

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Примљен: октобар 2017.

Received: October 2017.

Џенета Омердић

Борис Крешић

Правни факултет Универзитета у Тузли

Мелиха Џаферовић

Студент II циклуса студија на Правном факултету

Универзитета у Тузли

УСТАВНОСУДСКА ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И ТЕМЕЉНИХ СЛОБОДА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ: ПРЕДМЕТ АП 369/10

Поступајући по апелацији у предмету АП 369/10, Уставни суд Босне и Херцеговине утврдио је кршење принципа забране дискриминације по основу пола, те истовремено наложио Парламенту ФБиХ, као и Влади ФБиХ да предузме све неопходне легислативне мјере с циљем отклањања законских одредби којима се у различит положај, без објективног и разумног оправдања, стављају супружници, а када је у питању право на развод брака.

У раду се анализира Одлука Уставног суда БиХ у предмету АП 369/10, као и ентитетска законодавна регулатива права на развод брака. Посебан акценат је стављен на обавезе државних органа власти у даљем поступању када је ријеч о праву на развод брака.

Кључне ријечи: Уставни суд Босне и Херцеговине; Забрана дискриминације; Развод.

1. УВОД

Рјешењем Опћинског суда Цазин број 20 0 П 003388 09 П од 6. новембра 2009. године, које је потврђено Рјешењем Кантоналног суда

Џенета Омердић, dzeneta.omerdic@untz.ba;

Борис Крешић, boris.kresic@untz.ba.

у Бихаћу број 20 0 П 003388 09 Гж од 7. децембра 2009. године, одбачена је апелантова тужба коју је поднио против тужене ради развода брака. У образложењу првостепеног Рјешења наведено је да је апелант Опћинском суду 2. новембра 2009. године поднио тужбу ради развода брака против тужене, која је смјештена у Кући спаса Центра за социјални рад Љубљана. Истакнуто је да је уз тужбу приложио извод из матичне књиге рођених за малољетно дијете апеланта и тужене и записник о посредовању ЈУ Центар за социјални рад Цазин. Из записника о посредовању Опћински суд је установио да тужена није учествовала у поступку посредовања, те се Суд позвао на одредбу члана 49, став 1 Породичног закона Федерације БиХ (у даљем тексту: ПЗ ФБиХ) којим је прописано да, ако се оба брачна партнера, уредно позвана, не одазову на позив да учествују у поступку посредовања, а не оправдају свој изостанак, поступак ће се обуставити. Надаље, апелант је независно од констатираних чињеница да поступак посредовања није окончан, поднио тужбу за развод брака, која је одлуком Опћинског суда одбачена.

У другостепеном Рјешењу, Кантонални суд је навео да је апелантова тужба недопуштена, али не из разлога које је навео првостепени суд. Наиме, Кантонални суд се позвао на одредбу члана 43 ПЗ ФБиХ којом је прописано да муж нема право на тужбу за развод брака за вријеме трудноће жене, или док њихово дијете не наврши три године живота, јер је увидом у приложену документацију утврдио да је апелант поднио тужбу у периоду када малодобно дијете није имало навршене три године живота. Уставни суд Босне и Херцеговине (у даљем тексту: УС БиХ) усвојио је апелацију, те је утврдио кршење забране дискриминације из члана II/4. Устава Босне и Херцеговине и члана 14 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у вези са правом на приступ суду из члана II/3.е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6, став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Надаље, укинута је Рјешење Кантоналног суда у Бихаћу број 20 0 П 003388 09 Гж од 7. децембра 2009. године.

С обзиром на предмет истраживања презентирани у овом раду, поред неизоставне анализе права на развод брака у породичном законодавству Босне и Херцеговине, акценат ћемо ставити на тзв. апелациону надлежност УСБиХ темељем које Суд одлучује „у питањима која су садржана у овом Уставу, када она постану предмет спора због пресуде било којег суда у Босни и Херцеговини“.¹ Наиме, као орган који „подржава Устав“² и који је уједно и његов независни чувар, УСБиХ истовремено пред-

¹ Устав БиХ, чл. VI 3.16), http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf, 1. септембар 2017.

² Устав БиХ, чл. VI 3. 1

ставља и „институционални гарант за заштиту људских права и основних слобода установљених Уставом Босне и Херцеговине и инструмента Анекса I Устава“.³ У Босни и Херцеговини, демократској држави која функционише у складу са законом и на основу слободних и демократских избора,⁴ „права и слободе предвиђене у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и у њеним протоколима се директно примјењују“, при чему наведени међународни акти „имају приоритет у односу над свим осталим законима“.⁵ Надаље, људска права и слободе набројана у члану ПЗ, став 2 Устава БиХ, као и она права и слободе предвиђена у међународним споразумима наведеним у Анексу I на Устав БиХ, осигурана су свим лицима „у Босни и Херцеговини без дискриминације по било којем основу“,⁶ те се као таква нити једним амандманом на Устав БиХ не могу „елиминисати нити умањити“.⁷

2. УЛОГА УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ У ПОСТУПКУ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА И ТЕМЕЉНИХ СЛОБОДА: НОРМАТИВНИ АСПЕКТ

У савременим демократским државама, уставни судови су основани у циљу контроле уставности нормативних аката (тзв. нормативна контрола). Поред ове примарне надлежности, уставни судови, теоријски посматрано, у државама са сложеним државним уређењем одлучују и о надлежностима државних органа власти (тзв. органска контрола). Веома често уставни судови одлучују и о повредама „уставних права грађана независно којим актом су та права повријеђена“,⁸ односно штите уставом утврђена права грађана „од повреда учињених општом нормом, појединачним актом или радњом“.⁹ О повреди уставних права грађана, уставни судови по правилу одлучују након што лице чије је право повријеђено поднесе уставну тужбу (жалбу).

