

Ajdin Huseinspahić*

UPOREDNOPRAVNI PREGLED DIVORTIUMA U ANTIČKOM RIMU, RAZVODA BRAKA U KANONSKOM PRAVU I ET-TALAQ U ŠERIJATSKOM PRAVU U ODNOSU NA POZITIVNO BRAČNO PRAVO U BOSNI I HERCEGOVINI

SAŽETAK

Recepcija rimskog prava je imala veliki utjecaj na bračno pravo zemalja eurokontinentalnog pravnog kruga. Tako su mnoge institucije, kao što su: *divortium*, *caelebs*, *orbus*, *matrimonium*, *concubinatus* itd. imale nemali utjecaj i presudni značaj prilikom donošenja modernih pravnih kodifikacija koje su normirale sklapanje i razvod braka. Kako god je ovaj proces tekao u zapadnom dijelu Europe tako se, paralelno s tim procesom, njegov utjecaj širio preko građanskih kodifikacija i na naša područja.

Pored nezanemarivog i presudnog utjecaja rimskog prava na moderno bračno pravo europskih zemalja, ne možemo minimizirati utjecaj i ostalih prava koja su uveliko stremila ka uređenju braka i bračnih odnosa. Među tim pravima značajno mjesto imaju i vjerska prava, koja su sve do sredine četrdesetih godina prošlog stoljeća važila kao pozitivno privatno pravo muslimana ovih područja, primjenjivano kroz institucije iza kojih je stajala država.

Stoga, zakonodavac treba uvažavati sve prilike kroz koje je prolazila jedna zajednica i u duhu poštivanja univerzalnih ljudskih prava i sloboda donositi norme koje će biti od velike koristi ljudima, a posebno u segmentu uređenja porodičnih i bračnih odnosa.

* Ass. Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici.

Teška i trajna poremećenost bračnih odnosa koja dovodi do nepodnošljivosti zajedničkog života normirana je kao razlog za razvod braka, s manjim ili većim odstupanjima u sva tri porodična zakona u Bosni i Hercegovini. S druge strane, kanonska prava katoličke i pravoslavne crkve, te šerijatsko bračno pravo preciziraju te razloge, koji najčešće i u pozitivnom pravu dovode do teške nepodnošljivosti zajednice života, a koje će sud cijeliti u svakom konkretnom slučaju.

Ključne riječi: divortium, et-talaq, kanonsko pravo, šerijatsko pravo.

UVOD

Razvojem promišljanja o poimanju braka oblikovala su se tri stava u shvatanju pravne prirode braka i njegovog prestanka, odnosno razvoda. Najstarije shvatanje počiva na ideji prirodnoga prava u kojem je osnovni cilj braka usmjeren ka rađanju djece. Ovo pravno shvatanje možemo uočiti ako pažljivo analiziramo zakonike starog vijeka, među kojima posebno mjesto pripada Hamurabijevom i Bilalamovom zakoniku. Na drugoj strani, ukoliko brak shvatimo kao ugovorni odnos, onda će njegova esencija počivati na slobodnom pristanku budućih supružnika, što rezultira mogućnošću njegova razvrgnuća, bilo zbog povrede ugovornih obaveza, bilo na temelju njihovog sporazuma. Naposljetku, treće shvatanje braka se temelji upravo na subjektivnim kvalitetama braka koji predstavlja najintimniju vezu između muškarca i žene. Zbog svoje kompleksnosti i različitih aspekata koje institut braka podrazumijeva, nemoguće je bilo koje od navedenih shvatanja uzeti kao jedino ispravno i definitivno tačno.

Tema obrađena u ovom radu se nameće kao vrlo aktualna u moderno doba, a posebno ako se ima u vidu poimanje ženidbe u kanonskom pravu Rimokatoličke i Pravoslavne crkve, te u šerijatskom pravu i različitost shvatanja instituta razvoda braka u zakonodavstvima navedenih pravnih sistema, u odnosu na shvatanja ovih instituta u modernim zakonodavstvima. Svjedoci smo da se u našoj državi, u kojoj se isprepliću tri velike konfesije, često sklapaju kanonske ženidbe ili brakovi zasnovani isključivo na šerijatskom pravu, kojima u novije doba nije priznat i građansko-pravni učinak, kao što je to slučaj u susjednoj Republici Hrvatskoj. Stoga je značajno pitanje načina na koji je moguće pomiriti dva posve oprečna načela: onog o slobodi razvrgnuća braka imanentnoj građanskim pravnim uređenjima tog instituta i onog o relativnoj nerazrješivosti tvrde i izvršene ženidbe iz kanonskog prava, kao i shvatanja o razvodu braka u šerijatskom pravu koje se dugi vremenski period institucionalno primjenjivalo na ovim područjima.

Ima li se to u vidu, čini se interesantnim razmotriti različitosti shvatanja braka i njegovog razvrgnuća, posebno kada uzmemo posve različite stavove koje zastupaju klasično rimsko pravo, te kanonsko i šerijatsko pravo. Za komparaciju je vrlo prikladno rimsko pravo, jer na vrlo vješt način u svojim posljednjim stoljećima pomiruje načelnu slobodu razvrgnuća braka s kršćanstvom prožetim odredbama o sankcionisanju onih koji se razvode, a da za to nemaju zakonom predviđenih razloga. Istraživanje islamskog modela braka i njegovog razvoda, s druge strane, bi tim više trebalo biti zanimljivije, pogotovo ukoliko imamo u vidu važnosti tog prava u privatnom životu muslimana na ovim prostorima.

Sa aspekta građanskog braka, intrigantne su i odredbe Bračnih Pravila Srpske Pravoslavne Crkve kojima se propisuje da građanski brak nije crkveni brak, te naučava da građanski brak, ne samo da nije brak, nego nije ni početak braka, pa treba takvu vezu razvrgnuti, ali ne po svaku cijenu, jer upornost čovjeka i žene da žive zajedno može dovesti do toga da Crkva u strahu od težih posljedica odobri i blagoslovi svetom tajnom braka tu zajednicu. Iz ovog proizilazi da je Crkva za pravoslavce-vjernike ključna institucija u procesu uređenja bračnog života, pa tako i razvoda, što svaki zakonodavac treba imati u vidu.

Korištenjem historijske, komparativne, pozitivno-pravne, dogmatske, te kvalitativne metode istraživanja, a nakon pregleda razvoda braka u rimskom pravu i rastave ženidbenih drugova u kanonskom i šerijatskom pravu, sagledana su shvatanja instituta razvoda braka u savremenom pozitivnom bračnom pravu. Na taj način se nastojalo dovesti u vezu institute pozitivnog bračnog prava s odgovarajućim utjecajima rimskog prava i drugih vjerskih prava, ali bez zanemarivanja pravne tradicije naroda u Bosni i Hercegovini. Posebno su akcentirani brakorazvodni razlozi kanonskog i šerijatskog bračnog prava, kao pokazatelja značaja održivosti braka u odnosu na njegovo moderno shvatanje. Kako bi se stekla što vjerodostojnija slika tumačenja i shvatanja pojedinih pravnih propisa i autentično sagledala shvatanja pravnika, teologa, filozofa i mislilaca tog doba, u određenim dijelovima rada, zadržana je arhaičnost njihovih izraza.

1. Historijski razvoj sklapanja i razvoda braka

Bračno pravo je tradicionalno dio porodičnog prava, pa su njegova obilježja nužno određena obilježjima porodičnog prava kao cjeline.¹ Kao grana prava u okviru pravnog sistema, bračno pravo je skup pravnih normi

¹ N. Traljić/S. Bubić, *Bračno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2007, 11.

koje uređuju brak i odnose i braku, te normiraju: materijalne i formalne uslove za sklapanje braka, dejstva braka, načine prestanka braka, uzroke i postupak njegovog poništenja, kao i uzrok, načine pokretanja i postupak razvoda, te dejstva prestanka braka.² Shvatanja o razvodu braka su se mijenjala zavisno od njegovog karaktera, odnosno od razvijenosti svijesti, ideologije i društveno-ekonomskih odnosa.³ „Sva ta shvatanja, uglavnom, nastoje dovesti u sklad lične slobode supružnika i pravo države da proceni opravdanost razloga za razvod u svakom konkretnom slučaju.“⁴

U najstarijim sačuvanim pisanim tragovima, onim iz starog Egipta, brak je bio monogaman i zaključivao se ugovorom između supružnika.⁵ „Njime je određen i pravni položaj žene za slučaj razvoda, kao i nasledna prava nje i dece.“⁶ Brak se sklapao ugovorom, razvod je bio slobodan, dok se nasljeđivanje, u skladu sa materinskim pravom, vršilo po ženskoj liniji.⁷ Na sličan način se zaključivao brak i u Babilonu, shodno odredbama Hamurabijevog zakonika. „Sklapanju braka prethodilo je davanje svadbenog dara mladoženje nevestinom ocu.“⁸ Preduslov za valjan brak, shodno odredbama Hamurabijevog zakonika, je bio pismeni sporazum koji bi sklapali budući supružnici. Normirano je da se žena neće smatrati suprugom, ako ne napravi ugovor sa budućim mužem.⁹ Po Hamurabijevom zakoniku razvod je za muža bio jednostavan, a za ženu težak, moguć samo ako je muž zapostavlja i napusti kuću.¹⁰ Analizirajući paragrafe Hamurabijevog zakonika može se zaključiti da je nevjerstvo predstavljalo glavni razlog razvoda braka, te da Zakonik nije predviđao nikakve mehanizme posredovanja ili mirenja među bračnim partnerima.¹¹ Interesantno je da muškarac, koji je imao puno pravo na razvod braka, ne može prema ženi od koje se razvodi postupati po svojoj volji, nego ima obavezu da ženi vrati ono što je donijela i da joj da na plodouživanje polje, baštu i druga imovinska dobra, kako bi mogla odgojiti djecu. Kada djeca odrastu i budu odgojena, zakonodavac je propisao da će žena imati pravo na dio koji je jednak dijelu djeteta, te da se nakon razvoda može udati za čovjeka svoga

² *Ibid.*, 21.

³ Z. Ponjavić, *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac 2005, 151.

⁴ *Ibid.*, 152 fn. 62.

⁵ *Ibid.*, 78.

⁶ *Ibid.*

⁷ M. Imamović, *Predavanja iz opće povjesti prava i političkih institucija*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2005, 38.

⁸ Z. Ponjavić, 78.

⁹ Član 128. Hamurabijevog zakonika, R. Festić, *Stari kodeksi*, Editio iuristica, Sarajevo 1998, 29.

¹⁰ M. Imamović, 38.-39.

¹¹ Vidjeti: Član 134. Hamurabijevog zakonika, R. Festić, 30.

srca (za koga hoće).¹² O razvodu braka, na temelju odredaba Hamurabi-jevog zakonika, se može zaključiti da je muž i pored povoljnijeg pravnog položaja morao poštovati određena imovinska prava žene. Tako, u slučaju da muž ima namjeru otjerati ženu, Hamurabijev zakonik propisuje obavezu na davanje njene tirhatu¹³ i vraćanje njene šeriktu¹⁴, koju je ona donijela od svoga oca.¹⁵

Ur-Nammuov zakonik, kao uostalom i svi zakoni tog perioda, pravno uređuje instituciju braka, za koji, kao preduvjet, određuje postojanje valjanog vjeridbenog ugovora.¹⁶ Također i Bilalamov zakonik spominje vjeridbeni ugovor, te kao uslov zaključenja braka navodi i dopuštenje, odnosno pristanak oca i majke.¹⁷ Preljuba žene je drakonski kažnjavana i nije dovela samo do prestanka braka, nego i do smrti žene koja je istu počinila. Ipak, kako bi se donekle otklonila nepravedna pozicija žene u braku i nakon razvoda, regulisano je da se onaj čovjek koji otpusti ženu koja mu je izrodila djecu i uzme drugu ženu, smatra nečasnim te ga treba otjerati od kuće i sa posjeda.¹⁸

Već u staroj Atini karakter braka se u mnogome mijenja, pa dolazi do slabljenja pravnog položaja žene, a zaključenje braka postaje moralna obaveza za građane kako bi se ostvario jak razvoj polisa u tom periodu, uz intenzivno rađanje djece i nastavljanje kulta predaka.¹⁹ Iako je brak imao obrise monogamne zajednice života, ipak je žena imala potčinjen položaj u odnosu na muža, jer je monogamija važila samo za ženu, dok je muž imao pravo na nevjerstvo sa heterama i robinjama-konkubinama.²⁰ Ovo

¹² Ova odredba svjedoči o pravu žene na sklapanje braka, još u starom vijeku. Član137. Hamurabijevog zakonika, *Ibid.*, 31.

¹³ *Tirhatu* ne izražava kupovnu cijenu žene, već poklon mladoženje nevjestinom ocu. *Ibid.*, 52 fn. 29.

¹⁴ Šeriktu znači miraz. *Ibid.*, 52 fn. 30.

¹⁵ Vidjeti više: od Član 139.-141. Hamurabijevog zakonika, *Ibid.*, 31. F. Karčić, *Pravni tekstovi-odabrani izvori za Opću historiju države i prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2004, 28.

