
Diskriminacija na osnovu mjesta prebivališta: Koliko razlike u tretmanu je dozvoljeno?

Aleksandra Ivanković-Tamamović

Uvod: O osnovima diskriminacije

Diskriminaciju shvatamo kao svako različito postupanje koje 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.¹ Razlika u postupanju predstavlja diskriminaciju ukoliko nema razumno obrazloženje, odnosno ukoliko nije uvedena kako bi se ostvario neki legitiman cilj, ili ukoliko nema dovoljno razumne proporcionalne veze između korišćenog sredstva i cilja koji se nastoji postići.² Diskriminacija, nažalost, i dalje predstavlja dio naše svakodnevnice. A kad o njoj pak govorimo, najčešće govorimo o diskriminaciji na osnovu etničkog porijekla, invaliditeta i seksualne orijentacije.³ Pored toga, rodna diskriminacija zahvata najveći dio svjetske populacije, i kao takva sasvim sigurno (i “zasluženo”) ne samo da često predstavlja predmet diskusije, nego je pitanje od posebnog značaja za svako društvo, pa i bosanskohercegovačko.

Ipak, kada govorimo o diskriminaciji, vrijedi podsjetiti se da se ona mijenja zajedno sa društvom u kojem se pojavljuje. Kroz vrijeme i prostor, oblici diskriminacije se mijenjaju. Tako, na primjer, možemo zapaziti promjene u polnoj diskriminaciji koja danas ima različite intenzitete u različitim dijelovima planete, a jednako tako se pokazivala u različitim oblicima kroz istoriju. Prije tek stotinu godina žene globalno nisu imale pravo glasa, niti su imale jednak pristup obrazovanju ili tržištu rada. Danas, bez obzira na to što je pravo glasa gotovo univerzalno (sa nekoliko rijetkih i uznemirujućih izuzetaka), pristup obrazovanju, ako ne jednak, onda bar dovoljno otvoren i ženama, a ravnopravnost u pristupu tržištu rada (opet sa nekim izuzecima) barem deklarativno postignuta, rodna nejednakost i diskriminacija je, zadržavši neka stara obličja, istovremeno uzela i neka nova, drugačija i suptilnija.

Upravo imajući u vidu ovu sposobnost diskriminacije da metamorfira u izmijenjenim društvenim uslovima, instrumenti koji pružaju zaštitu moraju da dozvole dovoljno fleksibilnosti da mogu da se prilagode tim novim okolnostima. Tako i Ustav BiH, kao uostalom i Evropska konvencija, te Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima,

¹ “Zakon o zabrani diskriminacije”, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine* 59/09, član 2.

² European Court of Human Rights (ECtHR), *Karlheinz Schmidt v. Germany*, aplikacija br. 13580/88, 18. 7. 1994.

³ European Commission, *Special Eurobarometer 393* (European Commission, 2012) str. 7.

kao i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, koji su u Ustav inkorporirani, garantuju zaštitu od diskriminacije sa otvorenom klauzulom “ili drugi status”. Zapravo, već je Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima pozvala na jednaku zaštitu pred zakonom “**bez bilo kakve** diskriminacije”. Slično je rješenje predviđeno i Zakonom o zabrani diskriminacije, koji diskriminaciju definiše i s obzirom na “svaku drugu okolnost” koja za svrhu ili posljedicu ima nejednako postupanje bez objektivnog i razumnog opravdanja.⁴

Takva je fleksibilnost i otvorenost u pogledu mogućih osnova diskriminacije omogućila Evropskom sudu za ljudska prava da raspravlja o diskriminaciji na osnovu seksualne orijentacije, rođenja van braka ili promjene pola nakon operacije (gender reassignment following an operation), bez obzira što ti osnovi nisu bili pomenuti u samom tekstu Konvencije, a neki od njih vrlo vjerovatno nisu bili ni na umu tvoraca ovog regionalnog instrumenta u vrijeme kad su ga pisali – kasnih četrdesetih godina dvadesetog vijeka.

