

Др Ивана Грубеших,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Зеници, Федерација БиХ
Др Џенана Радончић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Зеници, Федерација БиХ

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23308

UDK: 342.7:347.628.41
368.914

Рад примљен: 25.09.2019.
Рад прихваћен: 03.04.2020.

(НЕ)ДИСКРИМИНАТОРНИ ТРЕТМАН ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА У ОСТВАРИВАЊУ ПРАВА НА ПОРОДИЧНУ ПЕНЗИЈУ**

Апстракт: Рад је инспирисан недавном одлуком Уставног суда Босне и Херцеговине којим се утврђује дискриминација ванбрачних партнера у односу на брачне партнере поводом уживања права на породичну пензију. Овакво прогресивно тумачење долази као наставак на ранију одлуку истог Суда којим се утврдила дискриминација ванбрачних партнера спрам брачних партнера у погледу насљедних права. Ауторке рада се слажу са закључцима Уставног суда БиХ у обје наведене одлуке, али дјелимично из других разлога, због чега сматрају важним допунити кориштену аргументацију и образложење. У раду стога најприје указују на трендове у пракси Европског суда за људска права, праћено анализом релевантног законодавства у БиХ, како би се, у оквиру теста дискриминације, испитало да ли је законодавац у БиХ адекватно искористио дискрециони простор за креирање и имплементацију јавних политика социјалног осигурања, те да ли је на темељу цијелокупног правног режима ванбрачне заједнице код ванбрачних партнера створио легитимна (оправдана) очекивања да је њихова заједница живота изједначена по имовинскоправним ефектима са брачном заједницом.

Кључне речи: неједнак третман, дискриминација, ванбрачна заједница, породична пензија.

* grubestic.ivana@gmail.com

* dzana.radoncic@gmail.com

** Рад је изложен на Међународној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, одржаној 12–13. 4. 2019. на Правном факултету у Нишу.

1. Увод

У раду ауторке истичу проблематику неједнаког третмана брачних и ванбрачних партнера у погледу остварења права на породичну пензију, као једног од кључних имовинских права које произилази из породичне заједнице. Ентитетским породичним законодавством начелно су изједначене брачне и ванбрачне заједнице у погледу имовинских дејстава. Међутим, појединим прописима, попут ентитетских закона о пензионо-инвалидском осигурању, ванбрачни партнери су искључени из уживања права доступних брачним партнерима. Став је ЕСЈП, изражен у бројним одлукама, да свака држава чланица Вијећа Европе (даље: ВЕ) има тзв. дискрециони простор за доношење одлуке о изједначавању брачне и ванбрачне заједнице у погледу издржавања, (ван)брачне стечевине, насљеђивања, породичне пензије и осталих релевантних имовинских права. Предметом анализе ће бити процјена може ли се држава позвати на дискрециони простор и слободу одлучивања онда када је цјелокупним правним режимом створила оправдана очекивања ванбрачних партнера на равноправан третман у погледу имовинских права. У ту сврху бит ће размотрени национални прописи којима се утврђују имовинска права с обзиром на појмовно одређење породице, те релевантна судска пракса, а нарочито рецентна одлука Уставног суда БиХ, у којој је разматрано питање дискриминаторног третмана ванбрачних партнера у односу на брачне партнере поводом права на породичну пензију.

Са институционализацијом брака, на ванбрачну заједницу живота се све мање благонаклоно гледало, како друштвено, тако и правно.¹ Међутим, пораст у броју ванбрачних заједница је наметнуо потребу њиховог формалног признања и детаљнијег правног регулисања (House of Commons, 2009). Различите варијанте ванбрачних или не-брачних заједница живота постоје широм свијета, под различитим називима, *common law* брак (Varlow, 2014: 36), *de facto* заједница живота, неформални брак, (регистровано) партнерство, са значајно различитим правним посљедицама. За потребе писања овог рада полазимо од концепта ванбрачне заједнице у духу домаћег правног разумијевања – као заједницу живота лишену било каквог формализма, потребе за регистрацијом, пријављивањем надлежном државном тијелу, склапању споразума, увођењу у евиденције и сл. (*de facto* заједнице живота), при чему могу бити прописани додатни услови везано за заједнички живот, дужину трајања заједничког живота, постојање дјеце итд.

1 Тако је почетком 19. стољећа Наполеон наводно изјавио да ванбрачни партнери игноришу право/закон, па и право/закон игнорише њих. Преузето 15. 8. 2019. <https://core.ac.uk/download/pdf/43094634.pdf>

С обзиром да су овакве неформалне заједнице живота друштвена неминовност, пред законодавца се поставља питање да ли и на који начин пружити правну заштиту ванбрачним партнерима.² Да ли их треба изједначити у цјелости са брачним партнерима, додијеливши им исти правни статус или пак без потпуног изједначавања, пружањем одређених права својствених браку – имовинска права на (ванбрачну) стечевину, насљедна права, права на породичну пензију, право на издржавање и слично.³

У чланку ће ванбрачне заједнице у БиХ бити анализирани само у контексту одређених имовинскоправних дејстава, конкретно, права на породичну пензију. Иако право на различите облике издвајања од стране државе у области социјалног осигурања не произилази директно из Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (даље: ЕКЉП), судска пракса је понудила детаљнија тумачења направивши дистинкцију у категоријама социјалних права, између оних која почивају на уплати доприноса и оних који се тичу различитих накнада без претходног доприноса корисника права (Gómez Heredero, 2007: 23). Практика је у том погледу конзистентна, неспорно је да права из области социјалног осигурања која се темеље на уплати доприноса представљају права имовинске природе и самим тим потпадају под опсег примјене члана 1 Протокола број 1 уз ЕКЉП.⁴

Иако у раду полазимо од слободе коју су двије особе различитог пола имале приликом избора да ли ће ступити у брак или ванбрачну заједницу, из перспективе међународних људскоправашких стандарда отворена су питања у погледу заштите коју треба пружити ванбрачним партнерима: Да ли су ванбрачне заједнице у погледу статуса и права која из такве заједнице произилазе изједначене са брачним заједницама, зато што су упоредиви институти? Да ли државе уживају аутономију да ограниче статус и ефекте различитих облика ванбрачних заједница и да их формално разликују од брака? (Grau, 2004: 135 i dalje).