¹⁶ Ovaj zakonik spada u grupu sumerskih zakonika. Napisao ga je Ur-Nammu, osnivač III dinastije patesijata Ura, oko 2080. god.pr.n.e. ovaj pravni akt slijedi sumersko običajno pravo. *Ibid.*, 5 fn *.

¹⁷ *Ibid.*, 9 fn *.

¹⁸ *Ibid.*, 13.

¹⁹ Z. Ponjavić, 78.

²⁰ *Hetera* (grč. *Hetaira*-drugarica, prijateljica) je otmjenija vrsta prostitutki u staroj Grčkoj. Hetera su imale izvjesno obrazovanje, u prosjeku veće od ostalih žena antičke Grčke. Neke od njih bile su visoko obrazovane žene, koje su se po svom znanju mogle mjeriti s muškarcima. Mnoge od njih poput Thaise, Diotime i Targelije bile su poznate po filozofskim stavovima. Mnoge prostitutke su organizirale razna udruženja kako bi se zaštitile od strogih Solomonovih zakona. Razne opasnosti su prijetile javnoj ženi. Ukoliko bi neki Atenjanin postao *pornobosceion* (vlasnik javne kuće) izgubio bi mnoga građanska prava, ali u javnoj kući su postojale određene povlastice tog vremena, bila je idealna za skrivanje od progona i dugova. Prostitutka je na ulici morala nositi propisane haljine koje su se razlikovale od onih koje su nosile ostale žene. Bile su izrazito šarene, a razlike u samom odijevanju su ovisile o pojedinim krajevima Stare Grčke. Vidjeti: <http://povijestokultnog.blogspot.com/2011/07/hetere-prodavacice-ljubavi.html>(09.02.2012.).

je zasigurno doprinijelo urušavanju atenskog morala, a samim tim braka i porodice kao mjerila vrijednosti i ponosa atenskog društva. „Ženino neverstvo je bilo strogo kažnjavano, premda za takvo što retko da je i imala priliku, jer je bila potpuno izdvojena iz javnog života i zatvorena u kuću“.²¹

1. 1. Sklapanje i razvod braka (*divortium*) u antičkom Rimu

U rimskom pravu porodicu je obilježavao izraziti patrijarhalni karakter sa dominantnom vlašću *pater familiasa*, pa svi koji su dolazili pod njegovu vlast (*patria potestas*)²² nisu mogli stupiti u brak bez njegove prethodne saglasnosti.²³ Na svečanosti vjenčanja supruga je potpisivala ugovor poznat kao „Ugovor vlasti“, po kojem vlast nad suprugom od tada ima njen muž na jedan od sljedeća tri načina: na vjerskoj svečanosti, pred sveštenikom simboličnom kupovinom supruge i zajedničkim brakom u trajanju najmanje godinu dana nakon zaključivanja braka. Na taj način vlast oca nad kćerkom zamijenjena je vlašću supruge nad suprugom.²⁴

Pri sklapanju brakova veliku ulogu igrali su politički motivi i financijski razlozi. Razvodi su bili obična pojava, a prostitucija je uzela u to vrijeme značajne razmjere. Ljubavne avanture dama iz najvišeg društva bile su općepoznate i samo u iznimnim slučajevima privlačile pozornost. One su stekle veliku samostalnost u porodičnom životu, kao i u raspolaganju svojom imovinom. Mnoge od njih dobile su solidno obrazovanje, a za neke se zna da su igrale određenu ulogu u političkom životu.²⁵

Prema položaju žene u braku postojale su dvije vrste brakova: najstariji oblik braka, brak sa „manusom“ zaključivan zbog ostvarenja interesa porodice i drugi oblik braka, brak bez „manusa“, koji je nastajao bez formalnosti.²⁶ U njemu su supružnici bili skoro potpuno nezavisni i

nik.com/rjecnik/strane-rijeci/Het (09.02.2012.). Z. Ponjavić, 78.

²¹ *Ibid.*

²² „*Patria potestas* (*patrius* - očinski; *potestas* - vlast, moć), vlast porodičnog starešine nad svojim ukućanima (*potestas* u užem smislu), ženom (*manus*), robovima (*dominica potestas*) i porodičnom imovinom (*dominium*).“ Ž. Bujuklić, *Forum Romanum, rimska država, pravo, religija i mitovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2009, 565.

²³ Z. Ponjavić, 78.-79.

²⁴ M. Es-Sibai, *Žena između šerijatskog i svjetovnog prava*, preveli S. Ćeman *et. al.*, 7.-11.

²⁵ Vidjeti: <http://www.scribd.com/doc/26806061/Zena-Između-Serijatskog-i-Svjetovnog-Prava> (21.03.2012.).

²⁶ Vidjeti: N. A. Maškin, *Povijest starog Rima*, preveo s ruskog Miroslav Marković, Narodna knjiga, Beograd, 1951, 243.

²⁶ „*Manus* (lat.), „ruka“, termin koji u svom prenesenom značenju označava muževljevu vlast nad ženom. Ona se uspostavljala u braku zaključenom kroz formu *coemptio* (prividna kupovina žene) ili *confarreatio* (posebna religijska ceremonija) ili samo „održajem“ (*usus*), jednogodišnjim boravkom žene u kući muškarka. Sklapanjem braka „sa manusom“ (*matrimonium cum manum*) žena izlazi iz kuće svojih roditelja i ulazi u porodicu svoga muža, gde dolazi pod njegovu vlast ako je on *sui iuris*, ili pod vlast njegovog

ravnopravni.²⁷ U klasično i postklasično doba rimskog prava donijeta su pravila o smetnjama za zaključenje braka, dok je u doba rimskog carstva, propadanjem patrijarhalnog morala, brak postao vrlo nestabilan. S druge strane, veliki broj ljudi se odlučivao za celibat, odnosno život bez raka. Uvidjevši da takav način života vodi propadanju rimskog društva i države, rimski imperator August interveniše i donosi dva zakona kojima uvodi kazne za neženje i nagrade za oženjene. Tako je donošenjem *Lex Iulia de maritandis ordinibus* iz 18. g.n.e. o suzbijanju neženstva, te *Lex Papia Poppaea* iz 9. g.n.e. o zapostavljanju brakova bez djece (op.a. često shvatani kao jedinstven zakon nazvan *Lex Iulia et Papia Poppaea*, odnosno kadukni zakoni), propisano da muškarci moraju stupiti u brak u vremenu od 25. do 60. godine, a žene od 20. do 50. godine, uz imperativnu normu da muškarci moraju imati barem jedno dijete, dok žena koja je rođena slobodna troje, a oslobođenica četvero djece.²⁸ Osobe koja ne bi udovoljavale tim zahtjevima, te neoženjene osobe (*caelebs*) ili osobe bez djece (*orbus*) bile su društveno marginalizirane. „Ove osobe nisu imale prednosti kod natječaja za magistrature, a postajale su i nesposobne za oporučno nasljeđivanje i stjecanje legata (*incapacitas*).“²⁹ Pored toga, a radi učvršćenja morala, August je preljubu proglasio za delikt, te zabranio brak sa izvjesnim ženama.³⁰

paterfamilijasa, ako je i sam potčinjeno lice. U novoj porodici žena dobija status koji liči na „položaj kćeri“ (*filiae loco*), dakle, istovetan kao i druge žene u porodici. Ako je **krivica za razvod** bila na njenoj strani, muž je mogao zadržati najviše do polovine miraza, zavisno od broja dece. Po osnovnim obeležjima *manus* se ne razlikuje mnogo od *patria potestas*, mada su postojale i neke specifičnosti, koje ublažavaju odnos pravne potčinjenosti udate žene. Samo su one mogle biti oslovljavane kao matrone i na osnovu toga uživati poseban društveni ugled i zaštitu (*honor matrimonii*). U porodici su imale položaj domaćice kuće (*mater familias*) i odgovarajuću vlast naređivanja mladim ženama i deci. Ukoliko je umrli muž imao živog oca, žena je tada prelazila pod njegovu *patria potestas* i ostajala da i dalje živi u muževljevoj porodici, čiji je kult pretihodno prihvatila udajom i svečanom ceremonijom ulaznja u tu kuću (*deductio in domini mariti*). Ukoliko je želela da se preuda morala je da provede u žaljenju (*tempus lugendi*) deset meseci (kasnije je povećano na godinu dana), što je uvedeno iz moralnih razloga, ali i da bi se izbeglo „mešanje krvi“ (*turbatio sanguinis*), tj. mogućnost dovođenja u sumnju oćinstva deteta rođenog u sledećem braku.“ Ž. Bujuklić, 507.

²⁷ Z. Ponjavić, 78-79.

²⁸ M. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1974., 73.

²⁹ *Ibid.*, 73-74.

³⁰ Tada se pojavila i nova vrsta bračne veze; „konkubinat“. Vidjeti: Z. Ponjavić, 79. „*Cocubinitus* (lat., od: *cum*-sa + *cubare*-ležati, spavati), konkubinac, trajna zajednica muškarca i žene, koja za razliku od bračne veze (*matrimonium*) nije bila zasnovana na zakonu. Do nastanka ovakavog faktičkog odnosa dolazilo je obično zbog bračnih smetnji ili socijalnih i političkih razloga, ali takođe i kada neka lica nemaju želju da žive kao muž i žena (*affectio maritalis*). Konkubinac nije isto što i *contubernium* („zajedničko stanovanje, od: *cum*-sa + *taberna*-daščara, šator), trajna zajednica života između roba i robinje, koja liči na brak ali ne proizvodi odgovarajuće pravne posledice, a isto je nazivan i sličan odnos između gospodara i njegove robinje. Konkubinac je predstavljao čestu pojavu u svakodnevnom životu Rimljana, jer je po njihovom viđenju to bila pravno nepriznata, ali ne i nemoralna zajednica. To je uglavnom bio oblik zajedničkog života malih, običnih ljudi koji su, najčešće iz ekonomskih razloga, želeli da izbegnu običaje i ceremonije koje prate sklapanje braka (veridba, predbračni ugovor, miraz).“ Ž. Bujuklić, 240-241.

Inače, Rimljani su brakom smatrali samo takvu zajednicu koju pravni poredak priznaje brakom, pa se shodno tome tražila faktička zajednica života muškarca i žene, kao i trajna namjera, odnosno volja da budu baš muž i žena (*affectio maritalis*).³¹ Zato se brak i razvrgavao prestankom *affectio maritalis*-a, odnosno prestankom zajedničkog življenja, jer su oba ta elementa braka morala postojati trajno.³² Shodno ovome rimski brak se razlikuje od današnjeg, modernog poimanja braka za koji se traži samo početni konsenzus, a sam čin sklapanja braka se smatra ugovorom.³³ Za rimski brak koji se smatrao strogo monogamnim, nije bilo, kao kod orijentalni naroda, bitno spolno općenje (*copula carnalis*), pa su zato i rimski pravници tvrdili kako je brak, veza između muškarca i žene ujedinjenih za cijeli život, ustanova božanskog i ljudskog prava.³⁴ Zakonit brak sklapaju međusobno rimski građani koji se ujedinjuju prema zakonskim propisima i to odrasli (punoljetni) muškarci i žene zrele za udaju, bilo da su pravno očevi porodica, bilo sinovi u porodici, ukoliko, razumljivo sinovi u porodici kao podređena djeca imaju saglasnost roditelja pod čijom su vlašću.³⁵ Samo brak među osobama koje imaju *connubium* naziva se *matrimonium iustum*, pa se shodno tome samo takav brak ravna po *ius civile*.³⁶

Razvod braka je, kao jedan od načina prestanka bračne zajednice,³⁷ u antičkom Rimu podlijegao načelu slobode razvoda, pa se tako brak razvodio u formi suprotno od one u kojoj se sklapao.³⁸ Već od starih vremena brak je mogao biti razriješen razvodom (*divortium*). Kada je u razdoblju kasne republike prevladalo shvaćanje da brakovi moraju biti slobodni (C.8.38.2), samo su se supružnici smatrali ovlaštenima razvesti brak.³⁹ Kršćanska crkva je nastojala učvrstiti bračnu zajednicu zbog čega se, počevši od Konstantina, propisuju razlozi zbog kojih se brak može razvesti, a potom i kazne za razvod bez zakonom priznatog razloga.⁴⁰ Uvedeni su opravdani razlozi za razvod braka, te se počela praviti razlika između

³¹ M. Horvat, 70.

³² *Ibid.*, 70 fn. 1.

³³ N. Traljić/S. Bubić, 41-42.

³⁴ *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*. Modestin, *Digesta* 23, 2, 1. Ovo shvaćanje sadrži primjese starorimskog prava i kršćanske doktrine o braku, izražene kroz definisanje braka kao ustanove božanskog prava i zajednice života muškarca i žene za cijeli život. N. Traljić/S. Bubić, 38.

³⁵ *Institutiones Iustiniani*, Liber primus, De nuptiis, X.

³⁶ M. Jovanović, *Komentar starog rimskog ius civile*, Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš 2002, 62-64.

³⁷ O prestanku braka vidjeti: M. Šarac/Z. Lučić, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2006, 77.

³⁸ Vidjeti: M. Horvat, 79-80.

³⁹ M. Šarac/Z. Lučić, 77.

