

**KOMENTAR ZAKONA
O ZABRANI DISKRIMINACIJE**
sa objašnjenjima i pregledom prakse
u uporednom pravu

Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu

Sarajevo, 2010

KOMENTAR ZAKONA O ZABRANI DISKRIMINACIJE *sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu*

Autori

Faris Vehabović
Midhat Izmirlija
Adnan Kadribašić

Fotografija na naslovnici
Amer Kapetanović

Lektorica
Beba E. Rašidović

Izdavač
Centar za ljudska prava
Univerziteta u Sarajevu

Za izdavača
Saša Madacki

Priprema rukopisa za DTP
Adnan Kadribašić
Saša Madacki

DTP i štampa
Štamparija Fojnica

CIP Katalogizacija u publikaciji
Nacionalna i univerzitetska biblioteka Bosne i Hercegovine
Zapis dostupan pod brojem
COBISS BIH ID= 17936134

ISBN 978-9958-541-04-9

Ovaj tekst ne mora nužno sadržavati stavove Centra za ljudska prava. Mišljenja iznesena u izvještaju predstavljaju stavove autora



Slobodno smijete:
dijeliti — umnožavati, distribuirati i javnosti priopćavati djelo, te remiksirati — prerađivati djelo

Sadržaj

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Predgovor | 5 |
| Uvod | 7 |
| Član 1. (Predmet Zakona)..... | 22 |
| Član 2. (Diskriminacija) | 28 |
| Član 3. (Oblici diskriminacije) | 28 |
| Član 4. (Ostali oblici diskriminacije) | 67 |
| Član 5. (Izuzeci od principa jednakog postupanja) | 71 |
| Član 6 (Područje primjene) | 76 |
| Član 7. (Centralna institucija za zaštitu od diskriminacije) | 80 |
| Član 8. (Vođenje evidencije i koordinacija nadležnih institucija)..... | 85 |
| Član 9. (Praćenje provođenja Zakona) | 92 |
| Član 10. (Saradnja s organizacijama civilnog društva)..... | 93 |
| Član 11. (Zaštita u postojećim postupcima) | 97 |
| Član 12. (Posebne tužbe za zaštitu od diskriminacije) | 99 |
| Član 13. (Nadležnost, rokovi i izvršenje) | 104 |
| Član 14. (Privremene mjere obezbjeđenja) | 108 |
| Član 15. (Teret dokazivanja) | 111 |
| Član 16. (Učešće trećih lica)..... | 114 |
| Član 17. (Kolektivna tužba za zaštitu od diskriminacije) | 115 |
| Strateško parničenje | 115 |
| Član 18. (Zaštita lica koja prijavljuju diskriminaciju ili učestvuju u postupku)..... | 121 |
| Član 19. (Povreda člana 2. stav (2) ovog zakona) | 123 |
| Član 20. (Povreda člana 7. st. (6) i (7) ovog zakona)..... | 124 |
| Član 21. (Povreda člana 18. ovog zakona) | 125 |
| Član 22. (Zaštitne mjere)..... | 125 |
| Član 23. (Objavljivanje rješenja o prekršaju)..... | 126 |
| Član 24. (Usaglašavanje ostalih propisa s ovim zakonom)..... | 127 |
| Zakon o zabrani diskriminacije | 131 |
| Ustav Bosne i Hercegovine..... | 145 |
| Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine | 151 |
| Protokol br 12 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama..... | 157 |

Predgovor

Principi ravnopravnosti i nediskriminacije su sastavni dio svih ugovora i deklaracija o ljudskim pravima. Ne-diskriminacija je sama po sebi i ljudsko pravo ali i najbitniji element svih drugih ljudskih prava. Pravila o ravnopravnosti i nediskriminaciji se mogu pronaći na međunarodnom, nadnacionalnom i državnom nivou. Iako je princip zabrane diskriminacije ključni princip Aneksa IV Dejtonskog mirovnog sporazuma, i iako je Bosna i Hercegovina pristupila brojnim međunarodnim instrumentima koji nude obaveze za uspostavljanje mehanizama za zaštitu od diskriminacije, diskriminacija u bosanskohercegovačkom društvu nikada nije u potpunosti iskorijenjena i dalje predstavlja značajan problem.

Nakon dvogodišnjeg procesa zagovaranja, izrade i konsultacija Zakon o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine usvojen je u julu 2009. godine. Slično kao i prilikom izrade direktiva Evropske unije koje se odnose na ravnopravnost i zabranu diskriminacije, i u Bosni i Hercegovini inicijativu za izradu jedinstvenog zakona koji bi nudio mehanizme za zaštitu od diskriminacije pokrenule su organizacije civilnog društva. Ipak, bilo je potrebno još dodatnih 18 mjeseci da ovaj Zakon bude usvojen.

Borba protiv svih oblika diskriminacije i promoviranje ravnopravnosti zahtjeva primjenu većeg broja instrumenata na različitim nivoima. Direktiva Vijeća 2000/43/EZ o primjeni načela ravnopravnosti osoba, bez obzira na njihovo rasno ili etničko porijeklo i Direktiva Vijeća 2000/78/EZ o uspostavi okvira za jednak tretman na području zapošljavanja i odabira zvanja predstavljaju ključne dokumente u razvoju zakonodavstva u oblasti diskriminacije na nivou Evropske unije i ove direktive su imale značajan utjecaj na razvoj ovog Zakona.

Usvajanje jedinstvenog Zakona o zabrani diskriminacije podrazumijeva uvođenje novih koncepata u jedan pravni sistem. Prije usvajanja ovog Zakona kao instrumenti za zaštitu od diskriminacije su smatrani samo Dom za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu odnosno Ustavni sud Bosne i Hercegovine, ali ovim Zakonom se širi broj tijela koje nude zaštitu od diskriminacije te se sudska zaštita povjerava i općinskom nivou sudske vlasti.

Upravo zbog ove činjenice će pojmovi neposredne i posredne diskriminacije, uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja predstavljati koncepte koji će biti najproblematičniji za razumijevanje i primjenjivanje, a pravosuđu će biti

potrebno veći broj primjera iz prakse kako bi se u potpunosti stvorila slika o značaju ovog Zakona.

Cilj komentara je stoga prvenstveno da se objasne odredbe ovog Zakona kako bi se omogućilo efikasnije zagovaranje i promoviranje ravnopravnosti u društvu odnosno da ukaže na sve prednosti ovog Zakona u sudskoj zaštiti od diskriminacije. U nedostatku prakse u oblasti diskriminacije u Bosni i Hercegovini ovaj Komentar također nudi pregled prakse međunarodnih tijela a prije svega Komisije za ljudska prava Ujedinjenih naroda, Evropskog suda za ljudska prava Vijeća Evrope i konačno Evropskog suda pravde, s ciljem pregleda tumačenja koncepta i pojmova koji su također sastavni ovog Zakona.

Prilikom izrade autori su se vodili da Komentar bude primjenjiv od strane svih instrumenta za zaštitu od diskriminacije u skladu sa odredbama ovog Zakona i to:

- Ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine – kao centralne institucije za zaštitu od diskriminacije;
- Ministarstva za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine – koje je zaduženo za praćenje provođenja ovog Zakona;
- Pravosudnih organa i nevladinih i drugih organizacija civilnog društva kada je u pitanju sudska zaštita odnosno kolektivna zaštita od diskriminacije; i konačno
- Žrtava diskriminacije kao pojedinca i grupa osoba koje će zahtijevati zaštitu od diskriminacije.

Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu je uvjeren da će izradom Komentara Zakona o zabrani diskriminacije dati svoj doprinos potpunom razumijevanju i dosljednoj primjeni ovog Zakona u praksi, jer će primjena ovog Zakona trebala da doprinese smanjenju broja diskriminacijskih praksi i do osiguranja postizanja ciljeva ravnopravnosti u društvu.

UVOD

Zabrana diskriminacije definirana je u brojnim međunarodnim dokumentima tako da Povelja Ujedinjenih nacija¹ obavezuje sve članice na “poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve, bez razlikovanja rase, spola, jezika ili vjere”. Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima² (UDHR) garantuje svim ljudima slobodu i jednakost u dostojanstvu i pravima, bez obzira na “bilo kakvu razliku kao što je rasa, boja kože, spol, jezik, vjera, političko ili neko drugo uvjerenje, nacionalno ili društveno porijeklo, imovina, rođenje ili neki drugi status”. Takođe u članu 7. Deklaracija utvrđuje da su „svi pred zakonom jednaki i svi imaju pravo na jednaku pravnu zaštitu, bez ikakve diskriminacije. Svi imaju pravo na jednaku zaštitu od bilo kojeg oblika diskriminacije kojim se krši ova Deklaracija, kao i od svakog poticanja na takvu diskriminaciju.”

Pakt o građanskim i političkim pravima (ICCPR) u članu 2. ponavlja formulaciju iz Univerzalne deklaracije, dok u članovima 14., i 19. garantuje jednakost svim osobama u sudskom postupku odnosno prava na učešće u javnom životu. Pakt u članu 26., po uzoru na član 7. Univerzalne deklaracije, utvrđuje da su:

«Sva su lica jednaka pred zakonom i imaju pravo, bez ikakve diskriminacije, na jednaku zakonsku zaštitu. Zakon treba da zabrani svaku diskriminaciju i da garantuje svim licima jednaku i djelotvornu zaštitu protiv diskriminacije bilo na osnovu rase, boje kože, spola, jezika, vjere, političkog i drugog mišljenja, nacionalnog i društvenog porijekla, imovine, roda ili bilo koje druge okolnosti».

Pored općih dokumenata Ujedinjeni narodi su usvojili i brojne instrumente koji se bave specifičnim ispoljavanjima diskriminacije. Tako Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (CERD) utvrđuje da su države obavezne da svim odgovarajućim sredstvima i bez odgode provode politiku koja teži da ukine svaki oblik rasne diskriminacije, te se obavezuju da ne počine nikakvo djelo rasne diskriminacije ili ne vrše rasnu diskriminaciju protiv osoba, grupa osoba ili ustanova kao i da postupaju tako da se sve javne vlasti i javne, nacionalne i lokalne ustanove pridržavaju ove obaveze. Svaka država članica obavezuje se da ne podstiče, brani ili podržava rasnu diskriminaciju koju provodi bilo kakva osoba ili organizacija, te da svim odgovarajućim sredstvima, uključujući,

¹ Član 55.(c) Povelje Ujedinjenih naroda.

² Član 1. i 2. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima.

ukoliko to okolnosti zahtijevaju, zakonske mjere, zabrani rasnu diskriminaciju koju provode osobe, grupe ili organizacije.³

Takođe u članu 3. Konvencija poziva države da osude «posebno rasnu segregaciju i *apartheid* i obavezuju se da sprječavaju, zabranjuju i ukidaju na teritorijima pod njihovom jurisdikcijom svaku praksu ove prirode».

U ovom kontekstu treba napomenuti i Konvenciju o suzbijanju i kažnjavanju zločina *apartheida*, Konvenciju protiv *apartheida* u sportu, zatim Konvenciju o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW) koja u članu 2. definira diskriminaciju žena kao svaku razliku, isključenje ili ograničenje u pogledu spola, što ima za posljedicu ili cilj da ženama ugrozi ili onemogući priznanje, ostvarenje ili vršenje ljudskih prava i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, društvenom, kulturnom, građanskom ili drugom polju, bez obzira na njihovo bračno stanje, na osnovu ravnopravnosti muškaraca i žena, zatim Konvenciju o političkim pravima žena, Konvenciju koja se odnosi na diskriminaciju u pogledu zapošljavanja i zanimanja (ILO-C-111), Konvenciju o zaštiti prava radnika migranata i članova njihovih porodica, Konvencija o pravu djeteta (CRC) Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom, Konvenciju UNESCO-a protiv diskriminacije u oblasti obrazovanja kao i brojnim drugim dokumentima usvojenim od strane Ujedinjenih naroda.

Međunarodni ugovori o promoviranju i zaštiti ljudskih prava su uspostavili i posebna tijela (komitete) koji imaju zadatak nadgledanja provedbe sporazuma i razmatranja periodičnih izvještaja država, pa su tako osnovana sljedeća tijela:

1. Komitet za ljudska prava osnovan po odredbama ICCPR
2. Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava osnovan po odredbama ICESCR
3. Komitet za ukidanje rasne diskriminacije osnovan po odredbama CERD
4. Komitet za prava djeteta osnovan po odredbama CRC
5. Komitet za ukidanje diskriminacije žena osnovan po odredbama CEDAW

Ugovorna tijela mogu izdati i opće komentare o načinima provedbe ugovora, odnosno o zaštiti prava. Opći komentari nisu pravno obavezujući za državu, mada mogu predstavljati korisnu pomoć u vezi primjene pojedinih odredbi međunarodnih ugovora. Neki od ugovora predviđaju i mogućnost podnošenja individualnih predstavki tijelima za nadgledanje mada se države rjeđe

³ Član 2. Konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije

obavezuju na mogućnost podnošenja individualnih/ grupnih predstavi tijelima Ujedinjenih naroda. Diskriminirane osobe mogu se pozivati na ove dokumente s obzirom da su:

1. pravno obavezujući i
2. tražiti sudsku zaštitu ovih prava.

U slučaju da više međunarodnih dokumenata definira ili štiti ista prava pojedinac ima pravo na zaštitu po:

1. svim postojećim (usvojenim) instrumentima
2. odredbama sporazuma koje je štite na najbolji način, odnosno po onome koji osigurava najveći stepen zaštite.

Evropska konvencija u pravnom poretku Bosne i Hercegovine se prema ustavnoj odredbi iz člana II/2⁴ nalazi iznad cjelokupnosti pravnog poretka Bosne i Hercegovine. Iako se još uvijek vodi rasprava o tome da li Konvencija ima prioritet i iznad Ustava BiH⁵, nesumnjivo je da je ustavna odredba člana II/2 imala značajan utjecaj na pravni sistem Bosne i Hercegovine. U pogledu formulacije o *direktnoj primjenjivosti* Evropske konvencije u Bosni i Hercegovini, može se reći da se radi o odredbi koja dopušta neposrednu primjenu prava sadržanih u njoj od strane sudova u Bosni i Hercegovini i to bez donošenja naknadnih akata za njihovu provedbu⁶. Stoga je analiza odredbi Konvencije, koje se odnose na zabranu diskriminacije od bitnog značaja za primjenu ovog zakona, a dodatno i zato što su činom ratifikacije Konvencije⁷ otvorena vrata za zaštitu prava pred Evropskim sudom za ljudska prava. Značajno je spomenuti i inicijativu da se dopuni krivično djelo iz člana 239. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine koje se odnosi na neizvršenje odluke Evropskog suda za ljudska prava, čime bi se dodatno naglasio značaj ovog mehanizma⁸.

⁴ Prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.

⁵ Analiza ovog pitanja se može pronaći u „LJUDSKA PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI 2008 - Pravo, praksa i međunarodni standardi ljudskih prava sa ispitivanjem javnog mnjenja“, gl.urednik M. Živanović, strana 14 i 15, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2009.

⁶ Ibid, strana 16

⁷ Dana 12. jula 2002. godine

⁸ U vrijeme pisanja ovog komentara Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona BiH se nalazio u drugom čitanju u Domu naroda PS BiH

„Član 14.“

Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbijeduje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status. „

Član 14. Europske konvencije o ljudskim pravima predstavlja centralnu odredbu Evropske konvencije koja zabranjuje diskriminaciju. Ovaj član predstavlja jedan od najšire postavljenih instrumenata za zaštitu od diskriminacije, međutim ne nudi mogućnost zaštite svih prava i sloboda, nego samo onih zagaraniranih u drugim članovima Konvencije. Zbog toga je bitno analizirati ovu odredbu, analizirajući uz nju i praksu Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP).

Osnovi za diskriminaciju

a odredba u svojoj osnovi zabranjuje diskriminaciju prema otvorenoj listi zabranjenih osnova budući da su korištene riječi „na bilo kojoj osnovi kao što je“ odnosno riječi “drugi status”. Na ovaj način definirana odredba upućuje na mogućnost pozivanja na bilo koji osnov koji je mogao dovesti do diskriminacije ali ESLJP je u svojoj praksi postavio određena ograničenja. U predmetu Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen protiv Danske⁹, Sud je rekao da se ova otvorena lista odnosi samo na lične osobine aplikanata koje kao takve čine te osobe različitim od ostalih osoba. Iz istog razloga je Sud odbio aplikanta u predmetu Magee protiv Velike Britanije¹⁰ odbijajući da prihvati geografsku lokaciju u kojoj je aplikant uhapšen, kao ličnu osobinu.

Sadržaj diskriminacije

Analizom odredbe člana 14. dolazi se do zaključka da se ovdje radi o općoj zabrani diskriminacije koja ne nudi pojam samog djela diskriminacije. Evropski sud za ljudska prava je prvo tijelo koje je ponudilo tumačenje generalne odredbe zabrane u prvoj presudi po članu 14.¹¹ Evropske konvencije o ljudskim pravima u predmetu belgijskih jezičkih manjina¹²:

⁹ Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark (Nos. 5095/71, 5920/72, 07/12/1976)

¹⁰ Magee v the United Kingdom (No. 28135/95, 06/06/2000)

¹¹ Zabrana diskriminacije

¹² Belgian Linguistics (Nos. 1474/62, etc., 23/07/1968)

„Podnosioci zahtjeva u ovom predmetu, stanovnici Belgije koji govore Francuski jezik, su zahtijevali pristup obrazovanju za djecu na francuskom jeziku. Belgijska vlada je dozvoljavala samo dodatnu nastavu na jeziku u regijama koje su smatrane jednojezičnim, dok je pravo na obrazovanje na maternjem jeziku postojalo u dvojezičnim regijama i u regijama koje su male „poseban status“. Podnosioci zahtjeva su tvrdili da ovo razlikovanje potpada pod pojam diskriminacije u smislu člana 14. Konvencije.“

Ovo je bio prvi predmet u kojem su podnosioca zahtijevali ispitivanje povrede člana 14. te je Sud morao da postavi opće odrednice samog pojma diskriminacije. Ove odrednice su tokom godina donekle dorađene dovodeći do toga da je u praksi Evropski sud za ljudska prava uspostavio metodologiju, odnosno test kojim se utvrđuje diskriminatorno postupanje. Najjasniji primjer primjene ovog testa se može pronaći u primjeru Rasmussen protiv Danske¹³ prema kojem se postavljaju sljedeća pitanja:

1. Da li činjenice u slučaju padaju u domašaj jedne ili više drugih materijalnih odredbi Konvencije?
2. Da li postoji razlika u postupanju?
3. Da li se podnositelj zahtjeva nalazi u analognim situacijama u odnosu na drugu grupu?
4. Da li razlika u postupanju ima objektivno i razumno opravdanje?

Da li činjenice u slučaju padaju u domašaj jedne ili više drugih materijalnih odredbi Konvencije?

Ovo je glavni ograničavajući faktor člana 14. budući da se zaštita od diskriminacije garantuje samo u odnosu na „prava i slobode priznate u Konvenciji“. Drugim riječima, zaštita iz člana 14. se nudi samo ako je došlo do diskriminacije u uživanju drugih prava iz Konvencije kao što su npr. pravo na privatnost i porodični život, pravo na slobodu vjeroispovijesti i slično. Zbog toga je Sud imao obavezu da odbaci i one slučajeve diskriminacije u uživanju prava koja su zagarantovana domaćim pravom ali ne i Konvencijom kao što su npr. prava iz oblasti zapošljavanja ili recimo socijalne zaštite (vidi npr. Botta protiv Italije¹⁴). Zato je često ova odredba prozivana „parazitskom“ jer nije nudila punu zaštitu od diskriminacije.

¹³ Rasmussen v Denmark (No. 8777/79, 28/11/1984)

¹⁴ Botta v Italy (No. 21439/93, 24/02/1998)

Ipak, Sud je uspio da proširi značenja nekih prava iz Konvencije ukoliko dođe do diskriminacije u uživanju nekog prava koje spada u „domašaj nekog prava iz Konvencije“ (eng. *ambit*). Općenito govoreći, ovo se odnosi na ona prava koja nisu eksplicitno navedena u Konvenciji, i na ovaj način se postiže proširenje domašaja Konvencije.

U slučaju Rasmussen protiv Danske, Sud je (u stavu 29.) objasnio ovu mogućnost: “Član 14. dopunjuje druge materijalne odredbe Konvencija i protokola. On stoga nema neovisno postojanje, jer ima učinak samo u odnosu na “uživanje prava i sloboda” koje se štite tim odredbama. Iako primjena članka 14. nužno ne pretpostavlja kršenje tih odredbi - - ne može biti primjene, osim ako činjenice u pitanju padaju u domašaj jednog od tih prava ili sloboda“

Tako je Sud u predmetu belgijskih jezičkih manjina zaključio da član 6. (pošteno suđenje) ne zahtijeva od država članica da omogućuće osobama pravo na žalbu, ali je zaključio da je moguće primijeniti član 14. zajedno sa članom 6. ukoliko je određenim osobama ili grupama u društvu pravo na žalbu omogućeno a drugima nije. U svojoj praksi, Sud je, također, uspostavio standarde da kod prava koja je moguće ograničavati (članovi od člana 8. do člana 11.) nije dozvoljeno činiti isto ukoliko će se na taj način diskriminirati.

Da li postoji razlika u postupanju?

U analizi prakse Suda mogu se prepoznati dva tipična primjera različitog postupanja. Prvi se odnosi na situacije kada aplikant tvrdi da je došlo do povrede člana 14. kada se prema aplikantu različito postupi u odnosu na druge osobe prema kojima se, iako u sličnoj situaciji, povoljnije postupi. Drugi aspekt se odnosi na obavezu država da, kada se dvije grupe nalaze u značajno različitim položaju, i različito postupi prema njima¹⁵. U ovom slučaju aplikant tvrdi da je osnov različitog postupanja pripadnost određenoj grupi, prema kojoj se nepovoljnije postupi nego u odnosu na neku drugu grupu, iako su ove dvije grupe slične i prema tome bi se trebalo prema obje grupe isto postupiti. U posljednje vrijeme, Sud sve više obraća pažnju na dokazivanje *de facto* različitog postupanja, te je sve više skloniji upotrebi statističkih podataka kao dokaza. Tako je u predmetu Zarb Adami protiv Malte¹⁶ zaključio da „diskriminacija

¹⁵ Ovaj aspekt je posebno vidljiv u presudi u predmetu Thlimmenoss protiv Grčke gdje jednako postupanje koje se ogledalo u ograničavanju vršenja javnih računovodstvenih poslova za sve osobe koje su osuđene za sva ostala krivična djela u odnosu na osobe koje su osuđene uslovno zbog odbijanja služenja nošenja uniforme iz razloga prigovora savjesti iz vjerskih uvjerenja, utvrđeno kao diskriminacija u smislu člana 14.

¹⁶ Zarb Adami v. Malta (no. 17209/02, 24/05/2005)

koja je potencijalno u suprotnosti sa Konvencijom ne mora samo biti posljedica zakonodavnih mjera već i de facto situacije.“ Što se tiče upotrebe statističkih podataka, Sud je u predmetu Hoogendijk protiv Nizozemske¹⁷ u svojoj odluci naglasio: “Gdje je aplikant u mogućnosti da dokaže, na bazi nespornih zvaničnih statističkih podataka, postojanje prima facie diskriminacije...” na državi je obaveza da to nije slučaj diskriminacije.”

Da li se podnositelj zahtjeva nalazi u analognim situacijama u odnosu na drugu grupu?

Da bi se dokazala diskriminacija, Sud je zaključio da aplikant mora biti u analognoj situaciji sa drugom osobom, odnosno grupom koja nesmetano uživa svoja prava. Sud je za dokazivanje analogne situacije prihvatio i blaži oblik koji se odnosi na značajno slične situacije sa situacijama u kojoj se druga grupa nalazi.

Da li razlika u postupanju ima objektivno i razumno opravdanje?

Sud je zaključio da objektivno i razumno opravdanje postoji ako postoji legitiman cilj i postoji proporcionalan odnos između cilja koji se želio postići i sredstava koja su upotrijebljena¹⁸. Utvrđivanje postojanja legitimnog cilja i proporcionalnosti daje određen nivou diskrecije odnosno „slobodne procjene“ (eng. Margin of Appreciation“) državama članicama da uređuju određene oblasti samostalno. Pojam „slobodne procjene“ je termin koji se koristi u međunarodnom javnom pravu i odnosi se na pravo država da procijene činjenično stanje i prema njemu utvrde način na koji će primijeniti međunarodno pravo ljudskih prava. Ovo najviše zbog toga što je većina međunarodnih dokumenata rezultat pregovora većeg broja država članica koje u ovim dokumentima postižu suglasnost oko onoga što će činiti minimum standarda u oblasti ljudskih prava. Iz istog razloga i Sud prihvata posebnu procjenu u odstupanju od instituta zabrane diskriminacije posebno u onim predmetima u kojima ne postoji zajednički stav država članica¹⁹ po nekom pitanju. U utvrđivanju konsenzusa među državama članicama, Sud je u zadnje vrijeme sve više skloniji da obraća pažnju i na druge dokumente

¹⁷ Hoogendijk v. the Netherlands (no. 58641/00, 6/01/2005).

¹⁸ Na ispunjenost ovig uslova Sud je ukazao u slučaju Litgow i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva: “[U] smislu člana 14, razlika u postupanju je diskriminatorna ukoliko “nema objektivnog i razumnog opravdanja”, odnosno, ukoliko ne služi postizanju “legitimnog cilja” ili ukoliko nema srazmere između cilja i načina na koji se on želi postići”.

¹⁹ Fretté v France (No. 36515/97, 26/02/2002)

kojima su države članice pristupile tako da je u predmetu *Opuz protiv Turske*²⁰ podveo pojam nasilja nad ženama pod oblik diskriminacije iz člana 14. tumačeći odredbe Konvencije o zabrani svih oblika diskriminacije žena (CEDAW) i Opće preporuke broj 19. UN CEDAW komiteta.

Ova slobodna procjena je ograničena institutom preduzimanja „posebne pažnje“ za određene „sumnjive kategorije“. U slučajevima kao što je rasa, državljanstvo, spol i dr., Sud postavlja „naročito izražene razloge“ zbog kojeg je država članica različito postupala prema tim kategorijama.

Neki legitimni ciljevi koji su do sada bili korišteni su: „u najboljem interesu djeteta“²¹; radi očuvanja jedinstva države²²; zaštita sigurnosti i funkcioniranja obrazovnih i finansijskih sistema²³; „zaštita prava drugih“²⁴; „zaštita javnog reda“²⁵ i sl.

Iako se uslov proporcionalnosti uvijek spominje kada je u pitanju utvrđivanje objektivnog i razumnog opravdanja, statistički gledano ovaj uslov je korišten samo u manje od pola predmeta povodom povrede člana 14. Čak i kada se ovaj uslov uzme u razmatranje, obično se koristi standardizirana formulacija koja se odnosi na potrebu „primjenu onih mjera koje su proporcionalne cilju koji se želi postići“. U predmetu *Camp i Bourmi protiv Nizozemske*²⁶ Sud je, nakon što je analizirao činjenice predmeta, zaključio da se veoma teško može zaključiti da postoji indikacija o proporcionalnosti zaštite koja je pružena roditeljima i srođnicima preminulog gospodina Bourimi u odnosu na njegovog vanbračnog sina.

²⁰ *Opuz v Turkey* (no. 33401/02, 09/09/2009)

²¹ *Fretté v France* (No. 36515/97, 26/02/2002)

²² Belgijske jezičke manjine

²³ *Zickus v Lithuania*, (No. 26652/02, 07/04/09)

²⁴ *Lejla Sahin v Turkey* (No. 44774/98, 10/11.2005)

²⁵ *ibid*

²⁶ *Camp and Bourimi v. The Netherlands* (No. 28369/95, 03/10/2000)

PROTOKOL BR. 12 UZ KONVENCIJU ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA

Član 1. Opća zabrana diskriminacije

„Uživanje svih prava određenih zakonom osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status.“

Protokol br. 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je stupio na snagu 1. aprila 2005. godine, nakon što ga je i deseta zemlja prihvatila u skladu sa procedurom iz člana 5. Bosna i Hercegovina je bila među prvim državama članicama koja je deponirala svoj potpis na Protokol br. 12.

Usvajanjem Protokola ostvaren je značajan napredak u ljudskim pravima u Evropi s obzirom da se ovim osnažuje mehanizam za pojačanu akciju na području ravnopravnosti i diskriminacije. Presudom u predmetu Sejdić i Finci protiv BiH, prvi put je Sud utvrdio povredu odredaba člana 1. Protokola br. 12 i ona u ovom trenutku predstavlja jedini primjer iz kojeg će biti moguće tumačiti buduću primjenu ovog člana od strane Suda.

Jasno je iz formulacije člana 1. da se zaštita protiv diskriminacije proteže na sva prava i slobode utvrđene u Konvenciji ali se sada proširuje i na „sva prava određena zakonom“. Primjena koncepta diskriminacije koji je utvrđen za primjenu člana 14. je potvrđen i u presudi Sejdić i Finci protiv BiH²⁷, koja ujedno predstavlja i prvu presudu po Protokolu broj 12. Tako je Sud u paragrafu 55. zaključio da

„ Bez obzira na razlike u širini opsega između ovih odredbi, značenje ovog pojma u članu 1. Protokola br. 12. trebalo je biti identično tumačenju iz člana 14. (vidjeti Obrazloženje (Explanatory Report) uz Protokol br. 12., tačka 18). Sud, prema tome, ne vidi razlog da odstupa od utvrđenog tumačenja „diskriminacije“, navedenog gore u tekstu, u primjeni istog pojma prema članu 1. Protokola br. 12. (u vezi sa sudskom praksom UN Komiteta za ljudska prava u pogledu člana 26. Međunarodnog

²⁷ Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina (nos. 27996/06 and 34836/06, 22/12/2009)

pakta o građanskim i političkim pravima, odredbe koja je slična, ali ne i identična – članu 1. Protokola br. 12. uz Konvenciju, vidjeti Nowak, Komentari CCPR, Izdavači N.P. Engel, 2005, strana 597-634).“

Kada je u pitanju opseg zaštite koje nudi Protokol br. 12 u obrazloženju uz Protokol je naglašeno da se član 1. odnosi na diskriminaciju u

- a) u uživanju prava izričito određeno prema domaćem zakonu;
- b) u uživanje prava prema kojem se može izvesti zaključak o jasnoj obavezi institucija vlasti u skladu s domaćim zakonom, tj. gdje postoje obaveze vlasti da se ponašaju na određeni način;
- c) ponašanju od strane institucija vlasti u vršenju diskrecijskih ovlasti (na primjer, davanje određene subvencije);
- d) svaki drugi čin ili propust od strane javne vlasti (na primjer, ponašanje službenika koji provodi zakon, pri kontroliranju nereda).

Tako je i Sud u predmetu Sejdić i Finci protiv BiH smatrao da nije potrebno ulaziti u sadržaj prava kandidovanja na izborima za Predsjedništvo, na koje se inače, zbog svoje sadržine, ne bi primjenjivala odredba člana 3. Protokola 1. kada je zaključio

„Slijedi da se ustavne odredbe koje čine aplikante nepodobnim da se kandiduju na izborima za Predsjedništvo također moraju smatrati diskriminatornim i kao takve predstavljaju povredu člana 1. Protokola br. 12., a Sud ne smatra da u tom smislu postoji bilo kakva bitna razlika između Doma naroda i Predsjedništva Bosne i Hercegovine.“

Na ovaj način, Sud je u ovom predmetu odlučio da ne ulazi u dublje razmatranje šta je sadržina prava kandidiranja na izbore za Predsjedništvo, iako je sadržinski funkcija delegata u Domu naroda Parlamentarne skupštine BiH i člana Predsjedništva BiH bitno različita. Ovim je Sud samo potvrdio opredjeljenje iz obrazloženja uz Protokol br. 12, a koje se odnosi na odsustvo diskriminacije u uživanju prava izričito određenih prema domaćem zakonu, dajući Protokolu br. 12 puni potencijal za ostvarivanje zaštite od diskriminacije bez ograničenja koja postoje u članu 14. Ipak, budući da je presuda u predmetu Sejdić i Finci protiv BiH veoma značajna za praksu Suda, još uvijek je teško predvidjeti sve mogućnosti Protokola 12. za ostvarivanje jednakih prava pred zakonom i jednakih mogućnosti, jer će vjerovatno buduće presude dodatno postaviti nove pravne standarde u ovoj oblasti.

Evropska unija

Sve do 2000. godine zakonodavne aktivnosti na nivou Evropske unije nisu bili posebno zanimljive. Osim na polju ravnopravnosti spolova u zapošljavanju i zabrane diskriminacije državljana drugih članica Unije, nije postojala pravno regulirana zaštita od diskriminacije na drugim osnovima. Ovakva situacija je najviše bila uslovljena ciljem Zajednice koji se ogledao u kreiranju zajedničkog tržišta. Promjene postaju vidljive tek usvajanjem Povelje o osnovnim pravima i usvajanjem člana 13. Amsterdamskog ugovora, koji je stvorio osnov za buduće direktive za jednak tretman i borbe protiv diskriminacije zasnovane na razlikama na osnovu spola, rase ili etničkog porijekla, religije ili vjerovanja, invaliditeta, starosti ili seksualne orijentacije.

Jedna od najvažnijih karakteristika sistema EU je da pravo Zajednice, u oblastima u kojim Zajednica ima nadležnost, ima prednost nad domaćim zakonodavstvom. Ova „supremacija“ prava EU nalaže da domaći sudovi moraju primijeniti pravo EU ukoliko su domaći zakoni neusklađeni sa odgovarajućim pravom Zajednice.

Na nivou Unije se donose propisi koji u pravom smislu daju „direktive“ kojima se daju osnovni principi i rokovi za ugradbu ovih pravnih principa u domaćem zakonodavstvu. Države također imaju pravo slobodne procjene kako će ugraditi ove pravne principe u svoje zakonodavstvo. Pored toga, prema principima iz presude Evropskog suda pravde u Predmetu 26/62 VanGend en Loos (1963) ECR I pod određenim pretpostavkama moguće je i da direktive imaju „direktan efekt“ i mogu ih koristiti pojedinci u postupcima pred sudovima u državama članicama.

Potpisivanjem Lisabonskog sporazuma na snagu je stupila Povelja o osnovnim pravima Evropske unije, koja ima snagu drugih sporazuma Unije. Na ovaj način osnovna prava i slobode koje su sadržane u ovoj Povelji prelaze u nadležnost Zajednice. Prava i slobode koje su zagarantirane u ovoj Povelji su mnogo šira i jača od prava iz Evropske konvencije o ljudskim pravima. Ova povelja sadrži posebno poglavlje broj IV koje se odnosi na ravnopravnost, i koje sadrži zabranu diskriminacije. Garantuje se jednakost svih pred zakonom (II-20), te opća zabrana diskriminacije (II-21).

Član II-22 Povelje predviđa da će Unija „poštovati kulturnu, vjersku i jezičku različitost“, dok član II-23 da će 'jednakost muškaraca i žena biti obezbjeđena u svim oblastima, uključujući rad, zaposlenje i zaradu'. Povelja posebnu pažnju posvećuje promoviranju ravnopravnosti ranjivih grupa, kao što su djeca, starije

osobe i invalidi (članovi II-24, 25 i 26). Iako je još uvijek rano raspravljati o utjecaju ove Povelje na pravo Zajednice koje definira zabranu diskriminacije, ipak se može očekivati da će doći do proširivanja dometa direktiva na sva prava zagwarantirana u ovom dokumentu.

Direktive Evropske unije služile su našem zakonodavcu za donošenje odredbi ovog zakona. To je i posebno naglašeno u obrazloženju Zakona:

„Prijedlog Zakona o zabrani diskriminacije (u daljnjem tekstu: Zakon) usklađuje se sa direktivama Europske unije i to .

- *Direktivom Vijeća 2000/43/EZ o primjeni načela ravnopravnosti osoba, bez obzira na njihovo rasno ili etničko porijeklo i*
- *Direktivom Vijeća 2000/78/EZ o uspostavi okvira za jednak tretman na području zapošljavanja i odabira zvanja.“*

Domest i osnovi za zabranu diskriminacije

U odnosu na zaštitu od diskriminacije prema članu 14. EKLJPS direktive EU sadrže zabranu diskriminacije na zatvorenoj listi osnova i njihov domet je ograničen.

Direktiva o rasnoj jednakosti, regulira diskriminaciju na osnovu etničke ili nacionalne pripadnosti, a primjenjuje se u obrazovanju, socijalnom osiguranju, ostvarivanju stanarskih prava i prometu roba i usluga.

Direktiva o jednakosti u zapošljavanju, usvojena u decembru 2003.godine, regulira diskriminaciju na osnovu religije ili vjerovanja, seksualne orijentacije, invaliditeta i starosti.

Jednak tretman je u ovim direktivama definiran kao odsustvo direktne i indirektno diskriminacije. Uznemiravanje i poticanje na diskriminaciju također su definirani kao oblici diskriminacije.

Pod pojmom direktne diskriminacije

„se smatraju one situacije gdje se jedna osoba tretira manje povoljno nego što se tretira, ili se tretiralo, ili bi se tretiralo drugo lice u sličnoj situaciji“

U predmetu *Frans Gschwind*²⁸ ESP je pojasnio da „diskriminacija u skladu sa pravom Evropske unije postoji, ukoliko se u odnosu na cilj i sadržaj odredbe koja se dovodi u pitanju, dvije grupe u sličnim situacijama trpe različit tretman.“

Isto tako pod pojmom indirektno diskriminacije

„smatraće se da je došlo do indirektno diskriminacije gdje bi jedna naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa stavila lica u posebno nepovoljan položaj u poređenju sa drugim licima, osim ako ta odredba, kriterijum ili praksa

- nije objektivno opravdana legitimnim ciljem
- a sredstva za postizanje tog cilja su odgovarajuća i neophodna.“

Zaštita od diskriminacije

Na nivou Zajednice je prepoznata potreba da se pojedincima koji smatraju da su žrtve diskriminacije ponude mehanizmi za efektivnu zaštitu od diskriminacije. Zbog toga su direktive prepoznale neke mehanizme koji teže da otklone pravne prepreke koje bi mogle da onemoguće dokazivanje diskriminacije. Ovi mehanizmi uključuju

Podjela tereta dokazivanja Ovaj mehanizam omogućava osobi koja se žali, da ukoliko ponudi dovoljnu količinu dokaza, iz kojih se može pretpostaviti da je došlo do diskriminacije, da će teret dokazivanja biti na strani za koju postoji pretpostavka da je činila diskriminaciju.

Korištenje statističkih podataka Prepoznavajući ulogu statističkih podataka, direktive pozivaju ali ne zahtijevaju da države članice uvedu pravila koja bi omogućila da se diskriminacija dokazuje „na osnovu statističkih dokaza“.

Uspostava centralnog tijela Direktive su predvidjele obavezu da se uspostave centralna tijela koja bi pružala nezavisnu pomoć žrtvama diskriminacije pri podnošenju žalbe na diskriminaciju, obavljala nezavisne preglede situacije u vezi diskriminacije i pripremala nezavisne izvještaje i davala preporuke o problemima koji se tiču takve diskriminacije.

Uloga organizacija Direktive su postavile zahtjeve da se udruženja ili druge pravne osobe uključe u pravne postupke na strani ili kao podrška žrtvi.

²⁸ C-391/97, *Frans Gschwind v Finanzamt Aachen-Aussenstadt* [1999] ECR I-5451

Izuzeci od diskriminacije

Direktive predviđaju određene izuzetke od diskriminacije. Oni uključuju razumno prilagođavanje za osobe sa invaliditetom, posebne mjere, stvarni određujući kriterij za zaposlenje i izuzetke na osnovu starosti. Svi ovi izuzeci moraju biti tako uspostavljeni da ne dovode do indirektno diskriminacije, odnosno da se mogu objektivno opravdati legitimnim ciljem, te da su sredstva za postizanje tog cilja odgovarajuća i neophodna.

Razumno prilagođavanje za osobe sa invaliditetom

Direktiva o jednakosti u zapošljavanju zahtijeva od poslodavaca da u određenim slučajevima preuzmu odgovarajuće mjere kako bi se omogućilo osobama da učestvuju u radu, odnosno da se prekvalificiraju za posao koj je više prilagođen potrebama tih osoba.

Stvarni određujući kriterij za zaposlenje

U odnosu na sve zabranjene osnove, direktive dopuštaju da poslodavci uspostave stvarne kriterije koje oni smatraju određujućim za određeno zaposlenje. Ovi kriteriji su takvi da omogućuju samo osobama npr. određene rase, spola ili starosti da obavljaju određene poslove. Npr. ukoliko u predstavi režiser odluči da zaposli osobu muškog spola da glumi ulogu Hamleta, smatrat će se da je muški spol osobe stvarni određujući kriterij za to zaposlenje. Isto tako ukoliko je ovo prihvatljiv izuzetak za ovo zaposlenje to ne opravdava diskriminaciju po nekom drugom osnovu, recimo spolnoj orijentaciji. Za ostvarenje ovog izuzetka nisu prihvatljive ustaljene pretpostavke recimo da je za posao recepcionera potrebno primiti „mladu osobu ženskog spola“.

Izuzetak na osnovu starosti

Direktiva o jednakosti u zapošljavanju omogućava poslodavcima da uspostave izuzetke koje se odnose na uslove za zapošljavanje i druga prava koja proističu iz radnog odnosa a koja se odnose na starost osobe. Stoga je moguće utvrditi donju granicu za zapošljavanje osoba, uslove za penzionisanje radnika, te uslove za napredovanje.

Posebne mjere

Direktive su u svrhu osiguranja pune ravnopravnosti u praksi, princip ravnopravnog tretmana, propisale mogućnost da države članice zadrže ili donesu posebne mjere radi sprečavanja ili kompenzacije zbog nepogodnosti vezanih za neki zabranjeni osnov.

U predmetu Kalanke a poslije toga Marschall, Evropski sud je razmatrao posebne mjere koje su se odnosile na preferencijalni tretman žena prilikom zapošljavanja.

Tako je u predmetu Kalanke²⁹ ESP razmatrao Bremenski propis o ravnopravnosti prema kojem se davala prednost ženama državnim službenicama u zapošljavanju i unapređenju, ukoliko su jednako kvalificirane kao muški kandidati i ukoliko su na tom stepenu složenosti poslova žene zastupljene manje od 50%. Ovakav stav ESP je bio veoma kritiziran, te je u predmetu Marschall³⁰, Evropski sud pravde potvrdio da automatizam u preferencijalnom tretmanu nije dozvoljen, ali je ipak dozvolio davanje prednosti da se, ukoliko su dva kandidata jednakih kvalifikacija, može dati prednost kandidatu manje zastupljenog spola. Pored toga, ESP je predvidio i dodatnu klauzulu koja omogućuje osobi koja je dobila prednost da ukaže na neki kriterij koji bi dao prevagu kvalifikacijama tog kandidata. Na ovaj način je ESP odbio da potvrdi bilo koji sistem kvota, odnosno sistem koji je orijentiran ka rezultatima, već je naglasio da se posebne mjere mogu primjenjivati ukoliko se analizira svaki predmet pojedinačno.

Slično ovim presudama u predmetu Abrahamsson³¹, ESP je odbio da prihvati kvote kao način postizanja ravnopravne zastupljenosti spolova na radnim mjestima u visokom obrazovanju. Naime, Švedska je zaključila da je radi fer raspodjele radnih mjesta u visokom obrazovanju između žena i muškaraca davati prednost kandidatima manje zastupljenog spola, ukoliko ti kandidati zadovoljavaju minimum kriterija, čak i u onim situacijama kada postoje kandidati drugog spola koji su bolje kvalificirani. ESP je zaključio da se ovdje radi o diskriminaciji budući da se ovom mjerom prednost daje „samo zbog spola kandidata“. ESP je obrazlažući ovu presudu zaključio da mjera koja je primijenjena nije proporcionalna cilju koji se htio postići.

²⁹ C-450/93, Kalanke v Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I-3051

³⁰ C-409/95, Marschall v Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-6363

³¹ C-407/98, Abrahamsson v Fogelqvist [2000] ECR I-5539

Član 1. (Predmet Zakona)

- (1) Ovim zakonom uspostavlja se okvir za ostvarivanje jednakih prava i mogućnosti svim licima u Bosni i Hercegovini i uređuje sistem zaštite od diskriminacije.
- (2) U skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine i međunarodnim standardima koji se odnose na ljudska prava i osnovne slobode, ovim zakonom utvrđuju se odgovornosti i obaveze zakonodavne, sudske i izvršne vlasti u Bosni i Hercegovini, kao i pravnih lica i pojedinaca koji vrše javna ovlaštenja (u daljnjem tekstu: nadležne institucije Bosne i Hercegovine), da svojim djelovanjem omoguće zaštitu, promoviranje i stvaranje uslova za jednako postupanje.

Član 1. Zakona o zabrani diskriminacije u skladu sa Jedinstvenim pravilima o izradi pravnih propisa u institucijama Bosne i Hercegovine³² nosi naziv (Predmet Zakona) i sadrži informacije o cilju Zakona. Prilikom formuliranja predmeta zakona zakonodavac je dužan da „spomene osnovni sadržaj propisa koji važi za cijeli sadržaj pravnog propisa“³³.

Stav 1. člana 1. naglašava da se ovim Zakonom uspostavlja okvir za ostvarivanje jednakih prava i mogućnosti svim licima u Bosni i Hercegovini ali i da se uređuje sistem za zaštitu od diskriminacije. Dok ćemo u komentarima sljedećih članova vidjeti šta se podrazumijeva pojmom diskriminacija i koji sistem za zaštitu od diskriminacije se uspostavlja ovim zakonom, bitno je pojasniti pojam *jednakih prava i mogućnosti* odnosno pokušati razriješiti pitanje ko su *sva lica u Bosni i Hercegovini*.

Jednaka prava i mogućnosti

Budući da se pojam jednakih mogućnosti ne spominje nigdje drugo u zakonu osim u članu 1. stav 1. veoma je bitno pojasniti šta se podrazumijeva pod ovim pojmom.

Postoje različita tumačenja pojma *jednakih mogućnosti*. Tradicionalno liberalno razumijevanje ovog pojma podrazumijeva da jednake mogućnosti omogućavaju bilo kojem pojedincu, bez obzira na njegov socijalni status ili poziciju, jednake startne pozicije u utakmici za ograničene resurse koji postoje u društvu, bez da mu se postavljaju bilo kakve pravne prepreke. Prema istom shvatanju, nikome se ne može uskratiti ulazak ili takmičenje u utakmici života, samo zbog nekih

³² Član 8. stav 1. („Službeni glasnik BiH“, broj 11/05)

³³ Član 8. stav 2.

arbitrarnih faktora kao što su društveni položaj ili rasa³⁴. Ova definicija se često naziva i definicijom „formalne jednakosti mogućnosti“, jer se odnosi samo na zabranu formalnih prepreka koje se postavljaju ispred pojedinačnih takmičara od strane države i u principu zahtijeva samo jednak tretman pred zakonom. Kao posljedicu ovog tumačenja država ima samo negativne obaveze da se ne miješa u utрку, ali ne i obavezu da poduzima mjere kako bi osigurala jednake mogućnosti. Ovako posmatrajući jednake mogućnosti zagarantirano je jedino odsustvo diskriminacije. Ovaj formalni koncept je veoma često kritiziran jer ignorira postojeće stvarne nejednakosti između ljudi i koje čine da ovo takmičenje u stvarnosti nije fer zbog različitih startnih pozicija koje ljudi imaju u životu.

Kako bi se smanjile komparativne prednosti koje zbog određenih okolnosti posjeduju neki pojedinci, razvio se ideal supstantivnih jednakih mogućnosti. Prema ovom idealu, pojedinci koji imaju iste talente i iste ambicije će imati jednake šanse za uspjeh u takmičenju u kojima se određuje ko u društvu zauzima koje pozicije. Primjenjujući ovaj princip, značilo bi da zakoni mogu da osiguraju da svi pojedinci imaju jednake mogućnosti, uzimajući u obzir njihove različite startne pozicije, kako bi im se osigurao pristup željenim dobrima. Ovaj princip teži ka tome da se omoguće jednake šanse ali ne i rezultati. Koncept supstantivnih jednakih mogućnosti se najčešće koristi u modernom zakonodavstvu, zato jer je ovaj koncept najkompatibilniji sa modernim ekonomijama slobodnog tržišta. Primjenom ovog koncepta zakonima se osigurava otvaranje „vrata tržišta“ (ili vrata društva) za podzastupljene ili ranjive grupe koje do tog trenutka nisu bile u mogućnosti da učestvuju na tržištu, odnosno u društvenom životu.

Uzimajući u obzir cjelokupnu strukturu ovog zakona dolazi se do zaključka da je zakonodavac uzeo u obzir oba tumačenja pojma jednakih mogućnosti. Sa jedne strane, zabranjuje se svaki oblik diskriminacije (članovi 3. i 4.), posebno obraćajući pažnju na stvarni, de facto, uticaj na pojedince i grupe, dok se u članu 5. definišu izuzeci od diskriminacije koji u principu predstavljaju mogućnost da se uzimaju u obzir različite startne pozicije, odnosno da se tamo gdje je to potrebno primjenjuju privremene posebne mjere ili mjere općeg karaktera (pod uslovima predviđenim u članu 5. stav 1.).

