

## **EUROPSKI PRAVNI KONTEKST I ZNAČENJE ZA HRVATSKO MATERIJALNO OBITELJSKO PRAVO**

*Obiteljsko pravo je grana prava koja je bitno obilježena tradicijom i običajima te je kao takvo ono dugo bilo isključeno iz europskoga integracijskog procesa. U posljednjih je desetak godina, međutim, nastojanje za približavanjem, usklađivanjem, pa i ujedinjavanjem obiteljskopравnih sustava postalo sve snažnije. Kao posljedica, započeo je razvoj europskoga obiteljskog prava. Svrha je ovoga rada procijeniti usklađenost hrvatskoga s europskim obiteljskim pravom te odrediti značenje koje zakonodavne promjene na nadnacionalnoj europskoj razini imaju na hrvatsko obiteljsko pravo. Pritom će težište analize biti na materijalnopravnim aspektima međusobnog približavanja i ujedinjavanja sustava. Vezano uz aktivnosti Vijeća Europe, usporedit će se tri pravne situacije ovisno o prihvatanju odnosno neprihvatanju međunarodnih ugovora usvojenih u okviru ove regionalne organizacije, i to na primjeru Europske konvencije o pravnom statusu izvanbračne djece, Revidirane europske konvencije o posvojenju djece te Europske konvencije za ostvarivanje dječjih prava. Vezano pak uz aktivnosti Europske unije, istaknut će se posve drugačiji pristup, koji je sporadičan i parcijalan, te za sada u fokusu ima kolizijskopравne i procesnopravne norme. Kao najvažniji obvezujući dokument s materijalnopravnoga gledišta, razmotrit će se Povelja temeljnih prava Europske unije te njezina veza s Konvencijom o pravima djeteta Ujedinjenih naroda te Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe, kojoj će vjerojatno pristupiti i sama Unija. Također, ukazat će se na oprezan pristup Europskoga suda, koji svojim odlukama (još uvijek) ne zadire u bit obiteljskoga prava. Polazeći od premise da je europeizacija hrvatskoga obiteljskoga prava u užem smislu, jednako kao i procesi harmonizacije i unifikacije europskoga obiteljskog prava, započela prije desetak godina, ukazuje se na činjenicu da su načela i standardi ostvareni u nacionalnom pravu visoki i posve usporedivi s odgovarajućim zasadama europskoga prava.*

**Ključne riječi:** *hrvatsko obiteljsko pravo, Vijeće Europe, Europska unija.*

### **1. EUROPEIZACIJA OBITELJSKOGA PRAVA**

Europeizacija prava proces je koji je započeo nakon Drugoga svjetskog rata. U nepostojanju jedinstvene definicije, istaknut ćemo tek dvije razine ovoga fenomena. S jedne strane, riječ je o pravnome procesu. Države članice dvaju najznačajnijih regionalnih međunarodnih

---

\* Doc.dr.sc. Irena Majstorović, docentica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu i redovita članica Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

organizacija – Vijeća Europe i Europske unije započele su međusobno približavanje sustava, ponajprije u području javnoga, a kasnije sve više u području privatnoga prava. Pritom bismo mogli reći da su ciljevi dvaju organizacija bili posve različiti. Naime, Vijeće Europe je osnovano s ciljem zaštite ljudskih prava, te je proklamirani cilj harmonizacije prava ostvarenje više razine pravne sigurnosti. Za razliku od toga, Europska je unija u svojoj biti ekonomska integracija, kojoj je cilj uspostavom što savršenijeg zajedničkog unutarnjeg tržišta postići sve blagodati ekonomske i monetarne unije. S druge pak strane, europeizacija je ujedno i politički proces. Ne ulazeći u razloge takve odluke, čini se da je državama članicama Vijeća Europe i Europske unije, uglavnom stalo do političkog jedinstva, sasvim sigurno u uvjerenju da se time osnažuje položaj i moć svake pojedine države, a posljedično i integracije. U području privatnoga prava, harmonizacija i unifikacija započele su razmjerno kasno u odnosu na javno pravo, što se objašnjava specifičnom prirodom privatnopravnih grana prava. Od potonjih, obiteljsko se pravo poima kao najspecifičnije. Ono je oduvijek uvelike obilježeno tradicijskim, kulturnim, običajnim, pa i vjerskim posebnostima. Stoga je ono dugo odolijevalo svim integracijskim nastojanjima. Na razini Europe, postojali su dakako pokušaji uskoga regionalnog integriranja, kao što je bio slučaj s nordijskim državama.<sup>1</sup> No, oni su se temeljili na unaprijed sličnim i usklađenim sustavima, te se stoga smatralo logičnim da se ti pravni argumenti dalje usavršavaju, a pravni sustavi približavaju. Gotovo dvadeset godina nakon osnivanja Vijeća Europe, usvojen je prvi dokument relevantan za obiteljsko pravo. Riječ je bila o Europskoj konvenciji o posvojenju<sup>2</sup> iz 1967. godine, te se može tvrditi da od tada traje proces harmonizacije na razini Vijeća Europe. Pritom sve države članice zadržavaju diskrecijsku ovlast pristupiti ili ne pristupiti određenoj konvenciji, vodeći se u odlučivanju nacionalnim interesima, odnosno procjenom učinaka pristupanja određenom dokumentu na nacionalni pravni sustav. Smatramo da je ovakav odmjeran pristup nadnacionalnog zakonodavca učinkovit i smislen, jer premda harmonizacija možda i teče sporije nego što bi se očekivalo ili priželjkivalo, zajednička se načela već desetljećima sustavno usvajaju. Za razliku od Vijeća Europe, koje obiteljskopravnu materiju uređuje već 45 godina, Europska je unija interes za obiteljsko pravo u pravom smislu riječi istaknula prije desetak godina. Naime, od osnivanja Europske zajednice, europski je zakonodavac zauzeo vrlo oprezan pristup području privatnoga prava. Međutim, posljednjih se desetljeća pravno stanje bitno mijenja. Europska unija djeluje sporadično, ostvarujući unifikaciju u području međunarodnog privatnog obiteljskog prava, međutim smatramo da je sasvim izvjesno da će vremenom preuzeti vodeću ulogu u približavanju obiteljskopравnih sustava država članica. U sljedećim ćemo poglavljima nastojati prikazati harmonizacijske i unifikacijske napore u okviru ovih dvaju organizacija, uvijek ih dovodeći u vezu s hrvatskim obiteljskim pravom.

## **2. SUSTAVNO DJELOVANJE VIJEĆA EUROPE KAO POTICAJ HARMONIZACIJI OBITELJSKOPRAVNIH SUSTAVA**

Međunarodni ugovori najvažniji su instrument harmonizacije pravnih sustava koju Vijeće Europe potiče od svoga osnivanja. Najvećom vrijednošću pristupa ove organizacije držimo stupnjevitetost i zadržavanje diskrecijske ocjene država u odluci treba li određenoj konvenciji pristupiti ili ne.<sup>3</sup> Pritom valja prepoznati barem dvije opasnosti. Prvo, opasnost pogrešne

---

<sup>1</sup> Cf. *amplius*: Agell (2001).

<sup>2</sup> *European Convention on the Adoption of Children*, CETS br. 58. Dostupno na <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/058.htm> [1.10.2012.].

<sup>3</sup> Dakako, uz iznimku Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, pristupanje kojoj je uvjet članstva u Vijeću Europe. Republika Hrvatska članica je Konvencije od 1997. godine. V. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Protokol br. 1, Protokol br. 4., Protokol br. 6. i Protokol br. 7, NN MU

procjene treba li konvenciji pristupiti. I drugo, opasnost pogrešnoga tumačenja te upiranja na rješenja koja nisu obvezujuća, s ciljem postizanja, u pravilu aktualnih političkih ciljeva. I konačno, ne treba zaboraviti da se harmonizacijske aktivnosti na razini organizacije potiču i samim usvajanjem ugovora, čak i za države članice koje ugovoru (u tom trenutku ili uopće) ne pristupe. Kao potvrdu navedenoga, iznijet ćemo primjere triju različitih pravnih situacija, u kojima se ukazuje na nužnost opreza u odlučivanju s jedne strane, te na nužnost dobrog poznavanja i stalnog praćenja europskih dokumenata s druge strane.<sup>4</sup> Riječ je o Europskoj konvenciji o pravnom položaju izvanbračne djece, Revidiranoj Europskoj konvenciji o posvojenju te o Europskoj konvenciji o ostvarivanju dječjih prava od kojih svaka ukazuje na specifičnosti koje se mora uzeti u obzir pri odlučivanju o pristupanju konvencijama Vijeća Europe te još i više pri odlučivanju o promjenama nacionalnog zakonodavstva i prakse.