⁴⁰ *Ibid.*

opravdanog i neopravdanog razvoda braka.⁴¹ Razlozi za razvod su npr. stanovita zločinstva muža (umorstvo), a za ženu preljub ili svodstvo.⁴² Ujedno je po caru Teodoziju II za razvod braka uvedena obavezna forma raspusnog pisma (*libellus repudii*), koja je već ranije bila raširena u istočnim dijelovima carstva, a svodi se na biblijsko pravo.⁴³ „K tome dolaze i sedam svjedoka koji obično potpisuju raspusno pismo.“⁴⁴

U antičkog Grčkoj i Rimu ljubav i brak nisu bili nužno povezani. Štaviše, u antičkoj Grčkoj razlikovali su dva oblika ljubavi - običnu ljubav ili tjelesno zadovoljstvo i duhovnu, uzvišenu ljubav. U starom Rimu ljubav su poimali kao igru koja je za cilj imala seksualni užitak. Rim je upravo bio prva država koja je uvela institut razvoda braka.⁴⁵

Po Justinijanovom pravu, onog bračnog druga koji je kriv za opravdan razvod braka (*repudium ex iusta causa*), kao i onog ko je bezrazložno razveo brak (*repudium sine causa*) stižu imovinske i lične kazne.⁴⁶ Uočavamo kako rimsko pravo ne poznaje institut mirenja ili posredovanja između bračnih partnera u cilju približavanja njihovih stavova i razumijevanja različitih naravi bračnih partnera. Pored navedena dva slučaja u Justinijanovom pravu, postoje još neki oblici razvoda braka koji se označavaju kao sporazumni razvod braka (*divortium mutuo consensus*) ili dopušteni i nekažnjivi jednostrani razvod bez krivnje druge stranke (*divortium bona gratia*, kada jedna stranka npr. položi zavjet čistoće i stupi u neki red.).⁴⁷ Iz ovog proizilazi kako je rimsko pravo predviđalo posebne forme razvoda braka, ovisno o brakorazvodnim razlozima. Prema izloženom dâ se zaključiti kako je rimsko pravo u kršćansko doba zabranjivalo i kažnjavalo razvod bez opravdana razloga, ali su takvi razvodi ipak bili pravno valjani. Tek srednjevjekovno crkveno bračno pravo ozakonilo je potpunu nerazrješivost braka.⁴⁸

„I Konstantin, prvi hrišćanski car, je nastojao da ograniči razvod time što je repudijaciju sveo na unapred tačno određene slučajeve. Sve se ovo ponavljalo i kod kasnijih careva: Anastasija, naročito Justinijana i Lava Mu-

⁴¹ *Ibid.*

⁴² No, i razvod bez opravdanih razloga bio je pravno valjan, samo su u tom slučaju stranku koja je bez razloga razvela brak stizavale stanovite imovinsko-pravne štetne posljedice, tako naročito zabrana ponovnog braka, gubitak miraza i donacije *propter nuptias*, pa i kaznenopravne sankcije kao npr. deportacija (*relegatio*). Jednake sankcije stizavaju i onog bračnog druga koji je skrivio dozvoljeni razvod. M. Horvat, 80.

⁴³ Vidjeti: Ev. Mat. 5, 31.

⁴⁴ M. Horvat, 80.

⁴⁵ Vidjeti: O ljubavi i braku povodom tjedna braka, *obiteljskicentar.hr/vijesti/882* (29.02.2012.).

⁴⁶ M. Horvat, 80-81.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

drog, ali bez vidnijih rezultata po smanjenje broja razvoda.⁴⁹ I bizantsko državno pravo donosilo je odredbe o razrješenju ženidbe. Takve pozitivne odredbe nalaze se već u Konstantinovu zakoniku iz 331., zatim u Teodozijejom kodeksu, a Justinijan je među njih u početku ubrojio i mogućnost rastave po dogovoru, što je u kasnijim dopunama ukinuo. Tu odredbu je ponovo na snagu vratio car Justin (566. godine). Od devetog stoljeća dopušta se rastava „radi savršenijeg života“ (to jest posvećenog života, odlaska u samostan). Svakako je najznačajniji Justinijanov zakon iz 542. godine, budući da je izdan uz saglasnost patrijarha Mina (536.-552.), te je poslije unesen u Nomokanon (naslov XIV), koji je u X. stoljeću proglašen općevažnim crkvenim pravnim zbornikom.⁵⁰

Justinijan donosi pet razloga rastave: prijestup jednog supružnika koji se kažnjava smrću, kad muž ili žena dođu u stanje koje se može izjednačiti sa smrću, kad se dogodi preljub ili čin koji se može prosuditi kao preljub, kad nema neophodnih fizičkih uvjeta za brak i kad se muž ili žena žele posvetiti životu uzdržljivosti.⁵¹

2. *Divortium* i njegove posljedice u kanonskom bračnom pravu

Tokom cijelog srednjeg vijeka dvije velike svjetske religije su imale dominantan utjecaj na organizaciju braka i porodice. To su hrišćanstvo i islam.⁵² Pošto brak u hrišćanstvu predstavlja simboličnu vezu Hrista sa Crkvom i ta veza je neraskidiva, tako je i brak neraskidiv.⁵³ Jevanđelisti Marko i Luka podvlađaju neraskidivost braka, dok apostol Matej, dopunjavajući ih, dopušta takvu mogućnost u slučaju preljube.⁵⁴

Podjelom kršćanske crkve na istočnu (pravoslavnu) i zapadnu (katoličku) prihvaćena su različita shvatanja i po ovom pitanju. Dok katolička crkva prihvata učenje apostola Marka i Luke o neraskidivosti braka, ne pominjući riječi ... „osim za preljubu“, iz čega proizlazi da razvod nije dozvoljen, a što je potvrđeno na koncilu u Tridentu 1563. godine, uz iznimno davanje mogućnosti poništenja braka i rastave od stola i postelje (*à mensa et toro*), pravoslavna crkva tretira brak kao božansku i neraskidivu zajednicu, ali u pogledu ovog stajališta nije apsolutna, pa dopušta

⁴⁹ Z. Ponjavić, 150.

⁵⁰ A. Mateljan, „Sakrament ženidbe u pravoslavlju, povijest i teologija svete tajne braka“, *Crkva u svijetu*, 43 (2008), br. 1, 62.

⁵¹ Vidjeti: N. Milaš, *Pravoslavno crkveno pravo*, Paher i Kisić, Mostar, 1902, 671-672.

⁵² *Ibid.*

⁵³ „Što je Bog sastavio čovjeka da ne rastavlja.“ Vidjeti: Jevanđelje po Mateju, 19,6.

⁵⁴ U prilog ovoj tvrdnji navodi Hristove riječi: „Svako koji pušta ženu svoju, osim za preljubu, i oženi se drugom, čini preljubu.“ Vidjeti: Jevanđelje po Mateju, glava V, 32 i glava XIX,9).

da brak, iako neraskidiv, kao ljudska ustanova može prestati, a što je utemeljeno na učenju jevanđeliste Mateja o dopuštenosti razvoda u slučaju preljube.⁵⁵

Da bi se razumjelo pravoslavno shvaćanje same naravi rastave, dobro je, na primjer poći od tvrdnji priznatog episkopa i crkvenog pravnika Nikodima Milaša, koji piše: „Rastavom braka, ili upotrebljavajući evanđeoski izraz rastavljanjem muža od žene, koje se zbiva usred moralne ili religiozne smrti, koja nastupi kod supružnika, ne krši se evanđeoska zapovijed, da čovjek ne rastavlja ono što je Bog sastavio, niti to biva uslijed čina Crkvom priznate zakonodavne vlasti, nego se ono javlja samo po sebi, jer je porušen bračni vez, jer je među supružnicima nestalo same osnove braka, jer se više ne može postići svrha bračnog veza, jednom riječju, jer više nema braka. Dotična vlast dakle ne rastavlja brak, nego samo utvrđuje žalosni čin da je jedan zakoniti brak lišen svoje osnove, da je dakle samim Bogom rastavljen. Pa kao što je Pravoslavna Crkva stroga u svom nauku o nerazrješivosti braka, tako je stroga i u svojoj prosudbi o tome, kad mora priznati razvod nekog braka.“⁵⁶ To potvrđuju i kanoni koji od početka odbacuju mogućnost dogovorne rastave, što se prakticiralo u rimskom pravu.⁵⁷ Protestantske crkve imaju puno blaži stav prema rastavi i sklapanju drugog braka i to iz jednostavnog razloga, jer brak kod njih nije sakrament tj. nema jednu sakralnu težinu kao u Rimokatoličkoj crkvi.⁵⁸

Crkveno tumačenje svih razloga rastave svodi se, dakle, na smrt jednog od supružnika, s time da se smatra kako su moguće tri vrste smrti: fizička, moralna i religiozna. Na Crkvi je da utvrdi je li koja od tih smrti nastupila, te da bračnu vezu proglasi rastavljenim. Pravoslavni crkveni pravници, pa i teolozi, smatraju da se svi crkveni postupci oko razrješnja ženidbe mogu svesti na to dokazivanje, odnosno na presudu o činjeničnom stanju prestanka bračne veze.⁵⁹ John Meyendorff smatra da izvor dopuštenja rastave nije u svojevrsnom crkvenom prihvaćanju carskih zakona (takozvana *simfonija* između Crkve i države), nego da se radi o razvodu kao „neizbježnom faktoru ljudskog života u grešnom svijetu, u kojem čovjek može primiti ili odbaciti milost, u kojem je grijeh neizbježan ali je i uvijek otvoren pristup kajanju, u kojem Crkva ne pravi kompromi-

⁵⁵ Pravoslavna crkva je dalje razvila dopuštajući razvod i iz drugih uzroka, kao što su: rađenje o glavi supružnika, namjerni pobačaj, zlobno napuštanje, tjelesna i duševna bolest itd. Razlog tome možemo tražiti i u činjenici da crkva na istoku nije utjecala na svjetovno pravo, nego je i sama potpala pod njegov utjecaj. Vidjeti: Z. Ponjavić, 150.

⁵⁶ A. Mateljan, 62.

⁵⁷ Vidjeti: M. Horvat, 80-81.

⁵⁸ Vidjeti: <http://www.hrvatska-starokatolicka-crkva.com> (14.03.2012.).

⁵⁹ A. Mateljan, 63.

se s evanđeoskim normama, ali pokazuje saosjećanje i milosrđe prema ljudskim slabostima.⁶⁰

Iako teološko tumačenje, kao i kanonske odredbe propagiraju nerazrješivost ženidbe, raspadanje brakova i faktičnih bračnih zajednica činjenica je koju je nemoguće previdjeti, te stoga crkveni zakonodavac predviđa pravni institut rastave ženidbenih drugova uz trajanje ženidbene veze. Do rastave dolazi odlukom nadležne crkvene vlasti, ako u ženidbenoj zajednici dolazi do takvih postupaka i međusobnih odnosa zbog kojih je daljnji zajednički život nemoguć ili nepodnošljiv.⁶¹

Ipak, budući da ženidbena veza ostaje neprekinuta, rastavljeni ženidbeni drugovi ne mogu uspostaviti novu ženidbenu zajednicu. Kod takve rastave, zapravo riječ je o običnoj rastavi kojom se privremeno obustavlja ili konačno prekida zajednički ženidbeni život. Naime, zajednički ženidbeni život (*convictus coniugalis*) nije dio biti ženidbe, nego njezine cjelovitosti. Kod kanonske normative o rastavi ženidbenih drugova se očituje briga Crkve za dobro obitelji jer, iako dopušta prekid zajedničkog ženidbenog života u posebno teškim slučajevima, Crkva ipak inzistira na pomirenju i ponovnoj uspostavi njihove stvarne veze u skladu s načelom kršćanske ljubavi.⁶² Iako je bilo mišljenja da bi normativu o rastavi ženidbenih drugova trebalo prepustiti biskupskim konferencijama da ih urede „prema narodnim običajima“, prevladao je stav o potrebi jedinstva u pravnoj regulaciji te materije, pozivajući se na možda dvojben razlog da „osobiti razlog (preljub) koji daje pravo na uspostavu rastave, ima temelj u Sv. Pismu“.⁶³ Budući da ženidbeni drugovi imaju dužnost i pravo (*officium et ius*) čuvanja zajedničkog ženidbenog života kako bi ženidba mogla postići i svrhu kojoj je usmjerena (dobro supruga i rađanje i odgajanje potomstva), od zajedničkog ženidbenog života ispričava samo zakoniti razlog (*legitima causa*).⁶⁴ Zakonik kanonskog prava donosi odredbe samo za potpunu rastavu koja uključuje i prekid zajedničkog života (*separatio quoad habitationem*) i prekid zajedničkog stjecanja i trošenja materijalnih dobara (*separatio quoad mensam*) i prekid spolnih odnosa (*separatio quoad torum*). Postoje i nepotpune ili polurastave, samo od stola, samo od postelje, ali njih Zakonik pravno ne regulira jer su privatnog karaktera,

⁶⁰ Đ. Majendorf, „Vizantijsko bogoslovlje“, *Historijski tokovi i dogmatske teme*, Kalenić, Kragujevac, 1985, 240.

⁶¹ M. Bratković, „Razvrgnuće braka u rimskom, kanonskom i suvremenom hrvatskom obiteljskom pravu“, *Zbornik PFZ*, 61, (1), (2011.), 131 fn. 95.

