

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u plenarnom sazivu, u predmetu broj **AP 369/10**, rješavajući apelaciju **H. K.**, na osnovu člana VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, člana 59. stav 2. alineja 2, člana 61. st. 1. i 2. i člana 64. stav 1. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine («Službeni glasnik Bosne i Hercegovine» br. 60/05, 64/08 i 51/09), u sastavu:

Valerija Galić, predsjednica

Tudor Pantiru, potpredsjednik

Miodrag Simović, potpredsjednik

Seada Palavrić, potpredsjednica

Mato Tadić, sudija

Constance Grewe, sutkinja

Mirsad Ćeman, sudija

Margarita Caca-Nikolovska, sutkinja

Zlatko M. Knežević, sudija

na sjednici održanoj 24. maja 2013. godine donio je

ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU

Usvaja se apelacija **H. K.**

Utvrđuje se kršenje zabrane diskriminacije iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u vezi sa pravom na pristup sudu iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Ukida se Rješenje Kantonalnog suda u Bihaću broj 20 0 P 003388 09 Gž od 7. decembra 2009. godine.

Predmet se vraća Kantonalnom sudu u Bihaću, koji je dužan da u roku od tri mjeseca donese novu odluku u skladu sa članom II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i članom 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava u vezi sa članom II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Odluka se dostavlja Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine i Vladi Federacije Bosne i Hercegovine, koji su dužni da preduzmu mjere iz svoje nadležnosti u pravcu osiguranja poštivanja prava iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u vezi sa članom II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u skladu sa ovom odlukom.

Nalaže se Kantonalnom sudu u Bihaću da, u roku od tri mjeseca od dana dostavljanja ove odluke, a Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine i Vladi Federacije Bosne i Hercegovine da, u roku od šest mjeseci od dana dostavljanja ove odluke, u skladu sa članom 74. stav 5. Pravila Ustavnog suda, obavijeste Ustavni sud Bosne i Hercegovine o preduzetim mjerama s ciljem izvršenja ove odluke.

Odluku objaviti u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine”, “Službenim novinama Federacije Bosne i

Hercegovine”, “Službenom glasniku Republike Srpske” i u „Službenom glasniku Distrikta Brčko Bosne i Hercegovine“.

OBRAZLOŽENJE

I. Uvod

1. H. K. (u daljnjem tekstu: apelant) iz Cazina, koga zastupa Safeta Alijagić, advokat iz Bihaća, podnio je 26. januara 2010. godine apelaciju Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) protiv Rješenja Kantonalnog suda u Bihaću (u daljnjem tekstu: Kantonalni sud) broj 20 0 P 003388 09 Gž od 7. decembra 2009. godine i Rješenja Općinskog suda u Cazinu (u daljnjem tekstu: Općinski sud) broj 20 0 P 003388 09 P od 6. novembra 2009. godine.

II. Postupak pred Ustavnim sudom

2. Na osnovu člana 22. st. 1. i 2. Pravila Ustavnog suda, od Kantonalnog suda, Općinskog suda i Sanele Kovačević rođ. Badić (u daljnjem tekstu: tužena) zatraženo je 7. oktobra 2010. godine da dostave odgovore na apelaciju.

3. Kantonalni i Općinski sud su dostavili odgovore na apelaciju 12. i 15. oktobra 2010. godine. Tužena nije dostavila odgovor na apelaciju.

4. Na osnovu člana 26. stav 2. Pravila Ustavnog suda, odgovori Kantonalnog i Općinskog suda dostavljeni su apelantovom opunomoćeniku 22. marta 2011. godine.

5. Također, na osnovu člana 33. Pravila Ustavnog suda, od Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Parlament FBiH) i Federalnog ministarstva pravde (u daljnjem tekstu: Ministarstvo) zatraženo je 20. februara i 15. marta 2013. godine da dostave odgovore o tome šta su razlozi i svrha odredbe člana 43. Porodičnog zakona FBiH.

6. Ministarstvo je 11. aprila 2013. godine dostavilo traženi odgovor. Parlament FBiH nije dostavio traženi odgovor.

III. Činjenično stanje

7. Činjenice predmeta koje proizlaze iz apelantovih navoda i dokumenata predloženih Ustavnom sudu mogu se sumirati na sljedeći način:

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

9. U obrazloženju prvostepenog rješenja se navodi da je apelant Općinskom sudu 2. novembra 2009. godine podnio tužbu radi razvoda braka protiv tužene koja je smještena u Kući spasa Centra za

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

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

IV. Apelacija

a) Navodi iz apelacije

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

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

b) Odgovor na apelaciju

12. U svom odgovoru na apelaciju Kantonalni sud je naveo da se apelacija odnosi na usklađenost domaćeg zakonodavstva sa međunarodnim konvencijama, što bi moglo biti predmet posebnog postupka.