Имајући у виду чињеницу да наведена људска права и слободе, као и њихово остваривање и заштита, представљају темељне принципе на

³ Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, пречишћени текст, *Службени гласник БиХ*, бр. 94/14.

Посебно је занимљива чињеница да не постоји Закон о Уставном суду БиХ, него се сва питања везана за поступак пред овим државним органом, као и питања његове организације регулишу одредбама Устава БиХ, као и Правилима која усваја сам Уставни суд БиХ.

⁴ Устав БиХ, чл. I 2.

⁵ Устав БиХ, чл. II 2.

⁶ Устав БиХ, чл. II 4.

⁷ Устав БиХ, чл. X 1.

⁸ Н. Побрић, *Уставно право*, Слово, Мостар 2000, 469.

⁹ А. Фира, *Уставно право*, Привредни преглед, Београд 1981, 324.

којима је изграђен цјелокупан уставни систем, неопходно је било и институционализовати посљедњу судску карику пред којом лице чије је право прекршено користи посљедњу прилику да „унутар“ Босне и Херцеговине оствари заштиту гарантованих људских права и основних слобода. И управо ту „посљедњу институционалну карику“ на нивоу Босне и Херцеговине представља Уставни суд Босне и Херцеговине (УСБиХ).¹⁰

Поред наведених надлежности, УСБиХ има јурисдикцију да одлучује у питањима „која му је прослиједио било који суд у Босни и Херцеговини у погледу тога да ли је закон, о чијем важењу његова одлука овиси, компатибилан са овим Уставом, са Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама и њеним протоколима, или са законима Босне и Херцеговине; или у погледу постојања или домаћаја неког општег правила међународног јавног права које је битно за одлуку суда“.¹¹

Уставни суд БиХ своју апелациону надлежност врши на темељу поднесене апелације¹² лица чија су права повријеђена у поступку у којем је донесена одлука која се оспорава. Поднесену апелацију УСБиХ ће разматрати само ако су „против пресуде, односно одлуке која се њоме оспорава, исцрпљени сви дјелотворни правни лијекови могући према закону и ако је поднесена у року од 60 дана од дана када је подносила апелацију примио одлуку о посљедњем дјелотворном правном лијеку који је користио“.¹³ Апелација¹⁴ се може поднијети про-

¹⁰ Уставни суд БиХ, као орган који је у односу на све друге органе власти и вањске утицаје, независан и самосталан, утемељен је чланом VI Устава Босне и Херцеговине. На темељу члана VI 3. Устава БиХ, УСБиХ је „једини надлежан да одлучује о било којем спору који се јавља по овом уставу између два ентитета, или између Босне и Херцеговине и једног или оба ентитета, те између институција Босне и Херцеговине, укључујући, али не ограничавајући се на то питање: Да ли је одлука ентитета да успостави посебан паралелан однос са сусједном државом у складу са овим Уставом, укључујући и одредбе које се односе на суверенитет и територијални интегритет Босне и Херцеговине. Да ли било која одредба устава или закона једног ентитета у складу са овим Уставом“. Вид. Устав БиХ, чл. VI 3. 1а).

¹¹ Устав БиХ, чл. VI 3. 1ц).

¹² Апелација представља суспидијарни ванредни правни лијек, с обзиром на то да је допуштена тек након што су исцрпљени сви, законом предвиђени, дјелотворни правни лијекови. Надаље, теоријски посматрано, апелација би се у одређеном смислу могла поистовјетити са уставном ревизијом – правним лијеком „којег могу користити не само приватне физичке и правне особе већ и јавноправни субјекти због повреде не само уставних права и слобода већ и сваке уставне норме“. Вид. К. Стајнер, Н. Адемовић, *Устав Босне и Херцеговине: коментар*, Фондација „Конрад Аденауер“, Сарајево 2010, 642.

¹³ Правила Уставног суда БиХ, чл. 18, ст. (1).

¹⁴ Апелација треба садржавати:

- а) одлуку суда у Босни и Херцеговини која се оспорава;
- б) одредбе Устава и/или међународних докумената о људским правима које се примјењују у Босни и Херцеговини и за које апелант сматра да су повријеђене;

тив пресуда (и одлука) било којег суда у Босни и Херцеговини. Изузетно, УСБиХ може разматрати и апелацију у случају када нема одлуке надлежног суда “уколико апелација указује на озбиљна кршења права и основних слобода које штити Устав или међународни документи који се примјењују у Босни и Херцеговини”.¹⁵ Приликом поступања по апелацији, УСБиХ не преиспитује ставове редовних судова поводом утврђеног чињеничног стања нити ставове везане за примјену материјалних прописа. Задатак УСБиХ је да утврди да ли је „евентуално дошло до повреде или занемаривања уставних права, те да ли је примјена закона била, евентуално, произвољна или дискриминацијска”.¹⁶

Уколико УСБиХ, „у складу са својим надлежностима из члана VI 3.а) и VI 3.б) Устава и Амандмана I, утврди повреду Устава, односно када, у складу са својим надлежностима из члана VI 3.ц) Устава, утврди да је закон о чијем важењу овиси одлука било којег суда у Босни и Херцеговини инкомпатибилан са Уставом, Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода или са законима Босне и Херцеговине, или у погледу постојања или домашаја неког опћег правила међународног јавног права које је битно за одлуку суда“,¹⁷ усвоји апелацију/захтјев може својом одлуком¹⁸ укинути оспорену пресуду или одлуку, те предмет вратити суду, односно органу који је донио ту одлуку, на поновни поступак, „осим у случају када се посљедице кршења уставних права могу отклонити на други начин”.¹⁹ Суд, односно орган чија је пресуда/одлука укинута дужан је да донесе нову одлуку при чему је „обавезан да поштује правно схватање Уставног суда о повреди Уставом утврђених права и основних слобода подносиоца апелације”.²⁰ С тим у вези, изузетно, под условом да орган чија је одлука укинута донесе нову одлуку, а да при томе није узео у обзир изречене

- с) наводе, чињенице и доказе на којима се апелација заснива;
- д) у недостатку оспорене одлуке, разлоге за подношење апелације;
- е) потпис подносиоца апелације, односно овлаштеног опуномоћеника;
- ф) посебну пуномоћ за заступање пред Уставним судом ако подносиоца апелације има заступника.“

Детаљније вид. Правила Уставног суда БиХ, чл. 21.