⁶² Parafraza riječi kardinala P. Felicija iz Izvještaja s Biskupske sinode 1980. N. Škalabrin, *Ženidba, pravno-pastoralni priručnik*, Đakovo, 1995, 293.

⁶³ M. Bratković, 132 fn. 95.

⁶⁴ *Ibid.*, 132.

pa se, naime, mogu provesti ličnom odlukom.⁶⁵ Do rastave može doći i zbog razloga vjerskog i nadnaravnog karaktera, kao što su „želja slijediti Krista Gospodina u staležu veće savršenosti,⁶⁶ želja posvetiti se djelima ljubavi i apostolata i želja raditi u misijskim zemljama itd. Ipak je u tim slučajevima prijeko potreban pristanak drugog ženidbenog druga.“⁶⁷

Rastavom uz trajanje ženidbene veze, osim zajedničkog ženidbenog života, prestaju i različita prava i dužnosti ženidbenih drugova, kao što su intimni odnosi i uzajamna pomoć, ali nikad ne prestaje, primjerice, obveza uzdržavanja i odgoja djece, uzajamne vjernosti i sl.⁶⁸

2. 1. Razlozi zakonite i trajne rastave bračnih supružnika po kanonskom pravu

Zakonik kanonskog prava (*Codex Iuris Canonici*)⁶⁹ kao jedini razlog zakonite potpune i trajne rastave navodi preljub (*adulterium*), koji teško remeti bračne odnose i bračnu vjernost. „Ipak, usrdno se (*enixe*) preporučuje da ženidbeni drug oprostí svojem drugu i da ne prekine ženidbeni život, povodeći se kršćanskom ljubavi (*caritate christiana*) i dobrom vlastite obitelji.“⁷⁰

„Iako se preporučuje da ženidbeni drug, potaknut kršćanskom ljubavlju i zauzet za dobro svoje obitelji, ne uskrati oprostjenje preljubničkoj stranci i ne prekine ženidbeni život,⁷¹ ipak, ako joj izričito ili prešutno ne oprostí prijestup, ima pravo prekinuti zajednički ženidbeni život, osim ako je pristao na preljub ili mu dao povoda, ili i sam počinio preljub.“⁷² Postoje, dakle, određene pretpostavke koje moraju biti zadovoljene da bi se ostvarilo pravo razrješenja zajedničkog ženidbenog života. Potrebno je, naime, da bude riječ o stvarnom preljubu sigurnom u materijalnom, formalnom i moralnom aspektu.⁷³ Za ustanovljenje stvarnog preljuba nisu, dakako,

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*, 133 fn. 96.

⁶⁷ N. Škalabrin, 313.

⁶⁸ M. Bratković, 133.

⁶⁹ Zakonik kanonskog prava (*Codex Iuris Canonici*), proglašen vlašću Pape Ivana Pavla II, 25.01.1983., prijevod: Hrvatska biskupska konferencija, Glas koncila-Zagreb, 1996. Vidjeti: M. Berljak, *Kanonski oblik ženidbe, Povijesni razvoj - Zakonik kanonskoga prava*, Zagreb, 1999, 17.

⁷⁰ M. Bratković, 134.

⁷¹ „Prešutno se oprostjenje ima ako je nedužni ženidbeni drug, pošto je doznao za preljub, svojevolljno s bračnim osjećajem općio s drugim ženidbenim drugom; oprostjenje se pretpostavlja ako je tijekom šest mjeseci sačuvao zajednički ženidbeni život i nije se utekao crkvenoj ili građanskoj vlasti.“ Vidjeti: Kan. 1152, § 2.

⁷² *Ibid.*, 133-134 fn. 96.

⁷³ Materijalni aspekt preljuba pretpostavlja seksualno združenje s osobom različitom od svojega supruga, a formalan preljub nužno podrazumijeva voljni element. Dakle, formalno se ne smatra preljubom seksualno združenje s drugom osobom zbog prisile ili prijevare ili pak u nesvjesnom stanju. *Ibid.*

dovoljne dvojbe, sumnje ili nagađanja.⁷⁴ Zanimljive su odredbe koje ostvarenje prava na rastavu uz trajanje ženidbene veze uvjetuju izostankom pristanka na preljub drugog ženidbenog druga, nedavanjem povoda za preljub i nepočinjenim preljubom od strane drugog ženidbenog druga.⁷⁵

Nedužni ženidbeni drug za konačni razvod od svojeg ženidbenog druga dužan se obratiti nadležnoj crkvenoj vlasti, a ne može samovoljno pristupiti trajnoj rastavi. Dakle, nedužni ženidbeni drug koji je svojevolumno prekinuo ženidbeni život mora, u roku od šest mjeseci, pokrenuti parnicu za rastavu kod nadležne crkvene vlasti koja mora prije pokretanja postupka pokušati navesti nedužnog ženidbenog druga na oprost preljuba. Bitno je napomenuti da rastava u kanonskom pravu nema kazneni karakter. Crkva zapravo ne nameće nikakav oblik rastave, ali je dopušta uz nužno poticanje na oprost i odricanje od prava na rastavu.⁷⁶ „Preljub u Katoličkoj crkvi, imajući u vidu da je to veoma težak grijeh, daje samo pravo traženja trajne rastave. U pravoslavnim i protestantskim crkvama preljub je razlog za razvod, tj. razlog za razrješenje same ženidbene veze. Tridentiski je sabor isključio mogućnost da preljub bude razlog za razrješenje ženidbe.“⁷⁷

„Kanonsko pravo, dakle, ne poznaje sporazumni oblik rastave ženidbe koju bi poslije potvrdila sudska odluka. Isto tako, faktična je rastava za kanonsko pravo irelevantna. Štoviše, crkveni zakonodavac ne dopušta da ženidbeni drugovi prekidu svojeg ženidbenog života pristupe samovoljno, bez zahvata nadležne crkvene vlasti. Crkva veliku pažnju posvećuje zaštiti obitelji te i u slučaju rastave ženidbene drugove obvezuje na prikladnu brigu za potrebno uzdržavanje i odgoj djece.“⁷⁸ Iz svega navedenoga, uzmu li se u obzir široka interpretativna mogućnost povlastica vjere, nameće se zaključak da jedino ženidba *ratum et consummatum* i to kad postoji

⁷⁴ O preljubu govori i šesta zapovijed, koja pomaže muškarcima i ženama da prepoznaju i prihvate svoj spolni identitet: „Fizička, moralna i duhovna razlika i komplementarnost usmjerene su prema dobrima braka i razvoju ljudskog života. Sklad bračnog para i društva dijelom ovisi od načina na koji su življeni komplementarnost, obostrana potreba i potpora između spolova“. Iako starozavjetna formulacija zabranjuje samo preljub, „crkvena je predaja shvatila šestu zapovijed kao onu koja obuhvaća cjelokupnost ljudske spolnosti“. Kršćansko gledanje na ljudsku seksualnost traži integriranje vlastite seksualnosti u odnos s bračnim partnerom, ali prije braka i izvan braka traži „gospodstvo nad samim sobom, što je odgoj za ljudsku slobodu. Alternativa je jasna: ili čovjek **zapovijeda svojim strastima** i postiže mir, ili **pušta da ga zarobe** i postaje nesretan“. U ljudsko dostojanstvo spada ne robovati strastima. Vidjeti: M. Zovkić, „Deset Božjih zapovijedi i ljudska prava“, *Uporedna religijska prava-hrestomatija*, priredio: F. Karčić., Fakultet islamskih nauka u Sarajevu, Sarajevo, 2005, 161.

⁷⁵ *Ibid.*, 133-134.

⁷⁶ *Ibid.*, 134.

⁷⁷ N. Škalabrin, 315.

⁷⁸ Vidjeti Kan.1154., M. Bratković, 135.

potpuna sigurnost da je takva, u potpunosti onemogućuje bilo kakvo razrješenje ženidbene veze.⁷⁹

Iako je učiteljstvo rimskih prvosvećenika o apsolutnoj nerazrješivosti tvrde i izvršene ženidbe obvezujuće, ono nema dogmatski karakter, dakle nije nepromjenljivo. Naime, određen broj kanonista i teologa smatra da bi *de iure condendo* vlasti rimskog prvosvećenika trebalo prepustiti i rastavu tvrdih i izvršenih ženidaba zbog vrhovnog dobra duša. Nameće se pitanje je li posve isključena mogućnost da se u vlast rimskog prvosvećenika uvrsti i razrješavanje tvrdih i izvršenih ženidaba ili pak papa takvu vlast već ima, ali je dosad nije primjenjivao.⁸⁰

Posmatrano iz bosanskohercegovačkog porodično-pravnog ugla, po ovom pitanju, za našu državu bi mogao biti zanimljiv Temeljni ugovor između Svete Stolice i Bosne i Hercegovine.⁸¹ Iako je u pripremi tog Ugovora prvobitno postojao član koji je predviđao da crkvena ženidba ima civilni učinak, ipak je tokom dogovaranja crkvena strana prihvatila da Ugovor izostavi tu odredbu budući da je u Bosni i Hercegovini već više od pola stoljeća običaj i zakonska obveza da se ženidba najprije sklopi na civilni način.⁸²

S druge strane, vodeći računa o složenoj vjerskoj situaciji u našim krajevima, smatralo se razboritim odvojiti crkveno područje od civilnoga, u ženidbenoj materiji. „Vodilo su računa i o civilnim zakonima koji već desetljećima propisuju obvezu sklapanja ženidbe pred državnim službenikom i kažnjavaju vjerskoga službenika, bilo koje vjere, koji bi obavio cr-

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Isto tako, dio kanonista smatra da izvršenje ženidbe „donosi obično upotpunjenje koje simbolizam čini jasnijim, ali simbolizam već postoji u ženidbi-sakramentu, neovisno o njezinom izvršenju.” Na istom tragu, ali na različit način pitanju razrješivosti tvrde i izvršene ženidbe pristupaju kanonisti koji naglašavaju nužnost revidiranja pojmova izvršene i tvrde ženidbe. Što se izvršenja tiče, trebalo bi razmotriti nije li za potpuno izvršenje nužan i osjećaj koji nadahnjuje fizičko sjedinjenje ženidbenih drugova, pa smatraju da bi trebalo ekstenzivnije tumačiti pojam konzumiranosti ženidbe. Isto je stajalište vezano uz tvrdoću ženidbe. N. Šklarabin, 296. M. Bratković, 136.

⁸¹ Naime, slomom Austro-Ugarske 1918. godine prestao je vrijediti konkordat koji je bio sklopljen 1855. Godine između Svete Stolice i Austrije, a koji je, inače, vrijedio i u ovim krajevima.

⁸² Član 13. Ugovora između Svete Stolice i Republike Hrvatske o pravnim pitanjima sadrži odredbe kojima se reguliše da „kanonska ženidba od trenutka sklapanja ima građanske učinke prema odredbama zakonodavstva Republike Hrvatske ako ugovorne stranke nemaju civilne zapreke i ako su ispunjeni propisi predviđeni odredbama zakonodavstva Republike Hrvatske. Način i rok upisa kanonske ženidbe u državne matice vjenčanih propisuje zakonodavstvo Republike Hrvatske. Priprava za kanonsku ženidbu obuhvaća pouku budućih supružnika o crkvenom nauku glede uzvišenosti sakramenta ženidbe, navlastito o njezinoj jednosti i nerazrješivosti i o građanskim učincima ženidbe sukladno sa zakonodavstvom Republike Hrvatske. Odluke crkvenih sudova o ništavosti ženidbe i odluke Vrhovne vlasti Crkve o razrješenju ženidbenoga veza, dostavljaju se nadležnome državnom sudu radi primjene građanskih učinaka odluke, u skladu s odredbama zakonodavstva Republike Hrvatske.“

kveno vjenčanje prije civilnoga.“⁸³ „Tako npr. ni sadašnji Obiteljski zakon Federacije BiH, objavljen 20. lipnja 2005., ne poznaje mogućnost civilnoga učinka kanonske ženidbe, zahtijeva da svi najprije sklope ženidbu pred državnim službenikom, priznaje pravo na naknadnu vjersku ženidbu, a za svakoga vjerskoga službenika, koji bi obavio vjersko vjenčanje prije civilnoga, predviđa novčanu kaznu. K tome, ovim je izbjegnuta obveza župnika na dodatnu administraciju i dopisivanje s nadležnim državnim uredima te izbjegnuto kompliciranje situacije oko sklapanja tajnih kanonskih ženidaba koje u određenim okolnostima predviđa crkveni zakon.“⁸⁴

Uzroci razvoda braka u zakonodavstvu Pravoslavne crkve⁸⁵ su:

- a. Preljuba i to kako stvarna tako i fiktivna. Međutim, ne mora se odmah tražiti razvod braka zbog preljube ako nevinna strana hoće da oprost i nastavi bračnu zajednicu.
- b. Kada se radi o glavi (životu) bračnog druga. Onoga časa kada jedno bračno lice ugrožava život drugom prekida se takva zajednica i ruši moralno-religijska osnova i ideja braka. Ova odredba ušla je u zakonske zbornike Pravoslavne crkve iz državnog zakonodavstva u V. stoljeću.
- c. Namjerno učinjen abortus. Međutim, pobačaj koji se vrši na osnovu odluke liječničke komisije nije uzrok za razvod braka, ako je bilo upitanju očuvanje života majke.
- d. Zlobno napuštanje bračnog druga (*disertio*), najmanje godinu dana bez pristanka drugog bračnog lica, znači napuštanje zajednice. Bilo da je u pitanju zlonamjerno ili neopravdano napuštanje, Crkva razvodi takav brak krivicom lica koje napušta bračnu zajednicu.
- e. Nestanak bračnog druga (*quasi-disertio*) i to kada se nestali bračnidrug ne javlja više od dvije godine po odlasku.
- f. Tjelesna i duševna bolest. Još u rimsko-vizantijskom zakonodavstvu duševna bolest bila je uzrok, uz uslov da se snosi takvo stanje kod bračnog druga tri godine za ženu, a pet godina za muža. U

⁸³ T. Vukšić, Značenje Temeljnog Ugovora između Svete Stolice i Bosne i Hercegovine te dodatnog Protokola na njega, pitanje ženidaba. Vidjeti: http://kuvn.org/temeljni_ugovor.pdf (21.03.2012.).

