

FIKTIVNI BRAKOVİ

Dr. sc. Sandra Winkler *

UDK: 347.624(497.5)
341.95:347.624 (497.5)
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: prosinac 2015.

Fiktivni brakovi sklapaju se radi ostvarivanja ciljeva nevezanih uz zasnivanje životne zajednice bračnih drugova. Budući da se danas najčešće spominju fiktivni brakovi sklopljeni radi stjecanja dozvole boravka i/ili državljanstva, u radu je provedena analiza postojećih pravnih rješenja sadržanih u domaćem Zakonu o strancima. Međutim, svaki je brak koji nije sklopljen s ciljem ostvarivanja životne zajednice, neovisno o specifičnoj fraudoloznoj namjeri nupturijenata, u istoj mjeri nepoželjan. S obzirom na nepostojanje adekvatnog pravnog rješenja u obiteljskom zakonodavstvu ponudit će se konkretan prijedlog de lege ferenda radi sprječavanja i sankcioniranja svih fiktivnih brakova na osnovi obiteljskog zakonodavstva, imajući u vidu nekoliko uspješnih i neuspješnih inozemnih pravnih rješenja, kao i nepobitnu tvrdnju da je pravo na brak ljudsko pravo, koje može trpjeti tek manja ograničenja.

Ključne riječi: brak, fiktivni brakovi, brakovi iz računa, bračna smetnja, pretpostavke za valjanost braka

1. UVOD

Učestale reforme hrvatskog obiteljskog zakonodavstva nisu utjecale na definiciju braka, koja se održala istovjetnom u svim zakonskim tekstovima.¹ To

* Dr. sc. Sandra Winkler, viša asistentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka; swinkler@pravri.hr

¹ Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 162/1998 (članak 5.); Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 116/2003, 17/2004, 136/2004, 107/2007, 57/2011, 25/2013 i 5/2015 (članak 5.); Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 75/2014, 83/2014 i 5/2015 (članak 12.); Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 103/2015 (članak 12.). A i ranije je zakonodavstvo nudilo istovjetnu definiciju. Poglavitno, misli se na čl. 1.

jasno ukazuje na pravni kontinuitet u teorijskom shvaćanju osnovnih obilježja bračnog prava.

Članak 12. sadašnjeg Obiteljskog zakona, baš kao i ranije stilizacije, glasi: “brak je zakonom uređena životna zajednica žene i muškarca”. Isto tako, u prvom stavku čl. 13. i dalje stoji norma iz ranijih zakona kojom se propisuje da se “brak sklapa suglasnom izjavom žene i muškarca u građanskom ili vjerskom obliku”.

Dva osnovna obilježja braka proizlaze iz ovih zakonskih odredaba: načelo pristanka na brak slobodnom odlukom žene i muškarca te zasnivanje životne zajednice bračnih drugova. M. Alinčić je ta obilježja, zajedno uz monogamnost i trajnost (što ne znači i nemogućnost raskida) braka, nazivala “strukturalnim elementima braka”.² Drugim riječima, bračni drugovi mogu slobodno ostvariti svoju životnu zajednicu na način koji žele, ako pritom poštuju postojeće strukturalne elemente, koji odražavaju tipičnost instituta braka.

U ovom će se radu razmotriti posljedice svjesnog isključivanja barem jednog od strukturalnih elemenata braka te nastojati ponuditi adekvatna pravna rješenja. Preciznije, odlučilo se analizirati fenomen fiktivnih brakova, budući da ta društveno nepoželjna pojava plijeni sve više pozornosti inozemne, ali i domaće javnosti.³ Fiktivni su brakovi sve aktualnije pitanje jer se najčešće u praksi sklapaju radi olakšanog stjecanja dozvola boravka ili državljanstva. Naime, sklapanjem braka jedan nupturijent često ostvaruje određenu materijalnu korist, jer drugom nupturijentu omogućuje ishodenje dozvole boravka

Osnovnog zakona o braku, Službeni list FNRJ, br. 29/1946, te na čl. 12. Zakona o braku i porodičnim odnosima, Narodne novine, br. 11/1978, 27/1978, 45/1989 i 59/1990. Valja također spomenuti da je vrlo slična definicija braka sadržana i u čl. 62., st. 2. Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 8/1998, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001, 76/2010, 85/2010 i 5/2014.

² Alinčić, M., *Bračno pravo*, u: Alinčić, M. et al., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 21.

³ U inozemnoj literaturi znan se broj radova bavi fiktivnim brakovima. *Ex plurimis*: Suter Kasel-Seibert, C., *Le mariage fictif*, Etude de droit comparé, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1990.; Jessurun d'Oliveira, H. U., *The artifact of 'sham marriages'*, Yearbook of Private International Law, vol. I, 1999., str. 49 – 83; Lump, S., *Die Scheineheproblematik in Gegenwart und Vergangenheit*, Duncker&Humblot, Berlin, 2007.; Souto Paz, J. A., *Derecho matrimonial*, III. ed., Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007., str. 162; Giacobbe, E., *Il matrimonio*, tomo primo, *L'atto e il rapporto*, u: *Le persone e la famiglia*, Utet, Torino, 2011., str. 388 – 418; Ferrando, G., *Il matrimonio*, u: Schlesinger, P. (ur.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2015., str. 663 – 680.

i/ili stjecanja državljanstva na mnogo jednostavniji način negoli onim redovitim. Upravo ta uzajamna korist, koju oba subjekta ostvaruju, obilježava takve brakove. To i jest razlog što se u praksi često nazivaju brakovima iz koristi ili brakovima iz računa.

Fiktivnim brakovima nedostaje minimalno jedan od strukturalnih elemenata braka, a pritom se misli na zasnivanje životne zajednice cjelokupnih osobnosti bračnih drugova. Napose, riječ je o brakovima sklopljenima radi ostvarivanja nekih drugih ciljeva, koji nemaju veze sa životnom zajednicom, a koji se ne bi (ili bi se teže) postigli bez bračnog statusa. Budući da nevjesta i ženik ne žele zasnovati životnu zajednicu, *prima facie*, moglo bi se tvrditi da nedostaje i strukturalni element pristanka na brak slobodnom voljom; no, u nastavku će se objasniti zašto to nije u potpunosti ispravno tvrditi. Međutim, moguće je da pokraj strukturalnog elementa zasnivanja životne zajednice cjelokupnih osobnosti bračnih drugova, fiktivnim brakovima nedostaje još jedan strukturalni element, odnosno monogamnost. Nerijetko su osobe, koje na fraudolozan način pokušavaju ostvariti određena prava na temelju (novog) bračnog statusa, osobito kad je u pitanju ostvarivanje prava na boravak i/ili posljedično na državljanstvo, već u braku. U nastavku će se analizirati koja su primjenjiva pravna rješenja pojavi li se takva situacija. Preciznije, konstatirat će se kako je u biti, uzme li se u obzir *lex lata* obiteljsko zakonodavstvo, moguće (neizravno i uzgredno) boriti se protiv tih nepoželjnih fenomena isključivo pozivajući se na nedostatak elementa monogamnosti.

Fiktivni brakovi nisu nepoznanica u recentnoj povijesti obiteljskoga prava. U prošlosti ih je sankcionirao Osnovni zakon o braku iz 1946.⁴; dočim se u kasnijem Zakonu o braku i porodičnim odnosima SRH iz 1978. više nisu spominjali, kao, uostalom, ni u recentnijem obiteljskom zakonodavstvu. No, sama činjenica da su nekoć bili sankcionirani, pa zatim više nisu, ne znači nužno da je riječ o zastarjelom društvenom problemu. Nasuprot, drži se da je danas mnogo aktualniji negoli prije dvadeset ili trideset godina.

Društvo je u konstantnoj transformaciji. Određena pravna postignuća u pogledu zaštite slabijih osoba uklonila su opasnost zlorabe instituta braka u te svrhe. Mnogi bi se primjeri mogli navesti. Među inima, brakovi su se sklapali

⁴ Prema čl. 46. Osnovnog zakona o braku bio je ništav svaki brak koji se nije zaključivao u cilju zajednice života bračnih drugova. Vidi Prokop, A., *Komentar Osnovnom zakonu o braku*, I, II. izd., Sveučilište u Zagrebu, Zagreb, 1959., str. 163 – 166. Inozemna doktrina, ponajprije švicarski pravници, davno su počeli proučavati to pitanje, i to s poredbenim osvrtom na njemačko, francusko i talijansko pravo. Vidi Courvoisier, R., *Le mariage fictif en droit Suisse*, Imprimerie Vaudoise, Lausanne, 1943.

radi jamčenja slabijim subjektima, u prošlosti ponajprije ženama, boljih materijalnih uvjeta u slučaju smrti ili nemogućnosti privređivanja “glave” obitelji. Nadalje, čest razlog sklapanja fiktivnih brakova bio je stjecanje bračnog statusa djece, osobito prije izjednačavanja statusa djece rođene u i izvan braka. Štoviše, s obzirom na određena patrijarhalna obilježja društva, bračni je status davao određeni ugled, svojevrstan društveni legitimitet. Biti u braku bilo je poželjnije negoli biti samac.

Postojali su u prošlosti (ali još i danas postoje) razlozi nevezani uz ostvarivanje socijalnih prava ili ugleda i časti, već uz stjecanje imovinske koristi.⁵ Pa su tako ljudi često pronalazili “poriv” za sklapanje fiktivnih brakova u fraudoloznom stjecanju određenih stvarnopravnih pogodnosti, nasljednopravnih interesa ili – premda je to češće u nekim inozemnim sustavima – uživanja određenih poreznih prednosti.⁶

Određene zadovoljene ljudske potrebe, ponajprije one koje ulaze u kategoriju socijalnih prava, zamijenjene su drugima, novim potrebama, za ostvarivanje kojih se danas ponovno iskorištavaju pogodnosti bračnog statusa. Moglo bi se zaključiti da pojava fiktivnih brakova fluktuirala u vremenu primjereno društvenim “potrebama”, odnosno lakšeg ili težeg ostvarivanja određenih prava mimo postojanja bračnog statusa.

U nekom povijesnom smislu teško je, gledajući u prošlost, dati negativnu konotaciju svim tim “skrivenim namjerama”. Ipak, drži se bitnim istaknuti da iz perspektive obiteljskopravne znanosti valja zaštititi bit i specifičnosti instituta braka od bilo koje nepoželjne situacije koja predstavlja devijaciju od onih temeljnih strukturalnih elemenata.

Trenutačno se u javnosti govori isključivo o brakovima iz koristi, i to samo onih sklopljenih radi stjecanja dozvole boravka ili državljanstva. To još dodatno sužava polje interesa društva, koje je usredotočeno, kad su u pitanju brakovi

⁵ Conte, G., *Il matrimonio simulato*, u: Zatti, P. (gl. ur.), Ferrando, G., Fortino, M., Ruscello, F. (urednici), *Trattato di diritto di famiglia, I. Famiglia e matrimonio*, t. I, II ed., Giuffrè, Milano, 2011., str. 963 *et seq.* (s uputama na daljnju literaturu).