Ipak, ostvarivanje jednakih mogućnosti za sve je izazov za čitav pravni sistem Bosne i Hercegovine, dok ovaj zakon može da bude idealan mehanizam za postizanje ovog ideala. Ostali zakonski tekstovi koji su na snazi u Bosni i Hercegovini imaju zadaću da u svojoj oblasti omoguće uživanje prava i sloboda

³⁴ Rossenfeld, *Afirmativna akcija i pravda*, strana 71.

uzimajući u obzir i efekte koje ti zakoni imaju na sve članove društva, dok se korištenjem ovog zakona može postići korigiranje pravnog sistema ukoliko je to neophodno.

Jednako postupanje

Jednako postupanje predstavlja ideal *sudske jednakosti* koji se bazira na osnovnoj postavci da se prema svim pojedincima u sličnim situacijama treba postupati slično ili jednako. Jednako postupanje se bazira na formalnoj sličnosti ne uzimajući u obzir širi kontekst. Zakoni ili prakse koji dovode do različitog postupanja stoga predstavljaju oblik direktne diskriminacije. Ipak, praksa je pokazala da, ukoliko se zanemare razlike koje postoje među pojedincima, a politike se baziraju samo na otklanjanje diskriminacije među „sličnima“, u društvu, ovaj koncept ne nudi pravi odgovor za postizanje ciljeva ravnopravnosti u društvu, ali osigurava osnovne predušlove za sve članove društva da na jednak način zaštite svoja prava.

...sva lica u Bosni i Hercegovini...

Korištenjem pojma „sva lica u Bosni i Hercegovini“ prilikom definiranja predmeta ovog zakona naš zakonodavac je jasno naglasio da sva lica bez obzira na njihovo državljanstvo imaju pravo na ostvarivanje jednakih prava i mogućnosti. Ovime je u potpunosti ispoštovana odredba člana II/4 Ustava BiH, koji također koristi isti pojam za subjekte zaštite od diskriminacije.

U skladu sa principima međunarodnog javnog prava svaka država ima pravo da odluči ko su njeni državljani i ima slobodu da definira koja prava pripadaju njenim državljanima. U ovom kontekstu državljanstvo predstavlja status građanina određene države³⁵ odnosno odnosi se na pravnu vezu između određene osobe i države čije državljanstvo ta osoba ima. Ova veza ne upućuje na etničku pripadnost niti na vezu sa nacionalnom manjinom jer osoba može da ima državljanstvo Bosne i Hercegovine a da je po etničkoj pripadnosti pripadnik neke druge etničke skupine, odnosno pripadnik određene nacionalne manjine. Budući da država ima pravo da definira prava koja pripadaju njenim državljanima u članu 5. stav 1. tačka e) kao jedan od izuzetka predviđen je izuzetak koji se odnosi na ostvarivanje prava koja su zasnovana na državljanstvu na način predviđen zakonom. Ipak ukoliko je neko pravo zagantirano svim licima u Bosni i Hercegovini, bez obzira na njihovo državljanstvo pristup tim pravima mora biti nediskriminatoran.

³⁵ Vidi: pojam „nationality“ u Oxford, Dictionary of Law, peto izdanje

Ovaj izuzetak je predviđen i u Međunarodnoj konvenciji o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (CERD)- („Sl. list R BiH“ br. 25/93, sukcesija 16.7.1993. godine“) u članu 1. stav 2. gdje je ovaj izuzetak jasno naglašen, odnosno propisano je da „ova konvencija ne primjenjuje se na razlikovanja, isključivanja, ograničavanja ili davanja prvenstva koje provodi država članica Konvencije između njenih državljana i osoba koje nisu njeni državljani.“

Iako u članu 2. ovog zakona „državljanstvo“ nije izričito predviđeno kao zabranjeni osnov za diskriminaciju, svaki oblik diskriminacije u pristupu zagarantiranim pravima koji je baziran isključivo na državljanstvu osobe trebao bi potpasti pod „druge okolnosti“. Ovaj stav je zauzelo i Vijeće za ljudska prava Ujedinjenih naroda u predmetu Gueye i dr. protiv Francuske, br. 196/1985 kad je zaključilo da „državljanstvo“ pada pod pojam „drugi status“ iz drugog stava člana 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima³⁶.

Osnovno je pravilo međunarodnog prava ljudskih prava da su ljudska prava univerzalna i da države članice svim osobama pod njenom jurisdikcijom moraju garantirati ostvarenje istih bez diskriminacije. Ipak postoje određena prava koja pripadaju samo državljanima određene države.

Prvo ograničenje se odnosi da države u ostvarivanju prava ne smiju da diskriminiraju osobe ne-državljanke nekog posebnog državljanstva u odnosu na osobe ne-državljanke nekog drugog državljanstva, odnosno da prave razlike između ne-državljana različitih državljanstava.

Ova zabrana je posebno propisana u Konvenciji o eliminaciji rasne diskriminacije i zabranjuje razlikovanja koja su propisana zakonskim odredbama koje se odnose na narodnost, državljanstvo ili prijema u državljanstvo (naturalizaciju) „pod uslovom da ove odredbe ne prave razliku u odnosu na neku posebnu državljanstvo“. Komitet o eliminaciji rasne diskriminacije je u Općoj preporuci broj XI „O ne-državljanima“ pojasnio ovu odredbu potvrđujući da „u grupi ne-državljana³⁷ države članice ne smiju diskriminirati osobe nekog posebnog državljanstva“.

Tako je npr. Komitet o eliminaciji rasne diskriminacije u predmetu gospodina D. protiv Francuske³⁸ zaključio da se ne radi o slučaju diskriminacije pri tome

³⁶ Odluka Vijeća, paragraf 9.4.

³⁷ Komitet koristi pojam „non-citizens“

³⁸ Communication No. 2/1989 : France. 10/05/91. CERD/C/39/D/2/1989. [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/dba49c7a14032085c125693b0037d039?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/dba49c7a14032085c125693b0037d039?Opendocument)

vodeći računa o stavu koji je isti Komitet zauzeo u Općoj preporuci broj XI. Naime, gospodin D. se žalio da mu francuski zakoni, kao državljaninu Sengala koji boravi u Monaku, ne dozvoljavaju da bude primljen u Advokatsku komoru Nice, budući da nije državljanin Francuske.

Neka prava države imaju obavezu osigurati samo svojim državljanima. Osnovno pravilo iz Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima je da su: „*Svi su pred zakonom jednaki i imaju pravo bez ikakve razlike na podjednaku zaštitu zakona*”. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima je zauzeo pravilo da sva prava iz ove konvencije jednako ostvaruju i državljani i ne-državljeni³⁹. Izuzetak od ovog pravila su samo član 25. koji se odnosi samo na prava državljanina⁴⁰ odnosno član 13. koji se primjenjuje samo na ne-državljanke.

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (CESCR) – („Sl. list R BiH“ 25/93, sukcesija 1.9.1993. godine,) nakon što je zabranio diskriminaciju u pristupu prava iz oblasti ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava (član 2. stav 2.) u stavu 3. istog člana predvidio je izuzetak od ovog pravila da „zemlje u razvoju, uz dužnu pažnju prema ljudskim pravima i svojoj nacionalnoj privredi, mogu odrediti u kome će obimu garantovati ekonomska prava priznata u ovom Paktu licima koja nisu njihovi državljani“, dok pristup garantiranim pravima iz oblasti socijalnih i kulturnih prava mora ostati nediskriminatoran, odnosno obim prava i mogućnosti mora biti jednak za državljane i nedržavljanke. Pored toga, Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije⁴¹ garantira u članu 9. ženama jednaka prava kao i muškarcima da steknu, promijene ili zadrže svoje državljanstvo. Posebno se ovo pravo garantira u situacijama kada žene sklapaju brak sa osobom drugog državljanstva i utjecaj bračnog statusa na državljanstvo. Tako je na primjer u Mauricijusu na snazi bio zakon, koji je predviđao da ukoliko se žena državljanica Mauricijusa uda za muškarca državljanca neke druge države, da taj muškarac mora da podnese zahtjev za prebivalište u Mauricijusu, dok ukoliko bi muškarac državljanin Mauricijusa oženio ženu drugog državljanstva ona bi automatski dobijala pravo na prebivalište u Mauricijusu.

³⁹ Opća preporuka broj 15: „Pozicija ne-državljanca prema Paktu“, usvojena na 27. sjednici, 1986

⁴⁰ Član 25. Svaki građanin treba da ima pravo i mogućnost da bez ikakvih razlika navedenih u članu 2. i bez nerazumnih ograničenja: a) suđenje u vođenju javnih poslova, direktno ili preko slobodno izabranih predstavnika; b) bira i bude biran pravedno provedenim, povremenim izborima sa općim i jednakim pravom glasa i tajnim glasanjem, koji osiguravaju slobodno izražavanje volje birača; c) ima pristup javnim službama svoje zemlje uz opće uslove jednakosti.

⁴¹ <http://arsbih.gov.ba/download.aspx?id=315>

Stav 2. obavezuje sve nadležne institucije da svojim djelovanjem omoguće zaštitu, promoviranje i stvaranje uslova za jednako postupanje. Zakon o zabrani diskriminacije reguliše oblast koja je u isključivoj nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine ali su odgovornost i obaveze za jednako postupanje jednako podijeljene i u nadležnosti su svih zakonodavnih, sudskih i izvršnih vlasti u Bosni i Hercegovini, te pravnih lica i pojedinaca koji vrše javna ovlaštenja. Ovdje je zakonodavac namjerno pokušao da pobrajanjem grana vlasti naglasi da obaveza jednakog postupanja iz ovog zakona proističe za sve ove „nadležne institucije Bosne i Hercegovine“, time izbjegavajući mogućnost da se ovaj zakon primjenjuje samo od strane institucija koje postoje na državnom nivou.

Ipak, sam pojam „nadležne institucije Bosne i Hercegovine“ se prvi put uvodi u zakonima kada se govori o obavezama i odgovornostima grana vlasti u Bosni i Hercegovini, jer se obično pod pojmom „institucije Bosne i Hercegovine“ podrazumijevaju institucije na nivou Bosne i Hercegovine⁴². Ovdje se najvjerovatnije radi o nedosljednosti zakonodavca jer bi vjerovatno ispravnije rješenje, koje bi pratilo tekst za koji se uvodi ova skraćunica, bio pojam „nadležne institucije u Bosni i Hercegovini“. Ova nedosljednost je posebno vidljiva ako se primijeti korištenje ove skraćunice u ostatku teksta Zakona gdje se koristi ispravno „nadležne institucije u Bosni i Hercegovini“.

Uvodom u stav 2. člana 1. zakonodavac naglašava da Zakon razrađuje pitanja koja su definirana Ustavom Bosne i Hercegovine, a prije svega član II, a posebno zabranu diskriminacije iz člana II/4, listu pobrojanih prava iz člana II/3, Aneks I (Dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u Bosni i Hercegovini).

Ustav Bosne i Hercegovine, kao i ustavi entiteta, sadrže posebne odredbe koje navode sve međunarodne dokumente za zaštitu ljudskih prava, a koji se imaju primjenjivati u Bosni i Hercegovini. Pored već pomenute Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, tu je i čitav niz drugih međunarodnih dokumenata - Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948.); Ženevske konvencije I-IV o zaštiti žrtava rata (1949.) i Dopunski protokoli I-II (1977.); Konvencija koja se odnosi na status izbjeglica (1951.) i Protokol (1966.); Konvencija o državljanstvu udatih žena (1957.); Konvencija o smanjenju broja lica bez državljanstva (1961.); Međunarodna konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije (1965.); Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966.) i Opcioni protokoli (1966. i 1989.); Međunarodni

⁴² Vidi npr. Ustav BiH, član IV. stav 4. tačka c.

pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966.); Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije u odnosu na žene (1979.); Konvencija protiv mučenja i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih tretmana ili kažnjavanja (1987.); Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja (1987.); Konvencija o pravima djeteta (1989.); Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika-migranata i članova njihovih porodica (1990.); Evropska povelja za regionalne jezike i jezike manjina (1992.); Okvirna Konvencija za zaštitu nacionalnih manjina (1994.).

Član 2.

(Diskriminacija)

- (1) *Diskriminacijom će se, u smislu ovog zakona, smatrati svako različito postupanje uključujući svako isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti utemeljeno na stvarnim ili pretpostavljenim osnovama prema bilo kojem licu ili grupi lica na osnovu njihove rase, boje kože, jezika, vjere, etničke pripadnosti, nacionalnog ili socijalnog porijekla, veze s nacionalnom manjinom, političkog ili drugog uvjerenja, imovnog stanja, članstva u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanja, društvenog položaja i spola, spolnog izražavanja ili orijentacije, kao i svaka druga okolnost koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemoguću ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi, prava i sloboda u svim oblastima javnog života.*
- (2) *Zabrana diskriminacije primjenjuje se na sve javne organe kao i na sva fizička ili pravna lica, i u javnom i u privatnom sektoru, u svim oblastima, a naročito: zaposlenja, članstva u profesionalnim organizacijama, obrazovanja, obuke, stanovanja, zdravstva, socijalne zaštite, dobara i usluga namijenjenih javnosti i javnim mjestima, te obavljanja privrednih aktivnosti i javnih usluga.*

Član 3.

(Oblici diskriminacije)

- (1) *Neposredna diskriminacija je svako različito postupanje po osnovama određenim članom 2. ovog zakona, odnosno svako djelovanje ili propuštanje djelovanja kada je neko lice ili grupa lica dovedena ili je bila ili bi mogla biti dovedena u nepovoljniji položaj za razliku od nekog drugog lica ili grupe lica u sličnim situacijama.*
- (2) *Posredna diskriminacija podrazumijeva svaku situaciju u kojoj, naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa, ima ili bi imala učinak dovođenja nekog lica ili grupe lica u nepovoljan ili manje povoljan položaj u odnosu na druga lica.*

Opća razmatranja

Zakon o zabrani diskriminacije je odvojio pojam diskriminacije od pojmova neposrednog, posrednog i ostalih oblika diskriminacije u kojima je definiran sadržaj različitog postupanja. U odnosu na neke međunarodne dokumente ovime je napravljena razlika u definiranju pojma diskriminacije koja ne predstavlja nužno loše rješenje ali ipak zahtijeva od osoba koje primjenjuju ovaj zakon čitanje članova 2. i 3. u njihovoj ukupnosti. Jer da bi se dokazalo da je došlo do diskriminacije nije dovoljno dokazati da je došlo do povrede nekog prava i slobode isključivanjem, ograničavanjem ili davanjem prednosti zbog nekog stvarnog ili pretpostavljenog osnova kako je to definirano u članu 2. stav 1. Zakona, već je potrebno uputiti na jedan od oblika diskriminacije iz člana 3. odnosno člana 4.

Razdvajanjem pojma diskriminacije od oblika različitog postupanja, priređivač Zakona je vjerovatno nastojao da pomiri zahtjeve koje pred BiH postavlja *acquis* i definiranje pojma na način kako je to elaborirano u praksi Evropskog suda za ljudska prava u pogledu tumačenja člana 14. EKLJPS.

To je također vidljivo i iz definiranja obuhvatnosti zabranjenih osnova jer je više nego očigledno da je lista zabranjenih osnova mnogo šira od one koja je predviđena u direktivama koje su ugrađene u naš pravni sistem, jer uključuje i mnoge druge zabranjene osnove predviđene drugim dokumentima koje je potpisala i ratificirala Bosna i Hercegovina, ali i ostavlja listu otvorenom što je zasigurno utjecaj definicije Zabrane diskriminacije člana 14. EKLJPS.

Subjekti diskriminacije

Diskriminacija zahtjeva postojanje dva subjekta diskriminacije. Budući da se diskriminacijom krše ljudska prava pojedinaca ili grupa, prvi subjekt diskriminacije je žrtva odnosno žrtve diskriminacije. Sa druge strane se nalaze adresati obaveze, odnosno osobe koje se trebaju uzdržati od ponašanja koje može dovesti do diskriminacije.

Adresati obaveze

Zakonom je naglašeno da svi javni organi kao i sva fizička ili pravna lica, u javnom i u privatnom sektoru imaju obavezu da se uzdrže od diskriminacije. Adresati obaveze u klasičnom smislu prema međunarodnom pravu ljudskih prava su uglavnom države članice, koje su imale obavezu da ne donose propise, odnosno da se uzdrže od radnji kojima bi se vršila diskriminacija, odnosno obavezu da spriječe i sankcioniraju diskriminatorna ponašanja pojedinaca ili grupa.

Donošenjem zakona koji uspostavlja zabranu diskriminacije u domaćem zakonodavstvu stvoren je okvir za zabranu diskriminatornog ponašanja od strane fizičkih osoba, čime je ova zabrana iz javne prešla u privatnu sferu, budući da sada osoba koja smatra da je žrtva diskriminacije može da pokrene postupak za zaštitu svog prava i bez učešća institucija vlasti.

Žrtva diskriminacije

U većini slučajeva žrtve diskriminacije su pojedinci koji zbog nekih stvarnih ili pretpostavljenih karakteristika uglavnom samovoljom drugih osoba ili grupa osoba dolaze u manje povoljan položaj. Tako zabrana pristupa javnom mjestu osobi čisto zato što je pripadnik nacionalne manjine od strane osobe koja je ovlaštena za osiguravanje tog javnog mjesta predstavlja jedan od najtipičnijih primjera.

Postavlja se pitanje da li i pravne osobe mogu da budu žrtve diskriminacije? Naime nije isključena mogućnost da bi određeno pravno lice zbog strukture vlasnika (koji su recimo pripadnici određene grupe prema nekim zajedničkim karakteristikama npr. spol, vjera, etnicitet, seksualna orijentacija) ali ZoZD izričito ne spominje pravne osobe kao žrtve diskriminacije. Iz pojma »osoba ili grupa osoba« nije vidljivo da li se ovaj pojam odnosi i na pravna lica, ali ova mogućnosti nije ni isključena jer se izričito ne navodi da se ovaj pojam odnosi samo na fizičke osobe, kao što se to npr. čini kod adresata zabrane diskriminacije u članu 2. stav 2.

Ipak, ono što se postavlja kao osnovno pitanje je u pristupu kojim pravima pravne osobe mogu da trpe drugačiji tretman jer prava i slobode se uglavnom odnose na prava pojedinaca (fizičkih osoba) ili grupa (fizičkih) osoba. Kao primjer se mogu navesti krivični zakoni u Bosni i Hercegovini koji predviđaju krivična djela Povrede ravnopravnosti u vršenju privredne djelatnosti⁴³.

Ova se djela odnose na dovođenje u neravnopravan položaj prema drugim pravnim osobama u pogledu:

- uvjeta za rad ili za vršenje prometa robe i usluga,
- ili ograniči slobodnu razmjenu robe i usluga.

Zbog toga postoji pretpostavka da bi se mogao pokrenuti i određeni postupak zbog diskriminacije u slučaju da određena pravna osoba smatra da je diskriminirana u pristupu ovim pravima, a koristeći mehanizme ovog zakona.

⁴³ Vidi Krivični zakon BiH član 204., Krivični zakon FBiH član 241. Ili Krivični zakon Republike Srpske član 260.

Grupe osoba su vrlo često žrtve diskriminacije i to u najvećem broju slučajeva posrednog oblika diskriminacije. Za postojanje diskriminacije grupe osoba nije bitna njena veličina ali je pretpostavka da je ta grupa osoba dovedena u nepovoljniji položaj zbog nekog osnova članova te grupe. Tako, na npr. javno mjesto nije na jednak način pristupačno osobama sa invaliditetom koje zbog svog invaliditeta koriste invalidska kolica u odnosu na druge osobe ili grupe osoba koje ne koriste invalidska kolica.

Sadržaj diskriminacije

...došlo do različitog postupanja, uključujući svako isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti, na način da je neka osoba ili grupa osoba...

Zakon predviđa tri oblika različitog postupanja koje se ogleda u isključivanju, ograničavanju ili davanju prednosti. Bitno je naglasiti da je u članu 2. korištena otvorena lista načina vršenja različitog postupanja koji upućuju na oblike diskriminacije u narednim članovima.

Isključivanje se ogleda u onemogućavanju uživanja određenih prava i sloboda koja pripadaju drugim osobama ili grupama. Npr. isključivanje postoji kada je pristup određenim javnim mjestima ograničen samovoljom osobe ili određenim propisom koji se nalazi na ulazu na to javno mjesto određenoj osobi ili grupi osoba (npr. isključivanje pripadnika nacionalnih manjina, mladih i slično).

Ograničavanje se odnosi na situacije kada je uživanje određenih prava i sloboda omogućeno ali ne na isti način i u istom obimu kao i drugim osobama ili grupama. Npr. ukoliko su prava i usluge iz oblasti zdravstvene ili socijalne zaštite dostupne određenim kategorijama stanovništva samo u ograničenim vremenskim intervalima dok su drugima dostupne cijelo vrijeme.

Davanje prednosti se ogleda u zabranjenoj vrsti davanja prednosti iako nisu ispunjeni zakonski uslovi da se takva prednost daje. Npr. davanje prednosti određenim kategorijama stanovništva pri zapošljavanju zbog njihovog spola, etničke pripadnosti ili političkog uvjerenja i slično.

Posljedica diskriminacije

Definiranjem dometa zabrane diskriminacije, odnosno posljedice nepovoljnog položaja kao povrede jednakog tretman u pristupu svim pravima i slobodama koja su zagarantovana u našem pravnom sistemu, zakonodavac je pokazao svoje opredjeljenje da se ovim zakonom uspostavi opća zabrana diskriminacije.

Ipak ako pogledamo odredbu člana 6. (Oblast primjene) primijetiti ćemo da je i ovdje naš zakonodavac pokušao da u što većoj mjeri udovolji i odredbama *acquisa* a posebno direktiva koje se odnose na zabranu diskriminacije. Naime, u direktivama u poređenju sa našim zakonom, a zbog ograničenosti nadležnosti koje su na nivou Unije, oblasti koje su pokrivene zabranom diskriminacije su mnogo uže od onih koje su zagarantirane ovim zakonom. Zbog toga je u članu 6. navedena otvorena lista oblasti primjene ovog zakona⁴⁴, ali budući da je u članu 2. zagarantirana zabrana diskriminacije u pristupu svim pravima i slobodama u svim oblastima javnog života, za dokazivanje različitog postupanja biti će vjerovatno jednostavnije dokazati povredu jednakog postupanja u pristupu nekom zagarantiranom pravu ili slobodi.

Stoga se na osnovu ove odredbe može pozvati na različito postupanje

- U uživanju određenog prava ili slobode koja je zagarantirana pojedincima ili grupama u zakonima u BiH
- Uživanju prava koje po svojoj sadržini zahtijeva određene obaveze organa vlasti, u situacijama kada nosioci obaveze svoju obavezu ne ispunjavaju (npr. prilagodba prilaza javnom mjestu za osobe u invalidskim kolicima)
- Prilikom korištenja diskrecione ocjene od strane organa koji ima zakonsku osnovu za donošenje takve odluke (npr. prilikom davanja određenih povlastica ili koncesija)
- Djelovanjem ili propuštanjem djelovanja od strane organa vlasti (npr. korištenje pretjerane sile kod kontroliranja nereda)

Izvori prava i sloboda u našem pravnom sistemu su mnogostruki. Cjelovit pregled prava i sloboda⁴⁵ zagarantiranih u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine se može pronaći u izvještaju „Ljudska Prava u Bosni i Hercegovini 2008 - Pravo, praksa i međunarodni standardi ljudskih prava sa ispitivanjem javnog mnjenja”. Jedan od glavnih zaključaka tog izvještaja je da “postaje jasno da bosanskohercegovačke vlasti, u periodu od potpisivanja Daytonskog mirovnog ugovora do danas, nisu iskoristile potencijal koji je stvoren specifičnim pozicioniranjem odredbi o ljudskim pravima u pomenutom Daytonskom sporazumu, kao i Ustavu Bosne i Hercegovine.”⁴⁶ Zbog toga se predviđa da bi ovaj zakon mogao da predstavlja

⁴⁴ O oblastima u kojima se primjenjuje ovaj Zakon više u dijelu koji se odnosi na komentar člana 6.

⁴⁵ Ovim Izvještajem je pokrivena oblast građanskih i političkih prava, dok Centar za ljudska prava planira izdavanje i Izvještaja koji pokriva oblast ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava u 2010. godini

⁴⁶ „LJUDSKA PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI 2008 - Pravo, praksa i međunarodni standardi ljudskih prava sa ispitivanjem javnog mnjenja”, gl.urednik M. Živanović, strana 3., Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2009.

jedan od osnovnih mehanizama za ostvarivanje prava i sloboda garantiranih u našem pravnom sistemu.

Pitanje namjere

Kada se utvrđuje različito postupanje pitanje namjere nije bitno. To je jasno naglašeno u članu 2. stav 1. korištenjem alternacije „svrha ili posljedica“. Osnovna je obaveza svih onih koji na bilo koji način mogu da utiču na način kako se ostvaruju prava ili slobode da to čine na jednak odnosno ravnopravan način bez obzira na bilo koju stvarnu ili pretpostavljenu osobinu pojedinaca ili grupa o čijem pravu ili slobodi se odlučuje.

Nepostojanje potrebe da se dokaže namjera je posebno značajan kada se radi o dokazivanju postojanja različitog postupanja u slučajevima posredne diskriminacije. Budući da se radi o slučaju u kojem „neutralna odredba, kriterij ili praksa“ dovodi osobu ili grupu osoba u nepovoljan ili manje povoljan položaj veoma bi bilo teško dokazivati namjeru donosioca takve jedne odredbe (obično zakonodavno tijelo) ili kriterija odnosno svih onih osoba koji su utjecali na uspostavljanje takve jedne prakse.

U predmetu Broeks protiv Nizozemske⁴⁷ pred Komitetom za ljudska prava (No. 172/1984, ICCPR) podnositeljica aplikacije je tvrdila da je žrtva kršenja člana 26. Međunarodne Povelje o građanskim i političkim pravima te da je došlo do neprihvatljivog razlikovanja zbog spola. Nizozemski zakon o doprinosima u to vrijeme nije predviđao naknadu za vrijeme nezaposlenosti za udate žene, dok je ta naknada bila zagantovana muškarcima bez obzira bili oni oženjeni ili ne. Komitet za ljudska prava je zaključio da je došlo do kršenja člana 26. zbog diskriminacije na osnovu spola i to bez obzira na nedostatak umišljaja da država članica diskriminira žene.

Kao i u ovom zakonu, ovim predmetom je potvrđeno da se može utvrditi diskriminacija čak i kada je do nje došlo bez namjere.

S druge strane ovo postavlja nove izazove pred donosiocima svih novih odredbi, kriterija i praksi da analiziraju utjecaj istih na sve grupe uzimajući u obzir njihove drugačije položaje u društvu kako bi se izbjeglo različito postupanje.

⁴⁷ Broeks v the Netherlands (No. 172/1984, ICCPR)

Oblici diskriminacije

Naš zakon predviđa dva osnovna oblika diskriminacije kao neposredni (direktni) i posredni (indirektni) oblik kojima je definiran pojam različitog postupanja koji, kako je to već navedeno, nije definiran u članu 2. Ono što je različito za ova dva oblika jeste sama radnja različitog postupanja, dok je pitanje pronalaska uporedivača i vremenske odrednice različitog postupanja identično u oba oblika.

Neposredni oblik diskriminacije

Neposredni oblik diskriminacije predstavlja osnovni formalni oblik kršenja principa ravnopravnosti. Po samoj definiciji radi se o „namjernoj“ diskriminaciji koja ima za cilj da na direktan način povrijedi nečije pravo na jednako postupanje. Vrlo često osobe koje vrše direktnu diskriminaciju, jer ne žele da osobe koje su žrtve diskriminacije zbog nekog stvarnog ili pretpostavljenog osnova, uživaju jednaka prava kao drugi članovi društva. U ekstremnim slučajevima svrha direktne diskriminacije je segregacija ili udaljšavanje osoba s tim osobinama iz društva.

Neposredni (direktni) oblik po svojoj prirodi može da se sastoji u djelovanju ili propuštanju djelovanja, odnosno u činjenju ili nečinjenju.

Neposredni oblik različitog postupanja činjenjem može se vršiti dakle nekom radnjom ili može nastati donošenjem nekog propisa.

Primjer neposrednog oblika različitog postupanja koji je nastao kao posljedica donošenja određenog propisa može se vidjeti u slučaju *Lovelace protiv Kanade*⁴⁸. Naime, u Kanadi je na snazi bio zakon koji je kao posljedicu udaje žene indijanskog porijekla određivao gubitak tog statusa, dok muškarac koji se oženi ne gubi ovaj status. Komitet za ljudska prava je zaključio da u ovom slučaju grupa žena koja se nalazi u identičnom položaju kao grupa muškaraca trpi različito postupanje.

Neposredni oblik činjenjem izvršen nekom radnjom može se navesti primjer iz predmeta *Salgueiro Da Silva Mouta protiv Portugala*⁴⁹ kada je ESLJP zaključio da je povjeravanje roditeljskog staranja majci djeteta samo zbog seksualne orijentacije oca, različito postupanje i u ovom slučaju je zaključio da se radi o diskriminaciji.

⁴⁸ Lovelace v Canada (No. 24/1977, ICCPR),

⁴⁹ Salgueiro Da Silva Mouta v Portugal (No. 33290/96, 21/12/1999),

Neposredni oblik različitog postupanja nečinjenjem se obično odnosi na radnju propuštanja a posebno u slučajevima u kojima je neki organ ili institucija nadležna omogućavanju uživanja određenih prava ili sloboda. Tako u trenutku kada Bosna i Hercegovina ratifikuje UN Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom nastaje obaveza iz člana 9. stav 1. a koja se odnosi na obavezu svih država članica da

“Kako bi se osobama s invaliditetom omogućilo nezavisno življenje i potpuno sudjelovanje u svim područjima života, poduzimaju odgovarajuće mjere kako bi im osigurale pristup, na ravnopravnoj osnovi s drugim osobama,..

koje uključuju identifikaciju i uklanjanje prepreka i barijera pristupačnosti, odnose se, između ostalog na:

(a) građevine, puteve, prijevoz i druge zatvorene i otvorene prostore, uključujući škole, stambene objekte, zdravstvene ustanove i radna mjesta;”

Ukoliko određeni organ vlasti ili vlasnik objekta koji po svojoj prirodi predstavlja javno mjesto (kinodvorana, koncertna sala i sl.) koji je obavezan da postupa prema ovoj obavezi, a ne poduzme odgovarajuće mjere (npr. ne donese plan za realizaciju ove obaveze ili jednostavno prilikom obnove prilaza ustanovi ne prilagodi ivičnjak) kako bi omogućio pristup svim osobama (uključujući osobe sa invaliditetom) toj ustanovi, dolazi do različitog postupanja prema osobama sa invaliditetom.

Posredni oblik diskriminacije

Posredni oblik diskriminacije u međunarodnom pravu je pojam koji je prvi put reguliran UN Konvencijom o eliminaciji rasne diskriminacije koja je usvojena 1965. godine, i nakon toga je ova definicija korištena i u drugim dokumentima UN-a. Evropska konvencija o ljudskim pravima iz 1950. godine, kako je već naglašeno, nije definirala sadržaj pojma diskriminacije, ali je praksom Evropskog suda za ljudska prava prvo definiran pojam direktne diskriminacije. Iako je još u svojim prvim presudama Sud razmatrao de facto utjecaj diskriminacije, tek je nedavno u predmetima Thlimmenos protiv Grčke⁵⁰, Hoogendijk protiv Nizozemske⁵¹ i D.H. protiv Češke⁵² počeo da koristi

⁵⁰ thlimmenos v. Greece (no. 34369/97), 06/04/2000)

⁵¹ Hoogendijk v. the Netherlands (no. 58641/00, 6/01/2005).

⁵² D.H. v Czech Republic (No. 73907/01)

pojam indirektno diskriminacije. I u pravnom sistemu Evropske unije pojam indirektno diskriminacije je utvrđen praksom Evropskog suda pravde, dok je ovaj pojam prvi put reguliran direktivama, počevši od Rasne direktive.

Zakon o zabrani diskriminacije je definirao da **posredni oblik različitog postupanja** po svojoj prirodi nastaje kroz usvajanje **naizgled neutralne odredbe, kriterij ili prakse (čl.3.st 2.)**. Ovaj posredni oblik različitog postupanja se često naziva i „prikrivenim“ jer se često smatra da je donosilac ove odredbe imao namjeru da kroz ovu naizgled neutralnu odredbu isključi određene osobe ili grupe osoba iz mogućnosti da uživaju određeno pravo. Ipak, ova namjera nije nužno potrebna i u većini slučajeva se radi o odredbama, kriterijima ili praksama koje su željele postići određeni društveno prihvatljiv cilj, ali jednostavno nisu uzele u obzir različit položaj u kojima se određene kategorije lica nalaze.

Kao jedan od najpoznatijih primjera za ovaj „nenamjerni oblik posrednog različitog tretmana“ je slučaj Bhinder Singh protiv Kanade⁵³.

Podnosilac pritužbe gđin Singh, pripadnik vjerske zajednice Sikh, je dobio otkaz od strane Kanadske nacionalne željeznice zato što je odbio da nosi radničku tvrdu kapu za vrijeme radnog vremena. U to vrijeme Pravilnik o sigurnosti na radu je zahtijevao od svih uposlenika željeznice da nose radničke tvrde kape iz sigurnosnih razloga jer je postojala objektivna mogućnost ozljede glave. U isto vrijeme vjera Sikh kojoj gđin Singh pripada zahtijeva od svih muških članova da u javnosti na svojoj glavi nose isključivo turban. Ovim pravilnikom svi pripadnici vjerske zajednice Sikh de facto trpe različit tretman. UN Komitet za ljudska prava je u ovom slučaju zaključio da se radi o slučaju posrednog različitog tretmana, ali je zaključio da se radi i o dopuštenom različitom postupanju jer ima legitiman cilj i ispunjava uslov proporcionalnosti.

Kao primjer posrednog oblika kroz naizgled neutralni kriterija može se navesti primjer koji se odnosi na napredak policijskih službenika u službi⁵⁴. Naime, U Zakonu o policijskim službenicima u odredbi člana 70. predviđeni su kriteriji za unapređenje policijskih službenika u naredni viši čin. Kriteriji i uslovi koji se zahtijevaju od policijskog službenika za unapređenje u naredni viši cilj su između ostalog da pribavi preporuku komisije za unapređenje. Komisija za unapređenje

⁵³ Bhinder Singh v Canada (No. 208/1986, ICCPR).

⁵⁴ Primjer je baziran na Zakonu i Pravilniku u primjeni u Bosni i Hercegovini

prilikom davanja preporuke između ostalog cijeni „da li je policijski službenik bio ocijenjen ocjenom “dobar” ili višom ocjenom za svoj rad tijekom posljednje tri godine“. Pravilnik o ocjenjivanju rada policijskih službenika propisuje da policijski službenici koji su u periodu procjene efektivno radili manje od šest mjeseci ne mogu biti ocjenjivani.

Jasno je da je cilj ovog kriterija da se u naredni viši čin unaprijede policijski službenici koji su imali najmanje ocjenu dobar, ipak grupa koja se nalazi u različitom položaju su žene, policijske službenice koje u određenom vremenskom intervalu koriste pravo na porodiljsko odsustvo, odnosno da zbog korištenja tog prava trpe različito postupanje zbog svog spola. U identičnoj slučaju Thibault⁵⁵ Evropski sud pravde je zaključio da se radi o posrednom obliku diskriminacije.

„Gospođa Thibault je, koristeći se zakonom datim pravima, koristeći bolovanje i porodiljsko odsustvo, odsustvovala sa posla više od šest mjeseci 1983. godine. Poslodavac je odbio da izvrši ocjenu njenoga rada, koja je bila neophodan uslova za njen napredak u karijeri, jer nije ispunila ugovorom predviđen minimum od šest mjeseci rada u toj godini. sud je ocijenio da se ovakvim postupanjem poslodavca zaposlenica stavlja u nepovoljan položaj jer je bila trudna i jer se koristila zakonom datim pravima koja ima u takvom stanju, te se stoga ovakav postupak ocjenjuje diskriminatorskim.“

Kao primjer posrednog oblika kroz naizgled neutralne prakse može se naći u značajnoj presudi ESLJP u slučaju Nachova v Bugarske (Br. 43577/98 and 43579/98, 28/02/2004).

„Naime, iako je postojao značajan broj slučajeva i podataka da su članovi policije vrijeđali i zlostavljali na rasnoj osnovi pritvorenike Romske nacionalnosti, vlasti su postupke, koji su se odnosili na ove navode, vodili kao i sve druge postupke unutrašnje kontrole. Sud je zaključio da je postojala obaveza vlasti da sve navode koji se odnose na rasno motivirane zločine ispita brže jer se u neproporcionalno velikom broju odnose na pripadnike Romske zajednice.“

⁵⁵ C-136/95, Thibault [1998] ECR I-2011

Potreba pronalaska upoređivača

Postojanje upoređivača (komparator) je bitan segment dokazivanja različitog tretmana. Ipak ovaj postupak nije uvijek jednostavan. Za uspjeh postupka dokazivanja različitog postupanja veoma bitno je pronaći osobu ili grupu osoba u sličnim situacijama jer samo u takvoj situaciji će se moći upoređivati pristup određenim pravima pokretača postupka i upoređivača. Ukoliko organ koji postupa po zahtjevu pokretača postupka zaključi da upoređivač nije ispravan, on može zaključiti da nije ispunjen dio definicije različitog postupanja. Veoma je bitno povezati povoljniji položaj upoređivača zbog njegovih osobina koje su uporedive sa osobinama podnositelja zahtjeva. Primjer koji dokazuje značaj pronalaska upoređivača sa uporedivim osobinama je predmet *Burden i Burden protiv Velike Britanije*⁵⁶.

U ovom se predmetu podnositeljica koja je veći dio svog života provela u porodičnoj zajednici sa svojom sestrom žalila da je zbog obaveze plaćanja takse na nasljedstvo iza svoje sestre u nepovoljnom položaju u odnosu na osobe u vanbračnim zajednicama ili homoseksualnim građanskim partnerima. ESLJP je zaključio da odnos osoba koje žive u porodičnim zajednicama kvalitativno drugačije prirode od one u kojima se nalaze vanbračni i homoseksualni građanski partneri. Zajednica vanbračnih i homoseksualnih građanskih partnera, naveo je sud, dok je osnovna veza između sestara njihovo srodstvo a ne činjenica da su živjeli u porodičnoj zajednici.

U nekim situacijama kada je veoma teško pronaći stvarnu osobu ili grupu upoređivača, prema međunarodnim praksama je moguće koristiti hipotetičke upoređivače. Ipak, prilikom navođenja hipotetičkog upoređivača, veoma je bitno voditi računa da se navede primjer osobe ili grupe osoba koje nemaju osobine pokretača postupka (npr. pripadnik/ci konstitutivnih naroda u odnosu na nacionalne manjine i sl.). Ovaj problem je posebno naglašen kada se npr. radi o ženama koje trpe različit tretman zbog trudnoće, jer u takvom slučaju nije moguće naći odgovarajućeg upoređivača.

Također je veoma bitno da je upoređivač u sličnoj situaciji, odnosno da se dvije situacije one u kojoj se nalazi pokretač postupka i upoređivač mogu smatrati sličnim.

⁵⁶ *Burden and Burden v. The United Kingdom* (no. 13378/05, 12/12/2006)

Tako je npr. u predmetu Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse⁵⁷ Evropski sud pravde zaključio da razlika u platama psihoterapeuta (u kojima su uglavnom zastupljene žene i koje su manje plaćene) i doktora opće prakse (u kojima dominiraju muškarci i koji za svoj rad primaju značajno veća primanja) nije nastala zbog spola osoba nego zbog drugačijih kvalifikacija doktora, odnosno zaključio je da se ove dvije grupe osoba ne nalaze u sličnim situacijama.

Posebne poteškoće nastaju prilikom pronalaska upoređivača kod dokazivanja diskriminacije u predmetima posredne diskriminacije. Ovdje je, također, veoma bitno pokušati pronaći hipotetičkog upoređivača vodeći računa o gore navedenim primjerima u vezi sa osobinama druge grupe i sličnosti situacije u kojoj se nalazi ta druga grupa.

U predmetu C- 220/22 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, Evropski sud pravde je zaključio da je poređenje dužine trajanje dobrovoljnog neplaćenog odsustva za potrebe korištenje porodiljskog odsustva (koje statistički koriste uglavnom žene) i dužine trajanja dobrovoljnog neplaćenog odsustva kojeg koriste pripadnici oružanih snaga (uglavnom muškarci) nije ispravno budući da se u prvom slučaju radi o korištenju prava iz radnog odnosa dok se u drugom slučaju radi o korištenju prava koja su nastala zbog ispunjavanja građanskih obaveza pripadnika oružanih snaga.

Vremenska odrednica različitog postupanja

Zakon je predvidio da različit tretman može da rezultira nepovoljnijim položajem u sva tri vremenska načina izvršenja. Tako različit tretman koji je nastao u prošlosti može da dovede do diskriminacije i da bude predmet razmatranja ovog zakona čak iako su posljedice takvog djelovanja prestale da postoje. Znači da za pokretanje postupka za zaštitu od diskriminacije nije potrebno da posljedice još uvijek traju.

Različit tretman koji diskriminira osobe u trenutku pokretanja postupka za zaštitu od diskriminacije i za koji se pretpostavlja da će trajati sve do okončanja postupka (sa pretpostavkom da je pitanje diskriminacije glavni razlog spora)

⁵⁷ Case 309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse [1999] ECR I-2865

predstavlja vremenski način izvršenja koji se dešava u sadašnjosti. Mogućnost podnošenja zahtjeva za određivanje privremenih mjera osiguranja (član 14. Zakona) stoje na raspolaganju pokretaču postupka. Ovaj zahtjev se pokreće u skladu sa zakonima o parničnim postupcima u BiH i uglavnom se odnosi na one predmete u kojima zbog diskriminatorskog djelovanja pokretaču postupka nastaje šteta.

Različiti tretman koji bi mogao dovesti (neposredni oblik) ili bi imao učinak dovođenja (posredni oblik) osobe ili grupe osoba u nepovoljan položaj predstavlja jedan kompleksniji oblik dokazivanja diskriminacije. Naime, pokretač postupka u ovom slučaju mora da dokaže da će djelovanje ili propuštanje djelovanja koje se nije još desilo ali za koji postoji pretpostavka da će se desiti u skorijoj budućnosti dovesti osobe ili grupu osoba u nepovoljniji položaj. Tako bi npr. najava za postavljanjem plakata po gradovima kojim se zagovara nacionalna, rasna ili vjerska mržnja mogla da bude povod za pokretanje odgovarajućeg postupka kako bi se takvo postavljanje onemogućilo jer bi moglo da dovede do zakonom prepoznatog oblika diskriminacije iz člana 4. Zakona.

Drugi primjer bi se mogao odnositi na donošenje urbanističkog plana određene općine koja i pored toga što postoji obaveza osiguravanja pristupa javnim mjestima ne predvidi obavezu izgradnje pristupne rampe za osobe sa invaliditetom. Ukoliko nadležni organ za pripremu i donošenje urbanističkog plana i pored upozorenja ne uspostavi planom ovu obavezu, postoji osnov za pokretanje postupka za zaštitu od diskriminacije.

Osnovi za diskriminaciju

Dimitrijević razlikuje osobine pojedinca koje se ne stiču vlastitom voljom i koje ga čine pripadnikom šire grupe, protiv koje je diskriminacija usmjerena, kao što su pored rase i spol, rođenje, porijeklo i jezik, te stečene osobine kao što su politička i druga uvjerenja ili imovina. Stečene osobine nisu objektivno date, ali se unose u spisak zabranjenih osnova diskriminacije iz dva razloga – jedan koji proizlazi iz čovjekovog prava da se slobodno opredjeljuje, a drugi zato što su te osobine u mnogim sredinama česti i opasni osnovi diskriminacije.⁵⁸

⁵⁸ Dimitrijević V. i drugi, «Međunarodno pravo ljudskih prava», Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007. str. 114.

Diskriminacija na osnovu rase, boje kože, etničke pripadnosti i nacionalnog porijekla

Rasna diskriminacija prema odredbi Konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije podrazumijeva «svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva koji se zasnivaju na rasi, boji, precima, nacionalnom ili etničkom porijeklu koji imaju za svrhu ili za rezultat da naruše ili da kompromitiraju priznavanje, uživanje ili vršenje, pod jednakim uvjetima, prava čovjeka i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, socijalnom i kulturnom polju ili u svakoj drugoj oblasti javnog života».⁵⁹

Takođe, član 4. pomenute Konvencije traži da države poduzmu mjere kojima će:

1. osuditi propagandu i organizacije koje se rukovode idejama ili teorijama zasnovanim na superiornosti neke rase ili grupe lica određene boje kože ili izvjesnog etničkog porijekla, te da poduzmu pozitivne mjere koje imaju za cilj ukidanje poticanja na takvu, ili svako drugo djelo diskriminacije;
2. utvrditi kao krivično djelo širenje i poticanje ideja zasnovanih na superiornosti ili rasnoj mržnji, kao i svaka djela nasilja i njihovog izazivanja protiv svih rasa ili druge grupe lica druge boje kože ili etničkog porijekla, kao i pružanje pomoći rasističkim aktivnostima što uključuje i njihovo finansiranje;
3. zabraniti organizacije i organiziranu, kao i svaku drugu vrstu propagande koje potiču rasnu diskriminaciju, te propisati kažnjivim djelom angažman u ovim organizacijama i njihovim aktivnostima;
4. ne dozvoliti javnim vlastima i lokalnim institucijama da potiču ili pomažu rasnu diskriminaciju.

ECRI⁶⁰ u Općoj političkoj preporuci broj 7 definira rasizam kao “uvjerenje da se po osnovu rase, boje kože, jezika, religije, državljanstva/nacionalnosti (eng. nationality), nacionalnog i etničkog porijekla opravdava nipodaštavajuće postupanje prema osobi ili grupi osoba ili kao osjećaj o postojanju superiornost osobe ili grupe osoba.”⁶¹

Prema Općoj preporuci broj 24, CERD⁶² definira “porijeklo” kao “diskriminaciju među članovima zajednice po osnovu društvenog položaja kao što je kasta

⁵⁹ Član 1. Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije UN

⁶⁰ ECRI - Evropska komisija protiv rasizma i netolerancije

⁶¹ ECRI odbacuje teorije koje se baziraju na rasama, ali koristi izraz „rasa“ za one osobe koje su općenito i pogrešno percipirane kao pripadnici druge rase čime nisu isključene iz zakonom predviđene zaštite.

⁶² CERD - komitet

ili sličnog sistema nasljeđenog statusa” dok nacionalno i etničko porijeklo podrazumijeva “jezične, kulturne i historijske različitosti.” U Općoj preporuci broj 8 CERD je utvrdio da će identifikacija određene osobe kao pripadnika određene rase ili etničke grupe “ukoliko ne postoji opravdanje” ovisiti od samoodređenja osobe o kojoj se radi. Rasa, u smislu zabrane rasne diskriminacije, može biti definirana i kao vjerovanje određene grupe u njihov poseban identitet. Takođe, CERD u Općoj preporuci broj 14 ukazuje da države ne mogu odlučivati “na osnovu vlastite diskrecione ocjene koje grupe čine etničke, a koje domorodačke.”⁶³

U najširoj definiciji rasna diskriminacija uključuje i svaki oblik diskriminacije manjinskih grupa čiji se identitet zasniva na jeziku, kulturi, vjeri, nacionalnom ili etničkom porijeklu. Pojedinaac može biti diskriminiran po više osnova u istom trenutku, odnosno da diskriminacija po jednom osnovu može utjecati i na diskriminaciju po nekom drugom osnovu.⁶⁴

CERD u Općem komentaru 31 o sprečavanju rasne diskriminacije i upravljanju sistemom krivične pravde uvodi dva indikatora, faktični i pravni, u pogledu utvrđivanja postojanja rasne diskriminacije. Faktični indikator može predstavljati mali broj zahtjeva, postupaka i osuda slučajeva rasne diskriminacije. Navedeno ne treba uvijek shvatiti kao uspjeh pojedinih zemalja, nego kao i mogući pokazatelj da žrtve nemaju dovoljno informacija koje se tiču njihovih prava, odnosno da se boje pogoršanja svoga položaja, te da nemaju dovoljno sredstava za kompleksne sudske postupke.

Pravni indikator polazi od posrednih diskriminatornih posljedica pojedinih zakona kao što može biti zakonodavstvo o sprečavanju terorizma, odnosno zakoni iz oblasti imigracije, državljanstva ili kažnjavanje pojedinih grupa bez zakonskog osnova.⁶⁵

⁶³ Takođe je UN Potkomitet za ljudska prava u Rezoluciji 2001/11 obuhvatio i druge osnove diskriminacije kao što su novi oblici ropstva (a koje su utemeljni između ostaloga i na rasi, boji kože, socijalnom statusu, manjinskom statusu, porijeklu, nacionalnom i etničkom porijeklu ili rodu) te ostale grupe koje posebno mogu biti žrtvama rasne i etničke diskriminacije (migranti, domorodačke skupine, žrtve trgovine ljudima, izbjeglice i azilanti). Vidi: Konvencija o zaštiti prava radnika migranata i članova njihovih porodica.

