

Evropski sud za ljudska prava i zaštita od diskriminacije: Jurisprudencija i evolucija standarda

DISKRIMINACIJA

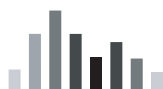
www.diskriminacija.ba

DISKRIMINACIJA

Evropski sud za ljudska prava i zaštita od diskriminacije

Jurisprudencija i evolucija standarda

Urednik:
Edin Hodžić



ANALITIKA

Centar za društvena istraživanja

Sarajevo, 2018.

Naslov: Evropski sud za ljudska prava i zaštita od diskriminacije: Jurisprudencija i evolucija standarda

Urednik: Edin Hodžić

Izdavač: Analitika – Centar za društvena istraživanja

Godina: 2018.

© Analitika – Centar za društvena istraživanja, sva prava pridržana

Adresa izdavača:

Josipa Vancaša 23, 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina

info@analitika.ba

www.analitika.ba

Lektura: Amela Šehović

Korektura i redaktura: Mirela Rožajac-Zulčić

Dizajn korica: PAUZA

Dizajn unutrašnjosti publikacije: Branka Ilić

DTP: Jasmin Leventa

Štampa: Blicdruk d.o.o., Sarajevo

CIP - Katalogizacija u publikaciji
Nacionalna i univerzitetska biblioteka
Bosne i Hercegovine, Sarajevo

341.231.14

EVROPSKI sud za ljudska prava i zaštita od diskriminacije : jurisprudencija i evolucija standarda / urednik Edin Hodžić. - Sarajevo : Analitika - Centar za društvena istraživanja, 2018. - 146 str. : graf. prikazi ; 25 cm

O autorima: str. 145-146. - Bibliografija i bilješke uz tekst.

ISBN 978-9926-425-09-8

1. Hodžić, Edin

COBISS.BH-ID 25607430

Napomena: stavovi i mišljenja koja se iznose u ovoj publikaciji isključivo su stavovi i mišljenja autora te ne znači da nužno odražavaju stavove i mišljenja Analitike – Centra za društvena istraživanja, niti donatora publikacije.

Publikacija je objavljena uz podršku američkog naroda preko Američke agencije za međunarodni razvoj (USAID). Autori ove publikacije su odgovorni za njen sadržaj i stavovi koji su u njoj izneseni ne odražavaju stavove USAID-a, Vlade Sjedinjenih Američkih Država niti Fonda otvoreno društvo BiH.



JEDNAKOST ZA SVE

KOALICIJA CIVILNOG DRUŠTVA
U BORBI PROTIV DISKRIMINACIJE

Open
Society Fund
Bosnia & Herzegovina



Fond
otvoreno društvo
Bosna i Hercegovina

Publikacija je objavljena u okviru projekta “Jednakost za sve: Koalicija organizacija civilnog društva protiv diskriminacije”, koji u partnerstvu implementiraju Mediacentar Sarajevo, Analitika – Centar za društvena istraživanja, Prava za sve i Vaša prava BiH. Projekat finansiraju USAID i Fond otvoreno društvo BiH.



VAŠA PRAVA BiH
Legal Aid Network

Edin Hodžić UVODNA RAZMATRANJA: EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA KAO VITALNI FORUM ZA ZAŠTITU OD DISKRIMINACIJE	9
<hr/>	
ZAŠTIĆENI OSNOVI	
Zlatan Meškić DISKRIMINACIJA I ZAŠTIĆENI OSNOVI U JURISPRUDENCIJI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA – TREND PROŠIRIVANJA I PRODUBLJIVANJA ZAŠTITE	25
<hr/>	
OBLICI DISKRIMINACIJE	
Mario Reljanović OBLICI DISKRIMINACIJE I JURISPRUDENCIJA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA	69
<hr/>	
IZUZECI OD JEDNAKOG TRETMANA	
Vanja Kovač IZUZECI OD PRINCIPA JEDNAKOG POSTUPANJA U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE U SVJETLU JURISPRUDENCIJE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA I PRAVA EVROPSKE UNIJE	109
Amila Kurtović ZABRANA NOŠENJA VJERSKIH OBILJEŽJA NA RADNOM MJESTU: PERSPEKTIVA SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE	129
<hr/>	
O AUTORIMA	145

EDIN HODŽIĆ

Uvodna razmatranja: Evropski sud za ljudska prava kao vitalni forum za zaštitu od diskriminacije

1. Uvod

Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (u daljnjem tekstu: EKLJP) stupila je na snagu 1953. godine, ali je bilo potrebno dugo vremena da Evropski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP ili Sud) postane respektabilan forum za zaštitu od diskriminacije. Naime, tek u posljednjih petnaestak godina Sud je razvio značajnu jurisprudenciju u kojoj je utvrđena povreda prava na slobodu od diskriminacije.¹ S razvojem sudske prakse u ovoj oblasti razvijali su se i ključni koncepti i standardi, u skladu sa razumijevanjem EKLJP kao “živog instrumenta”, koji se, sačinjen nedugo nakon Drugog svjetskog rata, treba prilagođavati izmijenjenim prilikama i novim društvenim okolnostima u državama članicama.

S tim u vezi, osnovni cilj ove publikacije, koja ima i karakter svojevrsnog vodiča, jeste ponuditi prikaz jurisprudencije ESLJP-a u ovoj oblasti upravo u evolutivnoj perspektivi, i to kroz tri ključne tematske cjeline: osnovi diskriminacije, oblici diskriminacije, te izuzeci od principa jednakog tretmana.

¹ Kako navodi Schabas, do 1990. godine bila su tek četiri predmeta u kojima je Sud utvrdio diskriminaciju. U narednih deset godina bilo je devet novih takvih predmeta, dok je od 2000. do 2010. bilo 125 presuda u kojima je utvrđena povreda člana 14. William Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2015), str. 1178.

2. Definicije i ključni trendovi

Diskriminacija, kao što je poznato, nije definirana ni u članu 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima (koji predviđa zabranu diskriminacije u odnosu na prava predviđena samom Konvencijom), niti u Protokolu 12 uz Konvenciju (koji zabranu diskriminacije proširuje i na ostala prava predviđena pravnim okvirom, odnosno uvodi opću zabranu diskriminacije). No, u praksi se razvilo kompleksno i višedimenzionalno razumijevanje diskriminacije. Kao što će to dobrim dijelom pokazati i tekstovi okupljeni u ovom zborniku, evolucija standarda i prakse se kretala od inicijalnog insistiranja na tome da diskriminacija u kontekstu Konvencije mora biti neposredna i ozbiljna, prema prepoznavanju njenih suptilnijih i manje eksplicitnih oblika, kakva je posredna ili indirektna diskriminacija.

Prema uvriježenoj definiciji, diskriminacija se sastoji u različitom tretmanu osoba koje se nalaze u sličnim situacijama, bez objektivnog i razumnog opravdanja.² Važno je pritom istaći da je opravdavanje direktne diskriminacije i dalje kontroverzno pitanje. Naime, direktna diskriminacija, koja se sastoji u razlikovanju u tretmanu upravo po nekom od zabranjenih osnova – kakvi su npr. rodna, rasna ili etnička pripadnost – i direktno je usmjerena na osobe koje pripadaju određenim grupama, prema pravu Evropske unije se u pravilu ne može opravdati. No, EKLJP predviđa da se čak i direktna diskriminacija u principu može opravdati, premda je u nekim slučajevima (npr. spol ili etnicitet) takvo opravdanje gotovo nemoguće, dok se u drugim slučajevima (dob ili invaliditet) različit tretman često može opravdati. Indirektna diskriminacija, koja postoji kada naizgled neutralni propis, kriterij ili praksa ima nepovoljniji efekt na određenu grupu, nedvojbeno je podložna opravdanju.³ U praksi Evropskog suda za ljudska prava utvrđeno je da će takvo opravdanje postojati, odnosno da diskriminacije neće biti, ukoliko razlika u tretmanu slijedi legitiman cilj te ukoliko postoji razuman odnos proporcionalnosti između primijenjenih mjera i cilja koji se njima želi ostvariti. Pritom, u ocjeni proporcionalnosti

² Vidjeti, npr., ESLJP, *D. H. i ostali vs. Češka Republika*, 13. 11. 2007, par. 75.

³ Vidjeti više u Sandra Fredman, *Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011), str. 196–202; Evelyn Ellis i Philippa Watson, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), str. 108–110.

u svakom konkretnom slučaju naročito je bitno pitanje da li su za postizanje istog cilja dostupne druge, manje restriktivne mjere.⁴ Tako je, npr., u predmetu *Sejdić i Finci protiv BiH* veoma bitan faktor u utvrđivanju diskriminacije osoba koje ne pripadaju konstitutivnim narodima u kontekstu pristupa važnim političkim funkcijama bilo uvjerenje Suda da postoje alternativni modeli organizacije tripartitne vlasti konstitutivnih naroda u BiH koji automatski ne isključuju pripadnike “ostalih”.⁵

Diskriminacija, međutim, nije vezana samo za situacije kada se osobe u jednakim situacijama tretiraju nejednako. Naime, u predmetu *Thlimenos protiv Grčke* ESLJP je zaključio sljedeće:

“Sud je do sada smatrao da je pravo na slobodu od diskriminacije u uživanju prava predviđenih Konvencijom, predviđeno članom 14, prekršeno kada države članice različito tretiraju osobe u analognim situacijama, bez objektivnog i razumnog opravdanja. (...) No, Sud smatra da to nije jedini sloj zabrane diskriminacije iz člana 14. Pravo na slobodu od diskriminacije u uživanju prava predviđenih Konvencijom prekršeno je i onda kada države bez objektivnog i razumnog opravdanja propuste da tretiraju različito osobe čije su situacije značajno različite.”⁶

Iako je fokus Suda dugo ostao na prvom nivou antidiskriminacije – odnosno insistiranju na često dosta formalističkom tretiranju jednakih jednako – ovakav stav je otvorio prostor za daljnju evoluciju standarda u pravcu ozbiljnijeg tretmana situacije nejednakih, u skladu sa razmjerama njihove nejednakosti.⁷ U tom smislu, novija jurisprudencija ESLJP-a ide i korak dalje. Najprije, Sud je na tragu predmeta *Thlimenos*

⁴ Schabas, *The European Convention on Human Rights*, str. 564.

⁵ ESLJP, *Sejdić i Finci vs. Bosna i Hercegovina*, 22. 12. 2009, par. 48.

⁶ ESLJP, *Thlimenos vs. Grčka*, 6. 4. 2000, par. 44.

⁷ Vidjeti više u Aileen McColgan, *Discrimination, Equality, and the Law* (Oxford: Hart Publishing, 2014), str. 123–134. Vidjeti također Andrea Broderick, “A Reflection on Substantive Equality Jurisprudence: The Standard of Scrutiny at the ECtHR for Differential Treatment of Roma and Persons with Disabilities”, *International Journal of Discrimination and the Law* 15, br. 1–2 (2015), str. 101–122.

prepoznao i konceptualno elaborirao posrednu diskriminaciju. Pored toga, reflektirajući nove trendove u razumijevanju prava na jednak tretman, ESLJP je u razmatranju konkretnih predmeta spreman ići i izvan okvira situacije samih aplikanata, te razmatrati širi društveni kontekst i okolnosti marginalizacije i strukturalne, sistemske društvene isključenosti čitavih grupa – konkretno, romske zajednice.⁸ Štaviše, u predmetu *Horvath protiv Mađarske* Sud je, pored ostalog, utvrdio postojanje “pozitivne obaveze” države da “eliminira efekte historije rasne segregacije [romske djece] u specijalnim školama”⁹. Pozitivne obaveze su proaktivne a ne reaktivne i zasnovane su na shvatanju da je potrebno osigurati da ljudska prava ne budu samo formalne ovlasti pojedinaca, već da ih svi njihovi nosioci i uživaju u praksi. Takav pristup pravima, u ovom slučaju slobodi od diskriminacije, u nekim slučajevima će zahtijevati i sistemske mjere i pozitivno djelovanje države u osiguravanju jednakosti, a ne samo negativne obaveze, odnosno uzdržavanje od diskriminacije.¹⁰

Ono što je zajedničko za navedene trendove jeste sve veća pažnja koja se i u jurisprudenciji u ovoj oblasti posvećuje supstancijalnoj jednakosti. Prema jednoj autoritativnoj interpretaciji supstancijalne jednakosti, riječ je o konceptu koji ima četiri dimenzije: redistributivnu (koja podrazumijeva ukidanje nepovoljnog tretmana zasnovanog na statusu); dimenziju priznavanja (koja se odnosi na promoviranje poštivanja dostojanstva i jednake vrijednosti, te eliminiranje stigmatizacije, stereotipa, ponižavanja i nasilja na osnovu pripadnosti određenoj grupi); transformativnu dimenziju (koja se tiče prihvatanja različitosti i ostvarivanja strukturalnih promjena na tom planu), te participativnu dimenziju (koja podrazumijeva osiguravanje punog učešća u društvenom i političkom životu).¹¹ Novija jurisprudencija ESLJP-a prihvata neke od navedenih dimenzija – naročito redistributivnu i dimenziju priznavanja. No, u pravilu zahtjevnije komponente supstancijalne jednakosti, kao što je transformativna

⁸ Vidjeti, npr., ESLJP, *D. H. i ostali vs. Češka Republika*.

⁹ ESLJP, *Horvath i Kiss vs. Mađarska*, 29. 1. 2013, par. 127.

¹⁰ Vidjeti više u Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

¹¹ Fredman, *Discrimination Law*, str. 25–33.

dimenzija, još uvijek nisu našle svoje mjesto u praksi ESLjP-a.¹² Uprkos ovim generalno pozitivnim trendovima, teško je predvidjeti kako će se praksa Suda u ovom kontekstu dalje razvijati, naročito imajući u vidu ograde i ograničenja izražene npr. u Eksplanatornom izvještaju uz Protokol 12 uz EKLjP, u kojem se ističe da će “nivo pozitivnih obaveza koje proizlaze iz člana 1 (Protokola) vjerovatno biti ograničen”.¹³

Naravno, evolucija standarda ESLjP-a nije jednodimenzionalan i jednosmjernan proces, tako da jedan standard ili paradigma nužno i nepovratno ne zamjenjuju drugi. Također, u širem kontekstu evropskog antidiskriminacijskog prava mogu se uočiti i regresije, odnosno trendovi koji ne moraju nužno biti progresivni, kako pokazuje i tekst Amile Kurtović u ovom zborniku. ESLjP je i kritikovan zbog ponekad nekoherentne i nedovoljno uvjerljive prakse, naročito u pitanjima koja se odnose, npr., na zaštićene osnove, razumijevanje i primjenu koncepata indirektna ili supstancijalna diskriminacije ili upotrebu komparatora.¹⁴ No, jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava ostaje ključna referenca za interpretaciju prava iz EKLjP-a i sudovi država članica vlastitu praksu u pravilu usklađuju sa relevantnim presudama ESLjP-a.¹⁵

¹² Vidjeti više, npr., u Daron Tan, “Demarcating the Margin: Positive Obligations under Article 14 of the European Convention of Human Rights”, *Columbia Journal of European Law*, Preliminary Reference Blog, 14. 3. 2018.

¹³ Council of Europe, Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Rome: Council of Europe, 4. 11. 2000), par. 27.

¹⁴ Vidjeti, npr., Janneke Gerards, “The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Review* 13, br. 1 (2013), str. 99–124.

¹⁵ Alec Stone Sweet i Helen Keller, “Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems”, *Faculty Scholarship Series*, Paper 88, 2008, str. 688.

3. Javna i privatna sfera

Primjena člana 14 Konvencije i člana 1 Protokola 12 uz Konvenciju u privatnoj sferi je važno, ali i posebno kompleksno pitanje. Prije svega, treba imati u vidu da se zabrana diskriminacije u kontekstu Protokola 12 odnosi na “1) uživanje bilo kojeg prava koje osoba ima prema državnom pravu; 2) ... situacije u kojima je javna vlast državnim pravom obavezana na određeno ponašanje; 3) provođenje diskrecionih ovlasti od strane javne vlasti (naprimjer, dodjeljivanje određenih subvencija); 4) bilo koje djelovanje ili propuštanje od strane javne vlasti (naprimjer, ponašanje policijskih organa u slučajevima protesta ili pobune)”¹⁶

Kako ovaj citat jasno pokazuje, akcent Protokola 12, kao i Konvencije u cjelini, stavljen je na ponašanje javne vlasti, dok su odnosi u privatnoj sferi – za razliku od rješenja u Zakonu o zabrani diskriminacije BiH naprimjer – zanemareni. Iako je proširio obim zaštite od diskriminacije na sva prava predviđena državnim pravnim okvirom, Protokol 12 nije suštinski proširio horizontalne efekte EKLJP-a u smislu reguliranja odnosa u privatnoj sferi. To je svakako rezultat činjenice da je ESLJP nadležan za predstavke koje su podnesene protiv države, a ne fizičkih osoba. Ipak, kako navodi Spielmann, za proširivanje primjene nekih odredbi Konvencije na privatnu sferu ESLJP koristi tri ključna metoda: ekstenzivniju interpretaciju doktrine “pozitivnih obaveza”, fokus na obavezu domaćih sudova da privatnopravne propise interpretiraju u skladu s pravima predviđenim Konvencijom, te korištenje tehnike balansiranja u slučajevima kolizije između osnovnih prava i drugih javnih interesa.¹⁷ Pored toga, “ključni efekti [Konvencije] na fizičke osobe odnose se na obavezu države da pojedince zaštititi od drugih osoba koje krše njihova prava predviđena Konvencijom.”¹⁸ Na kraju, kada je riječ o samoj zabrani diskriminacije, pozitivne obaveze, odnosno odgovornost države mogu se javiti u situacijama koje se tiču “odnosa u privatnoj sferi koji su obično regulirani zakonom, a za koje država ima

¹⁶ Council of Europe, Explanatory Report to the Protocol No. 12, par. 22.

¹⁷ Dean Spielmann, “The European Convention on Human Rights: The European Court of Human Rights”, u *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, Dawn Oliver i Jorg Fedtke (ur.), (New York i London: Routledge, 2007), str. 433.

¹⁸ Fredman, *Discrimination Law*, str. 148–149.

određene odgovornosti” – kakvi su, npr., pitanje zapošljavanja ili pristupa uslugama, poput zdravstva ili ugostiteljstva.¹⁹

Treba istaći da se navedeno ograničenje, barem u teoriji, ne odnosi na domaće sudove u situacijama kada direktno primjenjuju EKLJP. No, sama činjenica da je Konvencija usmjerena prvenstveno prema državi, kao i okolnost da jurisprudencija ESLJP-a reflektira takvu orijentaciju, ponekad otežava, ili barem komplicira, analognu primjenu njenih odredbi i standarda na sporove u privatnoj sferi.²⁰

4. Uloga domaćih sudova i značaj jurisprudencije ESLJP-a

Domaći sudovi imaju poseban značaj u recepciji i inkorporaciji EKLJP-a u nacionalne pravne sisteme država članica.²¹ Prije svega, EKLJP se u BiH, prema eksplicitnoj ustavnoj odredbi, primjenjuje direktno²², pa je njen domet u tom smislu potencijalno naročito širok, iako redovni sudovi još uvijek oklijevaju da to čine. Drugo, treba imati u vidu da su domaći sudovi općenito značajni akteri u primjeni EKLJP-a, ali imaju i povratni utjecaj na razvoj njegovih standarda. Taj se utjecaj ogleda u ulozi prakse domaćih sudova u utvrđivanju evropskog konsenzusa kao bitnog elementa u razmatranju polja slobodne procjene države (*margin of appreciation*) u primjeni prava predviđenih Konvencijom. Na kraju, i ESLJP često citira praksu sudova država članica, tako da i oni posredno utječu na razvoj jurisprudencije ESLJP-a.

Važno je naglasiti da su standardi Konvencije zamišljeni kao minimalni i da države članice u praksi mogu ići i preko tih standarda, primjenjujući evolutivni princip i ideju Konvencije kao živog instrumenta u odnosu na okolnosti i razvoj društva u državama članicama. Neke države, poput

¹⁹ Council of Europe, Explanatory Report to the Protocol No. 12, par. 28.

²⁰ Vidjeti više u Bruno de Witte, “The Crumbling Public/Private Divide: Horizontality in European Anti-discrimination Law”, *Citizenship Studies* 13, br. 5 (2009), str. 518.

²¹ Vidjeti, npr., Stone Sweet i Keller, “Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems”.

²² “Ustav Bosne i Hercegovine”, član II/2.

Francuske npr., u nekim segmentima primjenjuju takav pristup.²³ Sa druge strane, dosadašnja sudska praksa u Bosni i Hercegovini je pokazala da su, u odlučivanju o različitim aspektima ljudskih prava, sudovi često išli različitim putevima: u nekim slučajevima su bili spremni da osiguraju zaštitu ljudskih prava koja ide preko standarda koje predviđa praksa ESLJP, dok su u drugim situacijama zaostajali za tim standardima.²⁴ Ipak, treba imati u vidu da su u BiH ispunjeni svi formalni uslovi za ostvarivanje punog efekta Konvencije, budući da prava iz ovog instrumenta obavezuju sve javne zvaničnike u vršenju javnih ovlasti, Konvencija i njeni protokoli imaju prioritet nad svim drugim zakonima, a sudovi je mogu direktno primjenjivati.²⁵ Stoga i elaboracija prava na slobodu od diskriminacije u ovom zborniku ima za cilj da dodatno ohrabri inkorporaciju Evropske konvencije u praksi u BiH, te da praktičarima dodatno približi standarde u ovoj oblasti koje bi trebalo slijediti ili čak prevazilaziti njihove okvire.

5. Sadržaj zbornika

Zbornik, najprije, sadrži dva do sada neobjavljena teksta koji obuhvataju dvije ključne teme kada je riječ o samom konceptu zaštite od diskriminacije u sistemu Evropske konvencije za ljudska prava.

Tekst Zlatana Meškića bavi se zabranjenim osnovama, odnosno karakteristikama na osnovu kojih neopravdano razlikovanje u tretmanu predstavlja diskriminaciju. Neki autori, inspirirani spomenutim teorijskim postavkama supstancijalne jednakosti, zagovaraju pristup prema kojem zaštićene osnove koje, u njihovoj perspektivi, pojednostavljaju kompleksnost društvenih identiteta, treba potpuno zanemariti i rekonstruirati pravni pristup diskriminaciji. U toj novoj interpretaciji, pravni pristup bi podrazumijevao “fokus na efekte, a ne na konstitutivne

²³ Vidjeti više u Eirik Bjorge, “National Supreme Courts and the Development of ECHR Rights”, *International Journal of Constitutional Law* 9, br. 1 (2011), str. 5–31.

²⁴ Christian Steiner i Nedim Ademović, *Ustav Bosne i Hercegovine: Komentar* (Sarajevo: Fondacija “Konrad Adenauer”, 2010), str. 163.

²⁵ Uporedi Stone Sweet i Keller, “Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems”, str. 683.

elemente diskriminacije”.²⁶ No, takva promjena paradigme još uvijek je velikim dijelom svedena na teoriju, dok se u praksi i dalje operira zaštićenim osnovama kao konstitutivnim elementima koncepta diskriminacije. U radu Zlatana Meškića se tako nastoji pokazati da lista osnova po kojima je diskriminacija zabranjena i u članu 14, kao i u Protokolu 12 (kao, uostalom, i u Zakonu u zabrani diskriminacije u BiH) nije iscrpna, već ilustrativna. Stoga je u praksi zaštita predviđena kako po eksplicitno navedenim osnovama (spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nacionalnom manjinom, imovno stanje, te rođenje), tako i na osnovu “drugog statusa”. Ovako postavljena odredba otvorila je prostor za uključivanje u praksi čitavog niza dodatnih zaštićenih osnova – od seksualne orijentacije, preko invaliditeta, do dobi. Tekst tako pokazuje i evoluciju razumijevanja samih eksplicitno navedenih osnova, ali i postepenog prepoznavanja i priznavanja zaštićenih osnova koje se tiču “drugog statusa”.

Posebno zanimljivo u ovom kontekstu je pitanje normativne vrijednosti ilustrativno nabrojanih osnova, odnosno da li *drugi status* po kojem je diskriminacija zabranjena nužno mora biti sličan, odnosno uporediv sa onim nabrojanim. U praksi Evropskog suda za ljudska prava dominira pristup zasnovan na sličnosti sa eksplicitno nabrojanim osnovama, prema kojem se zaštićene osnove u suštini odnose na lične karakteristike. No, postoji i čitav niz predmeta u kojima je sud odstupio od takvog užeg fokusa i razmatrao, npr., slučajeve u kojima je razlika u tretmanu bila zasnovana na činu u vojsci ili isplati različite sume u procesu nacionalizacije imovine, mjestu prebivališta itd.²⁷ Svakako je zanimljivo posmatrati kako će otvorenu listu zaštićenih osnova dalje razvijati i interpretirati sudovi u BiH.

Drugi tekst, čiji je autor Mario Reljanović, nudi bogat prikaz oblika diskriminacije i njihovog razumijevanja i razvoja u praksi ESLJP-a. Rasvjetljavajući kako osnovne oblike diskriminacije – direktnu i indirektnu – tako i njihove različite podvrste razvijene tokom godina, tekst pokazuje jasan trend postepenog uočavanja i prepoznavanja polimorfne prirode

²⁶ McColgan, *Discrimination, Equality, and the Law*, str. 55.

²⁷ Uporedi Schabas, *The European Convention on Human Rights*, str. 573–574.

diskriminacije od strane ove sudske instance. U radu se prezentira postepeno proširivanje vizure Suda od insistiranja na usko shvaćenoj direktnoj diskriminaciji, do prepoznavanja i utvrđivanja indirektna diskriminacije. Iako je fokus Suda uglavnom ostao na osnovnim oblicima, to ga nije spriječilo da se u praksi bavi različitim varijacijama i pojavnim oblicima ovog fenomena – od segregacije, preko diskriminatornog govora, do institucionalne i strukturalne diskriminacije. Oslanjajući se na mnoštvo predmeta ESLJP-a, te ukazujući i na specifičnosti i poteškoće u dokazivanju direktne i indirektna diskriminacije pred Sudom, tekst doprinosi razumijevanju često kompleksnih kategorija koje se odnose na ovu oblast.

Pored ova dva, u zbornik smo uvrstili i dva prethodno objavljena teksta, koji na prigodan način elaboriraju treću ključnu temu u ovoj oblasti: izuzetke od principa jednakog tretmana. Prvi tekst u ovoj tematskoj cjelini, autorice Vanje Kovač, koji je objavljen na web-stranici Centra za društvena istraživanja “Analitika” tokom 2016. godine²⁸, ukazuje na ključne pristupe razumijevanju izuzetaka od jednakog tretmana, odnosno opravdanja različitog postupanja u skladu sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, ali i relevantnim direktivama Evropske unije. Pored toga, predstavljeni su i neki od izazova s kojima su se susretali Evropski sud za ljudska prava i Evropski sud pravde u pokušaju da utvrde granice različitog postupanja u svojoj jurisprudenciji. Konačno, u tekstu se ukazuje na značajne razlike u reguliranju ovog pitanja između Zakona o zabrani diskriminacije BiH (ZZDBiH) i relevantnih evropskih standarda, te sugeriraju i mogući izazovi u BiH u primjeni izuzetaka definiranih članom 5 ZZDBiH. Tekst zaključuju prijedlozi za djelovanje sudova u BiH u ovom domenu bazirani na naučenim lekcijama iz prakse dva evropska suda.

Zaključni tekst ovog zbornika dotiče se jednog od posebno bitnih izuzetaka od jednakog tretmana – stvarnog i odlučujućeg uslova za obavljanje zanimanja – i to iz perspektive zabrane nošenja vjerskih simbola na radnom mjestu. U tekstu koji je nedavno objavljen na web-

²⁸ Vanja Kovač, *Kada se različito postupanje može opravdati? Izuzeci od principa jednakog postupanja u pravu Bosne i Hercegovine u svjetlu jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava i prava Evropske unije*, http://www.analitika.ba/sites/default/files/publikacije/kada_se_razlicito_postupanje_moze_opravdati.pdf (stranica posjećena 31. 3. 2018).

stranici Centra za društvena istraživanja “Analitika”²⁹, Amila Kurtović ukazuje na potrebu razgraničavanja, s jedne strane, legitimnog zahtjeva za neutralnošću u javnoj sferi, koji u pojedinim oblastima i situacijama, kao što je rad u državnoj službi, jeste nužan, te, sa druge strane, pojedinih zabrana koje se teško mogu prihvatiti kao legitimne. Ove potonje, npr., podrazumijevaju situacije kada se pokrivenim muslimankama onemogućava pohađanje nastave na državnim univerzitetima. Tekst ukazuje i na zabrinjavajuće recentne presude Suda pravde Evropske unije u ovoj oblasti, prema kojima čak i diskriminatorne preference tržišta i klijenata prijete da postanu konstitutivni element stvarnog i odlučujućeg uslova za obavljanje zanimanja. Takva jurisprudencija još jednom pokazuje da evolucija standarda nije uvijek progresivna i da u nekim situacijama može voditi problematičnim slučajevima internaliziranja, odnosno podvrgavanja diskriminacije testu kriterija tržišta, a ne njenoj odlučnoj osudi i odbacivanju.

Iskreno se nadamo da će ovaj zbornik biti od koristi širem krugu zainteresiranih za problematiku zaštite od diskriminacije – od studenata do sudija. Želja nam je da ova publikacija dodatno približi relevantnu jurisprudenciju ESLJP-a praktičarima i pomogne u dosljednijoj primjeni njegovih standarda u ovoj oblasti u BiH, ali i drugim državama bivše Jugoslavije.

²⁹ Amila Kurtović, *Zabrane nošenja vjerskih obilježja na radnom mjestu: perspektiva Suda pravde Evropske unije*, <http://analitika.ba/sites/default/files/publikacije/Zabrane%20nosenja%20vjerskih%20obiljezja%20na%20radnom%20mjestu%20-%20komentar.pdf> (stranica posjećena 31. 3. 2018).

Bibliografija

Knjige, članci i izvještaji

1. Bjorge, Eirik. "National Supreme Courts and the Development of ECHR Rights". *International Journal of Constitutional Law* 9, br. 1(2011), str. 5–31.
2. Broderick, Andrea. "A Reflection on Substantive Equality Jurisprudence: The Standard of Scrutiny at the ECtHR for Differential Treatment of Roma and Persons with Disabilities". *International Journal of Discrimination and the Law* 15, br. 1–2 (2015), str. 101–122.
3. Council of Europe. Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the ECHR. Rome: Council of Europe, 4. 11. 2000. <https://rm.coe.int/16800cce48> (stranica posjećena 29. 12. 2017).
4. De Witte, Bruno. "The Crumbling Public/Private Divide: Horizontality in European Anti-discrimination law". *Citizenship Studies* 13, br. 5 (2009), str. 515–525.
5. Ellis, Evelyn, i Philippa Watson. *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
6. Fredman, Sandra. *Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
7. Fredman, Sandra. *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
8. Gerards, Janneke. "The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights". *Human Rights Review* 13, br. 1 (2013) str. 99–124.
9. McColgan, Aileen. *Discrimination, Equality, and the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2014.
10. Schabas, William. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
11. Spielmann, Dean. "The European Convention on Human Rights: The European Court of Human Rights". U *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*. Uredili Oliver, Dawn i Jorg Fedtke. Str. 427–464. New York i London: Routledge, 2007.
12. Steiner, Christian, i Nedim Ademović. *Ustav Bosne i Hercegovine: Komentar*. Sarajevo: Fondacija "Konrad Adenauer", 2010.

13. Stone Sweet, Alec, i Helen Keller. "Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems" *Faculty Scholarship Series*. (2008). Paper 88. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/88 (stranica posjećena 31. marta 2018).
14. Tan, Daron. "Demarcating the Margin: Positive Obligations under Article 14 of the European Convention of Human Rights". *Columbia Journal of European Law, Preliminary Reference Blog*, 14. 3. 2018. <http://cjel.law.columbia.edu/preliminary-reference/2018/demarcating-the-margin-positive-obligations-under-article-14-of-the-european-convention-on-human-rights/> (stranica posjećena 31. marta 2018).

Propisi i sudska praksa

1. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *D. H. i ostali vs. Češka Republika*. Aplikacija br. 57325/00, 13. 11. 2007.
2. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Horvath i Kiss vs. Mađarska*. Aplikacija br. 11146/11, 29. 1. 2013.
3. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Sejdić i Finci vs. Bosna i Hercegovina*. Aplikacije br. 27996/06 i 34836/06, 22. 12. 2009.
4. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Thlimenos vs. Grčka*. Aplikacija br. 34369/97, 6. 4. 2000.
5. "Ustav Bosne i Hercegovine". 1995. http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf (stranica posjećena 10. 4. 2018).
6. "Zakon o zabrani diskriminacije". *Službeni glasnik BiH* 59/09 i 66/16.

ZAŠTIČENÍ OSNOVI

ZLATAN MEŠKIĆ

Diskriminacija i zaštićeni osnovi u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava – trend proširivanja i produbljanja zaštite

1. Pojam i značaj zaštićenih osnova

Zaštićeni osnovi predstavljaju ključni element diskriminacije. Različito tretiranje osoba postaje diskriminacijom ukoliko se razlikovanje zasniva na jednom od zaštićenih osnova. Vrijedi i obrnuto. Ukoliko se razlikovanje vrši na osnovu nekog drugog kriterija koji ne spada u zaštićene osnove tog konkretnog pravnog instrumenta, onda se prema tom pravnom instrumentu ne radi o diskriminaciji. Zbog toga, osim o zaštićenim osnovima, možemo govoriti i o zabranjenim/nedozvoljenim kriterijima (karakteristikama), zaštićenim kriterijima (karakteristikama) ili o zabranjenim/nedozvoljenim razlozima razlikovanja. U međunarodnim konvencijama koje sadrže zabranu diskriminacije zajednički osnovi diskriminacije su spol, rasa i religija, te u određenom obimu jezik.¹ U čl. 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (EKLJP) izričito je navedeno deset takvih zabranjenih kriterija, a to su: spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovinsko stanje i rođenje. Značajno je da čl. 14 EKLJP-a sadrži takozvanu “otvorenu listu” zaštićenih osnova, jer nakon nabrojanja ovih deset ukazuje na to da lista nije konačna, nego zabranjeno može biti i razlikovanje na osnovu bilo kojeg “drugog statusa”.

¹ Rhona Smith, *International Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2014), str. 195.

Iako se pod “drugim statusom” prvenstveno misli na neku ličnu karakteristiku, to, osim urođene, može biti i bilo koja stečena karakteristika, a ESLJP i slabu vezu s nekom ličnom karakteristikom smatra dovoljnom.² Na taj način osigurano je da ESLJP može i neki drugi osnov razlikovanja utvrditi kao zaštićen i time zabranjen, što je, kako će u nastavku biti prikazano, ESLJP koristio poprilično ekstenzivno i na taj način proširivao obim zaštite od diskriminacije. Mnogo veći broj zaštićenih osnova nego što je to bilo uobičajeno na međunarodnom planu, kao i otvorena lista, rezultat su nastojanja da se ublaži ograničenje koje sa sobom nosi uslov akcesornosti iz čl. 14 EKLJP-a, te da se što više približi svom historijskom uzoru, čl. 2, st. 1, Opće deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. godine.³ Sam odabir zaštićenih osnova u oba pravna instrumenta stajao je pod snažnim uticajem počinjene diskriminacije u Drugom svjetskom ratu i njegovim posljedicama. U Protokolu br. 12 lista zaštićenih osnova ostala je ista kao u čl. 14. EKLJP-a uz jednaku “otvorenu listu”. Iako ovo može biti iznenađujuće, radi se o svjesnoj odluci tvoraca Protokola br. 12. Kao što je to vidljivo iz objašnjenja uz Protokol br. 12, autori ovog protokola bili su svjesni da bi se prije svega seksualna orijentacija, dob i invaliditet, preko 50 godina nakon formuliranja čl. 14 EKLJP-a, svakako trebali naći među zaštićenim osnovama u Protokolu br. 12, ali su smatrali da ovo pravno ne bi ništa promijenilo jer se svejedno koristi “otvorena lista” osnova, a da bi njihovim uvođenjem mogli nastati neželjeni argumenti *a contrario* u pogledu osnova koji se ne nađu u dopunjenoj listi.⁴

ESLJP je u pojedinačnim slučajevima, baš zato što se radi o “otvorenoj listi” nedozvoljenih osnova, smatrao da se ne mora konkretno utvrditi koji je osnov diskriminacije.⁵ Istina jeste da ESLJP često ne posveti mnogo

² Heiko Sauer, “Art. 14 EMRK”, u *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK*, ur. Ulrich Karpenstein i Franz Mayer (München: Beck, 2015), str. 397.

³ Usvojena i proglašena na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda Rezolucijom br. 217/III 10. 12. 1948. godine; Anne Peters i Doris König, “Das Diskriminierungsverbot”, u *EMRK/GG – Konkordanzkommentar*, ur. Oliver Dörr, Rainer Grote i Thilo Marauhn (Tübingen: Mohr Siebeck, 2013), str. 1308.

⁴ Council of Europe, Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the ECHR (Rome: Council of Europe, 4. 11. 2000), par. 20.

⁵ ESLJP, *Rasmussen vs. Danska*, 28. 11. 1984, par. 34.

pozornosti obrazloženju izbora zaštićenog osnova.⁶ Ipak, stalna praksa ESLJP-a je takva da čak i kada u konkretnom slučaju različit tretman nije zasnovan na jednom od deset nedozvoljenih kriterija, nego na “drugom statusu”, ESLJP utvrdi o kojem se to osnovu radi. Tako su nastali određeni osnovi poput dobi ili invaliditeta, koji se u praksi ESLJP-a, u pogledu diskriminacije na osnovu “drugog statusa”, češće ponavljaju. Na taj način “otvorena lista” stvara nove, u stalnoj praksi priznate osnove na koje se aplikanti mogu sa jednakom sigurnošću pozivati kao na one izričito navedene zaštićene osnove u čl. 14 EKLJP-a.