⁶ Primjerice, u inozemnoj se doktrini postavlja pitanje je li također fiktivni brak sklopljen *in articulo mortis* s obzirom da nema životne zajednice, jer je izvjesno da će jedan od njih umrijeti. O tome vidi Eisner, B., *Porodično pravo*, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb, 1950., str. 64, bilj. 1. Autor je postavljao pitanje može li se brak sklopljen pred smrt smatrati fiktivnim. A zanimljivo je da se isto pitanje postavlja u inozemnoj doktrini i nakon šest desetljeća. Konkretno, upućuje se na: Trotta, E., *Effettività del consenso matrimoniale e diritto di autodeterminazione del singolo*, www.comparazioneirittocivile.it/prova/files/ncr_trotta_matrimonio.pdf (stranica posjećena 17. kolovoza 2015.).

iz koristi, gotovo isključivo na odnos stranac – državljanin ili ilegalni stranac – legalni stranac. Međutim, potrebno je sustavno moći prepoznati i sankcionirati, ako ne unaprijed spriječiti, sve fiktivne brakove, i to na osnovi obiteljskoga, prije negoli upravnog ili kaznenog, prava.⁷ Nesporno je da se, primjereno cilju koji se fiktivnim brakom želi postići, može pojaviti potreba i za upravno-pravnim ili čak kaznenopravnim sankcioniranjem tih nezakonitih radnji, što je trenutačno i jedino moguće u hrvatskom pravnom sustavu, i to samo u određenim slučajevima. Međutim, nedostaje osnovno obiteljskopravno uređenje tog problema, a upravo je to potaknulo ovo istraživanje. Naime, kroz analizu postojećih pravnih rješenja nastojat će se ponuditi prijedlog *de lege ferenda*.

Pravna rješenja koja će se predložiti u radu, a koja teže sprječavanju i sankcioniranju svih fiktivnih brakova na osnovi obiteljskog prava, promišljena su imajući u vidu nekoliko uspješnih i neuspješnih inozemnih pravnih rješenja, kao i nepobitnu tvrdnju da je pravo na brak ljudsko pravo, koje može trpjeti tek manja ograničenja.⁸

2. FIKTIVNI BRAKOVI U HRVATSKOM PRAVNOM SUSTAVU

Fiktivni brakovi nisu predmet uređenja u domaćem obiteljskom pravu. Međutim, to ne znači da je taj fenomen nepoznat hrvatskom zakonodavcu. Zakon o strancima u dijelu kojim uređuje boravak stranaca izričito spominje brakove iz koristi.⁹

Zapravo ne čudi što je domaći zakonodavac postavio kao prioritet suzbijanje tih brakova iz koristi. Intervencija bilo koje države, pa tako i Republike Hrvatske, promptnija je kad je u pitanju zaštita nacionalnih interesa, u ovom specifičnom slučaju kontrole legalnog migracijskog protoka, negoli u reguli-

⁷ S time u vezi dostatno je razmotriti izvješće Međunarodne komisije za građanska stanja (CIEC – *Commission Internationale de l'Etat civil*) i konstatirati kako se pitanje brakova iz koristi može gledati s triju različitih perspektiva. Osobito valja izdvojiti izvješće Komisije pod nazivom *I matrimoni simulati, Studio sui matrimoni di convenienza negli Stati membri della CIEC*, ožujak 2011., dostupno na: www.ciec1.org (stranica posjećena 10. lipnja 2015.).

⁸ Opća deklaracija o ljudskim pravima, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 12/2009 (čl. 16.); Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/1997, 6/1999, 14/2002, 13/2003, 9/2005, 1/2006, 2/2010 (čl. 12.); Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 12/1993 (čl. 23., st. 2.); Povelja o temeljnim pravima Europske unije, Službeni list, C 326, 26. listopada 2012. (čl. 9.).

⁹ Zakon o strancima, Narodne novine, br. 130/2011 i 74/2013.

ranju određenih pitanja koja bi mogla biti relevantna isključivo u kontekstu uređenja obiteljskopравnih odnosa među pojedincima. Poglavitno se misli na situacije iz ranije spomenutih primjera gdje pogodnost čini ostvarivanje određenih stvarnih i/ili nasljednih prava.

No, zadovoljenje isključivo sankcioniranjem brakova sklopljenih radi ostvarivanja dozvole boravka i/ili državljanstva moglo bi dovesti do fragmentarnog i nepotpunog uređenja materije. Fragmentarnog jer se na taj način uređuje samo jedan od mogućih oblika fiktivnih brakova, onaj radi nezakonitog stjecanja dozvole boravka, a posljedično može bitnog stjecanja državljanstva. Nepotpunog jer se na taj način normiraju isključivo upravno-pravne posljedice takvog braka. U konačnici to može dovesti do neučinkovite primjene prava.

Hrvatski Zakon o strancima svrstava strance u dvije kategorije. Jednu kategoriju čine stranci koji su ujedno i građani Europske unije, odnosno državljani neke druge države članice.¹⁰ U drugu se pak kategoriju svrstavaju svi ostali stranci, koji dolaze iz trećih zemalja (*ekstra* EU). Razlika u reguliranju ulaska, kretanja i boravka jednih ili drugih stranaca nije rezultat diskriminacije, već prava svih građana Unije na slobodu kretanja i boravka, koja proizlazi iz primarnog prava Europske unije.¹¹ Ostali stranci nisu građani Unije, stoga za njih vrijede različita pravila, koja odražavaju slobodu odabira imigracijske politike svake pojedinačne države članice, imajući također u vidu zaštitu sigurnosti unutarnjeg prostora Unije. S time u vezi, podsjeća se da iz državljanstva bilo koje države članice Unije proizlazi, kao posljedični status, građanstvo Unije.¹² Neovisno o nacionalnim pravilima (strožim ili blažim) glede stjecanja dozvole boravka ili državljanstva, posljedično stranac *ekstra* EU stječe čitav niz prava na cijelom teritoriju Unije. Ta se prava ostvaruju mnogo lakše ako je stranac član obitelji drugog stranca koji legalno boravi na teritoriju EU-a, ili pak građanina Unije. Napose, pravo na spajanje obitelji, koje počiva na temeljnom pravu na jedinstvo obitelji, povlašćuje članove obitelji pri ulasku u zemlju u kojoj se nalazi bračni drug ili drugi član obitelji s kojim se žele ponovno spojiti.

¹⁰ Članci 153. – 183. Zakona o strancima.

¹¹ Članak 153., stavak 1. Zakona o strancima glasi: “Državljanin države članice EEP-a i članovi njegove obitelji bez obzira jesu li državljani članica EEP-a (Europski ekonomski prostor) ili ne, a imaju pravo boravka u Republici Hrvatskoj, izjednačeni su u pravima s državljanima Republike Hrvatske u okviru odredbi Ugovora o funkcioniranju Europske unije.”

¹² Detaljno se bave tim pitanjem Bodiroga-Vukobrat, N., Smokvina, V., *Prava članova obitelji u uživanju temeljnih gospodarskih sloboda Europske unije*, u: Bodiroga-Vukobrat, N. et al., *Europsko obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 145 – 171.

Pravo na spajanje obitelji, propisano čl. 55. Zakona o strancima, zahtijevalo bi prilično opsežnu analizu, koju nije moguće provesti u ovom kontekstu. No, za potrebe ovog rada dostatno je zaključiti da biti nečiji član obitelji, ili u ovom slučaju nečiji bračni drug, znatno olakšava ostvarivanje prava na boravak, a zatim i na državljanstvo. Kad se promisli o tome da mnogi državljani tzv. "trećih" zemalja, većinom iz manje sretnih i mirnih krajeva svijeta, žele ući i slobodno se kretati Unijom, shvaća se opasnost zlorabe prava na spajanje obitelji. Stoga je jasno da stjecanje lažnog bračnog statusa, kao preduvjet uživanja prava na spajanje obitelji, predstavlja realnu i konkretnu prijetnju.¹³

Domaći je zakonodavac svjestan takve prijetnje. Na to ukazuje ponajprije članak 1., stavak 4. Zakona o strancima, koji nudi vrlo opsežan popis akata Europske unije s kojima su odredbe domaćeg zakona usklađene. Među inima spominju se Rezolucija Vijeća 97/C 382/01 od 4. prosinca 1997. o mjerama koje se trebaju prihvatiti kako bi se suzbili brakovi iz računa, kao i osnovni pravni akti sekundarnog prava Europske unije koji su relevantni u ovom kontekstu.¹⁴ Zanimari li se to da je domaći zakonodavac takve brakove nazvao "iz koristi", a ne "iz računa", nesporno je da je nastojao uzeti u obzir upute sadržane u Rezoluciji.

Članak 57., stavak 1., ponajprije, vrlo jasno propisuje da se privremeni boravak u svrhu spajanja obitelji neće odobriti ako je brak sklopljen iz koristi. Zatim, u drugom stavku, stoji da "brakom iz koristi, u smislu ovog Zakona, smatra se brak koji je sklopljen radi izbjegavanja uvjeta koji su potrebni za ulazak i boravak stranca".

Nadalje, u stavku 3., zakonodavac nudi prilično iscrpan popis okolnosti koje bi mogle ukazivati na to da je brak sklopljen iz koristi. A to su: 1) kad bračni drugovi ne održavaju bračnu zajednicu; 2) kad bračni drugovi ne izvršavaju obveze koje proizlaze iz braka; 3) kad se bračni drugovi nisu upoznali

¹³ Nije riječ o "europskom problemu". Naime, riječ je o problemu pokušaja ostvarivanja mogućnosti života u "bogatijim" krajevima svijeta. *De facto*, sklapanje brakova iz koristi iz imigracijskih svrha dobro je poznato u povijesti, a znatno se ranije pojavilo na nekim drugim kontinentima, poput američkog. Kretschmer, J., *Scheinehen – Mißbrauch des Instituts der Ehe (und der Adoption) zu aufenthaltsrechtlichen Zwecken in der Republik Deutschland und en USA*, Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt am Main, 1993., str. 163 – 226.

¹⁴ Službeni list, C 382, 16. prosinca 1997.; Direktiva Vijeća 2003/86/EZ od 22. rujna 2003.; Službeni list Europske unije, L 251/12, 3. listopada 2003.; Direktiva 2004/38/EZ Europskog Parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004.; Službeni list Europske unije, L 158/77, 30. travnja 2004.

prije sklapanja braka; 4) kad bračni drugovi ne daju dosljedne osobne podatke; 5) kad bračni drugovi ne govore jezik koji oboje razumiju; 6) ako su za sklapanje braka dana materijalna sredstva, osim ako je riječ o mirazu, ukoliko supružnici dolaze iz krajeva u kojima se regulira davanje miraza; 7) ako postoje dokazi ranijih brakova iz koristi sklopljenih od strane dotičnih u Republici Hrvatskoj ili inozemstvu.

