

Ajdin Huseinspahić^{1*}

ODLUKA USTAVNOG SUDA BiH BR. 369/10²

(slučaj razvoda braka za vrijeme trudnoće i porodaja žene u entitetu FBiH)

O (ne)opravdanosti usvajanja odredbe čl. 43 PZ FBiH

Reformom porodičnog zakonodavstva u BiH, odnosno usvajanjem Porodičnog zakona FBiH³ (PZ FBiH) još 2003. godine je regulisano da muž nema pravo na razvod braka za vrijeme trudnoće žene ili dok njihovo dijete ne navrši tri godine života.⁴ Ovom odredbom je, vjerovatno u cilju zaštite supruge, majke i djeteta, mužu bilo uskraćeno pravo na pokretanje postupka za razvod braka podizanjem tužbe, a u slučaju da do istog nije moglo doći zahtjevom za sporazumno razvod braka, kojim bi brak mogao biti razveden tek nakon proteka najmanje šest mjeseci od zaključenja braka ili pak njegovim poništenjem.

Opravdavajući usvajanje i postojanje navedene odredbe prof. Traljić i prof. Bubić konstatuju: „...razvod braka u vrijeme trudnoće, žena a i dijete mogu doživjeti vrlo stresno, što ostavlja traga na njihovo psihofizičko stanje. Ali, i razlizak roditelja odmah po rođenju djeteta, sigurno nije u interesu majke, a ni tek rođenog djeteta. To je osnovni razlog što je zakonodavac mužu vremenski ograničio traženje razvoda braka. Ovo rješenje ne onemogućava bračne partnere da sporazumno traže razvod braka, odnosno da žena podnese tužbu za razvod braka, kad unatoč trudnoći i sasvim malom djetetu smatra brak neodrživim i želi razvod braka.“⁵

Međutim, za razliku od navedenih stavova, opravdanim se čini i traganje za afirmativnim odgovorima na sljedeća pitanja. Zar postojanje braka ne može jednako stresno uticati i na muža, odnosno oca još nerođenog djeteta, kao što razvod može uticati stresno na ženu i djete? Zar zajednički, mučni i netrpeljivi, život supružnika/budućih roditelja (za koji krivicu mogu snositi bilo muž ili supruga ili oboje podjednako) odmah po rođenju djeteta, na dijete ili na bilo kojeg supružnika, ne može uticati jednakost stresno i negativno kao i razlaz

1 * Doc.dr., Pravni fakultet Univerziteta u Zenici.

2 Kompletну Odluku je moguće pronaći na http://www.ustavnisud.ba/dokumenti/_bs/ap-369-10-571525.pdf (08.10.2020.)

3 „Službene novine FBiH“, br. 35/2005, 41/2005 - ispr., 31/2014 i 32/2019 - odluka US FBiH.

4 Čl. 43. Porodičnog zakona FBiH.

5 N.Traljić/S. Bubić, *Bračno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., str. 111.

roditelja odmah po rođenju djeteta? Zar nije neoglašeno omogućiti supruzi da u stanju trudnoće ili nakon porođaja podigne tužbu za razvod braka ukoliko brak smatra neodrživim, a istu mogućnost uskratiti mužu, pri čemu su interesi djeteta, očigledno je, u drugom planu?

Na tragu navedenih pitanja, svakodnevnih životnih situacija i sudske prakse koja se „slijepo držala“ slova zakona, tj. čl. 43 PZ FBiH, 26. 01.2010. godine pred Ustavnim sudom BiH je pokrenut postupak po apelaciji H.K., muža i oca kojem je bilo onemogućeno da podigne tužbu za razvod braka. U nastavku donosimo najvažnije dijelove Odluke Ustavnog suda BiH po ovom pitanju.

Iz izreke Odluke Ustavnog suda BiH:

Utvrđuje se kršenje zabrane diskriminacije iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u vezi sa pravom na pristup sudu iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ukida se Rješenje Kantonalnog suda u Bihaću broj 20 0 P 003388 09 Gž od 7. decembra 2009. godine. Predmet se vraća Kantonalnom суду u Bihaću, koji je dužan da u roku od tri mjeseca donese novu odluku u skladu sa članom II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i članom 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava u vezi sa članom II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Odluka se dostavlja Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine i Vladi Federacije Bosne i Hercegovine, koji su dužni da preduzmu mjere iz svoje nadležnosti u pravcu osiguranja poštivanja prava iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u vezi sa članom II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u skladu sa ovom odlukom. Nalaže se Kantonalnom суду u Bihaću da, u roku od tri mjeseca od dana dostavljanja ove odluke, a Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine i Vladi Federacije Bosne i Hercegovine da, u roku od šest mjeseci od dana dostavljanja ove odluke, u skladu sa članom 74. stav 5. Pravila Ustavnog suda, obavijeste Ustavni sud Bosne i Hercegovine o preduzetim mjerama s ciljem izvršenja ove odluke.