¹⁵ Правила Уставног суда БиХ, чл. 18, ст. (2).

¹⁶ Упор. Одлука Уставног суда БиХ број АП-657/07 (пар. 6) од 16. 7. 2009, www.ccbh.ba/bos/odluke/povuci_html.php?pid=211948, 1. септембар 2017.

¹⁷ Правила Уставног суда БиХ, чл. 59, ст. (2).

¹⁸ Одлука УСБиХ садржи увод, изреку, образложење и закључак, с тим да у образложењу одлуке о апелацији, Уставни суд наводи које је уставно право повријеђено и у чему се састоји повреда. Детаљније вид. Правила Уставног суда БиХ, чл. 33 и 62.

¹⁹ Правила Уставног суда БиХ, чл. 62 ст. (1).

²⁰ Правила Уставног суда БиХ, чл. 62 ст. (4).

ставове и мишљења Суда, Уставни суд БиХ „може сам одлучити о меритуму предмета уколико постоји одлука органа која не крши уставна права, тако што ће такву одлуку оставити на правној снази“.²¹

На темељу члана 31 Правила Уставног суда БиХ, приликом одлучивања Суд „у правилу, испитује само оне повреде које су изнесене у захтјеву/апелацији“.²² Међутим, Уставни суд БиХ ће „обимније преиспитивати“ апелацију уколико је апелант „пропустио да експлицитно спомене и тачно наведе релевантне одредбе Устава БиХ или ЕКЉП“ под условом да је апелант своју апелацију „довољно образложио“.²³ Надаље, дјеловањем у оквиру датих уставних надлежности УСБиХ је дата и могућност да приликом одлучивања по апелацији истовремено преиспитује и правну норму која је супротна „уставним људским правима и слободама, и то не само дјеловањем на појединачни случај већ уз могућност да исту норму по потреби прогласи и ништавом“.²⁴ Наиме, имајући у виду чињеницу да редовни судови приликом доношења својих одлука у знатној мјери занемарују примјену стандарда људских права из Устава БиХ и Европске конвенције;²⁵ изузетно је значајна улога Уставног суда и његово поступање у складу са чл. VI 3. Б) и ц) Устава БиХ. Из тих разлога, Уставни суд веома често поред навода садржаних у апелацији разматра и квалитет предметног закона, јер управо недостатак одређеног квалитета закона,²⁶ како је наведено у анкетном листу попуњеном за потребе Конференције европских уставних судова, доводи до повреде људских права.²⁷

Одлучујући по апелацији, Уставни суд у својој одлуци износи правно схватање које је обавезујуће за судски орган чија је одлука била предметом оспоравања. Према неким ауторима, овим нормативним рјешењем, одлуци УСБиХ се у конкретном случају даје законска снага, док према свим другим државним органима власти, премда није формално обавезујућа, има прејудицирајуће дјеловање.²⁸ Приликом доно-

²¹ Правила Уставног суда БиХ, чл. 62 ст. (5).

²² Правила Уставног суда БиХ, чл. 31.

²³ К. Стајнер, Н. Адемовић, 719.

²⁴ *Ibid.*, 722.

²⁵ М. Тадић, „Уставносудска заштита људских права и темељних слобода у Босни и Херцеговини“, *Зборник радова Уставносудска заштита људских права и основних слобода* (ур. М. Муратовић), Савјет Европе, Будва 2016, 23.

²⁶ Уставни суд је у предмету број АП 2271/05 од 21. децембра 2006. године сматрао да непрецизни закони остављају велики простор за произвољност. Детаљније видјети: Одлука Уставног суда БиХ АП 2271/05 од 21. 12. 2006. године, *Службени гласник БиХ*, бр. 38/07.

²⁷ Детаљније вид.: *Проблеми легислативних пропуста у уставној судској пракси*, Анкетни лист за XIV конгрес Конференције европских уставних судова, http://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Bosnia_Herzegovina_bhs.pdf, 1. септембар 2017.

²⁸ Упор. К. Стајнер, Н. Адемовић, 853.

шења одлука, а с обзиром на члан II 2. Устава БиХ, УСБиХ се позива на праксу Европског суда за људска права, као и на праксу уставних судова других демократских држава.