**Europska konvencija o pravnom položaju izvanbračne djece**<sup>5</sup> iz 1975. godine potvrđuje da je nužno temeljito razmotriti sve elemente nekoga dokumenta te ih usporediti s nacionalnim sustavom, jer bi birokratski, pa i tehnokratski automatizam, doveo do nazadovanja nacionalnog pravnog sustava. Valja istaknuti da je Konvencija usvojena 1975. godine, a stupila je na snagu 1976. godine. Jedan je od ključnih pokazatelja relevantnosti međunarodnih ugovora brzina njihova stupanja na snagu, kao i podaci o tome koje su joj države pristupile. Naime, činjenica jest da što više konvencija korespondira sličnim nacionalnim shvaćanjima određenoga pravnoga pitanja, to je kraći put do njezina stupanja na snagu, odnosno zaživljavanja u nacionalnim pravnim sustavima. Na taj se način može procjenjivati i stupanj usuglašenosti europskih nacionalnih zakonodavstava, tim više što se o pitanjima koja odražavaju zajedničku povijesnu i tradicijsku pripadnost suglasnosti brzo postiže. Ovoga je puta cilj Vijeća Europe bio osigurati što viši stupanj izjednačenosti djece u pravima i dužnostima. U trenutku usvajanja, među državama članicama su postojale brojne razlike u uređenju pravnog statusa bračne i izvanbračne djece, koja su se do tada, čak i u službenim dokumentima, nazivala nezakonitom djecom, stoga je namjera institucija Vijeća Europe bila određivanje zajedničkih načela. Međutim, valja podsjetiti da je već u vrijeme usvajanja Konvencije, a u državama socijalističkog pravnog kruga i ponešto ranije, velik broj europskih država nastojao poboljšati pravni položaj izvanbračne djece, putem smanjivanja razlika između bračne i izvanbračne djece, što je u hrvatskome pravu tada i ostvareno. Danas Europska konvencija o pravnom položaju izvanbračne djece ima 23 ratifikacije, od toga 14 država članica Europske unije.<sup>6</sup> Republika Hrvatska nije potpisnica ove Konvencije. Znači li to da hrvatsko obiteljsko pravo u tome dijelu nije usklađeno s europskim standardima? Odgovor je upravo suprotan, naime hrvatski su standardi viši od onih koje predviđa Konvencija, i tome je tako već preko tri desetljeća. Usporedba rješenja Konvencije s hrvatskim obiteljskim pravom, ponajprije s Obiteljskim zakonom, danas pokazuje, što je slučaj s većinom dokumenata Vijeća Europe, vrlo visok stupanj usklađenosti. Bitna razlika između konvencijskih rješenja i odredbi Obiteljskoga zakona očituje se u tome da Konvencija predviđa institut pozakonjenja (*legitimatío per subsequens matrimonium*). Sukladno čl. 10. Konvencije, ako majka i otac izvanbračnog djeteta međusobno sklope brak, tada će dijete

---

br. 18/1997, 6/1999 – proć. tekst, 8/1999 – ispr., Protokol br. 13, NN MU 14/2002, 13/2003, Protokol br. 12, NN MU 14/2002, 9/2005, Protokol br. 14. uz ovu Konvenciju, NN MU 1/2006, 2/2010.

<sup>4</sup> N. Gavella s pravom upozorava da stvaranje i razvoj europskog privatnog prava zahtijeva najveću pozornost, te da je rijeć o vrlo dinamićnom razvoju, koji je potrebno stalno, brižljivo pratiti i pažljivo izućavati. Gavella (2001, 17).

<sup>5</sup> *European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock*, ETS br. 85. Dostupno na <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/085.htm> [1.10.2012.].

<sup>6</sup> Stanje na dan 15. studenoga 2012., prema podacima Ureda za ugovore Vijeća Europe (<http://conventions.coe.int/>, [15.11.2012.]).

imati bračni status. To je, čini se, jedino pitanje u kojem hrvatski sustav nije usklađen s Konvencijom.<sup>7</sup>

U hrvatskom je sustavu ovaj institut dugo postojao,<sup>8</sup> ali je napušten upravo radi isticanja jednakih prava i dužnosti bračne i izvanbračne djece. Naime, Ustavne odredbe iz 1946. uvele su načelo istih prava i dužnosti djece rođene izvan braka, ali samo prema roditeljima, no ne i ostalim srođnicima. Ustavne promjene 1974. godine, dakle godinu dana prije usvajanja Konvencije Vijeća Europe, dovele su do (praktički) potpunog izjednačavanja prava i dužnosti djece rođene izvan braka, čime je još jednom usvojeno vrlo napredno pravno rješenje. Od 1990. godine na snazi je opće ustavno načelo iz čl. 14., sukladno kojem su svi pred zakonom jednaki te da svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o, *inter alia*, rođenju.<sup>9</sup> Stoga je danas jedina pravna razlika u položaju bračne i izvanbračne djece način utvrđivanja očinstva, na način da se bračno očinstvo presumira,<sup>10</sup> a izvanbračno se očinstvo mora utvrđivati priznanjem ili u sudskom postupku. Godine 2009. (tadašnje) Ministarstvo obitelji, branitelja i međugeneracijske solidarnosti razmatralo je mogućnost ratificiranja ove Konvencije, no, uslijed ukazivanja struke na okolnost da je u hrvatskom pravnom sustavu pravni položaj bračne i izvanbračne djece izjednačen već 35 godina, od te se inicijative odustalo. Držimo to dobrim primjerom suradnje pravne teorije i zakonodavca, koja je spriječila jedan korak nazad u razvoju obiteljskog prava.

**(Revidirana) Europska konvencija o posvojenju**<sup>11</sup> iz 2008. godine primjer je posve drugačije situacije. Naime, riječ je o tekstu kojim se pokušalo osuvremeniti Europsku konvenciju o posvojenju iz 1967. godine, koja je, kako je već spomenuto, bila prvi dokument Vijeća Europe u području obiteljskoga prava. Republika Hrvatska nije potpisnica nijednog od dvaju dokumenata. Revidirani je tekst Konvencije usvojen 2008., a stupio je na snagu 2011. godine. Danas ima sedam ratifikacija, od toga pet država članica Europske unije.<sup>12</sup> Analiza sadržaja Revidirane konvencije te usporedba s Obiteljskim zakonom ukazuje da je stupanj usklađenosti vrlo velik. Valja spomenuti da je izvorni tekst iz 1967. bio podijeljen u dva dijela – temeljne norme (*essential provisions*), koje je morala prihvatiti svaka država potpisnica te „dopunske norme“ (*supplementary provisions*) odnosno one u odnosu na koji države članice zadržavaju diskrecijsku ovlast. Revidirani tekst Konvencije nomotehnički slijedi drugu logiku te navodi u određenim člancima pravilo u stavku 1, a iznimku odnosno mogućnost koja se ostavlja državama članicama u stavku 2. Valja istaknuti da potonja rješenja ne obvezuju države članice, pa čak ni snagom autoriteta Vijeća Europe. Naime, činjenica jest da su države članice mogle postići suglasnost o određenoj temi, njihov bi dogovor bio ugrađen u normu. S ciljem ukazivanja na nepostojanje stvarnih prijedora za prihvaćanje ove Konvencije, koje svakako zagovaramo, spomenut ćemo samo dva pitanja: status posvojitelja te njihova dob. Potonji je element ujedno dokaz o često neutemeljenom pozivanju na europske standarde, kad oni kao takvi nisu ni uspostavljeni. Prvo, vezano uz bračni/izvanbračni/istospolni status posvojitelja, sukladno čl. 7. Konvencije, dopustit će se da dijete posvoje dvije osobe različita spola, koje su u braku ili (u sustavima u kojima ta institucija postoji) koje su registrirale svoje partnerstvo, odnosno jednoj osobi (samcu). Redoslijed navođenja osoba koje se mogu pojaviti

<sup>7</sup> Isto: Majstorović (2009, 76).

