

# ZABRANA DISKRIMINACIJE U PRAKSI EUROPSKOGA SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

*Prof. dr. sc. Jasna Omejec\**

UDK 341.231.145(4)

341.645.5(4)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: rujan 2009.

*U radu se prikazuju pravna stajališta Europskoga suda za ljudska prava u Strasbourgu o zabrani diskriminacije zajamčenoj člankom 14. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.*

*Prvotno se analiziraju struktura, domašaj i značenje članka 14. Konvencije, koji se uspoređuje s člankom 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju i člankom 14. Ustava Republike Hrvatske, osobito u vezi s propisanim diskriminatornim osnovama. Slijedi obrada instituta formalne i materijalne diskriminacije te izravne i neizravne diskriminacije. Posebno se razmatra praksa Europskoga suda vezana uz ocjenu opravdanosti odnosno diskriminatornosti "razlike u postupanju", koja uključuje institute "usporedivih situacija" za utvrđivanje kojih Europski sud provodi tzv. test usporedivosti, "objektivnog i razumnog opravdanja" za utvrđivanje kojeg Europski sud provodi tzv. test opravdanosti različitog postupanja, te institute legitimnog cilja, razmjernosti i područja slobodne prosudbe države. U okviru razmatranja tzv. testa diskriminacije posebno se obrađuju problemi vezani uz dokazivanje diskriminacije, teret dokazivanja i standard dokaza. Rad završava razmatranjem pozitivnih obveza država ugovornica koje Europski sud izvodi iz članka 14. Konvencije.*

*Svi navedeni instituti obrađuju se na relevantnim primjerima iz prakse Europskoga suda. Presude Europskoga suda u radu se prikazuju opsežno, jer ukazuju na temeljni pristup odnosno način na koji bi domaći sudovi trebali primjenjivati hrvatski Zakon o suzbijanju diskriminacije koji je stupio na snagu 1. siječnja 2009. godine.*

*Ključne riječi: Europski sud za ljudska prava, članak 14. Konvencije, diskriminacija, razlika u postupanju, diskriminatorne osnove, test diskriminacije.*

---

\* Dr. sc. Jasna Omejec, profesorica Pravnoga fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

## 1. UVODNE NAPOMENE

Zabrana diskriminacije propisana je člankom 14. Ustava Republike Hrvatske. Ona je propisana i člankom 14. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe (u daljnjem tekstu: Konvencija), koju su nadležna domaća tijela, uključujući sudove, dužna neposredno primjenjivati od 5. studenoga 1997., te člankom 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju koji je za Republiku Hrvatsku na snazi od 1. travnja 2005.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Konvencija je stupila na snagu za Republiku Hrvatsku 5. studenoga 1997. na temelju Zakona o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - Međunarodni ugovori broj 18/1997. Nakon stupanja na snagu Protokola br. 11 uz Konvenciju objavljen je i pročišćeni tekst Konvencije (Narodne novine - Međunarodni ugovori broj 6/1999. - pročišćeni tekst, 8/1999. - ispravak). Protokoli br. 12 i 13 uz Konvenciju potvrđeni su Zakonom o potvrđivanju Protokola br. 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - Međunarodni ugovori broj 14/2002. (Objava o stupanju na snagu Protokola br. 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - Međunarodni ugovori, broj 9/2005.) i Zakonom o potvrđivanju Protokola br. 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, Narodne novine - Međunarodni ugovori broj 14/2002. (Objava o stupanju na snagu Protokola br. 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - Međunarodni ugovori broj 13/2003.). Hrvatska je ratificirala i Protokol br. 14 uz Konvenciju (Zakon o potvrđivanju Protokola br. 14 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, o izmjeni nadzornog sustava Konvencije, Narodne novine - Međunarodni ugovori broj 1/2006.), ali taj protokol još nije stupio na snagu, budući da ga do danas nije ratificirala Ruska Federacija. Zbog proteka vremena i teških problema u radu Europskoga suda za ljudska prava koji su nastali zbog nemogućnosti primjene Protokola br. 14 uz Konvenciju, na 119. sjednici Odbora ministara Vijeća Europe održanoj u Madridu 12. svibnja 2009. donesen je Sporazum o privremenoj primjeni određenih postupaka sadržanih u Protokolu br. 14 uz Konvenciju (*Agreement reached on the occasion of the session of the Committee of Ministers held in Madrid on 12 May 2009 on the provisional application of certain procedures contained in Protocol No. 14 to the Convention*, Ministers' Deputies CM Documents, CM(2009)OJ1 final 11 May 2009, 119<sup>th</sup> Session of the Committee of Ministers, Madrid, 12 May 2009.). Sukladno tome, Odbor ministara Vijeća Europe na istoj je sjednici prihvatio i Protokol br. 14bis uz Konvenciju (*Protocol No. 14bis to the European Convention on Human Rights*, Ministers' Deputies CM Documents, CM(2009)58 final 12 May 2009, 119<sup>th</sup> Session of the Committee of Ministers, Madrid, 12 May 2009.). Taj je protokol otvoren za potpisivanje 27. svibnja 2009. u Strasbourgu. On odgovara sadržaju pojedinih odredbi članaka 4. - 8. Protokola br. 14 uz Konvenciju