Različit položaj građana u različitim entitetima, kantonima i opštinama

S ovim na umu valja posmatrati različita postupanja po raznim osnovima i razmišljati o njihovom diskriminatorском potencijalu. Jedan od tih osnova, u bosanskohercegovačkom kontekstu, svakako jeste mjesto prebivališta, shvaćeno kao mjesto prebivališta unutar jedne države. Svjedoci smo da se različit položaj i tretman građana BiH, a s obzirom na mjesto prebivališta, odnosno boravišta, često u javnom diskursu, opravdano ili ne, predstavlja kao diskriminacija.

Fragmentiran i decentralizovan politički sistem, kakvim se BiH diči, sasvim sigurno je plodno tlo za različito regulisanje mnogih bitnih ili manje bitnih aspekata života. Mjesto prebivališta je, s obzirom na ustroj države, predviđeno kao određujući faktor već samim Ustavom, recimo pri definisanju ustrojstva Predsjedništva ili Parlamentarne skupštine BiH. Upravo na ovom najvišem zakonodavnom nivou već godinama se vodi polemika u vezi sa dozvoljenošću razlikovanja po etničko-entitetskom osnovu prilikom kandidovanja za članove Predsjedništva. Evropski sud za ljudska prava je odavno rekao svoje na temu diskriminacije na osnovu etničke pripadnosti u, sad već svima poznatoj, presudi u predmetu *Sejdić i Finci protiv BiH*. Ipak, ostaje nedoumica po pitanju entitetskog elementa. U presudi u predmetu *Stranka za BiH i Ilijaz Pilav*⁵ Ustavni sud je, raspravljajući o Ustavom sankcionisanoj nemogućnosti da, u konkretnom slučaju, Bošnjak iz Republike Srpske bude kandidat na izborima za Predsjedništvo BiH, na diskutabilan način, donio sud o proporcionalnosti, nekom vidu afirmativne akcije,⁶ i neophodnosti da se privremenom nejednakošću ostvari konačna i permanentna jednakost.

⁴ “Zakon o zabrani diskriminacije”, član 2, stav 1.

⁵ *Stranka za BiH i Ilijaz Pilav protiv Rješenja Suda BiH*, apelacija br. AP 2678/06, odluka o prihvatljivosti i meritumu od 29. septembra 2006.

⁶ Afirmativna akcija se definiše kao “niz radnji osmišljenih da eliminišu postojeću diskriminaciju, otklone posljedice ranije diskriminacije i stvore sisteme i procedure za sprječavanje buduće diskriminacije” – Black’s Law Dictionary, osmo izdanje, Thomson West, 2007.

Naime, presuda Ustavnog suda u navedenom predmetu utvrđuje da je odredba člana V Ustava BiH restriktivna, i uspostavlja različit tretman, ali ipak nalazi da je takva restrikcija opravdana neophodnošću da se obezbijedi “jačanje pozicija konstitutivnih naroda tako da se na nivou države kao cjeline osigura da se Predsjedništvo sastoji od predstavnika sva tri konstitutivna naroda”. Međutim, u predmetu *Sejdić i Finci* Evropski sud nalazi da limitiranje članstva u Predsjedništvu samo na konstitutivne narode nije u skladu sa Protokolom 12 uz Evropsku konvenciju. Stoga se s tim u vezi može postaviti pitanje koliko je obrazloženje Ustavnog suda o neophodnosti teritorijalnih restrikcija pri izboru za člana Predsjedništva prihvatljivo u takvim okolnostima. Budući da je predmet *Pilav* proslijeđen Evropskom sudu, i da je pitanje diskriminacije već 2013. upućeno na odgovor Bosni i Hercegovini, konačan stav Evropskog suda o ovom pitanju se može uskoro očekivati.

