

BRAK I OBITELJ U ZAKONODAVSTVU HRVATSKE I EUROPSKE UNIJE

Nenad HLAČA, Rijeka

Sažetak

Nužnost gospodarske suradnje na nadnacionalnom planu europskih država nakon Drugog svjetskog rata dovela je do stvaranja Europske zajednice, odnosno nakon 1993. godine do Europske unije. Trebalo je stvoriti prostor zajedničkog tržišta, omogućiti slobodan protok ljudi, dobara, usluga i kapitala. Europska unija ima svoj sud za rješavanje prijepora u svezi s ugovorima koje su potpisale države stranke – European Court of Justice. Ugovori na kojima se temelji Europska unija ne sadrže uglavke kojima se promiču i štite prava čovjeka. Budući da je polazište integracije u Europsku uniju bilo ekonomske naravi, prava vezana uz obiteljski život u pravilu se isprepliću s kategorijama poput prava na rad, prava na boravak i dobivanje radne dozvole, jednakost muškaraca i žena pri zapošljavanju. Članak drugi Maastritskog ugovora svečano proklamira da će Europska unija uvažavati ljudska prava i temeljne slobode kao temeljno načelo prava zajednice s Europskom konvencijom za zaštitu prava i temeljnih sloboda i ustavnopravnom tradicijom koja je zajednička državama članicama. Budući da su sve države članice Europske unije ujedno i zemlje članice Vijeća Europe ratificirale Europsku konvenciju za zaštitu prava čovjeka i temeljnih sloboda i prihvatile sudbenost Europskog suda za ljudska prava, za očekivati je da se radi o ujednačenom pristupu i prihvaćenim standardima zaštite prava čovjeka. Republika Hrvatska postala je državom članicom Vijeća Europe i pristupnicom Europske konvencije za zaštitu prava čovjeka i temeljnih sloboda 6. studenog 1996. godine. U radu se ukazuje na norme kojima se Konvencijom za zaštitu prava čovjeka i temeljnih sloboda uređuju brak i obiteljski odnosi, te na presude Europskog suda i Europskog suda za prava čovjeka. Nakon tih razmatranja slijedi zaključak da su države pristupnice gotovo apsolutno suverene u pravnom pristupu toj problematici budući se državama strankama pri uređenju obiteljskih odnosa priznaju široka ovlaštenja. Čini se da je u Europi mnogo lakše postići monetranu uniju nego stvoriti europski standard prava i sloboda čovjeka na području obiteljskog prava iako je unifikacija u Europi bez granica neminovnost.

Ključne riječi: brak, obitelj, hrvatsko zakonodavstvo, Europska unija, prava čovjeka.

Potreba suradnje na nadnacionalnom planu europskih zemalja nakon Drugog svjetskog rata pošla je od definiranja pretpostavki koje država mora ispunjavati da bi se mogla zvati demokratskom i da bi kao takva smjela ući u Vijeće Eu-

rope. Kao polazne pretpostavke koje moraju biti ispunjene prihvaćene su pluralistička demokracija, poštovanje prava čovjeka i načelo legaliteta. Europska zajednica, nakon 1993. godine Europska unija, nastala je kao ugovorna nadnacionalna asocijacija različita od Vijeća Europe. Trebalo je stvoriti prostor zajedničkog tržišta, omogućiti slobodan protok ljudi, dobara, usluga i kapitala. Novi ugovor kojim je utemeljena Europska unija potpisan je u Maastrichtu 1991. godine, a stupio je na snagu 1. studenog 1993.¹ Načela su ostala nepromijenjena: demokracija, uvažavanje zakonitosti i ljudskih prava. Ugovor iz Maastrichta u članku 8 definira kome će se priznati europsko državljanstvo – European citizenship. Ali, države članice nacionalnim će zakonima propisati tko će se smatrati njezinim građaninom i time dobiti europsko državljanstvo preko kojeg će se ostvarivati sloboda zapošljavanja u svim državama članicama, biračko pravo i ostala prava. Načelno samo državljani Unije imaju pravo ulaganja peticija Europskom parlamentu i tražiti zaštitu prava pred Ombudsmanom. To temeljno pravilo ublaženo je na način da i ostali građani Unije mogu tražiti zaštitu prava pred Ombudsmanom. U državama članicama Europske unije ima oko 10.000.000 građana iz trećih zemalja. Prijedlozi za izjednačavanjem statusa utjecali su na prihvaćanje instrumenata različitog ranga s ciljem da se izjednači njihov pravni status. Međutim većina tih dokumenata ratificirana je u svega nekoliko država. Čini se da je ekonomska nužnost utjecala na nastanak političkog konsenzusa, iako je evidentno da postoje brojni problemi koji još nisu riješeni. Politika Europske unije trebala bi biti što bliža građanima preko promicanja solidarnosti i kohezije.² Čini se da je i u globalnim razmjerima zamjetna politička volja da se ostvari monetarna unija i jedinstvena valuta Euro od 1. siječnja 1999. godine.³ Uobličavanje sadr-

¹ Izvorne države članice su: Belgija, Francuska, Njemačka, Italija, Luxembourg, Nizozemska. Od 1973. godine Danska, Irska, Velika Britanija; Grčka (1981.), Portugal (1986.), Španjolska (1986.). Od 1995. Austrija, Finska i Švedska.

² W. WEIDENFELD, W. WESSELS, *Europe from A to Z Guide to European Integration*, European Commission, 1998., str. 138.