<sup>8</sup> O tome *amplius*: Prokop (1966, 154-180).

<sup>9</sup> Ustav Republike Hrvatske, NN 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 85/2010 – proć. tekst.

<sup>10</sup> Čl. 54. Obiteljskog zakona (NN 116/2003, 17/2004, 136/2007, 107/2007, 61/2011) odraz je rimskoga načela *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, koje je zajedničko svim europskim državama.

<sup>11</sup> *European Convention on the Adoption of Children (Revised)*, CETS br. 202., dostupno na <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/202.htm> [1.10.2012.] Bivša SFRJ započela je postupak ratifikacije, no Republika Hrvatska joj nikad nije pristupila. V. Bakarić, Ujević Buljeta (1989, 58).

<sup>12</sup> Stanje na dan 15. studenoga 2012., prema podacima Ureda za ugovore Vijeća Europe (<http://conventions.coe.int/>, [15.11.2012.]).

kao potencijalni posvojitelji, nije slučajan, jednako kao što nije slučajan u Obiteljskom zakonu.<sup>13</sup>

Prednost se dakle daje heteroseksualnom bračnom paru, tek podredno izvanbračnim drugovima te samcima. Neki autori, poput D. *Jakovac-Lozić* nalaze zamjerke mogućnosti da posvoje heteroseksualni izvanbračni drugovi, ističući da je nerealno očekivati njihovu posvećenost djetetu, kad odbijaju međusobnu posvećenost kroz instituciju braka.<sup>14</sup> Neovisno o tome, čini se da će sve veći (presumirani) broj izvanbračnih zajednica u Republici Hrvatskoj uvjetovati nužnost pravnog odgovora zakonodavca na društvene promjene.<sup>15</sup> Dakako, imajući na umu najbolji interes djeteta kao temeljni kriterij svih postupanja, uvijek kao potencijalne posvojitelje valja razmatrati isključivo one čija zajednica ispunjava zahtjeve za valjanost braka.<sup>16</sup> Međutim, puno je priepornije pitanje dopuštanja posvojenja istospolno orijentiranim osobama - u braku, registriranoj zajednici ili stabilnoj zajednici. Naime, u stavku 2. čl. 7, Konvencija određuje da su „države slobodne proširiti doseg Konvencije na istospolne partnere, koji su u braku ili registriranoj zajednici. One su također slobodne proširiti doseg Konvencije na heteroseksualne i homoseksualne parove koji žive u stabilnim zajednicama“. Drugim riječima, nema konsenzusa među državama članicama o tome treba li ovu mogućnost dopustiti. U upitnicima koje su države članice dostavile o brojnim pitanjima koja su vezana uz ovu Konvenciju, u dvije trećine upitnika ta je mogućnost otklonjena. To dakako ne čudi, jer je obiteljsko pravo *inter alia* odraz društvenih shvaćanja o prihvaćenosti, prihvatljivosti, pa i smislenosti određenih pojava.<sup>17</sup> Stoga valja ponoviti da ovo rješenje ne obvezuje države članice. Je li ova odredba onda zapreka za ratifikaciju? Nipošto, jer ne sadrži ništa što bi bilo protivno načelima hrvatskoga obiteljskog prava. Drugo iznimno važno pitanje odnosi se na dob potencijalnih posvojitelja. Revidirana Konvencija u čl. 9., jednako kao i izvorni tekst u čl. 7., određuje samo donju dobnu granicu – „Dijete može biti posvojeno samo ako je posvojitelj dosegao najnižu dob propisanu zakonom za ove svrhe, s time da ta dob ne smije biti niža od 18 niti viša od 30 godina“. Nadalje, mora postojati primjerena dobna razlika (*appropriate age difference*) između posvojitelja i posvojenika, koja, po mogućnosti, mora iznositi barem 16 godina. Od ovih se ograničenja može odstupiti u slučaju posvojenja od strane bračnog druga ili registriranog partnera djetetova roditelja, te u slučaju posebnih okolnosti. Je li ova norma dostatan razlog za odustajanje od gornje dobne granice u nacionalnim zakonodavstvima? Odgovor je nužno niječan, premda bi suprotno proizlazilo iz obrazloženja reforme obiteljskog zakonodavstva 2007. godine. Naime, u tadašnjem Konačnom prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona<sup>18</sup> navodi se „Europska konvencija o posvojenju djece (1967.) Vijeća Europe (kao ni Nacrt izmjena iste Konvencije iz 2006. godine) uopće ne propisuju gornju dobnu granicu već institut posvojenja vežu uz najbolji interes djeteta. Iz osobito opravdanih razloga dana je mogućnost da posvojitelj bude i osoba mlađa od dvadeset i jedne

<sup>13</sup> Čl. 133. Obiteljskog zakona određuje da (1) Dijete mogu posvojiti bračni drugovi zajednički, jedan bračni drug ako je drugi bračni drug roditelj ili posvojitelj djeteta te jedan bračni drug uz pristanak drugoga bračnog druga. (2) Dijete može posvojiti osoba koja nije u braku ako je to od osobite koristi za dijete.

<sup>14</sup> *Jakovac-Lozić* (2007, 107-108). Zanimljivo je primjetiti da je autorica uvjerljivo isticala da države slijede istu logiku i u postupku medicinski pomognute oplodnje, te upozoriti da to danas više nije slučaj, v. 10. Zakona o medicinski pomognutoj oplodnji, NN 86/2012.

<sup>15</sup> Budući da su statistički podaci često nedostadni, a vezano uz broj izvanbračnih zajednica i nepostojeći, o broju izvanbračnih zajednica zaključuje se posredno, praćenjem broja izvanbračno rođene djece. On je 1990. iznosi 69,9 živorođenih izvan braka na 1000 živorođenih, te je od tada u stalnome porastu. Godine 2000. iznosio je 89,8, a godine 2010. 132,7 živorođenih izvan braka na 1000 živorođenih. V. Statistički ljetopis Republike Hrvatske (2011, 108).

<sup>16</sup> Isto: *Jakovac-Lozić* (2007, 107-108).

<sup>17</sup> O tome više *Hrabar* (2008, 1116-1118, 1135-1136).

<sup>18</sup> Konačan je nacrt pripremila (tadašnje) Ministarstvo obitelji, branitelja i međugeneracijske solidarnosti u rujnu 2007. Dokument pod oznakom PZ 709, dostupan je na stranicama Hrvatskog sabora <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=15238> [15.11.2012.].

godine. Ovom odredbom želi se osigurati kvalitetnije zbrinjavanje djece bez roditeljske skrbi.“

