
KADA SE RAZLIČITO POSTUPANJE MOŽE OPRAVDATI? Izuzeci od principa jednakog postupanja u pravu Bosne i Hercegovine u svjetlu jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava i prava Evropske unije

Vanja Kovač

1. Uvod

Donošenjem Zakona o zabrani diskriminacije¹ 2009. godine, Bosna i Hercegovina je napravila značajan iskorak u zaštiti ljudskih prava. Ovaj je zakon, najvećim dijelom prateći relevantne direktive Evropske unije, definirao standarde u oblasti zaštite od diskriminacije i predstavlja jedan od značajnijih uspjeha politike uslovljavanja Evropske unije². Pored činjenice da je diskriminacija u Bosni i Hercegovini (BiH) zabranjena Ustavom³, kao i nekim drugim aktima⁴, Zakon o zabrani diskriminacije, kao značajnu novinu, uveo je definicije svih oblika diskriminacije, te osigurao vrlo važne proceduralne mehanizme zaštite⁵. Istovremeno, imajući u vidu da se član 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, kao i Protokol broj 12 uz Konvenciju, koji predviđa opću zabranu diskriminacije, prema slovu Ustava BiH primjenjuju direktno i prioritarno u BiH⁶, to bi i u primjeni ovog zakona praksa Evropskog suda za ljudska prava trebala biti jedna od osnovnih vodilja.

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

“različito postupanje, uključujući svako isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti utemeljeno na stvarnim ili pretpostavljenim osnovama prema bilo kojem

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

² “Visa Liberalisation with Bosnia and Herzegovina”, Roadmap European Stability Initiative, <http://www.esiweb.org/pdf/White%20List%20Project%20Paper%20-%20Roadmap%20Bosnia.pdf>, (stranica posjećena 26. 1. 2016).

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

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

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

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

licu ili grupi lica na osnovu njihove rase, boje kože, jezika, vjere, etničke pripadnosti, nacionalnog ili socijalnog porijekla, veze s nacionalnom manjinom, političkog ili drugog uvjerenja, imovnog stanja, članstva u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanja, društvenog položaja i pola, polnog izražavanja ili orijentacije, kao i svakoj drugoj okolnosti koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemogućiti ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi prava i sloboda u svim oblastima javnog života”.⁷

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

Zakon o zabrani diskriminacije definirao je pod kojim se uslovima različito postupanje neće smatrati diskriminacijom. U članu 5. Zakona o zabrani diskriminacije utvrđeni su opći uslovi za opravdanje različitog postupanja, kao i lista konkretnih izuzetaka od zahtjeva jednakog tretmana. Stoga bi u razmatranju svakog pojedinačnog predmeta, Institucija ombudsmana za ljudska prava BiH, sudije ili voditelji upravnog postupka morali utvrditi postojanje elemenata različitog tretmana, a potom i to da li bi takvo različito postupanje moglo biti opravdano u skladu sa članom 5. Zakona.

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

U tom kontekstu, osnovni je cilj ove analize ukazati na ključne pristupe razumijevanja izuzetaka od jednakog tretmana, odnosno opravdanja različitog postupanja u skladu sa dva, za Bosnu i Hercegovinu, značajna izvora prava: Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i relevantnim direktivama Evropske unije. Analiza će prezentirati neke od izazova sa kojima su se susretali Evropski sud za ljudska prava i Evropski sud

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

pravde u pokušaju da utvrde granice različitog postupanja u svojoj jurisprudenciji. Konačno, sugerirat će se i mogući izazovi u BiH u primjeni člana 5. Zakona, te će se ponuditi prijedlozi za daljnje djelovanje bazirani na naučenim lekcijama iz prakse dva evropska suda.

2. Evropski odgovor na opravdanje različitog postupanja

Pristup koji je Evropski sud za ljudska prava prihvatio u definiranju uslova pod kojima se različito postupanje može opravdati veoma je sličan relevantnim principima prava Evropske unije. Jedna od razlika je u tome što Evropski sud za opravdanje različitog tretmana koristi opća pravila, a pravo Evropske unije definira listu konkretnih izuzetaka za direktnu diskriminaciju i opća pravila za opravdanje indirektno diskriminacije.

2.1. Pristup Evropskog suda za ljudska prava

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

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

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

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

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

⁸ European Court for Human Rights (ECtHR), Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” vs. Belgium, aplikacije br. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/62, 1994/63 i 2126/64, 23. 7. 1968.

⁹ Ibid., paragraf 10.