13. U svom odgovoru na apelaciju Općinski sud je naveo da u predmetnom postupku nije došlo do kršenja apelantovih ustavnih prava.

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

V. Relevantni propisi

15. U **Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine** („Službene novine FBiH“ br. 35/05 i 41/05) relevantne odredbe glase:

Član 41.

Bračni partner može tražiti razvod braka ako su bračni odnosi teško i trajno poremećeni.

Član 42.

Razvod braka može se zahtijevati tužbom ili zahtjevom za sporazumni razvod braka.

Član 43.

Muš nema pravo na tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene ili dok njihovo dijete ne navrši tri godine života.

Član 124.

(1) Dijete ima pravo na staranje o životu, zdravlju i razvoju osobnosti.

(2) Dijete ima pravo živjeti sa roditeljima. Ako ne živi sa oba ili sa jednim roditeljem, pravo je djeteta da redovno održava osobne odnose i neposredne kontakte sa roditeljem sa kojim ne živi. Dijete ima pravo održavati osobne odnose i neposredne kontakte i sa nenom i djedom.

(3) Dijete ima pravo na zaštitu od nezakonitog miješanja u njegovu privatnost i porodicu.

Član 129.

(1) Roditeljsko staranje je skup odgovornosti, dužnosti i prava roditelja koje imaju za cilj zaštitu osobnih i imovinskih prava i interesa.

(2) Roditeljsko staranje ostvaruje se u najboljem interesu djeteta.

Član 130.

(1) Roditelji su zajednički i prvenstveno odgovorni za razvoj i odgoj djeteta.

(2) Roditelji treba da osiguraju zaštitu djeteta koja je nužna za njegovu dobrobit.

Član 131.

(1) Ograničenje i oduzimanje roditeljskog staranja moguće je odlukom nadležnog organa iz razloga i na način propisan ovim Zakonom.

(2) Roditelj se ne može odreći roditeljskog staranja.

Član 138.

(1) Roditelji imaju dužnost i pravo izdržavati dijete u skladu sa odredbama ovog Zakona.

(2) Dužnost roditelja je djetetu osigurati životne uvjete potrebne za njegov razvoj.

Član 152. stav 1.

(1) Ako su roditelji zanemarili staranje o zdravlju i odgoju djeteta, ili kada je roditeljima potrebna pomoć u odgoju djeteta, organ starateljstva odredit će nadzor nad ostvarivanjem roditeljskog staranja koji će trajati dok to bude u interesu djeteta a najkraće tri mjeseca.

Član 215.

Roditelji su dužni izdržavati maloljetno dijete i u izvršavanju te obaveze moraju iskoristiti sve svoje mogućnosti i sposobnosti.

Član 224.

Bračni partner koji nema dovoljno sredstava za život ili ih ne može ostvariti iz svoje imovine, a nesposoban je za rad ili se ne može zaposliti, ima pravo na izdržavanje od svog bračnog partnera srazmjerno njegovim mogućnostima.

Član 249. stav 1.

(1) U postupku za izdržavanje maloljetnog djeteta ili punoljetnog djeteta nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsko staranje, sud može po službenoj dužnosti odrediti privremene mjere radi davanja izdržavanja.

VI. Dopustivost

16. U skladu sa članom VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, Ustavni sud, također, ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom ustavu kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini.

17. U skladu sa članom 16. stav 1. Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud može razmatrati apelaciju samo ako su protiv presude, odnosno odluke koja se njome pobija, iscrpljeni svi djelotvorni pravni lijekovi mogući prema zakonu i ako se podnese u roku od 60 dana od dana kada je podnosilac apelacije primio odluku o posljednjem djelotvornom pravnom lijeku kojeg je koristio.

18. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijom je Rješenje Kantonalnog suda broj 20 0 P 003388 09 Gž od 7. decembra 2009. godine protiv kojeg nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu odluku apelant je primio 11. januara 2010. godine, a apelacija je podnesena 26. januara 2010. godine, dakle, u roku od 60 dana, kako je propisano članom 16. stav 1. Pravila Ustavnog suda. Konačno, apelacija ispunjava i uvjete iz člana 16. st. 2. i 4. Pravila Ustavnog suda, jer nije očigledno (*prima facie*) neosnovana, niti postoji neki drugi formalni razlog zbog kojeg apelacija nije dopustiva.

19. Imajući u vidu odredbe člana VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, člana 16. st. 1, 2. i 4. Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud je utvrdio da predmetna apelacija ispunjava uvjete u pogledu dopustivosti.

VII. Meritum

20. Apelant smatra da mu je osporenim odlukama redovnih sudova povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, pravo na privatni i porodični život iz člana II/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. Evropske konvencije, pravo na sklapanje braka iz člana 12. Evropske konvencije, pravo na nediskriminaciju iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije i pravo na jednakost supružnika iz člana 5. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.

Pravo na pravično suđenje

Član II/3. Ustava Bosne i Hercegovine u relevantnom dijelu glasi:

Sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode iz stava 2. ovog člana, što uključuje:

e) Pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom.

Nediskriminacija

Član II/4. Ustava Bosne i Hercegovine glasi:

Uživanje prava i sloboda, predviđenih u ovom članu ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava, osigurano je svim licima u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.

Član 14. Evropske konvencije glasi:

Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom konvencijom osigurava se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što su spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.

21. Iz navoda apelacije proizlazi da apelant ukazuje na kršenje zabrane diskriminacije iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u odnosu na pravo na pristup sudu kao segment prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

22. Ustavni sud zapaža da član 6. Evropske konvencije ne sadrži izričitu garanciju prava na pristup sudu, ali Evropski sud smatra da ovaj član osigurava svakome pravo da bilo koji pravni zahtjev u vezi sa svojim građanskim pravima i obavezama iznese pred sud. Pravo na sud ugrađeno je u član 6. Evropske konvencije, a pravo na pristup sudu, tj. pravo na pokretanje sudskog postupka u građanskim

pitanjima predstavlja samo jedan od aspekata. Član 6. Evropske konvencije je mnogo širi od člana 13. jer podrazumijeva pravo na sud i primjenjuje se na sva tumačenja građanskih prava i obaveza, a ne samo na ona vezana za neko od prava koje garantira Evropska konvencija.

23. Dalje, prema praksi Evropskog suda, član 6. stav 1. Evropske konvencije osigurava svakome pravo da njegov zahtjev u vezi s njegovim građanskim pravima i obavezama razmotri sud ili tribunal. To podrazumijeva „pravo na sud“ čiji je jedan od aspekata „pravo na pristup sudu“, koje podrazumijeva pravo da se u građanskim stvarima pokrene postupak pred sudom (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Philis protiv Grčke*, presuda od 27. augusta 1991. godine, serija A broj 209, strana 20, stav 59). Također, prema praksi Ustavnog suda, pravo na pristup sudu je povrijeđeno kada sud propusti da meritorno odluči o apelantovom građanskom pravu (vidi, Ustavni sud, Odluka broj *U 64/02* od 24. oktobra 2003. godine, objavljena u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine“ broj 8/04, stav 48).

24. Dakle, u član 6. stav 1. Evropske konvencije ugrađeno je «pravo na sud», a jedan vid tog prava je pravo na pristup, tj. pravo pokretanja postupka pred sudom u građanskim stvarima. Međutim, to pravo nije apsolutno, ono može podlijegati ograničenjima. Podrazumijeva se da su ona dopuštena, jer pravo na pristup sudu, po samoj svojoj prirodi, zahtijeva državno uređenje. U tom pogledu države ugovornice uživaju određenu slobodu procjene iako konačnu odluku o poštivanju zahtjeva iz Evropske konvencije donosi sud. Sud se mora uvjeriti da primijenjena ograničenja ne ograničavaju, niti smanjuju pristup koji je pojedincu ostavljen na takav način, ili u tolikoj mjeri da bi bila narušena sama suština prava. Dalje, ograničenje neće biti u skladu sa članom 6. stav 1. ako ne teži legitimnom cilju i ako ne postoji razuman odnos proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se nastoji ostvariti (vidi presudu u predmetu *Stubbings i drugi v. United Kingdom* od 22. oktobra 1996. godine, *Reports of Judgements and Decisions* 1996-IV, stav 50).

