

# Zabrana diskriminacije u praksi Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Miodrag N. Simović<sup>1</sup>, Milena Simović<sup>2</sup>, Marina M. Simović<sup>3</sup>

<sup>1</sup>Akademik prof. dr Akademik prof. dr, potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, dopisni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka i član Evropske akademije nauka i umjetnosti

<sup>2</sup>Prof. dr, zamjenik direktora u Sekretarijatu za zakonodavstvo Vlade Republike Srpske i vanredni profesor na Fakultetu za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci

<sup>3</sup>Doc. dr, sekretar Ombudsmena za djecu Republike Srpske i docent na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta „Apeiron“ u Banjoj Luci

**Sažetak:** Predmet razmatranja u ovome članku su ljudska prava u kontekstu savremene zabrane diskriminacije, koja je posebno definisana u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Pri tome se polazi od nesporne činjenice da su ljudska prava i osnovne slobode osnov pravde i da su ona najbolje zaštićena istinskom političkom demokratijom.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda tretira jednakost kao pravo pojedinca i njena zaštita se usmjerava isključivo na zaštitu pojedinaca. Član 14 ove konvencije sadrži popis osnova po kojima je zabranjena diskriminacija. Navedene su sljedeće diskriminirajuće osnove: pol, rasa, boja kože, vjeroispovijest, jezik, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina i rođenje.

Bitna karakteristika zabrane diskriminacije kao ljudskog prava jeste da to pravo nema samostalnu egzistenciju, kao što je uglavnom slučaj sa svim drugim pravima. Primjena ovog prava uvijek je povezana sa primjenom nekog drugog prava, odnosno sa kršenjem nekog drugog prava. Pored toga, osnovi po kojima je moguće izvršiti diskriminaciju očito nisu limitirani, nego je otvorena mogućnost za neke slučajeve koje je moguće naknadno utvrditi.

**Ključne riječi:** ljudska prava, diskriminacija, zabrana diskriminacije, Ustav Bosne i Hercegovine, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Datum prijema rada: 10. maj 2015.

Datum odobrenja rada: 23. maj 2015.

## UVODNE NAPOMENE

Princip jednakosti ljudi zajedno sa slobodom, ugrađen je u same temelje svake moderne države. Upravo zato Deklaracija o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine je već u članu 1 naglasila da se "ljudi rađaju i ostaju jednaki i u pravima. Društvene razlike mogu postojati samo radi opšte koristi".<sup>1</sup>

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima predviđa da se sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima (član 1), da svakom pripadaju sva prava i slobode proglašene tom deklaracijom, bez obzira na razlike

u pogledu rase, boje, pola, jezika, vjeroispovijesti, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porijekla, imovine, rođenja ili drugih okolnosti (član 2), da svako ima pravo na život, slobodu i bezbjednost ličnosti (član 3), kao i da su svi pred zakonom jednaki i da imaju pravo bez ikakve razlike na podjednaku zaštitu zakona (član 7).

Protiv nejednakosti i diskriminacije na rasnoj osnovi donijete su, prije svega, Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1966.), Međunarodna konvencija o suzbijanju i kažnjavanju zločina aparthejda (1973.) i Međunarodna konvencija protiv aparthejda u sportu (1985. godine). Za ukidanje razlika po osnovu pola zalažu se Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena (1979.) i Konvencija o političkim pravima žena

<sup>1</sup> Vidi Matija, I. (2011) *Prava, pravda i ljudska prava u svjetlu zabrane diskriminacije*. Zagreb: Policija i sigurnost, godina 20, (2), 149–171.

(1953. godine). Zatim, tu je Konvencija o borbi protiv diskriminacije u oblasti prosvjete (1960.), Konvencija koja se odnosi na diskriminaciju u pogledu zapošljavanja i zanimanja (1960.), kao i mnoge druge konvencije, posebno u oblasti rada i zapošljavanja.

U okviru evropskih država sloboda bez diskriminacije zaštićena je Evropskom konvencijom *za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*<sup>2</sup> i Evropskom socijalnom poveljom<sup>3</sup> (1996. godine). Institucije koje u ime Savjeta Evrope djeluju na tom planu su, prije svega, Evropski sud za ljudska prava<sup>4</sup> i Evropska komisija protiv rasizma i netolerancije. Ova komisija nastala je kao sastavni dio planske akcije Savjeta Evrope, preduzete od 1993. godine, protiv rasizma, ksenofobije, antisemitizma i netolerancije, kao i porasta broja nasilja u prvom redu protiv migranata i ljudi imigrantskog porijekla, sa ciljem jačanja zakonskih i političkih garancija i napređenja međudržavne saradnje na tom planu.<sup>5</sup>

Što se tiče jednakosti između muškaraca i žena, Evropska konvencija nema načelnu odredbu takvog karaktera, ali u članu 14 zabranjuje svaku razliku zasnovanu na razlici polova, a princip jednakosti supružnika u pogledu njihovih prava i odgovornosti u braku pridodat je Konvenciji kroz odredbe Protokola broj 1. U okviru Savjeta Evrope donijeto je više dokumenata u cilju uspostavljanja što potpunije i šire jednakosti polova.

Član 26 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima<sup>6</sup> glasi: "Sva su lica jednaka pred zakonom i ovlašćena su na jednaku pravnu zaštitu bez diskriminacije. U tom smislu, pravo će zabranjivati svaku diskriminaciju i garantovaće svim licima jednaku i efikasnu zaštitu protiv diskriminacije po bilo kom osnovu kao što je rasa, boja kože, pol, jezik, religija, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, svojina, rođenje ili drugi status".

Prema pravnoj praksi Evropskog suda, pravo na nediskriminaciju iz člana 14 Evropske konvencije je akcesorno pravo.<sup>7</sup> To znači da ovaj član ne osigurava nezavisno i samostalno pravo na nediskriminaciju, već se na diskriminaciju po ovom članu može pozvati samo u vezi sa "uživanjem prava i sloboda garantovanih Evropskom konven-

cijom". Iako utvrđivanje kršenja nekog od garantovanih prava nije pretpostavka za primjenu člana 14 Evropske konvencije, ipak se ovaj član neće moći primijeniti ukoliko činjenice konkretnog slučaja ne ulaze "u opseg" garantovanog prava<sup>8</sup>. Ovdje treba dodati i član 1 Protokola 12 uz Evropsku konvenciju, koji je potpisan u Rimu 4. novembra 2000. godine i kojim je prošireno polje primjene člana 14 Evropske konvencije.<sup>9</sup>

Članom 1 Protokola 12 uz Evropsku konvenciju, koji je stupio na snagu 1. aprila 2005. godine, polje primjene člana 14 Evropske konvencije i člana 26 Međunarodnog pakta je izjednačeno.<sup>10</sup> Do tada je postojala značajna razlika. Član 14 Evropske konvencije odnosio se isključivo na prava i slobode garantovane Evropskom konvencijom i nije proizvodio dejstvo van ovih prava i sloboda.<sup>11</sup> On je imao funkciju jednog dodatnog stava uz sve članove Evropske konvencije koji su sadržali odredbe o pravima i slobodama. Član 14 nije bio primjenjiv izuzev ako činjenice u pitanju nisu spadale pod dejstvo nekog člana kojim je garantovano neko pravo ili sloboda.<sup>12</sup> U takvim slučajevima, ako diskriminacija ne čini dominantnu karakteristiku kršenja, Evropski sud se zadovoljava da konstatuje da su pravo ili sloboda povrijeđeni, ne istražujući da li je istovremeno učinjen i akt diskriminacije u vezi tog povrijeđenog prava ili slobode.<sup>13</sup> Međutim, ako diskriminacija ima posebnu težinu u kontekstu slučaja, Evropski sud će to pitanje istražiti i odrediti se prema podnijetom zahtjevu.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Vidi Evropski sud, *Karlheinz Schmidt protiv Njemačke*, presuda od 18. jula 1994. godine, Serija A broj 291-B, stav 22.

<sup>9</sup> Članom 1 Protokola 12 uz Evropsku konvenciju polje primjene člana 14 Evropske konvencije je prošireno na sljedeći način: "1. Svako pravo koje zakon predviđa ostvarivaće se bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao npr. polu, rasi, boji kože, jeziku, vjeroispovijesti, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili društvenom porijeklu, povezanosti sa nacionalnom manjinom, imovini, rođenju ili drugom statusu. 2. Javne vlasti neće ni prema kome vršiti diskriminaciju na osnovima kao što su oni pomenuti u stavu 1".

<sup>10</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*. Beograd: Pravni život", (12), 303.

<sup>11</sup> Vidi *Belgian linguistic case* (Application no. 1474/62), ECHR, Judgment of 23 July 1968, para. 9; *Rasmussen v. Denmark* (Application no. 8777/79), ECHR, Judgment of 28 November 1984, para. 29; *Karlheinz Schmidt v. Germany* (Application no. 13580/88), ECHR, Judgment of 18 July 1994, para. 22; *Camp and Bourimi v. The Netherlands* (Application no. 28369/9), ECHR, Judgment of 3 October 2000, para. 34; *Karner v. Austria* (Application no. 40016/98), ECHR, Judgment of 24 July 2003, para. 32; *Sommerfeld v. Germany* (Application no. 31871/96), ECHR, Judgment of 8 July 2003, para. 84; *Poirrez v. France* (Application no. 40892/98) ECHR, Judgment of 30 September 2003, para. 36.

<sup>12</sup> *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom* (Application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81), ECHR, Judgment of 28 May 1985, para. 71.

<sup>13</sup> *Ibid*, para. 35.

<sup>14</sup> *Nachova and Others v. Bulgaria* (Application no. 43577/98 and 43579/98), ECHR, Grand Chamber, Judgment of 6 July 2005, para. 161.

<sup>2</sup> U daljem tekstu: Evropska konvencija.

<sup>3</sup> Ova povelja obezbjeđuje niz prava za žene kao majke i radnice.

<sup>4</sup> U daljem tekstu: Evropski sud.

<sup>5</sup> Vid, Omejec, J. (2009). *Zabrana diskriminacije u praksi Evropskog suda za ljudska prava*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 59 (5), 873-979.

<sup>6</sup> U daljem tekstu: Međunarodni pakt.

<sup>7</sup> U predmetu *Vassilevski protiv Litvanije* (predstavka broj 73485/01, odluka od 5. oktobra 2006. godine) podnosilac predstavke je bio ruski državljanin koji je živio u Litvaniji od 1986. godine, nakon rada od gotovo 30 godina u Kini i Uzbekistanu. Njemu je na osnovu državljanstva odbijeno pravo na penziju na osnovu godina provedenih na radu u inostranstvu. Evropski sud je predstavku proglasio prihvatljivom prema članu 1 Protokola broj 1 i članu 14 Konvencije.

Član 26 Međunarodnog pakta je primjenjiv na sve akte javne vlasti, na svako polje djelovanja javnih vlasti<sup>15</sup>. Komitet za ljudska prava tumači član 26 ovog pakta kao samostalan propis koji zabranjuje diskriminaciju u svakoj oblasti koju je uredila država ugovornica.<sup>16</sup> Stav je Komiteta da “nezavisno pravo na jednakost i nediskriminaciju, izraženo u članu 26 Pakta, obezbjeđuje veću zaštitu nego akcesorno pravo na nediskriminaciju sadržano u članu 14 Evropske konvencije”.<sup>17</sup> Dakle, član 26 se ne odnosi samo na prava i slobode garantovane Međunarodnim paktom. On se odnosi na sve akte javne vlasti, na sva prava ustanovljena zakonom i na primjenu zakona.<sup>18</sup>

Prema tome, postoji očigledna razlika u obimu polja primjene člana 14 Evropske konvencije i člana 26 Međunarodnog pakta, od kojih su se neke posljedice reperkutovale na odnose Komiteta za ljudska prava i Evropskog suda. Proceduralni propisi oba međunarodna organa predviđaju da će zahtjev biti odbijen kao nedopušten ako je “ista stvar” već odlučena od strane drugog međunarodnog tijela (član 35 stav 2 (b) Evropske konvencije i član 5 stav 2(a) Opcionog protokola uz Međunarodni pakt). “Ista stvar” uključuje iste strane, iste činjenice, isti zahtjev i isto materijalno pravo<sup>19</sup>. Činjenica da se član 14 Evropske konvencije i član 26 Međunarodnog pakta značajno razlikuju po obimu primjenjivosti - utiče da se zahtjev ne odbaci kao nedopušten ako se ne odnosi na diskriminaciju u vezi sa pravom čija je sadržina približno jednako uređena u oba ugovora.<sup>20</sup>

Do stupanja na snagu Protokola 12 uz Evropsku konvenciju postojao je značajan odnos komplementarnosti u pogledu polja primjene člana 14 Evropske konvencije i člana 26 Međunarodnog pakta. Član 26 je zabranjivao svaku diskriminaciju koju čini javna vlast, dok je član 14 to činio samo u pogledu prava i sloboda garantovanih Evropskom konvencijom, dakle mnogo uže.<sup>21</sup> Ako bi pojedinac bio pogođen diskriminirajućim aktom evropske države koji se nije odnosio na neko pravo ili slobodu garantovanu Evropskom konvencijom, on je mogao da se obrati Komitetu. Članom 1 Protokola 12 uz Evropsku konvenciju polje primjene člana 14 je protegnuto na svako pravo predviđeno zakonom, kao i na sve akte javne vlasti. Ovim je ukinuta razlika u obimu primjene dvije opšte ugovorne odredbe za 14 evropskih zemlja koje su ratifikovale Protokol broj 12, a među kojima je

i Bosna i Hercegovina.<sup>22</sup>

Zabrana diskriminacije u kontekstu ove dvije ugovorne odredbe je elaborirana kroz zahtjev da država postupa jednako u jednakim, odnosno sličnim činjeničnim situacijama, odnosno da postupa različito u različitim činjeničnim situacijama.<sup>23</sup> U nekim međunarodnim propisima se, ponekad, umjesto termina “diskriminacija” koristi termin “razlika” ili “distinkcija”. U Belgijskom jezičkom slučaju Evropski sud kaže da uprkos širokoj francuskoj formulaciji, član 14 ne zabranjuje svako različito postupanje u vršenju priznatih prava i sloboda. Nacionalne vlasti su često suočene sa situacijama koje, zbog inherentnih razlika, zahtijevaju različita pravna rješenja, “štaviše, izvjesne pravne nejednakosti nastoje jedino da koriguju faktičke nejednakosti”.<sup>24</sup>

U Belgijskom jezičkom slučaju Evropski sud je ekstrahirao sadržaj pojma diskriminacije iz pravne prakse demokratskih država. Diskriminacija postoji ako različito postupanje nema objektivno i razumno opravdanje. Opravdanje treba da se ocjenjuje u odnosu na cilj i posljedice spornog akta. Pravna načela koja preovladavaju u demokratskim društvima treba da budu uzeta u obzir. U istom slučaju Evropski sud kaže, takođe, da diskriminacija postoji ako je jasno ustanovljeno da nema razumnog odnosa proporcionalnosti između korišćenih sredstava i cilja koji se želi postići.<sup>25</sup> Sud, dalje, kaže da član 14 ne zabranjuje distinkcije u postupanju koje su zasnovane na objektivnoj procjeni suštinski različitih objektivnih okolnosti i koje, budući da su zasnovane na javnom interesu, uspostavljaju poštenu ravnotežu između zaštite interesa zajednice i poštovanja prava i sloboda obezbijeđenih Evropskom konvencijom.<sup>26</sup> “Razlika (distinkcija) je diskriminatorna ako nema ‘objektivno i razumno opravdanje’ tj. ako se njom ne postiže ‘legitimni cilj’ ili ako nema ‘razumnog odnosa proporcionalnosti između korišćenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti’”.<sup>27</sup> U slučaju *Thlimmenos v. Greece* Evropski sud je obrnuo odredbu diskriminacije na sljedeći način: “Pravo da se ne

<sup>15</sup> Communication No. 180/1984, *Danning v. The Netherlands*, Views adopted on 9 April 1987, para. 12.3,

<sup>16</sup> Communication No. 1008/2001, *Isabel Hoyos Martinez de Irujo v. Spain*, Decision adopted on 30 March 2004, para. 6.5.

