Živorad Rašević,
student doktorskih studija
Pravnog fakulteta Univerziteta „Union” u Beogradu,
major pravne službe Oružanih snaga Bosne i Hercegovine

ZABRANA DISKRIMINACIJE I OPŠTA ZABRANA DISKRIMINACIJE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA*

SAŽETAK: Unutrašnje antidiskriminaciono pozitivno pravo slijedi međunarodne standarde zabrane diskriminacije, prvenstveno one iz čl. 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima, a posljednjih godina i iz čl. 1. Protokola 12. uz Konvenciju. Navedene odredbe ne sadrže jasnu pravnu kvalifikaciju diskriminacije, zbog čega je Evropski sud za ljudska prava u svojoj praksi razvio alate koji mu služe za test diskriminacije. Saznanja o tome značajna su iz dva razloga: prvo, u primjeni unutrašnjeg antidiskriminacionog prava osiguravaju pouzdano vođenje u primjeni složenog mehanizma odlučivanja koji je daleko od primjene prostog pravnog silogizma, i drugo, pružaju korisne informacije svima onima koji namjeravaju da se obrate Evropskom sudu za ljudska prava zbog diskriminacije. Posebna pažnja je posvećena pravno-logičkom rezonovanju suda u prvoj meritornoj odluci po čl. 1. Protokola 12. uz Konvenciju, u predmetima *Sejdić i Finci protiv BiH*, kako bi se predvidjela buduća praksa po ovom novom i kontraverznom pravnom institutu.

Cljučne reči: diskriminacija, zabrana diskriminacije, opšta zabrana diskriminacije, jednakost, praksa Evropskog suda za ljudska prava, načela akcesornosti, autonomnosti i supsidijarnosti, postupci po čl. 14. i čl. 1. Protokola 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima, nepovoljan tretman, objektivno i razumno opravdanje, *the Margin of Appreciation*, podjela tereta dokazivanja, standard dokazivanja, presuda u predmetima *Sejdić i Finci protiv BiH*

* Rad primljen: 05. 12. 2011. godine.

UVOD

Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) je u svojoj pedesetogodišnjoj praksi razvio britko pravno-logičko rezonovanje u predmetima zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda. Među njima zabrana diskriminacije zauzima skromno mjesto: zaključno sa 2010. godinom, od ukupnog broja donesenih odluka (13.967), svega njih 172 se odnosi na zabranu diskriminacije po čl. 14. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda¹ (u daljem tekstu: EK), što iznosi 1,23% od ukupnog broja predmeta; zaključno sa 01. 09. 2009. godine, doneseno je i 11 odluka o nedopuštenosti po čl. 1. Protokola 12. (Opšta zabrana diskriminacije) uz EK².

Međutim, pitanje diskriminacije i njene zabrane nesumnjivo dobija na značaju: Direktive Savjeta Evropske unije o rasnoj jednakosti (broj 2000/43/EC) i o zapošljavanju (2000/78/EC) su implementirane u unutrašnjem zakonodavstvu većine evropskih država, a već pomenuti Protokol 12. uz EK stupio je na snagu 01. 04. 2005. godine.

Praksa ESLJP na ovaj način postaje obavezujuća i u unutrašnjem pozitivnom pravu.

Pored toga, ESLJP je 22. 12. 2009. godine u predmetima *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine* (u daljem tekstu: BiH) ustanovio kršenje čl. 1. Protokola 12. uz EK. Presuda u ovim predmetima svakako zaslužuje veliku pažnju, jep ce radi o prvoj i za sada jedinoj meritornoj odluci u kojoj je utvrđena povreda opšte zabrane diskriminacije, koja će primjenom načela *stare decisis* uslovljavati buduća pravna shvatanja ESLJP i uticati na evropsko antidiskriminaciono pravo i praksu.

U ovom radu biće sagledana praksa ESLJP u postupcima po čl. 14. EK (Zabrana diskriminacije) i po čl. 1. Protokola 12. uz EK (Opšta zabrana diskriminacije). Namjera je da se razjašnjavanjem pravnih instituta koji su nastali kao rezultat dugogodišnje prakse ESLJP i sagledavanjem njihovog međusobnog odnosa dođe do cjelovitih saznanja o pravno-logičkom mehanizmu odlučivanja ESLJP u predmetima zabrane diskriminacije, te da se kritički sagleda primjena ovog mehanizma. Pretpostavka je da saznanja o ovome mogu biti plodonosna za razumijevanje i predviđanje buduće prakse ESLJP u predmetima te vrste, kao i za pravilnu primjenu instituta domaćeg antidiskriminacionog zakonodavstva, koje je utemeljeno na ovakvoj praksi ESLJP i evropskom pozitivnom pravu.

¹ Violation by Article and by Country, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/596C7B-5C-3FFB-4874-85D8-F12E8F67C136/0/TABLEAU_VIOLATIONS_2010_EN.pdf.

² Omejec: Zabrana diskriminacije u praksi Europskog suda za ljudska prava, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 59, No. 5, Listopad 2009, str. 882.

U nastavku će se najprije teorijski razmatrati pojam zabrane diskriminacije, zatim će biti izloženo njeno određenje u EK, a poslije toga slijedi težišno pitanje – razmatranje relevantne prakse ESLjP, što uključuje razmatranje pravnih instituta nastalih ovom praksom i postupka pred ESLjP.

Normativni, dogmatski i komparativni metod su osnovni metodi koji će se koristiti u ovom radu. Kao pomoćni metodi biće korišteni pravno-sociološki i pravno-filozofski metod.

POJAM DISKRIMINACIJE I ZABRANE DISKRIMINACIJE

Etimološki posmatrano, riječ diskriminacija vodi porijeklo od latinskog glagola *discrimino*, *discriminare*, što se može prevesti kao dijeljenje, razdvajanje. U današnjem značenju, koje implicira društvenu osudu za čin uvođenja nejednakosti među ljudima, riječ se počela upotrebljavati za vrijeme građanskog rata u SAD da bi označila tretman uslovljen predrasudama prema osobama zbog pripadnosti rasi, društvenoj grupi ili kategoriji.

U nauci se pravi jasna razlika između ova dva shvatanja pojma diskriminacije: u brojnim radovima se pojam koristi za pravljenje razlike između različitih prirodnih ili društvenih pojava; sa druge strane, naročito u društvenim naukama „moralizovani pojam diskriminacije se pravilno primjenjuje na radnje, prakse ili politike koje zadovoljavaju dva uslova:

- a) one pogrešno nameću relativno ograničavanje ili isključivanje osobe na osnovu njene pripadnosti nekoj uočljivoj društvenoj grupi, i
- b) pogrešnost leži u činjenici da nametanje ograničavanja ide na račun grupne pripadnosti žrtve.”³

Ovako shvaćen „moralizovani pojam diskriminacije” je odavno potisnuo etimološko značenje pojma. To svakako govori i o postojanju društvene potrebe da se „pogrešno” pravljenje razlika zabrani. Ovo je započeto Deklaracijom o nezavisnosti SAD 1776. godine i Deklaracijom prava čovjeka i građanina Nacionalne skupštine Francuske 1789. godine, isticanjem načela jednakosti, koje ruši razlike u feudalnim društvima. Proces afirmacije ovog načela obilježio je istoriju novog vijeka, sadašnji trenutak, a izvjesno je da će igrati značajnu ulogu u oblikovanju društvenih odnosa u budućnosti.

