

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u plenarnom sazivu, u predmetu broj **AP 369/10**, rješavajući apelaciju **H. K.**, na temelju članka VI/3.(b) Ustava Bosne i Hercegovine, članka 59. stavak 2. alineja 2, članka 61. st. 1. i 2. i članka 64. stavak 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, dopredsjednik

Miodrag Simović, dopredsjednik

Seada Palavrić, dopredsjednica

Mato Tadić, sudac

Constance Grewe, sutkinja

Mirsad Ćeman, sudac

Margarita Caca-Nikolovska, sutkinja

Zlatko M. Knežević, sudac

na sjednici održanoj 24. svibnja 2013. godine donio je

ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU

Usvaja se apelacija **H. K.**

Utvrđuje se kršenje zabrane diskriminacije iz članka II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i članka 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u svezi sa pravom na pristup sudu iz članka II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 6. stavak 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

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

Predmet se vraća Kantonalnom sudu u Bihaću, koji je dužan u roku od tri mjeseca donijeti novu odluku sukladno članku II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i članku 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava u svezi sa člankom II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine i člankom 6. stavak 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Odluka se dostavlja Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine i Vladi Federacije Bosne i Hercegovine, koji su dužni poduzeti mjere iz svoje nadležnosti u pravcu osiguranja poštivanja prava iz članka II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i članka 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u svezi sa člankom II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine i člankom 6. stavak 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda sukladno ovoj odluci.

Nalaže se Kantonalnom sudu u Bihaću da, u roku od tri mjeseca od dana dostave ove odluke, a Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine i Vladi Federacije Bosne i Hercegovine da, u roku od šest mjeseci od dana dostave ove odluke, sukladno članku 74. stavak 5. Pravila Ustavnog suda, obavijeste Ustavni sud Bosne i Hercegovine o poduzetim 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, kojega zastupa Safeta Alijagić, odvjetnik iz Bihaća, podnio je 26. siječnja 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. prosinca 2009. godine i Rješenja Općinskog suda u Cazinu (u daljnjem tekstu: Općinski sud) broj 20 0 P 003388 09 P od 6. studenog 2009. godine.

II. Postupak pred Ustavnim sudom

2. Na temelju članka 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. listopada 2010. godine da dostave odgovore na apelaciju.

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

4. Na temelju članka 26. stavak 2. Pravila Ustavnog suda, odgovori Kantonalnog i Općinskog suda dostavljeni su apelantovom opunomoćeniku 22. ožujka 2011. godine.

5. Također, na temelju članka 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. veljače i 15. ožujka 2013. godine da dostave odgovore o tome što su razlozi i svrha odredbe članka 43. Obiteljskog zakona FBiH.

6. Ministarstvo je 11. travnja 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. studenog 2009. godine, koje je potvrđeno Rješenjem Kantonalnog suda broj 20 0 P 003388 09 Gž od 7. prosinca 2009. godine, odbačena je apelantova tužba koju je podnio protiv tužene radi rastave braka.

9. U obrazloženju prvostupanjskog rješenja se navodi da je apelant Općinskom sudu 2. studenog 2009. godine podnio tužbu radi rastave braka protiv tužene koja je smještena u Kući spasa

Centra za socijalni rad Ljubljana. Istaknuto je da je uz tužbu priložio izvadak iz matične knjige rođenih za malodobno 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 sudjelovala tužena. Općinski sud se pozvao na odredbu članka 49. stavak 1. Obiteljskog zakona FBiH kojom je propisano da, ako se oba bračna partnera, uredno pozvana, ne odazovu na poziv da sudjeluju u postupku posredovanja, a ne opravdaju svoj izostanak, postupak će se obustaviti. Prema mišljenju Općinskog suda, sukladno spomenutoj odredbi, JU Centar za socijalni rad Cazin je bila dužna obustaviti postupak posredovanja, a što nije učinila. Istaknuto je da je, neovisno o navedenoj činjenici, apelant 2. studenog 2009. godine podnio tužbu protiv tužene za rastavu braka, prilažući uz tužbu zapisnik o posredovanju JU Centar za socijalni rad od 30. listopada 2009. godine iz kojeg je utvrđeno da postupak posredovanja nije okončan, te je, stoga, u smislu odredbe članka 52. Obiteljskog zakona, Općinski sud odlučio tužbu odbaciti.