³ Kada već plaćaju jedinstvenom novčanicom bilo bi interesantno znati tko su to prosječni gospodin i gospođa Europljanin. Odgovor je dan u *Kani*, rujna 1996.: »Proučavajući i ispitujući život i životne navike stanovnika Europske zajednice, skupina njemačkih sociologa i statističara došla je do slike prosječne europske obitelji. Prosječna europska obitelj ima uglavnom jedno dijete i to djevojčicu u tinejdžerskoj dobi. Njezini su se roditelji upoznali četiri mjeseca prije vjenčanja i to kad je otac imao 27, a majka 24 godine. Prije ženidbe otac je izlazio s pet djevojaka, a majka s dva mladića. Obitelj živi u četverosobnome stanu, a oba su roditelja zaposlena. Otac je zaposlen u industriji, a majka u uredu. Ona se brine za dijete i kućanstvo, a on za financije i automobil, koji je star šest godina i crvene je boje. Godišnje obitelj ima tri tjedna godišnjega odmora, od čega veći dio provode u mjestu stanovanja. Kad odluče krenuti na put, majka sprema prtljagu, te najradije putuju u Francusku, u Pariz. Najomiljenija obiteljska zabava je gledanje televizora, no gospodin europljanin ipak pronade vremena za odlazak

žaja prava i obveza unutar Europske unije tekući je i nedovršen proces. Tako još uvijek nije postignut niti akademski konsenzus oko naravi Maastritskog ugovora i ustavnopravnih ovlaštenja država članica.⁴ Izvanjska monolitnost građena je na nerješanim kontroverzama tako da je moguća diferencijacija u integracijskim procesima.⁵

Europska unija ima svoj sud za rješavanje prijepora u svezi s ugovorima koje su potpisale države pristupnice. Treba naglasiti da ugovori na kojima se temelji Europska unija ne sadrže uglavke kojima bi se promicala i štitila ljudska prava. Ugovori na kojima je nastala Europska unija odraz su ponajprije gospodarskih potreba ka povezivanju zemalja članica tako da ne začuđuje odsustvo normi i mehanizama zaštite ljudskih prava. Sud Europske unije izvorno nosi naziv European Court of Justice, a sjedište mu je u Luxembourgju. U daljnjem tekstu koristit će se naziv Europski sud. Postupak pred Europskim sudom mogu inicirati države članice, institucije Europske unije i pojedinci.⁶ Budući da je polazište okupljanja država u Europsku uniju bilo ekonomske prirode, prava vezana uz obiteljski život u pravilu se isprepliću s 'ekonomskim' kategorijama poput prava na rad, prava na boravak i dobivanje radne dozvole, jednakost muškaraca i žena pri zapošljavanju ili preko prava na slobodan protok ljudi.

Članak drugi Maastritskog ugovora svečano proklamira da će Europska unija uvažavati ljudska prava i temeljne slobode kao temeljno načelo prava zajednice u skladu s Europskom konvencijom za zaštitu prava čovjeka i ustavnopravnom tradicijom koja je zajednička državama članicama. Članak prvi Europske konvencije za zaštitu prava čovjeka priznaje svakoj osobi, državljaninu ili strancu, pod svojom jurisdikcijom prava i slobode određene ovom Konvencijom. Problemi koji se povremeno iskazuju u zamjetnijoj mjeri, poput Kurdskog pitanja danas, potiču na nivou Vijeća Europe poduzimanje javno-propagandnih i političkih kampanja usmjerenih borbi protiv rasizma koje će biti usmjerene i pravnoj integraciji državljana iz trećih zemlja. Nelegalni boravak nakon uskraćenog prava na azil znači ponižavajuće postupke kažnjavanja i deportacije.

na jednu nogometnu utakmicu mjesečno, te za jednu knjigu godišnje. Oženjeni vrlo rijetko posjećuju muzeje, kazališta i ostale kulturne ustanove. Godišnje prosječna obitelj iz Europske zajednice pojede 180 kg krumpira, 22 kg mesa, 16 kg sireva, 240 jaja, 7 kg ribe, 136 kg povrća i 68 kg voća. To sve zajedno iznosi više od milijun kalorija pa je gospođa Europljanka gotovo cijelu godinu na dijati.« Autor priloga bila je Suzana Vrhovski.

⁴ S. RODIN, »Ustavnopravni aspekti primjene Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda«, u: *Zbornik PFZ* 48 (1998.), 1-2, str. 85-116.

⁵ W. WEIDENFELD, W. WESSELS, *nav. dj.*, str. 142.

⁶ Službeno glasilo suda je: *European Court Reports ECR*, puni naziv je: *Reports of cases before the Court of Justice and the Court of First Instance*.

U praksi Europskog suda rješavani su slučajevi koji su vezani za status članova obitelji radnika migranata u zemljama članicama Europske unije. Pravo na rad životno je povezano s pravom na obiteljsko zajedništvo. U presudama o obiteljskom životu Europski sud nije pokušao sačuvati statiku patrijarhalnih obiteljskih odnosa sa ženom koja bi trebala biti domaćica.⁷ U teoriji postoji stajalište da Europski sud, kada je trebao pružiti zaštitu obiteljskim vrijednostima, nije bio dosljedan, budući da je čini se u 'samoobrani' prava na kvalitetu života vlastitih građana i polazeći od cijene koštanja socijalne skrbi, uskraćivao članovima obitelji migranata prava koja imaju državljani zemalja članica.⁸ Predmet iz prakse Europskog suda *Diatta v. Land Berlin*⁹ slučaj je senegalke supruge francuza koji je imao prebivalište u Njemačkoj. Po dolasku u Njemačku oni se razvode. Nakon razvoda braka njemačke vlasti uskraćuju bivšoj supruzi pravo na dozvolu boravka jer se ona više nije smatrala članom obitelji prema pravu Europske unije. Europski sud je zaključio da se pravo boravka odnosi samo na slučaj supruge koja se smatra članom obitelji. »Nakon razvoda braka bivši bračni drug nema pravo boravka i slijedi deportacija.«¹⁰