Ako se radi o različitom tretmanu koji je zasnovan na više nedozvoljenih razloga, govorimo o višestrukoj diskriminaciji. U praksi ESLJP-a do sada višestruka diskriminacija nije prepoznata kao poseban fenomen, nego se jednostavno ispituje diskriminacija po svakom osnovu pojedinačno. Tako je, npr., u *Abdulaziz i dr.* ESLJP ispitivao odvojeno diskriminaciju na osnovu spola, rase i rođenja, bez ispitivanja međusobnog uticaja i kumulacije ovih osnova.⁷ Uvažavanjem kumulacije trebalo bi se postići da je mnogo teže opravdati kumulativnu diskriminaciju nego kada se ispituje svaki osnov pojedinačno. Prepoznavanjem diskriminacije u kojoj se jedan razlog pojavljuje u vezi sa drugim (najčešće diskriminacija žena u vezi s još jednim osnovom) doprinijelo bi se senzibilizaciji za interseksionalnu diskriminaciju kao poseban oblik višestruke diskriminacije i za razumijevanje njene kompleksnosti i težine.⁸ U pogledu višestruke diskriminacije svakako ima još prostora za produbljivanje i proširivanje zaštite pred ESLJP-om.

U pogledu svakog od zaštićenih osnova moguće je da nastupi bilo koji od oblika diskriminacije poput asocijativne diskriminacije (diskriminacije na osnovu veze koju osoba ima sa drugom osobom koja posjeduje zaštićenu karakteristiku), diskriminacije zbog pogrešne pretpostavke da neka osoba posjeduje zaštićenu karakteristiku ili pozitivna (obrnuta) diskriminacija, koja podrazumijeva pozitivno djelovanje države u svrhu unapređenja položaja diskriminirane grupe.

⁶ Sauer, “Art. 14 EMRK”, str. 396.

⁷ ESLJP, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali vs. UK*, 28. 5. 1985, par. 74 i dalje.

⁸ Peters i König, “Das Diskriminierungsverbot”, str. 1379.

Između pojedinih zaštićenih osnova ne postoji hijerarhija, tako da se ne može reći da su neki važniji od drugih. Ipak, ESLJP jeste u pogledu pojedinih zaštićenih osnova utvrdio da se mogu opravdati samo razlozima od velike težine, što će u nastavku biti naglašeno za svaki pojedinačni zaštićeni osnov za koji postoji takva praksa. To znači da će pitanje o kojem se zaštićenom osnovu radi imati uticaja na to koliko strogo se ispituje proporcionalnost unutar opravdavanja različitog tretmana. Kao veoma gruba orijentacija može poslužiti konstatacija da ESLJP strožije ispituje karakteristike koje su nekoj osobi inherentne (kao, npr., etnička pripadnost ili rasa), dakle, koje ne može mijenjati, u odnosu na one koje je sama izabrala (npr., imovina ili prebivalište).⁹

2. Spol

Dok je spol izričito naveden kao zaštićeni osnov u čl. 14 EKLJP-a, rodni identitet i seksualna orijentacija nisu. Međutim, kako čl. 14 EKLJP-a sadrži tzv. "otvorenu listu" zaštićenih osnova, ESLJP nije imao potrebu ove osnove pokušati podvesti pod spol, nego ih tretira pod "drugim statusom".

Spol danas spada u zaštićene osnove od centralnog značaja u okviru zabrane diskriminacije prema EKLJP-u. ESLJP je ovo prvi put jasno izrekao u *Abdulaziz i dr.*, tvrdeći da je pospješivanje ravnopravnosti spolova danas jedan od glavnih ciljeva država članica Vijeća Evrope.¹⁰ Praktični značaj ovakvog naglašenog razumijevanja spola kao zaštićenog osnova ogleda se u tome da je za države izuzetno teško opravdati diskriminaciju na osnovu spola. ESLJP smatra da bi država za to morala navesti razloge od velike težine.¹¹ Ovaj stav potvrđen je kasnije u predmetu *Karlheinz Schmidt*, u kojem su općinske vlasti zahtijevale od muškog aplikanta da plati doplatak za vatrogasnu službu (*Feuerwehrabgabe*). Prema tamošnjim propisima, svi muškarci između 18 i 50 godina dužni su stajati na raspolaganju za vatrogasnu službu ukoliko je nedovoljno volontera,

⁹ William Schabas, *The European Convention on Human Rights – A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2015), str. 574 i dalje.

¹⁰ ESLJP, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali vs. UK*, par. 74 i dalje.

¹¹ *Ibid.*, par. 78.

a ako volontiranje nije potrebno, morali su platiti doplatu u iznosu od 75 njemačkih maraka. Doplatu se pravdao kao plaćanje umjesto volontiranja u vatrogasnoj službi. G. Karlheinz Schmidt je ovo smatrao diskriminirajućim na osnovu spola, jer se do sada još nikada nije desilo da je manjkalo volontera, a samo su muškarci morali platiti doplatu. ESLJP je ocijenio da s obzirom na to da se ova obaveza služenja u vatrogasnoj službi u praksi pretvorila u finansijsku obavezu samo za muškarce, razlika u tretiranju muškaraca i žena teško da može biti opravdana.¹²

ESLJP ovdje ne želi zadržati uobičajeni prostor slobodne procjene koji bi svakoj državi članici omogućio da prilikom odabira mjera za poštivanje Konvencije uzme u obzir svoje specifične nacionalne prilike, nego postavlja znatno strožije kriterije, kojima se gotovo ukida ovaj prostor za države članice, jer smatra da je cilj Vijeća Evrope da otklanja postojeće stereotipe, a ne da ih prezervira¹³. U pogledu spola kao zaštićenog osnova napravljen je enorman napredak u nivou zaštite zahvaljujući praksi ESLJP-a, naročito ako se uzme u obzir da u prvim nacrtima Konvencije, kao što je to vidljivo iz *travaux préparatoires*, spol uopće nije spominjan kao jedan od osnova diskriminacije.¹⁴ U tom smislu, treba razumjeti i stav ESLJP-a u novijoj odluci iz 2012. godine, u kojoj se naglašava da današnji napredak u domenu jednakosti spolova u državama članicama Vijeća Evrope ne dozvoljava državama da daju podršku razumijevanju muške uloge kao izvorne, a uloge žena kao sekundarne.¹⁵

Praksa ESLJP-a u pogledu zabrane diskriminacije na osnovu spola može se podijeliti u nekoliko najvažnijih grupa.

Najprije, relativno novi standard pred ESLJP predstavlja **zabrana nasilja nad ženama** kao oblika diskriminacije na osnovu spola. U predmetu *Opuz* ESLJP je okvalificirao dugogodišnje nasilje supruga nad ženom i njenom majkom, koje je na kraju dovelo i do ubistva majke, kao diskriminaciju na osnovu spola.¹⁶ ESLJP je, zbog dugogodišnje pasivnosti državnih organa,

¹² ESLJP, *Karlheinz Schmidt vs. Njemačka*, 18. 7. 1994, par. 28.

¹³ Bernadette Rainey, Elisabeth Wicks i Clare Ovey, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2017), str. 648.

¹⁴ Schabas, *The European Convention on Human Rights*, str. 575.

¹⁵ ESLJP, *Staatkundig Gereformeerde Parti vs. Holandija*, 10. 7. 2012, par. 73.

¹⁶ ESLJP, *Opuz vs. Turska*, 9. 6. 2009, par. 199 i dalje.

uprkos brojnim prijavama, zahtjevima za zaštitu i obavještenjima o prijetnjama smrću, našao i povredu pozitivne obaveze države da zaštiti život žene u ovom slučaju.¹⁷ ESLJP je jednak pravni stav potvrdio i u predmetu *A. v. Hrvatska*, ali je smatrao da aplikant nije podnio dovoljno dokaza da su mjere i praksa koje Hrvatska provodi u pogledu nasilja u porodici diskriminirajuće.¹⁸

Još uvijek se razvijaju konture prakse zabrane diskriminacije na osnovu spola u pogledu bračnog statusa ili, konkretnije, bračnosti djeteta. ESLJP je u ranoj praksi u predmetu *Rasmussen* uspostavio praksu da se radi o opravdanom različitom tretmanu na osnovu spola kada se vremenski na tri godine ograniči pravo muža da ospori očinstvo djeteta rođenog u braku, iako za majku ne postoji nikakvo vremensko ograničenje¹⁹. U predmetu *Mizzi* ESLJP je preko dvadeset godina kasnije smatrao da nacionalni zakon koji mužu ostavlja samo tri mjeseca od rođenja djeteta da ospori očinstvo djeteta rođenog u braku, kada za majku ne postoji nikakvo vremensko ograničenje, ne ispunjava uslove proporcionalnosti i time nije opravdan.²⁰

U oblasti prava imena, odnosno prezimena ESLJP je u predmetu *Burghartz* utvrdio da predstavlja neopravdanu diskriminaciju na osnovu spola kada zakon dozvoljava samo ženi da ostavi svoje djevojačko prezime ispred muževog, a ne daje pravo muškarcu da izabere da njegovo prezime bude ispred ženinog.²¹ Pri tome je ESLJP u ovom predmetu, kao i u kasnijoj praksi, prihvatio jedinstveno porodično prezime kao legitimni cilj koji postavlja ograničenja izboru drugačijeg prezimena za pojedine članove porodice,²² ali je smatrao da zakon u konkretnom slučaju nije proporcionalan ovom cilju.

¹⁷ Ibid., par. 128 i dalje.

¹⁸ ESLJP, *A. vs. Hrvatska*, 14. 10. 2010, par. 88 i dalje.

¹⁹ ESLJP, *Rasmussen vs. Danska*, par. 38 i dalje.

²⁰ ESLJP, *Mizzi vs. Malta*, 12. 1. 2006, par. 129 i dalje.

²¹ ESLJP, *Burghartz vs. Švicarska*, 22. 2. 1994, par. 27. i dalje.

²² ESLJP, *G. M. B. i K. M. vs. Švicarska*, 27. 9. 2001.

3. Rasa i boja kože

Zaštićeni osnovi rase i boje kože su, kao prvo, u uskoj vezi sa zaštićenim osnovom nacionalnog i socijalnog porijekla.²³ Kao drugo, zapravo najvažniji oblik rasne diskriminacije u praksi danas predstavlja diskriminacija na osnovu etničkog porijekla, prije svega jer je rasna diskriminacija zasnovana na arhaičnoj ideji o biološkoj klasifikaciji ljudskih bića.²⁴ O tome se detaljno izjasnio ESLJP u odluci *Sejdić i Finci*²⁵ utvrdivši da

“etničko porijeklo i rasa predstavljaju srodne pojmove. Dok pojam rase potiče od ideje o biološkoj klasifikaciji ljudskih bića u podvrste na osnovu morfoloških osobina, kao što su boja kože ili crte lica, etnicitet vodi porijeklo od ideje o društvenim grupama označenim istom nacionalnošću, religijskim uvjerenjem, zajedničkim jezikom ili kulturnim i tradicionalnim porijeklom i historijom. Diskriminacija po osnovu etničkog porijekla neke osobe predstavlja jedan od oblika rasne diskriminacije.”

ESLJP se pri tome pozvao na definiciju koju je usvojila Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1965. godine, koja u čl. 1 (1) definira rasnu diskriminaciju kao razlikovanje zasnovano, između ostalih, na rasi ili etničkom porijeklu.

U današnjem vremenu teško je zamisliti razlikovanje zasnovano na rasi, boji kože i etničkom porijeklu koje može proći test proporcionalnosti i biti opravdano.²⁶ Kako ESLJP ne želi u potpunosti isključiti mogućnost opravdanja, zbog koherentnog ispitivanja različitog tretmana neovisno o zaštićenom osnovu koji je u pitanju, naglasio je da opravdanje različitog

²³ Jens Meyer-Ladewig i Roman Lehner, “Art. 14 EMRK”, u *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, ur. Jens Meyer-Ladewig, Martin Nettesheim i Stefan von Raumer (Baden-Baden: Nomos Verlag; Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag; Wien: MANZ'sche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung), str. 485.

²⁴ Ibid.

²⁵ ESLJP, *Sejdić i Finci vs. Bosna i Hercegovina*, 22. 12. 2009, par. 43 i dalje.

²⁶ Schabas, *The European Convention on Human Rights*, str. 578.

tretmana na temelju rase, boje kože i etničkog porijekla mora biti tumačeno što je moguće strožije.²⁷

Primjetno je da se praksa ESLJP-a u pogledu različitog tretmana na osnovu rase i boje kože najviše bavi slučajevima diskriminacije Roma, i to u pogledu pozitivne obaveze države da zaštiti Rome od diskriminacije. U predmetu *Nachova i dr.*²⁸ dva pripadnika romske populacije osuđena su na nekoliko mjeseci zatvora zbog odsustva od služenja vojne obaveze. U policijskoj akciji hapšenja, ova dva pripadnika romske populacije nenaoružani su počeli bježati, a policajac ih je upucao prilikom pokušaja da preskoče ogradu tako da su umrli do dolaska u bolnicu. ESLJP je zbog činjenice da bugarske vlasti nisu učinile ništa da ispituju potencijalnu diskriminaciju u djelovanju policije u konkretnom slučaju, a da je brutalno djelovanje bugarske policije protiv Roma bilo predmet različitih ranijih izvještaja, utvrdio neopravdanu diskriminaciju na temelju etničkog porijekla. U predmetu *Šečić*²⁹ aplikant, pripadnik romske populacije, brutalno je prebijen uz rasističke povike. Policija u roku od sedam godina nije uspjela identificirati počinioc, iako se sve strane slažu da je napad bio rasistički motiviran. ESLJP je smatrajući da je dokazano da policijske vlasti nisu učinile dovoljno, jer su rasistički motiviran napad tretirale jednako kao slučajeve uobičajenih napada, našao diskriminaciju na osnovu etničkog porijekla. U predmetu *Oršuš i dr.*³⁰ radilo se o sistemskom smještanju romske djece u osnovnoj školi u odvojene, potpuno romske razrede, najčešće uz obrazloženje njihove nemogućnosti da jednakom brzinom prate nastavu zbog slabijeg poznavanja hrvatskog jezika. ESLJP je utvrdio da je država učinila premalo da osigura da romska djeca budu u stanju da prate nastavu s ostalom djecom i utvrdio diskriminaciju na osnovu etničkog porijekla.

Posebnu pažnju teorije u odnosu na sve prethodno navedene odluke u pogledu diskriminacije na osnovu etničkog porijekla privukla je odluka *Sejdić i Finci*. Razlozi leže u tome da je neobično da sam ustav jedne evropske države sadrži norme koje neposredno diskriminiraju na osnovu

²⁷ ESLJP, *Oršuš i dr. vs. Hrvatska*, 16. 3. 2010, par. 156.

²⁸ ESLJP, *Nachova i dr. vs. Bugarska*, 6. 7. 2005.

²⁹ ESLJP, *Šečić vs. Hrvatska*, 31. 5. 2007, par. 66.

³⁰ ESLJP, *Oršuš i dr. vs. Hrvatska*, par. 180 i dalje.

etničkog porijekla, ali i u činjenici da je ESLJP u ovoj presudi kako u pogledu samog zaštićenog osnova tako i opravdanja uložio poseban trud u obrazloženje. Aplikanti Sejdić i Finci izjašnjavaju se kao pripadnici romskog, odnosno jevrejskog porijekla, čime se ne izjašnjavaju kao pripadnici jednog od konstitutivnih naroda Bosne i Hercegovine (Bošnjaka, Hrvata ili Srba), pa se nemaju pravo kandidirati za Predsjedništvo BiH ili Dom naroda. ESLJP je našao da ovakva neposredna diskriminacija na osnovu etničkog porijekla jeste bila opravdana u vrijeme nastanka Dejtonskog mirovnog sporazuma u svrhu postizanja mira i da nije sazrelo vrijeme za sistem koji bi bio zasnovan na vladavini većine, ali da postoje alternativni mehanizmi dijeljenja vlasti (između dominantnih grupa) koji ne bi vodili automatski do isključenja predstavnika ostalih zajednica.³¹ Nastavak ove prakse potvrđen je u presudi *Zornić*³², gdje se aplikantica ne izjašnjava kao pripadnica jednog od konstitutivnih naroda, nego jednostavno kao građanka Bosne i Hercegovine. ESLJP je ponovo utvrdio diskriminaciju na osnovu etničkog porijekla, a presuda je od još većeg značaja za BiH, jer je time potvrđeno da ustav diskriminira baš svakog građanina BiH koji se ne izjašnjava kao pripadnik jednog od konstitutivnih naroda. Posljednja u nizu ovih presuda donesena je u 2016. godini u predmetu *Pilav*³³, koji se tiče aplikanta koji se izjašnjava kao Bošnjak, a ne može se kandidirati za Predsjedništvo BiH, jer ima prebivalište na teritoriji entiteta Republika Srpska. ESLJP je potvrdio da su ustavne odredbe o izboru Predsjedništva diskriminirajuće na osnovu etničkog porijekla i u ovoj situaciji.

4. Jezik

Zabrana diskriminacije na osnovu jezika od značaja je prvenstveno u višejezičnim državama.³⁴ Prvi veliki slučaj odlučan pred ESLJP-om u pogledu čl. 14. EKLJP-a ticao se upravo jezika kao zaštićenog osnova, a

³¹ ESLJP, *Sejdić i Finci vs. Bosna i Hercegovina*, par. 47 i dalje.

³² ESLJP, *Zornić vs. Bosna i Hercegovina*, 15. 7. 2014, par. 28 i dalje.

³³ ESLJP, *Pilav vs. Bosna i Hercegovina*, 9. 6. 2016.

³⁴ Wolfgang Peukert, "Art 14 (Diskriminierungsverbot)", u *EMRK-Kommentar*, ur. Jochen Frowein i Wolfgang Peukert (Kehl am Rhein: N. P. Engel, 2009), str. 410.

odlučen je davne 1968. godine.³⁵ Naime, u predmetu “o korištenju jezika u školovanju u Belgiji”³⁶ radilo se, sa jedne strane, o propisu prema kojem se u dijelu Belgije u kojem je većinsko stanovništvo govorilo holandski, školovanje odvijalo isključivo na holandskom, dok je u francuskom dijelu školovanje bilo isključivo na francuskom jeziku. Istovremeno, sve dvojezične škole nisu dobivale nikakvu finansijsku pomoć od države. ESLJP je smatrao da je razlikovanje u konkretnom slučaju zasnovano na objektivnom, teritorijalnom, kriteriju i da je opravdano javnim interesom da sve škole organiziraju nastavu na jednom jeziku, koji je ujedno i jezik te regije.³⁷ Osim toga, ESLJP je uzeo u obzir da je roditeljima u dijelu sa dominantno holandskom jezičkom zajednicom bilo omogućeno da upišu djecu u privatne škole organizirane na francuskom jeziku. Izuzetak je predstavljalo šest pokrajina oko Brisela, u kojem su postojale škole na oba jezika. Pri tome su škole u kojim se učilo na francuskom jeziku kao uslov upisa zahtijevale da roditelji djeteta imaju prebivalište u tim pokrajinama, dok su škole u kojima se nastava odvijala na holandskom upisivale svu djecu neovisno o prebivalištu roditelja. ESLJP je u pogledu ovih pokrajina utvrdio diskriminaciju djece francuskog govornog područja, koja se nisu mogla upisati u škole na francuskom jeziku u navedenih šest pokrajina pod jednakim uslovima kako su se upisivala djeca u škole na holandskom jeziku.³⁸ Ovdje je ESLJP zapravo primijenio svoje uobičajeno načelo, koje glasi da ako država omogući postojanje škola na oba jezika, iako je Konvencija na to ne obavezuje, onda mora osigurati i to da svi uživaju jednak pristup ovim školama.³⁹

U predmetu *Mathieu-Mohin i Clerfayt*⁴⁰ ESLJP je morao odgovoriti na pitanje da li izborna pravila u Belgiji koja za zastupnike iz određene regije postavljaju kao uslov za kandidiranje da to učine na jeziku te regije, predstavljaju povredu čl. 14. EKLJP-a u vezi s čl. 3. Protokola br. 1. ESLJP je

³⁵ Schabas, *The European Convention on Human Rights*, str. 579.

³⁶ ESLJP, *Predmet “koji se tiče određenih aspekata o zakonima o korištenju jezika u školovanju u Belgiji” vs. Belgija*, 23. 7. 1968.

³⁷ *Ibid.*, str. 39.

³⁸ *Ibid.*, str. 66.

³⁹ Peters i König, “Das Diskriminierungsverbot”, str. 1399.

⁴⁰ ESLJP, *Mathieu-Mohin i Clerfayt vs. Belgija*, 2. 3. 1987, par. 57 i dalje.

utvrdio da je izborni sistem u Belgiji baziran na teritorijalnoj pripadnosti i kao takav opravdan ciljem da se osiguraju stabilnije i decentralizirane strukture u višejezičnoj Belgiji, te da stoga u konkretnom slučaju nema diskriminacije u skladu s čl. 14. EKLJP-a. U praksi će diskriminacija na osnovu jezika biti često povezana sa nacionalnim i etničkim porijeklom i zaštitom manjina.⁴¹ To je bilo vidljivo i u gore predstavljenom predmetu *Oršuš i dr.*,⁴² u kojem je kriterij razlikovanja za smještanje u posebne razrede bilo slabije poznavanje hrvatskog jezika, a time je zapravo bila gotovo isključivo pogođena romska populacija u Hrvatskoj.

5. Vjeroispovijest

Vijeće Evrope uspostavljeno je na temeljima sprečavanja užasne diskriminacije na osnovu vjeroispovijesti i etničkog porijekla tokom Drugog svjetskog rata.⁴³ To je svakako i jedan od razloga zašto je praksa ESLJP-a u pogledu diskriminacije na temelju vjeroispovijesti posebno bogata. Sa druge strane, predmeti vezani za diskriminaciju po ovom osnovu ujedno su i pokazatelj kako su diskriminacija na osnovu etničkog porijekla i vjeroispovijesti često povezane, te razgraničenje nije uvijek jasno.

Zabrana diskriminacije na osnovu vjeroispovijesti postavljala se pred ESLJP-om u pogledu različitih životnih sfera. Jednu grupu presuda čine predmeti u kojima roditeljsko staranje nije dodijeljeno određenom roditelju baš zbog toga što je pripadnik određene religijske grupe. U predmetu *Hoffmann*⁴⁴, aplikantica je u vrijeme udaje za bivšeg muža bila katolkinja i njihova djeca su u okviru katoličke religije i krštena. Kasnije je aplikantica postala Jehovin svjedok, a nakon razvoda oba su roditelja podnijela zahtjev za roditeljskim staranjem. Suprotno nižim sudovima koji su uzeli u obzir činjenicu da su od razvoda djeca već provela preko godinu dana kod majke, da se majka izjasnila kako bi u eventualnom

⁴¹ Biljana Kotevska, *Guide on Discrimination Grounds* (Skopje: OSCE, 2013), str. 28.

⁴² ESLJP, *Oršuš i dr. vs. Hrvatska*, par. 180 i dalje.

⁴³ Schabas, *The European Convention on Human Rights*, str. 579.

⁴⁴ ESLJP, *Hoffmann vs. Austrija*, 23. 6. 1993.

slučaju dozvolila transfuziju krvi kod djece, ako bi to zakon zahtijevao, i da dozvoljava da djeca katoličke praznike provode i slave kod oca, Vrhovni sud Austrije njenu pripadnost Jehovinim svjedocima smatrao je odlučujućom da dodijeli staranje ocu. ESLjP je smatrao da najbolji interes djeteta, na koji se pozvao Vrhovni sud Austrije, nikako ne može biti proporcionalno opravdanje kada je isključivo baziran na činjenici da je osoba pripadnik određene religije, naročito kada su ekspertske psihološko vještačenje i argumenti nižih sudova pokazali suprotno.⁴⁵ Slično je argumentirao ESLjP i u predmetu *Palau-Martinez*⁴⁶, u kojem je posebno istakao da su nacionalni sudovi isticali paušalne ocjene o Jehovinim svjedocima, bez dokaza da su se religijska uvjerenja majke negativno odrazila na najbolji interes djece. U nešto kasnijem slučaju *Ismailova*⁴⁷, ESLjP je drugačije smatrao da uzimanje u obzir da je majka Jehovin svjedok, prilikom odlučivanja u korist roditeljskog staranja oca, nije diskriminirajuće, jer bi odluka sudova bila jednaka i bez ove činjenice. Ruski sudovi su finansijske mogućnosti oca, bolje uslove stanovanja i činjenicu da djeca već pet godina žive kod oca uzeli za odlučujuće argumente na kojima su utemeljili svoju odluku. U ovom slučaju, oba su roditelja bili neprakticirajući muslimani u Rusiji, prije nego što je majka postala Jehovin svjedok.

U pogledu religije u školovanju, važan je noviji predmet *Grzelak*,⁴⁸ u kojem je aplikantu bilo onemogućeno da umjesto vjeronauke u školi pohađa etiku, jer je bio jedini učenik u razredu koji se nije odlučio za vjeronauku. S obzirom na to da se ovakva situacija nastavila tokom cijelog njegovog osnovnog i srednjeg obrazovanja, uprkos brojnim zahtjevima njegovih roditelja da se organizira nastava iz etike, na kraju je učenik dobio svjedočanstva u kojima nije bilo ocjene za predmet "religija/etika". Roditelji su smatrali da je aplikant na ovaj način stigmatiziran, jer je time za sve vidljivo da on nije pohađao nastavu iz vjeronauke. ESLjP je potvrdio da se radi o povredi čl. 14. EKLjP-a u vezi s čl. 9. EKLjP-a, tačnije

⁴⁵ Ibid., par. 30 i dalje.

⁴⁶ ESLjP, *Palau-Martinez vs. Francuska*, 16. 12. 2003, par. 18 i dalje.

⁴⁷ ESLjP, *Ismailova vs. Rusija*, 29. 11. 2007, par. 47 i dalje.

⁴⁸ ESLjP, *Grzelak vs. Poljska*, 15. 6. 2010, par. 84 i dalje.

diskriminacijom u vezi s pravom nepracticiranja religije, kao jednako važnom pravu u okviru slobode religije.

Treba imati na umu da je broj predmeta u kojima bi ESLJP mogao odlučiti o diskriminaciji na osnovu vjeroispovijesti daleko veći od onoga u kojima ESLJP to zaista i učini, iz prostog razloga što često utvrdi povredu slobode vjeroispovijesti prema čl. 9. EKLJP-a i nakon toga više ne smatra potrebnim ispitati i čl. 14. EKLJP-a. To se desilo i u najnovijem predmetu *Hamidović*⁴⁹ iz 2017. godine, u kojem je aplikant pozvan da svjedoči u krivičnom postupku odbio na zahtjev suda da skine kapu koju nosi iz religijskog uvjerenja. Potom ga je sud kaznio za nepoštivanje suda sa, za to maksimalno propisanom, kaznom od 10.000 KM. ESLJP je utvrdio da aplikant nikakvim drugim ponašanjem nije sugerirao da ne poštuje sud, te da izrečena kazna za nepoštivanje suda isključivo zbog nošenja kape iz religijskog uvjerenja predstavlja povredu čl. 9. EKLJP-a, pa zbog toga ispitivanje čl. 14. EKLJP-a nije potrebno. Važno je i da je ESLJP ovaj slučaj jasno razgraničio od slučajeva zabrane nošenja vjerskih simbola na radnom mjestu, naročito u pogledu državnih službenika, jer aplikant u predmetu *Hamidović* nije nastupao u tom svojstvu.

U pogledu nošenja vjerskih obilježja na radnom mjestu, ESLJP je imao odlučiti u predmetu *Eweida i dr.*⁵⁰ Ovdje ćemo izdvojiti situaciju u kojoj se našla jedna od aplikantica Chaplin, koja je radila kao medicinska sestra u državnoj bolnici i kao katolkinja nosila križ na lančiću iz religijskih pobuda. Nakon što je već 18 godina radila u bolnici, uvedena je uniforma s "V" izrezom, kada je aplikantica prvi put opomenuta da iz sigurnosnih i zdravstvenih razloga ne smije nositi križ. ESLJP je smatrao da su sigurnost i zdravlje valjani legitimni ciljevi u ovom slučaju, a da države uživaju širok slobodni prostor procjene, jer ESLJP ne može direktno izvoditi dokaze i utvrditi da li križ zaista može naštetiti otvorenoj rani pacijenta i sl. Zbog toga je u ovom slučaju ESLJP utvrdio da nema povrede čl. 14. EKLJP-a.

U jednom od predmeta koji je privukao mnogo pažnje, a odnosio se na zabranu prekrivanja lica u javnosti u Francuskoj, ESLJP je ponovo detaljnije ispitao samu povredu slobode vjeroispovijesti nego

⁴⁹ ESLJP, *Hamidović vs. Bosna i Hercegovina*, 5. 12. 2017, par. 44 i dalje.

⁵⁰ ESLJP, *Eweida i ostali vs. UK*, 15. 1. 2013, par. 96 i dalje.

zabranu diskriminacije. U predmetu *S. A. S.*⁵¹ aplikantica islamske vjeroispovijesti žalila se na to što više ne može nositi burku ili nikab u javnosti u Francuskoj. ESLJP je odlučio da je “zajednički život” legitiman cilj koji može opravdati ovu zakonsku zabranu, pri čemu je državama članicama ostavljen širok prostor slobodne procjene. ESLJP je uzeo u obzir da ova zabrana, iako generalno postavljena, najviše pogađa žene islamske vjeroispovijesti, “zajednički život” iz perspektive Francuske zahtijeva interakciju između ljudi, pa zabrana potpunog prekrivanja lica u javnosti ne zabranjuje pluralizam, nego predstavlja njegov izraz, kao i izraz tolerancije i otvorenog uma. Utoliko ESLJP smatra da zabrana potpunog prekrivanja lica u javnosti predstavlja izbor koje svako društvo treba donijeti za sebe, a da se ESLJP treba suzdržati od strožije analize tog izbora. Ovaj stav potvrđen je i u odluci iz 2017. godine u predmetu *Belcacemi i Oussar*.⁵²

6. Političko ili drugo mišljenje

Zabrana diskriminacije na osnovu političkog ili drugog mišljenja, zbog dodatka “ili drugog” zapravo se odnosi na bilo koje mišljenje.⁵³ Izdvajanje političkog mišljenja kao posebno važnog mišljenja ima historijske razloge i treba biti posmatrano u kontekstu vremena kada je EKLJP stvaran. Istovremeno, ESLJP do sada nikada nije utvrdio povredu zabrane diskriminacije na osnovu mišljenja.⁵⁴

Jedan razlog za to može se naći u činjenici da svoje ispitivanje iscrpi u ispitivanju same slobode izražavanja u skladu s čl. 10. ili 11. EKLJP-a. Sa druge strane, ESLJP je uslov akcesornosti između čl. 10. i 11. EKLJP-a i čl. 14. EKLJP ispitivao dosta strogo. To se najbolje vidi u odlukama koje se tiču aplikanata iz Litvanije koji su izgubili posao jer je skoro tri decenije kasnije utvrđeno da su bili pripadnici KGB-a. Temeljna odluka

⁵¹ ESLJP, *S. A. S. vs. Francuska*, 1. 7. 2014, par. 151 i dalje.

⁵² ESLJP, *Belcacemi i Oussar vs. Belgija*, 11. 7. 2017.

⁵³ Schabas, *The European Convention on Human Rights*, str. 580.

⁵⁴ Peters i König, “Das Diskriminierungsverbot”, str. 1404.

ovdje je *Sidabras i Džiautas*⁵⁵ u slučaju u kome su oba aplikanta nakon nezavisnosti Litvanije radila za državu, kao državni tužilac, odnosno kao poreski inspektor. Oba aplikanta su nakon donošenja litvanskog zakona o provjeri djelovanja bivših tajnih službi SSSR-a na teritoriji Litvanije dobili status “bivših KGB-ovaca”, na temelju kojeg su odmah izgubili posao i dobili zabranu zaposlenja u državnim firmama te velikom broju privatnih firmi od 1999. do 2009. godine. Aplikanti su, između ostalog, tvrdili da se radi o diskriminaciji na osnovu političkog mišljenja. ESLJP je smatrao da se ovdje radi primarno o ograničenju zaposlenja, a da profesija aplikantata nije direktno povezana s izražavanjem mišljenja, te stoga utvrdio da nema povrede čl. 10. EKLJP-a, a što mu je bio osnov da utvrdi da nema ni povrede čl. 14. EKLJP-a. ESLJP je ovdje kao prvo prestrogo ispitao akcesornost, koja ne zahtijeva da je već sam po sebi čl. 10. EKLJP-a povrijeđen, jer bi tada čl. 14. EKLJP-a izgubio svaki smisao. Pri tome, ESLJP nadalje smatra da razlog otpuštanja nije njihovo političko mišljenje koje su izražavali, nego rad u službi KGB-a, ali ESLJP ne obrazlaže zašto smatra da sam rad u KGB-u nije povezan s određenim političkim mišljenjem.⁵⁶ U svakom slučaju je jasno da je ovaj slučaj trebao biti odlučan na nivou testa proporcionalnosti, a ne zato što nema povrede čl. 10. EKLJP-a. Ovakav svoj stav ESLJP potvrdio je i u predmetu *Rainys i Gasparavičius*.⁵⁷ Treba napomenuti i to da ESLJP jeste u oba slučaju utvrdio diskriminaciju i povredu čl. 14. EKLJP-a, ali u vezi s čl. 8. EKLJP-a, dakle ne na osnovu izraženog mišljenja, nego u vezi s pravom poštivanja privatnog i porodičnog života.

U novijem predmetu *Redfearn*⁵⁸, aplikant je otpušten s posla gdje je radio kao vozač za kompaniju koja je najviše prevozila doseljenike azijskog porijekla. Naime, nakon što je postao aktivan u britanskoj desničarskoj stranci, rukovodstvo preduzeća bojalo se da se to može negativno odraziti na poslovanje i stvarati nelagodu kod putnika. Primjenjivi nacionalni propisi o zabrani diskriminacije ne poznaju diskriminaciju na osnovu pripadnosti određenoj političkoj partiji, pa je stoga i nacionalni sud odbio

⁵⁵ ESLJP, *Sidabras i Džiautas vs. Litvanija*, 27. 7. 2004, par. 64 i dalje.

⁵⁶ Tako i Peters i König, “Das Diskriminierungsverbot”, str. 1405.

⁵⁷ ESLJP, *Rainys i Gasparavičius vs. Litvanija*, 7. 4. 2005, par. 39.

⁵⁸ ESLJP, *Redfearn vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, 6. 11. 2012, par. 42 i dalje.

aplikantovu tužbu. ESLJP je utvrdio povredu slobode udruživanja prema čl. 11. EKLJP-a, jer Ujedinjeno Kraljevstvo u svom zakonodavstvu nije uradilo dovoljno da omogući zaštitu od otkaza samo zbog pripadnosti političkoj stranci. Aplikant je tražio da se utvrdi i diskriminacija prema čl. 14. EKLJP-a, ali ESLJP je smatrao da to nije potrebno zbog već utvrđene povrede čl. 11. EKLJP-a.

7. Nacionalno ili socijalno porijeklo

ESLJP je u svojoj praksi do sada zanemario diskriminaciju na osnovu socijalnog porijekla. Istovremeno je nacionalno porijeklo, na koji je prebačen sav fokus ovog zaštićenog osnova, tumačio u smislu državljanstva. Različit tretman zasnovan na prebivalištu, prema ESLJP-u, kao i prema Sudu EU, jednak je različitom tretmanu na osnovu državljanstva, jer u najvećoj mjeri državljani te države imaju i prebivalište u svojoj državi.⁵⁹ Utoliko se zabrana diskriminacije na osnovu nacionalnog ili socijalnog porijekla zapravo bavi pravima stranaca, te zabranjuje diskriminaciju na osnovu državljanstva ili prebivališta.

Najveći značaj prakse ESLJP-a u pogledu zabrane diskriminacije na osnovu nacionalnog porijekla odnosi se na socijalna davanja strancima. U predmetu *Gaygusuz*⁶⁰, radilo se o turskom državljaninu koji je dugo godina živio i radio u Austriji. Kada je ostao bez posla, tražio je pomoć u obliku predujma za penziju, koji je austrijski zakon dozvoljavao austrijskim državljanima, ali ne i strancima. ESLJP je uzeo u obzir da je aplikant za vrijeme radnog odnosa jednako uplaćivao u fond za nezaposlene kao i austrijski državljani, da je njegov zahtjev odbijen isključivo zbog državljanstva te utvrdio da je došlo do povrede čl. 14. u vezi s čl. 1. Protokola br. 1. Značajno je da je ESLJP u ovom predmetu utvrdio da kada je diskriminacija zasnovana isključivo na državljanstvu, samo razlozi od velike težine mogu se navesti za opravdanje.⁶¹ Također, prava na jednak tretman ne mogu ovisiti o postojanju sporazuma između dvije države o

⁵⁹ Peters i König, "Das Diskriminierungsverbot", str. 1406.

⁶⁰ ESLJP, *Gaygusuz vs. Austrija*, 16. 9. 1996, par. 9 i dalje.

⁶¹ Ibid., par. 42.

reciprocitetu.⁶² ESLJP je ovu praksu kasnije proširio i na socijalna davanja koja nisu zasnovana na doprinosu aplikanata. Tako je, npr., u predmetu *Weller*⁶³, aplikantici rumunskog državljanstva u Mađarskoj bio uskraćen majčinski doplatak, između ostalog za drugo i treće dijete, koji su bili mađarski državljani i imali mađarskog oca, što je ESLJP utvrdio kao neopravdanu diskriminaciju čl. 14. u vezi s čl. 8. EKLJP-a.