Silazeći niz legislativnu piramidu, entiteti i Distrikt svaki svojim konstitutivnim aktom predviđaju različita ustrojstva, manje ili više dodatno fragmentisana kroz kantone, gradove i/ili opštine. A na svakoj toj stepenici postoji mogućnost da će doći do drugačijeg rješavanja iste situacije, što građane može dovesti u neravnopravan položaj.

U tom smislu, mjesto prebivališta kao potencijalni osnov za diskriminaciju može se pojaviti u raznim oblicima, koji okvirno mogu da se podijele na horizontalne i vertikalne. Horizontalno različito postupanje se može shvatiti kao različit status ili nivo beneficija/usluga s obzirom na relativne prednosti i nedostatke života u određenom mjestu u poređenju sa životom u drugom mjestu. Tako, na primjer, po postojećim propisima Republike Srpske, u slučaju razvoda, roditelj koji se obavezuje na plaćanje izdržavanja može biti obavezan na plaćanje najviše do 50% od utvrđenih mjesečnih primanja (što često dovodi do zloupotrebe kategorije nezaposlenosti ili minimalnog dohotka, naročito kod samozaposlenih). Istovremeno, u Federaciji BiH minimalni iznos izdržavanja utvrđen je odlukom ministra, i ne vezuje se za status zaposlenosti i dohotka obveznika izdržavanja, nego isključivo za potrebe izdržavanog lica. Tako gledano, za izdržavana lica mnogo je bolje razvesti se u Federaciji.

Slični problemi se javljaju i u vezi sa naknadom za porodijsko odsustvo, koja se razlikuje od entiteta, do kantona i/ili opštine, u zavisnosti od podjele nadležnosti, kao i u slučajevima zaposlenih u istoj instituciji, u zavisnosti od mjesta obračuna poreza bivaju različito oporezovani u dva entiteta.

Nasuprot tome, ukoliko se različit tretman dešava vertikalno, jedan, viši, nivo vlasti može da uspostavi različite režime u nižim nivoima vlasti, uz ili u odsustvu zadovoljavajućeg obrazloženja. Tako, na primjer, Republika Srpska dodjeljuje stipendije studentima samo iz određenog broja nerazvijenih opština.⁷ Varijacija ovog oblika različitog tretmana je i kada se licima koja imaju prebivalište u istom mjestu prava garantuju različito, u zavisnosti od mjesta u kojem se ostvaruju. Tako su, na primjer, studenti iz Kantona Sarajevo koji studiraju u Istočnom Sarajevu bili uskraćeni za povlastice u korišćenju javnog prevoza, u skladu sa važećim podzakonskim aktima.

⁷ Vidjeti na veb-stranici Univerziteta u Istočnom Sarajevu <http://www.ues.rs.ba/lat/studenti/vijesti/stipendije-za-studente-iz-izrazito-nerazvijenih-opstina> (stranica posjećena 16. 6. 2015).

Neke razlike mogu da se čine objektivnima. Tako, nivo socijalne zaštite u razvijenijim područjima može da se pravda činjenicom da opština, u čijoj su nadležnosti socijalna davanja, ima veće prihode u odnosu na druge opštine. U skladu s tim, centralna vlast može pravdati preferencijalni tretman koji se daje nekim područjima činjenicom da su područja nerazvijena i da im je pomoć neophodna.

Kada prebivalište postaje osnov diskriminacije?