25. Dalje, Ustavni sud zapaža da apelant predmetnom apelacijom pokreće i pitanje diskriminacije po osnovu spola u odnosu na pristup sudu. Ustavni sud podsjeća na činjenicu da član 14. Evropske konvencije osigurava zaštitu od diskriminacije povodom pitanja koja potpadaju pod okvir drugih članova Evropske konvencije (Evropski sud za ljudska prava, *Marckx protiv Belgije*, vidi presudu od 13. juna 1979, serija A broj 31, stav 32). Prema praksi Evropskog suda, diskriminacija nastupa ako se lice ili grupa lica koji se nalaze u analognoj situaciji različito tretiraju na osnovu spola, rase, boje, jezika, vjere (...) u pogledu uživanja prava iz Evropske konvencije, a ne postoji objektivno i razumno opravdanje za takav tretman ili upotreba sredstava naspram željenog cilja koja nisu u proporcionalnom odnosu (vidi, Evropski sud, *Belgijski jezički slučaj*, presuda od 9. februara 1967. godine, serija A broj 6, stav 10). Pri tome je nevažno da li je diskriminacija posljedica različitog

zakonskog tretmana, ili primjene samog zakona (vidi, Evropski sud, *Irska protiv Velike Britanije*, presuda od 18. januara 1978. godine, serija A broj 25, stav 226).

26. Također, prema praksi Ustavnog suda i Evropskog suda, neki akt ili propis je diskriminirajući ako pravi razliku između pojedinaca ili grupa koje se nalaze u sličnoj situaciji, te ako u tom razlikovanju izostane objektivno i razumno opravdanje, odnosno ako nije bilo razumnog odnosa proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i ciljeva čijem ostvarenju se teži. Međutim, prema praksi Evropskog suda, državni organi imaju određenu slobodu procjene kada odlučuju da li i u kojoj mjeri razlike u inače sličnim situacijama opravdavaju različit tretman prema zakonu. Obim te slobode procjene varira u zavisnosti od okolnosti samog predmeta i pozadine tog predmeta (vidi, Evropski sud, *Rasmunssen protiv Danske*, presuda od 28. novembra 1984. godine, serija A broj 87, stav 40).

27. U konkretnom slučaju apelantova tužba za razvod braka je, u suštini, konačno odbačena kao nedozvoljena u smislu odredbe člana 43. Porodičnog zakona FBiH. Naime, prema navedenoj odredbi, muž nema pravo da podnese tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene, ili dok njihovo dijete ne navrší tri godine života. U predmetnom postupku je utvrđeno da je apelant muž tužene, te da u vrijeme podnošenja tužbe maloljetno dijete apelanta i tužene nije navršilo tri godine zbog čega apelant, u smislu spomenute odredbe, nema pravo na podnošenje tužbe za razvod braka.

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

29. Stoga se Ustavnom sudu postavlja pitanje da li za tako različit tretman supružnika postoji razumno i objektivno opravdanje, odnosno da li ta odredba ima svoju opravdanost u praksi u smislu zaštite interesa djece, kako je to predviđeno odredbom člana 5. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju. Naime, navedenim članom Protokola broj 7 državama je dato široko polje procjene da mogu preduzeti mjere koje su neophodne da bi zaštitile interes djece.

30. S tim u vezi, Ustavni sud je od donosioca predmetnog zakona i nadležnog ministarstva, koje je bilo predlagač tog zakona, zatražio informaciju o tome koji su razlozi i svrha odredbe člana 43.