<sup>17</sup> Communication No. 998/2001, *Althammer et al. V. Austria*, Views adopted on 8 August 2003, para. 8.4.

<sup>18</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, op. cit., 305.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Communication No. 1396/2005, *Jesus Rivera Fernández v. Spain*, Decision adopted on 28 October 2005, para. 6.2.

<sup>21</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, op. cit., 305.

<sup>22</sup> Tu su još Albanija, Finska, Gruzija, Jermenija, Kipar, Luksemburg, Makedonija, Holandija, Hrvatska, Rumunija, San Marino, Srbija i Ukrajina.

<sup>23</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, op. cit., 306.

<sup>24</sup> Belgian linguistic case (Application no. 1474/62), ECHR, Judgment of 23 July 1968.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Vidi *Marckx v. Belgium*, ECHR, Judgment of 13 June 1979, para. 33; *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom* (Application no. 9214/80; 9473/81 i 9474/81), ECHR, Judgment of 28 May 1985, para. 72; *Inze v. Austria* (Application no. 8695/79), ECHR, Judgment of 28 October 1987, para. 41; *McMichael v. the United Kingdom* (Application no. 16424/90), ECHR, Judgment of 24 February 1995, para. 97; *Hoffmann v. Germany* (Application no. 34045/96), ECHR, Judgment of 11 October 2001, para. 55; *Frette v. France* (Application no. 36515/97), ECHR, Judgment of 26 February 2002, para. 34; *Poirrez v. France* (Application no. 40892/98), ECHR, Judgment of 30 September 2003, para. 46.

bude diskriminisan u uživanju prava garantovanih Konvencijom je takođe povrijeđeno kada države bez objektivnog i razumnog opravdanja propuste da različito postupaju prema pojedincima čije su situacije značajno različite“.<sup>28</sup>

Komitet za ljudska prava smatra da se svaka distinkcija ili razlikovanje u postupanju ne svodi na diskriminaciju sve dok je zasnovano na razumnim i objektivnim kriterijumima.<sup>29</sup> Namjera i motivacija zakonodavca nije od ključnog značaja za određivanje da li je prekršen član 26, već je od presuđujućeg značaja samo dejstvo zakona.<sup>30</sup> U slučaju *Sankara*, Komitet je potvrdio da svako kršenje načela pravne jednakosti ne mora da se kvalifikuje kao diskriminacija.<sup>31</sup> Komitet tumači član 26 tako da ovaj zabranjuje direktnu i indirektnu diskriminaciju.<sup>32</sup> Pod indirektnom diskriminacijom Komitet razumije pravno pravilo ili mjeru, koji su vrijednosno neutralni i bez namjere da čine diskriminaciju, ali proizvode štetne posljedice koje pogađaju isključivo ili disproportionalno lica koja pripadaju određenoj rasi, imaju određenu boju kože, pol, jezik, religiju, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, svojinu, rođenje ili drugi status.<sup>33</sup>

Iako je odredba diskriminacije koju koristi Evropski sud razuđenija i razvijenija, izgleda da nema suštinske razlike između ova dva međunarodna organa u razumijevanju pojma diskriminacije, bar ne na nivou načelnog shvaćanja ovog pojma.<sup>34</sup> U kontekstu ova dva međunarodna ugovora diskriminacija se čini aktom države, dakle uvijek postoji odnos države i pojedinca ili nekog pravnog lica. Nije od značaja da li je to akt zakonodavstva, sudstva ili izvršne vlasti. Suprotno nekim drugim međunarodnim ugovorima, članom 14 Evropske konvencije i članom 26 Međunarodnog pakta ne uređuju se pitanja diskriminacije između privatnopravnih subjekata.<sup>35</sup> Izuzetno, diskriminacija može da bude rezultat razvoja ili situacije van kontrole vlade. U

slučaju *Aziz*, Evropski sud je našao da faktička nemogućnost da se primijene ustavni propisi o pravu glasanja grčko-kiparske zajednice i tursko-kiparske zajednice zbog koje kiparski Turci na grčkom dijelu ostrva ne mogu da glasaju na parlamentarnim izborima - čini diskriminaciju.<sup>36</sup> I ovdje je država odgovarala zbog svog propusta da otkloni diskriminatornu situaciju nastalu razvojem van njene kontrole.

Od države se očekuje da u istim ili sličnim činjeničnim situacijama postupa jednako, odnosno da u značajno različitim činjeničnim situacijama postupa različito.<sup>37</sup> Evropski sud je, tako, našao da rasprava u parlamentu o nekom tekućem pravnom sporu i izvještavanje medija o tekućem pravnom sporu nisu slične situacije, dakle njihovo različito pravno uređenje ne čini diskriminaciju.<sup>38</sup> Isti sud je, takođe, našao da postoje fundamentalne razlike između advokatske i drugih profesija u pogledu pravnog statusa, uslova za ulazak u profesiju, prirode njihovih odgovarajućih funkcija, načina vršenja ovih funkcija itd. Prema tome, posebna obaveza advokata da pružaju besplatnu pravnu pomoć ne čini diskriminaciju ove profesije.<sup>39</sup> Sud je, takođe, našao da postoji faktička razlika u prirodi vjerskog i seksualnog obrazovanja, jer prvo uključuje širenje vjerovanja što nije slučaj sa drugim.<sup>40</sup> Komitet za ljudska prava je odbio argument Holandije da vjenčani i nevjenčani supružnici ne predstavljaju "jednake slučajeve".<sup>41</sup>

Ponekad je upoređivanje dvije situacije usko povezano sa rezonovanjem da li je njihovo jednako i različito pravno tretiranje opravdano.<sup>42</sup> U slučaju *Thlimmenos v. Greece*, Grčka je svojim zakonom predvidjela da onaj ko je bio krivično kažnjen za teško krivično djelo, ne može da obavlja posao računovođe. *Thlimmenos* je zbog prigovora savjesti odbio da služi vojsku na način kako je to bilo predviđeno za prigovorače savjesti, što je u Grčkoj teško krivično djelo, te po odsluženoj kazni nije mogao da se zaposli kao računovođa. Grčka je isticala da je riječ o opštoj zakonskoj odredbi, koja se jednako primjenjuje na sve, prema tome tu diskriminacije ne može biti. Evropski sud nije sporio da to zakonsko ograničenje ima smisla u pogledu pojedinih krivičnih djela koja dovode u pitanje podobnost pojedinca da mu se povjeri upravljanje finansijama. Međutim, ako neko iz vjerskih pobuda odbije da služi vojsku i time počinu teško

<sup>28</sup> Vidi Application no. 34369/9), ECHR, Judgment of 6 April 2000, para. 44. Isto u *Coster v. the United Kingdom* (Application no. 24876/94), ECHR, Judgment of 18 January 2001, para. 141; *Coster v. the United Kingdom* (Application no. 24876/94) ECHR, Judgment of 18 January 2001, para. 141; *Chapman v. the United Kingdom* (Application no. 27238/95), ECHR, Judgment of 18 January 2001, para. 129.

<sup>29</sup> Communication No. 643/1995 (*Drobek v. Slovakia*), Decision adopted on 14 July 1997. i Communication No. 670/1995 (*Ruediger Schlosser v. The Czech Republic*), Decision adopted on 21 October 1998, para. 6.5.

<sup>30</sup> Communication No. 586/1994, *Joseph Frank Adam v. The Czech Republic*, Views adopted on 23 July 1996, para. 12.7.

<sup>31</sup> Communication No. 1159/2003, *Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso*, Views adopted on 28 March 2006, para. 12.7.

<sup>32</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, op. cit., 308.

<sup>33</sup> Communication No. 998/200, *Althammer et al. v. Austria*, Views adopted on 8 August 2003, para. 10.2.

<sup>34</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, op. cit., 308.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Aziz v. Cyprus* (Application no. 69949/01), ECHR, Judgment of 22 June 2004, para. 36.

<sup>37</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, op. cit., 310.

<sup>38</sup> *Sunday Times v. the United Kingdom* (Application no. 6538/74), ECHR, Judgment of 26 April 1979, para. 72.

<sup>39</sup> *Van der Musselle*, (Application no. 8919/80), ECHR, Judgment of 23 November 1983, para. 46.

<sup>40</sup> *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen* (Application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72), ECHR, Judgment of 7 December 1976, para. 56.

<sup>41</sup> Communication No. 180/1984, *Danning v. The Netherlands*, Views adopted on 9 April 1987, para. 8.4.

<sup>42</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, op. cit., 311.

krivično djelo, za to lice se ne može reći da je sklono prevاري, lopovluku ili drugim stvarima koje bi bile razlog da mu se ne povjere poslovi računovođe. Dakle, Grčka je propustila da napravi razliku između dvije situacije koje su bile potpuno različite sa stanovišta svrhe sporne zakonske odredbe.<sup>43</sup>

Lista osnova diskriminacije navedenih u članu 14 Evropske konvencije nije taksativna već primjerična.<sup>44</sup> Tako je Evropski sud nalazio slučajeve diskriminacije zbog različitog postupanja po osnovama koje nisu navedeni u članu 14, kao što je porodični status. Pojedinaac koji tvrdi da se prema njemu različito postupalo zbog njegovog statusa, dužan je da obrazloži ovu tvrdnju i podnese odgovarajuće dokaze.<sup>45</sup> Nije dovoljno, dakle, da pojedinac pokaže da je neki zakon diskriminatoran, već treba da dokaže da je sam bio žrtva diskriminacije. U slučaju *de Vos v. The Netherlands*, Komitet je smatrao da autor podneska nije pokazao kako je različito postupanje prema njemu bilo zasnovano na nekoj od zabranjenih osnova diskriminacije iz člana 26 i nekom drugom uporedivom statusu.<sup>46</sup>

U odnosu na legitiman cilj kojim može da se opravda različito postupanje, Evropski sud je, između ostalih, naveo zaštitu: zdravlja i prava djece<sup>47</sup>, majke i djeteta<sup>48</sup>, javnog poretka<sup>49</sup>, sekularne prirode obrazovnih institucija i prava i sloboda drugih<sup>50</sup> i životne sredine.<sup>51</sup> Izgleda da je Evropski sud spreman da prihvati svaki cilj koji se želi postići različitim postupanjem, izuzev ako ovaj protivriječi zahtjevima Evropske konvencije ili ako je suprotan pravnim načelima koja preovlađuju u demokratskim društvima.<sup>52</sup>

Pitanje proporcionalnosti jeste pitanje određivanja racionalnog odnosa između opštih interesa koji se štite legitimnim ciljem i posebnih interesa pojedinca koji su zaštićeni pravom da se ne bude diskriminisan.<sup>53</sup> U slučaju *Camp and Bourimi v. the Netherlands*, Evropski sud se složio da je zaštita pravne sigurnosti nasljednika legitiman cilj, ali je na-

šao da je isključenje vanbračnog djeteta iz nasljeđa disproportionalno ovom cilju u okolnostima konkretnog slučaja, kada su svi znali za rođenje vanbračnog djeteta.<sup>54</sup>

Razumnost i objektivnost različitog postupanja se ocjenjuje u kontekstu prirode prava u vezi koga se pojedinac žali da je diskriminisan.<sup>55</sup> Tako, na primjer, Evropski sud nije prihvatio kao opravdan različit tretman u pogledu dječje zaštite djece stranaca između djece koja su imala stalnu boravišnu dozvolu i one bez takve dozvole.<sup>56</sup> Ovaj sud je našao da je Francuska učinila akt diskriminacije prema mladom hendikepiranom Afrikancu koji je ispunjavao sve uslove za dobijanje pomoći po osnovu invalidnosti, izuzev francuskog državljanstva.<sup>57</sup>

Evropski sud prosuđuje o razumnosti i objektivnosti opravdanja različitog postupanja u kontekstu evropskog razvoja. Ako ustanovi da je među evropskim zemljama postignut konsenzus o nekom pitanju, bilo *implicit*e kroz unutrašnji pravni razvoj ili eksplicitno putem međunarodnog ugovora, to postaje standard razumnosti.<sup>58</sup> U slučaju *Marckx v. Belgium* Evropski sud je konstatovao da razlika koju pravi belgijsko pravo između tradicionalne i vanbračne porodice u odnosu majke i ćerke odstupa od evropskog razvoja, odnosno da je unutrašnje pravo velike većine država članica Savjeta Evrope evoluiralo i nastavlja da evoluirati u pravcu da se ne traži da majka treba da prizna vanbračno dijete, a da u tom pravcu idu i međunarodni ugovori.<sup>59</sup>

Ako je predmet diskriminacije kakva delikatna, društveno osjetljiva stvar, u vezi koje nema ili ima vrlo malo konsenzusa među evropskim zemljama, margina slobodne procjene će biti veoma široka.<sup>60</sup> Takvo je, na primjer, pitanje priznavanja prava homoseksualcima da usvajaju djecu.<sup>61</sup> Ako je predmet diskriminacije u vezi sa nekim pitanjem oko koga postoji širok konsenzus među evropskim zemljama, kao što su ravnopravnost polova<sup>62</sup>, rođenje u

<sup>43</sup> *Thlimmenos v. Greece* (Application no. 34369/97), ECHR, Judgment of 6 April 2000.

<sup>44</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, op. cit., 312.

<sup>45</sup> *Kurt v. Turkey* (Application no. 24276/94), ECHR, Judgment of 25 May 1998, para. 147.

<sup>46</sup> Communication No. 1192/2003, *M. de Vos v. The Netherlands*, Decision adopted on 25 July 2005, para. 6.2.

<sup>47</sup> *Hoffmann v. Austria* (Application no. 12875/87), ECHR, Judgment of 23 June 1993, para. 34.

<sup>48</sup> *McMichael v. the United Kingdom* (Application no. 16424/90), ECHR, Judgment of 24 February 1995, paras 96 i 98.

<sup>49</sup> *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* (Application no. 27417/95), ECHR, Judgment of 27 June 2000, paras 84, 87.

<sup>50</sup> *Leyla Sahin v. Turkey* (Application no. 44774/98), ECHR, Judgment of 10 November 2005, para. 165.

<sup>51</sup> *Coster v. the United Kingdom* (Application no. 24876/94), ECHR, Judgment of 18 January 2001, para. 141.

<sup>52</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, 314.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Camp and Bourimi v. the Netherlands* (Application no. 28369/9), ECHR, Judgment of 3 October 2000, para. 39.

<sup>55</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, 314.

<sup>56</sup> *Niedzwiecki v. Germany* (Application no. 58453/00), ECHR, Judgment of 25 October 2005, paras 16, 21 i 33.

<sup>57</sup> *Poirrez v. France*, (Application no. 40892/98), ECHR, Judgment of 30 September 2003, paras 47–49.

<sup>58</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, 315.

<sup>59</sup> *Marckx v. Belgium* (Application no. 6833/74), ECHR, Judgment of 13 June 1979, para. 41.

