

# Europsko obiteljsko pravo: sadašnjost i budućnost - harmonizacija ili unifikacija?

UDK: 347.61./64(4EU)  
341.96: 347.61./64(4EU)  
339.923:061.1>(4)EU

## Sažetak

U ovom radu, kroz njegovih pet poglavlja, autor analizira razvoj europskog obiteljskog prava do danas te nastoji pružiti uvid u najvažnije aspekte njegovog daljnjeg razvoja, i to primarno kroz prizmu utjecaja Europske unije, odnosno njenih zakonodavnih djelatnosti. Nakon uvodnih napomena, razlažu se pojmovi harmonizacije i unifikacije. Potom se pristupa općem pregledu povijesti razvoja europskog obiteljskog prava, glede kojeg se kao temeljno obilježje ističe tendencija razvoja po principu „spirale“, te se analizira odnos između tri temeljna faktora razvoja obiteljskog prava u svakom nacionalnom sustavu – društva, politike i prava – s procesom harmonizacije obiteljskopравnih sustava u različitim državama članicama Europske unije, i to iz perspektive nedavnih događanja u Republici Hrvatskoj: referendumu iz 2013. te donošenja Obiteljskog zakona iz 2014. godine. Četvrto poglavlje rada posvećeno je analizi unifikacijskih nastojanja Europske unije na području europskog obiteljskog prava, a u kontekstu koje se posebna pozornost posvećuje Povelji o temeljnim pravima Europske unije te najvažnijim aktima sekundarnog zakonodavstva Unije za europsko obiteljsko pravo u smislu kolizijskog i međunarodnoprivatnopravnog uređenja. Također, u istom poglavlju, ukratko se razmatra i važnost utjecaja jurisprudencije Europskog suda za ljudska prava u Strasbourg i rada Haške konferencije za međunarodno privatno pravo na unifikacijska nastojanja Europske unije u području europskog obiteljskog prava. Konačno, u zaključku se daje odgovor na pitanje iz samog naslova rada - harmonizacija ili unifikacija? - i to temeljem svih, u radu izloženih, nalaza.

*Ključne riječi: europsko obiteljsko pravo, harmonizacija, unifikacija, „spiralno“ kretanje*

## 1. Uvod

Količina različitih relevantnih faktora koja utječe na formiranje onog dijela zakonodavstva u nekoj državi koje potpada pod obiteljsko pravo teško se može pripisati ikojoj drugoj pravnoj grani. Tako su npr. povijesne činjenice i razvoj, aktualne političke i društvene tendencije, religija, demografske činjenice te sudska praksa samo neki od tih faktora, ali na prvi pogled je jasno da se radi o jako ozbiljnim temama kojima se, svakoj individualno pa tek potom skupno, treba odgovorno pristupiti te da je svaka od njih, u najmanju ruku, složena. Također, logično je stoga i da je iznalaženje zadovoljavajućih zakonodavnih rješenja

pod zajedničkim „pritiskom“ svih ovih faktora jako opsežan i nadasve težak zadatak koji zahtijeva sudjelovanje i koordinaciju velikog broja stručnjaka iz različitih područja. Nadalje, kada povisimo razinu promatranja zakonodavstva s nacionalne razine na nadnacionalnu, svi se ovi faktori mnogostruko usložnjavaju i, uz to, povećavaju u svom broju, pa tako relevantni postaju i, npr., međudržavni odnosi, međunarodni dokumenti, mišljenja i odluke raznih međunarodnih organizacija i tijela, itd.

Zbog svega navedenoga, nije ni čudo da se opredjeljenje glede načina ujednačavanja pravnih pravila u kontekstu europskog obiteljskog prava često u akademskoj zajednici naziva i, među ostalim, Sizifovim poslom.<sup>1</sup>

Međutim, unatoč tome što je sama tema *a priori* „nezahvalna“<sup>2</sup> autor će se u ovom radu nastojati opredijeliti za neki od modusa ujednačavanja, pa zbog toga razloga u naslovu ovoga rada stoji veznik „ili“ a ne veznik „i“. Da bismo pak došli do tog opredjeljenja, valja utvrditi argumente na kojima bi se ta odluka temeljila, a da bismo razumjeli argumente, treba ih objasniti u kontekstu pravnih instituta i pojava za koje su oni vezani. Stoga će se u ovom radu, a u okvirima njegovog predmeta, analizirati: opći pojmovi harmonizacije i unifikacije, kratki povijesni razvoj europskog obiteljskog prava radi razumijevanja tendencija njegovog razvoja, proces harmonizacije europskog obiteljskog prava i, na kraju, proces unifikacije europskog obiteljskog prava s osobitim naglaskom na unifikaciju materijalnog obiteljskog prava.

## 2. Unifikacija i harmonizacija – pojmovi i njihova važnost

Unifikacija i harmonizacija zauzimaju središnje mjesto u razvoju europskog prava općenito, pa tako i u razvoju europskog obiteljskog prava, a oba pojma su obuhvaćena širom definicijom - načini ujednačavanja pravnih pravila. Unifikacija je pojam kojim se označava ujednačavanje prava država članica donošenjem jednoobraznih, za sve države jednako obvezujućih, pravnih akata. Ovakvim ujednačavanjem u cijelosti se, u pravilu, stavljaju po strani nacionalna zakonodavstva te je europski zakonodavac taj koji kroji relevantnu pravnu regulativu. Harmonizacijom se pak nastoji ujednačavanjem zakonodavnih rješenja u različitim državama postići što veći stupanj sličnosti između tih zakonodavnih rješenja,<sup>3</sup> a radi olakšanja primjene u konkretnim situacijama s međunarodnim obilježjem.<sup>4</sup>

S obzirom na navedeno, razlikuju se tri grane pravnih pravila koje mogu biti predmetom spomenutih načina ujednačavanja: kolizijskoppravna, procesnopravna i materijalnopravna pravila,<sup>5</sup> a o kojima će više riječi biti u odgovarajućim dijelovima ovog rada.

Važnost harmonizacije i unifikacije leži u tome što su one temeljni instrumenti postizanja sličnosti, odnosno istovjetnosti, između u početku različitih pravnih sustava. Izvjesno je, s obzirom na to da je općenito svijet danas uvelike povezan u raznim aspektima, a osobito ako se radi o regionalnoj povezanosti, da su sva nastojanja uklanjanja neželjenih

<sup>1</sup> Tako I. Majstorović prema stranom autoru; I. MAJSTOROVIĆ: Obiteljsko pravo kao različitost u jedinstvu: Europska unija i Hrvatska, str. 1. - 25., u: Bodiroga-Vukobrat, Nada; Hlača, Nenad; Hrabar, Dubravka; Jakovac-Lozić, Dijana; Korać Graovac, Aleksandra; Lapaš, Davorin, Majstorović, Irena; Medić Musa, Ines; Novak, Barbara; Sikirić, Hrvoje; Smokvina, Vanja; Winkler, Sandra; Žnidaršić Skubic, Viktorija; Župan, Mirela; Europsko obiteljsko pravo, Zagreb, 2013., str. 4.

<sup>2</sup> M. ANTOKOLSKAIA: The Process of Modernisation of Family Law in Eastern and Western Europe: Difference in Timing, Resemblance in Substance, izdanje 4.2., ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, rujan 2000., str. 17.; djelo dostupno na: <http://www.ejcl.org/42/art42-1.html>, (20.10.2015.)

<sup>3</sup> V. BOUČEK: Europsko međunarodno privatno pravo u eurointegracijskom procesu i harmonizacija hrvatskog međunarodnog privatnog prava, vlastito izdanje, Zagreb, 2009., str. 10.

<sup>4</sup> O pojmu pravnih situacija s međunarodnim obilježjem više u: K. SAJKO: Međunarodno privatno pravo, peto izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2009., str. 7. - 12.

<sup>5</sup> MAJSTOROVIĆ, *op. cit.*, bilj. 1, str. 4.

i suvišnih pravnih prepreka u odnosima proizašlima iz tih spona i više nego dobrodošla. Naravno, ova težnja ne zaobilazi ni obiteljsko pravo.

### 3. Najvažniji faktori razvoja nacionalnog obiteljskog prava i njegova harmonizacija

#### 3.1. Kratki pregled razvoja obiteljskog prava

Obiteljske norme, odnosno obiteljski običaji kojima se reguliraju odnosi u različitim obiteljskim zajednicama, prisutne su u raznim oblicima od vremena odkada je i čovjeka. One mogu biti inspirirane najrazličitijim mogućim faktorima, a što proučavanje povijesti razvoja obiteljskog prava općenito, pa tako i onog regionalnog na području Europe, nedvojbeno i ukazuje.

Vrsna stručnjakinja za međunarodno obiteljsko pravo M. Antokolskaia ukazuje na tendenciju razvoja obiteljskog prava po principu „spirale“,<sup>6</sup> tj. da obiteljsko pravo u Europi ima određeni smjer kretanja po spiralnoj putanji prema gore, a onda prema dolje pa potom iznova prema gore, odnosno, drugim riječima, uvijek se na neki način vraća svojim korijenima. Da bismo bolje razumjeli ovaj koncept, u nastavku će se ukratko izložiti razvoj europskog obiteljskog prava.

M. Antokolskaia razlikuje: predcrkveno razdoblje obiteljskog prava, razdoblje kanonskog prava te razdoblje modernog obiteljskog prava. U pogledu kanonskog prava razlikuje se katoličko kanonsko pravo od onog pravoslavnog, međutim i jedna i druga inačica u konačnici su slijedile sličnu sudbinu, samo u različitim vremenskim trenucima i na različitim područjima Europe.

Predcrkveno razdoblje odnosi se na razdoblje u kojem se obiteljsko pravo formiralo bez stvarnog utjecaja crkvenih nauka, gdje su se obiteljskopravne norme donosile sukladno aktualnim društvenim potrebama i shvaćanjima. Naravno, ovdje se ponajprije misli na rimsko i običajno pravo. Okarakterizirano je u prvom redu izostankom obveze za provođenjem religioznih formalnosti u pogledu zaključenja braka, odnosno na pojedince je stavljena inicijativa za poduzimanje radnji u vezi privatnog života na koje bi se vezivale određene pravne posljedice, baš kao da se radi o nekom tipičnom ugovornom odnosu, pa se tako i npr. razvod braka provodio temeljem jednostranog zahtjeva ili sporazumnog pristanka bez nametanja ograničenja inspiriranih vjerskim stajalištima.<sup>7</sup>

Razdoblje predcrkvenog obiteljskog prava završilo je negdje oko 600-te godine nove ere, odnosno kada je došlo do jačanja utjecaja kršćanskih crkvenih nauka pa se stoga nastavno razdoblje naziva razdobljem kanonskog prava.<sup>8</sup> Unutar njega se opet razlikuju dva različita razdoblja: razdoblje neunificiranog kanonskog prava do otprilike kraja 11. stoljeća i razdoblje unificiranog kanonskog prava koje se nastavlja na prethodno. Za prvo je razdoblje bilo karakteristično da nauka i utjecaj Crkve nisu dosegli taj stadij razvoja da bi nametali odlučna ograničenja u pogledu instituta obiteljskog prava. Tako se u ovom podrazdoblju još tolerirao i konkubinat, nije bilo ni posebnog stajališta o izvanbračnoj djeci te su se tolerirali i brakovi skopljeni po pravilima sekularnih prava supružnika.<sup>9</sup>

Drastične promjene nastale su unifikacijom kanonskog prava. Sve prethodno navedeno više se nije toleriralo, već su nametnuta bila pravila crkvenog prava koja su *de facto*

<sup>6</sup> *Ibid.*, str. 6.; ANTOKOLSKAIA, *op. cit.*, bilj. 2., str. 6.