Porodičnog zakona FBiH. Zakonodavac nije dostavio Ustavnom sudu nikakvo obrazloženje iako je jedini nadležan da daje autentično tumačenje zakona. Međutim, Ustavnom sudu je traženi odgovor dostavilo nadležno ministarstvo. Stoga će Ustavni sud, iako se ne radi o autentičnom tumačenju zakona, odnosno predmetne odredbe, uzeti u obzir navedenu informaciju Ministarstva kako bi utvrdilo da li za različito tretiranje supružnika postoji razumno i objektivno opravdanje. Iz navoda Ministarstva proizlazi da je odredba člana 43. Porodičnog zakona donesena radi zaštite interesa djeteta i žene-majke. Kao prvo, istaknuto je da se navedenom odredbom željelo osigurati prisustvo oba roditelja u najranijoj životnoj dobi djeteta, uzimajući u obzir specifičnosti i psihičke promjene koje uzrokuje razdvajanje roditelja u vrijeme kada dijete još nije dovoljno odraslo da shvati određene pojave u društvu. Dalje, Ministarstvo je ukazalo na specifične materijalne prilike u kojim se nalaze žene u našem društvu koje se ogledaju u tome da su one nedovoljno situirane da bi samostalno opstale sa malodobnim djetetom zbog čega je prisustvo oca neophodno. S tim u vezi je navedeno da veliki broj žena-majki nema stalni izvor prihoda, odnosno da su nezaposlene, jer u toj životnoj fazi nisu u mogućnosti raditi veliki broj poslova, a ukoliko su u radnom odnosu, postoje problemi oko ostvarivanja naknada za vrijeme njege djeteta. Također, ukoliko dođe do razvoda braka, vrlo često nisu stambeno zbrinute.

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

32. Prema tome, prema mišljenju Ustavnog suda, razlozi koje navodi Ministarstvo u svom odgovoru ne predstavljaju razumno i objektivno opravdanje za različito tretiranje supružnika (muškarca i žene) u odnosu na pravo na pristup sudu pogotovo ako se uzme u obzir da u Porodičnom zakonu postoje precizne odredbe koje reguliraju pitanje zaštite djeteta i bračnih drugova. Također, razmatrajući ostale odredbe Porodičnog zakona, Ustavni sud primjećuje da, osim odredbe člana 43. koja pravi razliku između supružnika, sve ostale odredbe izjednačavaju muškarca i ženu kako u pogledu njihovih međusobnih prava i obaveza, tako i u pogledu njihovih prava i obaveza prema djeci. Stoga, Ustavni sud smatra da navedena odredba dovodi do različitog tretmana muškarca u odnosu na ženu, dakle prema spolu, u odnosu na njihovo pravo na pristup sudu, a da za takvo različito postupanje ovaj sud ne vidi bilo kakvo objektivno i razumno opravdanje. Navedeno Ustavni sud nije mogao zaključiti ni iz informacije koju je dobio od nadležnog ministarstva.

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

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

35. Imajući u vidu zaključke u ovoj odluci, Ustavni sud smatra da je neophodno preduzeti odgovarajuće legislativne mjere kojima će se osigurati pravo na pristup sudu za oba supružnika bez diskriminacije prema spolu u smislu člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske

konvencije i pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

36. Stoga je Ustavni sud naložio Parlamentu i Vladi Federacije Bosne i Hercegovine da preduzmu odgovarajuće mjere iz svoje nadležnosti kako bi se osiguralo poštivanje ustavnog prava na pristup sudu bez diskriminacije prema spolu u smislu ove odluke i u svim drugim relevantnim slučajevima (vidi, Ustavni sud, Odluka broj *U 106/03* od 27. oktobra 2004. godine, objavljena u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine“ broj 23/05, stav 35).

Ostali navodi

37. Ustavni sud smatra da, s obzirom na zaključke u pogledu člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u odnosu na pravo na pristup sudu kao segmentu prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, nije potrebno posebno razmatrati ostale apelantove navode koji se odnose na pravo na privatni i porodični život iz člana II/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. Evropske konvencije, pravo na sklapanje braka iz člana 12. Evropske konvencije i pravo na jednakost supružnika iz člana 5. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju, budući da se i oni, u suštini, zasnivaju na navodima o kršenju zabrane diskriminacije u vezi sa pravom na pristup sudu, o kojim je Ustavni sud već iznio svoj stav u prethodnim tačkama ove odluke.

VIII. Zaključak

38. Ustavni sud zaključuje da je u konkretnom slučaju došlo do kršenja zabrane diskriminacije iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u vezi sa pravom na pristup sudu kao segmentom prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, jer je apelantova tužba odbačena kao nedopuštena u smislu odredbe člana 43. Porodičnog zakona FBiH, koja je diskriminirajuća, jer dovodi do različitog tretmana apelanta prema spolu, a da za takav različit tretman nema razumnog i objektivnog opravdanja.

39. Na osnovu člana 61. st. 1. i 2. i člana 64. stav 1. Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud je odlučio kao u dispozitivu ove odluke.

40. Prema članu VI/5. Ustava Bosne i Hercegovine, odluke Ustavnog suda su konačne i obavezujuće.

Predsjednica
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Valerija Galić