⁶⁴ U pogledu definiranja rase postoje različita teoretska razmatranja koja polaze od definicije rase kao biološki utvrđenih karakteristika osoba koje pripadaju određenoj grupi do definicija koje rasu i rasizam smatraju političkim konstruktom odnosno ideologijom za reguliranje sistema moći. Primjer je fašistička konstrukcija Jevreja kao „niže rase“ (antisemitizam kao rasizam) koji pokazuje «rasizam kao ideologiju koja proizvodi pojam ‚rase‘ a ne ‚rasa‘ koji proizvodi rasizam» vidi više u Savić O. «Zeničke sveske», Zenica 2006.

⁶⁵ Vidi: Opći Komentar 31 CERD-a.

U presudi Evropskog suda za ljudska prava u slučaju Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine, 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.⁶⁶

U slučaju Nachova i drugi protiv Bugarske⁶⁷, Evropski sud za ljudska prava je prvi put utvrdio postojanje rasne diskriminacije po članu 14. u vezi člana 2. Podnosioci aplikacije su bili srodnici dva Roma koji su ubijeni od strane bugarske vojne policije prilikom njihovog hapšenja. Osim zahtjeva za utvrđenje povrede prava na život, tvrdili su da su ubistva rezultirala zbog postojanja rasne diskriminacije. Sud je utvrdio pozivajući se i na predmet Menson i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva⁶⁸ da države moraju «poduzeti mjere kako bi se razotkrili eventualni rasistički motivi i utvrdilo da li su u navedenim događajima bilo kakvu ulogu igrali etnički motivirana mržnja ili predrasude. Ukoliko se to ne učini i ukoliko se rasno podstaknuto nasilje i brutalnost tretira podjednako kao i slučajevi u kojima nema rasističkih elemenata, to bi značilo da se zatvaraju oči pred specifičnim odlikama akata koji posebno destruktivno djeluju na temeljna prava. Ukoliko se ne pravi razlika između načina na koji se tretiraju situacije koje se u osnovi razlikuju to se može podvesti pod ponašanje koje se ne može opravdati i koje je u suprotnosti sa članom 14 Konvencije.⁶⁹ Visoke strane ugovornice moraju radi povjerenja u sistem sprovođenja zakona osigurati da postoji razlikovanje istrage incidenata koji uključuju primjenu sile, kako u pravnom sistemu, tako i u praksi, kada je u pitanju upotreba prekomjerne sile i rasistički motivirano ubistvo.

Tačno je da će u praksi često biti izuzetno teško dokazati postojanje rasističkih motiva. Obaveza tužene države u smislu istrage mogućih rasističkih elemenata kod djela nasilja podrazumijeva obavezu ulaganja maksimalnih napora, a ne apsolutnu obavezu.⁷⁰ Od nadležnih organa se očekuje da urade sve što se u datoj situaciji može razumno očekivati kako bi prikupili i osigurali dokaze, upotrijebili sve što se u praksi može uraditi da bi se utvrdila istina i donijela

⁶⁶ Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina (nos. 27996/06 and 34836/06, 22/12/2009)

⁶⁷ Nachova v Bulgaria (Nos. 43577/98 and 43579/98, 28/02/2004)

⁶⁸ Menson v. the United Kingdom (dec.), no. 47916/99, ECHR 2003-V)

⁶⁹ Vidi Thlimmenos v. Greece (No. 34369/97, 06/04/2000)

⁷⁰ Vidi Shanaghan v. the United Kingdom (no. 37715/97).

potpuno obrazložena, nepristrasna i objektivna odluka, bez izostavljanja sumnjivih činjenica koje mogu da ukazuju na rasistički potaknuto nasilje.”

U slučaju Šečić protiv Hrvatske⁷¹, Sud je proširio proceduralnu obvezu ispitivanja rasističkog nasilja, na rasistički motivirane napade koje su počinili privatni pojedinci. Podnositelj zahtjeva (Rom), brutalno je pretučen od skupine neidentificiranih skinheada. Istraga tog slučaja bila je površna i nije uspjela identificirati počinitelje. Podnositelj zahtjeva je tvrdio da je prekršen članak 3. i članak 14. u vezi s člankom 3. Sud je utvrdio kršenje proceduralnog elementa članka 3. s obzirom na znatne nedostatke istrage. U odnosu na članak 14. Sud je istaknuo da je načelo koje je po prvi puta utvrđeno u presudi u slučaju Nachova, da države „imaju dodatnu obvezu poduzimanja svih opravdanih mjera kako bi razotkrile rasističke motive i utvrdile jesu li u događajima ulogu igrale etnička mržnja i predrasude“, jednako mjerodavna za napade koje počine privatni pojedinci.

Takođe određene manjinske i etničke grupe su identificirane kao zajednice kojima je potrebna posebna zaštita, što je naglašeno u ECRI Općoj političkoj preporuci broj 3 koja poziva države da se bore protiv rasizma prema romskim zajednicama, Općoj političkoj preporuci broj 5 koja se odnosi na specifične slučajeve muslimanskih zajednica i Općoj političkoj preporuci broj 9 koja se odnosi na borbu protiv antisemitizma.

Na primjeru Bosne i Hercegovine, CERD je u Zaključnim komentarima po izvještaju pozvao državu da ukloni pravne prepreke i osigura da Romi imaju pravo na dokumente kojima mogu osigurati ostvarenje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava kao što su rad, stanovanje, zdravstvena zaštita, socijalno osiguranje i obrazovanje,⁷² izražavajući i zabrinutost u pogledu efikasne implementacije odredbi krivičnih zakona u slučajevima rasne diskriminacije tražeći da zemlja dostavi podatke o broju i vrsti slučajeva, broju osuda i određenih kazni, te obeštećenja koje su date žrtvama.⁷³ Takođe Komitet traži od Bosne i Hercegovine da prekine sa segregacijom u školama, odnosno da ukine jednonacionalne škole kao i “dvije škole pod jednim krovom” što je prije moguće, uključujući i etničku diskriminaciju prisutnu u udžbenicima.

⁷¹ Šečić v. Croatia (no. 40116/02, 31/05/07)

⁷² Vidi Opću preporuku 27 CERD-a o Romima.

⁷³ Vidi Opći komentar CERD-a po Izvještaju Bosne i Hercegovine (2006).

U pogledu nacionalnosti treba imati na umu da se nacionalnost kao pojam može povezati sa državljanstvom prema odredbi CERD 1(2) i (3)⁷⁴, odnosno da do razlikovanja ove vrste često dolazi zbog sklonosti da se nacija i država kao pojmovi izjednačuju. U nekim jezicima termin državljanstvo se označava terminima koji dolaze od latinskog nation (eng. nationality, franc. nationalite). Državljanstvo je veza sa državom, a ne sa nacijama ili nacijom unutar nje. Nacionalno porijeklo, time bi, pripadalo dijelu definicije rasne diskriminacije.

U ovom smislu Evropski sud je utvrdio u slučaju Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva⁷⁵ da je država povrijedila zabranu diskriminacije po osnovu spola time što zakonodavstvo pravi razliku između stranih državljana, žena i muškaraca, koji već legalno borave u zemlji i žele da koriste prava vezana za porodicu. Da su bile muškarci, trima tužiteljicama bi bilo mnogo lakše da u Britaniju dovedu osobe s kojima su u braku ili vjerene. Britanska vlada je ovo razlikovanje opravdavala time što je riječ o strancima i što štiti tržište rada od nezaposlenosti, koju bi izazvali strani useljenici muškarci. Navedene argumente države, Sud nije prihvatio.

U pogledu zabrane diskriminacije po osnovu državljanstva, Evropski sud je u nizu odluka utvrđivao kršenje člana 14. kao u slučaju Gaygusuz protiv Austrije⁷⁶. Podnositelj zahtjeva je bio turski državljanin koji je živio i radio u Austriji, a bio mu je uskraćen oblik naknade za nezaposlene zato što nije austrijski državljanin. Podnositelj zahtjeva je tvrdio da nema objektivnog i valjanog opravdanja za diferencijalno postupanje. Vlada je podnijela argument da posebna odgovornost koju država ima za svoje državljane opravdava diferencijalno postupanje. Također je navedeno da relevantni zakoni definiraju određene izuzetke uvjeta nacionalnosti. Sud je istaknuo da je podnositelj zahtjeva bio zakoniti rezident u Austriji i dok je bio zaposlen plaćao doprinose u fond osiguranja za nezaposlene. Nije dokazano da nije ispunio neke druge uvjete za pomoć, stoga je bio u sličnoj situaciji kao i Austrijanac u odnosu na njegovo pravo na ovaj određeni doprinos. Diferencijalno postupanje nije bilo utemeljeno na bilo kojem osnovanom ili objektivnom opravdanju. Prilikom utvrđivanja kršenja prava, Sud je zaključio da "vrlo snažni razlozi" moraju biti

⁷⁴ Konvencija se ne primjenjuje na razlikovanja, isključivanja, ograničavanja ili davanja prvenstva koje sprovodi država kada su u pitanju njeni državljani ili lica koja nisu njeni državljani, odnosno da se nijedna odredba konvencije ne može tumačiti kao da na bilo koji način narušava zakonske odredbe država u pogledu nacionalnosti, državljanstva ili prijema u državljanstvo, pod uslovom da ove zakonske odredbe ne prave razliku u odnosu na posebnu nacionalnost.

⁷⁵ Abdulaziz, Cabales and Balkandali v the United Kingdom (Nos. 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28/05/1985)

⁷⁶ Gaygusuz v Austria (No. 17371/90, 16/09/1996),

podneseni prije nego se može razmatrati da je diferencijalno postupanje zbog nacionalnosti u skladu s Konvencijom.

U slučaju Koua Poirrez protiv Francuske⁷⁷, podnositelju zahtjeva, koji je od sedme godine života patio od jake fizičke invalidnosti, uskraćena je pomoć za odrasle invalide na osnovu toga što nije francuski državljanin i jer ne postoji recipročni sporazum između Francuske i Obale Bjelokosti u odnosu na ovu pomoć. Podnositelj zahtjeva je tvrdio da je povrijeđeno pravo iz člana 14. u vezi s članom 1. Protokola 1. Također je tvrdio da je diskriminiran na osnovi svoje invalidnosti, ali Sud je smatrao da mu je zahtjev za pomoć odbijen isključivo zbog toga što nije ni francuski državljanin niti državljanin države koja je potpisala recipročni sporazum. Sud je smatrao da nije bilo ni utemeljenog ni objektivnog opravdanja za razliku u postupanju između francuskih državljana ili državljana država koje su potpisale recipročni sporazum i drugih stranaca. U skladu s tim, Sud je zaključio da je prekršen članak 14. u vezi s člankom 1. Protokola 1.

U slučaju Moustaquim protiv Belgije⁷⁸ podnositelj zahtjeva, marokanski državljanin, deportiran je iz Belgije zbog svojih kriminalnih djelatnosti. Živio je u Belgiji od djetinjstva i sva njegova bliža obitelj je živjela ondje. Tvrdio je da je žrtva diskriminacije na osnovi njegove nacionalnosti. Tvrdio je da se s njim postupalo drukčije u usporedbi s maloljetnim delikventima dvije kategorije: onima koji su imali belgijsko državljanstvo, budući da se oni nisu mogli deportirati; i onima koji su bili državljani neke druge države članice Europske zajednice, budući da kaznena presuda nije bila dovoljna da bi podlijegali deportiranju. Sud je smatrao da se podnositelj zahtjeva ne može uspoređivati s maloljetnim delikventima jer su oni imali pravo prebivati u vlastitoj državi i ne mogu biti deportirani iz nje. Sud je smatrao da postoji objektivno i valjano opravdanje za povlašteno postupanje s državljanima drugih država članica Europske zajednice jer Belgija pripada, zajedno s drugim državama, posebnom pravnom poretku. U skladu s tim, nije bilo kršenja člana 14.

Potrebno je napomenuti da se rasna diskriminacija može manifestirati u onemogućavanju jednakog učešća u društvenom životu, a postoje i očigledne manifestacije rasizma kao što su govor mržnje, postojanje rasističkih organizacija, te nasilja na rasnim osnovama.

⁷⁷ Koua Poirrez v France (No. 40892/98, 30/09/2003)

⁷⁸ Moustaquim v Belgium (No. 12313/86, 18/02/1991)

Diskriminacija po osnovu socijalnog porijekla i društvenog položaja

Utvrđenje diskriminacije na osnovu socijalnog porijekla može predstavljati poteškoću što proizlazi iz nepostojanja opće definicije. Zbog navedenog razloga i utvrđivanje diskriminacije po navedenom osnovu nije se često pojavljivalo pred sudskim tijelima. Međunarodna organizacija rada definirala je diskriminaciju na osnovu socijalnog porijekla kao situaciju kada pojedincu društveni položaj, zanimanje ili kasta određuje njegovo ili njeno buduće zanimanje, bilo da je njemu ili njoj uskraćen određeni posao ili zato što mogu obavljati samo određene poslove.

U slučaju Olsson protiv Švedske⁷⁹ podnositelji zahtjeva, muž i žena, bili su švedski državljani. Vlasti u Švedskoj odlučili su da njihova djeca moraju doći pod državnu skrb. Ova odluka bila je utemeljena na izvještaju kojim se utvrdilo da je ugrožen razvoj djece, budući da su živjela u okruženju koje je nezadovoljavajuće, zbog roditeljske nesposobnosti da ispune njihovu potrebu za brigom. Podnositelji zahtjeva su osporili odluku i način njenog provođenja. Sud je naveo da je odluka o stavljanju djece pod skrb države i odbijanje poništenja takve odluke utemeljena na društvenim izvještajima koja su bila potkrijepljena izjavama osoba koje su bile dobro upoznate s pozadinom slučaja. Međutim, mjere korištene u provedbi, koje su bile djelomično potaknute administrativnim poteškoćama, nisu bile poduprte dostatnim razlozima koje bi ih opravdale kao razmjerne opravdanom cilju koji se slijedio i bile su, stoga, „nepotrebne“. Sud nije prihvatio da utvrđivanje uplitanja u prava podnositelja zahtjeva nije bilo utemeljeno na njihovom „društvenom porijeklu“ i stoga nije diskriminacijsko.

Diskriminacija po osnovu vjere

Kao i u slučajevima diskriminacije po drugim osnovama i diskriminacija po osnovu vjere povezana je sa kršenjima prava na slobodno ispovijedanje vjere, slobode izražavanja i udruživanja odnosno kršenja prava na privatnost i porodični život. Lična uvjerenja koja spadaju pod zaštitu člana 9. moraju „dosegnuti izvjestan nivo svijesti, ozbiljnosti, kohezije i važnosti“ i moraju biti takva da se smatraju kompatibilnima sa poštovanjem ljudskog dostojanstva. Drugačije rečeno, uvjerenje se mora odnositi na neki „važan i suštinski aspekt ljudskog života i ponašanja“ i isto tako moraju biti takva da se smatraju dostojnima zaštite u evropskom demokratskom društvu. Uvjerenje u pogledu potpomognutog samoubistva ili jezičkih sklonosti ili u pogledu odlaganja posmrtnih ostataka

⁷⁹ Olsson v. Sweden (no. 10465/83, 24/03/1988)

poslije smrti ne obuhvataju «uvjerenje» u smislu navedene odredbe. S druge strane, pacifizam, ateizam i veganizam su vrijednosno orijentirani sistemi koje očigledno obuhvata član 9., baš kao što obuhvata i političku ideologiju kao što je komunizam.⁸⁰ (18 Prema članu 9., sloboda ispoljavanja vjere nije ostvarljiva samo u zajednici sa drugima, „javno“, i u krugu onih sa kojima se dijeli vjeroispovijest, već se vjera može ispovijedati i „nasamo“, i „privatno“, odnosno to obuhvata i pravo da se za svoju vjeru pokuša privoljeti bližnji, recimo „učnjem“, jer bi, kada tog načela ne bi bilo, „sloboda promjene vjere ili uvjerenja“, vjerovatno ostala mrtvo slovo na papiru.⁸¹

U slučaju Cha'are Shalom Ve Tsedek⁸² vjerska organizacija nastojala je da ospori odluku kojom su vlasti odbile da izdaju neophodnu dozvolu tom vjerskom tijelu za obavljanje ritualnog klanja životinja shodno ultraortodoksnim uvjerenjima tog udruženja. Jedna druga jevrejska organizacija dobila je dozvolu za klanje životinja u skladu sa njenim obredom koji se samo marginalno razlikovao od obreda udruženja koje je podnijelo predstavku. To udruženje je tvrdilo da je odbijanje vlasti da im izda dozvolu predstavljalo

kako kršenje člana 9., tako i kršenje člana 14. u vezi sa članom 9. Bilo je nesporno da ritualno klanje predstavlja vjerski obred čija je svrha snabdijevanje Jevreja mesom životinja zaklanih u skladu sa vjerskim propisima, a što je jedan od bitnih aspekata običaja te vjere:

„Udruženje koje je podnijelo predstavku može se pozivati na član 9. Konvencije kada je riječ o odbijanju francuskih vlasti da mu izdaju dozvolu, zato što ritualno klanje mora biti shvaćeno kao nešto što ne samo da je obuhvaćeno pravom garantiranim Konvencijom konkretno, pravom na ispoljavanje vjere i vjerskih običaja, u smislu člana 9.

Prije svega, Sud primjećuje da je, utvrđivanjem izuzetka u odnosu na načelo da životinje moraju biti omamljene prije klanja, francuski zakon praktično realizirao pozitivnu mjeru države, čiji je cilj bio osiguranje djelotvornog poštovanja slobode vjeroispovijesti. [Nacionalno pravo], daleko od toga da ograničava ostvarivanje te slobode, koncipirano je – nasuprot tome – tako da

⁸⁰ Vidi Campbell and Cosans v. the United Kingdom (no.7511/76; 7743/76, 25/02/1982); Pretty v the United Kingdom (No. 2346/02, 29/04/2002); Belgian Linguistics case; Vogt v. Germany (no. 17851/91, 02/09/1996); X v Germany (no.5935/72 30/09/1975) Arrowsmith v. the United Kingdom (no.7050/75, 1978); Angelini v Sweden (no. 10491/83, 1986); W v the United Kingdom (no.11095/84 07/03/1989); Hazar, Hazar and Acik v. Turkey (no. 16311/90, 16312/90, 16313/90, 11/10/1991).

⁸¹ Kokkinakis v Greece (no. 14307/88, 25/05/1993)

⁸² Cha'are Shalom Ve Tsedek v France (No. 27417/95, 07/04/1997),

osigura i organizira ostvarivanje i uživanje te slobode. Sud, pored toga, smatra da činjenica, da je tim pravilima koja se odnose na izuzetke čiji je cilj uređenje običaja ritualnog klanja dopušteno da taj obred vrše samo klanice koje za to ovlaste nadležni vjerski organi, sama po sebi ne navodi na zaključak da je došlo do miješanja u slobodu ispovijedanja vjere. Kao i država, i Sud smatra da je u općem interesu da se izbjegne neregulirano klanje, koje bi se obavljalo u sumnjivim higijenskim uslovima, te da je stoga bolje, ako već mora da postoji ritualno klanje, da se ono obavlja u klanicama koje su pod nadzorom javnih vlasti... Međutim, kada drugi vjerski organ koji propovijeda istu vjeru docnije uloži zahtjev za dozvolu za obavljanje ritualnog klanja, onda se mora utvrditi da li metod klanja koji taj vjerski organ želi da sprovodi predstavlja ostvarivanje slobode vjeroispovijesti garantirane članom 9. Konvencije. Po mišljenju Suda, do miješanja u slobodu vjeroispovijesti došlo bi samo ako bi nezakonitost obavljanja ritualnog klanja onemogućila ultraortodoksnim Jevrejima da jedu meso životinja zaklanih u skladu sa vjerskim propisima koje oni smatraju primjenjivima. Ovdje, međutim, nije tako.

U slučaju Alujer Fernandez i Kabaljero protiv Španije⁸³, poreski obveznici su se žalili zbog toga što nisu mogli da izdvoje jedan dio svojih poreskih plaćanja za podršku svojim vjerskim zajednicama, smatrajući da to predstavlja diskriminatorni tretman. Sud je utvrdio da „sloboda vjeroispovijesti ne podrazumijeva da će crkva ili njihovi pripadnici dobiti drugačiji poreski status u odnosu na ostale poreske obveznike“. Međutim, ako takvi sporazumi ili aranžmani postoje, oni „u načelu, nisu u suprotnosti sa zahtjevima članova 9 i 14 Konvencije, pod uslovom da postoji objektivno i razumno opravdanje za razliku u postupanju i da i druge crkve koje to žele mogu sklopiti slične sporazume“. U ovom slučaju, budući da crkve o kojima je riječ nikada nisu izrazile želju da stupe u tu vrstu sporazuma ili da teže sklapanju takvih aranžmana, predstava mora biti odbačena kao izrazito neosnovana.

U predmetu Hofman protiv Austrije⁸⁴ podnositeljici zahtjeva oduzeto je starateljstvo nad djetetom zbog toga što je bila povezana sa Jehovinim svjedocima. 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 članovima 8. i 14., budući da se ona odnosila na staranje nad djetetom, što je jedan od aspekata porodičnog života.

⁸³ Alujer Fernandez and Caballero Garcia v. Spain (no 53072/99, 14/06/2001)

⁸⁴ Hoffmann v Austria (No. 12875/87, 23/06/1993)

U slučaju Palau-Martinez protiv Francuske⁸⁵ na sličan način je utvrđeno da je prekršen član 8. u vezi sa članom 14. prilikom donošenja odluke domaćeg suda o brizi za djecu poslije raspada braka. Odluka domaćeg suda bila je donijeta na osnovu uopćene i „strobe analize načela podizanja djece koje navodno nameće“ pripadništvo Jehovinim svjedocima. Iako je to mogao biti relevantan činilac, on nije mogao biti dovoljan činilac u odsustvu „neposrednih, konkretnih dokaza koji bi pokazali kako vjeroispovijest podnositeljice zahtjeva utiče na vaspitanje i svakodnevni život njeno dvoje djece“ s obzirom na to da je odbačen podnositeljičin zahtjev da se podnese izvještaj koji bi bio rezultat jednog socijalnog istraživanja.

U slučajevima da je nacionalnim pravom ograničena legitimacija crkve, odnosno njena mogućnost da povede pravni postupak radi zaštite svojih interesa, takođe se može otvoriti pitanje i u vezi sa garancijom pristupa Sudu iz člana 6., posebno ako za druge vjerske organizacije takva ograničenja ne važe. U predmetu Katolička crkva iz Kane protiv Grčke⁸⁶, crkva koja je podnosilac predstavke nije mogla da povede pravni postupak radi zaštite svojih imovinskih prava, dok su to u isto vrijeme mogle da učine Pravoslavna crkva i jevrejska zajednica. Budući da se ova situacija u suštini odnosila na pristup Sudu radi rješavanja građanskih prava, i budući da nije bilo objektivnog i razumnog opravdanja za ovakav diskriminatorni tretman, Sud je utvrdio da je došlo do kršenja člana 6., stav 1. u vezi sa članom 14.

Diskriminacija po osnovu političkog uvjerenja i članstva u sindikatu ili udruženju

Kao i u slučaju vjere ne postoji opća definicija uvjerenja u međunarodnom pravu. Zato najznačajniji međunarodni dokumenti štite katalog prava koji je u vezi sa političkim uvjerenjem kroz povezana prava kao što je sloboda misli, izražavanja, udruživanja i učešća u javnim poslovima zajedno sa zabranom diskriminacije na osnovu uvjerenja. Zabrana diskriminacije po osnovu političkog ili drugog uvjerenja sugerira da će zaštita biti data i aktivnostima ispoljavanja ili izražavanja opozicionih stavova ustaljenim političkim principima ili pravilima odnosno jednostavnije rečeno u slučajevima iznošenja suprotnog stava ili ideologije, što naravno ne uključuje i zaštitu eventualnih nasilnih metoda kojima se izražavaju ova mišljenja.

⁸⁵ Palau-Martinez v France (No. 64927/01, 16/12/03)

⁸⁶ Canea Catholic Church v Greece (Nos. 25528/94, 16/12/1997)

Diskriminacija po osnovu uvjerenja javlja se i u slučajevima zaposlenja u oružanim snagama, javnoj službi i to kada odluka o zaposlenju ili bilo kojim uslovima angažmana zavisi od političkog uvjerenja određene osobe, odnosno od njenog članstva u sindikatu. Političko uvjerenje i članstvo u sindikatu mogu se javiti kao osnovi diskriminacije kroz neposrednu akciju (kao što je odbijanje zaposlenja zbog uvjerenja određene osobe) ili posredne akcije (kao favoriziranje neformalne mreže radnika koji su povezani sa određenom političkom opcijom ili aktivnostima u sindikatu). Međunarodna organizacija rada⁸⁷ je različit tretman na osnovu političkog uvjerenja opravdala kada «zahtjevi političke prirode mogu biti određeni za određeni posao, ali da nisu u suprotnosti sa Konvencijom i da su strogo ograničeni karakteristikama pozicije (tačno određenim i definiranim), te da su u proporciji, u slučajevima viših pozicija koje su direktno vezane za vladine politike.»

U slučaju Feldek protiv Slovačke⁸⁸, podnositelj zahtjeva, češki državljanin, dao je izjavu objavljenu u nekoliko slovačkih novina, u kojima se pozivao na „fašističku prošlost“ ministra slovačke vlade. Državni sudovi okarakterizirali su izjavu kao klevetu. Podnositelj zahtjeva se žalio da su slovački sudovi prekršili njegovo pravo na slobodu izražavanja te da objava teksta, u kojem se njegova izjava proglašava klevetničkom, krši njegovo pravo na slobodu mišljenja. Također se žalio da je diskriminiran na osnovi svog političkog uvjerenja. Sud je utvrdio da je jasno i nedvojbeno utvrdio da je bilo uplitanja s pravom podnositelja zahtjeva na slobodu izražavanja. Odlučujući o tome jesu li mjere bile „potrebne u demokratskom društvu“, Sud je istaknuo da je podnositelj zahtjeva dao izjavu kao dio političke rasprave o pitanjima općeg i javnog mišljenja i Sud je naglasio da je promocija slobodne političke rasprave važan element demokratskog društva. U skladu s tim, Sud je utvrdio da je prekršen člana 10. Sud, međutim, nije utvrdio nikakve naznake da je mjera na koju se tužilo pridonijela razlici u postupanju na temelju tužiteljeva političkog mišljenja ili na bilo kojoj drugoj relevantnoj osnovi pa u skladu sa ovim nije bilo povrede člana 14.

U slučaju Devenney protiv Ujedinjenog Kraljevstva⁸⁹, podnositelj zahtjeva je bio bez objašnjenja otpušten. Podnositelj je tvrdio da je jedini katolik među stalno zaposlenim osobljem hotelskog restorana i podnio je tužbu Tribunalu nadležnom za pravično zaposlenje zbog neopravdanog otkaza na osnovu vjerskog uvjerenja ili političkog mišljenja. Sudu za pravedno zaposlenje podnesena je potvrda koju

⁸⁷ Vidi ILO General Survey (1996)

⁸⁸ Feldek v Slovakia (No. 29032/95, 12/07/2001)

⁸⁹ Devenney v. The United Kingdom (no. 24265/94, 19/03/2002)

je potpisao Ministar vanjskih poslova za Sjevernu Irsku u odnosu na to da je ugovor o radu podnositelja zahtjeva bio raskinut kako bi se štitila javna sigurnost i javni poredak. Iako je Sud jednoglasno smatrao da je prekršen članak 6. (1.) Konvencije naveo je da nije potrebno dalje ispitati pritužbe iznesene temeljem članka 14. U mnogim slučajevima Sud nije utvrđivao povredu po članu 14. ako je već utvrdio da postoji ili ne postoji povreda drugog prava poput slobode izražavanja ili prava na život.⁹⁰

Diskriminacija po osnovu jezika

Pravo osoba koje pripadaju jezičnim manjinama prepoznato je u brojnim međunarodnim dokumentima⁹¹ koje je istovremeno i pojedinačno i kolektivno ljudsko pravo. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima⁹² predviđa da pojedinci koji pripadaju manjini neće biti «uskraćeni od prava da imaju, zajedno sa drugim članovima svoje grupe, svoj posebni kulturni život da ispoljavaju i upražnjavaju svoju sopstvenu vjeru ili da se služe svojim jezikom.»

U slučaju Guesdon protiv Francuske (slučaj «Breton»)⁹³, Komitet za ljudska prava je smatrao da pravo na pravično suđenje sadržano u članu 14. Pakta ne implicira da optuženi treba imati mogućnost da se izražava na jeziku koji uobičajeno govori ili govori sa najmanjim poteškoćama ukoliko je sud siguran da optuženik dovoljno poznaje jezik suda, pa time i nije obavezan da utvrđuje da li bi optuženik koristio drugi jezik. U ovom slučaju podnositelj nije dokazao da nije bio u stanju obratiti se sudu na jednostavnom ali dovoljnom francuskom, tako da nije bilo kršenja člana 14.

U slučaju belgijske lingvistike⁹⁴, Evropski sud smatrao je da Konvencija ne garantuje pravo roditelja da svoju djecu odgajaju na jeziku po svom izboru. Naveo je da bi takvo tumačenje člana 14. dovelo do apsurdnih posljedica, jer

⁹⁰ Vidi presude o zabrani turskih opzicionih partija Communist Party v. Turkey (no.1932/92, 30/01/1998); Incal v. Turkey (no.22678/63, 09/06/1998); Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey (no.23885/94, 08/12/1999); te odluke Yasa v. Turkey (no. 22495/93, 02/09/1998); Avsar v. Turkey (no.25657/94, 10/07/2001); Kilic v. Turkey (no.22492/93, 28/03/2000); Sidiropoulos v. Greece (no.26695/95, 10/07/1998)

⁹¹ Vidi Deklaraciju o pravima osoba koje pripadaju nacionalnim, etničkim, vjerskim i jezičnim manjinama, Međunarodnu konvenciju o zaštiti radnika migranata i njihovih porodica i Evropsku povelju o regionalnim i manjinskim jezicima.

⁹² Član 27. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

⁹³ Guesdon v France (No. 219/1986, ICCPR)

⁹⁴ Belgian Linguistics case (Nos. 1474/62, etc., 23/07/1968)

bi svako mogao zahtijevati bilo koji jezik obrazovanja na bilo kojem teritoriju ugovornih strana. Sud je, međutim, smatrao da pravo na obrazovanje i pravo na poštovanje porodičnog života koja garantuju kako član 2. Protokola tako i član 8. Konvencije, trebaju biti osigurana bez diskriminacije na osnovu jezika.

Slučaj Udruženje Ekin protiv Francuske⁹⁵ se ticao knjige koja je objavljena u Francuskoj koja je obrađivala historijske, kulturološke, lingvističke i društveno-političke vidove baskijskog pokreta. Francuske vlasti su zabranile knjigu tvrdeći da promovira separatizam i opravdava korištenje nasilja, te je stoga predstavljala prijetnju javnom poretku. Podnositelj zahtjeva se žalio da mjere koje zabranjuju knjigu krše član 10. i predstavlja diskriminaciju u odnosu na slobodu izražavanja na osnovu jezika ili nacionalnog porijekla kršeći član 14. u vezi s članom 10. Sud je smatrao da zabrana ne ispunjava hitnu društvenu potrebu i nije razmjerna zakonitom cilju koji se slijedi, i stoga nije bila „potrebna u demokratskom društvu“ i stoga krši članak 10. Sud nije smatrao potrebnim ispitati zahtjev na osnovu člana 14.

U slučaju Kamasinski protiv Austrije⁹⁶ radilo se o suđenju osobi koja ne govori njemački jezik i koja je tvrdila 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 člana 14. na osnovi činjenice da su mu uskraćene prednosti koje su bile dostupne optuženim koji govore njemački jezik. Sud je smatrao „suvišnim također ispitati osporene činjenice temeljem članka 14.... budući da je u sadašnjem kontekstu pravilo nediskriminacije definirano u toj odredbi već sadržano u članku 6.“ Na temelju činjenica, Sud nije utvrdio kršenje članka 6.

U slučaju Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije⁹⁷, stanovnici koji govore francuski jezik u flamanskom dijelu Belgije tvrdili su da zakonodavstvo o izboru lokalnih vladinih vijeća ne dopušta korištenje francuskog jezika, te da su im time prekršena prava iz člana 14. u vezi sa članom 3. Protokola 1. Sud je utvrdio da imajući u vidu sveukupnu strukturu belgijske države nije došlo do povrede člana 14.

⁹⁵ Association Ekin v France (No. 39288/98, 17/07/2001)

⁹⁶ Kamasinski v Austria (No. 9782/82, 19/12/1989)

⁹⁷ Mathieu-Mohin and Clerfayt v Belgium (No. 9267/81, 2/03/1987)

Diskriminacija po osnovu spola, spolnog izražavanja i orijentacije

Spolna (rodna) diskriminacija zabranjena je kako međunarodnim i regionalnim instrumentima tako i unutar nacionalnog pravnog sistema.⁹⁸ U teorijskom shvaćanju pojam spol podrazumijeva biološke karakteristike za razliku od pojma rod (gender) koji predstavlja društveno uvjetovanu kategoriju, mada se u praksi ova dva pojma često upotrebljavaju u istom značenju.

Pored spomenutog slučaja Abdulaziz i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Evropski sud je u nizu slučajeva utvrđivao i diskriminaciju po osnovu spola. U slučaju Unal Tekeli protiv Turske, podnositeljica zahtjeva smatrala je da odbijanje državnih vlasti da joj dopuste korištenje samo djevojačkog prezimena nakon udaje predstavlja kršenje člana 8. Konvencije, samog po sebi i u vezi s članom 14. Sud se nije složio s tvrdnjom države da izbor imena nije obuhvaćen opsegom člana 8. Smatrao je da, iako se član 8. izričito ne odnosi na imena, ime osobe predstavlja sredstvo lične identifikacije i porodične veze i da se stoga odnosi na privatni i porodični život. Sud je istaknuo da postojanje opravdanja mora biti procijenjeno u vezi s načelima koja inače prevladavaju u demokratskim društvima. Utvrdio je da činjenične razlike između oženjenih muškaraca i udanih žena u Turskoj, njihova društvena situacija i ekonomska nezavisnost ne garantuju različito postupanje. Sud je istaknuo polje slobodne procjene države u odnosu na mjere koje se moraju poduzeti u svrhu zaštite porodice. Ponovio je, međutim, da član 14. zahtijeva da se svaka takva mjera, u načelu, jednako primjenjuje kako na muškarce tako i na žene, osim ako se navedu snažni razlozi kojima bi se opravdala razlika u postupanju. Sud je istaknuo važnost jednakosti spolova u sustavu Vijeća Europe, kako općenito u međunarodnom pravu, tako i među državama članicama. Također je istaknuo da je Turska jedina država koja zakonito nameće muževu prezime kao prezime bračnog para. Sud je smatrao da opravdani cilj porodičnog jedinstva također može biti postignut ženinim prezimenom. Zaključio je da cilj odražavanja porodičnog jedinstva zajedničkim porodičnim prezimenom ne može opravdati spolno utemeljenu razliku u postupanju koja je istaknuta i utvrdio postojanje povrede člana 14. u vezi s članom 8.

Rasmussen protiv Danske⁹⁹ bio je prvi slučaj Suda u vezi sa spolnom diskriminacijom. Odnosio se na danski zakon koji je propisivao određeni vremenski rok za muževe za pokretanje postupaka kojima traže proglašavanje ne-

⁹⁸ Vidi Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH“ broj 16/03 i 102/09)

⁹⁹ Rasmussen v Denmark (No. 8777/79, 28/11/1984)

očinstva nad ženinim djetetom dok takav vremenski rok za pokretanje postupka nije postojao za ženu i majku. Sud je pretpostavio da se muž i žena nalaze u analognim situacijama i nastavio ispitivati postoji li objektivan i opravdan razlog za takvo različito postupanje. Smatrao je da su vremenski rokovi za pokretanje postupaka za utvrđivanje očinstva zakoniti kako bi se osigurala pravna izvjesnost i zaštitili interesi djeteta. Napomenuo je značaj polja slobodne procjene države s obzirom na nedostatak zajedničkog mišljenja država ugovarateljica o tom pitanju i pomnom ispitivanju i ocjeni situacije države u vrijeme donošenja osporenog zakona. Uzimajući u obzir njezino polje procjene, Sud je utvrdio da država nije prekoračila načelo razmjernosti iz člana 14. i utvrdio da ne postoji kršenje člana 14. u vezi s članovima 6. i 8.

U slučaju Burghartz protiv Švicarske¹⁰⁰ podnositelji zahtjeva su bili par koji je tvrdio da odbijanje švicarskih vlasti da im dopusti prijavu ženina prezimena kao njihova obiteljskog prezimena predstavlja diskriminaciju na osnovi spola. Razmatrajući opravdanje, Sud je odbacio vladine argumente o tradiciji, te da porodično jedinstvo zahtijeva jedno zajedničko prezime. Utvrđenjem kršenja člana 14. pozvao se na sve šire tumačenje Konvencije u odnosu na izmijenjene uvjete u državama članicama (posebice sve veći značaj načela nediskriminacije) i odbacio sva pozivanja na porodično jedinstvo i tradiciju.

U Petrovic protiv Austrije¹⁰¹ Sud je smatrao da dostupnost naknade za porodiljni dopust za majke ali ne i za očeve ne krši član 14. u vezi s članom 8. Sud je smatrao da, iako je postojala razlika u postupanju u zakonu na osnovi spola, različito postupanje može biti opravdano. Država nije prekoračila svoje polje slobodne procjene i imala je pravo procijeniti „opravdavaju li i do koje mjere razlike u inače sličnim situacijama različito postupanje u pravu“. U skladu s tim, razlika u postupanju koja je istaknuta nije diskriminacijska u smislu člana 14.

U slučaju Van Raalte protiv Nizozemske¹⁰², podnositelj zahtjeva je tvrdio da uskraćivanje izuzeća od obaveze plaćanja doprinosa za dječji doplatk muškarcu, kada je takvo izuzeće dano ženi u sličnim okolnostima predstavlja diskriminaciju na osnovu spola. Sud je utvrdio da ubiranje doprinosa od neoženjenih muškaraca bez djece u dobi od 45 godina i više ali ne od neudanih žena bez djece nesumnjivo predstavlja razliku u postupanju s osobama u sličnim situacijama na temelju spola. Sud nije pronašao uvjerljive razloge kojima bi

¹⁰⁰ Burghartz v Switzerland (No. 16213/90, 22/02/1994)

¹⁰¹ Petrovic v Austria (No. 20458/92, 27/03/1998)

¹⁰² Van Raalte v the Netherlands (No. 20060/92, 21/02/1997)

opravdao takvu razliku u postupanju i utvrdio postojanje kršenja člana 14. Konvencije u vezi s članom 1. Protokola 1.

U *Zarb Adami protiv Malte*¹⁰³ podnositelj zahtjeva se žalio na diskriminacijsku prirodu porotničke dužnosti koja u praksi pravi iznimke za žene ali ne i za muškarce. Sud je držao da se zahtjev ne odnosi na tekst domaćih odredaba, s obzirom da sam zakon u tom trenutku nije pravio razliku između spolova, već na situaciju u praksi, primjerice način na koji se sastavljaju popisi porotnika i kriteriji za izuzeće iz porotničke dužnosti. To je rezultiralo time da je samo mali postotak žena bio pozvan na porotničku dužnost. Pozivajući se na prethodne nalaze u *Hugh Jordan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁰⁴ gdje je smatrao da statistike same po sebi nisu dostatne za dokazivanje diskriminacijske prakse, Sud je utvrdio da se u skladu sa statističkim dokazima građanska dužnost porotničke dužnosti pretežno nameće muškarcima. U skladu s tim, postojalo je različito postupanje s muškarcima i ženama. Naglašavajući da su potrebni značajni razlozi za opravdavanje razlike na osnovi spola i budući da nije našao takve, Sud je utvrdio postojanje diskriminacije.

U nedavnom slučaju *Opuz protiv Turske*¹⁰⁵, Sud je našao da države imaju pozitivnu obavezu da sprečavaju privatno nasilje u porodici, te da obrazac nasilja prema ženama predstavlja dovoljan dokaz za postojanje diskriminacije utvrđujući da propuštanje države da zaštiti žene od nasilja u porodici krši njihovo pravo na jednaku zakonsku zaštitu, i ovo propuštanje ne mora biti učinjeno s namjerom. Sud smatra da je podnositeljica predstavke bila u stanju da dokaže, uz podršku nespornih statističkih podataka, postojanje prima facie indicija da se nasilje u porodici vrši prije svega protiv žena, i da je opća i diskriminatorna pasivnost turskih sudova stvorila klimu koja je poticala takvo nasilje.

Seksualna orijentacija se može promatrati odvojeno od drugih vidova seksualnosti uključujući spol u biološkom određenju, rodni identitet ili rodno izražavanje. Spolna (seksualna) orijentacija uključuje homoseksualne, heteroseksualne i biseksualne osobe i razlikuje se od spolnog izražavanja jer obuhvata shvatanje i samoodređenje osobe. Određena osoba ne mora nužno izražavati svoju spolnu orijentaciju svojim ponašanjem.

O prvim slučajevima seksualne orijentacije odlučivalo se isključivo na temelju člana 8., a Sud nije smatrao potrebnim utvrđivati i povredu člana 14.

¹⁰³ *Zarb Adami v. Malta* (no. 17209/02, 24/05/2005)

¹⁰⁴ *Hugh Jordan v the United Kingdom* (No. 24746/94, 04/05/2001)

¹⁰⁵ *Opuz v Turkey* (no. 33401/02, 09/09/2009)

U slučaju Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva¹⁰⁶ i kasnije u slučajevima Norris protiv Irske¹⁰⁷ i Modinos protiv Cipra¹⁰⁸, Sud je utvrdio da domaći zakoni koji kriminaliziraju privatne spolne odnose s privolom između odraslih osoba istog spola su u suprotnosti sa pravom na poštovanje privatnog života definiranog u članu 8. Konvencije. U slučaju Dudgeon, Sud nije smatrao potrebnim ispitati član 14. u vezi s članom 8., s obzirom na svoje rezultate na temelju člana 8. Kasniji slučajevi slijedili su ovu metodu analize. Pravo na privatnost temeljem člana 8. odnosi se na sve aktivnosti koje su izvorno privatne i primjenjuje se jednako usko polje slobodne procjene.

U slučaju A.D.T. protiv Ujedinjenog Kraljevstva¹⁰⁹, podnositelj zahtjeva je tvrdio da njegova osuda za grubu nepriličnost predstavlja kršenje prava na poštovanje njegova privatnog života temeljem samog člana 8. i u vezi s članom 14. Primjenjujući ispitivanje, koje je Sud koristio u zahtjevima na temelju člana 8., ključno pitanje bilo je jesu li poduzete mjere bile „potrebne u demokratskom društvu“. Sud je smatrao da su aktivnosti podnositelja zahtjeva istinski „privatne“. Stoga je bilo garantirano isto usko polje slobodne procjene koje je mjerodavno u drugim slučajevima koji uključuju intimne vidove privatnog života (npr. Dudgeon). Argumenti koje je navela država nisu bili dovoljni da bi opravdali osporavane mjere. Sud je utvrdio postojanje kršenja člana 8. i stoga nije smatrao potrebnim ispitati slučaj i u odnosu na član 14., u vezi s članom 8.¹¹⁰

Nakon slučaja Dudgeon, uslijedili su brojne uspješni zahtjevi na temelju Konvencije da veća dobna granica privole za muška homoseksualna djela nego za heteroseksualna djela predstavlja diskriminacijsko postupanje koje je u suprotnosti s članom 14. u vezi s članom 8. U ovom području, čini se, da je polje slobodne procjene države usko. U slučaju Sutherland protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Evropska komisija za ljudska prava smatrala je da postojanje zakona, koji muške homoseksualne aktivnosti smatraju kaznenim djelom osim ako su obje strane dale privolu i imaju 18. godina, dok dobna granica privole za heteroseksualne aktivnosti, određena na 16. godina, predstavlja povredu člana 14. Konvencije u vezi s članom 8.¹¹¹

¹⁰⁶ Dudgeon v the United Kingdom (No. 7275/76, 22/10/1981),

¹⁰⁷ Norris v Ireland (No. 10581/83, 26/10/1988

¹⁰⁸ Modinos v Cyprus (No. 15070/89, 22/04/1993)

¹⁰⁹ A.D.T. v the United Kingdom (No. 35765/97, 31/07/2000)

¹¹⁰ vidi Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom (no.21627/93, 21826/93, 19/02/1997)

¹¹¹ vidi slučajeve S.L. v. Austria (no.45330/99 09/01/2003); L. and V. v Austria (no.39392/98, 39829/98, 09/01/2003); Woditschka and Wilfling v. Austria (no.69756/01 6306/02 21/10/2004); Wolfmeyer v Austria (no. 5263/03, 26/05/2005); H.G. i G.B. v. Austria (no. 11084/02, 15306/02, 02/07/1995); Ladner v. Austria (no. 18297/03, 03/02/2005); B.B v. the United Kingdom (no. 53760/00, 10/10/2004).

Sud je također razmatrao diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije u uživanju prava na slobodu okupljanja u slučaju *Bączkowski i drugi protiv Poljske*¹¹². Podnositelji zahtjeva su bili članovi nevladinih organizacija koji su zagovarali prava homoseksualaca i lezbijki. Tvrdili su da je prekršeno njihovo pravo na mirno okupljanje temeljem člana 11. u vezi s članom 14. budući da im je zabranjeno organiziranje javne povorke kako bi se osvijetlila pitanja manjina, uključujući prava homoseksualaca. Nakon njihova podnošenja zahtjeva za dozvolu za održavanje povorke, državne novine su objavile intervju s gradonačelnikom Varšave u kojemu je izričito izjavio da homoseksualna propaganda nije obuhvaćena opsegom nečijeg prava na slobodu okupljanja. Iako su podnositeljima zahtjeva navedeni razni razlozi za zabranu njihove povorke (naime, kao propust je navedeno podnošenje mape ceste i sprečavanje daljnjih sukoba s drugim skupinama koje imaju suprotna mišljenja), podnositelji zahtjeva su tvrdili da je glavni razlog odbijanja bio utemeljen na njihovoj seksualnoj orijentaciji. Iako je priznao zakonske osnove odbijanja dozvole za održavanje povorke, Sud je istaknuo da su vlasti dale dozvolu drugim skupinama za održavanje protesta. Sud je također istakao da je gradonačelnik dao izjavu dok su podnositelji zahtjeva čekali odluku o svom zahtjevu. Na osnovi svoje prijašnje sudske prakse, Sud je utvrdio da se opravdano može pretpostaviti da se izjava gradonačelnika može smatrati uputom onim zaposlenicima čija je karijera ovisila o njegovoj odluci o zabrani povorke. Time je Sud utvrdio povredu člana 14. u vezi s članom 11.

Polje slobodne procjene države u odnosu na oružane snage je šire, mada je u nizu slučajeva koje su pokrenuli homoseksualni pripadnici oružanih snaga protiv Ujedinjenog Kraljevstva, država osuđena za kršenje člana 8. Konvencije. U tim slučajevima, analiza opravdanja provedena je po osnovu člana 8., iako se slični argumenti možda mogu primijeniti na opravdanje na osnovu člana 14.

U slučaju *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹¹³, podnositelji zahtjeva su bili pripadnici Kraljevskog vojnog zrakoplovstva koji su otpušteni isključivo na temelju njihove homoseksualnosti u skladu s pravilima Ministarstva obrane kojom se homoseksualci isključuju iz oružanih snaga. Podnositelji zahtjeva su tvrdili da to pravilo krši njihovo pravo na privatnost po članu 8. u vezi s članom 14. i da metoda istraživanja seksualne orijentacije podnositelja zahtjeva predstavlja kršenje člana 3. u vezi s članom 14. Sud nije smatrao da je postupanje doseglo najmanju razinu ozbiljnosti potrebne da bi bila obuhvaćena opsegom

¹¹² *Bączkowski and others v. Poland* (no. 1543/06, 3/05/2007)

¹¹³ *Smith and Grady v the United Kingdom* (Nos. 33985/96 and 33986/96, 27/09/1999)

člana 3. i u skladu s tim utvrdio da nema kršenja člana 3. u vezi s članom 4. Postojalo je, međutim, kršenje člana 8. budući da niti istraga provedena o seksualnoj orijentaciji podnositelja zahtjeva niti njihovo otpuštanje na osnovi njihove homoseksualnosti u skladu s pravilom Ministarstva obrane nisu bili opravdani.¹¹⁴

Sud je naveo da država ne smije diskriminirati na osnovi seksualne orijentacije u slučajevima koji se odnose na djecu. Međutim, također je priznao da države još imaju znatnu marginu procjene u slučajevima koji se odnose na homoseksualno posvajanje zbog nedostatka konsenzusa država na ovom području.