Одлуке УСБиХ су коначне и обавезујуће²⁹ и свако физичко и правно лице је дужно да их поштује.³⁰ Када је ријеч о извршењу одлука УСБиХ, сам Суд у својој одлуци може одредити начин и рок извршења одлуке,³¹ при чему су сви органи власти дужни, у оквиру својих уставних и законских надлежности, проводити одлуке Уставног суда.³² У случају непоступања, односно „кашњења у извршавању или обавјештавању Уставног суда о предузетим мјерама, Уставни суд доноси рјешење којим се утврђује да одлука Уставног суда није извршена, односно може одредити начин извршења одлуке. То рјешење се доставља надлежном тужиоцу, односно другом органу надлежном за извршење којега одреди Уставни суд“.³³

Имајући у виду чињеницу да су одлуке УСБиХ непосредно извршиве, односно да Суд сам може одредити начин и рок извршења, јасна је намјера адресанта да се *de facto* и *de iure* ојача уставносудска заштита људских права и темељних слобода у Босни и Херцеговини. Наравно, извршавање одлука УСБиХ у највећој мјери зависи од садржаја изречене обавезе, сложености самог поступка имплементације, као и од политичке моћи државних органа према којима је изречена мјера упућена. Ово посљедње је посебице изражајно када је ријеч о одлукама које су резултат апстрактне контроле уставности.

²⁹ Устава БиХ, чл. VI 5.

³⁰ Правила Уставног суда БиХ, чл. 72 ст. (1).

³¹ У случају постојања тзв. легислативних пропуста, УСБиХ „законодавцу не даје препоруке у погледу тога како избјећи недостатке у законској регулативи“. Детаљније вид.: *Проблеми лезислативних пропуста у уставној судској пракси*, 18.

Тако, на примјер, поступајући у предмету број АП-1125/05 од 16. 1. 2007. године, УСБиХ је, између осталог, нагласио да није његов задатак да одреди да ли ће надлежни законодавац приступити измјенама постојећих или доношењу нових прописа којима би се обезбиједило поштовање права апеланта или других лица која су кривично дјело учинила у стању неурачунљивости, већ да је то искључиво задатак надлежног законодавца и одговарајућих органа извршне власти. Надаље, премда је ријеч о питању које спада у *слободну процјену државе*, Уставни суд указује да су надлежне власти дужне да хитно предузму одговарајуће легислативне и друге мјере којима ће обезбиједити да лишавање слободе лица која су кривично дјело учинила у стању неурачунљивости буде „законито“ како то захтијева члан 5, став 1е Европске конвенције, као и да та лица имају право да, у разумним временским интервалима, покрену поступак пред „судом“ у смислу Европске конвенције, ради преиспитивања „законитости“ изречене мјере и њеног продужења, како то захтијева члан 5 став 4 Европске конвенције, са свим гаранцијама на које је Уставни суд указао у овој одлуци. Детаљније вид.: Одлука Уставног суда БиХ број АП 1125/05 од 16. 1. 2007. године.

³² Правила Уставног суда БиХ, чл. 72, ст. (2) и (3).

³³ Правила Уставног суда БиХ, чл. 72, ст. (6).

3. УСТАВНОСУДСКА ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И ТЕМЕЉНИХ СЛОБОДА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ: ПРЕДМЕТ АП 369/10

Поступајући у предмету број АП 369/10, УСБиХ је усвојио апелацију, те је утврдио да је прекршена забрана дискриминације. Наиме, констатујући кршење члана 14. Европске конвенције за заштиту људских права и темељних слобода у вези са правом на приступ суду из члана II/3.е) Устава БиХ и члана 6, став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и темељних слобода, УСБиХ је укинуо Рјешење Кантоналног суда у Бихаћу број 20 0 П 003388 09 Гж од 7. децембра 2009. године, те му истовремено наложио да у року од три мјесеца од дана достављања донесе нову одлуку у складу са чланом II/4. Устава Босне и Херцеговине и чланом 14 Европске конвенције за заштиту људских права у вези са чланом II/3.е) Устава Босне и Херцеговине и чланом 6, став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, те да о томе у утврђеном року обавијести УСБиХ о предузетим мјерама с циљем извршења ове одлуке.

Одлука УСБиХ је достављена и Парламенту Федерације Босне и Херцеговине и Влади Федерације Босне и Херцеговине, који су задужени да предузму мјере из своје надлежности у правцу осигурања поштивања права из члана II/4. Устава БиХ и члана 14 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у вези са чланом II/3.е) Устава БиХ и чланом 6, став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у складу са овом одлуком. Надаље, поменути државним органима власти наложено је да у року од шест мјесеци од дана достављања одлуке, обавијесте УСБиХ о предузетим мјерама.

У наведеном предмету, апелант сматра да му је оспореним одлукама редовних судова повријеђено *право на правично суђење* из члана II/3.е) Устава БиХ и члана 6, став 1 Европске конвенције,³⁴ *право на*

³⁴ У предметној одлуци, Уставни суд је разматрао члан 6, став 1 Европске конвенције у којем је уграђено „право на суд“, а један вид тог права је право на приступ, тј. право покретања поступка пред судом у грађанским стварима. Међутим, то право није апсолутно, оно може подлијегати ограничењима. Подразумијева се да су она допуштена, јер право на приступ суду, по самој својој нарави, захтијева државно уређење. У томе погледу државе уговорнице уживају одређену слободу процјене иако коначну одлуку о поштивању захтјева из Европске конвенције доноси суд. Суд се мора увјерити да примјене ограничења не ограничавају, нити смањују приступ који је појединцу остављен на такав начин, или у толикој мјери да би била нарушена сама суштина права. Даље, ограничење неће бити сукладно чланку 6, ставак 1 ако не тежи легитимном циљу и ако не постоји разуман однос пропорционалности између

приватни и породични живот из члана II/3.ф) Устава БиХ и члана 8 Европске конвенције, *право на склапање брака* из члана 12 Европске конвенције, *право на недискриминацију* из члана II/4. Устава БиХ и члана 14 Европске конвенције и *право на једнакост супружника* из члана 5 Протокола број 7 уз Европску конвенцију.³⁵