Nedvojbeno je da konvencije Vijeća Europe ne određuju gornju dobnu granicu, međutim valja podsjetiti na dva načela, koja potvrđuju nužnost određivanja i gornje dobne granice. Prvo je načelo koje potječe još iz rimskoga prava – *adoptio naturam immitatur*. Smisao je posvojenja stoga pravno omogućiti stvaranje odnosa koji je što sličniji odnosu roditelja i biološke djece, po svim elementima, pa tako i po dobi. Dakako, kod biološkog je roditeljstva moguće imati potomstvo i u kasnijoj životnoj dobi. Međutim, premda posve svjesni da nema jamstava o duljini života ijedne osobe, pitamo se zašto bismo trebali dopustiti da posvoji osoba koja je u dobi koja je primjerenija za baku ili djeda? Drugo je načelo sadržano upravo u Revidiranoj konvenciji, a koje je u Konačnom prijedlogu ZIDObZ ispušteno. Naime, prema čl. 18. Revidirane konvencije, države članice zadržavaju mogućnost stvaranja normi povoljnijih za posvojeno dijete. Smatramo da je i na tome temelju loše rješenje za koje se odlučio hrvatski zakonodavac, te da je ono donijelo očekivano loše posljedice. Dakako, bilo bi pretenciozno tvrditi da je to jedini uzrok, no činjenica jest da je umjesto povećanja broja zasnovanih posvojenja došlo do smanjenja toga broja, a sigurno je da očekivanja sada bitno šireg kruga potencijalnih posvojitelja da će posvojiti malu djecu tome pridonose.<sup>19</sup> Stoga držimo da je potrebno vrlo oprezno promišljati o koncepcijama koje se uobičajeno smatraju europskima, u pravilu uslijed nepotpunih ili pogrešnih tumačenja. Primjer ukidanja gornje dobne granice za potencijalne posvojitelje odličan je primjer nepotrebnog odstupanja od dobrog nacionalnog rješenja „u ime“ usklađivanja s Europom, točnije Vijeća Europe, koje to od nas, kao ni od jedne države članice u tome pogledu uopće ne traži.<sup>20</sup> Navedena dva primjera, smatramo, dobro oslikavaju lutanja nacionalnih zakonodavstava u naporima da se usklade sa stvarnim ili (ponekad pogrešno) pretpostavljenim europskim zahtjevima. Za razliku od toga, **Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava**<sup>21</sup> iz 1996. godine ogledan je primjer kako promišljanja na razini Vijeća Europe o određenim pitanjima, te prateće zakonodavstvo i kasnije sudska praksa utječu na nacionalne sustave, te često potiču harmonizaciju čak i prije no što država članica pristupi određenoj konvenciji. Konvencija je usvojena 1996., a stupila je na snagu 2000. godine. Danas ima 17 ratifikacija, od toga 10 članica Europske unije.<sup>22</sup> Republika Hrvatska članica je od 2010. godine.<sup>23</sup> Na zakonodavnoj razini, postoji vrlo visoka usklađenost nacionalnog sustava sa zahtjevima Konvencije. Štoviše, rješenja ove Konvencije anticipirana su odmah po njezinom donošenju te su ugrađena u obiteljskopравни sustav još 2003. godine.<sup>24</sup> Bit je Konvencije zajamčiti djeci postupovna prava, koja se mogu podijeliti u

---

<sup>19</sup> Prema podacima godišnjih statističkih izvješća o primijenjenim pravima socijalne skrbi, pravnoj zaštiti djece, mladeži, braka, obitelji i osoba lišenih poslovne sposobnosti, te zaštititi tjelesno ili mentalno oštećenih osoba u Republici Hrvatskoj od usvajanja Obiteljskog zakona 2003., godišnje je zasnovano posvojenja kako slijedi: 2003. godine 154, 2004. godine 143, 2005. godine 153, 2006. godine 134, 2007. godine 120, 2008. godine 121, 2009. godine 116, 2010. godine 133, te 2011. godine samo 93 posvojenja. Godišnja statistička izvješća dostupna su na stranicama Ministarstva socijalne politike i mladih [http://www.mspm.hr/djelokrug\\_aktivnosti/socijalna\\_skrb/statisticka\\_izvjescia](http://www.mspm.hr/djelokrug_aktivnosti/socijalna_skrb/statisticka_izvjescia) [15.11.2012.].

<sup>20</sup> Cf. Majstorović (2009, 74).

<sup>21</sup> *European Convention on the Exercise of Children's Rights*, ETS br. 160., dostupno na <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/160.htm> [1.10.2012.].

<sup>22</sup> Stanje na dan 15. studenoga 2012., prema podacima Ureda za ugovore Vijeća Europe (<http://conventions.coe.int/>, [15.11.2012.]).

<sup>23</sup> NN MU 1/2010, 3/2010.

<sup>24</sup> U širem je smislu usklađivanje sa zahtjevima ove, te Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda predstavljala i promjena nadležnosti za odlučivanje o mjerama za zaštitu osobnih interesa djeteta. Od stupanja na snagu Obiteljskog zakona iz 2003. (tek s 1. siječnjem 2006. godine v. Zakon o izmjeni Obiteljskog zakona, NN 136/2004, a odgoda primjene određena je upravo zbog prilagodbe), odluke o svim represivnim mjerama izriče sud, a ne, kao do tada, centar za socijalnu skrb.

tri skupine.<sup>25</sup> Prvo, prema čl. 3. Konvencije, dijete ima pravo biti obaviješteno i pravo izraziti svoje mišljenje u postupku.<sup>26</sup> Ovome zahtjevu korespondiraju odgovarajuće materijalnopravne i procesnopravne norme Obiteljskog zakona. Tako, prema čl. 89. st. 5., „u postupcima u kojima se odlučuje o nekom djetetovom pravu ili interesu, dijete ima pravo na prikladan način saznati važne okolnosti slučaja, dobiti savjet i izraziti svoje mišljenje te biti obaviješteno o mogućim posljedicama uvažavanja njegova mišljenja. Mišljenje se uzima u obzir u skladu s njegovom dobi i zrelosti.“ Također, sukladno čl. 269. st. 2., sud je statusnim stvarima obavezan djetetu omogućiti izražavanje vlastitog mišljenja. U drugu skupinu postupovnih prava ubrajaju se ona vezana uz pravo traženja imenovanja posebnog zastupnika. Prema čl. 4. i u vezi s čl. 9. Konvencije, dijete ima pravo zatražiti posebnog zastupnika u postupcima koji se odnose na njega u svim slučajevima kad unutarnje, nacionalno pravo sprječava nositelje roditeljskih odgovornosti (tj. roditelje ili druge osobe koje su ovlaštene ostvarivati sadržaje skrbi nad djetetom) u zastupanju djeteta uslijed sukoba interesa među njima. Dakako, sukladno općem načelu, države članice ovlaštene su ograničiti primjenu navedene norme samo na djecu koja shvaćaju značenje postupaka koji se vode. Treću skupinu čine dodatna postupovna jamstva, uključujući pravo zatražiti pomoć primjerene osobe sukladno vlastitom izboru, kao pomoć u izražavanju vlastitog mišljenja; pravo zatražiti, samostalno ili putem drugih osoba ili tijela, imenovanje posebnog zastupnika; pravo imenovanja vlastitog zastupnika, te pravo ostvarivanja nekih ili svih prava stranaka u postupku. Navedene zahtjeve hrvatsko obiteljsko zakonodavstvo ispunjava. Naime, Obiteljskim je zakonom 2003. godine uveden institut posebnog skrbnika, kao jedan od načina zaštite djetetovih prava i interesa.<sup>27</sup> Republika Hrvatska potpisala je Konvenciju 1999. godine te je bilo realno očekivati i brzu ratifikaciju, osobito imajući na umu usklađenost sustava. Pitanje je stoga zašto je ratifikacija uslijedila tek jedanaest godina kasnije. Odgovoriti na ovo pitanje nije lako. No, svaki odgovor nužno ukazuje na nepobitnu činjenicu: nužno je pravilno i pravodobno reagirati na pravne promjene na europskoj (naravno i univerzalnoj) razini. U ovom je slučaju, spora ratifikacija vjerojatno spoj brojnih okolnosti, kao što su, samo primjerice, formaliziranost diplomatskog puta, trajanje samih postupaka ratifikacije ili možda i nedovoljne ovlasti specijaliziranih stručnjaka u državnoj upravi koji će zagovarati pristupanje određenoj konvenciji. Možda bismo mogli govoriti i o nepostojanju jasne, i što je još važnije, cjelovite političke vizije o razvoju nacionalnog pravnog sustava. *M. Alinčić* isticala je kao mogući razlog odgode primjene i činjenicu da bi primjena Konvencije utjecala na trajanje i troškove pojedinih postupaka zbog novina u zastupanju.<sup>28</sup> Ipak, navedeno se pitanje imenovanja posebnog zastupnika kao i troškovi koje bi to imenovanje uvjetovalo,

---

<sup>25</sup> Cf. *amplius*: *Hrabar* (2002).