10. U obrazloženju drugostupanjskog rješenja se navodi da je apelantova tužba nedopuštena, ali ne zbog razloga koje je naveo prvostupanjski sud, već u smislu odredbe članka 43. Obiteljskog zakona FBiH. Kantonalni sud je naveo da je navedenom odredbom propisano da muž nema pravo na tužbu za rastavu 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 mldb. S. K., za koju je dostavio izvadak iz matične knjige rođenih. Kantonalni sud je naveo da iz navedenog izvotka proizlazi činjenica da je mldb. S. K. rođena 30. lipnja 2007. godine, a apelant je tužbu podnio 2. studenog 2009. godine. Stoga je Kantonalni sud utvrdio da je apelant podnio tužbu u vrijeme kada mldb. 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 članka II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 6. stavak 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Europska konvencija), pravo na privatni i obiteljski život iz članka II/3.(f) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 8. Europske konvencije, pravo na sklapanje braka iz članka 12. Europske konvencije, pravo na nediskriminaciju iz članka II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i članka 14. Europske konvencije i pravo na jednakost supružnika iz članka 5. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju. Smatra da je odredbom članka 43. Obiteljskog zakona muškarac diskriminiran u odnosu na ženu, budući da ona ima pravo na rastavu u svako doba, a muškarcu se to pravo ograničava. Dakle, apelant ukazuje na diskriminaciju prema spolu. Ističe da je ženi omogućena rastava braka u svako doba i mogućnost zaključenja novog braka dok se

mužu-muškarcu to pravo ograničava, te u razdoblju 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 obvezama 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 predmetom 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 članka 43. Obiteljskog zakona zaštita temeljnih ljudskih prava žene-majke i nerođenog i malodobnog djeteta, prvenstveno u najranijoj dobi. Istaknuto je da je zakonodavac želio osigurati da oba roditelja budu nazočna u najranijoj dobi djeteta, uzevši u obzir sve specifičnosti i psihičke promjene koje uzrokuje razdvajanje roditelja u vrijeme kada dijete još nije dostatno 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 tomu što nisu dostatno situirane da samostalno opstanu sa malodobnim djetetom, pa je nazočnost oca neophodna. Ukazano je da je veliki broj žena-majki bez stalnog izvora prihoda, odnosno da su neuposlene, 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 tomu su vrlo često i stambeno nezbrinute ukoliko dođe do rastave braka. Sukladno navedenom, zakonodavac je smatrao da je uloga oca veoma bitna u ovom razdoblju odrastanja i njege djeteta, pa je kroz razdoblje od tri godine želio osigurati mogućnost da dijete zdravo i pravilno odrasta. Zakonodavac je želio da majka, koja prolazi kroz veoma teško razdoblje podizanja malog djeteta, ima neophodnu pomoć i nazočnost oca djeteta, te u konačnici dana je mogućnost da zdravo egzistira uz ljubav zajedničkog djeteta. Konstatirano je da namjera zakonodavca nema diskriminirajuću narav, 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 kako smatra da pravo iz članka 12. Europske konvencije nije povrijeđeno, jer se vršenje prava na brak i zasnivanje obitelji uređuju unutarnjim zakonima a u konkretnim slučajevima pravo na brak je ograničeno u određenom razdoblju, jer je već ostvareno ranijim brakom i njime su

stvorene određene obveze koje se moraju ispoštovati, prije svega obveza da se zaštiti malodobno dijete.

V. Relevantni propisi

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

Članak 41.

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

Članak 42.

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

Članak 43.

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

Članak 124.

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

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

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

Članak 129.

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

(2) Roditeljska skrb ostvaruje se u najboljem interesu djeteta.

Članak 130.

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

(2) Roditelji trebaju osigurati zaštitu djeteta koja je nužna za njegovu dobrobit.

Članak 131.

(1) Ograničenje i oduzimanje roditeljske skrbi moguće je odlukom mjerodavnog organa iz razloga i na način propisan ovim zakonom.

(2) Roditelj se ne može odreći roditeljske skrbi.

Članak 138.

(1) Roditelji imaju dužnost i pravo uzdržavati dijete, sukladno odredbama ovog zakona.

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

Članak 152. stavak 1.

(1) Ako su roditelji zanemarili skrb o zdravlju i odgoju djeteta, ili kada je roditeljima potrebna pomoć u odgoju djeteta, organ skrbništva će odrediti nadzor nad ostvarivanjem roditeljske skrbi koji će trajati dok to bude u interesu djeteta a najkraće tri mjeseca.

Članak 215.

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

Članak 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 uposliti, ima pravo na uzdržavanje od svog bračnog partnera srazmjerno njegovim mogućnostima.

Članak 249. stavak 1.