<sup>7</sup> ANTOKOLSKAIA, *op. cit.*, bilj. 2., str. 4. i 5.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*, str. 4.

bila odraz vjerskog morala. Tako je, među ostalim, došlo do velikih ograničenja po pitanju razvoda braka, osobito u pogledu jednostranog razvoda braka.<sup>10</sup>

Razdoblje jakog utjecaja unificiranog kanonskog prava održalo se do početka srednjeg vijeka, gdje on počinje slabjeti. M. Antokolskaia navodi da je ovo početak modernog obiteljskog prava. Strogo pridržavanje pravila kanonskog prava polako ustupa mjesto liberalnijim razmišljanjima pa tako postoji cijela lepeza stupnjeva popuštanja strogim kanonskim zahtjevima, i to kroz cijelo trajanje ovog razdoblja: od početnog olakšavanja razvoda braka, primjerice radi potreba plemstva u pogledu dogovorenih brakova ili sprječavanja mogućnosti da muž ostane u braku sa ženom za koju se ispostavi da ne može imati djecu,<sup>11</sup> preko ponovnog izjednačavanja izvanbračne djece s bračnom pa sve do iznimno liberalnih, danas zastupljenih, zakonodavnih rješenja, primjerice instituta tzv. automatskog razvoda braka u Švedskoj.<sup>12</sup> Razvidno je stoga da je temeljno obilježje procesa modernizacije ponovno stavljanje naglaska na subjekte u određenim obiteljskopравnim odnosima.

Dakle, ta „spirala“ o kojoj M. Antokolskaia govori, općenito bi se sastojala u sljedećem:

- obiteljsko je pravo u predckvenom razdoblju bilo okrenuto ponajprije prema subjektima u obiteljskopравnim odnosima, tj. inicijativa za odlučivanje o sudbini obiteljskopравnih odnosa je prepuštena njihovim subjektima,

- u razdoblju kanonizacije dolazi do nametanja mnogobrojnih restrikcija inspiriranih tadašnjim naukama kršćanstva i to u pogledu gotovo svih obiteljskopравnih instituta, tj. Crkva postaje nužni sudionik u prosudbi sudbine obiteljskopравnih odnosa, i konačno

- u razdoblju modernizacije dolazi do liberalizacije, „oslobađanja“, od tih restrikcija, odnosno u sklopu općeg procesa sekularizacije države od Crkve dolazi do ponovnog stavljanja naglaska na subjekte obiteljskopравnih odnosa, a radi otklanjanja zakonodavnih rješenja koja su nespojiva s novim vremenima.

Tako primjerice možemo sagledati institut jednostranog razvoda braka kroz sve tri etape. U predckvenom razdoblju, primjera radi u rimskom pravu, brak se mogao razvesti pukim jednostranim zahtjevom supružnika, bez ikakvih „uplitanja sa strane“, baš kao da je riječ o nekom tipičnom ugovornom odnosu gdje stranka jednostrano raskine taj ugovor - dakle, razmjerno liberalan sustav. Potom mogućnost jednostranog razvoda braka u razdoblju kanonizacije postaje izrazito ograničena.<sup>13</sup> Crkveni je nauk oduvijek bio nesklon prihvaćanju razvrgnuća bračne zajednice te sada, kada je Crkva „centar svih zbivanja“, taj nauk ima prevagu i u formiranju relevantnog prava. Napokon, u posljednjoj etapi, u razdoblju modernizacije društva javlja se potreba za ponovnim stavljanjem naglaska na želje subjekata obiteljskopравnih odnosa pa se tako, npr., razvio, kako je prije spomenuto, institut tzv. automatskog razvoda braka u Švedskoj prema kojemu i jedan bračni drug može zatražiti od suda razvod braka a da ne mora čekati protok određenog vremena, ako su za to ispunjeni uvjeti. Razvodu u Švedskoj je svojstveno da zakonodavstvo u cijelosti usvaja načelo autonomije volje bračnih drugova te u cijelosti ukida sve posebne brakorazvodne razloge.<sup>14</sup> Vidimo da je ovo rješenje u cijelosti protivno s onim za vrijeme trajanja razdoblja kanonskog prava, a jako blizu onom rimskom iz predckvenog razdoblja. To bi, dakle, bilo to „spiralno“ kretanje.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*, str. 6. i 7.; Antokolskaia ovo pripisuje potrebama feudalnog društva, odnosno predstavlja ovo slabljenje utjecaja kanonskog prava kao jedan od novih relevantnih faktora razvoja obiteljskog prava.

<sup>12</sup> V. TOMLJENOVIĆ, I. KUNDA: Uredba Rim III: treba li Hrvatskoj? (The Rome III Regulation: Is it needed in Croatia?); *Obitelj i djeca: europska očekivanja i hrvatska stvarnost/Family and children: European expectations and national reality*, Opatija, Hrvatska, 20. - 21. 09. 2013., Rijeka, Pravni fakultet u Rijeci/Hrvatska udruga za poredbeno pravo, 2014., 207. - 247.; str. 211.

<sup>13</sup> ANTOKOLSKAIA., *op. cit.*, bilj. 2, str. 5

<sup>14</sup> V. TOMLJENOVIĆ, I. KUNDA, I., *op. cit.*, bilj. 12, str. 211., 214.

U nastavku izlaganja obratit ćemo pozornost na razvoj nacionalnog obiteljskog prava i na njegov utjecaj u razvoju europskog obiteljskog prava kroz harmonizaciju i unifikaciju. Što se tiče pojedinačne države, svi faktori razvoja, koliko god da ih ima, mogu se u današnjem vremenu, po mišljenju autora, podvesti pod tri temeljna faktora: društveni, politički i pravni faktor.

### 3.2. Društvo, politika i pravo kao najvažniji faktori razvoja državnog obiteljskog prava (iz perspektive primjera iz Republike Hrvatske)

Iako su ovi faktori navedeni svaki posebice, istina je da su oni zapravo nerazdvojivi. Oni međusobno djeluju jedan na drugoga, konstantno zajedno igrajući glavnu ulogu u svakom iole ozbiljnijem pitanju bez obzira na domenu glede koje se ono postavi, kako na razini Europe, tako i na razini pojedine države.

Ni redoslijed faktora kojim su navedeni nije slučajan: prvo društvo, zatim politika te na kraju pravo. Zašto? Odgovor ćemo najbolje spoznati kroz elaboraciju njihovog međusobnog odnosa.

Društvo je osnovni pokretač svih događanja. U njemu su „apsorbirani“ svi oni ostali raznorazni faktori - religija, ekonomsko stanje, demografska situacija, povijesni odnosi, itd. Drugim riječima, društveni faktor u kontekstu razvoja obiteljskog prava je zapravo zbroj drugih raznih relevantnih faktora koji, u tom zajedništvu, tvore „stanje društvene svijesti“. Takvo društvo onda svoje „stanje svijesti“ očituje na demokratskim izborima, *de facto* na taj način izravno kazujući novoj vlasti što od nje očekuje. Zadatak je, pak, političke vlasti da, osim da ispuni početna očekivanja društva, za cijelog svog mandata „osluškuje“ potrebe društva i da ih na prikladan način ispuni. To će, u pravilu, značiti donošenje odgovarajuće pravne regulative, i to u prvom redu osiguravanje pravom reguliranih institucionalnih okvira radi provedbe zakonodavnih rješenja.

Dakle - u demokratskoj državi društvo stvara politiku, a politika stvara pravo. Ovo pravilo, naravno, nije bez iznimke. Moguće je da se politika u tom procesu nađe zanemarena, odnosno da društvo izravno kreira pravo, i to putem referendumu. Tako je, na primjer, baš u Republici Hrvatskoj 2013. godine na području obiteljskog prava napravljena društvena intervencija putem narodne inicijative. Proveden je referendum gdje je društvo iskazalo svoje stanje svijesti kada je većinom svih glasova osoba koje su izašle na referendum odlučilo da se u Ustav Republike Hrvatske unese odredba: „Brak je životna zajednica žene i muškarca.“<sup>15</sup> Naime, čini se da je do ove inicijative došlo ponajprije, stavljajući politikanstvo sa strane, zbog indikacija da bi vlast mogla u neko doba zakonom omogućiti sklapanje braka istospolnim partnerima te se njome željelo osujetiti ikakvo nastojanje vlasti da se brak istospolnih partnera ozakoni, jer bi bilo kakav novi zakon koji bi takvu zajednicu definirao kao brak - bio neustavan.<sup>16</sup> Dakle, javio se veliki društveni otpor po pitanju ideje o legalizaciji istospolnih brakova. Ovaj primjer iznimno je bitan radi argumentacije u korist tvrdnje da su nacionalni sustavi, odnosno glas naroda u državama članicama, u procesu harmonizacije i unifikacije itekako bitni.

Pitanje važnosti „stanja narodne svijesti“ otvara se u kontekstu rasprave o tzv. „kulturološkim preprekama“ harmonizaciji i unifikaciji obiteljskog prava u Europi koje, kako se često navodi, postoje u svakoj državi članici. M. Antokolskaia definira „kulturološke prepreke“ kao posebne i nepromjenjive sastavnice nacionalne kulture koje upravo zbog ta dva opisna pridjeva predstavljaju nepremostivu prepreku harmonizaciji i unifikaciji obiteljskog prava u

<sup>15</sup> Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14 (nadalje: URH); čl. 62. st. 2.

<sup>16</sup> URH čl. 5. st. 1.: „U Republici Hrvatskoj zakoni moraju biti u suglasnosti s Ustavom, a ostali propisi i s Ustavom i sa zakonom.“

Europi. Također ista autorica, istovremeno, odriče taj značaj nepremostivosti na vrlo jednostavan način - podiže razmatranje razvoja nacionalnog obiteljskog prava sa isključivo nacionalne razine na razinu cijele Europe, tvrdeći da su nacionalni sustavi zapravo dio paneuropske kulture koju tvore dvije sastavnice: paneuropska tradicionalna i paneuropska napredna kultura.<sup>17</sup> S ovom tvrdnjom bi se trebalo složiti, a argumente za to možemo pronaći u kratkom povijesnom pregledu razvoja europskog obiteljskog prava (v. *supra*). U srži ideje o paneuropskim kulturološko-političkim kretnjama riječ je o tome da će se svaka nacionalna kultura zapravo moći podvesti pod jednu od spomenute dvije inačice te će one zemlje koje se orijentiraju prema istoj inačici u pravilu biti sklonije istim ili sličnim zakonodavnim rješenjima, te da, slijedom toga, ne postoje „posebne“ i „nepromjenjive“ nacionalne kulture.<sup>18</sup>

