ObZ-a RH (čl. 19.) brak je sklopljen kad nevjesta i ženik izjave svoj pristanak.

63) Podrobnije o pravnoj prirodi i elementima izjave volje v. u: M. Mladenović, S. Panov, *Porodično pravo*, Beograd, 2003., str. 116. i 117.

64) Potpuno ista odredba postoji i u PoZ-u (čl. 36. st. 1.), u ObZ-u RH (čl. 28. st. 1.), te u PoZ-u Republike Srbije (čl. 19.).

65) Za razliku od PoZ-a, ovdje se stavlja obveza sudu, da prije donošenja odluke o dozvoli sklapanja takvog braka, pribavi mišljenje skrbničkog tijela. Inače, „opravdani razlozi“ za sklapanje takvog braka uglavnom

Za razliku od federalnog zakona, ovdje nema novih odredaba o osobnim pravima i dužnostima supružnika.

Postoji i novina u pogledu uređivanja aktivne legitimacije za podnošenje tužbe radi poništaja braka. Tako je javni tužitelj isključen iz mogućnosti podnošenja tužbe za poništaj braka ako pri sklapanju braka nije postojao neki od uvjeta za sklapanje braka (različitost spolova, suglasna slobodno izjavljena volja, sklapanje braka pred nadležnim tijelom). Jednako tako, novim uređenjem javni tužitelj ne može podnijeti tužbu za poništaj braka ako je brak sklopljen uz postojanje ovih smetnji za sklapanje braka: ako brak nije sklopljen radi zajednice života; ako je na sklapanje braka bračni supružnik pristao u strahu ili u zabludi, te ako je postojao, odnosno ako nije prestao drugi brak.⁶⁶ Pravo na tužbu za poništenje braka ima svaka osoba s pravnim interesom i skrbničko tijelo, a u odnosu na PoZ pravo na podizanje tužbe nema javni tužitelj.

U svrhu zaštite majke i djeteta, te sprječavanja brzopletih razvoda za vrijeme trudnoće žene, restriktivnije je uređena mogućnost jednostranog traženja razvoda od strane muža, tako da muž, ako su bračni odnosi teško i trajno poremećeni, uslijed čega je zajednički život postao nepodnošljiv, nema pravo na tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene i dok njihovo dijete ne navrší godinu dana života.⁶⁷

U ovom zakonskom tekstu uz značajne promjene zadržan je institut mirenja bračnih supružnika⁶⁸ uoči razvoda braka⁶⁹ (čl. 57. - 64.). Prema PoZ-u postupak mirenja je bio faza u sudskom postupku, a vodio se nakon prijema tužbe odnosno zajedničkog prijedloga za razvod braka, i to „...ako bračni drugovi imaju zajedničku maloljetnu ili usvojenu djecu, ili djecu nad kojom je produženo roditeljsko pravo...“⁷⁰ Novim uređenjem postupka mirenja, sudskom brakorazvodnom postupku prethodi postupak mirenja supružnika, a provodi ga skrbničko tijelo (organ starateljstva). Tom tijelu supružnici podnose zahtjev,⁷¹ a postupak mirenja skrbničko tijelo je dužno provesti u roku dva

su isti kao i oni kod omogućavanja sklapanja braka maloljetnoj osobi starijoj od 16 godina (postojanje trudnoće, rođenje zajedničkog djeteta, zajednički život, jaka emocionalna veza, poboljšanje materijalnog položaja (jednog) supružnika, i sl.).

66) Čl. 15. st.1. i čl. 47. st. 1. PoZ-a RS.

67) Čl. 52. st. 1. i 2. PoZ-a RS.