Iz obrazloženja Odluke Ustavnog suda BiH:

Rješenjem Općinskog suda broj 20 0 P 003388 09 P od 6. novembra 2009. godine, koje je potvrđeno Rješenjem Kantonalnog suda broj 20 0 P 003388 09 Gž od 7. decembra 2009. godine, odbačena je apelantova tužba koju je podnio protiv tužene radi razvoda braka. U obrazloženju prvostepenog rješenja se navodi

da je apelant Općinskom sudu 2. novembra 2009. godine podnio tužbu radi razvoda braka protiv tužene koja je smještena u Kući spasa Centra za socijalni rad Ljubljana. Istaknuto je da je uz tužbu priložio izvod iz matične knjige rođenih za maloljetno dijete apelanta i tužene i zapisnik o posredovanju JU Centar za socijalni rad Cazin. Iz zapisnika o posredovanju JU Centar za socijalni rad Cazin Općinski sud je ustanovio da u postupku posredovanja nije učestvovala tužena. Općinski sud se pozvao na odredbu člana 49. stav 1 Porodičnog zakona FBiH kojom je propisano da, ako se oba bračna partnera, uredno pozvana, ne odazovu na poziv da učestvuju u postupku posredovanja, a ne opravdaju svoj izostanak, postupak će se obustaviti. Prema mišljenju Općinskog suda, u skladu sa spomenutom odredbom, JU Centar za socijalni rad Cazin je bila dužna obustaviti postupak posredovanja, a što nije učinila. Istaknuto je da je, nezavisno od navedene činjenice, apelant 2. novembra 2009. godine podnio tužbu protiv tužene za razvod braka, prilažeći uz tužbu zapisnik o posredovanju JU Centar za socijalni rad od 30. oktobra 2009. godine iz kojeg je utvrđeno da postupak posredovanja nije okončan, te je, stoga, u smislu odredbe člana 52. Porodičnog zakona, Općinski sud odlučio da tužbu odbaci.

Nadalje, u obrazloženju drugostepenog rješenja se navodi da je apelantova tužba nedopuštena, ali ne zbog razloga koje je naveo prvostepeni sud, već u smislu odredbe člana 43. Porodičnog zakona FBiH. Kantonalni sud je naveo da je navedenom odredbom propisano da muž nema pravo na tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene, ili dok njihovo dijete ne navrši tri godine života. Istaknuto je da je apelant u predmetnoj pravnoj stvari muž, te da je u tužbi naveo da je u braku stečeno jedno dijete, i to mlđb. S.K., za koju je dostavio izvod iz matične knjige rođenih. Kantonalni sud je naveo da iz navedenog izvoda proizlazi činjenica da je mlđb. S. K. rođena 30. juna 2007. godine, a apelant je tužbu podnio 2. novembra 2009. godine. Stoga je Kantonalni sud utvrdio da je apelant podnio tužbu u vrijeme kada mlđb. S. K. nije imala navršene tri godine života.

Slijedom navedenog, apelant smatra da mu je osporenim rješenjima povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Evropska konvencija), pravo na privatni i porodični život iz člana II/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. Evropske konvencije, pravo na sklapanje braka iz člana 12. Evropske konvencije, pravo na nediskriminaciju iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije i pravo na jednakost supružnika iz člana 5. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju. Smatra da je odredbom člana 43. Porodičnog zakona muškarac diskriminiran u odnosu na ženu, budući da ona ima pravo na razvod u svako doba, a muškarcu se to pravo ograničava. Dakle, apelant ukazuje na diskriminaciju prema spolu. Iстиče da je ženi omogućen razvod braka u svako doba i mogućnost zaključenja novog braka dok se mužu-muškarcu to pravo ograničava, te u periodu od tri godine ne može zaključiti novi brak, jer

se ne može razvesti. Navodi da prethodni brak mora trajati tri godine bez obzira na to što on nema svrhu i što faktički ne postoji, jer ne postoji sadržaj koji brak podrazumijeva. Smatra da je presudom Kantonalnog suda onemogućen da se o njegovom pravu i obavezama odluči u razumnom roku pred sudom.