<sup>60</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, 316.

<sup>61</sup> *Frette v. France* (Application no. 36515/97), ECHR, Judgment of 26 February 2002, para. 41.

<sup>62</sup> *Schuler-Zraggen v. Switzerland* (Application no. 14518/89), ECHR, Judgment of 24 June 1993, para. 67.

braku ili van braka<sup>63</sup>, porodični bračni i vanbračni odnosi<sup>64</sup> i vjerska ravnopravnost<sup>65</sup> - margina slobodne procjene je veoma uska. U takvim slučajevima, čak ako je cilj različitog postupanja legitiman, država mora da dokaže da je isključenje neke grupe bilo nužno i jedino moguće da bi se taj cilj postigao.<sup>66</sup> Ako se taj cilj može postići na drugi način, bez različitog postupanja, na djelu je diskriminacija.<sup>67</sup>

Posmatrajući promjene u evropskim državama, Evropski sud nastoji da utvrdi pravac razvoja i kada zaključi da je neki trend jasno uočljiv, on postaje standard ocjene razumnosti različitog postupanja.<sup>68</sup> Događa se, zato, da u slučajevima koji su veoma slični Sud u kratkom vremenskom periodu dođe do suprotnih zaključaka. U slučaju *Elsholz v. Germany*, Sud je 2000. godine odbacio zahtjev oca djeteta rođenog van braka da je diskriminisan jer nije pokazao da je tretiran nepovoljnije nego što bi to bio razvedeni otac u konkretnom slučaju.<sup>69</sup> U slučaju *Hoffmann v. Germany*, Sud je 2001. godine našao da je otac vanbračnog djeteta bio u drukčijoj, manje povoljnjoj situaciji nego razvedeni otac, te da se legitimni cilj - zaštita djece i roditelja - mogao ostvariti i bez ovog različitog postupanja.<sup>70</sup> Činjenice u oba slučaja su slične, jer su majke prirodnim očevima uskratile pravo na pristup djeci i djeca nisu željela da ih očevi posjećuju. U takvim okolnostima njemački sudovi su odbacili zahtjev očeva da posjećuju djecu, imajući u vidu najbolji interes djece. U oba slučaja njemački porodični zakon koji je bio primijenjen, pravio je razliku u pravu na pristup djeci razvedenih očeva i nevjenčanih očeva. Takođe, u vrijeme kada je Evropski sud rješavao oba slučaja Njemačka je već usvojila amandmane na porodični zakon kojima je ukinula ovo različito postupanje. U periodu od 13. jula 2000. godine kada je donijeta presuda u slučaju *Elsholz* i 11. oktobra 2001. godine kada je donijeta presuda u slučaju *Hoffmann*, Evropski sud je promijenio svoj stav o razumnosti razlikovanja razvedenog i vanbračnog oca u pogledu ostvarivanja prava na pristup detetu.

Standardi koje koristi Komitet za ljudska prava, da bi ocijenio razumnost i opravdanost različitog postupanja, u izvjesnoj mjeri su slični, ali i različiti u odnosu na standarde

koje koristi Evropski sud.<sup>71</sup> U Komitetu je izraženo mišljenje da primjena prava na nediskriminaciju može da ima različite oblike, zavisno od prirode prava na koje se načelo nediskriminacije primenjuje.<sup>72</sup> Komitet zastupa, takođe, ideju da državi treba ostaviti izvjestan prostor slobodne procjene opravdanosti različitog postupanja, i to naročito kada su u pitanju socijalna i ekonomska prava. Komitet smatra da zakonodavac svake zemlje treba da nastoji da postigne socijalnu pravdu u konkretnim okolnostima, jer on najbolje zna socijalne i ekonomske potrebe dotičnog društva. Ukoliko razlike ne čine jasnu ili arbitranu diskriminaciju, Komitet smatra da nije njegovo da ocjenjuje kompleksne socio-ekonomske podatke i da zamijeni zakonodavca te zemlje.<sup>73</sup> I Komitet ispituje cilj radi koga je različito postupanje dozvoljeno ili nije dozvoljeno, kao i proporcionalnost korišćenih sredstava i cilja. U slučaju *Althammer et al. v. Austria*, Komitet je konstatovao da uskraćivanje izvjesnih socijalnih davanja odraslim u korist djece - nije na disproportionalni način pogodilo autora predstave.<sup>74</sup>

Ono po čemu se Komitet razlikuje od Evropskog suda u ocjeni razumnosti i opravdanosti različitog postupanja jeste što Komitet ponekad ispituje odgovornost za to što se neko našao u posebnoj situaciji koja je drukčije pravno tretirana.<sup>75</sup> Tako je u slučaju Češke i Slovačke Republike, Komitet je ponovio svoj stav da je država sama odgovorna zato što su je napustili podnosioci predstave, te da je nespojivo sa Paktom da se od ovih lica traži da ponovo uzmu češko državljanstvo kako bi povratili svoju imovinu.<sup>76</sup> U nekim slučajevima Komitet je primijenio ovaj standard, nalazeći da su pojedinci „krivi“ zbog pozicije u kojoj su se našli, odnosno da su sami izabrali takvu poziciju. Tako je analizirajući različit tretman u holandskom pravu vjenčanih i nevjenčanih parova, Komitet naglasio da odluka o stupanju u brak, koja prema holandskom pravu povlači izvjesne beneficije ali i izvjesne dužnosti, leži isključivo na supružnicima. Birajući da ne sklope brak, supružnici ne preuzimaju pun obim dužnosti koji proističe iz braka. Prema tome, oni ne uživaju, takođe, pun obim socijalnih beneficija koje holandsko pravo predviđa za bračne supružnike. Komitet je prihvatio argument holandske Vlade da supružnici sklapajući brak ili ostajući van braka, biraju sami pravni režim kojim će se podvrgnuti.<sup>77</sup>

<sup>63</sup> *Hoffmann v. Germany* (Application no. 34045/96), ECHR, Judgment of 11 October 2001, para. 56.

<sup>64</sup> *Sommerfeld v. Germany* (Application no. 31871/96), ECHR, Judgment of 8 July 2003, para. 93.

<sup>65</sup> *Hoffmann v. Austria* (Application no. 12875/87), ECHR, Judgment of 23 June 1993, para. 34.

<sup>66</sup> *Karner v. Austria* (Application no. 40016/98), ECHR, Judgment of 24 July 2003 para. 41.

<sup>67</sup> *Hoffmann v. Germany* (Application no. 34045/96), ECHR Judgment of 11 October 2001, para. 59.

<sup>68</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, 317.

<sup>69</sup> *Elsholz v. Germany* (Application no. 25735/94), ECHR, Judgment of 13 July 2000, paras 58–61.

<sup>70</sup> *Hoffmann v. Germany* (Application no. 34045/96), ECHR, Judgment of 11 October 2001, paras 49–60.

<sup>71</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, 318.

<sup>72</sup> Communications Nos. 406/1990 and 426/1990, *Lahcen B. M. Oulajin and Mohamed Kaiss v. the Netherlands*, Views adopted on 23 October 1992.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> Communication No. 998/200, *Althammer et al. v. Austria*, Views adopted on 8 August 2003, para. 10.2.

<sup>75</sup> Etinski, R. (2006). *Opšte odredbe o zabrani diskriminacije u oblasti ljudskih prava*, 319.

<sup>76</sup> Communication No. 586/1994, *Adam v. The Czech Republic*, Views adopted on 23 July 1996, paragraph 12.6.

<sup>77</sup> *Danning*, para. 8.4.

U odlučivanju Komiteta prisutan je i vremenski faktor. Odlučujući u 1992. godini, Komitet je konstatovao da se dogodio društveni razvoj unutar država ugovornica, notirajući tadašnji legislativni razvoj koji je ovo reflektovao. Uprkos ovako konstatovanom razvoju, Komitet je zaključio da je različit tretman bračnih i vanbračnih parova, učinjen Zakonom o zdravstvenom osiguranju Holandije 1987. godine, bio zasnovan na razumnim i objektivnim osnovama. Komitet je primijetio da odluka države da izmijeni zakon, ne mora nužno da znači da je zakon bio suprotan Paktu. Komitet je podsjetio da su države slobodne da mijenjaju zakone koji su saglasni Paktu i da idu van onog što se od njih traži Paktom u obezbjeđivanju dodatnih prava i povlastica.<sup>78</sup>

U odluci broj AP 2678/06 od 29. septembra 2006. godine Ustavni sud je konstatovao da nema povrede prava apelanata garantovanih Evropskom konvencijom, njenim protokolima i dodatnim sporazumima o ljudskim pravima koji se, shodno članu II/2 i Aneksu I Ustava BiH, primjenjuju u BiH - ukoliko su osporene odluke donesene na osnovu zakona čije odredbe predstavljaju neznatno proširenu verziju određenog člana Ustava BiH.<sup>79</sup> U vezi s tim, Ustavni sud prvenstveno primjećuje da su osporene odluke Suda BiH i Centralne izborne komisije, donesene na osnovu odredbe člana 8.1 stav 2 Izbornog zakona, shodno kojoj člana Predsjedništva BiH koji se direktno bira sa teritorije Republike Srpske – jednog Srbina, biraju birači registrovani da glasaju u Republici Srpskoj. U svojoj Odluci broj U 13/05, od 26. maja 2006. godine, Ustavni sud je konstatovao da navedena odredba predstavlja neznatno proširenu verziju člana V Ustava BiH shodno kojoj se Predsjedništvo BiH sastoji od tri člana: jednog Bošnjaka i jednog Hrvata, koji se bira direktno sa teritorije Federacije, i jednog Srbina, koji se bira direktno sa teritorije Republike Srpske. Dakle, Sud BiH i Centralna izborna komisija su u svojim odlukama primijenili važeće propise. Budući da apelanti povredu svojih prava obrazlažu činjenicom da se, shodno članu II/2 Ustava BiH, prava i slobode predviđene u Evropskoj konvenciji i njenim protokolima direktno primjenjuju u BiH i imaju prioritet nad svim ostalim zakonima, Ustavni sud podsjećajući na svoju praksu iz predmeta broj U 5/04 od 27. januara 2006. godine shodno kojoj odredbe Evropske konvencije ne mogu da imaju superiorniji status u odnosu na Ustav BiH, jer je Evropska konvencija, kao međunarodni dokumenat, stupila na snagu na osnovu Ustava BiH. Osim toga, Ustavni sud konstatuje da, shodno navedenoj odredbi, Evropska konvencija i njeni protokoli nesporno imaju prioritet “nad

svim ostalim zakonima“, ali da se u konkretnom slučaju praktično radi o odredbi Ustava koja je prenesena u Izborni zakon.<sup>80</sup>

## PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

### Osnovi diskriminacije

#### Pol

Evropski sud je u nizu slučajeva utvrđivao diskriminaciju na osnovu pola.

*Rasmussen protiv Danske* (od 28. novembra 1984. godine) je bio prvi slučaj Evropskog suda u vezi sa polnom diskriminacijom. Konkretna slučaj odnosio se na diskriminaciju muškaraca. U konkretnom slučaju aplikant je htio osporiti očinstvo nad djetetom koje je rodila njegova supruga, ali mu to nije bilo dozvoljeno zbog protoka vremenskog roka za pokretanje postupka za utvrđivanje očinstva. Danski zakon propisivao je rokove samo za muževe dok su se supruge mogle prijaviti za test očinstva bilo kada prije punoljetstva djeteta. Evropski sud nije utvrdio kršenje člana 14 u vezi sa čl. 6 (pravično suđenje) i 8 (porodični život), jer je smatrao da su vremenski rokovi za pokretanje postupka za utvrđivanje očinstva zakoniti - kako bi se osigurala pravna izvjesnost i zaštitili interesi djeteta.

Evropski sud je u junu 2009. godine donio prvu presudu koja se direktno bavi nasiljem u porodici kao oblikom diskriminacije žena u smislu člana 14 Konvencije. Radilo se o presudi *Opuz protiv Turske* (2009.). Zahtjev Evropskom sudu podnijela je N.O, kćerka žrtve. Njen je bivši suprug, a žrtvin zet (H. O.), ubio njenu majku iz vatrenog oružja 2002. godine. On je često zlostavljao obje žene, a u više navrata su obje pretrpjele povrede opasne po život. Evropski sud je smatrao da je aplikantica bila u stanju da dokaže postojanje *prima facie* indicija da se nasilje u porodici vrši, prije svega, protiv žena i da je opšta i diskriminatorna pasivnost stvorila klimu koja je podsticala takvo nasilje. Relevantni dijelovi odluke Evropskog suda u konkretnom slučaju glasi:

„199. Sud je ustanovio da krivičnopravni sistem, kako je djelovao u konkretnom slučaju, nije imao primjeren zastrašujući učinak sposoban da osigura djelotvorno spriječavanje nevaljanog pravnog djelovanja H.O., a protiv ličnog integriteta aplikantice i njene majke i da je prema tome povrijedio njihova prava iz čl. 2 i 3 Konvencije.

200. Imajući na umu svoja utvrđenja da opšta i diskriminatorna sudska pasivnost u Turskoj, iako nenamjerna, pogađa većinom žene, Sud smatra da se nasilje koje su trpjele aplikantica i njena majka može smatrati rodno zasnovanim nasiljem koje je oblik diskriminacije žena. Unatoč reformama koje je provela vlada posljednjih godina, sveobuhvatna pasivnost sudskog sistema i nekažnjavanje koje su uživali nasilnici, što je utvrđeno u konkretnom slučaju, ukazuje da je postojala nedovoljna obaveza da se preduz-

<sup>78</sup> Communication No. 395/1990, *M. Th. Sprenger v. The Netherlands*, Views adopted on 31 March 1992, para 7.5.

<sup>79</sup> Odlukom Centralne izborne komisije od 24. jula 2006. godine odbijeno je ovjeravanje kandidata I.P. na kandidatskoj listi Stranke za BiH, šifra (004), za Predsjedništvo BiH, srpski član, sa obrazloženjem da imenovani ne može da bude biran na navedenu poziciju sa teritorije Republike Srpske budući da se izjasnio kao Bošnjak, te da zato ne ispunjava uslove propisane članom 8.1 stav 2 Izbornog zakona BiH.

<sup>80</sup> Vidjeti i odluke Ustavnog suda u predmetu U 5/04 od 27. januara 2006. godine i U 13/05 od 26. maja 2006. godine.

me primjerena akcija usmjerena protiv nasilja u porodici (...).

202. U svjetlu navedenog, Sud zaključuje da je u ovom slučaju došlo do povrede člana 14, u vezi s čl. 2 i 3 Konvencije.”

U predmetu *Hobbs, Richard, Walsh i Green protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (2007.) aplikantice su bile udovice u srednjim i kasnim devedesetim godinama. Oslanjajući se na član 14 i član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, žalili su se na odbijanje vlasti da im odobri doplatak za težak gubitak udovica (WBA) ili odgovarajuće smanjenje poreza na dohodak na osnovu njihovog pola. U vrijeme kada je uveden WBA vjenčani parovi su bili oporezivani kao jedna osoba a muž je imao poresku olakšicu u odnosu na ženinu zaradu, dok bi udovica primala doplatak samo za jednu osobu. WBA je kasnije ukinut, jer nije služio svrsi ispravljanja nejednakosti između ožalošćenih muškaraca i žena. Sud je odlučio da tokom razdoblja u kojem je aplikanticama uskraćen doplatak, razlika u postupanju s muškarcima i ženama izražena u WBA-u, nije bila valjana i objektivno opravdana i utvrdio kršenje člana 14, u vezi s članom 1 Protokola 1.