2 Види: Истраживачки центар – Парламентарни институт, Скупштина Црне Горе. *Право ванбрачних другова на породичну пензију – Хрватска, Француска, Италија, Нјемачка и Словенија*. Бр. 13 (2015).

3 О различитим инструментима јачања положаја надживјелог (ван)брачног партнера види Софтић Каденић, Д. (2013). Брачни уговор и уговор о насљеђивању у праву Федерације Босне и Херцеговине као инструменти јачања правног положаја надживјелог брачног партнера. *Зборник радова са научног скупа «Развој породичног права – од националног до европског»* (стр. 135–153). Мостар: Правни факултет Универзитета «Џемал Биједић».

4 Види Одлуке ЕСЉП, *Gaygusuz vs. Austria* број представке 17371/90 од 16. 9.1996. године и *Van Raalte vs. the Netherlands* број представке 20060/92 од 21. 2. 1997. године.

2. Стандарди установљени праксом Европског суда за људска права

Правни статус ванбрачних заједница се може посматрати у контексту неколико људских права: правана једнакоправан третман (принцип забране дискриминације) у вези са другим правом, попут *права на поштивање приватног и породичног живота*⁵, *слободе савјести и вјероисповијести*⁶, и за нас најзанимљивијег, *права на имовину*⁷.

Право на породичну пензију уживају, јасно је, чланови породице. Ко међутим чини породицу? Појам породице је у контексту конвенцијских права доживио значајну еволуцију кроз бројна тумачења од стране ЕСЉП⁸, при чему је за нас најважније то што појам породице није ограничен на бракове и на њему засноване породице, него обухвата и различите ванбрачне/фактичке заједнице, са фокусом на стабилности и континуитету у породичним везама (чак и без кохабитације).⁹ То, међутим, не значи да *de facto* породице морају бити формално признате. Заправо, чак и незаконите заједнице живота, могу довести до настанка породице и тиме потпасти под опсег примјене члана 8 ЕКЉП. Тиме се не дира у слободу државе да одлучи да ли ће, на који начин и у којој мјери заштитити ванбрачне партнере који чине породицу, а који нису формално закључили брак.¹⁰ У предмету *Vallianatos и други против Грчке*¹¹, ЕСЉП је отишао и корак даље, признајући квалитет породице двојици одраслих мушкараца који су били, по оцјени Суда, у стабилној вези, иако нису фактички скупа живјели.¹² У либералном духу, ЕСЉП потврђује да, убудуће, када европски

5 Неовисно о формалном признавању ванбрачне заједнице и њеном изједначавању са браком, такве заједнице често доводе до формирања породичног живота (чине породицу).

6 У случајевима заснивања бракова у религијској форми, без закључивања брака у грађанској форми.

7 За потребе испитивања да ли ванбрачне заједнице имају једнаке имовинскоправне ефекте као и бракови.

8 Шире: European Court of Human Rights. *Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life*. Задњи пут ажурирано 30. 4. 2019.

9 Ibid.

10 О критици екстензивног разумијевања појма породице, види; Puppink, G., *The dilution of the family in human rights: Comments on Vallianatos and other ECHR cases on „family life“*, преузето 20. 8. 2019., <https://www.ejiltalk.org/the-dilution-of-the-family-in-human-rights-comments-on-vallianatos-and-other-echr-cases-on-family-life/>

11 Пресуда ЕСЉП, *Vallianatos and Others v. Greece*, број представке 29381/09 и 32684/09 од 7. 11. 2013. године.

12 Bitiukova, V. (2014). *Vallianatos and Others vs. Greece: What is in there for Lithuania?*. *Strasbourg Observers*. Преузето 20. 8. 2019. <https://strasbourgobservers.com/2014/01/13/vallianatos-and-others-v-greece-what-is-in-there-for-lithuania/>

законодавци буду регулисали породицу и породичне ствари, потребно је, приликом избора средстава дјеловања „обавезно узети у обзир друштвени развој, као и промјене у перцепцији друштвених и грађанских питања и односа, укључујући и чињеницу да не постоји само један начин или један избор када је у питању вођење нечијег приватног или породичног живота.“¹³

ЕСЉП се током 2009. године бавио са два предмета релевантна за разматрање заштите коју уживају ванбрачни партнери. Ради се о случајевима *Şerife Yiğit v. Turkey*¹⁴ и *Muñoz Diaz*¹⁵. У предмету *Muñoz Diaz*, апликантица се као припадница ромске мањине у Шпанији удала, по ромским обичајима, за припадника ромске мањине, без формалног закључења грађанског брака. Брак је као такав признат у ромској заједници, гдје се сматра да сва права и обавезе из брака произлазе из ове форме брака, иако формално није изједначен са грађанским браком. Након смрти апликантичиног партнера, првостепени суд и суд посљедње инстанце су одбили захтјев апликантице за пензијом с образложењем да никада није била супруга преминулог, јер није закључила ни грађански нити религијски брак по шпањолском праву (Ouald Chaib 13. 4. 2010) ЕСЉП је утврдио да се овдје ради о *de facto* брачном статусу, те да је Уставни суд Шпаније у ранијим случајевима закључења *de facto* брака по канонском праву признавао брачни статус уколико је брак закључен у доброј вјери, те да се овдје има додатно узети у обзир да се ради о припадници ромске мањине, због чега је у конкретном случају утврдио повреду чл. 14 у вези с чл. 1 Протокола бр. 1 ЕКЉП-а (Meškić, 2018: 44).¹⁶

