

Udžejna Habul

RAZVOD BRAKA KAO LJUDSKO PRAVO

Uvod

Brak i institut razvoda braka prošli su više historijskih faza. Evropsko srednjovjekovlje karakteriše nastojanje crkve da brak i bračne običaje stavi pod svoju kontrolu. Francuska buržoaska revolucija, koja je iznjedrila Deklaraciju o pravima čovjeka i građanina 1789. god., razvila je ideju o pravu na razvod braka koja će ostati sve do danas suštinski nepromijenjena¹. Francuska revolucija unijela je velike izmjene u dotadašnje zakonodavstvo o braku. Nasuprot učenju katoličke crkve o svetosti braka i njegovoj nerazrješivosti, brak je proglašen za običan građanski ugovor. Od tada, pratimo nastojanje da se brak i porodica, a samim tim i razvod braka, iz nadležnosti vjerskih zajednica prenesu u nadležnost države. Tako, npr. u Francuskoj, razvod braka je bio dozvoljen još Zakonom od 20.09.1792. god. U Engleskoj se uvodi 1857. god. (Matrimonial Causes Act), u Belgiji Napoleonovim Code Civil 1804. god., u Holandiji Građanskim zakonikom iz 1838. god., u Švajcarskoj Građanskim zakonikom 1907. god., u Njemačkoj 1909. godine.

U katoličkim zemljama Evropske unije očito je opiranje crkve da se brak stavi pod kontrolu države i dozvoli razvod braka sve do sedamdesetih godina dvadesetog stoljeća.

Marksistički teoretičari tokom devetnaestog stoljeća razvili su ideju da će u budućem socijalističkom društvu, razvod predstavljati neophodnu društvenu instituciju. Engels je zastupao tezu da razvod ima svoje etičko

1 Po shvatanju racionalističke filozofije XVIII stoljeća ustanova razvoda predstavlja neotuđivo pravo čovjeka i njegovih sloboda. Po tvrđenju Voltera, razvod je prirodna nužnost, jedna kompletna neohodnost same ustanove braka. U prilog razvoda braka izjašnjavali su se Ruso i Helvecijus, dok su ga Montesquije i Didro priznali uz izvjesne rezerve. (M. Mitić, *Porodično pravo u SFRJ*, Beograd, 1980. god., str. 215.)

opravdanje ako omogućava prestanak braka u kome više ne postoji obostrana ljubav bračnih drugova.¹ Oktobarska revolucija 1917. god. u Rusiji, u svojoj prvoj etapi, promovisala je slobodu razvoda braka pozivajući se na princip ravnopravnosti između muškaraca i žena. Prema Dekretu o razvodu braka od 19.12.1917. god. brak se mogao razvesti na osnovu “nemotivisane” izjave oba supruga (sporazumni razvod) ili na osnovu jednostrane izjave volje jednog od njih. Postupak je bio uprošten i bilo je dovoljno da jedan ili oba supruga na sudu izjave da žele razvod. Za institut razvoda u nekadašnjem SSSR-u može se reći da se nije temeljio na savremenim shvatanjima o razvodu braka. U pitanju su bili ideološki razlozi tadašnjeg shvatanja socijalizma.² Kasnije, sovjetsko zakonodavstvo je ograničilo potpunu slobodu razvoda.

Međutim, revolucionarno učenje o slobodi i ravnopravnosti muškarca i žene imalo je internacionalni značaj i uticalo je na zakonodavstva socijalističkih zemalja, uključujući i bivše jugoslavensko zakonodavstvo. Donošenjem Osnovnog zakona o braku 1946. god. ukinuta je dotadašnja isključiva nadležnost vjerskih zajednica u bračnim i porodičnim stvarima i ta su pitanja prenesena u nadležnost države. Osnovni zakon o braku je predvidio razvod braka bez diskriminacije muškarca i žene.

1. Razvod braka u međunarodnim dokumentima

Sredinom 20. stoljeća, na međunarodnom planu je, po prvi put, priznato pravo na zaključenja braka i zasnivanje porodice, a samim tim i na razvod braka. Brak i porodica postali su sastavni dio globalnih, a potom i regionalnih međunarodnih instrumenata. Opšta deklaracija o pravima čovjeka iz 1948. god., udarila je temelj savremenoj koncepciji ljudskih prava u okviru koje se prvi put predviđa i razvod braka kao ljudsko pravo.

1 K. Marks, F. Engels, *Poreklo porodice, privatne svojine i države*, Dela, TOM 32, Beograd, 1978. god., str. 96.

2 “Mnogobrojne prepreke za razvod braka koje su postojale u pravu do revolucije, bile su tim dekretom otklonjene. Hiljadama ljudi bila je stvorena mogućnost da zbače lance starih bračnih odnosa s njihovom nejednakošću i potčinjenim položajem žene, s njihovim elementima nasilja, diktatorstva muža i oca. Oslobodilački značaj tog dekreta bio je ogroman.” (Sverdlov G. H., I, *Materinstvo, brak i porodica u SSSR*, Beograd, 1946. god., str. 47.