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Više o ovim uzrocima vidjeti: J. Nikolić, „Razvod braka u pravoslavnoj crkvi.“ Vidjeti: hrcak.srce.hr/file/53793 (14.03.2012.). O razlozima koji su doveli do poništenja ili pak razvoda braka vidjeti: od § 93.-§ 95. Građanskog zakonika za Kraljevinu Srbiju, Beograd, 1907, 25.-27.

zborniku Krmčiji imamo propis da je teška zaraza, kuga (lepra) uzrok za razvod. Bračna Pravila⁸⁶ Srpske pravoslavne crkve (SPC) dopuštaju razvod braka zbog neizlječive teške bolesti koja bi se javila nakon sklopljenog braka.

- g. Moralna pokvarenost kao uzrok razvoda, u slučajevima kada jedan bračni drug svojim ponašanjem onemogućuje održavanje potpune i harmonične bračne zajednice.
- h. Otpadništvo od pravoslavne vjere (*apostazija*). „Naša bračna pravila priznaju ove slučajeve otpadništva, kao uzrok razvoda braka: ako jedno lice otpadne od pravoslavne vjere i ostane bez ikakve vjere (bezvjerac, Konfessionloss); kad jedno bračno lice primi drugu vjeru i to takvu, u kojoj nema svete tajne krštenja (npr. muslimanska, mojsijevska i neke religije Istoka), kad jedno lice napusti pravoslavnu vjeru i primi koju drugu hrišćansku vjeru. Ovo se, istina, ne bi moglo smatrati u strogom smislu otpadništvom kao u naprijed navedenim slučajevima.“⁸⁷
- i. Ako jedno bračno lice bude isključeno iz Pravoslavne crkve (*anatema*). Posljedice razvoda braka u Pravoslavnoj crkvi na crkvenopravnom području mogu biti trojakog karaktera: u pogledu novog braka, u pogledu kazne za krivca i u pogledu srodničkih odnosa iz razvedenog braka.⁸⁸

Poslije rata, 1946. godine Arhijerejski sinod SPC donio je načelnu odluku u vezi razvoda mješovitih brakova, koja glasi: „Ako je razvedeni vjerski brak bio sklopljen pred organom druge, ma koje vjeroispovesti, dakle, van Pravoslavne crkve, moći će supružnici, ako su u međuvremenu primili pravoslavlje, stupiti u drugi-pravoslavni brak. Na osnovu same presude

⁸⁶ „Zajednica života čoveka i žene (građanski brak) po spoljašnjosti izgleda kao i crkveni brak. To je izazvalo Oce da ponekad u kanonima nazovu brakom i ono što u suštini nije zakonit, Bogom blagosloveni brak, i venčanjem ono što nije venčanje u smislu traženja istog blagoslova, nije crkveno venčanje. Ovo je stvorilo nedoumice u pogledu pojedinih odnosa, da li su oni brak ili blud. Najveće nedoumice izazvale su upravo zajednice života čoveka i žene (građanski brak). Da bi razrešio ovo pitanje sveti Vasilije Veliki svojim 26. Kanonom imenuje pravim imenima (crkveni) brak i blud (građanski brak), ne obraćajući pažnju na ono što prikazuje spolja, nego sudeći upravo po duhovnoj suštini. Ipak, ako Sveti Oci i nazivaju zajednicu života čoveka i žene (građanski brak) bludom, oni prave zaliku između tog bluda i bluda zajednice uživanja. Valja istaći da ta razlika nije razlika suštine, inače bi se uveo drugi naziv. Ne, blud je blud. Sveti Oci samo manje kažnjavaju blud u okviru zajednice života (građanski brak) verovatno idući u korist činjenici da su u toj vezi odnosi čoveka i žene dublji i čvršći. Stoga se i ne insistira do kraja na razvrnguću te zajednice, kao što se to insistira u slučaju zajednice telesnog uživanja.“ Vidjeti: <http://www.manastir-lepavina.htnet.hr/svetinja-braka.html> (21.03.2012.).

⁸⁷ *Ibid.*, 183-184.

⁸⁸ *Ibid.*

građanskog suda o razvodu njihovog ranije verskog braka.“⁸⁹

„Od dana stupanja na snagu Osnovnog zakona o braku u našoj zemlji, 9. maja 1946. godine⁹⁰ crkveni sudovi Pravoslavne crkve više ne razvode brakove sklopljene u drugim vjeroispovijestima i za svoje pravno područje, jer se uzima da takvi brakovi za crkveno-pravno područje Pravoslavne crkve nisu ni postojali. Prema tome, za prestanak takvih brakova dovoljna je samo presuda građanskih sudova. Ima mišljenja da bi se ova i druga pitanja oko razvoda braka morala ozbiljnije razmotriti u duhu novih nastojanja da se unaprede interkonfesionalni odnosi, ali ne na štetu postojećih zakonskih propisa.“⁹¹

3. *Et-talaq* u šerijatskom bračnom pravu

Šerijat ili islamsko pravo je sveobuhvatni sistem koji obuhvata cjelokupno područje ljudskog iskustva. To nije običan pravni sistem nego cjelovit sistem prava i morala.⁹² To znači da islamsko pravo ima za cilj da regulira sve aspekte ljudske djelatnosti, a ne samo one koji bi mogli uključiti pravne posljedice. Na taj način, svi akti i odnosi se procjenjuju u skladu sa skalom od pet moralnih standarda. Prema Šerijatu jedno djelo može biti klasificirano kao obavezno (*wajib*), preporučeno (*mandub*), dopušteno (*mubah*), pokuđeno (*mak-ruh*) ili zabranjeno (*haram*).⁹³

Nasuprot hrišćanskoj crkvi, islam usvaja učenja o mogućnosti raskida braka.⁹⁴ Islamski brak je po svojoj suštini i sklopu privatno-pravne prirode. On se sklapa jednostavnim bračnim ugovorom i pogodbom. Stoga je on i razrješiv.⁹⁵ U njegovoj razrješivosti mužu pripada široko i neograničeno pravo, dok žena samo u izvjesnim slučajevima ima pravo na razvod i razvrgnuće svog braka. Muž može kad god hoće pustiti (*tatlik*) svoju ženu, pa ukoliko je nesavjestan, on to može izvršiti bez ikakva razloga i za najma-

⁸⁹ Više o ovim uzrocima vidjeti: J. Nikolić, „Razvod braka u pravoslavnoj crkvi.“ Vidjeti: *hrcak.srce.hr/file/53793* (14.03.2012.).

⁹⁰ Osnovni zakon o braku („Službeni list FNRJ“ br. 29/46, 36/48, 44/51, 18/55, Službeni list SFRJ, 12/65, 28/65- prečišćeni tekst). Donošenjem Osnovnog zakona o braku 1946. godine ukinuta je dotadašnja isključiva nadležnost vjerskih zajednica u bračnim i porodičnim stvarima i ta su pitanja prenesena u nadležnost države. Vidjeti: U. Habul, „Razvod braka kao ljudsko pravo“, *Pregled, časopis za društvena pitanja*, broj 1-2, god. 2003., Sarajevo, april/travanj 2003, 124.

⁹¹ *Ibid.*, 185.

⁹² Z. Grebo, *Religija i pravo-materijali za seminar*, Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet, Školska 2006./07. godina., 55-56.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Z. Ponjavić, 151.

⁹⁵ *Et-talaq*-razvod braka nije zabranjen, ali u pogledu tog čina u hadisu se navodi: „Nijedno dopušteno djelo nije tako mrsko Bogu kao razvod braka.“ Vidjeti: <http://www.camo.ch/islbrak.htm> (22.03.2012.).

nju sitnicu, bez ženine privole, iako se bezrazložno puštanje žene smatra velikim grijehom. Žena, međutim, nema u pogledu razvoda svog braka toliko široko pravo, ali ga u izvjesnim slučajevima ipak može imati i to bez saglasnosti muža.⁹⁶

Obično razvrgnuće islamskog braka biva samo u slučajevima, kada se pri sklapanju braka mimoide koji od propisanih uslova (šurata) i elemenata (*erkana*) pravno valjanog braka. „Ova vrsta razvrgnuća braka u praksi je vrlo rijetka, jer se tome kod šerijatskih sudova,⁹⁷ odnosno kod ovlaštenih imama, pri sklapanju brakova posvećuje velika pažnja (da brak bude sklopljen pravno-valjano),⁹⁸ posebno od onog vremena, otkada je Vrhovni šerijatski sud u Sarajevu za svoje područje, Sreskim šerijatskim sudovima izdao opširnu uputu o sklapanju brakova.“⁹⁹ Po islamskom pravu, prekidanje bračne veze odlukom muža ograničeno je na tri puta, kada

⁹⁶ Hafiz A. Bušatlić, vrhovni šerijatski sudija, „Puštanje žene (*tatlik*), sporazumni razvod braka, razvrgnuće i utnuće braka (*feshi nikah*) po islamskom (šerijatskom) pravu“, *Glasnik Vrhovnog vjerskog starješinstva IVZ Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 11/1934, br. 3, 152-160.

⁹⁷ U Bosni i Hercegovini Auto-Ugarska je zadržala šerijatske sudove i dala im status državnih vlasti. Njihovu nadležnost i organizaciju uredila je brojnim naredbama. Temeljni pravni akti austrougarske vlasti u tom procesu je bila Naredba o ustrojstvu i djelokrugu šerijatskih sudova od 30. X 1883. Postojale su dvije vrste šerijatskih sudova: kotarski sudovi i Vrhovni Šerijatski sud u Sarajevu. Ovaj posljednji je imao ulogu apelacione instance. Šerijatski sudovi su bili nadležni za sljedeće stvari: pitanja bračnog prava ako su muž i žena islamske vjere bez obzira da li seradi o imovinskopravnim ili drugim poslovima, pitanja prava i dužnosti između muslimanskih roditelja i djece, raspravljanje idijeljenje zaostavštine muslimana ako je ona mulk-prirode, raspravljanje svih pitanja u vezi sa zapisima u slučaju smrti, učešće u dijeljenju mirije nekretnina, tutorskim i starateljskim poslovima, tapijskimi poslovima i upravi vakufa. Kasnijim aktima okupacione uprave nadležnost šerijatskih sudova je proširena. Uglavnom, njihova jurisdikcija je bila obavezna za sve sljedbenike islama. I u Crnoj Gori funkcionisali su šerijatski sudovi i imali su karakter državnih vlasti. Primjena šerijatskog prava u Srbiji je bila u nadležnosti muftija i nije bila zakonski regulisana sve do 1914. Do tada je faktičkim putem, naročito zbog **nepostojanja građanske forme braka u srpskom pravu**, niškom muftiji priznata nadležnost u bračnim stvarima muslimana. Za Srbiju je bilo, dakle, karakteristično spajanje vjerskih i šerijatsko-sudskih funkcija u istim licima. U našoj državi vjerske zajednice su, po Ustavu od 31. januara 1946. odvojene od države. Šerijatski sudovi su ukinuti 5. marta. 1946. Zakonom o ukidanju šerijatskih sudova na području NR BiH, koji je donijelo Predsjedništvo Narodne skupštine Republike BiH ukinuti su šerijatski sudovi a šerijat je izgubio karakter pravne norme za muslimane u našim krajevima. Gubitak pozitivno-pravnog statusa šerijatskih propisa ne znači da su islamski propisi izgubili relevantnost za muslimane u Bosni i Hercegovini. Vidjeti: F. Karčić, *Historija šerijatskog prava*, Fakultet islamskih nauka u Sarajevu, Sarajevo, 2005., 226-230.

⁹⁸ O bračnim smetnjama u pozitivnom i šerijatskom pravu vidjeti: N. Begović, „Bračne smetnje u šerijatskom pravu i porodičnom zakonodavstvu Federacije Bosne i Hercegovine“, *Glasnik Rijasete Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, LXVII/2005, br. 1-2, 31.-42.).