68) Kao što smo iznijeli prije, u ObZ-u FBiH pravila mirenja su involvirana u postupak posredovanja; u ObZ-u RH postupak posredovanja u sadržajnom pogledu obuhvaća od ranije poznat institut mirenja bračnih drugova uoči razvoda braka, te za druge postupke pružanja stručne pomoći u slučajevima raznih obiteljskih razmirica i poremećenih odnosa; u PoZ-u Republike Srbije postupak posredovanja uređen je kao sastavni dio postupka u parnici za razvod braka koja je pokrenuta tužbom jednog od supružnika, a on je alternativni način za mirno rješavanje brakorazvodnih sporova. (O svemu detaljnije v. u: R. Račić, Postupak posredovanja u parnicama za razvod braka, Zbornik radova sa savetovanja u Vrnjačkoj Banji, 16. i 17. X. 2006., Kragujevac, 2006., str. 449.-507. i M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac-Lozić, A. Korać, Obiteljsko pravo, II. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2006., str. 87. - 99.

69) Ideju o razvodu braka, nasuprot učenju Katoličke crkve o svetosti i nerazrješivosti braka, donosi Francuska revolucija 1789. godine. Prenošenjem uređivanja obitelji i braka iz nadležnosti vjerskih zajednica u nadležnost države, razvod braka se dozvoljava 1792. u Francuskoj, 1857. u Engleskoj, 1909. u Njemačkoj, a 1946. u Bosni i Hercegovini. Time je brak „...uvršten u kategoriju građanskih ugovora koji može biti raskinut uzajamnim pristankom žene i muža“ – tako: M. Alinčić, Rastava i razvod braka u 20. stoljeću, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, broj 6/2002, str. 1162. Inače, danas je u svijetu veoma mali broj država koje ne dozvoljavaju razvod, a od europskih je to još Malta.

70) Usp. čl. 60. PoZ-a.

71) Novim uređenjem jasno se definira da supružnici koji imaju zajedničku maloljetnu ili posvojenu djecu, ili djecu nad kojom je produženo roditeljsko pravo su obvezni pred skrbničkim tijelom pokrenuti postupak mirenja (čl. 57).

mjeseca (čl. 62. st. 3.). Skrbničko tijelo će pokušati izmiriti bračne supružnike na ročištu za pokušaj mirenja, a po potrebi će im preporučiti obraćanje savjetovalištim ili drugim ustanovama radi dobivanja savjeta. Ako se pozivu ne odazovu oba bračna supružnika ili onaj koji namjerava podnijeti tužbu za razvod braka, postupak mirenja će se obustaviti. U slučaju da na ročištu ne dođe do izmirenja, a skrbničko tijelo procijeni da bi do izmirenja ipak moglo doći, ono može odrediti novo ročište. Inače, sud će odbaciti tužbu ili zajednički prijedlog za razvod braka koji su podneseni nakon obustave postupka (čl. 60. st. 1. - 4.). Novim odredbama čl. 61. ovog zakona proširene su ovlasti skrbničkog tijela u pogledu njegova nastojanja za sporazumijevanjem bračnih supružnika o njihovim budućim pravima i obvezama u slučaju prestanka braka. Tako je poželjan sporazum o zaštiti, odgoju i uzdržavanju djece; supružničkom uzdržavanju; podjeli zajedničke imovine; vraćanju darova i svim drugim pitanjima značajnim za supružnike, njihovu maloljetnu djecu, bračnu i obiteljsku zajednicu koja se gasi.⁷² Ako mirenje uspije, zahtjev za novi postupak ne može se podnijeti u roku šest mjeseci od dana dostave zapisnika o obavljenom mirenju. U slučaju da mirenje nije uspjelo, supružnici mogu podnijeti tužbu, odnosno zajednički prijedlog za razvod braka, uz zapisnik o neuspjehom pokušaju mirenja, a u roku šest mjeseci od dana prijama zapisnika o rezultatu postupka mirenja. U situaciji kad spomenuti rok protekne, a supružnici i dalje žele razvod, tada su dužni pokrenuti novi postupak mirenja (čl. 64. st. 3. PoZ-a RS).⁷³