1. Opštom deklaracijom o pravima čovjeka¹ (1948.) predviđena je potpuna ravnopravnost između muškaraca i žena, i mogućnost da bez ikakvih ograničenja zakluče brak i osnuju porodicu. Supružnici su ravnopravni prilikom sklapanja braka, za vrijeme njegovog trajanja i prilikom razvoda (čl. 16).² Skoro dvadeset godina kasnije, Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima i Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, detaljnije su razrađene obaveze iz Opšte deklaracije.³ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima propisuje da se svim muškarcima i ženama u dobi bračne zrelosti, jamči pravo na zaključenje braka i zasnivanje porodice (čl. 23).

Ovakva stilizacija ove odredbe u Paktu je potpunija u odnosu na odredbu u Opštoj deklaraciji (čl. 16) i ima šire značenje.⁴ Posebno je značajno to što se države obavezuju da osiguraju jednakost bračnih drugova i prilikom razvoda braka, te da se u slučaju razvoda osigura potrebna zaštita djece.⁵ U globalne međunarodne dokumente o ljudskim pravima

1 Za Opštu deklaraciju o pravima čovjeka glasalo je 48 od 56 tadašnjih država članica UN. FNRJ je bila jedna od osam uzdržanih, Paul Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford, 1984. god., str. 24.

Predstavnici komunističkih vlada, kao opravdanje za nepodržavanje Deklaracije, su navodili da ona sadrži samo klasična politička i građanska prava, a ne ekonomska i socijalna prava na kojima su te vlade tada insistirale. Ustvari, te zemlje vodile su politiku koja nije poštivala ova prava. Kasnije je Jugoslavija počela politički podržavati koncept ljudskih prava, pa i sadržinu Univerzalne deklaracije, tj. slobode i prava čovjeka i građanina, V. Stanovčić, *Enciklopedija političke kulture*, Beograd, 1993. god. str. 1076.

2 "Punoljetni muškarci i žene, bez ikakvih ograničenja u pogledu rase, državljanstva ili vjere, imaju pravo sklopiti brak i osnovati obitelj. Oni su ravnopravni prilikom sklapanja braka, u vrijeme njegovog trajanja i prilikom njegovog razvoda." (čl. 16. Opšte deklaracije o pravima čovjeka, A.Žilić, *Kodeks ljudskih prava*, Slavonski brod, 1996., str. 25.)

3 M. Žilić, *op.cit.* str. 509.-531. i 545-559.

4 U Opštoj deklaraciji o pravima čovjeka (čl.16.) više dolazi do izražaja zabrana diskriminacije prilikom zaključenja braka s obzirom na rasu, državljanstvo ili religiju. (M. Alinčić, *Brak i porodica u katalogu prava i sloboda čovjeka*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 1989. god., str. 774.)

5 "1. Obitelj je prirodna i temeljna jedinica društva i ima pravo da je društvo i država štite.
2. Priznaje se pravo muškaraca i žena u dobi bračne zrelosti da stupaju u brak i osnuju obitelj.

3. Nikakav brak ne može se sklopiti bez slobodne i pune privole budućih bračnih drugova.

4. Države članice ovog Pakta poduzeće shodne korake da osiguraju jednakost bračnih drugova u pravima i dužnostima s obzirom na brak, za doba trajanja braka i prilikom

ulazi i Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena,¹ kao i Konvencija o statusu udatih žena².

Konvencijom o statusu udatih žena proklamovan je princip da “niko ne može biti jednostrano lišen svog državljanstva niti prava da promijeni državljanstvo.”³ Ovom konvencijom je u velikoj mjeri otklonjena neravnopravnost žena, koje su ranije sklapanjem braka ili razvodom slijedile državljanstvo muža. Države potpisnice su se složile da promjena državljanstva muža ne može, ipso facto, imati dejstvo na državljanstvo žene.⁴ Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena propisuje jednaka prava i odgovornosti u braku i pri razvodu braka (čl. 16 st.c) i najšire formuliše otklanjanje diskriminacije u svim pitanjima koja se odnose na brak i porodična odnose.

2. Od regionalnih međunarodnih dokumenata za nas je najznačajnija Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950.), Evropska socijalna povelja (1961.), Američka konvencija o ljudskim pravima (1969.) i Afrička povelja o pravima čovjeka i naroda (1969.).⁵ Svi ovi dokumenti sadrže odredbe o braku, porodici i zaštiti djece sa manje ili više specifičnosti u svom sadržaju ili u dužini teksta.⁶

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu Evropska konvencija) afirmiše osnovna ljudska prava, među

njegova razrješenja. Za slučaj razrješenja izdat će se odredbe radi osiguranja potrebne zaštite djece. (čl. 23. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima)