Obespekost činjenica da je jednakost tako višeznačan i nedefinisan pojam: u prošlosti, a i sada postoje zaista duboko suprotstavljena shvatanja o njegovom značenju i odnosu sa drugim temeljnim društvenim vrijednostima (pravde, dostojanstva, slobode, itd.). Tako su razvijeni koncepti „jednakosti

³ *Discrimination*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu>

pred zakonom”, „jednakih mogućnosti”, „društvene i ekonomske jednakosti”, i dr., koji su rezultat različitih društveno-ekonomskih odnosa, ideologija i politika.

Dakle, zabranu diskriminacije treba shvatiti kao „moralizovan” pravni institut u funkciji ostvarivanja jednakosti kao društvene vrijednosti. S obzirom da se zabrana odnosi samo na „pogrešno” pravljenje razlika, načelo jednakosti svakako ima širi domašaj od zabrane diskriminacije. Načelo jednakosti zacijelo uživa visoko mjesto na ljestvici društvenih vrijednosti, ali je njegovo ograničavanje ne samo oportuno, nego i nužno. Svaka regulacija društvenih procesa podrazumijeva uspostavu određenog društvenog poretka, što implicira pravljenje razlika između pojedinaca i društvenih grupa. Ovo beznačajno kompromituje ostvarenje ovog načela i u pojedinim tumačenjima mu daje jednu idealističku, utopijsku, pomalo i apsurdnu crtu. Pored toga, nedostatak zajedničkog imenitelja u shvatanju jednakosti otvara prostor za njegovo teorijsko, moralno i pravno relativizovanje.

ZABRANA DISKRIMINACIJE U EVROPSKOJ KONVENCIJI O ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA

Kao regionalni ugovor međunarodnog prava *sui generis* EK garantuje određena ljudska prava i osnovne slobode svim osobama pod jurisdikcijom država članica. Kakva je tu uloga data zabrani diskriminacije? Mogu se formulisati dva shvatanja.

Sa jedne strane, zabrana diskriminacije je shvaćena kao jedno od „opštih načela uživanja ljudskih prava.” „Prihvatanje nejednakosti ljudi ruši celu zgradu ljudskih prava... Sa stanovišta prakse, načelo jednakosti se najčešće izražava kao načelo nediskriminacije, tj. kao zabrana diskriminacije među... ljudima.”⁴ Sa druge strane, opšta zabrana diskriminacije svrstava se u „fundamentalna i supstancijalna prava i slobode koje se garantuju Konvencijom i dodatnim protokolima”⁵.

Čini se da navedena dva shvatanja zabrane diskriminacije – kao načela i kao prava, predstavljaju suprotstavljene polove, između kojih treba tražiti odgovor o njenoj prirodi. Pragmatičan pristup ovom institutu je svakako bliži prvom shvatanju, dok je drugo shvatanje u priličnoj mjeri programsko i ideološko. Kako će se pokazati *infra*, ova dva shvatanja oblikuju i odredbe EK koje se odnose na zabranu diskriminacije: čl. 14. i čl. 1. Protokola 12. uz EK.

⁴ Dimitrijević i dr.: *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd, 2007, str. 111.

⁵ Jakšić: *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, komentar, Beograd, 2006, str. 13 i 14.

Na ovom mjestu bi bilo korisno navesti jednu od mnogih definicija diskriminacije iz prakse ESLJP, pošto koncizno obuhvata sve pojmove o kojima će biti govora u ovom radu.

„Pojam diskriminacije... obuhvata, uopšteno rečeno, slučajeve gdje neka lica ili grupe, bez odgovarajućeg opravdanja, imaju manje povoljan tretman nego druga lica ili grupe... razlika u postupanju biće diskriminatorna ako nema nikakvo objektivno i razumno opravdanje, što znači ako ne postiže legitiman cilj ili ako ne postoji razuman odnos srazmjernosti upotrijebljenih sredstva i cilja koji se želi postići...”⁶

U nastavku će biti razmotrene odredbe u EK koje se odnose na zabranu diskriminacije, izuzimajući odredbu čl. 5. Protokola 7. uz EK (Jednakost među supružnicima), koja nije predmet ovog rada. Nije na odmet navesti da je to, barem za sada, jedina odredba u EK u kojoj se eksplicitno spominje jednakost.

1. Član 14. Evropske konvencije

Čl. 14. EK (Zabrana diskriminacije) glasi:

„Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osiguraće se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što je rasa, pol, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno i društveno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.”

Jezičko tumačenje navedene odredbe ukazuje da ona ne sadrži normu kojom se određuje neko subjektivno pravo, te da upućuje na druge članove EK, (čl. 2. do 13. – u stručnoj literaturi se nazivaju samostalnim ili materijalnim pravima) koji se odnose na određivanje takvih prava, tj. na „uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj konvenciji.” Ako se ona uporedi sa odredbama drugih članova, jasno se može uočiti razlika: u većini tih članova eksplicitno stoje izrazi „Svako ima pravo”, „Niko ne smije”, i slično, dok takvih izraza ovdje nema. U tom smislu:

„Svrha je članka 14. Konvencije da se pojedinci zaštite u uživanju (samostalnih) materijalnih... prava zajemčenih odredbama Konvencije... Zabrana diskriminacije u smislu članka 14. ne može se smatrati ni zasebnim (samostalnim) materijalnim... konvencijskim pravom. Ona ima instrumentalni karakter...”⁷

Ovakvo tumačenje odredbe dosljedno sprovodi ESLJP:

„Uvijek kada ESLJP razmatra navodnu povredu čl. 14, to uvijek čini u vezi sa materijalnim subjektivnim pravom. Aplikant će često navesti povredu materijalnog subjektivnog prava, i u dodatku povredu materijalnog subjektivnog prava u vezi sa čl. 14. Drugim riječima, smetnja u ostvarivanju njegovog

⁶ Abdulaziz, Kabales i Balkandali protiv UK, st. 82. i 72.