(1) U postupku za uzdržavanje malodobnog djeteta ili punoljetnog djeteta nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb, sud može po službenoj dužnosti odrediti privremene mjere radi davanja uzdržavanja.

VI. Dopustivost

16. Sukladno članku VI/3.(b) Ustava Bosne i Hercegovine, Ustavni sud, također, ima apelacijsku nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom ustavu kada ona postanu predmetom spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini.

17. Sukladno članku 16. stavak 1. Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud može razmatrati apelaciju samo ako su protiv presude, odnosno odluke koja se njome pobija, iscrpljeni svi učinkoviti pravni lijekovi mogući prema zakonu i ako se podnese u roku od 60 dana od dana kada je podnositelj apelacije primio odluku o posljednjem učinkovitom 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. prosinca 2009. godine protiv kojeg nema drugih učinkovitih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Potom, osporenu odluku apelant je primio 11. siječnja 2010. godine, a apelacija je podnesena 26. siječnja 2010. godine, dakle, u roku od 60 dana, kako je propisano člankom 16. stavak 1. Pravila Ustavnog suda. Konačno, apelacija ispunjava i uvjete iz članka 16. st. 2. i 4. Pravila Ustavnog suda, jer nije očigledno (*prima facie*) neutemeljena, niti postoji neki drugi formalni razlog zbog kojeg apelacija nije dopustiva.

19. Imajući u vidu odredbe članka VI/3.(b) Ustava Bosne i Hercegovine, članka 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 redovitih sudova povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz članka II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 6. stavak 1. Europske konvencije, pravo na privatni i obiteljski život iz članka II/3.(f) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 8. Europske konvencije, pravo na sklapanje braka iz članka 12. Europske konvencije, pravo na nediskriminaciju iz članka II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i članka 14. Europske konvencije i pravo na jednakost supružnika iz članka 5. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju.

Pravo na pravično suđenje

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

Sve osobe na teritoriju Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i temeljne slobode iz ovog članka stavak 2. što uključuje:

e) Pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava vezana za krivični postupak.

Nediskriminacija

Članak II/4. Ustava Bosne i Hercegovine glasi:

Uživanje prava i sloboda predviđenih ovim člankom ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovom Ustavu, osigurano je za sve osobe u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo uvjerenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, vezivanje za neku nacionalnu manjinu, imovina, rođenje ili drugi status.

Članak 14. Europske 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 podrijetlo, sveza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.

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

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

građanskim pitanjima predstavlja samo jedan od aspekata. Članak 6. Europske konvencije je mnogo širi od članka 13. jer podrazumijeva pravo na sud i primjenjuje se na sva tumačenja građanskih prava i obveza, a ne samo na ona vezana za neko od prava koje garantira Europska konvencija.

23. Dalje, prema praksi Europskog suda, članak 6. stavak 1. Europske konvencije osigurava svakome pravo da njegov zahtjev u svezi s njegovim građanskim pravima i obvezama 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, Europski sud za ljudska prava, *Philis protiv Grčke*, presuda od 27. kolovoza 1991. godine, serija A broj 209, strana 20, stavak 59). Također, prema praksi Ustavnog suda, pravo na pristup sudu je povrijeđeno kada sud propusti meritorno odlučiti o apelantovom građanskom pravu (vidi, Ustavni sud, Odluka broj *U 64/02* od 24. listopada 2003. godine, objavljena u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine“ broj 8/04, stavak 48).

24. Dakle, u članak 6. stavak 1. Europske 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 naravi, zahtijeva državno uređenje. U tome pogledu države ugovornice uživaju određenu slobodu procjene iako konačnu odluku o poštivanju zahtjeva iz Europske 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 sukladno članku 6. stavak 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. listopada 1996. godine, *Reports of Judgements and Decisions* 1996-IV, stavak 50).

25. Dalje, Ustavni sud zapaža da apelant predmetnom apelacijom pokreće i pitanje diskriminacije po osnovi spola u odnosu na pristup sudu. Ustavni sud podsjeća na činjenicu da članak 14. Europske konvencije osigurava zaštitu od diskriminacije povodom pitanja koja potpadaju pod okvir drugih članaka Europske konvencije (Europski sud za ljudska prava, *Marckx protiv Belgije*, vidi presudu od 13. lipnja 1979, serija A broj 31, stavak 32). Prema praksi Europskog suda, diskriminacija nastupa ako se osoba ili skupina osoba koje se nalaze u analognoj situaciji različito tretiraju na temelju spola, rase, boje, jezika, vjere (...) u pogledu uživanja prava iz Europske konvencije, a ne postoji objektivno i razumno opravdanje za takav tretman ili upotreba sredstava naspram željenog cilja koja nisu u proporcionalnom odnosu (vidi, Europski sud, *Belgijski jezični slučaj*, presuda od 9. veljače 1967. godine, serija A broj 6, stavak 10). Pri tomu je nevažno je li diskriminacija posljedica različitog