⁹⁹ Hafiz A. Bušatlić, 152-160. Šerijatski sudovi nadležni za personalno pravo muslimana bavili su se vjersko-administrativnim i imovinskim aspektom statusa muslimana, braka, porodice i vakufa. Ukidanje jedne ustanove vanjskom intervencijom pokazalo se lakše prihvatljivom nego njena neizvjesna transformacija. Nepostojanje šerijatskih državnih sudova pokazatelj je transformacije šerijatskih normi iz pravnih u vjersko-moralne. F. Karčić, „Islam u sekularnoj državi: primjer Bosne i Hercegovine“, *Religija i sekularna država*, Europski abrahamski forum, Konrad Adenauer Stiftung, Međureligijski institut u Bosni i Hercegovini, Međunarodni simpozij, Sarajevo, 21-24. oktobar/listopad, 2007, 33-34.

nastupa definitivni razvod braka (*et-talaku' l-bain*). U tom slučaju, muž više ne može vjenčati svoju ženu, dok se ne ispune propisani uslovi.¹⁰⁰

„Druge vrste razvrgnuća islamskog braka, naročito one na koje žene imaju pravo, nešto su brojnije, jer su i odnosni uzroci toga brojniji, a najbrojniji su slučajevi običnog puštanja žene po mužu (*talaq*) i sporazumnog razvjenčanja (*huli, talâq, alâ mâlin*).“¹⁰¹

Po islamskom pravu, kako je gore navedeno, žena nema, kao muž, široko priznato pravo na razvod svog braka, ali uživa pravo na razvod braka, odnosno može ga tražiti u izvjesnim slučajevima koje ćemo u nastavku navesti. Ovdje nije riječ o običnom puštanju, koje prvenstveno zavisi od volje muža, nego o razvrgnuću braka putem sudskog postupka. Ti slučajevi, utemeljeni na osnovnim izvorima šerijatskog prava, potvrđeni su i od strane šerijatskih sudova za vrijeme njihove institucionalno-pravne egzistentnosti na ovim područjima.

3. 1. Razvod braka „*tefvidi talakom*“ - prenošenjem prava puštanja na ženu

Muž pravo puštanja žene može prenijeti na svoju ženu. Stoga svaka zaručnica može, u momentu sklapanja svog braka, a i kasnije u braku za svaki slučaj, zahtijevati od svog zaručnika (muža), da joj on dodijeli pravo razvrgnuća njihova braka u toku bračnog života. Shodno tome, ako muž odmah kod vjenčanja ili kasnije to svoje pravo puštanja prenese na svoju ženu i ona ga u tom momentu prihvati, stekla je pravo da svoj sklopljeni brak razvrgne u bilo kom momentu. Žena ima pravo da zahtjev za razvod

¹⁰⁰ N. Begović, 32-42.

¹⁰¹ U svjetlu toga zanimljiva je sljedeća konstatacija: „Vrijedno je ovdje dodati, da uza sve, neograničeno pravo muža na puštanje žene po utvrđenoj statistici ipak ne sačinjava niti to pogađa ni 10% sklopljenih brakova. A, ukoliko i taj relativno mali postotak postoji, on se zbiva najvećim dijelom na strani onih bračnih parova, koji su imovinski zaradno slabiji. Tom malom postotku biće da je uzrok to, što se bezrazložno puštanje žene ubraja u velike grijehove i što su posljedice tog Bogu mrskog čina teške, jer u takom slučaju nastupa odgovornost prema Bogu (kazna) i plaćanje „*mehra*“ i „*nafakai-iddeta*“ (alimentacije) ženi, a katkada i dječijeg uzdržavanja, što za svakog nije lahka i jednostavna stvar. Što se i taj mali postotak zbiva ponajviše na strani slabije situiranih lica i muževa slaba morala, razumljivo je, jer ovi obično do grijehova malo ili ništa ne drže, a ne boje se mnogo ni više istaknutih materijalnih posljedica bračnog razvoda, jer rijetko kada te posljedice trpe, pošto u najviše slučajeva na njihovoj strani sudska ovrha za dosuđeni „*mehr*“ i „*nafaku*“ ispada bezuspješna...U ovakvim slučajevima gdje se već pri samom ulazu u brak zna, da je muž slabog odgoja i da nije kadar uzdržavati ženu i da ona ni sudskom odlukom neće moći doći do svoje nafake, svaka takova udavača bi trebala da ne stupa u brak sa takvim licem i to bi za njih bio jedini spas od teških bračnih posljedica koje ih kasnije nalaze radi njihove nepromišljenosti kod ulaza u brak sa takvim licima. Takovo lice iako ne bi se smjelo ni ženiti prije nego li uzmogne uzdržavati ženu, jer je to grijeh (*haram*), pa bi se i ono spasilo poteškoća, koje uzrokuju teške bračne posljedice. Tim bi i bijeda manja bila na svijetu. Naravno da savjesni ljudi tako i postupaju, ali ih je nažalost vrlo mali broj takvih, osobito u današnjem pokvarenom i razuzdanom društvu koje slabo drži do poštenja, morala i do udovoljavanja svojim dužnostima i respektiranju prava svoje zajednice, osobito porodične.“ Hafiz A. Bušatlić, 152-160.

braka iznese pred sud radi konstatacije odnosno utvrđivanja činjenica i eventualne naplate svog *mehra* i *nafakai iddeta* kao i preudaje.¹⁰²

3. 2. Razvod braka „*ta'liki talakom*“

U bračnom životu muž može da opstojnost bračne zajednice uslovi izvjesnim događajima i činjenicama. „Stoga na primjer, u slučajevima kada je muž pijanica ili je inače nevaljao i nemoralan, žena može od muža zahtijevati, da se on kani i prođe tih nevaljalih poslova i da sa pri tom uci-jeni tako, da on dalju opstojnost njihova braka veže uz napuštanje pića odnosno izvjesnih nevaljalština sa izrazom da mu je žena puštana, ako se iza tih riječi napije ili izvjesnu nevaljalštinu izvrši.“¹⁰³

3. 3. Razvod braka zbog impotentnosti muža (*innin*)

„Kada žena nađe svog muža impotentnim (*inninom*), nesposobnim za bračni spolni život, ima pravo na razvod svog braka pod uslovom, da ona pri sklapanju svog braka s njim nije znala za taj njegov nedostatak (*manu*) i nesposobnost za spolni bračni život.“¹⁰⁴ U tom slučaju žena ima pravo da podnese zahtjev za razvod braka pod uslovom da je muž, na čijoj strani se nalazi razlog za razvod braka, ne želi pusti.¹⁰⁵ Ako muž na sudu prizna tu svoju manu, sud će mu dati rok od jedne godine kako bi se pokušao izli-ječiti, odnosno kako bi „eventualno postigao moć i fizičko poboljšanje.“¹⁰⁶ „Ukoliko se muž kroz tu godinu ne popravi zdravstveno stanje i ne mogne spolno općiti,¹⁰⁷ a žena se zbog toga obrati sudu sa zahtjevom da se njihov brak razvede, sud će mu narediti, da je pusti pa ako on ne htjedne to uči-niti, sud će njihov brak razvrći.“¹⁰⁸

3. 4. Razvod braka zbog pomanjkanja spolnih udova (*medžbub*)

„Ukoliko žena želi razvrći svoj brak, ona to može i u slučaju pomanjka-nja spolnih udova kod partnera. U tom slučaju mora ovu činjenicu iznijeti pred sud, pa ako sud ustanovi, da u njena muža zaista manjkaju spolni

¹⁰² „Muž tu svoju datu i po ženi prihvaćenu privolu ne može poslije nikako opozvati, nego mora trpjeti po-sljedice toga.“ *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Shodno tome vidjeti: Odjeljak 3, § 119. i 122., Ženidbeni zakon (Hukuk-i aile kararnamesi), F. Karčić, *Historija šerijatskog prava*, 273.

¹⁰⁶ Hafiz A. Bušatlić, 154-160. Vidjeti: § 121., Ženidbeni zakon (Hukuk-i aile kararnamesi).

¹⁰⁷ Više vidjeti: <http://www.n-um.com/?q=node/4141> (15.03.2012.).

¹⁰⁸ Isto će se postupiti i u slučaju nepriznanja, ako se vještačenjem utvrdi, da dotična mana na strani muža zaista postoji. Hafiz A. Bušatlić, 154-160.

udovi, sud će odmah razvrgnuti njihov brak bez obzira na to, da li je žena pri sklapanju braka znala za tu muževu manu ili nije.¹⁰⁹ „U slučaju uškropljenog (*hasijj*) muža postupaće se kao i kod impotentnog.“¹¹⁰

3. 5. Razvod braka zbog slaboumnosti (*džunûn*) i neizlječivih bolesti (*džuzâm, bers*)

Brak se u islamskom pravu može razvesti i zbog slaboumnosti muža, kao i zbog neizlječivih bolesti i njima sličnih stanja supruga pod sljedećim uslovima:

- da je muž zaista obolio jednom od gore navedenih bolesti,
- da žena pri vjenčanju nije znala za tu muževu manu, ako je ona postojala još prije vjenčanja,
- da nema nade, da će ta bolest proći (*bitiizlječena*) i nestati, te
- da se žena ni riječju ni svojim postupkom nije pokazala zadovoljnom živjeti u braku sa tako oboljelim mužem.¹¹¹

„Šerijatski sud će nakon pomno i svestrano provedenog postupka (izvođenja svih dokaza)¹¹² i nakon ustanovljenja da nema nade u izlječivosti bolesti, njihov brak razvrći. Tako će isto sud postupiti i u slučaju kada muževo neizlječivo stanje ili koja od napomenutih bolesti nastupi i poslije njihova vjenčanja. Ako se pak ustanovi, da ima nade za izlječivost tih bolesti, sud će za jednu godinu dana razvrgnuće njihova braka odgoditi, pa ako kroz to vrijeme ludilo ne prestane i žena bude zahtijevala razvod svog braka, sud će ga razvrći.“¹¹³

3. 6. Razvod braka usljed nestalosti muža-nestali muž (*mefkûda*)

Žena ima pravo na razvrgnuće svog braka i u slučaju nestalosti njena muža pod sljedećim uslovima:¹¹⁴

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Stoga, kada žena opazi, da je njen muž *medžnun* (lud) ili da boluje od jedne od gore pomenutih bolesti, ona ima pravo taj slučaj iznijeti pred nadležni šerijatski sud, pa ako se utvrdi, da je on zaista lud i da je to njegovo ludilo neizlječivo (*mutbik*), odnosno da zaista boluje na jednoj od gore navedenih i njima sličnih bolesti, a žena pri vjenčanju nije znala za tu njegovu tešku bolest, niti je ičim pokazala da je zadovoljna pod takvim okolnostima s njim u braku živjeti, ima puno pravo tražiti razvrgnuće svog braka. *Ibid.*

¹¹² O dokazima vidjeti: Medželle ahkjami šerije (Otomanski građanski zakon), Knjiga XV., Tisak i naklada Daniela A. Kajona, Sarajevo, 1906.

¹¹³ Hafiz A. Bušatlić, 155-160.

¹¹⁴ Vidjeti: § 126. i 127., Ženidbeni zakon (Hukuk-i aile kararnamesi). Zakon reguliše da ukoliko se supruž-

- da se ne zna da li je muž živ ili mrtav,
- da ženi nije ničim osigurano njeno izdržavanje od strane muža,
- da muž ne posjeduje nikakve imovine od kojeg bi se žena mogla izdržavati i
- da su prošle 4 godine od onog vremena, kada se više ne zna da li je muž živ ili mrtav.¹¹⁵

3. 7. Razvod braka u odsutnosti muža-odsutni muž (gaib)

Pod uslovima, da je muž odsutan u inozemstvu, bilo da tamo živi sa poznatim prebivalištem i da ženi za izdržavanje ne šalje ništa, niti joj je unaprijed osigurao *nafaku* (alimentaciju),¹¹⁶ niti je ostavio bilo kakve imovine, od koje bi se ona mogla izdržavati, žena ima pravo i u ovakom slučaju na razvrgnuće svog braka. „Ako ona bude to željela, može taj svoj slučaj iznijeti pred nadležni šerijatski sud¹¹⁷ i zahtijevati razvrgnuće braka.“¹¹⁸ U tom slučaju će šerijatski sud priopćiti njenu molbu odsutnom mužu i pozvati ga, da se osiguranjem njena izdržavanja pobrine za opskrbu svoje žene i da pristupi na raspravu. Ukoliko on ne udovolji tom pozivu, sud će provesti propisani postupak u prisustvu postavljenog staratelja odsutnom mužu i ako utvrdi, da postoje svi gornji razlozi za razvrgnuće tog braka, razvrgnut će ga i o tom muža obavijestiti dostavom rješenja na koje on ima pravo žalbe.¹¹⁹

3. 8. Razvod braka zbog nemogućnosti muža da izdržava svoju ženu ('adżz' anil idâre)

„U slučaju kada je muž nesposoban uzdržavati svoju poslušnu ženu (op.a. žena koja ispunjava svoje porodične dužnost), ili je on sposoban, ali neće da je uzdržava, a njeno uzdržavanje se ne može postići ni izvršnim

nici nakon razvrgnuća njihove ženidbe po propisima prošlih paragrafa (op.a. kada žena ima pravo izbora) ponovno vjenčali, žena nema više prava izbora u ovoj drugoj njihovoj ženidbi. § 125., Ženidbeni zakon (Hukuk-i aile kararnamesi).

¹¹⁵ Stoga, u ovom slučaju ženi stoji na raspolaganju pravo od nadležnog šerijatskog suda zahtijevati, da se njen brak razvrgne i ona preuda za drugog. Na tu ženinu molbu šerijatski sud mora provesti propisani postupak, te ako se u prisustvu muževa skrbnika utvrdi, da postoje gornji uslovi od 1-4, sud će njihov brak razvrći. Hafiz A. Bušatlić, 155-160.