У сличном предмету, *Şerife Yiğit v. Turkey*, поставило се питање поштивања приватног живота и забране дискриминације (члан 8, у вези са чланом 14 ЕКЉП). Руководећи се чланом 1 Протокола 1, у вези са чланом 14 и чланом 8 ЕКЉП, Суд је испитивао да ли је у конкретном случају почињена дискриминација на темељу природе брака – грађански vs. вјерски брак (тзв. остали заштићени основи). Велики значај је дат принципу секуларизма у Турској, те је прихваћено да се формалним разликовањем грађанског од вјерских бракова слиједи легитиман циљ заштите јавног поретка и заштите права и слобода других, превасходно жена. У оквиру теста пропорционалности, ЕСЉП прави дистинкцију између случаја *Muñoz Diaz* и *Şerife Yiğit* на трагу концепта добре вјере – г-ђа Yiğit, по мишљењу Суда,

13 Тачка 84 наведене пресуде.

14 Одлука ЕСЉП број 3976/05 од 2. 11. 2010. године.

15 Одлука ЕСЉП број 49151/07 од 8. 12. 2009. године.

16 Преузето 22. 8. 2019. <http://www.analitika.ba/sites/default/files/ECHR%20i%20Anti%20diskriminacija%20%E2%80%93%20Zbornik%20May%202018.pdf%20-%20za%20web.pdf>

није имала/требала имати легитимно очекивање да ће остварити право на породичну пензију, јер је била свјесна потребе да формализира свој брак у складу са грађанским закоником, те је имала довољно времена да то учини (26 година вјерског брака) – тврдио је Суд, дакле, да није била у доброј вјери (Ouald Chaib, 11. 10. 2010). Добра вјера у овом контексту није ништа друго до концепт легитимних очекивања.

У оба наведена случаја било је довољно времена да се формално закључи грађански брак (26, односно 29 година). Ни у првом нити у другом случају није спорно постојање породичног живота. Међутим, у предмету *Miñoз Diaz* ЕСЉП је закључио да систем заједничких вјеровања културално дефинисане заједнице не може бити игнорисан (у овом случају ромске популације), док није прихваћен навод Şerife Yeğit да вјерски брак „представља друштвену реалност у Турској“, те да представља „карактеристику живота у Турској“. Ипак, док шпањолске власти признају одређене облике неформалних, неграђанских бракова, у Турској је грађанска форма брака једини формално прихваћен облик заједничког живота хетеросексуалних партнера. Због тога ЕСЉП изводи закључак да је различит третман пропорционалан, те да нема повреде члана 1 Протокола бр. 1, нити повреде члана 8 ЕКЉП.

Занимљиво је да Велико вијеће ЕСЉП сматра заштиту жена легитимним циљем који турски законодавац жели постићи тиме што ствара додатни притисак ради закључивања бракова и формализирања односа у заједници живота, а с друге стране у оваквим случајевима, који заиста представљају друштвену стварност Турске, жени која је била у вишедеценијској моногамној заједници живота одбија признати било какав статус и тиме јој одбија пружити заштиту. Чини се да, како је истакнуто у издвојеном мишљењу судије Rozakisa, праве компараторе у овом случају чине дугогодишње ванбрачне заједнице и бракови, а не грађански насупрот вјерским браковима. У цјелости се занемарује дужина трајања заједнице живота (26 година), чињеница да је подносиатељица представке родила 6 дјеце са преминулим партнером, те да је од њега била финансијски овисна читаво вријеме трајања заједнице живота, што је *de facto* изједначава са браком. Да ли фактички једнаке/сличне ситуације захтијевају једнако/слично третирање? Аргумент да се желе заштити муслиманске жене од шеријатских бракова није убједљив, јер им се овако одриче било каква заштита, па није јасно од чега и како ЕСЉП заправо штити жене које ће и даље закључивати вјерске бракове. Суд је сматрао да, иако постоје државе чланице ВЕ које признају и друге стабилне односе уз традиционални брак, Турска се не може обавезати на то. Овакво ограничење је, по мишљењу Суда, прихватљиво, јер има легитиман циљ, као и објективно и разумно оправдање, будући да се заштита ограничава на службено признате

бракове, што су у овом случају само грађански бракови. Разлика која је направљена између брачних и ванбрачних заједница је у овом контексту стога оправдана. Закључак ЕСЉП-а за сада је јасан: државе нису дужне признати друге односе уз брак, због чега нису ни обавезне штитити неформалне бракове на истој разини као формално ваљане бракове (Ould Chaib, 2010).

Поменуте пресуде отварају бројна питања, од питања постојања међународног консензуса о посебним потребама мањина, услијед којих држава треба заштити њихову сигурност, идентитет и животни стил, што је већ потврдио у погледу ромских мањина у предметима *Chapman*¹⁷ и *Buckley*¹⁸, до разматрања домета принципа секуларизма и заштите жена у вјерским браковима. Државе чланице ВЕ заиста уживају дискрециони простор у процјени да ли и до које мјере разлике у иначе истовјетним ситуацијама оправдавају различит третман у праву.¹⁹ Дискрециони простор је већи када се ради о усвајању јавних економских, фискалних или друштвених мјера, које су блиско везане за располагање државним новчаним ресурсима.²⁰ Међутим, ЕСЉП је тај који ће у сваком конкретном случају процјењивати да ли је одређена мјера усклађена са обавезама које за државу чланицу ВЕ произлазе из ЕСЉП и протокола.