Zabrana diskriminacije na osnovu nacionalnog porijekla može igrati važnu ulogu u školovanju. U predmetu *Ponomaryov*⁶⁴ aplikanti su braća koji su kao državljani Kazahstana, odnosno Rusije, sa svojom majkom, koja se udala u Bugarskoj, preselili u Bugarsku, gdje su završili osnovnu školu i odlično govore bugarski jezik. Prilikom upisa u srednju školu od njih je zahtijevano plaćanje školarine, jer nisu bugarski državljani. ESLJP je razmatrao da li se radi o diskriminaciji na osnovu nacionalnog porijekla u skladu s čl. 14 u vezi s čl. 2. Protokola br. 1 EKLJP-a. Pri tome je, sa jedne strane, uzeo u obzir da za opravdanje diskriminacije koja se zasniva isključivo na nacionalnom porijeklu trebaju postojati razlozi od velike težine. Sa druge strane, pozitivna davanja države – poput socijalne zaštite ili zdravstvene zaštite, koja zavise od postojanja resursa – država ima pravo uskratiti ilegalnim imigrantima ili onima koji kratkoročno borave u zemlji. Istovremeno, čl. 2. Protokola br. 1 ne propisuje obavezu država da svoje srednje ili bilo koje obrazovanje pružaju bez naknade. Ipak, edukacija, prema mišljenju ESLJP-a, ne spada u takva javna davanja koja u toj mjeri zavise od vlastitog doprinosa, te država uživa sve veći stepen slobodne procjene kako raste nivo obrazovanja od osnovnog ka visokom obrazovanju. Uzimajući u obzir konkretne okolnosti dugogodišnjeg boravka aplikanata u Bugarskoj, da je u pitanju srednje obrazovanje koje se u sve više država smatra dijelom “društva zasnovanog na znanju”, te da je pravo na edukaciju izričito propisano čl. 2. Protokola br. 1 EKLJP-a, ESLJP je utvrdio da se radi o diskriminaciji i povredi čl. 14. u vezi s čl. 2. Protokola br. 1 EKLJP-a.

⁶² Ibid., par. 51.

⁶³ ESLJP, *Weller vs. Mađarska*, 31. 3. 2009, par. 36 i dalje.

⁶⁴ ESLJP, *Ponomaryov vs. Bugarska*, 21. 6. 2011, par. 48 i dalje.

8. Veza sa nekom nacionalnom manjinom

U EKLJP-u ne postoji generalna odredba koja štiti manjine, a i čl. 14. EKLJP-a izričito se odnosi samo na pripadnike manjina koji imaju državljanstvo te države, stoga naziv “nacionalne manjine”. Iako je Parlamentarna skupština Vijeća Evrope već 1961. godine predlagala da se uvede odredba o zaštiti manjina uporediva s čl. 27. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, to se do danas nije desilo.⁶⁵ Vijeće Evrope jeste usvojilo Okvirnu konvenciju za zaštitu nacionalnih manjina 1994. godine i Evropsku povelju o manjinskim i regionalnim jezicima 1992. godine. U skladu s tim, može se primijetiti generalna tendencija u praksi ESLJP-a da je u ranijim godinama manje strogo ispitivao pripadnost nacionalnoj manjini kao osnov za diskriminaciju, nego što to sada čini.⁶⁶

U predmetu *Gorzelik*⁶⁷ ESLJP nije razmatrao diskriminaciju, ali se morao izjasniti o kriterijima na osnovu kojih se utvrđuje nacionalna manjina u državama članicama. Naime, dovoljan broj građana Poljske podnio je zahtjev da registriira udruženje pod nazivom “Unija građana šlezijske narodnosti”, što su nadležni sudovi u Poljskoj odbili sa argumentom da se ne radi o priznatoj nacionalnoj manjini nego samo o etničkoj grupi. ESLJP je utvrdio da ne postoji međunarodna konvencija niti bio koji akt Vijeća Evrope koji definira šta je to nacionalna manjina, niti postoji postupak u Poljskoj na osnovu kojeg se može tražiti priznanje statusa nacionalne manjine. Utoliko jedina mogućnost priznanja kao nacionalne manjine postoji kroz multilateralne i bilateralne sporazume, te putem osnivanja udruženja. Istovremeno, ESLJP se složio sa argumentom Poljske da postoji mogućnost da ovo udruženje kasnije traži povlastice u pogledu broja poslaničkih mjesta u parlamentu ukoliko izađu na izbore kao pripadnici udruženja koji su u svom statutu odredili da su nacionalna manjina. S obzirom na širok prostor diskrecije, država članica usljed nepostojanja

⁶⁵ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 285 (1961): Rights of Minorities (Parliamentary Assembly, 28. 4. 1961); Schabas, *The European Convention on Human Rights*, str. 581.

⁶⁶ Peters i König, “Das Diskriminierungsverbot”, str. 1410.

⁶⁷ ESLJP, *Gorzelik vs. Poljska*, 20. 12. 2001.

zajedničkog shvatanja o konceptu nacionalne manjine, te činjenicu da bi udruženje moglo promijeniti naziv i izbaciti iz svog statuta dijelove koji njihovim pripadnicima onemogućavaju kandidiranje za poslanička mjesta rezervirana za nacionalne manjine, ESLjP je utvrdio da nije došlo do povrede čl. 11. EKLjP-a.

U devedesetim godinama ESLjP je u dva predmeta – *Chapman*⁶⁸ i *Buckley*⁶⁹ – prepoznao da nastaje međunarodni konsenzus u pogledu posebnih potreba manjina, naročito u pogledu očuvanja njihove sigurnosti, identiteta i životnog stila, a kako bi se time očuvao kulturni pluralizam u državama članicama. Ipak, u oba predmeta ESLjP je utvrdio da nema diskriminacije. U predmetu *Chapman* aplikantica je zajedno sa mužem, a oboje su pripadnici romske manjine, zajedno sa njihovih četvero djece konstantno selila u potrazi za poslom, te je živjela u romskim karavanima koje su vlasti često tjerale s posjeda. Kako bi prekinula stalnu selidbu, koja je prekidala edukaciju djece, ali i uzrokovala zdravstvene probleme, odlučili su kupiti komad zemlje za koji im je, prema njihovim navodima, usmeno rečeno da će imati dozvolu da na toj zemlji postave mobilnu kuću. Kasnije je vlada ove navode negirala, te odbila kako zahtjev za mobilnu kućicu tako i za kolibu i naložila iseljenje porodice. ESLjP nije našao povredu čl. 14. u vezi s čl. 8. EKLjP-a. U predmetu *Buckley*, britanske vlasti nisu izdale dozvolu za postavljanje karavana na određeno zemljište, jer su uputile aplikanticu, koja pripada romskoj manjini, da svoj karavan postavi na zemljište udaljeno sedamsto metara dalje, gdje je osiguran prostor za romske karavane. ESLjP opet nije utvrdio povredu čl. 14. u vezi s čl. 8. ESLjP-a, našavši da su u ovom slučaju britanske vlasti upravo željele da joj omoguće da živi u skladu s romskim stilom života.

Novi senzibilitet ESLjP-a za pripadnost nacionalnoj manjini vidljiv je iz odluka *Muñoz Díaz*⁷⁰ i *Paraskeva Todorova*⁷¹, koje su donesene 2009. godine. U predmetu *Muñoz Díaz*, aplikantica se kao pripadnica romske manjine u Španiji udala po romskim običajima za pripadnika romske

⁶⁸ ESLjP, *Chapman vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, 18. 1. 2001.

⁶⁹ ESLjP, *Buckley vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, 25. 9. 1996.

⁷⁰ ESLjP, *Muñoz Díaz vs. Španija*, 8. 12. 2009, par. 47 i dalje.

⁷¹ ESLjP, *Paraskeva Todorova vs. Bugarska*, 25. 3. 2009.

manjine, bez formalnog zaključenja civilnog braka. Brak je kao takav priznat u romskoj zajednici, gdje se smatra da sva prava i obaveze iz braka proizlaze iz ove forme braka. Dobili su šestoro djece, koje su uredno zaveli u registar i time dobili status velike porodice po španskom pravu. Muž aplikantice je kao građevinski radnik imao socijalno osiguranje sa nešto iznad devetnaest godina staža, u osiguranje je uredno naveo aplikanticu kao suprugu sa šestoro djece koje izdržava. Prvostepeni sud i sud posljednje instance su odbili zahtjev aplikantice za penzijom s obrazloženjem da nije nikada bila supruga preminulog, jer nije zaključila ni građanski ni religijski brak po španskom pravu. Samo je drugostepeni sud prepoznao da romska zajednica od pamtivijeka živi u Španiji, da se brak zaključen po romskim običajima ne smatra suprotnim španskom javnom poretku i priznao građanskopravne posljedice braka, koje obuhvataju i penziju. ESLJP je utvrdio da se ovdje radi o *de facto* bračnom statusu, te da je Ustavni sud Španije u ranijim slučajevima zaključenja *de facto* braka po kanonskom pravu priznavao bračni status ukoliko je brak zaključen u dobroj vjeri, te da se ovdje ima dodatno uzeti u obzir da se radi o pripadnici romske manjine. ESLJP sada uzima u obzir da postoji međunarodni konsenzus o posebnoj potrebi manjina, te da država treba zaštititi njihovu sigurnost, identitet i životni stil, što je već potvrdio u pogledu romskih manjina u gore navedenim predmetima *Chapman* i *Buckley*. Stoga je u konkretnom slučaju našao povredu čl. 14. u vezi s čl. 1. Protokola br. 1 EKLJP-a, a zbog posebne opsežnosti obrazloženja, kakvo nerijetko nedostaje u odlukama ESLJP-a, preporučuje se da se ova presuda pročita u cijelosti.

U predmetu *Paraskeva Todorova*⁷², aplikantica je pripadnica bugarske romske manjine i osuđena je za krađu nakita. Iako su okolnosti slučaja, a naročito zdravstveno stanje aplikantice to nalagali, bugarski sud nije želio izreći uslovnu kaznu, jer je smatrao da se naročito kod Roma uslovna kazna uopće ne smatra kaznom, pa se stvara utisak nekažnjavanja za krivična djela. ESLJP je utvrdio da sud nije želio izreći uslovnu osudu, baš kako bi dao primjer Romima u Bugarskoj, te utvrdio diskriminaciju prema čl. 14. u vezi s čl. 6. EKLJP-a.

⁷² Ibid., par. 35 i dalje.

9. Imovinsko stanje

Diskriminacija na osnovu imovinskog stanja ima široko područje primjene, pa su i situacije koje je ESLJP do sada razmatrao u ovom segmentu veoma različite. Naime, imovinsko stanje ne obuhvata samo situacije u kojima se različit tretman zasniva na imovini koju neko ima u vlasništvu, nego može da se odnosi na visinu bilo koje naknade koja se ima platiti kao pristup nekom pravu, jer može teže pogoditi osobe sa slabijim imovinskim stanjem. Široko područje primjene svakako znači i da će se diskriminacija razmatrati u mnogim slučajevima u kojima neće biti potvrđena, što do sada oslikava praksu ESLJP-a po zaštićenom osnovu imovinskog stanja.

U predmetu *Sukhovetsky*⁷³, ESLJP se bavio pitanjem da li je diskriminirajući ukrajinski izborni propis koji zahtijeva da kandidati za izbore polože iznos od 1041 ukrajinskih grivna (nešto iznad 60 KM), jer će im u suprotnom biti uskraćeno pasivno biračko pravo. Iznos se vraća kandidatima samo u slučaju određenog uspjeha na izborima. Aplikant je dokazao da je ovaj iznos veći od njegovih godišnjih primanja, a konkretan iznos je predstavljao otprilike polovinu prosječne ukrajinske plaće u to vrijeme. ESLJP je uzeo u obzir da je legitiman interes Ukrajine da spriječi prevarne prijave i zahtijeva ozbiljnost od prijavljenih kandidata, da izbore finansira sama država pa da određeni doprinos jeste koristan, da u Evropi postoji određeni broj država koje od kandidata zahtijevaju polaganje novca da bi se kandidirali, ali i da se radi o malom iznosu, te da zbog toga nije povrijeđen ni čl. 3. Protokola br. 1 samostalno, ni u vezi s čl. 14. EKLJP-a.

Visina naknade kao preduslov za korištenje prava bili su predmet ispitivanja i u nešto starijem predmetu *Airey*⁷⁴, u kojem aplikantica nije imala novaca da snosi advokatske troškove potrebne za sudsku rastavu od muža koji je fizički zlostavljao i nju i zajedničku djecu. U Irskoj nije postojala besplatna pravna pomoć u ovakvim slučajevima, a aplikantica je uspjela dokazati da nije uspjela naći advokata koji bi je zastupao u

⁷³ ESLJP, *Sukhovetsky vs. Ukrajina*, 28. 3. 2006, par. 50 i dalje.

⁷⁴ ESLJP, *Airey vs. Irska*, 9. 10. 1979, par. 20 i dalje.

takvim finansijskim okolnostima. ESLJP je utvrdio povredu prava na pristup sudu u skladu s čl. 6. EKLJP-a, pa nije smatrao potrebnim da dodatno ispita čl. 14. EKLJP-a.⁷⁵

ESLJP je odlučivao o cijelom nizu predmeta koji su imali za predmet zakone o lovu divljači. Tako je u predmetu *Chassagnou*⁷⁶ francuski zakon obavezivao da se što više zemljišta uključi u jedinstveni prostor lova, pa su vlasnici parcela po automatizmu bili primorani dozvoliti lov na svom zemljištu, a tek od određene veličine parcele postojalo je pravo prigovora vlasnika. S obzirom na to da je zakon tjerao posjednike manjih zemljišta na prinudno članstvo u udruženju lovaca bez prava prigovora, dok su posjednici većih zemljišta mogli prigovoriti, a da država nije navela nikakvo obrazloženje za to osim onog historijskog, ESLJP je utvrdio povredu čl. 1. Protokola 1 (pravo na vlasništvo), kako samostalno tako i u vezi s čl. 14. EKLJP-a.

Zanimljivo je da u predmetu *Valkov i dr.*⁷⁷ ESLJP bugarske propise o penziji, prema kojima je određen maksimalni iznos penzije, a svi koji po formuli izračunavanja penzije pređu maksimalni iznos jednostavno neće dobiti taj dio koji prelazi propisani maksimum, nije razmatrao kao diskriminaciju na osnovu imovinskog statusa, nego na osnovu "drugog statusa". Aplikanti su smatrali da njih ovaj propis naročito snažno pogađa, jer su kao bivši pripadnici zračne flote, odnosno granične policije, spadali u manje od dva posto građana Bugarske, čija je penzija iznosila iznad maksimalnog iznosa. ESLJP je utvrdio da čin, odnosno pripadnost određenoj "visokoj službi", može biti drugi status. No, u konačnici je utvrdio da nije došlo do povrede čl. 14. EKLJP-a, smatrajući da jedan međunarodni sud, poput ESLJP-a, ne treba donijeti odluku o ovakvim pitanjima, već da to trebaju učiniti direktno demokratski legitimirani nacionalni organi unutar slobodnog prostora procjene.

⁷⁵ Za detaljnu analizu zaštite od diskriminacije u državama jugoistočne Evrope vidi Flutura Kola-Tafaj i dr. (ur.), *Legal Protection Against Discrimination in South-East Europe – Regional Study* (Skopje: Centre for SEELS, 2016).

⁷⁶ ESLJP, *Chassagnou i dr. vs. Francuska*, 29. 4. 1999, par. 118. Za luksemburški zakon vidi ESLJP, *Schneider vs. Luksemburg*, 10. 7. 2007; za njemački zakon vidi ESLJP, *Herrmann vs. Njemačka*, 26. 2. 2012. U pogledu luksemburškog i njemačkog zakona ESLJP, nakon utvrđene povrede čl. 1. Protokola br. 1, nije ispitivao navodnu povredu čl. 14. EKLJP-a.

⁷⁷ ESLJP, *Valkov i drugi vs. Bugarska*, 25. 10. 2011, par. 115 i dalje.

10. Rođenje

Praksa ESLJP-a u pogledu različitog tretmana na osnovu rođenja u pravilu se odnosila na status vanbračne ili usvojene djece, čija su se prava vremenom izjednačavala sa bračnom djecom u okviru statusnog, porodičnog i nasljednog prava država članica. Nasuprot tome, prava očeva vanbračne djece nisu razmatrana u okviru zaštićenog osnova “rođenja”, nego su unapređivana u okviru zabrane diskriminacije na osnovu “drugog statusa”.

Prva temeljna odluka u ovoj oblasti donesena je u predmetu *Marckx*⁷⁸, gdje je belgijski propis praktično nalagao da tzv. “ilegalno dijete”, što je bio pojam korišten za dijete rođeno van braka, može steći prava slična (ne potpuno jednaka) kao “legalno dijete” prema svojoj majci samo kada ga njegova biološka majka usvoji. ESLJP je prihvatio očuvanje tradicionalne porodice kao legitimni cilj, te utvrdio da su međunarodni standardi o poboljšanju pravnog položaja izvanbračno rođene djece u vrijeme donošenja odluke bili skorijeg datuma, ali je konkretni belgijski propis smatrao neproporcionalnim i utvrdio povredu čl. 14. u vezi s čl. 8. EKLJP-a.

U novijoj odluci u predmetu *Genovese*⁷⁹, aplikantica je majka vanbračnog djeteta začetog sa državljaninom Malte, a čije je očinstvo sudski utvrđeno. Aplikantica je podnijela zahtjev da dijete dobije i državljanstvo Malte preko oca, ali malteški zakon omogućava vanbračnoj djeci sticanje državljanstva samo ako su oba roditelja državljani Malte, dok je za djecu rođenu u braku dovoljno da je jedan od roditelja državljanin Malte. ESLJP je ponovo uvažio argument da brak roditelja može značiti posebnu vezu sa državom, koja opravdava sticanje državljanstva, ali je istovremeno naglasio kako se baš u takvim situacijama pravila razlika neposredno na osnovu rođenja djeteta u braku, što je zabranjeni kriterij prema čl. 14. EKLJP-a, te je utvrdio diskriminaciju na osnovu rođenja. ESLJP je u *Genovese* potvrdio raniju praksu prema kojoj samo razlozi od velike težine mogu opravdati razliku temeljenu na vanbračnom rođenju djeteta.⁸⁰ ESLJP

⁷⁸ ESLJP, *Marckx vs. Belgija*, 13. 6. 1979, par. 38 i dalje.

⁷⁹ ESLJP, *Genovese vs. Malta*, 11. 10. 2011, par. 39.

⁸⁰ *Ibid.*, par. 44.

je u ovim, kao i u drugim odlukama vezanim za različit tretman na osnovu vanbračnog rođenja djeteta, poboljšanje međunarodnog standarda koji se tiče položaja vanbračne djece u državama članicama EKLJP-a mjerio po Evropskoj konvenciji o pravnom položaju vanbračne djece iz 1975. godine. Naime, ova konvencija je u vrijeme donošenja odluke u predmetu *Marckx* bila na snazi u četiri države članice EKLJP-a, pa je ESLJP više snage pridavao samoj činjenici da je konvencija uopće donesena nego broju njenih članica. Sa druge strane, u predmetu *Genovese* je ESLJP naglasio kako broj od 22 države članice EKLJP-a u kojima vrijedi konvencija iz 1975. godine ukazuje na povećan nivo međunarodnih standarda i nacionalnog prava u pogledu statusa vanbračne djece.

ESLJP je u predmetu *Abdulaziz i dr.*⁸¹, o kojem je već bilo govora ranije u pogledu višestruke diskriminacije, između ostalog, razmatrao i diskriminaciju aplikantice, kojoj kao državljanki Ujedinjenoga Kraljevstva nije bilo dozvoljeno da njen suprug, s kojim ima dijete i koji kao stranac boravi u Ujedinjenom Kraljevstvu, dobije stalno prebivalište u Ujedinjenom Kraljevstvu samo zato što aplikantica ili njeni roditelji nisu rođeni u Ujedinjenom Kraljevstvu. ESLJP je smatrao da je Ujedinjeno Kraljevstvo slijedilo legitiman cilj da ovo pravo dodijeli samo građanima Ujedinjenoga Kraljevstva koji su u bliskoj vezi sa državom, pri čemu je rođenje smatrao posebnom vezom sa državom. Zbog toga je utvrdio da nema povrede čl. 14. u vezi s čl. 8. EKLJP-a.

U predmetu *Odièvre*⁸², ESLJP je smatrao da nije suprotno čl. 14. u vezi s čl. 8. EKLJP-a kada se aplikantici, koje se majka nakon anonimnog rođenja bespovratno odrekla i željela da se njen identitet zaštititi, i koja je legalno potpuno usvojena, kasnije ne dozvoli pristup informacijama o biološkim roditeljima. U odluci koja se može kritikovati⁸³, ESLJP je smatrao da ovdje aplikantica nije u istoj situaciji kao biološka djeca koja imaju uspostavljene veze sa biološkim roditeljima, jer ona u pogledu svojih prava ima uspostavljene sve veze sa usvojiteljima.

⁸¹ ESLJP, *Abdulaziz i dr. vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, 28. 5. 1985, par. 87 i dalje.

⁸² ESLJP, *Odièvre vs. Francuska*, 13. 2. 2003, par. 50 i dalje.

⁸³ Peters i König, "Das Diskriminierungsverbot", str. 1416.

11. Drugi status

ESLjP koristi “drugi status” kao zabranjeni osnov za različit tretman poprilično ekstenzivno, tako da će na ovom mjestu biti prikazani samo pojedini osnovi za koje je praksa veoma razvijena ili se veoma brzo unapređuje⁸⁴.

a) Porodični status

ESLjP se veoma često i u različitim oblastima i pitanjima bavio različitim tretmanom na osnovu porodičnog statusa, zapravo najčešće na osnovu (nepostojanja) bračnog statusa.

Tako dok se izjednačenje prava vanbračne djece s bračnom postiže praksom o različitom tretmanu na osnovu rođenja, izjednačenje prava vanbračnih očeva s pravima bračnih očeva odvija se temeljem prakse o različitom tretmanu na osnovu “drugog statusa” iz čl. 14. EKLjP-a. ESLjP je u dva vremenski bliska predmeta – *Hoffmann*⁸⁵ i *Sahin*⁸⁶ – ispitivao prava vanbračnih očeva na viđenje djeteta u njemačkom pravu, prema kojem vanbračni očevi prava viđenja u odnosu na dijete mogu dobiti samo sudskim putem, i to ako je to u najboljem interesu djeteta. Zanimljivo je da je u oba predmeta ESLjP osnov za različit tretman nalazio u “drugom statusu”, tačnije u pravu očeva nakon razvoda braka u kojem su dobili dijete o kojem je riječ u odnosu na prava vanbračnih očeva. No, u pogledu opravdanja ovog različitog tretmana Sud se pozvao na svoju praksu uspostavljenu u pogledu diskriminacije na osnovu rođenja, prema kojoj samo razlozi od velike težine mogu opravdati razliku temeljenu na vanbračnom rođenju djeteta. ESLjP je uzeo u obzir da njemački sudovi ne smatraju *prima facie* da je kontakt sa vanbračnim ocem u najboljem interesu djeteta, nego zahtijevaju od oca da to dokaže, što ga stavlja u manje povoljan položaj od očeva nakon razvoda,

⁸⁴ Vidi pojedine druge primjere prakse ESLjP-a o “drugom statusu” u Jasna Omejec, “Zabrana diskriminacije u praksi Europskog suda za ljudska prava”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu* 59, br. 5 (2009), str. 902 i dalje.

⁸⁵ ESLjP, *Hoffmann vs. Njemačka*, 11. 10. 2001, par. 49.

⁸⁶ ESLjP, *Sahin vs. Njemačka*, 8. 7. 2003, par. 85 i dalje.

te je utvrdio povredu čl. 1. u vezi s čl. 8. EKLJP-a. Sa sličnom zakonskom pretpostavkom se ESLJP imao baviti i u predmetu *Zaunegger*⁸⁷ u pogledu zajedničkog roditeljskog staranja vanbračnih roditelja u Njemačkoj, gdje je zakon *prima facie* smatrao da zajedničko roditeljsko staranje osoba koje nisu u braku nije u najboljem interesu djeteta ako je protiv volje majke. Utoliko vanbračni otac može dobiti zajedničko staranje s majkom samo ako ona na to pristane, dok u suprotnom majci pripada isključivo staranje nad djetetom. S obzirom na to da je u konkretnom slučaju za vrijeme vanbračne zajednice kao i nakon nje otac pokazao da preuzima sve očinske dužnosti, ESLJP je smatrao da nije postojao osnov za različit tretman u odnosu na razvedene očeve, te utvrdio povredu čl. 8. u vezi s čl. 14. EKLJP-a.

Iz unapređenja prava vanbračnih očeva u odnosu na njihovu djecu ne treba izvesti zaključak da ESLJP ima generalnu tendenciju ka potpunom izjednačenju prava iz bračne i vanbračne zajednice. U predmetu *Shackell*⁸⁸, aplikantica se smatrala diskriminiranom u odnosu na bračne partnere u pogledu socijalnih primanja na koje bi imala pravo kao udovica da je bila udata za svog dugogodišnjeg partnera s kojim ima i djecu. ESLJP je podsjetio na svoju raniju praksu prema kojoj veza osoba u braku ima drugačiji status i djelovanje od osoba koje žive zajedno, te da iako postoji određeno povećano prihvatanje stabilnih ličnih odnosa i izvan tradicionalnog braka, osobe koje ulaze u brak stiču poseban status. Utoliko ESLJP smatra da države ovdje uživaju širok prostor slobodne procjene, te da u konkretnom slučaju regulacija leži unutar tog prostora slobodne procjene, zbog čega ne postoji povreda čl. 14. EKLJP-a u konkretnom slučaju. ESLJP je takvo svoje stanovište potvrdio i u novijem slučaju u pogledu vjerskog braka, kojem nacionalni zakon ne priznaje pravna djelovanja, a na temelju kojeg je aplikantica u predmetu *Şerife Yiğit*⁸⁹ zahtijevala pravo na penziju i zdravstveno osiguranje koje dobivaju udovice. ESLJP je smatrao da ne postoji povreda čl. 14.

⁸⁷ ESLJP, *Zaunegger vs. Njemačka*, 3. 12. 2009, par. 52 i dalje.

⁸⁸ ESLJP, *Shackell vs. Velika Britanija*, 27. 4. 2000.

⁸⁹ ESLJP, *Şerife Yiğit vs. Turska*, 2. 11. 2010, par. 73 i dalje. Detaljnije u Slavoljub Carić, *Komentar Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda* (Beograd: Paragraf Co; Novi Sad: Paragraf Lex, 2012), str. 359 i dalje.

EKLJP-a, jer je aplikantica znala razlike u djelovanju između građanskog i vjerskog braka, te suprotno gore predstavljenom predmetu *Muñoz Díaz* nije izgradila legitimna očekivanja da će u budućnosti dobiti jednaka prava.

b) Dob

Zabrana diskriminacije na osnovu dobi u praksi ESLJP-a dugo vremena nije igrala nikakvu ulogu, a u Evropi se tek kasnije podigla svijest o tome da starost kao zabranjeni kriterij može pogoditi bilo koga, a ne samo izdvojive grupe osoba.⁹⁰

ESLJP je prvi put ispitivao zabranu diskriminacije na osnovu starosti u svojoj odluci iz 2010. godine u predmetu *Schwizgebel*⁹¹, u kojem je samohrana aplikantica iz Švicarske, koja je usvojila dijete iz Vijetnama u 45. godini, odbijena sa zahtjevom da usvoji drugo dijete u 47. godini. Nacionalni sud je naveo argument da bi to bilo preveliko opterećenje za majku, između ostalog s obzirom na njene godine, jer bi u šezdesetoj godini sama odgajala dva tinejdžera. ESLJP je smatrao da u ovoj oblasti postoji široki prostor slobodne procjene država članica, jer ne postoje usaglašeni međunarodni standardi, kako u pogledu maksimalne starosti usvojitelja, tako i u pogledu starosne razlike između usvojitelja i usvojenika. Osim toga, smatrao je da je najbolji interes djeteta legitiman cilj kojim se može opravdati različit tretman na osnovu starosti, te da je Švicarska ostala unutar svog polja slobodne procjene i djelovala srazmjerno, zbog čega u konkretnom slučaju nema diskriminacije u pogledu čl. 14. u vezi s čl. 8. EKLJP-a.

Diskriminacija na osnovu starosti jeste klasični primjer tendencije proširenja zaštite pred ESLJP-om i jasnije konture ove prakse tek trebaju biti razvijene. Ipak, mora se reći da ESLJP kasni u ovom pogledu, ako se uzme u obzir paralelni razvoj u EU. Povelja o osnovnim pravima EU u čl. 21. izričito navodi dob kao zabranjeni osnov diskriminacije. No, još je važnije to da je pred Sudom EU u presudama *Mangold*⁹² i u

⁹⁰ Peters i König, "Das Diskriminierungsverbot", str. 1432.

⁹¹ ESLJP, *Schwizgebel vs. Švicarska*, 20. 6. 2010, par. 76 i dalje.

⁹² Sud EU, *Werner Mangold vs. Rüdiger Helm*, 22. 11. 2005.

kasnijoj praksi uspostavljena zabrana diskriminacije na osnovu dobi kao opće načelo prava EU koje se ima poštovati kako u privatnim tako i u javnopravnim odnosima.⁹³ U temeljnoj odluci *Mangold* Sud EU je ocijenio diskriminirajućom odredbu njemačkog zakona koja dozvoljava da se sa osobama starijim od 52 godine bez objektivnog razloga zaključuju ugovori na određeno vrijeme, što sa osobama mlađim od 52 godine nije moguće. Ova zakonska odredba je imala za cilj da omogući lakše zapošljavanje starijim osobama, jer je to kategorija koja se naročito teško zapošljava, ali je Sud EU utvrdio neopravdanu diskriminaciju na osnovu dobi.

c) Invaliditet

Zabrana diskriminacije na osnovu invaliditeta u komparativnom pravu se počela razvijati tek u posljednje dvije decenije 20. stoljeća.⁹⁴

ESLJP je u odluci *Pretty*⁹⁵ imao odlučiti o tome koliko daleko seže zabrana diskriminacije na osnovu invaliditeta. Radilo se o paraliziranoj aplikantici koja je patila od progresivne bolesti motoričkih nerava, koja sigurno dovodi do smrti. Iako psihički skoro do same smrti ostaje u potpunosti sposobna, svi mišići postepeno otkazuju, uključujući i disajne organe. Aplikantica je podnijela tužbu u fazi kada je bolest bila u poodmaklom stanju, iako je ona bila potpuno svjesna, a razlog je što samoubistvo u Engleskoj nije bilo kažnjivo, ali ona nije bila sposobna da ga sama poćini. Utoliko se nejednako ćinjenićno stanje tretira jednako, pa se radi o diskriminaciji. Zahtijevala je da se njenom supругu dozvoli da joj pomogne da se ubije, a da pri tome on ne bude kažnjen. Smatrala je da se kod zabrane eutanazije za sve osobe radi o diskriminaciji na

⁹³ Darko Samardžić i Zlatan Meškić, *Pravo Evropske unije II – Povelja EU o osnovnim pravima* (Zenica: Univerzitet u Zenici, 2017), str. 180. Za detaljnu analizu sudske prakse o zabrani diskriminacije u privatnom pravu u državama jugoistoćne Evrope vidi Nada Dollani i dr., "Autonomy and Antidiscrimination in Private Law – The Experience of Western Balkans", u *Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses – Third Regional Conference, 2013*, ur. Ardian Nuni, Miodrag Orlić i Slobodan Perović (Skopje: Centre for South East European Law School Network, 2014), str. 15 i dalje.

⁹⁴ Peters i König, "Das Diskriminierungsverbot", str. 1428.

⁹⁵ ESLJP, *Pretty vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, 29. 4. 2002, par. 86 i dalje.

osnovu invaliditeta, jer osobe poput nje nisu mogle same počiniti nekažnjivo samoubistvo, dok osobe bez takvog invaliditeta jesu. ESLJP je ocijenio da u ovom slučaju države uživaju širok prostor slobodne procjene, te da postoje vrlo razumni prinudni razlozi zašto se nije napravila zakonska razlika između onih koji jesu ili nisu sposobni sami počiniti samoubistvo prema čl. 14. EKLJP-a, kao što postoje razumni prinudni razlozi zašto se prema čl. 8. EKLJP-a i kod bolesti sa sigurnim smrtnim ishodom ne pravi izuzetak od zabrane eutanazije, imajući u vidu ranjive žrtve koje se od tog čina ne bi mogle odbraniti. Zbog toga je utvrdio da nema povrede čl. 14. u vezi s čl. 8. EKLJP-a. U pogledu širokog razumijevanja pojma invaliditeta, ESLJP je u predmetu *Kiyutin*⁹⁶ utvrdio da činjenica da je neko HIV pozitivan kao zdravstveno stanje predstavlja zabranjeni kriterij za različit tretman u okviru čl. 14. EKLJP-a, bilo u okviru invaliditeta ili kao “drugi status”.

U odluci iz 2016. godine u predmetu *Çam*⁹⁷, ESLJP je prvi put konstatirao da u okviru ispitivanja proporcionalnosti treba uzeti u obzir kriterij “razumne prilagodbe” iz čl. 2. UN-ove Konvencije o pravima osoba s invaliditetom, koja podrazumijeva “potrebne i odgovarajuće izmjene i prilagodbe koje ne nameću nesrazmjern i neprimjeren teret, potrebne u konkretnom slučaju, kako bi se osiguralo da osobe s invaliditetom ravnopravno s drugim osobama uživaju i koriste sva ljudska prava i osnovne slobode”.⁹⁸ Naime, ESLJP je utvrdio da zabrana diskriminacije obuhvata i situacije u kojima se odbija učiniti razumna prilagodba, pa je u konkretnom slučaju odbijanje upisa slijepog studenta na muzičku akademiju povreda čl. 14. EKLJP-a, jer je odbijena razumna prilagodba.

U praksi Suda EU najviše pažnje izazvala je odluka u predmetu *Coleman*, u kojoj je utvrđeno da diskriminacija na osnovu invaliditeta ne postoji samo kada je sama žrtva diskriminacije s invaliditetom, nego i kada različit tretman počiva na povezanosti s osobom s invaliditetom⁹⁹. Majka je u ovom predmetu zbog čestog izbjivanja s posla kako bi negovala svoje

⁹⁶ ESLJP, *Kiyutin vs. Rusija*, 10. 3. 2011, par. 56 i dalje.

⁹⁷ ESLJP, *Çam vs. Turska*, 23. 2. 2016, par. 55.

⁹⁸ Rainey, Wicks i Ovey, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, str. 653.

⁹⁹ Sud EU, *S. Coleman vs. Attridge Law and Steve Law*, 17. 7. 2008, par. 56.

dijete s invaliditetom bila podvrgnuta lošijim radnim uslovima, zbog kojih se osjetila prinuđenom potpisati sporazumni raskid radnog odnosa. Sud je u konkretnom slučaju utvrdio postojanje asocijativne diskriminacije, a u odnosu na dijete sa invaliditetom.

d) Seksualna orijentacija

Oblast diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije razvija se veoma brzo posljednjih godina s tendencijom stalnog porasta nivoa zaštite žrtava diskriminacije, odnosno smanjenja prostora slobodne procjene za države članice. ESLJP jeste već 1981. godine u predmetu *Dudgeon*¹⁰⁰ u pogledu krivičnog gonjenja homoseksualaca u Ujedinjenom Kraljevstvu utvrdio da seksualna orijentacija predstavlja dio najintimnije sfere privatnog života u skladu s čl. 8. EKLJP-a, pa različit tretman na osnovu seksualne orijentacije može biti opravdan samo veoma ozbiljnim razlozima. Ovakva praksa kasnije je nastavljena i u drugim oblastima građanskog i porodičnog prava, kao u predmetu *Karner*¹⁰¹, u kojem je homoseksualnom životnom partneru u Beču uskraćeno pravo da ostane kao najmoprimac u stanu u kojem je živio s partnerom koji je umro od AIDS-a. Takvo pravo, prema austrijskom zakonu, imaju heteroseksualni životni partneri. ESLJP je utvrdio da samo razlozi od velike težine mogu opravdati različit tretman na osnovu seksualne orijentacije, što ovdje nije bio slučaj, te je utvrdio diskriminaciju u skladu s čl. 14. u vezi s čl. 8. EKLJP-a. Na osnovu ovog i drugih predmeta, ESLJP je uveo stalnu praksu prema kojoj je diskriminacija na osnovu seksualne orijentacije jednako važna kao diskriminacija na osnovu rase, porijekla ili boje kože.¹⁰²

Posebno je dinamičan razvoj prakse ESLJP-a u pogledu prava homoseksualaca na zaključenje braka. ESLJP do sada još nije utvrdio da države moraju dozvoliti homoseksualcima zaključenje braka, ali razvoj situacije na tom planu nagovještava da se na takvu odluku neće još dugo čekati. Da se ne radi o tako osjetljivom pitanju, s obzirom na broj država u Evropi koje već dozvoljavaju zaključenje braka homoseksualnim

¹⁰⁰ ESLJP, *Dudgeon vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, 22. 10. 1981, par. 52.

¹⁰¹ ESLJP, *Karner vs. Austrija*, 24. 7. 2003, par. 34 i dalje.

¹⁰² ESLJP, *Vejdeland vs. Švedska*, 9. 2. 2012, tačka 55.

partnerima, vjerovatno bi ESLjP bio smjeliji u svojoj praksi. Naime, u predmetu *Schalk i Kopf* iz 2010. godine u pogledu zahtjeva homoseksualnih partnera da im se odobri zaključenje braka, ESLjP je zaključio da uz velike društvene promjene koje su se posljednjih godina dogodile u pogledu statusa homoseksualnih odnosa, homoseksualno partnerstvo ne spada samo u koncept privatnog života, nego i porodičnog života u skladu s čl. 8. EKLjP-a.¹⁰³ Ipak, ESLjP je smatrao da se uprkos rapidnom razvoju još nije formirala većina država članica koje su homoseksualnim zajednicama priznale pravni status, tako da države, u odsustvu takvog konsenzusa, još uvijek uživaju slobodni prostor procjene, te nema povrede čl. 8. u vezi s čl. 14. EKLjP-a.¹⁰⁴ U 2013. godini, ESLjP je u predmetu *Vallianatos i dr.*¹⁰⁵ napravio značajan korak dalje, utvrdivši da se radi o diskriminaciji kada država članica uvodi novu vrstu legalne zajednice života, a iz iste isključuje homoseksualne zajednice. Naime, Grčka je 2008. uvela "građansku uniju" kao novu formu vanbračne zajednice, kojom je, prema vlastitim navodima, željela ojačati zaštitu djece rođene u vanbračnim zajednicama, ali nije uvela pravo homoseksualnih osoba da stupaju u takve građanske unije. ESLjP je utvrdio da do sada sedamnaest država članica poznaje istospolne pravne zajednice, od kojih devet dozvoljava brak. Tako da od devetnaest država koje su uvele novi sistem registriranog partnerstva, samo Litvanija i Grčka ga nisu otvorile i za homoseksualne partnere. S obzirom na to da bi to u Grčkoj bila jedina opcija priznanja pravnog statusa homoseksualnim zajednicama, dok su heteroseksualne zajednice imale i prije ovog zakona određene mogućnosti legalizacije svog vanbračnog statusa, ESLjP je utvrdio da je u konkretnom slučaju povrijeđen čl. 14. u vezi s čl. 8. EKLjP-a.