U slučaju *Da Silva Mouta protiv Portugala*¹¹⁵, podnositelj zahtjeva je tvrdio da je portugalski apelacioni sud utemeljio svoju odluku da dodijeli roditeljsku skrb nad njegovom kćeri njegovoj bivšoj ženi radije nego njemu na osnovi njegove seksualne orijentacije kršeći član 8. sam po sebi i u vezi s članom 14. Sud je utvrdio činjenicu da apelacioni sud, razmatrajući seksualnu orijentaciju podnositelja zahtjeva kao činjenicu u donošenju svoje odluke o skrbništvu nad djetetom, predstavlja razliku u postupanju između podnositelja zahtjeva i njegove bivše žene na osnovi seksualne orijentacije podnositelja zahtjeva. Državni sud je naveo da „je nepotrebno ispitati je li homoseksualnost bolest ili seksualna orijentacija prema ljudima istog spola. Bilo kako bilo, ona je odstupanje i djeca ne smiju odrasti u sjeni abnormalnih situacija.“ Sud je bio mišljenja da ti odlomci presude lisabonskog apelacionog suda upućuju na to da je homoseksualnost podnositelja zahtjeva bila odlučujući faktor u konačnoj odluci i time predstavlja razliku u odnosu na seksualnu orijentaciju podnositelja zahtjeva koja se nije smjela praviti temeljem Konvencije. Prihvaćajući da je odluka apelacionog suda slijedila zakoniti cilj, zaštitu zdravlja i prava djeteta, razlika koju je pravio u razmatranjima u odnosu na seksualnu orijentaciju podnositelja zahtjeva nije bila prihvatljiva temeljem Konvencije. Nije postojao nikakav opravdani odnos između korištenih sredstava i cilja kojeg se slijedilo. U skladu s tim utvrđeno je kršenje člana 8. u vezi s članom 14.

U slučaju *Frette protiv Francuske*¹¹⁶, zahtjev za prethodno odobrenje posvajanja djeteta odbijen na osnovi njegova „izbora načina života“ ne pruža dostatno jamstvo da djetetu može pružiti prikladan dom. Podnositelj zahtjeva je tvrdio

¹¹⁴ Vidi slučajeve *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom* (no. 31417/96, 32377/96, 27/09/1999); *Beck, Copp and Bazeley v the United Kingdom* (no. 48535/99, 48536/99, 48537/99, 22/10/2002); *Perkins and R. v. the United Kingdom* (no. 43208/98, 44875/98 22/10/2002.)

¹¹⁵ *Salgueiro Da Silva Mouta v Portugal* (No. 33290/96, 21/12/1999)

¹¹⁶ *Fretté v France* (No. 36515/97, 26/02/2002)

da je odbijanje njegova zahtjeva za odobrenje posvajanja bilo indirektno utemeljeno isključivo na njegovoj seksualnoj orijentaciji. Tvrдио je da je odluka, donesena u zakonitom sustavu koji odobrava posvajanje djeteta samcima, nevjenčanim posvojiteljima, učinkovito isključuje svaku mogućnost posvajanja kategoriji osoba koje su definirane po svojoj seksualnoj orijentaciji, naime homoseksualcima i biseksualcima, ne uzimajući u obzir njihove pojedinačne osobine ili sposobnost odgajanja djeteta. Naveo je da je žrtva diskriminacije na osnovi njegove seksualne orijentacije, kršeći time član 14. u vezi s članom 8. Sud se složio da je odluka koju je osporavao podnositelj zahtjeva bila utemeljena na njegovoj homoseksualnosti. Smatrao je, međutim, da zbog izostanka konsenzusa u državama ugovarateljicama i znanstvenoj zajednici o pitanju homoseksualnog posvajanja, država u ovom slučaju ima polje slobodne procjene širokog opsega. Sud je odlučio da odbijanje odobrenja posvajanja ne krši načelo razmjernosti i da je opravdanje koje je dala država objektivno i valjano tako da razlika u postupanju na koju se žalio nije diskriminacijska u smislu člana 14. Međutim, presuda je bila kontroverzna i imala snažno različito mišljenje. Suci koji su imali različito mišljenje prigovorili su širokom polju slobodne procjene koja je dana vladi u odnosu na ozbiljnost razlike na temelju seksualne orijentacije, navodeći da „pozivanje u ovom slučaju na nedostatak „zajedničkog stajališta“ među državama ugovarateljicama ili „jedininstvenog načela“ o posvajanju od strane homoseksualaca.... koji bi omogućio državama potpunu diskreciju čini se u suprotnosti sa sudskom praksom Suda u odnosu na član 14. Konvencije, te kada je skriveno u ovako općim pojmovima, naginje tome da unazadi zaštitu temeljnih prava (različito mišljenje sudaca Bratza, Fuhrmanna i Tulkensa). U slučaju E.B. protiv Francuske Sud je promijenio mišljenje izneseno u prethodno navedenom slučaju. Slučaj E.B protiv Francuske odnosio se na ženu u istospolnoj zajednici koja je htjela usvojiti dijete, a čiji zahtjev je odbijen zbog njene seksualne orijentacije. Nadležni francuski organi, između ostalih, naveli su kao razlog i nedostatak očinske figure za usvojeno dijete. Sud je razmatrajući slučaj, kao implicitan razlog za odbijanje prava na usvojenje, naveo seksualnu orijentaciju osobe. S obzirom da nije dokazana opravdanost različitog tretiranja Sud je utvrdio kršenje člana 14.¹¹⁷

Evropski sud je donio odluke i u pogledu zaštite prava partnera istog spola. U slučaju Karner protiv Austrije¹¹⁸, podnositelj zahtjeva je tvrdio da je bio žrtva diskriminacije na osnovu svoje seksualne orijentacije, tako što mu je austrijski Vrhovni sud uskratio status „životnog partnera“ njegova pokojnog partnera,

¹¹⁷ E.B. v. France (no. 43546/02, 22/01/2008)

¹¹⁸ Karner v Austria (No. 40016/98, 24/07/2003)

u smislu relevantnih austrijskih zakona i time mu onemogućio nasljeđivanje partnerova stanarskog prava. Tvrdio je da je prekršen član 14. u vezi s članom 8. Sud je prihvatio argument države da je zaštita porodice u tradicionalnom smislu značajan i opravdan razlog koji može opravdati razliku u postupanju. Međutim, bio je to poprilično apstraktan cilj i mogla se koristiti velika raznolikost konkretnih mjera kako bi se proveo. U slučajevima razlike u postupanju na osnovi spola ili seksualne orijentacije, polje slobodne procjene dano državama članicama, usko je. Stoga načelo proporcionalnosti između korištenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti nije samo zahtijevalo da izabrane mjere budu prikladne za ostvarivanje cilja; također je trebalo prikazati da je bilo potrebno isključiti homoseksualne parove iz opsega zakona kako bi se ostvario taj cilj. Država nije podnijela nikakve argumente koji bi potkrijepili takav zaključak i stoga nije dostavila uvjerljive i značajne razloge koji bi opravdali usko tumačenje sporne odredbe. Time je postojalo kršenje člana 14. Konvencije u vezi s članom 8.¹¹⁹

Diskriminacija na osnovu imovine

Pravna praksa Evropskog suda temeljem upućuje na to da države imaju široko polje slobodne procjene u pravljenju razlike na osnovi imovine. U slučaju Larkos protiv Cipra¹²⁰ dotične različite mjere odnosile su se na situaciju različitih vrsta stanara kao osnovu za takvo postupanje. Međutim, mjere su definirale različite vrste stanara u skladu s vrstom najmodavca vlasnika imovine od kojeg su unajmljivali stan. Sud je odredio da je osnova diskriminacije bila imovina u smislu vrste najmodavca vlasnika imovine. Iako je naveo da država ima široko polje slobodne procjene, Sud je utvrdio da je država propustila dostaviti „objektivno i valjano opravdanje za razlike koje ispunjava uslove člana 14. Konvencije, čak uzimajući u obzir njihovo polje slobodne procjene na području nadzora imovine.“

Slučaj Chassagnou i drugi protiv Francuske¹²¹ odnosio se na podnositelje zahtjeva vlasnike zemljišta koji su se protivili lovu na osnovi etike, ali su u skladu sa zakonom bili obvezni postati članovi odgovarajućih regionalnih udruga lovaca. Osim toga, u skladu s istim zakonom, bili su obvezni prenijeti prava lova na njihovoj zemlji udruzi tako da bi svi lovci na tom području mogli loviti na njihovoj zemlji. Budući da su bili maloposjednici, nisu mogli izbjeći te obveze

¹¹⁹ Vidi Simpson protiv Ujedinjenog Kraljevstva; J. i D.P. protiv Ujedinjenog Kraljevstva; C. i L.M. protiv Ujedinjenog Kraljevstva; Z.B. protiv Ujedinjenog Kraljevstva; Kerhoven i Hinke protiv Nizozemske; i Mata Estevez protiv Španjolske.

¹²⁰ Larkos v. Cyprus (No 29515/95, 18/02/1999)

¹²¹ Chassagnou and others v France (Nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, 29/04/1999)

u skladu sa zakonom, dok su vlasnici većih posjeda to mogli. Diskriminacija je utvrđena na osnovi razlike u postupanju između vlasnika velikih i malih posjeda: maloposjednici nisu mogli koristiti zemljište u skladu sa svojom savjesti (u ovom slučaju zaštita životinja). Utvrđeno je kršenje člana 1. Protokola 1. u vezi s članom 14. kao i člana 11. u vezi s članom 14.

U slučaju Darby protiv Švedske¹²², podnositelj zahtjeva, finski državljanin britanskog porijekla, koji je radio u Švedskoj morao je kao dio općinskog poreza, plaćati crkveni porez švedskim vlastima i nije imao pravo na smanjenje iznosa njihovog poreza budući da nije imao prijavljeno prebivalište u Švedskoj. Istaknuo je kršenje člana 9. i 14. Konvencije. Sud je utvrdio da je prirodnije ispitati slučaj u skladu s članom 14. u vezi s članom 1. Protokola 1. koji se odnosi na mirno uživanje imovine. U odnosu na pravo smanjenja tog poreza, situacija podnositelja zahtjeva smatrala se sličnom onoj drugih osoba, koje ne pripadaju švedskoj crkvi. Sud je utvrdio da razlika u odnosu na uživanje tog prava između osoba koje imaju formalno prijavljeno prebivalište i osoba koje nemaju prijavljeno prebivalište nema zakonitu osnovu temeljem Konvencije.

U slučaju Kjartan Asmundsson protiv Islanda¹²³, podnositelj zahtjeva se žalio da je obustavom njegove invalidske mirovine prekršen člana 1. Protokola 1. Konvencije, samostalno i u vezi s članom 14. Konvencije. Vlada je osporila tvrdnju podnositelja zahtjeva da je primjena novih invalidskih kriterija na njega nezakonita, diskriminacijska i nesrazmjerna interesima zajednice kojima se težilo. Sud je prihvatio da je pitanje razmjera koje je srž slučaja: „je li ostvarena pravedna ravnoteža između zahtjeva općeg interesa zajednice i zahtjeva zaštite temeljnih prava pojedinca.“ Iako je Sud razmatrao slučaj na osnovu člana 1. Protokola 1., ključna činjenica u razmatranju bila je da li je mjera razmjerna ili je došlo do neopravdanog različitog postupanja. Sud je prihvatio da je uvođenje novih mirovinskih pravila bilo popraćeno opravdanom zabrinutošću o potrebi rješavanja financijskih poteškoća fonda i da su provedene promjene bile utemeljene na objektivnim kriterijima. Podnositelj zahtjeva je, međutim, bio jedan od malobrojnih umirovljenika čije su mirovine obustavljene; velika većina umirovljenika nije bila uopće zahvaćena. Sud je to teško mogao pomiriti s financijskim poteškoćama fonda. Sud je smatrao da, iako uvedene promjene prava na mirovinu mogu opravdano uzeti u obzir potrebe primatelja mirovine, to različito postupanje samo po sebi ukazuje na to da su osporene mjere bile neopravdane u smislu člana 14. Sud je istaknuo da ovo razmatranje člana 14. ima

¹²² Darby v. Sweden (no. 11581/85, 23/10/1990)

¹²³ Kjartan áSmundsson v. Iceland (60669/00, 30/03/2005)

veliku težinu u procjeni pitanja razmjernosti na osnovu člana 1. Protokola 1. Diskriminacijska osobina uplitanja bila je pogoršana činjenicom da je zahvatila podnositelja zahtjeva na posebno oštar način budući da ga je u potpunosti lišila njegove mirovine. U odnosu na ovu pozadinu, Sud je utvrdio da je kao pojedinac podnositelj zahtjeva morao snositi pretjerani i nerazmjerni teret koji, unatoč 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 podnositelj zahtjeva bio obvezan pretrpjeti opravdano i razmjerno smanjenje a ne potpuno lišenje svojih prava. Sud je utvrdio da je prekršen član 1. Protokola 1.

Diskriminacija na osnovu veze sa nacionalnom manjinom

Sud je također razmatrao slučajeve diskriminacije na osnovi povezanosti s nacionalnom manjinom. U *Magee protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹²⁴, podnositeljica zahtjeva je prigovorila da je bila diskriminirana na osnovi nacionalnog porijekla i povezanosti s nacionalnom manjinom jer, između ostalog, nije imala pravo na advokata neposredno nakon uhićenja u Sjevernoj Irskoj temeljem važećeg zakona o sprečavanju terorizma, za razliku od osumnjičenih uhićenih i pritvorenih u Engleskoj i Walesu temeljem sličnih zakona. Sud je smatrao da se razlika u postupanju ne može objasniti na temelju osobnih obilježja, poput nacionalnog porijekla, već na zemljopisnom području na kojem je pojedinac uhapšen i pritvoren. Zakoni mogu uzeti u obzir regionalne razlike i obilježja objektivne i opravdane prirode. Takve razlike ne predstavljaju diskriminacijsko postupanje u smislu člana 14.¹²⁵

Slučaj *Ozgur Gundem protiv Turske*¹²⁶ odnosio se na kurdske dnevne novine koje su se bile prisiljene zatvoriti zbog napada i uznemiravanja za koja su navodno bile odgovorne turske vlasti. Podnositelj zahtjeva je tvrdio da mjere koje su nametnute *Ozgur Gundem* predstavljaju diskriminaciju na osnovi nacionalnog porijekla i povezanosti s nacionalnom manjinom u skladu s člankom 14. Tvrđili su da su vlasti svako izražavanje kurdske identiteta smatrale zagovaranjem separatizma i propagandom Kurdske radničke stranke (PKK). Stoga, zbog nedostatka bilo kakvog opravdanja za nametnute restriktivne mjere, mjere se mogu smatrati diskriminacijom. Turska vlada, s druge strane, tvrdila je da *Ozgur Gundem* djeluje kao oruđe propagande za PKK. Sud je utvrdio da je prekršen

¹²⁴ *Magee v the United Kingdom* (No. 28135/95, 06/06/2000)

¹²⁵ *John Murray v. the United Kingdom* (no.18731/91. 08/02/1996)

¹²⁶ *Özgür Gündem v Turkey* (No. 23144/93, 16/03/2000)

član 10. Međutim, smatrao je da nije bilo razloga vjerovati da ograničavanje slobode izražavanja može potaknuti razliku u postupanju na temelju nacionalnog porijekla podnositelja zahtjeva ili povezanosti s nacionalnom manjinom. U skladu s tim, Sud je zaključio da član 14. nije prekršen.

U Arslan protiv Turske¹²⁷, Okcuoglu protiv Turske¹²⁸ i Ceylan protiv Turska¹²⁹ svaki je podnositelj zahtjeva tvrdio da je proganjan na temelju svog pisanja jer su bila djela osobe kurdskog porijekla i odnosila su se na kurdska politička pitanja. Svaki je tvrdio da je zbog toga bio žrtva diskriminacije u suprotnosti s članom 14. Konvencije u vezi s članom 10. Vlada je tvrdila da je svako uvjerenje bilo utemeljeno isključivo na separatističkom sadržaju i nasilnom tonu spornih pisanja. Utvrdivši zasebno kršenje člana 10, Sud nije smatrao potrebnim ispitati tužbu u skladu s članom 14. U brojnim slučajevima navodnog kršenja prava na život i zabrane mučenja u skladu s Konvencijom, podnositelji zahtjeva su pokušali tvrditi da nerazmjerni učinak tih zlostavljanja na određenu zajednicu upućuje na diskriminacijsku politiku. Ponovno su poteškoće u dokazivanju osujetile uspješnost zahtjeva.

U Hugh Jordan protiv Ujedinjenog Kraljevstva¹³⁰, podnositelj zahtjeva je tvrdio da su okolnosti ubojstva njegova sina predstavljale diskriminaciju. Tvrdio je da su snage sigurnosti u razdoblju od 1969. do 1994. godine ubile 357 osoba u Sjevernoj Irskoj, a velika većina tih osoba su bili mladići katoličke ili nacionalističke zajednice. Tvrdio je da mali broj ubijenih protestanata i mali broj progona i presuda pokazuje da je bilo diskriminacijskog korištenja smrtonosne sile i nedostatak zaštite nacionalističke ili katoličke zajednice na osnovi nacionalnog porijekla ili povezanosti s nacionalnom manjinom. Vlada je odgovorila da nema dokaza da je bilo koja od tih smrti u Sjevernoj Irskoj bila slična ili da su pokazivale ikakve razlike u postupanju. Puke statistike nisu bile dostatne kako bi se utvrdili opsežni navodi diskriminacije katolika ili nacionalista. Sud je u odluci naveo da „kada opće pravilo ili mjera ima neproporcionalno škodljive učinke na određenu skupinu, nije isključeno da se to može smatrati diskriminacijskim bez obzira na to što nije tačno usmjereno na tu skupinu. Međutim, iako se statistički čini da su većinu ubile snage sigurnosti, Sud ne smatra da sama statistika može otkriti praksu koja bi se mogla klasificirati kao diskriminacijska u smislu značenja člana 14. Sudu nisu podneseni nikakvi

¹²⁷ Arslan v Turkey (No. 23462/94, 08/07/1999)

¹²⁸ Okcuoglu v Turkey (No. 24246/94, 08/07/1999)

¹²⁹ Ceylan v Turkey (No. 23556/94, 08/07/1999)

¹³⁰ Hugh Jordan v the United Kingdom (No. 24746/94, 04/05/2001)

dokazi koji bi ga ovlastili da zaključi da je bilo koje od tih ubojstava, osim četiri koja su rezultirala presudama, uključivalo nezakonito ili pretjerano korištenje sile članova snaga sigurnosti.¹³¹

Diskriminacija po osnovu svake druge okolnosti

Ova kategorija u suštini obuhvaća sve ono što nije navedeno u članu 1 Zakona. Evropski sud je utvrdio da ova kategorija, između ostaloga, obuhvaća bračni status, profesionalni status, vojni čin i invaliditet.

Slučaj McMichael protiv Ujedinjenog Kraljevstva¹³² odnosio se na biološkog oca djeteta koje je stavljeno u skrb države i dano na posvajanje. Tvrdio je da je škotski zakon po kojem zakonsko pravo na skrbništvo ili sudjelovanje u postupku brige za dijete prije nego što se vjenča s majkom djeteta, diskriminatoran. Vlada je tvrdila da zakon dopušta ocu da zatraži odluku koja mu jamči roditeljska prava. Zbog te činjenice, Sud je istaknuo izjavu Evropske komisije da je svrha dotičnih zakona identifikacija zaslužnih očeva kojima mogu biti dodijeljena roditeljska prava štiteći time interese djeteta i majke. S obzirom da je cilj dotičnih zakona bio opravdan i da su nametnuti uvjeti razmjerni, Sud je smatrao da razlika u postupanju ima utemeljeno i objektivno opravdanje. U skladu s tim nije utvrđeno kršenje člana 14.

U slučaju Sahin protiv Njemačke¹³³, podnositelj zahtjeva je tvrdio da odluke njemačkog suda kojima je njegov zahtjev za pravom posjeta njegovom djetetu, rođenom u vanbračnoj zajednici, osporen, predstavljaju kršenje njegova prava na poštovanje njegova porodičnog života i da je bio žrtva diskriminacije u vezi s članom 8. Njemački zakoni (po tumačenju sudova) očeve djece rođene u vanbračnoj zajednici stavljaju u drukčiji odnosno manje povoljan položaj od rastavljenih očeva. Za razliku od potonjih, biološki očevi nemaju pravo posjeta

¹³¹ Vidi McKerr v. the United Kingdom (no.28883/95, 04/05/2001); ee v. the United Kingdom; Kelly and others v. The United Kingdom (no.30054/96 04/05/2001); McShane v. the United Kingdom (no.43290/98, e20/08/2002), kao i presude Kurt v. Turkey (no.24276/94, 25/05/1998); Tanli v. Turkey (no.26129/95 10/04/2001); Tanrikulu v. Turkey (no. 23763/94 08/07/1999); Bilgin v. Turkey (no. 23819/94, 16/11/2000); eOnen v. Turkey (no. 22876/93, 14/05/2002); Ergi v. Turkey (no. 23818/94, 28/07/1998); Kacici v. Turkey (1999); e v. Turkey (no.22496/93, 09/05/1998); Mahmut Kaya v. Turkey (no.22535/93, 28/03/2000); Akdivar and others. v Turkey (no. 21893/93, 16/09/1996); Menten and others v. Turkey (no.23186/94, 28/11/1997); Selcuk and Asker v Turkey (no.23184/94, 24/04/1998).

¹³² McMichael v the United Kingdom (No. 16424/90, 24/02/1995)

¹³³ Sahin v Germany (No. 30943/96, 11/10/2001)

svojoj djeci. Nadalje, sud može poništiti majčino odbijanje prava posjeta kada je pravo posjeta “u interesu djeteta”. Sud nisu uvjerali argumenti države da očevima djece rođene u vanbračnoj zajednici nedostaje interes za kontakt s njihovom djecom i da u bilo kojem trenutku mogu napustiti ne-bračnu zajednicu. Sud je, stoga, zaključio da je prekršen član 14. u vezi s članom 8.

U pogledu zaštite prava osoba sa invaliditetom Evropski sud je u slučaju Zehnalova i Zehnal protiv Češke¹³⁴ (2002.) odlučio da podnositelji zahtjeva, koji su bili u kolicima i koji su tvrdili da se krši pravo poštovanja njihovih privatnih života, bez diskriminacije jer mnoge javne zgrade nisu bile opremljene pristupnim uređajima za osobe s invaliditetom (iako je to bilo propisano češkim zakonima). Sud je smatrao da se člana 8. ne može primijeniti, te se stoga nije mogao primijeniti ni član 14.

U slučaju Botta protiv Italije¹³⁵, podnositelj zahtjeva, korisnik invalidskih kolica, nije mogao dobiti pristup plaži i moru na privatnom kupalištu zbog propusta kupališta da osigura uređaje za osobe s invaliditetom (toaletne i rampe) kako propisuje talijanski zakon. Podnositelj zahtjeva je tvrdio da propust talijanske države da poduzme korake da ispravi propuste privatnog kupališta krši njegovo pravo na privatni život i razvoj njegove osobnosti po osnovu člana 8. i predstavlja diskriminaciju suprotnu članu 14. Sud je ispitao jesu li prava koja je istaknuo podnositelj zahtjeva unutar opsega pojma „poštovanja privatnog života.“ Sud je smatrao da se istaknuto pravo, naime pravo na pristup plaži i moru na mjestu udaljenom od njegovog uobičajenog prebivališta tokom njegova godišnjeg odmora, odnosi na “međuljudske odnose tako širokog i neodređenog opsega da ne može postojati uvjerljiva izravna veza između mjera koje je država morala poduzeti kako bi ispravila propuste privatnog kupališta i privatnog života podnositelja zahtjeva.” Sud je zaključio da član 8. nije mjerodavan i stoga nije razmatrao član 14.

Slučaj Pretty protiv Ujedinjenog Kraljevstva¹³⁶ odnosio se na domaće zakone u skladu sa kojima samoubojstvo nije predstavljalo kazneno djelo, ali je bilo kazneno djelo nekome pomoći u tome. Podnositeljica zahtjeva je tvrdila da takvi zakoni diskriminiraju one koji, kao i ona, sebi ne mogu oduzeti život bez tuđe pomoći. Srž njezine tvrdnje diskriminacije bio je utemeljena na činjenici da se s njom postupalo kao i s onima koji su se nalazili u znatno drukčijim

¹³⁴ Zehnalová and Zehnal v Czech Republic (No. 3862/97, 14/05/2002)

¹³⁵ Botta v Italy (No. 21439/93, 24/02/1998).

¹³⁶ Pretty v the United Kingdom (No. 2346/02, 29/04/2002)

situacijama. Oslanjala se na presudu u slučaju Thlimmenos¹³⁷ tvrdeći da su dotične mjere diskriminacijske jer osobu s invaliditetom, ali ne i onu koja nema invaliditet, sprečavaju u korištenju prava počinjenja samoubojstva. Sud se složio s domaćim sudom istaknuvši da je, budući da dotični zakoni ne predviđaju pravo na počinjenje samoubojstva u domaćem pravu, pa je time i njen zahtjev pogrešno utemeljen.

Član 4.

(Ostali oblici diskriminacije)

- (1) Uznemiravanje se smatra diskriminacijom u svakoj situaciji u kojoj ponašanje vezano za jedan od navedenih osnova iz člana 2. ovog zakona ima za svrhu ili čiji je efekat povreda dostojanstva lica i stvaranje zastrašujućeg, neprijateljskog, degradirajućeg, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja.**
- (2) Spolno uznemiravanje je svaki oblik neželjenog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog ponašanja spolne prirode čiji je cilj ili efekat povreda dostojanstva lica, posebno kada se njime stvara zastrašujuće, neprijateljsko, degradirajuće, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.**
- (3) Mobing je oblik nefizičkog uznemiravanja na radnom mjestu koji podrazumijeva ponavljanje radnji koje imaju ponižavajući efekat na žrtvu čija je svrha ili posljedica degradacija radnih uslova ili profesionalnog statusa zaposlenog.**
- (4) Segregacija je djelo kojim (fizičko ili pravno) lice odvaja druga lica na osnovu jedne od nabrojanih osnova iz člana 2. ovog zakona, u skladu s definicijom diskriminacije sadržanom u članu 2. ovog zakona.**
- (5) Izdavanje naloga drugima za vršenje diskriminacije i pomaganje drugima prilikom diskriminacije smatra se oblikom diskriminacije.**
- (6) Podsticanje na diskriminaciju je svako zagovaranje nacionalne, rasne ili vjerske mržnje i zabranjeno je.**

U određenom broju drugih zemalja¹³⁸, navedeni osnovi smatraju se oblicima diskriminacije. Zakon definira mobbing kao specifičan vid nefizičkog

¹³⁷ Thlimmenos v Greece (No. 34369/97, 06/04/2000)

¹³⁸ Izuetak je Estonija gdje je neželjeno ponašanje usmjereno protiv osobe u podređenom ili zavisnom položaju.

uznemiravanja na radnom mjestu dok definicija uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja slijedi izrazito jasnu definiciju navedenih oblika diskriminacije utvrđenih u tzv. Rasnoj direktivi i Okvirnoj direktivi Evropske Unije.¹³⁹

Pitanje koje stvara dilemu je definiranje neželjenog ponašanja, odnosno usvajanja objektivnih ili subjektivnih kriterija ili možda oba, kao što pokazuje primjer Velike Britanije koja kombinira i subjektivni i objektivni element, pa se neprihvatljivim ponašanjem smatra ono za koje se razumno smatra da ima takav efekat, imajući u vidu sve okolnosti, a posebno percepciju žrtve.

Takođe treba napomenuti razliku između uznemiravanja po osnovu spola kao oblika diskriminacije od spolnog uznemiravanja koje se ne temelji na spolu nego na seksualnoj privlačnosti odnosno odbijanju seksualnih kontakata zbog nedostatka uzajamnog seksualnog interesa koje druga strana očekuje i nada se pri spolnom uznemiravanju.¹⁴⁰ Kod spolnog uznemiravanja razlikujemo fizičko ponašanje kao što su nepoželjni fizički kontakti, poput nepotrebnog dodirivanja, glađenja, štipanja ili pripijanja uz tijelo druge osobe pa do napadanja ili prisiljavanja na spolni odnos.

Spolno uznemiravanje može biti i verbalno ponašanje seksualne prirode koje obuhvata neugodna nametanja, predlaganje ili insistiranje na spolnom odnosu, stalno iskazivanje želje za viđanjem van radnog mjesta i nakon što je jasno iskazano neprihvatanje prijedloga, uvredljiva flertovanja, sugestivne primjedbe i insinucije te pohotnost.

Neverbalno ponašanje kao oblik spolnog uznemiravanja obuhvata predočavanje pornografskih i seksualno sugestivnih slika, predmeta, ili pisanih materijala, kao i zviždanje, podsmjehivanje ili seksualno sugestivnu gestikulaciju.

Podcjenjivanje ili ismijavanje osobe koja se fizički ugrožava ili plaši zbog nečijeg spola, uvrede zbog spola, izgleda i oblačenja, uvredljivi i ponižavajući komentari predstavljaju oblik seksualnog uznemiravanja.¹⁴¹

Prve definicije mobbinga polazile su od postupka sistematske neprijateljske i neetične komunikacije od strane jedne ili više osoba prema, u najvećem broju

¹³⁹ Direktiva 2000/78/EC (General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation) i Direktiva 2000/43/EC (Race Equality Directive)

¹⁴⁰ Vidi više Čolić M. «Seksualno uznemiravanje na radnom mjestu» u Bodiroga – Vukobrat N. i drugi (ur.) «Mobbing», Društvo psihologa Primorsko – goranske županije, Rijeka, 2006. str.60.

¹⁴¹ Ibid.

slučajeva, jednoj osobi koja je na taj način dovedena u bespomoćnu poziciju koja joj onemogućuje odbranu, te se u toj poziciji drži ponavljanjem mobbinga duži vremenski period. Kasnije definicije mobbinga naglašavaju neetičnost i grupnu dimenziju mobbinga za razliku od bullyinga koji predstavlja pojedinačni akt ponašanja ili bossinga koji uz individualnu komponentu naglašava i smjer aktivnosti mobbinga.

U teoriji postoje dva osnovna vida mobbinga: vertikalni i horizontalni mobbing. Kod vertikalnog mobbinga hijerarhijski viši pozicionirani zaposlenici (moberi) izlažu mobbingu niže pozicioniranog zaposlenika. Horizontalni mobbing podrazumijeva mobiranje osobe unutar istog pozicijskog ili hijerarhijskog reda. Ciljevi mobbinga su destrukcija i uništenje ličnog, profesionalnog i društvenog digniteta i integriteta mobirane osobe.¹⁴²

U slučaju Hagan protiv Australije podnasilac zahtjeva, Australijanac domorodačkog etničkog porijekla, tvrdio je da je uznemiren zbog naziva sportskog objekta iz 60-ih godina «E.S. 'Nigger' Brown Stand» koji je nazvan po imenu slavnog sportiste i javne ličnosti. Termin 'nigger' predstavljao je njegov nadimak, dat najvjerovatnije po nazivu kreme za cipele, a što nije bilo usmjereno protiv Browna, jer nije bio pripadnik ni crnačke ni aboridžinske zajednice. Nakon što Hagan nije uspio sa zahtjevom kod nadležnih australskih tijela da se iz naziva ukloni termin «nigger», u svom zahtjevu je utvrdio da su prekršeni članovi 2., 3., 4., 5., 6. i 7. CERD i da se radi o rasno uvredljivom terminu i uopće jednim od najuvredljivijih termina u engleskom jeziku. Komitet je našao, bez obzira što se radilo o 60-im godinama, da se korištenje navedenog termina danas može smatrati uvredljivim, naročito za aboridžinsku zajednicu i preporučio da se više ne koristi.

U američkom slučaju Robinson protiv Jacksonville Shipyards Inc., zaposlenica kompanije bila je kontinuirano izložena slikama golotinje od strane kolega muškaraca. Pored toga, kolege muškarci obraćali su joj se terminima «bebo», «šećeru» i «draga». Uz to postavljali su opscene napise usmjerene protiv zaposlenice na radnom mjestu, te činili brojne uvredljive primjedbe prema žrtvi. Iako se žrtva žalila na spomenutu atmosferu uznemiravanja, nadređeno kompanijsko osoblje nije joj pomoglo. Domaći sud je utvrdio da je uznemiravanje bilo utemeljeno na spolu, te da je poslodovac znao ili trebao znati za uznemiravanje, te da je shodno tome propustio poduzeti odgovarajuće mjere.

¹⁴² Vidi više Simonoć A. i drugi, «Mobbing u suvremenom društvu» u Bodiroga – Vukobrat N. i drugi (ur.) «Mobbing», Društvo psihologa Primorsko – goranske županije, Rijeka, 2006. str.60.

Segregacija se često definira kao posebni i očiti vid direktne rasne diskriminacije. Prema Zakonu o rasnim odnosima Velike Britanije, rasna segregacija postoji i ako su objekti, usluge i oprema koji su osigurani segregiranoj grupi jednakog ili boljeg standarda. Takođe, jednak tretman može isključiti ranjivu grupu od mogućnosti koje su date drugim grupama.

Jedan od najpoznatijih primjera legalne segregacije bio je prisutan u južnim saveznom američkim državama. Vrhovni sud SAD je u čuvenom slučaju Brown protiv Board of Education, a u pogledu rasne segregacije u školama, utvrdio da princip «odvojeni, ali jednaki» predstavlja povredu ustavnog principa o jednakosti.

Međunarodne institucije su utvrdile da su u istočnoevropskim zemljama Romi često segregirani u sistemu obrazovanja, stanovanja ili javnim službama. U Općoj preporuci broj 19. (Rasna segregacija i apartheid), CERD primjećuje da potpuna ili djelomična rasna segregacija može biti posljedica vladine politike, ali djelimična segregacija može biti rezultat i nenamjernog djelovanja privatnih pojedinaca. U mnogim gradovima uslovi stanovanja mogu biti različiti zbog razlike u dohotku, koja je nekada kombinirana i sa razlikom u rasi, boji kože, porijeklu, nacionalnom ili etničkom porijeklu. Rasna segregacija tako može nastati i bez poticaja ili direktnog miješanja javnih vlasti.

Kao što je napomenuto prilikom objašnjenja osnova diskriminacije, CERD je po izvještaju Bosne i Hercegovine zatražio da vlasti prekinu sa segregacijom u školama, odnosno da ukinu jednonacionalne škole kao i “dvije škole pod jednim krovom” što je prije moguće, uključujući i etničku diskriminaciju prisutnu u udžbenicima.

Član 5.

(Izuzeci od principa jednakog postupanja)

Zakonske mjere i radnje neće se smatrati diskriminacijskim kada se svode na nepovoljno razlikovanje ili različito postupanje ako su zasnovane na objektivnoj i razumnoj opravdanosti. Sljedeće mjere neće se smatrati diskriminacijskim kada se njima ostvaruje legitiman cilj i ako postoji razuman odnos proporcionalnosti između sredstava koja se koriste i cilja koji se nastoji realizirati i kada:

- a) proizilaze iz provođenja ili donošenja privremenih posebnih mjera osmišljenih bilo da se spriječe ili nadoknade štete koje lica trpe a koje su određene osnovama navedenim u članu 2. ovog zakona i to naročito za pripadnike ugroženih grupa, kao što su: invalidna lica, pripadnici nacionalnih manjina, žene, trudnice, djeca, omladina, starija lica i druga društveno isključena lica, civilne žrtve rata, žrtve u krivičnim postupcima, raseljena lica, izbjeglice i azilanti; odnosno da se omogući njihovo puno učešće u svim oblastima života;
- b) su zasnovane na obilježju koje se odnosi na bilo koji od osnova navedenih u članu 2. ovog zakona kada, u ograničenim okolnostima, zbog prirode konkretnih profesionalnih aktivnosti koje su u pitanju ili konteksta u kojem se izvršavaju, takvo obilježje predstavlja stvarni i određujući uslov u pogledu izbora zvanja. Ovaj izuzetak bit će predmet povremenih preispitivanja;
- c) su zasnovane na razlikovanju, isključivanju ili davanju prednosti u vezi sa zapošljavanjem kao člana osoblja institucije koje se obavlja u skladu s doktrinama, osnovnim postavkama, dogmama, vjerovanjima ili učenjima konkretne vjeroispovijesti ili vjere, s obzirom da je razlikovanje, isključenje ili davanje prednosti izvršeno savjesno kako ne bi došlo do povrede vjerskih osjećanja pripadnika te vjeroispovijesti ili te vjere;
- d) određuju maksimalnu starosnu dob najprimjereniju za prekid radnog odnosa i određuju starosnu dob kao uslov za penzionisanje;
- e) su zasnovane na državljanstvu na način predviđen zakonom;
- f) su zasnovane na realizaciji razumnih prilagođavanja s ciljem osiguravanja principa jednakog postupanja u odnosu na invalidna lica. Poslodavci su zato prema potrebi u konkretnom slučaju dužni preduzeti odgovarajuće mjere, radi omogućavanja da invalidno lice ostvari pristup, učestvuje ili

napreduje u zaposlenju, odnosno da učestvuje u obuci, ako takve mjere ne nameću nesrazmjernu teret poslodavcu;

- g) stavljanje u nepovoljniji položaj pri uređivanju prava i obaveza iz porodičnog odnosa kada je to određeno zakonom, a posebno s ciljem zaštite prava i interesa djece, što mora biti opravdano legitimnom svrhom, zaštitom javnog morala, kao i pogodovanju braka u skladu s odredbama porodičnih zakona;**
- h) prilikom zasnivanja radnog odnosa, uključuju u članstvo, te u djelovanju koje je u skladu s naukom i poslovanjem registriranih crkava i vjerskih zajednica u BiH, kao i druge javne ili privatne organizacije koje djeluju u skladu sa ustavom i zakonima, ako to zahtijevaju vjerske doktrine, uvjerenja ili ciljevi.**

U nastojanju ostvarivanja stvarne jednakost u društvu, državni organi mogu poduzeti i određene mjere koje se neće smatrati diskriminacijom ako su usmjerene na ispravljanje već postojećih nejednakosti. Takve mjere se nazivaju pozitivnim ili afirmativnim. U pogledu terminološkog određenja, pojam afirmativna akcija/radnje se često izjednačuje sa terminom pozitivna diskriminacija. Sve više se u teoriji i praksi napušta korištenje termina pozitivna diskriminacija kao kontradiktornog samog po sebi. Diskriminacija podrazumijeva arbitrarno, nepravedno i nelegitimno razlikovanje i takvo postupanje nikada ne može biti pozitivno. U slučaju da je razlikovanje opravdano i legitimno, onda takvo postupanje ne može biti nazvano diskriminacijom. S druge strane termin pozitivna akcija/radnja/mjera ekvivalentan je terminu afirmativne akcije odnosno mjera. Kao što se vidi iz prethodne odredbe naš zakonodavac se opredijelio za termin zakonske mjere i radnje koje se neće smatrati diskriminacijom ako su utemeljene na objektivnoj i razumnoj opravdanosti. Afirmativne radnje/mjere mogu se definirati kao «konzistentan paket mjera, privremenog karaktera, sa ciljem ispravljanja pozicije članova određenih grupa u jednom ili više aspekata njihovog društvenog života, a radi osiguranja stvarne jednakosti».¹⁴³

Međunarodni instrumenti poznaju pozitivne ili afirmativne mjere pa se npr. u članu 2. CERD države pozivaju da, ako okolnosti to zahtijevaju, poduzmu pozitivne mjere, dok CEDAW obavezuje države da poduzmu posebne privremene mjere kako bi se ubrzano ostvarila de facto ravnopravnost muškaraca i žena. Navedene mjere ne mogu za posljedicu imati održavanje nejednakih ili različitih prava, kada se ostvare ciljevi zbog kojih su mjere i poduzete. Pozitivnim/afirmativnim radnjama i mjerama nastoji se osigurati jednakost grupa koje

¹⁴³ Izvještaj Ekonomskog i socijalnog vijeća UN E/CN.4/Sub.2/2002/21. od 17.06.2002

su historijski bile obespravljene, ispraviti društvena odnosno strukturalna diskriminacija, osigurati različito i proporcionalno predstavljanje različitih grupa, društvena uključenost i poboljšanje standarda pripadnika pojedinih grupa, prevencija društvenih nemira itd. U slučaju uvođenja pozitivnih mjera, mora se napraviti balans u zaštiti grupnih i individualnih prava, pa su nacionalni i međunarodni sudovi jasno utvrdili da pozitivne mjere moraju biti razumne i objektivno opravdane, te da postoji odnos proporcionalnosti između korištenih sredstava i cilja koji se želi postići, te su često ograničene vremenom.

Praksa pokazuje da diskriminacija može postojati u slučajevima kada se sa različitim pojedincima ili grupama postupa drugačije. U slučaju Thlimmenos protiv Grčke podnositelj zahtjeva, Jehovin svjedok, bio je osuđen zbog odbijanja izvršenja naredbe koja se ogledala u tome da je odbio obući vojnu odoru u trenutku opće mobilizacije. Podnositelj zahtjeva se žalio da ga je zbog osude Izvršni odbor grčkog Instituta ovlaštenih knjigovođa odbio imenovati ovlaštenim knjigovođom, te da je zakon propustio napraviti razlikovanje između osoba koje su osuđene zbog svojih vjerskih uvjerenja i onih koji su osuđeni po drugim osnovama. Podnositelj zahtjeva pozivao se na povredu člana 14. u vezi s članom 9. što je Evropski sud i usvojio. Sud je ovim proširio svoju raniju sudsku praksu na situacije u kojima država bez objektivnog i valjanog opravdanja propusti postupati drugačije s osobama čije su situacije značajno drugačije.¹⁴⁴

U praksi se pitanje da li se pojedinci nalaze u različitim situacijama nekada ocjenjuje u odnosu na opravdanje koje odredi država. Države pokušavaju „neutralizirati“ razliku koju navodi podnositelj zahtjeva tvrdeći da se grupe mogu različito kategorizirati, naročito kada podnositelj zahtjeva utemelji svoj zahtjev na kategorijama poput rase, spola ili vjere. Navedene osnove diskriminacije, Sud podvrgava većem stepenu ispitivanja od drugih klasifikacija tražeći čvršće razloge kako bi eventualno opravdao drugačije postupanje. Na primjer, podnositelj zahtjeva može tvrditi da je bilo drukčijeg postupanja na osnovu spola; država može odgovoriti da je s pojedincima postupala drugačije na temelju drugih manje sumnjivih kriterija, poput staža na poslu koji nije vezan za spol.

Diskriminacijom se neće smatrati ono postupanje koje ima objektivno i razumno opravdanje i to u slučajevima kada se takvim postupanjem slijedi zakoniti cilj i kada su korištena sredstva opravdano proporcionalna cilju koji se nastoji ostvariti.

¹⁴⁴ Vidi DH and others v Czech Republic (no. 57325/00, 07/02/2006)

U belgijskom lingvističkom slučaju, Evropski sud utvrdio je ispitivanje opravdanosti za drugačije postupanje, te naglasio važnost kako objektivnih ciljeva tako i odnosa proporcionalnosti: „O tom pitanju Sud... smatra da je prekršeno načelo jednakosti postupanja ako razlika nema objektivno i razumno opravdanje. Postojanje takvog [objektivnog i razumnog] opravdanja mora biti procijenjeno u odnosu na cilj i učinke određene mjere uzimajući u obzir načela koja inače prevladavaju u demokratskim društvima. Razlike u postupanju u korištenju nekog prava navedena u Konvenciji ne moraju samo težiti zakonitom cilju: član 14...se jednako krši kada se jasno utvrdi da ne postoji opravdan odnos proporcionalnosti između korištenih sredstava i cilja kojemu se teži”¹⁴⁵

U posljednjim slučajevima, Sud je ograničio pristup opravdanju u slučajevima diskriminacije. U slučaju Timishev protiv Rusije, Sud je utvrdio da nijedna razlika u postupanju, koja je isključivo ili do značajne mjere utemeljena na etničkom porijeklu osobe, ne može biti objektivno opravdana u savremenom demokratskom društvu, koje je izgrađeno na načelu pluralizma i poštovanja različitih kultura, a prema principima Direktive Europske unije o rasnoj jednakosti i Okvirne direktivi o jednakosti, koje ne dopuštaju objektivno opravdanje diskriminacije.

UDH i drugi protiv Republike Češke, Sud je smatrao da kada je „razlika u postupanju utemeljena na rasi, boji kože ili etničkom podrijetlu, pojam objektivnog ili razumnog opravdanja mora se tumačiti što je moguće preciznije.” Nadalje je naveo da opravdanje koje nudi vlada – da su učenici smješteni u posebne škole nakon testova koji su pokazali da imaju nižu intelektualnu sposobnost – nepouzdana s obzirom na kulturološku pristranu prirodu testova. Utvrdio je da “postoji opasnost da su testovi bili pristrani i da rezultati nisu analizirani u odnosu na posebnosti i posebne osobine romske djece koja su ih polagala. U tim okolnostima ti testovi ne mogu služiti kao opravdanje za pobijane razlike u postupanju.” Navedene presude su citirane i u slučaju Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine.

Malo se slučajeva bavi pitanjem zakonitog cilja, jer većina država priznaje da kada se jednom utvrdi razlika u postupanju, ona mora biti razumno opravdana. Pokazalo se, međutim, da država jednostavno može dokazati da razlika u postupanju ima zakoniti cilj.

¹⁴⁵ Vidi *Marckx v. Belgium* (no.6833/74, 13/06/1979); *Rasmussen v. Denmark* (no.8777/79, 28/11/1984); *Abdulaziz v. UK* (no. 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28/05/1985); *Inze v. Austria* (8695/79, 28/10/1987); *Thlimmenos v. Greece* (no.34369/97, 06/04/2000).

U belgijskom lingvističkom slučaju, zakoniti cilj bila je efikasna provedba politike razvoja lingvističkog jedinstva dvaju velikih lingvističkih područja. U Marckx protiv Belgije cilj je bio poduprijeti i potaknuti tradicionalnu porodicu. U Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva cilj je bio zaštititi tržište rada i javni red.

Dokazujući zakoniti cilj za drukčije postupanje, država ne mora dokazati samo prirodu zakonitog cilja kojeg slijedi, nego uvjerljivim dokazima, mora dokazati i vezu između zakonitog cilja kojeg slijedi i drugačijeg postupanja koje osporava podnositelj zahtjeva. U slučaju Darby protiv Švedske, švedska vlada nije pokušavala opravdati diskriminacijsku poreznu politiku jer je ona u stvarnosti bila utemeljena samo na administrativnoj pogodnosti. U tom slučaju, podnositelj zahtjeva radio je mnogo godina u Švedskoj a da nije formalno prijavio svoje prebivalište. Trebao je platiti crkveni porez za crkvu kojoj nije pripadao, dok su osobe u sličnim situacijama, koje su prijavile svoje prebivalište, bile izuzete od tog poreza. Sud nije utvrdio nikakav zakoniti cilj za tako različito postupanje i u skladu s tim utvrdio je kršenje člana 14.

Utvrđenje proporcionalnosti zahtjeva procjenu postoji li opravdani odnos proporcionalnosti između korištenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti. U navedenom belgijskom lingvističkom slučaju, Sud je istaknuo da Konvencija “ne brani razlike u postupanju koje su utemeljene na objektivnoj procjeni znatno različitih činjeničnih okolnosti i koje, budući da su utemeljene na javnom interesu, postižu pravednu ravnotežu između zaštite interesa zajednice i poštovanja prava i sloboda koje Konvencija osigurava.”

Ispitivanje proporcionalnosti podrazumijeva i pitanje da li je šteta, koju je podnositelj zahtjeva pretrpio u svrhu zakonitog cilja, pretjerana. U belgijskom lingvističkom slučaju Sud je utvrdio da propisi koje je Belgija usvojila u svrhu promicanja jezičnih regija mogu biti opravdani i ne utječu značajno na prava pojedinaca.

U slučaju Paulik protiv Slovačke, Sud je prihvatio da zakoniti interes zaštite porodičnih veza i interesa djece može opravdati razlike u postupanju, mada su korištena sredstva u konkretnom slučaju, naime branjenje podnositelju zahtjeva da ospori očinstvo, neproporcionalna cilju koji se slijedio, pa je iz tog razloga utvrđeno kršenje člana 8. u vezi s članom 14.

Član 6.

(Područje primjene)¹⁴⁶

- (1) Ovaj zakon se primjenjuje na postupanje svih javnih tijela na nivou države, entiteta, kantona i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinskih institucija i tijela, te pravnih osoba s javnim ovlaštenjima, kao i na postupanje svih pravnih i fizičkih osoba, u svim područjima života a posebno u sljedećim područjima:
- a) Zapošljavanja, rada i radnih uvjeta, uključujući pristup zaposlenju, zanimanju i samozapošljavanju kao i radne uvjete, naknade, napredovanja u službi i otpuštanja s posla.
 - b) Obrazovanja, nauke i sporta, uključujući predškolsko, osnovno, srednje i visoko obrazovanje, i javno i privatno. Nadalje, dostupnost obrazovanja ne bi trebala zavisiti od useljeničkog statusa djece ili njihovih roditelja.
 - c) Socijalne zaštite uključujući socijalno osiguranje, socijalne naknade, socijalnu pomoć (naknade za stanovanje, naknade za mlade, itd.) i način postupanja prema korisnicima socijalne zaštite.