Ipak, koliko se ovakvih razlikovanja u tretmanu može dozvoliti, prije nego dođe do diskriminacije, imajući na umu da je obaveza države da obezbijedi jednaka prava svim svojim građanima? Da li se veći nivo zaštite može prosto usloviti promjenom mjesta prebivališta ili postoji obaveza države da obezbijedi da svi njeni građani, bez obzira na tačne koordinate na kojima prava ostvaruju, uživaju ravnopravnost? Da li je, sa aspekta postojeće zaštite od diskriminacije, opravdano da tražilac izdržavanja u Republici Srpskoj biva stavljen pred skup i komplikovan zahtjev tereta dokazivanja kako bi ostvario minimalan iznos izdržavanja od 175 KM, u odnosu na gotovo potpuno odsustvo tereta dokazivanja u Federaciji, za tamošnji minimalni iznos izdržavanja od 250 KM? Da li lica sa invaliditetom neopravdano bivaju izložena gubitku prava vezanih za priznanje invaliditeta preseljenjem iz jednog entiteta u drugi? Da li su penzioneri, naročito oni koji su penziju zaradili u onoj bivšoj državi, diskriminirani kad je u Federaciji najniža penzija 370, a u Republici Srpskoj 170 KM?

Naime, valja se uvijek podsjetiti da nije svaka razlika u postupanju diskriminacija. Praksa Evropskog suda sugeriše da je, pored utvrđenja da lica u bitno sličnim situacijama dobijaju različit nivo zaštite, neophodno prije svega utvrditi da se radi o karakteristici ili statusu koje je moguće identifikovati, kako bi se moglo govoriti o diskriminaciji⁸. Pored toga, mora postojati razlika u postupanju prema licima u analognim, ili bitno sličnim situacijama,⁹ koja će predstavljati diskriminaciju ukoliko nema objektivno i razumno opravdanje. Drugim riječima, kako je već navedeno, ukoliko razlika u postupanju nije opravdana objektivnim i razumnim razlozima, odnosno, ukoliko nije uvedena kako bi se ostvario legitiman cilj, ili ukoliko nema proporcionalnosti između sredstava i cilja, radi se o diskriminaciji¹⁰.

Ovako posmatrane, neke razlike u postupanju u sličnim situacijama će biti opravdane. Tako se, na primjer, lakše mogu opravdati posebne povlastice koje se usmjeravaju ka nerazvijenim opštinama. Naime, budući da su stanovnici istih već stavljeni u neravnopravan položaj, mjere koje taj neravnopravan položaj nastoje da ublaže ne mogu se smatrati diskriminacijom. Ipak, valja biti pažljiv pri ocjeni dozvoljenih mjera i u tom segmentu.

⁸ European Court of Human Rights (ECtHR), *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, aplikacija br. 5095/71, 5920/72 i 5926/72, 7. 12. 1976.

⁹ European Court of Human Rights (ECtHR), *D.H. and Others v. the Czech Republic*, aplikacija br. 57325/00, 13. 11. 2007.

¹⁰ European Court of Human Rights (ECtHR), *Burden v. the United Kingdom*, aplikacija br. 13378/05, 29. 4. 2008.

Evropski sud je, na primjer, stao na stanovište da, čak i kad se daju beneficije nerazvijenim opštinama, sama činjenica prebivališta ne može da bude osnov za povlašćen položaj, a nezavisno od pojedinačne situacije lica koje se u takav položaj stavlja, jer je odluka, u takvim okolnostima, i dalje arbitrarna. Arbitrarnost se u kontekstu konkretnog predmeta pred Evropskim sudom ogleda u činjenici da su lica koja su uživala beneficije, iste ostvarila bez potrebe da dokažu bilo kakve posebne lične okolnosti osim činjenice prebivališta u određenim opštinama, dok lica iz drugih opština nisu mogla da ostvare beneficije, bez obzira na lične okolnosti.¹¹ Za razliku od toga, razmatrajući pitanje aktivnog biračkog prava za nerezidente države, Evropski sud je stao na stanovište da ograničenje biračkih prava nerezidentima jeste u okviru prilično široke slobode procjene svake države članice, budući da su ograničenja uvedena iz legitimnog razloga obezbjeđenja političke stabilnosti države.¹²