- 1 Ova Konvencija je usvojena i otvorena za potpisivanje, ratifikaciju i akcesiju Rezolucijom Generalne Skupštine UN od 18.12.1979. god., a stupila je na snagu 3.09.1987. god. u skladu sa čl. 27.(1). BH je izvršila sukcesiju 1.09.1993. godine.
- 2 Ova Konvencija je usvojena 29.01.1957. god., a stupila na snagu 11.08.1958. godine.
- 3 Preambula Konvencije o statusu udatih žena, Prava žena, Sarajevo, 1997. god., str. 51.
- 4 “Svaka država ugovornica se slaže da ni sklapanje ni razvod braka između domaćih i stranih državljana niti promjena državljanstva muža za vrijeme braka, ne mogu imati ipso facto djelovanje na državljanstvo žene” (čl. 1 Konvencije o statusu udatih žena).
- 5 Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i sloboda, te protokoli uz nju potpisana je u Rimu 4.11.1950. god. i stupila je na snagu 3.09.1953. god. “Odluka da se donese Evropska konvencija donijeta je nakon što je Generalna skupština UN-a usvojila Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima i kad je postalo jasno da će UN-u biti potrebno dugo vremena da postignu sporazum o instrumentima, čija je svrha da Deklaraciju pretvore u ugovorene obaveze...Danas je sistem ljudskih prava, koji je ustanovljen Konvencijom, ne samo najstariji već i najnapredniji i najefikasniji od svih trenutno postojećih”, šire Thomas C. Buergenthal, Međunarodna ljudska prava, Sarajevo 1998. god., str. 69.
- 6 M. Alinčić, op.cit. str.775.

kojima su i prava koja se odnose na brak i porodične odnose. To su: pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života i pravo i sloboda sklapanja braka. Prvim pravom štiti se privatna sfera braka i porodice od miješanja i od ograničenja porodične autonomije (čl. 8),¹ a drugim se garantuje pravo i sloboda sklapanja braka koja uključuje i pravo na ravnopravan položaj budućih bračnih drugova (čl. 12)². Za pitanja koja se odnose na brak i porodicu relevantna je odredba kojom se predviđa zabrana diskriminacije po osnovu pola, rase, boje kože, jezika, vjere, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovini, rođenju ili statusu kao što je brak (čl. 14.).³

Međutim, u Evropskoj konvenciji i Opštoj deklaraciji o pravima čovjeka, iako se jamči pravo i sloboda sklapanja braka, koja uključuje i pravo na ravnopravan položaj bračnih drugova (čl. 12. Evropske konvencije i čl. 16. Opšte deklaracije), pravo na razvod braka, u tekstu Evropske konvencije, nigdje se izričito ne spominje. Formulacija čl. 16. Opšte deklaracije koji normira “ravnopravnost muškaraca i žena prilikom sklapanja braka, u vrijeme njegovog trajanja i prilikom njegovog razvoda” izostavljena je iz teksta Evropske konvencije. Postavlja se pitanje: Zašto? Smatramo da je to posljedica društveno-političkog kompromisa unutar evropske politike da se pravni standardi ne nameću, već dobrovoljno prihvataju. U vrijeme donošenja ove Konvencije (1950. god.), u zemljama sa izrazito katoličkom tradicijom – Italija, Španija, Portugal, Republika Irska, vrijedio je u skladu sa učenjem katoličke crkve, princip nerazrješivosti braka. Odredbama ove Konvencije nije se htjelo dovesti u pitanje zatečeno stanje i karakteristike pravnih sistema zemalja članica Evropske unije, u kojima je građanskim zakonicima regulisan postupak, forma i pretpostavke za zaključenje braka, kao i pitanja koja se odnose na rastavu i razvod braka.

-
- 1 “Svako ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja. Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu to nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili ekonomskog interesa zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih” (čl. 8. Evropske konvencije).
 - 2 “Muškarci i žene u dobi za sklapanje braka imaju pravo stupiti u brak i osnovati obitelj u skladu sa domaćim zakonima koji uređuju ostvarivanje tog prava” (čl. 12.).
 - 3 Ova odredba predstavlja poseban elemenat svakog prava koje se garantuje Evropskom konvencijom.

Evropskoj konvenciji kasnije je pridodat i jedan broj protokola kojima se garantuje širi krug prava. Protokol br. 7¹ obezbeđuje jednakost među supružnicima prilikom sklapanja, trajanja i za vrijeme razvoda braka (čl. 5.).² Za nas je posebno zanimljivo, što ovaj član Protokola 7. praktično preuzima formulaciju čl. 16. Opšte deklaracije o pravima čovjeka, koja je ispuštena iz Konvencije. Razlika je samo u stilizaciji odredbe.³ Važno je istaći da su članovi 1-5. Protokola 7. sastavni dio Konvencije, što znači da je tako normirana i jednakost bračnih drugova prilikom razvoda braka. Ali to još nije bilo dovoljno da se razvod braka u evropskim dokumentima tretira kao zagarantovano ljudsko pravo. Na snazi je ostala odredba iz čl. 12. Evropske konvencije, prema kojoj se pitanja braka i porodice rješavaju odredbama nacionalnog zakonodavstva. I za samu primjenu Protokola 7. predviđena su ograničenja koja se odnose na njegovu teritorijalnu primjenu (čl. 6)⁴ i mogućnost država potpisnica da uskrate pravo pojedinca na podnošenje tužbi zbog uskraćivanja prava iz čl. 1. do 5. ovog Protokola.⁵