¹¹⁶ Vidjeti: Odjeljak 2, § 92.-99., Ženidbeni zakon (Hukuk-i aile kararnamesi).

¹¹⁷ O tužbama vidjeti: Medželle ahkjami šerije (Otomanski građanski zakon), Knjiga XIV., Tisak i naklada Daniela A. Kajona, Sarajevo, 1906.

¹¹⁸ Hafiz A. Bušatlić, 157-160.

¹¹⁹ *ibid.*

putem, jer muž ne posjeduje ni zarade ni imovine od koje bi se uzdržavanje žene moglo postići, ženi stoji pravo i u ovom slučaju razvrći svoj brak.“¹²⁰

3. 9. Razvod braka „*li'âna*“ načinom

„Muž u svom bračnom životu mora biti prijazan (op.a. prijatan, ljubazan) i uljudan prema svojoj ženi, pa je ne smije pogrđnim riječima napadati, a naročito je ne smije potvarati i nazivati bludnicom (*zanijom*). Stoga, ako muž svoju ženu potvori i nazove bludnicom, ona ima pod niže navedenim uslovima pravo na razvrgnuće njihova braka putem „*li'ana*“ i iznošenjem te stvari pred nadležni šerijatski sud.“¹²¹ Žena ovo pravo može koristiti samo onda, ako su oboje slobodni, umno zdravi, punoljetni, ako je brak pravno valjan, posjeduju dar govora i propisana svojstva svjedočenja, neporočni, a nadasve žena strogo moralna i kreposna u svom životu. „Stoga, kada nazivom i potvorom bludnje uvrijeđena žena pristupi pred šerijatski sud i iznesavši takvu svoju stvar zamoli sud za provođenje postupka po toj stvari i razrješenje njena braka, pa sud utvrdi sve potrebne uslove i činjenice i muž ostane pri svojoj tvrdnji bez dokaza, sud će na propisan način provesti odnosnu formulu njihova međusobnog proklinjanja i njihov brak razvrći. U slučaju muževa poricanja sebe odnosno „*tekziba*“ nema mjesta razvrgnuću braka.“¹²² Supružnici koji budu razvedeni *li'anom*, kada se rastave, ne mogu se više nikada sastaviti.¹²³

3. 10. Razvod braka zbog huljenja Boga i drugih islamskih svetinja „*elfazi kufurom*“

Bračna veza se razvodi i u izvjesnim slučajevima upotrebe „*elfazi-kufura*“ po mužu, pošto su u islamskoj nauci precizno navedeni svi slučajevi u kojima pojedinac izlazi iz islamske vjere upotrebom izvjesnog huljenja, psovanja i grdnje svojih svetinja, koje prouzrokuju čak i razvod braka. „Na prvom mjestu to obuzima huljenje, psovanje i grdnja Boga, islamske vjere, pejgambera i drugih svetinja. Stoga kada odrasli musliman psovkom (*sebb*) upotrijebi grdne riječi protiv pomenutih svojih svetinja, istog mo-

¹²⁰ „Stoga u ovom slučaju, ako se žena obrati nadležnom šerijatskom sudu s molbom da se njen brak zbog gornjih činjenica razvrgne, sud će po provedenom postupku najprije takvoj ženi odrediti nafaku na teret muža, „ako prije nije već bila određena i ako među njima ne dođe do pomirbe, ili razvod braka, i uputiće je na ovrhu.“ Pa ako u ovom slučaju ovrha ispadne neuspjelom i žena zbog toga zatraži razvrgnuće njena braka, sud će, nakon što utvrdi sve gore navedene činjenice o nepostignutom uzdržavanju žene po mužu, ponuditi mu da pusti svoju ženu, pa ako on na to ne pristane, sud će razvrći njihov brak.“ *Ibid.*, 158-160.

¹²¹ *Ibid.*, 159.

¹²² *Ibid.*

¹²³ N. Begović, 33-42., fn. 31.

menta on prestaje biti muslimanom, pa ako je oženjen, u istom momentu mu usahnjava i brak i samo skrušnim pokajanjem (*tevborn*) vraća se u Islam. Osobito je strogo zabranjeno psovati i huliti Boga i pejgambera.¹²⁴

3. 11. Razvod braka zbog dugog utamničenja muža

„Može se razvrći brak i u slučaju, kada je muž osuđen na doživotno ili dugo utamničenje (robiju) pod uslovima, kada to žena zahtijeva, a muž neće da je pusti i kada joj ne osigura uzdržavanje ili nema nikakve imovine iz koje bi se žena mogla za vremena njegova tamnovanja uzdržavati. U tom slučaju žena ima pravo tu svoju stvar iznijeti pred nadležni šerijatski sud i zahtijevati razvrgnuće svog braka, pa je sud dužan provesti po tom raspravu i nakon utvrđenja dotičnih činjenica njihov brak razvrći.“¹²⁵

3. 12. Razvod braka zbog prelaska sa islamske na drugu vjeru (*irtidad*)

„Brak usahnjava i prelazom jednog od bračnih drugova muslimana na drugu vjeru (*irtidadom*) i to odmah u onom času kada se to zbije i bez sudske presude, pa ako muž, musliman pređe na drugu vjeru, žena koja ostaje u Islamu može to iznijeti pred sud, da se to konstatuje i utvrdi radi izvjesnih posljedica.¹²⁶ Isto tako može muž postupiti ako žena muslimanka pređe na drugu vjeru.“¹²⁷

Na tragu ovog razloga za razvod braka valja spomenuti kako i bračno pravo drugih religija poznaje slične odredbe, pa je tako u Građanskom zakoniku Srbije članom 79. *ius strictum* bilo normirano kako brak između hrišćana i nehrišćana nema sile ni važnosti i „uništava se kao da nije ni bio“.¹²⁸

3. 13. Razvod braka usljed prelaska bračnih drugova na islamsku vjeru (*ihtidâ*)

¹²⁴ „Stoga, ako jedan oženjeni musliman po nesreći namjerno izvjesnom psovkom i grdnjom Boga pohuli, žena ima pravo da tu stvar iznese pred nadležni šerijatski sud sa zahtjevom, da se to utvrdi i da se njen brak zbog toga utrnulim oglasi. U tom slučaju je dužnost šerijatskog suda da po ovoj stvari provede propisani postupak, pa ako muž prizna dotično hulenje Boga, sud će ga pozvati, da se pokaje i obnovi Islam na izvjestan način, pa ako žena želi i dalje živjeti s njim obnoviće im brak. A ako muž ne prizna dotično hulenje Boga, smatraće se to pokajanjem i vraćanjem u Islam, pa ako žena i ovom slučaju pristane na daljni bračni život s njim, obnoviće im se brak. Ako pak žena u oba slučaja ne pristane na obnovu braka, dužna je kod slučaja muževa nepriznanja dotičnog hulenja Boga sa valjanim svjedocima dokazati svoje navode. Pa ako muž prizna odnosno hulenje Boga ili je to dokazato, a žena neće obnove braka, onda će sud donijeti riješenje o usahnucu njihova braka. Kod dokaza u ovom slučaju valja paziti na odnosnu zastaru dokaza (Šehadeti hisbe).“ Hafiz A. Bušatlić, 155-160.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Vidjeti: § 58., Ženidbeni zakon (Hukuk-i aile kararnamesi).

¹²⁷ Hafiz A. Bušatlić, 156-160.

¹²⁸ Vidjeti: § 93, A), 8), Građanskog zakonika za Kraljevinu Srbiju, Beograd, 1907, 27.

„Ako muž pređe na islamsku vjeru, a žena „kitabija“, pripadnica jedne od nebeskih vjera, ostane u svojoj hrišćanskoj ili jevrejskoj vjeri, njihov brak ostaje u krijeposti i dalje, ako oni međusobno nijesu izvjesni srodnici. Ako udata žena pređe na islamsku vjeru, a njen muž ne htjedne preći na Islam, žena po šerijatskim propisima ima pravo na razvrgnuće svog braka i dok to ne postigne, odnosno dok joj *iddeti hajz* ne prođe, ne može se preudati za muslimana.“¹²⁹ „Primjećuje se, da u ovakom slučaju prema propisu § 2 t. 1 Zakona o šerijatskim sudovima, šerijatski sudovi nijesu vlasni razvrći brak (druge vjere) koji nije sklopljen pred šerijatskim sudom ili njegovim ovlaštenikom, jer im je pomenutim zakonskim propisima u ovom slučaju primjena odnosnih šerijatskih propisa o razvrgnuću braka uskraćena i nadležnost u tom sužena.“¹³⁰

3. 14. Slučajevi preljuba (*zina*) u braku kao razlog prestanka braka

Preljub muža ili žene po islamskom pravu, iako spada u teške grijehе, ne povlači za sobom raskidanje braka. Stoga, usljed obljube nije moguće tražiti razvrgnuće braka. U ovom slučaju ako se preljub dogodi na strani kojeg bilo od bračnih drugova, brak se ne razvrgava radi toga, jer je za taj veliki grijeh propisana teška kazna (*haddi zina*), koja se sastoji u usmrćenju kamenovanjem (*redžm*) one strane, koja to na izvjesan način prizna, odnosno kojoj se sa četiri moralno valjana svjedoka na posve siguran način dokaže preljub.¹³¹ „Stoga kada se na propisani način izvrši dotična kazna, pošto sa smrću brak iščezava, ne ostaje mjesta za razvrgnuće braka. U slučaju pak, da ne mogne doći do pomenute kazne, a preljub se desio na strani žene, muž je može pustiti - razvesti se i na taj način tu veliku sramotu od sebe otklonuti, a ako se je preljub dogodio na strani muža, koji ne bude na gornji način kažnjen, brak ostaje.“¹³²

Na koncu, veoma bitna činjenica u slučaju razvoda braka u šerijatskom pravu je poštovanje poslijebračnog čekanja na sklapanje novog braka, odnosno *iddet*-a.¹³³ Riječ „*iddet*“ u jeziku označava računanje, određeni broj, dok u šerijatsko-pravnoj formulaciji označava određeni broj dana koji žena mora sačekati da prođu nakon razvoda ili smrti muža, prije nego li zasnuje novu bračnu zajednicu.¹³⁴ U toku *iddeta* muž ima pravo opoziva talaka riječima ili činom. Ovo pravo se nije gubilo odreknućem kako su

¹²⁹ Hafiz A. Bušatlić, 155-160.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*, 159-160.

¹³² *Ibid.*

¹³³ O propisima *iddeta* vidjeti: Odsjek III, Odjeljak 1, Ženidbeni zakon (Hukuk-i aile karamamesi).

¹³⁴ § 139.-148., Ženidbeni zakon (Hukuk-i aile karamamesi).

propisivali važeći zakoni tog perioda.¹³⁵

4. Razvod braka u pozitivnom bračnom pravu Bosne i Hercegovine

Novo porodično zakonodavstvo u našoj državi prihvatilo je sistem teške i trajne poremećenosti bračnih odnosa, odnosno sistem razvoda kao lijeva. Dakle, brak će se razvesti ako je izgubio smisao i svrhu svoga postojanja i postao teško i trajno poremećena zajednica za bračne partnere.¹³⁶ Krivica za nastali poremećej potpuno je irelevantna za razliku od kanonskog i šerijatskog bračnog prava. Poremećenost bračnih odnosa oslikava stanje u bračnoj zajednici; to je objektivna i vjerna slika kriterija koji ukazuju da je brak promašen, te da njegovo trajanje može imati više štete nego koristi za bračne partnere. Dakle, ovdje nije riječ o privremenim nesporazumima koji su prolazni, poput „sitnijih“ sukoba i svađa, preko kojih bračni partneri uglavnom prelaze, nego je riječ o trajnim poremećajima u bračnoj zajednici gdje se ne može nazrijeti ni želja za prevladavanjem nastale krize.

U okviru ranijih rješenja Porodičnog zakona Bosne i Hercegovine (PZ BiH)¹³⁷ izostavljeno je normiranje i ispitivanje postojanja nepodnošljivosti zajedničkog života, kao subjektivne posljedice. Navedene izmjene u sistemu brakorazvodnih uzroka, koje su učinjene u novom PZ-u, predstavljaju približavanje rješenjima europskog zakonodavstva.¹³⁸ Naime, teška poremećenost je često jedini uzrok u europskom pravu, nazvan kao „slom braka“, odnosno „raspad ili propast braka“.¹³⁹ Kod nas, u BiH, razvod braka je različito normiran u važećim porodičnim zakonima, pa je tako u FBiH usvojeno rješenja koje je isključivo usmjereno ka utvrđivanju teške i trajne poremećenosti bračnih odnosa, kao jedinog razloga koji dovodi do razvoda braka.¹⁴⁰

Za razliku od rješenja u federalnom PZ-u, Porodični zakon Republike Srpske (PZ RS)¹⁴¹ uz „tešku i trajnu poremećenost bračnih odnosa“ zadržao je posljedicu „nepodnošljivosti zajedničkog života“. Identično rješenje onom u FBiH prihvatio je i Porodični zakon Brčko distrikta Bosne i

¹³⁵ Vidjeti: §112., *Ibid.*

¹³⁶ N. Traljić/S. Bubić, 110.