I na domaćem terenu neke od ovih razlika već su zapažene, i bile su predmetom razmatranja pred nadležnim institucijama. Tako su ombudsmeni BiH još 2011. godine ustanovili da je nemogućnost prenošenja statusa lica sa invaliditetom iz jednog u drugi entitet, diskriminacija po osnovu mjesta prebivališta.¹³ Jednako tako, mišljenje je državnih ombudsmena, uskraćivanje povlastice za gradski prevoz studentima u drugom entitetu je smatrano diskriminacijom,¹⁴ kao i različito postupanje prema korisnicima porodijskog odsustva zaposlenima u zajedničkim institucijama BiH¹⁵. I Ustavni sud BiH je, sa svoje strane, razmatrao pitanje različitosti u postupanju prema uposlenicima, ili tačnije, uposlenicama zajedničkih institucija koje dolaze iz različitih kantona i, u skladu s tim, podliježu vrlo različitim režimima naknada za vrijeme trajanja porodijskog odsustva. Sud je u konkretnom slučaju našao da su nametnute razlike diskriminatorne, te je sporne propise stavio van snage.¹⁶ U pomenutom predmetu Sud je istakao i to da “zajednički ustavni standardi kompleksnih država” sugerišu da dodatna prava mogu biti osigurana na lokalnom nivou, sve dok federalna vlada garantuje minimum standarda.¹⁷

¹¹ *Vučković i drugi protiv Srbije*, predmeti br. 17153/11 i dr., presuda Vijeća od 28. avgusta 2008, st. 85. Mada je presuda kasnije stavljena van snage presudom Velikog vijeća od 25. marta 2011, razlog za drugačiju odluku Velikog vijeća je bila razlika u stanovištu u pogledu iscrpljenja domaćih pravnih lijekova, i meritum nije razmatran pred Velikim vijećem. Stoga bi bilo razumno očekivati da bi u sličnim okolnostima Evropski sud ponovo našao povredu zabrane diskriminacije.

¹² European Court of Human Rights (ECtHR), *Oran v. Turkey*, aplikacija br. 37920/07, 15. 04. 2014.

¹³ Institucija ombudsmena za ljudska prava u BiH, *Izveštaj o pojavama diskriminacije u Bosni i Hercegovini za 2011. godinu* (Banja Luka: Institucija ombudsmena za ljudska prava, 2012), str. 21.

¹⁴ Institucija ombudsmena za ljudska prava u BiH, *Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2013. godinu* (Banja Luka: Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, 2014), str. 64.

¹⁵ Institucija ombudsmena za ljudska prava u BiH, Specijalno izvješće u svezi sa žalbama žena radi prava na naknade za plaću, a za vrijeme porodijskog odsustva od 12. maja 2009.

¹⁶ Ustavni sud BiH, Odluka u predmetu U 12/09, 28. 5. 2010.

¹⁷ *Ibid.*, par. 34.

Umjesto zaključka

Teško je unaprijed dati odgovore na pitanje različitog tretmana po osnovu teritorijalne pripadnosti, a za konačne odgovore su nadležni pravosudni organi. Ipak, važno je razgovarati o pitanjima koja tište mnoge građane Bosne i Hercegovine, i koja mnoge stavljaju pred teške izbore. Gdje studirati? Gdje tražiti posao i plaćati porez? Gdje zasnivati porodicu i gdje ići u penziju? I mada je, čini se, odgovor većine građana BiH, pa i autora ovog teksta, na svako od ovih pitanja – bilo gdje u inostranstvu, za očekivati bi bilo da se institucije države potrudu da i unutar države odgovor bude – nije bitno gdje.