Evropskom konvencijom sa dopunskim protokolima, uključujući i Protokol 7., omogućen je razvod braka, ali se primjena ovog prava ograničava nacionalnim zakonodavstvom, što isključuje tretiranje razvoda braka kao zagarantovanog ljudskog prava. Ovakvo stanovište brani i Evropski sud za ljudska prava, pred kojim se (u slučaju Johnson protiv Irske) postavilo pitanje: da li pravo na brak uključuje pravo na razvod i ponovno zasnivanje bračne zajednice? Sud je stao na stanovište da se, u odsustvu evropskog konsenzusa, pravo na razvod ne može izvoditi iz prava na brak, odnosno da pravo na sklapanje braka predviđeno u čl. 12. Evropske kon-

1 Prihvaćen 17.11. 1984. Ovaj Protokol nisu ratifikovale V. Britanija, Danska, Grčka, Irska, Italija, Nizozemska, Belgija i Španija.

2 Član 5. Protokola 7. "Supružnici međusobno i u odnosima prema svojoj djeci uživaju jednaka prava i obaveze privatno pravne prirode pri sklapanju braka, za vrijeme trajanja braka i u slučaju razvoda. Ovaj član ne spriječava države da poduzmu takve mjere koje su potrebne u interesu djece".

3 U Opštoj deklaraciji o pravima čovjeka upotrebljava se formulacija "ravnopravni", a u Evropskoj konvenciji "jednaki".

4 "Svaka država može, prilikom potpisivanja ili polaganja isprave o ratifikaciji, prihvatu ili odobrenju, označiti područje ili područja na koja će se ovaj Protokol primjenjivati i izjaviti u kojoj se mjeri obavezuje da će odredbe ovog Protokola primjenjivati na to područje ili područja" (čl. 6. st.1. Protokola 7. Evropske konvencije).

5 "Međutim, pravo pojedinca na podnošenje pojedinačnih tužbi priznato izjavom na temelju čl. 25. Konvencije ili prihvaćanje obavezne nadležnosti Suda na temelju čl. 46. Konvencije ne odnosi se na ovaj Protokol osim ako je dotična država dala izjavu da priznaje takvo pravo ili da prihvata takvu nadležnost, za čl. 1 do 5. ovog Protokola – (čl. 7. st. 2. Protokola 7. Evropske konvencije).

vencije, ne obavezuje zemlje potpisnice da omoguće prestanak braka razvodom. Sud se poziva na čl. 16. Opšte deklaracije, koji pored prava na brak i zasnivanje porodice, predviđa “jednakost muškaraca i žena prilikom sklapanja braka, u toku trajanja braka i prilikom njegovog razvoda”, a ove riječi su namjerno izostavljene iz Evropske konvencije. Tendencija Evropskog suda za ljudska prava je da se pokori odlukama države u vezi sa pravom na razvod braka.¹

U vrijeme dok je u zemljama sa katoličkom tradicijom bila moguća samo rastava braka, a ne i razvod, u mnogim sudskim predmetima, podnosioci žalbi na odluke suda tvrdili su, da im je zabranom razvoda braka ograničena mogućnost sklapanja novog braka. Sud je smatrao da je to tačno, ali da se takvo ograničenje, “u društvu koje se pridržava principa monogamije”, ne može posmatrati kao povreda suštine prava na brak.² Ovakvo stajalište suda objašnjava se činjenicom da Protokol 7. Evropske konvencije, koji bračnim drugovima daje jednako pravo na raskid braka, ne nameće nikakve obaveze državi u pogledu obezbjeđivanja prava na razvod braka.³ Argument “zaštita principa monogamije”, koji se u presudi posebno ističe, veoma je diskutabilan. Institut razvoda braka između ostalog i služi da bi se izbjegla situacija faktičke bigamije koju nameću ograničenja razvoda ili sama zabrana razvoda, koja je do 1997. god. bila na snazi u Republici Irskoj.

Mnogi autori smatraju da je navedenu formulaciju teško razumijeti, pošto u mnogim slučajevima mogućnost razvoda služi za izbjegavanje situacija faktičke bigamije⁴.