Imajući sve prethodno na umu, vratimo se na pitanje tri temeljna faktora razvoja obiteljskog prava. Ako je argument „kulturološke prepreke“ odbačen, znači li to da nacionalna kultura nema nikakav utjecaj u formiranju europskog obiteljskog prava kroz harmonizaciju i unifikaciju? Nipošto. Dapače, ona imaju izrazito važnu ulogu, osobito kada se radi o harmonizaciji ili unifikaciji materijalnog prava.<sup>19</sup> Da bi neki nacionalni sustav bio spreman prihvatiti određeno rješenje koje bi bilo produkt procesa harmonizacije ili unifikacije prvo treba, po mišljenju autora, „sazrijeti“ u pogledu sva tri najvažnija faktora i to glede svakog pojedinog instituta koji biva predmetom tog procesa. Drugim riječima, svaki pojedini faktor mora sazrijeti dovoljno da bi država bila sposobna prihvatiti takvo rješenje. Taj trenutak u kojemu su svi faktori dovoljno „sazrijeli“ za prihvaćanje novih rješenja moglo bi se nazvati svojevrsnom „zlatnom sredinom“. Kao primjer neuspjelog iznalaženja te „zlatne sredine“, pa kao posljedice toga i neusvajanje (mada bi ispravnije bilo reći onemogućavanje usvajanja) novog zakonskog rješenja, uzmimo prethodno opisani događaj s referendumom u RH. Tu se radilo o situaciji gdje je politika bila sazrela za provođenje legalizacije braka istospolnih zajednica, pravni sustav je već poznavao institut istospolne zajednice pa bi legalizacija braka bila korak dalje u tom smjeru, međutim društvo je pokazalo da ono nije sazrelo za prihvaćanje ideje istospolnog braka. Drugi primjer neuspjelog mimoilaženja pravila o „zlatnoj sredini“, i to u pogledu društvenog i pravnog faktora, bio bi novi Obiteljski zakon iz 2014. godine (nadalje: ObZ iz 2014.) kojeg je svojom odlukom od primjene obustavio Ustavni sud RH.<sup>20</sup> Naime, novi ObZ prezentiran je kao „europski“, „moderni“, „reformistički“ zakon koji bi trebao zamijeniti „zastarjeli“ ObZ iz 2003. godine.<sup>21</sup> U njemu su sadržana mnoga rješenja inspirirana onima u stranim zakonodavstvima. Međutim, ispostavilo se da je zakon pun mana i pogrešaka (ne samo u smislu zakonodavnih rješenja, već i nomotehničkih pogrešaka), što i jest temelj spomenute odluke Ustavnog suda RH. Iz te se odluke može iščitati argumentacija zakonodavca u vezi prihvaćanja novih rješenja, kao i razlozi podnositelja prijedloga za ocjenu ustavnosti zbog kojih se ista zakonodavna rješenja i osporavaju, pa će se izdvojiti tek nekoliko primjera kojima se potkrjepljuju navodi o pravnom nesazrijevanju hrvatskog nacionalnog sustava za ove nove zakonodavne promjene na području obiteljskog prava. Prvi će se odnositi na institucionalne nedostatke radi primjene novih rješenja, drugi na bitno materijalnopravno pitanje a treći na procesnopravno pitanje:

<sup>17</sup> M. ANTOKOLSKAIA: Family law and national culture - Arguing against the cultural constraints argument, Volume 4, Issue 2, June 2008; dostupno na: <http://www.utrechtlawreview.org/>, (20.10.2015.); v. i I. MAJSTOROVIĆ, *op. cit.*, bilj. 1, str. 19.; v. i M. ANTOKOLSKAIA: The “Better Law” Approach and the Harmonisation of Family Law, str. 159. - 181., u: Boele-Woelki, K. (ed.): Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Intersentia, 2003.; str. 172.

<sup>18</sup> *Ibid.*, drugo navedeno djelo, str. 173.

<sup>19</sup> I. MAJSTOROVIĆ, *op. cit.*, bilj. 1, str. 19.

<sup>20</sup> Odluka *UI-3101/2014* od 12. siječnja 2015. g.

<sup>21</sup> Obiteljski zakon, Narodne novine br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13

- ObZ iz 2014. predviđa novu instituciju na državnoj razini kojoj bi temeljni zadatak zastupanje djece i drugih osoba koje ne mogu brinuti o svojim pravima pred sudovima: Centar za posebno skrbništvo.<sup>22</sup> Ideja je svakako dobra - specijalizirana ustanova koja bi brinula o pravima najranjivijih skupina osoba koje se mogu javiti kao stranke u sudskom postupku. Međutim, riječ je o tijelu koje, prema dostupnim podacima, ima zaposlenih osam posebnih skrbnika za područje cijele RH, a koji bi trebali već u trenutku stupanja na snagu novog ObZ-a preuzeti izuzetno veliki broj slučajeva što naprosto nije objektivno moguće. Drugi problem je financiranje rada toga tijela - treba se snositi trošak uspostavljanja, obrazovanja djelatnika, organizacije poslovanja, itd., što svakako ukazuje na veliki financijski teret za proračun RH. Drugim riječima, riječ je o nedjelotvornom institucionalnom okviru koji bi vrlo vjerojatno bio uzrokom brojnih postupaka pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu;<sup>23</sup>

- drugi primjer tiče se uređenja odnosa iz zajedničke roditeljske skrbi nad djetetom kroz donošenje plana ostvarivanja roditeljske skrbi. ObZ iz 2014. propisuje da će roditelji koji ne žive zajedno morati donijeti plan zajedničke skrbi nad djetetom,<sup>24</sup> *a priori* pretpostavljajući da roditelji, bez obzira na njihove osobne karakteristike, mogu donijeti odluku u najboljem interesu djeteta, a kako to traži Konvencija o pravima djeteta.<sup>25</sup> Izvršno u svojem očitovanju ukazuje Katedra za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta u Rijeci da bi se najosjetljivije pitanje u vezi razvoda braka roditelja, tj. pitanje o skrbi nad djetetom, *de facto* svelo na nešto što se može označiti kao „soft-law“.<sup>26</sup> Plan zajedničke roditeljske skrbi predstavlja novi termin za hrvatsko zakonodavstvo koji je u konkretnom slučaju jako paušalno uređen, a što nipošto ne bi trebalo biti tako s obzirom na važnost pitanja koje se planom uređuje. Zakonodavac je, slikovito opisano, želeći otići korak dalje u procesu modernizacije obiteljskog prava, otišao i nekoliko (nepotrebnih) koraka predaleko pa se i zagubio u šumi preopćenitih idealističkih rješenja stranih hrvatskom pravnom sustavu što je, s obzirom na važnost pitanja u ovom konkretnom slučaju, apsolutno nedopustivo;<sup>27</sup>

- zakonodavac u ObZ-u iz 2014. godine predviđa cijeli niz pitanja o kojima će se rješavati u izvanparničnom postupku, pozivajući se potom na rješenja njemačkog i austrijskog zakonodavstva.<sup>28</sup> Nadovezujući se na prethodni primjer - jedna od situacija za koje je propisan izvanparnični postupak je i odobravanje plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi kojim se traži od roditelja da samostalno urede najvažnija pitanja glede djetetova života nakon razvoda braka. Nakon što bi ga roditelji sastavili, taj plan bi se potom podnosio sudu na odobrenje, a o čemu bi on trebao odlučivati u izvanparničnom postupku bez da mu se podnose ikakva mišljenja stručnjaka o tom planu, što ostavlja i previše prostora narušenju načela najboljeg interesa djeteta utvrđenog Konvencijom o pravima djeteta, ponajprije jer se ne može razumno očekivati ni da će prosječno obrazovani roditelji biti dovoljno dorasli tom izazovu,<sup>29</sup> tim više iz razloga što njihova trenutna životna situacija implicira nesređene životne okolnosti. Procesnopravni nedostatak ovoga rješenja istaknuli su i podnositelji zahtjeva,<sup>30</sup> a Katedra za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu potvrdila je njihov stav na način da ukazuje na već postojeću sudsku praksu koja nedvojbeno dokazuje da

<sup>22</sup> Obiteljski zakon, Narodne novine br. 75/14, 83/14, 05/15, prestao važiti (nadalje ObZ iz 2014.); čl. 544. i 547.

<sup>23</sup> Vidi paragrafe 720. - 729. odluke UI-3101/2014

<sup>24</sup> Čl. 104. obustavljenog ObZ-a iz 2014.

<sup>25</sup> Konvencija o pravima djeteta, Službeni list SFRJ, br. 15/1990, Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 12/93, 20/97, čl. 3.

<sup>26</sup> Paragraf 337. odluke UI-3101/2014

<sup>27</sup> Paragrafi 316. - 339. odluke UI-3101/2014

<sup>28</sup> Paragrafi 713. i 713.1. odluke UI-3101/2014

<sup>29</sup> Paragraf 337. odluke UI-3101/2014

<sup>30</sup> Paragraf 712. odluke UI-3101/2014

se u pravilu radi o postupcima konfliktne naravi (ne samo glede uređenja pitanja skrbi za dijete nakon razvoda braka već i za niz drugih situacija za koje je novim zakonom propisano vođenje izvanparničnog postupka), pa da je propisivanje izvanparničnog rješavanja u ovim stvarima zapravo način oduzimanja strankama jamstva poštenog suđenja koje bi inače imali u parničnom postupku.<sup>31</sup> Drugim riječima, primjenom zakonodavnog rješenja iz komparativnih sustava, očito pod geslom da je takvo rješenje samo po sebi „bolje“, zakonodavac je na štetu održavanja pravnog kontinuiteta između starog i novog zakona unio odredbe koje su nespojive sa stvarnim stanjem stvari.

S obzirom na sve izneseno, moglo bi se reći da je u država u pogledu pravnog faktora sazrijela za prihvaćanje novih zakonodavnih rješenja (bilo da je riječ o novim rješenjima općenito ili onima proizašlih iz procesa harmonizacije i unifikacije) kada su za to zadovoljeni određeni preduvjeti, a ponajprije:

- da je osigurana pravna sigurnost u državi i to poglavito u pogledu izvjesnosti da će pravni kontinuitet između starih i novih zakonodavnih rješenja biti održan,

- da se osigurava dovoljna razina stručnosti odnosno da se osigura provođenje edukacije djelatnika radi primjene tih novih rješenja (primjerice zaposlenika centra za socijalnu skrb, sudaca, državnih odvjetnika, itd.), te

- da se uspostavi djelotvorni institucionalni okvir kada je to potrebno radi provedbe zakona.

Postavlja se pitanje - kako točno ispuniti te preduvjete? Na koji način „odmjeriti“ nova pravna rješenja da bi bila prihvatljiva za konkretni nacionalni sustav u suvremenom dobu, a koja bi ujedno trebala predstavljati „plodno tlo“ za uspješnu harmonizaciju i eventualnu unifikaciju europskog obiteljskog prava? U nastavku rada ukratko ćemo pokušati dati odgovor na ta važna pitanja.

### 3.3. Stvaranje harmoniziranog prava - subjekti, način njihova djelovanja i pitanje odabira ispravne metode harmonizacije

Prvo i osnovno pitanje vezano za temu harmonizacije obiteljskog prava u EU jest - tko je taj koji harmonizira europsko obiteljsko pravo? Izravan i jednostavan odgovor teško je dati. Moglo bi se reći da postoji nekoliko ključnih subjekata u tom „trnovitom“ procesu: sama EU, države članice te Komisija za europsko obiteljsko pravo. Prvo ćemo sumarno objasniti djelovanje Komisije za europsko obiteljsko pravo, pa ćemo potom prikazati kako svi navedeni subjekti djeluju u kontekstu procesa harmonizacije obiteljskog prava. Međutim, prije svega, treba razjasniti da se pojam europskog obiteljskog prava u ovom dijelu rada odnosi na novo pravno područje unutar prava Europske unije, tj. tzv. europsko obiteljsko pravo u užem smislu.<sup>32</sup>

Komisija za europsko obiteljsko pravo je akademska institucija neovisna o Europskoj uniji, osnovana 1. listopada 2001. godine. Sastoji se od 26 stručnjaka s područja obiteljskog i komparativnog prava iz država članica EU, a s temeljnim ciljem iznalaženja teoretskih i praktičnih rješenja u svrhu harmonizacije obiteljskog prava u Europi.<sup>33</sup> Rekli smo da Komisija za europsko obiteljsko pravo ima zapravo status jednog od subjekata harmonizacije obiteljskog prava u EU. Njen najvažniji dosadašnji doprinos na tom području su četiri skupine Načela koja se tiču: razvoda, uzdržavanja među bivšim pravnim drugovima,

<sup>31</sup> Paragraf 715. odluke *UI-3101/2014*

<sup>32</sup> Od pojma tzv. europskog obiteljskog prava u užem smislu razlikuje se pojam europskog obiteljskog prava u širem smislu koji podrazumijeva novi korpus prava koji se stvara djelovanjem Vijeća Europe, EU i Haaške konferencije za međunarodno privatno pravo; v. u: Majstorović, I., *op. cit.*, bilj. 1., str. 1. - 3