Noviji pomaci u priznavanju prava članova obitelji bili su posljedica izmjenjenog teorijskog pristupa obitelji koji polazi od funkcija koje osobe svjesno i dobrovoljno prihvaćaju i tvoreći tako na naki način obitelj. Pravo na rad preko prava na boravak čista je ekonomska (i politička) kategorija kojom se ostvaruje interes pojedine zemlje članice Europske unije. Sloboda kretanja nije apsolutna već se podređuje modelima i potrebama socijalne politike. Europski sud počeo je priznavati prava i nevjenčanim partnerima.¹¹ Čini se da je Europski sud bio prisiljen prihvatiti noviji pristup koji je usvojio Europski parlament 1990. i prema kojem pravo na boravak kao i prava u sudskim i upravnim postupcima treba priznati i nevjenčanom partneru iz *de facto* zajednice. Prava ostvarena na toj osnovi ne smiju biti uskraćena nakon smrti partnera, rastavom braka ili prestankom izvanbračne zajednice.¹²

Brak i obiteljski odnosi u zakonodavstvima zemalja koje su članice Europske unije unazad tridesetak godina podvrgnuti su neprestanim mijenama. Čini se da više nije moguće zaustaviti mijene u obrascima ponašanja ljudskih bića. Važnost, značaj i smisao pravne intervencije kao da je prenesena na temeljna

⁷ S. O'LEARY, »Resolution by the Court of Justice of Disputes Affecting Family Life«, u: T. K. HERVEY, D. O'KEEFFE, *Sex Equality Law in the European Union*, 1996., str. 253.

⁸ *Isto*, str. 254.

⁹ European Court of Justice, *Diatta v. Land Berlin*, Case 267/83-1985-ECR 567.

¹⁰ S. O'LEARY, *nav. dj.*, str. 262.

¹¹ Slučaj 59/85 *Netherlands v. Reed* (1986) ECR 1283.

¹² European Parliament Proposals OJ 1990 C 68/88.

pravnoteorijska pitanja o odnosu prava i morala i na uvažavanje nove psihosociološke stvarnosti u kojoj žive ljudska bića na kraju ovog tisućljeća. U preporukama Vijeća Europe, u presudama Europskog suda za prava čovjeka i presudama Europskog suda nazire se prihvaćanje načela ideološke neutralnosti koje je eksplicitno izrazila 1969. godine Švedska zakonodavna komisija: »Zakonodavstvo mora biti neutralno glede različitih formi kohabitacije i moralnih prosudbi. Zakonodavstvo ne smije sadržavati nikakve zapreke ili ograničenja koja bi pogadala osobe ili njihovu djecu ako one ne izaberu brak. Zakonodavstvo mora uvažavati osoban izbor osoba da uobličie vlastiti život i da sami odrede etičke norme njihove kohabitacije.«¹³ Sustav socijalne sigurnosti na istovjetan način zadovoljava prava, naravno prema raspoloživim sredstvima, bez obzira na obiteljskopравни status osoba. Subjektivom državne skrbi postaje pojedinac. Iz zakona nestaje definicija obitelji. Promiče se i štiti sustav individualnih ljudskih prava. Uvodi se 1994. godine, Međunarodne godine obitelji, radna definicija obitelji prema kojoj je obitelj bilo koja kombinacija dviju ili više osoba koje su povezane krvnim ili adoptivnim srodstvom, zajedničkom suglasnošću, boravištem i koje zajedno svjesno preuzimaju odgovornost za ispunjavanje različitih kombinacija sljedećih aktivnosti: briga za članove, skrb o novim članovima usvojenim ili rođenim, socijalizacija djece, društvena kontrola članova, proizvodnja, distribucija i potrošnja materijalnih dobara i emocionalna povezanost preko primanja i davanja ljubavi. Europska komisija za ljudska prava zaključila je da je tolerantnost izraz demokratičnosti te da Konvencija ne priznaje većini apsolutno pravo na propisivanje društvenih normi na planu privatne, spolne moralnosti. Prava čovjeka osiguravaju se na dvostrukom planu: dinamičkom interpretacijom Konvencije i pokretom u korist priznavanja prava manjine na različitost i zaštitu od društvene prisile.¹⁴

Zanimljiv je slučaj koji je razmatran pred Europskim sudom, a koji se odnosio na problem da li dozvoliti javnu kampanju o kontracepciji i da li dozvoliti javno objavljivanje informacije o dostupnosti pobačaja u inozemstvu, odnosno Velikoj Britaniji. Nije teško pogoditi da se radilo o slučaju iz Republike Irske. Ustav Republike Irske (čl. 40. 3. 3.) štiti pravo na život nerođenog djeteta. Vrhovni sud Republike Irske zaključio je da je pobačaj protivan nacionalnoj politici i javnom moralu te da nisu dozvoljene promidžbene aktivnosti. Tisak i distribucija štampanog materijala, prema stajalištu Vrhovnog suda, ugrožavaju temeljnu ustavnu odredbu o pravu na život nerođenog djeteta. Europski sud u

¹³ A. ANDERS, *Swedish Legislation on Marriage and Cohabitation*, Scandinavian Studies in Law, 1980., str. 21-22.

¹⁴ C. LOR, P. MARTINI, *Aspetti e problemi medicolegali del transessualismo*, Milano, ²1988., str. 135.

slučaju Grogan trebao je odlučiti da li je distribucijom informacija o dostupnosti pobačaja u Velikoj Britaniji povrijeđeno pravo iz čl. 59 EC ugovora o slobodi poduzetništva. Europski sud u slučaju Grogan izrazio je stajalište prema kojem nema namjeru mijenjati poglede na moralnost pobačaja s obzirom na zakonodavstva zemalja članica u čijim pravnim sustavima postoje različita rješenja.¹⁵ Zaključno, temeljna prava zaštićena ustavima država članica ostaju nepovrediva, između ostalog i zato što nisu normirana ugovorima na kojima je utemeljena Europska unija. Nakon iscrpljenih mogućnosti u pravnom sustavu Irske zatražena je zaštita istih prava i zbog povrede prava iz Europske konvencije o ljudskim pravima (članci 8, 10 i 14). Europski sud za zaštitu prava čovjeka razmatrajući taj problem zaključio je: »Zaštita prava na život nerođenih prema Irskom pravu polazi od prirode života i kao takva je duboko moralno utemeljena.«¹⁶ Na Ustav Republike Irske donesen je amandman 1992. godine prema kojem se na temelju čl. 40. 3. Ustava ne može zabraniti sloboda putovanja u inozemstvo radi vršenja pobačaja.¹⁷ Na referendumu je prošao i amandman o pravu na slobodu informiranja glede uvjeta i dostupnosti pobačaja u inozemstvu.