<sup>26</sup> U predmetima koji se vode pred sudskim tijelima i odnose se na dijete, zajamčit će se pravo, te će dijete imati pravo zatražiti: primanje svih relevantnih informacija, biti konzultirano i izraziti svoje mišljenje, biti obaviješteno o mogućim posljedicama uvažavanja tog mišljenja te mogućim posljedicama bilo koje odluke.

<sup>27</sup> Sukladno čl. 89., st. 1-3: (1) Dijete ima pravo tražiti zaštitu svojih prava pred nadležnim tijelima koja su o tome dužna obavijestiti centar za socijalnu skrb. (2) Dijete ima pravo na posebnog skrbnika u slučajevima određenim ovim Zakonom. (3) Posebnog skrbnika imenuje centar za socijalnu skrb za slučajeve kad o povredi djetetovog prava odlučuje drugo tijelo, a sud kad je donošenje odluke o djetetovom pravu u nadležnosti centra za socijalnu skrb. Nadalje, sukladno čl. 167. Obiteljskog zakona, radi zaštite pojedinih osobnih i imovinskih prava i interesa centar za socijalnu skrb imenovat će djetetu posebnog skrbnika: u postupku osporavanja majčinstva i očinstva; u postupcima izricanja represivnih mjera za zaštitu osobnih interesa i dobrobiti djeteta, kad postoji sukob interesa između njega i njegovih roditelja u imovinskim postupcima ili sporovima, odnosno pri sklapanju pojedinih pravnih poslova; u slučaju spora ili sklapanja pravnog posla između njih kad ista osoba nad njima ostvaruje roditeljsku skrb; djetetu stranom državljaninu koje se bez pratnje zakonskog zastupnika zatekne na teritoriju Republike Hrvatske te u drugim slučajevima kad su interesi djeteta i roditelja u suprotnosti. Ova je odredba dakako samo egzemplifikativne naravi, a pojam suprotnosti s interesima roditelja valja tumačiti široko, kako bi se u svakom pojedinom slučaju taj interes zaštitio. *V. Hrabar, Korac Graovac* (2007, 433).

<sup>28</sup> *Alinčić* (1998, 69). Isto i: *Lowe* (2007, 15).

postavlja upravo danas. Naime, nema formalnih saznanja iz sudske prakse da se ova Konvencija primjenjuje, a sukladno Izjavi koju je Republika Hrvatska dala vezano uz čl. 1. st. 4. Konvencije, ona se (od 1. kolovoza 2010. - *sic!*) primjenjuje na:

- postupak odlučivanja o roditeljskoj skrbi tijekom razvoda braka roditelja,
- postupak ostvarivanja roditeljske skrbi,
- mjere za zaštitu osobnih prava i interesa djeteta,
- postupak posvojenja i
- postupak skrbništva za maloljetne osobe.

Bilo bi stoga dobro što prije uspostaviti popis sličan popisu sudskih vještaka za druga područja, u koji bi se uvrstili stručnjaci koji iskazu posebnu želju za tim, koja, *inter alia*, uključuje senzibiliziranost za ovu temu, kao i namjeru za daljnjom specijalizacijom.<sup>29</sup> Dakako, potrebno je osmisliti i pravedan sustav određivanja naknade ovim stručnjacima, što zahtijeva političku potporu, koja nažalost često izostaje. Nužno je stoga na političkoj razini osvijestiti činjenicu da je ratifikacija određenog međunarodnog instrumenta tek prvi korak, a da pravi naponi tek trebaju biti poduzeti. No, čak i uz sve poteškoće, u sferi djelovanja Vijeća Europe, države članice zadržavaju diskrecijske ovlasti i prenose dio suvereniteta na nadnacionalnu razinu, kad procijene da to treba učiniti. Za razliku od toga, Europska unija zauzima posve drugačiji pristup, što je tema sljedećega poglavlja.

### 3. SPORADIČNO DJELOVANJE EUROPSKE UNIJE KAO POTICAJ UNIFIKACIJI OBITELJSKOPRAVNIH SUSTAVA

Razvoj interesa Europske unije za pitanja obiteljskoga prava započinje tek krajem devedesetih godina prošloga stoljeća, kad se pravosudna suradnja u građanskim stvarima, koja je tada sve više obuhvaćala pitanja obiteljskoga prava premještena iz tzv. trećeg stupa Zajednice, koji se odnosio na međuvladinu suradnju u tzv. prvi stup, odnosno zajedničke politike. Kao posljedica, započelo je uređenje određenih pitanja različitim vrstama europskoga sekundarnog zakonodavstva, a ne putem međunarodnih ugovora, kao do tada, pri čemu se kao prvo „rubno područje“ nastojalo regulirati pitanje slobodnog kretanja članova obitelji, tj. urediti pitanja ponovnog ujedinjavanja razdvojenih obitelji. Neovisno o parcijalnom uređenju rubnih područja, u Konsolidiranom tekstu Osnivačkih ugovora iz 2006.,<sup>30</sup> jedini je spomen obiteljskoga prava bio ekskludirajući. Naime, uređujući politike Zajednice, u smislu pitanja viza, azila, imigracije i drugih politika koje se odnose na slobodno kretanje osoba, čl. 67. st. 5. propisivao je da se određuje poduzimanje mjera Vijeća u području sudske suradnje u građanskim stvarima koje imaju prekogranične učinke, ali uz iznimku pitanja koja se odnose na obiteljsko pravo. Međutim, u Konsolidiranom tekstu Ugovora o funkcioniranju Europske unije iz 2010. godine,<sup>31</sup> preuzeta je odredba odbačenoga Europskog ustava,<sup>32</sup> kojom se određuje da se u smislu sudske suradnje, obiteljsko pravo više ne isključuje iz područja djelovanja. Sukladno čl. 81. st. 3., mjere koje se odnose na obiteljsko pravo i koje imaju prekogranične učinke donosit će Vijeće, djelujući sukladno posebnom zakonodavnom postupku. Premda načelno posve korektna, ova je norma u svojoj biti iznimno prijeporna, kao što je i doktrina na kojem se temelji. Sukladno doktrini implicitnih ovlasti (*implied powers*

<sup>29</sup> Ovo gledište sustavno iznosi D. Hrabar (e. g. Hrabar 2012), tako i u ovoj publikaciji.

<sup>30</sup> *Consolidated versions of the Treaty on European Union and of the Treaty establishing the European Community*, OJ C 321, 29.12.2006.

<sup>31</sup> *Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union*, OJ C 83, 30.3.2010.

<sup>32</sup> *Draft Treaty establishing a Constitution for Europe*, The European convention, The Secretariat, CONV 850/03.