⁷ Omejec, *op. cit.*, str. 886.

prava, pored nedostizanja standarda u ostvarenju materijalnog prava, je bila i diskriminatorna...”⁸

U stručnoj literaturi⁹ se ističu sljedeća načela primjene instituta zabrane diskriminacije iz čl. 14:

- a) Nesamostalnost (akcesornost).– Ne postoji pravna mogućnost da ESLjP utvrdi povredu čl. 14. bez navoda podnosioca predstave o povredi nekog materijalnog prava iz EK.
- b) Autonomnost.– ESLjP može utvrditi postojanje povrede čl. 14. i kada utvrdi da ne postoji povreda člana EK koji sadrži dotično materijalno subjektivno pravo, ali utvrđena povreda čl. 14. mora da potpada pod taj član.¹⁰
- c) Supsidijarnost.– ESLjP razmatra postojanje povrede čl. 14. tek poslije razmatranja povrede člana EK u vezi sa kojim je zabrana diskriminacije navedena; ukoliko utvrdi povredu materijalnog subjektivnog prava, ESLjP često i ne razmatra navodnu povredu čl. 14. Ipak, ESLjP u pojedinim situacijama razmatra i navodnu povredu čl. 14, ako je to temeljni, „fundamentalni aspekt slučaja”¹¹.

Dakle, zabrana diskriminacije iz čl. 14. ima zavisnu, „parazitsku prirodu”¹²; može se shvatiti kao jedno korektivno načelo, instrument i bitan uslov u ostvarivanju ljudskih prava i sloboda zajamčenih EK. Njen domašaj je ograničen, a opravdanost njenog eksplicitnog navođenja u EK upitna: izvijesno je da bi se u konkretnim predmetima mogla utvrditi diskriminatorna povreda nekog od materijalnih prava i bez njene primjene, korištenjem *argumentum a maiore ad minus*. Drugim riječima, ko može više može i manje: Ako je ESLjP nadležan da utvrđuje povrede materijalnih prava predviđenih EK, svakako je nadležan i da utvrđuje i različite stepene ostvarivanja (odnosno neostvarivanja) ovih prava, što uvodi pitanje diskriminacije i bez njenog eksplicitnog navođenja.

2. Član 1. Protokola 12. uz Evropsku konvenciju

Protokol 12. uvodi u čl. 1, kao dopunskom članu konvencije (čl. 3. Protokola 12) opštu zabranu diskriminacije. Ovaj pravni institut je još daleko od opšte prihvaćenosti, pa i od strane nekih država koje važe za perjanice u promovisanju

⁸ Handbook on European non-discrimination law, str. 60.

⁹ V. Omejec, *op. cit.*, str. 886–893; Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom o ljudskim pravima, Interights, London, 2006, str. 6–9.

¹⁰ V. Abdulaziz, *Kabales i Balkandali protiv UK*, stav 71.

¹¹ V. *Ajri protiv Irske*, stav 30.

¹² Bell: Combating Racism through European Laws: A Comparison of the Racial Equality Directive and Protocol 12, *Combating Racial and Ethnic Discrimination*, London & Brussels, 2002, str. 10.

i uzor u poštovanju ljudskih prava i sloboda. Sa stanjem od 01. 12. 2011. godine, od ukupno 47 zemalja članica Savjeta Evrope ratifikovalo ga je 18 zemalja, a u postupku je u još 19. Između ostalih, protokol su ratifikovale sve zemlje nastale raspadom bivše SFRJ, a nisu ga ratifikovale Austrija, Belgija, Danska, Francuska, Njemačka, Norveška, Švedska, Švajcarska, Velika Britanija i dr.¹³

Navedeni član glasi:

„Član 1. Opšta zabrana diskriminacije

1) Uživanje svih prava određenih zakonom osiguraće se bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status.

2) Niko ne smije biti diskriminisan od strane javnih tijela po bilo kom osnovu kako je navedeno u stavu 1.”

Odredba iz stava 1. jasno ukazuje na namjeru da se zabrana diskriminacije izdigne iznad prvobitne „parazitske” prirode i postane samostalno materijalno pravo u službi načela jednakosti. Proširuje se područje na koje se zabrana diskriminacije odnosi na „uživanje svih prava određenih zakonom”¹⁴, a u preambuli se pominje „jednakost pred zakonom”, „jednaka zaštita pred zakonom”, „promovisanje jednakosti kroz kolektivnu primjenu opšte zabrane diskriminacije...”, te „promovisanje pune i efektivne jednakosti.”

Ovako posmatrane odredbe navode na zaključak da se opšta zabrana diskriminacije može smatrati kao posebno pravo, čije je ishodište u pravu na jednakost, koje podrazumijeva aktivnu ulogu države u preduzimanju mjera za zaštitu i promovisanje ovog prava.¹⁵ Međutim, ovakvom stanovištu mogu se uputiti razložni prigovori.

Prvo, iako je u preambuli riječ „jednakost” navedena više puta, u samom tekstu odredbe ona nije spomenuta. U komentaru uz Protokol se navodi: „...postojanje *de facto* nejednakosti, može konstituisati opravdanje za usvajanje

¹³ V.: <http://conventions.coe.int>

¹⁴ U komentaru uz Protokol navode se četiri osnova na koje se dodatno područje zaštite o diskriminacije odnosi: (1) uživanje svakog prava zajamčenog pojedincu prema unutrašnjem pravu; (2) uživanje prava koje može biti izvedeno iz jasne obaveze javne vlasti prema unutrašnjem pravu, odnosno gdje je javna vlast u obavezi da postupa na određeni način prema unutrašnjem pravu; (3) od javne vlasti u izvršavanju diskrecionog prava; (4) od bilo koje radnje ili propuštanja javne vlasti; Protocol 12 Convention of Human Rights and Explanatory Report, <http://www.humanrights.coe.int>, t. 22.

¹⁵ U literaturi se takve mjere nazivaju „pozitivnim mjerama” ili „afirmativnim merama”, „specijalnim mjerama”, „pozitivnom akcijom”, „pozitivnim obavezama”. V. Omejec, *op. cit.*, str. 918; Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom o ljudskim pravima, Interights, London, 2006, str. 49–51.

mjera koje pružaju posebne prednosti u cilju promovisanja jednakosti, uz osiguranje poštovanja načela srazmjernosti... Međutim, sadašnji Protokol ne uvođi nikakvu obavezu za prihvatanje takvih mjera. Takva programska obaveza bi stajala klimavo (*sit ill*) u cjelovitoj prirodi Konvencije i njenom kontrolnom sistemu koji je zasnovan na kolektivnim garancijama individualnih prava koja su formulisana u terminima dovoljno specifičnim da bi bili predmet sudskog postupka (*justiciable*).¹⁶

Drugo, „ako je snaga protokola njegov širok materijalni domašaj, njegova slabost leži u ograničenom efektu na privatne aktere”¹⁷. Zvanično obrazloženje za ovakvo ograničenje glasi:

„Član nije namijenjen da uvede opštu pozitivnu obavezu stranama da preduzmu mjere za sprečavanje ili ispravljanje svih instanci diskriminacije u odnosu između privatnih lica. Dodatni protokol uz konvenciju, koji tipično sadrži individualna prava pogodna za sudske postupke (*justiciable*) u konciznim odredbama, ne bi bio prigodan instrument za određenje raznih elemenata tako široko postavljenih obaveza programskog karaktera.”¹⁸

Nije teško biti sumnjičav na ovako data obrazloženja o „klimavosti” ili „nepogodnosti” instituta jednakosti. Ako se jednakost eksplicitno navodi u deklaracijama i sporazumima ljudskih prava univerzalnog kakaraktera¹⁹, koje EK sprovodi na regionalnom nivou, zašto joj nema mjesta u odredbama o zabrani diskriminacije u EK? Drugo, sudski postupak svakako zahtijeva „koncizne odredbe” „podobne za sudski postupak”, ali se postavlja pitanje: ako sudovi zemalja članica svakodnevno primjenjuju unutrašnje pravo koje sadrži ovo načelo, zašto to ne može da čini i ESLjP?