Kada su se prava čovjeka ispreplitala s obvezama država iz ugovora na kojima se temelji Europska unija Europski sud je zaključio da uvažavanje temeljnih prava čini sastavni dio općih načela prava koja sud mora primjenjivati pri tumačenju ugovora Unije. Pri utvrđivanju naravi tih prava Sud će se držati Europske konvencije za zaštitu prava čovjeka i sudske prakse. »Međunarodni ugovori o zaštiti prava čovjeka u čijem su stvaranju sudjelovale ili kojima su pristupile države članice trebaju predstavljati obvezujuće standarde unutar Europskog prava.«¹⁸ Budući da su sve zemlje članice Europske unije ujedno i zemlje članice Vijeća Europe prihvatile sudbenost Europskog suda za prava čovjeka za očekivati je da se radi o ujednačenom pristupu i prihvaćenim standardima jamstva ljudskih prava. Bilo je pokušaja da se riješi pitanje pridruživanja Europske unije Vijeću Europe što bi otvorilo mogućnost da se Europska unija pridruži Europskoj konvenciji za zaštitu prava čovjeka. »Neizvjesno je hoće li se to ikada desiti, kad se zna da bi se morala riješiti složena pravna i politička pitanja da se to ostvari. Međutim, zanimljivo je primijetiti da preambula Maastritskog ugovora, kojim je Europska zajednica pretvorena u Europsku uniju proglašava: »Unija poštuje temeljna prava, koja su zajamčena Europskom konvencijom za zaštitu

¹⁵ S. O'LEARY, *nav. dj.*, 260.

¹⁶ European Human Rights Report, 1992., EHRR 244 par. 70.

¹⁷ P. WARD, »Ireland: Abortion: »X« + »Y« = ?!«, *Annual Survey of Family Law* 17, 1993., *University of Louisville Journal of Family Law*, 33, 1994.-95., 2, str. 385-407.

¹⁸ Slučaj Firma J. Nold KG v. E.C. Commission 4/73.

prava čovjeka i koja proizlaze iz tradicija zajedničkih državama članicama, kao opća prava Zajednice.«¹⁹

Europska konvencija za zaštitu prava čovjeka i temeljnih sloboda potpisana je u Rimu 4. studenog 1950. godine. Konvencija je stupila na snagu 1953. godina. Obiteljskopравни odnosi izravno su zastupljeni u sljedećim normama: članak 8 Konvencije, o pravu na poštivanje privatnog i obiteljskog života glasi: »1. Svatko ima pravo na poštivanje njegova privatnog i obiteljskog života, njegova doma i dopisivanja. 2. Ne može biti miješanja neke javne vlasti u vršenje toga prava osim onog koje je u skladu sa zakonom koji to predviđa i koje je potrebno u demokratskom društvu u interesu državne sigurnosti ili javne sigurnosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.« Članak 12 Konvencije, o pravu na sklapanje braka i zasnivanje obitelji glasi: »Muškarci i žene u dobi bračne zrelosti imaju pravo da stupaju u brak i osnuju obitelj, u skladu s domaćim zakonima koji uređuju vršenje toga prava.«²⁰ Članak 5 Protokola br. 7: »jednakost prava i dužnosti bračnih drugova«, članak 2 Protokola br. 1: »pravo roditelja na odgoj i poučavanje«.

Bilo je za očekivati da će prvotni tekst Konvencije trebati dopunjavati. Prošireni sustav zaštite ljudskih prava u materijalnom i formalnom smislu sadržan je u jedanaest protokola. Materijalnopravne odredbe koje zadiru u obiteljsko pravo sadrži Protokol br. 2 iz 1963. koji je stupio na snagu 1970. i Protokol br. 7 iz 1984. koji je stupio na snagu 1988. godine.

Stranke Konvencije mogle su postati samo države članice Vijeća Europe i sve donedavno ratifikacija Konvencije nije bila pretpostavka za primanje u članstvo. Čini se da je »problematičnost« kvalitete novih demokracija s istoka koje su kucale na vrata Vijeća Europe uvjetovala promjenu pristupa tako da je ratifikacija Konvencije nametnuta kao pretpostavka za prijem novih država članica u Vijeće Europe. Sustav prava zajamčen Konvencijom osigurava se i na nacionalnoj razini budući da je Konvenciji priznat status unutarnjeg izvora prava. Na nadnacionalnom nivou Konvencija omogućava pojedincu da inicira postupak privatnom tužbom protiv države stranke zbog kršenja Konvencije. Prema Konvenciji privatnu tužbu može podnijeti svaka osoba, nevladina organizacija, ili skupina pojedinaca koji tvrde da su žrtve kršenja prava priznatih Konvencijom, a koja su počinjena u pravnom sustavu države stranke. Individualni tužitelj mora tvrditi da je bio stvarno pogođen povredom koju navodi. Članak 25 Konvencije propisuje pretpostavke za dopustivost privatnih tužbi. Komisija će odbaciti sva-

¹⁹ Ugovor Europske unije, Preambula, Int'l legal Mat. 253, 1992.