Na kraju, stavak 4. propisuje da se članak 57. na odgovarajući način primjenjuje na izvanbračne zajednice te u slučaju odobrenja stalnog boravka stranaca.

U slučaju da se primjenom čl. 57. utvrdi postojanje braka iz koristi, osim odbijanja dozvole, Zakon o strancima člankom 105. propisuje odgovarajuću sankciju: izricanje rješenja o protjerivanju (stavak 1., točka 4.).

Usporedi li se sadržaj članka 57. s europskom Rezolucijom iz 1997., razvidno je da se hrvatski zakonodavac potrudio uskladiti materiju. Napose, pozitivno je to što je zakonodavac predvidio odgovarajuću upravnu sankciju. Osim toga, korisno je imati izričito nabrojene okolnosti koje bi mogle ukazivati na to da je riječ o braku iz koristi. Međutim, kao što se već isticalo, prema mišljenju autorice, iz više razloga ova bi materija trebala biti predmetom i obiteljskopravnog uređenja.

Prije svega, definicija iz drugog stavka primjenjiva je isključivo na potrebe uređenja ulaska i boravka stranaca. Zacijelo bi bilo korisnije imati sveobuhvatnu definiciju fiktivnih brakova u Obiteljskom zakonu. Mogućnost prepoznavanja fiktivnih brakova isključivo u kontekstu imigracije ograničava potencijalno polje primjene odredaba. Ono bi bilo šire, ako bi navedeno pitanje bilo uređeno Obiteljskim zakonom.

Navika hrvatskog zakonodavca višestrukog definiranja istog pravnog pojma neminovno dovodi do fragmentarnosti pravnih rješenja. Nije prvi put da obiteljskopравни odnos dobiva svoju specifičnu definiciju u drugom zakonu.¹⁵ Takav nomotehnički pristup pospješuje pravnu nesigurnost: brakovi iz koristi, *rectius*, fiktivni brakovi trebaju biti predmetom normiranja Obiteljskog zakona.

Zakon o strancima trebao bi biti horizontalno usklađen s obiteljskim zakonodavstvom i crpiti definiciju i uređenje tog pitanja prilikom odlučivanja o izdavanju dozvole boravka iz obiteljskog zakonodavstva. Drugim riječima, obiteljsko zakonodavstvo je ono koje bi trebalo postaviti *discrimen* između stvarnih i lažnih brakova, i to ne samo s ciljem izricanja obiteljskopravnih sankcija,

¹⁵ Primjerice, to se događa i s definicijom izvanbračne zajednice. Vidi Hrabar, D., *Izvanbračna zajednica – neka otvorena pitanja*, Hrvatska pravna revija, br. 2, 2010., str. 41 – 48.

već svih ostalih sankcija (upravnih i kaznenih). Dopuštanjem da svaki zakon ponudi svoju definiciju lažnih brakova teško se ostvaruje ona ranije spomenuta koherentnost pravnog sustava, čiji bi konačni cilj trebao biti kažnjavanje društveno nepoželjnih, ali i nezakonitih postupanja pojedinaca.

Drugi razlog zabrinutosti zbog postojećeg pravnog uređenja odnosi se na pitanje pouzdanosti utvrđivanja postojanja okolnosti iz stavka 3. članka 57. Zakona o strancima. Neke od nabrojanih okolnosti prilično jasno mogu dokazati postojanje braka iz koristi, kao što su primjerice činjenica da se braćni drugovi ne poznaju ili da ne govore jedan zajednički jezik, da ne poznaju uzajamne osnovne podatke ili pak da su za sklapanje braka dana materijalna sredstva. Takve okolnosti lako se prepoznaju i mimo poznavanja obiteljskog prava. Međutim, neke druge okolnosti kao što su nedostatak kohabitacije ili neizvršavanje obveza koje proizlaze iz braka mogu, ali ne moraju, ukazivati na brak iz koristi. *Affectio maritalis* može itekako postojati iako dvije osobe neko vrijeme žive odvojeno, primjerice ako ih poslovne karijere vode u različite gradove. Nadalje, postavlja se pitanje koji su to konkretni kriteriji za utvrđivanje toga izvršavaju li se obveze koje proizlaze iz braka. Misli li se pritom na osobna prava i dužnosti iz čl. 30., 31., 32. i 33. Obiteljskoga zakona? Bez bilo kakve intencije umanjivanja kvalifikacija policijskih službenika, postavlja se pitanje jesu li službenici, pozvani utvrđivati je li određen brak sklopljen iz koristi ili nije, dovoljno upoznati s obiteljskopравnim zakonodavstvom. S obzirom na širok opseg zadaća na koje su pozvani policijski službenici, ne bi ni bilo ispravno od njih očekivati poznavanje dinamike obiteljskopравnih odnosa. Stoga, nije teško zaključiti da mogu nastati propusti – onda kada policijski službenici ne primijete da nema realne životne zajednice, iako neki banalni objektivni pokazatelji upućuju na suprotnu konstataciju. Misli se primjerice na slučaj kada braćni drugovi “konstruiraju” izgled doma tako da drže osobne stvari na istom mjestu kako bi izgledalo da ondje žive zajedno, premda u trenutku kontrole nisu zatečeni zajedno. Može se također dogoditi i suprotan scenarij, u slučaju da policijski službenici, prilikom utvrđivanja kohabitacije ili okolnosti “izvršavanja obveza koje proizlaze iz braka”, ishitreno zaključče da je određen brak iz koristi i onda kada nije. Što u tim slučajevima? Na koji način braćni drugovi, koji tvrde da su istinski povezani (*affectio maritalis*), mogu štiti svoju braćnu zajednicu? Prema članku 108. Zakona o strancima, protjerani braćni drug može pokrenuti upravni spor kojim će se protiviti rješenju o protjerivanju, i to na način da će tražiti da se utvrdi “autentičnost” njegova braka. Ali, *lex lata*, taj brak prema obiteljskom pravu postoji i valjan je. Štoviše, brak bi

postojao i bio valjan čak u onom prvom spomenutom slučaju, tj. kad bi prema Zakonu o strancima bilo nedvojbeno da je iz koristi. To dovodi do apsurdna da će se stranca, koji je postupio protivno Zakonu o strancima, deportirati, dok će njegov brak i dalje proizvoditi učinke prema obiteljskom zakonodavstvu.

U svjetlu tih obeshrabrujućih zaključaka ne doima li se članak 57. Zakona o strancima *lex imperfecta* u odnosu na obiteljskopravne posljedice razotkrivanja takvog braka?

Odgovor na to pitanje dovodi do zaključka da je nužno reformirati obiteljsko zakonodavstvo. Potrebno je uvesti pravna rješenja radi suzbijanja fiktivnih brakova koja bi djelovala preventivno i represivno u borbi protiv takvih zloraba instituta braka. Preventivno bi matičar imao ovlasti utvrđivati one okolnosti spomenute u članku 57. Zakona o strancima. Uostalom, dostatno je istaknuti da je Rezolucija iz 1997. u proučenim pravnim poredcima, primjerice u talijanskom, njemačkom i francuskom, implementirana u razne građanske zakonike, a ne u njihove pojedinačne zakone o strancima. Budući da bi bilo previše ambiciozno očekivati da se takve nepoštene namjere uvijek mogu otkriti unaprijed, sud bi djelovao represivno, s obzirom na to da bi bio pozvan odlučivati o valjanosti takvog braka u bračnom sporu poništaja braka. Osim toga, kad bi za to postojale osnove, nadležna bi tijela dodatno izricala i odgovarajuće upravnopravne i/ili kaznenopravne mjere.

Posljednja okolnost navedena u trećem stavku članka 57. Zakona o strancima doima se prilično nejasnom, odnosno teško dokazivom. Jasno je da zakonodavac želi upozoriti na moguću recidivizam u sklapanju brakova iz koristi. No, koji bi bili konkretni pokazatelji? Jedino oni potvrđeni stranim presudama o poništaju takvih brakova ili inozemnim zapisnicima matičara koji su odbili vjenčati par ili koji su pak o svojim sumnjama obavijestili javnog tužitelja.¹⁶ Suprotno tomu, teško je zamisliti koji bi to mogli biti pokazatelji u tuzemnoj praksi. To bi mogla biti jedino evidencija o ranijem odbijanju izdavanja dozvole boravka ili o ranijem rješenju o protjerivanju. No, dolazi se ponovno do nesklada: Kako bi uopće taj subjekt mogao pokušati ponovno sklopiti brak u Hrvatskoj ako raniji brak još uvijek traje, s obzirom da u hrvatskom obiteljskom pravu nema osnove za njegov poništaj? Takav brak u domaćem pravnom sustavu može prestati jedino razvodom ako to sami (fiktivni) bračni drugovi zatraže jer su u međuvremenu postigli nezakoniti cilj. No, u tom slučaju, gdje bi bio dokaz o zlorabi braka?

¹⁶ Članak 63. francuskog *Code civila*.

Na kraju, nužno je kratko se osvrnuti na posljednji stavak članka 57. Zakona o strancima. Tom odredbom zakonodavac upozorava na moguću zlorabu izvanbračnih zajednica u svrhu ostvarivanja prava na ulazak i boravak, a to uvijek pozivajući se na pravo spajanja obitelji. Mišljenje je autorice da je prepoznavanje fiktivnih izvanbračnih zajednica doista složeno i prilično teško s obzirom na činjenicu da u hrvatskom obiteljskom pravu ne postoji formalni okvir koji bi jasno ocrtavao obilježja takvih obiteljskih zajednica, kako u prošlosti tako ni u najnovijem obiteljskom zakonu.

U slučaju sumnje u izvanbračnu zajednicu iz koristi još se više ističe potreba poznavanja biti osnovnih obilježja izvanbračnih zajednica u obiteljskom pravu, koje također karakterizira onaj tipičan cilj zasnivanja životne zajednice cjelokupnih osobnosti izvanbračnih drugova. Teško je u praksi utvrditi koje izvanbračne zajednice u stvarnosti zadovoljavaju zadanim kriterijima. Prepoznati, pak, koje od njih su lažne doima se doista malo vjerojatnim.