U kontekstu diskriminacije na osnovu pola treba pomenuti i presudu Velikog vijeća u predmetu *Garcia Mateos protiv Španije* (2013.). Aplikantice u ovom predmetu su dvije Austrijanke koje žive u stabilnom homoseksualnom odnosu i sin jedne od njih. Sin jedne od aplikantica je rođen van braka i njegova majka ima isključivo starateljstvo nad njim. Aplikanti žive zajedno i dvije žene se zajednički staraju o djetetu. Želeći da stvore pravni odnos između druge žene (aplikantice) i djeteta, bez prekidanja odnosa sa njegovom majkom, u februaru 2005. godine su zaključili ugovor o usvajanju i podnijeli ga na odobrenje nadležnom okružnom sudu. Svjesni da relevantne odredbe Građanskog zakonika mogu da budu shvaćene da isključuju usvajanje djeteta jednog od partnera u homoseksualnom paru od strane drugog partnera (bez prekidanja odnosa sa prirodniim roditeljem), aplikanti su zahtijevali od Ustavnog suda Španije da proglasi ove odredbe neustavnim i diskriminatornim u odnosu na njih zbog njihove seksualne orijentacije. Ustavni sud je u junu 2005. godine odbacio njihov zahtjev kao nedopušten - do donošenja odluke Okružnog suda. U septembru 2006. godine Vrhovni sud je odbacio reviziju aplikantata, smatrajući da je usvajanje djeteta od strane partnera ženskog pola njegove ili njene majke zakonski nemoguće. Smatrao je da relevantne odredbe Građanskog zakonika nisu neustavne. Evropski sud je u konkretnom predmetu utvrdio da Vlada nije dala uvjerljive razloge kojima bi pokazala da je isključivanje *second-parent adoption* u slučajevima parova istog pola, dozvoljavajući tu mogućnost nevjenčanom paru različitog pola, bila neophodna za zaštitu porodice u tradicionalnom smislu ili za zaštitu interesa djeteta. Distinkcija je stoga bila diskriminatorna. Zbog toga je utvrđeno kršenje člana 14, uzet u vezi sa članom 8.

Predmet *Vallianatos i ostali protiv Grčke* (2013.) od-

nosio se na „građanske zajednice“ koje su u Grčkoj uvedene Zakonom broj 3719/2008, pod nazivom “Reforme u vezi porodice, djece i društva“. Ovaj zakon je predvidio zvaničan oblik partnerstva, omogućavajući parovima da registruju svoj odnos u okviru fleksibilnijeg zakonskog okvira od onog propisanog za brak. Aplikanti su se žalili da je ovaj zakon predvidio građanske zajednice samo za parove različitog pola, isključujući time automatski iz svog djelokruga parove istog pola. Žalili su se da je država uvela razliku koja je diskriminatorna u odnosu na njih. Evropski sud je primijetio da su od 19 država koje odobravaju neki drugi oblik registrovanog partnerstva u odnosu na brak, Litvanija i Grčka jedine koje su to predvidjele isključivo za parove različitog pola. Smatrao je da država nije pokazala da je bilo neophodno, radi legitimnih ciljeva na osnovu zakona koji je uveo građanske zajednice, da zabrani ulazak u takve zajednice parovima istog pola. Stoga je u navedenom slučaju utvrđena povreda člana 14, zajedno sa članom 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života).

Predmet Evropskog suda *Emel Boyraz protiv Turske* (2014.) odnosio se na aplikanticino otpuštanje iz javnog sektora – državne kompanije za električnu energiju – zbog pola. Aplikantica je radila kao službenik obezbjeđenja skoro tri godine prije nego što je 2004. godine otpuštena - zbog toga što nije muškarac i nije odslužila vojni rok. Prema mišljenju Suda, sama činjenica da službenik obezbjeđenja mora da radi noćne smjene i u seoskim područjima i da pod određenim uslovima koristi oružje i fizičku silu - ne opravdava razliku u postupanju između muškaraca i žena. Pored toga, razlog za otpuštanje aplikantice nije bila njena nemogućnost da preuzme takve rizike ili odgovornosti, niti je bilo ičega što bi ukazivalo da ona nije ispunjavala svoje dužnosti, već odluke turskih upravnih sudova. Sud je takođe smatrao da upravni sudovi nisu potkrijepili osnove za zahtjev da samo muško osoblje može da bude zaposleno kao službenici obezbjeđenja u državnoj kompaniji za električnu energiju. Evropski sud je u navedenom slučaju utvrdio povredu člana 14, u vezi sa članom 8 Evropske konvencije.

U praksi Ustavnog suda Bosne i Hercegovine<sup>81</sup>, u kontekstu diskriminacije u odnosu na pol, karakteristična je Odluka o dopustivosti i meritumu u predmetu broj **AP 369/10** u kojoj je zaključeno da je došlo do kršenja zabrane diskriminacije iz člana II/4 Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14 Evropske konvencije u vezi sa pravom na pristup sudu, kao segmentom prava na pravično suđenje, iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije, jer je apelantova tužba odbačena kao nedopuštena u smislu odredbe člana 43 Porodičnog zakona Federacije BiH, koja je diskriminirajuća, jer dovodi do različitog tretmana apelanta prema polu, a da za takav različit tretman nema razumnog i objektivnog opravdanja.

<sup>81</sup> U daljem tekstu: Ustavni sud.



### **Rasa**

Evropski sud je u slučaju *Nachova i drugi protiv Bugarske* (o kojem je odlučivalo nadležno prvostepeno sudsko vijeće Evropskog suda 2004. godine, a Veliko vijeće Evropskog suda 2005. godine) prvi put utvrdio postojanje rasne diskriminacije po članu 14, u vezi člana 2 Evropske konvencije. Aplikanti su bili srodnici dvoje Roma koje je ubila bugarska vojna policija, a pokušavala ih je uhapsiti. Osim što su istakli kršenje supstancijalnih i procesnih vidova čl. 2 i 13, ukazali su da su ubistva i nedostatak istrage bili rezultat rasne diskriminacije prema osobama romskog porijekla i stoga krše član 14, u vezi s članom 2. U presudi *Nachova i drugi protiv Bugarske* (2005.) Veliko vijeće Evropskog suda je dalo sljedeću definiciju "rasno motivisanog nasilja":

"145. Diskriminacija podrazumijeva da se bez objektivnog i razumnog obrazloženja primjenjuje različito ponašanje prema osobama koje se nalaze u sličnim situacijama (...). Rasno motivisano nasilje posebna je uvreda ljudskog dostojanstva, pa se, s obzirom na pogubne posljedice, od nadležnih vlasti zahtijeva da svaki takav slučaj istraže posebno energično i odlučno. Iz tog razloga vlasti moraju koristiti sva sredstva koja im stoje na raspolaganju u borbi protiv rasizma i rasno motivisanog nasilja, kako bi na taj način ojačali viziju svakog demokratskog društva da se na razlike ne gleda kao na prijetnju, već kao na izvor bogatstva."

U presudi Evropskog suda u slučaju *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine* (2009.) Sud je utvrdio korelaciju između rase i etničke pripadnosti, smatrajući da je definicija rase u ideji biološke razlike osoba u fiziološkom smislu kao što je boja kože ili facijalnih karakteristika, dok etnička pripadnost ima ideju pripadnosti pojedinim zajednicama koje imaju istu nacionalnost, religijsko uvjerenje, zajednički jezik ili zajedničke kulturne i tradicijske izvore. Diskriminacija na osnovu etničke pripadnosti osobe smatra se oblikom rasne diskriminacije.

Sa aspekta diskriminacije na osnovu rase, treba spomenuti i odluku Evropskog suda u slučaju *Šečić protiv Hrvatske* (2007). Aplikanta (Roma) brutalno je pretukla grupa neidentifikovanih skinheada. Istraga tog slučaja bila je površna i nije uspjela identifikovati učinioce. Aplikant je tvrdio da je prekršen član 3 i član 14 u vezi s članom 3 Evropske konvencije. U konkretnom slučaju Evropski sud je sistematizovao svoju dotadašnju praksu u vezi s pozitivnim obavezama država ugovornica, u kontekstu povrede člana 3 Konvencije kada se radi o rasno motivisanoj povredi konvencijske zabrane zlostavljanja. Drugo, Evropski sud je u toj presudi prvi put utvrdio i tzv. horizontalni aspekt obaveza države ugovornice da otkrije rasističke motive nasilja, izražavajući stanovište da su te obaveze država ugovornica jednake i kad je rasno motivisano djelo počinila privatna osoba, a ne samo pripadnik državnog aparata sile. Na taj je način Evropski sud dopunio do tada utvrđene procesne pozitivne obaveze država ugovornica prema članu 14, u

odnosu na član 3 Konvencije i njihovim tzv. horizontalnim efektom.

U predmetu *Fedorchenko and Lozenko protiv Ukrajine* (2012.) aplikanti su tvrdili da je šef policije prijetio gospodinu Fedorchenku, udario ga i zatim zapalio njegovu kuću. Pozivajući se na član 2 Evropske konvencije, aplikanti su se žalili da je petoro njihovih rođaka izgubilo život u požaru i da državne vlasti nisu sprovele dovoljnu i djelotvornu istragu o okolnostima njihove smrti i o umješanosti šefa policije u napad sa paljenjem. Dalje su, pozivajući se na član 14 Evropske konvencije, tvrdili da je zločin imao rasističke motive. Evropski sud je utvrdio povredu prava na zabranu diskriminacije u vezi sa članom 2 Evropske konvencije, i to u kontekstu istrage.

### **Jezik**

Slučaj *Udruženje Ekin protiv Francuske* (2001.) se ticao knjige koja je objavljena u Francuskoj i obrađivala istorijske, kulturološke, lingvističke i društveno-političke vidove baskijskog pokreta. Francuske vlasti su zabranile knjigu, tvrdeći da promoviše separatizam i opravdava korišćenje nasilja, te je stoga predstavljala prijetnju javnom poretku. Aplikant se žalio da mjere koje zabranjuju knjigu krše član 10 i predstavljaju diskriminaciju u odnosu na slobodu izražavanja na osnovu jezika ili nacionalnog porijekla, kršeći član 14, u vezi s članom 10 Evropske konvencije. Sud je smatrao da zabrana ne ispunjava hitnu društvenu potrebu i nije srazmjerna zakonitom cilju koji se slijedi i stoga nije bila „potrebna u demokratskom društvu“, te krši član 10. Sud nije smatrao potrebnim ispitati zahtjev na osnovu člana 14 Evropske konvencije.

U slučaju *Kamasinski protiv Austrije* (1989.) radilo se o suđenju osobi koja ne govori njemački jezik i tvrdila je da su sredstva tumačenja i prevođenja koja su mu stavljena na raspolaganje bila neadekvatna i da je to kršilo njegovo pravo na pravično suđenje i član 14 na osnovu činjenice da su mu uskraćene prednosti koje su bile dostupne optuženim koji govore njemački jezik. Sud je smatrao „suvišnim takođe ispitati osporene činjenice na osnovu člana 14... budući da je u sadašnjem kontekstu pravilo nediskriminacije definisano u toj odredbi - već sadržano u članu 6.“ Na osnovu činjenica, Sud nije utvrdio kršenje člana 6.

U slučaju *Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije* (1987.) stanovnici koji govore francuski jezik u flamanskom dijelu Belgije tvrdili su da zakonodavstvo o izboru lokalnih vladinih vijeća ne dopušta korišćenje francuskog jezika, te da su im time prekršena prava iz člana 14, u vezi sa članom 3 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. Sud je utvrdio da imajući u vidu sveukupnu strukturu belgijske države - nije došlo do povrede člana 14 Evropske konvencije.

### **Vjera**

U slučaju *Hofman protiv Austrije* (1993.) aplikantici je oduzeto starateljstvo nad djetetom zbog toga što je bila povezana sa Jehovinim svjedocima. Austrijski sud je stara-

nje nad djecom dodijelio suprugu, navodeći njeno vjersko opredjeljenje kao jedini razlog za takvu odluku. Evropski sud je zauzeo stav da je neprihvatljivo da jedan domaći sud svoju odluku temelji na razlici u vjeroispovijesti i pri tom je svoju odluku o kršenju Konvencije donio prema čl. 8 i 14 te konvencije, budući da se ona odnosila na staranje nad djetetom, što je jedan od aspekata porodičnog života. Evropski sud je smatrao da odluka domaćeg suda krši član 8 Evropske konvencije.

Razmatrajući ovo pravo u vezi sa zabranom diskriminacije na osnovu vjeroispovijesti iz člana 14 Evropske konvencije, Evropski sud je utvrdio da razlika na osnovu vjeroispovijesti nije opravdana niti jednim državnim ciljem i stoga je aplikantica nepravedno lišena svog prava na neuplitanje u porodični život. Sud je smatrao da „bez obzira na moguće suprotne argumente, razlika koja je uglavnom utemeljena na razliku u vjeroispovijesti - nije prihvatljiva. Sud stoga ne može utvrditi da je postojao opravdani odnos srazmjere između korišćenih sredstava i cilja kojemu se težilo; u skladu s tim postojalo je kršenje člana 8, u vezi s članom 14“ (stav 36 Presude).

Evropski sud je utvrdio kršenje člana 6 stav 1 i člana 14 Evropske konvencije u predmetu *Katolička crkva Canea protiv Grčke* (1997.) u kojem je smatrao da odbijanje suda da crkvi aplikantu prizna pravni status, dok je to učinjeno za druge vjerske denominacije (vjeroispovijesti), predstavlja kršenje i prava na pristup sudu i prava da se ne bude izložen diskriminaciji u uživanju tog prava.

Slučaj Evropskog suda *Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı protiv Turske* (2014.) odnosio se na mogućnost, prema turskom zakonu, da vjerskim objektima bude odobreno izuzeće od plaćanja električne energije i odbijanje da se ova povlastica odobri fondaciji - aplikantu. Evropski sud je utvrdio da je alevitska fondacija – aplikant pretrpjela razliku u postupanju bez ikakvog objektivnog i razumnog opravdanja i da sistem odobravanja izuzetaka od plaćanja računa za električnu energiju za vjerske objekte na osnovu turskog zakona - povlači za sobom diskriminaciju na osnovu vjeroispovijesti.

### Imovina

U slučaju *Kjartan Asmundsson protiv Islanda* (2004.) podnosilac zahtjeva se žalio da je obustavom njegove invalidske penzije prekršen član 1 Protokola broj 1, samostalno i u vezi s članom 14 Konvencije. Vlada je osporila tvrdnju aplikanta da je primjena novih invalidskih kriterija na njega nezakonita, diskriminacijska i nesrazmjerna interesima zajednice kojima se težilo. Sud je prihvatio da je pitanje srazmjera koje je srž slučaja „da li je ostvarena pravedna ravnoteža između zahtjeva opšteg interesa zajednice i zahtjeva zaštite osnovnih prava pojedinca.“ Iako je Sud razmatrao slučaj na osnovu člana 1 Protokola broj 1, ključna činjenica u razmatranju bila je da li je mjera srazmjerna ili je došlo do neopravdanog različitog postupanja. Sud je prihvatio da je uvođenje novih penzionih pravila bilo popraćeno oprav-

danom zabrinutošću o potrebi rješavanja finansijskih poteškoća fonda i da su provedene promjene bile utemeljene na objektivnim kriterijima. Aplikant je, međutim, bio jedan od malobrojnih penzionera čije su penzije obustavljene; velika većina penzionera nije bila uopšte zahvaćena. Sud je to teško mogao pomiriti s finansijskim poteškoćama fonda. Sud je smatrao da iako se uvedene promjene prava na penziju mogu opravdano uzeti u obzir potrebe primaoca penzije, to različito postupanje samo po sebi ukazuje na to da su osporene mjere bile neopravdane u smislu člana 14.