Из представљене судске праксе ЕСЉП-а можемо извући двоструки закључак (Rutten, 2010: 84), (а) пуко позивање на принцип равноправности није довољно да би се ванбрачној заједници (убрајајући ту и вјерске/традиционалне бракове) додијелио формалноправно једнак статус као и браку, (б) али да се, под посебним околностима, ванбрачни партнер/ица, може успјешно позвати на принцип равноправности како би за себе исходно/ла примјену одређених законских рјешења, упркос неформалном (па чак и незаконитом) статусу брака. У досадашњој пракси ЕСЉП-а, општеприхваћено је да брачним партнерима припада посебан статус и права, те да заштита брака начелно представља значајан и легитиман разлог који би могао оправдати различит третман брачних и ванбрачних заједница. Због тога државе (и даље) имају одређени дискрециони простор за различит третман брачних и ванбрачних заједница, нарочито у погледу

17 ЕСЉП, *Chapman vs. United Kingdom*, број представке 27238/95, одлука од 18. 1. 2001. године.

18 ЕСЉП, *Buckley vs. United Kingdom*, број представке 20348/92, одлука од 25. 9. 1996. године.

19 Као први такав случај види одлуку ЕСЉП, *Marckx vs. Belgium*, број представке 6833/74, одлука од 13. 6. 1979. године.

20 Види, ЕСЉП, *Burden vs. The UK*, број представке 13378/05, одлука од 22. 5. 2008. године.

јавних и фискалних политика, попут опорезивања или пензијског и инвалидског осигурања.

Изузетак, када различит третман неће бити дозвољен, ограничен је на врло специфичне ситуације у којима Суд узима у обзир бројне околности, попут те да ли је закон конкретне државе пружио одређену правну заштиту специфичним неформалним односима (одређеној врсти ванбрачне заједнице); да ли је спорна заједница живота упоредива са другим односима с обзиром на релевантне аспекте (на примјер, постојање добре вјере у вези са статусом брака); да ли су постојала очекивања/увјерења партнера да су склопили ваљан брак; потврђивање тих очекивања ставом и актима државних власти; околност да су очекивања партнера била оправдана ставом и поступцима државе у вези с неформалним браком; као и то да ли би одбијање пружања заштите било несразмјерно у датим околностима (Rutten, 2010: 85).

3. Анализа стања у БиХ

а. Право на породичну пензију и недоследности у дефинисању појма породице у ентитетском законодавству Босне и Херцеговине

Породична пензија је социјална бенефиција која се остварује „у циљу обезбјеђења сигурности прихода као посљедица околности (догађаја) – смрти која је предухитрила одлазак у пензију“ (Gillion, Turner, Bailey, Latulippe, 2000: 69), а правну природу породичне пензије у националном правном систему одређују основни елементи специфични за овај вид бенефиција – квалифицирајући период осигурања, круг корисника пензије, те однос зависности корисника (да ли је корисник способан за рад, самостално издржавање или не) (Gillion et al.: 89).

Ентитетско законодавство у БиХ којим се уређује обавезно пензијско и инвалидско осигурање²¹ предвиђа наведене елементе као основне предуслове за остварење права на породичну пензију, међутим, питање одређења корисника породичне пензије у посљедњих неколико година указало је на бројне недоследности које су саставни дио законодавстава унутар сваког од ентитета, па и између ентитета, те неефикасан механизам измјене закона након усвајања пресуда, које су прекретница у тумачењу таквих недоследности. У конкретном случају, законодавно одређење корисника породичне пензије у ФБиХ ограничава се на преживјелог брачног

²¹ Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 13/2018; Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Сл. гласник РС*, бр. 134/2011, 82/2013, 96/2013 - одлука УС и 103/2015.

супружника, разведеног брачног супружника, уколико има признато право на издржавање, и дјецу²², искључујући категорију ванбрачних партнера. На једнак начин круг корисника је био одређен и претходно важећим Законом о ПИО ФБиХ из 1997. године, чланом 60.²³ Такођер, специфично уређен круг корисника предвиђа и Закон о ПИО РС, који, поред брачног супружника, превиђа могућност остварења права на породичну пензију и за разведене брачне и *ванбрачне супружнике*, уколико им је признато право на издржавање²⁴, искључујући при томе у потпуности категорију ванбрачних супружника који су у тренутку смрти осигураника били у ванбрачној заједници.

Овакво правно одређење корисника породичне пензије низ година изазива проблеме у пракси, а који посљедично доводе до правне несигурности странака. Уставни суд БиХ (даље: УС БиХ) је својом праксом у посљедњих неколико година указао на тенденцију изједначавања статуса брачних и ванбрачних партнера, што је видљиво на основу усвајања пресуде по апелацији бр. 4207/13²⁵, а која се односи на дискриминаторан третман ванбрачних партнера у погледу наслеђивања, што је узето у обзир усвајањем новог Закона о наслеђивању у ФБиХ 2014. године (Крешић, Омердић, 2018: 265). У истом правцу УС БиХ закључује и усвајањем одлуке по апелацији бр. 4077/16 у октобру 2018. године²⁶, а којом се утврђује дискриминаторан третман ванбрачних партнера у остварењу права на породичну пензију. Ова одлука је прекретница у поимању концепта породице и статуса ванбрачних партнера, те ће у наставку рада иста бити анализирана у контексту дате аргументације, и концептуалних питања простора слободне процјене државе, начела легитимних очекивања странака, и постојања дискриминаторног третмана ванбрачних партнера.

Питање дефиниције брачних и ванбрачних заједница, односно породице као појма, налазимо у ентитетском породичном законодавству. Тако Породични закон ФБиХ (даље: ПЗ ФБиХ)²⁷ уређује појам породице као *„животне заједнице родитеља и дјеце и других крвних сродника, сродника по тазбини, усвојилаца и усвојеника и особа из ванбрачне заједнице ако живе у заједничком домаћинству“*. Даља анализа указује да су партнери у брачним

22 Чл. 69 Закона о ПИО ФБиХ.

23 Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 29/1998, 49/2000, 32/2001, 73/2005, 59/2006, 4/2009, 55/2012.

24 Чл. 70 Закона о ПИО РС.

25 Одлука по апелацији УС БиХ бр. 4207/13, *Сл. гласник БиХ*, бр. 83 (2016).