Zakon o suzbijanju diskriminacije (u daljnjem tekstu: ZSD), koji je Hrvatski sabor donio na sjednici 9. srpnja 2008. godine, stupio je na snagu 1. siječnja 2009. godine.<sup>2</sup> ZSD prvi put priznaje svakome tko smatra da mu je zbog diskriminacije povrijeđeno neko pravo da zatraži zaštitu toga prava u postupku u kojem se o tom pravu odlučuje kao o glavnom pitanju pred sudom ili “drugim tijelima koja provode postupak” (članak 16. ZSD-a). On priznaje i tzv. posebne tužbe za zaštitu od diskriminacije, u koje ubraja: 1. tužbu za utvrđenje diskriminacije (kad tužitelj traži utvrđenje da je tuženik povrijeđio tužiteljevo pravo na jednako postupanje, odnosno da radnja koju je poduzeo ili propustio može neposredno dovesti do povrede prava na jednako postupanje), 2. tužbu za zabranu ili otklanjanje diskriminacije (kad tužitelj traži da se zabrani poduzimanje radnji kojima se krši ili može prekršiti tužiteljevo pravo na jednako postupanje, odnosno da se izvrše radnje kojima se uklanja diskriminacija ili njezine posljedice), 3. tužbu za naknadu štete (kad tužitelj traži da se naknadi imovinska i neimovinska šteta uzrokovana povredom prava zaštićenih ZSD-om). O navedenim tužbenim zahtjevima odlučuje sud primjenjujući odredbe Zakona o parničnom postupku, ako ZSD-om nije drukčije određeno. Ti se tužbeni zahtjevi mogu istaknuti zajedno sa zahtjevima za zaštitu drugih prava o kojima se odlučuje u parničnom postupku ako su svi zahtjevi u međusobnoj vezi i ako je isti sud stvarno nadležan za njih, bez obzira na to je li za te zahtjeve propisano rješavanje u redovitom ili u posebnom parničnom postupku, osim sporova o smetanju posjeda. U tom slučaju primjenjuju se mjerodavna pravila za vrstu spora o kojoj je riječ, ako ZSD-om nije drukčije određeno (članak 17. ZSD-a). U navedenim je sudskim postupcima revizija uvijek dopuštena (članak 23. ZSD-a).<sup>3</sup>

---

kojima su predviđene izmjene odnosno dopune sadašnjih članaka 24. - 28. Konvencije. Izmjene i dopune odnose se na uvođenje novog instituta suca pojedinca i na nov postupak pred tročlanim odborima Europskoga suda. Protokol br. 14bis uz Konvenciju stupa na snagu 1. listopada 2009. Međutim, odredbe tog protokola, odnosno odgovarajuće odredbe Protokola br. 14 uz Konvenciju mogle su se primjenjivati na privremenoj osnovi već od 1. srpnja 2009. u odnosu na one države ugovornice koje su za to dale svoj izričit pristanak u obliku posebne izjave. Protokol br. 14bis uz Konvenciju potpisalo je do 1. rujna 2009. ukupno 12 država ugovornica, ali ga je ratificiralo samo njih šest (Danska, Island, Irska, Monako, Norveška i Slovenija). Do 1. rujna 2009. Hrvatska nije ni potpisala ni ratificirala Protokol br. 14bis uz Konvenciju niti je dala suglasnost da se na nju odgovarajuće odredbe Protokola br. 14 uz Konvenciju primjenjuju na privremenoj osnovi.

<sup>2</sup> Zakon o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine broj 85 od 21. srpnja 2008.