Logičniji bi zaključak bio da među državama članicama zapravo nema dovoljno volje za uniformno tumačenje načela jednakosti i njegovu potpunu afirmaciju u samostalno pravo. U prilog ovome govori i za sada skromna prihvatanost Protokola 12. Na primjer, Vlada Ujedinjenog Kraljevstva ne prihvata ovaj protokol iz tri razloga: (1) nije jasno da li izraz „prava određenih zakonom” iz čl. 1. uključuje i međunarodno pravo, jer bi na ovaj način ova vlada bila obavezana i na međunarodne sporazume koji nisu inkorporirani u unutrašnje pravo, (2) ne prati praksu ESLjP u dozvoljenim ciljevima i razumno opravdanim razlikama i (3) ne sadrži odredbe za pozitivne mjere.²⁰

¹⁶ Omejec, *op. cit.*, t. 16.

¹⁷ Omejec, *op. cit.*, str. 23.

¹⁸ Omejec, *op. cit.*, t. 25.

¹⁹ V.: Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, čl. 7. i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, čl. 26.

²⁰ Fredman: *Why the UK Government should sign and ratify Protocol 12*, <http://www.justice.org.uk/images/pdfs/protocol12.pdf>, str. 1.

POSTUPAK ESLjP PO čl. 14. EK

Prava za čije ostvarenje nije osiguran adekvatan sudski nadzor ostaju samo u sferi puke deklaracije. Zato je, da bi se osiguralo poštovanje obaveza država ugovornica EK, njenim čl. 19. uspostavljen ESLjP.

Materijalne i procesne odredbe EK i odredbe Poslovnika ESLjP svakako nisu dovoljno detaljne i precizne da bi omogućile ESLjP da se do odluke u predmetu dođe prostom primjenom pravnog silogizma. Zato je ESLjP bio primoran da u postupku razvije pojmove i metode koji će ga pouzdano voditi ka legalnoj i pravičnoj odluci.

Omejec objašnjava postupak ESLjP u predmetima zabrane diskriminacije kroz test diskriminacije, koji je strukturiran iz sljedećih pitanja:

„1) Pripada li prigovor diskriminacije u područje zaštićenog prava *ratione materiae*?

2) Je li je povrijeđen članak Konvencije koji sadrži neko materijalno pravo?

3) Postoji li razlika u postupanju?

4) Postoji li objektivno i razumno opravdanje za različito postupanje?

5) Je li različito ponašanje uvjetovano težnjom za ostvarenjem legitimnog cilja?

6) Jesu li sredstva koja su pri tom upotrijebljena razumno razmjerna legitimnom cilju, odnosno snosi li podnositelj zahtjeva nerazmjern teret zbog nepoduzete mjere?

7) Premašuje li razlika u postupanju nacionalno područje slobodne prosudbe države?”²¹

Navedeni „test” svakako daje korisna saznanja o postupanju ESLjP, ali ne omogućuje cjelovito i detaljno sagledavanje pravno-logičkog mehanizma kojim se sud rukovodi. Zato ćemo ovdje pokušati da dodatno razjasnimo cjelokupan proces odlučivanja, koji će uključiti sva pitanja koja sud razmatra i ishode tih razmatranja.

Polazeći od pretpostavke da se u pojedinačnoj predstavi po čl. 34. EK, nalazi navod o diskriminaciji, postupak bi išao sljedećim tokom.

1. Ispitivanje područja zaštićenog prava i povrede materijalnog prava

ESLjP će najprije utvrditi da li predstavka ulazi u područje zaštićenog materijalnog prava, te u slučaju potvrdnog odgovora razmotriti da li je prekršeno neko od tih prava. Moguća su četiri ishoda:

²¹ Omejec, *op. cit.*, str. 958–960.

1) ESLJP utvrđuje da je povrijeđeno materijalno pravo, pa nalazi da nije potrebno razmatrati navod o diskriminaciji (načelo nesamostalnosti čl. 14);

2) ESLJP utvrđuje da je povrijeđeno materijalno pravo, pa nalazeći da je navod o diskriminaciji temeljni aspekt slučaja, razmatra navod o diskriminaciji (načelo supsidijarnosti čl. 14);

3) ESLJP utvrđuje da nije povrijeđeno materijalno pravo, pa ne razmatra navod o diskriminaciji (načelo nesamostalnosti čl. 14);

4) ESLJP utvrđuje da nije povrijeđeno materijalno pravo, ali sumnja da postoji povreda čl. 14. koja potpada pod to materijalno pravo, pa razmatra navod o diskriminaciji (načelo autonomnosti čl. 14).

2. Ispitivanje razlike u postupanju (nepovoljnog tretmana)

U ovoj fazi sud ispituje da li se prema podnosiocu predstavke postupalo manje povoljno nego sa drugima u uporedivim okolnostima, što se može razložiti na dva pitanja: da li se prema njemu postupalo slično kao sa drugima u sličnim okolnostima, ili da li se u različitim okolnostima postupalo adekvatno različito.²² Ako sud utvrdi postojanje nepovoljnog tretmana nastalog kao rezultat ovakvog postupanja, navod o diskriminaciji je *prima facie* dokazan.

3. Objektivno i razumno opravdanje za različito postupanje

Ovaj trenutak u postupku je od ključne važnosti za meritorno odlučivanje: Prvo, tu će se jasno zaključiti da li se u datom predmetu radi o razlici koja se može opravdati ili o diskriminaciji; drugo, teret dokazivanja prelazi za podnosioca predstavke na tuženu državu članicu, o čemu će više biti govora u t. 5.1.5.

„Objektivno i razumno opravdanje” predstavlja izuzetak koji oslobađa od odgovornosti tuženu državu za navod o diskriminaciji. Za ostvarenje tog izuzetka neophodno je ispuniti dva uslova:

(1) Legitiman cilj za različito postupanje. Kako je već navedeno u t. 3., regulacija društvenih procesa podrazumijeva različit tretman pojedinaca i grupa. Zato ESLJP uvažava da je država vlasna da to i čini, pod uslovom da je cilj kome se pri tome teži legitiman. „...načelno se može zaključiti da države ugovornice nemaju posebnih poteškoća u dokazivanju da je razlika u postupanju bila uvjetovana težnjom za ostvarivanjem određenog legitimnog cilja.”²³

²² V.: *Tlimenos protiv Grčke*, st. 44.