U svom odgovoru Ministarstvo je navelo da su razlozi odredbe člana 43. Porodičnog zakona zaštita osnovnih ljudskih prava žene-majke i nerođenog i malodobnog djeteta, prvenstveno u najranijoj dobi. Istaknuto je da je zakonodavac želio osigurati da oba roditelja budu prisutna u najranijoj dobi djeteta, uvezvi u obzir sve specifičnosti i psihičke promjene koje uzrokuje razdvajanje roditelja u vrijeme kada dijete još nije dovoljno odraslo da shvati određene pojave u društvu. Navedeno je da su uzete u obzir i specifične materijalne prilike žena u našem društvu koje se ogledaju u tome što nisu dovoljno situirane da samostalno opstanu sa malodobnim djetetom, pa je prisustvo oca neophodno. Ukazano je da je veliki broj žena-majki bez stalnog izvora prihoda, odnosno da su nezaposlene, jer u toj životnoj fazi nisu u mogućnosti raditi mnoge poslove, a ukoliko su u radnom odnosu, prisutni su mnogi problemi u ostvarivanju naknada za vrijeme njege djeteta, a pri tome su vrlo često i stambeno nezbrinute ukoliko dođe do razvoda braka. Shodno navedenom, zakonodavac je smatrao da je uloga oca veoma bitna u ovom periodu odrastanja i njege djeteta, pa je kroz period od tri godine želio da osigura mogućnost da dijete zdravo i pravilno odrasta. Zakonodavac je želio da majka, koja prolazi kroz veoma težak period podizanja malog djeteta, ima neophodnu pomoć i prisustvo oca djeteta, te u konačnici data je mogućnost da zdravo egzistira uz ljubav zajedničkog djeteta. Konstatirano je da namjera zakonodavca nema diskriminirajuću prirodu, nego zaštitni karakter, jer biološki karakter i specifičnost uloge žene trudnice i majke djeteta do tri godine su takvi da u prvi plan stavljuju ulogu majke a onda mogućnost da eventualno sklopi drugu bračnu zajednicu. Ministarstvo je navelo da smatra da pravo iz člana 12. Evropske konvencije nije povrijeđeno, jer se vršenje prava na brak i zasnivanje porodice uređuju unutrašnjim zakonima a u konkretnim slučajevima pravo na brak je ograničeno u određenom periodu, jer je već ostvareno ranijim brakom i njime su stvorene određene obaveze koje se moraju ispoštovati, prije svega obaveza da se zaštiti malodobno dijete.

Ustavni sud smatra da je nesporno da odredba člana 43. Porodičnog zakona FBiH, na osnovu koje je apelantova tužba odbačena, sama po sebi dovodi do različitog tretmana supružnika, odnosno muškarca i žene u odnosu na njihovo pravo na pristup суду u smislu dozvole da se podnese tužba za razvod braka. Dakle, navedenom odredbom apelantu je kao mužu, odnosno muškarcu, uskraćeno pravo na pristup суду u odnosu na tuženu kao njegovu suprugu. S druge strane, žena može nesmetano, bez ikakvog ograničenja, podnijeti tužbu za razvod braka kako za vrijeme trudnoće, tako i za vrijeme dok dijete ima manje od tri godine života. Stoga, prema mišljenju Ustavnog suda, predmetna odredba

sama po sebi dovodi do razlike supružnika u pogledu pristupa суду prema spolu. Уставни суд ponavlja да право на приступ суду nije neograničeno, ali da za bilo kakvo ograničenje tog prava mora postojati razumno i objektivno opravdanje.

Imajući u vidu navedeno, Уставном суду se postavlja pitanje da li obrazloženje Министарства ukazuje na razumno i objektivno opravdanje za različit tretman supružnika odredbom člana 43. Porodičnog zakona, a u smislu standarda koje propisuje Evropska konvencija. Уставни суд zapaža da je nesporno da predmetna odredba ograničava право muža na razvod braka za vrijeme trudnoće žene, odnosno dok njihovo dijete ne navrši tri godine života, a to право nije ograničeno ženi-majci. Međutim, prema mišljenju Уставног суда, u realnom životu, čak i uz postojanje navedene odredbe, ne može se spriječiti da muž, odnosno otac djeteta, i bez razvoda fizički napusti majku i dijete. S druge strane, Уставni суд zapaža da Porodični zakon ima niz odredaba koje precizno reguliraju koja su to prava i dužnosti roditelja u pogledu staranja i izdržavanja njihove djece. Tako je odredbom člana 130. propisano da su roditelji zajednički i prvenstveno odgovorni za razvoj i odgoj djeteta. Stavom 2. člana 131. Porodičnog zakona propisano je da se roditelj ne može odreći roditeljskog staranja. Dalje, Porodičnim zakonom su regulirana i pitanja izdržavanja bračnog druga koji nema dovoljno sredstava za život. Stoga, proizlazi da se razlozi i svrha odredbe člana 43. Porodičnog zakona, koje je navelo Министарство u svom odgovoru, ostvaruju putem drugih odredaba Porodičnog zakona koje precizno reguliraju pitanje zaštite interesa djeteta, kao i bračnog druga koji nema dovoljno sredstava za život. Dakle, ne postoji zakonska prepreka da se, u skladu sa drugim odgovarajućim odredbama Porodičnog zakona, zaštite interesi djeteta i žene-majke ukoliko postoji potreba za takvom zaštitom.