Zloraba instituta braka nerijetko bilježi i kaznenopravne posljedice. Valja odmah spomenuti Glavu XVIII. Kaznenog zakona (Kaznena djela protiv braka, obitelji i djece).¹⁷ Napose, misli se na članke 167., 168. i 169., koji sankcioniraju dvobračnost, omogućavanje sklapanja nedozvoljenog braka i sklapanje prisilnog braka. Međutim, citirane norme nisu primjenjive u slučaju sklapanja braka iz koristi. Osobito, s obzirom na (ne)postojeće uređenje fiktivnih brakova, članak 168., koji se odnosi na omogućavanje sklapanja nedozvoljenog braka, nije primjenjiv. Razlog tomu jest da se u tom članku izričito govori o ovlaštenoj osobi (matičar) koja omogućuje sklapanje braka iako je svjesna da nisu ispunjene pretpostavke za postojanje i valjanost braka. Članak nije primjenjiv jer *de facto* obiteljski zakonodavac ne prepoznaje opasnost sklapanja fiktivnih brakova. Međutim, i onda kad bi se to promijenilo, smatramo da bi odredba članka 168. bila od marginalne relevantnosti. Naime, držimo malo vjerojatnim da matičar sudjeluje u širem kriminalnom planu, gdje svjesno omogućuje sklapanje fiktivnih brakova. U svakom slučaju takve bi situacije sankcionirao članak 168. tek onda kad bi se reformirale pretpostavke za sklapanje braka u obiteljskom zakonodavstvu. Ono što nedostaje u Glavi XVIII. Kaznenog zakona je odredba analogna onoj za prisilne brakove, koja bi kažnjavala nevjestu i ženika pri namjeri sklapanja braka iz koristi. Uostalom, nije teško zamisliti najčešći scenarij sklapanja brakova iz koristi: nevjesta i ženik daju lažni iskaz matičaru, koji trenutačno nema instrumente za sprječavanje sklapanja takvog braka ako zadovoljavaju drugim pretpostavkama. U drugim

¹⁷ Kazneni zakon, Narodne novine, br. 125/2011, 144/2012, 56/2015 i 61/2015.

državama poput Španjolske i Francuske, gdje postoji svijest o opasnosti brakova iz koristi, matičari imaju pravo voditi odvojene razgovore s nevjestom i ženikom te eventualno djelovati preventivno u sprječavanju sklapanja takvih nepoželjnih brakova.¹⁸

Ipak, u iščekivanju tih promjena *de lege ferenda*, postoji *de lege lata* rješenje koje se može koristiti u ovim slučajevima. Konkretno, misli se na članak 326. Kaznenog zakona, uveden posljednjim izmjenama.¹⁹

Prema stavku 1. članka 326. “tko iz koristoljublja omogući ili pomogne drugoj osobi nedozvoljeno ući, izići, kretati se ili boraviti u Republici Hrvatskoj ili drugoj državi članici Europske unije ili potpisnici Šengenskog sporazuma, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.”

S obzirom na kratko vrijeme primjene te norme nije pronađena praksa koja bi upućivala na to kvalificira li se na taj način i ponašanje pojedinca koji sklapanjem braka omogućuje strancu ulazak ili boravak u Republici Hrvatskoj ili drugoj državi. Tek što se pomisli na motiv koristoljublja i poveže se s onom okolnosti iz Rezolucije (i hrvatskog zakona o strancima) glede davanja materijalnih sredstava za sklapanje braka, jasno je da se članak 326., stavak 1. može primjenjivati i u slučaju sklapanja braka iz koristi.²⁰ No, i tu se postavlja isto pitanje kao i prije: Ne bi li bilo oportuno utvrđivati ovo kazneno djelo na temelju obiteljskopravnog uređenja fiktivnih brakova? Uostalom, kazneni zakonodavac u Glavi XVIII. Zakona jasno ukazuje na to da se ravna prema Obiteljskom zakonu te da ne nudi svoje definicije obiteljskopravnih instituta.

Na samom kraju drži se oportunistički objasniti zašto se u kontekstu brakova iz koristi često govorilo o stjecanju dozvole ulaska i boravka te stjecanja državljanstva, a da se pritom nije nijednom spomenuo Zakon o hrvatskom državljanstvu.²¹ Zakon o hrvatskom državljanstvu, za razliku od mnogih inozemnih zakona, primjerice talijanskog, ne predviđa automatizam stjecanja državljan-

¹⁸ Vidi *infra* bilj. 60.

¹⁹ Zakon o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Narodne novine, br. 56/2015.

²⁰ Ipak, valja istaknuti da se u europskoj javnosti upozorava da su brakovi iz koristi sve češće predmet organiziranog kriminala. Naime, “posrednici” pronalaze stranca koji želi papire s jedne strane, a s druge građanina koji je voljan sklopiti takav brak s protuzakonitim ciljem. Razlog što se građanin odlučuje na taj korak vezan je uz njegovu neimaštinu: potreba za novcem u ovim kriznim vremenima nažalost rezultira porastom raznih kriminalnih radnji.

²¹ Zakon o hrvatskom državljanstvu, Narodne novine, br. 53/1991, 70/1991, 28/1992, 113/1993, 4/1994 i 130/2011.

stva na temelju bračnog statusa.²² Zaključilo bi se da je u hrvatskom pravnom poretku ograničena opasnost hitrog stjecanja državljanstva na temelju bračnog statusa. Ipak, valja upozoriti da članak 10. Zakona o hrvatskom državljanstvu znatno olakšava stjecanje hrvatskog državljanstva prirođenjem bračnim društvima hrvatskih državljana, kojima je odobren stalni boravak.²³ Pozivanje na dozvolu boravka vraća pitanje zakonu o strancima, pa se još jednom naglašava kako ne bi bilo zgorega sustavno regulirati materiju u obiteljskom zakonodavstvu radije nego u Zakonu o strancima.

3. SHVAĆANJE FIKTIVNIH BRAKOVA U OBITELJSKOM PRAVU – OSNOVNA OBILJEŽJA I POVIJESNOPRAVNI RAZVOJ

S ciljem pronalazaženja primjerenog rješenja, koje bi bilo prihvatljivo u domaćem obiteljskom pravu, razmotrilo se nekoliko inozemnih pravnih sustava. Tijekom povijesne rekonstrukcije fiktivnih brakova u inozemnim pravnim porecima opažen je utjecaj kanonskog prava u reguliranju tih pojava, osobito u španjolskom i talijanskom obiteljskom pravu.²⁴ Nerazrješivost bračne zajednice, koja je u tim pravnim sustavima postojala duže negoli primjerice u tuземnom, vodila je do prepoznavanja u sankcioniranju simuliranih brakova – po uzoru na kanonskopravna rješenja – jedinog načina, osim smrti, za razvrgnuće bračnog odnosa. Kad bi se išlo u daljnju prošlost, konstatiralo bi se pak da je kanonsko pravo temeljilo svoja rješenja na rimskom pravu; a latinska izreka *simulatae nuptiae nullius momenti sunt* upravo to potvrđuje.²⁵

Može se zaključiti da se kroz pravnu povijest proteže ideja nepoželjnosti brakova koji nisu sklopljeni s ciljem zasnivanja životne zajednice cjelokupnih osobnosti bračnih drugova. Međutim, u nekim je razdobljima recentne povijesti brak nudio određeni društveni legitimitet, osobito djeci koja su se rađala za vrijeme njegova trajanja, te je jamčio, u nedostatku socijalne uloge države,

²² Primjerice Italija omogućuje stjecanje talijanskog državljanstva na temelju samog bračnog statusa i onda kada bračni drug (stvarni ili fiktivni) nije ni dana boravio u Italiji (uz pretpostavku da brak i dalje traje, ali, ako je fiktivan, da ga neće biti tako teško "održavati"). Zakon o državljanstvu (*Legge sulla cittadinanza*) br. 91 od 5. veljače 1992.

²³ Neovisno o ispunjavanju točaka 1. – 4. čl. 8. Zakona.

²⁴ Moneta, P., *Il matrimonio nullo – Diritto civile, canonico e concordatario*, CELT, Piacenza, 2009., str. 75; Souto Paz, J. A., *op. cit.* u bilj. 3, str. 103.

²⁵ Huber, J., *Der Ehekonsens im Römischen Recht*, Università Gregoriana Editrice, Roma, 1977., str. 108. Autor upućuje na D. 23, 2, 30 (Gai. 2 ad leg. Iul. Et Pap.).

slabijim osobama sigurnost vlastite egzistencije, pa čak i života. Nerijetko su takvi brakovi u prošlosti, poglavito tijekom drugog svjetskog rata, nazivani "humanitarnima".²⁶

Stoga, kad se pokušalo odrediti povijesni poredbeni okvir inozemnih rješenja te ga spojiti s domaćim, naišlo se na problem da je u prvom času bilo prilično teško zadržati fokus na nepoželjnosti takvih brakova. Ipak, kad su pale neke društvene barijere, primjerice izjednačavanjem statusa djece, kao i neki oblici diskriminacije padom totalitarističkih sustava, koji su obilježili povijest prve polovice dvadesetog stoljeća, a koji su često "opravdavali" u općem mišljenju takve brakove, ostali su samo brakovi na papiru. Drugim riječima, ostali su samo razlozi za njihovu nepoželjnost. Premda nisu svi takvi brakovi nužno *contra legem* u smislu zlorabe fiktivnog statusa radi ostvarivanja određenih prava na protuzakonit način, jer su ponekad sklapani iz razloga koji ne vode ka protuzakonitom cilju, ipak, svima je zajedničko to što se njihov cilj razlikuje od zasnivanja životne zajednice bračnih drugova. S obiteljskopravne perspektive svi bi takvi brakovi trebali biti društveno nepoželjni, neovisno o dodatnoj fraudoloznoj namjeri koju nupturijenti kane ostvariti.

Uostalom, u stranoj je pravnoj literaturi posve nesporno da fiktivni brakovi mogu imati mnoge različite svrhe: od stjecanja određenog društvenog legitimiteta, što i nema nužno negativnu konotaciju, preko ostvarivanja određenih imovinskih interesa u privatnopravnoj sferi, pa do onih fraudoloznih nakana protuzakonitog stjecanja javnopravnih pogodnosti uslijed zlorabe instituta braka.²⁷ Činjenica da fiktivni brakovi imaju čitavu "gradaciju" primjereno ozbiljnosti namjera u lažiranju bračnog odnosa, ne čini ih zato i manje nepoželjnim s aspekta obiteljskog prava. S time je u vezi B. Eisner isticao naprednost domaćeg pravnog sustava, koji nije tolerirao brakove na papiru.²⁸ Napose, članak 46. Osnovnog zakona o braku (OZB) glasio je: "[N]ištav je brak, koji nije zaključen u cilju zajednice života bračnih drugova." Naime, jasno se isticalo da "po pojmu braka, kako se danas općenito shvaća, stranke ne mogu svojom

²⁶ Sacco, R., *Simulazione* (diritto civile), u: *Enciclopedia Giuridica*, XXVIII, Treccani, Roma, 1992., str. 9 *et seq.*

²⁷ Conring, J., *Rechtliche Behandlung von 'Scheinehen' nach der Reform des deutschen Eheschließungsrechts*, Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt am Main, Berlin, 2002., str. 24 – 25. Napose, autor ističe da fiktivni brakovi mogu imati više razloga: humanitarni, komercijalni ili organiziranog kriminaliteta (*Humanitäre, Kommerzielle, Organisierte Kriminalität*).