Sud očigledno nije uzeo u obzir tendencije u uporednom pravu već je de facto branio postojeće stanje u nacionalnim zakonodavstvima i uzimao u obzir političke okolnosti. Naprimjer, javno mnjenje u Irskoj. Međutim,

-
- 1 (D.Feldman, The Developing Scope of Article 8. of the ECHR, European Human Rights Law Review 3/1997., str. 273.)
 - 2 Johnson protiv Irske, presuda od 18. decembra 1986. god., u Theory and Practice of the European Human Rights, P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, Kluwer Law International, The Hague, 1998. str. 609.
 - 3 C. Hamilton i K. Standley, European family law, u Family Law in Europe, London, 1995. god., str. 557.
 - 4 P.van Dijk i G.J.H.van Hoof, “Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima”, Muler, Sarajevo, 2001, str. 574; Dr Aleksandra Korać, “Prosudbe Evropskog suda za prava čovjeka opravdanosti ograničenja prava na sklapanje braka”, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1997, STR. 354: “U ovom slučaju sud je odstupio od načela da Konvenciju treba tumačiti u skladu s promjenom društvenih odnosa”

mного je primjera koji pokazuju nedosljednost Suda u Strasbourgu. Samo godinu dana kasnije u odluci o slučaju F.v.Switzerland¹, Sud ima potpuno drugačiji pristup u odnosu na slučaj *Johston v. Ireland*. U ovom predmetu žalba se odnosila na član 150 Švicarskog građanskog zakonika, koji predviđa zabranu ponovnog sklapanja braka u periodu od jedne do tri godine, koju sud može izreći bračnom drugu koji je skrivio razvod preljubom. Sud je odbacio argument švicarskog suda da je privremena zabrana ponovnog sklapanja braka bila u službi zaštite institucije braka i prava drugih. Sudije u Strasbourgu su izrazile su sumnju da je bilo odgovarajuće sredstvo za zaštitu stabilnosti braka, i zaključili da interesi budućeg bračnog druga njime nisu bili zaštićeni, te da bi interesi djeteta rođenog izvan te veze mogli biti ugroženi. Sud pravi razliku u odnosu na slučaj *Johson* u stavu:

- Ukoliko državno zakonodavstvo dopušta razvod, što se ne zahtijeva u Konvenciji, član 12 priznaje pravo razvedenim osobama da se ponovo vjenčaju bez neophodnih ograničenja.

U presudi se navodi da mjera državne vlasti nije bila proporcionalna legitimnom cilju koji se nastojao postići, što pokazuje da je u ovoj presudi Sud uveo kriterij proporcionalnosti, što se razlikuje od nekih drugih analogija (npr. u Predmetu *Rees*).

Nedosljedna sudska praksa Suda u Strasbourgu, odnosno usko tumačenje Konvencije na štetu ljudskih prava, dijelom je napravilo konfuziju među pravnim stručnjacima. Tako i autori P.van Dijk i G.J.H. van Hoof pitanje: “Da li pravo na brak podrazumijeva i pravo na razvod i ponovo sklapanje braka”?, ostavljaju otvorenom za tumačenje.² Tvrdimo da tu dilema ne bi trebala da postoji, a argumentaciju za takvu tvrdnju nalazimo u duhu Konvencije i evropskom uporednom pravu.

U njemačkoj pravnoj teoriji uopšte nema dileme da li je razvod ljudsko pravo. Argumenti za to upravo se zasnivaju na činjenici da se razvodom kao ljudskim pravom sprečava bigamija. Pravo na brak je u njemačkom ustavnom sistemu zaštićeno kao osnovno ljudsko pravo (§6. GG), a njime je obuhvaćeno i pravo na razvod braka. Više odluka Ustavnog suda Njemačke ide u prilog tome. Prema tumačenju odluka Ustavnog suda,³ područje zaštite braka seže od sklapanja braka, preko zajedničkog života u braku, do razvoda braka. Razvod ulazi u zaštićeno područje braka,

1 F.v. Switzerland, Series A.No 128, presuda od 18.12.1987. 10 EHHR, str.411-424

2 Isto, op.cit.str. 573

3 BVErfGE 53, 224/225, Pearoth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Heidelberg, 1993, str. 157.

jer znači dobijanje slobode za sklapanje novog braka.¹ Ali, pravo na razvod nije garantirano kao zasebno ljudsko pravo, nego se izvodi iz prava na brak (&6 GG). Njemačka regulativa i ustavna praksa na razvod braka gleda kao na izuzetak koji je zaštićen i garantovan pod određenim, zakonom propisanim uslovima. Međutim, koliko god je bračna zajednica načelno trajna i nalazi se pod zaštitom države, supružnici ne mogu ugovoriti odricanje od prava na razvod.²