Поступајући по апелацији, УСБиХ наглашава да право на приступ суду није неограничено, али да за било какво ограничење тог права мора постојати разумно и објективно оправдање. Надаље, УСБиХ констатује да предметна одредба сама по себи доводи до разлике супружника у погледу приступа суду према spolu, односно Суд закључује да је неспорно да је усљед примјене члана 43 ПЗ ФБиХ апеланту, као мужу – мушкарцу, ускраћено право на приступ суду у односу на тужену као његову супругу. Анализирајући образложење Министарства као овлаштеног предлагача, УСБиХ у закључку Одлуке наглашава да за овакав различит третман мушкараца у односу на жене, садржан у одредби члана 43 ПЗ ФБиХ,³⁶ не постоји „било какво објективно и разумно оправдање“.³⁷ С тим у вези, УСБиХ сматра да је апелант дискриминиран према spolu у вези са правом на приступ суду. Стога, УСБиХ закључује да је у конкретном случају прекршена забрана дискриминације из члана II/4. Устава БиХ и члана 14 Европске конвенције у односу на приступ суду као сегменту права на правично суђење из члана II/3.е) Устава БиХ и члана 6, став 1 Европске конвенције. Надаље, УСБиХ закључује да одредба члана 43 ПЗ ФБиХ није у складу ни са Уставом БиХ, ни са Европском конвенцијом, стога сматра да је неопходно предузети одговарајуће легислативне мјере којима ће се осигурати право на приступ суду за оба супружника без дискриминације према spolu у смислу члана II/4. Устава БиХ и члана 14 Европске конвенције и право на правично суђење из члана II/3.е) Устава БиХ и члана 6, став 1 Европске конвенције.

употријебљених средстава и циља који се настоји остварити. Вид. пресуду у предмету *Stubbings* и други *v. United Kingdom* од 22. листопада 1996. године, Reports of Judgements and Decisions 1996-IV, par. 50.

³⁵ Детаљније вид.: Одлука УСБиХ у предмету АП 369/10.

³⁶ Наведеном одредбом жељела се осигурати присутност оба родитеља у најранијој животној доби дјетета, узимајући у обзир специфичности и психичке промјене које узрокује раздвајање родитеља у вријеме када дијете још није довољно одрасло да схвати одређене појаве у друштву. Наведена норма имала је за циљ да осигура велики број жена-мајки које немају стални извор прихода, односно које су незапослене, јер у тој животној фази нису у могућности радити велики број послова, а уколико су у радноме односу, постоје проблеми око остваривања накнада за вријеме њега дјетета. Такођер, уколико дође до раставе брака, врло често оне нису стамбено збринуте.

³⁷ Пар. 28 Одлуке Уставног Суда.

4. ЕНТИТЕТСКА НОРМАТИВНА РЈЕШЕЊА НАКОН ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА БиХ У ПРЕДМЕТУ АП 369/10

Развод брака је начин престанка брака за живота брачних партнера из узрока и на начин предвиђен законом.³⁸ Брак се може развести само за живота брачних партнера³⁹ и из узрока предвиђених законом.⁴⁰

У Босни и Херцеговини установа брака и породице у надлежности су ентитетских законодавних тијела. Тако у БиХ постоје три породична закона: Породични закон Федерације БиХ,⁴¹ Породични закон Републике Српске⁴² и Породични закон Брчко Дистрикта БиХ.⁴³

4.1. Развод брака у Породичном закону Федерације Босне и Херцеговине

У Федерацији БиХ при уређењу развода брака пошло се од схватања да брачним партнерима у случају настале поремећености брачних односа, уколико је она тешка и трајна, треба дати могућност да прекину животну заједницу, односно брак, без обзира на то да ли је тешка и трајна поремећеност брачних односа последица скривљеног или нескривљеног понашања.⁴⁴

За разлику од Породичног закона СР Босне и Херцеговине из 1979. године који је предвиђао два бракоразводна узрока (поремећеност брачних односа и неподношљивост заједничког живота као релативни, и нестаљост као апсолутни бракоразводни узрок), ПЗ ФБиХ прихватио је систем тешке и трајне поремећености брачних односа, односно систем развода као лијека.⁴⁵ Према члану 41 ПЗ ФБиХ, брачни партнер може тражити развод брака, ако су брачни односи тешко и трајно поремећени.⁴⁶ Дакле,

³⁸ Н. Траљић, С. Бубић, *Брачно право*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево 2007, 100.

³⁹ Када тужилац умре прије правноснажности пресуде којом се брак разводи (умре током рјешавања жалби на пресуду), првостепени суд ће рјешењем констатирати да је пресуда без правног дејства и да се поступак обуставља, а извјештавајући насљеднике тужиоца да могу продужити започети поступак по тужби за развод брака, ради доказивања основаности тужбе (Одлука ВС БиХ, бр Гж 1184/71 од 22. 10. 1971. год.). Нав. према: Н. Траљић, С. Бубић, 101.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Породични закон – ПЗ ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 35/05, 41/05 и 31/14.

⁴² Породични закон – ПЗ РС, *Службени гласник РС*, бр. 54/02, 41/08 и 63/14.

⁴³ Породични закон – ПЗБД, *Службени гласник БД БиХ*, бр. 66/07.

⁴⁴ С. Бубић, *Утицај европског права на породично право у Босни и Херцеговини*, Мостар 2012, 37.

⁴⁵ *Ibid.*, 107–111.

⁴⁶ Истовјетна одредба садржана је и у ПЗ БД, чл. 39.

брак ће се развести ако је изгубио смисао и сврху свог постојања и постао тешко и трајно поремећена заједница за брачне партнере.⁴⁷ Поремећеност брачних односа осликава стање у брачној заједници. То је објективна и вјерна слика критерија који указују да је брак промашен, те да његово даље трајање може имати више штете него користи, не само када су у питању брачни партнери, него и интереси њихове дјете.