26 Одлука УС БиХ по апелацији бр. 4077/16, *Сл. гласник БиХ*, бр. 80 (2018).

27 Чл. 2 ПЗ ФБиХ, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 35/2005, 31/2014.

и ванбрачним заједницама изједначени по питању имовинских ефеката тих заједница – обавези међусобног издржавања²⁸, праву на издржавање након престанка ванбрачне заједнице²⁹, правном уређењу стечене имовине у ванбрачној заједници³⁰. ПЗ ФБиХ изједначава брачне и ванбрачне партнере и у погледу заштите од насиља у породици³¹. Иако Породични закон РС (у наставку ПЗ РС) не дефинише изричито појам ванбрачне заједнице, из појма породице нису изричито искључени ванбрачни партнери, дефинишући чланом 2 исту као „животну заједницу родитеља и дјеце и других сродника“³². Даља анализа ПЗ РС указује на изједначен положај брачних и ванбрачних партнера у контексту имовинских ефеката заједница, што је изричито наведено чланом 12, и на једнак начин уређено као и у ФБиХ – обавези међусобног издржавања³³, праву на издржавање након престанка ванбрачне заједнице³⁴, и статусу стечене имовине.³⁵

Појам породице укључује брачне и ванбрачне партнере и у другим прописима приватне сфере права. У Закону о наслеђивању у ФБиХ (даље: ЗоН ФБиХ) ванбрачно и брачно сродство потпуно је изједначено³⁶ у контексту законског наслеђивања³⁷ и уговора о наслеђивању.³⁸ Једнак приступ налазимо и у Закону о наслеђивању РС.³⁹ Изједначавање статуса брачних и ванбрачних партнера присутно је и у другим прописима којима се уређују приватни правни односи – Закон о облигационим односима ФБиХ изједначава њихов статус у погледу тога између којих лица не тече застара⁴⁰; Закон о раду у ФБиХ и РС дефинише као чланове уже породице брачну и ванбрачну супругу у погледу остварења права на

28 Чл. 213 ПЗ ФБиХ.

29 Чл. 230 ПЗ ФБиХ.

30 Чл. 263 ПЗ ФБиХ.

31 Чл. 380 ПЗ ФБиХ. Изједначавање брачних и ванбрачних партнера по питању заштите од породичног насиља даље је уређено и чланом 6 Закона о заштити од насиља у породици ФБиХ, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 20/2013.

32 ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 54/2002, 41/2008, 63/2014 и 56/2019 - одлука УС.

33 Чл. 9 ПЗ РС.

34 Чл. 248 ПЗ РС.

35 Чл. 284 ПЗ РС.

36 Чл. 4 Закона о наслеђивању, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 80/2014.

37 Чл. 9 ЗоН ФБиХ.

38 Чл. 126 ЗоН ФБиХ.

39 Чл. 4 Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, Бр. 1/2009, 55/2009, 91/2016.

40 Чл. 381 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989, *Сл. лист РБиХ*, бр. 2/1992, 13/1993, 13/1994.

плаћено одсуство⁴¹; Закон о парничном поступку у ФБиХ предвиђа право свједока на ускраћивање одговора на питања уколико би одговор довео до кривичног гоњења њега, односно његовог брачног или ванбрачног партнера, те других чланова породице⁴², те дефинише лица која могу бити пуномоћници у парничном поступку (за физичка лица то могу бити брачни, односно ванбрачни друг странке, те други сродници у складу са Законом)⁴³, а једнака рјешења предвиђена су и Законом о парничном поступку у РС.

Разматрајући рјешења предвиђена прописима из области социјалног осигурања и социјалне заштите, као сфере којој припада и уређење питања породичне пензије, дефинисање појма породице слиједи начело равноправности брачних и ванбрачних партнера. Тако се Законом о здравственом осигурању у ФБиХ члановима породице осигураника сматрају како брачни тако и ванбрачни партнер, у контексту остварења права на здравствено осигурање као члана породице осигураника⁴⁴. Једнак приступ сусреће се и у оквиру Закона о основама социјалне заштите, заштите цивилних жртава рата и породица са дјецом, у којем се као чланови породице наводе брачни и ванбрачни партнер у контексту остварења права која припадају цивилним жртвама рата⁴⁵. И Закон о правима бранилаца и чланова њихових породица у ФБиХ дефинише круг чланова породице, у који такођер укључује и ванбрачне партнере⁴⁶. Дакле, осим ентитетских прописа о пензионим и инвалидском осигурању, којима се не предвиђа могућност остварења права на породичну пензију од стране ванбрачног партнера, други прописи који уређују материју социјалног осигурања као и области социјалне заштите, дефинишу породицу на начин да се члановима сматрају и ванбрачни партнери, који на једнак начин остварују право на социјалне престације, а под условима карактеристичним за постојање ванбрачне заједнице (дужина трајања исте, рођење дјетета).

Ипак, недоследна примјена дефинисања породице предвиђена породичним законом резултирала је тиме да неки прописи не предвиђају ванбрачног

41 Чл. 53 Закона о раду, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 26/2016, 89/2018; чл. 89. Закона о раду, *Сл. гласник РС*, бр. 1/2016, 66/2018.

42 Чл. 140 Закона о парничном поступку, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 53/2003, 73/2005, 19/2006, 98/2015.

43 Чл. 301 Закона о парничном поступку ФБиХ.

44 Чл. 20 Закона о здравственом осигурању, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 30/1997/, 7/2002, 70/2008, 48/2011, 36/2018.

45 Чл. 5 Закона о основама социјалне заштите, заштите цивилних жртава рата и породица са дјецом, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 36/1999, 54/2004, 39/2006, 14/2009, 45/2016.

46 Чл. 17 Закона о правима бранилаца и чланова њихових породица, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 33/2004, 56/2005, 70/2007, 9/2010.