²⁸ Eisner, B., *op. cit.* u bilj. 6, str. 63.

voljom isključiti ono, što zakon određuje kao svrhu braka, kao njegov bitni sadržaj”²⁹; a pritom se mislilo na “utemeljenje životne zajednice”.³⁰

Nakon Osnovnog zakona o braku bio je na snazi Zakon o braku i porodičnim odnosima (ZBPO).³¹ Uslijed ustavnih promjena sedamdesetih godina prošlog stoljeća obiteljskoppravna materija biva delegirana republičkim zakonodavcima. Premda je svaka republika i pokrajina bivše države imala zasebno obiteljsko zakonodavstvo, često su pravna rješenja bila jako slična. Naime, u svim tim republičkim i pokrajinskim zakonima, ako se izuzme hrvatski Zakon o braku i porodičnim odnosima, i dalje je postojala odredba kojom se propisivala ništavost brakova koji nisu sklopljeni u cilju zajednice života bračnih drugova.³² Međutim, stupanjem na snagu Zakona o braku i porodičnim odnosima SRH 1978., u hrvatskom se obiteljskom pravu gubi trag takvom razlogu ništavosti braka. Naime, u tadašnjoj se doktrini jasno isticalo da nema stvarne i konkretne potrebe za takvom odredbom.³³ Štoviše, kritiziralo se takvo obiteljskoppravno rješenje jer se smatralo da se time štiti više neki drugi institut negoli brak.³⁴

Za potrebe ovog istraživanja razmotreno je stajalište obiteljskoppravne teorije kojim se na neki način smatralo da je to rješenje nepoželjno jer ne štiti institut braka. Mišljenje je autorice da je takav zaključak bio odgovor na ranije interpretacije doktrine. Naime, čitajući B. Eisnera, kao i druge autore tog razdoblja, moglo bi se zaključiti da se smatralo kako među bračnim društvima postoji pravi sporazum radi neostvarivanja sadržaja braka.³⁵ Znači li to da se taj drugi sporazum štitio više od braka? Je li takav sporazum moguć? Takvo bi tumačenje predstavljalo *pendant* interpretaciji odredaba kojima se u građanskom pravu reguliraju prividni (simulirani) ugovori. Naime, dovelo bi

²⁹ Doslovno citirano. *Loc. cit.*

³⁰ Štoviše, B. Eisner isticao je kako “u kapitalističkom društvu nisu takvi ugovori rijetki”. Također je nudio mnogobrojne primjere razloga zašto su se u ono doba sklapali takvi brakovi. *Loc. cit.*

³¹ Zakon o braku i porodičnim odnosima, Narodne novine, br. 11/1978, 27/1978, 45/1989 i 59/1990.

³² Mladenović, M., *Porodično pravo*, knjiga I, *Porodica, Brak*, Privredna štampa, Beograd, 1981., str. 380. Autor ističe da su u ZPBO-u SR Srbije detaljnije bili regulirani fiktivni brakovi, i to na zahtjev praktičara. Bakić, V., *Porodično pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1976., str. 123.

³³ Alinčić, M., *Brak i odnosi u braku*, u: Alinčić M., Bakarić, A., *Porodično pravo*, Narodne novine, Zagreb, str. 76, bilj. 94.

³⁴ *Loc. cit.*

³⁵ Eisner, *op. cit.* u bilj. 6, str. 63; Prokop, A., *op. cit.* u bilj. 4, str. 163.

do zaključka da simulirani pravni posao (u ovom kontekstu brak) ne ostvaruje ikakve učinke ili da ostvaruje učinke drugog (skrivenog) sporazuma, koji su stranke konkretno željele. Vjerujemo da bi upravo to mogao biti motiv ranije spomenute (i opravdane) skepse kasnije obiteljskopravne teorije.

Međutim, autorica drži da su danas prilike drukčije i da sankcioniranje fiktivnih brakova ne bi štetilo očuvanju temeljnih vrijednosti i sadržaju braka, odnosno da ne bi ukazivalo na to da se više štite neka druga prava negoli ona bračna. Ponajprije, takav bi brak danas mogao jedino biti predmet poništaja, a ne ništavosti, s obzirom na to da ta mjera više ne postoji u suvremenom obiteljskom pravu. Nadalje, uvođenjem obiteljskopavnog rješenja kojim bi se suzbijala zloraba instituta braka, koja se danas najčešće događa radi fraudoloznog ostvarivanja drugih pogodnosti osobnog statusa, istinski bi se zaštitio institut braka, kao i svrha njegova postojanja. Naime, možebitna obiteljskopravna mjera suzbijanja takvih brakova ne bi nailazila više na skepsu iz dvaju razloga. Prvo, iz razloga što se društvo (ponovno) nalazi u trenutku kada postoje konkretne pogodnosti koje pojedinac može ostvariti bračnim statusom, iako je Republika Hrvatska tek nedavno postala punopravnom članicom Unije, pa nije jednostavno prepoznati je li broj zloraba obiteljskopavnih instituta, *in primis* brakova, u zemlji porastao. No, o činjenici da se radi o realnom problemu govorilo se prilikom analize odredaba hrvatskog Zakona o strancima. Drugi je razlog što u vrijeme jednostavnog i brzog – objektiviziranog – razvoda, kao i opće kontraktualizacije obiteljskoga prava, sigurno ne bi ova dodatna mjera činila razliku, odnosno bila *contra* braka. Cilj nije ograničiti sklapanje brakova, već obeshrabrili zlorabitelje instituta braka, kako bi brak počivao na svim svojim strukturalnim elementima. Nije uistinu dopustivo da se iza formalnog braka kriju društveno nepoželjne zajednice.

Nadalje, kad bi se razmatranja o paraleli između prividnih (simuliranih) ugovora i prividnih (simuliranih) brakova, o kojima se prije govorilo, transponirala u sadašnjost, valjalo bi podsjetiti da prema čl. 285. Zakona o obveznim odnosima ne nastaju nikakvi pravni učinci u slučaju simulacije ugovora ili nastaju pravni učinci drugog (skrivenog) ugovora.³⁶ Međutim, izjednačiti prividan ugovor i prividan brak doima se prilično neosnovanim. Naime, “simulacijom” braka nastaje odnos kojim se stječe bračni status iako po svojoj prirodi isti ne poštuje osnovne strukturalne elemente braka. Pekulijarnosti obiteljsko-

³⁶ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011 i 78/2015. S time u vezi vidi Klarić, P., Vedriš, M., *Gradansko pravo*, XIV. izd., Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 142.

pravnih instituta, poglavito braka, takve su da nije moguće tumačiti simulaciju braku na isti način kao i simulaciju ugovora. Uostalom, poslije će se spomenuti različite teorije o braku koje (sve zajedno) omogućavaju shvaćanje tog slojevitog obiteljskopravnog instituta i koje evidentno razlikuju brak od klasičnog privatnopravnog ugovora. Stoga se smatra dostatnim istaknuti da se sama autonomija volje drukčije manifestira prilikom sklapanja ugovora ili braka. U prvom slučaju, prema mišljenju autorice, ona se odnosi na učinke sklopljenog ugovora, dočim u slučaju braka autonomija predstavlja izraz volje sklapanja ili nesklapanja braka (*libertas matrimonialis*); nasuprot, bračni drugovi ne mogu slobodno raspolagati sadržajem bračnog odnosa. Prije spomenuti strukturalni elementi braka obilježavaju tipičnost tog obiteljskopravnog instituta. Nadalje, i onda kad bi se tvrdilo da postoji drugi sporazum o lažiranju braka, moralo bi se razmisliti o evidentnoj činjenici da njime bračni drugovi ne žele isključiti brak, već samo isključiti ispunjavanje prava i obveza koji iz njega proizlaze. Štoviše, upravo je stjecanje bračnog statusa njihov primarni cilj. Uostalom, tek što se uroni u inozemnu obiteljskopravnu literaturu, razvidno je da se o tom pitanju mnogo raspravlja.³⁷

U konačnici, sve to i jest razlog zašto se u ovom radu nije nijednom koristio izraz “simuliranje” ili “simulirani brak”.

4. FIKTIVNI BRAKOVI U OBITELJSKOM ZAKONODAVSTVU – NEPOSTOJANJE RJEŠENJA *DE LEGE LATA*

U proteklim se dvama desetljećima obiteljsko zakonodavstvo često reformiralo. Međutim, nijedan od novijih obiteljskih zakona ne bavi se pitanjem fiktivnih brakova. Eventualno, jedina bi se mogućnost suzbijanja takvih nepoželjnih pojava mogla prepoznati u bračnoj smetnji postojanja ranijeg valjanog braka. Isticalo se ranije da je nerijetko subjekt koji sklapa brak iz interesa za ostvarivanje dozvole boravka i/ili državljanstva već u braku s drugom osobom u zemlji podrijetla. Tad nesporno postoji bračna smetnja, ali nevezana uz fraudoloznu namjeru nupturijenata, već koja postoji radi očuvanja načela monogamnosti. U svim drugim situacijama kada u fiktivan brak ulazi osoba koja nije već u braku, nema načina *ex ante* ili *ex post* reagirati protiv fiktivno sklopljenog braka. *De lege lata*, hrvatsko zakonodavstvo poznaje isključivo posljedice propisane Zakonom o strancima, a koje su se već ranije spominjale.

³⁷ U inozemnoj doktrini detaljno se bavila tim pitanjem Ferrando, G., *op. cit.* u bilj. 3, str. 667 *et seq.*

Uistinu, važeći Obiteljski zakon člankom 14., st. 3. propisuje jedan dodatan preduvjet sklapanju braka kad su u pitanju stranci, ali postoje opravdani razlozi za dvojbu o učinkovitosti i pravednosti te nove odredbe. No, o tomu će biti riječ u nastavku teksta.

Razmišljajući o mogućem pravnom rješenju i o posljedičnom prijedlogu *de lege ferenda*, nezaobilazno je konstatirati da postoji više mogućih odgovora na pitanje kako suzbiti praksu tih nepoželjnih brakova. Naime, razna obiteljsko-pravna rješenja u borbi protiv zlorabe instituta braka mogu poprimiti različite oblike primjereno tomu koja je teorija o braku dominantna u određenom povijesnom trenutku i u određenom pravnom poretku. Uostalom, inozemni zakonodavci, premda su svi svjesni problema fiktivnih brakova, reagiraju na različite načine. Primjerice, neki propisuju apsolutnu ili relativnu ništetnost, drugi, pak, poništaj, treći generalno govore o razvrgnuću braka.³⁸ Nadalje, neki smatraju da su fiktivni brakovi samo oni gdje postoji zajednička fraudolozna intencija, drugi, pak, smatraju takvim i one brakove gdje se samo jedan bračni drug ponio na fraudolozan način, premda bi se to moglo tumačiti kao vid zablude, pa kao takvim, manom volje.³⁹

Pravne su posljedice različite. Sve to ovisi u dobroj mjeri o tome kojoj se teoriji o braku dala prednost.⁴⁰ Osobito se u prošlosti mnogo raspravljalo o različitim teorijama o pravnoj prirodi braka. Premda ovaj rad ne pruža priliku podrobno analizirati sadržaj različitih teorija, valja se prisjetiti da osnovna podjela vidi s jedne strane institucionalnu teoriju, a s druge strane ugovornu teoriju. Napose, M. Alinčić ističe da “dok institucionalno tumačenje braka pretpostavlja i vodi računa o obvezatnim sadržajima braka, ugovorno tumačenje traži u ugovornom karakteru braka temelj za dispozitivnost dužnosti”.⁴¹

³⁸ U prvom smislu talijanski pravni poredak. Vidi Rossi, M., *Le cause di invalidità del matrimonio civile*, Cedam, Padova, 2012., str. 185; dočim u drugom smislu njemački pravni poredak; vidi Schwab, D., *Familienrecht*, 14. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006., str. 42 – 43.