<sup>33</sup> Više na: <http://ceffonline.net/history/>, (20.10.2015.)



roditeljskih odgovornosti te imovinskih odnosima među bračnim drugovima.<sup>34</sup> Postupak bi se mogao prikazati na sljedeći način: Komisija prvo, preko svog Organizacijskog odbora („The Organising Committee“), određenim državama šalje formulare s pitanjima o uređenju neke domene obiteljskog prava u tim državama te provodi druge radnje radi prikupljanja relevantnog materijala, te potom, nakon što zaprimi odgovore, sve to prosljeđuje skupini stručnjaka („The Expert Group“), a koja skupina, nakon detaljne analize svih podataka, pristupa izradi Načela. Ovo je, za pretpostaviti, iscrpan i dugotrajan posao koji zahtjeva koordinaciju velikog broja stručnjaka. Glavni pak problem glede Komisije, ističe M. Antokolskaia, leži u njezinom autoritetu.<sup>35</sup> Naime, neka radna skupina za izradu zakona u državama svakako će imati iza sebe političku podršku koja je, u tim situacijama, sasvim dovoljna bez obzira na razinu stručnosti skupine. Ista autorica tvrdi da Komisija za europsko obiteljsko pravo, kao i druge organizacije sličnog karaktera, ne uživa političku podršku jer se radi o nezavisnom tijelu sastavljenom isključivo od stručnjaka, a kojima je akademska pozadina jedini faktor kojim se u javnosti mogu akreditirati glede svog rada,<sup>36</sup> te upravo zbog tog razloga oni u svom radu imaju daleko veću slobodu u odabiru harmonizacijskih pravila nego zakonodavne skupine ali, isto tako, s druge strane, imaju i poteškoća s opravdavanjem tog odabira osobito ako neko od tih rješenja nije svojstveno većini zakonodavnih rješenja država članica EU.<sup>37</sup> Međutim, stvarna praksa govori suprotno. Kako je izvjesno da je rad Komisije za europsko obiteljsko usklađen s aktivnostima Europske komisije, a što, čini se, nije slučajnost, jasno je da ipak i Komisija za europsko obiteljsko pravo danas uživa svojevrsni politički autoritet.

Dakle, što se samog procesa harmonizacije na inicijativu EU tiče, on bi, ukratko, izgledao ovako: Europska unija, odnosno njezina tijela, sukladno ovlastima iz temeljnih ugovora donose razne akte, a jedni od kojih akata su i tzv. direktive - pravni akti s horizontalnim učinkom koji obvezuju sve države članice da u svoje pravo inkorporiraju rješenja koja će odgovarati cilju koji se direktivom želi postići.<sup>38</sup> Dakle, državi se ostavlja na dispoziciju na koji će način ona to učiniti. Iz tog razloga, V. Bouček označava harmonizaciju putem direktiva kao stupnjevit proces.<sup>39</sup> Prvi bi se stupanj odnosio na postupak u kojem se formira tekst direktive te njeno konačno usvajanje od za to nadležnih tijela EU,<sup>40</sup> dok bi drugi stupanj pretpostavljao implementaciju te direktive od strane država članica u njihove nacionalne sustave. Djelovanje, pak, Komisije za obiteljsko pravo bitno je i u prvom i u drugom stupnju prilikom donošenja direktiva (a općenito i drugih neobvezujućih akata EU kao npr. Zelenih knjiga ili izvješća) koje se tiču obiteljskog prava. Što se prvog stupnja tiče - iako Komisija za obiteljsko pravo nije institucija EU, a kako to ističe i I. Majstorović, njezin rad u pravilu prethodi djelovanju Europske komisije<sup>41</sup> te je od presudnog utjecaja na rad Europske komisije u pogledu obiteljskog prava, odnosno na sadržaj akata koje tijela EU u konačnici donose. U drugom stupnju rad Komisije (kako općenito tako i onaj iz prvog stupnja ovog procesa) trebao bi služiti kao daljnji pokazatelj smjera zakonodavcu u postupku implementacije rješenja iz direktiva EU, a vrijednost te uloge je tim veća iz razloga što je Komisija prisutna od početka procesa harmonizacije određenog pitanja. Dakle, moglo bi

<sup>34</sup> Načela su dostupna na: <http://ceflonline.net/principles/>, (20.10.2015.)

<sup>35</sup> ANTOKOLSKAIA, *op. cit.*, bilj. 17., treće navedeno djelo, str. 162.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Lisabonski ugovor, Službeni list Europske unije, C 306, od 17.12.2007., Ugovor o funkcioniranju Europske unije, Službeni list Europske unije, C 83, od 30.3.2010., čl. 288. st. 3.

<sup>39</sup> BOUČEK, *op. cit.*, bilj. 3., str. 32.

<sup>40</sup> Ugovor o funkcioniranju Europske unije, čl. 293. – 299.

<sup>41</sup> I. MAJSTOROVIĆ: Razvod braka u hrvatskome pravu i Načelima Komisije za europsko obiteljsko pravo, str. 381. – 428., u: B. REŠETAR, M. ŽUPAN (ur.): Imovinskopravni aspekti razvoda braka - hrvatski, europski i međunarodni kontekst, Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera, Osijek, 2011., str. 382.

se reći da rad Komisije za obiteljsko pravo prati postupak harmonizacije na području obiteljskog prava do njegovog kraja.<sup>42</sup>

Međutim, o djelovanju rada i zaključaka Komisije ne bi se trebalo razmišljati samo u kontekstu procesa harmonizacije u EU povodom inicijative tijela EU, već i u općem procesu harmonizacije obiteljskopravnog zakonodavstva na vlastitu inicijativu država članica gdje se one mogu rukovoditi stajalištima Komisije. Kako bi se, gledajući općenito, moglo reći da postoji potreba, i to na granici obveze, europskih država da se prilagođavaju modernim uvjetima, tako bi se moglo reći i da iz te opće potrebe proizlazi ona konkretnija – da države konstantno preispituju svoja zakonodavna rješenja te da, ako je to potrebno, pristupe njihovom „korigiranju“. Kada se toj potrebi doda još i činjenica da obiteljsko pravo do nedavno nije bilo od pretežito značajnog interesa za EU,<sup>43</sup> jasno je da je državama na dispoziciju ostavljena odluka o modernizaciji svojih zakonodavstava, odnosno da države same odluče što se uopće može smatrati „modernim“ dovoljno da opravdava zakonodavne korekcije. Međutim, to je delikatna stvar koja mora biti vođena isključivo prema pravilima pravne struke, a prema stvarnom stanju u pojedinoj državi, jer u protivnom može nastupiti velika šteta nacionalnom zakonodavstvu, ponajprije u pravnom i financijskom smislu. Ovdje, primjera radi, ponovno se prisjetimo negativnog efekta ObZ-a iz 2014. Kako je već rečeno, taj zakon je prezentiran u prvom redu kao moderan i reformistički, kao da su ta dva pridjeva sama po sebi sasvim dovoljna za opravdavanje njegovog donošenja. Međutim, takav pristup provođenju modernizacije i reforme zakonodavstva nije dobar. Reforme zakonodavstva se moraju provoditi kroz prizmu stvarnog stanja stvari, na način da one predstavljaju korak dalje od postojećeg stanja, a ne da se one provode zbog same ideje pojma „reforma“. Vršiti skoro pa radikalne promjene tamo gdje takve promjene nisu potrebne recept je za pravnu „katastrofu“, ponajprije u obliku teškog narušavanja pravne sigurnosti. Također, spomenuli smo i glavne faktore razvoja obiteljskog prava – društvo, politika i pravo – te da proces donošenja obiteljskopravnog zakonodavnog okvira ponekad može zaobići politiku kao drugu kariku u tom procesu. Međutim, kada politika pokuša zaobići društvo i postojeće pravo, u prvom redu sudsku praksu, kao relevantne faktore u formiranju novog obiteljskopravnog zakonodavstva, svojim ovlastima pod svaku cijenu „namećući“ proizvoljna rješenja, dogodi se situacija kao i ova s ObZ-om iz 2014. Nedvojbeno je da je novi ObZ, s obzirom na stvarno stanje društva i prava, nespojiv sa suvremenim hrvatskim nacionalnim sustavom.<sup>44</sup>

Sumarno, može se reći da se proces harmonizacije europskog obiteljskog prava odvija u dva smjera: u prvom EU kroz svoje akte potiče države članice radi provođenja harmonizacije, a u drugom države članice samostalno, rukovodeći se komparativnim rješenjima u drugim državama članicama, harmoniziraju svoje pravo dok, pak, Komisija za europsko obiteljsko pravo „lebdi“ nad ta dva oba smjera harmonizacije s ulogom „pokazatelja smjera“ radi odabira ispravnih rješenja.

Valja razjasniti i sljedeće - u okvirima EU kao regionalne organizacije u kojoj se nalaze gotovo sve države na području Europe, opći pojam modernizacije ustupa mjesto pojmu europeizacije. V. Bouček pojašnjava da europeizacija kao proces ima dvije sastavnice: prvu – „*ius commune*“ kao pojam kojim se označava skup zajedničkih europskih pravnih temelja i, drugu, komunitarizaciju kao društvenu pojavu u EU obilježenu trendom da države članice sve više svoje nadležnosti iz domene donošenja pravnih normi ustupaju EU.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Ovu konstataciju ne treba uzeti doslovno, već više kao općenitu opservaciju u pogledu samog toka procesa harmonizacije, ponajprije zato što je teško reći je li ikoji proces harmonizacije, u smislu uspješnosti provedbe, ikada „ugledao svoj kraj“.

<sup>43</sup> Tek je stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora 2009. godine obiteljsko pravo postalo, u pravom smislu riječi, novo pravno područje u kontekstu prava EU; više u: MAJSTOROVIĆ, *op. cit.*, bilj. 1, str. 1. - 3.

<sup>44</sup> Treba napomenuti da 1. studenog 2015. godine stupa na snagu novi Obiteljski zakon, Narodne novine 103/15.

<sup>45</sup> BOUČEK, *op. cit.*, bilj. 3., str. 17. - 22.

Na ovome mjestu treba obratiti pozornost i na to što modernizacija točno znači. Radi definiranja tog pojma u kontekstu ovog rada, prisjetimo se teorije o „spiralnom“ kretanju M. Antokolskaie (v. *supra*), prema kojoj je temeljna odlika procesa modernizacije europskog obiteljskog prava općenito, pa tako nužno i onog u užem smislu, zapravo vraćanje na liberalniji sustav uređenja obiteljskopравnih odnosa. Dakle, europsko obiteljsko pravo u cijelosti teži iznimnoj liberalizaciji zakonskih rješenja, pa stoga ispravno ističe I. Majstorović da se u srži toga procesa radi o oslabljivanju obitelji, a ne njenom osnaživanju.<sup>46</sup> U današnjem svijetu, osobito u ekonomski razvijenijim državama, pretežito je zastupljeno stajalište da su „moderna rješenja nužno i bolja“. Međutim, je li to zaista tako? Ako pažljivo pogledamo, vidjet ćemo da tradicionalnija rješenja nisu uvijek bila najbolja, međutim isto to se, i to u barem istoj mjeri, može reći i za ona liberalnija. I jedna i druga rješenja zajedno čine povijest cijelog prava, pa tako i obiteljskog, te ih stoga treba uvijek odmjereno „vagati“ od slučaja do slučaja. Ako *a priori* odbacimo ijednu od te dvije kategorije, automatski negiramo sve ono čemu je ona bila uzrok, povod ili posljedica a što je, barem na neki način, dovelo do obiteljskog prava kako ga poznajemo danas.