партнера као члана породице којем се признаје одређено право. Тако Закон о стварним правима не предвиђа ванбрачног партнера као члана породице у погледу остварења права служности⁴⁷, док Закон о држављанству Босне и Херцеговине предвиђа могућност стицања држављанства олакшаном натурализацијом само за брачног друга уколико је брак трајао најмање 5 година.⁴⁸

б. Анализа релевантне судске праксе

Иако се домаћи законодавац креће у општем правцу изједначавања брачних и ванбрачних заједница, у појединим специфичним областима задржава рестриктиван приступ. Таква је област пензијског и инвалидског осигурања, гдје, успркос покретању јавних дебата по питању неуједначеног третмана брачних и ванбрачних партнера, те иницијатива из невладиног сектора⁴⁹, усвајање новог Закона о ПИО у ФБиХ 2018. године је протекло без измјене члана 60 и без формалног изједначавања брачних и ванбрачних заједница у погледу права на породичну пензију. На основу жалбе Центра женских права, упућене Омбудсману за људска права БиХ, ова институција је 29.6.2015. године поднијела иницијативу за измјену Закона о ПИО релевантним институцијама. Влада ФБиХ се у свом изјашњењу очитовала да иницијатива Омбудсмана није прихваћена, а ради израде новог Закона о ПИО у том моменту. Иако је тачно да је тада нови Закон о ПИО био у процедури, једнако је тачно да је у нацрту било пропуштено уношење допуне у члан 60 како је предложено у иницијативи.⁵⁰

С обзиром на пасивност законодавца, утолико је значајније што се УС БиХ имао прилику очитовати о потенцијалним дискриминаторним законодавним рјешењима и праксама у погледу третмана ванбрачних партнера/ица у остварењу права на породичну пензију. Ради се о предмету АП бр. 4077/16 по апелацији Изете Шехагић од 11. 10. 2018. године, у којем је апелантица сматрала да јој је прекршено право на недискриминацију из члана II/4 Устава БиХ и члана 14 ЕКЉП у вези с правом на имовину због тога што, као ванбрачна партнерица, није могла стећи право на породичну пензију Закону о ПИО, иако је ванбрачна заједница у потпуности изједначена

47 Чл. 256 Закона о стварним правима, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 66/2013, 100/2013.

48 Чл. 10 Закона о држављанству Босне и Херцеговине, *Сл. гласник БиХ*, бр. 4/1997, 13/1997, 41/2002, 6/2003, 14/2003.

49 Став Омбудсмана за људска права БиХ, преузето 27. 8. 2019, <https://ombudsmen.gov.ba/Novost.aspx?newsid=639&lang=BS>; <https://www.ombudsmen.gov.ba/Novost.aspx?newsid=604&lang=BS>

50 Информације добивене на основу интервјуа са чланицом Центра женских права Заница, обављеног 30. 7. 2019. године.

са брачном заједницом према ПЗ ФБиХ. Похвална је одлука УС БиХ у погледу закључка о утврђивању кршења права на забрану дискриминације у вези са правом на имовину, међутим, ауторке, опреза ради, наглашавају да је образложење конкретне пресуде већински засновано на ранијој одлуци УС БиХ бр. АП 4207/13 од 30. 9. 2016. године, у којој је било спорно да ли се може апеланту као оставитељичином ванбрачном партнеру признати статус наследника првог наследног реда, те да се не даје додатно објашњење у свјетлу конкретног предмета. Наиме, у вријеме доношења пресуде бр. АП 4207/13 (2016. године) већ је био усвојен нови Закон о наслеђивању ФБиХ из 2014. године, којим је експлицитно одређено да оставитеља наслеђује и његов ванбрачни партнер/ица, који је у праву наслеђивања изједначен са брачним, уколико ванбрачна заједница испуњава услове прописане ПЗ ФБиХ, и ако је трајала до смрти оставитеља. Очигледно је да је УС БиХ као једну од одлучујућих околности узео то да су и предлагач новог ЗоН-а и законодавац препознали дискрепанцију између ПЗ ФБиХ и ЗоН ФБиХ, и закључили да је таква разлика резултирала дискриминарајућим третманом ванбрачних партнера/ица, а што су новим прописом отклонили.⁵¹ Оно што разликује ове двије ситуације и што доводи у питање оправданост позивања на конкретне тачке раније одлуке Суда је то што новим Законом о ПИО није дато право на породичну пензију ванбрачним партнерима.

УС БиХ се у обе пресуде позива на потребу досљедног поштивања „*опредјељења из породичног права о једнаком третману брачне и ванбрачне заједнице*“⁵². Неспорно је да ПЗ ФБиХ формално и начелно изједначава брачне и ванбрачне партнере, међутим Закон о ПИО ФБиХ не укључује ванбрачне партнере/ице у дефиницију чланова породице. УС БиХ у наведеним пресудама се није бавио питањем односа ПЗ ФБиХ као презумираног *lex generalis* према другим прописима као *lex specialis*, те наглашава да се ЕКЉП примјењује директно и има приоритет над свим другим законима, због чега се проблематика односа ПЗ ФБиХ и Закона о ПИО ФБиХ уопште није адресирала. Очигледно је да Закон о ПИО ФБиХ не укључује ванбрачне партнере/ице изричито, из чега се може закључити да је законодавац био рестриктивнији у оним случајевима када су у питању издвајања из јавних ресурса. Ипак, посматрајући ширу законодавну слику, кроз проведену анализу законодавства из поља социјалног осигурања и социјалне заштите, може се извести закључак да је опћа интенција законодавца да и у пољу социјалне сигурности брачни и ванбрачни партнери/ице уживају једнаку заштиту у контексту остварења права имовинског карактера.

51 Тачка 33 Одлуке УС БиХ.

52 Примјера ради види: тачка 32 и тачка 34 Одлуке УС БиХ бр. АП. 4207/13, тачка 31 Одлуке УС БиХ бр. АП. 4077/16.