Stoga, Уставni суд smatra da navedena odredba dovodi do različitog tretmana muškarca u odnosu na ženu, dakle prema spolu, u odnosu na njihovo право na pristup суду, a da za takvo različito postupanje ovaj суд ne vidi bilo kakvo objektivno i razumno opravdanje. Navedeno Уставni суд nije mogao zaključiti ni iz informacije koju je dobio od nadležnog ministarstva.

Na osnovu navedenog, Уставni суд smatra da odredba člana 43. Porodičnog zakona ne zadovoljava potreban zakonski kvalitet u mjeri u kojoj bi se poštivali standardi iz člana II/4. Уставa Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u odnosu na pristup суду kao segmentu prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Уставa Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1 Evropske konvencije. Na osnovu navedenog Уставni суд smatra da je u konkretnom slučaju apelant diskriminiran prema spolu u vezi sa pravom na pristup суду. Stoga, Уставni суд zaključuje da je u konkretnom slučaju prekršena zabrana diskriminacije iz člana II/4. Уставa Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u odnosu na pristup суду kao segmentu prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Уставa Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Dakle, proizlazi

da 14 odredba člana 43. Porodičnog zakona nije u skladu ni sa Ustavom Bosne i Hercegovine, ni sa Evropskom konvencijom. Ustavni sud pri tome podsjeća da se, u smislu odredbe člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine, prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji i u njenim protokolima direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini, te da imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. U konkretnom slučaju, prema mišljenju Ustavnog suda, redovni sudovi su propustili da primijene ustavne odredbe koje ukazuju na prioritet primjene Evropske konvencije i njenih protokola u odnosu na bilo koji drugi zakon. *Dakle, redovni sudovi, prilikom odlučivanja o tužbenim zahtjevima, imaju ustavnu obavezu da primijene međunarodne standarde za zaštitu ljudskih prava i sloboda, što je u konkretnom slučaju izostalo.*

Imajući u vidu zaključke u ovoj odluci, Ustavni sud smatra da je neophodno preuzeti odgovarajuće legislativne mjere kojima će se osigurati pravo na pristup суду за oba supružnika bez diskriminacije prema spolu u smislu člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije i pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Stoga je Ustavni sud naložio Parlamentu i Vladi Federacije Bosne i Hercegovine da preuzmu odgovarajuće mjere iz svoje nadležnosti kako bi se osiguralo poštivanje ustavnog prava na pristup суду bez diskriminacije prema spolu u smislu ove odluke i u svim drugim relevantnim slučajevima (Odluka Ustavnog suda broj U 106/03 od 27. oktobra 2004. godine, objavljena u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine“ broj 23/05, stav 35).

Postupanje po Odluci Ustavnog suda BiH

Shodno navedenom Parlament FBiH je 23.04.20014. godine usvojio Zakon o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona FBiH⁶, a kojima je član 43. PZ FBiH brisan. Međutim, zakonodavac je odredbu čl. 43 PZ FBiH djelomično inkorporisao u tekst Porodičnog zakona FBiH u dijelu koji reguliše posredovanje prije razvoda braka. Vođen zaštitom najboljeg interesa djeteta zakonodavac je regulisao da su bračni partner ili oba bračna partnera koji imaju djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje, kao i za vrijeme trudnoće žene, prije pokretanja postupka za razvod braka dužni podnijeti zahtjev za posredovanje fizičkom i pravnom licu ovlaštenom za posredovanje.⁷ Tako je zakonodavac uvažavajući interes djeteta supružnike obavezao da za vrijeme trudnoće žene, a nakon podnošenja tužbe za razvod braka prođu kroz postupak posredovanja, a kroz koji inače ne bi morali prolaziti da supruga nije trudna.

Gotovo istovjetne odredbe iz čl. 43 PZ FBiH sadržavao je i Porodični zakon

⁶ „Službene novine FBiH“ br. 31/14

⁷ Čl. 45 st. 1 PZ FBiH.

RS⁸ (PZ RS), a kojim je bilo propisano da muž nema pravo na tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene i dok njihovo dijete ne navrši godinu dana života. Odlukom Ustavnog suda RS od 26.06.2019.godine odredba čl. 52 st. 2 PZ RS je proglašena neustavnom,⁹ a nakon čega je ista i prestala da važi.

⁸ „Službeni glasnik RS”, br. 54/2002, 41/2008, 63/2014 i 56/2019 - odluka US RS.

⁹ V i d j e t i : <http://www.sudbih.ba/odluka.aspx?cat=13&subcat=39&jezik=cir&odluka=1187&odldet=3539> (10.10.2020.).