Sada ćemo obratiti pozornost na način iznalaženja pravila koja će biti temeljem procesa harmonizacije europskog obiteljskog prava. Taj zadatak nipošto nije jednostavan, a zašto je tomu tako, uvidjeli smo u dijelu ovog rada o faktorima razvoja obiteljskog prava (v. *supra*).

Sam pojam harmonizacije implicira da će harmonizirana pravila biti izvedena iz nekih već postojećih zakonskih rješenja, prije nego što će ih „izumiti“ njihovi sami autori.<sup>47</sup> M. Antokolskaia ukazuje da se u svom radu autori harmoniziranog prava mogu opredijeliti za jednu od dvije metode: metoda „zajedničke jezgre“ ili metoda „boljeg prava“.<sup>48</sup>

Metoda „zajedničke jezgre“ podrazumijeva korištenje onog pravila koje je najprihvaćenije u većini pravnih sustava.<sup>49</sup> Međutim, nipošto se ne bi smjelo raditi o pukom „prepisivanju“ jer, iako se u srži radi o vrlo sličnim rješenjima, ona ipak moraju biti prilagođena pravnom sustavu u kojega se implementiraju na način da pritom zadrže onu svoju temeljnu funkciju.<sup>50</sup> Osnovne karakteristike ove metode su u tom što pravila koja se utvrde njenim korištenjem nemaju dovoljno velik stupanj modernosti i inovativnosti koji bi trebao biti zastupljen s obzirom na tendencije u pravu EU.<sup>51</sup> M. Antokolskaia, međutim, upozorava da, s obzirom na različitosti zakonodavnih rješenja među državama članicama, iznalaženje „zajedničke jezgre“ za neka obiteljskopравna pitanja može biti skoro pa i nemoguća zadaća.<sup>52</sup>

S druge strane, metoda „boljeg prava“ temelji se na principu odabira onog rješenja koje nije prihvaćeno u velikom broju pravnih sustava već obrnuto, riječ je o manjinskom rješenju. Međutim, rješenja utvrđena ovom metodom bi zadovoljavala kriterij stupnja modernosti svojstven tendencijama prava EU.<sup>53</sup> M. Antokolskaia se zalaže za ovu metodu iz razloga što smatra da će okviri harmonizacije postavljeni korištenjem metode „boljeg prava“ biti puno širi nego što bi to bili okviri nastali korištenjem metode „zajedničke jezgre“, pa će pritom konzervativnije skupine zadržati mogućnost za realizaciju svojih stajališta, dok bi u obrnutom slučaju, tj. izrade okvira harmonizacije temeljem metode „zajedničke jezgre“, liberalne skupine bile jako ograničene u svojim naumima.<sup>54</sup>

<sup>46</sup> MAJSTOROVIĆ, *op. cit.*, bilj. 1., str. 6.

<sup>47</sup> ANTOKOLSKAIA, *op. cit.*, bilj. 17, treće navedeno djelo, str. 160.

<sup>48</sup> *Ibid.*; eng. „common core“ i „better law“ metode

<sup>49</sup> *Ibid.*, str. 160. - 162.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.*, str. 160.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.*, str. 180. i 181.

### 3.4. Međuzaključak

Uvidjeli smo koliko je presudna uloga nacionalnih sustava u procesu harmonizacije. Kako je riječ o procesu koji je obojan tendencijom vječnog kretanja prema modernijem, liberalnijem, svi nacionalni sustavi u Europskoj uniji su konstantno pod "pritiskom" tog toka razvoja, ali to nipošto ne znači da oni moraju pred njim ustuknuti.<sup>55</sup> Naravno, što se obiteljskog prava tiče, nisu sve države u svakom trenutku uvijek na istom stupnju razvoja glede određenih instituta, već se one međusobno, u neodređenim vremenskim razmacima, prate. M. Antokolskaia kaže da je upravo ta vremenska razlika između usvajanja rješenja istog stupnja modernosti u različitim državama glavni „krivac“ za raznolikost nacionalnih obiteljskopравnih sustava, pa samim time i prepreka, ali ne nepremostiva, procesima harmonizacije i unifikacije.<sup>56</sup> Cijela dosad izložena konstrukcija nameće zaključak da barem okvirni razvoj europskog obiteljskog prava nije nepredvidljiv. Po mišljenju autora, tri su faze u razvoju europskog obiteljskog prava u pogledu svakog pojedinačnog pitanja vezanog za materijalno obiteljsko pravo, ma koliko god ono općenito ili konkretno bilo:

- u prvoj, svi pojedinačni nacionalni sustavi u Europskoj uniji općenito moraju sazrijeti za prihvaćanje određenog rješenja. Tako su, npr., Irska 1995. godine a Malta 2011. godine tek uopće uvele pravo na razvod braka. Što se te dvije zemlje tiče, a po pitanju razvoda braka, do tih trenutaka nikako nije ni moglo biti riječi o drugoj, a kamoli trećoj, fazi razvoja;

- u drugoj fazi dolazi do harmonizacije pravila koja se tiču tog određenog rješenja. Tako se npr. u pogledu brakorazvodnih razloga u različitim državama prihvaćaju sve sličnija rješenja pa je sasvim realno i za očekivati da bi neke države koje još poznaju posebne brakorazvodne razloge iste u budućnosti mogle i ukinuti radi harmonizacijskih razloga. Po mišljenju autora, nije nemoguća i konstrukcija u kojoj harmonizacija cjelokupnog europskog obiteljskog prava potraje toliko dugo da se može reći da je ona zapravo stalno stanje, stalni proces bez kraja, jer će uvijek biti nešto što treba harmonizirati. Međutim, treba vjerovati da će države, i Europska unija kao međunarodna organizacija, znati izaći iz tog „začaranog kruga“ ako bi se našla u njemu. U svakom slučaju, harmonizacija je podloga za uspješno provođenje iduće faze;

- treća faza podrazumijeva unifikaciju, takoreći „Sveti gral“ materijalnog europskog obiteljskog prava. Unifikacijom bi se donosila jednoobrazna pravila glede materijalno-pravnih pitanja iz područja obiteljskog prava koja bi imala obvezujuć učinak za sve države članice, a kojima bi se po strani stavljalo njihovo zakonodavstvo u onom dijelu u kojem bi bilo uređeno unificiranim pravilom. Za sada, ne postoji ni jedno pitanje materijalnog prava koje je uređeno unificiranim pravilom. Unifikacija u kontekstu europskog obiteljskog prava može se za sada smatrati uspješnom samo u smislu djelomične unifikacije određenih kolizijskopравnih i procesnopравnih pravila, a o čemu će biti riječi u nastavku ovog rada.

## 4. Unifikacija europskog obiteljskog prava

### 4.1. Općenito

Kako je ranije istaknuto, unifikacija materijalnog europskog obiteljskog prava predstavlja naizgled nedostižnu realnost. Međutim, ne treba se obeshrabriti zbog složenosti teme. Kako je rečeno *supra*, proces europeizacije ima dvije sastavnice: *ius commune* i proces komunitarizacije. Za proces komunitarizacije, istaknuli smo, značajno je da nacionalni sustavi sve više ustupaju svoje nadležnosti glede donošenja pravnih normi Europskoj uniji, a

<sup>55</sup> *Ibid.*, str. 172.

<sup>56</sup> *Ibid.*; ANTOKOLSKAIA, *op. cit.*, bilj. 2., str. 17.

što je zapravo osnova unifikacije europskog prava.<sup>57</sup> Stoga, da bi došlo do većih promjena u zakonodavstvu EU, a što unifikacija obiteljskog prava svakako jest, sve države članice moraju biti s time suglasne.

Forma pak kojom se unifikacija općenito u EU provodi su uredbe EU.<sup>58</sup> One imaju izravan učinak te su obvezujuće u pogledu svog sadržaja, a nacionalno zakonodavstvo se, u pogledu pitanja koje uređuje uredba, stavlja po strani.<sup>59</sup> Dakle, uredbe su akti kojima se unifikacija konačno provodi, međutim, mada se ne radi o izravnim unifikacijskim instrumentima, treba spomenuti i još tri važna faktora utjecaja na pitanje unifikacije europskog obiteljskog prava, jednog u okviru djelovanja same EU, a druga dva u okviru djelovanja dviju zasebnih međunarodnih organizacija koje su neovisne o EU, ali unatoč toj činjenici imaju presudan utjecaj na unifikaciju europskog obiteljskog prava. Prvi je, dakle, faktor Povelja Europske unije, drugi je jurisprudencija sudbenog tijela Vijeća Europe - Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu - temeljem Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama te, treći, rad Haške konferencije za međunarodno privatno pravo.

Stoga ćemo u nastavku rada ukratko analizirati: Europsku Povelju o temeljnim pravima,<sup>60</sup> najvažnije uredbe EU u području europskog obiteljskog prava, važnost Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u nastavku: EKLJP) i Europskog suda za ljudska prava (u nastavku: ESLJP) u procesu unifikacije te ćemo na kraju obratiti pozornost i na važnost Haške konferencije za međunarodno privatno pravo. Sve navedene sastavnice bit će razmotrene sumarno, s naglaskom na karakteristike bitne za unifikaciju europskog obiteljskog prava.

## 4.2. Akti EU u kontekstu unifikacije europskog obiteljskog prava

### 4.2.1. Povelja o temeljnim pravima Europske unije

Povelja o temeljnim pravima Europske unije usvojena je 2000. godine kao neobvezujućí pravni akt, te je u tako neobvezujućem svojstvu djelovala sve do 1. prosinca 2009. godine, kada je na snagu stupio Lisabonski sporazum i Povelju učinio obvezujućim za, u pravilu,<sup>61</sup> sve države članice.<sup>62</sup> U kontekstu unifikacije europskog obiteljskog prava, važnost Povelje leži ponajprije u tome što svojom obvezatnošću utječe na njegov razvoj, pa tako svi akti koje donose institucije EU moraju biti u skladu s Poveljom. Osim toga, u skladu sa zahtjevima Povelje radi zaštite temeljnih prava moraju biti i mjere koje država provodi radi implementacije direktiva, kao i odluke koje donose državna tijela primjenjujući pravo EU.<sup>63</sup> Što se svog sadržaja tiče, Povelja je jako slična EKLJP donesenoj 1951. godine u okviru Vijeća Europe, a kako je između donošenja ta dva akta prošlo više od 50 godina, Povelja se može smatrati prilagođenijom potrebama novijih vremena. Neka od bitnijih prava iz Povelje relevantna za unifikaciju europskog obiteljskog prava su: pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života iz čl. 7., pravo na sklapanje braka i osnivanje obitelji iz čl. 9., prava djece iz čl. 24., pravo obitelji na pravnu, ekonomsku i društvenu zaštitu iz čl. 34., itd.

<sup>57</sup> BOUČEK, *op. cit.*, bilj. 3., str. 19.

<sup>58</sup> Ugovor o funkcioniranju Europske unije, čl. 288.

<sup>59</sup> BOUČEK, *op. cit.*, bilj. 3., str. 26.

<sup>60</sup> Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

<sup>61</sup> Države koje nisu obvezane Poveljom su Velika Britanija i Poljska; v. čl. 1. Protokola br. 30 Povelji EU; tzv. "opt-out" klauzula

<sup>62</sup> A. KORAČ - GRAOVAC: Povelja o temeljnim pravima Europske unije i obiteljsko pravo, str. 25. - 53., u: BODIROGA - VUKOBRAT, N. et al., *Europsko obiteljsko pravo*, Zagreb, 2013., str. 26.; BOUČEK, *op. cit.*, bilj. 3., str. 125.

<sup>63</sup> *Ibid.*, prvo navedeno djelo, str. 29.; također v.: [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/index_en.htm), (20.10.2015.)