Разматрајући даље захтјев апелантице да се ради о дискриминаторном третману ванбрачних партнера/ице, у контексту члана 3 Закона о забрани дискриминације у БиХ, којим се дефинише непосредна дискриминација као „*свако различито поступање према основама наведеним Законом када је неко лице или група лица доведена или је била или би могла бити доведена у неповољнији положај за разлику од неког другог лица или групе лица у сличним ситуацијама*“⁵³, потребно је примјенити тест за утврђивање дискриминације (Вехабовић, Измирлија, Кадрибашић, 2010: 11) у конкретном случају уживања права на породичну пензију:

1. Да ли навод о дискриминацији потпада под једно од права из Устава/ ЕКЉП? – У конкретном случају говоримо о праву на имовину које је заштићено чланом 1 Протокола 1 ЕКЉП (Gómez Heredero, 2007: 23), а у вези са чланом 14 (забрана дискриминације) и чланом 8 (право на приватни и породични живот) ЕКЉП;
2. Да ли постоји различито поступање? – У конкретној ситуацији различито поступање се очитује у непризнању права на породичну пензију ванбрачним партнерима/ицама у односу на брачне partnере/ице, што је видљиво на основу члана 60 Закона о ПИО ФБиХ из 1999. године, на основу разлике у брачном статусу (Мешкић, 2018: 49);
3. Дали се подносиатељ/ица захтјева налази у аналогној ситуацији у односу на другу групу? (Tobler, 2014: 551, 552) – У оквиру овог корака испитујемо да ли су брачна и ванбрачна заједница упоредиве категорије. Сматрамо да се ради о двије упоредиве категорије зато што дијеле низ елемената: у оба случаја се ради о заједници живота, могуће је заснивање породице (потомства), формално се уклапају у дефиницију породице на основу ПЗ ФБиХ, те су у контексту породичног права досљедно изједначене. Даље, статус ванбрачне заједнице формално је признат породичним и другим релевантним законодавством, те се начелно изједначава са брачном заједницом у погледу већине имовинскоправних ефеката. Једина разлика огледа се у критерију формалности, јер се брак закључује уз обавезно присуство представника државне власти, док је за настанак ванбрачне заједнице релевантно фактично заснивање заједнице живота, уз испуњење додатних услова који се тичу дужине трајања исте или рођења дјете;
4. Да ли разлика у поступању има објективно и разумно оправдање? – Из проведене анализе судске праксе ЕСЉП јасно је да државе чланице ВЕ уживају дискрециони простор приликом регулисања права на породичну пензију. Истовремено ЕСЉП поставља ограничење поља

⁵³ Чл. 3 Закона о забрани дискриминације БиХ, *Сл. гласник БиХ*, бр. 59/2009, 66/2016.

слободне процјене постојањем легитимних очекивања странака да буду признати одређени ефекти ванбрачних заједница. У овом случају потребно је узети у обзир опште опредјељење законодавца у погледу изједначавања брачних и ванбрачних заједница, и добру вољу странака приликом уласка у ванбрачну заједницу, у контексту њихових очекивања. Анализа ентитетског законодавства указује на то да, не само да постоји тенденција уједначавања брачне и ванбрачне заједнице, него и да не постоје прописи којима се ванбрачна заједница, као у случају *Serife Yigit*, забрањује или на било који начин инкриминира. Управо због тога се сматра да су легитимна очекивања ванбрачних партнера да су у свим имовинскоправним аспектима изједначени са брачним партнерима. Концепт легитимног очекивања који почива на принципима правне сигурности и добре вјере састоји се у томе да „*јавна власт приликом подузимања будућих активности мора узети у обзир легитимно очекивање које је нека особа имала приликом подузимања радње, будући да се поуздала у одређено поступање државне власти*“ (Љубић, Човић, 2016: 30). У коначници, констатујемо да регулисање права на породичну пензију не потпада ни под једну од ситуација које представљају изузетке од забране дискриминације наведене у члану 5 Закона о забрани дискриминације БиХ.

Проведена анализа указује да, кроз призму стандарда утврђених праксом ЕСЉП, узевши у обзир еволуцију ентитетског законодавства и тренутно уређење статуса породице у приватној и јавној сфери, неспорно можемо говорити о дискриминаторном третману ванбрачних партнера/ица у погледу остварења права на породичну пензију, а како је и потврђено праксом УС БИХ.

4. Закључак

Постојање различитог приступа законодавца у третману ванбрачних партнера/ица дало би се оправдати дискреционим простором који има свака држава у погледу правног уређења статуса ванбрачне заједнице, на што указују и анализирани пресуде ЕСЉП. Ипак, овакав приступ мора се сагледати узевши у обзир цјелокупно законодавство и интенцију законодавца у погледу признавања имовинскоправних ефеката ванбрачне заједнице у односу на брачну. Брачна и ванбрачна заједница су у највећој мјери изједначене у оквиру ентитетског Породичног закона у погледу имовинских ефеката тих заједница, те у погледу имовинских ефеката у оквиру других закона, како у приватној тако и у јавној сфери права. Усвајање скоријег законодавства указује на тенденцију законодавца у

правцу изједначавања брачне и ванбрачне заједнице, а што представља, заједно са претходно наведеним, основ за закључак да постоји легитимно очекивање странака да ће и у погледу остварења права на породичну пензију ванбрачни и брачни партнери/ице имати равноправан третман, те да су ове двије категорије упоредивог карактера. У том смислу, остварују се битни елементи постојања дискриминаторног третмана, на што указује и проведена анализа теста дискриминације. Преостаје подузимање наредног корака од стране националног законодавца да усклади ентитетско законодавство из области пензионог и инвалидског осигурања са опћим одређењем изједначавања имовинских ефеката брачне и ванбрачне заједнице.

Литература/References

Barlow, A. (2014). Legislating for Cohabitation in Common law Jurisdictions in Europe: Two Steps Forward and One Step Back? K. Boele-Woelki, N. Dethloff i W. Gephart (Prir.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities* (77–94). Intersentia.