²⁰ J. HRŽENJAK, *Medunarodni i europski dokumenti o ljudskim pravima. Čovjek i njegove slobode u pravnoj državi*, prijevod Konvencije prof. dr. Vladimir Đuro Degán, Zagreb, 1992.

ku tužbu i neće se upustiti u razmatranje prijepora ako nisu bila iscrpljena sva pravna sredstva u skladu s općeprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i ako tužba nije podnesena unutar roka od šest mjeseci od dana donošenja konačne odluke. Sadržajno članak 26 izuzetno je bitan jer objedinjuje dva ključna uvjeta: iscrpljenost svih unutarnjih pravnih sredstava i rok od šest mjeseci kao prekluzivni rok. Europski sustav međunarodne zaštite ljudskih prava omogućava ostvarivanje prava pojedinca da na nadnacionalnom nivou traži zaštitu ljudskih prava. Ta novina tumačena je na način da je pojedinac smatran subjektom međunarodnog prava. Čini se da je prihvatljivije stajalište prema kojem je »... pojedinac, čovjek, zasad samo beneficijar međudržavnih dogovora o njegovim pravima, a ne stvarni subjekt međunarodnog pravnog poretka. Još više nego o samom sadržaju međudržavnih sporazuma ljudska sudbina ovisi o spremnosti država da svoje ugovorne obveze stvarno provedu.«²¹

U prošireni sustav zaštite prava obitelji i njenih članova ulazi i Europska socijalna povelja, te dodatni Protokoli. Vijeće Europe donijelo je i nekoliko konvencija koje se izravno odnose na neke obiteljskoppravne institute, primjerice Europsku konvenciju o posvojenju djece iz 1967., Konvenciju o pravnom položaju djece rođene izvan braka 1975., Konvenciju o priznavanju i izvršavanju prava na čuvanje i odgoj 1980., Konvenciju o izvršavanju prava djece 1995., i Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini koja je potpisana 1997. Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini i Prvi dodatni protokol toj Konvenciji koji zabranjuje kloniranje ljudskih bića potiču preispitivanje obiteljskopravnih instituta na kongresima stručnjaka iz Obiteljskog prava. Temeljem Protokola br. 11 izvršena je »generalna revizija« europskog sudovanja o pravima čovjeka koji danas pokriva 800.000.000 Europljana!²² Europski sud za ljudska prava trajno zasjeda od 1. studenog 1998. godine. Veliki broj predmeta, napose iz novih članica, potaknuo je taj značajan reorganizacijski zahvat. Republika Hrvatska postala je državom članicom Vijeća Europe 6. studenog 1996. godine i pristupnicom Europske konvencije za zaštitu prava čovjeka i temeljnih sloboda.²³ Dijelom hrvatskog pravnog sustava tako je postao cjelokupan »europski« pravni sustav uključujući i kaznistiku Europske komisije i Europskog suda za prava čovjeka. Prof. dr. Nina

²¹ B. VUKAS, »Međunarodna zaštita prava čovjeka: granice rasta«, u: *ZPF* 39 (1989.), 5-6 (supplement), str. 676.

²² Protocol No. 11 to the Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby, Strasbourg, 11. 5. 1994. *European Treaty Series* 155.

²³ Republika Hrvatska ratificirala je Europsku konvenciju 17. listopada 1997. Ratifikacijske isprave položene su 5. studenoga, a tekst Konvencije objavljen je u *Narodnim novinama* br. 18 1997. godine, dodatak Međunarodni ugovori.

Vaić prvi je sudac iz Republike Hrvatske izabran u Europski sud za prava čovjeka. Profesor Mosler, bivši sudac Europskog suda za prava čovjeka smatra: »Nema dvojbe da je cilj Europske konvencije dostići jednoobraznost primjene glede svih temeljnih prava u svim državama članicama. To znači da u svakom konkretnom slučaju odredbe Konvencije moraju biti tumačene na način da mogu jednoobrazno biti primjenjene u svim državama pristupnicama.«²⁴ Kao i u nacionalnim pravnim sustavima Europski sud za prava čovjeka mora se pri tumačenju normi odgovorno služiti onim što se zove »*l'ordre public de l'Europe*«. Preko tog mehanizma Sud ne štiti samo set postojećih prava, već prema potrebi ubrzava i harmonizira evoluciju zapadnoeuropskih standarda.²⁵ Taj novi »*l'ordre public de l'Europe*« zapravo grade suci pojedinci koji donose sa sobom vlastiti sustav vrijednosti kojim ponekad odskaču pri glasovanju i koji brane odvojenim mišljenjima. Međutim novi suci, novi predmeti čak s istovrsnom činjeničnom podlogom, i novo glasovanje mogu značiti i novi judikat koji bitno odstupa od ranije donesenog. To primjerice potvrđuju predmeti u kojima su transeksualci pred Europskim sudom za prava čovjeka tražili zaštitu prava na sklapanje braka nakon izvršenog zahvata promjene spola.²⁶ Suci Europskog suda za prava čovjeka izrazili su stajalište prema kojem se u skladu s evolucijom duhovnog ustrojstva u Europi može očekivati izmijenjeni pristup. U tom slučaju (Cossey) zaključili su da nema bitnih promjena s obzirom na presudu donesenu u slučaju Rees. Nakon glasovanja s dest glasova prema osam zaključeno je da nema povrede čl. 8 Konvencije, a s četrnaest glasova prema četiri zaključeno je da nema ni povrede čl. 12 Konvencije. Predstavnik Nizozemske sudac Sibrand Karel Martens u slučaju Cossey priložio je izdvojeno mišljenje u kojem ističe da su naponi transeksualaca u opreci sa stajalištima vlasti i da pratimo tužnu seriju judikata Van Oosterwijck, Corbett, Rees, Cossey. Martens upozorava da je već u vrijeme donošenja presude Rees postojalo zakonodavstvo u Europi o promjeni spola (Švedska, Njemačka, Italija ...), a u rujnu 1990. godine četrnaest država članica Vijeća Europe imalo je zakone o promjeni spola. To izdvojeno mišljenje sadrži iscrpan teorijski osvrt na problematiku promjene spola kojim se nastoji dokazati neodrživost presude u slučaju Cossey.²⁷ Nedvojben je pomak u uvažavanju prava različitih koji se dogodio u Europi tijekom proteklih godina i koji će

²⁴ Z. A. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Conventions in Domestic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997., str. 330.