¹³⁷ PZ RBiH je objavljen u „Službenom listu RBiH“ br. 21/79. Izmjenjen je i dopunjen zakonom o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona, „Službeni list RBiH“ br. 42/80.

¹³⁸ N. Traljić/S. Bubić, 111.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ „Bračni partner može tražiti razvod braka, ako su bračni odnosi teško i trajno poremećeni.“

Član 41. PZ FBiH („Službene novine FBiH“, br. 35/05 i 41/05.).

¹⁴¹ „Bračni supružnik može tražiti razvod braka, ako su bračni odnosi teško i trajno poremećeni, usljed čega je zajednički život postao nepodnošljiv.“ Član 52. PZ RS („Službeni glasnik RS“, br. 54/02 i 41/08.).

Hercegovine (PZ BDBiH).¹⁴²

Iako naši zakonodavci načelno proklamuju princip ravnopravnosti i jednakosti bračnih partnera/supružnika,¹⁴³ analizom postojećih pravnih odredbi i to samo u okviru instituta razvoda braka, kao dijela bračnog prava, uočavamo „*lex specialis*“ odredbe koje se odnose isključivo na muža. Tako se mogu uočiti određene sličnosti sa kanonskim, odnosno šerijatskim pravnim shvatanjima razvoda braka. Naime, PZ FBiH-e i PZ RS-e eksplicitno određuju kako muž nema pravo podnijeti tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene ili dok njihovo dijete ne navrší određene godine života.¹⁴⁴ Sličnu odredbu koja bi ženi zabranjivala podnošenje tužbe za razvod braka u našem bračnom pravu nemamo. Navedeno rješenje ne onemogućava da bračni partneri sporazumno zatraže razvod braka,¹⁴⁵ odnosno da žena podnese tužbu za razvod braka, kada unatoč trudnoći i sasvim malom djetetu smatra brak neodrživim i želi razvod braka.¹⁴⁶ U literaturi postoji mišljenje da nemogućnost podizanja tužbe za vrijeme trudnoće žene ili u prvoj godini života djeteta u RS-oj (op.a. tri godine u FBiH), može pomoći da se kriza prebrodi i brak održi.¹⁴⁷ Naime, ljubav prema djetetu i želja da mu se stvore povoljni uslovi za odrastanje, može sanirati postojeću poremećenost bračnih odnosa, pa i dovesti do odustanka od tužbe za razvod braka.¹⁴⁸

„Što se tiče razumijevanja razvoda braka u BiH, a prema rezultatima dosadašnjih istraživanja u ovoj oblasti, ključni uzroci razvoda proizlaze iz općeg društvenog ambijenta, odnosno oni su rezultat utjecaja socijalnih i

¹⁴² Član 39. PZ BDBiH („Službeni glasnik BDBiH“, br. 23/07.).

¹⁴³ „U našem pravu su bračni partneri u potpunosti ravnopravni, imaju isti položaj, ista prava i dužnosti. Ovom ravnopravnošću u oblasti bračnog prava osigurava se primjena ustavnih odredaba o općoj ravnopravnosti-osiguranja svim licima uživanja prava i sloboda bez diskriminacije po bilo kom osnovu (član II/4, Ustava BiH).“ N. Traljić/S. Bubić, 32.

¹⁴⁴ „Muž nema pravo na tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene ili dok njihovo dijete ne navrší tri godine života.“ Član 43. PZ FBiH. „Muž nema pravo na tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene i dok njihovo dijete ne navrší godinu dana života.“ Član 52. st. 2. PZ RS. Razlog za unošenje ovog rješenja je zaštita djeteta i žene. Naime, razvod braka u vrijeme trudnoće, žena, a i dijete mogu doživjeti vrlo stresno, što ostavlja traga na njihovo psihofizičko stanje. Ali i razilazak roditelja odmah po rođenju djeteta, sigurno nije u interesu majke, a ni tek rođenog djeteta. N. Traljić/S. Bubić, 32.

¹⁴⁵ Ovdje posebno treba voditi računa o interesima djece koja imaju prednost u odnosu na trenutne nespo- razume, nesuglasice i „izljeve bijesa bračnih partnera“, a shodno odredbama Konvencije o pravima djeteta (KPD). Vidjeti: Član 3. KPD.

¹⁴⁶ Razumnim se čini postaviti pitanje, da li odluka žene/supruge u ovom slučaju može proturječiti intere- sima djeteta i biti jednaka onoj kada muškarac/suprug zatraži razvod braka, u periodu koji je zakonodavac izričito označio kao zabranjenim za muževljepravne zahtjeve te vrste?

¹⁴⁷ Jasno je kako zakonodavci imaju za cilj da održe brak, odnosno da razvodu istog pribjegu kao zadnjem rješenju. Možda ne tako izražena, ali latentno je vidljiva spona između ovog cilja i ciljeva koje smo iznijeli kod razmatranja razvoda braka u kanonskom i šerijatskom bračnom pravu.

¹⁴⁸ N. Traljić/S. Bubić, 111 fn. 129.

ekonomskih prilika na bračne i obiteljske odnose, pri čemu svakako veliki značaj imaju stambena situacija i nezaposlenost.¹⁴⁹ Uz to su uočene i neke posebne okolnosti koje utječu na strukturu razvoda braka na prostoru BiH. Brak i razvod braka mnogo su složenije „pojave“ od pukog normiranja. „Zakonski okovi“ ili potpuna liberalizacija razvoda braka samo prividno mogu učvrstiti ustanovu braka. „Uzroci razvoda braka su u prvom redu društveni, jer se sve pozitivno i negativno u jednom društvu prelama preko pojedinaca i obitelji. Čuvari jednoga braka nisu ni zakon, ni sud, već isključivo bračni partneri.“¹⁵⁰ Poštujući običajne, moralne ili religijske norme supružnici svoj bračni život mogu daleko skladnije urediti nego li što to mogu propisati zakonodavci.

Pored jednostranog zahtjeva za razvod braka u formi tužbe, u našem pozitivnom bračnom zakonodavstvu, postoji i sporazumni razvod braka koji predstavlja razvod braka utemeljen na saglasnoj volji bračnih partnera da se njihov brak razvede. Dok jedni opravdavaju sporazumni razvod braka, drugi ističu da sporazumnim razvodom, bez ikakvog ograničenja, brak gubi svoj smisao: sudbina braka zavisi isključivo od volje bračnih partnera i negiraju se društvene kompetencije u sferi razvoda braka, a to je uzrok velikog broja razvoda.¹⁵¹ Tako će, shodno odredbama PZ FBiH-e, sud razvesti brak po zahtjevu za sporazumni razvod braka:

a) ako je od sklapanja braka proteklo najmanje šest mjeseci,

b) ako postoji sporazum bračnih partnera, sklopljen u postupku posredovanja, o: ostvarivanju roditeljskog staranja, održavanju djeteta, uvjetima i načinu održavanja ličnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta sa roditeljem koji ne ostvaruje roditeljsko staranje i održavanju bračnog partnera.¹⁵² Sud će odbiti zahtjev za sporazumni razvod braka, ako sporazum koji se tiče djeteta nije u djetetovom interesu.¹⁵³

S druge strane, u našem bračnom zakonodavstvu, PZ RS-e i PZ BDBiH-e normiraju kako bračni partneri koji imaju zajedničku maloljetnu ili usvojenju djecu ili djecu nad kojom je produženo roditeljsko pravo, mogu podnijeti sporazumni prijedlog za razvod braka kako bi se, iz razloga teške i trajne poremećenosti bračnih odnosa, a što je dovelo do nepodnošljivosti zajedničkog

¹⁴⁹ U. Habul, „Bračna zajednica prema entitetskim zakonima, pravni i socijalni aspekt“, *Dvoje njih biće jedno*, Zbornik radova s okruglog stola o braku i bračnoj zajednici iz perspektive vjerskih zajednica i civilnog zakonodavstva, Caritas BK BiH, Graforad Zenica, Sarajevo, 2007, 14.

¹⁵⁰ *Ibid.*, 16.

¹⁵¹ *Ibid.*, 112 fn. 130.

¹⁵² Član 44. st. 1 PZ FBiH.

¹⁵³ Član 44. st. 2 PZ FBiH.

života, njihov brak razveo. Ako jedan od bračnih partnera odustane od sporazumnog prijedloga za razvod braka, a drugi se izjasni da ostaje pri prijedlogu da se brak razvede, taj prijedlog će se smatrati tužbom za razvod braka.¹⁵⁴

ZAKLJUČAK

U pozitivnom pravu na teritoriji Bosne i Hercegovine postoji mnogo porodično-pravnih instituta protkanih ciljevima koji provejavaju kroz normiranje uzroka i postupka razvoda braka, odnosno pokušaja održavanja braka „u životu“. Pažljivom analizom postojećih zakonskih rješenja možemo zaključiti da su ciljevi instituta bračnog prava, a posebno u dijelu koji se odnosi na razvod braka, slični ili gotovo jednaki onima u rimskom, odnosno kanonskom i šerijatskom bračnom pravu. Ovaj način posmatranja omogućava pronicanje u suštinu svakog porodično-pravnog instituta ponaosob, pogotovo imamo li u vidu historijsko-pravnu kompleksnost prostora kojima pripadamo. Recepcijom rimskog prava u velikim europskim pravnim sistemima nemoguće je zaobići sagledavanje utjecaja koji je to antičko pravo imalo u oblasti regulisanja razvoda braka (*divortium*). Može se konstatovati da je *divortium* bivao urnekom pravnog uređenja modaliteta i postupka prestanka braka u novim pravnim kodifikacijama. No, kao i svaki institut i ovaj nije mogao odoljeti određenim modifikacijama najvidljivijim kroz kanonsko bračno pravo.

Posmatrano s pravnog aspekta, područje naše države predstavlja teritoriju koja je u različitim vremenskim razdobljima bivala pod utjecajima raznih stranih pravnih sistema koji su se vremenom udomačili, preuzeli u pozitivno pravo zemlje i bili prihvaćeni od naroda ovdašnjih prostora. Stoga je za očekivati da se odgovarajućim pravnim aktima pokušaju iznaći najbolja rješenja u oblasti pravnog normiranja sklapanja i razvoda braka, uz uvažavanje tri pravna pravila: „*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum (ius) cuique tribuere*“, i pravnih normi koje su, historijski gledano, pokazale svoj najviši stepen djelotvornosti i pravedne učinkovitosti.

Pažljivom analizom razloga za razvod braka koji su opservirani kroz duži vremenski period, te proučavanjem suštinskih razloga normiranih u okviru brakorazvodnih uzroka uočavamo tanku nit koja povezuje navedene pravne sisteme, a sve s ciljem očuvanja zajednice života i što harmoničnijeg uređenja života bračnih partnera.

¹⁵⁴ Član 40. PZ BDBiH Član 54. PZ RS.

RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE DES DIVORTIUM IM ANTIKEN ROM, DER EHESCHIEDUNG IM KANONISCHEN RECHT UND DES ET-TALAQ IM SCHARIA RECHT IM VERHÄLTNIS ZUM POSITIVEN EHERECHT IN BOSNIEN UND HERZEGOWINA

ZUSAMMENFASSUNG

Rezeption des römischen Rechts hatte einen großen Einfluss auf das Eheecht der Länder, die zum juristischen Kreis des Kontinentaleuropa gehören. So hatten viele Institutionen, wie zB: divortium, caelebs, orbus, matrimonium, concubinatus usw. einen großen Einfluss und entscheidende Bedeutung bei der Erarbeitung moderner rechtlicher Kodifizierungen, die das Eherecht regeln. Genauso wie dieser Prozess im westlichen Teil von Europa verlief, hatte das römische Recht seinen Einfluss auf das Gebiet des Westlichen Balkans durch die Bürgerlichen Gesetzbücher erweitert. Trotz des großen Einflusses des römischen Rechts auf das eheliche Recht der europäischen Länder, dürfen wir den Einfluss von anderen Rechtsordnungen auf unser privates Recht nicht vernachlässigen. Zu diesen Rechtsordnungen gehört der stärkste Einfluss der religiösen Rechte, die bis Mitte der vierziger Jahre des letzten Jahrhunderts für Muslime das positive Recht in diesen Bereichen waren, und von staatlichen Institutionen angewendet wurden. Daher sollte der Gesetzgeber alle Umstände berücksichtigen, die eine Gemeinschaft im Laufe der Zeit beeinflussen, und im Sinne der Achtung der universellen Menschenrechte und der Freiheit, Gesetze erlassen, die für Menschen von großem Nutzen sein werden, insbesondere bei der Regelung von Familien- und Eherechten. Schwere und dauerhaften Störung der ehelichen Beziehung, die zu Intoleranz des Zusammenlebens führt, wird als Grund für die Scheidung in allen drei Familienrechtsgesetzen in Bosnien-Herzegowina angeführt. Auf der anderen Seite konkretisieren das kanonische Recht der katholischen und orthodoxen Kirchen und Scharia diese Gründe, die in der Regel, wie auch positivrechtlich normiert, die Ursache für eine schwere Unverträglichkeit des gemeinschaftlichen Lebens sein werden, und die das Gericht in jedem einzelnen Fall zu beurteilen hat.

Schlüsselwörter: divortium et-Talaq, kanonisches Recht, die Scharia.