Njemačko zakonodavstvo o razvodu, pravna teorija i ustavna praksa praktično slijede odredbe Evropske konvencije i njenog Protokola 7. u pogledu prava na sklapanje braka i jednakosti među supružnicima za vrijeme trajanja braka i u slučaju razvoda. Razlika je u tome što je njemačka sudska praksa, za razliku od Konvencije, razvodu braka dala tretman zaštićenog ljudskog prava. To što evropski dokumenti razvod braka direktno ne tretiraju kao ljudsko pravo, ne znači da međunarodni instrumenti posredno nisu utrli put praktičnoj valorizaciji razvoda braka kao ljudskog prava. Nije ni bila intencija da se međunarodnim instrumentima usklađuje porodično pravo među državama. Njima se ohrabruje saradnja i koordinacija, a snažno su uticali i na reformu porodičnog prava u mnogim zemljama. Tako su Španija (1978. god.) i Portugal (1983. god.), promjenom Ustava omogućile razvod braka, i u svoja nacionalna zakonodavstva unijele odredbe o razvodu. Prije toga, u ovim zemljama ratifikovano je nekoliko međunarodnih konvencija među kojima i Evropska konvencija, čije su odredbe koje se odnose na pravo poštivanja privatnosti i porodičnog života, kao i na pravo na brak (čl. 8. i čl. 12.) izvršile poseban uticaj na uvođenje instituta razvoda u špansko, odnosno portugalsko bračno zakonodavstvo. Španski ustav posebno naglašava princip jednakosti među supružnicima (& 32.) i posebnu zaštitu porodice (&39.).³

U Evropi i svijetu sve više prevladava ideja da je sloboda ličnosti ono najdragocjenije što treba štititi.⁴ Katalog ljudskih prava obuhvata širok spektar individualnih prava i sloboda, od kojih su mnoga relevantna za brak i porodicu. Paralelno s procesom individualizacije ličnosti, na djelu

1 Isto

2 Šire kod Hans Hattenhauer, Privatizacija braka (teze za buduće bračno pravo) u: ZRP, 1985., str. 200., Joachim Bemhuber, Porodično pravo, 1980., str. 276. i Rolf Knutel, Odustajanje od razvoda i sporazum o isključenju razvoda, u: FamRY 1985., (1090f).

3 E. Roca, Family law in Spain u Family Law in Europe, London, 1995. god. str.441., A. de S. Machado, Family law in Portugal, op.cit. str.379.

4 V. Stanovčić, op.cit. str.1077.

je trend ograničavanja uplitanja država u sferu braka i porodice.¹ Evropski sud za ljudska prava donio je više odluka koje se odnose na pravo poštivanja privatnog i porodičnog života. U jednoj odluci se kaže da u slučajevima kada država daje mogućnost rastave braka, a analogno tome i u slučajevima razvoda, poštivanje prava na privatnost i porodični život zahtijeva da se i donesu presude o rastavi ili razvodu braka.²

Danas je izlišno postavljati pitanje da li je razvod braka ljudsko pravo. Ono je čak izgubilo i svoju praktičnu važnost pošto više nema ni jedne zemlje u Evropi u kojoj razvod braka nije dopušten. Nakon referenduma 1995. godine Irska vlada predložila je 1996. godine novi Porodični zakon koji dopušta razvod braka³.

Porodični i bračni individualizam predstavlja temeljne komponente savremenog društva bez kojih se savremena porodica ne može ni zamisliti. Ostvarivanje ljudskih prava otvara široke mogućnosti pojedincu, kako u zasnivanju, tako i u razrješavanju bračnih i porodičnih odnosa. Ono u svojoj biti sadrži ideju da je sloboda ličnosti ono najdragocjenije što treba u savremenom društvu štiti. Takva shvatanja nalazimo u zakonodavstvima država koje prihvataju sistem razvoda braka zbog poremećenosti bračnih odnosa. U nekim zakonodavstvima, koncepcija individualizma je došla do punog izražaja ne samo u tretiranju samog braka, već i njegovog razrješavanja. Tako naprimjer, u Holandiji je dovoljan osnov za razvod braka subjektivno mišljenje tužioca "da je brak nepovratno uništen", bez dokazivanja posebnih činjenica. U Švedskoj, zakonodavac ne normira uzrok za razvod, već uvažava samu želju supružnika da više ne žive zajedno i da se razvedu.⁴

Princip suvereniteta država je usporio brži prodor ideje o ljudskim pravima kao univerzalnim standardima, koja se štite bez obzira na državne granice⁵, ali je izgubio bitku pred snažnim procesom shvatanja da su prava čovjeka neotuđiva i da je pojedinac taj koji je najodgovorniji kako će urediti svoj život. Danas prevladava uvjerenje da su ekonomska, intelek-

1 C. Hamilton i K. Standley, supra note 25, str. 551.-559.

2 Vidi slučaj Aireu protiv Irske, Serija A, broj 32, 9.10.1979. (1979.) 2 EHRR 305, C.Hamilton i K. Standley, op.cit. str. 551.-559.