²⁵ *Isto*, str. 343.

²⁶ *Cossey v. United Kingdom*, presuda Europskog suda za prava čovjeka serija A br. 184, od 27. 9. 1990.

²⁷ N. HLAČA, »Pravo na zaključenje braka u praksi Europskog suda za ljudska prava« u: *Naša zakonitost* 47, (1993.), 1, str. 120-136.

vjerojatno utjecati na prihvaćanje novih sadržaja »*l'ordre public de l'Europe*« možda već s prvim novim judikatom...

Budući da je zamjetna lapidarnost normi kojima Konvencija o ljudskim pravima zadire u brak i obiteljske odnose izuzetno su važne presude kojima se na neki način nadopunjavaju ti pravni standardi i koje nakon što su donesene predstavljaju »novo precedentno pravo«. Presude suda dostavljaju se Odboru ministara koji je ovlašten nadgledati da li su izvršene zakonodavne ili upravne promjene u pravnom sustavu države članice, koje slijede kao obveza za tu državu prema presudi, te da li je isplaćena pravična naknada pojedincu. Konvencija ne poznaje mehanizam prinudnog izvršenja. Temeljem čl. 8 Statuta Vijeća Europe Odbor ministara može suspendirati ili isključiti državu članicu koja ne ispunjava svoje obveze prema presudama Europskog suda. U praksi Europskog suda za zaštitu prava čovjeka postoji čitav niz judikata kojima se pružila zaštita prava čovjeka temeljem konvencije i u kojima se kao tužena pojavila neka od država članica.

Državama je priznato pravo da uredi pretpostavke i oblik sklapanja braka (F. v. Switzerland). U tom istom slučaju zaključio je da pravni sustav Švicarske neosnovano ograničava pravo na sklapanje naknadnog braka »rokom čekanja«. U slučaju van Oosterwijk v. Belgium zaključeno je da je trebalo voditi računa o zaštiti prava na uvažavanje budući da nacionalno zakonodavstvo nije uvažavalo zahtjev za promjenom naznake spola u javnim upisnicima nakon izvršenog zahvata promjene spola. Razmatrajući taj slučaj Europski sud za ljudska prava nije se upustio u meritorno razmatranje prijepora budući je zaključio da u tom slučaju nisu bile iscrpljene sve mogućnosti zaštite prava stranke u nacionalnom pravnom sustavu. U sporu protiv Francuske obvezao je na promjenu zakonodavstva koje se odnosilo na upis promjene spola u javnim upisnicima nakon izvršenog zahvata promjene spola (B. v. France). »Svrha tog akta nije dakle u ispravci postojećeg nesklada, već da se dokumenti usuglase s činjeničnom osnovom na koju upućuje zahtjev. Francuska je prema stajalištu suda trebala uvažiti zahtjev tužiteljice i bez intervencije zakonodavca promjenom prakse Kasacijskog suda. Francuska je ratificirala Konvenciju za zaštitu prava čovjeka 1974. godine i otada presude Europskog suda predstavljaju autoritet koji uvažava i Kasacijski sud (B. v. France).« Međutim nakon izvršenog zahvata promjene spola i u javnim upisnicima upisanog novog spola, Europski sud odbio je mogućnost zaštite prava na sklapanje braka (Rees v. U. K.). S obzirom na pretpostavke za sklapanje braka ocijenjeno je da čl. 12 Konvencije osigurava samo tradicionalno pravo na brak s osobom biološki suprotnog spola i da se nacionalni zakoni koji s tim razlogom ograničavaju pravo na zaključenje braka ne mogu smatrati suprotni čl. 12 Konvencije. Europska komisija za ljudska prava (S. v. U. K.) zaključila je da se homoseksualne zajednice ne mogu podvesti pod 'obiteljski život' iz čl. 8 Konvencije, ali je ta ista Komisija zaključila i da pravo na privatni život obuhvaća mo-

gućnost zasnivanja i održavanja odnosa s drugim osobama koji vode ostvarivanju i unapređenju vlastite osobnosti, te da je tolerantnost izraz demokratičnosti i da Konvencija ne priznaje većini apsolutno pravo na propisivanje društvenih normi na planu privatne, spolne moralnosti (Xc. v. Ireland).

Europska komisija za ljudska prava je 1984. godine zaključila da država smije 'bolje' tretirati brak nego izvanbračnu zajednicu i da se time ne krši članak 8. Konvencije. Još je ranije zaključeno (1976. godine) da nevjenčana osoba ne može tražiti zaštitu prava na posvojenje temeljem čl. 12 Konvencije.

Donošenje zakona o zajedništvima života osoba istog spola (Švedska 1988., Danska 1989., Norveška 1993.) otvorilo je čitav niz pravnih dvojbi glede priznavanja učinaka tih zajednica koje zaključuju državljani europskih zemalja u tim državama, da bi nakon toga eventualno promijenili boravište i tražili priznavanje tih prava i u drugim državama. U Francuskoj je također upravo u tijeku burna zakonodavna aktivnost oko donošenja zakona o pravnim učincima nekih novih oblika zajedništva ljudskih bića bez obzira na spol. Međunarodna komisija za građanska stanja iz Strasbourga tijekom 1998. godine uputila je detaljne upitnike u svezi s registriranim partnerstvima. To istraživanje trebalo bi biti podloga Konferenciji o registriranom partnerstvu koja će se održati u Haagu u ožujku 1999. godine. »Glavno tajništvo je svjesno kako se brojne države mogu suočiti s mnogo problema prilikom odgovaranja na upitnik bilo zbog činjenice što ne poznaju registrirano partnerstvo ili drugi istovjetni institut, bilo zato što je navedena materija ponekad predmetom preliminarnih rasprava pa se ne zna koja će biti prihvaćena rješenja, bilo stoga što djelatnici s područja građanskih stanja nisu bili ili samo vrlo rijetko suočeni s postavljenim problemima. Povrh toga za sada je teško predvidjeti sva praktična pitanja koja se mogu postaviti pojavom registriranog partnerstva.«²⁸

Presudom protiv Belgije izjednačen je položaj djece rođene izvan braka s položajem koji pravni poredak priznaje djeci rođenoj u braku (Marcx v. Belgium). Čitav niz presuda odnosio se na problematiku izvršavanja sadržaja roditeljske skrbi.