Sud je istakao da ovo razmatranje člana 14 ima veliku težinu u procjeni pitanja srazmjernosti na osnovu člana 1 Protokola broj 1. Diskriminacijska osobina uplitanja bila je pogoršana činjenicom da je zahvatila aplikanta na posebno oštar način, budući da ga je u potpunosti lišila njegove penzije. U odnosu na ovu pozadinu, Sud je utvrdio da je kao pojedinac aplikant morao snositi pretjerani i nesrazmjerni teret koji, uprkos širokom polju slobodne procjene države na području socijalnih zakona, nije mogao biti opravdan zakonitim interesima zajednice na kojima su se oslanjale vlasti. Bilo bi drukčije da je aplikant bio obavezan pretrpjeti opravdano i srazmjerno smanjenje, a ne potpuno lišenje svojih prava. Sud je utvrdio da je prekršen član 1 Protokola broj 1.

Pitanjem postojanja diskriminacije na osnovu imovine, između ostalih, bavile su se dvije presude Velikog vijeća Evropskog suda.

U slučaju *Burden protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (2008.) aplikantice su bile dvije sestre, obje neudate, koje su cijeli svoj život živjele zajedno, potpomažući jedna drugu, u porodičnoj kući koju su naslijedile od svojih roditelja. Aplikantice su posjedovale i druge nekretnine. U odnosu na sve njih, aplikantice su bile u suvlasničkom odnosu. Svaka je sačinila oporuku kojom nakon svoje smrti ostavlja svoj dio imovine drugoj sestri. Žalile su se Evropskom sudu da su diskriminisane na osnovu svoje imovine (povreda člana 14, u vezi s članom 1 Protokola broj 1 uz Konvenciju), jer kad jedna od njih umre, druga će se suočiti sa značajnom obavezom plaćanja poreza na nasljedstvo (*inheritance tax*), koju obavezu nemaju nasljednici u bračnom odnosu ili u privatnom partnerstvu (*civil partnership*). Veliko vijeće Evropskog suda u konkretnom slučaju nije utvrdilo povredu člana 14, u vezi s članom 1 Protokola broj 1 uz Konvenciju, uz sljedeće obrazloženje:

“65. ... kao što ne može biti analogije između bračnih parova i parova po Zakonu o privatnom partnerstvu (*Civil Partnership Act couples*), s jedne strane, i heteroseksualnih i homoseksualnih parova koji odluče živjeti zajedno, ali ne postanu muž i žena (bračni drugovi - op.) ili privatni partneri (*civil partners*), s druge strane (v. *Shackell ...*), odsustvo takvog pravno obavezujućeg sporazuma između aplikantice čini njihov odnos kohabitacije, uprkos njegovom dugom trajanju, fundamentalno različitim od onog bračnog para ili para u privatnom partnerstvu. Na to stanovište ne utiče činjenica da su ... države članice prihvatile mnoštvo

različitim pravila nasljeđivanja između preživjelih iz braka, privatnog partnerstva i ona iz odnosa uže porodice i da su slično tome prihvatile različite politike prema oslobađanju od poreza na nasljedstvo u odnosu na različite kategorije nasljednika; države su, u načelu, slobodne da stvaraju različita pravila u području porezne politike (*taxation policy*).

66. Zaključno, dakle, Veliko vijeće smatra da se aplikantice, kao sestre suvlasnice, ne mogu upoređivati radi svrhe člana 14 s bračnim parom ili parom po Zakonu o privatnom partnerstvu. Slijedi da nije bilo diskriminacije i, prema tome, nema povrede člana 14, u vezi s članom 1 Protokola broj 1.”

Nasuprot tome, u slučaju *Andrejeva protiv Latvije* (2009.) Veliko vijeće je utvrdilo povredu člana 14, u vezi s članom 1 Protokola broj 1 uz Konvenciju, tj. diskriminaciju na osnovu imovine (vlasništva). Riječ je bila o aplikantici rođenoj u Kazahstanu koja se kao dvanaestogodišnja djevojčica 1954. preselila u Latviju, u kojoj je završila studij i 1973. zaposlila u regionalnoj podružnici sovjetskog Ministarstva hemijske industrije, kojoj je uprava bila u Kijevu (Ukrajina). Poslije je premještena u podružnicu kojoj je poduprava bila u Bjelorusiji, a glavna uprava u okolini Moskve u Rusiji. Njen je posao podlijegao saveznim zakonima bivšeg SSSR-a i bio je pod ovlašćenjima središnje vlade SSSR-a. Nakon donošenja deklaracije o nezavisnosti Latvije (1990. godine) podružnica dotadašnjeg ministarstva u kojem je aplikantica bila zaposlena je ukinuta (ona je ostala zaposlena i kod novoformiranog privrednog subjekta), a nakon sticanja nezavisnosti Latvije (1991. godine) aplikantica je ostala bez državljanstva (apatrid), dobivši u Latviji status “trajno nastanjenog stranca”. U septembru 1993. godine aplikantica je proglašena viškom zaposlenih, pa se zaposlila kod drugog poslodavca u Rigi, za kojega je radila sve do penzionisanja 1997. godine. U avgustu 1997. godine, nakon što je navršila 55 godina života, aplikantica je odlučila otići u penziju, pa je zamolila nadležno penziono tijelo da joj izračuna visinu penzije. To joj je tijelo odgovorilo da u obračun njene penzije, budući da je na dan 1. januara 1991. bila nastanjena u Latviji kao stranac (bez državljanstva), ulazi samo razdoblje njenog rada u Latviji, a da se razdoblje od 1. januara 1973. do 21. novembra 1990. godine ne može uzeti u obzir, jer je bila zaposlena u tijelima sa sjedištem u Kijevu i Moskvi. Na kraju, priznata joj je mjesečna penzija od oko 35 evra. Latvijski nacionalni sudovi, sva tri stepena, odbili su njen tužbeni zahtjev. Aplikantica se u postupku pred Evropskim sudom žalila da primjena na njen slučaj člana 1 prelaznih odredbi Zakona o državnim penzijama (*State Pensions Act*), koje prave razliku na osnovu državljanstva između onih predviđenih za starosne penzije, stvara diskriminaciju zabranjenu članom 14 Konvencije u ostvarenju njenog prava vlasništva iz člana 1 Protokola broj 1 uz Konvenciju (§ 58 presude).

Evropski sud je potvrdio da “osporena razlika u postupanju postiže najmanje jedan legitiman cilj koji je u velikoj mjeri suglasan s opštim ciljevima Konvencije, naime

zaštitu privrednog sistema zemlje.” (§ 86 presude.) Uprkos tome, zaključio je da u svjetlu posebnih okolnosti konkretnog slučaja nije postojao razuman odnos srazmjernosti između tog legitimnog cilja i sredstava upotrijebljenih za njegovo postizanje. Osnovni se razlozi mogu svesti na sljedeće: prvo, nije bilo sporno da je, osim državljanstva, aplikantica ispunjavala sve ostale zakonske uslove za starosnu penziju na osnovu svih godina svog rada. Ona je, prema tome, po tom pitanju bila u objektivno sličnom položaju kao i osobe koje su imale istovjetne ili slične karijere, ali kojima je nakon 1991. priznato latvijsko državljanstvo. Drugo, nije bilo dokaza da je tokom sovjetske ere bilo ikakvih razlika u postupanju između državljanina bivšeg SSSR-a u odnosu na penzije. Latvijska vlada nije osporila aplikanticinu tvrdnju da su sovjetski porezi obuhvatali sve zaposlene i da su bili plaćani na jednak način za sve zaposlene, nezavisno od nacionalnog porijekla ili mjesta rođenja. Treće, aplikantica je apatrid, pa nije državljanin nijedne zemlje, a samo u Latviji ima status trajno nastanjenog stranca, pa je Latvija jedina država s kojom ona ima bilo kakve stabilne pravne veze i stoga jedina država koja, objektivno, može preuzeti odgovornost za nju u pogledu socijalne zaštite (§ 88 presude). Nadalje, s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, latvijska država ne može biti oslobođena odgovornosti po članu 14 Konvencije na osnovu činjenice da nije ili nije bila vezana međudržavnim sporazumom o socijalnoj sigurnosti s Ukrajinom i Rusijom (§ 89 presude). Konačno, Evropski sud nije prihvatio vladin argument da bi bilo dovoljno za aplikanticu da bude primljena u latvijsko državljanstvo naturalizacijom - u kojem bi slučaju primala pun iznos penzije. On je odgovorio:

“91. ... Zabrana diskriminacije, garantovana članom 14 Konvencije, ima smisla samo ako se, u svakom pojedinačnom slučaju, aplikantova lična situacija, u odnosu na mjerila navedena u toj odredbi, uzme u obzir onakva kakva jeste. Postupati drukčije, odbacujući zahtjeve žrtve s obrazloženjem da su on ili ona mogli izbjeći diskriminaciju izmjenom jednog od faktora o kojima je riječ, npr. prijemom u državljanstvo - učinilo bi član 14 lišenim sadržaja...”

92. Uzimajući u obzir izneseno, Sud smatra da je u ovom slučaju došlo do povrede člana 14, Konvencije u vezi s članom 1 Protokola broj 1.”

### **Ostali slučajevi**

U predmetu Evropskog suda *Topčić – Rosenberg protiv Hrvatske* (2013.) aplikantica je prigovarala da je kao usvojlac i poslovna žena koja obavlja samostalnu djelatnost bila diskriminisana u pogledu svog prava na porodijsko odsustvo, protivno članu 14, u vezi s članom 8 Konvencije. Dok je radila kao samozaposlena poslovna žena, usvojila je trogodišnje dijete u oktobru 2006. godine. Ubrzo poslije toga obratila se hrvatskom Fondu za zdravstveno osiguranje - radi plaćenog porodijskog odsustva. Međutim, njen zahtev je odbijen, na osnovu toga što je ono dostupno samo biološkim majkama do djetetovog prvog rođendana.

Aplikantica se više puta žalila, tvrdeći da je ovo nesaglasno sa hrvatskim propisima i da je diskriminirana. Međutim, žalbe su bile bez uspjeha i njenu posljednju žalbu Ustavni sud Republike Hrvatske je odbacio u februaru 2011. godine. Evropski sud je u navedenom slučaju utvrdio sljedeće:

„47. Prema tome, ne nalazeći niti jedno objektivno i razumno opravdanje za različitost postupanja prema podnositeljki kao posvojiteljki, prilikom odobravanja njenog prava na porođajni dopust nakon posvojenja djeteta, u odnosu na biološku majku koja takvo pravo ima od poroda, Sud smatra da takvo različito postupanje predstavlja diskriminaciju.

48. Konačno, Sud primjećuje da su sve dileme vezane uz nužnost jedinstvenog tretiranja položaja biološke majke nakon poroda i posvojiteljke nakon posvojenja, u svrhu korišćenja porodnog dopusta, uklonjene usvajanjem Zakona o roditeljnim i roditeljskim potporama, koji je stupio na snagu 1. januara 2009. (vidi navedene st. 18 i 19). Iako se ovaj zakon direktno ne primjenjuje na situaciju podnositeljke, budući da je ona podnijela svoj zahtjev za korišćenjem porođajnog dopusta na osnovu ranije važećih pravnih propisa (vidi navedeni stav 18), ipak ukazuje na činjenicu da su Upravni sud kod donošenja odluke povodajnom upravne tužbe podnositeljke u novembru 2009. godine (vidi stav 12 u prethodnom tekstu) i Ustavni sud Republike Hrvatske, koji je ispitao ustavnu tužbu podnositeljke u februaru 2011. godine (vidi stav 14 u prethodnom tekstu), zanemarili mjerodavne politike i načela domaćeg pravnog sistema.“

U predmetu Ustavnog suda BiH, broj **U 29/13**, koji se odnosio na ocjenu ustavnosti Zakona o platama i drugim naknadama u sudskim i tužilačkim institucijama na nivou Bosne i Hercegovine, podnosilac zahtjeva je ukazao na diskriminaciju po osnovu profesionalnog statusa. Podnosilac zahtjeva je tražio ocjenu vrši li se, zbog nepostojanja relevantnih odredbi u osporenom zakonu kojima bi se regulisalo pitanje naknada na ime troškova smještaja tokom rada, diskriminacija prema sudijama, tužiocima i drugom stručnom osoblju zaposlenom u pravosudnim institucijama. Ustavni sud je u navedenom predmetu naglasio specifičnost i društveni značaj navedenih kategorija iz osporenog zakona za svaku državu koja počiva na demokratskim načelima. Zakonodavac mora imati na umu da se njihov nezavisni položaj ne može upoređivati s bilo kojim drugim kategorijama. Ustavni sud je podsjetio i na *Magna charta* sudija, kojom se država obavezuje osigurati ljudske, materijalne i finansijske resurse kako bi se obezbijedila nezavisnost pravosuđa. Ustavni sud nije mogao u spornom zakonu pronaći opravdanje za različito postupanje u pogledu strukture primanja korisnika državnog budžeta, posebno imajući u vidu kako je pravosuđe specifična kategorija korisnika budžeta, kao i da je sporni zakon donesen prije sedam godina i od tada nije nikada mijenjan niti usklađivan s potrebama u smislu ekonomsko-finansijske situacije u zemlji. Ustavni sud je smatrao kako ne postoji razuman odnos proporcionalnosti između primijenjenih sredstava i

cilja čijem se ostvarenju težilo donošenjem spornog zakona. Naglasio je da se može zaključiti kako nepropisivanje ovih naknada u spornom zakonu za ovu kategoriju budžetskih korisnika - predstavlja diskriminaciju, budući da krši ustavno načelo jednakosti iz odredbe člana II/4 Ustava Bosne i Hercegovine. Pri tom, Ustavni sud poštuje diskrecijsko pravo zakonodavca da uredi pojedine oblasti onako kako smatra da je to najprikladnije. Ustavni sud je naglasio da primanja nosilaca pravosudnih funkcija moraju biti na odgovarajućem nivou kako bi se osigurala efikasnost i nezavisnost pravosuđa. Zaključio je kako je osporeni zakon diskriminacijski, zato što ne propisuje pravo na naknadu na ime troškova smještaja tokom rada sudijama, tužiocima i drugom stručnom osoblju zaposlenom u pravosudnim institucijama.