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

26. Također, prema praksi Ustavnog suda i Europskog suda, neki akt ili propis je diskriminirajući ako pravi razliku između pojedinaca ili skupina 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 Europskog suda, državna tijela imaju određenu slobodu procjene kada odlučuju opravdavaju li i u kojoj mjeri razlike u inače sličnim situacijama različit tretman prema zakonu. Opseg te slobode procjene varira u ovisnosti o okolnostima samog predmeta i pozadine tog predmeta (vidi, Europski sud, *Rasmunssen protiv Danske*, presuda od 28. studenog 1984. godine, serija A broj 87, stavak 40).

27. U konkretnom slučaju apelantova tužba za razvod braka je, u suštini, konačno odbačena kao nedozvoljena u smislu odredbe članka 43. Obiteljskog zakona FBiH. Naime, prema navedenoj odredbi, muž nema pravo podnijeti tužbu za rastavu 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 malodobno dijete apelanta i tužene nije navršilo tri godine zbog čega apelant, u smislu spomenute odredbe, nema pravo na podnošenje tužbe za rastavu braka.

28. Ustavni sud smatra da je nepobitno da odredba članka 43. Obiteljskog zakona FBiH, na temelju 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 rastavu 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 rastavu 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 postoji li za tako različit tretman supružnika razumno i objektivno opravdanje, odnosno ima li ta odredba svoju opravdanost u praksi u smislu zaštite interesa djece, kako je to predviđeno odredbom članka 5. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju. Naime, navedenim člankom Protokola broj 7 državama je dano široko polje procjene da mogu poduzeti mjere koje su neophodne kako bi zaštitile interes djece.

30. S tim u svezi, Ustavni sud je od donositelja predmetnog zakona i nadležnog ministarstva, koje je bilo predlagačem tog zakona, zatražio informaciju o tomu koji su razlozi i svrha odredbe članka 43. Obiteljskog zakona FBiH. Zakonodavac nije dostavio Ustavnom sudu nikakvo obrazloženje iako je jedini nadležan dati 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 postoji li za različito tretiranje supružnika razumno i objektivno opravdanje. Iz navoda Ministarstva proizlazi da je odredba članka 43. Obiteljskog zakona donesena radi zaštite interesa djeteta i žene-majke. Kao prvo, istaknuto je da se navedenom odredbom željela osigurati nazočnost 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 tomu da su one nedostatno situirane da bi samostalno opstale sa malodobnim djetetom zbog čega je nazočnost oca neophodna. S tim u svezi je navedeno da veliki broj žena-majki nema stalni izvor prihoda, odnosno da su neuposlene, jer u toj životnoj fazi nisu u mogućnosti raditi veliki broj poslova, a ukoliko su u radnome odnosu, postoje problemi oko ostvarivanja naknada za vrijeme njege djeteta. Također, ukoliko dođe do rastave braka, vrlo često nisu stambeno zbrinute.

31. Imajući u vidu navedeno, Ustavnom sudu se postavlja pitanje ukazuje li obrazloženje Ministarstva na razumno i objektivno opravdanje za različit tretman supružnika odredbom članka 43. Obiteljskog zakona, a u smislu standarda koje propisuje Europska konvencija. Ustavni sud zapaža da je nepobitno da predmetna odredba ograničava pravo muža na rastavu 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 realnome životu, čak i uz postojanje navedene odredbe, ne može se spriječiti da muž, odnosno otac djeteta, i bez rastave fizički napusti majku i dijete. S druge strane, Ustavni sud zapaža da Obiteljski zakon ima niz odredaba koje precizno reguliraju koja su to prava i dužnosti roditelja u pogledu staranja i izdržavanja njihove djece. Tako je odredbom članka 130. propisano *da su roditelji zajednički i prvenstveno odgovorni za razvoj i odgoj djeteta*. Stavkom 2. članka 131. Obiteljskog zakona propisano je *da se roditelj ne može odreći roditeljskog staranja*. Dalje, Obiteljskim zakonom su regulirana i pitanja izdržavanja bračnog druga koji nema dostatno sredstava za život. Stoga, proizlazi da se razlozi i svrha odredbe članka 43. Obiteljskog zakona, koje je navelo Ministarstvo u svom odgovoru, ostvaruju putem drugih odredaba Obiteljskog zakona koje precizno reguliraju pitanje zaštite interesa djeteta, kao i bračnog druga koji nema dostatno sredstava za

život. Dakle, ne postoji zakonska prepreka da se, sukladno drugim odgovarajućim odredbama Obiteljskog zakona, zaštite interesi djeteta i žene-majke ukoliko postoji potreba za takvom zaštitom.