Pri tome je bitno naglasiti da Evropski sud za ljudska prava nema isti odnos prema mogućnosti opravdanja različitog tretmana po svim zabranjenim osnovama. Najprije, prilikom zaključivanja o mogućem opravdanju, Sud primjenjuje dodatne dvije doktrine, odnosno dva standarda: “polje slobodne procjene države”, te “posebno uvjerljive i značajne razloge”. Polje slobodne procjene države odnosi se naročito na one oblasti u kojima zemlje članice Vijeća Evrope nemaju zajednički stav, odnosno konsenzus, te je zemljama članicama dopušteno da određene oblasti urede samostalno, u skladu sa specifičnostima konkretnoga konteksta. Treba istaći da ovaj pristup Evropskog suda nije bez kontroverzi budući da su neke odluke donesene na temelju spomenutih standarda doživjele značajne kritike u stručnoj javnosti¹⁰.

Za različito postupanje po određenim osnovama sud traži “posebno uvjerljive i značajne razloge” prilikom razmatranja opravdanosti takvog tretmana. To se odnosi na nekoliko zabranjenih osnova kao što su rasa¹¹, državljanstvo¹², spol¹³, seksualna orijentacija¹⁴ i invaliditet¹⁵. Ipak, bitno je naglasiti da se stavovi o prihvatljivim granicama opravdanja različitog postupanja pomjeraju, jer Sud na Konvenciju gleda kao na “živi instrument”¹⁶. Ovo je vidljivo, npr., kada je u pitanju diskriminacija na osnovu seksualne orijentacije u pogledu usvajanja djece. Godine 2002. u predmetu “Frette protiv Francuske”¹⁷ Sud nije utvrdio da se radi o diskriminaciji jer je smatrao da je odbijanje usvajanja homoseksualnim parovima bilo u skladu sa poljem slobodne procjene države. Samo nekoliko godina kasnije, 2008. godine, u analognom predmetu “E. B. protiv Francuske”¹⁸ Sud je utvrdio diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije u pogledu usvajanja djece.

¹⁰ To se u posljednje vrijeme posebno odnosi na odluke u pogledu isticanja vjerskih simbola na javnim mjestima, odnosno izuzetak koji je Sud utvrdio kao prihvatljiv u predmetu “S.A.S. protiv Francuske” (European Court for Human Rights (ECtHR), *S.A.S. vs. France*, aplikacija br. 43835/11, 1. 7. 2014), a koji se baziraju na principu “zajedničkog života” (vidi, npr., Stephanie Berry, “SAS v France: Does Anything Remain of the Right to Manifest Religion?”, *European Journal of International Law*, 2. 7. 2014. <http://www.ejiltalk.org/sas-v-france-does-anything-remain-of-the-right-to-manifest-religion> stranica posjećena 10. 2. 2016).

¹¹ European Court for Human Rights (ECtHR), *Timishev vs. Russia*, aplikacije br. 55762/00 i 55974/00, 13. 3. 2006.

¹² European Court for Human Rights (ECtHR), *Gaygusuz vs. Austria*, aplikacija br. 17371/90, 16. 9. 1996.

¹³ European Court for Human Rights (ECtHR), *Abdulaziz, Cabales and Balkandali vs. United Kingdom*, aplikacije br. 9214/80, 9473/81 i 9474/81, 28. 5. 1985.

¹⁴ European Court for Human Rights (ECtHR), *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, aplikacija br. 33290/96, 21. 3. 2000.

¹⁵ European Court for Human Rights (ECtHR), *Glor vs. Switzerland*, aplikacija br. 13444/04, 6. 11. 2009.

¹⁶ Sud, naime, u svojoj jurisprudenciji ima u vidu da je Konvencija “živi instrument” koji je potrebno interpretirati u svjetlu savremenih okolnosti (European Court for Human Rights (ECtHR), *Tyler vs. United Kingdom*, aplikacija br. 5856/72, 25. 4. 1978, par. 31).

¹⁷ European Court for Human Rights (ECtHR), *Frette vs. France*, aplikacija br. 36515/97, 26. 5. 2002.

¹⁸ European Court for Human Rights (ECtHR), *E. B. vs. France*, aplikacija br. 43546/02, 22. 1. 2008.

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

2.2. Pristup u pravu Evropske unije

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

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

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

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

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

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

Vrlo je bitno naglasiti da nisu svi izuzeci predviđeni u svim navedenim direktivama. Tako je mogućnost opravdanja kod primjene “stvarnog i određujućeg kriterija za zapošljavanje” definirana svim direktivama koje se odnose na zapošljavanje. Izuzeci “opravdanje na osnovu

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

²⁰ European Court of Justice (ECJ), *Lommers vs. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, predmet C-476/99, 19. 3. 2002, paragraf 39.

vjeroispovijesti i uvjerenja” odnosno “dobna diskriminacija” definirani su samo Direktivom 2006/54/EZ, dakle samo u kontekstu pristupa zapošljavanju.