³⁹ Uistinu i u tuzemnoj se pravnoj teoriji u prošlosti isticala potreba obostrane volje u fingiranju braka. Eisner, B., *op. cit.* u bilj. 6, str. 63; Prokop, A., *op. cit.* u bilj. 4, str. 163.

⁴⁰ S time u vezi potrebno se osvrnuti na odluku Županijskog suda u Zagrebu 31 Gž2-88/14-2 od 11. ožujka 2014., kojom drugostupanjski sud nudi tumačenje (glede pravnih posljedica koje proizlaze iz) nedostatka volje nupturijenata, gotovo ga postovječujući s nedostatkom volje ugovornih strana. O tome da toj odluci valja pristupiti s određenim oprezom, vidi više u: Pintarić, A., *Bračni sporovi i osvrt na njihove posebnosti u odnosu na redovni parnični postupak*, Pravnik, vol. 48, br. 98, str. 187.

⁴¹ Doslovno se citira Alinčić, M., *Bračno pravo*, u: Alinčić, M. *et al.*, *Obiteljsko pravo*, Birotehnika, Zagreb, 1994., str. 47. Posebno se upućuje na bilješke 37. i 38. Ta-

Ipak se, kako autorica navodi, “stoljetni sukob mišljenja o tome je li brak u svojoj biti institucija ili ugovor, u suvremenoj pravnoj teoriji ocjenjuje (...) kao prividna alternativa”. Drugim riječima, obje teorije imaju svoje prednosti i nedostatke, a cjelokupna obilježja braka, koja su u pravnoj povijesti proizišla iz njih, omogućila su da se u suvremenom obiteljskom pravu može zaključiti kako je brak “poseban i slojevit odnos” bez obzira na to prevladava li u danom povijesnom trenutku jedno ili drugo shvaćanje. *De facto*, važnost braka za pojedince, kao i za društvo, “uvjetovan je isprepletenošću svih spomenutih obilježja”.⁴² Uostalom, do istog je zaključka došla i inozemna obiteljskoppravna teorija: bilo da se razmatra francusko, englesko ili njemačko tumačenje braka, nedvojbeno se u tom spletu obilježja ističe kao predominantnim elementom “zasnivanje životne zajednice žene i muškarca”.⁴³

O različitom shvaćanju braka ovise također moguće sankcije kad braku nedostaje jedno od tih obilježja. Konkretno se u ovom slučaju misli na životnu zajednicu cjelokupnih osobnosti bračnih drugova. U nekim sustavima govori se o različitim stupnjevima ništivosti, u drugima o razvrgnuću.⁴⁴ U domaćem pravnom sustavu u prošlosti se govorilo o ništivosti. Naime, to je bila sankcija za prije spomenute prividno sklopljene brakove iz članka 46. OZB-a.

U današnjici, prema hrvatskom obiteljskom pravu, brak može biti nepostojeći ili nevaljan. Većina inozemnih sustava ne poznaje nepostojeći brak: slučajevi nedostatka pretpostavki za postojanje braka sankcioniraju apsolutnom ništivosti braka.⁴⁵ U prošlosti se mnogo raspravljalo o razlikovanju nepostojećih brakova (pa unutar njih i tzv. “nebraka”) ili još ništavih brakova.⁴⁶ Danas, vjerojatno uslijed “kontaminacije” različitih shvaćanja braka u teoriji, te su

kođer se upućuje na Mladenović, M., *op. cit.* u bilj. 32, str. 211 *et seq.* glede raznih teorija o braku.

⁴² Alinčić, M., *op. cit.* u bilj. 2, str. 48.

⁴³ *Loc. cit.* Osobito valja citirati M. Alinčić u pasusu gdje analizira njemačku teoriju braka. Doslovno: “[B]rak je samo ona veza spolova zasnovana radi zajednice života, koju priznaje pravni poredak pojedine države. (...) Zajednica života drži se temeljnim sadržajem braka, ali je brak istovremeno određen kao institut.”

⁴⁴ Leborgne, A., *Le mariage, hier et aujourd’hui: permanence ou métamorphose?*, u: *Droit civil, civilté des droits, Mélanges en l’honneur du Professeur Jean-Louis Mouralis*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Aix en Provence, 2011., str. 175 – 190.

⁴⁵ Querci, A., *I casi di invalidità del matrimonio civile*, u: Ferrando, G., Querci, A., *L’invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Ipsoa, Milano, 2007., str. 150 – 163.

⁴⁶ Prokop, A., *Nepostojeći brak*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 18, br. 2, 1968., str. 161 – 180, s uputama na daljnju literaturu. Također, vidi Alinčić, M., *op. cit.* u bilj. 2, str. 35, bilj. 23. Autorica pojašnjava razliku između *Nichtehe* i *Nichtige Ehe*.

razlike više teorijske negoli praktične. Napose, što se tiče uklanjanja društveno nepoželjnih brakova, neovisno o nazivu korištenog pravnog instrumenta, može se zaključiti da je struktura pretpostavki za sklapanje braka vrlo slična u većini europskih pravnih poredaka. Što se pak tiče specifičnog pitanja koje se analizira u ovom kontekstu, mnogi sustavi, među koje se ne ubraja hrvatski, prepoznali su nepoželjnost fiktivnih brakova i odlučili su ukloniti takve pojave. Činjenica da je zasnivanje životne zajednice bračnih drugova osnovno (i univerzalno) obilježje braka dovodi do logičnog zaključka da brak koji nije sklopljen s tim ciljem ne smije opstati.

Spomenule su se osnovne pretpostavke za sklapanje braka. Poznato je da se one dijele u pretpostavke za postojanje i pretpostavke za valjanost braka. Nedostatak pretpostavke iz prve skupine dovodi do nepostojećeg braka; dočim nedostatak pretpostavke iz druge skupine dovodi do (postojećeg, ali) nevaljanog braka.

Nesporno je da bi trebalo uvesti pravno rješenje kojim bi se sprječavalo nastanak fiktivnih brakova. No, postavlja se pitanje bi li takav brak bio nepostojeći ili nevaljan?

Prima facie, moglo bi se misliti da je ključno pitanje konsenzusa. Uostalom, dobro poznata latinska izreka *consensus facit nuptias* nesporno upućuje na to. Posljedično bi se zaključilo da je fiktivni brak nepostojeći jer nedostaje *consensus* koji predstavlja izraz volje ostvarivanja svih onih strukturalnih elemenata unutar kojih se razvija bračni odnos. No, kako tumačiti riječ *consensus*? Je li riječ o formalnom rekvizitu, tj. izjavi volje ili treba ispitati stvarnu volju sklapanja braka s ciljem ostvarivanja životne zajednice i svih potreba (seksualne, ekonomske, materijalne, nematerijalne, afektivne), jednom riječju, svega onoga što se u pravnoj teoriji naziva *affectio maritalis*?

Prije negoli se odgovori, potrebno je objektivno razmisliti o realnoj dokazivosti sadržajne (a ne samo formalne) volje. Bilo da se zagovara institucionalna ili ugovorna teorija, treba biti svjestan da može postojati, prilikom sklapanja braka, baš kao kod nekog drugog pravnog posla, nesklad između volje i izjave.⁴⁷ Suvremeno obiteljsko pravo, kako domaće tako i inozemno, u skladu s formalističkim pristupom braku kao aktu, koji se sklapa radi zasnivanja braka kao odnosa, gleda na izjavu, a ne na volju.⁴⁸

⁴⁷ Vidi Prokop A., *op. cit.* u bilj. 4, str. 164.

⁴⁸ Ta konstatacija nimalo ne pobija ono što se ranije reklo glede prividnih pravnih poslova.

Međutim, bilo bi itekako potrebno osvrnuti se na slučajeve odmaka sadržajne volje i formalne izjave. Nedvojbeno je da se sadržajnu volju teško može uokviriti kroz određene pravne parametre. Stoga se često ističe samo da volja mora biti slobodna. No, tvrditi da je volja slobodna ne znači, kao što uostalom sami strukturalni elementi braka sugeriraju, da je ista neovisna o tipičnom cilju braka, koji čini zasnivanje životne zajednice, a kako bi možda tvrdili zagovaratelji ugovorne teorije braka.

Valjalo bi barem pokušati prepoznati elemente te volje koju se može također nazvati *animus nubendi*. Ne samo radi razotkrivanja fiktivnih brakova već i onih prisilnih. S time u vezi, ograničenje broja stranica ne dopušta nam pisati o prisilnim brakovima. Međutim, mnoga su europska zakonodavstva svjesna tih pojava, posebice one države koje su obilježene multietničkom komponentom i gdje postoji suživot mnogih različitih tradicija i kultura, koje nisu nužno slične zapadnim svjetonazorima i vrijednostima. Primjerice, u Francuskoj je nedavno reformiran pravni sustav kako bi se spriječilo sklapanje prisilnih brakova.⁴⁹

No, postoji jedna osnovna razlika između fiktivnih i prisilnih brakova. U slučaju fiktivnih brakova nema prinude. Nije riječ, dakle, o mani volje, kao što bi bilo u slučaju prisilnih brakova. Naime, kod fiktivnih brakova postoji svojevrsna slobodna volja nupturijenata. Oni žele sklopiti brak, ali ne s ciljem životne zajednice. Njihov je cilj ostvariti bračni status, ali ne i poštovati obveze koje iz njega proizlaze.

Nupturijenti daju slobodan iskaz, kojim fingiraju volju ostvarivanja tipičnog sadržaja braka, koji počiva na poštovanju njegovih strukturalnih elemenata. Štoviše, nupturijenti čak ne fingiraju akt – fingiraju “samo” odnos. Drugim riječima, iskaz postoji, a postoji i sadržajna volja, ali ona odstupa od ostvarivanja tipičnog sadržaja braka. Međutim, kad su u pitanju prava i obveze koje proizlaze iz bračnog odnosa, odnosno koja odražavaju tipičnost tog odnosa, razina autonomije volje bračnih drugova znatno se umanjuje. *Ergo*, kao što se već reklo, slobodna volja ne bi se smjela apstrahirati od tipičnih ciljeva braka.