*doctrine*),<sup>33</sup> Unija ima ne samo izričite ovlasti koje su joj prenesene i kao takve navedene u Ugovorima (*conferred powers*), već i one ovlasti koje su sadržane odnosno implicirane u tim izričitim odredbama (*implied powers*). Sukladno tome, ako se dokaže da je nužna za djelovanje odnosno usavršavanje unutarnjega tržišta može se opravdati svaka regulacija, čak i privatnoga prava. U suvremeno doba ne možemo negirati iznimnu mobilnost građana ili pak sve veći broj brakova s međunarodnim elementom, međutim držimo neuvjerljivim bilo kakvo opravdanje zadiranja (osobito u materijalno) obiteljsko pravo potrebama razvoja unutarnjeg tržišta. Vijeće će sukladno čl. 81. st. 3. toč. 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, o mjerama koje se odnose na obiteljsko pravo, a imaju prekogranične učinke odlučivati sukladno posebnom zakonodavnom postupku, odnosno jednoglasno nakon savjetovanja s Europskim parlamentom. Sukladno toč. 2., Vijeće na prijedlog Komisije, može donijeti odluku koja se odnosi na one aspekte obiteljskog prava s prekograničnim učincima koji mogu biti predmetom propisa usvojenih u redovitom zakonodavnom postupku (do Lisabonskoga ugovora, u postupku suodlučivanja). Vijeće će odlučivati jednoglasno nakon savjetovanja s Europskim parlamentom. O prijedlozima na koje se odnosi druga točka čl. 81. st. 3., obavijestit će se nacionalni parlamenti. Ako nacionalni parlament obznani svoje protivljenje u roku od šest mjeseci od takve obavijesti, odluka se neće usvojiti. U izostanku protivljenja, Vijeće može usvojiti odluku. S time u vezi, podsjećamo na dva temeljna načela funkcioniranja Europske unije – načelo supsidijarnosti i načelo proporcionalnosti, koja izvan svake sumnje zapravo priječe bilo kakvo djelovanje Europske unije u području nacionalnoga materijalnog obiteljskog prava. Neki su autori skloni obrazložiti djelovanje Unije naizgled jednostavnim, vrlo širokim tumačenjem ovih načela, no držimo da takav razvoj nije poželjan.<sup>34</sup> Načelno bismo rekli da je reguliranje kolizijskopравnih i procesnopравnih aspekata vrlo pozitivno nastojanje, jer, *inter alia*, omogućuje višu razinu pravne sigurnosti za europske građane. Međutim, s obzirom na sporadično djelovanje Europske unije, teško bismo mogli tvrditi da je trend usvajanja stalno novih propisa konstruktivan i koristan za Europu. Kao ključni problem s time u vezi, istaknuli bismo normativni labirint koji je bez sumnje već nastao.<sup>35</sup> Naime, isto se pravno pitanje nerijetko regulira nacionalnim dokumentima, dokumentima Vijeća Europe, dokumentima Europske unije te dokumentima Haške konferencije za međunarodno privatno pravo. Pritom se u dokumentima Unije ističe primat europskoga prava u užem smislu, što držimo neosnovanim. U sferi materijalnoga obiteljskog prava aktivnosti Unije nisu ni približno tako intenzivne, što pozdravljamo, te se možemo samo nadati da će tako i ostati. Sustavno praćenje zakonodavnoga, pripremnoga, pa i lobističkoga procesa u Uniji nažalost ukazuje na vrlo realnu mogućnost skoroga zadiranja i u samu srž obiteljskoga prava. Za sada je međutim pristup Unije oprezan, zbog očite svijesti Europske komisije o osjetljivosti ovoga područja. Stoga se kao prvo područje reguliranja i materijalnoga prava izabralo područje ljudskih prava u širem smislu, u pravilu uz oslon na već postojeće univerzalne (globalne) dokumente. Nesporno je da Europski sud razvija doktrinu zaštite temeljnih prava u komunitarnome pravu već desetljećima. Tako je u predmetu *Stauder* još 1969. godine ustvrdio da temeljna ljudska prava čine sastavni dio općih pravniha načela koja štiti Europski sud općih načela prava.<sup>36</sup> U novije vrijeme, deklarirana je namjera Europske unije da postane članicom Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Pravni su preduvjeti za to ispunjeni, i to dvojako. Prvo, sukladno čl. 6. st. 2. Lisabonskog ugovora, „Unija će pristupiti Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. To

<sup>33</sup> *Cf. amplius: Holterman* (2005).

<sup>34</sup> *V. amplius: Majstorović* (2009, 246-248).

<sup>35</sup> Isto i: *Bouček* (2009, 1 et sq).

<sup>36</sup> *V. para. 7 predmeta Erich Stauder v. City of Ulm Sozialamt*. [1969] ECR 419 (29/69). Isto je u jurisprudenciji kasnije često ponavljano. *E.g. v. para. 4. predmeta Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. [1970] ECR 1125 (11/70).

pristupanje neće utjecati na nadležnosti Unije definirane (Osnivačkim, dop. IM) ugovorima.“ Zanimljiv je i st. 3. istoga članka, koji određuje da će temeljna prava, kako ih jamči Europska konvencija, predstavljati i opća načela prava Unije, što je na tragu *supra* navedene presude. Također, čl. 59. Europske konvencije nakon izmjena Protokola 14. uz tu Konvenciju iz 2010. godine predviđa u st. 2. „Europska unija može pristupiti ovoj Konvenciji“. Kruna napora Europske unije u dokazivanju predanosti zaštiti ljudskih prava jest Povelja temeljnih prava Europske unije.<sup>37</sup> Povelja je usvojena kao neobvezujući dokument uz Ugovor iz Nice 2000. godine, no danas je ona, kao potvrda političkog jedinstva, po pravnoj snazi izjednačena s Osnivačkim ugovorima i čini dio primarnoga prava Unije. Ovaj dokument je u smislu potvrde promjene pravne paradigme u Uniji korak naprijed, jer se građani sada poimaju i kao nositelji prava, a ne samo kao potrošači, što je do nedavno bio slučaj. Međutim, pitanja koja se postavljaju o Povelji nisu zanemariva, a dva bismo izdvojili kao ključna. Prvo, koji je smisao usvajanja dokumenta koji je (gotovo) istovjetan postojećim univerzalnim i europskim dokumentima? I drugo, jesu li europske države jednoglasne u priznavanju značenja Povelje? U potvrdu teze o bespotrebnosti usvajanja novoga dokumenta, jer se politički konsenzus mogao izraziti i na drugi način, istaknut ćemo samo dva primjera. Prvi je čl. 9. koji se odnosi na pravo na sklapanje braka i osnivanje obitelji, a drugi čl. 24. koji uređuje pitanja zaštite prava djece. Čl. 9. Povelje glasi „Pravo na sklapanje braka i osnivanje obitelji priznaju se sukladno nacionalnim zakonodavstvima, koja uređuju ostvarivanje ovih prava“. Valja podsjetiti da Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine u čl. 8. određuje „Muškarci i žene u dobi za sklapanje braka imaju pravo stupiti u brak i zasnovati obitelj, u skladu s nacionalnim zakonodavstvima koja uređuju ostvarivanje toga prava.“ Izričaj je gotovo jednak, uz jednu bitnu razliku. Naime, europski je zakonodavac ovom normom odustao od eksplicitnoga načela heteroseksualnosti braka.<sup>38</sup> Znači li to da hrvatsko pravo, koje određuje da je „Brak zakonom uređena životna zajednica žene i muškarca“<sup>39</sup> neusklađeno s Poveljom? Odgovor je opet niječan. Naime, ova je norma, dakako namjerno, nomotehnički oblikovana na način da državama članicama Europske unije ostavlja odluku o tome hoće li istaknuti različitost spolova bračnih drugova kao strukturalni element braka ili ne.<sup>40</sup> Stoga bi bilo pogrešno tvrditi da „Europa“ zahtijeva od država članica, pa na neki način i od država kandidatkinja za članstvo, omogućavanje sklapanja istospolnih brakova.

Drugi je primjer čl. 24. Povelje koji određuje:

1. Djeca imaju pravo na zaštitu i skrb u skladu s njihovom dobrobiti. Imaju pravo slobodno izraziti svoje mišljenje. Ono će se uzeti u obzir u pitanjima koje se djeteta tiču, sukladno njegovoj dobi i zrelosti.
2. U svim postupcima koji se odnose na djecu, neovisno o tome poduzimaju li ih javna ili privatna tijela, najbolji interes djeteta treba biti primaran.
3. Svako dijete ima pravo na održavanje redovitih osobnih i neposrednih kontakata s oba roditelja, osim ako je to suprotno njegovom interesu.

Povelja temeljnih prava usvojena je deset, a postala obvezujuća dvadeset godina nakon globalnog prihvaćanja koncepta dobrobiti djeteta, fundamentalnog pomaka koji je u poimanju prava djece donijela Konvencija o pravima djeteta Ujedinjenih naroda iz 1989. godine. Čl. 3. Konvencije preuzet je u st. 1. i 2. čl. 24. Povelje, dok je čl. 9. st. 3. Konvencije pretočen u st. 3. čl. 24. Povelje. Dakako, sve su članice Europske unije, kao i gotovo sve članice Ujedinjenih

<sup>37</sup> *Charter of fundamental rights of the European Union*, OJ C 83, 30.3.2010.

<sup>38</sup> O tome v. *amplius* u radu *M. Alinčić* u ovoj publikaciji.