Treba spomenuti da Povelja ne ulazi u definiciju pojma „obitelj“ već određenje tog pojma ostavlja nacionalnim sustavima.

Zanimljivo je da su početne tendencije u Europske unije (tada Europske zajednice, odnosno EZ) bile takve da se obitelj označi kroz prizmu tradicionalnog shvaćanja: kao heteroseksualna zajednica u kojoj je muškarac glava i hranitelj obitelji a žena ponajprije ona koja pazi na obitelj, dok su djeca smatrana „dodatkom“ koji ovisi o muškarcu i ženi.<sup>64</sup> Ovakav je stav bio produktom jurisprudencije Europskog suda, a koji stav se razvijao u kontekstu sudske prakse vezane za načela slobodnog kretanja i jednakosti spolova.<sup>65</sup> S vremenom je ovakvo tradicionalno shvaćanje popuštalo te je u konačnici u potpunosti popustilo modernističkim tendencijama. Dokaz za to je današnja struktura članka 9. Povelje o pravu na sklapanje braka i zasnivanje obitelji: „Pravo na sklapanje braka i zasnivanje obitelji jamči se sukladno nacionalnim propisima koji uređuju ostvarivanje tih prava.“. Dakle, ispušteno je načelo heteroseksualnosti braka kao nužna pretpostavka za sklapanje braka,<sup>66</sup> što je u potpunosti suprotno početnim tendencijama Europske zajednice. Također, ova konstrukcija je bitni pokazatelj da se EU prilagođava općem stanju na svom području,<sup>67</sup> te, s druge strane, i dalje pokazuje da EU ne intervenira na području materijalnog obiteljskog prava, osobito ako uzmemo u obzir da Poveljom nije predviđeno ni pravo na razvod braka već je to pitanje ostavljeno na odluku državama članicama.<sup>68</sup>

#### 4.2.2. Uredba Bruxelles II bis

Uredba Bruxelles II bis skraćeni je naziv za Uredbu Vijeća (EZ) 2201/2003 od 27. studenog 2003. o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti i ukidanju Uredbe (EZ) br. 1347/2000.<sup>69</sup> Primjenjuje se u građanskim postupcima glede: razvoda braka, rastave ili poništaja braka te dodjeljivanja, ostvarivanja, ustupanja, ograničavanja ili prestanka roditeljskih odgovornosti.<sup>70</sup> Što se bračnih predmeta tiče, Uredba pod odredbama o općoj međunarodnoj nadležnosti predviđa cijeli niz alternativnih poveznica po kriteriju uobičajenog boravišta sukladno kojima se može ustaliti nadležnost suda u državama članicama EU, a uz mogućnost ustaljenja nadležnosti i prema poveznici zajedničkog državljanstva bračnih drugova.<sup>71</sup> Uz to, Uredba predviđa i nekoliko drugih oblika međunarodne nadležnosti. U predmetima roditeljske odgovornosti, primarna poveznica je uobičajeno boravište djeteta, uz određene iznimke u Uredbom predviđenim situacijama.<sup>72</sup>

Od našeg osobitog interesa su odredbe o priznanju odluka, kojima se predviđa automatski (*ipso iure*) sustav priznanja odluka u svim državama članicama,<sup>73</sup> osim u Danskoj,

<sup>64</sup> C. McGLYNN: Challenging the European Harmonisation of Family Law: Perspective on “The Family“, str. 219. - 237., u: K. BOELE – WOELKI (ed.): Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Intersentia, 2003., str. 219.; tako i presuda ESP 59/85 *Netherlands v Reed* [1986] ECR 1283

<sup>65</sup> *Ibid.*, prvo navedeno djelo

<sup>66</sup> KORAĆ GRAOVAC, *op. cit.*, bilj. 59., str. 39.; MAJSTOROVIĆ, *op. cit.*, bilj. 1, str. 17. i 18.

<sup>67</sup> Do donošenja Povelje već je nekoliko država bilo legaliziralo pravo na istospolni brak. U vezi istospolnih brakova, zanimljiv je primjer Irske kao zemlje u kojoj je značajan utjecaj Katoličke crkve, a gdje je 2015. godine na referendumu usvojena izmjena Irskog Ustava kojom se ozakonio istospolni brak.

<sup>68</sup> KORAĆ GRAOVAC, *op. cit.*, bilj. 59., str. 39.; MAJSTOROVIĆ, *op. cit.*, bilj. 1, str. 17.

<sup>69</sup> OJ L 367, 14.12.2004.

<sup>70</sup> Bruxelles II bis, čl. 2. st. 1.

<sup>71</sup> Bruxelles II bis, čl. 3. st. 1. toč. a) i b); Ova je Uredba tzv. *regulation double* jer sadrži pravila o izravnoj nadležnosti.

<sup>72</sup> Bruxelles II bis, čl. 8. - 15.

<sup>73</sup> Bruxelles II bis, čl. 21.; H. SIKIRIĆ: Bračni predmeti prema Briselskoj uredbi II bis, str. 203. - 229., u: BODIROGA - VUKOBRAĆ, N. et al., Europsko obiteljsko pravo, Zagreb, 2013., str. 223.

što znači da nije potreban nikakav postupak za priznanje sudske odluke donešene u drugoj državi članici temeljem Uredbe Bruxelles II *bis*. Naime, kako ne postoje materijalno-pravna pravila na razini EU, u obiteljskopравnim situacijama s međunarodnim obilježjem koja potpadaju pod polje primjene ove Uredbe sudovi će morati primjenjivati svoje kolizijskopравne odredbe radi utvrđenja mjerodavnog materijalnog prava, a rezultati čega mogu biti najrazličitiji s obzirom da zakonodavstva država članica još uvijek sadrže različite poveznice za takve vrste predmeta. Tako se može dogoditi da se, npr. u brakorazvodnom sporu mora primijeniti poljsko pravo, te će se donešena odluka morati automatski priznati u npr. Švedskoj. Vidimo dakle da bi u toj situaciji jedna iznimno liberalna država po sustavu uređenja nacionalnog obiteljskog prava *ipso iure* priznavala odluku temeljenu na pravu jedne iznimno konzervativno opredjeljene države po pitanju obiteljskopравnog uređenja. Doduše, još interesantnija bi bila obrnuta situacija, tj. da Poljska mora priznati odluku temeljenu na švedskom pravu. Naravno, uvijek je moguće da se države u kojima se priznanje traži pozovu na odredbe o javnom poretku<sup>74</sup> pa odbiju priznanje takve odluke ako se ona ne slaže sa njenim ustavnopravnim uređenjem ili kakvim drugim faktorom koji čini javni poredak određene države, ali treba uzeti da broj takvih situacija nije velik, ponajprije zato što i sam Europski sud jako usko tumači pojam javnog poretka i smatra da bi se na njega trebalo pozivati samo u iznimnim slučajevima.<sup>75</sup>

Moglo bi se stoga reći da se pod ruhom konstrukcije o slobodnom kretanju odluka<sup>76</sup> unutar EU provodi svojevrsna „nepravna“ materijalnopравna unifikacija kroz unificirana procesnopравna rješenja. Dakle, kroz *ipso iure* priznanje odluke zapravo se za svaki konkretni slučaj primjenjeno materijalnopравno pravilo mjerodavnog prava, a koje je pravni temelj te odluke, samo glede toga slučaja stavlja u onaj položaj kojeg bi, ako do toga uopće i dođe, nekada u budućnosti imala unificirana europska materijalnopравna pravila obiteljskog prava, tj. da primjenjeno pravilo, u svakom konkretnom slučaju, kroz priznanje odluke postane obvezujuće za sve države članice. U svakom slučaju, ovakvo rješenje je za sada najbliže što je europsko obiteljsko pravo došlo pravom pojmu materijalnopравne unifikacije obiteljskog prava.

Valja spomenuti i da Bruxelles II *bis* također, u odredbama o povratku djeteta koje je na nezakonit način oduzeto ili zadržano u državi članici različitoj od one gdje dijete ima uobičajeno boravište,<sup>77</sup> izrijeком priznaje Haškoj konvenciji iz 1980. godine<sup>78</sup> važnost kao pravnom temelju za odluku o usvajanju zahtjeva za povratkom djeteta. O tome što to točno znači u kontekstu unifikacije europskog obiteljskog prava, bit će riječi *infra*.

#### 4.2.2. Uredba o uzdržavanju

Puni naziv Uredbe o uzdržavanju je Uredba Vijeća (EZ) br. 4/2009 od 18. prosinca 2008. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršenju sudskih odluka te suradnji u stvarima koje se odnose na obvezu uzdržavanja.<sup>79</sup> Kao što se iz samog naziva vidi, Uredbom je obuhvaćen ne samo procesnopравni aspekt, već i kolizijskopравni aspekt unifikacije europskog obiteljskog prava. Polje primjene Uredbe obuhvaća samo obveze uzdržavanja proizašle iz obiteljskopравnih odnosa, krvnog srodstva, bračnih odnosa ili tazbinskog srodstva.<sup>80</sup>

<sup>74</sup> Bruxelles II *bis*, čl. 22.

<sup>75</sup> BOUČEK, *op. cit.*, bilj. 3., str. 136. i 137.

<sup>76</sup> H. Sikirić tvrdi da se takvo slobodno kretanje odluka temelji na povjerenju u pravne sustave država članica i njihovoj načelnoj istovrijednosti.; više u., SIKIRIĆ, *op. cit.*, bilj. 69., drugi navedeni izvor, str. 229. i 230.

<sup>77</sup> Bruxelles II *bis*, čl. 11.

<sup>78</sup> Puni naziv: Haška konvencija o građanskim aspektima međunarodne otmice djece iz 1980.

<sup>79</sup> OJ L 7, 10.1.2009.

<sup>80</sup> Uredba o uzdržavanju, čl. 1.

Slično kao i Bruxelles II *bis*, Uredba o uzdržavanju, što se tiče opće međunarodne nadležnosti, sadrži niz alternativnih poveznica te nekoliko drugih oblika međunarodne nadležnosti.<sup>81</sup>

Ova Uredba je specifična po tome što je njezin temelj Haška konvencija o međunarodnoj naplati potpore za djecu i drugih oblika obveza uzdržavanja iz 2007. godine (Haška konvencija o uzdržavanju) te Protokol uz tu konvenciju o pravu mjerodavnom za obveze uzdržavanja. Naime, Uredba radi utvrđenja mjerodavnog prava upućuje na primjenu Protokola,<sup>82</sup> što predstavlja presedan u ovakvim oblicima akata.<sup>83</sup> Druga specifičnost je u tome što Uredba predviđa dvostruki princip priznanja i ovrhe odluka donešenih u postupcima koji se vode sukladno njenim pravilima: prvi, u slučajevima gdje je država u kojoj je donešena odluka vezana Haškim protokolom, te drugi u slučajevima gdje država u kojoj je donešena odluka nije vezana Haškim protokolom.<sup>84</sup> U prvom slučaju, odluka se priznaje u drugoj državi članici bez potrebe pokretanja posebnog postupka i bez mogućnosti ukinuća njezina priznavanja te je izvršiva u drugoj državi članici bez potrebe proglašavanja njezine izvršnosti, tj. ukinuta je potreba za egzekvaturom.<sup>85</sup> Drugi pak princip usvaja opći sustav *ipso iure* priznanja slično kao i Uredba Bruxelles II *bis*, uz nužnost proglašavanja odluke izvršnom na zahtjev stranake.<sup>86</sup> Doduše, Uredba ima još jednu posebitost koja proizlazi iz točke 25. Preambule Uredbe: „*Jedina je svrha priznavanja sudske odluke u predmetima uzdržavanja u drugoj državi članici omogućiti naplatu zahtjeva za uzdržavanje koji je utvrđen u sudskoj odluci. Iz odluke ne proizlazi da ta država članica priznaje obiteljski odnos ili roditeljstva, brak ili tazbinsko srodstvo na kojima je utemeljena obveza uzdržavanja i na temelju koje je donesena odluka.*“ Dakle, priznanje odluke po Uredbi za uzdržavanje nema onaj efekt „neprave“ unifikacije materijalnog europskog obiteljskog prava u svakom konkretnom slučaju kao što to ima priznanje po Uredbi Bruxelles II *bis*, već se radi samo o olakšanju naplate, ali zato unifikacijske tendencije na području materijalnog obiteljskog prava po pitanju instituta uzdržavanja ova Uredba pokazuje kroz odredbu o izboru mjerodavnog prava, bez obzira što se radi o sudjelovanju „posrednika“ u tom procesu, tj. Haškog protokola.