Treba napomenuti da i ovaj zakon u načelu ne uređuje krivnju za razvod braka kao uvjet od kojeg ovisi pravo na uzdržavanje, ali uređuje mogućnost da „sud može odbiti zahtjev za uzdržavanje ako uzdržavanje traži bračni supružnik koji se bez ozbiljnog povoda od strane drugog bračnog supružnika grubo ili nedolično ponašao u bračnoj zajednici, ili ako bi njegov zahtjev predstavljao očitu nepravdu za drugog bračnog supružnika“ (čl. 243. Zakona). Tako je zadržano uređenje kao i u čl. 241. PoZ-a,⁷⁴ čime se sudu ostavljaju ovlasti da može to pravo uskratiti zbog navedenog ponašanja, ili mu ga pak omogućiti ako je to potrebno zbog bolesti, starosti, zauzimanja oko djece i sl. Osim toga, sud može odbiti zahtjev za uzdržavanje i ako bi taj zahtjev predstavljao „očitu nepravdu“ za drugog bračnog supružnika (npr. kratko trajanje braka ili je brak isključivo sklopljen radi stjecanja imovinske koristi).

72) Prema odredbi čl. 64. PoZ-a skrbničko tijelo će nastojati da se bračni drugovi sporazume o zaštiti, odgoju i uzdržavanju zajedničke maloljetne djece, a to su i posvojena djeca kao i djeca nad kojom je produženo roditeljsko pravo. Posebice će se nastojati da se bračni drugovi sporazumiju kome će djeca (ili dijete) biti povjerena. Ako se sporazum ne postigne ili on ne odgovara interesima djece, odluku će o tome donijeti skrbničko tijelo. Ta odluka je privremena i važi do donošenja sudske presude o razvodu braka u kojoj će se odlučiti i o zaštiti, odgoju i uzdržavanju zajedničke djece (čl. 75). Usp.: I. Babić, nav. dj., str.183.

73) U Republici Srbiji je npr. donesen poseban Zakon o posredovanju – medijaciji („Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 18/05), koji sadrži pravila posredovanja i u drugim područjima (pored onih u bračnom sporu) – imovinsko-pravnim odnosima fizičkih i pravnih osoba, trgovačkim, obiteljskim, radnim i drugim građanskopravnim odnosima, te upravnim i kaznenim postupcima.

74) U tom smislu i novija sudska praksa „Nema pravo na bračno izdržavanje bračni drug koji je isključivo svojim ponašanjem doveo do prekida bračne zajednice, ili je bez ozbiljnog povoda od strane drugog bračnog druga prekinuo tu zajednicu. Stoga je nepravilno pravno shvatanje prvostepenog suda da je očigledno da u konkretnom slučaju ne stoji zapreke iz čl. 241. porodičnog zakona da se tuženi obaveže da doprinosi za izdržavanje tužiteljice. Stoga je trebalo utvrditi zbog čega je došlo do prekida bračne zajednice stranaka a ne odbiti prijedlog tuženog za izvođenje dokaza na tu okolnost“ (presuda Kantonalnog suda u Sarajevu, objavljena u Biltenu sudske prakse Kantonalnog suda u Sarajevu, broj 2002/1, str.13. i 14., a preuzeto iz: Sudska praksa, domaća i strana, broj 19/2007., Sarajevo, 2007., str. 38) .

4. Zaključak

Očito je da entitetski zakoni ne donose korjenite promjene u novim normama o braku, odnosno uopće o uređenju obitelji i obiteljskih odnosa.