Unazad nekoliko godina učestali su sporovi u svezi s pravom na slobodu iskazivanja religijske pripadnosti djece u mješovitim brakovima. Organi Konvencije polazili su od prava roditelja iz čl. 2 Protokola 1. da u odgoju djece polaze od vlastitih religijskih uvjerenja pokušavajući to pravo uskladiti s pravom oba roditelja na jednakost u odgoju djeteta.²⁹ Europski sud slijedeći pomake u dokumentima Vijeća Europe prihvatio je nove standarde uvažavanja prava duševnih

²⁸ Commission Internationale de l'état civil, Strasbourg, 9. juillet 1998., LC 3/98.

²⁹ European Law Review, Human Rights Survey, 1997., str. 38-39.

bolesnika u slučajevima nužne prinudne hospitalizacije (Winterwep v. Netherlands).³⁰

Kada se uspoređuju pravni standardi Europskog suda za ljudska prava s onima koji postoje u Republici Hrvatskoj prema Zakonu o braku i porodičnim odnosima koji se primjenjuje do 1. srpnja 1999. nedvojben je zaključak da je to bivše »komunističko, socijalističko...« zakonodavstvo poznavalo visoke standarde zaštite prava čovjeka bez obzira na podrijetlo i spol, te da vjerojatno ne bi izgubilo spor NN v. Yugoslavia, odnosno NN v. Croatia. Republika Hrvatska podnijela je zahtjev za ućlanjenje u Vijeće Europe 11. rujna 1992. godine. Republika Hrvatska postala je državom članicom Vijeća Europe i pristupnicom Europske konvencije za zaštitu prava čovjeka i temeljnih sloboda 6. studenog 1996. godine. Čini se da noviju hrvatsku povijest u sublimiranom obliku sadrži 28 stranica teksta Komiteta za politička pitanja Parlamentarne skupštine Vijeća Europe Doc. 7510 od 29. ožujka 1996. godine pod naslovom »Report on Croatia's request for membership of the Council of Europe«³¹. Politički odjeci tog izvješća u Republici Hrvatskoj bili su dosta negativni. Neprijeporno je da čitav taj dokument predstavlja povijesnu analizu stanja i pokušaj dokazivanja da su u Republici Hrvatskoj ipak ispunjene temeljne »europske« pretpostavke: pluralistička demokracija, poštivanje prava čovjeka i načelo legaliteta.

Temeljna načela na kojima se gradi pravni sustav Republike Hrvatske sadrži Ustav Republike Hrvatske. Ustav predviđa da međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a na snazi su, čine dio unutarnjega pravnoga poretka Republike, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava.³² »Hrvatska, htjela – ne htjela, dio svojeg pravnog nasljeđa izvodi iz bivše SFR Jugoslavije koja je imala konzervativan stav glede mogućnosti primjene pravnih pravila međunarodnog prava u unutrašnjem pravnom poretku. Očevi hrvatskog Ustava željeli su odstupiti od takvog gledišta i propisati monistički pristup. Međutim, hrvatska pravna kultura, uključujući navike sudaca, odvjetnika i ostalih aktera u pravnoj areni, još uvijek sporo prihvaća mogućnosti izravne primjene pravnih pravila međunarodnog prava u hrvatskom pravnom poretku. Razlozi takvog stanja su

³⁰ T. ZWART, *The Admissibility of Human Rights Petitions*, The Case Law of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee, 1994.

³¹ Report by the Political Affairs Committee, Rapporteur Mr. Van Der Linden, ADOC 7510, 1403-25/3/96-2-E, Council of Europe Parliamentary Assembly.

³² »Ustav Republike Hrvatske«, u: *Narodne novine* br. 56/1990. i »Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustava Republike Hrvatske«, čl. 16 kojim je promijenjen čl. 134, u: *Narodne novine* br. 135/1997.

kompleksni i vjerojatno uključuju nedostatak informiranosti pravnih praktičara, sudaca i odvjetnika... Navedene osobine hrvatskog pravnog sustava i pravne kulture upućuju na zaključak da mogućnosti izravne primjene pravnih pravila međunarodnog prava u Hrvatskoj postoje, ali da se nedovoljno koriste, a stupanje na snagu Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te će probleme iznijeti na vidjelo u punom svjetlu.«³³ Čini se međutim da se presudni pomak ipak nedavno dogodio, i to na vrhu piramide. Ustavni sud na sjednici održanoj 15. srpnja 1998. godine oglosio je zakon neustavnim zbog njegove suprotnosti međunarodnom ugovoru u izričitoj stilizaciji da nesuglasnost zakona s međunarodnim ugovorima predstavlja istovremenu povredu načela vladavine prava iz članka 3 Ustava Republike Hrvatske kao temeljne vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske.³⁴