<sup>39</sup> Čl. 5. Obiteljskog zakona.

<sup>40</sup> O strukturalnim elementima braka, v. *Alinčić* (2001, 40-41).

naroda, članice i Konvencije o pravima djeteta.<sup>41</sup> Hrvatsko je obiteljsko pravo u cijelosti usklađeno s navedenim zahtjevima, Konvencije o pravima djeteta, pa podredno i Povelje temeljnih prava Europske unije. Kao drugo ključno pitanje ističemo postoji li doista opći konsenzus u Europi o značenju i vrijednosti Povelje temeljnih prava? Naime, sama se Povelja ne primjenjuje jednako u svim državama članicama Europske unije. Ponajprije, Poljska i Ujedinjeno Kraljevstvo uspjele su ostvariti određenu vrstu iznimke od opće primjene Povelje, tj. vrstu *opt-out* klauzule.<sup>42</sup> Može se naslutiti da je glavna bojazan Poljske bila potencijalna prisila europskog zakonodavca, da kroz Povelju dovede do većeg priznavanja prava istospolnim zajednicama. Uz navedene dvije države, čije su izlazne klauzule već na snazi, Irska se također izborila za vrstu *opt-out* klauzule, koja će vjerojatno biti ugrađena u prvu sljedeću izmjenu ugovora.<sup>43</sup> I konačno, posebna je jamstva vezano uz primjenu Povelje tražila i Češka Republika, te će i to vjerojatno postati dijelom prvoga sljedećega ugovora.<sup>44</sup> Drugim riječima, opće i bezuvjetne suglasnosti nema, što s pravom potiče europskog zakonodavca na oprez. Jednako je oprezan pristup i Europskog suda. Naime, Sud do sada nije zadirao u užu obiteljskopravnu problematiku. Usvojene su odluke parcijalne naravi, a odnose se tek na rubna područja obiteljskoga prava. Kao primjer aktualnoga pitanja, redovito se ističe položaj istospolnih zajednica. No, Unija tu ne zauzima konkretno stajalište, te se u pravilu upire na opća načela nediskriminacije. Tako je učinjeno primjerice u predmetu *Grant* iz 1998. godine,<sup>45</sup> a i deset godina kasnije, u novijoj presudi iz 2008. godine, u predmetu *Maruko*.<sup>46</sup> Naime, Sud je, iznova i teško za pretpostaviti slučajno, vrlo konfuzno dotaknuo pitanje istospolnih zajednica. Sud je u ovom prethodnom postupku,<sup>47</sup> *inter alia*, ustvrdio da Direktiva 1000/78/EZ „zabranjuje zakonodavstvo kao što je ono koje se primjenjivalo na nacionalnoj razini, a sukladno kojem nakon smrti partnera, preživjeli partner ne uživa povlastice razmjernje onima koje se jamče preživjelom bračnom drugu, premda sukladno nacionalnom pravu životna zajednica osoba istoga spola postavlja istospolne partnere u situaciju usporedivu s onom bračnih drugova, sve dok to predstavlja povlasticu za preživjeloga.“<sup>48</sup> I konačno, određeno je kao zadaća nacionalnog suda odrediti je li preživjeli partner u situaciji usporedivoj s onom bračnoga druga prema istome sustavu mirovinskog osiguranja. Stoga, premda je prema nekim pokazateljima ova odluka u okviru udruga istospolnih osoba dočekana s oduševljenjem, čini se da ona ne donosi ništa nova. Nije stoga nerealno

<sup>41</sup> Stanje na dan 15. studenoga 2012., prema podacima Ureda za ugovore Ujedinjenih naroda (<http://treaties.un.org>, [15.11.2012.]). Države članice UN-a koje nisu ratificirale Konvenciju o pravima djeteta su Sjedinjene Američke Države i Somalija.

<sup>42</sup> V. Protokol (br. 30) o primjeni Povelje temeljnih prava Europske unije na Poljsku i Ujedinjeno Kraljevstvo (*Protocol (No 30) on the application of the Charter of fundamental rights to Poland and to the United Kingdom*), OJ C 83, 30.3.2010., str. 313, 314.

<sup>43</sup> V. Zaključke Europskog vijeća, Bruxelles, 11. i 12. prosinca 2008., 17271/1/08, Rev 1, Concl 5., točka 3.

<sup>44</sup> V. Zaključke Europskog vijeća, Bruxelles, 29. i 30. listopada 2009., 15265/1/09, Rev 1, Concl 3., točka 2.

<sup>45</sup> *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*. [2008] ECR I-1757 (267/06).

<sup>46</sup> *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd.* [1998] ECR I-621 (249/96).

<sup>47</sup> U ovom je prethodnome postupku zatraženo mišljenje Suda vezano uz tumačenje čl. 1., čl. 2. st. 2. t. 1 i b. (i), te čl. 3. st. 1. c. i st. 3. Direktive Vijeća 2000/78/EZ od 28. studenoga 2000., kojom se ustanovljuje opći okvir za jednako postupanje u zapošljavanju (*Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*, OJ L 303, 2.12.2000.). Njemački je predmet spora bio zahtjev Tadaa Maruka postavljen u odnosu na Mirovinsku službu njemačkih kazališta (*Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*), koje su odbije priznati pravo g. Maruka na udovičku mirovinu kao dio povlastica koje preživjeli partner ima sukladno obveznom sustavu mirovinskog osiguranja, kojeg je njegov preminuli partner bio član.

<sup>48</sup> „... preclude legislation such as that at issue in the main proceedings under which, after the death of his life partner, the surviving partner does not receive a survivor's benefit equivalent to that granted to a surviving spouse, even though, under national law, life partnership places persons of the same sex in a situation comparable to that of spouses so far as concerns that survivor's benefit.“. Para. 73. reč. 1. Presude.

pretpostaviti da će Europski sud, a nadamo se i europski zakonodavac, i nadalje zadržati oprezan pristup.

#### **4. ZNAČENJE NADNACIONALNOGA EUROPSKOG ZAKONODAVSTVA I PRAKSE ZA HRVATSKO OBITELJSKO PRAVO**

Na temelju navedenoga, valja pokušati odgovoriti na pitanje položaja Hrvatske unutar procesa europskoga integriranja, te utjecaja koje taj proces ima na nacionalno hrvatsko pravo. U odnosu na Vijeće Europe, može se zaključiti da postoji normativna usklađenost sa svim obvezujućim odredbama ratificiranih konvencija. Također, valja istaknuti i sustavno i uglavnom uspješno anticipiranje normi konvencija kojih Hrvatska (još) nije članica. Dakako, postoje poteškoće u praksi, no to je zajedničko svim državama članicama Vijeća Europe. Kao načelna dodatna poteškoća, mogla bi se istaknuti i povremena nedosljednost Europskog suda za ljudska prava, koji time oduzima državama mogućnost stalne i sustavne prilagodbe nacionalnog sustava europskim standardima. Činjenica jest, međutim, da Vijeće Europe, unatoč stupnjevitom pristupu koji smatramo dobrim, sve više gubi značenje pred Europskom unijom u području harmonizacije i unifikacije obiteljskoga prava. Djelovanje je Unije sporadično, te iznimno parcijalizirano. No, za države koje pristupaju Uniji to djelovanje unaprijed stvara nužnost anticipiranja normi u međunarodnoprivatnopravnom i procesnopravnom području, neovisno o izravnom učinku. Naime, neće biti dovoljno ustvrditi da se određeni akt sekundarnoga zakonodavstva u hrvatskome pravu izravno primjenjuje, već će biti potrebno osigurati da se ta primjena provodi pravilno i pravodobno. To će dakako uključivati i daljnje elemente, kao što su usavršavanje sudaca, koji će morati poznavati ne samo nacionalne norme i praksu, već i europske norme i europsku praksu, jer će pristupanjem Hrvatske Europskoj uniji svaki hrvatski sud biti europski sud.<sup>49</sup> U segmentima pak u kojima će postojati mogućnost izbora, ili otklona primjene određenih rješenja, smatramo prijepornim daljnje prenošenje suvereniteta u obiteljskopravnom području. Politička odluka koja bi tome prethodila trebala bi biti stručna i promišljena. Ona bi nadalje, po našem sudu, trebala biti usmjerena zaštiti postojećih vrijednosti obiteljskoga prava. Naime, kako je *supra* isticano, nacionalni su standardi često i viši nego što su „europski“, bilo da su to doista zahtjevi europskoga prava ili se kao takvi samo prikazuju. Pri tome ističemo da se nakana zaštite tradicije često povezuje s pravnom rigidnošću, međutim, taj je prigovor ovdje bespredmetan, jer je sam sustav obiteljskog prava tako specifičan, da samo jednako tako specifičan pristup može dovesti do usvajanja rješenja koja će u nacionalnom sustavu zaživjeti i time dovesti do daljnjeg napretka prava u regulaciji iznimno osjetljivih i društveno važnih obiteljskih odnosa.