¹⁰³ ESLjP, *Schalk i Kopf vs. Austrija*, 24. 6. 2010, par. 95.

¹⁰⁴ *Ibid.*, par. 105.

¹⁰⁵ ESLjP, *Vallianatos i dr. vs. Grčka*, 7. 11. 2013, par. 80 i dalje.

e) Rodni identitet

ESLJP se bavio rodnim identitetom u nekoliko sporova vezanih za transseksualnost i zaključio je da pitanja vezana za transseksualnost¹⁰⁶ ne spadaju niti pod spol niti pod seksualnu orijentaciju, nego predstavljaju zaseban zaštićeni osnov rodne disforije. U predmetu *P. V.* ocu transseksualcu koji se podvrgao operaciji promjene iz muškog u žensko tijelo uskraćeno je pravo na posjećivanje djeteta nakon što se razveo od supruge i podvrgao operaciji promjene spola, zbog navodne emocionalne nestabilnosti.¹⁰⁷ Nakon samog razvoda dijete je pripalo majci uz zajedničko roditeljsko staranje, ali je nakon operacije aplikanta majka zahtijevala potpunu obustavu kontakta sa djetetom, dok su sudovi u Španiji odlučili da aplikantu pripadne veoma ograničeno pravo viđenja sa djetetom, zbog emocionalne nestabilnosti aplikanta. Njegov zahtjev za utvrđenje diskriminacije ESLJP je kvalificirao kao pitanje diskriminacije na osnovu rodne disforije, ali je smatrao da u konkretnom slučaju diskriminacija nije dokazana. Izričito je utvrdio da se opravdanje diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije može vršiti samo na temelju razloga veoma velike težine, ali da se u ovom slučaju ne radi o diskriminaciji na osnovu seksualne orijentacije, nagovještavajući time da u pogledu transseksualnosti postoji širi prostor diskrecije za države.¹⁰⁸

12. Zaključna razmatranja

Ovaj kratki pregled prakse ESLJP-a o zabrani različitog tretmana po pojedinim zaštićenim kriterijima ukazuje na veliki doprinos ovog međunarodnog sudskog tijela razvoju standarda u oblasti zabrane diskriminacije. ESLJP kontinuirano prati razvoj društvene i pravne

¹⁰⁶ Vidi detaljno Zorica Mršević, "Zaštita rodne ravnopravnosti" u *Praktični uvod u evropske standarde protiv diskriminacije* (Beograd: Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju, 2013); Zorica Mršević, "Zaštita prava transseksualnih osoba" u *Praktični uvod u evropske standarde protiv diskriminacije* (Beograd: Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju, 2013); str. 63 i dalje.

¹⁰⁷ ESLJP, *P. V. vs. Španija*, 30. 11. 2010.

¹⁰⁸ *Ibid.*, par. 29 i 30.

stvarnosti u svojim državama članicama kako bi za pojedine zaštićene osnove dao različite odgovore o do sada postignutom standardu zaštite ili različitom tretmanu koji se u okviru nacionalnog prostora slobodne procjene još uvijek ima tolerirati. Svaki zaštićeni osnov, bio eksplicitno naveden u čl. 14. EKLJP-a ili potpadao pod "drugi status", zahtijeva različit senzibilitet prilikom ispitivanja. ESLJP obično uspijeva da protekom vremena i razvojem prakse pojedinačno pronade ispravan pristup. Tako, npr., u pogledu diskriminacije na osnovu rase ili boje kože gotovo isključuje mogućnost opravdanja za države članice, kod diskriminacije na osnovu spola razumije povećanu opasnost od održavanja stereotipa, a u pogledu prava homoseksualaca na zaključenje braka pomno prati razvoj u državama članicama kako bi njegova praksa stalno odgovarala trenutnoj fazi razvoja evropskog konsenzusa u toj oblasti. Ipak, zadržavanje na onom nivou zaštite koji smatra prihvaćenim o određenom broju država članica ograničava ESLJP u njegovoj proaktivnoj ulozi dostizanja višeg nivoa zaštite. Tako u pogledu zabrane diskriminacije na osnovu dobi, Sud EU, koji se ne ograničava standardima već dostignutim u državama članicama, ima razvijeniju praksu od ESLJP-a, a koja već utiče na podizanje nivoa zaštite u državama članicama EU, a time i u potpisnicama EKLJP-a. Sa druge strane, ESLJP svojom metodom osigurava veću podršku svoje prakse u državama članicama, dok Sud EU svojim povremenim sudskim aktivizmom, odnosno proaktivnim djelovanjem na podizanju standarda zaštite prava u državama članicama pojedinačno izaziva i oštru kritiku.

Posebno se može istaći da se ESLJP nije suzdržavao od toga da koristi prostor koji mu je pružila formulacija čl. 14. EKLJP-a da utvrdi neimenovane zaštićene osnove u okviru "drugog statusa", te na taj način stalno osigurava da će praksa odgovarati životnim prilikama današnjice, neovisno o periodu u kojem je sam tekst EKLJP-a pisan. Pojedini zaštićeni osnovi razvijeni na taj način, poput porodičnog statusa ili seksualne orijentacije, predstavljaju neke od najdinamičnijih oblasti u praksi ESLJP-a danas.

Metod prema kojem ESLJP često odustane od ispitivanja povrede čl. 14. EKLJP-a, ako prethodno već utvrdi povredu nekog od prava garantiranih Konvencijom, svakako se može kritikovati. Time se umanjuje značaj koji odvojeno utvrđenje povrede zabrane diskriminacije ima, sa jedne strane, za same žrtve, a, sa druge strane, i za razvoj međunarodnog nivoa

zaštite od diskriminacije. Jednako ograničavajuće djelovanje ima i strogo tumačenje uslova akcesornosti, koje je, naročito u pogledu zaštićenog osnova političkog i drugog mišljenja, spriječilo razvoj prakse po nekim od najvažnijih pitanja koja su se u ovoj oblasti postavljala.

Zadržavanje jednake liste zaštićenih osnova u Protokolu br. 12 omogućava kontinuitet i pravnu sigurnost, koja je u oblasti zabrane diskriminacije od izuzetnog značaja. Postepenost razvoja nivoa zaštite po svakom pojedinom zaštićenom osnovu svakako je najvrednija odlika predstavljene prakse ESLJP-a, koja osigurava demokratski legitimitet i podršku njegovom radu u vremenu kada se to ne podrazumijeva.

Bibliografija

Knjige, članci i preporuke

1. Carić, Slavoljub. *Komentar Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*. Beograd: Paragraf Co; Novi Sad: Paragraf Lex, 2012.
2. Council of Europe. Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the ECHR. Rome: Council of Europe, 4. 11. 2000. <https://rm.coe.int/16800cce48> (stranica posjećena 29. 12. 2017).
3. Council of Europe, Parliamentary Assembly. Recommendation 285 (1961): Rights of Minorities. Parliamentary Assembly, 28. 4. 1961.
4. Dollani, Nada, Ivana Krstić, Zlatan Meškić, Emilia Mišćenić, Norbert Reich, Aneta Spaić, i Neda Zdraveva. "Autonomy and Antidiscrimination in Private Law – The Experience of Western Balkans". U *Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses – Third Regional Conference, 2013*. Uredili Nuni, Ardian Miodrag Orlić i Slobodan Perović. Str. 15–34. Skopje: Centre for South East European Law School Network, 2014.
5. Kola-Tafaj, Flutura, Midhat Izmirlija, Mario Vinković, Elena Mihajlova, Neda Zdraveva, Veronika Efremova, Ivana Jelić, i Ivana Krstić Davinić. *Legal Protection Against Discrimination in South-East Europe – Regional Study*. Skopje: Centre for SEELS, 2016. <http://www.seelawschool.org/pdf/Book-Legal-Protection-Against-Discrimination-SEE.pdf> (stranica posjećena 29. 12. 2017).
6. Kotevska, Biljana. *Guide on Discrimination Grounds*. Skopje: OSCE, 2013. <http://www.osce.org/skopje/116789?download=true> (stranica posjećena 29. 12. 2017).
7. Meyer-Ladewig, Jens, i Roman Lehner. "Art. 14 EMRK". U *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*. Uredili Meyer-Ladewig, Jens, Martin Nettesheim i Stefan von Raumer. Str. 474–490. Baden-Baden: Nomos Verlag; Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag; Wien: MANZ'sche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, 2017.
8. Mršević, Zorica. "Zaštita rodne ravnopravnosti". U *Praktični uvod u evropske standarde protiv diskriminacije*. Str. 63–68. Beograd: Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju, 2013. http://www.gov.me/naslovna/Savjetodavna_tijela/Savjet_za_zastitu_od_diskriminacije/134249/Prakticni-uvod-u-evropske-standarde-protiv-diskriminacije.html (stranica posjećena 29. 12. 2017).

9. Mršević, Zorica. "Zaštita prava transseksualnih osoba". U *Praktični uvod u evropske standarde protiv diskriminacije*. Str. 69–77. Beograd: Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju, 2013. http://www.gov.me/naslovna/Savjetodavna_tijela/Savjet_za_zastitu_od_diskriminacije/134249/Prakticni-uvod-u-evropske-standarde-protiv-diskriminacije.html (stranica posjećena 29. 12. 2017).
10. Omejec, Jasna. "Zabrana diskriminacije u praksi Euroskog suda za ljudska prava". *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu* 59, br. 5 (2009), str. 873–979.
11. Peters, Anne, i Doris König. "Das Diskriminierungsverbot". U *EMRK/GG – Konkordanzkommentar*. Uredili Dörr, Oliver, Rainer Grote i Thilo Marauhn. Str. 1301–1465. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.
12. Peukert, Wolfgang. "Art 14 (Diskriminierungsverbot)". *EMRK-Kommentar*. Uredili Frowein, Jochen i Wolfgang Peukert. Str. 401–418. Kehl am Rhein: N. P. Engel, 2009.
13. Rainey, Bernadette, Elizabeth Wicks, i Clare Ovey. *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
14. Samardžić, Darko, i Zlatan Meškić. *Pravo Evropske unije II – Povelja EU o osnovnim pravima*. Zenica: Univerzitet u Zenici, 2017.
15. Sauer, Heiko. "Art. 14 EMRK". U *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK*. Uredili Karpenstein, Ulrich i Franz Mayer. Str. 386–405. München: Beck, 2015.
16. Schabas, William. *The European Convention on Human Rights – A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
17. Smith, Rhona. *International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Sudska praksa

1. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *A. vs. Hrvatska*. Aplikacija br. 55164/08, 14. 10. 2010.
2. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Abdulaziz, Cabales i Balkandali. vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*. Aplikacije br. 9214/80, 9473/81 i 9474/81, 28. 5. 1985.
3. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Airey vs. Irska*. Aplikacija br. 6289/73, 9. 10. 1979.
4. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Belcacemi et Oussar vs. Belgija*. Aplikacija br. 37798/13, 11. 7. 2017.

5. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Buckley vs. The United Kingdom*. Aplikacija br. 20348/92, 25. 9. 1996.
6. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Burghartz vs. Švicarska*. Aplikacija br. 16213/90, 22. 2. 1994.
7. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Çam vs. Turska*. Aplikacija br. 51500/08, 23. 2. 2016.
8. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Chapman vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*. Aplikacija br. 27238/95, 18. 1. 2001.
9. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Chassagnou i dr. vs. Francuska*. Aplikacija br. 25088/94, 28331/95 i 28443/95, 29. 4. 1999.
10. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Dudgeon vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*. Aplikacija br. 7525/76, 22. 10. 1981.
11. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Eweida i ostali vs. UK*. Aplikacije br. 48420/10, 59842/10, 51671/10 i 36516/10, 15. 1. 2013.
12. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *G. M. B. i K. M. vs. Švicarska*. Aplikacija br. 36797/97, 27. 9. 2001.
13. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Genovese vs. Malta*. Aplikacija br. 53124/09, 11. 10. 2011.
14. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Gorzelik vs. Poljska*. Aplikacija br. 44158/98, 20. 12. 2001.
15. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Grzelak vs. Poljska*. Aplikacija br. 7710/02, 15. 6. 2010.
16. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Gaygusuz vs. Austrija*. Aplikacija br. 17371/90, 16. 9. 1996.
17. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Hamidović vs. Bosna i Hercegovina*. Aplikacija br. 57792/15, 5. 12. 2017.
18. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Herrmann vs. Njemačka*. Aplikacija br. 9300/07, 26. 2. 2012,
19. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Hoffmann vs. Austrija*. Aplikacija br. 12875/87, 23. 6. 1993.
20. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Hoffmann vs. Njemačka*. Aplikacija br. 34045/96, 11. 10. 2001.
21. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Ismailova vs. Rusija*. Aplikacija br. 37614/02, 29. 11. 2007.

22. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Karlheinz Schmidt vs. Njemačka*. Aplikacija br. 13580/88, 18. 7. 1994.
23. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Karner vs. Austrija*. Aplikacija br. 40016/98, 24. 7. 2003.
24. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Kiyutin vs. Rusija*. Aplikacija br. 2700/10, 10. 3. 2011.
25. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Marckx vs. Belgija*. Aplikacija br. 6833/74, 13. 6. 1979.
26. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Belgija*. Aplikacija br. 9267/81, 2. 3. 1987.
27. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Mizzi vs. Malta*. Aplikacija br. 26111/02, 12. 1. 2006.
28. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Muñoz Díaz vs. Španija*. Aplikacija br. 49151/07, 8. 12. 2009.
29. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Nachova and Others. vs. Bugarska*. Aplikacije br. 43577/98 i 43579/98, 6. 7. 2005.
30. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Odièvre vs. Francuska*. Aplikacija br. 42326/98, 13. 2. 2003.
31. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Opuz vs. Turska*. Aplikacija br. 33401/02, 9. 6. 2009.
32. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Oršuš i dr. vs. Hrvatska*. Aplikacija br. 15766/03, 16. 3. 2010.
33. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *P. V. v. Španija*. Aplikacija br. 35159/09, 30. 11. 2010. 30. 11. 2010.
34. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Palau-Martinez vs. Francuska*. Aplikacija br. 64927/01, 16. 12. 2003.
35. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Paraskeva Todorova vs. Bugarska*. Aplikacija br. 37193/07, 25. 3. 2009.
36. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Pilav vs. Bosna i Hercegovina*. Aplikacija br. 41939/07, 9. 6. 2016.
37. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Ponomaryov vs. Bugarska*. Aplikacija br. 5335/05, 21. 6. 2011.
38. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Predmet "koji se tiče određenih aspekata o zakonima o korištenju jezika u školovanju u Belgiji" vs. Belgija*. Aplikacije br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23. 7. 1968.

39. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Pretty vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*. Aplikacija br. 2346/02, 29. 4. 2002.
40. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Rainys i Gasparavičius vs. Litvanija*. Aplikacije 70665/01 i 74345/01, 7. 4. 2005.
41. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Rasmussen vs. Danska*. Aplikacija br. 8777/79, 28. 11. 1984.
42. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Redfearn vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*. Aplikacija br. 47335/06, 6. 11. 2012.
43. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *S. A. S. vs. Francuska*. Aplikacija br. 43835/11, 1. 7. 2014.
44. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Sahin vs. Njemačka*. Aplikacija br. 30943/96, 8. 7. 2003.
45. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Schalk i Kopf vs. Austrija*. Aplikacija br. 30141/04, 24. 6. 2010.
46. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Schneider vs. Luksemburg*. Aplikacija br. 2113/04, 10. 7. 2007.
47. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Schwizgebel vs. Švicarska*. Aplikacija br. 25762/07, 20. 6. 2010.
48. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Sejdić i Finci vs. Bosna i Hercegovina*. Aplikacije br. 27996/06 i 34836/06, 22. 12. 2009.
49. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Şerife Yiğit vs. Turska*. Aplikacija br. 3976/05, 2. 11. 2010.
50. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Shackell vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*. Aplikacija br. 45851/99, 27. 4. 2000.
51. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Sidabras i Džiautas vs. Litvanija*. Aplikacije br. 55480/00 i 59330/00, 27. 7. 2004.
52. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Staatkundig Gereformeerde Parti vs. Holandija*. Aplikacija br. 58369/10, 10. 7. 2012.
53. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Sukhovetsky vs. Ukrajina*. Aplikacija br. 13716/02, 28. 3. 2006.
54. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Šečić vs. Hrvatska*. Aplikacija br. 40116/02, 31. 5. 2007.
55. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Valkov i drugi vs. Bugarska*. Aplikacije br. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 i 2041/05, 25. 10. 2011.

56. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Vallianatos i dr. vs. Grčka*. Aplikacije br. 29381/09 i 32684/09, 7. 11. 2013.

57. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Vejdeland i drugi vs. Švedska*. Aplikacija br. 1813/07, 9. 2. 2012.

58. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Weller vs. Mađarska*. Aplikacija br. 44399/05, 31. 3. 2009.

59. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Zaunegger vs. Njemačka*. Aplikacija br. 22028/04, 3. 12. 2009.

60. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Zornić vs. Bosna i Hercegovina*. Aplikacija br. 3681/06, 15. 7. 2014.

61. Sud Evropske unije. *S. Coleman vs. Attridge Law and Steve Law*. C-303/06, 17. 7. 2008.

62. Sud Evropske unije. *Werner Mangold vs. Rüdiger Helm*. C-144/04, 22. 11. 2005.

OBLICI DISKRIMINACIJE

MARIO RELJANOVIĆ

Oblici diskriminacije i jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava

1. Uvodna razmatranja

Diskriminacija je zabranjena članom 14 i članom 1 Protokola 12 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: EKLP, Konvencija). Zabrana sadržana u članu 14, prema tumačenju Evropskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP, Sud), predstavlja “nesamostalan član” koji se mora primjenjivati isključivo u kontekstu kršenja nekog prava koje je zaštićeno Konvencijom. Praksa ESLJP-a je takva da se ovo pravilo posmatra ekstenzivno – zaštićena su sva prava koja potpadaju pod domen nekog od članova Konvencije, čak iako samim tim članom takvo pravo nije izričito navedeno, već se ono može derivirati iz prirode prava i sloboda koja su garantovana svim građanima. Sud po pravilu ovu konstataciju navodi na samom početku razmatranja eventualnog kršenja člana 14. Na primjer, u predmetu *Biao protiv Danske*¹, “Sud ponavlja da je član 14 komplementaran ostalim materijalnim odredbama Konvencije i Protokola uz Konvenciju. On ne postoji nezavisno od njih, jer proizvodi efekat isključivo u odnosu na ‘uživanje prava i sloboda’ zaštićenih ovim odredbama. Primjena člana 14 ne mora nužno da pretpostavi kršenje jednog od osnovnih prava garantovanih Konvencijom. Zabrana diskriminacije u članu 14 se stoga proteže i izvan uživanja prava i sloboda koje Konvencija i Protokoli zahtijevaju od svake države da garantuje. To se odnosi i na dodatna prava, koja spadaju u opšti opseg bilo kojeg člana Konvencije, koja je država odlučila da zaštititi. Neophodno je, ali je takođe i dovoljno, da činjenice predmeta spadaju u opseg jednog ili više članova Konvencije.”

¹ ESLJP, *Biao vs. Danska*, 24. 5. 2016, par. 88.

Sa druge strane, član 1 Protokola 12 uvodi opštu zabranu diskriminacije, koja se pruža na sva prava koja zemlje potpisnice Konvencije garantuju građanima na njihovoj teritoriji svojim unutrašnjim pravnim aktima, bez obzira na to da li su sadržana u tekstu Konvencije. U slučaju *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*, “Sud primjećuje da, dok član 14 zabranjuje diskriminaciju u odnosu na uživanje ‘prava i sloboda predviđenih Konvencijom’, član 1 Protokola 12 proširuje obim zaštite na ‘bilo koje pravo predviđeno zakonom’. Tako se uvodi opšta zabrana diskriminacije. (...) Bez obzira na razliku u obimu između ovih odredbi, značenje ovog izraza u članu 1 Protokola 12 trebalo bi da bude identično onome u članu 14 (vidjeti paragraf 18 Eksplanatornog izvještaja za Protokol 12). Sud ne vidi razlog da odstupi od usaglašenog tumačenja ‘diskriminacije’, gore pomenutog, prilikom primjene istog termina iz člana 1 Protokola 12.”²

Ovaj tekst prati sudsku praksu ESLJP-a koja je vezana za različite oblike diskriminisanja. U toku nekoliko decenija primjene Konvencije, Sud je razvio određene standarde prepoznavanja i dokazivanja diskriminatornog ponašanja.

Oblici diskriminacije se vezuju za lična svojstva, odnosno statuse, kao i za prava koja su garantovana EKLJP-om. Otuda analiza polazi od osnovnih oblika diskriminisanja, neposredne i posredne (direktne i indirektne) diskriminacije, ali se ne zaustavlja na njima, već obuhvata i različite podvrste, koje su se pojavile u praksi Suda. Pojmovi institucionalne i strukturalne diskriminacije razvili su se iz potrebe da se kroz neposrednu i posrednu diskriminaciju obuhvate i sistemske i sistematske diskriminatorne politike, koje ukazuju na pogrešan odnos državnih mehanizama prema određenim pitanjima, koji za rezultat ima diskriminaciju. Uznemiravanje i zlostavljanje našli su svoje mjesto u antidiskriminacionoj praksi Suda kroz uočavanje funkcionalnih veza između ovih ponašanja i motivacije da se ona izvrše, koja će često biti diskriminatorne prirode. Diskriminatorni govor i podsticanje na diskriminaciju, kao i viktimizacija, uočeni su u pojedinim slučajevima upravo kao posljedica imperativa rješavanja faktičkih situacija koje su tumačenjem EKLJP-a podvedene pod režim zabrane diskriminacije. Segregacija predstavlja kompleksno kršenje ljudskih prava, koje u

² ESLJP, *Sejdić i Finci vs. Bosna i Hercegovina*, 22. 12. 2009, par. 53 i 55.

svojoj srži ima diskriminatornu osnovu, iako se često ona ne vidi jer je prikrivena u okviru posredne diskriminacije – i ona je našla svoje uobličene u antidiskriminacionom djelovanju Suda. Svi navedeni oblici, koji će biti detaljnije pojašnjeni u daljnjem tekstu, uticali su, dakle, na razvoj poimanja diskriminacije ali i na evoluciju zaštite od diskriminacije sadržanu u članu 14 EKLJP-a. Otuda je tumačenje člana 14 u kontekstu zaštićenih prava tokom vremena zapravo iznjedrilo čitav sistem međunarodnih antidiskriminacionih standarda, koji su našli svoje mjesto i u nacionalnim zakonodavstvima i praksi.

Takođe, trebalo bi imati u vidu da mišljenja i zaključci sudija tokom vremena nisu bili monolitni o različitim pitanjima. Sud je uvijek Konvenciju posmatrao kao instrumenat koji se razvija kroz tumačenje njegovih odredbi, tako da je značajno ispratiti i evoluciju percepcija i shvatanja o nekim karakterističnim pitanjima.

Metodološki se istraživanje pretežno oslanja na analizu slučaja, uz korišćenje sintetičkog metoda zaključivanja o pojedinim praksama i stavovima Suda. Pored toga, korišćena je i literatura koja se odnosi na neke od relevantnih problemskih zadataka, pitanja na koja se traži odgovor u samom tekstu. U naročitom fokusu su se u tom smislu našli tekstovi koji se odnose na percepciju i dokazivanje diskriminacije, kao i na posrednu diskriminaciju. Fokus nije samo na predstavljanju klasične prakse Suda, koja je do sada našla svoje mjesto u nebrojenim sličnim analizama, već je pažnja poklonjena i novijim presudama i njihovim odnosom s prethodno uspostavljenim standardima odlučivanja. Osim odluka u kojima je ESLJP utvrdio postojanje diskriminacije, analizirane su i neke negativne presude u predmetima u kojima nije presuđeno postojanje diskriminacije, budući da su i one podjednako važne za pravilno razumijevanje trenutnih standarda u pogledu utvrđivanja šta se smatra diskriminatornim ponašanjem i nedozvoljenom praksom.

2. Osnovni oblici diskriminacije

2.1. Pojam neposredne diskriminacije

Neposredna (direktna) diskriminacija predstavlja najčešći oblik kršenja člana 14 u dosadašnjoj praksi Suda. Ona podrazumijeva drugačiji tretman lica koja se nalaze u sličnim situacijama, za koji ne postoji objektivno i razumno opravdanje, koji nije usmjeren ka legitimnom cilju i ako ne postoji razuman odnos proporcionalnosti između primijenjenih sredstava i željenog cilja.³ Na ovaj način je definisana osnova pojma diskriminacije, koja se navodi u svakoj odluci Suda kada razmatra povredu člana 14 ili člana 1 Protokola 12.

Neće, međutim, svaki različit tretman značiti i diskriminaciju u smislu kršenja prava iz Konvencije. Razlika u postupanju mora da bude zasnovana na određenoj (odnosno odredivoj) karakteristici ili statusu lica. Karakteristika ili status lica se u praksi shvataju veoma široko i ne ograničavaju se samo na urođena ili naslijeđena svojstva nekog pojedinca ili grupe.⁴ Isto se odnosi i na prava koja se štite. Kao što je već razmatrano, kod kršenja člana 14 potrebno je diskriminatornu praksu povezati sa nekim od zaštićenih prava iz Konvencije. Sud je u više analiziranih odluka našao da se “potpadanje pod domen” Konvencije mora tumačiti ekstenzivno kako bi Konvencija ispunjavala svrhu zaštite ostvarivanja i praktikovanja različitih aspekata svakog od zaštićenih prava. Takođe, ESLJP razmatra i prošireni domašaj Konvencije na koji je država pristala uvodeći veći obim i bolji kvalitet uživanja pojedinih prava i sloboda: “Zabrana diskriminacije sadržana u članu 14 Konvencije stoga se proteže izvan uživanja prava i sloboda koja Konvencija i protokoli uz

³ Vidjeti, na primjer: ESLJP, *Gaygusuz vs. Austrija*, 16. 9. 1996, par. 42. U slučaju *Ünal Tekeli protiv Turske* Sud je isti princip formulisao drugačijim stilom izražavanja: “Članom 14 nije zabranjen različit tretman koji je zasnovan na objektivnoj procjeni suštinski različitih okolnosti i koji, budući da počiva na javnom interesu, predstavlja korektan balans između zaštite interesa zajednice i poštovanja ljudskih prava i sloboda garantovanih Konvencijom (vidjeti, između ostalih, *G. M. B. i K. M. protiv Švajcarske*, broj 36797/97, 27. 9. 2001).” (par. 51).

⁴ Vidjeti, na primjer: ESLJP, *Biao vs. Danska*, par. 88–89. Vidjeti više u prethodnom tekstu u ovom zborniku.

nju nameću svakoj državi da garantuje. To se odnosi i na ona dodatna prava koja spadaju u opšti opseg bilo kog člana Konvencije, za koja se država dobrovoljno odlučila da ih garantuje.”⁵

Iako to nije izričito definisano u analiziranim sudskim odlukama, sasvim je izvjesno da neposredna diskriminacija podrazumijeva nejednak tretman lica koji je vidljiv. U takvim slučajevima, tužene države obično ne pokušavaju da pokažu da posljedica nije nastupila, već da je ona proizvod objektivnog i razumnog ponašanja (mjera) koje nemaju diskriminatorni karakter.

Za postojanje diskriminacije u smislu kršenja EKLJP-a nije značajno da li je do nje došlo djelovanjem privatnog lica, pravnog lica (u privatnom ili javnom – državnom vlasništvu) ili neposrednim djelovanjem organa, tijela ili institucija države. Država je ta koja mora da obezbijedi nesmetano uživanje svih prava iz Konvencije – ukoliko se dogodi negacija ili ograničenje tih prava, država mora da obezbijedi efikasne mehanizme da se problem otkloni, odnosno da se licu omogući satisfakcija povodom kršenja prava koje je nad njim učinjeno. Svaki neuspjeh države u tome čini je odgovornom za kršenje Konvencije, bez obzira na to ko je originalni počinitelj radnje kojim je pravo prekršeno. Ovo važi i za situacije kada država nije uskladila svoje zakonodavstvo sa odredbama EKLJP-a (i praksom Suda), kao i u slučajevima kada pravna sredstva koja su garantovana žrtvama kršenja prava nisu upotrebljiva, efikasna ili dovoljna.⁶ Nije, dakle, dovoljna formalna reakcija države na diskriminaciju – ona mora biti maksimalno fokusirana na suštinsku zaštitu ugroženog lica ili grupe lica, odnosno zaštitu i očuvanje njihovih garantovanih prava.

Diskriminacija može da bude izvršena i nečinjenjem, u onim situacijama u kojima se od države očekuje da igra aktivnu ulogu u ostvarivanju preduslova za uživanje prava i sloboda garantovanih Konvencijom. Tako je država, prema procjeni Suda, počinila diskriminaciju kada nije preduzela

⁵ ESLJP, *E. B. vs. Francuska*, 22. 1. 2008, par. 48. Vidjeti takođe: ESLJP, *J. M. vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, 28. 9. 2010, par. 45.

⁶ Vidjeti, na primjer, rezonovanje Suda u slučaju *Danilenkov i ostali vs. Rusija*, 30. 7. 2009, par. 120, 132–133.

mjere kojima se omogućava održavanje mirnih zakonitih demonstracija⁷ ili kada nije reagovala na slučajeve nasilja u porodici⁸, odnosno na napade na pripadnike jedne religijske grupe⁹.

Sud je u pojedinim presudama ispitivao i prirodu “margine” ostavljene državama za primjenu Konvencije, odnosno polja slobodne procjene država u smislu opravdanja različitog tretmana pojedinih kategorija lica u odnosu na prava i slobode garantovane Konvencijom. Iz prakse se može zaključiti da je prostor u kojem se države mogu kretati direktno povezan s prirodom prava koje se štiti i okolnostima slučaja. Tako će Sud uvijek postupke (i propise) države posmatrati striktnije kada je riječ o pojedinim ranjivim i marginalizovanim grupama. U slučajevima diskriminacije prema nacionalnoj, etničkoj i rasnoj pripadnosti i seksualnoj orijentaciji, Sud često konstatuje da je za različit tretman lica potrebno veoma ozbiljno i ubjedljivo opravdanje kako bi se smatrao usklađenim sa Konvencijom.¹⁰ Sa druge strane, kada je riječ o zaštiti pojedinih ekonomskih prava (najčešće pravu na mirno uživanje imovine iz člana 1 Protokola 1, budući da u praksi različita imovinska prava spadaju pod domen zaštite ovog člana, uključujući i sva socijalna davanja i zarade), Sud će daleko šire posmatrati prostor u kojem država može da se kreće prilikom normiranja i primjene pravila za ostvarivanje tih prava, kao i dati veću pažnju okolnostima u samoj državi. Ovo je naročito vidljivo kod predmeta u kojima je odlučivano o nekim pravima iz državnog penzijskog osiguranja i drugim socijalnim davanjima.¹¹ U svakom slučaju, Sud će imati u vidu ne samo način normiranja u konkretnoj državi, već će kao dodatni instrumenat za odlučivanje koristiti uporednopravnu analizu i pozvati se na trendove

⁷ ESLJP, *Aleksejev vs. Rusija*, 21. 10. 2010, par. 73.

⁸ ESLJP, *Opuz vs. Turska*, 9. 6. 2009.

⁹ ESLJP, *Begheluri i ostali vs. Gruzija*, 7. 10. 2014.

¹⁰ Christa Tobler, “Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law – A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg Journal of International Law (HJIL)* 74, (2014), str. 535. Vidjeti takođe: ESLJP, *Andrejeva vs. Letonija*, 18. 2. 2009, par. 87.

¹¹ ESLJP, *Andrejeva vs. Letonija*, par. 83; ESLJP, *Gaygusuz vs. Austrija*, par. 42; ESLJP, *Koua Poirrez vs. Francuska*, 30. 9. 2003, par. 46; ESLJP, *Stec i ostali vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, 12. 4. 2006.

normiranja i/ili prakse koji su u tom trenutku aktuelni u drugim državama članicama Savjeta Evrope.¹²

Čini se da Sud u procesu procjene da li je došlo do diskriminacije drži tipičan kurs odlučivanja koji odlikuje veoma racionalan i realističan pristup pojedinačnim okolnostima, a koji omogućava široko praktikovanje prava i sloboda garantovanih Konvencijom, ali uz granice koje su prije svega postavljene kako pravima drugih lica tako i standardima javnog reda i morala. Tako je na primjer Sud našao da nema diskriminacije u slučaju *Cha'are Shalom Ve Tsedek protiv Francuske*¹³, koji je nastao na okolnostima spora u kojem francuske vlasti nisu dozvoljavale jevrejskoj zajednici sprovođenje ritualnog ubijanja životinja u vjerskim obredima, uz argumentaciju da se religijska verovanja mogu praktikovati i bez tog elementa kojim se ugrožava javno zdravlje. Sa druge strane, u slučaju *Redfearn protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁴, Sud nije razmatrao kršenje člana 14, ali je utvrdio kršenje člana 11 (Sloboda okupljanja i udruživanja) u okolnostima kada je vozač autobusa trpio negativne posljedice na poslu u državnoj službi, zbog političkog aktivizma u partiji krajnje desne orijentacije koja je promovisala diskriminatornu politiku prema različitim manjinama. Posredna pouka Suda u odnosu na eventualnu ocjenu kršenja člana 14 koja bi se ovdje (teorijski) mogla izvesti jeste da je potrebno da država jasno definiše domet takozvanih "specifičnih zahtjeva profesije" u svakom pojedinom slučaju. Naime, prema mišljenju Suda, sasvim je jasno razdvojena profesionalna sfera od političke aktivnosti u ovoj situaciji, budući da podnosilac pritužbe nije radio na poslovima na kojima bi čak i potencijalno mogao da propagira svoje političke stavove, a još je izvjesnije da tako nešto nije ni učinio. Stoga je preemptivna reakcija države kao poslodavca (premještanje na druge poslove a kasnije i otkaz ugovora o radu) predstavljala kršenje slobode političkog uvjerenja konkretne osobe, kao i diskriminaciju.

¹² Vidjeti, na primjer, presudu u slučaju *Petrović vs. Austrija*, 27. 3. 1998. Sud je u ovom slučaju procijenio da odluka da li će očevi primati naknadu za vrijeme odsustva radi njege djeteta spada u domen procjene države o socijalnim davanjima i da nema diskriminacije prema polu iako je propisima bilo predviđeno da majke uvijek dobijaju ovu naknadu a očevi nikada. Kao jedan od argumenata, Sud je upotrijebio i činjenicu da u zemljama članicama Savjeta Evrope ne postoje jedinstveni standardi, pa se, dakle, ne može govoriti o ustaljenoj praksi koja je, na neki način, prerasla u običajno pravilo kada je riječ o načinu uživanja ovog prava.

¹³ ESLjP, *Cha'are Shalom Ve Tsedek vs. Francuska*, 27. 6. 2000.

¹⁴ ESLjP, *Redfearn vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, 6. 11. 2012.

2.2. Pojam posredne (indirektne) diskriminacije

Posredna diskriminacija je manje zastupljena u slučajevima pred ESLJP-om. Zbog toga je praksa koja se tiče prepoznavanja ove vrste diskriminacije dugo i pažljivo građena, zasnivajući se na opštim antidiskriminatornim principima ali istovremeno uvažavajući specifičnosti posredne diskriminacije. Tako je Sud u slučaju *Biao protiv Danske*¹⁵, sublimirajući dotadašnju praksu, izdvojio kvalitativnu razliku u odnosu na nesporednu diskriminaciju i praktično pojasnio sadržinu pojma posredne diskriminacije: “Opšta politika ili mjera koja stvara nesrazmjerno štetne efekte na određenu grupu može se smatrati diskriminacijom i onda kada nije posebno usmjerena na tu grupu i ne postoji diskriminatorna namjera. Ovo je slučaj, međutim, samo ako takva politika ili mjera nema ‘objektivno i razumno’ opravdanje. (...) Sud je u ranijim slučajevima prihvatio da razlika u tretmanu može da ima oblik nesrazmjerno štetnih efekata opšte politike ili mjera koje, iako izražene na neutralan način, predstavljaju diskriminaciju protiv neke grupe (vidjeti, na primjer, *Hugh Jordan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj 24746/94, § 154, 4. 5. 2001). Takva situacija može da preraste u ‘posrednu diskriminaciju’, za koju se ne zahtijeva nužno diskriminatorna namjera.”