¹⁴⁶ Relevantni dokumenti koji reguliraju oblasti osim onih navedenih u komentaru ovog člana:

- Direktiva Vijeća EU 2000/43/EZ o primjeni načela ravnopravnosti osoba, bez obzira na njihovo rasno ili etničko porijeklo;
- Direktiva Vijeća EU 2000/78/EZ o uspostavi okvira za jednak tretman na području zapošljavanja i odabira zvanja;
- Direktiva Vijeća EU 75/117/EEC od 10.02.1975. o usklađivanju prava država članica u vezi s primjenom načela jednake plaće za muškarce i žene;
- Direktiva Vijeća EU 76/207/EEC od 9. 02.1976. o primjeni načela jednakog postupanja za muškarce i žene pri zapošljavanju, profesionalnom usavršavanju, napredovanju i uslovima rada;
- Direktiva 2002/73/EC Evropskog parlamenta i Vijeća EU o izmjenama Direktive 76/207/EEC Vijeća o primjeni načela jednakog postupanja za muškarce i žene pri zapošljavanju, profesionalnom usavršavanju, napredovanju i usloviam rada;
- Direktiva Vijeća EU 86/378/EEC od 24. jula 1986. o primjeni načela jednakog postupanja za muškarce i žene u profesionalnim sistemima socijalne sigurnosti;
- Direktiva Vijeća EU 96/97/EC od 20.12.1996. o izmjenama Direktive 86/378/EEC o primjeni načela jednakog postupanja za muškarce i žene u profesionalnim sistemima socijalne sigurnosti;
- Direktiva Vijeća EU 92/85/EEC od 19. oktobra 1992. o uvođenju poticajnih mjera za unapređenje zaštite na radu trudnih radnica, radnica koje su nedavno rodile ili doje;
- Direktiva Vijeća EU 97/80/EC od 15. decembra 1997. o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na osnovu spola,
- Direktiva Vijeća EU 2000/78/EC od 27. novembra 2000. koja ustanovljuje opći okvir za jednako postupanje pri zapošljavanju i izboru zvanja;
- Direktiva Vijeća EU 2000/43/EZ o primjeni načela ravnopravnosti osoba bez obzira na njihovo rasno ili etničko porijeklo;
- Konvencija o zaštiti ljudskih prava i digniteta ljudskih bića u primjeni biologije i medicine - Oviedo, 04. april 1997. godine – Vijeće Evrope, Bosne i Hercegovine je zemlja potpisnica (Genetsko nasljeđe);
- Evropska Socijalna Povelja (bračno stanje), te su prošireni sa narednim osnovima: zdravstvenog stanja, obrazovanja, društvenog položaja, rodni identitet i izražavanje.

- d) Zdravstvene zaštite uključujući dostupnost skrbi i liječenja, i u odnosu na način na koji se pruža skrb i liječe pacijenti.
- e) Obuke uključujući početno osposobljavanje i stalno stručno usavršavanje, sve vrste i sve nivoje profesionalnog usmjerenja, naprednog stručnog usavršavanja, dokvalifikacije i prekvalifikacije, uključujući i stjecanje praktičnog radno iskustva.
- f) Pravosuđa i uprave uključujući aktivnosti policije i drugih službenika za provedbu zakona, službenika pogranične kontrole, vojno i zatvorsko osoblje. Konkretno, sve osobe će biti jednake pred sudovima i tribunalima.
- g) Stanovanja uključujući pristup stanovanju, uvjete stanovanja i raskid ugovora o najmu.
- h) Javnog informiranja i medija.
- i) Članstva u profesionalnim organizacijama, uključujući članstvo u organizaciji radnika ili poslodavaca ili u bilo kojoj organizaciji čiji članovi obavljaju neko određeno zanimanje; uključenost u takve organizacije i pogodnosti koje pružaju takve organizacije.
- j) Roba i usluga namijenjenih javnosti i javnim mjestima, uključujući, na primjer, prilikom kupovine robe u trgovini, prilikom podnošenja molbe za zajam u banci i u odnosu na pristup diskotekama, kafićima i restoranima.
- k) Obavljanja privredne djelatnosti, uključujući pravo o tržišnoj konkurenciji, odnose između preduzeća i odnose između poduzeća i države.
- l) Učešća u kulturnom i umjetničkom stvaralaštvu.
- m) Jednakom učešću u javnom životu svih građana.
- n) Porodice, pri čemu će bračni drugovi uživati potpunu jednakost prava kao i odgovornosti u pogledu bračne zajednice, tokom trajanja bračne zajednice i njene rastave uključujući i prava i odgovornosti u pogledu podizanja djece.
- o) Prava djeteta uključujući one mjere zaštite koje su potrebne shodno njihovom statusu maloljetnika, od strane njihove porodice, društva i države.

Bosna i Hercegovina se, nakon rata 1992.-1995. našla u vrlo delikatnoj situaciji u pogledu poštivanja ljudskih prava. Rat, kao najdrastičniji oblik kršenja najvrednijih ljudskih vrijednosti života i slobode i drugih ljudskih prava, u Bosni i Hercegovini je bio dodatno opterećen elementima evidentne diskriminacije na nacionalnoj osnovi uz teška kršenja ratnog i humanitarnog prava, što je potvrđeno i nizom presuda Tribunala za ratne zločine počinjene na području bivše Jugoslavije, Presudom Međunarodnog suda pravde u Hagu ali i Odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U 5/98 u kojima je, između ostalog, potvrđen počinjeni genocid u području Srebrenice, široko rasprostranjeno "etničko čišćenje", preseljavanje stanovništva, teški ratni zločini i drugi, najteži oblici kršenja ljudskih prava. Rat u BiH je okončan potpisivanjem Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (u daljnjem tekstu: Daytonski sporazum) čiji Anex 4. je predstavljao novi Ustav BiH.

Anex 4. dakle Ustav BiH u svom članu II/6. utvrđuje:

„Implementacija

Bosna i Hercegovina, i svi sudovi, ustanove, organi vlasti, te organi kojima posredno rukovode entiteti ili koji djeluju unutar entiteta podvrgnuti su, odnosno primjenjuju ljudska prava i osnovne slobode na koje je ukazano u stavu 2.“

Dakle, samim Ustavom BiH je utvrđena obaveza da sva javna tijela, počevši od sudova, organa uprave na svim nivoima vlasti, od državnog do najnižeg – jedinica lokalne samouprave, poštuju prava iz člana II/2. Ustava BiH. Podsjećanja radi, član II/2. Ustava BiH navodi ljudska prava koja se štite ustavnim tekstom, ali posebno upućuju na direktnu primjenu Evropske konvencije za zaštitu osnovnih ljudskih prava (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija), a čiji sastavni dio je član 14. koji utvrđuje zabranu diskriminacije u vezi sa ostvarenjem prava iz Evropske konvencije i Protokol broj 12. uz Evropsku konvenciju koji pruža dodatne garancije u pogledu zabrane diskriminacije na taj način da zabranu diskriminacije ne vezuje za ostvarenje prava zaštićenih Evropskom konvencijom, već daje jednu širu osnovu za zabranu diskriminacije, koja uključuje svako postupanje javnih vlasti bez obzira na oblast društvenog života iz kojega je takvo ponašanje proisteklo. U suštini, može se postaviti pitanje svrhe donošenja posebnog Zakona o zabrani diskriminacije, obzirom da već postoji ustavni princip zabrane diskriminacije po bilo kojoj osnovi, osim onih pobrojanih u članu 14. Evropske konvencije i ratifikacijom Protokola broj 12. Međutim, imajući u vidu da stav 1. člana

1. Protokola broj 12. uz Evropsku konvenciju navodi “uživanje svih prava određenih zakonom”, onda se može pronaći opravdanje za donošenje posebnog Zakona o zabrani diskriminacije.¹⁴⁷

U stavu 1. ovog člana se izričito ukazuje da pobrojane oblasti, u kojima se zabranjuju diskriminacije, ne uključuje samo one nabrojane već se koristi formulacija “u svim područjima života” što praktično znači da svaka osoba može procijeniti da li je u bilo kojoj oblasti došlo do diskriminatorskog odnosa spram nje od strane javnih vlasti, kako bi se odlučila za eventualno pokretanje postupka u cilju svoje zaštite, odnosno sankcioniranja zabranjenog ponašanja. Zato ovaj član i ne treba posmatrati kao limitirajući u smislu samo onih oblasti nabrojanih u ovom članu, već samo kao primjer oblasti u kojima najčešće dolazi do diskriminatorskog odnosa javnih vlasti. Iako je važno istaći da svaka od pobrojanih oblasti ima svoje specifičnosti, može se izvesti opća ocjena da svako drugačije postupanje, u bilo kojoj oblasti života, ukoliko ne postoji razumno opravdanje, predstavlja diskriminaciju pa zbog toga i nije neophodno svaku od pobrojanih oblasti posebno definirati i isticati jer sam tekst stava 1. ovog člana upućuje na sva područja života, a ne samo pobrojane. Ono što također predstavlja obavezu, jeste korekcija cjelokupnog zakonodavstva, koje u sebi sadrži odredbe, koje mogu dovesti do diskriminacije, a takvih propisa je na teritoriji Bosne i Hercegovine jako puno usvojeno u proteklom periodu.

Apsurdna ustavna situacija u Bosni i Hercegovini je tim veća jer isti ustavni tekst, pored stavljanja zaštite ljudskih prava i zabrane diskriminacije na najviši mogući demokratski nivo, drugim svojim odredbama direktno uvodi diskriminaciju u organizaciju vlasti, izborni sistem i druge oblasti javnog života, favorizirajući isključivo nacionalnu pripadnost konstitutivnih naroda, a zanemarujući prava pojedinaca, odnosno grupa koje ne pripadaju konstitutivnim narodima. U stvari, u sam tekst Ustava BiH je ugrađena diskriminacija čime se vrši konfrontacija unutar pojedinih odredbi Ustava što dodatno komplicira primjenu ovoga zakona. Posebnu otežavajuću okolnost za primjenu ovog zakona predstavlja i činjenica da ovakva, ustavom uspostavljena diskriminacija, traje od 14. decembra 1995. godine, kada je Ustav BiH stupio na snagu, i da je čitav niz zakona, podzakonskih

¹⁴⁷ Jedan od osnovnih ciljeva direktiva o antidiskriminaciji je obezbijediti žrtvama diskriminacije više instrumenata koje će koristiti za pokretanje aktivnosti protiv diskriminacije na osnovu rase ili etničkog porijekla, vjere ili uvjerenja, invaliditeta, seksualne orijentacije i dobi. Kao što je Evropski sud pravde (ECJ) naveo vezano za diskriminaciju između muškaraca i žena da je borba protiv diskriminacije „dio društvenih ciljeva zajednice“. Princip da je nediskriminacija ključna za vrijednosti EU ojačan je Poveljom o osnovnim pravima koja u članu 21 (1) izjavljuje da je diskriminacija na brojnim osnovama, „zabranjena“. Konkretnije, Direktiva o rasnoj jednakosti (2000/43/EC) potvrđuje da su rasizam i diskriminacija kamen spoticanja za društvenu i ekonomsku integraciju.

akata, poslovnika, pravilnika i drugih općih akata, donesen na različitim nivoima vlasti, počevši od općina, preko kantona, entiteta do nivoa države i potreban je veliki napor da se stave van snage svi propisi koji se temelje na diskriminatornim odredbama Ustava BiH.

Kao samo jedan mali, ali ne i jedini primjer o neusklađenosti Ustava BiH i Evropske konvencije, uzeti su čl. IV/1. i V/1. Ustava BiH koji utvrđuju način izbora članova Predsjedništva i delegate u Dom naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine i dati razlozi za njihovu neusklađenost na osnovu prakse Evropskog suda za ljudska prava. O potvrdi ovakvih stavova u vezi sa postojanjem diskriminacije u samom ustavnom tekstu kao i pratećem, Izbornom zakonu BiH, izjasnila se i Venecijanska komisija u svom Mišljenju,¹⁴⁸ koje je i potvrđeno presudom Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Finci i Sejdić protiv Bosne i Hercegovine.

Član 7.

(Centralna institucija za zaštitu od diskriminacije)

- (1) Centralna institucija nadležna za zaštitu od diskriminacije je Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ombudsmen Bosne i Hercegovine).**
- (2) Ombudsmen Bosne i Hercegovine u okviru svoje nadležnosti:**
 - a) zaprima pojedinačne i grupne žalbe u vezi s diskriminacijom;**
 - b) fizičkim i pravnim licima koja su podnijela žalbu zbog diskriminacije daje potrebna obavještenja o njihovim pravima i obavezama, te mogućnostima sudske i druge zaštite;**
 - c) povodom žalbe Ombudsmen Bosne i Hercegovine može odlučiti da ne prihvati žalbu ili da pokrene postupak istraživanja;**
 - d) predlaže pokretanje postupka medijacije u skladu s odredbama Zakona o medijaciji;**
 - e) prikuplja i analizira statističke podatke o slučajevima diskriminacije;**
 - f) podnosi godišnji, a prema potrebi i vanredne izvještaje o pojavama diskriminacije Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine, Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine, Narodnoj skupštini Republike Srpske i Skupštini Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine;**

¹⁴⁸ Mišljenje o ustavnoj situaciji u Bosni i Hercegovini i ovlaštenjima Visokog predstavnika, Venecijanska komisija, Mišljenje broj CDL-AD (2005) 004, Venecija, od 11. marta 2005. godine,»

- g) informira javnost o pojavama diskriminacije;
 - h) na vlastitu inicijativu, provodi istraživanja u oblasti diskriminacije;
 - i) daje mišljenja i preporuke s ciljem sprečavanja i suzbijanja diskriminacije, te predlaže odgovarajuća zakonska i druga rješenja nadležnim institucijama u Bosni i Hercegovini;
 - j) ima pravo da pokreće i učestvuje u postupku za zaštitu od diskriminacije za prekršaje propisane ovim zakonom;
 - k) prati zakonodavstvo i daje savjete zakonodavnim i izvršnim organima;
 - l) podiže svijest o pitanjima vezanim za rasizam i rasnu diskriminaciju u društvu;
 - m) unapređuje politike i prakse koje imaju za cilj da osiguraju jednako postupanje.
- (3) Ombudsmen Bosne i Hercegovine pri izradi redovnih izvještaja, mišljenja i preporuka o pojavama diskriminacije saraduje s organizacijama civilnog društva koje se bave zaštitom i promoviranjem ljudskih prava i organizacijama koje se bave zaštitom prava grupa izloženih visokom riziku diskriminacije.
- (4) Ombudsmen Bosne i Hercegovine pruža pomoć licima ili grupama lica koja se obraćaju međunarodnim tijelima za zaštitu od diskriminacije u davanju uputstava, savjeta, konsultacija u toku postupka, prijedloga i preporuka.
- (5) Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine će u svrhu ostvarivanja svoje nadležnosti uspostaviti poseban odjel koji bi isključivo razmatrao predmete navodne diskriminacije u pogledu postupanja javnih tijela na nivou države, entiteta, kantona i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinskih institucija i tijela, te pravnih lica s javnim ovlaštenjima, kao i postupanje svih pravnih i fizičkih lica, u svim oblastima života.
- U budžet Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine bit će uvrštena posebna budžetska stavka neophodna za funkcioniranje specijalnog odjela/specijalnih odjela za borbu protiv diskriminacije.
- (6) Sve državne institucije, entitetske, kantonalne i tijela Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinske, institucije i pravna lica s javnim ovlaštenjima, te ostala pravna i fizička lica dužna su, na zatjev Ombudsmena Bosne i

Hercegovine, najkasnije u roku od 30 dana od dana zaprimanja zahtjeva, dostaviti tražene podatke i dokumente.

- (7) Nadležne institucije u Bosni i Hercegovini obavezne su saradivati s Ombudsmenom Bosne i Hercegovine i davati pismeno odgovore i obavještenja u roku koji je Ombudsmen Bosne i Hercegovine odredio i o efektu preporuka datih s ciljem otklanjanja diskriminacije.**

Uspostavljanje tijela za borbu protiv diskriminacije je preporuka Evropske komisije i nekih specijaliziranih agencija iz člana 13. Rasne¹⁴⁹ i člana 20. Direktive o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakoga tretiranja muškaraca i žena u pitanjima zapošljavanja i obavljanja zanimanja (preuređena verzija)¹⁵⁰.

Ulogu ovog tijela u skladu sa odredbama člana 7. u Bosni i Hercegovini obavlja Ombudsman za ljudska prava Bosne i Hercegovine. Bitno je naglasiti da je postojanje institucije Ombudsmana uveliko olakšalo posao pri izradi teksta Zakona jer je prateći dobre prakse u zemljama Evropske unije priređivač Zakona ulogu centralnog tijela mogao da povjeri upravo ovoj instituciji. Prema obrazloženju prijedloga Zakona „Ovu funkciju je 14 od 25 zemalja Evropske unije povjerilo instituciji Ombudsmana, dok je 5/25 većinu funkcija povjerilo parlamentarnim komisijama. Irska i Bugarska imaju posebna tijela za borbu protiv diskriminacije koje imaju kvazi-sudske ovlasti budući da mogu izricati prekršajne kazne u kvazi-sudskom postupku.”

Budući da je donesen nakon višedecenijskog razvoja relevantnih međunarodnih standarda, te nakon jednako dugog perioda djelovanja ove institucije u mnogim državama svijeta, najveći dio Zakona o ombudsmanu za ljudska prava BiH (Sl. Glasnik BiH br. 32/00). iz 2001. godine predstavlja najviši izraz dostignuća i standarda vezanih za rad ove institucije¹⁵¹. Stoga je i jasno da je priređivač Zakona mogao da prepozna nadležnosti koje direktive zahtijevaju od ovog tijela u odredbama Zakon o ombudsmanu za ljudska prava Bosne i Hercegovine „Funkcije koje su nabrojane u ovom članu su urađene prema preporukama EC, te

¹⁴⁹ „Države članice će odrediti tijelo ili tijela za promoviranje ravnopravnog tretmana svih lica bez diskriminacije na osnovu rasnog ili etničkog porekla. Ova tijela mogu činiti dijelovi agencija određenih na nacionalnom nivou za odbranu ljudskih prava ili za zaštitu prava pojedinaca.

¹⁵⁰ Države članice će imenovati tijelo ili tijela za promicanje, analiziranje, praćenje i pružanje potpore jednakom tretiranju svih osoba, bez diskriminacije na temelju spola, i provesti potrebna rješenja. Ta tijela mogu biti dio nadležne agencije za zaštitu ljudskih prava i prava pojedinaca na nacionalnoj razini.

¹⁵¹ „LJUDSKA PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI 2008 - Pravo, praksa i međunarodni standardi ljudskih prava sa ispitivanjem javnog mnjenja”, gl.urednik M. Živanović, strana 39., Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2009.

se poklapaju sa nadležnosti institucija Ombudsmana u Bosne i Hercegovine.¹⁵² Gore navedene direktive zahtijevaju da nadležnosti ovog tijela obuhvataju :

- bez prejudiciranja prava žrtava i udruženja, organizacija i drugih pravnih entiteta iz člana 7(2)., pružanje nezavisne pomoći žrtvama diskriminacije pri podnošenju žalbe na diskriminaciju,
- obavljanje nezavisnih pregleda situacije u vezi diskriminacije,
- objavljivanje nezavisnih izveštaja i davanje preporuka o problemima koji se tiču takve diskriminacije.

Nadležnosti Ombudsmana BiH su mnogo šire od zahtjeva postavljenih u direktivama jer su definisane prema odredbama Generalne preporuke broj 2. "Posebna tijela za borbu protiv rasizma, ksenofobije, antisemitizma i netolerancije na državnom nivou"¹⁵³ i Pariških principa o državnim institucijama za ljudska prava¹⁵⁴. Tako prema Principu broj 3. Generalne preporuke broj 2. Ključne nadležnosti tijela za suzbijanje diskriminacije uključuju pravnu pomoć osobama koje smatraju da su trpile diskriminaciju odnosno proces ispitivanja prijave koji će na pravi način usmjeriti zahtjev osobe koja se žali. Ako se utvrdi da postoje elementi diskriminatornog postupanja, tijelo treba da provede nezavisnu istragu, odnosno mora imati dovoljno ovlasti da zahtijeva pristup informacijama koje posjeduju organi vlasti. Ukoliko dođe do pokretanja sudskog ili upravnog postupka, ova tijela trebaju da imaju mogućnost da budu na zahtjev i odobrenje stranke prisutna tokom ovog postupka. Pozitivne obaveze ovih tijela uključuju obavezu da prikupljaju informacije o oblicima i pojavama diskriminacije, upozoravaju javnost o učestalosti i oblicima diskriminacije i na osnovu prikupljenih informacija imaju pozitivnu obavezu da predlažu zakonodavnim i/ili izvršnim tijelima izmjene ili dopune postojeće legislative kako bi se onemogućile buduće diskriminatorne prakse.

Stav (5) člana 7. predviđa uspostavljanje posebnog odjela koji bi isključivo razmatrao predmete navodne diskriminacije. U okviru institucije Ombudsmana BiH već je uspostavljen Odjel za eliminaciju svih oblika diskriminacije kojim rukovodi šef Odjela koji je ujedno i pomoćnik Ombudsmana, i koji ima nadležnosti u skladu sa odredbama člana 7.

¹⁵² Obrazloženje prijedloga Zakona

¹⁵³ Evropska komisija protiv rasizma i netolerancije, 13. juni 1997. godine

¹⁵⁴ Usvojeni od strane Generalne skupštine UN (85. Plenarna sjednica, od 20. 12.1 1993. godine)

Ovaj odjel prima žalbe i ex officio pokreće istrage u slučajevima kada utvrdi kršenje i probleme u ostvarivanju prava proisteklih iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Međunarodne konvencije o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije, Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije u odnosu na žene, Okvirne Konvencija za zaštitu nacionalnih manjina, a posebno u slučajevima kada utvrdi bilo kakav oblik diskriminacije zasnovan na rasi, boji, spolu, jeziku, političkom ili kakvom drugom mišljenju, nacionalnom ili socijalnom porijeklu, imovinskom stanju.

Prema Zakonu o ombudsmanu za ljudska prava Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH", broj 19/02, 32/06) ova institucija razmatra predmete koji se odnose na povredu ljudskih prava, počinjenu od strane bilo koje institucije u Bosni i Hercegovini¹⁵⁵. Iako se nadležnost Ombudsmana uglavnom odnosi na zaštitu pojedinaca od organa vlasti, član 5. je proširio ovu nadležnost na način da će Odjel za eliminaciju svih oblika diskriminacije moći da postupa i po pojedinačnim žalbama koje se odnose na „navodne diskriminacije u pogledu postupanja... svih pravnih i fizičkih lica, u svim oblastima života.“

Instituciji Ombudsmena/Ombudsmana za ljudska prava BiH može se obratiti svako fizičko i pravno lice. Žalba se izjavljuje pismeno, putem pošte, fax-a, e-mail-a ili ličnim dostavljanjem. Institucija Ombudsmena/Ombudsmana za ljudska prava BiH, ukoliko utvrdi diskriminaciju, izdaje preporuke sa mjerama kako bi se ispravile povrede principa jednakog postupanja. Iako preporuke Ombudsmana nisu obavezujuće one mogu svojom snagom argumenta da posluže kao dobra osnova za korištenje drugih mehanizma za zaštitu od diskriminacije. Pored toga, u skladu sa stavom (7), nadležne institucije u Bosni i Hercegovini su obavezne saradivati s Ombudsmanom Bosne i Hercegovine i davati pismeno odgovore i obavještenja u roku koji je Ombudsman Bosne i Hercegovine odredio o efektu preporuka datih s ciljem otklanjanja diskriminacije. Obaveza saradivanja je dodatno naglašena i kroz mogućnost kažnjavanja za prekršaj novčanom kaznom iz člana 20. za one institucije koje odbiju da saraduju sa institucijom Ombudsmana, što je također jedna od novina koja se odnosi na dosadašnju obavezu saradnje sa ovom institucijom, jer Zakon o ombudsmanu ne sadrži prekršajne odredbe.

¹⁵⁵ Član 2. Institucija će razmatrati predmete koji se odnose na slabo funkcioniranje ili povrede ljudskih prava i sloboda počinjene od bilo kojeg organa vlade.

Obavještenja o pravima i obavezama

Iako institucija Ombudsmana nije nadležna da piše podneske ili žalbe u ime pojedinaca Odjel je nadležan da fizičkim i pravnim licima, koja su podnijela žalbu zbog diskriminacije, daje potrebna obavještenja o njihovim pravima i obavezama, te mogućnostima sudske i druge zaštite. Pored toga, Ombudsman je nadležan da pruža pomoć licima ili grupama lica koja se obraćaju međunarodnim tijelima za zaštitu od diskriminacije u davanju uputstava, savjeta, konsultacija u toku postupka, prijedloga i preporuka. Ako je to moguće, Ombudsman može da predloži pojedincima i grupama da pokrenu postupak medijacije u skladu s odredbama Zakona o medijaciji.

Na ovaj način će uloga Ombudsmana omogućiti pojedincima i grupama da ispravno formulišu svoje zahtjeve vezane za diskriminaciju, prije nego što podnesu zahtjev u postupku za zaštitu od diskriminacije. Do uspostavljanja određene sudske prakse, u postupanju u slučajevima diskriminacije, podrška pojedincima i grupama od strane Ombudsmana će biti veoma značajna.

Član 8.

(Vođenje evidencije i koordinacija nadležnih institucija)

- (1) Nadležne institucije u Bosni i Hercegovini dužne su voditi redovnu evidenciju svih slučajeva prijavljene diskriminacije, a prikupljene podatke obavezno dostavljati Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine.**
- (2) Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, u okviru zakonom utvrđenih nadležnosti, ima obavezu, na osnovu prikupljenih podataka o pojavama i obimu diskriminacije, najmanje jednom godišnje pripremati Vijeću ministara Bosne i Hercegovine izvještaj, a prema potrebi i posebne izvještaje koji sadrže prijedlog mjera za sprečavanje i suzbijanje pojava diskriminacije u Bosni i Hercegovini.**
- (3) Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine dužno je jednom godišnje izvještavati, posredstvom Vijeća ministara Bosne i Hercegovine, i Parlamentarnu skupštinu Bosne i Hercegovine o pojavama diskriminacije i u vezi s tim predlagati konkretne zakonodavne ili druge mjere.**
- (4) U skladu s odredbama ovog člana, ustanovit će se posebne evidencije u zakonodavnim, izvršnim i sudskim organima radi evidencije slučajeva diskriminacije utvrđene u krivičnim, parničnim, vanparničnim i izvršnim postupcima.**

- (5) Centralna baza podataka za počinjena djela diskriminacije bit će uspostavljena u Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine.
- (6) Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine će, u roku od 90 dana od dana stupanja na snagu ovog zakona, donijeti pravilnik o načinu prikupljanja podataka o predmetima diskriminacije u Bosni i Hercegovini kojim se definira sadržaj i izgled upitnika za prikupljanje podataka o predmetima diskriminacije i ostala pitanja vezana za postupak prikupljanja potrebnih podataka.

Značaj podataka o predmetima diskriminacije

Mnogo puta je Bosni i Hercegovini skrenuta pažnja od strane tijela koje prate provedbu međunarodnih ugovora na potrebu prikupljanja i razvrstavanja podataka. Tako su npr. tijela Ujedinjenih naroda, nakon razmatranja izvještaja Bosne i Hercegovine, u svojim zaključnim komentarima izrazile svoju zabrinutost o nedostupnosti podataka razvrstanih po različitim kriterijima. Posebno je naglašena zabrinutost što je *„zadnji popis urađen 1991. godine, što je prije oružanog sukoba koji je uzrokovao značajne demografske promjene na teritoriji države članice”*¹⁵⁶.

Posebno je naglašena i zabrinutost posljedica zastarjelosti ovih podataka u ocjeni „obim etničke diskriminacije na teritoriji države članice”¹⁵⁷.

I drugi komiteti¹⁵⁸ su u svojim zaključnim komentarima pozvali Bosnu i Hercegovinu da prikuplja podatke, kako bi prepoznala posebne potrebe svih pojedinaca i ugroženih grupa, kreirala politike, da se omogući uživanje prava za sve, odnosno razvila metode za procjenu uticaja politika.

Zakon o zabrani diskriminacije, uspostavljenjem okvira za ostvarivanje jednakih prava i mogućnosti, stvorio je preduslove ali i obavezu svih onih koji utiču na ostvarivanje prava i sloboda, da prilikom postupanja vode računa o posebnim interesima pojedinaca i grupa osoba.

¹⁵⁶ Zaključna razmatranja Komiteta o eliminaciji rasne diskriminacije, CERD/C/BIH/CO/6, 11. april 2006. Godine, paragraf 8.

¹⁵⁷ Ibid

¹⁵⁸ Komitet o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Komitet o pravima djeteta, Komitet za eliminaciju diskriminacije žena

S druge strane, kod posrednog oblika diskriminacije koji predviđa postojanje „naizgled neutralnih“ odredbi, kriterija ili praksi, koje imaju „učinak dovođenja nekog lica ili grupe lica u nepovoljan ili manje povoljan položaj”, ovim zakonom je propisana obaveza razmatranja različitih položaja koje korisnici prava iz takvog propisa imaju u trenutku donošenja tog propisa.

Na ovaj način je naglašena potreba prikupljanja podataka, kako bi nosioci obaveza u skladu sa ovim zakonom, pri definiranju novih zakona, politika i mjera za otklanjanje diskriminacije koristili podatke koji su relevantni za tu politiku, a posebno kako bi se izbjegla mogućnost da tim djelovanjem nastanu situacije posredne diskriminacije. Podaci o pojavama i slučajevima diskriminacije imaju mnogostruki značaj za primjenu ovog zakona.

Prije svega, podaci o pojavama i slučajevima diskriminacije su neophodni kako bi vodili i podržali razvoj novih politika. Dostupnost podataka je bitna kako bi se prepoznale različite potrebe grupa koje postoje u društvu, kako bi se postiglo ostvarivanje jednakih prava i mogućnosti svih tih grupa u društvu. Nemogućnost ostvarivanja jednakih prava i mogućnosti u društvu, dovodi do neiskorištavanja ljudskih resursa koji postoje u društvu, utiče na kvalitet života i često vodi ka dezintegraciji društva, te vrlo često dovodi do situacija posredne diskriminacije. Naime, ukoliko donosilac određene odredbe ili kriterija, odnosno uspostavljanjem određene prakse zanemari različit položaj u kojem se nalaze, recimo, žene koje koriste porodijsko odsustvo prilikom napredovanja¹⁵⁹ u službi, ili prilikom izgradnje zdravstvene ustanove radi ostvarivanja prava na socijalnu zaštitu prihvati pristup, kojim sve građane tretira kao grupu građana, koji čine većinu u toj teritorijalnoj jedinici, a zanemari različit položaj u kojem se nalaze osobe u invalidskim kolicima i ne predvidi obavezu izgradnje pristupne rampe, nastat će situacija posredne diskriminacije.

Podaci o pojavama i slučajevima diskriminacije su također neophodni u sudskim postupcima, kada osobe koje pokreću postupak za zaštitu od diskriminacije, a pogotovo kada žele da koriste statističke podatke, kako bi se ispunili uslovi iz člana 15. stav 1. kako bi teret dokazivanja prešao na stranu navodnog prekršioca “da nije prekršio princip jednakog postupanja ili zabrane diskriminacije u predmetu rasprave“, ali mogu da budu i značajne, kako bi se podržao zahtjev za utvrđivanje diskriminacije.

¹⁵⁹ Vidi primjer - Gospođa Thibault iznad

U vršenju svojih obaveza, Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice BiH i Ombudsman za ljudska prava BiH morat će koristiti ove podatke kako i mogli da nadziru primjenu ovog zakona i da izvještavaju zakonodavna i izvršna tijela, odnosno javnosti.

Konačno, podaci su nezamjenjivi, prilikom provođenja istraživanja, koja služe za bolje razumijevanje pojava i slučajeva diskriminacije u društvu.

Prikupljanje podataka

U članu 8. je propisana obaveza prikupljanja podataka o slučajevima prijavljene diskriminacije (stav 1.), prikupljanja podataka o pojavama i obimu diskriminacije (stav 3.) i vođenja evidencija o slučajevima diskriminacije (stav 4.).

Stav 5. je predvidio i kreiranje centralne baze podataka, koja će biti uspostavljena u Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine.

S ciljem usklađivanja metodologije prikupljanja podataka, Zakonom je propisana obaveza donošenja pravilnika o načinu prikupljanja podataka o predmetima diskriminacije u Bosni i Hercegovini od strane Ministarstva za ljudska prava i izbjeglice BiH.

Ovim pravilnikom bi se trebao definirati sadržaj i izgled upitnika za prikupljanje podataka o predmetima diskriminacije i ostala pitanja vezana za postupak prikupljanja potrebnih podataka.

Kako bi podaci koji se prikupljaju postigli značaj koji bi mogli imati za ostvarivanje jednakih prava i mogućnosti, neophodno je da sadrže informacije o:

- grupama osoba koje posjeduju osobine predviđene u članu 2..
- sva prava i slobode i sve oblasti primjene iz člana 6.
- informacije o pojavama, uzrocima i posljedicama predmeta diskriminacije

Podaci o slučajevima diskriminacije treba da uključuju osnovne informacije o broju i vrsti pritužbi koji se podnose određenoj instituciji vlasti ili organizaciji. Ovi podaci mogu da sadrže i dodatne informacije koje se odnose na različite profile osoba koje se žale na diskriminaciju, a posebno osobine te osobe ili grupe koja podnosi pritužbu. Ukoliko se radi o materijalima i dokazima koji su korišteni prilikom pokretanja određenih pravnih radnji, onda će oni

biti izvrsni izvori informacija o diskriminaciji, a posebno izvrsna osnova za kvalitativna istraživanja koja mogu da ponude različite uglove o načinu na koji je došlo do diskriminacije, motivima, razlozima i argumentima. Dodatna analiza ovih predmeta može, također, da posluži i kao izvrstan izvor o odgovoru pravosudnog sistema na izazove diskriminacije, a posebno informacije o dokaznom materijalu, koje je sud smatrao dovoljno ubjedljivim za dokazivanje slučajeva diskriminacije.

Podaci o slučajevima diskriminacije nastaju u nadležnim institucijama u Bosni i Hercegovini koje na bilo koji način imaju doticaja sa ovim slučajevima. Ova tijela najčešće uključuju policiju, tužilaštva, sudove i Ombudsmana, ali veoma često i organe uprave koje provode upravni postupak. Podaci o slučajevima diskriminacije također mogu pristići i iz nevladinog sektora koji pruža podršku žrtvama diskriminacije.

Budući da različiti akteri mogu da budu uključeni u procesuiranje slučajeva diskriminacije (uključujući policiju, tužilaštvo, sudove i Ombudsmana), uvezivanje informacija može također da ponudi dodatne informacije o funkcioniranju pravosudnog sistema. Tako bi ove informacije mogle da ponude uvid u broj predmeta koji se pokreću radi zaštite od diskriminaciju u odnosu na broj predmeta koji završe presudom, značaj uloge Ombudsmana kao i da upute na sve one prepreke koje ometaju dokazivanje pojava diskriminacije.

Pravilnik će također morati da razvije različite modele prikupljanja podataka od različitih nosioca obaveze. Tako će podaci o predmetima diskriminacije koji se vode u sudovima vjerovatno biti moguće dobiti od Visokog sudskog i tužilačkog vijeća koje je razvilo Sistem za automatsko upravljanje predmetima u sudovima - CMS. CMS je zvanični elektronski informativni sistem pravosuđa Bosna i Hercegovine koji koristi većina uposlenika, i koji omogućava da svi radni procesi u sudovima budu povezani u jedinstvenu logičku i organizacionu cjelinu. Pretpostavlja se da će korištenjem ovog sistema biti moguće generirati „izvještaje“, koji bi pokrili kategorije, koje su od interesa za provođenje svrhe člana 8. Čak i podaci koji budu ukazivali na broj predmeta koji se odnose na prijavljene i procesuirane predmete diskriminacije, bit će od velikog značaja za praćenje stanja ravnopravnosti. Dio pravilnika, koji se odnosi na izgled upitnika za sudove, morat će se razviti u saradnji sa VSTV-om, kako bi se unaprijed prepoznale mogućnosti ali i ograničenosti CMS softvera.

Poseban izazov će svakako predstavljati dio pravilnika koji se odnosi na upitnik koji će koristiti organi uprave osobito zbog činjenice da je u Bosni i

Hercegovini primijenjen jedan slojevit sistem uprave, ali i iz činjenice da o većini prava pojedinaca i grupa odlučuju organi lokalne samouprave. Za ovaj dio će posebno značajno biti da se razvije modalitet saradnje, kako bi se omogućila koordinacija od strane Ministarstva za ljudska prava i izbjeglice. Jedan od modela koji je već primijenjen u Bosni i Hercegovini jeste model razvijen za potrebe provođenja zakona o slobodi pristupa informacijama¹⁶⁰. Za izradu ovog pravilnika interesantni bi mogli biti dijelovi ovih zakona koji se odnose na obavezu donošenja vodiča i imenovanju dužnosnika. Na sličan način pravilnik bi mogao propisati obavezu svih organa uprave u Bosni i Hercegovini da imenuju dužnosnika za dostavljanje informacija Ministarstvu, uključujući i dostavljanje kontakt podataka tog dužnosnika, kao i obavezu izrade vodiča ili pravilnika koji bi upoznao osobe o mogućnosti da se žale ukoliko trpe jedan od oblika diskriminacije. Na ovaj način bi se osigurao sistem za prikupljanje i dostavljanje podataka o predmetima diskriminacije.

Zakon ne definira rok u kojem bi se ovi podaci trebali dostaviti Ministarstvu zbog vođenja centralne baze podataka, ali budući da se godišnje izvještava Vijeće ministara i Parlamentarna skupština, pretpostavka je da će pravilnik predvidjeti da se ove informacije dostavljaju godišnje.

Izveštavanja o obimu i pojavama diskriminacije

Same informacije koje se odnose na predmete diskriminacije vjerovatno neće moći da ponude odgovore o uzrocima diskriminacije, jer će nuditi samo mali dio svih različitosti koje postoje u društvu i neće omogućavati Ministarstvu da podnosi prijedloge zakonodavnih ili drugih mjera u skladu sa stavovima 2. i 3. člana 8.

Stoga će za ispunjavanje ovih obaveza biti neophodno da se informacije dobivene iz evidencija o slučajevima diskriminacije uporede sa drugim izvorima koji nude informacije o različitim kategorijama društva. U druge izvore podataka spadaju statistički podaci, istraživanja, ankete, situaciono testiranje, kvalitativna i druga istraživanja. Samo na ovaj način će biti moguće vršiti obaveze predviđene u članu 8. Zakona, a posebno izvještavati Vijeće ministara BiH, odnosno javnost o obimu i pojavama diskriminacije u društvu.

¹⁶⁰ Odnosi se podjednako na zakon donesen na nivou Bosne i Hercegovine i na zakone usvojene na entitetskom nivou

Zaštita ličnih podataka

Prilikom dostavljanja ovih podataka Ministarstvu, sva tijela moraju voditi posebnu pažnju kada je u pitanju zaštita ličnih podataka. Prilikom razvijanja pravilnika posebnu pažnju treba obratiti da se prikupljaju samo oni podaci koji su neophodni za provođenje svrhe člana 8. i Zakona u cijelosti.

Zakon o zaštiti ličnih podataka Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 49/06) je jedan kompleksan zakonski tekst kojim je preuzet odgovarajući *acquis* tj. Direktiva o zaštiti pojedinaca u odnosu na obradu ličnih podataka i razmjenu tih podataka (oktobar 24, 1995.). Ovaj zakon primjenjuje se na lične podatke koje obrađuju svi javni organi, fizička i pravna lica, osim ako drugi zakon ne nalaže drugačije¹⁶¹. U smislu istog, lični podaci znače bilo koju informaciju koja se odnosi na fizičko lice na osnovu koje je utvrđen ili se može utvrditi identitet lica.

U pravilu Zakon o zaštiti ličnih podataka zabranjuje obradu ličnih podataka bez saglasnosti nosioca podataka koja se daje u pismenoj formi i mora biti potpisana¹⁶², ali predviđa i izuzetak ukoliko obrađivač vrši obradu ličnih podataka u skladu sa zakonom ili je obrada neophodna da bi se ispunile nadležnosti utvrđene zakonom¹⁶³.

Pored ove zabrane ovaj zakon također zabranjuje obradu posebnih kategorija ličnih podataka a koji se odnose na lične podatke koji otkrivaju:

- a) rasno porijeklo, državljanstvo, nacionalno ili etničko porijeklo, političko mišljenje ili stranačku pripadnost, ili članstvo u sindikatima, religijsko, filozofsko ili drugo uvjerenje, zdravstveno stanje, genetski kod, seksualni život;¹⁶⁴

Zakon je predvidio i niz izuzetaka od kojih je opći izuzetak iz tačke g) najprimjenjiviji za prikupljanje podataka o predmetima diskriminacije a koji se odnosi na obradu podataka od posebnog javnog interesa. Pored toga, radi spajanja evidencija odnosno u ovom slučaju prilikom dostave podataka Ministarstvu, neophodno je da osoba koja obrađuje lične podatke poštuje prava na zaštitu privatnog i ličnog života nosioca podataka, jer u suprotnom je zabranjeno dostavljanje podataka.

¹⁶¹ Član 2. Zakona

¹⁶² Član 5.

¹⁶³ Član 6. stav 1. tačka a)

¹⁶⁴ Član 9. i Član 2.

Iako se može učiniti da ovaj zakon zabranjuje prikupljanje podataka koji su neophodni za izvršavanje obaveza iz člana 8. i općenito svrhe ZoZDa može se zaključiti da isti samo postavlja okvire za zaštitu ličnih podataka koji se obrađuju kako se ne bi podaci koristili da se utvrdi identitet nosioca podataka. Zbog toga će pravilnik o prikupljanju podataka morati sadržavati konkretne odredbe o adekvatnim mehanizmima zaštite ličnih i posebnih kategorija podataka.

Član 9.

(Praćenje provođenja Zakona)

Provođenje ovog zakona prati Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine.

U obrazloženju prijedloga Zakona je navedeno da „*Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice je dužno pratiti primjenu ovog Zakona, što je definirano kroz sistem prikupljanja informacija o predmetima diskriminacije koji su obaveza svih nadležnih organa u Bosni i Hercegovini.*“

Unutar Ministarstva za ljudska prava u skladu sa članom 8. Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji, poslovi vršenja nadzora nad primjenom ovog zakona će najvjerojatnije biti povjeren Sektoru za ljudska prava, koji je nadležan za utvrđivanje i provođenje politike u oblastima ljudskih prava i osnovnih sloboda. Sektor za ljudska prava je također zadužen da zaprima pojedinačne žalbe i pruža stručnu pomoć građanima, preduzima sve potrebne radnje u ostvarivanju i zaštiti ljudskih prava u skladu sa zakonima u oblasti zaštite ljudskih prava i međunarodnim konvencijama o ljudskim pravima i slobodama.

Zbog značaja zabrane diskriminacije i promocije jednakih prava i mogućnosti od velikog značaja će biti praćenje efikasnosti provođenja ovog zakona. To je i naglašeno u obrazloženju Zakona kada je predlagač predvidio da „*u odnosu na karakter i sadržaj ovog Zakona, procjenjujemo da je nakon njegovog stupanja na snagu potrebno planirati njegovo preispitivanje u toku najmanje tri godine njegove implementacije.*“

U jednom dijelu, funkcija praćenja provođenja Zakona je podijeljena sa institucijom Ombudsmana koji u okviru svojih nadležnosti definiranih članom 7. vrši značajnu ulogu, ali ipak Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice BiH kao članica Vijeća ministara BiH može da podnosi nacрте Zakona i tako direktno inicira izmjene i dopune Zakona na nivou Bosne i Hercegovine.

Član 10.

(Saradnja s organizacijama civilnog društva)

U izradi izvještaja, prilikom pripreme zakona, strategija i drugih planova koji se odnose na stanje ljudskih prava i pitanja diskriminacije sve nadležne institucije obavezne su saradivati s organizacijama civilnog društva koje se bave zaštitom i promoviranjem ljudskih prava i organizacijama koje se bave zaštitom prava osoba i grupa osoba izloženih visokom riziku od diskriminacije.”

Civilno društvo je jedan od elemenata trodijelnog okvira koji čine država, ekonomija i civilno društvo. Civilno društvo je primarni lokus kreiranja ideologije za izgradnju konsenzusa i legitimiziranje moći, što znači, kreiranja i održavanja kulturalne i socijalne hegemonije dominantne grupe putem suglasnosti, a ne prisilom.

Civilno društvo je arena u kojoj se natječu konfliktni interesi (zapravo klasni interesi) i bez direktne dominacije i prisile država i tržište moraju za svoju legitimnost pridobiti suglasnost civilnog društva. Sastoji od akcija građana (svih ljudskih bića), pojedinačno i zajedno, usmjerenih poboljšanju svoje zajednice i društva. Takve akcije su temelj na kojem počiva demokratija, pluralizam, poštovanje ljudskih prava, dobra vladavina i kohezivnost društva.

Civilno društvo je područje institucija, organizacija, mreža i pojedinaca smještena između porodice, države i tržišta, u koje se ljudi udružuju dobrovoljno radi zagovaranja svojih zajedničkih interesa. U svojoj najjednostavnijoj formi, civilno društvo predstavlja skup institucija i udruga/organizacija koje spajaju ljude uz vladu i privatni sektor.

Puno je definicija civilnog društva, ali sve one na kraju imaju zajednički nazivnik. Pod time se misli na *organizacije* civilnog društva koje se nazivaju volonterskim, neovisnim, neprofitnim, nevladinim i trećim sektorom te im je zajednička sloboda udruživanja i djelovanje u kojem se prepoznaje opće dobro. U to se, naravno, ne ubrajaju političke stranke koje se bore za vlast. Ukratko rečeno, civilno društvo jest antiteza državi jer je ono svojevrsna opozicija državi i državnoj kontroli.

Pod civilnim društvom se najčešće podrazumijeva prostor besprisilne kolektivne akcije okupljene oko zajedničkih interesa, ciljeva, vrijednosti. Civilno društvo se smješta u prostor drugačiji od onog države, tržišta i porodice. Civilno društvo

se sastoji od formalnih i neformalnih organizacija - građanskih inicijativa. Razvijeno civilno društvo je osnovni preduvjet za nastajanje i održavanje pravne i demokratske države.

Civilno društvo obuhvaća organizacije kao što su: registrirane humanitarne organizacije (udruženja i fondacije), organizacije za zaštitu (ženskih, dječjih) ljudskih prava, religijske, ekološke organizacije, profesionalna udruženja, poslovna udruženja, sindikati, grupe samopomoći, društveni pokreti, zagovaračke grupe, koalicije i druge.¹⁶⁵

Bosna i Hercegovina i civilno društvo

Nedostatak političke kulture u Bosni i Hercegovini, diskriminacija, nedostatak transparentnosti i isključenost civilnog društva iz procesa donošenja odluka nastavlja se i usporava izgradnju demokratskih institucija u Bosni i Hercegovini. U posljednjih desetak godina postignuto je veoma malo uspjeha u građenju demokratskih institucija. Rješavajući brojne probleme u različitim oblastima u postratnom i tranzicijskom periodu, izvršna i zakonodavna vlast u Bosni i Hercegovini je zanemarila svoju odgovornost prema građanima i građankama, a sva važna pitanja rješavala su se u uskim političkim krugovima daleko od očiju javnosti, a često i izvan institucija sistema.

Zakonodavni proces koji podrazumijeva donošenje i izmjenu zakona, politika, strategija, različitih reformi, budžeta itd. je naročito nedostupan javnosti. Osnovni problemi na koje nailaze organizacije civilnog društva prilikom aktivnog uključivanja u zakonodavni proces su: nepostojanje konkretne i pravovremene najave pripreme i izrade zakona; neobjavljivanje nacrtu zakona unaprijed, nego tek po usvajanju; potpuni izostanak ili vrlo rijetke kvalitetne javne rasprave i savjetovanja, bez jasno utvrđenih kriterija za njihovo provođenje; ograničen pristup informacijama; postojanje tek minimalnog pravnog okvira za saradnju; donošenje velikog broja zakona po hitnom postupku čime se izbjegava mogućnost javne rasprave o predloženom tekstu; svođenje uloge parlamenata na najmanju moguću mjeru; nepouzdanost i izostanak informacija o tome kakav će u konačnici biti sadržaj usvojenog zakona. Kada se zakon konačno donese ostaje problem njegove (ne) primjene u praksi. Tako je samo *de iure* učinjen iskorak ka ostvarivanju ljudskih prava, a *de facto* stanje se ne mijenja ili je čak i gore.

¹⁶⁵ Grupa autora, Jačanje uloge profesionalnih udruženja u oblasti pravosuđa u Bosni i Hercegovini – JUP, BiH, Faris Vehabović, "Uloga profesionalnih udruženja u oblasti pravosuđa", ADI, 2009. godine, dostupno na http://adi.org.ba/dokumenti/jup_web_format.pdf

Bosna i Hercegovina je članica Vijeća Evrope i trenutno se nalazi u fazi procesa pridruživanja Evropskoj uniji. To je pokrenulo brojne reforme dosadašnje državne i zakonodavne strukture ali i donijelo drastične promjene u živote običnih ljudi. Stoga je, posebno za profesionalna udruženja, kao jedan od segmenata civilnog društva od suštinske važnosti da se informiraju o i aktivno uključe u reformske procese.