Nedavno je otvoreno novo poglavlje u priči o pravnom uređenju obiteljskih odnosa u Republici Hrvatskoj. U Narodnim novinama br. 162, 22. prosinca 1998. objavljen je Obiteljski zakon. Posljednji 372. članak Zakona glasi: »Ovaj Zakon stupa na snagu osmog dana od objave u 'Narodnim novinama', a primjenjuje se od 1. srpnja 1999.« Budući da upoznavanje s novim hrvatskim obiteljskim pravom zahtijeva malo više dužnog poštovanja namjerno će iz ovog priloga biti izostavljen dio koji bi se trebao odnositi na novine u hrvatskom zakonodavstvu. Iz ovih razmatranja o pravnom pristupu braku i obiteljskim odnosima na europskim nivoima slijedi nedvojben zaključak da se radi o područjima pravnog pristupa u kojima su države gotovo apsolutno suverene. Norme obiteljskog prava po naravi su civilizacijske norme koje dokazuju da je pravo kulturna pojava (i potreba) koja se prilagođava stvarnosti. Uspoređujući sustav vrijednosti koji se stvarao međunarodnim dokumentima i kazuistikom europskih sudova možemo zaključiti da se u pravilu radi o tumačenju i primjeni vrlo uopćenih stilizacija pretežito načelne prirode. Poneki primjeri iz kazuistike ukazuju na popunjavanje vrlo specifičnih pravnih praznina koje su ponajprije odraz mijena u sustavima vrijednosti na kojima se temelje pravni poredci. Te mijene posljedica su novih socioloških trendova i restrukturiranja sustava vrijednosti na kojima se temeljila tradicionalna obitelj. Obiteljski odnosi na kraju ovog tisućljeća više su primjer revolucije, nego evolucije, koja teče. Čini sa da je pravni poredak Republike Hrvatske i dosada zadovoljavao standarde iz Europske konvencije za zaštitu prava čovjeka i temeljnih sloboda i kazuistike Europske komisije i Europskog suda za prava čovjeka.

³³ S. RODIN, *nav. dj.*, str. 113-114.

³⁴ »Odluka Ustavnog suda« br. U-I-920/1995 i U-I-950/1996 od 15. srpnja 1998., u: *Narodne novine* 98/1998.

Trend unifikacije na gospodarskom planu posredno utječe i na odgovarajući trend ujednačavanja zakonodavstva i prakse glede braka i obitelji. Čini se da je u Europi postignut gotovo istovjetan civilizacijski stupanj u pravnom pristupu braku i obiteljskim odnosima, te da se novijom sudskom praksom i međunarodnim dokumentima popunjavaju pravne praznine ili uvode novi obiteljskopравни instituti. Ponekad su nova obiteljskoppravna rješenja posljedica razvoja medicinske tehnologije, poput zahvata promjene spola ili humane reproduktivne tehnologije. Zamjetnije novine očekuju se na planu uvođenja izvornih prava djece i priznavanju pravnih učinaka nekim novim oblicima partnerstva ljudskih bića. Europa bez granica ogleđa se i u prožimanju sustava vrijednosti koje su podloga pravnog pristupa tako da je postala povijesnom kategorijom otvorena konfrontacija liberalnog protestanskog sjevera i konzervativnijeg katoličkog juga Europe. Kao rijetka enklava gotovo da strši pravni sustav Republike Irske koji ima najviše sličnosti s pristupom Katoličke crkve. Prema Ustavu Republike Irske iz 1937. godine brak nije bilo moguće razvesti, a Ustav je zabranjivao i priznavanje stranih sudskih presuda o razvodu braka.³⁵ Međutim na referendumu održanom krajem 1995. godine Irci su se izjasnili za uvođenje razvoda braka. Uopćene stilizacije iz Europske konvencije nadopunjavaju se obvezujućom sudskom praksom. Sustav vrijednosti zajamčen ustavima država članica čini se predstavlja i dalje temelj zaštiti strogo osobnih prava. Kada se na europskom obzoru pojavi neka obiteljskoppravna novina, poput registriranih partnerstva osoba istog spola, tada i uz postojanje pravnih praznina djeluje sustav pravne i nacionalne samobrane preko kategorije javnog poretka čime se bar donekle kupuje vrijeme i na neki način u ovoj Europi bez granica priprema javno mnijenje za shvaćanje i uvažavanje novih pravnih instituta. Mnogo se toga mijenja, a i ipak i dalje *Hominum causa omne ius constitutum est...*

Summary

MARRIAGE AND THE FAMILY IN LEGISLATION IN CROATIA AND THE EUROPEAN UNION

The necessity of economic cooperation on the supranational plan of European countries after the second world war lead to the creation of the European Community,

³⁵ 1986. godine donesen je Domicile and Recognition of Foreign Divorces Act., a 1989. godine i Judicial Separation and Family Law Reform Act.

after 1993 the European Union. Room was needed for a common market, to allow for the free flow of people, goods, services, and capital. The European Union has its own court for resolving disputes in relation to agreements signed by member states – the European Court of Justice. Agreements on which the European Union is based do not contain paragraphs which advance and protect human rights. Given that the starting point of integration into the European Union were rights of an economic character, those in connection with family life in general were interwoven with categories such as the right to work, the right to reside and receive a work permit, equal employment of men and women. An article of the second Maastricht agreement officially proclaimed that the European Union will respect human rights and basic freedoms as basic principle rights of a community under the European convention for the protection of rights and basic freedoms and a constitutional tradition which is common to all member states. Because all member states of the European Union and at the same time member states of the Council of Europe ratified the European Convention for the protection of human rights and basic freedoms and accepted jurisdiction of the European Court of Justice over human rights it is to be expected that the matter in question is that of accepted standards of protection of human rights. The Republic of Croatia became a member of the Council of Europe and subject to the European convention of human rights and basic freedoms on November 6, 1996. In the article, explains the norms of the Convention for the protection of human rights and basic freedoms which regulate marriage and family relationships, and explains the judgement of the European Court and the European Court for human rights. After these considerations follows the conclusion that admissible states are almost absolutely sovereign in their legal approach to this matter since member states acknowledge wide authority in the area of family relations. It seems that in Europe it is easier to become a monetary union than to create a standard of human rights and freedoms in the domain of family rights, although unification in a Europe without borders is inevitable.

Key words: *marriage, family, human rights, legislation, European Union.*