Promjene koje federalni zakon unosi u bračno pravo su: uređuje se izričita funkcionalna nadležnost tijela mjerodavnog za sklapanje braka, dorađene su norme o obvezatnom građanskom obliku sklapanja braka, sklapanje braka je pojednostavljeno a specifičnim rokom onemogućeno je brzopleto sklapanje braka. Nekim kategorijama osoba je, uz određene uvjete, omogućeno sklapanje braka (osobe nesposobne za rasuđivanje), dok je u pobočnoj lozi krvnoga srodstva proširen krug srodnika koji ne mogu sklopiti pravovaljan brak. Isto tako, redefinirane su skupine glede različitih uvjeta (pretpostavki) za nastanak ili valjanost braka. U svrhu jačanja institucije braka uvedena je nova sastavnica u osobna prava i dužnosti bračnih partnera - dužnost vjernosti. U zakon su unesene i promjene u svezi s institutom razvoda (štiti se majka i dijete ograničenjem prava na tužbu mužu za vrijeme trudnoće žene ili do određene dobi djeteta) i poništaja braka (fiktivni brak je iz uvjeta za pravovaljanost prebačen u uzroke ništavosti braka), nove odredbe omogućavaju ubrzanje brakorazvodnog postupka, a činjenica nestanka bračnog partnera više nije (apsolutni) uzrok za razvod braka. Za sporazumni razvod više nije uvjet da bračni partneri nemaju zajedničku maloljetnu ili posvojenu djecu o kojoj su se dužni brinuti; promijenjene su i norme o aktivnoj legitimaciji za podnošenje tužbe radi poništaja braka zbog nekih situacija.

Posebno su važne norme kojima se zamjenjuje dosadašnji institut mirenja i uvodi institut (postupak) posredovanja, čija je svrha očuvanje braka i učinkovitija zaštita djece u slučajevima razvoda braka. Pored sadržajnih, unesene su i određene terminološke novine, čime se provodi usklađivanje stručnih izraza s drugim zakonskim tekstovima.

Opseg promjena (u cjelini, kao i u dijelu bračnog prava) zakonskog teksta u Republici Srpskoj dosta je uži, ponajprije zbog samog vremena i postupka donošenja. Za razliku od sveobuhvatne javne rasprave provedene u FBiH, PoZ RS nije bio pod prizmom tako širokog kruga relevantnih društvenih subjekata.

Zakon načelno štiti obitelj i brak, napuštena su društveno-ideološka obilježja socijalističkog sustava, definicija obitelji je više načelna nego konkretna. Krug krvnih srodnika koji međusobno ne mogu sklopiti brak u pobočnoj lozi je uže određen nego u federalnom zakonu. Vrijednost braka naglašena je novim odredbama koje pri sklapanju braka zahtijevaju nazočnost gradonačelnika, odnosno načelnika općine. U slučajevima sklapanja braka bez postojanja nekog od bitnih uvjeta (različitost spolova, slobodni pristanak i sklapanje pred ovlaštenim tijelom) dosadašnji termin za takav brak: „nepostojeći“ zamijenjen je u: „ništav“ brak, čime se, zbog različite pravne prirode takvog braka, znatno poboljšava obiteljskopравни status djece rođene u takvim okolnostima. Promijenjena je terminološka klasifikacija različitih okolnosti od kojih ovisi egzistencija i validnost braka. Umjesto dosadašnjih - uvjeti za postojanje braka, uvjeti za punovažnost (bračne smetnje) i tzv. bračne zabrane; PoZ RS ih uređuje kao: „uslove za zaključenje, smetnje za zaključenje i zabrane za zaključenje (braka)“. U određenim okolnostima javni tužitelj je isključen iz mogućnosti podnošenja tužbe za poništaj braka. Po novim odredbama muž nema pravo na tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene i dok njihovo dijete ne navrši godinu dana života. Modificiran je (zadržani) institut mirenja bračnih supružnika uoči razvoda braka, u kojem su proširene ovlasti skrbničkog tije-

la, a intencija je zakonodavca sačuvati brak, odnosno ako to nije moguće - postići u što većem sadržajnom opsegu sporazum bračnih supružnika, posebice u pitanjima zaštite, odgoja i uzdržavanja djece.

Rekapitulirat ćemo i glavne prijedloge zakonskih preinaka *pro futuro*, poglavito bitne i zajedničke za oba zakona.