### Test diskriminacije

Ustavni sud je u svojoj praksi utvrdio da postoji više načina na koje može nastati diskriminacija: zakon je *prima facie* diskriminacijski; zakon je, iako *prima facie* neutralan i primjenjivan u skladu sa svojim pretpostavkama, donesen s ciljem diskriminiranja što proizlazi iz istorijskog tumačenja zakona, izjava zakonodavca, disparatnog uticaja zakona, ili drugih posrednih dokaza o namjeri; efekte prethodne *de iure* diskriminacije su podržali odgovarajući javni organi na svim državnim nivoima ne samo svojim djelovanjem, već i nedjelovanjem.<sup>82</sup>

Prema praksi Evropskog suda, diskriminacija nastupa ako se lice ili grupa lica koji se nalaze u analognoj situaciji različito tretiraju na osnovu pola, rase, boje, jezika, vjere (...) u pogledu uživanja prava iz Evropske konvencije, a ne postoji objektivno i razumno opravdanje za takav tretman ili upotreba sredstava naspram željenog cilja koja nisu u proporcionalnom odnosu.<sup>83</sup> Pri tom je nevažno da li je diskriminacija posljedica različitog zakonskog tretmana, ili primjene samog zakona.<sup>84</sup>

Prema praksi Ustavnog suda i Evropskog suda, neki akt ili propis je diskriminirajući ako pravi razliku između pojedinaca ili grupa koje se nalaze u sličnoj situaciji, te ako u tom razlikovanju izostane objektivno i razumno opravdanje, odnosno ako nije bilo razumnog odnosa proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i ciljeva čijem ostvarenju se teži. Dakle prema članu 14 Evropske konvencije, diskriminacija postoji kada se kumulativno ispune sljedeći elementi:

- slične i podudarne grupe,
- različito se tretiraju,
- prema zabranjenim osnovama,
- takav tretman nije opravdan, odnosno nedostaje pro-

<sup>82</sup> Vidi Ustavni sud, Odluka broj U 5/98 III od 30. juna 2000. godine, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 23/00, stav 79.

<sup>83</sup> Vidi, Evropski sud, *Belgijski jezički slučaj*, presuda od 9. februara 1967. godine, stav 10.

<sup>84</sup> Vidi, Evropski sud, *Irska protiv Velike Britanije*, presuda od 18. januara 1978. godine, stav 226.

porcionalnost između željenog cilja i upotrebljenih sredstava.

Ustavni sud, između ostalih, u Odluci o dopustivosti i meritumu, broj **AP 98/03** od 27. oktobra 2004. godine. u stavu 32 predstavio je test diskriminacije na sljedeći način: „Ustavni sud podsjeća da postoji diskriminacija ako rezultira različitim tretmanom pojedinaca u sličnim situacijama i ako taj tretman nema objektivnog ili razumnog opravdanja. Da bi bio opravdan, tretman mora težiti zakonitom cilju, te mora postojati razuman odnos proporcionalnosti između korišćenih sredstava i cilja koji treba ostvariti.<sup>85</sup> Stoga je potrebno ustanoviti je li se prema apelantu postupalo drukčije nego prema drugima u istim ili sličnim situacijama. Svako različito postupanje se ima smatrati diskriminacijskim ako nema razumno i objektivno opravdanje, tj. ako ne stremi legitimnom cilju ili ako nema razumnog odnosa proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti.<sup>86</sup>

### **Razlike u tretmanu**

Sa stanovišta člana 14, nisu relevantne sve razlike u tretmanu. Ispitivanja diskriminacije svrsishodno je samo ukoliko aplikant/apelant nastoji da se uporedi sa drugim koji se nalaze u uporedivom ili analognom položaju ili je on sam u „relativno sličnoj“ situaciji kao i drugi. Tada se radi test uporedivosti, što znači da se nastoji utvrditi sličnost između situacija izloženih u tužbi.

U predmetu **Odievre protiv Francuske** (2003.) aplikantica je francuska državljanka koju je njena majka ostavila i prepustila na brigu francuskim zdravstvenim vlastima neposredno pošto ju je rodila. U to vrijeme majka je zahtijevala da podaci o rođenju budu tajni. Aplikantica je potom usvojena i odgajana u usvojiteljskoj porodici. Kada je odrasla, nastojala je da dođe do podataka o svojoj biološkoj porodici i u tom smislu se obratila francuskim sudovima, tražeći da izdaju nalog za skidanje oznake tajnosti sa dokumenata u vezi sa njenim rođenjem i prirodnom porodicom. Taj zahtjev je odbijen. Aplikantica se, između ostalog, pozvala na povredu člana 14, u vezi sa članom 8 Evropske konvencije. Evropski sud je smatrao da ona nije bila žrtva diskriminacije kada je riječ o porodičnim odnosima, budući da je, prvo, imala roditeljske veze sa svojim usvojiteljima i bila njihova moguća imovinska nasljednica i da, drugo, nije mogla da tvrdi da je njen položaj u odnosu na njenu biološku majku uporediv sa položajem djece koja imaju uspostavljene roditeljske veze sa svojom biološkom majkom.

U predmetu **Mizzi protiv Malte** (2006.) aplikant je tvrdio da je diskriminisan po malteškom zakonu na osnovu

njegovog statusa zakonski pretpostavljenog oca, kršeći njegova prava na osnovu člana 14, u vezi s članom 6 stav 1 i člana 8 Evropske konvencije. Zahtjev je bilo utemeljen na postojanju vremenskih ograničenja za muškarce za podnošenje zahtjeva za odricanje očinstva koje se nije primjenjivalo na druge zainteresovane strane, poput djeteta ili majke. Sud je ponovno napomenuo da član 14 štiti pojedince koji su „stavljani u analogne situacije“ od diskriminacijskih razlika u postupanju. U ovom slučaju Evropski sud je prihvatio da može postojati razlika između aplikanta i drugih zainteresovanih strana – tj. djeteta, njegove majke i djetetovog biološkog oca. Međutim, smatrao je da činjenica da postoje neke razlike između dvoje ili više pojedinaca - ne isključuje činjenicu da mogu biti u dovoljno uporedivim položajima ili interesima. Sud je utvrdio da su u odnosu na interes pobijanja statusa očinstva, aplikant i „ostale zainteresovane strane“ bile u analognim situacijama u smislu člana 14.

U predmetu Ustavnog suda, broj **AP 98/03**, koji se ticao isplate naknada plata, apelant je isticao da je u njegovom predmetu redovni sud odlučio drukčije u odnosu na iste ili slične tužbene zahtjeve. U konkretnom slučaju Ustavni sud je, utvrđujući povredu prava apelanta na nediskriminaciju iz člana II/4 Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14 Evropske konvencije u vezi sa pravom na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije, istakao sljedeće: „Apelant je, osporenom odlukom suda nesumnjivo doveden u pravno nesiguran položaj, drukčiji od položaja drugih radnika istog privrednog subjekta u istoj situaciji, jer se on, s pravom, znajući za prethodnu sudsku praksu, i obratio sudu očekujući prihvatanje tužbenog zahtjeva, kao što je to bila sudska praksa u ranijim slučajevima.“

U odluci Ustavnog suda, broj **AP 369/10** od 24. maja 2013. godine, radilo se o situaciji u kojoj je apelantova tužba za razvod braka odbačena kao nedozvoljena na osnovu člana 43 Porodičnog zakona Federacije BiH<sup>87</sup>. U skladu s ovom odredbom, muž nema pravo na tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene ili dok njihovo dijete ne navršiti tri godine života. Ustavni sud je u konkretnom slučaju istakao „da je nesporno da odredba člana 43 Porodičnog zakona Federacije BiH, na osnovu koje je apelantova tužba odbačena, sama po sebi dovodi do različitog tretmana supružnika, odnosno muškarca i žene u odnosu na njihovo pravo na pristup sudu u smislu dozvole da se podnese tužba za razvod braka. Dakle, navedenom odredbom apelantu je kao mužu, odnosno muškarcu, uskraćeno pravo na pristup sudu u odnosu na tuženu kao njegovu suprugu. S druge strane, žena može nesmetano, bez ikakvog ograničenja, podnijeti tužbu za razvod braka kako za vrijeme trudnoće, tako i za vrijeme dok dijete ima manje od tri godine života. Stoga, prema mišljenju Ustavnog suda, predmetna odredba sama po sebi dovodi do razlike supružnika u pogledu pristupa sudu prema polu.“

<sup>85</sup> Evropski sud za ljudska prava, *Marckx protiv Belgije*, stav 33.

<sup>86</sup> Vidi odluke u predmetima *Doma za ljudska prava za BiH*, br. CH/97/67, *Zahirović*, Odluka o prihvatljivosti i meritumu, od 10. januara 1999., tačka 120, odluke januar - juli 1999.; CH/9750, *Rajić*, Odluka o prihvatljivosti i meritumu, od 3. aprila 2000., tačka 53, odluke januar - juni 2000. i CH/98/1309 i drugi, *Kajtas i drugi*, Odluka o prihvatljivosti i meritumu od 4. septembra 2001., tačka 154.

<sup>87</sup> “Službene novine Federacije BiH” br. 35/05 i 31/14.

U predmetu **AP 534/06** u prvostepenom postupku je utvrđeno da je drugotužena učestvovala sa svojim sredstvima u izgradnji stambene zgrade u kojoj se nalazi i sporni stan, ali da pitanje razgraničenja vlasništva na tim stano- vima prema uložnim sredstvima nije nikada formalno rješavano. U periodu kada je građena navedena stam- bena zgrada, postojalo je društveno vlasništvo, a sredstva za izgradnju stanova su udruživana u fondove stambene iz- gradnje, i to bez razgraničavanja prava vlasništva investi- tora na izgrađenim objektima. Takođe, prvostepeni sud je iz provedenih dokaza utvrdio i da je prvu dodjelu stanova u tako izgrađenoj zgradi u periodu 1959/60. godine izvršila opštinska stambena komisija, od čega su četiri stana data na korišćenje radnicima prednika drugotužene. Kasnije je, nakon što bi prvobitnim nosiocima stanarskog prava na tim stanovima prestalo stanarsko pravo, drugotužena vrši- la dodjelu stanova na korišćenje svojim radnicima prema svom pravilniku o raspodjeli stanova, ali i prema aktu prvotužene iz 1990. godine iz kojeg nesporno proizlazi da se ti stanovi ostavljaju na korišćenje drugotuženoj radi rješava- nja stambenih potreba njenih radnika. Prvostepeni sud je utvrdio, a to nije osporila ni prvotužena kao ni Okružni sud, da su tri stana koje je na takav način dodijelila drugotužena - otkupljena bez problema i isticanja bilo kakvih zakonskih zapreka prvotužene. Međutim, u slučaju otkupa spornog stana, takvo pravo je osporeno apelantu, i to primjenom istih odredaba Zakona o stambenim odnosima<sup>88</sup> i Zakona o privatizaciji državnih stanova<sup>89</sup>. Ustavni sud je istakao da je apelant osporenom odlukom Okružnog suda i nedavanjem saglasnosti nadležnog stambenog organa prvotužene - nesumnjivo doveden u pravno nesiguran položaj, drukčiji od položaja drugih lica u istoj situaciji, tj. drugih radnika dru- gotužene koji su na identičan način otkupili svoje stanove.

U Odluci o dopustivosti i meritumu, broj **AP 1093/07** od 25. septembra 2009. godine, Ustavni sud je zaključio da je apelantica odbijanjem tužbenog zahtjeva od strane su- dova kojim je tražila da joj tuženi omogući bezuslovan po- vratak na radno mjesto, pod uslovima i u skladu sa njenim ranijim zaposlenjem i pod jednakim uslovima koje imaju i drugi zaposleni na sličnim radnim mjestima - dovedena u različit položaj u odnosu na ostale zaposlene tuženog u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji.

Jedan od slučajeva u kojem Ustavni sud nije utvrdio ra- zličitost tretmana je predmet broj **AP 215/05**. Odlukom o dopustivosti i meritumu, od 12. aprila 2006. godine, Ustav- ni sud je zaključio da je odluku o pravnoj kvalifikaciji, krivi- ci i kazni sud donio i obrazložio u odnosu za svakog apelan- ta, a različita kvalifikacija djela i visina kazne u odnosu na lice koje je blaže kažnjeno zbog zaključenog sporazuma o krivici sa tužilaštvom - ne predstavlja, samo po sebi, različit tretman apelanta u smislu člana 14 Evropske konvencije,

već je rezultat sveukupne sudijske ocjene dokaza, kao i po- našanja i ličnih okolnosti apelanta, o čemu su sudovi dali detaljna obrazloženja.

### **Opravljanje razlike u tretmanu**

Neće svaka razlika u tretmanu dovesti do kršenja člana 14 Evropske konvencije. Razlika u tretmanu nije diskrimi- natorna onda kada ima „objektivno i razumno“ opravda- nje. Različit tretman može se objektivno i razumno oprav- dati onda kada (1) ima legitimni cilj i (2) su sredstva koja se pritom primjenjuju razumno srazmjerna legitimnom cilju čijem se ostvarenju teži.

Vezano za odluku Ustavnog suda, ranije spomenutoj u tekstu, u predmetu broj **AP 534/06**, bitno je navesti da je Ustavni sud u stavu 36 istakao „da su prema članu II/2, u vezi s članom II/6 Ustava Bosne i Hercegovine, svi sudovi i drugi organi vlasti u Bosni i Hercegovini dužni primjenjiva- ti ljudska prava i osnovne slobode predviđene u Evropskoj konvenciji i njenim protokolima, i to bez diskriminacije za- branjene članom II/4 Ustava Bosne i Hercegovine i članom 14 Evropske konvencije. U vezi s ovim, Ustavni sud nagla- šava da puna primjena čl. II/2, II/4 i II/6 Ustava Bosne i Hercegovine zahtijeva, *inter alia*, od svih sudova u Bosni i Hercegovini direktnu primjenu ovih ustavnih odredaba i Evropske konvencije - kada odlučuju o zaštiti i ostvarivanju ljudskih prava i osnovnih sloboda.<sup>90</sup> Međutim, Ustavni sud zapaža da javne vlasti, uključujući i Okružni sud, nisu uzele u obzir ove ustavne odredbe, niti je obrazloženo zbog čega je u konkretnom slučaju opravdana drukčija primjena istih propisa u odnosu na slične slučajeve“.

U ranije navedenoj odluci Ustavnog suda, broj **AP 369/10** od 24. maja 2013. godine, koji se, podsjećamo, ti- cao različitog tretmana supružnika u kontekstu člana 43 Porodičnog zakona Federacije BiH, pred Ustavnim sudom se postavilo pitanje da li za tako različit tretman supružni- ka postoji razumno i objektivno opravdanje, odnosno da li ta odredba ima svoju opravdanost u praksi u smislu zašti- te interesa djece, kako je to predviđeno odredbom člana 5 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju. U vezi sa konkret- nim predmetom Ustavni sud je od donosioca predmetnog zakona i nadležnog ministarstva, koje je bilo predlagáč tog zakona, zatražio informaciju o tome koji su razlozi i svrha odredbe člana 43 Porodičnog zakona Federacije BiH. Od- govor zakonodavca je izostao, a iz navoda Federalnog mi- nistarstva pravde je proizašlo da je odredba člana 43 Poro- dičnog zakona donesena radi zaštite interesa djeteta i žene - majke. Kao prvo, istaknuto je da se navedenom odredbom željelo osigurati prisustvo oba roditelja u najranijoj život- noj dobi djeteta, uzimajući u obzir specifičnosti i psihičke promjene koje uzrokuje razdvajanje roditelja u vrijeme kada dijete još nije dovoljno odraslo da shvati određene po- jave u društvu. Dalje, Ministarstvo je ukazalo na specifične materijalne prilike u kojim se nalaze žene u našem društvu koje se ogledaju u tome da su one nedovoljno situirane - da

<sup>88</sup> „Službeni list SRBiH“ br.13/74, 23/76, 34/83, 12/87 i 36/89 i „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 19/93 i 22/93.

<sup>89</sup> „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 11/00, 18/01, 35/01, 47/02, 65/03, 3/04 i 70/04.