Posredna diskriminacija, prema stavu Suda, dakle, postoji u onim slučajevima u kojima naizgled neutralna norma stvara diskriminatorne posljedice, a da za tako nešto nema objektivnog i razumnog opravdanja (element koji je identičan utvrđivanju postojanja neposredne diskriminacije). Ovakav pristup određivanju pojma posredne diskriminacije u skladu je sa uporednopravnim definicijama, uključujući i pravo Evropske unije. Još značajnije, Sud ovakvim pristupom otkriva odnos između postojanja diskriminacije, protivpravnosti djelovanja, diskriminatorne posljedice i namjere da se diskriminiše. Diskriminacija će, naime, postojati i u onim slučajevima kada neko lice u dobroj vjeri (bez namjere da stvori diskriminatornu posljedicu) primjenjuje neki propis iz kojeg se ne može *prima facie* zaključiti da je diskriminatoran (ne postoji, dakle, ni namjera da se prekrši zakon – naprotiv, osoba koja stvara diskriminatornu posljedicu čini to primjenjujući neko obavezujuće pravno pravilo), ali upravo iz takve

¹⁵ ESLJP, *Biao vs. Danska*, par. 91, 103.

prakse nastaje nedozvoljeno razlikovanje lica prema nekom njihovom ličnom svojstvu ili statusu. Postojanje diskriminacije je određeno kao *objektivna činjenica* koja zavisi od postojanja diskriminatorne posljedice. Otuda kod posredne diskriminacije Sud utvrđuje da je ona izvršena bez obzira na namjeru, subjektivni doživljaj počinioca i (ne)postojanje kršenja propisa ili, kako je Sud u slučaju *D. H. i ostali protiv Češke* zaključio, “diskriminacija kojom se potencijalno krše odredbe Konvencije može da bude rezultat *de facto* situacije”.¹⁶

Prema Etinskom, Sud daje različite varijacije definicije posredne diskriminacije, koje su manje ili više slične citiranoj definiciji iz presude u slučaju *Hugh Jordan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, ali se odnose na uži krug lica, u zavisnosti od okolnosti konkretnog predmeta. U više predmeta¹⁷ Sud je primijenio citiranu izreku na etničku diskriminaciju, dok je u nekim predmetima vezanim za diskriminaciju prema polu¹⁸ “uprostio” pristup i jednostavno naveo da postoji specifično pravilo koje, iako je neutralno formulirano, faktički pogađa veći procenat žena nego muškaraca.¹⁹

Princip razlikovanja jednakosti i ravnopravnosti odigrao je značajnu ulogu u prepoznavanju posredne diskriminacije i oblikovanju sadržine ovog pravnog instituta. U dobro poznatom slučaju *Thlimmenos protiv Grčke*, pritužilac je tvrdio da je diskriminisan prilikom zapošljavanja zbog svog vjerskog opredjeljenja. Thlimmenos je, naime, pripadao vjerskoj zajednici Jehovini svjedoci, zbog čega je odbio nositi oružje i služiti vojni rok. Međutim, zbog činjenice da nije služio vojni rok odbijen je na konkursu za posao računovođe. Iako je postupak sproveden po zakonskim propisima, pritužilac je tvrdio da je diskriminisan jer služenje vojnog roka nije moglo da bude presudno za obavljanje posla računovođe, odnosno nikako nije moglo da spada u domen “specifičnih zahtjeva profesije”. Sud je doista našao da postoji kršenje člana 14 u vezi s članom

¹⁶ ESLjP, *D. H. i ostali vs. Češka Republika*, 13. 11. 2007, par. 175.

¹⁷ ESLjP, *Sampanis i ostali vs. Grčka*, 5. 6. 2008, par. 68; ESLjP, *Oršuš i ostali vs. Hrvatska*, 16. 3. 2010, par. 150; ESLjP, *Horváth i Kiss vs. Mađarska*, 29. 1. 2013, par. 105.

¹⁸ ESLjP, *Hoogendijk vs. Holandija*, 6. 1. 2005, str. 21; ESLjP, *D. H. i ostali vs. Češka Republika*, par. 180.

¹⁹ Rodoljub Etinski, “Indirect Discrimination in the Case-Law of The European Court of Human Rights”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1 (2013), str. 66.

9 Konvencije. U obrazloženju, Sud je, između ostalog, naveo: “Sud je do sada smatrao da je pravo iz člana 14 da se ne bude diskriminisan prilikom uživanja nekog od prava garantovanih Konvencijom prekršeno kada države različito tretiraju osobe u sličnim situacijama, bez objektivnog i razumnog opravdanja (vidjeti citiranu presudu u predmetu *Inze*, str. 18, par. 41). Međutim, Sud smatra da to nije jedini aspekt zabrane diskriminacije prema članu 14. Pravo da se ne bude diskriminisan u uživanju prava garantovanih Konvencijom prekršeno je i kada države bez objektivnog i razumnog opravdanja ne uspiju da različito tretiraju lica u značajno različitim okolnostima.”²⁰ Upravo je ovo razlikovanje jednakosti od ravnopravnosti poslužilo u daljnjem razlikovanju dozvoljene od nedozvoljene prakse i lakšem utvrđivanju posredne diskriminacije.²¹ Na primjer, Sud u slučaju *D. H. i ostali protiv Češke* takođe zaključuje da se davanje istovjetnih psiholoških testova romskoj i ostaloj djeci prilikom upisa u osnovnu školu, a na osnovu kojih se visok procenat romske djece upućuje u specijalna odjeljenja za djecu slabijeg mentalnog razvoja, može posmatrati kao jednak tretman, ali da je u pitanju situacija u kojoj je bilo potrebno testove prilagoditi u skladu sa specifičnim okolnostima, odnosno ponuditi romskoj djeci ravnopravan tretman umesto jednakog. Naime, bilo je sasvim očigledno da će jednako postupanje prema svojoj djeci dovesti do nesrazmjernog razlikovanja i objektivno neprihvatljivih rezultata koji se mogu smatrati diskriminatornim.²²

Raznovrsnost predmeta i sudskih stavova kada je riječ o posrednoj diskriminaciji dovela je do toga da se može govoriti o tri oblika posredne diskriminacije u praksi ESLJP-a. Prva postoji kada norma ili praksa kod koje na prvi pogled ne postoji razlika u tretmanu (i na taj način se kategoriše kao neutralna) u primjeni bude posebno nepovoljna za

²⁰ ESLJP, *Thlimmenos vs. Grčka*, 6. 4. 2000, par. 44. Ova formulacija ponovljena je u velikom broju odluka Suda. Vidjeti, na primjer: ESLJP, *Fretté vs. Francuska*, 26. 2. 2002, par. 39; ESLJP, *Oršuš i ostali vs. Hrvatska*, 26. 2. 2002, par. 149.

²¹ Tobler ovo naziva “aristotelovskim poimanjem jednakosti”, da se iste stvari (okolnosti) tretiraju jednako a različite na osnovu njihovih različitosti. Tobler, “Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law”, str. 529.

²² ESLJP, *D. H. i ostali vs. Češka Republika*, par. 200.

pripadnike određene grupe.²³ Drugi oblik postoji kada se primjenjuje neka opšta mjera koja utiče na nesrazmjerno visok procenat članova određene grupe, osim ukoliko je takav uticaj objektivno i razumno opravdan (diskriminacija nesrazmjernog uticaja).²⁴ Konačno, treći oblik postoji kada tvorci neke opšte mjere nisu, bez objektivnog i razumnog opravdanja, uspjeli da tretiraju na različit način pojedinca ili grupu, omogućavajući da se prema njima primijeni izuzetak od opšteg pravila.^{25,26}

2.3. Dokazivanje neposredne i posredne diskriminacije

Kao što je već istaknuto kod pojma direktne diskriminacije, ona je najčešće sadržana u nekoj očiglednoj aktivnosti koja je gotovo nesporna među stranama pred Sudom. Ono što je po pravilu sporno jeste priroda te aktivnosti, odnosno njen diskriminatorni karakter. Zbog toga je ESLJP tokom svoje prakse ustanovio određena pravila prilikom izvođenja dokaznog postupka. Najopštije gledano, postupak dokazivanja bi mogao da se svede na tri elementa: postojanje određene aktivnosti/prakse/politike za koju pritužilac tvrdi da je diskriminatorna; utvrđivanje različitog tretmana i komparatora (uporedivog lica/grupe lica koja se nalaze u sličnim okolnostima²⁷) i postojanje okolnosti koje mogu da dovedu do

²³ Vidjeti: ESLJP, *Hugh Jordan vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, par. 154; ESLJP, *D. H. i ostali vs. Češka Republika*, par. 200; ESLJP, *Opuz vs. Turska*, par. 183.

²⁴ Vidjeti: ESLJP, *Sampanis i ostali vs. Grčka*, par. 68; ESLJP, *Oršuš i ostali vs. Hrvatska*, par. 150; ESLJP, *Horváth i Kiss vs. Mađarska*, par. 105.

²⁵ Vidjeti: *Biao vs. Danska*, par. 91, 103.

²⁶ Olivier de Schutter, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law: Relevance for the EU Non-discrimination Directives – An Update* (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2011), str. 23.

²⁷ Utvrđivanje različitog tretmana podrazumijeva postojanje komparatora – osobe (osoba) koje se nalaze u identičnoj ili relevantno sličnoj situaciji kao i potencijalna žrtva diskriminacije. Analogna pozicija (situacija) komparatora ne mora da bude identična, dovoljno je da se generalni položaj lica može koristiti za poređenje s položajem potencijalne žrtve diskriminacije. Potom se mora pokazati da je tretman žrtve diskriminacije različit u odnosu na tretman komparatora. Konačno, Sud mora da utvrdi – da bi takav različit tretman predstavljao potencijalnu diskriminaciju – da je uzrokovan odredivim ličnim svojstvom, odnosno statusom žrtve diskriminacije. Vidjeti: ESLJP, *Fábián vs. Mađarska*, 5. 9. 2017. par. 113.

opravdanja različitog tretmana.²⁸ Na osnovu ovih elemenata sprovodi se takozvani test diskriminacije, koji podrazumijeva da Sud istražuje različite okolnosti slučaja.²⁹ U tom smislu, “utvrđivanje diskriminatornog ponašanja podrazumijeva davanje odgovora na niz sukcesivnih pitanja: Da li tužba zbog diskriminacije spada u oblast zaštićenog prava? Postoji li razlika u tretmanu? Da li se podnositelj zahtjeva nalazi u analognim situacijama u odnosu na drugu grupu? Da li postoji objektivno i razumno opravdanje za različit tretman? Da li je različit tretman uslovljen težnjom ka ostvarenju legitimnog cilja? Da li su sredstva koja su pritom primijenjena razumno srazmjerna legitimnom cilju? Da li razlika u tretmanu premašuje unutrašnje polje slobodne procjene države?”³⁰

Kada je riječ o teretu dokazivanja, Sud je u više prilika naglasio (nepisano) pravilo *prima facie* dokaza (dokaza “na prvi pogled”). Ukoliko, naime, pritužilac može da pokaže (učini vjerovatnim) da je došlo do različitog tretmana isticanjem činjenica koje zaista ukazuju na određeno ponašanje koje je *moglo da uzrokuje diskriminaciju*, teret dokazivanja se prebacuje, pa tužena država mora da dokaže da različitog tretmana nije bilo ili da je on bio u granicama polja slobodne procjene države, odnosno dozvoljen prema utvrđenim kriterijumima sudske prakse ESLJP-a (objektivno i razumno opravdan, radi ostvarenja legitimnog cilja, a da su sredstva koja su tom prilikom primijenjena bila razumna i srazmjerna).³¹

Kada je riječ o dokaznim sredstvima koje Sud upotrebljava, osim normativnih akata, izjava strana u postupku, izjava svjedoka, kao i

²⁸ Vidjeti, na primjer: ESLJP, *Gaygusuz vs. Austrija*, par. 42; ESLJP, *Sejdić i Finci v. Bosna i Hercegovina*, par. 34.

²⁹ Test je prvi put primijenjen u takozvanom “Belgijskom jezičkom slučaju” (ESLJP, *Predmet “koji se tiče određenih aspekata o zakonima o korištenju jezika u školovanju u Belgiji” vs. Belgija*, 23. 7. 1968) i još uvijek je u redovnoj upotrebi kada Sud odlučuje o kršenju člana 14 ili člana 1 Protokola 12. Arnardóttir ova pravila naziva “analitičkim okvirom za identifikovanje operativnih koncepata diskriminacije sadržanih u Konvenciji”. Arnardóttir, “Non-discrimination under Article 14 ECHR: the Burden of Proof”, *Scandinavian Studies in Law* 51, (2007), str. 14.

³⁰ Mario Reljanović i sar., *Kvadratura antidiskriminacijskog trougla u BiH: zakonski okvir, politike i prakse 2012–2016* (Sarajevo: Analitika, 2016), str. 37. Vidjeti, na primjer: ESLJP, *Andrejeva vs. Letonija*, par. 81–84; ESLJP, *Ünal Tekeli vs. Turska*, par. 51.

³¹ Vidjeti: ESLJP, *D. H. i ostali vs. Češka Republika*, par. 178; ESLJP, *Opuz vs. Turska*, par. 178; ESLJP, *Begheluri i ostali vs. Gruzija*, par. 172.

drugih zvaničnih dokumenata koji su direktno povezani s predmetom koji razmatra, ponekad koristi i takozvanu “*soft law*” argumentaciju. Može se izvući i opšti zaključak da Sud relativno često, u pokušaju da odredi trenutno stanje, kao i pravce evolucije pravnih normi, koristi mišljenja i neobavezujuća dokumenta Savjeta Evrope i drugih organizacija, uključujući i nevladine organizacije.³² Sud takođe u izvjesnom broju slučajeva, naročito u onima u kojima se rješava o problemu koji do sada nije bio zastupljen pred Sudom ili je jasno da su se opšte okolnosti promijenile od vremena rješavanja nekadašnjih problema, poseže za uporednopravnim analizama. Ove analize su usmjerene na istraživanja pravnih normi i prakse njihove primjene, uz neizbježan akcenat na sudsku praksu i argumentaciju nacionalnih sudova. Sud im pribjegava kako bi eventualno utvrdio širi evropski konsenzus u normiranju i samim tim koristio prihvaćene standarde bliske većini država.

Kada je riječ o posrednoj diskriminaciji, Sud ne odstupa od navedenih pravila dokazivanja. Međutim, svjestan da je posrednu diskriminaciju izuzetno teško dokazati, čak i upotrebom *prima facie* metoda, naglasak stavlja na statistiku kao sredstvo dokazivanja. U situacijama kada je diskriminacija posljedica neutralne norme koja u praksi stvara diskriminacione efekte, statistički podaci o tim efektima će biti dovoljni kao *prima facie* dokaz (to jest, dovoljno za prebacivanje tereta dokazivanja na tuženu stranu).³³ U već citiranom paragrafu 175 presude u slučaju *D. H. i ostali protiv Češke*, Sud jasno izražava stav da je dovoljno pokazati da neka politika/mjera ostavlja diskriminatorne posljedice na određenu grupu čak iako nije sama po sebi diskriminatorna, odnosno usmjerena na tu grupu. Ovu činjenicu je Sud obilato upotrebljavao da bi se utvrdio *prima facie* dokaz, dajući na taj način šansu pritužiocu da prebaci teret dokazivanja i u onim slučajevima u kojima nije postojao očigledan neravnopravan tretman. Odnos prema statističkim dokazima ESLJP je možda najbolje pojasnio u presudi u predmetu *Opuz protiv Turske*: “Kada je riječ o tome da li se statistika može smatrati dokazom,

³² Vidjeti, na primjer: ESLJP, *Petrović vs. Austrija*.

³³ Etinski, “Indirect Discrimination in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, str. 67. Vidjeti takođe ESLJP, *D. H. i ostali vs. Češka Republika*, par. 188; ESLJP, *Horváth i Kiss vs. Mađarska*, par. 107.

Sud je u prošlosti naglasio da statistika sama po sebi ne može da ukaže na praksu koja se može smatrati diskriminatornom... Međutim, u novijim slučajevima diskriminacije u kojima su pritužiocci ukazivali na navodnu razliku u posljedicama primjene opšte mjere ili *de facto* situaciju... Sud se u velikoj mjeri oslanjao na statistiku koju su iznijele strane da bi pokazale razliku u tretmanu između dvije grupe (muškaraca i žena) u sličnim situacijama. Tako, u predmetu *Hoogendijk*, Sud naglašava: "Tamo gdje je pritužilac u mogućnosti da pokaže, na bazi neosporivih zvaničnih statistika, postojanje *prima facie* indikacije da određena norma – iako formulisana na neutralan način – zapravo ima efekta na očigledno višem procentu žena nego muškaraca, na tuženoj državi je da pokaže da je to rezultat objektivnih faktora koji nisu povezani sa bilo kojim oblikom diskriminacije po osnovu pola. Ako se teret dokazivanja razlika u efektu na muškarce i žene ne prebaci na tuženu državu, u praksi će biti ekstremno teško za pritužioca da dokaže posrednu diskriminaciju."³⁴

Nakon što se teret dokazivanja prebaci na tuženu državu, na njoj je da dokaže da je postupanje bilo objektivno i razumno opravdano, radi ostvarenja legitimnog cilja, a da su sredstva koja su tom prilikom primijenjena bila razumna i srazmjerna. I ovdje je riječ o standardima koji će se cijeliti na osnovu okolnosti u svakom konkretnom slučaju. U pojedinim situacijama, države će pokušati da pobiju činjenice koje je druga strana izložila. Ovakva taktika neće, međutim, najčešće biti efikasna, jer su takve činjenice u većini slučajeva dovoljno utvrđene korišćenjem nacionalnih pravnih sredstava, odnosno u odlukama nacionalnih sudova koje su prethodile postupku pred ESLJP-om. Strategija kojoj se daleko češće pristupa svodi se na to da se ne spore iznijete činjenice, ali da se ili naglašava odsustvo diskriminatorne posljedice (odnosno veze između postupanja države i posljedice) ili se ukazuje na činjenicu da su mjere koje je država preduzela bile neophodne i zasnovane na zakonu, da nije postojala diskriminatorna namjera prilikom njihovog izvršenja, kao i da mjere nisu zadirale u prava građana više nego što je to najnužnije bilo potrebno. Vrlo često se kao argumenat iznosi "slobodno polje djelovanja države", odnosno činjenica da je neke mjere bilo nužno sprovesti kako bi se realizovale određene državne politike, u okviru kojih države imaju

³⁴ ESLJP, *Opuz vs. Turska*, par. 180.

šire polje uređenja odnosa. Da li će države u ovakvim pokušajima uspjeti, zavisi od okolnosti slučaja. U nekim situacijama nije na primjer dovoljno da se ističe legalitet i legitimitet postupanja – tako je Sud u slučaju *Zarb Adami protiv Malte* zaključio da diskriminatorna praksa ne mora da bude samo rezultat zakonskih mjera, već može da proističe iz faktičke situacije³⁵, što je sasvim u skladu s prirodom posredne diskriminacije. U slučaju *Oršuš i ostali protiv Hrvatske*, Sud je naročitu pažnju poklonio činjenici da je država bila nekonzistentna u postupanju koje je rezultiralo diskriminatornim posljedicama, što je svakako okarakterisano kao argumenat u korist pritužioca.³⁶

3. Ostali oblici diskriminacije utvrđeni praksom suda

3.1. Institucionalna i strukturalna diskriminacija

Pojmovi institucionalne i strukturalne diskriminacije su relativno slični i suštinski su povezani.

Institucionalna diskriminacija vezuje se za ostvarivanje određenih politika koje su po svojoj prirodi diskriminatorne. One se realizuju tako što dominantna grupa ili pojedinci koji kontrolišu institucije i odgovorni su za primjenu određenih politika primjenjuju mjere koje su štetne po pripadnike ostalih grupa, odnosno imaju namjeru da različito postupaju prema pripadnicima drugih grupa.³⁷ Pri realizaciji diskriminatorskih politika, dakle, postoji utemeljenje na diskriminatorskom postupanju, koje se odražava u namjeri da se pripadnicima određenih grupa neko pravo uskrati, odnosno da se dovedu na drugi način u različit položaj.

³⁵ ESLJP, *Zarb Adami vs. Malta*, 20. 6. 2006, par. 76. Ova konstatacija zapravo anulira taktiku države, koja svoje ponašanje pravda primjenom propisa koji sami po sebi nisu usmjereni ka stvaranju diskriminatornog efekta, ali se on javlja u praksi njihove primjene (u konkretnom slučaju, riječ je bila o neravnopravnosti polova). Citirano prema: Arnardóttir, “Non-discrimination under Article 14 ECHR”, str. 24–25.

³⁶ Vidjeti *dolje*, dio 3.6.

³⁷ Fred L. Pincus, “Discrimination Comes in Many Forms: Individual, Institutional, and Structural”, u *Readings for Diversity and Social Justice*, ur. Maurianne Adams i dr. (New York i London: Routledge, 2000), str. 31–35.

Strukturalna diskriminacija predstavlja primjenu neutralnih politika, koja za rezultat ima stavljanje pripadnika određenih grupa u neravnopravan položaj.³⁸ Kao i kod institucionalne diskriminacije, postoji grupa, odnosno pojedinci, koji primjenjuju određene politike sa diskriminatornom namjerom. Za razliku od prethodnog slučaja, ovdje se radi o posrednoj diskriminaciji primjenom naizgled neutralnih politika. Strukturalna diskriminacija je naročito vezana za pojam jednakosti i ravnopravnosti, koji je analiziran u prethodnom tekstu.

Sud je u više slučajeva razmatrao okolnosti koje upućuju na institucionalnu diskriminaciju. Iako ne upotrebljava ovaj izraz, postoje presude u kojima se jasno osvrće na *systemske pogreške* koje su dovele do neopravdanog različitog tretmana pojedinaca, a na osnovu njihove pripadnosti određenim grupama, odnosno na osnovu nekog njihovog ličnog svojstva ili statusa.

Postoji nekoliko poznatih slučajeva u kojima je Sud konstatovao institucionalnu diskriminaciju. Tako je u slučaju *E. B. protiv Francuske*³⁹ Sud našao da je prekršen član 14 u vezi s članom 8 EKLP-a prema ženi koja nije dobila dozvolu da usvoji dijete samo zato što se otvoreno izjasnila o svom homoseksualnom opredjeljenju. Iako je po francuskom zakonu pojedinac mogao da usvoji bez obzira na seksualno opredjeljenje, državni organi Francuske našli su da je u slučaju homoseksualne osobe to neprimjereno i na taj način počinili akt diskriminacije. U sličnim okolnostima, Sud je našao da je diskriminatorna odluka da otac koji je nakon razvoda živio u istopolnoj zajednici sa svojim partnerom samo zbog te činjenice nije mogao da viđa svoju ćerku i vrši roditeljska prava.⁴⁰ U slučaju *Mazurek protiv Francuske*⁴¹ neprihvatljivim je smatrano zakonsko rješenje da se vanbračna djeca tretiraju različito u odnosu na djecu koja su rođena u braku. Isto je Sud postupio u slučajevima pritužbe žene kojoj nije dozvoljeno da nakon udaje koristi djevojačko

³⁸ Ibid.

³⁹ ESLJP, *E. B. vs. Francuska*.

⁴⁰ ESLJP, *Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal*, 21. 12. 1999.

⁴¹ ESLJP, *Mazurek vs. Francuska*, 1. 2. 2000. Presuda kojom je utvrđeno kršenje člana 14 u vezi s članom 1 Protokola 1 uz Konvenciju.

prezime⁴², kao i advokata koji nije mogao da se nastani u drugoj ruskoj federalnoj republici samo zato što je došao iz Čečenske federalne republike⁴³. Valjalo bi napomenuti i slučaj u kojem je Sud našao da *nema kršenja* člana 14 u vezi s članom 1 Protokola 1 Konvencije, a u kojem je supruga preminulog podnijela pritužbu zbog činjenice da nije bila u građanskom braku sa svojim suprugom već samo u vjerskom, koji država nije priznavala kao osnov za nasljeđivanje.⁴⁴ Sud je ovom prilikom stao na stanovište da je u pitanju legitimno polje djelovanja u okviru kojeg država može suvereno da oblikuje način vršenja određenih prava.

Zajedničko svim slučajevima u kojima je Sud našao kršenje nekog prava jeste da se odnose na zakonska rješenja koja su direktno stavljala određena lica u neravnopravan položaj i samim tim bila diskriminatorna i protivna Konvenciji. Posljedice primjene takvih akata su ukazivale na *sistemske nedostatke* u propisima tuženih država, koji su proizvodili negativne posljedice po pritužioce, ali i ostavljali daleko ozbiljniji trag u faktičkom položaju širih grupa građana koji su njihovom primjenom bili uskraćeni za vršenje nekog od garantovanih prava.

Slučajevi strukturalne diskriminacije vezani su za posrednu diskriminaciju. Kao što je već napomenuto, takvih slučajeva je bilo srazmjerno malo u praksi Suda. Međutim, u pojedinim okolnostima Sud je veoma efikasno percipirao strukturalnu diskriminaciju. U presudi slučaja *Aleksejev protiv Rusije*⁴⁵, Sud naglašava da je lični odnos gradonačelnika Moskve prema gej populaciji direktno uticao na zabranu održavanja skupa posvećenog različitostima i pravima seksualnih manjina: "U prethodnom tekstu je utvrđeno da je osnovni razlog zabrane koja je nametnuta događajima koje je organizovao podnosilac pritužbe taj da su vlasti sa negodovanjem gledale na demonstracije koje promovišu homoseksualnost. (...) Posebno, Sud ne može da zanemari snažne lične stavove koje je gradonačelnik Moskve javno izrekao, kao i

⁴² ESLjP, *Ünal Tekeli vs. Turska*.

⁴³ ESLjP, *Timishev vs. Rusija*, 13. 12. 2005.

⁴⁴ ESLjP, *Şerife Yiğit vs. Turska*, 2. 11. 2010.

⁴⁵ ESLjP, *Aleksejev vs. Rusija*. Sud je u ovom slučaju utvrdio kršenje člana 14 u vezi s članom 11 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

to da izvjesno postoji veza između tih izjava i zabrane.”⁴⁶ U više navrata se Sud bavio pravima lica koja su legalno promijenila pol, a koja zbog te činjenice nisu mogla da ostvare ravnopravan položaj sa ostalim građanima zbog zakonskih prepreka koje su bile rezultat sistemskih nedostataka odredbi o situacijama promjene pola i na taj način direktno stvarale efekat neravnopravnosti.⁴⁷ U slučaju *Opuz protiv Turske*⁴⁸, Sud je našao da je neprimjena zakonskih odredbi o zaštiti od nasilja u porodici zapravo dobila oblik diskriminacije prema polu, budući da su dominantne žrtve bile žene, i našao da je prekršen član 14 Konvencije u vezi s članovima 2 i 3. U dva slučaja u kojima su se očevi djece rođene van braka žalili na odluke državnih institucija Njemačke da ne mogu da viđaju djecu nakon raspada zajednice sa majkom djeteta, Sud je našao da je neprihvatljiva generalizacija da očevi uopšteno izražavaju veoma malo interesa da učestvuju u odgajanju i vaspitanju svoje vanbračne djece i da takav stav predstavlja kršenje člana 14 u vezi s članom 8 Konvencije.⁴⁹

Slučaj *Nachova i ostali protiv Bugarske*⁵⁰ zasnivao se na tvrdnji roditelja da su vojnici romske nacionalnosti koji su nesrećnim slučajem stradali u vršenju dužnosti poginuli zbog propusta koji su bili povezani sa njihovom nacionalnom, odnosno etničkom, pripadnošću. Sud je stao na stanovište da nije bila u pitanju egzekucija vojnika iz razloga etničke pripadnosti, ali da je država počinila diskriminaciju zbog toga što nije uložila potrebnu pažnju i energiju da ispita okolnosti pod kojima su vojnici stradali, a da je tu činjenicu moguće povezati sa njihovom etničkom pripadnošću – to je bilo dovoljno da se konstatuje kršenje člana 14 u vezi s članom 2 Konvencije.

Jedan od najpoznatijih slučajeva strukturalne diskriminacije je već analizirani *D. H. i ostali protiv Češke Republike*. Na ovom mjestu bi

⁴⁶ Ibid., par. 109.

⁴⁷ Vidjeti slučajeve: ESLJP, *Christine Goodwin vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, 11. 7. 2002; *I. vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, 11. 7. 2002; *Sheffield i Horsham vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, 30. 7. 1998.

⁴⁸ ESLJP, *Opuz vs. Turska*.

⁴⁹ ESLJP, *Sommerfeld vs. Njemačka*, 8. 7. 2003, par. 81. Vidjeti takođe: ESLJP, *Hoffmann vs. Njemačka*, 11. 10. 2001.

⁵⁰ ESLJP, *Nachova i ostali vs. Bugarska*, 6. 7. 2005.

se samo moglo dodati da je prepoznavanje posredne diskriminacije veoma važno kako bi se uopšte govorilo o strukturalnoj diskriminaciji. Rezultati posredne i strukturalne diskriminacije mogu, međutim, biti i dublji, odnosno ozbiljniji kada je riječ o trajnijim posljedicama na neku populaciju, identično kao kod sistemske diskriminacije. U ovom konkretnom slučaju, neprepoznavanje potrebe da se romskoj djeci ponude drugačiji kriterijumi na upisu u škole, odnosno da se propisi prilagode drugačijim okolnostima prilikom upisa kako se romska djeca ne bi masovno upisivala u specijalna odjeljenja za djecu ometenu u razvoju, doveo je do trajnih posljedica kada je riječ o stepenu obrazovanja romske djece, nastavku školovanja i pristupu visokom obrazovanju, odnosno njihovoj drastično lošijoj kasnijoj poziciji na tržištu rada.

3.2. Uznemiravanje (zlostavljanje)

Sud se u slučajevima diskriminacije ne bavi mobingom budući da se u ubjedljivoj većini zemalja potpisnica EKLP-a mobing ne smatra oblikom diskriminisanja lica (Bosna i Hercegovina jedan je od rijetkih izuzetaka po tom pitanju). Postoji, međutim, praksa koja se vezuje za slučajeve uznemiravanja (engl. *harassment*), koje se percipira kao diskriminacija i koje, u smislu pravnog opredjeljenja instituta, nema mnogo zajedničkih elemenata s pojmom mobinga.

U slučaju *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva* Sud je primijetio da se podnositeljka pritužbe, između ostalog, žalila i na seksualno uznemiravanje od strane njenih kolega, koje je bilo rezultat njene promjene pola. Za ovaj slučaj se vezuje i apsurdna činjenica da njeno obraćanje Industrijskom tribunalu radi pravne zaštite nije bilo uspješno, jer se prema tadašnjem zakonodavstvu seksualno uznemiravanje odnosilo na aktivnosti prema različitom polu, dok je ona u očima zakona i dalje bila – muškarac. Sud je u ovom slučaju našao da postoji povreda članova 8 i 12 Konvencije, dok o eventualnoj povredi člana 14 nije raspravljao.

U slučaju *Grzelak protiv Poljske*⁵¹ zaključeno je da je učeniku koji nije želio da pohađa vjersku nastavu u školi i koji je zbog toga trpio

⁵¹ ESLJP, *Grzelak vs. Poljska*, 15. 6. 2010.

određene posljedice u daljnjem obrazovanju, prekršeno pravo na slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti, kao i da je tim povodom diskriminisan. Roditelji djeteta (podnosioci pritužbe) su takođe tvrdili da je dječak zbog odbijanja da prisustvuje časovima vjeronauke, koji inače nisu bili obavezni, trpio maltretiranje od strane vršnjaka, zbog čega je morao da promijeni veći broj škola u kratkom periodu. U samom tekstu pritužbe (i kasnije presude) se koristi izraz “fizičko i psihološko uznemiravanje” (engl. *physical and psychological harassment*), ali je u modernoj literaturi uobičajeno korišćenje termina *bullying* (za sada bez pravog prevoda u pravnoj literaturi, obično se kao sinonim koristi izraz “vršnjačko nasilje”), koji upravo obuhvata navedene elemente uznemiravanja i zlostavljanja, a koji se po pravilu dešava zbog nekog svojstva ili statusa djeteta koji ga kvalifikuje kao ugroženu manjinu u školskoj (ili drugoj) populaciji.

U većem broju slučajeva bi se, međutim, pojam “uznemiravanja” prije mogao podvesti pod klasični pojam “zlostavljanja”, odnosno “torture”. Sud je, naime, u slučajevima *Balázs protiv Mađarske*⁵², *Grigoryan i Sergejeva protiv Ukrajine*⁵³, *Identoba i ostali protiv Gruzije*⁵⁴, *Belgheluri i ostali protiv Gruzije*⁵⁵ i *Opuz protiv Turske*⁵⁶ našao da postoji uznemiravanje koje je zasnovano na nekom diskriminatornom motivu, a koje je dovelo do kršenja člana 3 Konvencije – Zabrana mučenja i ponižavajućeg postupanja. Intenzitet i metodi “uznemiravanja” su u ovim slučajevima naveli Sud da se posveti bližoj sadržini samog pojma zlostavljanja i da pojasni kada će

⁵² ESLJP, *Balázs vs. Mađarska*, 20. 10. 2015.

⁵³ ESLJP, *Grigoryan i Sergejeva vs. Ukrajina*, 28. 3. 2017. Sud je našao da maltretiranje jermenskog građanina od strane ukrajinske policije jeste kršenje člana 14 u vezi s članom 3.

⁵⁴ ESLJP, *Identoba vs. Gruzija*, 12. 5. 2015. U ovom slučaju, Sud je procijenio da je napad na gej aktiviste tokom njihove mirne šetnje, u datim okolnostima slučaja, i psihičkim i mentalnim posljedicama po žrtve, uistinu kršenje zabrane mučenja i nečovječnog postupanja iz člana 3 Konvencije.

⁵⁵ ESLJP, *Belgheluri i ostali vs. Gruzija*. Slučaj je pokrenut povodom pritužbi pripadnika Jehovinih svjedoka, koji su na više lokacija u dužem periodu bili izloženi fizičkom i psihičkom maltretiranju. Na ove incidente država nije adekvatno reagovala i nije pronašla počinioca. Sud je našao da postoji kršenje člana 14 u vezi s članovima 3 i 9.

⁵⁶ ESLJP je u predmetu *Opuz vs. Turska* procijenio da porodično nasilje ima za posljedicu i kršenje članova 2 i 3, a budući da su žrtve nasilja dominantno žene, da je ono i rodno zasnovano, odnosno da postoji kršenje člana 14 u vezi s članovima 2 i 3.

ono prerasti u ozbiljniji oblik torture. Tako je ESLJP zaključio da “čak i kada žrtva nije pretrpjela ozbiljne ili trajne fizičke povrede, Sud zaključuje da tjelesno kažnjavanje adolescenta treba predstaviti kao ‘ponižavajuće’ u mjeri u kojoj ono predstavlja napad na ‘ono što je upravo jedan od glavnih ciljeva člana 3 – da zaštiti čovjekovo dostojanstvo i fizički integritet’ (vidjeti *Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 25. 4. 1978, § 33, Serija A, broj 26). Pored toga, Evropska komisija za ljudska prava prihvatila je, u kontekstu akata koji se mogu pripisati državnim službenicima, da diskriminacija zasnovana na rasi može u određenim okolnostima da predstavlja ‘ponižavajuće postupanje’ u smislu člana 3.”⁵⁷

Ovakva praksa će zasigurno imati svoje izraženo mjesto u daljnjem postupanju Suda u sličnim slučajevima budući da se pokriva veliki broj relativno raznorodnih situacija koje povezuje ono što ESLJP generički naziva “loše postupanje” (engl. *ill-treatment*) od strane države ili drugih lica a na koje država ne reaguje adekvatno. Sasvim je sigurno da “loše postupanje” obuhvata i vrijeđanje, kao i druge verbalne i fizičke radnje (na primjer, pljuvanje, guranje) koje nemaju ugrožavajuće posljedice po fizički integritet ličnosti, ali su usmjerene na njegovo dostojanstvo, odnosno na ponižavanje tog lica. Ukoliko su takvi postupci zasnovani na nekom ličnom svojstvu ili statusu žrtve (a u presudi u slučaju *Opuz protiv Turske* vidi se jasna namjera Suda da se ono tumači najšire moguće), onda će biti riječ o diskriminaciji koja je povezana s kršenjem člana 3 Konvencije.

3.3. Diskriminatorni govor

U skladu sa svojim pozicioniranjem kada je riječ o “lošem postupanju”, Sud je u nekoliko prilika naglasio da je diskriminatorni govor takođe jedan od elemenata koji utiču na postojanje diskriminacije i poniženje žrtve, koje može rezultirati kršenjem člana 3 Konvencije. U citiranom mišljenju iz presude u slučaju *Balázs protiv Mađarske*, Sud dalje naglašava: “Diskriminatorne opaske i rasističke uvrede moraju se u svakom slučaju posmatrati kao otežavajući faktor kada se razmatra da li je bilo lošeg postupanja u smislu člana 3. (...) Pored toga, Sud je u prethodnim slučajevima zaključio da su Romi zbog svoje burne historije i konstantnog

⁵⁷ ESLJP, *Balázs vs. Mađarska*, par. 48–49.

iskorjenjivanja postali specifičan tip ugrožene i ranjive manjine. Zbog toga zahtijevaju posebnu zaštitu (vidjeti: *D. H. i ostali protiv Češke Republike*, broj 57325/00, § 182, ECHR 2007-IV). Sud smatra da je, kada su u pitanju krivična djela počinjena protiv pripadnika posebno ranjivih grupa, neophodno sprovesti energičnu istragu.⁵⁸ U takođe citiranom slučaju *Identoba i ostali protiv Gruzije* Sud je ponovio isto mišljenje, a povodom napada na učesnike Parade ponosa, dodajući: “Tretman se može kvalifikovati kao ponižavajući kada u svojim žrtvama izaziva osjećanja bola, straha i inferiornosti, sposoban da izazove uniženje i diskreditaciju.”⁵⁹

Sud je, dakle, uspostavio jasne standarde percepcije diskriminacionog govora – nedozvoljeno je svako vrijeđanje, vulgarno ili ne, koje ima za cilj da se unizi neko lice na osnovu njegove ili njene pripadnosti nekoj ranjivoj grupi, ličnog svojstva ili statusa. Ovakvo ponašanje samo po sebi ne mora da izazove diskriminaciju žrtve, ali u kombinaciji sa drugim faktorima, a naročito imajući u vidu okolnosti u kojima se dešava, kao i ličnost žrtve (uzrast, pripadnost nekoj od posebno ranjivih grupa) i posljedice koje izaziva, može da predstavlja jedan od instrumenata za kršenje člana 3 Konvencije. Diskriminatorni govor, naravno, stvara i diskriminatorne posljedice. Tako je u slučaju *Feryn pred Evropskim sudom pravde*⁶⁰ (u daljnjem tekstu: ESP), diskriminatorni govor direktora kompanije Feryn da ne može da zapošljava imigrante jer korisnici usluga nemaju povjerenja u njih bio dovoljan da ESP ocijeni da kompanija sprovodi diskriminatornu politiku zapošljavanja, kao i da javno istupanje u kojem se unaprijed ograničava pristup poslovima određenoj grupaciji samo na osnovu njihove nacionalnosti predstavlja direktnu diskriminaciju⁶¹. Takođe, diskriminatorni govor ne mora da bude prenijet preko medija – dovoljno je da postoji neki oblik javnosti prilikom samog događaja (na ulici, u javnom prevozu, u restoranu i slično).