Zakonska načela, kao i definicije obitelji trebalo bi ujednačiti i jasnije definirati.

Smatramo da bi trebalo ispitati mogućnost uvođenja prava izbora oblika u kojem će sklopiti brak (građanski ili vjerski oblik),⁷⁵ jer bi to još više osnažilo brak. Isto tako, trebalo bi razmotriti opravdanost postojanja tazbinskoga srodstva kao uvjeta za pravo-valjanost braka, odnosno smetnje za sklapanje braka.

U federalnom zakonu bi trebalo zamijeniti termin „nepostojeći brak“, te smanjiti krug srodnika u pobočnoj lozi kojim se priječi sklapanje braka, a u PoZ-u RS ukinuti mogućnost sklapanja braka uz nazočnost samo jednog budućeg bračnog supružnika, te redefinirati institut mirenja.

Osim navedenog, jasnije bi trebalo razlučiti ovlasti suda i skrbničkog tijela, te dio sadašnjih ovlasti skrbničkog tijela prenijeti na druga tijela (redoviti sudovi, javni bilježnik, specijalizirani sud...), jer u sadašnjim uvjetima ono ne može odoljeti (kadrovski, materijalno...) opsegu poslova i sve većim socijalnim (i drugim) potrebama različitih kategorija osoba.

Na koncu, smatramo da su kreatori entitetskih zakona u velikoj mjeri uspješno uskladili tendencije suvremenih pozitivnih svjetskih trendova s domaćim još uvijek artikuliranim prihvaćanjem braka i obitelji, kao najvažnijih društvenih vrijednosti. Time su ponovno potvrdili da od (društvenih) odnosa u braku i obitelji u velikoj mjeri ovise sveukupni društveni odnosi i stanje u samoj društvenoj zajednici, narodima i državi.

Zanimljiva će biti i rješenja u novom obiteljskom zakonu Brčko Distrikta BiH, jer možemo očekivati da su tvorci tog zakonskog teksta usporedili i „odvagnuli“ postojeća rješenja entitetskih zakona. Očekujemo da će daljnje zakonodavne aktivnosti uređivanja obiteljskih odnosa u ove tri jedinice ići prema sadržajnom izjednačavanju, sukladno zajedničkim ustavnim temeljima i prihvaćenim međunarodnim normama i standardima.

Bosanskohercegovačko društvo sa svojim posebnostima ipak je uronjeno i sraslo sa suvremenim europskim civilizacijskim i humanim tokovima. Stoga mislimo da postojeće razlike ne trebaju biti prepreka bitnom sadržajnom ujednačavanju sadašnjeg rascjepkanog obiteljskog zakonodavstva. Isto tako očekujemo da će se ipak, radi pravne sigurnosti i dobrobiti svih građana, postupno stvarati pretpostavke i uvjerenje o potrebi i mogućnosti donošenja jedinstvenog obiteljskog zakona na razini države, a u kojem će biti ugrađeni temeljni postulati zaštite života, obitelji, braka i ljudske slobode.

75) O toj mogućnosti svakako su važna stajališta predstavnika vjerskih zajednica u BiH.

MARITAL LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA - NEW ARRANGEMENT

Summary

After getting the public-law independence in 1992 and end of war in 1995 Bosnia and Herzegovina has started a process of establishing new social relations and legal system adjusted to the European and international trends. Significant contribution to those attempts was achieved by making new laws which arrange family relations: Family law - in the Serbian Republic in 2002 and Family law of F BiH in 2005. Both laws kept their traditional approach to family and marriage, emphasizing basic and universally recognized characteristics of marriage and its importance as a life community and legal institution.

The author considers and critically evaluates the content characteristics of the new orders of two entity laws in which they arrange marriage and relations in marriage, gives comparative-legal review and proposals legislative modifications *pro futuro*.

Key words: constitutional foundations in Bosnia and Herzegovina, Family entity laws, new arrangement of a marriage, entering into a marriage, rights and duties of marriage partners, ending of a marriage