Bitiukova, V. (2014). Vallianatos and Others vs. Greece: What is in there for Lithuania?. *Strasbourg Observers*. <https://strasbourgobservers.com/2014/01/13/vallianatos-and-others-v-greece-what-is-in-there-for-lithuania/>

Brau, J.A. (2004). The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law. *The Columbia Journal of European Law* Vol.11, No. 1.

Demirović, R. (2013). Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu. *Zbornik radova sa naučnog skupa „Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog“* (str. 113–135). Mostar: Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“.

Gillion, C., Turner, S., Bailey, C., Latulippe, D. (ur.) (2000). *Social security pensions – Development and reform*. Geneva: International Labour Office.

Gómez Heredero, A. (2007). *Social security as a human right*. Strasbourg: Council of Europe.

Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life. European Court of Human Rights. Zadnji put ažurirano 30. 4. 2019.

House of Commons, Briefing Paper No CBP-06348 od 30. 1. 2019. godine, Thurley, D., Occupational pensions-survivors' benefits for cohabitants

Преузето 15. 8. 2019., <https://core.ac.uk/download/pdf/43094634.pdf>

Krešić, B., Omerdić, Dž. (2018). Izjednačavanje prava vanbračnih i bračnih partnera – analiza presude Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. *Zbornik radova sa naučnog skupa „Imovinsko-pravni aspekti porodičnih odnosa“* (str. 265–283). Mostar: Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“.

Ljubić Čović A. Legitimno očekivanje (u kontekstu članka 1 Protokola broj 1 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda). *Nova pravna revija*. Br. 1/2016. 29–39.

Meškić, Z. (2018). Diskriminacija i zaštićeni osnovi u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava – trend proširivanja i produbljivanja zaštite. E. Hodžić (Prir.), *Evropski sud za ljudska prava i zaštita od diskriminacije, Jurisprudencija i evolucija standarda* (str. 25–69). Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja. Преузето 22. 8. 2019. <http://www.analitika.ba/sites/default/files/ECHR%20i%20Anti%20diskriminacija%20%E2%80%93%20Zbornik%20May%202018.pdf%20-za%20web.pdf>

Ouald Chaib, S. (2010). Is a more inclusive wind blowing through the Court?. *Strasbourg Observers*. Преузето 25. 8. 2019. <https://strasbourgobservers.com/2010/04/13/is-a-more-inclusive-wind-blowing-through-the-court/>

Ouald Chaib, S., Şerife Yeğit v. Turkey: The Court did it again!. *Strasbourg Observers*. Преузето 25. 8. 2019. <https://strasbourgobservers.com/2010/11/10/serife-yigit-v-turkey-the-court-did-it-again/>

Istraživački centar – Parlamentarni institut, Skupština Crne Gore. *Pravo vanbračnih drugova na porodičnu penziju – Hrvatska, Francuska, Italija, Njemačka i Slovenija*. Br. 13 (2015).

Puppink, G., The dilution of the family in human rights: Comments on Vallianatos and other ECHR cases on “family life”, преузето 20. 08. 2019., <https://www.ejiltalk.org/the-dilution-of-the-family-in-human-rights-comments-on-vallianatos-and-other-echr-cases-on-family-life/>

Rutten, S. (2010). Protection of spouses in informal marriages by human rights. *Utrecht Law Review* (str. 76–91). Vol. 6, Issue 2.

Sanz Caballe (2004), S. Unmarried Cohabiting Couples before the European Court of Human Rights: Parity with Marriage. *The Columbia Journal of European Law* (str. 151–166). Vol.11, No. 1.

Softić Kadenić, D. (2013). Bračni ugovor i ugovor o nasljeđivanju u pravu Federacije Bosne i Hercegovine kao instrumenti jačanja pravnog položaja nadživjelog bračnog partnera. *Zbornik radova sa naučnog skupa «Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog»* (135–153). Mostar: Pravni fakultet Univerziteta «Džemal Bijedić».

Softić Kadenić, D. (2011). Novo nasljedno pravo u entitetima Bosne i Hercegovine de lege lata i de lege ferenda. Nova pravna revija broj 2/2011 (36–44).

Tobler, C. (2014). Equality and Non-discrimination under the ECHR and EU Law – A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons (str. 521–561). Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

Vehabović, F., Izmirlija, M., Kadribašić, A. (2010). Komentar Zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu. Sarajevo: Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu.

(Non)discriminatory treatment of the cohabitation partners regarding the right to survivor's pension

Doc. Ivana Grubešić, LL.D.,
*Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Zenica,*

Doc. Dženana Radončić, LL.D.,
*Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Zenica,
Federation of Bosnia and Herzegovina*

**(NON)DISCRIMINATORY TREATMENT OF COHABITATION PARTNERS
IN EXERCISING THE RIGHT TO SURVIVOR'S PENSION**

Summary

This paper has been inspired by a recent decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, which establishes the existence of unequal treatment of marital and cohabitation partners regarding the exercise of the right to survivor's pension, as one of the key property rights deriving from the family union. Such a progressive interpretation comes as a follow-up to an earlier decision of the same Court finding discrimination of cohabitation partners in comparison to spouses with respect to inheritance rights. The authors of the paper agree with the conclusions of the Constitutional Court of B&H in both of these decisions, but partly for other reasons, which is why they consider it important to supplement the argumentation and reasoning used in said decisions. Therefore, the paper first outlines the trends in the case law of the European Court of Human Rights, followed by an analysis of relevant legislation in B&H, in order to examine, within the discrimination test, whether the B&H legislature has adequately used the discretionary space to create and implement public social security policies and whether, based on the entire legal regime set up for the cohabitation union, it created legitimate (justifiable) expectations for the extramarital partners (bona fide) that their de facto extramarital cohabitation is equalized in property effects with the marital community.

Keywords: *unequal treatment, discrimination, cohabitation partners, survivor's pension.*