²³ Omejec, *op. cit.*, str. 946.

(2) Srazmjernost između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići različitim postupanjem. Ovdje se postavlja pitanje da li podnositelj predstave snosi nesrazmjernan teret zbog različitog postupanja.

ESLjP ovdje ima zaista široko ovlaštenje da sa vrednosnog aspekta ocijeni valjanost unutrašnjeg prava država članica. Ovakvo ovlaštenje svakako izlazi iz sfere prava i uključuje političke, sociološke, ideološke i druge aspekte predmeta.

Važno je razjasniti logički odnos pomenuta dva uslova za utvrđivanje ishoda ispitivanja „objektivnog i razumnog opravdanja”. Naime, postavlja se pitanje da li se ovdje radi o alternaciji ili kumulaciji uslova. Izgleda da praksa ESLjP i stručna literatura nude različite odgovore: negdje se spominje „legitiman cilj i srazmjernost”²⁴, negdje „legitiman cilj ili srazmjernost”²⁵. Nedosljednost je ipak samo prividna, a stav po ovom pitanju jasan. Za ispitivanje postojanja „objektivnog i razumnog opravdanja” nužno se ispituje da li je cilj legitiman, a srazmjernost između sredstva i legitimnog cilja samo ako je prethodno ispunjen prvi uslov, tj. ako je utvrđeno da je cilj legitiman. Drugačiji pristup ne može biti valjan, jer bi ispitivanje srazmjernosti upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići u odnosu na nelegitiman cilj predstavljalo logičku grešku.

Zato se mogući ishodi ispitivanja mogu prikazati na sljedeći način:

1) ESLjP utvrđuje da cilj nije legitiman, što povlači da nema objektivnog i razumnog opravdanja. Navod o diskriminaciji je osnovan.

2) ESLjP utvrđuje da je cilj legitiman. Potrebno je dalje ispitati da li su upotrijebljena sredstva srazmjerna legitimnom cilju.

a) Ukoliko jesu, postoji objektivno i razumno opravdanje. Nema povrede zabrane diskriminacije.

b) Ukoliko nisu, nema objektivnog i razumnog opravdanja. Postoji povreda zabrane diskriminacije.

Dakle, za dokazivanje objektivnog i razumnog opravdanja za različito postupanje potrebno je dokazati ispunjenost oba uslova (kumulacija uslova).

Sa druge strane, za suprotno dokazivanje – da nema objektivnog i razumnog opravdanja, dovoljno je dokazati da barem jedan od uslova nije ispunjen (alternacija uslova). Ovako postavljen odnos je svakako nepovoljniji za tuženu državu, jer je za uspjeh u konkretnom predmetu protiv nje dovoljno efikasno osporiti ispunjenost jednog od uslova.

²⁴ *Ibid.*, Omejec, *op. cit.*, str. 943: „Različit tretman može se opravdati: 1) kad ima legitiman cilj, i 2) kada su sredstva koja se pri tom primjenjuju razumno razmjerna legitimnom cilju koji se želi postići.”

²⁵ V.: *Rasmussen protiv Danske*, stav 38: „...razlika u postupanju je diskriminatorna ako nema objektivno i razumno opravdanje, tj. ako ne slijedi „opravdani cilj” ili ako ne postoji opravdana veza srazmjernosti između korištenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti.”

4. Diskreciono ovlaštenje države („Margin of Appreciation”)

Pod diskrecionim ovlaštenjem države u ovom radu se podrazumijeva ono što se u praksi ESLJP na engleskom jeziku naziva „*Margin of Appreciation*”. Izraz potiče iz francuskog jezika i teško ga je smisleno prevesti. Odnosi se na „prostor za manevrisanje koje su institucije Strazbura dozvolile nacionalnim vlastima u ispunjavanju njihovih obaveza po EK”²⁶, odnosno na izvjesnu slobodu koju sud dopušta državama članicama u tumačenju odredaba EK.

Primjena ovog instituta u vezi sa čl. 14. je donekle objašnjena u predmetu *Rasmussen protiv Danske*, stav 40:

„Sem toga, sve države ugovornice uživaju pravo na izvjesnu dozu procjene pri utvrđivanju u kojoj mjeri razlike, u inače sličnim situacijama, opravdavaju drugačije postupanje po zakonu; opseg tog prava zavisi od okolnosti, predmeta i opštih karakteristika slučaja.”

Izraz nije samo teško prevodiv, nego i neprecizan. Grir predlaže da se navedeni izraz u engleskim verzijama odluka ESLJP odbaci i zamijeni izrazom „nacionalna izvršna, upravna i sudska diskrecija”²⁷. Zato se čini da slobodan prevod iz naslova najjasnije objašnjava prirodu ovog instituta. On je takođe utemeljen u kontinentalnoj pravnoj tradiciji: uopšteno, tu se diskreciona ocjena shvata kao ovlaštenje organa da odluči u određenoj pravnoj stvari po svojoj slobodnog ocjeni, uz dva uslova: 1) da odluka bude donesena u okviru ovlaštenja organa i 2) da odluka bude donesena u cilju zbog koga je ovlaštenje dato.

Opravdanost ovakvog jednog instituta lako se može argumentovati:

„Kako su različite kulturne i pravne tradicije prihvaćene od svake zemlje članice, bilo je teško identifikovati uniformne evropske standarde ljudskih prava... Posljedično, proces ostvarenja uniformnih standarda ljudskih prava mora biti postepen jer čitav pravni okvir počiva na saglasnosti zemalja članica. *Margin of Appreciation* daje potrebnu fleksibilnost za izbjegavanje štetnih sukoba između suda i država članica i omogućuje sudu balansiranje suvereniteta država članica sa njihovim obavezama po Konvenciji.”²⁸

Sa druge strane, u stručnoj literaturi su navedeni ozbiljni prigovori ovom institutu: da ima kazuističku, nejednaku i uglavnom nepredvidljivu prirodu, da su potrebne veća jasnoća, koherencija i konzistencija u primjeni, da je ESLJP

²⁶ Greer: *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention of Human Rights*, Strasbourg, July 2000, str. 5. Autor sugerise da bi izraz na engleskom u stvari trebalo da glasi „*margin of assesment/appraisal/estimation*”. U literaturi na srpskom i hrvatskom jeziku koriste se izrazi „Polje slobodne procene države”, „Područje slobodne prosudbe države”, „Doza procjene”, itd.

²⁷ *Ibid.*, str. 32.