⁵⁸ Ibid., par. 49 i 53.

⁵⁹ ESLjP, *Identoba vs. Gruzija*, par. 65.

⁶⁰ Sud EU, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding vs Firma Feryn NV*, 10. 7. 2008.

⁶¹ European Commission, Legal Service, “C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV, Judgment of 10 July 2008: Summaries of Important Judgements”, 2008.

3.4. Podsticanje na diskriminaciju

Sud se rijetko bavio pitanjem podsticanja na diskriminaciju. U analiziranom uzorku predmeta pred ESLJP-a, samo se u jednoj presudi izričito pominje da je počinitelj "podsticao na diskriminaciju", ali sama presuda ne sadrži obrazloženje kako se to dogodilo, niti je to okolnost slučaja koju Sud uzima za presudnu ili makar naročito značajnu. U slučaju *M. C. i A. C. protiv Rumunije*⁶², Sud je konstatovao da je postojalo podsticanje na diskriminaciju pozivanjem na napad na učesnike gej parade, nakon njenog završetka. Sud je u ovom slučaju konstatovao da je napad predstavljao kršenje Konvencije, a da je cio događaj predstavljao, imajući u vidu da su žrtve napadnute zbog svoje seksualne orijentacije, kršenje člana 14 u vezi s članom 3 Konvencije.

Podsticanje na diskriminaciju je svakako uvezano sa diskriminatornim govorom, koji, kada se izjavi u javnosti u određenim okolnostima (društvena pozicija i/ili autoritet lica) i u naročitoj konotaciji (ili nekim konkretnim povodom), može značiti stav govornika da su određeni postupci, u svojoj suštini diskriminatorni i nedozvoljeni, opravdani i čak poželjni u društvu. Tako se može zaključiti da je ESLJP ukazao na isti problem, mada ga nije direktno nazvao podsticanjem na diskriminaciju, u citiranom slučaju *Aleksejev protiv Rusije*⁶³, kada je doveo u vezu nastup gradonačelnika Moskve sa zabranom gej parade i atmosferom nasilja prema seksualnim manjinama koja je tom prilikom kreirana.

3.5. Viktimizacija

Viktimizacija, kao različit tretman onih koji su tražili zaštitu povodom diskriminacije, upravo zbog činjenice obraćanja vlastima kako bi se daljnja diskriminacija spriječila ili počinioci sankcionisali, povezana je i sa institucionalnom i strukturalnom diskriminacijom. Sud nije posebno utvrđivao okolnosti koje dovode do viktimizacije, niti je razmatrao okolnosti postojanja viktimizacije kao oblika diskriminacije, ali je u pojedinim slučajevima smatrao za shodno da napomene u presudama

⁶² ESLJP, *M. C. i A. C. vs. Rumunija*, 12. 4. 2016.

⁶³ Vidjeti *supra*, dio 3.1.

da je viktimizacija, kao oblik dodatne diskriminacije žrtve, neprihvatljiva i zabranjena.

Viktimizacija se najčešće javlja kao posljedica obraćanja državnim organima građana koji su pretrpjeli neku vrstu diskriminacije. Tako je u slučaju *Balázs protiv Mađarske* postojala jasna viktimizacija povrijeđenih Roma. Do ovog zaključka se dolazi zbog činjenice da je jedan od napadača državni službenik (zatvorski čuvar) i da su, shodno tome, istraga i krivični postupak, iako je trebalo da budu obavljani relativno jednostavno (napadač je bio identifikovan od strane jedne od žrtava), bili ispunjeni opstrukcijama. Čak je i inicijalna reakcije policije koja je privela učesnike tuče bila da se ukaže medicinska pomoć samo napadaču. Time su žrtve još jednom diskriminirane jer državni organi nisu obavljali svoje dužnosti, kako je zakonom predviđeno, samo zbog činjenice da je riječ o pripadnicima romske nacionalnosti. U slučaju *Identoba i ostali protiv Gruzije*, Sud je otišao korak dalje i detaljno pojasnio okolnosti zbog kojih je važno da državni službenici svoje dužnosti izvršavaju na zakonit način i bez diskriminisanja onih koji im se obrate za pomoć zbog kršenja prava: “Država mora da bude ultimativni garant principa pluralizma, tolerancije i otvorenosti. (...) Obaveze države na činjenje su posebno važne kada je riječ o osobama koje zastupaju nepopularne stavove ili pripadaju manjinama, jer su one izloženije viktimizaciji.”⁶⁴ Nedovoljna ili nepostojeća reakcija države, koja se pri tome pravda postojećim zakonskim odredbama, nije, dakle, dovoljna da bi država pokazala svoju neutralnost prilikom vršenja funkcija zaštite građana. Sud uzima u obzir i *faktičko stanje* – uvijek kada državni organi ne pokažu dovoljno agilnosti i spremnosti da zaštite žrtve diskriminacije, postojeće viktimizacija, bez obzira na činjenicu da li su važeći propisi formalno poštovani i bez obzira na to kakvi se izgovori koriste – uključujući i objektivno otežavajuće okolnosti – da se opravda izostanak efikasne zaštite žrtava.

⁶⁴ ESLJP, *Identoba vs. Gruzija*, par. 94. Iđentičan citat u: *Bączkowski i ostali vs. Poljska*, 3. 5. 2007, par. 64.

3.6. Segregacija

Segregacija se u praksi Suda sreće kao posljedica diskriminatornog postupanja kod posredne diskriminacije, prije nego kao poseban oblik diskriminacije. U slučaju *D. H. i ostali protiv Češke*, podnosioci pritužbe su naveli da postavljanje identičnih uslova (testova) za upis romske djece u školu kao i za ostalu populaciju dovodi do *de facto* segregacije, odnosno do njihovog masovnog upisivanja u posebna odjeljenja za nedovoljno razvijenu djecu, čime se zapravo stvaraju dva obrazovana sistema – jedan za generalnu populaciju i jedan za romsku populaciju.⁶⁵ Sud u svom zaključku potvrđuje da postupci čeških vlasti imaju u konačnom ishodu segregaciju, kao i da saglasnost koju su roditelji davali da djeca mogu da se upisuju u specijalna odjeljenja nije od značaja, jer je njihov neravnopravan tretman nastajao još prilikom samog testiranja, nakon kojeg su donošene odluke o mentalnom razvoju i intelektualnim sposobnostima romske djece.⁶⁶

Sličnim problemom se Sud bavio nekoliko godina kasnije, u pomenutom slučaju *Oršuš i ostali protiv Hrvatske*, koji se odnosio na segregaciju romske djece u posebna odjeljenja, koja je bila zasnovana na nepoznavanju hrvatskog jezika. Sud ovaj slučaj izdvaja od prethodnog, jer djeca nisu pohađala specijalnu školu već redovnu, ali prema posebnom programu. Razlika u tretmanu je ipak očigledno postojala jer se izdvajanje odnosilo samo na jednu etničku grupu, odnosno na romsku djecu. Stoga je Sud problematiku odlučivanja sveo na odgovor na pitanje: da li su vlasti Hrvatske uradile sve što su mogle da romsku djecu što prije uključe u redovan proces obrazovanja? Ovakav pristup nije samo nastavak rezonovanja Suda iz predmeta *D. H. i ostali protiv Češke*, već u kvalitativno drugačijim okolnostima slučaja predstavlja nadogradnju argumentacije koja je u tom predmetu izložena u korist dokazivanja činjenice da postoji diskriminacija, kao i da postoje segregacione posljedice diskriminacije, bez direktnog oslanjanja na

⁶⁵ ESLJP, *D. H. i ostali vs. Češka Republika*, par. 25. U presudi su citirani i drugi izvori koji detaljno objašnjavaju nedozvoljenu i diskriminatornu praksu segregacije romske djece u školama, u različitim zemljama svijeta.

⁶⁶ *Ibid.*, par. 203, 207–208.

statističke podatke kao pokazatelj indirektne diskriminacije.⁶⁷ Naime, Sud se fokusira na reakciju države na nejednak početni položaj romske djece, u odnosu na ostalu. Nepoznavanje jezika na kojem se prati redovan školski program svakako je veliki problem za uključivanje romske djece u redovna odjeljenja. Međutim, mjera koju država preduzima – njihovo izmještanje u posebna odjeljenja – može da bude prihvatljiva (srazmjerna i usmjerena ka ostvarivanju legitimnog cilja) samo ukoliko su posebna odjeljenja formirana da bi se kroz poseban program jezičke barijere prevazišle u što kraćem vremenu. Sud, međutim, dolazi do zaključka da to nije slučaj: pojedini pritužnici su tek nakon dvije godine pohađanja redovnih odjeljenja (period u kojem im niko nije zamjerio poznavanje jezika) bili proslijeđeni u romska odjeljenja.⁶⁸ Dalje, preispitivanjem kurikuluma zaključuje se da su identični oni koji su realizovani u romskim odjeljenjima i ostalim odjeljenjima. Konačno, nakon što su romska djeca bila upisana u posebna odjeljenja, niko sa njima nije konstantno i planski radio na prevazilaženju problema jezičke barijere – što jasno pokazuje da je, sa jedne strane, nepoznavanje jezika bilo samo izgovor za segregaciju, a, sa druge, da nisu učinjeni napor da se faktori koji su doveli do segregacije otklone. Sud, sa druge strane, smatra da su napor morali biti sistematski i efikasni kako bi se djeci što prije pružila šansa da nastave školovanje u mješovitim odjeljenjima.⁶⁹ Tako postupanje države koje nije samo po sebi diskriminatorno (u smislu prilagođavanja školskog sistema onima koji se ne nalaze u ravnopravnom položaju) zapravo rezultira diskriminacijom, odnosno segregacionim posljedicama.

⁶⁷ ESLJP, *Oršuš i dr. vs. Hrvatska*, par. 152–153. Sud se inače u presudi poziva i na slučaj *Sampanis i ostali protiv Grčke*. I ovaj slučaj se odnosi na segregaciju romske djece u osnovnoj školi, koja je uz to bila praćena i incidentima vezanim za rasnu netrpeljivost, a koji su bili inicirani od strane roditelja neromske djece (vidjeti par. 151 presude *Oršuš i ostali protiv Hrvatske*).

⁶⁸ *Ibid.*, par. 161.

⁶⁹ Različiti pritužnici su različito tretirani, pa su neki od njih imali dodatne časove hrvatskog jezika u nekim periodima školovanja, po pravilu nekonzistentno, a drugi nikada nisu imali takve časove. *Ibid.*, par. 167–170, 172.

4. Afirmativne mjere

Afirmativne mjere, kao reakcija države na dugotrajnu i sistemsku ili strukturalnu diskriminaciju, po pravilu će predstavljati izuzetak od pravila da različit tretman lica dovodi do diskriminacije. Sud je o afirmativnim mjerama, u pregledanom uzorku odluka, vrlo rijetko odlučivao. One su se uglavnom pominjale kada je riječ o testu diskriminacije i mogućim legalnim i legitimnim izuzecima od kršenja člana 14.

U slučaju *Andrle protiv Češke*⁷⁰ koji se ticao uslova za sticanje penzije, Sud je našao da nema kršenja člana 14 Konvencije u vezi s članom 1 Protokola 1 uz Konvenciju. Različit tretman osiguranika, Sud je pojasnio na sljedeći način: “Sud nalazi da je prvobitni cilj razlikovanja godina potrebnih za penzionisanje zasnovanih na broju djece koju su žene podigle bio da se kompenzuje faktička nejednakost između muškaraca i žena. U svjetlu specifičnih okolnosti ovog slučaja, ovakav pristup ostaje razuman i objektivno opravdan po ovom osnovu, dok god socijalne i ekonomske promjene ne učine poseban tretman žena nepotrebnim. S obzirom na zahtjevnju reformu penzionog sistema, koja još uvijek traje u Češkoj Republici, Sud nije ubijeden da su vremenski okvir i obim mjera koje su češke vlasti preduzele da bi ispravile nejednakosti u pitanju, bile toliko nerazumne da prevazilaze široko polje tolerancije koje je dozvoljeno u ovoj oblasti.”⁷¹

Stanovište Suda je da država u okvirima prostora za djelovanje koji Konvencija ostavlja može da postupa različito prema licima u identičnim ili sličnim okolnostima a da pri tome ne prekrši Konvenciju ukoliko je takvo postupanje zasnovano na sprovođenju srazmjernih mjera i razumno opravdano pokušajem da se ispravi faktička nejednakost koja postoji prema pripadnicima određenih grupa. Upravo bi odsustvo tih mjera produžilo diskriminatornu praksu koja postoji ili bi dovelo do sekundarne diskriminacije – u konkretnom slučaju, žene koje su svoju profesionalnu karijeru podredile brizi o djeci imale bi poteškoća i da ostvare prava iz penzionog osiguranja. Afirmativna akcija se, dakle, definiše kao skup

⁷⁰ ESLJP, *Andrle vs. Češka Republika*, 17. 2. 2011.

⁷¹ Ibid., par. 60.

mjera kojima se pokušava ublažiti efekat već prisutne dugoročne diskriminacije. Iako se iz citiranog teksta ne može izvući direktan zaključak, čini se da su takve mjere ne samo opravdane (u smislu da ne dovode do kršenja EKLJP-a) već i poželjne u onim aspektima društvenih aktivnosti u kojima intervencija države može kvalitativno da poboljša položaj pripadnika određene tradicionalno ranjive i marginalizovane, diskriminirane grupe.

5. Evolucija sudske prakse

Sud Konvenciju razumijeva kao “živi dokumenat”, čije se tumačenje može mijenjati u zavisnosti od evolucije shvatanja o pojedinim društvenim i drugim fenomenima relevantnim za ostvarivanje i zaštitu prava garantovanim ovim međunarodnim instrumentom. U slučaju *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁷², Sud na primjer konstatuje: “Budući da je Konvencija na prvom mjestu i prije svega sistem za zaštitu ljudskih prava, Sud mora da uzme u obzir i promjenu okolnosti unutar tužene države i država ugovornica generalno i da reaguje, na primjer, na bilo koju promjenu od značaja za standarde koji se žele postići. (...) Od najveće je važnosti da se Konvencija interpretira i primjenjuje na način koji omogućava da prava koja sadrži budu pravična i primjenjiva, a ne teorijska i iluzorna. Propuštanje Suda da održi dinamičan i evolutivan pristup odista bi značilo rizikovati bilo kakvu promjenu ili poboljšanje.”

Kada je riječ o slučajevima diskriminacije, zanimljivo je pratiti kako Sud rezonuje u pojedinim slučajevima, a imajući u vidu evolutivni pristup tumačenju normi EKLJP-a. Tako, na primjer, u slučaju *Fretté protiv Francuske*⁷³ Sud nalazi da nema kršenja člana 14 u vezi s članom 8 Konvencije, u situaciji kada je muškarcu koji se otvoreno deklarirao kao homoseksualac odbijen zahtjev za usvojenje, iako je francuski zakon

⁷² ESLJP, *Christine Goodwin vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, par. 74. Slične formulacije mogu se naći i u drugim presudama u kojima se Sud bavio odnosom svog stava prema prethodno utemeljenoj praksi (vidjeti, na primjer, ESLJP, *S. L. vs. Austrija*, 9. 1. 2003, par. 39).

⁷³ ESLJP, *Fretté vs. Francuska*.

dozvoljavao usvojenje kako od strane bračnog para, tako i od strane pojedinca. Ova presuda je donijeta 2002. godine. Međutim, već 2008. godine Sud mijenja svoj stav i u presudi u slučaju *E. B. protiv Francuske*⁷⁴ nalazi da je sprečavanje žene homoseksualnog opredjeljenja da usvoji dijete diskriminacija i da predstavlja kršenje člana 14 Konvencije u vezi s članom 8, iako je riječ o ocjeni postupaka državnih organa prema istom zakonu Francuske kao u slučaju iz 2002. godine. Evolucija prava pripadnika seksualnih manjina u odnosu na usvojenje se tu, međutim, ne završava. U slučaju *Gas i Dubois protiv Francuske*⁷⁵ Sud je cijenio da li postoji diskriminacija (kršenje člana 14 u vezi s članom 8) u okolnostima u kojima je država spriječila partnerku majke djeteta da usvoji dijete, iako su njih dvije bile u zajednici. Iako je Sud došao do zaključka da nema kršenja prava iz Konvencije, obrazloženje ovakve odluke je veoma indikativno i praktično najavljuje praksu koja će uslijediti. Sud, naime, dolazi do zaključka da diskriminacija ne postoji jer, prema francuskom zakonu, djecu mogu da usvoje pojedinci i bračni parovi, dok ne postoji ista mogućnost za vanbračne parove, *bez obzira na njihovu seksualnu orijentaciju, odnosno da li pripadaju istom ili različitim polovima*. Budući da u Francuskoj u tom trenutku istopolni brakovi nisu dozvoljeni, Sud nalazi da je ponašanje države u dozvoljenim marginama diskrecione procjene koja je državama potpisnicama ostavljena da uredi način ostvarivanja prava iz Konvencije.⁷⁶ Samo godinu dana kasnije Sud je odlučivao u slučaju u kojem su okolnosti bile slične ali ipak dovoljno različite da se stav iz slučaja *Gas i Dubois protiv Francuske* primijeni sa različitim konačnim ishodom. U slučaju *X protiv Austrije*⁷⁷, koji se ticao ocjene odredbe Građanskog zakonika Austrije, prema kojem su djecu svojih supružnika/partnera isključivo mogli da usvoje bračni i vanbračni partneri istog pola, Sud je došao do zaključka *da postoji kršenje člana 14 u*

⁷⁴ ESLjP, *E. B. vs. Francuska*.

⁷⁵ ESLjP, *Gas i Dubois vs. Francuska*, 15. 3. 2012.

⁷⁶ Krajnje ironično, samo godinu dana kasnije (u maju 2013. godine), u Francuskoj je stupio na snagu zakon kojim su istopolni brakovi dozvoljeni. Iako nije od uticaja na konkretan slučaj, ova izmjena u svjetlu buduće prakse ESLjP-a praktično znači da je u Francuskoj moguće da i supružnik u istopolnom braku usvoji dijete svog partnera/partnerke.

⁷⁷ ESLjP, *X vs. Austrija*, 19. 2. 2013.

vezi s članom 8 Konvencije, time što je osobama u vanbračnim istopolnim zajednicama bilo onemogućeno da usvoje djecu svojih partnera.

Evolucija rezonovanja Suda u odnosu na određene društvene sporove evidentna je i prati političke trendove. Ovo nije negativan trend, naprotiv. Konvencija se posmatra izvan formalnopravnih okvira, kao sociološki dokument (što ona u svojoj biti i jeste) koji se razvija zajedno sa razvojem socijalnih normi u državama koje je primjenjuju. Takav pristup Suda naročito je važan zbog obezbjeđivanja aktuelnosti EKLJP-a i njene primjenjivosti i u sedmoj deceniji nakon njenog usvajanja. U praksi ovo znači da je moguće da se u narednim godinama pojave i neki do sada nepoznati oblici diskriminisanja, kao i da se o nekim postojećim oblicima utvrdi nova praksa, koja će biti izraz aktuelnih događanja u širem pravno-sociološkom smislu.

6. Zaključak

Tokom više od šest decenija primjene, a naročito u posljednjih tridesetak godina, EKLJP postala je nezamjenjiv autoritet kada je riječ o standardu uživanja ljudskih prava. Praksa ESLJP-a je u tom smislu instrumenat koji održava Konvenciju “živom” i uvijek aktuelnom. Danas je nemoguće zamisliti da se ljudska prava izučavaju bez proučavanja standarda tumačenja Konvencije do kojih je došao Sud. Ovi standardi su predmet izučavanja ne samo naučne javnosti već i sudskih odluka nacionalnih sudova, koji u mnogim državama prilikom odlučivanja uporište za svoja tumačenja unutrašnjih propisa upravo nalaze u sudskoj praksi ESLJP-a.

Kada je riječ o oblicima diskriminacije kojima se Sud bavio, mogu se konstatovati neki trendovi koji su jasno utemeljeni u praksi Suda:

- Sud je jasno razdvojio pojmove neposredne i posredne diskriminacije, kako u teorijskom smislu tako i u praktičnom dijelu dokaznog postupka.
- U okvirima neposredne i posredne diskriminacije, Sud se najčešće ne bavi diferencijacijom drugih oblika diskriminisanja koji su analizirani u prethodnom tekstu (institucionalna i strukturalna diskriminacija, uznemiravanje, diskriminatorni govor, podsticanje na diskriminaciju,

segregacija, viktimizacija). Ovo, međutim, ne znači da oni nisu tokom vremena dobili vidljive okvire postojanja u praksi Suda. Čak i kada se na njih ne referiše kao na posebne oblike diskriminisanja, sasvim je jasno da se javljaju kao takvi i da se u takvim predmetima Sud bavi specifičnostima vezanim za njihovu prirodu.

- Odnos između člana 14 i člana 1 Protokola 12 Sud je utvrdio na način koji podrazumijeva identičan pristup njihovom potencijalnom kršenju. Jedinu razliku Sud pravi u domašaju jedne i druge norme – dok je član 14 uvijek vezan za neko pravo garantovano Konvencijom, član 1 Protokola 1 odnosi se na sva prava koja je država garantovala građanima.
- Evolucija sudske prakse ESLJP-a, kao i pristup Konvenciji kao dokumentu koji se razvija i ostaje aktuelan kroz sudsku praksu, svakako će uticati i u budućnosti kako na sadržinu postojećih oblika diskriminisanja, tako i na eventualnu pojavu onih oblika koji do sada nisu bili prisutni ili im Sud nije posvećivao veću pažnju.

Aktivnosti Suda na tumačenju Konvencije svakako ostaju praktično najvažniji putokaz za evropske države, čak i šire – za postavljanje globalnih trendova razvoja ljudskih prava. Savremeno shvatanje pojedinih pojmova vezanih za ljudska prava i diskriminaciju nije moguće bez referisanja na stavove Suda, koji nose naročiti autoritet. Sa druge strane, Sud je u odnosu na slučajeve diskriminisanja postavio i standarde čitanja Konvencije, odnosno njenog razumijevanja. Konvencija i protokoli uz Konvenciju moraju se čitati kao cjelina – izdvojiti samo jednu normu a ne posmatrati njenu funkcionalnu povezanost sa drugim normama (garantovanim pravima) neće dovesti do pravilne primjene Konvencije i Protokola u cjelini.⁷⁸ Sud je čak i u slučajevima u kojima je našao da nije cjelishodno baviti se povredom člana 14, jer je već utvrđena nedvosmislena povreda nekog drugog člana Konvencije, uticao na shvatanje o tome koje situacije i koje aktivnosti mogu da budu diskriminatorne i, što je naročito važno, kakve su obaveze države u primjeni Konvencije kako u smislu prevencije diskriminacije, tako i u kontekstu otklanjanja posljedica i sankcionisanja diskriminatornog ponašanja. I dok je polje slobodne procjene države

⁷⁸ ESLJP, *Abdulaziz, Cabales i Balkandali vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*, 28. 5. 1985, par. 60.

u uređenju njenih politika u nekim slučajevima postavljeno veoma široko (na primjer u citiranim odlukama koje se se ticale sprovođenja ekonomskih i socijalnih politika države), u drugim će ga Sud posmatrati u naročito uskom smislu (kao što je to slučaj sa postupanjem države prema nacionalnim, etničkim, rasnim ili seksualnim manjinama); svaki od navedenih predmeta iz prakse ESLJP-a u ovom tekstu otkriva neki od važnih detalja koji su vezani kako za član 14 tako i za tumačenje domašaja zaštite ljudskih prava, imajući u vidu opšte standarde ali i istorijske, socijalne, ekonomske, kulturološke i pravne različitosti među državama Evrope koje Konvenciju primjenjuju.

Može se zaključiti da je izuzetno obimna praksa ESLJP-a o slučajevima diskriminacije do sada identifikovala većinu važnih oblika diskriminisanja. Naravno, neki od njih su manje zastupljeni od drugih, neke Sud obrađuje samo posredno, dok su neki imenovani ali nisu detaljno analizirani, niti ih je Sud smatrao previše relevantnim. Praksa Suda se razvija na dnevnoj bazi; kao izvori koji su relevantni za mišljenje Suda navode se i različiti međunarodni instrumenti, obavezujući i neobavezujući akti Ujedinjenih nacija, Savjeta Evrope, Evropske unije. Sud često u odlučivanju polaže vjeru u izvještaje “trećih strana”, nevladinih i drugih nacionalnih i međunarodnih organizacija i tijela, dok se uporednopravna analiza koristi kako bi se identifikovali pravci razvoja nacionalnih pravnih sistema u državama članicama Savjeta Evrope i utvrdio nivo evropskog konsenzusa po pojedinim pitanjima. Sama činjenica da su u odnosu na pojedine pravne standarde, koji neprestano evoluiraju, aktuelne kako presude od prije pola vijeka tako i presude donijete u posljednjih nekoliko mjeseci, dovoljno govori o progresiji i razvoju stavova Suda. Oni se moraju kontinuirano pratiti, kako u odnosu na oblike diskriminacije, tako i u odnosu na sadržinu – pravnu i suštinsku – pojmova kojima su ti oblici determinisani.

Bibliografija

Knjige i članci

1. Arnardóttir, Oddný Mjöll. “Non-discrimination under Article 14 ECHR: the Burden of Proof”. *Scandinavian Studies in Law* 51 (2007), str. 13–39.
2. Etinski, Rodoljub. “Indirect Discrimination in the Case-Law of the European Court of Human Rights”. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1 (2013), str. 57–72.
3. European Commission, Legal Service. “C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV, judgment of 10 July 2008: Summaries of important judgements”, 2008. http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/07c054_en.pdf (stranica posjećena 1. 11. 2017).
4. Pincus, Fred L. “Discrimination Comes in Many Forms: Individual, Institutional, and Structural”. U *Readings for Diversity and Social Justice*. Uredili Adams, Maurianne, Warren J. Blumenfeld, Heather W. Hackman, Madeline L. Peters i Ximena Zuniga. Str. 31–35. New York i London: Routledge, 2000. <https://media.lanec.edu/users/martinezp/250%20CRG/Discrim.pdf> (stranica posjećena 1. 11. 2017).
5. Reljanović, Mario, Aida Malkić, Midhat Izmirlija, Edin Hodžić, i Dženana Radončić. *Kvadratura antidiskriminacijskog trougla u BiH: zakonski okvir, politike i prakse 2012–2016*. Sarajevo: Analitika, 2016.
6. Schutter, Olivier de. *The Prohibition of Discrimination Under European Human Rights Law, Relevance for the EU non-discrimination directives – An Update*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2011.
7. Tobler, Christa. “Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law – A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons”. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg Journal of International Law* (HJIL) 74, (2014), str. 521–561.

Sudska praksa

1. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Abdulaziz, Cabales i Balkandali vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*. Aplikacije br. 9214/80, 9473/81 i 9474/81, 28. 5. 1985.
2. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Aleksejev vs. Rusija*. Aplikacije br. 4916/07, 25924/08 i 14599/09, 21. 10. 2010.

3. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Andrejeva vs. Letonija*. Aplikacija br. 55707/00, 18. 2. 2009.
4. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Andrle vs. Češka Republika*. Aplikacija br. 6268/08, 17. 2. 2011.
5. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Bączkowski i ostali vs. Poljska*. Aplikacija br. 1543/06, 3. 5. 2007.
6. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Balázs vs. Mađarska*. Aplikacija br. 15529/12, 20. 10. 2015.
7. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Begheluri i ostali vs. Gruzija*. Aplikacija br. 28490/02, 7. 10. 2014.
8. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Biao vs. Danska*. Aplikacija br. 38590/10, 24. 5. 2016.
9. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Cha'are Shalom Ve Tsedek vs. Francuska*. Aplikacija br. 27417/95, 27. 6. 2000.
10. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Christine Goodwin vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*. Aplikacija br. 28957/95, 11. 7. 2002.
11. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Danilenkov i ostali vs. Rusija*. Aplikacija br. 67336/01, 30. 7. 2009.
12. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *D. H. i ostali vs. Češka Republika*. Aplikacija br. 57325/00, 13. 11. 2007.
13. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *E. B. vs. Francuska*. Aplikacija br. 43546/02, 22. 1. 2008.
14. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Fábián vs. Mađarska*. Aplikacija br. 78117/13, 5. 9. 2017.
15. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Fretté vs. Francuska*. Aplikacija br. 36515/97, 26. 2. 2002.
16. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Gas i Dubois vs. Francuska*. Aplikacija br. 25951/07, 15. 3. 2012.
17. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Gaygusuz vs. Austrija*. Aplikacija br. 17371/90, 16. 9. 1996.
18. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *G. M. B. i K. M. vs. Švajcarska*. Aplikacija br. 36797/97, 27. 9. 2001.
19. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Grigoryan i Sergejeva vs. Ukrajina*. Aplikacija br. 63409/11, 28. 3. 2017.

20. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Grzelak vs. Poljska*. Aplikacija br. 7710/02, 15. 6. 2010.
21. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Hoffmann vs. Njemačka*. Aplikacija br. 34045/96, 11. 10. 2001.
22. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Hoogendijk vs. Holandija*. Aplikacija br. 58641/00, odluka o odbacivanju od 6. 1. 2005.
23. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Horváth i Kiss vs. Mađarska*. Aplikacija br. 11146/11, 29. 1. 2013.
24. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *I. vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*. Aplikacija br. 25680/94, 11. 7. 2002.
25. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Identoba vs. Gruzija*. Aplikacija br. 73235/12, 12. 5. 2015.
26. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *J. M. vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*. Aplikacija br. 37060/06, 28. 9. 2010.
27. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Koua Poirrez vs. Francuska*. Aplikacija br. 40892/98, 30. 9. 2003.
28. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Mazurek vs. Francuska*. Aplikacija br. 34406/97, 1. 2. 2000.
29. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *M. C. i A. C. vs. Rumunija*. Aplikacija br. 12060/12, 12. 4. 2016.
30. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Nachova i ostali vs. Bugarska*. Aplikacije br. 43577/98 i 43579/98, 6. 7. 2005.
31. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Opuz vs. Turska*. Aplikacija br. 33401/02, 9. 6. 2009.
32. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Oršuš i dr. vs. Hrvatska*. Aplikacija br. 15766/03, 16. 3. 2010.
33. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Petrović vs. Austrija*. Aplikacija br. 156/1996/775/976, 27. 3. 1998.
34. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Predmet "koji se tiče određenih aspekata o zakonima o korištenju jezika u školovanju u Belgiji" vs. Belgija*. Aplikacije br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 i 2126/64, 23. 7. 1968.
35. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *Redfearn vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*. Aplikacija br. 47335/06, 6. 11. 2012.
36. Evropski sud za ljudska prava (ESLjP). *S. L. vs. Austrija*. Aplikacija br. 45330/99, 9. 1. 2003.

37. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*. Aplikacija br. 33290/96, 21. 3. 2000.
38. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Sampanis i ostali vs. Grčka*. Aplikacija br. 32526/05, 5. 6. 2008.
39. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Sejdić i Finci vs. Bosna i Hercegovina*. Aplikacije br. 27996/06 i 34836/06, 22. 12. 2009.
40. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Sheffield i Horsham vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*. Aplikacija br. 31–32/1997/815–816/1018–1019, 30. 7. 1998.
41. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Sommerfeld vs. Njemačka*. Aplikacija br. 31871/96, 8. 7. 2003.
42. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Stec i ostali vs. Ujedinjeno Kraljevstvo*. Aplikacije br. 65731/01 i 65900/01, 12. 4. 2006.
43. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Şerife Yiğit vs. Turska*. Aplikacija br. 3976/05, 2. 11. 2010.
44. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Thlimmenos vs. Grčka*. Aplikacija br. 34369/97, 6. 4. 2000.
45. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Timishev vs. Rusija*. Aplikacije br. 55762/00 i 55974/00, 13. 12. 2005.
46. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Ünal Tekeli vs. Turska*. Aplikacija br. 29865/96, 16. 11. 2004.
47. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *X vs. Austrija*. Aplikacija br. 19010/07, 19. 2. 2013.
48. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). *Zarb Adami vs. Malte*. Aplikacija br. 17209/02, 20. 6. 2006.
49. Sud Evropske unije. *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding vs. Firma Feryn NV*. C 54/07, 10. 7. 2008.

IZUZECI OD JEDNAKOG TRETMANA

VANJA KOVAČ

Izuzeci od principa jednakog postupanja u pravu Bosne i Hercegovine u svjetlu jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava i prava Evropske unije

1. Uvod

Donošenjem Zakona o zabrani diskriminacije¹ 2009. godine, Bosna i Hercegovina je napravila značajan iskorak u zaštiti ljudskih prava. Ovaj je zakon, najvećim dijelom prateći relevantne direktive Evropske unije, definirao standarde u oblasti zaštite od diskriminacije i predstavlja jedan od značajnijih uspjeha politike uslovljavanja Evropske unije². Pored činjenice da je diskriminacija u Bosni i Hercegovini (BiH) zabranjena Ustavom³, kao i nekim drugim aktima⁴, Zakon o zabrani diskriminacije, kao značajnu novinu, uveo je definicije svih oblika diskriminacije, te osigurao vrlo važne proceduralne mehanizme zaštite⁵. Istovremeno, imajući u vidu da se član 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, kao i Protokol broj 12 uz Konvenciju, koji predviđa opću

¹ “Zakon o zabrani diskriminacije BiH”, *Službeni glasnik BiH* 59/09.

² “Visa Liberalisation with Bosnia and Herzegovina”, Roadmap European Stability Initiative.

³ “Ustav Bosne i Hercegovine” član II, stav 4.

⁴ Vidi, npr., zakone koji uređuju radne odnose, zakone iz oblasti obrazovanja i Zakon o ravnopravnosti spolova BiH.

⁵ Za više informacija o definicijama različitih oblika diskriminacije i mogućnostima zaštite vidi prethodne izvještaje i *policy* analize Analitike, <http://www.analitika.ba/bs/publikacije> (stranica posjećena 10. 2. 2016).

zabranu diskriminacije, prema slovu Ustava BiH primjenjuju direktno i prioritarno u BiH⁶, to bi i u primjeni ovog zakona praksa Evropskog suda za ljudska prava trebala biti jedna od osnovnih vodilja.

U skladu sa Zakonom o zabrani diskriminacije, diskriminacijom se smatra svako

*“različito postupanje, uključujući svako isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti utemeljeno na stvarnim ili pretpostavljenim osnovama prema bilo kojem licu ili grupi lica na osnovu njihove rase, boje kože, jezika, vjere, etničke pripadnosti, nacionalnog ili socijalnog porijekla, veze s nacionalnom manjinom, političkog ili drugog uvjerenja, imovnog stanja, članstva u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanja, društvenog položaja i pola, polnog izražavanja ili orijentacije, kao i svakoj drugoj okolnosti koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemogući ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi prava i sloboda u svim oblastima javnog života”.*⁷

Međutim, ne predstavlja svako različito postupanje diskriminaciju. Zaista, ukoliko ne bi postojala mogućnost opravdanja različitog tretmana u ovom kontekstu, dešavale bi se apsurdne situacije. Tako je, npr., općeprihvaćeno da je za obavljanje određenih poslova potrebna odgovarajuća stručna sprema ili odgovarajuće vještine, te bi malo ko različito postupanje prema osobama koje nemaju takve kvalifikacije smatrao diskriminacijom. Isto se odnosi na uslove za zaključivanje braka ili uslove za stupanje u neke ugovorne odnose za maloljetnike, odnosno osobe mlađe od 15 godina, utvrđivanje prava iz oblasti zaštite majke i materinstva i druge.

Zakon o zabrani diskriminacije definirao je pod kojim se uslovima različito postupanje neće smatrati diskriminacijom. U članu 5. Zakona o zabrani diskriminacije utvrđeni su opći uslovi za opravdanje različitog postupanja, kao i lista konkretnih izuzetaka od zahtjeva jednakog

⁶ “Ustav Bosne i Hercegovine”, član II, stav 2.

⁷ “Zakon o zabrani diskriminacije BiH”, član 2, stav 1.

tretmana. Stoga bi u razmatranju svakog pojedinačnog predmeta, Institucija ombudsmana za ljudska prava BiH, sudije ili voditelji upravnog postupka morali utvrditi postojanje elemenata različitog tretmana, a potom i to da li bi takvo različito postupanje moglo biti opravdano u skladu sa članom 5. Zakona.

Naš je zakonodavac odlučio utvrditi listu konkretnih izuzetaka koji ipak trebaju zadovoljiti dodatne uslove na strani legitimnosti cilja i proporcionalnosti primijenjenih mjera u odnosu na cilj koji se njima nastoji realizirati. Na ovaj je način Zakon ostavio široko polje diskrecione ocjene prilikom definiranja dodatnih elemenata opravdanja različitog tretmana. S pravom se, međutim, postavlja pitanje u kojoj će mjeri donosioci odluka u postupcima za zaštitu od diskriminacije imati potrebna znanja, odnosno relevantne informacije o pravilnoj primjeni člana 5. Zakona. Naime, koliko god da je ponekad izazov razumjeti sve pojavne oblike diskriminacije i utvrđivati postojanje njenih Zakonom utvrđenih elemenata, toliko je, ako ne i više, komplicirano razumjeti granice mogućeg opravdanja različitog postupanja.

U tom kontekstu, osnovni je cilj ove analize ukazati na ključne pristupe razumijevanja izuzetaka od jednakog tretmana, odnosno opravdanja različitog postupanja u skladu sa dva, za Bosnu i Hercegovinu, značajna izvora prava: Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i relevantnim direktivama Evropske unije. Analiza će prezentirati neke od izazova sa kojima su se susretali Evropski sud za ljudska prava i Evropski sud pravde u pokušaju da utvrde granice različitog postupanja u svojoj jurisprudenciji. Konačno, sugerirat će se i mogući izazovi u BiH u primjeni člana 5. Zakona, te će se ponuditi prijedlozi za daljnje djelovanje bazirani na naučenim lekcijama iz prakse dva evropska suda.