Naravno, kada se govori o civilnom društvu, podrazumijeva se da su organizacije koje ga čine istinski nezavisna udruženja/fondacije koje djeluju svako na "svom području" i imaju razvijene profesionalne odnose sa drugim sličnim udruženjima u regiji kao i međusobno povezana sa drugim sličnim udruženjima, kako bi, u određenom trenutku, zajednički djelovali u cilju postizanja određenih ciljeva. Nerijetko se dešava da su tzv. nevladine organizacije direktno vezane sa nekim od vladajućih ili opozicionih političkih partija, zbog čega je neophodno insistirati na neovisnosti udruženja i fondacija koji čine "civilno društvo".

Nadalje, organizacije koje čine "civilno društvo" mogu biti formirane i za pojedina područja, odnosno da imaju sužen djelokrug interesovanja što i daje najbolje rezultate u njihovom djelovanju, jer mogu da se posvete samo nekim pitanjima i ponude neophodne informacije za određenu oblast društvenog života.

Kada se govori o Bosni i Hercegovini i "civilnom društvu", pravo pitanje bi bilo da li ono svojim djelovanjem zaista i ostvaruju postavljene ciljeve i da li u radu organizacija civilnog društva učestvuje veliki broj građana ili se odluke donose u uskom krugu ljudi? Masovnost članstva udruženja jeste jedan od osnovnih ciljeva svakog člana "civilnog društva" jer se na taj način obezbjeđuje dodatna „težina“ djelovanja u ukupnim društvenim odnosima.

Imajući u vidu sve navedeno o „civilnom društvu“, suštinsko značenje člana 10. Zakona se odnosi na obavezu uspostave institucionalne saradnje između organa vlasti i "civilnog društva" i to posebno onog njegovog dijela koji se prevashodno bavi praćenjem stanja poštivanja i promoviranja ljudskih prava kao i "organizacijama koje se bave zaštitom prava osoba i grupa osoba izloženih visokom riziku od diskriminacije". Suštinsko značenje ove odredbe se može svesti na uspostavu formalnih mehanizama za učešće organizacija „civilnog društva“ u procesima donošenja odluka na svim nivoima vlasti i uvažavanja i korištenja postojećih znanja i iskustava „civilnog društva“ kroz uspostavu formalnih mehanizama učešća i konsultacija prilikom „izrade izvještaja, pripreme zakona, strategija i drugih planova koji se odnose na stanje ljudskih prava i pitanja diskriminacije.

Ovakva praksa konsultiranja civilnog društva u procesu donošenja odluka je počela da se primjenjuje u okviru Ministarstva pravde BiH¹⁶⁶ i, u najkraćem, suština saradnje se ogleda upravo u činjenici da ovo ministarstvo, prilikom izrade zakona i drugih strateških dokumenata, na vrijeme informira javnost da se može uključiti u kreiranje konkretnog dokumenta pri čemu je svaki prijedlog legitiman i obavezuje Ministarstvo da ga razmotri i pismeno se o njemu izjasni. Iako se ovakvo postupanje čini suviše kompliciranim, praksa je pokazala da ono značajno ne usporava proces usvajanja dokumenata koji su predmet javnih konsultacija, ali bitno utiče na poboljšanje kvaliteta dokumenta, poštujući demokratske principe i transparentnost djelovanja javnih vlasti.

Inače, Direktiva 2000/78/EZ potiče socijalni dijalog¹⁶⁷ vlade sa „socijalnim partnerima u svrhu stimuliranja jednakog tretmana putem praćenja uobičajenih postupaka na radnom mjestu, kolektivnih ugovora, kodeksa ponašanja te naučnih istraživanja ili razmjene iskustva i dobre prakse“ te „potiče dijalog s organizacijama civilnog društva koje imaju legitiman interes u tome da doprinesu suzbijanju diskriminacije“¹⁶⁸. Direktiva 2000/43/EZ potiče socijalni dijalog sa potencijalnim partnerima¹⁶⁹ i organizacijama civilnog društva¹⁷⁰.

Zakonom nije definirano tijelo koje je dužno vršiti saradnju sa civilnim društvom nego je korištena formulacija „nadležna tijela“, pri čemu se može konstatirati jedna pozitivna i jedna negativna crta takve, uopćene, formulacije. Ona pozitivna se ogleda u tome da svako javno tijelo u svom djelovanju mora saradivati sa civilnim društvom pri izradi izvještaja, strategija, zakona i sl. u oblasti praćenja stanja ljudskih prava, a oblasti u kojima je moguća diskriminacija se nikako ne mogu svesti samo na jednu oblast društvenog života, pa je bio neophodan širi obuhvat i nametanje obaveze svim nadležnim tijelima. Negativna crta se ogleda u tome da nedefiniranje jednog tijela, izuzev institucije Ombudsmana BiH, koje je dužno da prati stanje ljudskih prava i preduzima aktivne korake u prezentiranju i suzbijanju kršenja ljudskih prava, uključujući i konsultacije i saradnju sa civilnim društvom, na određeni način, razvodnjava obavezu iz ovoga člana jer

¹⁶⁶ Istina, tek nedavno je u okviru Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine usvojena Strategija razvoja sektora pravde 2008.-2012., dostupna na <http://www.mpr.gov.ba/userfiles/file/Projekti/SRSP> u BiH. Međutim, iako nedavno usvojena, ova strategija je proizvod pritiska koji vrši me unarodna zajednica na domaće vlasti i nije rezultat političke volje i potreba domaćih aktera, među koje spadaju i članovi profesionalnih udruženja u ovoj oblasti i njihova aktivna uloga.

¹⁶⁷ Član 13. Direktive 2000/78/EZ

¹⁶⁸ Član 14. Direktive 2000/78/EZ

¹⁶⁹ Član 11. Direktive 2000/43/EZ

¹⁷⁰ Član 12. Direktive 2000/43/EZ

nije realno očekivati da svaka javna institucija i organ podjednako vode sve vrste evidencija i praćenja stanja ljudskih prava u smislu ove zakonske odredbe.

Pogrešno bi bilo vezati pojam saradnje sa organizacijama civilnog društva samo za neka područja, npr. vođenje socijalnog dijaloga između vlasti i sindikalnih organizacija iako je oblast radnih odnosa vjerovatno najzastupljenije područje u kojem dolazi do diskriminatornog djelovanja u društvu, pa u tom smislu treba ukazati i da se, prema Međunarodnoj organizaciji rada (MOR), socijalni dijalog odnosi na „... sve tipove pregovaranja, konsultacija i razmjene informacija između predstavnika vlasti i socijalnih partnera ili između samih socijalnih partnera o pitanjima od zajedničkog interesa, vezanih uz ekonomsku i socijalnu politiku...”¹⁷¹

Uopćeno govoreći, načela i modaliteti saradnje se moraju definirati na principima: otvorenosti i poziva na trajnu saradnju, finansijsku podršku projektima i aktivnostima, učešću u radu tribina, okruglih stolova, radionica, konferencija u organizaciji aktera civilnog društva, partnerstva u projektima i obavezi konsultacija organizacija civilnog društva u svim aktivnostima od značaja za pitanja zaštite ljudskih prava i zabrane diskriminacije.

Član 11.

(Zaštita u postojećim postupcima)

- (1) Svaka osoba ili grupa osoba koja smatra da je diskriminirana može tražiti zaštitu svojih prava putem postojećih sudskih i upravnih postupaka.**
- (2) U slučajevima u kojima povreda prava na jednako postupanje proizilazi iz upravnog akta, žalba u upravnom postupku i eventualno pokretanje upravnog spora temeljem zaštite od diskriminacije, a kojom se zahtijeva poništenje takvog upravnog akta, neće spriječiti osobu iz stava 1. ovog člana da pokrene sudski postupak za zaštitu od diskriminacije.**
- (3) Svi konkretni zahtjevi navedeni u članu 12. ovog zakona, kao pojedinačni ili zajednički, mogu se tražiti u svrhu podnošenja tužbe u parničnom postupku.**

Već je pomenuto da je Ustav BiH izdigao zaštitu ljudskih prava na jedan zavidan nivo pa je samim time u relevantne zakone u BiH, već ugrađena zaštita ljudskih prava (izuzev zakona koji se temelje na diskriminatornim odredbama Ustava BiH kao npr. Izborni zakon). Time je omogućena ravnopravnost učesnika u

¹⁷¹ Dostupno na: www.if.hr

sudskim i upravnim postupcima ali i ustavna obaveza svih organa i tijela da poštuju ljudska prava i direktno primjenjuju Evropsku konvenciju. Ovaj pojam direktne primjene Evropske konvencije je dodatno ojačan formulacijom da je Evropska konvencija “iznad svakog drugog prava” odnosno “zakona” kako neki prevode član II/2. Ustava BiH (koji još nikada nije zvanično preveden i objavljen u službenim glasilima)¹⁷². No, bez obzira na pitanje prevoda pojma “above all other law” iz člana II/2. Ustava BiH, nesporno je da Evropska konvencija ima autoritet ustavnog principa pa samim tim, nesporno ima hijerarhijski više mjesto u odnosu na zakone koji se primjenjuju u BiH.

Takva pozicija ljudskih prava, a posebno Evropske konvencije i njenog Protokola broj 12. daje pravo svakoj osobi ili grupi osoba da se pozove na ovo svoje ustavno pravo i zahtijeva njihovu primjenu u ranoj fazi postupka, odnosno tokom čitavog postupka, a upravno ili sudsko tijelo je, u skladu sa svojom ustavnom obavezom iz člana II/6. Ustava BiH dužno „...primjenjivati ljudska prava i osnovne slobode...“.

Međutim, formulacija stava 2. ovog člana ostavlja mnogo prostora za različita tumačenja jer utvrđuje da se u toku upravnog postupka, dakle u toku ili nakon okončanja prvostepenog upravnog postupka, može istovremeno pokrenuti postupak radi zaštite od diskriminacije, što je sa aspekta funkcioniranja pravnog poretka, vrlo upitno. Jedan od osnovnih principa funkcioniranja pravnog poretka se temelji na pravu na žalbu čime se daje mogućnost drugostepenom organu da ispravi eventualnu povredu nastalu prvostepenim aktom, a kada se radi o upravnom postupku, i mogućnost pokretanja upravnog spora, dakle i pravo na sudsku zaštitu. Način na koji je formuliran ovaj stav ukazuje na uvođenje suprotne prakse, da se istovremeno vode dva postupka – jedan koji se tiče prava zbog kojeg je pokrenut upravni postupak i drugi koji se tiče zaštite od diskriminacije sa mogućnošću da oba postupka imaju različite ili iste ishode čime se nepotrebno opterećuje postupak, bilo da se radi o upravnom ili sudskom postupku. Pri tome, iz formulacije stava 3. ovog člana jasno proizilazi da se postupak za zaštitu od diskriminacije pokreće u skladu sa procesnim pravilima parničnog postupka, dakle tužbom u parničnom postupku koja nema posebnih dodirnih tačaka sa upravnim postupkom, odnosno sporom, pa samim

¹⁷² Zaključiti prema predgovoru prvog Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu, Carla Bildta, u Ustavnim tekstovima OHR (izd.) Sarajevo, 1996, koji je u svakom slučaju dobra podloga za razjašnjenje: “The English language contained in this booklet is the agreed text contained in the Peace Agreement. The Bosniac, Serb and Croat texts which the parties have been using themselves. A legal expert from Sarajevo has looked at these texts, and believes that each of them represents an accurate translation of the English” (sic!).

time se otvara i mogućnost za različito odlučivanje što samo dodatno može zakomplicirati sam postupak zaštite od diskriminacije. Zbog toga je neophodno u budućnosti preformulirati ovaj stav, a postoji nekoliko načina da se to uradi i omogući zaštita učesnika u sudskom postupku. Moguće je ovaj problem riješiti na način da se omogući okončanje upravnog postupka i upravnog spora i da se tek onda omogući pokretanje postupka radi zaštite od diskriminacije. Takođe je moguće problem riješiti na način da se, ukoliko je istaknut prigovor diskriminacije, zaustavi upravni postupak, a stranka uputi na pokretanje tužbe za zaštitu od diskriminacije u određenom roku, pa ako stranka ne pokrene tužbu, nastaviti upravni postupak, odnosno ukoliko sud u parničnom postupku utvrdi postojanje diskriminacije, primijeniti odluku iz parničnog na upravni postupak. Naravno da postoji još čitav niz mogućnosti kako bi se riješio ovaj problem, ali svakako da ovakva formulacija zaslužuje pažnju ukoliko dođe do izmjena i dopuna ovog člana.

Član 12.

(Posebne tužbe za zaštitu od diskriminacije)

- (1) Osoba ili grupa osoba koje su izložene bilo kojem obliku diskriminacije, prema odredbama ovog Zakona, ovlašteni su podnijeti tužbu i tražiti:**
 - a) utvrđivanje da je tuženik povrijedio tužiteljevo pravo na jednako postupanje, odnosno da radnja koju je poduzeo ili propustio može neposredno dovesti do povrede prava na jednako postupanje (tužba za utvrđivanje diskriminacije);**
 - b) zabranu poduzimanja radnji kojima se krši ili može prekršiti tužiteljevo pravo na jednako postupanje, odnosno da se izvrše radnje kojima se uklanja diskriminacija ili njene posljedice (tužba za zabranu ili otklanjanje doskriminacije);**
 - c) da se naknadi materijalna i nematerijalna šteta uzrokovana povredom prava zaštićenih ovim Zakonom (tužba za naknadu štete);**
 - d) da se presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje na trošak tuženika objavi u medijima, u slučaju kada je diskriminacija počinjena kroz medije (štampane, printane i elektronske), odnosno bilo koje vrste.**
- (2) Sud i druga tijela koja provode postupak dužna su radnje u postupku poduzimati hitno, osiguravajući da se sve tvrdnje o diskriminaciji što prije ispituju.**

- (3) Kada se svi zahtjevi zasnivaju na istom činjeničnom i pravnom osnovu, zahtjevi se mogu istaći zajedno (kumulativno) u jednoj tužbi o kojoj se odlučuje u parničnom postupku, ako su svi zahtjevi u međusobnoj vezi i ako je isti sud stvarno nadležan za svaki od tih zahtjeva..**
- (4) O tužbama iz stava 1. ovog člana odlučuje nadležan sud primjenjujući odredbe zakona o parničnom postupku koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini, ako ovim Zakonom nije drugačije određeno.**

Kada su u pitanju postupci za zaštitu od diskriminacije, potrebno je uzeti u obzir činjenicu da evropsko pravo utvrđuje da je pravo na zabranu diskriminacije regulirano zakonom na isti način kao uporediva domaća prava. Ukoliko su žalbe dozvoljene u zaštiti drugih osnovnih prava prema zakonima u Bosni i Hercegovini, one bi trebalo da budu dozvoljene i u slučajevima diskriminacije.

1. Zaštita od diskriminacije može se ostvarivati na dva načina. Ona može biti pružena u postupku pred kojim stranka traži zaštitu nekog svog prava koje je zbog diskriminacije povrijeđeno, gdje će o postojanju diskriminacije odlučivati sud kao o prejudicijelnom pitanju. Uz to, stranka može, po svome izboru zaštitu ostvarivati i posebnom tužbom za zaštitu od diskriminacije iz ovog člana. Ako se zaštita od diskriminacije na prejudicijelan način ostvaruje u postupku u kojem se štiti pravo ugroženo ili povrijeđeno zbog diskriminacije, primjenjuju se procesna pravila iz posebnih zakona, osim odredbi o teretu dokazivanja, na koje se primjenjuje načelo okretanja tereta dokazivanja iz člana 15.¹⁷³

Tužba je parnična radnja kojom se pokreće parnični postupak. Podnošenjem tužbe stavlja se u pokret mehanizam za ostvarivanje pravne zaštite u građanskopravnim predmetima. S obzirom na dispozitivni karakter građanskopravnih odnosa, načelo dispozitivnosti nalazi svoju primjenu i u postupku za ostvarivanje zaštite prava iz tih odnosa, pa i samo pokretanje tog postupka zavisi isključivo od volje subjekata koji imaju prava na zaštitu. Parnični postupak se, dakle, ne pokreće po službenoj dužnosti, već isključivo na inicijativu stranke. Bez tužbe, čije podnošenje zavisi od dispozicije tužioca – titulara ugroženog prava – nema parnice. Pored ovog principa, postoji i nekoliko izuzetaka koji nisu od značaja za zaštitu od diskriminacije pa neće ni biti posebno elaborirani.

¹⁷³ Obzirom da se u postupku radi zaštite od diskriminacije ovo pravo ostvaruje prema pravilima parničnog postupku, u okviru ovog komentara su date samo osnovne naznake i specifičnosti toga postupka, a komentari ZPP-a su dostupni i primjenjivi i na ove postupke.

Podnošenjem tužbe počinje teći parnični postupak, iako se druga stranka još nije uključila, ali sama parnica počinje teći tek dostavljanjem tužbe tuženom. Podnošenje tužbe i pokretanje parničnog postupka proizvodi za stranku određene procesnopravne i materijalnopravne učinke: prekidaju se rokovi zastarjelosti potraživanja i dospelosti; prema činjenicama koje su postojale u trenutku podnošenja tužbe sudu, određuje se nadležnost suda; pravo tužioca na izbor nadležnog suda kod elektivne nadležnosti konzumira se podnošenjem tužbe sudu itd.

Najčešći kriterij za podjelu tužbi je sadržaj pravne zaštite koja se njima traži, pa se po ovom kriteriju tužbe dijele na kondemnatorne, deklaratorne i konstitutivne.

Kondemnatorne ili osuđujuće tužbe upravljene su na činidbu ili propuštanje činidbe ili propuštanje. Kondemnatornom tužbom traži se osuda tuženog da nešto učini, trpi ili propusti. Ova vrsta tužbe obično služi ostvarenju postojećih potraživanja ili, ako se radi o tužbi na propuštanje, traži se zabrana poduzimanja protivpravnih radnji nakon što je do poduzimanja takvih radnji već došlo ili radnji čije preduzimanje tek prije.¹⁷⁴ Po kondemnatornoj tužbi može biti donesena kondemnatorna presuda ako se njome prihvaća kondemnatorni zahtjev ili negativna deklaratorna presuda ako se radi o presudi kojom se kondemnatorni zahtjev odbija. Ako kondemnatorni tužbeni zahtjev bude prihvaćen, on će biti podoban za izvršenje, odnosno tvoriti izvršni naslov.

Deklaratorne ili utvrđujuće tužbe upravljene su na utvrđenje nekog prava ili pravnog odnosa.

Konstitutivne ili preobražajne su tužbe usmjerene na ostvarenje neke pravne promjene. Konstitutivnom tužbom se traži ustanovljenje nekog pravnog odnosa, izricanje promjene sadržaja nekog pravnog odnosa ili njegovo razvrgnuće.¹⁷⁵ S obzirom da do pravne promjene koja se traži preobražajnom tužbom dolazi neposredno pravomoćnošću presude, ove presude nisu podobne za prinudno izvršenje. Presuda kojom se konstitutivna tužba usvaja može imati dejstvo od pravomoćnosti presude (*ex nunc*) ili retroaktivno dejstvo (*ex tunc*).¹⁷⁶

Posebna tužba za diskriminaciju je novi način zaštite prava na jednako

¹⁷⁴ Dika-Čizmić, Komentar Zakona o parničnom postupku FBiH, Sarajevo, 2000., str. 298).

¹⁷⁵ Dika-Čizmić, Komentar Zakona o parničnom postupku FBiH, Sarajevo, 2000., str. 298).

¹⁷⁶ Grupa autora, Komentar zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Sarajevo, 2005.

postupanje. U njoj tužitelj može tražiti da se utvrdi postojanje diskriminacije (deklaratorna antidiskriminacijska tužba), da se zabrane diskriminirajuće radnje ili naloži poduzimanje radnji za uklanjanje diskriminacije (kondemnatorna antidiskriminacijska tužba) te da se tužitelju koji je žrtva diskriminacije naknadi šteta kroz dodjelu novčane ili nenovčane satisfakcije (tužba za naknadu štete učinjene diskriminatorskim djelovanjem odnosno tužba za objavu presude koja je utvrdila diskriminaciju).

Stav 1. ovog člana, utvrđuje da se zaštita od diskriminacije ostvaruje podnošenjem tužbe za utvrđenje (kondemnatorne) tužbe upravljene na činidbu ili propuštanje činidbe ili propuštanje, odnosno osude tuženog da nešto učini, trpi ili propusti. Sadržaj tužbe općenito u parničnom postupku, podrazumijeva da ona mora sadržavati:

1. osnov za nadležnost suda,
2. određen zahtjev u pogledu glavne stvari i sporednih potraživanja (tužbeni zahtjev),
3. činjenice na kojima tužilac zasniva tužbeni zahtjev,
4. dokaze kojima se utvrđuju te činjenice,
5. naznaku vrijednosti spora,
6. pravni osnov tužbenog zahtjeva, i
7. druge podatke koje u skladu s odredbama člana 334. Zakona o parničnom postupku, mora imati svaki podnesak.

Navedeni elementi predstavljaju obavezni sadržaj tužbe, sa izuzetkom pravnog osnova tužbe, pa ukoliko tužba ne sadrži jedan od tih elemenata, sud će pri prethodnom ispitivanju tužbe pozvati tužioca da nedostatke otkloni, a u protivnom će tužbu odbaciti. Tužbeni zahtjev za zaštitu od diskriminacije osnovni je element tužbe koji mora biti određen u pogledu glavne stvari, odnosno utvrđenja da je došlo do povrede zaštićenog prava, ali i sporednih potraživanja, jer tužilac ne može prepustiti sudu da ovaj presudom utvrdi koja pravna posljedica proističe iz navedenog događaja.¹⁷⁷

2. Formulacija stava 2. ovog člana obavezuje sud i druga tijela koja provode postupak zaštite od diskriminacije da radnje u postupku poduzimaju hitno, osiguravajući da se sve tvrdnje o diskriminaciji što prije ispitaju. Sličnu obavezu za hitno postupanje u parničnom postupku sudovi imaju kada odlučuju

¹⁷⁷ Poznić, Građansko procesno pravo, Beograd, 1989., str. 199.

o radnim sporovima, u kojima, prema članu 420. Zakona o parničnom postupku, sudovi preduzimaju posebne mjere radi hitnog rješavanja spora, obzirom da se u ovim parnicama raspravlja o egzistencijalnim pravima zaposlenih. Obzirom na vrijednost zaštićenog prava u postupku zaštite od diskriminacije, potpuno je opravdana formulacija ovog stava da se i u ovim postupcima, utvrdi obaveza hitnog postupanja što podrazumijeva skraćenje sudskih rokova ali i skraćenje razmaka između ročišta, uz rezervu da strankama ipak treba ostaviti dovoljno vremena za preduzimanje procesnih radnji, ali ipak samo onoliko koliko je prema datim okolnostima nužno za preduzimanje konkretne procesne radnje.

3. U pogledu formulacije iz stava 3. ovog člana, koji se odnosi na isticanje više tužbenih zahtjeva u jednoj tužbi (osoba ili grupa osoba), Zakon o parničnom postupku određuje uslove pod kojima se u jednoj tužbi može raspraviti više spornih odnosa između istih stranaka (objektivna kumulacija tužbenih zahtjeva). Objektivna kumulacija najčešće nastaje kada se jednom tužbom obuhvati više zahtjeva protiv istog tuženog koji proizilaze iz istog činjeničnog i pravnog osnova. Zahtjevi se mogu kumulativno isticati u jednoj tužbi samo kada je za sve zahtjeve predviđena ista vrsta postupka. Ako ova pretpostavka nije ispunjena, sud neće odbaciti tužbu, već postupke razdvojiti i o zahtjevima posebno raspravljati. Ukoliko se u tužbi istakne više zahtjeva koji nisu povezani istom činjeničnom i pravnom osnovom, oni se mogu kumulativno istaknuti u jednoj tužbi samo kad je isti sud stvarno nadležan za svaki od tih zahtjeva.¹⁷⁸ Pored objektivne kumulacije, Zakon o parničnom postupku predviđa i eventualnu ili supsidijarnu kumulaciju u slučaju kada tužilac kumulativno istakne zahtjeve koji su u međusobnoj vezi, tako što će od suda tražiti da usvoji sljedeći od tih zahtjeva samo ako nađe da onaj koji je u tužbi istaknut ispred njega nije osnova. Konačno, od alternativne obaveze treba razlikovati procesnu facultas alternative prema kojoj tužilac, ako je ovlašten tražiti samo jednu činidbu, može istovremeno s podnošenjem tužbe ili do zaključenja glavne rasprave, tuženom ponuditi da umjesto izvršenja određene činidbe isplati određeni iznos novca.
4. O tužbama iz stava 1. ovog člana odlučuje nadležan sud primjenjujući odredbe zakona o parničnom postupku koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini, ako ovim Zakonom nije drugačije određeno.

¹⁷⁸ Učešće trećih osoba iz ovog člana utvrđuje kao mogućnost i obavezu Rasna Direktiva u članu 7.2.; EU Direktiva za jednakost u pristupu zaposlenju član 9.2.; ali i naši zakoni o parničnom postupku (čl. 369. – 372. ZPP-a FBiH i RS). U članu 17., također je predviđena mogućnost podnošenja kolektivne tužbe, a ovu mogućnost i obavezu predviđa Rasna Direktiva u članu 7.2.; EU Direktiva za jednakost u pristupu zaposlenju član 9.2.

Član 13.

(Nadležnost, rokovi i izvršenje)

- (1) Ako ovim Zakonom nije drugačije propisano, a u skladu sa zakonima o sudovima u oba entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, za sporove po tužbi iz člana 12. ovog Zakona nadležni su u prvom i drugom stepenu sudovi opće mjesne nadležnosti.**
- (2) U postupcima propisanim u članu 12. ovog zakona uvijek je dozvoljena revizija.**
- (3) Po osnovu tužbenog zahtjeva iz člana 12. tačka b. i d. ovog zakona nadležni sud može odlučiti da žalba ne zadržava izvršenje ili određuje kraći rok za ispunjenje radnje koja je naložena tuženiku.**
- (4) Rok za podnošenje tužbe na osnovu člana 12. ovog zakona iznosi 3 mjeseca od dana saznanja o učinjenoj povredi prava, a najdalje jednu godinu od dana učinjenja povrede. Rok za podnošenje zahtjeva za reviziju iznosi 3 mjeseca od dana uručenja drugostepene presude.**

Pravila o mjesnoj nadležnosti odnose se na teritorijalno razgraničenje nadležnosti pojedinih stvarno nadležnih sudova. Opće mjesno je nadležan onaj sud pred kojim svaki tužitelj može protiv neke osobe pokrenuti sve parnice, osim onih za koje je predviđena isključiva mjesna nadležnost nekog drugog suda. U određivanju pravila o općoj mjesnoj nadležnosti polazi se od načela da tužitelj treba slijediti forum tuženog. Ovakva odredba ima za cilj olakšati položaj tuženog i ona se presumira, izuzev da je nekom odredbom izričito propisana mjesna nadležnost drugog suda.

Za suđenje u sporovima protiv pravnih lica polazni kriterij određivanja opće mjesne nadležnosti jeste njihovo registrirano sjedište; protiv jedinica lokalne samouprave nadležan je sud na području kojeg se nalazi njihovo predstavničko tijelo. Za suđenje u sporovima protiv entiteta, odnosno države Bosne i Hercegovine, opće mjesno nadležan je sud na području kojeg tužitelj ima prebivalište odnosno sjedište u Bosni i Hercegovini, a ako nema prebivalište ni boravište u Bosni i Hercegovini, nadležan je sud na čijem se području nalazi zakonodavno tijelo tuženog.

U onim slučajevima u kojima zakon dopušta ili nalaže mjesnu nadležnost drugog suda, osim suda opće mjesne nadležnosti, nadležan je i drugi određeni

sud. U ovim slučajevima se radi o izberivoj mjesnoj nadležnosti (sporovi radi naknade štete i sl.). Atrakcijska nadležnost je poseban oblik određivanja mjesne nadležnosti u konkretnoj pravnoj stvari i u takvim slučajevima nadležni sud se određuje po pravilima o atrakciji, koji može biti elektivan, isključivo i supsidijarno nadležan za rješavanje određenog spora, a može se utemeljiti i međunarodna nadležnost.

Pravo izbora iskorišteno je podnošenjem tužbe. Isti sud je nadležan i za protivtužbu. Za antidiskriminacijske sporove važne su neke odredbe relevantnog ZPP-a o mjesnoj nadležnosti suda kao npr. u sporovima o zakonskom uzdržavanju, o vanugovornoj odgovornosti za naknadu štete, bračnim sporovima, u paternitetskim sporovima, u sporovima povodom djelatnosti jedinice pravnog lica, u sporovima protiv fizičkog ili pravnog lica sa sjedištem u inostranstvu, u sporovima iz radnih odnosa u kojima je tužitelj radnik – osim suda opće mjesne nadležnosti mjesno je nadležan i sud na području kojeg se rad obavlja ili se obavljao, ili sud na području kojeg se rad morao obavljati te sud na području kojeg je zasnovan radni odnos.

Primarni kriterij za određivanje opće mjesno nadležnog suda za fizičke osobe je kriterij prebivališta. U nedostatku posebne definicije pojma prebivališta prema ZPP-u i u određivanju sadržaja ovog pojma trebalo bi poći od njegove definicije u Zakonu o prebivalištu i boravištu državljana Bosne i Hercegovine¹⁷⁹. Odredbom člana 3. stav 1. tačka 7. tog zakona određeno je da se pod prebivalištem smatra općina ili disktrikt u kojem se državljanin nastani s namjerom da tamo stalno živi. Utvrđivanje prebivališta je olakšano zato što ono mora biti formalno registrirano, što služi kao osnov dokazivanja o prebivalištu, jer državljanin BiH može imati samo jedno prebivalište na teritoriji BiH, dok se centralna evidencija vodi i održava kod Ministarstva civilnih poslova i komunikacija BiH. Ipak, ako se desi da tuženi nema prebivalište, opća mjesna nadležnost se određuje prema njegovom boravištu, što se može primijeniti i na strane državljanke. Opća mjesna nadležnost Suda BiH za sporove s međunarodnim elementom uređena je odredbama člana 46. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima.¹⁸⁰

2. Prema ZPP-u revizija je svrstana u vanredne pravne lijekove i može se izjaviti u roku od 30 dana od dana dostavljanja prepisa presude uz mogućnost

¹⁷⁹ "Službeni glasnik BiH" broj 32/01

¹⁸⁰ Grupa autora, Komentari zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Sarajevo, 2005.

meritornog odlučivanja samo onda kada je vrijednost spora iznad 10.000 KM sa izuzetkom da vrhovni sudovi entiteta mogu dozvoliti reviziju i ako vrijednost spora ne prelazi ovaj iznos kada se ocijeni da bi odlučivanje po reviziji bilo od značaja za primjenu prava u drugim slučajevima.

Na karakter revizije, kao vanrednog pravnog lijeka, uveliko je uticala sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda BiH koji su zauzeli stanovište da nije od značaja klasifikacija pravnog lijeka po domaćem pravu već karakter pravnog lijeka, odnosno njegovi učinci, ukoliko se taj pravni lijek može primijeniti na konkretnu situaciju, odnosno konkretni spor. S obzirom da revizija, kao vanredni pravni lijek, može dovesti do preinačenja presude drugostepenog suda ili ukidanja presude drugostepenog suda i vraćanja na ponovno odlučivanje, kao i mogućnost da se u postupku revizije iznose nove činjenice i predlažu novi dokazi ukoliko se odnose na povrede odredaba parničnog postupka, koje su učinjene u postupku pred drugostepenim sudom, zauzet je stav da se revizija, ukoliko je dopuštena, mora posmatrati kao integralni dio sudskog postupka, pa tek nakon iscrpljivanja i toga pravnog lijeka, stranka se može obratiti Ustavnom sudu BiH ili Evropskom sudu za ljudska prava, za zahtjevom zaštite ustavnih, odnosno prava iz Evropske konvencije izbjegavajući rizik da njena apelacija/aplikacija bude odbačena zbog neiscrpljivanja pravnih lijekova. Time je revizija, ukoliko je dopuštena, praktično svrstana u redovne pravne lijekove koje je neophodno iscrpiti da bi se stekao pravni osnov za eventualno daljnje procesuiranje u cilju zaštite ustavnih, odnosno ljudskih prava iz Evropske konvencije. Zbog navedenog je od velikog značaja da je stavom 2. ovog člana revizija u antidiskriminacijskim postupcima uvijek dopuštena, bez obzira na ograničenja koja su data u ZPP-ima u pogledu dopuštenosti revizije i samim tim, mora biti iscrpljena ukoliko se želi izbjeći rizik odbačaja od strane Ustavnog suda BiH ili Evropskog suda za ljudska prava u eventualnom daljnjem postupanju. Ovakva formulacija daje mogućnost strankama u postupku da se obrate nadležnim revizijskim sudovima i daju još jednu mogućnost strankama da se o ovom pitanju još jednom raspravi. Iako ova mogućnost može dovesti do razvlačenja sudskog postupka, od velike je važnosti da se o ovom pitanju raspravi u okviru redovnog sudskog postupka, prije nego što predmet eventualno, dospije na Ustavni sud BiH ili Evropski sud za ljudska prava.

3. Kako je Zakon o zabrani diskriminacije postavio fleksibilne modalitete primjene, razumljivo je da stav 3. ovog člana predviđa mogućnost da sud odluči da žalba ne zadržava izvršenje ili da može odrediti kraći rok za ispunjenje radnje koja je naložena tuženiku. Ovakva formulacija daje mogućnost da se posljedice diskriminacije, utvrđene u prvostepenom

postupku, mogu odmah, dakle u što kraćem roku, eliminirati i pružiti satisfakciju diskriminiranoj osobi, odnosno grupi tuženika. Od posebnog je značaja i mogućnost skraćivanja roka za ispunjenje radnji u cilju eliminiranja kontinuirane diskriminacije koju je utvrdio prvostepeni sud u svojoj presudi jer se na taj način pruža “brza pravda”, a upravo takvo postupanje može spriječiti daljnje štetne posljedice čiji karakter, s obzirom na zaštićeno pravo, ima veliki značaj, kako za pojedinca, tako i za zajednicu u cjelini.

Stav 3. ovog člana ne predviđa mogućnost primjene svih tačaka člana 12. ovog zakona, već samo tačaka b. i d. koje su isključivo sračunate na zabranu poduzimanja radnji kojima se krši ili može prekršiti pravo na jednako postupanje, odnosno izvršenja radnji kojima se uklanja diskriminacija ili njene posljedice uz mogućnost da se presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje na trošak tuženika objavi u medijima, u slučaju kada je diskriminacija počinjena kroz medije.

4. Stav 4. ovog člana utvrđuje rok od tri mjeseca za podnošenje tužbe iz člana 12. od dana saznanja o učinjenoj povredi prava (subjektivni rok), a najdalje jednu godinu od dana učinjenja povrede (objektivni rok). Rokovi su subjektivni ako početak njihovog toka zavisi od saznanja ovlaštenog lica za događaj koji je bitan za njihovo računanje i ovi rokovi su u pravilu dosta kratki. Nasuprot subjektivnim, objektivni rokovi su, po pravilu, duži i računaju se od nastupanja neke značajne, najčešće objektivne okolnosti, nezavisno od činjenice i vremena saznanja za tu okolnost lica koje tu radnju treba poduzeti. Iz razloga pravne sigurnosti i sprečavanja zloupotreba procesnih ovlaštenja kod subjektivnih rokova, nije rijedak slučaj kombinovanja subjektivnog i objektivnog roka za preduzimanje izvjesnih procesnih radnji. Zbog teškoća tačnog utvrđenja početka toka subjektivnog roka, ovi rokovi se kombiniraju sa objektivnim rokovima, koji su duži, tako da nakon isteka toga objektivnog roka, lice ovlašteno na preduzimanje procesne radnje, gubi pravo da tu radnju preduzme, iako subjektivni rok još nije protekao ili pak nije ni počeo da teče.

Odredbom stava 4. i rok za izjavljivanje revizije je produžen sa 30 dana, kako je to utvrđeno ZPP-om, na tri mjeseca, čime se daje dovoljno vremena da se u ovoj specifičnoj oblasti obave dodatne radnje u cilju kvalitetnije pripreme daljnjeg postupanja pred nadležnim sudovima.

Pored ovih rokova, rokovi se uopćeno mogu klasificirati i kao zakonski i sudski. Zakonski rokovi su rokovi koje nije moguće produžavati, jer je njihovo

trajanje utvrdio zakonodavac prilikom usvajanja zakona. Različito od zakonskih rokova, sudski rokovi su oni koje određuje sud, imajući u vidu okolnosti svakog pojedinačnog slučaja, ali u granicama koje su utvrđene zakonom i to, u pravilu, na prijedlog zainteresiranog lica i to samo u slučajevima kada za to postoje opravdani razlozi. Zbog toga i stranke koje pokušavaju da dokažu da su žrtve diskriminatornog postupanja, trebaju iskoristiti mogućnosti koje pruža ovaj zakon u cilju ubrzanja sudskog postupka radi postizanja što brže satisfakcije, odnosno eliminiranja posljedica diskriminacije, ukoliko je sud i utvrdi.

Član . 14.

(Privremene mjere obezbjeđenja)

Sud može u postupcima iz člana 11. i 12. ovog zakona odrediti privremenu mjeru shodno pravilima zakona o parničnom postupku koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini.

Obzirom da odredba ovog člana nije precizna u pogledu predmeta nad kojim bi se izvršila privremena mjera obezbjeđenja, a da se ukazuje da je neophodno primijeniti pravila parničnog postupka koji se primjenjuje u Bosni i Hercegovini, odnosno da se ne određuje na šta se odnosi ovaj član, neophodno je ukazati da postoje dva načina na koja se može primijeniti ovakva formulacija i to u odnosu na:

1. Osiguranje dokaza za koje postoji opravdana bojazan da se dokaz neće moći izvesti ili da će njegovo kasnije izvođenje biti otežano (član 169. ZPP-a);
2. Sudske mjere osiguranja koje uključuju i osiguranje na imovini protivnika u cilju osiguranja tražbine (član 268. ZPP-a).

Osiguranje dokaza (čl. 169. - 173. ZPP-a)

Osiguranje dokaza za koje postoji opravdana bojazan da se dokaz neće moći izvesti ili da će njegovo kasnije izvođenje biti otežano, primjenjuje se ovisno od okolnosti svakog konkretnog slučaja i može se zatražiti tokom postupka, a i prije pokretanja parnice predložiti da se taj dokaz izvede, pa čak i tokom postupka po prijedlogu za ponavljanje postupka. Stranka koja predlaže provođenje tog dokaza može predložiti da se taj dokaz izvede i prije, te da se na glavnoj raspravi upotrijebi tako što će se pročitati zapisnik o njegovom izvođenju. U postupku obezbjeđenja dokaza mogu se koristiti sva dokazna sredstva pa i saslušanjem

stranaka, jer novi ZPP tretira saslušanje stranaka kao dokazno sredstvo u jednakoj ravni, u pogledu dokazne snage, sa drugim dokaznim sredstvima kao što su isprave, vještačenje, uviđaj i sl.

Da bi bio pokrenut ovaj postupak, neophodno je da postoji prijedlog stranke ili stranaka, jer bez ovog prijedloga, ne može biti pokrenut ovaj postupak. Nije nevažno napomenuti da troškovi ovog postupka snosi ona strana koja ga je i pokrenula, ali se oni mogu potraživati u okviru parničnih troškova u parničnom postupku u okviru kojeg je i zatraženo osiguranje dokaza.

Sudske mjere osiguranja (čl. 268-290 ZPP-a)

Sudske mjere osiguranja su novitet u pravnom poretku Bosne i Hercegovine. Njihova svrha je vremenski ograničenje tražbine predlagatelja osiguranja koje se mogu odrediti prije ili u toku parničnog postupka.

“Privremene mjere: Sredstva vremenskih ograničenog osiguranja budućeg ostvarenja vjerovnikova potraživanja na temelju izvršne isprave (konzervacijska funkcija), ali u određenom sve širem krugu slučajeva namirenja, potraživanja vjerovnika, prije okončanja postupka o glavnom pitanju (anticipativna funkcija), odnosno provizornog uređenja odnosa među strankama do njihovog konačnog uređenja (regulacijska funkcija). Treba, međutim, naglasiti da neće uvijek biti moguće povući oštru granicu između pojedinih mjera s obzirom na njihovu funkciju zato što će se neke od njih često biti više funkcionalne, u pravilu anticipativnog-regulacijskog karaktera.”¹⁸¹

Ipak, i pored ova dva instituta iz parničnog postupka, nemoguće je zaobići ono što čini suštinu privremenih mjera u antidiskriminacijskim postupcima, a koje se, najopćenije, mogu svesti na obustavu vršenja određenih radnji ili ponašanja, kojim nastaje šteta za jednu od stranaka, a koja je takve prirode da ne bi mogla biti adekvatno nadoknađena ukoliko se njeno dejstvo ne bi spriječilo i prije pravosnažnog okončanja parničnog postupka. Onako kako su mjere osiguranja postavljene u ZPP-u jasno upućuju da njihova svrha u općem smislu nije identična svrsi koja se željela postići ovakvom odredbom člana 14. jer se njihovo dejstvo može svesti na osiguranje dokaza i osiguranje tražbine.

Međutim, još jednom treba podsjetiti da je zabrana diskriminacije pravo koje je srž korpusa ljudskih prava koja moraju biti zaštićena u svim dostupnim

¹⁸¹ M. Dika, Godišnjak 1. Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Zagreb, 1994., str. 144.

pravnim postupcima i koja moraju imati poseban tretman u primjeni upravo zbog osjetljivosti zaštićenog prava. Isti je slučaj i sa zabranom diskriminacije, pa u ovom kontekstu valja pomenuti da Ustavni sud BiH, iako nije Ustavom BiH izričito ovlašten za donošenje privremenih mjera. Privremene mjere su regulirane članom 77. Pravila Ustavnog suda BiH kojim je utvrđeno da se one mogu donijeti na zahtjev apelanta u interesu stranaka ili pravilnog vođenja postupka i da će one ostati na snazi do donošenja konačne odluke Ustavnog suda BiH. Vrlo slična situacija je i sa Evropskim sudom za ljudska prava, jer, iako nije izričito ovlašten Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava, da ih donosi, članom 39. Pravila postupka pred Evropskim sudom za ljudska prava je utvrđeno da Sud može donijeti privremenu mjeru kada prijete nastupanje neposredne, nenadoknadive štete za aplikanta. Zašto su navedene ove dvije institucije? Iz prostog razloga što je njihov primarni zadatak da štite ljudska prava, a kako smo već rekli, zabrana diskriminacije je oduvijek bila sadržana u Evropskoj konvenciji za ljudska prava kao jedan od temeljnih principa od dana usvajanja te konvencije 1950. godine. Zbog toga i sudovi u primjeni pravila parničnog postupka moraju biti fleksibilni kod određivanja privremenih mjera iz člana 14. ovog zakona kako se ne izgubila svrha njihovog postojanja, a što može dovesti u pitanju i primjenu čitavog antidiskriminacionog zakona.

Zbog svega navedenoga, može se reći da su privremene mjere, onako kako su utvrđene članom 14. sredstva vremenski ograničenog osiguranja budućeg ostvarenja vjerovnikovog potraživanja. One se mogu odrediti prije pokretanja i tokom trajanja sudskog ili upravnog postupka ili nakon okončanja tih postupaka, sve dok izvršenje ne bude provedeno, pod pretpostavkom da vjerovnik, odnosno žrtva, učini vjerovatnim da je povrijeđeno njegovo pravo na jednakost stavljanjem u nepovoljniji položaj od druge osobe u uporedivoj situaciji i radi otklanjanja opasnosti od nenadoknadive štete, ponajprije teške povrede prava na jednako postupanje ili sprječavanje nasilja.¹⁸² Čini se logičnim povezati primjenu privremenih mjera sa pojmom vjerovatnosti postojanja diskriminacije iz člana 15. kao preduslova za njihovo usvajanje kao što je to slučaj i kod tereta dokazivanja postojanja diskriminacije, pri čemu žrtva treba svoj zahtjev učiniti vjerovatnim, kako bi uspjela u parnici, pokrenutoj radi dokazivanja postojanja diskriminacije.

Prijedlog za određivanje privremene mjere treba biti određen u pogledu sadržaja tražbine čije se osiguranje traži, kakvu vrstu mjere traži, vrijeme trajanja mjere i sredstva kojima će se mjera prisilno ostvariti.

¹⁸² Šime Pavlović, Komentar Zakona o suzbijanju diskriminacije sa sudskom praksom, komplementarnim propisima, prilogima i stvarnim kazalom, Zagreb, 2009., str. 194.

Iako nije izričito naveden u članu 14., pojam nenadoknadive štete je nezaobilazan kada se razmatra pitanje privremenih mjera u antidiskriminacionim postupcima.

Kod određivanja pojma nenadoknadivosti, šteta može biti imovinska i neimovinska. Nenadoknadivost podrazumijeva apsolutnu nepopravljivost, odnosno relativnu nepopravljivost štete čime se može dovesti u pitanje svrha sudske odluke, odnosno njeno izvršenje. S tim u vezi je i pitanje svrhe donošenja privremene mjere u predmetima male vrijednosti, ali se svakako taj princip ne bi mogao primijeniti za antidiskriminacione postupke, jer zaštićeno pravo, kao takvo, ima veliku vrijednost.

Član 15.

(Teret dokazivanja)¹⁸³

- (1) U slučajevima kada osoba ili grupa osoba navode činjenice u postupku iz člana 12 ovog Zakona, potkrepljujući navode o tome da je zabrana diskriminacije prekršena, navodni prekršilac dužan je dokazati da nije prekršio načelo jednakog postupanja ili zabrane diskriminacije u predmetu rasprave.**
- (2) U slučajevima u kojima osoba smatra da je snosila posljedice diskriminacije, kao dokazno sredstvo za ostvarenje prava iz stava 1. ovog člana mogu se koristiti i statistički podaci ili baze podataka.**
- (3) U slučajevima kada osoba smatra da je snosila posljedice diskriminacije zbog propuštanja razumnog prilagođavanja, teret dokazivanja leži na protivnoj strani.**

Evropski standard u pogledu dokazivanja jednakog postupanja ogleda se u pristupu prema kojem osoba, koja se poziva na diskriminaciju, mora učiniti vjerovatnim da je došlo do diskriminacije, te učiniti vjerovatnim (dokazati opravdanu sumnju) da bi zbog nejednakog postupanja moglo doći do diskriminacije, pri čemu teret dokazivanja (*onus probandi*) činjenice da do nejednakog postupanja nije došlo zbog diskriminacije leži na protivnoj strani, odnosno na strani tuženog.¹⁸⁴

¹⁸³ Član 15. ovog Zakona uključio je i primjenu Direktiva o teretu dokazivanja (97/80/EC).

¹⁸⁴ U ovaj Zakon je uključeno jedno od najvažnijih proceduralnih pravila koje se razvilo u praksi zemalja EU. Ovo novo proceduralno pravilo predviđa primjenu Rasne Direktive i EU Direktive za jednakost u pristupu zaposlenju.

Pod teretom dokaza možemo, ponajprije, razumjeti pravnu dužnost nekoga procesnog subjekta da dokaže neku činjenicu ili neko činjenično stanje (predloži dokaz ili dokaze za neku činjenicu odnosno činjenično stanje) u tom smilu da dužnost dokazivanja te činjenice (činjeničnog stanja) tereti isključivo toga subjekta: ako taj subjekt ne dokaže odnosnu činjenicu, nijedan drugi procesni subjekt ne treba je i ne smije dokazivati. Mora se uzeti da ta činjenica ne postoji.¹⁸⁵

Donošenje pravilne odluke o sporu temelji se na pravilnoj primjeni pravnih pravila na konkretno činjenično stanje. Zbog toga je polazna osnova za rješavanje spora pravilno utvrđenje činjeničnog stanja na koje će sud primijeniti pravo. Suština utvrđenja činjeničnog stanja se može podvesti pod pojam dokazivanja koje predstavlja niz radnji suda i stranaka u klasifikaciji onih dokaza koji su od značaja za utvrđenje činjeničnog stanja, odnosno obuhvata prijedloge stranaka za izvođenje dokaza, rješavanje koji dokazi treba da budu izvedeni, podnošenje dokaza od strane obje strane u postupku i njihovo pribavljanje od strane suda, izvođenje dokaza i njihovu ocjenu.