²⁸ The Romanian team of the National Institute of Magistracy: *The Margin of Appreciation*, str. 3.

koristi kao zamjenu za pažljivo i brižljivo rezonovanje, da je samo jedan pseudotehnički način upućivanja na diskreciju države (Grir)²⁹, da osujećuje univerzalne norme ljudskih prava davanjem suviše velikog značaja kulturnom relativizmu (Ostrovski)³⁰, itd.

Inače, ovaj institut se u određenoj mjeri primjenjuje i u vezi sa drugim odredbama EK. Grir smatra da prava koja se odredbama EK ne mogu derogirati (čl. 2, 3, 4. i 7. EK) uopšte ne dozvoljavaju diskreciju³¹, dok Omejec³² pravi razliku između „uskog područja slobodne prosudbe” koja se odnosi na pravljenje razlika po osnovu pola, državljanstva, vjere, i „širokog”, koje se odnosi na sistem socijalne sigurnosti.

Iz navedenog se može zaključiti: iako je u oblasti ljudskih prava „došlo do prodora međunarodnopravnih normi u ustavno pravo”³³, ESLJP koristi svoja ovlaštenja umjereno i obzirno. On postupa kao arbitar koji balansira između suvereniteta država članica i njihovih obaveza po EK. Pri tome on dopušta državi članici prostor za tumačenje EK onako kao odgovara njenim potrebama, specifičnostima, kulturnim i pravnim tradicijama, ali u isto vrijeme zadržava pravo da diskreciono ocijeni da li je diskreciono ovlaštenje države u tumačenju EK u konkretnoj pravnoj stvari bilo u skladu sa EK. Pri tome diskreciona ocjena ESLJP ide u rasponu od tumačenja namjera sastavljača EK do teleološkog tumačenja baziranog na standardu Evropskog konsenzusa, odnosno zajedničke prakse u državama članicama.³⁴

5. Dokazivanje diskriminacije

Za razliku od većine sudskih postupaka u kojima je cjelokupan teret dokazivanja na tužiocu, u postupcima u predmetima zabrane diskriminacije teret se dijeli: na podnosiocu predstavke je da dokaže postojanje razlike u postupanju (*prima facie* slučaj), dok je na tuženoj strani – državi članici da dokaže da je za pravljenje takve razlike postojalo objektivno i razumno opravdanje. Ovakvo rješenje izgleda nužno, jer su predmeti zabrane diskriminacije teško dokazivi, a tužena država svakako može najbolje argumentovati opravdanost svog postupanja.

²⁹ Greer, *op. cit.*, str. 5, 14. i 32.

³⁰ Ostrovsky: *How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals*, *Hanse Law Review*, Vol. 1 No 1, str. 56.

³¹ Greer, *op. cit.*, str. 26.

³² Omejec, *op. cit.*, str. 951–958.

³³ Milosavljević, Popović: *Ustavno pravo*, Beograd, 2009, str. 39

³⁴ Omejec, *op. cit.*, str. 950.

Drugo, ESLJP je nastojao olakšati težak teret dokazivanja diskriminacije podnosiocima predstavlja. Zauzet je stav da nema proceduralnih prepreka za dopuštenost dokaza i predodređenih formula za njihovu ocjenu, a usvajaju se zaključci zasnovani na slobodnoj evaluaciji svih dokaza, uključujući i zaključke koji se mogu izvesti iz činjenica i izjašnjavanja stranaka³⁵. ESLJP je kao *prima facie* dokaze prihvatao i statističke podatke i izvještaje nevladinih organizacija³⁶.

Povodom standarda dokazivanja postoji neujednačena praksa, bazirana na anglosaksonskom pravu, koja varira od standarda „izvan razumne sumnje” („*beyond reasonable doubt*”) pa do standarda „vaganje vjerovatnosti” („*balance of probabilities*”). Radi boljeg razumijevanja ovih standarda, možda bi bilo korisno poistovijetiti ih sa procesnim načelima dokazivanja u domaćem pravu: sa načelom materijalne istine u krivičnom pravu, odnosno formalne istine u građanskom pravu.

Omejec smatra da se radi o svojevrsnom međustandardu, odnosno poštrenom građanskopravnom standardu, dok organizacija *Interrights* smatra da se radi o „srednjem standardu” između standarda „vaganja vjerovatnosti” i „izvan razumne sumnje”.³⁷

Napori da se definiše standard dokazivanja koji ESLJP primjenjuje izgledaju samo djelimično uspješni. Čini se razumnim ustvrditi sljedeće: ESLJP nije ni krivični, ni parnični, ni upravni sud, ali se njegovo postupanje u najvećem broju predmeta odnosi na takve postupke koji su mu prethodili u državama članicama. Kako je standard dokazivanja u tim postupcima različit, a isto tako se razlikuje među državama, ESLJP u konkretnom predmetu treba da ima slobodu da prilagodi standard dokazivanja onom postupku koji je prethodio postupku pred ESLJP. Tako bi se jedinstven standard dokazivanja pred ESLJP još više relativizovao, ali bi primjena standarda dokazivanja bliskog standardu u postupku koji je vođen u domaćem pravu doprinijela većoj koherentnosti domaćeg i evropskog prava u konkretnom predmetu.

POSTUPAK ESLJP PO čl. 1. PROTOKOLA 12. UZ EK

Kako je ova odredba stupila na snagu nedavno i nije prihvaćena od većine zemalja članica, broj predmeta pred ESLJP nije bio veliki, pa zato nema ni ustaljene prakse. U elektronskoj bazi predmeta ESLJP „HUDOC” za sada su evidentirane samo dvije presude po ovoj odredbi, i koje će ovdje biti ukratko razmotrene.

³⁵ Načova i dr. protiv Bugarske, stav 147.

³⁶ V.: Omejec, *op. cit.*, str. 963. i 964.

³⁷ V.: Omejec, *op. cit.*, crp. 968; Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom o ljudskim pravima, Interights, London, 2006, str. 52.

1. Presuda u predmetima *Sejdić i Finci protiv BiH*

U ovom predmetu je prvi i za sada jedini put utvrđeno kršenje čl. 1. Protokola 12.

Radi se o predstavljeni građana BiH, koji su zbog svog romskog i jevrejskog porijekla bili onemogućeni da se kandiduju u izborima u Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH (navod o povredi čl. 14. u vezi sa čl. 3. Protokola 1. i čl. 1. Protokola 12) i za Predsjedništvo BiH (navod o povredi čl. 1. Protokola 12).

ESLJP je prihvatio navode o diskriminaciji onako kako su bili istaknuti u predstavkama, i presudio na sljedeći način:

a) Postoji povreda čl. 14. u vezi sa čl. 3. Protokola 1. (pravo na slobodne izbore) u odnosu na nemogućnost kandidovanja na izborima za Dom naroda.

b) Ne postoji potreba za ispitivanjem navoda prema čl. 3. Protokola 1. i čl. 1. Protokola 12.

c) Postoji povreda čl. 1. Protokola 12. zbog nemogućnosti kandidovanja na izborima za Predsjedništvo.