<sup>90</sup> Vidi već citiranu Odluku Ustavnog suda, broj U 64/01.

bi samostalno opstale sa malodobnim djetetom, zbog čega je prisustvo oca neophodno. S tim u vezi je navedeno da veliki broj žena - majki nema stalni izvor prihoda, odnosno da su nezaposlene, jer u toj životnoj fazi nisu u mogućnosti raditi veliki broj poslova, a ukoliko su u radnom odnosu - postoje problemi oko ostvarivanja naknada za vrijeme njege djeteta.

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

Oblašću Porodičnog prava, u kontekstu člana 14 Evropske konvencije, Ustavni sud se bavio i u predmetu **AP 3557/08** od 9. novembra 2011. godine. Za razliku od prethodnog slučaja, u konkretnom predmetu apelant, žaleći se na odluku redovnog suda u vezi povjeravanja djece na brigu i vaspitanje i održavanje ličnih kontakata sa djetetom nakon razvoda i braka, nije dostavio dokaze koji bi ukazivali na to da je drukčije tretiran u odnosu na druga lica u analognoj situaciji. Ustavni sud je smatrao „da je u ovakvoj vrsti postupaka, s obzirom na specifičnost svakog maloljetnog djeteta i uslovljenost odluke suda mišljenjem i prijedlogom organa starateljstva, teško dokaziva tvrdnja

o analognosti situacije, pa se apelantove paušalne tvrdnje o povredi prava na nediskriminaciju, bez dostavljanja konkretnih dokaza, ne mogu ocjenjivati.“

Odlukom o dopustivosti i meritumu, broj **AP 4468/11** od 27. juna 2012. godine, Ustavni sud je utvrdio da nije povrijeđeno pravo apelantice na nediskriminaciju iz člana II/4 Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14 Evropske konvencije u vezi sa pravom na porodični život iz člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8 Evropske konvencije s obzirom na to da postoji objektivno i razumno opravdanje za različit tretman tuženog sa kojom djeca žive u odnosu na prava apelantice sa kojom djeca ne žive (stav 53 Odluke)

### **Legitimni cilj**

Kod predočavanja legitimnog cilja u slučaju različitog tretmana, tuženi subjekt mora ne samo da pokaže prirodu tog legitimnog cilja kome se teži, već takođe, na osnovu ubjedljivih dokaza, pokazati kako postoji veza između legitimnog cilja čijem se ostvarenju teži i različitog tretmana koje aplikant (apelant) osporava.

U Odluci Ustavnog suda, broj **AP 534/06**, o kojoj se već govorilo u kontekstu utvrđivanja različitosti tretmana i opravdanja te različitosti, u konačnoj fazi provođenja testa Ustavni sud je utvrdio da za „različit tretman nije pruženo razumno opravdanje, tj. koji se legitiman cilj želio postići sprečavajući apelanta da ostvari pravo koje su drugi u istoj situaciji ostvarili prema istim propisima, niti su dati bilo kakvi razlozi za drukčiju primjenu propisa u ovom slučaju u odnosu na druge, iste slučajeve. Osim toga, ovakvim različitim apelantovim tretmanom u uživanju prava na dom, krši se i princip pravne sigurnosti koji operiše kao sastavni element principa vladavine prava unutar demokratskog društva u pogledu svih ustavnih prava, a koji je zaštićen članom II/1 Ustava Bosne i Hercegovine“.<sup>91</sup> Ustavni sud je utvrdio kršenje apelantovog prava na nediskriminaciju iz člana II/4 Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14 Evropske konvencije u vezi s pravom na dom iz člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8 Evropske konvencije.

### **Srazmjernost**

Test srazmjernosti zahtjeva da se procijeni postoji li razumni odnos srazmjernosti između primijenjenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju težilo.

U pogledu sprovođenja testa diskriminacije, zanimljiv je predmet **U 12/09** koji je Ustavni sud donio u sklopu apstraktne nadležnosti (ocjene ustavnosti). U konkretnom slučaju zahtjev se odnosio na ocjenu ustavnosti člana 35 Zakona o platama i naknadama u institucijama Bosne i Hercegovine<sup>92</sup>. Prema navodima podnosioca zahtjeva, „stupanjem na snagu osporenog zakona Ministarstvo finansija i trezora Bosne i Hercegovine je izdalo instrukciju da se obustave isplate naknada plata za vrijeme trajanja

<sup>91</sup> Vidi *mutatis mutandis*, Evropski sud, *Iatridis v. Grecia*, presuda od 25. marta 1999, Izvještaji i odluke 1999–II, stav 58.

<sup>92</sup> „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 50/08 i 35/09.

porodiljskog odsustva iz budžeta Bosne i Hercegovine zaposlenim porodicama sa mjestom prebivališta u Federaciji Bosne i Hercegovine, koje im je do tog momenta redovno isplaćivao poslodavac. Istovremeno, porodicama zaposlenim čije je prebivalište u Republici Srpskoj navedena naknada se isplaćuje u potpunosti iz sredstava budžeta Bosne i Hercegovine na teret Javnog fonda navedenog entiteta. Prema mišljenju podnosioca zahtjeva, primjena osporene odredbe prouzrokovala je diskriminaciju i segregaciju zaposlenih u okviru iste institucije, jer onemogućava svim zaposlenim iz iste institucije istog nivoa vlasti da jednako uživaju prava iz radnog odnosa. Poslodavci, institucije Bosne i Hercegovine, naknadu plate isplaćuju zaposlenim sa prebivalištem u Republici Srpskoj, a zaposlenim sa prebivalištem u Federaciji Bosne i Hercegovine ne isplaćuju ili one primaju samo postotak, zavisno od propisa tog kantona, budući da odredbu u praksi tumače na način da ove zaposlene (s prebivalištem u Federaciji Bosne i Hercegovine) svoja prava na naknadu ostvaruju prema kantonalnim propisima. "Na navedeni način, prema mišljenju podnosioca zahtjeva, nastala je diskriminacija i između zaposlenih koje imaju prebivalište u Federaciji Bosne i Hercegovine, ali i u različitim kantonima s obzirom na to da neki od kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine uopšte ne isplaćuju socijalnu pomoć za vrijeme porodiljskog odsustva, a samim tim ni doprinose po osnovu penzijskog i zdravstvenog osiguranja.

Ustavni sud je utvrdio postojanje različitog tretmana i zaključio da osporena odredba ne teži zakonitom cilju. U pogledu proporcionalnosti Ustavni sud je zaključio sljedeće:

„Treće, Ustavni sud mora odgovoriti na pitanje proporcionalnosti. U vezi sa ovim principom, Ustavni sud primjećuje da se isti cilj (osiguravanje socijalne zaštite i jednakih naknada za porodiljsko odsustvo) može postići na drugi način, a ne samo striktnim oslanjanjem na lokalne propise. Zakon o zabrani diskriminacije<sup>93</sup> obavezuje sve nadležne vlasti u državi i entitetima da usklade sve propise kako bi se stvorili uslovi bez diskriminacije u političkom, ekonomskom i socijalnom životu u Bosni i Hercegovini. Ustavni sud ne vidi razlog zašto državne institucije nisu u stanju da, u skladu sa svojim finansijskim mogućnostima, direktno isplate naknade zaposlenim, kako bi izbjegli bilo kakav diskriminatorski tretman, s obzirom na to da je država obavezna da finansira, između ostalog, isplate zaposlenim institucija u BiH i da predmetna isplata nema uticaja na bilo koje druge dodatne beneficije koje zaposlenim daju entiteti. Dalje, Ustavni sud ističe da, iako Bosna i Hercegovina ima kompleksnu ustavnu strukturu<sup>94</sup> bez kvalifikovanja njenog ustavnopravnog poretka, u federalnim državama na nivou Evrope nema sheme naknada za porodiljsko odsustvo koja je slična ovoj. U svim federalnim državama (npr., Austrija, Njemačka, Švajcarska i Rusija) porodiljsko odsustvo je jed-

nako za sve zaposlene, bez obzira na mjesto prebivališta. Jedini izuzetak je Švajcarska u kojoj zaposleni koji žive u Kantonu Ženeva imaju dvije dodatne sedmice porodiljskog odsustva u odnosu na druge kantone. Međutim, federalna vlada je postavila minimum standarda koje moraju ispuniti svi kantoni, osiguravajući pri tom da nema velikih razlika između zaposlenih. Ovaj primjer je tipičan za ideju da dodatna prava mogu biti na raspolaganju na lokalnom nivou - sve dok minimum standarda garantuje federalna vlada.<sup>95</sup> S druge strane, Ustavni sud poštuje specifičnost ustavnog poretka Bosne i Hercegovine. Međutim, zajednički ustavni standardi kompleksnih država - posebno na evropskom nivou - moraju se uzeti u obzir, a odstupanja se mogu desiti jedino kada postoji dovoljno opravdanje.

U ovom predmetu Ustavni sud ne nalazi razlog za odstupanja od zajedničkih evropskih standarda. Stoga, Ustavni sud smatra da osporena odredba nije proporcionalna cilju kojem se teži Zakonom o platama i naknadama u institucijama BiH. S obzirom na razlike u naknadama u Republici Srpskoj i Federaciji, pogotovo u kantonima gdje nema nikakvih naknada za porodiljsko odsustvo, osporena odredba sadrži diskriminaciju koja je sama po sebi disproportionalna i čiji intenzitet raste zbog različitosti propisa u Federaciji.“

#### **ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE U OKVIRU APSTRAKTNE NADLEŽNOSTI USTAVNOG SUDA BIH (OCJENA USTAVNOSTI)**

Postojanjem različitog tretmana Ustavni sud se bavio i u okviru nadležnosti ocjene ustavnosti. Predmet broj **U 14/02** se ticao ocjene ustavnosti člana 19.8 stav 3 Izbornog zakona Bosne i Hercegovine<sup>96</sup> koji je predviđao sljedeće: „Državljanin Bosne i Hercegovine koji koristi kuću ili stan na kojim nema pravo vlasništva ili stanarsko pravo, a izdata je izvršna isprava od nadležnog sudskog ili upravnog organa o povratu te kuće ili stana ili odluka Komisije za imovinske zahtjeve raseljenih lica i izbjeglica, nema pravo glasanja u mjestu boravišta dok ne napusti tuđu imovinu i može se registrovati za izbore samo u opštini u kojoj je imao posljednje prebivalište prema posljednjem popisu stanovništva u Bosni i Hercegovini.“ Podnosilac zahtjeva je naveo da je "odredba Zakona u suprotnosti sa Ustavom Bosne i Hercegovine, Univerzalnom deklaracijom o pravima čovjeka i drugim dodatnim sporazumima o ljudskim pravima koji se, u smislu Aneksa 1 na Ustav Bosne i Hercegovine i člana 1 tačka 13 Sporazuma o ljudskim pravima, primjenjuju u Bosni i Hercegovini i čine sastavni dio Ustava“.

Odlukom u konkretnom slučaju, donesenoj 30. januara 2004. godine, Ustavni sud je istakao da su svi državljani Bosne i Hercegovine, koji koriste kuću ili stan na kojem nemaju pravo vlasništva ili stanarsko pravo, a izdata im je izvršna isprava od nadležnog sudskog ili upravnog organa

<sup>95</sup> Uporedi, U 3/08, stav 73 i dalje.

<sup>96</sup> "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 23/01, 7/02, 9/02, 20/02 i 25/02.

<sup>93</sup> „Službeni glasnik BiH“ broj 59/09.

<sup>94</sup> Vidi Odluku Ustavnog suda, broj U 5/98, stav 13.



o povratu kuće ili stana ili odluka Komisije za imovinske zahtjeve raseljenih lica i izbjeglica - bili jednako tretirani. Ustavni sud je dalje istakao da „smatra da su državljani Bosne i Hercegovine, koji su raseljena lica i izbjeglice, ali nisu dobili izvršnu ispravu od nadležnog organa koja bi ukazivala da koriste tuđu imovinu, lica u različitoj situaciji od onih lica koja koriste tuđu imovinu. Ne može se smatrati da se ove dvije kategorije osoba nalaze u analognoj situaciji, niti da osporena odredba člana 19.8 stav 3 Izbornog zakona Bosne i Hercegovine ima diskriminirajući karakter, odnosno da je povrijedila slobodu kretanja i prebivališta.“

U predmetu broj **U 3/04** podnosilac zahtjeva je tražio ocjenu ustavnosti Zakona o promjeni naziva naseljenog mjesta Duvno i opštine Duvno u Tomislavgrad<sup>97</sup>, navodeći njegovu nesaglasnost sa čl. II/2, II/4 i II/6 Ustava Bosne i Hercegovine. Podnosilac zahtjeva je smatrao da „navedeni zakon i opšti akti ne sadrže odredbe o zabrani diskriminacije po bilo kojoj osnovi kao što je pol, rasa, boja, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno i socijalno porijeklo ili povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status, čime su u direktnoj suprotnosti sa Ustavom Bosne i Hercegovine“. povodažom konkretnog zahtjeva Ustavni sud je istakao da sama činjenica da se u osporenom zakonu ne nalazi izričita odredba o nediskriminaciji - ne predstavlja samo po sebi diskriminaciju, sve dok zakon nije sam po sebi diskriminacijski i dok se može provesti bez diskriminacije. Ustavni sud je zaključio da osporeni Zakon o promjeni naziva naseljenog mjesta Duvno i opštine Duvno u Tomislavgrad nije u suprotnosti sa Ustavom Bosne i Hercegovine.

U odluci broj **U 4/04**, od 18. novembra 2006. godine, Ustavni sud je utvrdio da čl. 1 i 2 Zakona o slavama i svetkovinama Republike Srpske<sup>98</sup> nisu u saglasnosti s ustavnim principom o ravnopravnosti konstitutivnih naroda, građana i ostalih u Bosni i Hercegovini i da je diskriminirajućeg karaktera, dakle nisu saglasni s članom II/4 Ustava Bosne i Hercegovine u vezi s čl. 1/1 i čl. 2a) i c) Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz Aneksa I na Ustav Bosne i Hercegovine. Osporenim odredbama Zakona o slavama i svetkovinama Republike Srpske su obuhvaćeni praznici koji odražavaju i veličaju samo srpsku istoriju, tradiciju, običaje i vjerski i nacionalni identitet i u isto vrijeme se te vrijednosti nameću pripadnicima ostalih konstitutivnih naroda, drugim građanima i ostalim na teritoriji Republike Srpske. Ustavni sud naglašava da je legitimno pravo srpskog naroda u Republici Srpskoj da kroz zakonodavne mehanizme očuva svoju tradiciju i identitet, ali jednako pravo se mora dati i drugim konstitutivnim narodima u Republici Srpskoj i ostalim građanima Republike Srpske.

Ustavni sud je utvrdio da je član 1 Ustavnog zakona o zastavi, grbu i himni Republike Srpske<sup>99</sup> u skladu s članom

II/4 Ustava Bosne i Hercegovine i čl. 1.1 i 2a) i c) Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz Aneksa I na Ustav Bosne i Hercegovine.

Odredbu člana 21 stav 3 Statuta i konstituisanje Gradskog vijeća Grada Sarajeva, na osnovu osporenih odluka o izboru vijećnika, Ustavni sud je proglasio neustavnom u predmetu broj **U 4/05**. Ustavni sud je utvrdio da sporna odredba nije u skladu sa zadnjom alinejom Preambule Ustava Bosne i Hercegovine, članom I/2 i članom II/4 Ustava Bosne i Hercegovine u vezi sa članom 5 stav 1 tačka c) Konvencije o eliminisanju svih oblika rasne diskriminacije i Odlukom o konstitutivnosti naroda Ustavnog suda, broj **U 5/98**, zbog toga što osporena odredba ne navodi Srbe kao konstitutivan narod, te što se Srbima ne daju iste garancije kao što se daju Bošnjacima, Hrvatima i grupi Ostalih, da će imati minimum od 20 odsto mjesta u Gradskom vijeću Grada Sarajeva, bez obzira na izborne rezultate.