5. FIKTIVNI BRAKOVI U OBITELJSKOM ZAKONODAVSTVU – PRIJEDLOZI *DE LEGE FERENDA*

U borbi protiv tih nepoželjnih društvenih pojava potrebno je zadržati fokus upravo na činjenici da je moguć nesklad između volje i izjave. No, bilo bi doista neodrživo kad bi se odstupilo od formalističkog pristupa, na temelju kojeg se

⁴⁹ Fenouillet, D., *Droit de la famille*, III. izd., Dalloz, Paris, 2013., str. 62.

uvažava formalnu izjavu volje, koja onda predstavlja konkretan izraz pravila *consensus facit nuptias*. Uostalom, kao što se reklo, izjava volje postoji i slobodna je.

Takav nepoželjan brak stoga se ne bi mogao smatrati nepostojećim. Naprotiv tomu, trebalo bi provoditi ocjenu sklada te izjave, koja sama po sebi zadovoljava, i sadržajne volje. Stoga se drži da je jedino moguće rješenje uvesti bračnu smetnju. Matičar *ex ante* ili, ako on ne prepozna laž, sudac *ex post*, trebali bi djelovati u sprječavanju sklapanja takvog braka ili pak sankcioniranjem istoga poništajem.

Poredbena analiza nekoliko inozemnih sustava bila je vrlo korisna. Potvrdila je da je riječ o konkretnom obiteljskopravnom pitanju koje zabrinjava mnoge pravne sustave. Napose, mnogi europski sustavi propisuju sankcije za fiktivne brakove, a trenutačno se, uslijed vrlo aktualnih događanja posljednjih godina, sve više pozornosti pridaje upravo podvrsti brakova iz računa.

U svim tim pravnim sustavima, a misli se ponajprije na njemački, francuski, španjolski i talijanski, fiktivni su brakovi nepoželjni i kao takvi su sankcionirani u sustavu. Neki s učincima ništavosti *ex tunc*; dočim drugi imaju rješenja koja bi mogla biti nalik hrvatskom poimanju poništaja braka. Ukratko će se nastojati istaknuti specifičnosti tih pravnih sustava.

Njemački je zakonodavac 1998. godine odlučio regulirati tu materiju donošenjem zakona (*Eheschliessungsrechtsgesetz*) kojim se reformirao njemački Građanski zakonik (BGB).⁵⁰ Posebno se misli na §§ 1314. i 1353. Njemačkog građanskog zakonika.⁵¹ Njemačko pravo još jednom ukazuje na prednost jednostavnog i sustavno promišljenog pravnog rješenja: obiteljskopravna rješenja nisu opterećena teoretiziranjem o nepostojanju, ništavosti ili poništaja braka. Jednostavno predviđaju, među razlozima "Aufhebung der Ehe" (razvrgnuća braka), također situaciju kad su bračni drugovi u trenutku sklapanja braka bili složni u namjeri da ne nastanu obveze iz § 1353. BGB-a.⁵² Preciznije, prvi stavak § 1353. jasno propisuje da bračne drugove međusobno obvezuje zajedništvo u bračnom životu, odnosno da su oni odgovorni jedan za drugoga.⁵³

⁵⁰ Schwab, D., *op. cit.* u bilj. 38, str. 42 – 43; Conring, J., *op. cit.* u bilj. 27, str. 25.

⁵¹ Kako je došlo do *EheschlRG* detaljno analizira Lumpp, S., *op. cit.* u bilj. 3, str. 141 – 161.

⁵² "Ein Ehe kann ferner aufgehoben werden, wenn (...) beide Ehegatten sich bei der Eheschließung darüber einig waren, dass sie keine Verpflichtung gemäß § 1353 Abs. 1 begründen wollen."

⁵³ "Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung."

U talijanskom obiteljskom pravu tzv. *simulazione di matrimonio* uvedena je velikom reformom obiteljskog prava iz 1975. Već se ranije spominjala činjenica da je na talijanski pravni sustav snažno utjecalo kanonsko pravo. Stoga je dostatno konstatirati da je pravno rješenje sadržano u čl. 123. talijanskog *Codice civilea* danas istovjetno onome iz 1975., a da je stvarni razlog uvođenju te norme bio pronalazak načina za izlazak iz braka s obzirom na to da je u izvornom *Codice civileu* iz 1942. brak bio nerazrješiv. S obzirom na to da je reformi obiteljskog prava prethodio niz godina pripreme, *de facto* je ta odredba usvojena gotovo istovremeno kad se referendumom talijanski narod izjasnio za razvod u talijanskom obiteljskom pravu. Stoga je prema talijanskoj doktrini ta odredba prilično beskorisna, jer ne odražava jasnu borbu protiv fiktivnih brakova, već način izlaska iz neuspjelog braka.⁵⁴ Napose, aktivnu legitimaciju imaju samo bračni drugovi, i to u roku od godinu dana od sklapanja braka ili do onog trenutka kad bračni drugovi nisu započeli stvarnu kohabitaciju, što predstavlja vid konvalidacije takvog braka. Međutim, Talijani se u današnjici moraju učestalo konfrontirati s problemom fiktivnih brakova, odnosno najčešće brakova iz koristi, a nemaju za to učinkovita pravna sredstva. Nastojali su uvesti neke novine kod odredaba koje reguliraju postupak koji prethodi sklapanju braka, ali bezuspješno.⁵⁵

U francuskom obiteljskom pravu pitanje fiktivnih brakova vezuje se preventivno uz članak 146. francuskog *Code civilea*. Naime, tom odredbom se afirmira da nema braka bez pristanka.⁵⁶ Očito je ta stilizacija, prilično širokog spektra, stvarala probleme u učinkovitom rješavanju problema glede fiktivnih brakova. Godine 1993. izmijenjen je francuski *Code civil* te je uveden članak 21-2, kojim se propisuje da je stjecanje francuskog državljanstva podređeno zadržavanju bračnog statusa barem dvije godine nakon sklapanja braka.⁵⁷

Konačno, članak 45. španjolskog *Codigo civila* jako je sličan članku 146. francuskog *Code civilea*. Napose, propisuje da nema braka bez pristanka.⁵⁸ Kao i u francuskom primjeru, riječ je o vrlo širokoj stilizaciji, koja ne sadržava ništa više od istovjetnih hrvatskih odredaba. Španjolci, u iščekivanju reforme, pokušavaju se obraniti od zloraba instituta braka kroz priličnu strogu preventivnu kontrolu. Naime, raznim pravilnicima propisuje se obveza matičara

⁵⁴ Ferrando, G., *op. cit.* u bilj. 3, str. 665; Conte, G., *op. cit.* u bilj. 5, str. 694.

⁵⁵ Vidi *infra* bilj. 65.

⁵⁶ "Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement."

⁵⁷ Lemouland, J., *Existence du consentement*, u: *Droit de la Famille*, IV. izd., Dalloz, 2007., str. 44 *et seq.*; Fenouillet, D., *op. cit.* u bilj. 49, str. 62.

⁵⁸ "No hay matrimonio sin consentimiento."

provođenja detaljne kontrole radi onemogućavanja sklapanja brakova iz računa (*matrimonios de complacencia*).⁵⁹

Uistinu, premda je analiza bila korisna, inozemni pravni sustavi nisu posve poslužili svrsi pronalaženja jednog dobrog modela na koji bi se trebalo ugledati. Ipak, svaki od njih je potaknuo na razmišljanje. Zasigurno je u njemačkom rješenju vrijedno hvaliti to što se izričito spominje zajednica života kao strukturalni element u nedostatku kojeg je potrebno razvrgnuti brak. Francuski i španjolski sustav ukazuju na to da je ključno pitanje odnosa izjave i volje, što i je potaknulo na ranija razmatranja. Talijanski sustav jedini izričito spominje "simulirane" brakove. Doima se zanimljivim jer ponuđena rješenja nisu rezultat nedavne reforme uslijed porasta broja brakova "za papire", nego postoje već četrdeset godina. Posebno je zanimljiva propisana mogućnost konvalidacije.

Svaki od tih sustava ima nekih zanimljivih aspekata; međutim nijedan ne bi *in toto* odgovarao hrvatskom obiteljskom pravu.

Prije svega u tuzemnom obiteljskopравnom sustavu pojava fiktivnih brakova može se eliminirati samo putem bračne smetnje. S obzirom na načelo taksativnosti bračnih smetnji, odnosno pretpostavki za sklapanje braka, kako bi se jamčila pravna sigurnost, bilo bi potrebno uvesti novu pretpostavku za valjanost braka.⁶⁰

Predlaže se stoga uvođenje nove bračne smetnje, kojom bi se sprječavalo sklapanje fiktivnih brakova. Naime, odredba bi, na tragu vrlo čestih stilizacija iz prošlosti te sadašnjosti, mogla glasiti: "Brak se ne može sklopiti s ciljem različitim od životne zajednice bračnih drugova."

S obzirom na to da je osnovna svrha bračnih smetnji onemogućiti sklapanje brakova u nepoželjnim situacijama, čini se da bi u ovom slučaju svrha bila suzbiti praksu sklapanja brakova kojima se ne zasniva životna zajednica cjelokupnih osobnosti bračnih drugova.⁶¹ Takva bi bračna smetnja evidentno

⁵⁹ De Pablo Contreras, P., *La 'comunidad de vida' como objeto del consentimiento matrimonial*, u: *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011., str. 514 *et seq.*

⁶⁰ Vidi Prokop, A., *op. cit.* u bilj. 4, str. 158.

⁶¹ Za sveobuhvatnu analizu bračnih smetnja upućuje se na Korać, A., *Bračne smetnje u hrvatskom zakonodavstvu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 45, br. 4-5, 1995., str. 575 – 607. Upućuje se također na Hlača, N., *Impedimenta impedientia – bračne zabrane*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, suppl. br. 1, 2001., str. 481 – 491. Autor se bavi bračnim zabranama, koje predstavljaju posebno sredstvo pravne tehnike kojima se također ističe nepoželjnost braka u određenim situacijama, ali bez predviđanja obiteljskopравne sankcije.

podupirala *favor matrimonii* uz dužno pojašnjenje da se pritom misli na brak u svojoj formi i sadržaju. A onda kad se nije uspjelo spriječiti sklapanje braka jer bračna smetnja nije prepoznata, potrebno bi bilo predvidjeti mogućnost poništaja braka, budući da nisu ispunjene sve pretpostavke za valjanost braka.

Prema uobičajenoj strukturi svih drugih bračnih smetnji predviđenih u hrvatskom obiteljskom zakonodavstvu, i ova koju se predlaže imala bi, dakle, preventivno i represivno djelovanje.