Dakle, poslije utvrđene povrede čl. 14. u vezi sa materijalnim pravom iz čl. 3. Protokola 1. ESLJP (Pravo na slobodne izbore) zauzima stav da nema potrebe da ispituje navod po čl. 1. Protokola 12. Čini se da je ovakva odluka u funkciji procesne ekonomije: ukoliko su istaknuti višestruki navodi o diskriminaciji, dovoljno je da ESLJP odluči o samo jednom navodu da bi se utvrdila povreda obaveza iz EK.

Sada će se posvetiti pažnja dijelu odluke u kojoj je utvrđena povreda Protokola 12, koja je obrazložena u st. 55. i 56. presude. U odnosu na pojam diskriminacije nastao iz prakse ESLJP po čl. 14. zauzima se stav da „bez obzira na razlike u širini obima između ovih odredbi, značenje ovog pojma u čl. 1. Protokola 12. trebalo je biti identično tumačenju iz čl. 14... Sud, prema tome, ne vidi razlog da odstupa od utvrđenog tumačenja diskriminacije”... Shodno ovako zauzetom stavu, ESLJP se poziva na dijelove odluke o povredi čl. 14, koje nalazi identičnim sa dijelom predmeta po čl. 1. Protokola 12. i zaključuje: „Slijedi da se ustavne odredbe koje čine aplikante nepodobnim da se kandiduju na izborima za Predsjedništvo takođe moraju smatrati diskriminatornim i kao takve predstavljaju povredu čl. 1. Protokola 12, a Sud ne smatra da u tom smislu postoji bilo kakva bitna razlika između Doma naroda i Predsjedništva BiH”.

Dakle, navedena presuda ne donosi nove pomake u shvatanju diskriminacije, jer ne nudi novi pristup jednom novom institutu, nego postavlja znak jednakosti između odredbi čl. 14. i čl. 1. Protokola 12. U svom izdvojenom mišljenju sudija ESLJP Mijović zauzima drukčiji stav:

„Moje neslaganje... proizlazi zapravo iz mojih očekivanja da će Sud iskoristiti priliku da u ovom predmetu, kao prvom ove vrste, postavi specifične

osnovne principe, standarde i testove koji bi se mogli smatrati univerzalnim i primjenljivim na sve predmete koji se tiču opšte zabrane diskriminacije. Očito da se radilo o nerealnim očekivanjima, s obzirom na to da je Sud pri obrazlaganju ovog dijela presude uglavnom koristio elemente već upotrijebljene za obrazloženje i utemeljenost povrede člana 14...”

Pažnju svakako zaslužuje i pragmatičan stav o odnosu jednakosti sa drugim društvenim vrijednostima u izdvojenom mišljenju sudije Bonela:

„Ja bih prvi povikao kako su neprocjenjive vrijednosti jednakosti i ne-diskriminacije – ali su, u najmanju ruku, isto tako vrijedni mir i pomirenje u državi... Sud je kanonizovao ovo prvo, a odbacio drugo. Uz dužno poštovanje prema sudu, ova presuda mi izgleda kao građenje kula u vazduhu... Ja ne mogu podržati Sud koji sije ideale, a žanje krvoproliće.”

2. Presuda u predmetu *Savez crkava „Riječ života” protiv Hrvatske*

U ovom predmetu, poslije utvrđene povrede čl. 14 u vezi sa čl. 9. EK, ESLJP zauzima stav „da nema potrebe da ispituje navod po čl. 1. Protokola 12”. Ovakav stav je već bio zauzet i pojašnjen u presudi *Sejdić i Finci protiv BiH*, a vjerovatno se tiče procesne ekonomije, kako je već bilo objašnjeno.

ZAKLJUČAK

U ovom radu pokušali smo da prikazemo, sa jedne strane, težnju evropske legislative da institut zabrane diskriminacije afirmiše u samostalno pravo, a sa druge strane, postupanje ESLJP u primjeni ovog instituta.

ESLJP je pragmatičnim pristupom i britkim pravno-logičkim rezonovanjem razvio alate za postupanje u predmetima zabrane diskriminacije. Radi se o institutima „razlika u postupanju”, „objektivno i razumno opravdanje”, „legitiman cilj” i „srazmjernost upotrijebljenih sredstava i cilja”. Sam postupak ispitivanja diskriminacije ima čvrstu logiku i daleko je od proste primjene pravnih silogizama. On uključuje i zauzimanje određenih vrednosnih stavova, te razmatranje socioloških, političkih, ideoloških i drugih aspekata predmeta.

Ishode pojedinih faza postupka i njegove posljedice treba jasno definisati, jer svako nerazumijevanje ili površan pristup mogu dovesti do neprihvatljivih rješenja. Zato se čini primjerenim izraziti ove veze dijagramom koji sadrži jedan cjelovit postupka ESLJP u predmetima zabrane diskriminacije po čl. 14. EK, koji se nalazi na kraju ovog zaključka.

Šta bi se moglo zaključiti o praksi ESLJP po Protokolu 12?

Kao što je pokazano, opšta zabrana diskriminacije iz čl. 1. Protokola 12. je u funkciji ostvarenja prava na jednakost. Možda je previše rano iz ovako skromne prakse izvlačiti zaključke, ali se čini izvijesnim sljedeće:

ESLjP uvažava samostalnu prirodu čl. 1. Protokola 12., ali u odnosu na čl. 14. stoji na stanovištu da čl. 1. Protokola 12. ima supsidijarnu prirodu. Drugim riječima, ako se u predstavci pojave navodi o diskriminaciji po obje odredbe, ESLjP će uvijek prvo ispitati navod po čl. 14; ukoliko ovaj navod ne bude prihvaćen, po načelu samostalnosti ispitaće navod po čl. 1. Protokola 12. U suprotnom – ako navod bude prihvaćen, po načelu supsidijarnosti neće razmatrati navodnu povredu čl. 1. Protokola 12. Takođe, može se zamisliti i situacija gdje ESLjP utvrdi da je navod o diskriminaciji temeljni aspekt slučaja, pa da onda ipak pristupi ispitivanju prema čl. 1. Protokola 12, tj. proširi ispitivanje na „uživanje svih prava određenih zakonom.”

Drugo, ESLjP je na tragu etabliranih procesnih rješenja iz čl. 14. EK. Za ovakvo postupanje ima i opravdanja: u preambuli Protokola 12. spominje se „objektivno i razumno opravdanje”, a u komentaru uz Protokol i „diskreciono ovlaštenje države”³⁸, što su instituti razvijeni u praksi suda po čl. 14. EK. U prilog tome govori i identičan tekst odredbi, izuzimajući širenje područja čl. 1. Protokola 12. na „uživanje svih prava određenih zakonom”.