U predmetu broj **U 7/05** Ustavni sud se bavio ocjenom ustavnosti Statuta Grada Istočno Sarajevo<sup>100</sup> i Odluke o izboru odbornika u Skupštinu Grada Istočno Sarajevo. U vezi sa predmetnim zahtjevom Ustavni sud je odlukom od 2. decembra 2005. godine utvrdio da „nepropisivanjem odredaba o garantovanoj minimalnoj zastupljenosti konstitutivnih naroda, Bošnjaci i Hrvati nisu diskriminirani u uživanju svojih političkih prava, s obzirom na to da im osporenim statutima nije onemogućena jednakost u uživanju političkih prava iz člana 5 stav 1c) Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije. Naime, Bošnjaci i Hrvati, kao i Srbi, pod jednakim uslovima imaju pravo glasa i kandidature, te pravo učešća na izborima, od čijeg ishoda kasnije zavisi učestvovanje u vlasti. Nepropisivanje odredaba o garantovanoj minimalnoj zastupljenosti može potencijalno dovesti do toga da bilo koji od konstitutivnih naroda bude u apsolutnoj većini na gradskom nivou vlasti, ali to bi uvijek zavisilo od ishoda izbornih rezultata. S obzirom na izneseno, Ustavni sud smatra da nepropisivanjem garantovane minimalne zastupljenosti, bez obzira na izborne rezultate u Statutu Grada Istočno Sarajevo i Statutu Grada Banja Luka - Srbi nisu dovedeni u privilegovan položaj u odnosu na Bošnjake i Hrvate, s obzirom da takav privilegovan položaj nije u osporenim statutima dat nijednom od konstitutivnih naroda.“

Niz zaključaka u pogledu zaštite od diskriminacije Ustavni sud je donio u Odluci o dopustivosti i meritumu broj **U 9/09** od 26. novembra 2010. godine:

„Ustavni sud zaključuje da odredbe člana 19.4 st. 1 i 9 Izbornog zakona<sup>101</sup> i člana 16 Statuta, kojima su propisani donji i gornji limit zastupljenosti konstitutivnih naroda u Gradskom vijeću, ne diskriminiraju hrvatski narod u ostvarivanju njegovih prava iz člana II/4 Ustava Bosne i Hercegovine u vezi s članom 25b) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. S druge strane, Ustavni sud usvaja zahtjev podnosioca zahtjeva u pogledu (a) navoda

<sup>97</sup> „Službeni list SRBiH“ broj 33/90 od 8. novembra 1990. godine.

<sup>98</sup> „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 19/92.

<sup>99</sup> „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 19/92.

<sup>100</sup> „Službene novine Grada Istočno Sarajevo“ br. 10/00 i 1/02.

<sup>101</sup> „Službeni list Bosne i Hercegovine“ br. 23/01, 7/02, 9/02 i 20/02.

da su odredbama člana 19.2 st. 1 i 3, te člana 19.4 stav 1 Izbornog zakona zbog kojeg različit broj birača u izbornim jedinicama koji se zasniva na bivšim gradskim područjima u Mostaru krši član 25b) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, kao i (b) navod da odredbe člana 19.2 stav 1 i člana 19.4 čl. 2–8 onemogućavaju biračima iz Centralne zone Grada Mostara da biraju vijećnike koji bi ih zastupali uz vijećnike koji zastupaju gradsko izorno područje za cijeli Grad Mostar - krše član II/4 Ustava BiH u vezi s članom 25b) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

Ustavni sud odlučuje da član 7 st. 1 i 3, član 15 stav 2, član 17 stav 1 i član 38 stav 1 Statuta, koji onemogućava biračima u Centralnoj zoni Grada Mostara da biraju vijećnike koji bi ih zastupali uz vijećnike koji zastupaju gradsko izorno područje za cijeli Grad Mostar, krše član II/4 Ustava BiH u vezi s članom 25b) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Ustavni sud odlaže dalje postupanje po ovom dijelu zahtjeva *sine die* do donošenja izmjena Izbornog zakona u skladu s ovom odlukom. Ustavni sud nalaže Gradskom vijeću Grada Mostara da izvjesti Ustavni sud u roku od tri mjeseca od dana objave izmjena koje Parlamentarna skupština izvrši u Izbornom zakonu BiH u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine“ o koracima preduzetim kako bi se Statut Grada Mostara uskladio s Ustavom BiH.

Na kraju, Ustavni suda smatra da su odredbe člana 19.7 Izbornog zakona, člana VI.C stav 7 Amandmana na Ustav Federacije BiH i čl. 44 i 45 Statuta, prema kojima građani Grada Mostara biraju gradonačelnika na drukčiji način u odnosu na građane Grada Banja Luke, u skladu s pravima građana Grada Mostara zagaranovanim prema članu 25b) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, te da ne diskriminiraju građane Grada Mostara u uživanju navedenog prava protivno članu II/4 Ustava Bosne i Hercegovine.“

Članom 1 Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju Ustavni sud se prvi put bavio u odluci broj **U 7/12** od 30. januara 2013. godine. Ustavni sud je u navedenoj odluci zaključio da Zakon o platama i drugim naknadama u sudskim i tužilačkim institucijama na nivou Bosne i Hercegovine<sup>102</sup> nije u skladu sa odredbama člana II/4 Ustava Bosne i Hercegovine, u vezi sa članom 14 Evropske konvencije, članom 1 Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju i članom 26 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Ustavni sud je istakao da „imajući u vidu standarde propisane međunarodnim instrumentima, na koje se poziva podnosilac zahtjeva, a koji se tiču statusa sudija i imaju intenciju da se pravosudni sistem dovede na najviši nivo, kao i činjenicu da Ustavni sud u spornom zakonu nije mogao naći razumno i objektivno opravdanje za različito postupanje u pogledu strukture primanja, niti mu je takvo opravdanje dostavio zakonodavac - ovaj sud je mišljenja da sporni zakon nije proporcionalan cilju kojem se težilo pri-

likom njegovog donošenja. Takođe, nije proporcionalan ni sa uspostavljenim evropskim standardima u pogledu statusa sudija“.

Na različit tretman lica sa invaliditetom, bez razumnog i objektivnog opravdanje za takvo postupanje, Ustavni sud je ukazao u predmetu **U 9/12** kroz ocjenu ustavnosti odredbe člana 18.d stav 4 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom<sup>103</sup>. Spornom odredbom je propisano da lica sa invaliditetom koji je nastao nakon 65. godine života, a kod kojih je u skladu sa mišljenjem Instituta utvrđena potreba za korišćenjem prava na dodatak za njegu i pomoć drugog lica, ovo pravo ostvaruju u skladu sa propisom kantona. Prema mišljenju Ustavnog suda, nesporno proizlazi da navedena odredba pravi razliku između lica sa invalidnošću po godinama starosti. Naime, ovom odredbom je napravljena razlika između lica sa invaliditetom čija je invalidnost nastupila nakon 65. godine života u odnosu na lica čija je invalidnost nastupila prije 65. godine života. Stoga, prema mišljenju Ustavnog suda, sporna odredba sama po sebi pravi razliku između lica sa invaliditetom prema dobnoj grupi sa aspekta nastupanja invaliditeta. U konačnici Ustavni sud je zaključio da je osporena odredba suprotna odredbi člana II/2 Ustava Bosne i Hercegovine, u vezi sa članom 1 Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju, jer ukazuje na različit tretman lica sa invaliditetom, a ne postoji razumno i objektivno opravdanje za takvo postupanje.

U odluci **U 17/11**, od 30. marta 2013. godine, Ustavni sud je zaključio da se definicijom pojma „rezidenta“ i „nerezidenta“ u Zakonu o porezu na dohodak<sup>104</sup> ne diskriminišu državljani Bosne i Hercegovine, pa slijedi da odredbe čl. 2, 7 i 24 spornog zakona nisu u suprotnosti sa čl. I/7, II/1, II/2, članom II/3 e), k) i m) i čl. II/4 i II/6 Ustava Bosne i Hercegovine i članom 14 Evropske konvencije u vezi sa članom 6 Evropske konvencije i članom 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, te sa članom 1 Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju.

## ZAKLJUČAK

Bosna i Hercegovina se nakon potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane i Bosne i Hercegovine, s druge strane, nalazi na čekanju za otpočinjanje procesure za ulazak u punopravno članstvo Evropske unije. Ciljevi ovog pridruživanja [između ostalog, da se „podrži naponi Bosne i Hercegovine u jačanju demokratije i vladavine prava - član 1 stav 2 tačka a) Sporazuma] podrazumijevaju da se i u Bosni i Hercegovini direktno primjenjuje Evropska konvencija. Bosna i Hercegovina je, u tom smislu, prihvatila monistički pristup u odnosu domaćeg i međunarodnog prava, a takav je pristup sadržan i u Ustavu Bosne i Hercegovine. Formalno gledano, Evropska konvencija u

<sup>103</sup> „Službene novine Federacije BiH“ broj 14/09.

<sup>104</sup> „Službene novine Federacije BiH“ br. 10/08, 9/10 i 44/11.

Bosni i Hercegovini ima subustavni ili kvaziustavni položaj: ona je po pravnoj snazi iznad zakona, ali ispod Ustava Bosne i Hercegovine. U biti, kvaziustavni položaj Konvencije u bh. pravnom poretku ustanovio je i Ustavni sud u svojoj praksi, ocjenjujući saglasnost nacionalnih zakona neposredno s Konvencijom, a ne s Ustavom Bosne i Hercegovine. Zbog tog položaja Konvencije u domaćem pravnom poretku, stranke imaju pravo podnijeti apelaciju Ustavnom sudu za zaštitu svojih individualnih prava pozivajući se neposredno na povredu Konvencije.

## LITERATURA

- Allan, R. (1992). *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*. Oslo: Scandinavian University Press.
- Alston P. (1995). *The United Nations and Human Rights (A Critical Appraisal)*. Oxford: Clarendon Paperbacks.
- Bakšić, Muftić, J. (2002). *Sistem ljudskih prava*. Sarajevo: Magistrat.
- Bedard, R. (1993). *Human Rights and Europe*. Cambridge.
- Brugger, W. (1985). *Human Rights Norms in Ethical Perspective*. „German Yearbook of International Law“, 25.
- Cammiller, A. (1997). *Droit constitutionnel*. Paris.
- Castberg, F. (1968). *Natural Law and Human Rights*. „Human Rights Journal“, (1);
- Clayton, R., Tomlinson, H. (2000). *The Law of Human Rights*. Oxford - New York, Oxford University Press.
- Clements, L. et al. (1999). *European Human Rights: Taking a Case Under the Convention*. London: Sweet and Maxwell.
- Dimitrijević, V., Paunović, M. (1997). *Ljudska prava*. Beograd.
- Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007.) *Međunarodno pravo ljudskih prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.
- Dimitrijević, V., Račić, O., Đerić, V., Papić, T., Petrović, V., Obradović, S. (2005). *Osnovi međunarodnog javnog prava*. Beograd.
- Dixon, M. (1993). *Textbook on International Law*. London: Blackstone Press Limited.
- Drzemczewski, A. (1983). *European Human Rights Convention in Domestic Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Dutertre, G. (2002). *Izvodi iz sudske prakse, Evropski sud za ljudska prava*. Sarajevo: Vijeća Evrope.
- Forsythe, D.P. (1991). *The Internationalization of Human Rights*. Toronto.
- Gomien, D. (1994). *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*. Beograd: Prometej.
- Gomien, D. (2007). *Evropska konvencija o ljudskim pravima*. Zadar: Naklada i Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
- Hannum, H. (1994). *Guide to International Human Rights Practice, Second edition*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, Philadelphia.
- Hanski, R., Suksi, M. (1999) *Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava, drugo, prerađeno izdanje*. Helsinki: Institut za ljudska prava, Univerzitet Åbo Akademi.
- Harleng, C., Roche, R., Straus, E. (2003). *Komentar Evropske konvencije o ljudskim pravima prema praksi u Bosni i Hercegovini i Strazburu*. Sarajevo: Grafičar promet.
- Herdegen, M. (2003). *Evropsko pravo*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
- Jacobs, F., White, R. (1996). *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Jakšić, A. (2006). *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*. Beograd: Pravni fakultet.
- Janis, M. W., Kay, R. S., Brandley, A. W. (2000). *European Human Rights law: texts and materials*. Oxford: Oxford University Press.
- Maričić, D. (2007). *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i napomenama i sudskom praksom*. Zagreb: Novi in-formator.
- McDonald, R., Matcher, F., Petzold, H. (1993). *The European System for the Protection of Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Nowak, M. (1993). *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Kehl: N.P. „Engel Publisher“.
- Paunović, M., Krivokapić, B., Krstić, I. (2007). *Osnovi međunarodnih ljudskih prava*. Beograd.
- Pavišić, B. (2006). *Kazneno pravo Vijeća Evrope*. Zagreb: Golden marketing - Tehnička knjiga.
- Pejn, T. (1987). *Prava čovjeka*. Beograd: Libertas.
- Pettiti, L.E. (1999). *Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*. Paris: Economica.
- Pradel, J., Konstens, G. (2002). *Droit pénal européen*. Paris.
- Reid, K. (2004). *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. London: Sweet & Maxwell.
- Sieghard, P. (1983). *The International Law of Human Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Simor, J., Emmerson, B. (2000). *Human Rights Practice of the European Convention on Human Rights*. London: Sweet and Maxwell;
- Van Dijk, P., van Hoof, G.J.H. (1998). *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*. Kluwer Law International.
- Vehabović, F., Izmirlija, M., Kadribašić, A. (2010). *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu*. Sarajevo: Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu.

## Non-Discrimination in Practice of European Court for Human Rights and Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

**Miodrag N. Simović<sup>1</sup>, Milena Simović<sup>2</sup>, Marina M. Simović<sup>3</sup>**

*<sup>1</sup>Academician, Vice-President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka, Corresponding Member of the Academy of Sciences and Art of Bosnia and Herzegovina, Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences and Active Member of the European Academy of Sciences and Arts*

*<sup>2</sup>Ph.D., Deputy Director in Secretariat for Legislation of the Government of Republika Srpska and Associate Professor at the Faculty of Security and Protection Independent University in Banja Luka*

*<sup>3</sup>Assistant professor, Secretary of the Ombudsman for Children of Republic of Srpska and Assistant professor Faculty of Law University „Apeiron“ Banja Luka*

**Summary:** The subjects of this article are human rights in the context of contemporary non-discrimination, specifically defined in the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. Starting point is an undisputable fact that human rights and fundamental freedoms are base line of justice and best protected by true political democracy.

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms treats equality as a right of an individual and its protection is directed exclusively to protection of an individual. Article 14 of the Convention includes list of grounds for non-discrimination. The list includes following discriminatory grounds: gender, race, color of skin, denomination, language, political or other opinion, national or social background, nationality, property and birth.

The important feature of non-discrimination as a human right is that this specific right cannot exist on its own as it is mostly the case with all the other rights. Implementation of this right is always connected to implementation of some other right i.e. violation of it. Along with that, grounds where non-discrimination is possible are clearly not limited but there is an open possibility for certain cases that could be subsequently identified.

**Key words:** human rights, discrimination, prohibition of discrimination, the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.