Stvarni i određujući kriterij za zapošljavanje

Kako je navedeno u Direktivi 2000/78/EZ:

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

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

Stoga je za određene poslove moguće predvidjeti naprimjer:

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

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

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

²¹ “Direktiva 2000/78/EZ”, član 4, stav 1.

²² European Court of Justice (ECJ), *Kreil vs. Bundesrepublik Deutschland*, predmet C-285/98, 11. 1. 2000.

U drugom primjeru, kod utvrđivanja gornje granice za obavljanje poslova u vatrogasnim jedinicama u predmetu “Wolf”²³, Evropski sud pravde detaljno je razmatrao opravdanost pravila prema kojem se za prijavu od svih kandidata tražilo da su mlađi od 30 godina. Sud je kao opravdanje prihvatio razlog osiguravanja pune funkcionalnosti i operativnosti vatrogasnih jedinica, što, prema Sudu, predstavlja objektivan cilj. Utvrđeno je da poslovi vatrogasaca zahtijevaju natprosječne fizičke sposobnosti, te se stoga mogu smatrati stvarnim i određujućim kriterijem za zaposlenje. Sud je također nakon izvedenih dokaza bio uvjeren da su ove fizičke osobine bile vezane za godine i, konačno, da je različito postupanje na osnovu godina proporcionalno cilju koji se želi postići. Naime, vatrogasci u periodu od 15 do 20 godina nakon navršenih 30 godina mogu obavljati najteže poslove svog poziva, što se jedino može smatrati dovoljno dugim periodom u tom kontekstu, naročito imajući u vidu da je konkretnom pozicijom predviđena i obavezna dvogodišnja inicijalna obuka za vatrogasce.

Opravdanje na osnovu vjeroispovijesti i uvjerenja

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

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

²³ European Court of Justice (ECJ), *Wolf vs. Stadt Frankfurt am Main*, predmet C-229/08, 12. 1. 2010.

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

vjeroučitelja, dokazati da bi zapošljavanje osobe koja ne ispunjava te uslove imalo direktan utjecaj na sistem vrijednosti²⁵.

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

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

Evropski sud za ljudska prava je stoga zauzeo stav da vjerske zajednice i crkve moraju imati pravo da zapošljavaju i otpuštaju svoje ključno osoblje u skladu sa svojim vjerskim uvjerenjima. Ipak, kasnija jurisprudencija²⁹ u određenoj je mjeri relativizirala ovaj izuzetak i donijela dodatne kriterije, odnosno faktore koje treba uzeti u obzir pri balansiranju različitih prava i interesa u takvim situacijama. Među tim faktorima naročito se ističu značaj konkretne pozicije ili ponašanja za dotičnu vjersku i sličnu zajednicu, utjecaj nastavka zaposlenja na kredibilitet vjerske institucije u afirmiranju njenih uvjerenja, ali i dostupnost alternativnih opcija za zaposlenje, te pravo na privatni i porodični život konkretnog uposlenika³⁰.

²⁵ Ibid.

²⁶ Evropski sud za ljudska prava i Agencija Europske unije za temeljna prava, *Priručnik o evropskom antidiskriminacijskom pravu: ažurirana sudska praksa* (Njemačka zaklada za međunarodnu pravnu saradnju, 2010), str. 49, http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrim_law_HRV_2.pdf (stranica posjećena 15. 2. 2016).

²⁷ European Court for Human Rights (ECtHR), *Fernandez Martinez vs. Spain*, aplikacija br. 56030/07, 12. 6. 2014.

²⁸ Ibid., paragraf 137.

²⁹ Vidjeti, npr., European Court for Human Rights (ECtHR), *Obst vs. Germany*, aplikacija br. 425/03, 23. 12. 2010, te European Court for Human Rights (ECtHR), *Schüth vs. Germany*, aplikacija br. 1620/03, 23. 12. 2010.

³⁰ Strasbourg Consortium, “European Court Issues Rulings in Two German Church Employment Cases”, septembar 2010, <http://www.strasbourgconsortium.org/index.php?pageId=14&linkId=9&contentId=43&blurbId=1035> (stranica posjećena 9. 5. 2016).