---

<sup>49</sup> V. Čapeta (2002).

## LITERATURA

### Knjige i članci

1. Agell, A. (2001). Is there one system of family law in the Nordic countries? *European journal of law reform*, 3:3, 313-330.
2. Alinčić, M. (1998). O dječjim pravima u hrvatskom zakonodavstvu iz europskog vidokrug. *Vladavina prava*, II:1, 61-72.
3. Alinčić, M. (2001). Bračno pravo. U: Alinčić, M., Bakarić-Abramović, A., Hrabar, D., Jakovac-Lozić, D., Korać, A. *Obiteljsko pravo*. Zagreb.
4. Bakarić, A., Ujević Buljeta, H. (1989). Nova porodičnopravna rješenja u SR Hrvatskoj, *Žena*, 47:5-6, 56-67.
5. Bouček, V. (2009). Europsko međunarodno privatno pravo u eurointegracijskom procesu i harmonizacija hrvatskog međunarodnog privatnog prava. Zagreb.
6. Čapeta, T. (2002). Sudovi Europske unije - nacionalni sudovi kao europski sudovi. Zagreb.
7. Gavella, N. (2001). O europskom privatnom pravu, njegovoj stvarnosti i predvidivom daljnjem razvoju. *Hrvatska pravna revija* 1:11, 1-17.
8. Hrabar, D., Korać Graovac, A. (2007). Skrbništvo. U: Alinčić, M., Hrabar, D., Jakovac-Lozić, Korać Graovac, A. *Obiteljsko pravo*. Zagreb.
9. Hrabar, D. (2002). Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava – nov doprinos promicanju dječjih prava. U: Hrabar, D. (Ur.). *Europsko privatno pravo*. Zagreb.
10. Hrabar, D. (2008). Posvojenje na razmeđu interesa posvojitelja i posvojenika, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 58:5, 1107-1139.
11. Hrabar, D. (2012). Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava – poseban zastupnik djeteta. U: Što djeci znači Konvencija o ostvarivanju dječjih prava?. *Ured Pravobranitelja za djecu*. (u tisku)
12. Holterman, M. (2005). The importance of implied powers in Community Law. LL.M. Thesis in European Law. RijksUniversiteit Groningen.
13. Jakovac-Lozić, D. (2007). Ususret novoj Europskoj konvenciji o posvojenju djece, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 5, 91-121.
14. Lowe, N. (2007). An evaluation of the Council of Europe's legal instruments in the field of family law, A report for the attention of the Committee of experts of family law (CJ-FA), by Professor Nigel Lowe, Cardiff law school research papers no. 2. Dostupno na: <http://www.law.cf.ac.uk/researchpapers/2> [1.10.2012.].
15. Majstorović, I. (2009). Harmonizacija i unifikacija europskoga obiteljskog prava. Zagreb.
16. Prokop, A. (1966). *Porodično pravo – Odnosi roditelja i djece*. Zagreb.

### Ostale publikacije

1. Godišnja statistička izvješća o primijenjenim pravima socijalne skrbi, pravnoj zaštiti djece, mladeži, braka, obitelji i osoba lišenih poslovne sposobnosti, te zaštiti tjelesno ili mentalno oštećenih osoba u Republici Hrvatskoj (za 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010. i 2011. godinu). Dostupno na: [http://www.mspm.hr/djelokrug\\_aktivnosti/socijalna\\_skrb/statisticka\\_izvjesca](http://www.mspm.hr/djelokrug_aktivnosti/socijalna_skrb/statisticka_izvjesca) [15.11.2012.].
2. Statistički ljetopis Republike Hrvatske (2011).

### Hrvatsko pravo

1. *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 85/2010 – proč. tekst.
2. *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Protokol br. 1, Protokol br. 4., Protokol br. 6. i Protokol br. 7, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/1997, 6/1999 – proč. tekst, 8/1999 – ispr., Protokol br. 13, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 14/2002, 13/2003, Protokol br. 12, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 14/2002, 9/2005, Protokol br. 14. uz ovu Konvenciju, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 1/2006, 2/2010.
3. *Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava*, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 1/2010, 3/2010.
4. *Obiteljski zakon*, Narodne novine, br. 116/2003, 17/2004, 136/2007, 107/2007, 61/2011.
5. *Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji*, Narodne novine, br. 86/2012.

### Pravo Vijeća Europe neobvezujuće za Hrvatsku

1. *European Convention on the Adoption of Children (Revised)*, CETS br. 202., dostupno na <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/202.htm> [1.10.2012.]

2. *European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock*, ETS br. 85., dostupno na <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/085.htm> [1.10.2012.].

### **Pravo Evropske unije**

1. *Charter of fundamental rights of the European Union*, OJ C 83, 30.3.2010.
2. *Consolidated versions of the Treaty on European Union and of the Treaty establishing the European Community*, OJ C 321, 29.12.2006.
3. *Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union*, OJ C 83, 30.3.2010.
4. *Draft Treaty establishing a Constitution for Europe*, The European convention, The Secretariat, CONV 850/03.
5. *Protocol (No 30) on the application of the Charter of fundamental rights to Poland and to the United Kingdom*, OJ C 83, 30.3.2010.
6. *Presude Evropskoga suda*:
  - a. *Erich Stauder v. City of Ulm Sozialamt*. [1969] ECR 419 (29/69).
  - b. *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. [1970] ECR 1125 (11/70).
  - c. *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd*. [1998] ECR I-621 (249/96)
  - d. *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*. [2008] ECR I-1757 (267/06)

## Summary

### EUROPEAN LEGAL CONTEXT AND ITS SIGNIFICANCE FOR CROATIAN SUBSTANTIVE FAMILY LAW

*Family law is a legal branch marked by tradition and custom to a large extent. As a result, it has been excluded from the European integration processes for a long time. Over the last decade, however, efforts in view of harmonisation and even unification of family law systems have intensified. As a consequence, European family law started to develop. The aim of this paper is to evaluate the level of harmonisation of Croatian to European family law and to determine the impact of legislative changes undertaken on the supranational European level on Croatian family law. The analysis will focus on substantive law aspects of harmonisation and unification of the legal systems. Regarding the activities undertaken within the Council of Europe, three legal situations will be compared, depending on the acceptance or non-acceptance of international treaties signed within the Council. Namely, the European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock, the European Convention on the Adoption of Children (Revised) and the European Convention on the Exercise of Children's Rights will be compared. Regarding the European Union's activities, a completely different approach will be discussed which is sporadic, partial, and focuses on private international law and procedural law norms, at least for the moment. As the most important obligatory document, The Charter of Fundamental Rights of the European Union will be analysed, as well as its connection to the UN Convention on the Rights of the Child and the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of the Council of Europe, to which the Union will probably adhere. Furthermore, the cautious approach of the Court of Justice of the EU will be mentioned regarding some important decisions, which nevertheless do not influence the basis of family law. Starting from the premise that the Europeanization of Croatian family law, as well as the processes of harmonisation and unification of European family law, commenced a decade ago, the final aim of the paper is to prove that the principles and standards achieved within the national system have reached a high level and are completely comparable to positive achievements of EU law.*

**Key words:** Croatian family law, Council of Europe, European Union.