Pod teretom dokazivanja u subjektivnom smislu podrazumijeva se teret predlaganja dokaza kojima se potkrepljuju tvrdnje o činjenicama od čijeg postojanja zavisi uspjeh strane u parnici. Teret dokazivanja u objektivnom smislu podrazumijeva dužnost stranke da dokaže činjenice na kojima zasniva zahtjev. Prema ZPP-u, dužnost iznošenja činjenica je isključivo na strankama, a teret dokazivanja činjenica leži na stranci koja mora dokazati činjenice na kojima zasniva svoj zahtjev, međutim specifičnost ove odredbe antidiskriminacionog zakona je upravo u teretu, jer je on težište, u pogledu tereta dokazivanja, stavio ne na stranku koja ističe svoj zahtjev, već na stranu tuženog, koji, da bi uspio u parnici, mora dokazati da su zahtjevi neopravdani, odnosno da nisu utemeljeni. Primjenom ovakve odredbe o okretanju tereta dokazivanja, tuženi se dovodi u situaciju u kojoj se, prema ZPP-u, u pravilu, nalazi tužitelj, odnosno tuženi ima dužnost da sudu pruži dokaze koji kod suda treba da stvore uvjerenje u istinitost njegovih navoda (subjektivni teret dokazivanja); dužnost tuženog je da tim sredstvima dokaže svoje činjenične navode, jer će u protivnom snositi rizik nedokazanosti tih navoda (objektivni teret dokazivanja), tj. izgubiti parnicu, ako sud ne dođe do uvjerenja o postojanju sporne činjenice. Iako su novi ZPP-i unekoliko izmijenili ovakav pristup kod tereta dokazivanja i obje strane u postupku obavezali da dokazuju svoje tvrdnje, odnosno zahtjeve, odredba ovog člana je vrlo jasna – da je

¹⁸⁵ Vladimir Bayer, Jugoslavensko krivično procesno pravo – knjiga druga, četvrto izdanje, Zagreb, 1986., str. 68.

teret dokazivanja isključivo na strani tuženog, a tužitelj ima samo pravo da svoj zahtjev učini što vjerovatnijim. Objašnjenje za ovakav pristup se nalazi u suštini koncepta žrtve s obzirom na zaštićeno pravo, odnosno zabranjeno ponašanje, koje često žrtvi nije moguće dokazati zbog nedostupnosti dokaza. Zbog toga i stav 2. ovog člana uvodi mogućnost korištenja statističkih podataka i podataka pohranjenih u baze podataka koje su, u najvećem broju slučajeva, žrtvi nedostupne, jer se najčešće ovi podaci čuvaju kod državnih organa i njihova tajnost je garantirana zakonom, a time i najčešće nedostupna žrtvama diskriminacije.¹⁸⁶ Upravo zbog toga se posebno i ističe obaveza tužitelja da svoje tvrdnje učini vjerovatnim ukazivanjem na mogućnost pribavljanja relevantnih informacija koje bi dokazale njegove tvrdnje.

U ocjeni postojanja dovoljne vjerovatnosti kao pravnog standarda suprotstavljaju se dvije logičke teze – jesu li izgledi o postojanju diskriminacije pretežniji nego izgledi da diskriminacije nije bilo? Vjerovatnost mora postojati u vrijeme podnošenja zahtjeva za zaštitu načela zabrane diskriminacije. Stupanj izvjesnosti mora biti takav da se u sudskom ili drugom postupku odluka o postojanju diskriminacije čini izglednijom od odluke da diskriminacije nije bilo, a ti izgledi se zasnivaju na dokazima na kojima se temelji postojanje vjerovatnosti da je došlo do diskriminacije.¹⁸⁷

Konačno, prebacivanje tereta dokazivanja na aktivnu diskriminacijsku stranu je u skladu sa načelima iz Smjernice 2000/78/EC I 97/80/EC od 15. decembra 1997. godine Vijeća EU u slučaju diskriminacije utemeljene na spolnoj pripadnosti.

Logično bi bilo zaključiti da se ovakav pristup ne bi mogao primijeniti u krivičnim i prekršajnim postupcima, jer bi okrenuti teret dokazivanja doveo u pitanje jedan od temeljnih principa na kojima se temelje ovi postupci – presumpciju nevinosti koja je jedan od temeljnih elemenata prava na pravično suđenje iz člana 6. Evropske konvencije. Zbog toga bi bilo dobro ugraditi ovaj izuzetak u eventualne buduće izmjene antidiskriminacionog zakona, kao što je to slučaj u Republici Hrvatskoj (član 20. stav 2. Zakona o suzbijanju diskriminacije).

¹⁸⁶ Za prebacivanje tereta diskriminacije u slučajevima indirektno diskriminacije veoma važan značaj imaju i statistički podaci, gdje se zbog velike razlike u, recimo zastupljenosti spolova, kod nekog poslodavca može tražiti od njega da dokazuje zbog čega došlo je do takve razlike.

¹⁸⁷ Šime Pavlović, Komentar Zakona o suzbijanju diskriminacije sa sudskom praksom, komplementarnim propisima, prilogima i stvarnim kazalom, Zagreb, 2009., str. 200.

Član 16.

(Učešće trećih lica)

- (1) U postupku koji se pokreće u skladu s članom 12. ovog zakona može se kao treća strana na strani lica ili grupe lica koja tvrdi da su žrtve diskriminacije pridružiti tijelo, organizacija, ustanova, udruženje ili drugo lice koje se u okviru svoje djelatnosti bavi zaštitom od diskriminacije lica ili grupe lica o čijim se pravima odlučuje u postupku.**
- (2) Sud će dopustiti učešće treće strane samo uz pristanak lica na čijoj strani se treća strana želi umiješati.**
- (3) Bez obzira na ishod parnice, treća strana sama snosi troškove svog učešća u parnici.**

Strana koja se pridružuje postupku nije stranka u postupku, već treće lice koje se pridružuje postupku zato što ima pravni interes da stranka kojoj se pridružuje u tom postupku ne izgubi spor. Opći uslov je da se treća strana u okviru svoje djelatnosti bavi zaštitom od diskriminacije lica ili grupe lica o čijim se pravima odlučuje u postupku. Postojanje navedenog uslova mora se dokazati. S obzirom da se u prvom stavu određuje da se postupak pokreće u skladu sa članom 12. Zakona, koji predviđa da će se postupak, ako nije drugačije propisano, voditi prema odredbama zakona o parničnom postupku, slijedi da treće lice može stupiti u postupak od trenutka podnošenja tužbe, u toku prvostepenog i drugostepenog postupka, pa sve do pravosnažnosti odluke o tužbenom zahtjevu. Izjava o stupanju u postupak mora se dostaviti licu na čijoj se strani treća strana želi umiješati da bi dala pristanak. Zakonodavac ne utvrđuje da li sud automatski prihvata učešće treće strane ako postoji pristanak lica na čijoj se strani želi umiješati. Analogno odredbi člana 370. ZPP-a svaka strana može osporiti umješaču pravo da učestvuje u postupku i tražiti da se isti odbije, pa bi u tom smislu tuženi mogao osporavati učešće treće strane. Prema navedenoj odredbi ZPP-a protiv odluke suda kojom se prihvata učešće umješača nije dozvoljena posebna žalba, što znači da je posebna žalba dozvoljena protiv rješenja suda kojim se odbija učešće treće strane.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Komentar Zakona o parničnom postupku u FBiH i RS, Sarajevo 2005, str. 603

Član 17.

(Kolektivna tužba za zaštitu od diskriminacije)

Udruženja, tijela, ustanove ili druge organizacije koje su registrirane u skladu s propisima koji reguliraju udruživanje građana u Bosni i Hercegovini, a imaju opravdani interes za zaštitu interesa određene grupe ili se u okviru svoje djelatnosti bave zaštitom od diskriminacije određene grupe lica, mogu podnijeti tužbu protiv lica koje je povrijedilo pravo na jednako postupanje, ako učine vjerovatnim da je postupanjem tuženog povrijeđeno pravo na jednako postupanje većeg broja lica koja uglavnom pripadaju grupi čija prava tužilac štiti.

Prilično široko određujući subjekte koji mogu podnijeti kolektivnu tužbu za zaštitu od diskriminacije, a to su udruženja, tijela, ustanove i druge organizacije koje su registrirane u skladu sa propisima koji reguliraju udruživanje građana u Bosni i Hercegovini, zaključujemo da kolektivnu tužbu podnose udruženja građana, fondacije, vjerske zajednice¹⁸⁹ i političke stranke. Postavlja se pitanje da li određenje tijela i ustanova podrazumijeva tijela javne vlasti i javne ustanove s obzirom da njihov položaj nije reguliran sa propisima kojima se regulira udruživanje građana. Smatramo, da polazeći od smisla navedene odredbe, sva registrirana pravna lica koja imaju opravdani interes za zaštitu prava na jednako postupanje određene grupe mogu podnijeti kolektivnu tužbu. Opravdani interes postoji kada je vođenje postupka za zaštitu interesa određene grupe vođeno ciljevima zbog kojih su osnovane. Navedena lica moraju u tom smislu učiniti vjerovatnim da je postupanjem tuženog povrijeđeno pravo na jednako postupanje, pa nije potrebno sa punom izvjesnošću utvrditi postojanje činjenica o postojanju diskriminacije već samo učiniti vjerovatnim postojanje činjenica. Tužba se podnosi protiv fizičkog ili pravnog lica koji je diskriminirao veći broj osoba, što znači da se ovaj vid zaštite ne može upotrijebiti ukoliko je žrtva pojedinac.

Strateško parničenje

Strateško parničenje, kao mehanizam za sudsko ostvarenje određenih prava i sloboda, veoma često se spominje u kontekstu zaštite od diskriminacije. Budući da je Zakon prepoznao značaj učešća nevladinih organizacija u postupcima za

¹⁸⁹ Prema članu 2. Zakona o slobodi vjere i pravnom položaju crkava i vjerskih zajednica «crkve i vjerske zajednice su zajednice, ustanove i organizacije vjernika, osnovane u skladu s vlastitim propisima, naučavanjima, vjerama, tradicijama i praksom, kojima je priznata pravna sposobnost i koje su upisane u Registar crkava i vjerskih zajednica u Bosni i Hercegovini».

zaštitu od diskriminacije kao trećih lica u članu 16. te je dao aktivnu legitimaciju onim organizacijama koje ispunjavaju uslove predviđene u članu 17. da podnose tužbe, stvoren je zakonski okvir, koji opet stvara mogućnost za pokretanje postupaka, koji su u svojoj prirodi od strateškog značaja za ostvarivanje jednakih prava i mogućnosti. U oblasti pokretanja postupaka za zaštitu i ostvarivanje ljudskih prava, uključujući i zabranu diskriminacije, razvijen je koncept strateškog parničenja (eng. Strategic litigation) koji za cilj ima da kroz postizanje uspjeha u jednom predmetu, podstakne značajne promjene u ostvarivanju spornog prava. Zbog zakonske mogućnosti i značajnih dostignuća koji su ovim konceptom postignuti u drugim zemljama, u nastavku će biti posvećena pažnja mehanizmima za vođenje strateških predmeta.

Strateški predmeti su oni predmeti koji imaju potencijala da podstaknu izmjene ili dosljedniju primjenu zakona odnosno oni predmeti koji mogu da dovedu do primjene promjena u društvu. Značaj postizanja uspjeha u ovim predmetima ima za cilj da dovede do dugotrajnije promjene čije posljedice nadilaze odabrani pojedinačni predmet. Ipak veoma je teško procijeniti koji predmeti su strateški. Mnogi predmeti koji su prema svojim posljedicama imali strateške posljedice su nastali bez posebne namjere da se vodi strateško parničenje. Kao uslov za podnošenje kolektivne tužbe, Zakon je predvidio uslov vjerovatnosti da je došlo do povrede prava na jednako postupanje većeg broja lica, što u osnovi predstavlja jedan od strateških ciljeva.

Razlika između „običnih“ i strateških predmeta za zaštitu od diskriminacije su u tome što su prvi zainteresirani za uspjeh u tom predmetu i zaštitu prava pojedinca dok strateški predmeti teže ka široj društvenoj promjeni. Stoga je prije nego što se pokrene određeni strateški predmet potrebno pokušati procijeniti utjecaj vođenja jednog postupka za zaštitu od diskriminacije u odnosu na sve druge načine postizanja strateških ciljeva (npr. javne kampanje zagovaranja i sl.).

Osnovni ciljevi strateškog parničenja se odnose na dosljedno tumačenje i primjenu zakona i drugih propisa na sve osobe i grupe, ali i prepoznavanje nedostataka u zakonima u odnosu na standarde zabrane diskriminacije.

Dosljedno tumačenje i primjenu zakona i drugih propisa ukoliko određena institucija vlasti pogrešnim tumačenjem dovodi do diskriminacije određene grupe lica. Pogrešno tumačenje određenog propisa može biti posljedica namjernog uskraćivanja prava određenoj grupi ili pojedincu, a može biti i posljedica nejasne formulacije u zakonu. Uspjeh u strateškom parničenju, stoga, može doprinijeti dosljednijoj primjeni tog propisa odnosno usvajanjem

podzakonskog akta koji razjašnjava način primjene spornog propisa u vidu pravilnika, odluke ili uputstva.

Izmjene zakona i propisa koje dovode do povrede jednakih prava i mogućnosti. Ovo je jedan od najčešći ciljeva strateškog parničenja, pogotovo ako se uzmu u obzir obaveze na odsutnost posredne diskriminacije iz zakona, odnosno obaveze Bosne i Hercegovine u odnosu na standarde zabrane diskriminacije i ljudskih prava. Iako će nekada biti potrebno da se pokrene postupak pred sudom više instance (npr. Ustavni sud, Evropski sud za ljudska prava i sl.) kako bi se izmijenio određeni zakon ili propis i time uskladio sa nekim međunarodnim standardom, postizanje ovog strateškog cilja ima utjecaj na ostvarivanje prava velikog broja građana. Uspjeh aplikacija Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine, kao predmet koji je u svojoj osnovi strateški, bi trebao da omogući uklanjanje diskriminatorne odredbe iz Ustava BiH, odnosno omogući većem broju osoba da budu birani za mjesto u Predsjedništvu BiH, odnosno za Dom naroda Predstavničkog doma BiH.

Drugi ciljevi strateškog parničenja

Podrška vladavini prava. Osobe koje su zastupane kroz ove postupke uz pomoć organizacija su najčešće osobe koje bez ove podrške ne bi bile u prilici da zaštite svoja prava. Ovaj cilj će vjerovatno biti jedan od najčešćih ciljeva strateškog parničenja u Bosni i Hercegovini, uključujući i dosljednu primjenu ovog zakona.

Pravno obrazovanje. Vođenje predmeta koji koriste standarde jednakih prava i mogućnosti i mehanizme predviđene u ovom zakonu će dovesti do upoznavanja članova sudstva, tužilaštva i nevladinih organizacija o konceptu zabrane diskriminacije i ljudskih prava, predmeta koji do sada nisu bili česti u našoj pravnoj praksi.

Razvijanje civilnog društva i stvaranje koalicija. Strateško parničenje ima značajan potencijal da doprinese razvoju i saradnji između organizacija civilnog društva a najviše zbog potrebe prikupljanja podataka za vođenje strateškog parničenja i mogućnosti da se kroz saradnju maksimiziraju efekti uspjeha pojedinačnog predmeta.

Prikupljanje podataka o povredama Zakona. Vođenje strateških predmeta podrazumijeva detaljnu pripremu predmeta a uspjeh u ovim predmetima ukazuje na i najteže oblike kršenja principa jednakih prava i mogućnosti.

Priprema predmeta je vrlo često praćena i dubljim analizama podataka o većem broju slučajeva koji mogu da nakon uspjeha u pojedinačnom predmetu dovedu i do ostvarenja prava za veći broj osoba.

Odgovornost institucija vlasti. Strateško parničenje, čak i kada postigne svoj cilj, naglašava odgovornost institucija da između ostalog vode računa o posrednoj i neposrednoj diskriminaciji, odnosno da vrše procjenu utjecaja zakona i politika na sve članove i grupe u društvu.

Mijenjanje svijesti javnosti i osnaživanje ranjivih grupa. Poseban značaj predmeta strateškog parničenja je u mogućnosti da se promijeni svijest javnosti o nekim osobinama određenih ranjivih grupa, ali i podigne svijest o pravima i mogućnostima da se ista zaštite. Konačno na ovaj način se osnažuju i pojedinci i ranjive grupe da prepoznaju kršenje i pokrenu postupak da zaštite svoja prava. Ipak, u odnosu na druge tehnike, strateško parničenje ima i svoja ograničenja.

Odabir predmeta

Jedan od najvećih izazova za uspjeh strateškog parničenja je odabir dobrog predmeta. Organizacije civilnog društva, koje predstavljaju veći broj pripadnika ranjivih grupa, odnosno posjeduju informacije o većem broju potencijalnih stranaka, prije nego što odaberu predmet sa najpovoljnijim činjenicama za vođenje strateškog parničenja, bi trebale da obrate pažnju na osobine osobe ili grupe osoba koje će zastupati, činjenicama predmeta i dostupnim dokazima. Iako je pretpostavka da sve potencijalne stranke ne ostvaruju jednaka prava i mogućnosti za postizanje strateškog cilja, bitno je prepoznati koja od ovih stranaka ima najbolje osobine za zastupanje u strateškom postupku. Budući da ostali ciljevi strateškog parničenja uključuju i podizanje i mijenjanje svijesti javnosti o problemima ugroženih grupa, bitno je da zastupana stranka bude u prilici da utiče na postizanje ovog cilja. Strategije za postizanje ovog cilja uključuju i saradnju sa medijima, te je stoga bitno da i stranka bude upoznata sa činjenicom da će biti u prilici da za medije i javno govori o povredi svog prava i grupe koju predstavlja. Bitno je također da stranka bude upoznata sa svim posljedicama uspjeha, odnosno neuspjeha strateškog predmeta, a posebno o posljedicama na stranku i njegovu porodicu. Posebno je bitno izvršiti analizu mogućnosti viktimizacije stranke, odnosno stvoriti mehanizme podrške u slučaju iste.

Činjenice predmeta moraju biti takve da ih sud ne može ignorirati. Obično su to slučajevi diskriminacije određene grupe u odnosu na druge grupe u pristupu osnovnim ljudskim pravima (građanskim i političkim ili ekonomskim i socijalnim) koji imaju posebno teške posljedice na članove te grupe.

Radi podupiranja ovih činjenica, bitno je također izabrati predmet o kojem se mogu prikupiti dokazi ili dokazi već postoje. Zbog toga, može biti korisno da se počne sa jednostavnim, očiglednim slučajevima neposredne diskriminacije za koje je dostupan dovoljan broj dokaza, kako bi se uspjehom u tim slučajeva, otvorio put za kompleksnije predmete. Čak i ukoliko su takvi slučajevi dovoljno jasni po pitanju dokaza, treba posebno voditi računa o pribavljanju one količine dokaza koja je potrebna da bi se utvrdila osnovanost da je došlo do povrede zabrane diskriminacije, kako bi se koristila mogućnost iz člana 12. odnosno kako bi se „prebacio“ teret dokazivanja na navodnog prekršioca.

Situaciono testiranje

U nedostatku jasnih dokaza za dokazivanje slučaja diskriminacije, strateško parničenje je razvilo koncept „**situacionog testiranja**“. Situaciono testiranje predstavlja instrument za dokumentiranje i obezbjeđivanje dokaza, koji bi mogli da osiguraju uspjeh u postupku. Za potrebu provođenja ovog instrumenta, anagažuje se osoba ili grupa osoba koja dobrovoljno, provjerava postoji li u nekom slučaju diskriminacija. U toj ulozi može se naći jedna osoba, ili više njih zajedno, kada se lično i neposredno uključi ili uključe u neku situaciju, ne bi li tako lično i na licu mjesta provjerili da li se u toj situaciji poštuje zabrana diskriminacije. Na primjer, kada osoba zaposlena na osiguranju, ne dozvoli osobi da uđe na određeno javno mjesto zbog pretpostavke da je ta osoba Rom, organizuje se veći broj osoba romske i većinske populacije kako bi se provjerilo da li je do ovog ograničenja došlo samo zbog pripadnosti nacionalnoj manjini. Pored toga, isključuju se i svi drugi mogući faktori za ovo ograničavanja tj. izbjegava se da se na bilo koji način isprovociraju osobe na osiguranju, kao na primjer, da se ružno ponašaju ili sa sobom nose hranu. Ukoliko je samo osobama romske populacije ograničen ulaz, prikupljeni dokazi se koriste kako bi se dokazala vjerovatnost ograničenja prava zbog diskriminacije na osnovu pripadnosti nacionalnoj manjini. U primjeni ZoZDa na ovaj način bi se između ostalog mogla prikupiti i potrebna većina dokaza za korištenje mogućnosti iz člana 15., budući da je u ovakvim i sličnim predmetima uvijek teško doći do drugih dokaza, osim recimo iskaza svjedoka.

Koga uključiti u jedan strateški predmet?

Ako analiziramo ciljeve strateškog parničenja, doći ćemo do zaključka da vođenje jednog strateškog predmeta zahtijeva uključivanje većeg broja različitih aktera kako bi se osigurao strateški cilj. Nesumnjivo je da je za vođenje predmeta potrebna stranka i grupa stranaka, organizacija civilnog društva kao treća strana ili pokretač postupka, tužena strana i odgovarajuće sudsko ili upravno tijelo. Pored ovih osoba i tijela, bitno je uključiti i medije koji bi mogli da prate ovaj predmet, kako bi se uticalo na postizanje i drugih ciljeva strateškog parničenja, te direktno ili indirektno i druge organizacije civilnog društva, koje predstavljaju članove sličnih problema. Zbog posebne uloge Ombudsmana Bosne i Hercegovine, bitno je dostavljati informacije i ovoj instituciji kao i Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine.

Ograničenja strateškog parničenja u Bosni i Hercegovini

Uloga presedana. Budući da u Bosni i Hercegovini nije naglašena uloga presedana sudskih odluka, ovo može da ograniči efekte uspjeha strateških predmeta, ali, ukoliko se strateško parničenje postavi ispravno, te se uključe mehanizmu za maksimiziranje efekata ovih odluka.

Neusaglašenost zakona sa međunarodnim obavezama Bosne i Hercegovine.

Po pitanju izbora pravnih argumenata, korisno je dosljedno podsjećati sudije na njihovu obavezu da tumače domaće zakone, kako bi isti bili u skladu sa međunarodnim zakonom, uključujući međunarodno običajno pravo (koje je obavezujuće za sve države bez obzira na ratifikaciju), oslanjajući se na pretpostavku da su donosioci zakona namjeravali da zakon bude usklađen sa ustavnim i međunarodnim pravom. Ova sudska dužnost proizlazi iz člana 27. Bečke konvencije o Zakonu o sporazumima koji obavezuju sudove, kao i sve ostale državne organe, da se pridržavaju međunarodnih obaveza države bez obzira na sadržaj domaćeg zakona. Obrazlažući da domaći zakoni moraju da se tumače tako da sprovedu međunarodno pravo, tražimo da se međunarodno pravo ugradi u nepotpune domaće propise pozivanjem na dužnost države, koja također obavezuje svoje sudove, da u potpunosti izvrše svoje međunarodne obaveze. Mi se oslanjamo na pravilo da država ne može da se pozove na svoj interni zakon kako bi opravdala neprimjenjivanje međunarodnog sporazuma.

Uspjeh strateškog parničenja. Uspjeh strateškog parničenja se skoro nikad ne može garantirati. Zbog toga se u praksi često, nakon neuspjeha jednog predmeta, pokreću i drugi predmeti sa modifikovanim pravnim strategijama, dok se ne postigne uspjeh.

Precedentski efekti odluka. Budući da u Bosni i Hercegovini nije naglašena uloga presedana sudskih odluka, ovo može da ograniči efekte uspjeha strateških predmeta osim ako predmet ne dođe do ustavnog suda ili čak do nekog međunarodnog tijela.

Nedostatak podrške javnosti. Izostanak podrške javnosti za uspjeh strateškog parničenja ne mora nužno imati utjecaja na odluku o kršenju principa jednakog postupanja, ali ove odluke, kao što je to već naglašeno, imaju potencijal da pokrenu javne diskusije.

Uloga zastupane stranke. Stranke, koje su zastupane u strateškim predmetima u svakom trenutku imaju pravo da odustanu od nastavka vođenja postupka (npr. zbog nagodbe), što može da dovode do odsustva strateški postavljenih ciljeva.

Član 18.

(Zaštita lica koja prijavljuju diskriminaciju ili učestvuju u postupku)

Nijedno lice koje je prijavilo diskriminaciju ili učestvovalo u pravnom postupku za zaštitu od diskriminacije neće trpjeti nikakve posljedice zbog takvog prijavljivanja ili učestvovanja.

Član 18. zabranjuje trpljenje posljedica ukoliko osoba pokrene ili učestvuje u bilo kojem postupku za zaštitu od diskriminacije. Ovaj pojam se u uporednom pravu u identičnom obliku naziva i viktimizacija, iako naš zakon ne koristi taj pojam. Viktimizacija obično nastaje kao reakcija od strane osobe za koju se navodi da je diskriminirala prilikom pokretanja postupka, i predstavlja nastavak povrede ravnopravnog tretmana. U težim slučajevima, na ovaj način, želi se postići da osobe odustanu od postupka ili od učestvovanja u postupku, uskraćujući im dalje neka prava. Na ovaj način se ne vrši diskriminacija već dolazi do povrede člana 18. i stoga nije potrebno ispuniti test različitog postupanja. Budući da viktimizacija nije definirana kao oblik diskriminacije, osobama koje trpe posljedice iste, neće biti na raspolaganju mogućnost iz člana 15. koja se odnosi na teret dokazivanja, ali se pretpostavlja da će u toku postupka koji je već pokrenut moći da koriste privremene mjere osiguranja iz člana 14. pozivajući se na zabranu viktimizacije.

Poseban problem kod primjene ove odredbe će postojati, jer ne upućuje da se radi o nekom obliku povrede ravnopravnog postupanja, niti definira obaveze za određena lica. Pretpostavka je da se ovdje radi o općoj zabrani trpljenja

posljedica, dok su sva lica koja su navedena u članu 1. stav 2. dužna da sprovede sve mjere koje su potrebne da ne dođe do viktimizacije.

Dva su osnovna oblika viktimizacije prepoznata u ovom članu:

Viktimizacija osobe koja je prijavila diskriminaciju

Osnovni uslov za postojanje ovog oblika viktimizacije je postojanje pravnog postupka za zaštitu od diskriminacije i da je osoba koja trpi posljedice ista osoba koja je pokrenula taj pravni postupak. Na primjer, osoba koja je trpila mobing od strane kolega na poslu, zatraži pravnu zaštitu od poslodavca, a poslodavac, umjesto da pruži pravnu zaštitu povrijeđenom, premjesti tu osobu na drugo, niže radno mjesto ili mu da otkaz.

Viktimizacija osoba koje učestvuju u pravnom postupku

Ovaj oblik postoji u slučajevima kada osoba, koja nije sama prijavila diskriminaciju, ali je spremna da pomogne ili pomaže drugom licu da ostvari pravnu zaštitu od diskriminacije, trpi određene posljedice. Na primjer, osoba koja je prisustvovala situaciji u kojoj je došlo do uznemiravanja ili npr. mobinga i spremna je da svjedoči o toj situaciji, sada sama trpi uznemiravanje ili mobing.

U *acquis-u*, pojam viktimizacije postavlja zahtjeve državama članicama da uvedu takve "mjere koje su potrebne za zaštitu pojedinaca od svakog nepovoljnog tretmana ili nepovoljne posljedice kao reakcije na žalbu ili na postupak koji se vodi radi sprovođenja poštovanja principa ravnopravnog tretmana."¹⁹⁰

U predmetu C-185/97, Coote (1998) ECR I-5199¹⁹¹ bivši poslodavac je odbio da preda preporuke sa ocjenom rada za svog bivšeg zaposlenika, koje će biti od posebnog značaja za njegovo potencijalno buduće zaposlenje, jer je zaposlenik podnio tužbu zbog diskriminacije na osnovu spola. Sud je u obrazloženju objasnio:

"Princip efektivne sudske kontrole, bi izgubio na svojoj efikasnosti ako se zaštita koju nudi sud ne bi odnosila na radnje koje poduzima poslodavac kao reakciju na pravni postupak koji je pokrenuo zaposlenik radi zaštite principa jednakog tretmana. Strah od takvih radnji poslodavaca, bi obeshrabrila sve zaposlenike koji smatraju

¹⁹⁰ Vidi npr član 9 Direktive 2000/43/EC

¹⁹¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0185:EN:HTML>

da su žrtve diskriminacije da pokreću pravne postupke, čime bi se u konačnici provođenje cilja direktive dovelo u opasnost“

ESLJP je također u slučaju Fogarty protiv Velike Britanije¹⁹² prihvatio koncept viktimizacije. U ovom slučaju apelant se žalio na povredu člana 14. u slučaju kada je u skladu sa domaćim zakonodavstvom pokrenuo postupak protiv osobe, koja ju je diskriminirala, i zbog toga je trpila neravnopravan tretman.

Odstajanje od postupka zbog straha od viktimizacije može biti jedan od ozbiljnih faktora koji mogu da ugroze predmete koji se odnose na diskriminaciju. Dodatni razlog za strah mogu biti situacije u kojima se ukazuje na diskriminaciju od strane osoba koje odlučuju o uživanju javnih usluga u oblasti obrazovanja, zdravstvene ili socijalne zaštite, odnosno onih osoba koje će i u budućnosti odlučivati o javnim uslugama za osobe koje se žale na diskriminaciju.

Kako bi se ovaj problem prevazišao, neophodno je da organizacije koje pružaju pomoć žrtvama diskriminacije, nastave da budu aktivno uključene u periodu trajanja ali i nakon što se predmet okonča, odnosno da u slučajevima da dođe do viktimizacije insistiraju na izricanju prekršajnih kazni. Sa druge strane, poslodavci također trebaju da poduzmu sve neophodne mjere kako bi se spriječila viktimizacija, pružajući svu neophodnu podršku svojim zaposlenima, u toku postupka, ali i nakon. Samo podrška okoline će omogućiti provođenje predmeta diskriminacije koji predstavljaju značajan primjer posljedica diskriminacije.

Član 19.

(Povreda člana 2. stav (2) ovog zakona)

- (1) Pravno lice koje dovede neko lice ili grupu lica u nepovoljan položaj na osnovama nabrojanim u članu 2. (Diskriminacija), stav (1), na način opisan u čl. 3. (Oblici diskriminacije) i 4. (Ostali oblici diskriminacije) ovog zakona, kaznit će se za prekršaj novčanom kaznom u iznosu od 1.500 KM do 5.000 KM.**
- (2) Za prekršaj iz stava (1) ovog člana također će se kazniti i odgovorno lice u državnoj, entitetskoj i kantonalnoj instituciji, instituciji Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinskoj instituciji, u pravnom licu s javnim ovlaštenjima i u drugom pravnom licu, i to novčanom kaznom u iznosu od 700 KM do 1.500 KM.**

¹⁹² Fogarty v. the United Kingdom (no. 37112/97, 21/11/2001)

- (3) Za prekršaj iz stava (1) ovog člana također će se kazniti i fizičko lice, i to novčanom kaznom u iznosu od 550 KM do 1.500 KM.
- (4) Ako se prekršaj iz stava (1) ovog člana učini propuštanjem da se postupi po preporuci Ombudsmena Bosne i Hercegovine, pravno lice će se kazniti novčanom kaznom u iznosu od 2.500 KM do 6.500 KM, a odgovorno lice u pravnom licu ili fizičko lice kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 1.000 KM do 3.000 KM.
- (5) Ako se prekršaj iz stava (1) ovog člana učini propuštanjem da se postupi po nalogu suda, pravno lice će se kazniti novčanom kaznom u iznosu od 3.500 KM do 10.000 KM a odgovorno lice u pravnom licu ili fizičko lice kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 2.000 KM do 5.000 KM.

Član 20.

(Povreda člana 7. st. (6) i (7) ovog zakona)

- (1) Pravno lice kaznit će se za prekršaj novčanom kaznom u iznosu od 1.000 KM do 5.000 KM ako:
- a) ne dostavi podatke ili dokumente na zahtjev Ombudsmena Bosne i Hercegovine, odnosno ako ih ne dostavi u propisanom roku i ne dozvoli uvid u njih, u suprotnosti s članom 7. (Centralna institucija za zaštitu od diskriminacije), stav (6) ovog zakona;
- b) ne saraduje s Ombudsmenom Bosne i Hercegovine i ne daje pismeno odgovore ili obavještenja, odnosno ne izvijesti o učinku preporuka datih s ciljem otklanjanja diskriminacije, u suprotnosti s članom 7. stav (7) ovog zakona.
- (2) Za prekršaje iz stava (1) ovog člana također će se kazniti i odgovorno lice u državnoj, entitetskoj i kantonalnoj instituciji, instituciji Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinskoj instituciji, u pravnom licu s javnim ovlaštenjima i u drugom pravnom licu, i to novčanom kaznom u iznosu od 500 KM do 1.500 KM.
- (3) Za prekršaj iz stava (1) ovog člana također će se kazniti i fizičko lice, i to novčanom kaznom u iznosu od 450 KM do 1.000 KM.

Član 21.

(Povreda člana 18. ovog zakona)

- (1) Pravno lice koje lice koje je prijavilo diskriminaciju u dobroj vjeri ili lice koje je na bilo koji način učestvovalo u postupku zaštite od diskriminacije dovede u nepovoljan položaj na osnovu toga što je to lice prijavilo diskriminaciju ili učestvovalo u postupku, u suprotnosti s članom 18. (Zaštita lica koja prijave diskriminaciju ili učestvuju u postupku) ovog zakona, kaznit će se za prekršaj novčanom kaznom u iznosu od 1.000 KM do 10.000 KM.**
- (2) Za prekršaje iz stava (1) ovog člana također će se kazniti i odgovorno lice u državnoj, entitetskoj i kantonalnoj instituciji, instituciji Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinskoj instituciji, u pravnom licu s javnim ovlaštenjima i u drugom pravnom licu, i to novčanom kaznom u iznosu od 1.000 KM do 3.500 KM.**
- (3) Za prekršaj iz stava (1) ovog člana također će se kazniti i fizičko lice, i to novčanom kaznom u iznosu od 700 KM do 2.000 KM.**
- (4) Ako prekršaj iz stava (1) ovog člana učini s namjerom odgovorno lice u pravnom licu, odgovorno lice u pravnom licu kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 2.000 KM do 7.000 KM, i ako je učini s namjerom fizičko lice, fizičko lice kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 1.500 KM do 4.000 KM.**

Član 22.

(Zaštitne mjere)

- (1) Za prekršaje propisane ovim zakonom mogu se izreći zaštitne mjere oduzimanja predmeta i zabrane obavljanja određene profesionalne djelatnosti, poslovne aktivnosti ili dužnosti.**
- (2) Zaštitne mjere oduzimanja predmeta obavezno se izriču svaki put kada je prekršaj izvršen korištenjem tih predmeta, odnosno kada su predmeti bili namijenjeni izvršenju prekršaja ili su predmeti nastali zbog izvršenja prekršaja.**

Član 23.

(Objavljivanje rješenja o prekršaju)

Rješenje o prekršaju propisano ovim zakonom objavljuje se u javnim medijima koji su dostupni na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine.

Zakonodavac je poglavlje nazvao kaznenim (prekršajnim) odredbama, mada je iz navedenih odredbi vidljivo da se radi o kaznama za počinjeni prekršaj. Zakon razlikuje kazne za pravno lice, fizičko lice, te za odgovorna lica u državnoj, entitetskoj i kantonalnoj instituciji, instituciji Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinskoj instituciji, u pravnom licu s javnim ovlaštenjima i u drugom pravnom licu kada kršeći član 2. Zakona dovedu neko lice ili grupu osoba u nepovoljan položaj, odnosno kršenja člana 7. u slučajevima nedostavljanja traženih dokumenta ili odbijanja saradnje sa Ombudsmanom Bosne i Hercegovine, te u slučajevima kršenja člana 18. i stavljanja u nepovoljan položaj lica koja su prijavila diskriminaciju ili učestvovala u postupku za zaštitu od diskriminacije.

Kada je postupanjem određene osobe prekršena i krivična norma, npr. počinjeno je krivično djelo povrede ravnopravnosti čovjeka i građanina¹⁹³, postavlja se pitanje razgraničenja prekršajnog i krivičnog djela. U tom slučaju moguće je vođenje paralelnih postupaka, pri čemu treba imati na umu da osoba, koja bi eventualno u krivičnom postupku bila proglašena krivom za krivično djelo koje obuhvata i obilježje prekršaja, ne može nakon toga biti kažnjena i u prekršajnom postupku. Prekršaj je zapravo obuhvaćen krivičnim djelom, pa se primjenom načela ne bis in idem protiv iste osobe ne može voditi prekršajni postupak. U slučaju da je osoba već kažnjena za prekršaj prije okončanja krivičnog postupka, kazna za prekršaj uračunava se u kaznu za krivično djelo,¹⁹⁴ a pravosnažna odluka za počinjeni prekršaj ne utiče na kvalifikaciju i provođenje krivičnog postupka.

U pogledu objavljivanja rješenja o prekršaju u javnim medijima, koji su dostupni na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine, nastoje se proširiti informacija o provedenom postupku na koje bi se mogle pozivati i druge zainteresirane osobe.

¹⁹³ Član 145. KZ BiH, član 177. KZ FBiH, član 162. KZ RS, član 174. KZ BDBiH.

¹⁹⁴ Član 57. KZ FBiH.

Član 24.

(Usaglašavanje ostalih propisa s ovim zakonom)

- (1) U slučaju neusaglašenosti drugih zakona s ovim zakonom u postupcima po ovom zakonu, primjenjivat će se ovaj zakon.**
- (2) Svi zakoni i opći propisi bit će usaglašeni s odredbama ovog zakona u roku od godinu dana od dana stupanja na snagu ovog zakona.**
- (3) Ovaj zakon ne prejudicira odredbe i uslove koji su utvrđeni u međunarodnim ugovorima i sporazumima s vjerskim zajednicama, čime se ne dira u njihovu djelatnu, normativnu i organizacionu autonomiju i princip punog uživanja prava vjerskih sloboda i izražavanja.**

Direktna primjena ovog zakona

Zakon je u Poglavlju V predvidio određene izuzetke od primjene zakona koji definiraju postupke za zaštitu drugih prava. U stavu 1. je stoga predviđeno da će u slučaju neusaglašenosti drugih zakona koji definiraju postupke, biti primijenjene odredbe ovog zakona. Ovo se prije svega odnosi na odredbe zakona o parničnom i upravnom postupku, gdje bi se odredbe ovog zakona iz poglavlja V trebale primjenjivati direktno. Ipak, pravilo iz stava (1) bi se trebalo koristiti samo izuzetno, dok bi se i ovi zakoni trebali usaglasiti sa ovim zakonom.

Obaveza usaglašavanja zakona

Zakon o zabrani diskriminacije je predvidio osnovnu obavezu usaglašavanja svih zakona i općih propisa u roku od godinu dana. Međutim, budući da je garancija jednakih prava i mogućnosti u Bosni i Hercegovini starija od ovog zakona, sa pravom se postavljaju pitanja: “Koje zakone i opće propise je neophodno usaglašavati? i „Kako vršiti usaglašavanje?“ ”.

Ako analiziramo sadržaj Zakona, primijetit ćemo nekoliko segmenata u kojima je moguće izvršiti zakonodavne intervencije u drugim zakonima.

Prije svega, neophodno je ukloniti sve odredbe koje diskriminiraju određene osobe ili grupe, a u onim oblastima gdje je to moguće, uvesti obaveze koje se odnose na zabranu diskriminacije, prekršajne odredbe, posebne mjere privremenog ili općeg karaktera i izmjene i dopune procesnih zakona.

Ako se postavi pitanje koji su zakoni prioritetni za usaglašavanje, očigledan odgovor bi bio da je neophodno izmijeniti sve one zakone i opće propise koji sadrže odredbe koje stavljaju određenu osobu ili grupu u nepovoljniji položaj. Tipičan primjer diskriminacije kroz zakone i opće propise su odredbe Ustava BiH, a analogno tome i odredbe Izbornog zakona BiH, koji, kako je to potvrđeno u presudi Sejdić i Finci protiv BIH, diskriminiraju pripadnike nacionalnih manjina u pristupu Predsjedništvu BiH i Domu naroda Parlamentarne skupštine BiH. I u ovom slučaju je ESLJP razmatrao pitanje „objektivne i razumne opravdanosti“ ovog različitog postupanja prije nego što je zaključio da se radi o slučaju diskriminacije. U ovom primjeru olakšavajuća okolnost je učešće ESLJP, jer je presudom razjašnjeno pitanje oko kojeg još uvijek ne postoji konsenzus u BiH.

U pogledu posebnih mjera općeg ili privremenog karaktera, naš pravni sistem je pun primjera u kojem se određenim grupama zbog njihovog različitog položaja u društvu daju posebna prava. Iz tog razloga, npr. žene su zbog svog biološkog određenja zaštićene u oblasti rada i imaju privilegiran položaj u odnosu na muškarce u pristupu recimo porodijskom odsustvu, te je zakonima o radu predviđeno da ugovor o radu prestaje kada zaposlenik navršši 65 godina života i 20 godina staža osiguranja, čime se osobama sa ovim uslovima zbog njihove dobi prekida radni odnos zbog međugeneracijske solidarnosti. Bitno je kod utvrđivanja izuzetaka od jednakog postupanja, odnosno uvođenja posebnih mjera, voditi računa da ovi izuzeci budu objektivni i da se mogu razumno opravdati¹⁹⁵. Međutim, bitno je naglasiti da dodatni problem kod razmatranja objektivne i razumne opravdanosti, predstavlja činjenica da ovo pitanje napreduje i evoluiru u skladu sa promjenama u društvu. Ako samo analiziramo napredak u ostvarivanju ženskih prava i sloboda u 20. stoljeću, dolazimo do zaključka da je u samo 50 godina ovaj pojam doživio nevjerovatno prevrat. Isto tako, kada je u pitanju pravo homoseksualnih osoba da usvajaju djecu, ESLJP je u dva navrata u samo 6 godina razlike donio dvije apsolutno suprotne odluke, gdje je u slučaju Frete protiv Francuske u 2002. godini zaključio da je zabrana usvajanja za homoseksualne osobe opravdana zbog „najboljeg interesa djeteta“, ali je već u slučaju E.B. protiv Francuske zaključio da je ovo razlikovanje neopravdano i stoga predstavlja diskriminaciju.

U posljednje vrijeme je također primijećena tendencija uvođenja u tekstove zakona odredbi kojima se zabranjuje diskriminacija. Zakoni koji sadrže ove

¹⁹⁵ „Zakonske mjere i radnje neće se smatrati diskriminacijskim kada se svode na nepovoljno razlikovanje ili različito postupanje ako su zasnovane na objektivnoj i razumnoj opravdanosti.“

odredbe se odnose na različite oblasti. Tako se npr. u oblasti radnih odnosa, odredbe o zabrani diskriminacije mogu naći u Zakonu o radu Republike Srpske¹⁹⁶ i u Zakonu o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine. Interesantno je da ova dva zakona predviđaju i novčane kazne za prekršaj za povredu članova koji zabranjuju diskriminaciju¹⁹⁷. Zakon o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine je otišao i korak dalje kada je predvidio da se „Prilikom imenovanja posebnih komisija za izbor Agencija vodi računa o ravnopravnoj zastupljenosti spolova¹⁹⁸“ razrađujući time obavezu osiguranja jednakog pristupa resursima pripadnicima oba spola. U oblastima diskriminacije na osnovu članstva u udruženju Zakon o hartijama od vrijednosti RS zabranjuje diskriminaciju članova i korisnika strukovnog udruženja. U oblasti medija Zakon o komunikacijama („Službeni glasnik BiH“, broj 31/03 i 75/06) kao jedan od regulatornih principa naglašava princip „nediskriminacije“. Zakon o javnom radio-televizijskom sistemu Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 78/05 od 8. novembra 2005. godine) je uveo zabranu da se u programima podstiče i širi nacionalna, rasna ili vjerska mržnja i netrpeljivost, antisemitizam i ksenofobija, te podstiče na diskriminaciju i neprijateljstvo prema pojedincima ili grupama zbog njihovog porijekla, boje kože, političkog uvjerenja, religije, zdravstvenog stanja, spola, seksualnih ili drugih određenja ili osobina. Zakon o policijskim službenicima Bosne i Hercegovine¹⁹⁹ u članu 105. tačka 26. je kao težu povredu službenih dužnosti predvidio „vršenje diskriminacije pri izvršavanju dužnosti, po osnovu rase, boje kože, spola, jezika, religije, političkog ili drugog opredjeljenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla ili bilo po kojem drugom osnovu“. Stoga se može zaključiti da jedan od načina usaglašavanja zakona može biti i uključivanje odredbe koja će zabranjivati diskriminaciju i gdje je to moguće predviđati i mehanizam za sprečavanje i zaštitu.

Što se tiče predlaganja izmjena i dopuna, formalni predlagači zakona u osnovnom zakonodavnom postupku su svi poslanici, komisije domova Parlamentarne skupštine BiH, Dom naroda, kao i Predsjedništvo BiH i Vijeće ministara u okviru svojih nadležnosti²⁰⁰. U skladu sa obavezama iz člana 8., nacрте zakona, koji će biti upućeni na sjednice Vijeća ministara Bosne i Hercegovine, u najvećem broju će

¹⁹⁶ („Službeni glasnik RS“, broj 55/07)

¹⁹⁷ Član 54. Disciplinska odgovornost 2. Povrede službenih dužnosti mogu biti: m) diskriminacija, te nasilje na osnovu spola ili spolne orijentacije, uznemiravanje na osnovu spola i seksualno uznemiravanje, kao i svaki drugi oblik diskriminacije, u skladu sa zakonom.

¹⁹⁸ Član 24. Stav (5) Zakona o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj 19/02... broj 43/09)

¹⁹⁹ („Službeni glasnik BiH“, broj 27, d 15. juna 2004. godine)

²⁰⁰ Član 99. Poslovnika o radu Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine

vjerovatno podnositi upravo Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice BiH, koje je kako je već i rečeno zaduženo da izvještava o obimu i pojavama diskriminacije odnosno da predlaže mjere za sprečavanja i suzbijanje diskriminacije.

Na osnovu člana IV. 4. a) Ustava Bosne i Hercegovine, Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine na 57. sjednici Predstavničkog doma, održanoj 8. jula 2009. godine, i na 33. sjednici Doma naroda, održanoj 23. jula 2009. godine, usvojila je

ZAKON O ZABRANI DISKRIMINACIJE

POGLAVLJE I. OPĆE ODREDBE

Član 1.

(Predmet Zakona)

- (1) Ovim zakonom uspostavlja se okvir za ostvarivanje jednakih prava i mogućnosti svim licima u Bosni i Hercegovini i uređuje sistem zaštite od diskriminacije.
- (2) U skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine i međunarodnim standardima koji se odnose na ljudska prava i osnovne slobode, ovim zakonom utvrđuju se odgovornosti i obaveze zakonodavne, sudske i izvršne vlasti u Bosni i Hercegovini, kao i pravnih lica i pojedinaca koji vrše javna ovlaštenja (u daljnjem tekstu: nadležne institucije Bosne i Hercegovine), da svojim djelovanjem omoguće zaštitu, promoviranje i stvaranje uslova za jednako postupanje.

Član 2.

(Diskriminacija)

- (1) Diskriminacijom će se, u smislu ovog zakona, smatrati svako različito postupanje uključujući svako isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti utemeljeno na stvarnim ili pretpostavljenim osnovama prema bilo kojem licu ili grupi lica na osnovu njihove rase, boje kože, jezika, vjere, etničke pripadnosti, nacionalnog ili socijalnog porijekla, veze s nacionalnom manjinom, političkog ili drugog uvjerenja, imovnog stanja, članstva u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanja, društvenog položaja i spola, spolnog izražavanja ili orijentacije, kao i svaka druga okolnost koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemogući ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi, prava i sloboda u svim oblastima javnog života.
- (2) Zabrana diskriminacije primjenjuje se na sve javne organe kao i na sva fizička ili pravna lica, i u javnom i u privatnom sektoru, u svim oblastima, a naročito: zaposlenja, članstva u profesionalnim organizacijama, obrazovanja, obuke, stanovanja, zdravstva, socijalne zaštite, dobara i usluga namijenjenih javnosti i javnim mjestima, te obavljanja privrednih aktivnosti i javnih usluga.

POGLAVLJE II. OBLICI DISKRIMINACIJE

Član 3.

(Oblici diskriminacije)

- (1) Neposredna diskriminacija je svako različito postupanje po osnovama određenim članom 2. ovog zakona, odnosno svako djelovanje ili propuštanje djelovanja kada je neko lice ili grupa lica dovedena ili je bila ili bi mogla biti dovedena u nepovoljniji položaj za razliku od nekog drugog lica ili grupe lica u sličnim situacijama.
- (2) Posredna diskriminacija podrazumijeva svaku situaciju u kojoj, naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa, ima ili bi imala učinak dovođenja nekog lica ili grupe lica u nepovoljan ili manje povoljan položaj u odnosu na druga lica.

Član 4.

(Ostali oblici diskriminacije)

- (1) Uznemiravanje se smatra diskriminacijom u svakoj situaciji u kojoj ponašanje vezano za jedan od navedenih osnova iz člana 2. ovog zakona ima za svrhu ili čiji je efekat povreda dostojanstva lica i stvaranje zastrašujućeg, neprijateljskog, degradirajućeg, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja.
- (2) Spolno uznemiravanje je svaki oblik neželjenog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog ponašanja spolne prirode čiji je cilj ili efekat povreda dostojanstva lica, posebno kada se njime stvara zastrašujuće, neprijateljsko, degradirajuće, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.
- (3) Mobing je oblik nefizičkog uznemiravanja na radnom mjestu koji podrazumijeva ponavljanje radnji koje imaju ponižavajući efekat na žrtvu čija je svrha ili posljedica degradacija radnih uslova ili profesionalnog statusa zaposlenog.
- (4) Segregacija je djelo kojim (fizičko ili pravno) lice odvaja druga lica na osnovu jedne od nabrojanih osnova iz člana 2. ovog zakona, u skladu s definicijom diskriminacije sadržanom u članu 2. ovog zakona.
- (5) Izdavanje naloga drugima za vršenje diskriminacije i pomaganje drugima prilikom diskriminacije smatra se oblikom diskriminacije.
- (6) Podsticanje na diskriminaciju je svako zagovaranje nacionalne, rasne ili vjerske mržnje i zabranjeno je.