#### 4.2.3. Rim III

Uredba Vijeća (EU) br. 1259/2010 od 20. prosinca 2010. o provedbi pojačane suradnje u području prava mjerodavnog za razvod braka i zakonsku rastavu,<sup>87</sup> odnosno Uredba Rim III, Uredba je kojom se po prvi puta uređuje kolizijskopравни aspekt glede razvoda i rastave braka na razini EU. U preambuli Uredbe stoji i razlog: „*Povećanje mobilnosti građana zahtijeva veću fleksibilnost i pravnu sigurnost. Kako bi se ostvario taj cilj, ovom se Uredbom treba povećati autonomija stranaka u područjima razvoda braka i zakonske rastave dajući im ograničenu mogućnost odabira prava mjerodavnog za njihov razvod ili zakonsku rastavu.*“<sup>88</sup>

<sup>81</sup> Uredba o uzdržavanju, Poglavlje II

<sup>82</sup> *Ibid.*, čl. 15.

<sup>83</sup> M. ŽUPAN: Uzdržavanje u pravu Europske unije, str. 267. - 287., u: N. BODIROGA VUKOBRAT et al., Europsko obiteljsko pravo, Zagreb, 2013., str. 269.

<sup>84</sup> *Ibid.*, str. 285.

<sup>85</sup> *Ibid.*; Uredba o uzdržavanju, čl. 17.

<sup>86</sup> V. više u: Uredba o uzdržavanju, čl. 23. - 38.

<sup>87</sup> OJ L 23, 28.1.2014.; Službeni prijevod Uredbe na hrvatskom dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1259&from=EN>, (20.10.2015.); pri korištenju teksta službenog prijevoda, autor je odlučio zamijeniti riječi "primjenljivog" i "autonomnost" s riječima "mjerodavnog" i "autonomija", smatrajući da su prevoditelji izvornog teksta pristupili prijevodu isuviše gramatički, pa je zbog toga došlo do upotrebe određenih izraza u službenom prijevodu koji se gotovo i ne upotrebljavaju u hrvatskoj pravnoj teoriji i praksi.

<sup>88</sup> Toč. 15. Preambule Uredbe Rim III



U prvotnom obliku, ujednačavanje kolizijskopравnih pravila glede razvoda i rastave braka na razini EU bilo je zamišljeno kroz dopunu Uredbe Bruxelles II *bis* 2006. godine, međutim osjetljivost pitanja zbog različitih stajališta država članica po tom pitanju dovela je do brojnih neslaganja.<sup>89</sup> Iako dopuna Uredbe Bruxelles II *bis* propada, dio se pak država članica ipak odlučio predložiti Europskoj komisiji donošenje posebne uredbe kroz primjenu instituta pojačane suradnje, sukladno Ugovoru o Europskoj uniji.<sup>90</sup>

Osnovni razlog neslaganja ležao je u tome što je sama narav prijedloga dopune, pa tako i sam Rim III, dosta liberalne naravi - strankama se u prvom redu dopušta da sporazumom odrede mjerodavno pravo za slučaj razvoda ili rastave braka.<sup>91</sup> Komisija donošenje ovakvog rješenja opravdava kroz tvrdnje da će se njegovom primjenom pojačati pravna sigurnost i predvidljivost,<sup>92</sup> te da će ono smanjiti broj slučajeva *forum shopping*-a i *forum running*-a.<sup>93</sup> Naime, prema Bruxelles II *bis* strankama se daju različite mogućnosti pri odabiru države članice gdje će podnijeti tužbu radi razvoda braka i to na način da se postupak vodi u pravilu samo pred sudom koji se prvi proglasio nadležnim, pa dokle god ta Uredba postoji bez komplementarnog pravnog izvora koji će ujednačiti kolizijskopравni aspekt europske obiteljskopравne regulative, uvijek će biti opasnosti od obje vrste zloupotreba. Iako je taj komplementarni pravni izvor zapravo trebao biti inkorporiran u samu Uredbu Bruxelles II *bis*, on je ipak zaživio u samostalnoj formi kroz Uredbu Rim III, ali s "okrtnjenim" efektom - do danas (listopad, 2015.) pristupilo mu je 16 država članica.

Rim III, te postupak njegovog donošenja, bitan je indikator sudbine unifikacije materijalnog europskog obiteljskog prava. Iako se ovdje radi o kolizijskopравnom ujednačavanju, jasno je da u EU još uvijek postoji veliki otpor ideji dopuštanja zadiranja EU u nadležnost država da uređuju obiteljskopравne odnose, bilo izravno donoseći unificirana materijalno-pravna pravila ili neizravno davajući strankama mogućnost odabira mjerodavnog prava.

Što se tiče Republike Hrvatske, postavlja se pitanje bi li pristupanje Rim III Uredbi odgovaralo društveno-pravnom stanju u državi. Odgovor na ovo pitanje dale su V. Tomljenović i I. Kunda, tvrdeći da bi RH pristupanjem Uredbi Rim III dobila nekoliko beneficija: povećanje pravne sigurnosti, predvidljivosti ishoda i fleksibilnosti radi omogućavanja kretanja osoba u EU te bi osuvremenila postojeća kolizijska pravila glede predmeta razvoda braka s međunarodnim obilježjem,<sup>94</sup> a s čime se autor ovog rada u potpunosti slaže. Stoga - da, Republika Hrvatska bi trebala pristupiti Uredbi Rim III. U prilog ove tvrdnje također ide i činjenica da RH ne usvaja princip krivnje bračnih drugova za razvod braka, pa je stoga njeno pravno uređenje glede razvoda braka dovoljno liberalno da bi se Rim III prihvatilo kao korak dalje u pogledu unapređenja kolizijskopравnih rješenja.

<sup>89</sup> TOMLJENović, KUNDA, *op. cit.*, bilj. 12., str. 232.

<sup>90</sup> *Ibid.*; Ugovor o Europskoj uniji, Dio VI., Glava III.

<sup>91</sup> Čl. 5. Uredbe Rim III

<sup>92</sup> TOMLJENović, KUNDA, *op. cit.*, bilj. 12., str. 232. i 233.

<sup>93</sup> *Ibid.*, str. 239. - 242.; *forum shopping*-om se označava pojava gdje stranke podnose tužbe u državama za koje smatraju da sadrže za njih povoljnija kolizijskopравna ili materijalnopравna rješenja, dok se *forum running*-om označava pojava gdje stranke „trče na sud“ podnijeti tužbu kako bi preduhitrili protustranku u tome, a sa svrhom da sud bliži stranci prvi proglasi svoju nadležnost tako da drugi sudovi to ne mogu učiniti.

<sup>94</sup> TOMLJENović, KUNDA, *op. cit.*, bilj. 12., str. 247.; u RH pravo mjerodavno za razvod braka određeno je čl. 35. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (Narodne novine br. 53/91, 88/01) koji kao primarnu poveznicu koristi državljanstvo bračnih drugova. Uredbe EU kojima se izravno uređuju kolizijskopравna pravila koriste, u pravilu, poveznicu uobičajenog boravišta radi zadovoljavanja načela najbliže veze (pa tako: Uredba o pravu mjerodavnom za ugovorne odnose - Rim I, Uredba o pravu mjerodavnom za izvanugovorne odnose - Rim II, Uredba o nasljeđivanju, itd.).

### 4.3. Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu te Haška konferencija za međunarodno privatno pravo

Jasno je, kada se govori o unifikaciji europskog obiteljskog prava, da se u prvom redu govori o uredbama kao instrumentima za provođenje tog procesa. Međutim, u konačnici, uredbes su ipak samo instrumenti kojima se utjelovljuju stajališta EU. Stoga se, u ovom dijelu izlaganja nalaze i dvije institucije koje su od važnog utjecaja na formiranje tih stajališta - Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu i Haška konferencija za međunarodno privatno pravo.

Europski sud za ljudska prava osnovan je 1959. godine u okviru Vijeća Europe, a njegova temeljna zadaća je, povodom zahtjeva ovlaštenih stranaka, nadzirati postupke država potpisnica EKLJP kako bi se osiguralo da se one pridržavaju zahtjeva tog akta. ESLJP možemo nazvati pandanom Sudu EU – Europskom sudu. Oba suda imaju za zadaću bdijeti nad poštovanjem temeljnih prava sadržanih u odgovarajućim aktima, ali u sklopu različitih institucija. Neki autori zbog toga njihov odnos opisuju kao i onaj “blizanaca razdvojenih pri rođenju”.<sup>95</sup> Ipak, unatoč tom „razdvajanju“, sudbina ova dva suda je neraskidivo isprepletena. I jedan i drugi u svojim odlukama međusobno poštuju odluke onog drugog, a osobito Europski sud poštuje odluke ESLJP-a. Tomu je tako ponajprije zbog činjenice da su sve članice EU ujedno i članice Vijeća Europe. Upravo iz tog razloga se i rad ESLJP može smatrati važnim faktorom unifikacije (a i harmonizacije) europskog obiteljskog prava, a ova spona reafirmirana je i člankom 6. st. 2. i st. 3. Ugovora iz Lisabona, koji glase:

„2. Unija će pristupiti Europskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. To pristupanje ničim ne utječe na nadležnosti Unije utvrđene Ugovorima.

3. Temeljna prava, zajamčena Europskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, a koja proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, čine opća pravna načela Unije.“

Dakle, u stavku 2. sadržana je obveza EU da pristupi EKLJP, a što, kada bi se ostvarilo,<sup>96</sup> po mišljenju autora bi dovelo do eksponencijalnog napretka u ujednačavanju obiteljsko-pravnih pravila na području EU. Naime, tada bi postojao sustav pravne kontrole nad EU kao regionalnom međunarodnom organizacijom, različit od onog unutar nje same, što bi svakako pridonijelo formiranju pozitivnijeg stajališta država članica o ideji da se EU dopusti da donosi akte, harmonizacijske i unifikacijske, iz područja europskog obiteljskog prava. Naravno, ne treba čekati trenutak pristupanja da bi se moglo govoriti o utjecaju EKLJP i jurisprudencije ESLJP na razvoj europskog obiteljskog prava i danas, čemu svjedoči prethodno citirani stavak 3., ali se svakako radi o manje zamjetnom utjecaju nego što bi to bio onaj u prvom slučaju.

Haška konferencija za međunarodno privatno pravo djeluje još od davne 1883. pod okriljem nizozemske vlade, te konstantno donosi razne konvencije iz područja međunarodnog privatnog prava.<sup>97</sup> Njena važnost u kontekstu ovog rada leži u činjenici da joj je 2007. godine pristupila i EU kao međunarodna organizacija, koristeći se svojom vanjskom

<sup>95</sup> Tako Gragl prema Quinnu; v. više u: P. GRAGL: The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oregon, 2013., str. 4.