32. Prema tomu, 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 pogotovu ako se uzme u obzir da u Obiteljskom zakonu postoje precizne odredbe koje reguliraju pitanje zaštite djeteta i bračnih drugova. Također, razmatrajući ostale odredbe Obiteljskog zakona, Ustavni sud primjećuje da, osim odredbe članka 43. koja pravi razliku između supružnika, sve ostale odredbe izjednačavaju muškarca i ženu kako u pogledu njihovih međusobnih prava i obveza, tako i u pogledu njihovih prava i obveza 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 temelju navedenog, Ustavni sud smatra da odredba članka 43. Obiteljskog zakona ne zadovoljava potrebnu zakonsku kvalitetu u mjeri u kojoj bi se poštivali standardi iz članka II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i članka 14. Europske konvencije u odnosu na pristup sudu kao segmentu prava na pravično suđenje iz članka II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 6. stavak 1. Europske konvencije. Na temelju navedenog Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju apelant diskriminiran prema spolu u svezi sa pravom na pristup sudu. Stoga, Ustavni sud zaključuje da je u konkretnom slučaju prekršena zabrana diskriminacije iz članka II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i članka 14. Europske konvencije u odnosu na pristup sudu kao segmentu prava na pravično suđenje iz članka II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 6. stavak 1. Europske konvencije. Dakle, proizlazi da odredba članka 43. Obiteljskog zakona nije sukladna ni Ustavu Bosne i Hercegovine, ni Europskoj konvenciji.

34. Ustavni sud pri tomu podsjeća da se, u smislu odredbe članka II/2. Ustava Bosne i Hercegovine, prava i slobode predviđeni u Europskoj konvenciji i u njezinim protokolima izravno primjenjuju u Bosni i Hercegovini, te da imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. U konkretnom slučaju, prema mišljenju Ustavnog suda, redoviti sudovi su propustili primijeniti ustavne odredbe koje ukazuju na prioritet primjene Europske konvencije i njezinih protokola u odnosu na bilo koji drugi zakon. Dakle, redoviti sudovi, prigodom odlučivanja o tužbenim zahtjevima, imaju ustavnu obvezu primijeniti 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 poduzeti odgovarajuće legislativne mjere kojima će se osigurati pravo na pristup sudu za oba supružnika bez diskriminacije prema spolu u smislu članka II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i članka 14. Europske konvencije i pravo na pravično suđenje iz članka II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 6. stavak 1. Europske konvencije.

36. Stoga je Ustavni sud naložio Parlamentu i Vladi Federacije Bosne i Hercegovine da poduzmu 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. listopada 2004. godine, objavljena u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine“ broj 23/05, stavak 35).

Ostali navodi

37. Ustavni sud smatra da, obzirom na zaključke u pogledu članka II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i članka 14. Europske konvencije u odnosu na pravo na pristup sudu kao segmentu prava na pravično suđenje iz članka II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 6. stavak 1. Europske konvencije, nije potrebno posebice razmatrati ostale apelantove navode koji se odnose na pravo na privatni i obiteljski život iz članka II/3.(f) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 8. Europske konvencije, pravo na sklapanje braka iz članka 12. Europske konvencije i pravo na jednakost supružnika iz članka 5. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju, budući da se i oni, u suštini, temelje na navodima o kršenju zabrane diskriminacije u svezi sa pravom na pristup sudu, o kojim je Ustavni sud već iznio svoje stajalište u prethodnim točkama ove odluke.

VIII. Zaključak

38. Ustavni sud zaključuje da je u konkretnom slučaju došlo do kršenja zabrane diskriminacije iz članka II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i članka 14. Europske konvencije u svezi sa pravom na pristup sudu kao segmentom prava na pravično suđenje iz članka II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 6. stavak 1. Europske konvencije, jer je apelantova tužba odbačena kao nedopuštena u smislu odredbe članka 43. Obiteljskog 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 temelju članka 61. st. 1. i 2. i članka 64. stavak 1. Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud je odlučio kao u dispozitivu ove odluke.

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

Predsjednica

Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Valerija Galić