Treće, čini se da će proširenje područja zabrane diskriminacije uzrokovati pogoršanje procesnog položaja tužene države po pitanju dokazivanja postojanja legitimnog cilja, srazmjernosti upotrijebljenih sredstava i cilja i diskrecionog ovlaštenja države u tumačenju EK. U postupcima po čl. 14. tuženoj se državi lako može uvažiti stav da je određeni zakon donesen u legitimnom cilju, unutar diskrecionog ovlaštenja u tumačenju EK. Sa druge strane, po čl. 1. Protokola 12, svaki zakon koji određuje neko subjektivno pravo postaje *a priori* legitiman, a legitimnost drugih zakona koji su u sukobu sa ovim zakonom u većoj mjeri upitna; dokazivanje srazmjernosti sredstava i cilja je tada otežano, a diskreciono ovlaštenje države po svoj prilici suženo.

Kakva je korist od ovog uvida u praksu ESLjP? Zabrana diskriminacije, zajedno sa pojmovima „razlika u postupanju”, „nepovoljan tretman”, „objektivno i razumno opravdanje”, „legitiman cilj”, i dr. posljednjih godina je postala pravni institut unutrašnjih pozitivnih prava mnogih evropskih zemalja. Svi koji praktikuju pravo nalaze se pred velikim izazovom: potrebno je tumačiti navedene pojmove u skladu sa unutrašnjim pravom i shvatanjima datog društva, a opet i u skladu sa odredbama EK i praksom ESLjP, te donositi odluke koje su, kao i odluke ESLjP, daleko od primjene prostih pravnih silogizama i

³⁸ Protocol 12 Convention of Human Rights and Explanatory Report, <http://www.human-rights.coe.int>, t.19.

koje uključuju vrednosne stavove, sociološka, politička i ideološka promišljanja. Ovaj rad bi mogao pružiti određeni doprinos toj budućoj praksi.

POSTUPAK EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U PREDMETIMA SA NAVODOM O DISKRIMINACIJI (čl. 14.)

LITERATURA

- Greer, Steven: *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention of Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, July 2000.
- Dimitrijević, Vojin; Popović Dragoljub; Papić, Tatjana; Petrović Vesna: *Međunarodno pravo ljudskih prava*, drugo izdanje, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007.
- Ditertr, Žil: *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2006.
- Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom o ljudskim pravima, (članak 14.) *Priručnik za odvjetnike*, Interrights, London, 2006.
- Jakšić, Aleksandar: *Evropska konvencija o ljudskim pravima. Komentar*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2006.
- Milosavljević, Bogoljub; Popović, Dragoljub: *Ustavno pravo, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta „Union” i Službeni glasnik, Beograd, 2009.
- Omejec, Jasna: *Zabrana diskriminacije u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 59, No. 5, Listopad 2009, str. 873–979.
- Ostrovsky, Aaron A.: *How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals*, *Hanse Law Review*, Vol. 1 No 1.
- The Romanian team of the National Institute of Magistracy: *The Margin of Appreciation*, http://www.coehelp.org/file.php/26/resources/eng/training_materials/Themis_margin_of_appreciation.doc, 01. 04. 2011.
- Fredman, Sandra: *Why the UK Government should sign and ratify Protocol 12*, <http://www.justice.org.uk/images/pdfs/protocol12.pdf>, 01. 04. 2011.
- Handbook on European non-discrimination law*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2011.

PRAVNI IZVORI

- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, 16. 12. 1966.
- Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, kako je izmijenjena Protokolom 11, sa Protokolima 1, 4, 6, 7, 12. i 13, Rim, 04. 11. 1950.
- Пословник Европског суда за људска права*, Савет Европе, 29. 06. 2009.
- Protocol 12 Convention of Human Rights and Explanatory Report, <http://www.humanrights.coe.int/Prot12/Protocol%2012%20and%20Exp%20Rep.htm>, 15. 04. 2011.
- Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Rezolucija Generalne skupštine UN br. 217 A (III), 10. 12. 1948.

PRESUDE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Abdulaziz, Kabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva (Predstavke broj 9214/80, 9473/81 i 9474/81), Presuda od 28. 05. 1985.
Ajri protiv Irske, (Predstavka broj 6289/73) Presuda od 09. 10. 1979.
Načova i dr. protiv Bugarske (Predstavke broj 43577/98 i 43579/98) Presuda od 06. 07. 2005.
Rasmussen protiv Danske (Predstavka broj 8777/79), Presuda od 28. 12. 1984.
Savez crkava „Riječ života” i dr. protiv Hrvatske (Predstavka br. 7798/08), Presuda od 09. 12. 2010.
Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine (Predstavke br. 27996/96 i 34836/06), Presuda od 22. 12. 2009.
Tlimenos protiv Grčke (Predstavka broj 34369/97) Presuda od 06. 04. 2000.

INTERNET IZVORI

Violation by Article and by Country, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/596C7B5C-3FFB-4874-85D8-F12E8F67C136/0/TABLEAU_VIOLATIONS_2010_EN.pdf, 09. 04. 2011. godine
Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu>, 09. 04. 2011. godine
The European Court of Human Rights in facts and Figures 2010, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/C99DDB86-EB23-4E12-BCDA-D19B63A935AD/0/FAITS_CHIFFRES_EN_JAN2011_VERSION_WEB.pdf, 01. 04. 2011. godine.
The European Court of Human Rights Case-Law, (HUDOC), <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>
Council of Europe, <http://conventions.coe.int>

PROHIBITION OF DISCRIMINATION AND GENERAL PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Živorad Rašević, graduate lawyer

2nd year student of Ph.D. studies Faculty of Law Union University of Belgrade
Legal service major of the Armed Forces of Bosnia and Herzegovina

S u m m a r y

Domestic anti-discrimination law follows international standards of the prohibition of discrimination, primarily those of Article 14 of the European Convention on Human Rights, and in the recent years Article 1 of the Protocol 12 to the Convention. These provisions do not contain clear legal qualification of discrimination, and for this reason the European Court of Human Rights developed in its case law the tools that are used by the court to test discrimination. These findings are important for two reasons: First, the application of

domestic anti-discrimination rules provide reliable guidance in the application of complex decision-making mechanism, which is far from the simple application of the legal syllogism, and secondly, they provide useful information to all those who intend to approach the European Court of Human Rights for discrimination. Special attention has been paid to the legal reasoning of the court in the first merit decision under Article 1 of the Protocol 12 to the Convention, in cases *Sejdic and Finci against Bosnia and Herzegovina*, in order to foresee the future practice related to this new and controversial legal concept.

Keywords: Discrimination, prohibition of discrimination, the general prohibition of discrimination, equality, the case law of the European Court of Human Rights, principles accessoriness, autonomy and subsidiary, proceedings under Article 14 and Article 1 of the Protocol 12 of the European Convention on Human Rights, the unfavorable treatment, objective and reasonable justification, *the Margin of Appreciation*, shared burden of proof, standard of proof, the verdict in the cases against the *Finci* and *Sejdic* Bosnia and Herzegovina.