2. Evropski odgovor na opravdanje različitog postupanja

Pristup koji je Evropski sud za ljudska prava prihvatio u definiranju uslova pod kojima se različito postupanje može opravdati veoma je sličan relevantnim principima prava Evropske unije. Jedna od razlika je u tome što Evropski sud za opravdanje različitog tretmana koristi opća pravila,

a pravo Evropske unije definira listu konkretnih izuzetaka za direktnu diskriminaciju i opća pravila za opravdanje indirektno diskriminacije.

2.1. Pristup Evropskog suda za ljudska prava

Evropski sud za ljudska prava je uslove za opravdanje morao definirati kroz svoju praksu, jer član 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima, koji utvrđuje zabranu diskriminacije u odnosu na prava predviđena Konvencijom, nije definirao ni oblike diskriminacije niti elemente koje bi se mogli smatrati uslovima za opravdanje različitog tretmana.

U prvom predmetu u kojem su se podnosioci aplikacije žalili na povredu člana 14. (predmet “Belgijske jezičke manjine”⁸) Evropski sud je morao utvrditi opće odrednice samog pojma diskriminacije i mogućeg opravdanja različitog postupanja. Evropski sud je u tom predmetu utvrdio da je

“princip jednakog tretmana prekršen onda kada razlikovanje nema objektivne i razumne opravdanosti. Postojanje takvog opravdanja mora se sagledati u vezi sa ciljem i utjecajem takve mjere i u vezi sa principima koji uglavnom preovladavaju u demokratskim društvima. Različit tretman u pristupu nekom pravu iz Konvencije ne samo da mora težiti zakonitom cilju, već mora postojati razuman odnos proporcionalnosti između mjera koje su primijenjene i cilja kojem se teži.”⁹

Na ovaj je način Evropski sud definirao standarde koji su primjenjivi za opravdanje različitog tretmana koje je općega karaktera. Ono se sastoji iz dva ključna elementa:

- 1) postojanje zakonitog cilja i
- 2) razuman odnos proporcionalnosti između primijenjenih mjera i cilja koji se želi postići konkretnom mjerom ili praksom.

Pri tome je bitno naglasiti da Evropski sud za ljudska prava nema isti odnos prema mogućnosti opravdanja različitog tretmana po svim

⁸ European Court for Human Rights (ECtHR), Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” vs. Belgium, 23. 7. 1968.

⁹ Ibid., paragraf 10.

zabranjenim osnovama. Najprije, prilikom zaključivanja o mogućem opravdanju, Sud primjenjuje dodatne dvije doktrine, odnosno dva standarda: “polje slobodne procjene države”, te “posebno uvjerljive i značajne razloge”. Polje slobodne procjene države odnosi se naročito na one oblasti u kojima zemlje članice Vijeća Evrope nemaju zajednički stav, odnosno konsenzus, te je zemljama članicama dopušteno da određene oblasti uredi samostalno, u skladu sa specifičnostima konkretnoga konteksta. Treba istaći da ovaj pristup Evropskog suda nije bez kontroverzi budući da su neke odluke donesene na temelju spomenutih standarda doživjele značajne kritike u stručnoj javnosti¹⁰.

Za različito postupanje po određenim osnovama sud traži “posebno uvjerljive i značajne razloge” prilikom razmatranja opravdanosti takvog tretmana. To se odnosi na nekoliko zabranjenih osnova kao što su rasa¹¹, državljanstvo¹², spol¹³, seksualna orijentacija¹⁴ i invaliditet¹⁵. Ipak, bitno je naglasiti da se stavovi o prihvatljivim granicama opravdanja različitog postupanja pomjeraju, jer Sud na Konvenciju gleda kao na “živi instrument”¹⁶. Ovo je vidljivo, npr., kada je u pitanju diskriminacija na osnovu seksualne orijentacije u pogledu usvajanja djece. Godine 2002. u predmetu “Frette protiv Francuske”¹⁷ Sud nije utvrdio da se radi o

¹⁰ To se u posljednje vrijeme posebno odnosi na odluke u pogledu isticanja vjerskih simbola na javnim mjestima, odnosno izuzetak koji je Sud utvrdio kao prihvatljiv u predmetu “S.A.S. protiv Francuske” (European Court for Human Rights (ECtHR), *S.A.S. vs. France*, 1. 7. 2014), a koji se baziraju na principu “zajedničkog života” (vidi, npr., Stephanie Berry, “SAS v France: Does Anything Remain of the Right to Manifest Religion?”, *European Journal of International Law*, 2. 7. 2014).

¹¹ European Court for Human Rights (ECtHR), *Timishev vs. Russia*, 13. 3. 2006.

¹² European Court for Human Rights (ECtHR), *Gaygusuz vs. Austria*, 16. 9. 1996.

¹³ European Court for Human Rights (ECtHR), *Abdulaziz, Cabales and Balkandali vs. United Kingdom*, 28. 5. 1985.

¹⁴ European Court for Human Rights (ECtHR), *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, 21. 3. 2000.

¹⁵ European Court for Human Rights (ECtHR), *Glor vs. Switzerland*, 6. 11. 2009.

¹⁶ Sud, naime, u svojoj jurisprudenciji ima u vidu da je Konvencija “živi instrument” koji je potrebno interpretirati u svjetlu savremenih okolnosti (European Court for Human Rights (ECtHR), *Tyler vs. United Kingdom*, 25. 4. 1978, par. 31).

¹⁷ European Court for Human Rights (ECtHR), *Frette vs. France*, 26. 5. 2002.

diskriminaciji jer je smatrao da je odbijanje usvajanja homoseksualnim parovima bilo u skladu sa poljem slobodne procjene države. Samo nekoliko godina kasnije, 2008. godine, u analognom predmetu “E. B. protiv Francuske”¹⁸ Sud je utvrdio diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije u pogledu usvajanja djece.

Općenito gledajući, stječe se dojam da je vremenom sve teže i zahtjevnije opravdati neke oblike različitog postupanja, posebno ako su bazirani na nekom od zabranjenih osnova, kod kojih Sud zahtijeva “posebno uvjerljive i značajne razloge”.

2.2. Pristup u pravu Evropske unije

Pravo Evropske unije, a prije svega direktive, različito definiraju elemente za opravdanje različitog tretmana u odnosu na dva osnovna oblika diskriminacije: direktnu i indirektnu. Pravilo za opravdavanje indirektno diskriminacije je opće i ono je u velikoj mjeri slično praksi Evropskog suda za ljudska prava. Tako, npr., jedna od relevantnih direktiva EU utvrđuje da

“indirektna diskriminacija postoji ako bi naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa doveli osobe određenog rasnog ili etničkog porijekla u posebno nepovoljan položaj u poređenju s drugim osobama, osim ako se takva odredba, kriterij ili praksa objektivno mogu opravdati zakonitim ciljem, a sredstva za njegovo postizanje su primjerena i nužna.”¹⁹

Evropski sud pravde je u svojoj praksi dosljedno primjenjivao utvrđene granice općeg opravdanja različitog tretmana prilikom razmatranja predmeta koji su se odnosili na indirektnu diskriminaciju. Tako je, npr., u predmetu “Lommers”²⁰ Sud utvrdio sljedeće:

¹⁸ European Court for Human Rights (ECtHR), *E. B. vs. France*, 22. 1. 2008.

¹⁹ “Direktiva Vijeća 2000/43/EZ”, član 2, stav 2, tačka (b).

²⁰ European Court of Justice (ECJ), *Lommers vs. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, 19. 3. 2002, paragraf 39.

“U utvrđivanju ograničenja prava pojedinca kao što je u pitanju jednak tretman muškarca i žena u skladu sa Direktivom, dužna pažnja se morala posvetiti principu proporcionalnosti, koji zahtijeva da bilo kakva ograničenja moraju ostati u okviru granica onoga što je prikladno i nužno cilju kojem se teži, odnosno da je princip jednakog tretmana koliko je god to moguće usklađen sa ciljem kojem se teži.”

S druge strane, u pravu Evropske unije zabranu direktne diskriminacije reguliraju četiri direktive, od kojih svaka definira različite izuzetke od jednakog tretmana, u zavisnosti od oblasti koju uređuje. Ovi se izuzeci u biti odnose na tri ključne kategorije:

- stvarni i određujući kriterij za zapošljavanje
- opravdanje na osnovu vjeroispovijesti i uvjerenja
- opravdanje na osnovu dobi

Vrlo je bitno naglasiti da nisu svi izuzeci predviđeni u svim navedenim direktivama. Tako je mogućnost opravdanja kod primjene “stvarnog i određujućeg kriterija za zapošljavanje” definirana svim direktivama koje se odnose na zapošljavanje. Izuzeci “opravdanje na osnovu vjeroispovijesti i uvjerenja” odnosno “dobna diskriminacija” definirani su samo Direktivom 2006/54/EZ, dakle samo u kontekstu pristupa zapošljavanju.

Stvarni i određujući kriterij za zapošljavanje

Kako je navedeno u Direktivi 2000/78/EZ:

“(…) države članice mogu propisati da različito postupanje, koje se temelji na nekoj od karakteristika u vezi s bilo kojim od razloga iz člana 1, ne predstavlja diskriminaciju kada zbog prirode određenih profesionalnih djelatnosti ili zbog uslova u kojima se obavljaju takva karakteristika predstavlja stvarni i određujući kriterij za obavljanje određenog zanimanja, ako je cilj opravdan, a zahtjev proporcionalan.”²¹

²¹ “Direktiva 2000/78/EZ”, Službeni list Evropske unije L 303/16, član 4, stav 1.

Ovaj izuzetak odnosi se na one situacije kada je za obavljanje određenih poslova stvarni i određujući profesionalni zahtjev vezan za jedan od zabranjenih osnova.

Stoga je za određene poslove moguće predvidjeti naprimjer:

- uslove koji su vezani za spol, kao što su kriteriji da se traži isključivo pjevačica za određene glasove, odnosno pjevač za druge, ili da se za rad sa ženama žrtvama nasilja u porodici traži samo žena psiholog;
- uslove koji su vezani za fizičke mogućnosti koje bi mogle isključivati osobe sa invaliditetom, npr. obavljanje vojne ili policijske službe, obavljanje fizički zahtjevnih poslova ili
- uslove koji su vezani za dob kod utvrđivanja gornje ili donje granice za obavljanje određenih poslova, kao što je, npr., utvrđivanje gornje dobne granice za obavljanje poslova vatrogasaca.

Ipak, da bi ovi profesionalni zahtjevi bili opravdani, mora postojati opravdan cilj i odnos proporcionalnosti između konkretnog zahtjeva i njegovog cilja. Granice i jednog i drugog elementa nisu uvijek tako jasne i zavisit će od činjenica konkretnog predmeta.

Tako je, npr., u predmetu “Kreil”²² Evropski sud pravde smatrao da, iako postoji opravdanje da se za određene pozicije unutar vojnih struktura Bundeswehra utvrde kriteriji koji bi u praksi isključili osobe jednog spola zbog cilja nacionalne sigurnosti, pravilo prema kojem bi se samo zbog njihovog spola odbila prijava osoba za obavljanje službe u vojsci ne zadovoljava princip proporcionalnosti, posebno iz razloga što se gospođa Kreil u konkretnom predmetu prijavila na radno mjesto vojnog inženjera elektrotehnike.

U drugom primjeru, kod utvrđivanja gornje granice za obavljanje poslova u vatrogasnim jedinicama u predmetu “Wolf”²³, Evropski sud pravde detaljno je razmatrao opravdanost pravila prema kojem se za prijavu od svih kandidata tražilo da su mlađi od 30 godina. Sud je kao opravdanje prihvatio razlog osiguravanja pune funkcionalnosti i operativnosti vatrogasnih jedinica, što, prema Sudu, predstavlja objektivan cilj. Utvrđeno je da poslovi vatrogasaca zahtijevaju natprosječne fizičke

²² European Court of Justice (ECJ), *Kreil vs. Bundesrepublik Deutschland*, 11. 1. 2000.

²³ European Court of Justice (ECJ), *Wolf vs. Stadt Frankfurt am Main*, 12. 1. 2010.

sposobnosti, te se stoga mogu smatrati stvarnim i određujućim kriterijem za zaposlenje. Sud je također nakon izvedenih dokaza bio uvjeren da su ove fizičke osobine bile vezane za godine i, konačno, da je različito postupanje na osnovu godina proporcionalno cilju koji se želi postići. Naime, vatrogasci u periodu od 15 do 20 godina nakon navršenih 30 godina mogu obavljati najteže poslove svog poziva, što se jedino može smatrati dovoljno dugim periodom u tom kontekstu, naročito imajući u vidu da je konkretnom pozicijom predviđena i obavezna dvogodišnja inicijalna obuka za vatrogasce.

Opravdanje na osnovu vjeroispovijesti i uvjerenja

Direktiva Vijeća 2000/78/EZ izričito dopušta da se u određenim okolnostima omogući organizacijama zasnovanim na “vjeri” ili “uvjerenju” da postupe različito prema osobama zbog njihove vjere ili uvjerenja. Prema Direktivi, to neće predstavljati diskriminaciju u slučaju kada, zbog prirode tih poslova ili okolnosti u kojima se obavljaju, vjera ili uvjerenje određene osobe predstavljaju stvarni, legitiman i opravdan kriterij za obavljanje tog zanimanja, uzimajući u obzir sistem vrijednosti te organizacije. Ovaj je izuzetak primjenjiv i na druge poslodavce čiji se “sistem vrijednosti zasniva na vjeri ili uvjerenju i koji djeluju u skladu s nacionalnim ustavima i zakonima, da od osoba koje zapošljavaju zahtijevaju rad u dobroj vjeri i odanost duhu te organizacije”²⁴.

Ovi se izuzeci odnose na organizacije zasnovane na vjeri i omogućavaju im da uskrate, naprimjer, zapošljavanje ženama na mjesto svećenika, pastora ili vjerskih službenika ako je to u sukobu s naukom određene vjere. Prilikom utvrđivanja ovog izuzetka balansirano je pravo na slobodu vjere i uvjerenja u kontekstu zapošljavanja. Ipak, treba naglasiti da se i ovaj izuzetak može primijeniti samo ukoliko predstavlja stvarni, legitiman i opravdan kriterij za obavljanje tog zanimanja. Tako bi, npr., bilo prihvatljivo da se zahtijeva da imam bude osoba muslimanske vjeroispovijesti, ali uslov da, naprimjer, osoba na održavanju čistoće prostorija u vjerskim objektima također mora biti muslimanske vjeroispovijesti sasvim sigurno ne bi bio opravdan.

²⁴ “Direktiva Vijeća 2000/78/EZ”, član 6, stav 1, tačka (a); član 4, stav 2.

Također je vrlo vjerovatno da će se pripadnost konkretnoj vjeri smatrati *stvarnim, legitimnim i opravdanim kriterijem* za obavljanje poslova vjeroučitelja. Ipak, i kod ovog izuzetka potrebno je, pored dokazivanja da zapošljavanje osobe drugačije vjere ili uvjerenja predstavlja stvarni, legitiman i opravdan kriterij za obavljanje poslova vjeroučitelja, dokazati da bi zapošljavanje osobe koja ne ispunjava te uslove imalo direktan utjecaj na sistem vrijednosti²⁵.

Iako se pred Evropskim sudom pravde do sada nisu pojavljivali predmeti u vezi sa ovim izuzecima²⁶, praksa Evropskog suda za ljudska prava pokazuje da i stav ove sudske instance u vezi sa navedenim pitanjem suštinski prati standarde Direktiva. U predmetu “Fernandez Martinez protiv Španije”²⁷ Evropski sud za ljudska prava zauzeo je stav da vjerske zajednice i crkve moraju imati pravo da zapošljavaju i otpuštaju svoje osoblje u skladu sa svojim vjerskim uvjerenjima. U ovom predmetu aplikant je radio kao svećenik i, kada je zatražio prekid celibata radi zaključenja braka, razriješen je svećeničke dužnosti, uključujući i vjeroučiteljsku dužnost. Kako je Sud istakao:

“Sasvim je razumljivo da Crkva ili vjerska zajednica očekuje određenu lojalnost od vjeroučitelja, jer bi se oni mogli smatrati njenim predstavnicima. Neusklađenost između ideja koje se podučavaju i ličnih uvjerenja nastavnika moglo bi otvoriti pitanje kredibiliteta ako nastavnik aktivno i javno osporava te ideje.”²⁸

Evropski sud za ljudska prava je stoga zauzeo stav da vjerske zajednice i crkve moraju imati pravo da zapošljavaju i otpuštaju svoje ključno osoblje u skladu sa svojim vjerskim uvjerenjima. Ipak, kasnija jurisprudencija²⁹ u

²⁵ Ibid.

²⁶ Evropski sud za ljudska prava i Agencija Evropske unije za temeljna prava, *Priručnik o evropskom antidiskriminacijskom pravu: ažurirana sudska praksa* (Njemačka zaklada za međunarodnu pravnu saradnju, 2010), str. 49.

²⁷ European Court for Human Rights (ECtHR), *Fernandez Martinez vs. Spain*, 12. 6. 2014.

²⁸ Ibid., paragraf 137.

²⁹ Vidjeti, npr., European Court for Human Rights (ECtHR), *Obst vs. Germany*, 23. 12. 2010, te European Court for Human Rights (ECtHR), *Schüth vs. Germany*, 23. 12. 2010.

određenoj je mjeri relativizirala ovaj izuzetak i donijela dodatne kriterije, odnosno faktore koje treba uzeti u obzir pri balansiranju različitih prava i interesa u takvim situacijama. Među tim faktorima naročito se ističu značaj konkretne pozicije ili ponašanja za dotičnu vjersku i sličnu zajednicu, utjecaj nastavka zaposlenja na kredibilitet vjerske institucije u afirmiranju njenih uvjerenja, ali i dostupnost alternativnih opcija za zaposlenje, te pravo na privatni i porodični život konkretnog uposlenika³⁰.

Opravdanje na osnovu dobi

Članom 6. Direktive Vijeća 2000/78/EZ utvrđeni su uslovi pod kojima se može opravdati različito postupanje na osnovu dobi u kontekstu zapošljavanja. Stavom 1 ovog člana utvrđeni su opći uslovi pod kojima bi se različito postupanje na osnovu dobi moglo opravdati:

- razlike su objektivno i razumno opravdane legitimnim ciljem,
- načini ostvarivanja tog cilja su primjereni i nužni.

Pored toga, u nastavku istog člana ponuđena je ilustrativna lista takvih dozvoljenih razlika u tretmanu, koja se okvirno odnosi na politiku zapošljavanja, kao što su “postavljanje posebnih uvjeta za pristup zapošljavanju i strukovnom osposobljavanju, za zapošljavanje i obavljanje zanimanja, uključujući uvjete u pogledu otkaza i naknada za rad, za mlade osobe, starije radnike i osobe koje su dužne skrbiti o drugima, radi poticanja njihove strukovne integracije ili osiguranja njihove zaštite”³¹. Direktiva u istom kontekstu predviđa i “određivanje minimalnih uvjeta u pogledu dobi, radnog iskustva ili godina provedenih u službi za pristup zapošljavanju ili određenim prednostima vezanim uz zaposlenje”³² ili “određivanje najviše dobi za zapošljavanje, koja se temelji na zahtjevima obuke za određeno radno mjesto ili na potrebi postojanja razumnog razdoblja zaposlenja prije umirovljenja”³³. Stav

³⁰ Strasbourg Consortium, “European Court Issues Rulings in Two German Church Employment Cases”, septembar 2010.

³¹ “Direktiva Vijeća 2000/78/EZ”, član 6, stav 1, tačka (a).

³² Ibid., tačka (b).

³³ Ibid., tačka (c).

(2) člana 6. dodatno definira da se utvrđivanje dobi za penzionisanje ili stjecanje prava na starosnu ili invalidsku penziju ili korištenje mjerila starosti u aktuarskim obračunima neće smatrati diskriminacijom na osnovu dobi.

Iako je lista izuzetaka na osnovu dobi dosta široka, te je ostavljena otvorenom, ipak se mora uzeti u obzir da svi navedeni primjeri podliježu analizi od slučaja do slučaja, te da i dalje moraju biti objektivno i razumno opravdani legitimnim ciljem, te ostvareni u skladu sa kriterijima primjerenosti i nužnosti. Tako je Evropski sud u nekoliko predmeta razmatrao da li obavezno penzionisanje navršenjem određenih godina starosti predstavlja diskriminaciju na osnovu dobi. U predmetu “Palacios de la Villa”³⁴ Sud je prvi put razmatrao ovo pitanje i zaključio da je ovo pravilo uvedeno radi kontrole nezaposlenosti i radi bolje međugeneracijske raspodjele rada, što predstavlja legitiman cilj. Sud je također u ovom konkretnom slučaju smatrao da je ovakva mjera “primjerena i nužna”, zaključivši, između ostalog, da je ovo pravilo utvrđeno kolektivnim ugovorom između sindikata i organizacija poslodavaca, te da se i iznos penzije mogao smatrati razumnim.

3. Izazovi u utvrđivanju opravdanosti različitog tretmana u skladu sa Zakonom o zabrani diskriminacije u Bosni i Hercegovini

3.1. Direktive EU i Zakon o zabrani diskriminacije

Ključni izuzeci

Kako je već navedeno, Zakon o zabrani diskriminacije je u članu 5. definirao izuzetke od principa jednakog postupanja. Prilikom utvrđivanja izuzetaka naš zakonodavac se uglavnom vodio izuzecima za direktnu diskriminaciju koji su definirani u direktivama EU, ali je članom 5. lista dodatno proširena.

³⁴ European Court of Justice (ECJ), *Palacios de la Villa vs. Cortefiel Servicios SA*, 16.10.2010.

Najprije, Zakonom su utvrđena sva tri izuzetka predviđena direktivama:

Stvarni i određujući kriterij za zapošljavanje	Član 5, stav (1). tačka b)
Opravdanje na osnovu vjeroispovijesti i uvjerenja	Član 5, stav (1), tačka c) i tačka h)
Opravdanje na osnovu dobi	Član 5, stav (1), tačka d)

Izuzeci koji se odnose na stvarni i određujući kriterij za zapošljavanje i opravdanje na osnovu vjere i uvjerenja u najvećoj mjeri prate slovo direktiva.³⁵

Značajna odstupanja, međutim, postoje kod opravdanja na osnovu dobi. Naime, fokus člana 5, stav (1), tačka d), samo je na maksimalnoj dobi “najprimjerenijoj za prekid radnog odnosa i određenje starosne dobi kao uslova za penzionisanje”, što ne obuhvata i druge, gore navedene, situacije koje su pokrivene direktivama. Tako, npr., različit tretman iz spomenutog predmeta “Wolf”, ukoliko bi se sagledavao iz ugla samo ovog izuzetka iz Zakona o zabrani diskriminacije, potencijalno ne bi mogao biti opravdan. Isto tako, određivanje “minimalnih uslova u pogledu dobi, radnog iskustva ili godina provedenih u službi za pristup zapošljavanju ili određenim prednostima vezanim uz zaposlenje”, što je u relevantnoj Direktivi navedeno kao izuzetak, također ne bi imalo eksplicitno opravdanje prema ovom zakonu. Stoga bi svaki kriterij koji poslodavac definira kao godine radnog iskustva (npr., minimalno pet godina iskustva na određenim poslovima i sl.), a koji bi doveo mlađe osobe u različit – nepovoljan – položaj potencijalno mogao biti proglašen diskriminatornim. Postavlja se i pitanje da li bi se mjera koja bi se, npr., odnosila na zapošljavanje mladih osoba mogla opravdati u skladu sa ovom odredbom Zakona, osim ako ne bi bilo utvrđeno opravdanje u skladu sa tačkom a) ovog člana, a koja definira privremene mjere za sprečavanje ili naknadu štete koju osobe trpe, a naročito za pripadnike ugroženih grupa, kakve su žene, mladi, osobe sa invaliditetom i sl. Sumarno govoreći, s obzirom na način na koji je formuliran član 5,

³⁵ Za neke, potencijalno značajne, razlike i detalje vidjeti više u Tena Šimonović Einwalter i Goran Selanec, *Usklađivanje Zakona o zabrani diskriminacije BiH sa pravnom stečevinom EU: stručna analiza usklađenosti* (Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar, 2015), str. 21–24.

odgovor na ovo pitanje nije sasvim jasan i zavisit će od pristupa koji će sudovi zauzeti u svojoj praksi. Aktuelne Izmjene i dopune Zakona o zabrani diskriminacije ne odnose se na spomenuti član, tako da će, po svemu sudeći, za njegovo usklađivanje sa relevantnim standardima EU biti potrebna nova intervencija zakonodavca.

Ostali izuzeci u bosanskohercegovačkom kontekstu

Pored navedenih, članom 5. definirani su i sljedeći izuzeci:

Privremene posebne mjere	Član 5, stav (1), tačka a)
Mjere razumnog prilagođavanja	Član 5, stav (1), tačka f)
Različito postupanje na osnovu državljanstva	Član 5, stav (1), tačka e)
Različito postupanje u pristupu pravima i obavezama iz porodičnog odnosa	Član 5, stav (1), tačka g)

Na ovaj način omogućeno je opravdanje i dodatnih situacija koje direktivama nisu definirane kao izuzeci, već kao mjere koje teže osiguravanju ravnopravnosti (privremene posebne mjere, mjere razumnog prilagođavanja i različito postupanje na osnovu državljanstva). S druge strane, različito postupanje u pristupu pravima i obavezama iz porodičnog odnosa uopće nije oblast koja je definirana direktivama. Izuzetak vezan za državljanstvo također je predviđen Direktivom 2000/43/EC u njenom članu 3, stav 2, ali se taj izuzetak odnosi na osobe koje imaju državljanstvo trećih država s obzirom na to da je diskriminacija na osnovu državljanstva država članica EU zabranjena primarnim pravom Evropske unije³⁶. Stoga se postojanje ovog izuzetka u Zakonu o zabrani diskriminacije BiH ne može smatrati analognim u odnosu na pravo EU, pa postoji potreba daljnjeg usaglašavanja ovog zakona u pristupnom procesu kako bi se osigurala primjena pune zaštite od diskriminacije svim državljanima EU.

Izuzetak koji se tiče različitog postupanja u pristupu pravima i obavezama iz porodičnog odnosa nije zasnovan ni u praksi Evropskog

³⁶ Vidjeti Sarajevski otvoreni centar i Agencija za ravnopravnost spolova BiH, *Prijedlog za izmjene i dopune Zakona o zabrani diskriminacije BiH* (Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar, 2015).

suda za ljudska prava ni u pravu Evropske unije. Kako Kadribašić navodi,³⁷ ovaj je izuzetak utvrđen amandmanom u parlamentarnoj proceduri nakon diskusije koja je za cilj imala isključivanje primjene Zakona o zabrani diskriminacije u kontekstu zaštite braka shvaćenog kao zajednice muškarca i žene. Ono što ovaj izuzetak čini problematičnim jeste činjenica da prije svega nije zasnovan na direktivama EU, kao i to što isključuje primjenu Zakona o zabrani diskriminacije na svako pitanje koje je uređeno porodičnim zakonima. Iako se čini da je namjera zakonodavca u ovom dijelu bila isključiti primjenu ovog zakona prema osobama istog spola, na identičan će se način ova neutralno postavljena odredba primjenjivati i na sve druge osnove. Tako bi se, npr., pravilo iz člana 43. Porodičnog zakona Federacije BiH, prema kojem “*muž nema pravo na tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene ili dok njihovo dijete ne navrši tri godine života*” također moglo podvesti pod ovaj izuzetak, iako je Ustavni sud BiH, primjenjujući odredbe Ustava BiH i koristeći standarde iz prakse Evropskog suda za ljudska prava, utvrdio da je u takvom slučaju došlo do kršenja zabrane diskriminacije iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije.³⁸

Istovremeno, ukoliko se uzme da bi se Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama trebala prioritarno i direktno primjenjivati u BiH, ali i da Ustavni sud BiH član II/4 tumači u skladu sa standardima člana 14. i Protokola 12 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, postavlja se pitanje koji će pravni okvir sudovi primjenjivati ukoliko se npr. istospolnim partnerima odbije usvajanje djeteta ili ukoliko se odbije zahtjev za privremeni boravak istospolnom partneru³⁹: Zakon o zabrani diskriminacije ili standarde koje je utvrdio Evropski sud za ljudska prava? Drugim riječima, u ovakvim će situacijama redovni sudovi, po svemu sudeći, postupati mimo Ustava BiH i donositi zakonite, a neustavne odluke. Do otklanjanja ove dileme od strane zakonodavca, postupajući redovni sudovi svakako bi mogli ili direktno primijeniti Evropsku konvenciju o ljudskim pravima ili predočiti ustavno pitanje

³⁷ Adnan Kadribašić, “Developing Equality Legislation in Divided Societies: the Case of Bosnia and Herzegovina”, *The Equal Rights Review* 10, (2013), str. 59–79.

³⁸ Ustavni sud BiH, Predmet broj AP 369/10, 24. 5. 2013.

³⁹ Vidjeti European Court for Human Rights (ECtHR), *Pajić vs. Croatia*, 23. 2. 2016.

usklađenosti ovog izuzetka sa Ustavom BiH, Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima Ustavnom sudu BiH⁴⁰. No, u tom kontekstu svakako obeshrabruje činjenica da, kao što je poznato, ni direktna primjena Evropske konvencije, niti praksa obraćanja redovnih sudova ustavnim sudovima nije zaživjela u pravnom sistemu BiH.

4. Zaključna razmatranja

Pozitivan aspekt člana 5. Zakona o zabrani diskriminacije jeste činjenica da je, u skladu sa praksom Evropskog suda za ljudska prava i pravom EU, definirao granice izuzetaka od principa jednakog tretmana. Stoga bi se svaki od navedenih izuzetaka trebao sagledavati iz ugla zakonitosti, nužnosti i objektivnosti cilja i odnosa proporcionalnosti. To istovremeno znači da će redovni sudovi u BiH, kao i dva evropska suda detaljno morati razmatrati činjenice svakog pojedinačnog slučaja, te da će na osnovu vlastite procjene odlučivati o granicama različitog postupanja. Kao što smo vidjeli, te granice se pomjeraju i na evropskom nivou, te ne postoji univerzalno rješenje za svaku situaciju. Sa druge strane, postavlja se pitanje osposobljenosti sudova i sudija u BiH da utvrđuju gdje počinju, a gdje završavaju granice mogućeg opravdanja različitog postupanja za navedene izuzetke. Do donošenja Zakona o zabrani diskriminacije o ovim pitanjima uglavnom je odlučivao Ustavni sud BiH, koji je primjenjivao relevantne standarde Evropskog suda za ljudska prava. Upravo takav pristup trebao bi biti primjenjiv i na redovne sudove, jer je praksa Ustavnog suda BiH dostupna i na jezicima BiH, a sve više odluka Evropskog suda za ljudska prava se može čitati na jezicima koji su u upotrebi u BiH ili na nekom od jezika koji se koriste u zemljama regije.

⁴⁰ "Ustav Bosne i Hercegovine", član VI, stav 3, tačka (c).

Bibliografija

Knjige i članci

1. Berry, Stephanie. "SAS v France: Does Anything Remain of the Right to Manifest Religion?". *European Journal of International Law*, 2. 7. 2014. www.ejiltalk.org/sas-v-france-does-anything-remain-of-the-right-to-manifest-religion (stranica posjećena 10. 2. 2016).
2. Evropski sud za ljudska prava, i Agencija Europske unije za temeljna prava. *Priručnik o evropskom antidiskriminacijskom pravu: ažurirana sudska praksa*. Njemačka zaklada za međunarodnu pravnu saradnju, 2010. http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrim_law_HRV_2.pdf (stranica posjećena 15. 2. 2016).
3. Kadribašić, Adnan. "Developing Equality Legislation in Divided Societies: the Case of Bosnia and Herzegovina". *The Equal Rights Review* 10, (2013), str. 59–79.
4. Sarajevski otvoreni centar, i Agencija za ravnopravnost spolova BiH. *Prijedlog za izmjene i dopune Zakona o zabrani diskriminacije BiH*. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar, 2015.
5. Strasbourg Consortium. "European Court Issues Rulings in Two German Church Employment Cases", septembar 2010. <http://www.strasbourgconsortium.org/index.php?pagelid=14&linkid=9&contentid=43&blurbid=1035> (stranica posjećena 9. 5. 2016).
6. Šimonović Einwalter, Tena, i Goran Selanec. *Usklađivanje Zakona o zabrani diskriminacije BiH sa pravnom stečevinom EU: stručna analiza usklađenosti*. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar, 2015. http://soc.ba/site/wp-content/uploads/2015/03/Diskriminacija_final_WEB.pdf (stranica posjećena 5. 5. 2016. godine).
7. "Visa Liberalisation with Bosnia and Herzegovina: Roadmap". European Stability Initiative. <http://www.esiweb.org/pdf/White%20List%20Project%20Paper%20-%20Roadmap%20Bosnia.pdf> (stranica posjećena 26. 1. 2016).

Propisi i sudska praksa

1. "Direktiva Vijeća 2000/43/EZ". *Službeni list Europske unije* L 180/22, 29. 6. 2000.
2. "Direktiva Vijeća 2000/78/EZ". *Službeni list Europske unije* L 303/16, 27. 11. 2000.

3. European Court for Human Rights (ECtHR). *Abdulaziz, Cabales and Balkandali vs. United Kingdom*. Aplikacije br. 9214/80, 9473/81 i 9474/81, 28. 5. 1985.
4. European Court for Human Rights (ECtHR). *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" vs. Belgium*. Aplikacije br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/62, 1994/63 i 2126/64, 23. 7. 1968.
5. European Court for Human Rights (ECtHR). *E. B. vs. France*. Aplikacija br. 43546/02, 22. 1. 2008.
6. European Court for Human Rights (ECtHR). *Fernandez Martinez vs. Spain*. Aplikacija br. 56030/07, 12. 6. 2014.
7. European Court for Human Rights (ECtHR). *Frette vs. France*. Aplikacija br. 36515/97, 26. 5. 2002.
8. European Court for Human Rights (ECtHR). *Gaygusuz vs. Austria*. Aplikacija br. 17371/90, 16. 9. 1996.
9. European Court for Human Rights (ECtHR). *Glor vs. Switzerland*. Aplikacija br. 13444/04, 6. 11. 2009.
10. European Court for Human Rights (ECtHR). *Obst vs. Germany*. Aplikacija br. 425/03, 23. 12. 2010.
11. European Court for Human Rights (ECtHR). *Pajić vs. Croatia*. Aplikacija br. 68453/13, 23. 2. 2016.
12. European Court for Human Rights (ECtHR). *S.A.S. vs. France*. Aplikacija br. 43835/11, 1. 7. 2014.
13. European Court for Human Rights (ECtHR). *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*. Aplikacija br. 33290/96, 21. 3. 2000.
14. European Court for Human Rights (ECtHR). *Schüth vs. Germany*. Aplikacija br. 1620/03, 23. 12. 2010.
15. European Court for Human Rights (ECtHR). *Timishev vs. Russia*. Aplikacije br. 55762/00 i 55974/00, 13. 3. 2006.
16. European Court for Human Rights (ECtHR). *Tyler vs. United Kingdom*. Aplikacija br. 5856/72, 25. 4. 1978.
17. European Court of Justice (ECJ). *Kreil vs. Bundesrepublik Deutschland*. Predmet C-285/98, 11. 1. 2000.
18. European Court of Justice (ECJ). *Lommers vs. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*. Predmet C-476/99, 19. 3. 2002.
19. European Court of Justice (ECJ). *Palacios de la Villa vs. Cortefiel Servicios SA*. Predmet C-411/05, 16. 10. 2010.

20. European Court of Justice (ECJ). *Wolf vs. Stadt Frankfurt am Main*. Predmet C-229/08, 12. 1. 2010.
21. "Ustav Bosne i Hercegovine". http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf (stranica posjećena 26. 1. 2016).
22. Ustavni sud BiH. Predmet broj AP 369/10, 24. 5. 2013.
23. "Zakon o zabrani diskriminacije BiH". *Službeni glasnik BiH* 59/09.

AMILA KURTOVIĆ

Zabrana nošenja vjerskih obilježja na radnom mjestu: perspektiva Suda pravde Evropske unije

1. Uvod

Već decenijama je marama ili hidžab tema šire društvene, a u posljednje vrijeme i pravne polemike u nekoliko evropskih država, naročito u Belgiji i Francuskoj. To nije iznenađujuće kada se uzme u obzir da obje te države na svojim prostorima imaju dugu tradiciju islama, te brojne muslimanske zajednice koje zahtijevaju poštivanje svojih vjerskih uvjerenja. Uprkos tome, ni Belgija ni Francuska ne djeluju odveć otvorene prema vjerskoj raznolikosti svojih stanovnika. Takav stav se često opravdava zahtjevima “vjerske neutralnosti” ili sekularizma. Neutralni pristup države religiji između ostalog podrazumijeva da niti jedna religija ne smije imati utjecaja na državna pitanja. Jedna od posljedica takvog pristupa u ovim dvjema državama je i zabrana nošenja vjerskih simbola na radnom mjestu za javne službenike, što – kako se u praksi pokazalo – najviše dotiče pokrivene žene muslimanke. Osim državne službe, zabrane nošenja hidžaba, odnosno drugih vjerskih obilježja, uvele su i škole, ugostiteljski i sportski objekti, a sada i poslodavci privatnog sektora, formulirajući ih kao zabrane nošenja pokrivala za glavu ili generalne zabrane nošenja vjerskih obilježja i odjeće. Takve prakse su u mnogim slučajevima svojim odlukama podržali i nacionalni sudovi.