У пракси се као случајеви тешке поремећености наводе поступци који су супротни међусобним правима брачних партнера, сталне свађе, разлике у годинама, емотивна удаљеност, физичко малтретирање, остављање брачног партнера у посебно тешком часу, престанак међусобног повјерења, уважавања, наклоности, љубави, невјерство. Најчешће је последица оваквог стања и фактички прекид брачне заједнице.⁴⁸

У оквиру ранијих рјешења Породичног закона СР Босне и Херцеговине изостављено је нормирање и испитивање постојања неподношљивости заједничког живота, као субјективне последице. Наведене измјене у систему бракоразводних узрока, које су учињене у ПЗ ФБиХ, представљају приближавање рјешењима европског законодавства. Наиме, тешка поремећеност је често једини узрок у европском праву, назван као „слом брака“, односно „распад или пропаст брака“.⁴⁹

4.1.1. Ограничења у поступку развода брака

За све брачне спорове стварно је надлежан опћински суд, док по питању мјесне надлежности, породични закон нуди странкама избериву мјесну надлежност. Тако да поред суда на чијем подручју тужени брачни партнер има пребивалиште, односно боравиште, надлежан је и суд на чијем подручју су брачни партнери имали последње заједничко пребивалиште.⁵⁰ У складу са чланом 36 Закона о судовима ФБиХ,⁵¹ у судовима се могу образовати судска одјељења из исте правне области, што отвара могућност за постављање специјализованих судија из области породичних односа. Тако се у ПЗ ФБиХ нормира да у посебним

⁴⁷ Н. Траљић, С. Бубић, 108.

⁴⁸ Поред наведених разлога у литератури се још наводе и прељуба и економска ситуација брачних партнера, затим *Facebook* као једна од друштвених мрежа која се сматра безбедном, међутим данас све више доводи до разарања брака. Као један од бизарних разлога наводи се ситуација када један брачни партнер није хтио одрећи кућног љубимца, а други се на њега није могао навикнути. *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, 111.

⁵⁰ ПЗ ФБиХ, чл. 288, ст. (1).

⁵¹ Закон о судовима ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 38/05, 22/06 и 63/10, 72/10, 7/13 и 52/14.

парничним поступцима и поступцима извршења нормираним овим Законом у првом степену поступа судија појединац специјализиран за ову врсту спорова.⁵²

Развод брака може се захтијевати тужбом или захтјевом за споразумни развод брака.⁵³ Као последица усвајања апелације у предмету АП 369/10, одредба члана 43 ПЗ ФБиХ којом се привремено ограничавало право мужа да тражи развод брака за вријеме трудноће жене или док њихово дијете не наврши три године живота, *брисана* је Законом о измјенама и допунама Породичног Закона ФБиХ.⁵⁴ Новом важећом одредбом мушкарцу у ФБиХ више није ускраћена могућност развода брака за вријеме трудноће жене или док њихово дијете не наврши три године живота.

Због осјетљивости односа међу брачним друговима, а и због тога што они сами без сагласности суда, чак и ако су сагласни, не могу развести брак, изнимно је допуштено, осим тужбом, покретање поступка заједничким приједлогом за развод брака односно захтјевом за споразумни развод брака.⁵⁵ У савременој правној теорији и законодавству, институт споразумног развода брака прихваћен је скоро без изузетка. У литератури се истиче читав низ предности споразумног развода брака, у односу на развод брака по тужби.⁵⁶ Без сукоба, без међусобног оптуживања, достојанствено, без потребе да један брачни партнер буде тужилац, а други тужени, брачни партнери користећи развод брака по споразуму имају могућност достојанственог разиласка. Брачни партнери нису дужни наводити разлог за развод брака, као што ни суд није обавезан утврђивати га. Суд мора утврдити јесу ли испуњени услови законом нормирани за споразумни развод па чим утврди да јесу, без испитивања озбиљности и оправданости разлога, доноси одлуку о разводу.⁵⁷ И поред скоро идентичних мишљења о оправданости постојања споразумног развода брака, ипак услови за развод брака по споразуму су веома различити. У неким законодавствима они су доста строги, док су рјешења у другим много либералнија.⁵⁸

⁵² ПЗ ФБиХ, чл. 275.

⁵³ ПЗ ФБиХ, чл. 42.

⁵⁴ Закон о измјенама и допунама Породичног закона Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине ФБиХ*, бр. 31/14.

⁵⁵ М. Алинчић, А. Бакарић-Абрамовић, В. Белајец, Д. Храбар, А. Кораћ, *Коментар Обитељског закона*, Загреб 1999, 193.

⁵⁶ Н. Траљић, С. Бубић, 111.

⁵⁷ *Ibid.*, 112.

⁵⁸ У великом броју законодавстава европских земаља предвиђа се споразумни развод брака, у правилу, са становитим ограничењима. Истина, обавеза брачних партнера да наведу, и суда да утврђује постојање бракоразводних узрока, у овом случају није предвиђено. Ограничења се првенствено тичу обавезе брачних пар-

Споразумни развод брака је развод брака који се темељи на сагласној вољи брачних партнера да се њихов брак разведе. С тим да је прихватање захтјева за споразумни развод брака увјетовано:

- а) протеком шест мјесеци од склапања брака;
- б) постојањем споразума брачних партнера о остваривању родитељског старања, издржавању дјетета, увјетима и начину одржавања контаката дјетета са родитељем који не остварује родитељско старање и издржавању брачног партнера.⁵⁹

4.2. Развод брака у Породичном закону Републике Српске

Породични закон Републике Српске нормира да „брачни партнер може тражити развод брака ако су брачни односи тешко и трајно поремећени, усљед чега је заједнички живот постао неподношљив“.⁶⁰ Значи, у овом бракоразводном узроку, поред тешке и трајне поремећености, задржана је субјективна посљедица односно неподношљивост заједничког живота. Породични закон Републике Српске познаје још један бракоразводни узрок, па тако у складу са чланом 53 брачни партнер може тражити развод брака ако је његов брачни партнер нестало и о њему нема никаквих вијести за вријеме од двије године.