<sup>96</sup> V. više u: *ibid.*, cijelo djelo; proces iznalaženja zajedničkih stajališta po svim pitanjima glede kojih se EU i Vijeće Europe moraju usuglasiti je dugotrajan i iscjpljujuć. Naime, formiran je Nacrt Sporazuma o pristupu koji je stalnim predmetom rasprava te dvije organizacije, a posljednji glas, onaj Europskog suda, je negativan za postupak pristupanja. U svom Mišljenju od 18. prosinca 2014. Europski sud navodi da je trenutna verzija Nacrta nespojiva s pravom EU, navodeći pritom niz razloga. Ovo nedvojbeno ukazuje da će postupak usuglašavanja oko rješenja iz Nacrta potrajati još dugu niz godina. Za više v. Mišljenje Europskog suda, br. 2/13, dostupno na hrvatskom na: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160882&pageIndex=0&doclang=HR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=480235>, (20.10.2015.)

<sup>97</sup> BOUČEK, *op. cit.*, bilj. 3., str. 84.

nadležnosti za sklapanje međunarodnih ugovora sa trećim subjektima u svoje ime i u ime država članica EU, odnosno tako sklopljeni međunarodni ugovori imaju snagu kako u prekograničnim odnosima, tako i u onim odnosima sa trećim državama.<sup>98</sup> Potvrda ove spone, glede prekograničnih odnosa država članica EU, nalazi se u prehodno spomenutoj Uredbi o održavanju, kao i u Uredbi Bruxelles II bis. Drugim riječima, vidimo da EU nastoji kroz već priznata kolizijskoppravna i procesnopravna rješenja u nekim segmentima reafirmirati pravnu povezanost svojih država članica, a važnost koje reafirmacije se ističe kroz činjenicu da se ona provodi unifikacijskim instrumentima. Razlika je, doduše, što ta rješenja kroz njihovu implementaciju u uredbe više nisu fakultativna.

#### 4.4. Umjesto međuzaključka: perspektive unifikacije u budućnosti

Unifikacija materijalnog obiteljskog prava ne samo da nije sadašnja praksa, već je teško reći hoće li ona ikada zaživjeti. S druge strane, kolizijskoppravna i procesnopravna unifikacija mogu se, osim kao već usvojenom praksom, označiti i kao poprilično uspješne. Kako ne bismo ostavili pitanje unifikacije materijalnog obiteljskog prava neodgovorenim, dat ćemo jedan, po mišljenju autora jedini mogući (i u demokratskim uvjetima prihvatljiv), scenarij odvijanja događaja koji vode tom načinu ujednačavanja pravnih pravila.

Taj scenarij podrazumijeva konvergenciju niza različitih stajališta relevantnih subjekata, a po pitanju unifikacije europskog obiteljskog prava, na istu točku shvaćanja obiteljskog, kako europskog tako i nacionalnog, prava. Drugim riječima, bilo bi potrebno da sve države članice naosob, Europska unija, Vijeće Europe odnosno Europski sud za ljudska prava i svi ostali međunarodnopravno relevantni subjekti za pitanje razvoja europskog obiteljskog prava, počnu zauzimati barem slična stajališta glede materijalnopravnih pitanja koja bi se onda, konačno, povezivala u ono što bi nazivali unificiranim materijalnim pravilima europskog obiteljskog prava. Baš zbog stajališta da je ovo i jedini mogući scenarij unifikacije materijalnog obiteljskog prava, autor je taj pothvat prethodno nazvao i svojevrsnim „Svetim gralom“.

Međutim, kada pogledamo u povijest, vidimo da unifikacija materijalnog prava na velikom teritoriju, gdje postoje različite države, nije nemoguć scenarij. M. Antokolskaia tako navodi da *ius commune* europskog obiteljskog prava ne leži zapravo u rimskom pravu, već u jednoobraznim pravilima kanonskog obiteljskog prava.<sup>99</sup> Evidentno je stoga da je spona unifikacije bila Katolička crkva, odnosno njena vjerska stajališta.<sup>100</sup> Naposljetku, ipak se to razdoblje razvoja europskog obiteljskog prava naziva kanonskim.

Danas se pak europsko obiteljsko pravo nalazi u razdoblju modernog razvoja. Nisu više prisutne tendencije shvaćanja vjerskih stajališta kao presudnih temelja za razvoj obiteljskog prava, a kako je to bilo za vrijeme razvoja kanonskog prava. Dakle, ovaj značaj „spone“ unifikacije koje je onda imala Crkva, danas sigurno više ne stoji. Stoga, pitanje koje se postavlja je: tko ili što bi predstavljalo tu sponu danas? Odgovor na ovo pitanje zapravo smo već dali, ali u drugačijem kontekstu. Ta spona bi bila - paneuropska politika manifestirana kroz institucije Europske unije, odnosno paneuropske kulturološko-političke kretnje koje bi kroz, prethodno spomenutu, konvergenciju različitih stajališta glede materijalnih obiteljskopravnih pitanja prema nekom koje se može smatrati zajedničkim, u konačnici bile presudne u formiranju unificiranog europskog obiteljskog prava u njegovoj cijelosti, tj. u sva tri njegova aspekta: kolizijskoppravnom, procesnopravnom i materijalno-pravnom.

<sup>98</sup> *Ibid.*, str. 85. i 86.; potvrda statusa EU kao članice Konferencije na: [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=states.details&sid=220](http://www.hcch.net/index_en.php?act=states.details&sid=220), (20.10.2015.)

<sup>99</sup> ANTOKOLSKAIA., *op. cit.*, bilj. 17., treće navedeno djelo, str. 172.

<sup>100</sup> *Ibid.*, str. 170.

Naravno, ova konstrukcija preživljava samo pod uvjetom da Europska Unija kao međunarodna organizacija, ili pak neka njena pravna sljednica, opstane toliko dugo da bi se taj proces priveo kraju. Naposljetku, proces unifikacije kanonskog obiteljskog prava trajao je cijelo tisućljeće.<sup>101</sup> Tko, stoga, može reći i da moderni proces unifikacije obiteljskog prava ne bi mogao potrajati isto toliko dugo?

## 5. Zaključak

„Omne nimum nocet“, odnosno, sve što je previše - ne valja. Čini se da bi ova stara izreka trebala biti temeljna vodilja razvoja europskog obiteljskog prava u svim njegovim relevantnim aspektima. Tako bi se nacionalni sustavi trebali razvijati prema prizmi stvarnog društvenog, političkog i pravnog ozračja, korak po korak, bez nepotrebnih „preskakanja“ tih koraka razvoja radi ispunjavanja ideološke forme „modernije je bolje“. Isto ovo vrijedi i za harmonizaciju, jer je ona nužno vezana uz razvoj nacionalnih pravnih sustava, a što je Europska unija očito i prepoznala pa iz toga razloga ni ne donosi veliki broj obvezujućih harmonizacijskih i unifikacijskih akata kako bi obvezala niz različitih država, već donosi daleko veći broj onih akata koji nisu obvezujući i djeluju kao smjerokazi harmonizaciji na inicijativu samih država. Oni koji jesu obvezujući - direktive i uredbe, a tiču se obiteljskog prava, zapravo se te domene dotiču tek sporadično, a sve u kontekstu osiguravanja funkcioniranja tržišnog mehanizma EU kroz poštovanje temeljnih sloboda - slobode kretanja robe, usluga, ljudi i kapitala.<sup>102</sup>

Unifikacija, pak, dolazi na kraju. Radi eventualne unifikacije će, među ostalim, po mišljenju autora biti potrebno i da se cijeli niz međunarodnih dokumenata kroz tzv. „unakrsno oplođivanje“ (eng. „cross-fertilising“)<sup>103</sup> dovede na barem sličnu točku shvaćanja cijelog obiteljskog prava da bi se, prvo, ta shvaćanja uopće i reflektirala na nacionalna zakonodavstva te, drugo, da bi onda ti nacionalni sustavi i pristali na unifikaciju obiteljskog prava.

Konačno, na kraju, možemo zauzeti i stav glede pitanja iz naslova ovog rada: harmonizacija ili unifikacija?

Sadašnje stanje razvoja europskog obiteljskog prava svodi se na kombinaciju harmonizacije i unifikacije, s time da je inicijativa za harmonizacijom nacionalnih pravila gotovo pa uvijek pitanje odluke pojedine države, dok se djelatnost same Europske unije pretežitost sastoji u unificiranju procesnopravne i kolizijskopravne domene europskog obiteljskog prava. Čini se da će ovakva situacija potrajati još barem neko vrijeme. Sve tendencije razvoja prava EU pokazuju da se nacionalni sustavi kad-tad počinju okretati istim ili sličnim rješenjima, a sve to u sklopu općeg procesa modernizacije svih aspekata života. Stoga, kada dođe vrijeme da države članice napokon počnu „vjerovati“ Europskoj uniji u pogledu potpunog ujednačavanja obiteljskopравnih zakonodavstava, aktivnosti Europske unije trebale bi se usmjeriti na harmonizaciju materijalnih pravila i unifikaciju procesnopravnih i kolizijskopравnih pravila. Na taj način će se, po mišljenju autora, zadržati iznimno važan društveno-kulturološki identitet nacionalnih sustava s jedne strane, a s druge će se postići najveći stupanj pravne sigurnosti i predvidljivosti u prekograničnim obiteljskopравnim situacijama na području cijele Europske unije. Sadašnja nastojanja unifikacije materijalnog

<sup>101</sup> *Ibid.*; Antokolskaia navodi da je ovaj proces trajao od začetaka kanonskog prava od oko 600. godine nove ere te da je skoro bio gotov krajem 12. st. No ipak, posljednja točka razvoja, navodi ista autorica, postignuta je na Tridentskom saboru u 16. st.

<sup>102</sup> Tako npr. Direktiva Vijeća br. 2003/86/EZ od 22. rujna 2003. o pravu na spajanje obitelji, ili Direktiva br. 2014/54/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o mjerama za lakše ostvarivanje prava zajamčenih radnicima u kontekstu slobode kretanja radnika

<sup>103</sup> Tako D. Hrabar prema stranim autorima; D. HRABAR: Prava djece u Europskoj uniji, str. 53. - 70., u: N. BODIROGA - VUKOBRAT et al., Europsko obiteljsko pravo, Zagreb, 2013., str. 56.

obiteljskog prava trebalo bi do daljnjega obustaviti jer, prema svim pokazateljima, trenutna percepcija tog scenarija graniči s neostvarivim, pa bi sva takva nastojanja predstavljala uzaludno trošenje vremena i novca.

### **European Family Law: present and future - harmonisation or unification?**

In this paper, throughout its five chapters, the author analyses the development of the European family law to this day, and also provides insight into the most significant aspects of its development in the future, primarily keeping in mind the influence of European Union, respectively its legislative activities. After the introduction, the centerpiece terms of this paper – harmonisation and unification – are briefly explained. Afterwards, firstly, brief general review of the history of the development of the European family law is given through the prism of its fundamental tendency – to develop by the principle of the „spiral“ movement, and, secondly, author analyses the relationship between the three fundamental factors of the development of the family law – society, politics, and national law – and the process of harmonisation of different family law systems in the member states through the perspective of the recent events in Republic of Croatia: passing of referendum from the year 2013 and passing of the Family Law Act from the year 2014. The fourth chapter of this paper is dedicated to analysis of unification efforts of the European Union in the field of European family law, where special attention is given to the Union’s Chapter of fundamental rights and the most important legal acts within the scope of the Union’s secondary legislation. Also, in the same chapter, author gives brief consideration of importance of the jurisprudence of the European Court of Human Rights in Strasbourg and work of the Hague Conference on Private International law on the Unions unification efforts in the field of European family law. Finally, in the conclusion of this paper, answer to the question contained in the title – harmonisation or unification? – is given, with special consideration towards all, in this paper included, findings.

*Keywords: European family law, harmonisation, unification, „spiral“ movement*