Pitanja je mnogo, a odgovora premalo, a i oni koji postoje prije mogu da predstavljaju izvor zabune, nego rješenje za buduće probleme. Tako, na primjer, stanovište Ustavnog suda iz predmeta *Stranka za BiH i Ilijaz Pilav*, prema kojem je dozvoljeno diskriminirati ako to vodi ka ravnopravnosti, može da bude opasan presedan. U tom pogledu, bitno je podsjetiti da je UN Komitet za ljudska prava uveo standard po kojem kada se prava uvode postepeno, ta postepenost ne može biti diskriminatorna: ne mogu se prava prvo uvesti muškarcima, pa onda ženama.¹⁸ Mada, dalo bi se diskutovati o tome da li bi se u suprotnom slučaju (uvođenja prava najprije ženama, a zatim muškarcima) moglo tvrditi da je razlika u postupanju dozvoljena. Jer, da, dozvoljeno je diskriminirati, ali jedino ukoliko se radi o pozitivnoj diskriminaciji, tzv. afirmativnoj akciji¹⁹. Pitanje kojim se bavi predmet *Pilav* zasigurno se ne može podvesti pod tu kategoriju.

Naposljetku, konačna ocjena o dozvoljenom razlikovanju u tretmanu s obzirom na pripadnost entitetu/kantonu/opštini se neće moći dati prije nego sudovi kažu svoje u pogledu što je moguće većeg broja predmeta koji bi razmatrali različito postupanje po teritorijalnom osnovu – kako horizontalno, tako i vertikalno, kako u kontekstu neposredne, tako i posredne diskriminacije. Za nadati se da će tu priliku iskoristiti i da revidiraju neke od svojih dosadašnjih stavova, te valjano izgrade nove u situacijama u kojima u bosanskohercegovačkoj praksi još uvijek postoje praznine i brojna otvorena pitanja u ovoj oblasti.

A do tada, nažalost, čini se da će građani bitne životne odluke morati da donose uvodeći novu kategoriju u mobilnost stanovništva u BiH: tražeći bolje prebivalište u bjekstvu od diskriminacije.

¹⁸ UN Komitet za ljudska prava, *F. H. Zwaan-de Vries protiv Holandije*, komunikacija br. 182/1984, odluka od 9. aprila 1987.

¹⁹ U ovom pogledu, bitno je pomenuti da Evropski sud još nije imao priliku da se oglasi po pitanju afirmativne akcije, mada je pravna teorija mišljenja da bi ove mjere morale biti u skladu sa Evropskom konvencijom. Vidjeti npr. O. De Schutter, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law*, str. 19, Evropska komisija, maj 2011, dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/the_prohibition_of_discrimination_under_european_human_rights_law_update_2011__en.pdf (stranica posjećena 19. 6. 2015).

Naslov:

Diskriminacija na osnovu mjesta prebivališta: Koliko razlike u tretmanu je dozvoljeno?

Autorica:

Aleksandra Ivanković-Tamamović

Izdavač:

Analitika – Centar za društvena istraživanja

Godina: 2015.

© Analitika – Centar za društvena istraživanja, sva prava pridržana.

Adresa izdavača:

Kaptol 5, 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina

info@analitika.ba

www.analitika.ba

Lektura i korektura:

Alma Genjac-Nakičević

Dizajn publikacije:

Branka Ilić

DTP:

Jasmin Leventić

O AUTORICI

Diplomirala je na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu i magistrirala pravo međunarodnih ljudskih prava na Univerzitetu u Oksfordu. Radila je u Centru za ljudska prava Univerziteta u Banjoj Luci, Kancelariji Visokog predstavnika u Bosni i Hercegovini, te Sekretarijatu Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu. Kao Viši pravni savjetnik u Centru za zagovaranje prava lica sa mentalnim invaliditetom (Mental Disability Advocacy Center) u Budimpešti, rukovodila je strateškim parničanjem pred nacionalnim sudovima u brojnim evropskim državama, te zastupala stranke u postupcima pred Evropskim sudom za ljudska prava i drugim međunarodnim instancama. Trenutno radi u Briselu kao ekspert na brojnim projektima Evropske unije i Savjeta Evrope.

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



USAID
OD AMERIČKOG NARODA



Fond
otvoreno društvo
Bosna i Hercegovina

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



**PRAVA
ZA SV=**




ANALITIKA
Centar za društvena istraživanja

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

www.analitika.ba