4.2.1. Ограничења у поступку развода брака

Према члану 35 Закона о парничном поступку Републике Српске,⁶¹ за суђење у споровима ради утврђивања постојања или непостојања брака, поништења брака или развода брака (брачни спорови), надлежан је поред суда опште мјесне надлежности и суд на чијем подручју су брачни другови имали посљедње заједничко пребивалиште.

тнера да суду поднесу споразум о дјечи, њиховом повјеравању и издржавању, те о рјешењу имовинских односа брачних партнера. Тако ће нпр. у грчком праву суд одбити захтјев за развод брака по споразуму брачних партнера ако споразум о дјечи није у њиховом интересу, а у шпанском праву судија мора тражити мишљење јавног тужиоца о томе да ли су задовољена сва питања у погледу дјече и њихове заштите. Друга пак, уз споразум о издржавању необезбијеђеног брачног партнера, разрешење имовинских односа, стамбених односа, те подјели заједничке имовине. За споразумни развод брака у законодавству читавог низа европских земаља карактеристично је да се може захтијевати тек након одређеног времена проведеног у браку. Овај период законодавац је предвидио као вријеме за размишљање и евентуално помирење, сигурно у настојању да се спријече брзоплети и неодговорни разводи брака. *Ibid.*

⁵⁹ ПЗ ФБиХ, чл. 44.

⁶⁰ ПЗ РС, чл. 52.

⁶¹ Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 – Одлука УС, 45/09 – Одлука УС, 49/09 и 61/13.

За разлику од ПЗ ФБиХ чије су одредбе мијењане, у ПЗ РС и даље је муж привремено ограничен да тражи развод брака. Наиме, према члану 52, став 2 ПЗ РС, муж не може поднијети тужбу за развод брака за вријеме трудноће жене или док њихово дијете не наврши годину дана живота.⁶²

Имајући у виду чињеницу да се у Републици Српској важећим законским одредбама различито третирају мушкарци и жене, само по себи се намеће питање: „Да ли Одлука УСБиХ у предмету АП 369/10, према којој се налаже предузимање одговарајућих неопходних легислативних мјера с циљем осигурања права на приступ суду оба супружника без дискриминације према spolu, *намеће* обавезу Народној скупштини Републике Српске, као највишем законодавном тијелу у овом босанскохерцеговачком ентитету, да измијени важеће одредбе породичног законодавства, те на тај начин *de iure* и *de facto* изједначе оба брачна супружника“?

Породични закон Републике Српске такођер предвиђа могућност споразумног развода брака. Брачни супружници који имају заједничку малолетну или усвојену дјецу, или дјецу над којом је продужено родитељско право, могу поднијети заједнички приједлог да се разведе њихов брак.⁶³ Суд је у овом случају обавезан утврдити постојање бракоразводног узрока, односно тешку и трајну поремећености брачних односа и неподношљивост заједничког живота.⁶⁴ У случају када брачни супружници немају малолетну или усвојену дјецу, или дјецу над којом је продужено родитељско право, брачни супружници нису дужни навести разлоге за развод брака, а суд није дужан да их утврђује.⁶⁵ Додатни рокови у погледу дужине трајања брачне заједнице нису прописани у ПЗ РС.

5. ЗАКЉУЧАК

Приликом одлучивања, Уставни суд Босне и Херцеговине, у правилу, испитује само оне повреде које су изнесене у захтјеву/апелацији. Одлуке Уставног суда су коначне и обавезујуће, и свако физичко и правно лице је дужно да их поштује. У анализираном предмету АП 369/10 Кантонални суд у Бихаћу, чије рјешење је укинато, у складу са правним схватањем изнесеним у анализираној судској одлуци донијело је нови акт. Такођер, Парламент Федерације БиХ усвојио је Закон о измјенама и допунама Породичног закона ФБиХ, те оспорени члан 43 ставио ван правне снаге.

⁶² ПЗ РС, чл. 52, ст. (2).

⁶³ ПЗ РС, чл. 54, ст. 1.

⁶⁴ ПЗ РС, чл. 54.

⁶⁵ ПЗ РС, чл. 55.

Када је ријеч о правном дејству одлуке Уставног суда према другим органима чије одлуке нису биле предметом оспоравања пред УСБиХ, мишљења смо да за Народну скупштину Републике Српске није формалноправно обавезујућа, односно *не ствара имплицитно (директно)* обавезу за овај ентитетски законодавни орган власти, као и за законодавни орган Брчко Дистрикта. Међутим, непостојање идентичних нормативних рјешења у породичноправним односима на цијелом територију БиХ, води ка правној несигурности субјеката, те њиховом дискриминарању овисно на којем дијелу државног територија живе. Другим ријечима, на подручју Републике Српске, важећим одредбама Породичног закона РС, још увијек се чини дискриминација према spolu.

С тим у вези, с обзиром на то да је Босна и Херцеговина демократска држава, те да су оба ентитета дужна да осигурају највиши ниво међународно признатих људских права и основних слобода, с једне стране, те имајући у виду чињеницу да се права и слободе предвиђени у Европској конвенцији и њеним протоколима директно примјењују у Босни и Херцеговини и да имају приоритет над свим осталим законима, мишљења смо да редовни судови у РС, приликом одлучивања о тужбеним захтјевима, имају уставну обавезу да примјене међународне стандарде за заштиту људских права и слобода. О свему наведеном и остали државни органи у РС (законодавни и извршни) треба да воде рачуна приликом нормирања друштвених односа.