Opravdanje na osnovu dobi

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

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

Pored toga, u nastavku istog člana ponuđena je ilustrativna lista takvih dozvoljenih razlika u tretmanu, koja se okvirno odnosi na politiku zapošljavanja, kao što su “postavljanje posebnih uvjeta za pristup zapošljavanju i strukovnom osposobljavanju, za zapošljavanje i obavljanje zanimanja, uključujući uvjete u pogledu otkaza i naknada za rad, za mlade osobe, starije radnike i osobe koje su dužne skrbiti o drugima, radi poticanja njihove strukovne integracije ili osiguranja njihove zaštite”³¹. Direktiva u istom kontekstu predviđa i “određivanje minimalnih uvjeta u pogledu dobi, radnog iskustva ili godina provedenih u službi za pristup zapošljavanju ili određenim prednostima vezanim uz zaposlenje”³² ili “određivanje najviše dobi za zapošljavanje, koja se temelji na zahtjevima obuke za određeno radno mjesto ili na potrebi postojanja razumnog razdoblja zaposlenja prije umirovljenja”³³. Stav (2) člana 6. dodatno definira da se utvrđivanje dobi za penzionisanje ili stjecanje prava na starosnu ili invalidsku penziju ili korištenje mjerila starosti u aktuarskim obračunima neće smatrati diskriminacijom na osnovu dobi.

Iako je lista izuzetaka na osnovu dobi dosta široka, te je ostavljena otvorenom, ipak se mora uzeti u obzir da svi navedeni primjeri podliježu analizi od slučaja do slučaja, te da i dalje moraju biti objektivno i razumno opravdani legitimnim ciljem, te ostvareni u skladu sa kriterijima primjerenosti i nužnosti.

Tako je Evropski sud u nekoliko predmeta razmatrao da li obavezno penzionisanje navršenjem određenih godina starosti predstavlja diskriminaciju na osnovu dobi. U predmetu “Palacios de la Villa”³⁴ Sud je prvi put razmatrao ovo pitanje i zaključio da je ovo pravilo uvedeno radi kontrole nezaposlenosti i radi bolje međugeneracijske raspodjele rada, što predstavlja legitiman cilj. Sud je također u ovom konkretnom slučaju smatrao da je ovakva mjera “primjerena i nužna”, zaključivši, između ostalog, da je ovo pravilo utvrđeno kolektivnim ugovorom između sindikata i organizacija poslodavaca, te da se i iznos penzije mogao smatrati razumnim.

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

³² Ibid., tačka (b).

³³ Ibid., tačka (c).

³⁴ European Court of Justice (ECJ), *Palacios de la Villa vs. Cortefiel Servicios SA*, predmet C-411/05, 16. 10. 2010.

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

3.1. Direktive EU i Zakon o zabrani diskriminacije

Ključni izuzeci

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

Najprije, Zakonom su utvrđena sva tri izuzetka predviđena direktivama:

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

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

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

³⁵ Za neke, potencijalno značajne, razlike i detalje vidjeti više u Tena Šimonović Einwalter i Goran Selanec, *Usklađivanje Zakona o zabrani diskriminacije BiH sa pravnom stečevinom EU: stručna analiza usklađenosti* (Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar, 2015), str. 21–24, http://soc.ba/site/wp-content/uploads/2015/03/Diskriminacija_final_WEB.pdf (stranica posjećena 5. 5. 2016. godine).

Izmjene i dopune Zakona o zabrani diskriminacije ne odnose se na spomenuti član, tako da će, po svemu sudeći, za njegovo usklađivanje sa relevantnim standardima EU biti potrebna nova intervencija zakonodavca.