3 Razvod je dopušten ako je brak trajao najmanje 5 godina, a bračni drugovi imali su faktički prekid bračne zajednice u neprekidnom trajanju od četiri godine. Family Law Divorce Act (No33), 1996, zakon stupio na snagu 27.2.1997, prema Kieron Woods pages, <http://indigo.ie/~kwood/1996.acm.htm>, str.1-15

4 Šire u dijelu rada o razvodu braka u zemljama Evropske unije

5 V. Dimitrijević, op. cit. str. 89.

tualna i moralna autonomija osnov ljudskih prava, a obaveza je države da ih štiti i omogućava. Ranije kodifikacije porodičnog prava pokazale su da zakonodavac ne može obuhvatiti svu lepezu životnih situacija koje dovode do prestanka ljubavi kao osnove braka. Tako, da li će neko ostati u braku zavisi, prije svega od njegovog ličnog odnosa prema braku i bračnom drugu i od njegove subjektivne ocjene da li je brak ispunio očekivanja zasnovana na moralnoj autonomiji u presuđivanju šta je dobro a šta loše za pojedinca. Prema tome i "izlaz" iz braka predstavlja slobodu za pojedinca i oživotvorenje ljudskog dostojanstva. Međutim, ostaje dilema da li je razvod braka više sloboda ili pravo. Očekivati je da se u budućnosti doktrina izjasni o ovoj dilemi i odbrani stav da je razvod braka ljudsko pravo. Argumentacija za ovu tvrdnju može se izvući iz dva prava: prava na poštivanje privatnog života, i prava na zaštitu novozasnovane porodice. Pravo na poštivanje privatnog života uključuje i pravo da se ne živi u zajednici koja je za bračnog druga izgubila smisao. Pravo na razvod izvodi iz prava na sklapanje braka, što je jedno od osnovnih ljudskih prava. Ograćenja mogu postojati, i postoje u mnogim zakonodavstvima, ali su ona restriktivno postavljena radi zaštite nekih legitimnih ciljeva poput zaštite morala ili javnog interesa.

Danas u Evropi više ne postoji ni jedna zemlja koja ne priznaje razvod braka. U većini zemalja Evropske unije, u skladu sa savremenim shvatanjima, zakonodavac ne stavlja težište na očuvanje braka, već na regulisanje posljedica razvoda, posebno onih koje se odnose na djecu.¹

Kada su u pitanju ljudska prava možemo konstatovati:

- sloboda pojedinca je ono najdragocjenije što društvo/država treba štiti;
- ljudske slobode više nisu samo unutrašnja stvar jedne države, već opšte prihvaćeni standardi čovječanstva;
- države danas uglavnom doborovoljno ili sa velikim stepenom doborovoljnosti prihvataju standarde ljudskih prava koji postaju mjerilo demokratizacije društva;
- u međunarodnim dokumentima pravo na poštivanje privatnosti i porodičnog života, pravo na brak i jednakost među supružnicima, postali su opšteprihvaćeni standardi ljudskih prava, a posredno je prihvaćeno i pravo na razvod braka kao ljudsko pravo.

1 O tome govori čl. 5. Protokola 7. Evropske konvencije.

Međutim, ukidanje diskriminacije po svim osnovama i osvajanje ljudskih sloboda uslovljeno je, ne samo poštivanjem međunarodnih dokumenata, već zavisi i od konkretnih uslova života.¹

1. Razvod braka u međunarodnim dokumentima koji se odnose na Bosnu i Hercegovinu

1. Ustavni sistem Bosne i Hercegovine obezbjeđuje najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ova obaveza ugrađena je, kako u Ustav Bosne i Hercegovine, tako i ustave Federacije BiH i Republike Srpske.² Ustav Federacije BiH, koji je stupio na snagu 30. marta 1994. god. sadrži Aneks pod nazivom “Instrumenti za zaštitu ljudskih prava koji imaju snagu ustavnih odredbi.”³

Specifičnost ustavnog sistema BiH je to što su u njega uvršteni gotovo svi međunarodni dokumenti kojima se štite ljudska prava i slobode. Formalno pravno, može se tvrditi da je malo savremenih zemalja u svijetu u kojima su, kao u BiH, u njihov ustavni poredak, uvrštene gotovo sve međunarodno-pravne norme o ljudskim pravima.⁴

2. Aneks 6 Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH sadrži dodatak, pod nazivom “Sporazum o ljudskim pravima”, u kojem se navodi da će strane⁵ “osigurati svim osobama pod svojom jurisdikcijom najviši stupanj međunarodno priznatih ljudskih prava i temeljnih sloboda, uključujući i

1 “Čovjek je stvarno slobodan kada postoje tri uslova: ekonomska sloboda, intelektualna sloboda i moralna sloboda”, (E.From, Bjekstvo od slobode, Zagreb, 1963. god., str. 299.

2 Vidi, čl. II Ustava BiH, čl. 2 Ustava Federacije BiH i čl.10.- 46. Ustava Republike Srpske

3 Instrumenti sadrže 21 međunarodni dokument, kojim je dodata i Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina iz 1994. godine. Pored toga tu je i opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini, poznatiji kao Dejtonski ugovor, potpisan 14. decembra 1995. godine u Parizu. Njegovi sastavni dijelovi su Aneks 4 (Ustav BiH) i Aneks 6 koji sadrži dodatak – Sporazum o ljudskim pravima. U aneksima 4 i 6 na popisu je 13 zaštićenih prava (katalog prava) a posebno su izdvojena prava na zaštitu od diskriminacije i prava izbjeglica i raseljenih lica.