Član 5.

(Izuzeci od principa jednakog postupanja)

Zakonske mjere i radnje neće se smatrati diskriminacijskim kada se svode na nepovoljno razlikovanje ili različito postupanje ako su zasnovane na objektivnoj i razumnoj opravdanosti. Sljedeće mjere neće se smatrati diskriminacijskim kada se njima ostvaruje legitiman cilj i ako postoji razuman odnos proporcionalnosti između sredstava koja se koriste i cilja koji se nastoji realizirati i kada:

- a) proizlaze iz provođenja ili donošenja privremenih posebnih mjera osmišljenih bilo da se spriječe ili nadoknade štete koje lica trpe a koje su određene osnovama navedenim u članu 2. ovog zakona i to naročito za pripadnike ugroženih grupa, kao što su: invalidna lica, pripadnici nacionalnih manjina, žene, trudnice, djeca, omladina, starija lica i druga društveno isključena lica, civilne žrtve rata, žrtve u krivičnim postupcima, raseljena lica, izbjeglice i azilanti; odnosno da se omogući njihovo puno učešće u svim oblastima života;
- b) su zasnovane na obilježju koje se odnosi na bilo koji od osnova navedenih u članu 2. ovog zakona kada, u ograničenim okolnostima, zbog prirode konkretnih profesionalnih aktivnosti koje su u pitanju ili konteksta u kojem se izvršavaju, takvo obilježje predstavlja stvarni i određujući uslov u pogledu izbora zvanja. Ovaj izuzetak bit će predmet povremenih preispitivanja;
- c) su zasnovane na razlikovanju, isključivanju ili davanju prednosti u vezi sa zapošljavanjem kao člana osoblja institucije koje se obavlja u skladu s doktrinama, osnovnim postavkama, dogmama, vjerovanjima ili učenjima konkretne vjeroispovijesti ili vjere, s obzirom da je razlikovanje, isključenje ili davanje prednosti izvršeno savjesno kako ne bi došlo do povrede vjerskih osjećanja pripadnika te vjeroispovijesti ili te vjere;
- d) određuju maksimalnu starosnu dob najprimjereniju za prekid radnog odnosa i određuju starosnu dob kao uslov za penzionisanje;
- e) su zasnovane na državljanstvu na način predviđen zakonom;
- f) su zasnovane na realizaciji razumnih prilagođavanja s ciljem osiguravanja principa jednakog postupanja u odnosu na invalidna lica. Poslodavci su zato prema potrebi u konkretnom slučaju dužni preduzeti odgovarajuće mjere, radi omogućavanja da invalidno lice ostvari pristup, učestvuje ili napreduje u zaposlenju, odnosno da učestvuje u obuci, ako takve mjere ne nameću nesrazmjeran teret poslodavcu;
- g) stavljanje u nepovoljniji položaj pri uređivanju prava i obaveza iz porodičnog odnosa kada je to određeno zakonom, a posebno s ciljem zaštite prava i

interesa djece, što mora biti opravdano legitimnom svrhom, zaštitom javnog morala, kao i pogodovanju braka u skladu s odredbama porodičnih zakona;

- h) prilikom zasnivanja radnog odnosa, uključuju u članstvo, te u djelovanju koje je u skladu s naukom i poslovanjem registriranih crkava i vjerskih zajednica u BiH, kao i druge javne ili privatne organizacije koje djeluju u skladu sa ustavom i zakonima, ako to zahtijevaju vjerske doktrine, uvjerenja ili ciljevi.

POGLAVLJE III. ZAŠTIĆENA PRAVA

Član 6.

(Oblast primjene)

Ovaj zakon primjenjuje se na postupanje svih javnih tijela na nivou države, entiteta, kantona i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinskih institucija i tijela, te pravnih lica s javnim ovlaštenjima, kao i na postupanje svih pravnih i fizičkih lica, u svim a posebno u sljedećim oblastima:

- a) zapošljavanja, rada i radnih uslova, uključujući pristup zaposlenju, zanimanju i samozapošljavanju kao i radne uslove, naknade, napredovanja u službi i otpuštanja s posla;
- b) obrazovanja, nauke i sporta. Dostupnost obrazovanja ne bi trebalo da zavisi od useljeničkog statusa djece ili njihovih roditelja;
- c) socijalne zaštite, uključujući socijalno osiguranje, socijalne naknade, socijalnu pomoć (naknade za stanovanje, naknade za mlade, itd.) i način postupanja prema korisnicima socijalne zaštite;
- d) zdravstvene zaštite, uključujući dostupnost zaštite i liječenja, i u odnosu na način na koji se pruža zaštita i liječe pacijenti;
- e) obuke uključujući početno osposobljavanje i stalno stručno usavršavanje, sve vrste i sve nivoe profesionalnog usmjeravanja, naprednog stručnog usavršavanja, dokvalifikacije i prekvalifikacije, uključujući i sticanje praktičnog radnog iskustva;
- f) pravosuđa i uprave, uključujući aktivnosti policije i drugih službenika za provođenje zakona, službenika pogranične kontrole, vojno i zatvorsko osoblje. Konkretno, sva lica bit će jednaka pred sudovima i tribunalima;
- g) stanovanja uključujući pristup stanovanju, uslove stanovanja i raskid ugovora o najmu;

- h) javnog informiranja i medija;
- i) članstva u profesionalnim organizacijama, uključujući članstvo u organizaciji radnika ili poslodavaca ili u bilo kojoj organizaciji čiji članovi obavljaju neko određeno zanimanje; uključenost u takve organizacije i pogodnosti koje pružaju takve organizacije;
- j) roba i usluga namijenjenih javnosti i javnim mjestima, uključujući npr. prilikom kupovine robe u trgovini, prilikom podnošenja molbe za zajam u banci i u odnosu na pristup diskotekama, kafićima i restoranima;
- k) obavljanja privredne djelatnosti, uključujući pravo o tržišnoj konkurenciji, odnose između preduzeća i odnose između preduzeća i države;
- l) učešća u kulturnom i umjetničkom stvaralaštvu;
- m) jednakom učešću u javnom životu svih građana;
- n) porodice, pri čemu će bračni drugovi uživati potpunu jednakost prava kao i odgovornosti u pogledu bračne zajednice, tokom trajanja bračne zajednice i njene rastave uključujući i prava i odgovornosti u pogledu podizanja djece, u skladu s odredbama porodičnog zakona;
- o) prava djeteta, uključujući one mjere zaštite koje su potrebne shodno njihovom statusu maloljetnika, od strane njihove porodice, društva i države.

POGLAVLJE IV. INSTITUCIJE NADLEŽNE ZA ZAŠTITU OD DISKRIMINACIJE

Član 7.

(Centralna institucija za zaštitu od diskriminacije)

- (1) Centralna institucija nadležna za zaštitu od diskriminacije je Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ombudsmen Bosne i Hercegovine).
- (2) Ombudsmen Bosne i Hercegovine u okviru svoje nadležnosti:
 - a) zaprima pojedinačne i grupne žalbe u vezi s diskriminacijom;
 - b) fizičkim i pravnim licima koja su podnijela žalbu zbog diskriminacije daje potrebna obavještenja o njihovim pravima i obavezama, te mogućnostima sudske i druge zaštite;
 - c) povodom žalbe Ombudsmen Bosne i Hercegovine može odlučiti da ne prihvati žalbu ili da pokrene postupak istraživanja;

- d) predlaže pokretanje postupka medijacije u skladu s odredbama Zakona o medijaciji;
 - e) prikuplja i analizira statističke podatke o slučajevima diskriminacije;
 - f) podnosi godišnji, a prema potrebi i vanredne izvještaje o pojavama diskriminacije Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine, Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine, Narodnoj skupštini Republike Srpske i Skupštini Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine;
 - g) informira javnost o pojavama diskriminacije;
 - h) na vlastitu inicijativu, provodi istraživanja u oblasti diskriminacije;
 - i) daje mišljenja i preporuke s ciljem sprečavanja i suzbijanja diskriminacije, te predlaže odgovarajuća zakonska i druga rješenja nadležnim institucijama u Bosni i Hercegovini;
 - j) ima pravo da pokreće i učestvuje u postupku za zaštitu od diskriminacije za prekršaje propisane ovim zakonom;
 - k) prati zakonodavstvo i daje savjete zakonodavnim i izvršnim organima;
 - l) podiže svijest o pitanjima vezanim za rasizam i rasnu diskriminaciju u društvu;
 - m) unapređuje politike i prakse koje imaju za cilj da osiguraju jednako postupanje.
- (3) Ombudsmen Bosne i Hercegovine pri izradi redovnih izvještaja, mišljenja i preporuka o pojavama diskriminacije saraduje s organizacijama civilnog društva koje se bave zaštitom i promoviranjem ljudskih prava i organizacijama koje se bave zaštitom prava grupa izloženih visokom riziku diskriminacije.
- (4) Ombudsmen Bosne i Hercegovine pruža pomoć licima ili grupama lica koja se obraćaju međunarodnim tijelima za zaštitu od diskriminacije u davanju uputstava, savjeta, konsultacija u toku postupka, prijedloga i preporuka.
- (5) Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine će u svrhu ostvarivanja svoje nadležnosti uspostaviti poseban odjel koji bi isključivo razmatrao predmete navodne diskriminacije u pogledu postupanja javnih tijela na nivou države, entiteta, kantona i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinskih institucija i tijela, te pravnih lica s javnim ovlaštenjima, kao i postupanje svih pravnih i fizičkih lica, u svim oblastima života.

U budžet Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine bit će uvrštena posebna budžetska stavka neophodna za funkcioniranje specijalnog

odjela/specijalnih odjela za borbu protiv diskriminacije.

- (6) Sve državne institucije, entitetske, kantonalne i tijela Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinske, institucije i pravna lica s javnim ovlaštenjima, te ostala pravna i fizička lica dužna su, na zahtjev Ombudsmena Bosne i Hercegovine, najkasnije u roku od 30 dana od dana zaprimanja zahtjeva, dostaviti tražene podatke i dokumente.
- (7) Nadležne institucije u Bosni i Hercegovini obavezne su saradivati s Ombudsmenom Bosne i Hercegovine i davati pismeno odgovore i obavještenja u roku koji je Ombudsmen Bosne i Hercegovine odredio i o efektu preporuka datih s ciljem otklanjanja diskriminacije.

Član 8.

(Vođenje evidencije i koordinacija nadležnih institucija)

- (1) Nadležne institucije u Bosni i Hercegovini dužne su voditi redovnu evidenciju svih slučajeva prijavljene diskriminacije, a prikupljene podatke obavezno dostavljati Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine.
- (2) Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, u okviru zakonom utvrđenih nadležnosti, ima obavezu, na osnovu prikupljenih podataka o pojavama i obimu diskriminacije, najmanje jednom godišnje pripremati Vijeću ministara Bosne i Hercegovine izvještaj, a prema potrebi i posebne izvještaje koji sadrže prijedlog mjera za sprečavanje i suzbijanje pojava diskriminacije u Bosni i Hercegovini.
- (3) Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine dužno je jednom godišnje izvještavati, posredstvom Vijeća ministara Bosne i Hercegovine, i Parlamentarnu skupštinu Bosne i Hercegovine o pojavama diskriminacije i u vezi s tim predlagati konkretne zakonodavne ili druge mjere.
- (4) U skladu s odredbama ovog člana, ustanovit će se posebne evidencije u zakonodavnim, izvršnim i sudskim organima radi evidencije slučajeva diskriminacije utvrđene u krivičnim, parničnim, vanparničnim i izvršnim postupcima.
- (5) Centralna baza podataka za počinjena djela diskriminacije bit će uspostavljena u Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine.
- (6) Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine će, u roku od

90 dana od dana stupanja na snagu ovog zakona, donijeti pravilnik o načinu prikupljanja podataka o predmetima diskriminacije u Bosni i Hercegovini kojim se definira sadržaj i izgled upitnika za prikupljanje podataka o predmetima diskriminacije i ostala pitanja vezana za postupak prukupljanja potrebnih podataka.

Član 9.

(Praćenje provođenja Zakona)

Provođenje ovog zakona prati Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine.

Član 10.

(Saradnja s organizacijama civilnog društva)

U izradi izvještaja, prilikom pripreme zakona, strategija i drugih planova koji se odnose na stanje ljudskih prava i pitanja diskriminacije sve nadležne institucije obavezne su saradivati s organizacijama civilnog društva koje se bave zaštitom i promoviranjem ljudskih prava i organizacijama koje se bave zaštitom prava lica i grupa lica izloženih visokom riziku od diskriminacije.

POGLAVLJE V.

POSTUPCI ZA ZAŠTITU OD DISKRIMINACIJE

Član 11.

(Zaštita u postojećim postupcima)

- (1) Svako lice ili grupa lica koja smatra da je diskriminirana može tražiti zaštitu svojih prava putem postojećih sudskih i upravnih postupaka.
- (2) U slučajevima u kojima povreda prava na jednako postupanje proizilazi iz upravnog akta, žalba u upravnom postupku i eventualno pokretanje upravnog spora na osnovu zaštite od diskriminacije, a kojom se zahtijeva poništenje takvog upravnog akta, neće spriječiti lice iz stava (1) ovog člana da pokrene sudski postupak za zaštitu od diskriminacije.
- (3) Svi konkretni zahtjevi navedeni u članu 12. ovog zakona, kao pojedinačni ili zajednički, mogu se tražiti u svrhu podnošenja tužbe u parničnom postupku.

Član 12.

(Posebne tužbe za zaštitu od diskriminacije)

- (1) Lice ili grupa lica koja su izložena bilo kojem obliku diskriminacije, prema odredbama ovog zakona, ovlašteni su da podnesu tužbu i traže:
 - a) utvrđivanje da je tuženi povrijedio tužiočevo pravo na jednako postupanje, odnosno da radnja koju je preduzeo ili propustio može neposredno dovesti do povrede prava na jednako postupanje (tužba za utvrđivanje diskriminacije);
 - b) zabranu preduzimanja radnji kojima se krši ili može prekršiti tužiočevo pravo na jednako postupanje, odnosno da se izvrše radnje kojima se uklanja diskriminacija ili njene posljedice (tužba za zabranu ili otklanjanje diskriminacije);
 - c) da se nadoknadi materijalna i nematerijalna šteta uzrokovana povredom prava zaštićenih ovim zakonom (tužba za naknadu štete);
 - d) da se presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje na trošak tuženog objavi u medijima, u slučaju kada je diskriminacija počinjena kroz medije (štampane, printane i elektronske), odnosno bilo koje vrste.
- (2) Sud i druga tijela koja provode postupak dužna su radnje u postupku preduzimati hitno, osiguravajući da se sve tvrdnje o diskriminaciji što prije ispituju.
- (3) Kada se svi zahtjevi zasnivaju na istom činjeničnom i pravnom osnovu, zahtjevi se mogu istaći zajedno (kumulativno) u jednoj tužbi o kojoj se odlučuje u parničnom postupku, ako su svi zahtjevi u međusobnoj vezi i ako je isti sud stvarno nadležan za svaki od tih zahtjeva.
- (4) O tužbama iz stava (1) ovog člana odlučuje nadležni sud primjenjujući odredbe zakona o parničnom postupku koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini, ako ovim zakonom nije drugačije određeno.

Član 13.

(Nadležnost, rokovi i izvršenje)

- (1) Ako ovim zakonom nije drugačije propisano, a u skladu sa zakonima o sudovima u oba entiteta i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine, za sporove po tužbi iz člana 12. ovog zakona nadležni su u prvom i drugom stepenu sudovi opće mjesne nadležnosti.
- (2) U postupcima propisanim u članu 12. ovog zakona uvijek je dozvoljena revizija.
- (3) Po osnovu tužbenog zahtjeva iz člana 12. tačka b) i d) ovog zakona nadležni

sud može odlučiti da žalba ne zadržava izvršenje ili određuje kraći rok za ispunjenje radnje koja je naložena tuženom.

- (4) Rok za podnošenje tužbe na osnovu člana 12. ovog zakona je tri mjeseca od dana saznanja o učinjenoj povredi prava, a najduže jednu godinu od dana učinjenja povrede. Rok za podnošenje zahtjeva za reviziju je tri mjeseca od dana uručenja drugostepene presude.

Član 14.

(Privremene mjere osiguranja)

Sud može u postupcima iz člana 11. i 12. ovog zakona odrediti privremenu mjeru shodno pravilima zakona o parničnom postupku koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini.

Član 15.

(Teret dokazivanja)

- (1) U slučajevima kada lice ili grupa lica navode činjenice u postupku iz člana 12. ovog zakona, potkrepljujući navode o tome da je zabrana diskriminacije prekršena, navodni prekršilac dužan je dokazati da nije prekršio princip jednakog postupanja ili zabrane diskriminacije u predmetu rasprave.
- (2) U slučajevima u kojima lice smatra da je snosilo posljedice diskriminacije, kao dokazno sredstvo za ostvarenje prava iz stava (1) ovog člana mogu se koristiti i statistički podaci ili baze podataka.
- (3) U slučajevima kada lice smatra da je snosilo posljedice diskriminacije zbog propuštanja razumnog prilagođavanja, teret dokazivanja leži na protivnoj strani.

Član 16.

(Učešće trećih lica)

- (1) U postupku koji se pokreće u skladu s članom 12. ovog zakona može se kao treća strana na strani lica ili grupe lica koja tvrde da su žrtve diskriminacije pridružiti tijelo, organizacija, ustanova, udruženje ili drugo lice koje se u okviru svoje djelatnosti bavi zaštitom od diskriminacije lica ili grupe lica o čijim se pravima odlučuje u postupku.
- (2) Sud će dopustiti učešće treće strane samo uz pristanak lica na čijoj strani se treća strana želi umiješati.

- (3) Bez obzira na ishod parnice, treća strana sama snosi troškove svog učešća u parnici.

Član 17.

(Kolektivna tužba za zaštitu od diskriminacije)

Udruženja, tijela, ustanove ili druge organizacije koje su registrirane u skladu s propisima koji reguliraju udruživanje građana u Bosni i Hercegovini, a imaju opravdani interes za zaštitu interesa određene grupe ili se u okviru svoje djelatnosti bave zaštitom od diskriminacije određene grupe lica, mogu podnijeti tužbu protiv lica koje je povrijedilo pravo na jednako postupanje, ako učine vjerovatnim da je postupanjem tuženog povrijeđeno pravo na jednako postupanje većeg broja lica koja uglavnom pripadaju grupi čija prava tužilac štiti.

Član 18.

(Zaštita lica koja prijavljuju diskriminaciju ili učestvuju u postupku)

Nijedno lice koje je prijavilo diskriminaciju ili učestvovalo u pravnom postupku za zaštitu od diskriminacije neće trpjeti nikakve posljedice zbog takvog prijavljivanja ili učestvovanja.

POGLAVLJE VI.

KAZNENE (PREKRŠAJNE) ODREDBE

Član 19.

(Povreda člana 2. stav (2) ovog zakona)

- (1) Pravno lice koje dovede neko lice ili grupu lica u nepovoljan položaj na osnovama nabrojanim u članu 2. (Diskriminacija), stav (1), na način opisan u čl. 3. (Oblici diskriminacije) i 4. (Ostali oblici diskriminacije) ovog zakona, kaznit će se za prekršaj novčanom kaznom u iznosu od 1.500 KM do 5.000 KM.
- (2) Za prekršaj iz stava (1) ovog člana također će se kazniti i odgovorno lice u državnoj, entitetskoj i kantonalnoj instituciji, instituciji Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinskoj instituciji, u pravnom licu s javnim ovlaštenjima i u drugom pravnom licu, i to novčanom kaznom u iznosu od 700 KM do 1.500 KM.
- (3) Za prekršaj iz stava (1) ovog člana također će se kazniti i fizičko lice, i to novčanom kaznom u iznosu od 550 KM do 1.500 KM.

- (4) Ako se prekršaj iz stava (1) ovog člana učini propuštanjem da se postupi po preporuci Ombudsmena Bosne i Hercegovine, pravno lice će se kazniti novčanom kaznom u iznosu od 2.500 KM do 6.500 KM, a odgovorno lice u pravnom licu ili fizičko lice kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 1.000 KM do 3.000 KM.
- (5) Ako se prekršaj iz stava (1) ovog člana učini propuštanjem da se postupi po nalogu suda, pravno lice će se kazniti novčanom kaznom u iznosu od 3.500 KM do 10.000 KM a odgovorno lice u pravnom licu ili fizičko lice kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 2.000 KM do 5.000 KM.

Član 20.

(Povreda člana 7. st. (6) i (7) ovog zakona)

- (1) Pravno lice kaznit će se za prekršaj novčanom kaznom u iznosu od 1.000 KM do 5.000 KM ako:
 - a) ne dostavi podatke ili dokumente na zahtjev Ombudsmena Bosne i Hercegovine, odnosno ako ih ne dostavi u propisanom roku i ne dozvoli uvid u njih, u suprotnosti s članom 7. (Centralna institucija za zaštitu od diskriminacije), stav (6) ovog zakona;
 - b) ne saraduje s Ombudsmenom Bosne i Hercegovine i ne daje pismeno odgovore ili obavještenja, odnosno ne izvijesti o učinku preporuka datih s ciljem otklanjanja diskriminacije, u suprotnosti s članom 7. stav (7) ovog zakona.
- (2) Za prekršaje iz stava (1) ovog člana također će se kazniti i odgovorno lice u državnoj, entitetskoj i kantonalnoj instituciji, instituciji Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinskoj instituciji, u pravnom licu s javnim ovlaštenjima i u drugom pravnom licu, i to novčanom kaznom u iznosu od 500 KM do 1.500 KM.
- (3) Za prekršaj iz stava (1) ovog člana također će se kazniti i fizičko lice, i to novčanom kaznom u iznosu od 450 KM do 1.000 KM.

Član 21.

(Povreda člana 18. ovog zakona)

- (1) Pravno lice koje lice koje je prijavilo diskriminaciju u dobroj vjeri ili lice koje je na bilo koji način učestvovalo u postupku zaštite od diskriminacije dovede u nepovoljan položaj na osnovu toga što je to lice prijavilo diskriminaciju

ili učestvovalo u postupku, u suprotnosti s članom 18. (Zaštita lica koja prijave diskriminaciju ili učestvuju u postupku) ovog zakona, kaznit će se za prekršaj novčanom kaznom u iznosu od 1.000 KM do 10.000 KM.

- (2) Za prekršaje iz stava (1) ovog člana također će se kazniti i odgovorno lice u državnoj, entitetskoj i kantonalnoj instituciji, instituciji Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinskoj instituciji, u pravnom licu s javnim ovlaštenjima i u drugom pravnom licu, i to novčanom kaznom u iznosu od 1.000 KM do 3.500 KM.
- (3) Za prekršaj iz stava (1) ovog člana također će se kazniti i fizičko lice, i to novčanom kaznom u iznosu od 700 KM do 2.000 KM.
- (4) Ako prekršaj iz stava (1) ovog člana učini s namjerom odgovorno lice u pravnom licu, odgovorno lice u pravnom licu kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 2.000 KM do 7.000 KM, i ako je učini s namjerom fizičko lice, fizičko lice kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 1.500 KM do 4.000 KM.

Član 22.

(Zaštitne mjere)

- (1) Za prekršaje propisane ovim zakonom mogu se izreći zaštitne mjere oduzimanja predmeta i zabrane obavljanja određene profesionalne djelatnosti, poslovne aktivnosti ili dužnosti.
- (2) Zaštitne mjere oduzimanja predmeta obavezno se izriču svaki put kada je prekršaj izvršen korištenjem tih predmeta, odnosno kada su predmeti bili namijenjeni izvršenju prekršaja ili su predmeti nastali zbog izvršenja prekršaja.

Član 23.

(Objavljivanje rješenja o prekršaju)

Rješenje o prekršaju propisano ovim zakonom objavljuje se u javnim medijima koji su dostupni na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine.

POGLAVLJE VII. PRIJELAZNE I ZAVRŠNE ODREDBE

Član 24.

(Usaglašavanje ostalih propisa s ovim zakonom)

- (1) U slučaju neusaglašenosti drugih zakona s ovim zakonom u postupcima po ovom zakonu, primjenjivat će se ovaj zakon.
- (2) Svi zakoni i opći propisi bit će usaglašeni s odredbama ovog zakona u roku od godinu dana od dana stupanja na snagu ovog zakona.
- (3) Ovaj zakon ne prejudicira odredbe i uslove koji su utvrđeni u međunarodnim ugovorima i sporazumima s vjerskim zajednicama, čime se ne dira u njihovu djelatnu, normativnu i organizacionu autonomiju i princip punog uživanja prava vjerskih sloboda i izražavanja.

Član 25.

(Stupanje na snagu)

Ovaj zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u “Službenom glasniku BiH”.

USTAV BOSNE I HERCEGOVINE²⁰¹

PREAMBULA

Oslanjajući se na poštovanje ljudskog dostojanstva, slobode i jednakosti,

Posvećeni miru, pravdi, toleranciji i pomirenju,

Ubijedeni da demokratski organi vlasti i pravične procedure najbolje stvaraju miroljubive odnose unutar pluralističkog društva,

U želji da podstaknu opšte blagostanje i ekonomski razvoj kroz zaštitu privatnog vlasništva i unapređenje tržišne privrede,

Vođeni ciljevima i načelima Povelje Ujedinjenih naroda,

Opredijeljeni za suverenitet, teritorijalni integritet i političku nezavisnost Bosne i Hercegovine u skladu sa međunarodnim pravom,

Odlučni da osiguraju puno poštovanje međunarodnog humanitarnog prava,

Inspirisani Univerzalnom Deklaracijom o ljudskim pravima, Međunarodnim paktovima o građanskim i političkim pravima, odnosno o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, i Deklaracijom o pravima lica koja pripadaju nacionalnim ili etničkim, vjerskim i jezičkim manjinama, kao i drugim instrumentima ljudskih prava,

Podsjećajući se na Osnovna načela usaglašena u Ženevi 8. 9. 1995. godine i u Njujorku 26. 9. 1995. godine, Bošnjaci, Hrvati i Srbi, kao konstitutivni narodi (u zajednici s ostalima), i građani Bosne i Hercegovine ovim utvrđuju Ustav Bosne i Hercegovine:

2. Demokratska načela

Bosna i Hercegovina je demokratska država koja funkcioniše u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora.

²⁰¹ Ustav Bosne i Hercegovine. Sarajevo. OHR, Office of the High Representative – neslužbeni prevod

Član II

Ljudska prava i osnovne slobode

1. Ljudska prava

Bosna i Hercegovina i oba entiteta će osigurati najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda. U tu svrhu postoji Komisija za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu, kao što je predviđeno u Aneksu 6 Opšteg okvirnog sporazuma.

2. Međunarodni standardi

Prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.

3. Katalog prava

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

- a) Pravo na život.
- b) Pravo lica da ne bude podvrgnuto mučenju niti nečovječnom ili ponižavajućem tretmanu ili kazni.
- c) Pravo lica da ne bude držano u ropstvu ili potčinjenosti, ili na prisilnom ili obaveznom radu.
- d) Pravo na ličnu slobodu i sigurnost.
- e) Pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom.
- f) Pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku.
- g) Slobodu misli, savjesti i vjere.
- h) Slobodu izražavanja.
- i) Slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima.
- j) Pravo na brak i zasnivanje porodice.
- k) Pravo na imovinu.
- l) Pravo na obrazovanje.
- m) Pravo na slobodu kretanja i prebivališta.

4. Nediskriminacija

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

6. Implementacija

Bosna i Hercegovina, i svi sudovi, ustanove, organi vlasti, te organi kojima posredno rukovode entiteti ili koji djeluju unutar entiteta podvrgnuti su, odnosno primjenjuju ljudska prava i osnovne slobode na koje je ukazano u stavu 2.

7. Međunarodni sporazumi

Bosna i Hercegovina će ostati ili postati strana ugovornica međunarodnih sporazuma pobrojanih u Aneksu I ovog Ustava.

8. Saradnja

Svi nadležni organi vlasti u Bosni i Hercegovini će saradivati sa, i obezbijediti neograničen pristup: svim međunarodnim posmatračkim mehanizmima ljudskih prava koji se uspostave za Bosnu i Hercegovinu; nadzornim tijelima koja se uspostave bilo kojim međunarodnim sporazumom navedenim u Aneksu I ovog Ustava; Međunarodnom tribunalu za bivšu Jugoslaviju (a naročito će se pridržavati naredbi koje su izdate po članu 29. Statuta Tribunala); i bilo kojoj drugoj organizaciji ovlaštenoj od strane Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda sa mandatom koji se tiče ljudskih prava ili humanitarnog prava.

Član III

Nadležnosti i odnosi između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta

2. Nadležnosti entiteta

c) Entiteti će ispuniti sve uslove za pravnu sigurnost i zaštitu lica pod svojom jurisdikcijom, održavanjem civilnih ustanova za primjenu pravnih propisa, koje će funkcionisati u skladu sa međunarodno priznatim standardima uz poštovanje međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda, iz člana II ovog Ustava, i poduzimanjem ostalih odgovarajućih mjera.

3. Pravni poredak i nadležnosti institucija

b) Entiteti i sve njihove administrativne jedinice će se u potpunosti pridržavati ovog Ustava, kojim se stavljaju van snage zakonske odredbe Bosne i Hercegovine i ustavne i zakonske odredbe entiteta koje mu nisu saglasne, kao i odluka institucija Bosne i Hercegovine. Opšta načela međunarodnog prava su sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta.

Član VI

Ustavni sud

1. Sastav

Ustavni sud Bosne i Hercegovine sastoji se od devet članova.

- a) Četiri člana bira Predstavnički dom Federacije, a dva člana Skupština Republike Srpske. Preostala tri člana bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava nakon konsultacija sa Predsjedništvom.
- b) Sudije će biti istaknuti pravници visokog moralnog ugleda. Svako ko udovoljava takvoj kvalifikaciji i ima pravo glasa može biti imenovan za sudiju Ustavnog suda. Sudije koje bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava ne mogu biti državljani Bosne i Hercegovine ili bilo koje susjedne države.
- c) Mandat sudija imenovanih u prvome sazivu biće pet godina, izuzev ako podnesu ostavku ili budu s razlogom razriješeni na osnovu konsenzusa ostalih sudija. Sudije koje su imenovani u prvome sazivu ne mogu biti reimenovani. Sudije koje će biti imenovani nakon prvog saziva služiće do navršanih 70 godina života, izuzev ako podnesu ostavku ili budu s razlogom razriješeni na osnovu konsenzusa ostalih sudija.
- d) Za imenovanja koja se budu vršila nakon isteka perioda od pet godina od prvih imenovanja, Parlamentarna skupština može zakonom predvidjeti drugačiji način izbora troje sudija koje bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava.

2. Procedure

- a) Većina svih članova suda sačinjava kvorum.
- b) Sud će, većinom glasova svih članova, usvojiti svoja pravila o radu. Sud će voditi javne rasprave, a svoje odluke će javno obrazlagati i objavljivati.

3. Jurisdikcija

Ustavni sud će podržavati ovaj Ustav.

a) Ustavni sud je jedini nadležan da odlučuje o bilo kojem sporu koji se javlja po ovom Ustavu između dva entiteta, ili između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta, te između institucija Bosne i Hercegovine, uključujući ali ne ograničavajući se na to pitanje:

- Da li je odluka entiteta da uspostavi poseban paralelan odnos sa susjednom državom u skladu sa ovim Ustavom, uključujući i odredbe koje se odnose na suverenitet i teritorijalni integritet Bosne i Hercegovine.
- Da li je bilo koja odredba ustava ili zakona jednog entiteta u skladu sa ovim Ustavom.

Sporove može pokrenuti član Predsjedništva, predsjedavajući Vijeća ministara, predsjedavajući, ili njegov zamjenik, bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine; jedna četvrtina članova/delegata bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine, ili jedna četvrtina članova bilo kojeg doma zakonodavnog organa jednog entiteta.

b) Ustavni sud također ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom Ustavu, kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini.

c) Ustavni sud je nadležan u pitanjima koja mu je proslijedio bilo koji sud u Bosni i Hercegovini u pogledu toga da li je zakon, o čijem važenju njegova odluka ovisi, kompatibilan sa ovim Ustavom, sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima, ili sa zakonima Bosne i Hercegovine; ili u pogledu postojanja ili doma-šaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda.

4. Odluke

Odluke Ustavnog suda su konačne i obavezujuće.

Član X

Izmjene i dopune

2. Ljudska prava i osnovne slobode

Nijednim amandmanom na ovaj Ustav ne može se eliminisati, niti umanjiti bilo koje od prava i sloboda iz člana II ovog Ustava, niti izmijeniti ova odredba.

Aneks I Dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u Bosni i Hercegovini

1. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948)
2. Ženevske konvencije I-IV o zaštiti žrtava rata (1949) i Dopunski protokoli I-II (1977)
3. Konvencija koja se odnosi na status izbjeglica (1951) i Protokol (1966)
4. Konvencija o državljanstvu udatih žena (1957)
5. Konvencija o smanjenju broja lica bez državljanstva (1961)
6. Međunarodna konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije (1965)
7. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966) i Opcioni protokoli (1966 i 1989)
8. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966)
9. Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije u odnosu na žene (1979)
10. Konvencija protiv mučenja i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih tretmana ili kažnjavanja (1984)
11. Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja (1987)
12. Konvencija o pravima djeteta (1989)
13. Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika-migranata i članova njihovih porodica (1990)
14. Evropska povelja za regionalne jezike i jezike manjina (1992)
15. Okvirna Konvencija za zaštitu nacionalnih manjina (1994)

Član 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija)

Zabrana diskriminacije

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

Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine²⁰²

Član 1.

Ovim pravilima Ustavnog suda Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Pravila) uređuje se, u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustav), organizacija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud), postu-pak pred Ustavnim sudom i druga pitanja značajna za rad Ustavnog suda.

Član 9.

1. Vijeće od pet sudija odlučuje o predmetima iz nadležnosti Ustavnog suda iz člana VI/3.b) Ustava koji nisu stavljeni na dnevni red Ustavnog suda u plenarnoj sjednici, o čemu donosi jednoglasnu odluku. Ukoliko nije postignuta jednoglasna odluka, predmet se prosljeđuje Ustavnom sudu u plenarnoj sjednici u tekstu koji će biti izmijenjen i dopunjen u skladu sa prijedlogom koji je dobio podršku većine članova Vijeća.

1. Učesnici u postupku

Član 15.

b. stranke u postupku u kojem je donesena odluka koja se pobija apelacijom i sud, odnosno organ čija je presuda, odnosno odluka, predmet apelacije (član VI/3.b) Ustava);

2. Uvjeti za dopustivost apelacije iz člana VI/3.b) Ustava

Član 16.

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

²⁰² Objavljena u „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 60/05, 64/08 i 51/09.

2. Ustavni sud će odbaciti apelaciju kao očigledno (*prima facie*) neosnovanu kada utvrdi da ne postoji opravdan zahtjev stranke u postupku, odnosno da predočene činjenice ni na koji način ne mogu opravdati tvrdnju da postoji kršenje Ustavom zaštićenih prava i/ili kada se za stranku u postupku utvrdi da ne snosi posljedice kršenja Ustavom zaštićenih prava, tako da je ispitivanje merituma apelacije nepotrebno.
3. Ustavni sud može iznimno razmatrati apelaciju i kada nema odluke nadležnog suda, ukoliko apelacija ukazuje na ozbiljna kršenja prava i temeljnih sloboda koja štite Ustav Bosne i Hercegovine ili međunarodni dokumenti koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini.
4. Apelacija nije dopustiva i ako postoji neki od sljedećih slučajeva:
 1. Ustavni sud nije nadležan za odlučivanje;
 2. apelacija je anonimna;
 3. podnosilac apelacije je odustao od apelacije;
 4. protekao je rok za podnošenje apelacije;
 5. apelaciju je podnijelo neovlašteno lice;
 6. radi se o pitanju o kojem je Ustavni sud već odlučivao, a iz navoda ili dokaza iznesenih u apelaciji ne proizlazi da ima osnova za ponovno odlučivanje;
 7. apelant je zloupotrijebio pravo na podnošenje apelacije;
 8. ako su izmijenjene pravne okolnosti;
 9. apelacija je *ratione materiae* inkompatibilna sa Ustavom;
 10. apelacija je *ratione personae* inkompatibilna sa Ustavom;
 11. apelacija je *ratione temporis* inkompatibilna sa Ustavom;
 12. apelant je prethodno pokrenuo istovjetan postupak pred Domom za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu;
 13. apelant je propustio da u ostavljenom roku dopuni/precizira apelaciju;
 14. apelacija je preuranjena;
 15. apelant nije iscrpio pravne lijekove moguće po zakonu.

4. Pravila postupka

Član 18.

1. Zahtjev o pokretanju postupka upućen Ustavnom sudu šalje se poštom ili se predaje neposredno Ustavnom sudu.
2. Podnesak iz stava 1. ovog člana smatra se primljenim danom prijema u Ustavnom sudu, odnosno danom predaje podneska pošti preporučeno.

Član 19.

2. Apelacija iz člana VI/3.b) Ustava treba da sadrži:
 - osporenu presudu suda u Bosni i Hercegovini;
 - odredbe Ustava i/ili međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini;
 - navode, činjenice i dokaze na kojima se apelacija zasniva;
 - u nedostatku osporene presude/odluke razloge za podnošenje apelacije;
 - potpis podnosioca apelacije.
3. Apelacija iz stava 2. ovog člana podnosi se na posebnom obrascu dostupnom u Pisarni Ustavnog suda ili na web-siteu Ustavnog suda. Obrazac je dostavljen u prilogu ovih pravila i čini njihov sastavni dio.
5. Podnosilac zahtjeva/apelacije dužan je obavijestiti Ustavni sud o svim promjenama adrese, pravnog i činjeničnog stanja u vezi sa zahtjevom/apelacijom, koje su se desile nakon podnošenja zahtjeva/apelacije Ustavnom sudu.
6. Ako podnosilac zahtjeva/apelacije ima zastupnika, zastupnik mora priložiti punomoć za zastupanje u pisanom obliku.

Član 22.

1. Ustavni sud dostavlja zahtjev o pokretanju postupka (odnosno apelaciju) donosiocu osporenog akta radi davanja odgovora, odnosno dostavljanja spisa.
2. Ustavni sud dostavlja apelaciju i drugoj stranci u postupku u kojem je donesena presuda/odlučka koja se pobija apelacijom s ciljem davanja odgovora.

3. Nedostavljanje odgovora ne utiče na tok postupka pred Ustavnim sudom.
4. U slučaju odbacivanja apelacije Ustavni sud može donijeti odluku, a da prethodno apelacija nije dostavljena drugoj stranci na izjašnjavaње.

7. Akti Ustavnog suda

Član 59.

1. Nakon vijećanja i glasanja Ustavni sud donosi odluke.
2. Odluke Ustavnog suda su:
 - o dopustivosti zahtjeva/apelacije;
 - o meritumu zahtjeva/apelacije (potpuna ili djelimična);
 - o prestanku važenja odredbe nesaglasne sa Ustavom;
 - o obustavi postupka;
 - o privremenoj mjeri.

Član 61.

1. Ustavni sud donosi odluku o meritumu kada usvaja ili odbija zahtjev/apelaciju.
2. Ustavni sud usvaja zahtjev/apelaciju kada, u skladu sa svojim nadležnostima iz čl. VI/3.a) i VI/3.b) utvrdi povredu Ustava, odnosno u skladu sa svojim nadležnostima iz člana VI/3.c) utvrdi povredu Ustava i zakona Bosne i Hercegovine ili utvrdi inkompatibilnost u pogledu postojanja ili domašaja nekog općeg pravila međunarodnog javnog pra-va koje je bitno za odluku Ustavnog suda.
3. Ustavni sud odbija zahtjev/apelaciju kada, u skladu sa svojim nadležnostima iz čl. VI/3.a) i VI/3.b) utvrdi da ne postoji povreda Ustava, odnosno da ne postoji povreda u smislu nadležnosti Ustavnog suda iz člana VI/3.c) Ustava.

Član 64.

1. Odlukom kojom usvaja apelaciju Ustavni sud ukida osporenu odluku i predmet vraća sudu, odnosno organu koji je donio tu odluku na ponovni postupak. Ako je do donošenja odluke Ustavnog suda promijenjen zakon koji određuje

nadležnost za postupanje u toj pravnoj stvari sud, odnosno organ koji je donio ukinutu odluku, dužan je bez odlaganja dostaviti predmet nadležnom sudu, odnosno organu.

2. Izuzetno, ako Ustavni sud utvrdi da je apelacija osnovana može, prema prirodi Ustavom utvrđenih prava i osnovnih sloboda, sam odlučiti o meritumu predmeta i odluku dostaviti nadležnom organu radi osiguranja podnosiocu apelacije ustavnih prava koja su mu povrijeđena.
3. Ustavni sud može sam odlučiti u meritumu iz stava 2. ovog člana samo ako je data mogućnost izjašnjavanja drugoj stranci u postupku prema članu 22. stav 2. ovih pravila.
4. U obrazloženju odluke Ustavni sud navodi koje je ustavno pravo povrijeđeno i u čemu se sastoji povreda.
5. Sud, odnosno organ čija je odluka ukinuta, dužan je donijeti novu odluku pri čemu je obavezan poštovati pravno shvatanje Ustavnog suda o povredi Ustavom utvrđenih prava i osnovnih sloboda podnosioca apelacije.
6. Postupak pred sudom, odnosno organom iz stava 5. ovog člana, hitan je.

10. Privremene mjere

Član 77.

1. Malo vijeće može, na zahtjev podnosioca zahtjeva ili apelanta, odrediti strankama svaku privremenu mjeru za koju smatra da je treba donijeti u interesu stranaka ili pravilnog vođenja postupka.
2. Izuzetno, predsjednik Ustavnog suda može, u nemogućnosti sazivanja Malog vijeća, odrediti privremenu mjeru iz stava 1. ovog člana.
3. Ustavni sud u plenarnoj sjednici, odnosno Vijeće od pet sudija može, na vlastitu inicijativu ili na zahtjev stranke, odrediti privremenu mjeru iz stava 1. ovog člana.
4. Odluka o mjeri iz stava 1. ovog člana odmah se dostavlja donosiocu osporenog akta i stranci.
5. Malo vijeće, odnosno predsjednik Ustavnog suda, ako ocijeni svrsishodnim može odlučiti o dostavljanju mjere iz stava 1. ovog člana i drugim organima.
6. Odluka o privremenoj mjeri iz stava 1. ovog člana proizvodi pravno djelovanje dok Ustavni sud u plenarnoj sjednici, odnosno Vijeće od pet sudija, ne odluči drukčije.

7. Malo vijeće, odnosno predsjednik Ustavnog suda, može tražiti informacije od stranaka o svakom pitanju koje je povezano s privremenom mjerom.
8. Postupak za donošenje privremene mjere hitan je, a odluka kojom se usvaja zahtjev za donošenje privremene mjere je obavezujuća do donošenja konačne odluke Ustavnog suda.”

PROTOKOL BR. 12 UZ EVROPSKU KONVENCIJU

Rim, 4. novembra 2000. godine

Države članice Vijeća Evrope potpisnice ove konvencije,

uzimajući u obzir osnovna načela prema kojima su sve osobe jednake pred zakonom i imaju pravo na jednaku pravnu zaštitu;

odlučne preduzeti daljnje korake za unapređenje jednakosti svih osoba kolektivnim jačanjem opće zabrane diskriminacije putem Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda potpisane u Rimu 4. novembra 1950. (u daljnjem tekstu: Konvencija);

ponovo potvrđujući da načelo nediskriminacije ne sprječava države stranke u preduzimanju mjera za unapređenje potpune i djelotvorne jednakosti, pod uvjetom da postoji objektivno i razumno opravdanje za te mjere;

sporazumjele su se kako slijedi:

Član 1.

Opća zabrana diskriminacije

1. Uživanje svih prava određenih zakonom osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status.
2. Nikoga ne smiju diskriminirati javna tijela na bilo kojoj osnovi, kako je i navedeno u stavu 1.

Član 2.

Teritorijalna primjena

1. Svaka država može, u trenutku potpisivanja ili deponiranja svoje isprave o ratifikaciji, prihvatanju ili odobravanju, odrediti teritoriju ili teritorije na koje će se primjenjivati ovaj protokol.
2. Svaka država može naknadno, izjavom upućenom glavnom sekretaru Vijeća Evrope, proširiti primjenu ovoga protokola na bilo koju drugu teritoriju

navedenu u izjavi. U odnosu na takvu teritoriju, Protokol stupa na snagu prvoga dana mjeseca koji slijedi nakon isteka razdoblja od tri mjeseca od dana kada glavni sekretar primi takvu izjavu.

3. Svaka izjava data na osnovu prethodna dva stava može se, u odnosu na svaku teritoriju utvrđenu u takvoj izjavi, povući ili izmijeniti obavještenjem upućenom glavnom sekretaru. Povlačenje ili izmjena stupaju na snagu prvoga dana mjeseca koji slijedi nakon isteka razdoblja od tri mjeseca od dana kada glavni sekretar primi takvo obavještenje.
4. Izjava data u skladu sa ovim članom smatrat će se da je data u skladu sa stavom 1. člana 56. Konvencije.
5. Svaka država koja je dala izjavu u skladu sa stavovima 1. i 2. ovoga člana može u bilo kojem trenutku nakon toga izjaviti, u ime jedne ili više teritorija na koje se izjava odnosi, da prihvata nadležnost suda da zaprima pojedinačne zahtjeve nevladinih organizacija ili grupa pojedinaca kako je predviđeno članom 34. Konvencije u odnosu na član 1. ovoga protokola.

Član 3.

Odnos prema konvenciji

Države strane smatraju odredbe članova 1. i 2. ovoga protokola dopunskim članovima Konvencije i sve će se odredbe Konvencije primjenjivati u skladu s tim.

Član 4.

Potpisivanje i ratifikacija

Ovaj protokol je otvoren na potpisivanje državama članicama Vijeća Evrope koje su potpisale Konvenciju. Protokol podliježe ratifikaciji, prihvatanju ili odobravanju. Država članica Vijeća Evrope ne može ratificirati, prihvatiti ili odobriti ovaj protokol, a da prethodno ili istovremeno nije ratificirala Konvenciju. Isprave o ratifikaciji, prihvatanju ili odobravanju bit će deponirani kod glavnog sekretara Vijeća Evrope.

Član 5.

Stupanje na snagu

1. Ovaj protokol stupa na snagu prvoga dana mjeseca koji slijedi nakon isteka razdoblja od tri mjeseca od dana kada je deset država članica Vijeća Evrope

pristalo da budu obavezane Protokolom u skladu sa odredbama člana 4.

2. U odnosu na države članice koje naknadno izraze pristanak da budu obavezane Protokolom, Protokol stupa na snagu prvoga dana mjeseca koji slijedi nakon isteka razdoblja od tri mjeseca nakon dana deponiranja isprave o ratifikaciji, prihvatanju ili odobravanju.

Član 6.

Depozitarne funkcije

Glavni sekretar Vijeća Evrope dužan je obavijestiti sve države članice Vijeća Evrope o:

- a. svakom potpisu;
- b. deponiranju svake isprave o ratifikaciji, prihvatanju ili odobravanju;
- c. svakom datumu stupanja na snagu ovoga protokola u skladu sa članovima 2. i 5;
- d. svakom drugom aktu, obavještenju ili saopćenju u vezi sa ovim protokolom.

U potvrdu prethodno navedenog su dolje potpisani, za to propisno ovlašteni, potpisali ovaj protokol.

Sastavljeno u Rimu 4. novembra 2000. na engleskom i francuskom, pri čemu su oba teksta jednako vjerodostojna, u jednom izvorniku koji će biti pohranjen u arhive Vijeća Evrope. Glavni sekretar Vijeća Evrope će dostaviti ovjerene prijepise svakoj državi članici Vijeća Evrope.”²⁰³

²⁰³ Dostupno na: http://bs.wikisource.org/wiki/Evropska_konvencija_o_ljudskim_pravima/Protokol_broj_12.

Odredbe krivičnih zakona koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini, a koje se odnose na nejednako postupanje:

IZAZIVANJE NARODNOSNE, RASNE I VJERSKE MRŽNJE, RAZDORA I NETRPELJIVOSTI

KRIVIČNA DJELA PROTIV SLOBODE I PRAVA ČOVJEKA I GRAĐANINA

SPREČAVANJE POVRATKA IZBJEGLICE ILI RASELJENE OSOBE

KRIVIČNA DJELA PROTIV RADNIH ODNOSA

KRIVIČNA DJELA PROTIV ČOVJEČNOSTI I VRIJEDNOSTI ZAŠTIĆENIH MEĐUNARODNIM PRAVOM