Ostali izuzeci u bosanskohercegovačkom kontekstu

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

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

Na ovaj način omogućeno je opravdanje i dodatnih situacija koje direktivama nisu definirane kao izuzeci, već kao mjere koje teže osiguravanju ravnopravnosti (privremene posebne mjere, mjere razumnog prilagođavanja i različito postupanje na osnovu državljanstva). S druge strane, različito postupanje u pristupu pravima i obavezama iz porodičnog odnosa uopće nije oblast koja je definirana direktivama. Izuzetak vezan za državljanstvo također je predviđen Direktivom 2000/43/EC u njenom članu 3, stav 2, ali se taj izuzetak odnosi na osobe državljanstva trećih država s obzirom na to da je diskriminacija na osnovu državljanstva država članica EU zabranjena primarnim pravom Evropske unije³⁶. Stoga se postojanje ovog izuzetka u Zakonu o zabrani diskriminacije BiH ne može smatrati analognim u odnosu na pravo EU, pa postoji potreba daljnjeg usaglašavanja ovog zakona u pristupnom procesu kako bi se osigurala primjena pune zaštite od diskriminacije svim državljanima EU. Izuzetak koji se tiče različitog postupanja u pristupu pravima i obavezama iz porodičnog odnosa nije zasnovan ni u praksi Evropskog suda za ljudska prava ni u pravu Evropske unije. Kako Kadribašić navodi,³⁷ ovaj je izuzetak utvrđen amandmanom u parlamentarnoj proceduri nakon diskusije koja je za cilj imala isključivanje primjene Zakona o zabrani diskriminacije u kontekstu zaštite braka shvaćenog kao zajednice muškarca i žene. Ono što ovaj izuzetak čini problematičnim jeste činjenica da prije svega nije zasnovan na direktivama EU i zato jer isključuje primjenu Zakona o zabrani diskriminacije na svako pitanje koje je uređeno porodičnim zakonima. Iako se čini da je namjera zakonodavca u ovom dijelu bila isključiti primjenu ovog zakona prema osobama istog spola, na identičan će se način ova neutralno određena odredba primjenjivati i na sve druge osnove. Tako bi se, npr., pravilo iz člana 43. Porodičnog zakona Federacije BiH, prema kojem “*muž nema pravo na tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene ili dok njihovo dijete ne navrší tri godine života*” također

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

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

moglo podvesti pod ovaj izuzetak, iako je Ustavni sud BiH, primjenjujući odredbe Ustava BiH i koristeći standarde iz prakse Evropskog suda za ljudska prava, utvrdio da je u takvom slučaju došlo do kršenja zabrane diskriminacije iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije.³⁸

Istovremeno, ukoliko se uzme da bi se Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama trebala prioritarno i direktno primjenjivati u BiH, ali i da Ustavni sud BiH član II/4 tumači u skladu sa standardima člana 14. i Protokola 12 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, postavlja se pitanje koji će pravni okvir sudovi primjenjivati ukoliko se npr. istospolnim partnerima odbije usvajanje djeteta ili ukoliko se odbije zahtjev za privremeni boravak istospolnom partneru³⁹: Zakon o zabrani diskriminacije ili standardi koje je utvrdio Evropski sud za ljudska prava? Drugim riječima, u ovakvim će situacijama redovni sudovi, po svemu sudeći, postupati mimo Ustava BiH i donositi zakonite, a neustavne odluke. Do otklanjanja ove dileme od strane zakonodavca, postupajući redovni sudovi svakako bi mogli ili direktno primijeniti Evropsku konvenciju o ljudskim pravima ili predočiti ustavno pitanje usklađenosti ovog izuzetka sa Ustavom BiH, Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima Ustavnom sudu BiH⁴⁰. No, u tom kontekstu svakako obeshrabruje činjenica da, kao što je poznato, ni direktna primjena Evropske konvencije, niti praksa obraćanja redovnih sudova ustavnim sudovima nije zaživjela u pravnom sistemu BiH.

4. Zaključna razmatranja

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

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

³⁹ Vidjeti European Court for Human Rights (ECtHR), *Pajić vs. Croatia*, aplikacija br. 68453/13, 23. 2. 2016.

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

Naslov:

Kada se različito postupanje može opravdati? Izuzeci od principa jednakog postupanja u pravu Bosne i Hercegovine u svjetlu jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava i prava Evropske unije

Izdavač:

Analitika – Centar za društvena istraživanja

Godina: 2016.

© Analitika – Centar za društvena istraživanja, sva prava pridržana

Adresa izdavača:

Hamdije Kreševljakovića 50, 71000 Sarajevo, BiH

info@analitika.ba

www.analitika.ba

Lektura:

Amela Šehović

Korektura:

Mirela Rožajac-Zulčić

Dizajn publikacije:

Branka Ilić

DTP:

Jasmin Leventa

O AUTORICI

Vanja Kovač je diplomirala na Fakultetu političkih nauka u Sarajevu, a magistrirala na istom fakultetu 2013. godine, na Odsjeku za međunarodne odnose i diplomatiju. Trenutno je doktorski kandidat na Američkom univerzitetu u BiH, na Odsjeku za međunarodno pravo.

Radila je za brojne nevladine i međunarodne organizacije, kao projektna koordinatorica, istraživačica i trenerica, a u fokusu njenog interesovanja su ljudska prava, naročito oblasti ravnopravnosti spolova i borbe protiv diskriminacije.

Disclaimer: Ova publikacija je objavljena uz podršku američkog naroda preko Američke agencije za međunarodni razvoj (USAID). Autorica ove publikacije je odgovorna 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.



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.



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