Odrediti granicu do koje pluralističke države mogu zahtijevati od stanovnika da se suzdrže od ispoljavanja svojih religijskih identiteta i uvjerenja na radnom mjestu nikada nije bio jednostavan zadatak, prvenstveno imajući u vidu različite modele sekularnog uređenja država. Kako je neodvojivo obilježje sekularno uređenih država princip neutralnosti, tako i različite države imaju različite pristupe

konceptualiziranju i prakticiranju neutralnosti u oblasti radnih odnosa. Kanada i Quebec, kao i Sjedinjene Američke Države, poznaju princip razumne prilagodbe (tzv. *reasonable accommodation*), prema kojem bi se poslodavac u slučaju postojanja politike ili prakse koja ima štetne posljedice za pojedinca trebao, ukoliko je to moguće, u razumnoj mjeri prilagoditi pojedincu, bez nesrazmjernog opterećivanja. S druge strane, kao što je spomenuto, temeljni, ustavom garantirani princip Francuske je sekularizam, u kojem je država potpuno odvojena od vjerskog utjecaja, što vrijedi i u domeni radnog prava, gdje poslodavci ne toleriraju nošenje vjerskih obilježja tokom radnog vremena. U Njemačkoj princip sekularizma ima slabije konture nego u Francuskoj, s tolerantnim pristupom javnom ispoljavanju vjerskih uvjerenja, dok privatni poslodavci prihvataju nošenje vjerskih simbola sve dok to ne utječe negativno na sam proces rada. U kontekstu navedenih razlika u nijansama principa neutralnosti, i Evropski sud za ljudska prava (ESLjP) u više je navrata naglasio da upravo u domenu vjerskih sloboda države uživaju široko polje diskrecione ocjene (*margin of appreciation*).

Otkako se pitanje uloge religije u društvu sve više vezuje za goruća politička pitanja kao što su migracije, rodna ravnopravnost, nacionalni identitet, pa i nacionalna sigurnost, balansiranje neutralnosti i prava na manifestiranje religije je postalo još kompleksniji zadatak. S aspekta sigurnosti u javnom prostoru, kao i društvene komunikacije koja je neophodna za kohabitaciju (odnosno, kako ESLjP navodi, *living together*), lako se može opravdati zabrana nošenja nikaba (marame koja prekriva kompletno lice, izuzev očiju), što je utvrdio i ESLjP¹

O zabranama nošenja vjerskih obilježja sudovi raspravljaju u kontekstu povrede slobode vjere, te zabrane diskriminacije na osnovu vjere. Tako je Evropski sud za ljudska prava već razvio značajnu jurisprudenciju u ovoj oblasti, uključujući i onu koja se odnosi na problematiku nošenja vjerskih obilježja u javnosti, pa i na radnom mjestu. U većini predmeta sud je zauzeo stajalište da su zabrane nošenja vjerskih obilježja bile u okviru diskrecione ocjene države (*margin of appreciation*),² te je podržao princip

¹ European Court of Human Rights (ECtHR), *S.A.S. vs. France*, 1. 7. 2014.

² European Court of Human Rights (ECtHR), *Ebrahimian vs. France*, 26. 2. 2016. i ECtHR, *S.A.S v. France*.

neutralnosti i sekularizma uglavnom u predmetima koji su se odnosili na nošenje vjerskih obilježja u javnim obrazovnim institucijama³ ili od strane javnih službenika općenito⁴. Ipak, sud svojom praksom nije uspio razjasniti koje države se mogu osloniti na princip neutralnosti i sekularizma kao razlog za ograničavanje slobode vjere svojih stanovnika. U predmetu *Ebrahimian protiv Francuske*, naprimjer, u kojem je prihvaćen argument neutralnosti i sekularizma države, sud je naglasio da je prihvatio striktnu primjenu principa sekularizma i neutralnosti tamo gdje su oni temeljna načela države, kao što je to slučaj u Francuskoj.⁵ Ovim obrazloženjem sud sugerira da bi primijenio strožiji pristup neutralnosti u predmetima u kojima se na taj princip pozivaju države u kojima sekularizam nema takav temeljni ustavni položaj i tradiciju kao u Francuskoj. Dakle, sud nije razjasnio do koje granice druge države, u kojima je princip sekularizma manje ukorijenjen, mogu upotrijebiti neutralnost kao argument za ograničenja slobode vjere.

Pored toga, od posebnog značaja za dalju praksu suda u ovoj oblasti je razlikovanje između javnih službenika i građana u pogledu opravdanosti zahtjeva za neutralnošću i eliminiranjem vjerskih obilježja. Tako je u decembru 2017. godine u predmetu *Hamidović protiv Bosne i Hercegovine*⁶, koji se ticao svjedoka koji je prilikom svjedočenja odbio skinuti muško muslimansko vjersko obilježje (kapu) te je zbog toga novčano kažnjen, sud istakao da za razliku od privatnih građana, što je u ovom slučaju aplikant, javni službenici mogu imati obavezu da se pridržavaju neutralnosti i nepristrasnosti, uključujući dužnost da ne nose vjerska obilježja prilikom vršenja službene dužnosti.⁷

Iako sud u kontekstu diskrecione ocjene države i principa neutralnosti i sekularizma u pravilu ne nalazi povrede člana 9. (pravo na slobodu vjere) i člana 14. (zabrana diskriminacije) Evropske konvencije o ljudskim pravima ("EKLJP" ili "Konvencija"), ipak je u jednom predmetu pronašao kršenje

³ European Court of Human Rights (ECtHR), *Leyla Sahin vs. Turkey*, 10. 11. 2005.

⁴ ECtHR, *Ebrahimian v. France*.

⁵ Ibid., paragraf 67.

⁶ European Court of Human Rights (ECtHR), *Hamidović vs. Bosnia and Herzegovina*, 5. 12. 2017.

⁷ Ibid., paragraf 40.

prava na slobodu vjere. U predmetu koji se odnosio na zabranu nošenja križa na radnom mjestu za radnicu zaposlenu u privatnom sektoru⁸, sud je zaključio da, iako je cilj zabrane bio legitiman (očuvanje korporativnog imidža), nacionalni sudovi ipak nisu izvršili pravedno balansiranje interesa aplikantice da ispolji svoje vjersko uvjerenje pred drugim ljudima i interesa poslodavca da prikaže određeni poslovni imidž. Drugim riječima, želji poslodavca je u konkretnom slučaju dat prevelik značaj. Pri ovoj ocjeni, sud se vodio činjenicom da je križ diskretan simbol koji nije mogao narušiti poslovni izgled aplikantice; radnicima je dozvoljeno da nose druga vjerska obilježja, npr. hidžabe, a nije dokumentiran nikakav negativni utjecaj nošenja tih obilježja na poslovni imidž poslodavca, zbog čega je trebao prevagnuti interes aplikantice.⁹

Pošto je u državama članicama Evropske unije antidiskriminacijski pravni okvir u najvećem dijelu preuzet iz prava EU, a nacionalni sudovi država članica su dužni osigurati njegovu pravilnu primjenu, bilo je samo pitanje vremena kada će zabrana nošenja hidžaba doći pred Sud pravde Evropske unije kroz proceduru prethodne odluke, odnosno tumačenja prava. Ova procedura državama članicama omogućuje da se, u slučaju nedoumice nacionalnih sudova u vezi sa tumačenjem nekog aspekta prava EU obrate Sudu za pojašnjenje, čime se može utvrditi da li su neki nacionalni zakon ili praksa usklađeni sa pravom EU.

Tako je u martu 2017. godine, skoro sedamnaest godina nakon donošenja Direktive Vijeća o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja¹⁰ ("Direktiva"), Sud pravde Evropske unije u dva odvojena predmeta (*Achbita*¹¹ i *Bougnaoui*¹²) po prvi put razmatrao diskriminaciju na osnovu vjere, odnosno pokušao dati

⁸ European Court of Human Rights (ECtHR), *Eweida and Others vs. The United Kingdom*, 27. 5. 2013.

⁹ Ibid., paragraf 94.

¹⁰ "Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja", *Službeni list Europskih zajednica* L 303/16, 2. 12. 2000.

¹¹ European Court of Justice (ECJ), *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding vs. G4S Secure Solutions NV*, 14. 3. 2017.

¹² European Court of Justice (ECJ), *Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) vs. Micropole SA*, 14. 3. 2017.

pojašnjenje po pitanju tumačenja Direktive u ovoj oblasti. Povod tome su bila obraćanja belgijskog i francuskog kasacijskog suda za pojašnjenje u vezi s tumačenjem Direktive po pitanju zabrane diskriminacije u obavljanju zanimanja na osnovu vjere. Imajući u vidu važnost ove problematike i činjenicu da se o njoj tada po prvi put odlučivalo na ovoj instanci, Sud pravde je predmete odmah uputio Velikom vijeću. Time je Evropski sud za ljudska prava dobio saigrača na terenu na kojem se odlučuje o ostvarivanju prava na slobodu vjere i zaštiti od diskriminacije na osnovu vjere.

2. *Achbita* i *Bougnaoui* – činjenično stanje

U činjeničnom smislu se između ova dva predmeta javljaju male ali bitne razlike. U oba se predmeta radi o ženama čiji su opisi posla podrazumijevali rad sa klijentima, a koje su otpuštene jer nisu pristale da na zahtjev svojih poslodavaca skinu marame na radnom mjestu.

Achbita je bila recepcionarka u kompaniji koja se između ostalog bavi i uslugama recepcije. Hidžab je i u profesionalnoj sferi počela nositi tokom četvrte godine na tom radnom mjestu, nakon čega ju je poslodavac upozorio da to nije u skladu sa politikom neutralnosti kompanije, koja je u tom momentu bila samo nepisano pravilo. Nedugo zatim, pravilo je našlo svoje mjesto u internom pravilniku preduzeća kao zabrana “radnicima na radnom mjestu (...) da nose vidljive simbole svojih političkih, filozofskih ili vjerskih uvjerenja odnosno vrše sve obrede koji iz njih proizlaze”, a *Achbita* je otpuštena zbog nepridržavanja tog pravila. Pravdu je zatražila pred belgijskim radnim sudom, ali bez uspjeha. Nakon toga se obratila sudu više instance, koji je predmet uputio Evropskom sudu pravde sa pitanjem da li zabranu nošenja marame na radnom mjestu uposlenici islamske vjeroispovijesti trebaju posmatrati kao direktnu diskriminaciju, kada poslodavac svim zaposlenicima zabrani nošenje vidljivih obilježja političkih, filozofskih ili vjerskih uvjerenja na radnom mjestu.

U predmetu *Bougnaoui* poslodavac – konsultantska kompanija “Micropole” – od zaposlenice je zatražio da ne nosi hidžab na radnom mjestu, nakon što se jedan od klijenata požalio da je njena marama uznemirila neke od njegovih uposlenika. *Bougnaoui* na taj zahtjev nije pristala, zbog čega joj je uručen otkaz. Postupak protiv *Micropolea* je

dospio do francuskog Kasacijskog suda, koji je Sudu pravde Evropske unije uputio pitanje da li se želja klijenta da mu usluge ne pruža uposlenica koja nosi maramu može smatrati stvarnim i odlučujućim uvjetom obavljanja zanimanja u smislu Direktive EZ 2000/78, odnosno direktnom diskriminacijom na osnovu vjere.

3. Direktna ili indirektna diskriminacija

Utvrđivanje direktne ili indirektno diskriminacije nije samo akademsko pitanje ili stvar konceptualne dosljednosti. Važno je i iz perspektive naknade nematerijalne štete, koja u slučaju direktne diskriminacije često podrazumijeva viši iznos nego kada se utvrdi indirektna diskriminacija. Osim toga, definiranje diskriminacije je značajno i zbog spektra dostupnih opravdanja za različito postupanje.

Prema Direktivi EZ 2000/78, diskriminacija (na osnovu vjere ili uvjerenja) direktna je u slučaju kada se prema nekoj osobi postupa lošije nego prema drugoj upravo zbog njene vjere ili uvjerenja.¹³ Takva razlika u postupanju se može opravdati samo ako je riječ o stvarnom i odlučujućem uvjetu obavljanja zanimanja.¹⁴ Tako je npr. u predmetu *Wolf v. Stadt*, Sud pravde Evropske unije zauzeo stav da Direktivom nije zabranjeno pravilo po kojem se u vatrogasnoj službi za operativni rad, odnosno poslove gašenja požara, mogu zaposliti samo radnici sa najviše 30 navršenih godina života, jer fizička sprema predstavlja stvarni i odlučujući uvjet za obavljanje te vrste zanimanja.¹⁵

S druge strane, o indirektnoj diskriminaciji na osnovu vjere je riječ kada naizgled neutralne odredbe, kriteriji ili postupanje dovedu u neravnopravan položaj osobe određene vjere ili uvjerenja u poređenju s ostalim osobama. Indirektna diskriminacija se može opravdati ako su te odredbe, kriteriji ili postupanja objektivno opravdani legitimnim ciljem,

¹³ "Direktiva Vijeća 2000/78/EZ", član 2, stav 2, tačka a).

¹⁴ Ibid., član 4, stav, 1.

¹⁵ European Court of Justice (ECJ), *Colin Wolf vs. Stadt Frankfurt am Main*, 12. 1. 2010, paragraf 40.

a sredstva za postizanje tog cilja su primjerena i nužna¹⁶. Temeljito objašnjenje objektivne opravdanosti različitog postupanja je dato u predmetu *Bilka-Kaufhaus GmbH protiv Weber Von Hartz*¹⁷. Radnice koje su radile sa skraćenim radnim vremenom u robnoj kući Bilka nisu ostvarile pravo na penziju koje su s druge strane uživali svi radnici koji su zasnovali radni odnos sa punim radnim vremenom. Radnici koji su radili sa skraćenim radnim vremenom su uglavnom bile žene, zbog čega su tvrdile da su žrtve indirektna diskriminacije na osnovu spola. Sud je u tom predmetu zauzeo stajalište da to zaista može biti slučaj indirektna diskriminacije, osim ukoliko se razlika u postupanju može opravdati, pri čemu bi trebalo dokazati da su mjere koje je Bilka preduzela zaista potrebne, prikladne i nužne za postizanje legitimnog cilja. Bilka je tvrdila da je cilj različitog postupanja bio podsticanje rada sa punim radnim vremenom, jer su radnici koji su radili sa skraćenim radnim vremenom bili manje skloni radu u kasnim poslijepodnevnim satima ili subotom, što je otežavalo uspostavljanje adekvatne kadrovske strukture tokom tih perioda, te je zbog toga morala učiniti atraktivnijim rad s punim radnim vremenom. Sud je utvrdio da bi navedeni cilj mogao biti legitiman, ali je odgovor na pitanje da li je isključenje radnika sa skraćenim radnim vremenom iz penzijskog sistema poslodavca bilo srazmjerno postizanju tog cilja prepustio nacionalnom sudu.

U predmetu *Achbita* Sud pravde u svom tumačenju nije prepoznao postojanje direktne diskriminacije, jer:

“(..) se interno pravilo odnosi na nošenje vidljivih simbola političkih, filozofskih ili vjerskih uvjerenja te stoga bez razlike obuhvata svako iskazivanje takvih uvjerenja. Slijedom toga, za navedeno pravilo treba smatrati da na jednak način postupa prema svim radnicima poduzeća, propisujući im na općenit način i bez ikakve razlike obavezu neutralnosti u pogledu odijevanja koja se protivi nošenju takvih simbola.”¹⁸

¹⁶ “Direktiva Vijeća 2000/78/EZ”, član 2, stav 2, tačka b).

¹⁷ European Court of Justice (ECJ), *Bilka-Kaufhaus GmbH vs. Weber Von Hartz*, Predmet C-170/84, 13. 5. 1986.

¹⁸ ECJ, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding vs. G4S Secure Solutions NV*, paragraf 30.

Nakon tumačenja da u predmetu *Achbita* nema direktne diskriminacije na osnovu vjere, Sud je razmotrio postojanje indirektne diskriminacije, koja se prema Direktivi može opravdati ako je sporna mjera, u ovom slučaju zabrana nošenja marame, objektivno opravdana legitimnim ciljem, i ako su načini postizanja tog cilja primjereni i neophodni. Ovdje je Sud naveo da “želju da se u odnosima s javnim i privatnim klijentima iskazuje politika političke, filozofske ili vjerske neutralnosti” treba smatrati legitimnim ciljem koji je vezan za slobodu poduzetništva, garantiranu članom 16. Povelje Evropske unije o osnovnim pravima.¹⁹ Dalje je zaključio da je zabrana primjerena za svrhu ostvarivanja politike neutralnosti “ako se ta politika zaista slijedi na dosljedan i sistematičan način”.²⁰ Sud je presudu zaključio stavom da se zabrana nošenja vjerskih obilježja na radnom mjestu može smatrati nužnom ako se ispune dva uvjeta: prvo, ako se zabrana odnosi samo na one uposlenike koji su u kontaktu sa klijentima, i drugo, ako tim zaposlenicima nije moguće ponuditi radno mjesto koje ne podrazumijeva vizualni kontakt s klijentima.²¹

U predmetu *Bouagnaoui* iz dokaznog materijala nije bilo jasno da li je zabrana nošenja marame bila dio generalne politike neutralnosti iz internog pravilnika, a pored toga zasnovana i na željama klijenta. Sud pravde je naglasio da bi u slučaju postojanja internog pravilnika koji zabranjuje nošenje vjerskih obilježja na radnom mjestu vrijedilo rezoniranje iz presude u predmetu *Achbita*²² po kojoj je indirektna diskriminacija opravdana ako je poslodavac težio provođenju politike korporativne neutralnosti u odnosu na svoje klijente, ako se ta politika provodila na sistematičan način bez izuzetaka, ako je bila usmjerena ka zaposlenicima koji su u kontaktu sa klijentima, a nije im se moglo ponuditi drugo radno mjesto. S druge strane, ako bi Nacionalni sud utvrdio da interni pravilnik u ovom slučaju ne postoji, te da su želje klijenta bile jedina vodilja poslodavca, ovaj predmet bi se mogao tumačiti

¹⁹ Ibid., paragraf 38.

²⁰ Ibid., paragraf 40.

²¹ Ibid., paragraf 43.

²² ECJ, *Asma Bouagnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) vs. Micropole SA*, paragraf 32.

kao slučaj direktne diskriminacije na osnovu vjere, koji se inače, kako je već navedeno, može opravdati samo u kontekstu “stvarnog i odlučujućeg uslova obavljanja zanimanja”, što u ovom primjeru očigledno nije slučaj.²³ Kako je i Sud istakao:

“poslodavčeva namjera kojom se vodi računa o klijentovim željama da usluge navedenog poslodavca više ne pruža zaposlenica koja nosi islamsku maramu za glavu ne može smatrati stvarnim i odlučujućim uvjetom za obavljanje zanimanja u smislu te odredbe”²⁴.

4. Gdje je Sud pravde Evropske unije zakazao?

Iako presudu u predmetu *Bougnaoui* šira javnost uglavnom pozdravlja, jer je Sud pravde svojim tumačenjem prepoznao postojanje diskriminacije, važno je ukazati na slabost koju je Sud pokazao u razmatranju ovog predmeta. Naime, u ovom predmetu je postojao jak dokazni materijal u prilog tvrdnji tužiteljice da su njenom otpuštanju prethodili stereotipi i predrasude. Osim toga, možda i najvažnija činjenica koja je išla u prilog nedvosmislenom utvrđivanju direktne diskriminacije u ovom predmetu, prethodna je praksa samog Suda pravde EU. Naime, u predmetu *Feryn*²⁵ Sud pravde EU je utvrdio da i sama izjava jednog belgijskog poslodavca da više neće zapošljavati državljane Maroka, jer mora uvažiti zahtjeve svojih klijenata koji ne žele da im Marokanci instaliraju zaštitne alarm sisteme, predstavlja direktnu diskriminaciju. U ovoj presudi je Sud naglasio i da činjenica da su klijenti bili negativno nastrojeni prema zaposlenicima određenog etničkog porijekla jednostavno pokazuje da samo tržište i njegovi mehanizmi ne mogu iskorijeniti diskriminaciju, te da je neophodna regulatorna intervencija. Koja je razlika između situacije u kojoj se

²³ Ibid., paragraf 37.

²⁴ Ibid., paragraf 40.

²⁵ European Court of Justice (ECJ), *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, Predmet C-54/07, 10. 7. 2008.

osobe marokanskog porijekla ne zapošljavaju jer ih “klijenti ne žele” i otpuštanja zaposlenice na osnovu “uznemirenosti” klijenta njenom maramom? Sud pravde EU je očito vidi, jer je diskriminaciju u ova dva predmeta protumačio na drugačiji način.

Dok presuda u predmetu *Bougnououi* barem sugerira da, u skladu sa prethodnom praksom Suda pravde, želje klijenata ne opravdavaju diskriminaciju, presuda u predmetu *Achbita* je u stručnoj javnosti kritizirana po više osnova. U prvom redu, glasovi iz akademske zajednice ističu da je interesantno da za Evropski sud pravde direktna diskriminacija na osnovu vjere ili uvjerenja postoji samo kada je zabrana usmjerena na pojedinačnu religiju ili nekoliko njih, ali ne i onda kada zabrana obuhvata sve religije i uvjerenja. Drugim riječima, čini se kao da je manifestiranje neutralnosti zapravo opća netrpeljivost prema svim religijama i uvjerenjima. Dakle, ovakvo se rezoniranje Suda zasniva na pogrešnom poređenju, jer se kao komparator sa zaposlenicom kojoj je zabranjeno nositi hidžab na poslu uzimaju svi drugi zaposlenici kojima je također zabranjeno manifestiranje vjerskih, političkih ili filozofskih uvjerenja, dok bi pravi komparator zapravo trebali biti oni zaposlenici (gotovo u pravilu većina njih) koji ne manifestiraju nikakvo vjerovanje, koji su sekularni ili koji ne nose nikakva vjerska obilježja. Jasno je da se ovakvom politikom neutralnosti zaposlenici koji vidljivo manifestiraju svoja vjerovanja tretiraju manje povoljno od onih zaposlenika koji to ne čine.²⁶

Dalje se problematičnim smatra i to što Sud pravde prihvata širenje argumenta neutralnosti sa javne i na privatnu sferu bez imalo kritičkog otklona i elaboracije. Naime, neutralnost se prihvata kao osnova za ograničenje prava u javnom sektoru, ali je njeno širenje na privatnu sferu ogroman korak unazad, jer njena svrha može biti upravo zataškavanje predrasuda. Veza neutralnosti sa slobodom poduzetništva ne rješava ovaj problem, jer ta sloboda nije apsolutna, i ne može uključivati slobodu poduzetništva na diskriminatoran način, što ovaj predmet implicira²⁷. Kritike Sudu dolaze i zbog slijepog držanja principu

²⁶ Eva Brems, “Analysis: European Court of Justice Allows Bans on Religious Dress in the Workplace”, *Blog of the IACL, AIDC*.

²⁷ Ibid.

neutralnosti, koje pojedini stručnjaci smatraju potpuno neadekvatnim u kontekstu vjerskih sloboda, jer se neutralnost u kulturološkom smislu shvata različito. Umjesto toga, kako kritičari primjene neutralnosti u ovoj domeni ističu, Sud je mogao razviti snažniju doktrinu protiv diskriminacije po osnovu vjere na radnom mjestu, odnosno tumačenjem primijeniti princip razumne prilagodbe (*reasonable accommodation*) suprotstavljenih interesa u oblasti manifestiranja vjerskih uvjerenja na radnom mjestu.²⁸

Pored toga, za razliku od prakse Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Eweida*, koji je legitimnom cilju očuvanja korporativnog imidža preduzeća dao manje značaja u odnosu na pravo aplikantice na vjeru ispoljeno njenim nošenjem križa na radnom mjestu, stručni glasovi na tlu Evrope su primijetili da se Sud pravde Evropske unije u predmetu *Achbita* uopće nije osvrnuo na slobodu vjere diskriminirane zaposlenice niti je pridao i najmanju pažnju tome što marama za nju predstavlja. Teško se može zaključiti i da je Sud pravde uopće proveo test proporcionalnosti, kada presuda ne daje nikakav dokaz u pogledu težine koja se pridaje interesima zaposlenice (niti u kontekstu slobode vjere, niti u kontekstu prava na rad), već isključivo poslovnom interesu poslodavca²⁹. U konačnici, Sud vidi rješenje u potiskivanju osoba koje nose hidžab na radna mjesta koja ne podrazumijevaju kontakt s klijentima, čineći ih nevidljivim i nepoželjnim.³⁰

Još jedna obeshrabrujuća okolnost je ta što presuda jednog nadnacionalnog suda koji odlučuje o pitanju vezanom za osnovna ljudska prava u svom rezoniranju potpuno ignorira trenutni evropski društveni kontekst sa široko raširenom islamofobijom, te negativnim stereotipima prema muslimankama koje nose vjersku odjeću. U tom smislu, teško se

²⁸ Ioanna Tourkochoriti, "Protection with Hesitation: on the recent CJEU Decisions on Religious Headscarves at Work", *Verfassungsblog on Matters Constitutional*.

²⁹ Monique Stejns, "Achbita and Bougnaoui: Raising More Questions than Answers", *EUtopia law*, 18. 3. 2017.

³⁰ Brems, "Analysis".

zaboravlja prošlogodišnja nevjerovatna fotografija na kojoj francuski policajci prisiljavaju ženu koja leži na plaži da skine svoj burkini.³¹

Imajući na umu sve navedeno, tumačenje Suda pravde u predmetu *Achbita* se smatra korisnim samo u jednom: može poslužiti kao sjajan vodič onim poslodavcima koji žele diskriminirati zaposlenice koje nose hidžab. Bitno je da uvedu politiku neutralnosti koja se odnosi na sve vrste vjerskih obilježja, da je dosljedno prate i primjenjuju samo na zaposlene koji imaju kontakt s klijentima – a ako im se prohtije da osobu koja nosi vjerska obilježja na kraju i otpuste, samo trebaju smisliti razlog zbog kojeg je ne mogu prebaciti na radno mjesto koje ne podrazumijeva doticaj s klijentima.³² Osim toga, presuda može imati mnogo veći domašaj od ograničavanja prava na manifestiranje vjere, te utjecati i na druga lična svojstva. Ukoliko je odraz neutralnosti zabrana manifestiranja vjere na radnom mjestu, da li je onda legitimno zabraniti i manifestiranje etničke pripadnosti ili seksualnog opredjeljenja kroz npr. govor ili odjeću?

5. Zaključna razmatranja

Presude Suda pravde Evropske unije nemaju direktan značaj za Bosnu i Hercegovinu, niti su pravno obavezujuće, jer još uvijek nismo članica EU. Ipak, njegovu je sudsku praksu potrebno pratiti, imajući u vidu status BiH kao potencijalne države kandidatkinje, odnosno članice, te napore koje je potrebno provesti u cilju pridruživanja Uniji. U svakom slučaju, u BiH se pitanje nošenja vjerskih simbola na radnom mjestu u privatnoj sferi još uvijek nije aktualiziralo, za razliku od javne sfere. Debata o nošenju vjerskih simbola u pravosudnim, i općenito javnim institucijama je podstaknuta donošenjem zaključka o općoj zabrani nošenja vjerskih simbola u pravosudnim institucijama od strane Visokog sudskog i tužilačkog vijeća

³¹ Ben Quinn, “French Police Make Woman Remove Clothing on Nice Beach Following Burkini Ban”, *The Guardian*, 24. 8. 2016.

³² Brems, “Analysis”.

BiH 2015. godine.³³ Epilog ove zabrane u predmetu *Hamidović*³⁴ donio je i ubjeđenje Ustavnog suda Bosne i Hercegovine da je ograničenje prava na slobodu vjere, ispoljeno kroz kažnjavanje svjedoka u krivičnom postupku zbog odbijanja da skine vjersko obilježje – muslimansku kapu, prošlo test proporcionalnosti. Ipak, presudom ESLJP je ustanovljeno da je u datom predmetu došlo do povrede prava na slobodu vjere, te je razjašnjeno da je ipak neophodno priznati razliku između javnih službenika zaposlenih u pravosudnim institucijama i privatnih građana koji “koriste usluge” pravosuđa ili se pojavljuju u svojstvu svjedoka, u kontekstu dužnosti nepristrasnog i neutralnog držanja.

Osim predmeta *Hamidović*, vrijedi spomenuti i da je u julu 2015. godine Ustavni sud BiH rješavanjem apelacije Emele Mujanović³⁵, utvrdio da apelantici nije povrijeđeno pravo na poštivanje slobode manifestiranja vjere niti je diskriminirana kada je kao rezultat pokrenutog disciplinskog postupka protiv nje zbog povrede vojne discipline koja se ogledala u nošenju hidžaba na radnom mjestu – u Oružanim snagama BiH, apelantica premještena na drugo radno mjesto. Ovakvo rezoniranje Ustavnog suda je u skladu sa evropskim trendovima u ovoj oblasti – riječ je o poslodavcu iz javnog sektora, odnosno Ministarstvu odbrane BiH, gdje se princip neutralnosti smatra posebno značajnim i neophodnim.

Iako predmet ovog teksta nije potencijalna diskriminacija na osnovu vjere u javnoj sferi, važno je osvrnuti se i na to da paradoks sve češćih zabrana muslimankama da nose hidžab na radnom mjestu i u javnoj sferi leži u neospornoj činjenici da se time žene koje pokušavaju biti involvirane u društvene tokove kroz rad ili obrazovanje ograničavaju u svom ličnom razvoju. Pritom je važno razgraničiti legitimne zabrane u javnoj sferi, koje u pojedinim oblastima kao što je rad u državnoj službi, jesu nužne, te zabrane čiji je cilj teško prihvatiti legitimnim kada se njima npr. onemogućava pohađanje nastave pokrivenim muslimankama na državnim univerzitetima. Ono što svakako izaziva posebnu zabrinutost je učestalost opravdavanja zabrana nošenja hidžaba u privatnoj sferi,

³³ Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Memorandum “Nošenje vjerskih obilježja u pravosudnim institucijama – Analiza”, 19. 2. 2016, str. 2.

³⁴ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Predmet AP-3947/12, 9. 7. 2015.

³⁵ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Predmet AP-2190/13, 9. 7. 2015.

na način da klijenti i potrošači postaju ti koji diktiraju preferencije poslodavaca i vlasnika preduzeća, time potencijalno mijenjajući definiciju i domet stvarnog i odlučujućeg uvjeta za obavljanje zanimanja.

U svakom slučaju, reguliranje privatne sfere u ovoj oblasti u skladu sa prevladavajućom praksom regionalnih sudova koji imaju mandat da štite ljudska prava na teritoriji Evrope, donijet će nove izazove, ali i vrijednosti koje je nužno balansirati – počevši od prava na manifestiranje vjerskih ubjeđenja s jedne, i prava poslodavaca na njegovanje određenog korporativnog imidža s druge strane. Mnogo toga će svakako zavisiti od smjelosti pravnih institucija da stanu u odbranu vjerskog pluralizma, a zasad se sa tim zadatkom nose s promjenljivim uspjehom.

Bibliografija

Članci i izvještaji

1. Brems, Eva. "Analysis: European Court of Justice Allows Bans on Religious Dress in the Workplace". *Blog of the IACL, AIDC*. <https://iacl-aidc-blog.org/2017/03/25/analysis-european-court-of-justice-allows-bans-on-religious-dress-in-the-workplace/> (stranica posjećena 9. 2. 2018).
2. Quinn, Ben. "French Police Make Woman Remove Clothing on Nice Beach Following Burkini Ban". *The Guardian*, 24. 8. 2016. <https://www.theguardian.com/world/2016/aug/24/french-police-make-woman-remove-burkini-on-nice-beach> (stranica posjećena 9. 2. 2018).
3. Stejins, Monique. "Achbita and Bougnaoui: Raising More Questions than Answers". *EUtopia law*, 18. 3. 2017. <https://eutopialaw.com/2017/03/18/achbita-and-bougnaoui-raising-more-questions-than-answers/> (stranica posjećena 9. 2. 2018).
4. Tourkochorit, Ioanna. "Protection with Hesitation: on the recent CJEU Decisions on Religious Headscarves at Work". *Verfassungsblog on Matters Constitutional*. <https://verfassungsblog.de/protection-with-hesitation-on-the-recent-cjeu-decisions-on-religious-headscarves-at-work/> (stranica posjećena 9. 2. 2018).
5. Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine. Memorandum "Nošenje vjerskih obilježja u pravosudnim institucijama – Analiza", 19. 2. 2016.

Propisi i sudska praksa

1. "Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja". *Službeni list Europskih zajednica* L 303/16, 2. 12. 2000. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/hr/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0078&from=FR> (stranica posjećena 10. 2. 2018).
2. European Court of Human Rights (ECtHR). *Ebrahimian vs. France*. Aplikacija br. 64846/11, 26. 2. 2016. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159070> (stranica posjećena 8. 2. 2018).
3. European Court of Human Rights (ECtHR). *Eweida and Others vs. The United Kingdom*. Aplikacije br. 48420/10, 59842/10, 51671/10 i 36516/10, 27. 5. 2013. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115881> (stranica posjećena 10. 2. 2018).

4. European Court of Human Rights (ECtHR). *Hamidović vs. Bosnia and Herzegovina*. Aplikacija br. 57792/15, 5. 12. 2017. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179219> (stranica posjećena 10. 2. 2018).
5. European Court of Human Rights (ECtHR). *Leyla Sahin vs. Turkey*. Aplikacija br. 44774/98, 10. 11. 2005. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70956> (stranica posjećena 9. 2. 2018).
6. European Court of Human Rights (ECtHR). *S.A.S. vs. France*. Aplikacija br. 43835/11, 1. 7. 2014. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466> (stranica posjećena 8. 2. 2018).
7. European Court of Justice (ECJ). *Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) vs. Micropole SA*. Predmet C-188/15, 14. 3. 2017. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-188/15> (stranica posjećena 9. 2. 2018).
8. European Court of Justice (ECJ). *Bilka-Kaufhaus GmbH vs. Weber Von Hartz*. Predmet C-170/84, 13. 5. 1986. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0170> (stranica posjećena 10. 2. 2018).
9. European Court of Justice (ECJ). *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding vs. Firma Feryn NV*. Predmet C-54/07, 10. 7. 2008. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-54/07> (stranica posjećena 7. 2. 2018).
10. European Court of Justice (ECJ). *Colin Wolf vs. Stadt Frankfurt am Main*. Predmet C-229/08, 12. 1. 2010, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-229/08> (stranica posjećena 9. 2. 2018).
11. European Court of Justice (ECJ). *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding vs. G4S Secure Solutions NV*. Predmet C-157/15, 14. 3. 2017. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-157/15> (stranica posjećena 9. 2. 2018).
12. Ustavni sud Bosne i Hercegovine. Predmet AP-3947/12, 9. 7. 2015.
13. Ustavni sud Bosne i Hercegovine. Predmet AP-2190/13, 9. 7. 2015.

O autorima

Edin Hodžić

Direktor je i voditelj programa za javno pravo u Centru za društvena istraživanja "Analitika", te nerezidentni istraživački saradnik u Centru za ljudska prava i pravni pluralizam pri Pravnom fakultetu Univerziteta McGill (Montreal, Kanada). Doktorirao je u oblasti međunarodnog i komparativnog prava na Pravnom fakultetu Univerziteta McGill, te magistrirao međunarodno pravo ljudskih prava na Univerzitetu Oksford. Od 2006. do 2010. bio je urednik, odnosno glavni urednik *online* časopisa *Puls demokratije*, u izdanju Fonda otvoreno društvo BiH. Bio je angažiran kao konsultant za niz domaćih i međunarodnih institucija i organizacija, osmislio je ili učestvovao u čitavom nizu istraživačkih projekata u Bosni i Hercegovini i regionu, te objavio niz stručnih članaka, knjiga i izvještaja o različitim temama iz područja njegove ekspertize.

Zlatan Meškić

Dr. iur. Univerziteta u Beču; prof. dr. za građansko pravo i pravo EU na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici. Gostujući nastavnik na Univerzitetu u Pittsburgu i Saarlandu. Nositelj modula za EU Internal market law and human rights. Glavni urednik časopisa *Analiti Pravnog fakulteta u Zenici*, član redakcijskog odbora časopisa: *Zeus* (Njemačka), *Nova pravna revija*, *Evropsko pravo* (Skoplje) i *Harmonius* (Beograd).

Mario Reljanović

Vanredni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu, na predmetu Radno pravo, i rukovodilac Pravne klinike za radno pravo na istom fakultetu. U toku svoje akademske karijere objavio je više desetina radova iz oblasti radnog i socijalnog prava, ljudskih prava, antidiskriminacionog prava, među kojima se izdvajaju sljedeći autorski i koautorski radovi: "Antidiskriminaciono zakonodavstvo Nemačke" (2012), "Primena antidiskriminacionog zakonodavstva i krivičnopravna zaštita"

(2012), “Primena antidiskriminacionog zakonodavstva u oblasti rada” (2014), “Regulacija mobinga u Bosni i Hercegovini u kontekstu Zakona o zabrani diskriminacije” (2015), “Kvadratura antidiskriminacijskog trougla u BiH: zakonski okvir, politike i prakse 2012–2016” (2016).

Vanja Kovač

Doktorski kandidat na Katedri međunarodnog prava na Američkom univerzitetu u BiH, na kojem ujedno predaje međunarodno i evropsko pravo ljudskih prava. Na programskim aktivnostima vezanim za zaštitu i promociju ljudskih prava radila je u međunarodnim organizacijama kao što su UNDP, OSCE, UNWomen, nevladinim organizacijama, te u Agenciji za ravnopravnost spolova BiH i Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice BiH. U fokusu njenog interesovanja su principi ravnopravnosti spolova i antidiskriminacije.

Amila Kurtović

Diplomirala 2015. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu. Magistarski studij iz Komparativnog ustavnog prava na Centralnoevropskom univerzitetu u Budimpešti završila je 2016. godine. Radila je kao mlađi istraživač u oblasti javnog prava i ljudskih prava u Centru za društvena istraživanja “Analitika”. Trenutno je zaposlena u advokatskom uredu u Sarajevu. Njeni istraživački interesi obuhvataju evropski sistem zaštite ljudskih prava, slobodu okupljanja i izražavanja, te odnos između rase i prava u evropskom kontekstu.



ANALITIKA - Centar za društvena istraživanja je nezavisna, neprofitna, nevladina organizacija koja se bavi istraživanjem i razvojem javnih politika u širem smislu. Misija Analitike je da na osnovu kvalitetnih istraživanja i odgovarajuće ekspertize ponudi relevantne, inovativne i praktične preporuke usmjerene na promoviranje inkluzivnih i boljih javnih politika, kao i na sveukupno unapređenje procesa njihovog donošenja.