Što se tiče preventivnog djelovanja, matičar bi bio pozvan provjeravati sklapanju li bračni drugovi brak iz ciljeva različitih od životne zajednice. U tom pogledu, već se ranije isticalo da bi dokazivanje postojanja *animus nubendi* moglo biti jako teško s obzirom na mogući jaz između izjave i stvarne volje. Ipak, matičar bi mogao uspoređivati volju nupturijenata s onim razrađenim objektivnim pokazateljima iz članka 57. Zakona o strancima.

Kao što se već prije u radu isticalo, matičar bi zasigurno imao bolja znanja o obiteljskim stvarima za razlučivanje stvarnih od lažnih brakova.

Onda kad matičar ne bi bio u stanju prepoznati fraudoloznu namjeru bračnih drugova, bilo bi na sucu zaštititi osnovne vrijednosti braka poništajem takvog nepoželjnog braka. S time u vezi zalažemo se za priznanje široke aktivne legitimacije, bez vremenskog ograničenja, ali s mogućnošću konvalidacije, ako nastane stvarna životna zajednica.

6. PRAVO NA SKLAPANJE BRAKA

Prilikom pronalaženja adekvatnog obiteljskopravnog rješenja u sankcioniranju društvu nepoželjnih brakova, kao što su fiktivni brakovi, moraju se uzeti u obzir osnovna ljudska prava i temeljne slobode jamčene hrvatskim Ustavom te mnogim međunarodnim dokumentima.⁶² U suprotnome, zakonska bi rješenja mogla rezultirati protivno temeljnim vrijednostima, jamčenima na najvišim razinama.

U radu je već istaknuta potreba za sankcioniranjem fiktivnih brakova iz razloga što su nepoželjni i što se često iza njih skriva fraudolozna namjera izigravanja pravnih propisa s ciljem protuzakonitog ostvarivanja određenog cilja.

⁶² Ustav RH (vidi bilj. 1); Opća deklaracija o ljudskim pravima, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 12/2009; Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/1997, 6/1999, 14/2002, 13/2003, 9/2005, 1/2006 i 2/2010; Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 12/1993; Povelja o temeljnim pravima Europske unije, Službeni list, C 326 / 26. listopada 2012.

Smatramo stoga da bi se trebala uvesti bračna smetnja i da bi trebalo ponuditi odgovarajuće preventivne i represivne mjere. Međutim, ne smije se zaboraviti da je brak ljudsko pravo, jamčeno između ostalog člankom 12. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, koje može trpjeti tek manja ograničenja. S time u vezi u doktrini se jasno ističe trend smanjivanja mogućih bračnih smetnji, jer svaka od njih jednim djelom doprinosi smanjenju te slobode.⁶³

Prijedlog uvođenja nove bračne smetnje mogao bi se doimati proturječnim u odnosu na ono što se upravo naglasilo. Međutim, to nije točno sve dok bi funkcija te smetnje bila razlikovati stvarne od lažnih brakova, a zatim ove druge sankcionirati. No, potrebno je biti na oprezu i ne prijeći tu granicu.

Postoji kod autorice zabrinutost je li obiteljski zakonodavac uvođenjem stavka 3., članka 14. Obiteljskog zakona već ograničio tu slobodu. Naime, odredba o kojoj je riječ predviđa dodatne obveze koje određeni subjekti moraju ispuniti prilikom prijave sklapanja braka. Preciznije, odredba glasi: “[A]zilanti i stranci pod supsidijarnom zaštitom prijavi iz stavka 1. ovoga članka prilažu potvrdu nadležnog tijela o odobrenju azila, odnosno supsidijarne zaštite te odgovarajući dokaz o nepostojanju drugog braka.” Ograničenost stranica ne dopušta detaljnu analizu cijele odredbe. Smatra se dostatnim istaknuti da se, vjerojatno radi suzbijanja brakova iz računa, traži dodatan uvjet ranije odobrenog statusa azilanta ili stranca pod supsidijarnom zaštitom kako bi taj subjekt uopće mogao prijaviti namjeru sklapanja braka. Je li takav “filtrar” pravedan? Znači li to da Obiteljski zakon postupa drukčije prema strancima primjereno zemlji podrijetla? Ne doima li se to diskriminatornim?

Skreće se pozornost na tu novu odredbu jer se slično rješenje ranije uvodilo u neke inozemne sustave. Zabrinutost radi učestale zloporabe braka dovela je, primjerice, Italiju do usvajanja ishitrenog rješenja nalik onome iz čl. 14., st. 3. važećeg Obiteljskoga zakona. Napose, talijanski je zakonodavac 2009. godine uveo u *Codice civile* novu odredbu upravo s ciljem sprječavanja sklapanja fiktivnih brakova. Bila je riječ o članku 116. c.c., kojim se tražilo da (bilo koji) stranac koji želi sklopiti brak u Italiji mora prethodno dokazati da legalno boravi u državi.⁶⁴ No, ubrzo nakon uvođenja tog rješenja, talijanski je Ustavni sud ukinuo tu odredbu utvrđujući njezinu protuustavnost, ističući da pravo na

⁶³ Korać, A., *op. cit.* u bilj. 61, str. 576.

⁶⁴ Corbetta, F., *sub. art. 116 c.c.*, u: *Commentario breve al Diritto di famiglia*, II. izd., Cedam, Padova, 2011., str. 317 – 320; Morozzo della Rocca, P., *Simulazione, matrimonio di comodo e cittadinanza*, *Famiglia e diritto*, br. 19, 2007., str. 955 – 960.

sklapanje braka pripada svakom čovjeku.⁶⁵ U svjetlu tog inozemnog primjera vjeruje se da je razlog za zabrinutost opravdan.

Postavljati rješenja koja aprioristički zabranjuju strancu (i to ne svakom strancu) sklapanje braka u nedostatku “papira”, doima se neopravdano diskriminatornim. Uostalom, subjekt koji ima fraudoloznu namjeru ostvariti određeni cilj vjerojatno će pronaći način ishodovanja papira, a nakon toga ne podliježe više nikakvim sadržajnim kontrolama glede zadovoljavanja uvjeta. Drugim riječima, postaviti preventivni uvjet “urednih papira” ne znači kontrolirati intimnu i realnu volju sklapanja braka, već unaprijed diskriminirati u ovom slučaju samo azilanta ili stranca pod supsidijarnom zaštitom. U konačnici, ne samo da je upitno je li u skladu s ljudskim pravima, nego se također doima prilično neučinkovitim u sprječavanju fiktivnih brakova. Štoviše, valja istaknuti da unatoč uvođenju predmetne odredbe i dalje nedostaje obiteljsko-pravna sankcija za takve neistinite iskaze.

Štoviše, čini se da takvo rješenje ograničava također ljudsko pravo na sklapanje braka hrvatskog državljanina, koji ne može teorijski iskreno voljeti i željeti bračni život sa strancem koji je imao nesreću roditi se u nesretnom kraju svijeta, a da pritom nema “papire”.

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Tijekom provedenog istraživanja nastojalo se ukazati na slojevitost i složenost problema fiktivnih brakova. Ovisno o perspektivi s koje se ta društveno nepoželjna pojava promatrala, ona je ukazala na različite razloge nepoželjnosti. Potreba sankcioniranja takvih lažnih brakova pojavljuje se na upravno-pravnoj i na kaznenopravnih razini, dočim se obiteljski zakonodavac ne doima još posve svjesnim opasnosti zlorabe braka. Naime, zloraba braka, kao i drugih obiteljskopravnih instituta, ima za cilj lakše ostvarivanje određenih prava u pojedinačnoj zemlji, kao i na čitavom teritoriju Unije.⁶⁶ Biti član obitelji građanina Unije u današnje vrijeme znatno olakšava ulazak i kretanje; iako se isticalo da motivi sklapanja fiktivnih brakova mogu biti različiti.

U svakom slučaju, nije dopustivo da se institut braka zlorabi u bilo koje svrhe. No, u istoj mjeri, pozivajući se na strah zlorabe braka, nije dopustivo

⁶⁵ Corte Cost., 25. srpnja 2011., br. 245. Presuda je detaljno analizirana u: Winkler, M., *Stranieri irregolari e matrimonio: anatomia di un diritto fondamentale*, Nuova giurisprudenza civile commentata, 2011., str. 1239 – 1251.

⁶⁶ Kretschmer, J., *op. cit.* u bilj. 13, str. 144 – 162.

ograničiti osnovno ljudsko pravo svakog čovjeka da sklopi brak. S time u vezi, provedenim se istraživanjem željelo istaknuti da je riječ o vrlo problematičnom i delikatnom pitanju koje je prilično teško na ispravan način sankcionirati.

Stoga se predlaže uvođenje, *de lege ferenda*, nove bračne smetnje, kojom bi se jamčilo preventivno sprječavanje takvih nepoželjnih brakova ili poništaj braka, ako je ipak došlo do njegova sklapanja. Postojeća rješenja propisana Zakonom o strancima ukazuju na to da je hrvatski zakonodavac svjestan te prijetnje. Međutim, središnju bi ulogu u prepoznavanju i prevenciji takvih pojava trebao imati Obiteljski zakon. Ostali bi zakoni, u slučaju potrebe upravnopravnog ili kaznenopravnog sankcioniranja, bili horizontalno usklađeni s Obiteljskim zakonom.

Obiteljskopравни instituti, *in primis* brak, ne smiju postati instrument za ostvarivanje prava koja nemaju nikakve veze s obiteljskom zajednicom i obiteljskim vrijednostima. Drugim riječima, potrebno je spriječiti daljnju instrumentalizaciju braka. Doista je bitno zaštititi autentičan odnos između bračnog instituta i bračnog statusa, koji iz njega proizlazi. Stoga se vjeruje da bi uvođenje bračne smetnje osiguralo postignuće one bitne i općeprihvaćene svrhe braka: zasnivanje životne zajednice bračnih drugova.

Zanemari li se nepoželjnost fiktivnih brakova, bit i autentičnost instituta braka mogli bi biti ozbiljno obezvrijeđeni.

Summary

Sandra Winkler *

FICTIVE MARRIAGES

The purpose of fictive marriages has nothing to do with the establishment of a life union of two spouses. Fictive marriages are usually mentioned nowadays because of the fraudulent intention of the spouses to enter into a marriage purely for immigration purposes. Thus, in this paper the author analyses the legal solutions of the domestic Aliens Act. Fictive marriages are generally undesirable, independently of the fraudulent intention of specific spouses. However, there is no adequate legal solution in the applicable Family Act. Thus, the author will offer a concrete de lege ferenda proposal to prevent and to punish all fictive marriages under the family legislation, bearing in mind, on the one hand, some successful and unsuccessful foreign legal solutions, and on the other, the indisputable assertion that the right to marry is a human right, which can suffer only minimal restrictions.

Keywords: marriage, fictive marriages, sham marriages, impediment to marriage, requirements for a valid marriage

* Sandra Winkler, Ph. D., Senior Assistant, Faculty of Law, University of Rijeka, Hahlić 6, Rijeka; swinkler@pravri.hr