4 S. Dedić, Neke pretpostavke za ostvarivanje zaštite ljudskih prava i sloboda u BiH, Zbornik radova, Država BiH i ljudska prava, Sarajevo, 1999. god., str. 67.

5 R BiH, Federacija BiH i Republika Srpska

prava i slobode utvrđene Evropskom konvencijom, kao i njezinim protokolima i drugim dokumentima”. Ova prava i slobode uključuju:¹

- (1) Pravo na život.
- (2) Pravo da ne budu podvrgavane mučenju ili nehumanom ili ponižavajućem postupanju ili kazni.
- (3) Pravo da ne budu držani u ropstvu ili potčinjenosti te pravo da ne obavljaju prisilni rad.
- (4) Pravo na slobodu i sigurnost osobe.
- (5) Pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim postupcima i druga prava vezana za krivične postupke.
- (6) Pravo na privatni i obiteljski život, dom i dopisivanje.
- (7) Slobodu mišljenja, savjesti i vjere.
- (8) Slobodu izražavanja.
- (9) Slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja.
- (10) Pravo na ženidbu i udaju te osnivanje porodice.
- (11) Pravo na imovinu.
- (12) Pravo na obrazovanje.
- (13) Pravo na slobodu kretanja i boravka.
- (14) Uživanje prava i sloboda utvrđenih u ovom članu ili međunarodnim sporazumima navedenih u Aneksu Ustava treba se osigurati bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo uvjerenje, nacionalno ili društveno porijeklo, vezivanje za neku nacionalnu manjinu, imovina, rođenje ili neki drugi status.

3. Analiza navedenih prava pokazuje da su sva ova prava i slobode preuzeti iz Evropske konvencije i njenih Protokola – Protokola 1. i Protokola 4., što znači da je u katalogu prava u BiH sadržano pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života i pravo na brak, a koji su relevantni za oblast porodičnog prava. U dokumentima koji su preuzeti u pravni sistem BiH, nigdje se izričito ne navodi da se bračnim drugovima obezbjeđuje jednakost prilikom sklapanja, trajanja i za vrijeme razvoda braka (čl. 5. Protokola 7.), što je važno za razumijevanje razvoda braka kao ljudskog prava. Međutim, to izostavljanje nema formalnog i praktičnog značaja, jer domaći pravni sistem, kako to proizilazi iz čl. 1. Sporazuma

¹ Aneks 6, Sporazum o ljudskim pravima, čl. 1. (Temeljna prava i slobode). Iz stilizacije ovog člana može se zaključiti da se pravi jasna razlika između Evropske konvencije i drugih međunarodnih instrumenata navedenih u Aneksu 6 i Ustavu. (Šire, Rona Aybay, Dom za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Istanbul, 1997. god., str. 19.

iz Aneksa 6, mora obezbijediti zaštitu svih prava navedenih u Protokolima uz Konvenciju, pa i Protokola 7., bez obzira da li su oni izričito navedeni u ankesima ili ustavnom tekstu. Garancija za poštivanje i zaštitu navedenih prava iz Konvencije jeste mogućnost djelovanja Doma za ljudska prava. Međutim, za prava i slobode zaštićene drugim međunarodnim instrumentima, koji se nalaze u Dodatku Aneksa 6 i Aneksu 4 (Ustav), jurisdikcija Doma ograničena je na predmete gdje postoji tvrdnja o “diskriminaciji”.¹

Sve što je do sada rečeno o tretiranju razvoda braka kao ljudskog prava u svjetlu međunarodnih dokumenata, odnosno Evropske konvencije, po analogiji vrijedi i za Bosnu i Hercegovinu. Osim toga, iz činjenice da su brak i porodica u ranijim ustavnim dokumentima u Bosni i Hercegovini uživali posebnu društvenu zaštitu i da su u Porodičnom zakonu prihvaćeni principi bračnog prava, kao što su: princip ravnopravnosti bračnih drugova, princip razrješivosti braka, princip monogamije i princip institucionalnosti braka, proizilazi argumentacija da se razvod braka u domaćem pravu već tretira kao ljudsko pravo. Osim toga, i u teoriji porodičnog prava se ukazuje da, bez obzira na često teške posljedice razvoda braka, ono danas predstavlja ljudsko pravo.²

Rezime

U ovom tekstu se problematizira razvod braka kao ljudsko pravo. U radu se predstavljaju relevantne odredbe Opšte deklaracija o pravima čovjeka iz 1948. godine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950.

U radu se analiziraju i neki slučajevi koji su se vodili pred Evropskim sudom za ljudska prava povodom tužbi da je uskraćeno pravo na sklapanje braka i osnivanje porodice. Dat je i osvrt na neka zakonodastva evropskih zemalja u kojima je implemirana Konvencija, te kako je ova materija uređena u Bosni i Hercegovini.

1 R. Aybay, op.cit. str. 22.

2 N. Traljić, S. Bubić, *Porodično pravo*, Sarajevo, 1998. god. str. 74.