Другим ријечима, судови у Републици Српској треба да узму у обзир ставове Уставног суда БиХ у предмету АП 369/10, јер анализирана одлука за њих има *прејудуцирајуће дејство*, односно представља својеврстан извор права. Одлука Уставног суда БиХ у предмету АП 369/10 представља релевантан правни основ за евентуално покретање нових поступака пред редовним судовима у Босни и Херцеговини.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Алинчић, Мира, Бакарић-Абрамовић, Ана, Белајец, Велимир, Храбар, Дубравка, Кораћ, Александра, *Коментар Обитељског закона*, Загреб 1999;
2. Бубић, Сузана, *Утицај европског права на породично право у Босни и Херцеговини*, Мостар 2012.
3. Побрић, Нурко, *Уставно право*, Слово, Мостар 2000;
4. *Проблеми легислативних пропуста у уставној судској пракси*, Анкетни лист за XIV конгрес Конференције европских уставних судова, http://www.confconstco.org/reports/rep-xiv/report_Bosnia_Herzegovina_bhs.pdf;

5. Стајнер, Кристијан, Адемковић, Недим, *Устав Босне и Херцеговине: коментар*, Фондација „Конрад Аденауер“, Сарајево 2010;
6. Тадић, Мато, „Уставносудска заштита људских права и темељних слобода у Босни и Херцеговини“, *Зборник радова Уставносудска заштита људских права и основних слобода* (ур. М. Мураговић), Савјет Европе, Будва 2016;
7. Траљић, Неримана, Бубић, Сузана, *Брачно право*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево 2007;
8. Фира, Александар, *Уставно право*, Привредни преглед, Београд 1981.

Правни прописи и судске одлуке

1. Закон о измјенама и допунама Породичног закона Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине ФБиХ*, бр. 31/14;
2. Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, Пречишћени текст, *Службени гласник БиХ*, бр. 94/14;
3. Пресуда *Stubbings* и други v. *United Kingdom* од 22. листопада 1996. године, Reports of Judgements and Decisions 1996-IV, paragraf 50;
4. Устав Босне и Херцеговине;
5. Закон о судовима ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 38/05, 22/06, 63/10, 72/10, 7/13 и 52/14;
6. Породични закон, *Службени гласник БД БиХ*, бр. 66/07;
7. Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 – Одлука УС, 45/09 – Одлука УС, 49/09 и 61/13;
8. Одлука Уставног суда БиХ АП 2271/05 од 21. 12. 2006. године, *Службени гласник БиХ*, бр. 38/07;
9. Одлука Уставног суда БиХ број АП-657/07 од 16. 7. 2009, www.ccbh.ba/bos/odluke/povuci_html.php?pid=211948;
10. Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 54/02, 41/08 и 63/14;
11. Породични закон, *Службене новине ФБиХ*, бр. 35/05, 41/05 и 31/14.

Dženeta Omerdić
Boris Krešić
Faculty of Law,
University of Tuzla

Meliha Džaferović
Faculty of Law, University of Tuzla
Student master programme

CONSTITUTIONAL JUDICIAL PROTECTION OF HUMAN
RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS IN BOSNIA AND
HERZEGOVINA: CASE AP 369/10

Summary

During the decision-making procedure the Constitutional Court shall examine the existence of only those violations that are alleged in the request/appeal. The court or the body whose decision has been quashed is obligated to make another decision and, in doing so, it shall be bound by the legal opinion of the Constitutional Court concerning the violation of the appellant's rights and freedoms guaranteed under the Constitution. The decisions of the Constitutional Court shall be final and binding. Every physical and legal person shall be obligated to comply with them.

In the analyzed case AP 369/10, the Cantonal Court in Bihać, whose Decision was terminated, adopted a new act in accordance with the legal opinion of the Constitutional Court. Also, the Parliament of the Federation of B&H adopted the Amendments to the Family Law of the FB&H, and disputed Article 43 was out of the legal force.

As for the legal effect of the Constitutional Court's decision against other state bodies whose decisions were not subject to challenge before Constitutional Court, we consider that it is not formally binding on the National Assembly of Republic of Srpska. In other words, it does not imply any commitment neither for this entity's legislative authority, nor for the legislative body of the Brčko District. However, the lack of identical normative solutions in family-law relations across the entire territory of B&H leads to legal uncertainty of the subjects and their discrimination depending on the part of the state in which they live. In addition to that, in the territory of Republic of Srpska, the applicable provisions of the RS Family Law are still gender-based discriminatory. In this regard, given that Bosnia and Herze-

govina is a democratic state and that both entities are obliged to ensure the highest level of internationally recognized human rights and fundamental freedoms, on the one hand, and bearing in mind the fact that the rights and freedoms envisaged in the European Convention and its protocols directly apply in Bosnia and Herzegovina and have priority over all other laws, we believe that regular courts in the RS, when deciding on the claims, have a constitutional obligation to apply international standards for the protection of human rights and freedoms.

In other words, courts in Republic of Srpska should take into account the views of the Constitutional Court of B&H in case AP 369/10. The reason for this lies in the fact that the analyzed Decision has a prejudicial effect as it represents a source of law. The Decision of the Constitutional Court of B&H in the case AP 369/10 represents the relevant legal basis for the possible initiation of new proceedings before ordinary courts in Bosnia and Herzegovina.

Key words: *Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina; Prohibition of Discrimination; Divorce.*