<sup>3</sup> ZSD uvodi i posebno pravno sredstvo zaštite koje naziva “udružnom tužbom za zaštitu od diskriminacije”. Naime, prema članku 24. ZSD-a, udruge, tijela, ustanove ili druge

Prema članku 14. stavku 1. ZSD-a, “sva pravosudna tijela dužna su voditi evidencije o sudskim predmetima vezanim za diskriminaciju i osnovama diskriminacije po kojima se ti postupci vode te ih dostavljati ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa.” Sukladno tome, nadležno Ministarstvo pravosuđa izdalo je početkom 2009. godine obrasce za statističko praćenje sudskih predmeta vezanih uz diskriminaciju i osnove diskriminacije po kojima se ti postupci vode pred prekršajnim, općinskim i županijskim sudovima u Republici Hrvatskoj.<sup>4</sup>

Sukladno navedenom, ZSD-om su u domaćem pravnom poretku - uz već postojeći institut ustavne tužbe - ustanovljena nova pravna sredstva za zaštitu od diskriminacije u ostvarenju nekog prava. Time se bitno izmijenila i dotadašnja narav ustavne tužbe u predmetima vezanim uz zaštitu od diskriminacije. Od stupanja na snagu ZSD-a, naime, ustavna tužba u tim predmetima postala je *supsidijarno* domaće pravno sredstvo. Drugim riječima, ustavna tužba podnesena radi zaštite prava na jednako postupanje odnosno zaštite od diskriminacije bit će dopuštena samo nakon što navodna žrtva diskriminacije prethodno iscrpi pravni put zaštite propisan ZSD-om.<sup>5</sup>

---

organizacije koje su osnovane u skladu sa zakonom, a imaju opravdani interes za zaštitu kolektivnih interesa određene skupine ili se u sklopu svoje djelatnosti bave zaštitom prava na jednako postupanje mogu podnijeti tužbu protiv osobe koja je povrijedila pravo na jednako postupanje, ako učine vjerojatnim da je postupanjem tuženika povrijeđeno pravo na jednako postupanje većeg broja osoba koje pretežno pripadaju skupini čija prava tužitelj štiti. U udružnoj se tužbi mogu istaknuti zahtjevi da se: 1. utvrdi da je postupanje tuženika povrijedilo pravo na jednako postupanje u odnosu na članove skupine, 2. da se zabrani poduzimanje radnji kojima se krši ili može prekršiti pravo na jednako postupanje, odnosno da se izvrše radnje kojima se uklanja diskriminacija ili njezine posljedice u odnosu na članove skupine, 3. da se presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje na trošak tuženika objavi u medijima. O udružnoj tužbi u prvom stupnju odlučuje županijski sud opće mjesno nadležan za tuženika ili županijski sud mjesta na kojem je počinjena radnja diskriminacije ili Županijski sud u Zagrebu.

<sup>4</sup> Obrasci za statističko praćenje sudskih predmeta vezanih uz diskriminaciju i osnove diskriminacije po kojima se ti postupci vode, Narodne novine broj 10 od 23. siječnja 2009.

<sup>5</sup> Članak 62. stavak 2. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (Narodne novine - pročišćeni tekst, broj 49/1992.) propisuje: “(2) Ako je zbog povrede ustavnih prava dopušten drugi pravni put, ustavna tužba može se podnijeti tek nakon što je taj pravni put iscrpljen. (3) U stvarima u kojima je dopušten upravni spor, odnosno revizija u parničnom ili izvanparničnom postupku, pravni put je iscrpljen nakon što je odlučeno i o tim pravnim sredstvima.”

Donošenje navedenog zakona i njegovih provedbenih propisa dobar je povod za podsjećanje na obveze koje za Republiku Hrvatsku proizlaze iz Konvencije. Naime, primjena ZSD-a u praksi domaćih sudova i drugih nadležnih tijela bit će uspješna i djelotvorna samo ako bude usklađena s praksom Europskoga suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Europski sud) vezanom uz tumačenje i primjenu konvencijskih odredbi o zabrani diskriminacije.

Iako se u domaćoj pravnoj periodici susreću radovi o zabrani diskriminacije,<sup>6</sup> čini se da temeljna stajališta Europskoga suda o toj zabrani i načinu na koji članak 14. Konvencije taj sud primjenjuje u svojoj praksi još nisu objedinjena na jednom mjestu. Ovaj je rad pokušaj njihova sažimanja.

## 2. ODREĐENJE DISKRIMINACIJE U KONVENCIJSKOM I HRVATSKOM PRAVU

### 2.1. Jednakost i nediskriminacija

“Osnovno načelo suvremenog sustava zaštite ljudskih prava i sloboda je načelo nediskriminacije, slobode od diskriminacije, načelo jednakosti, *sklada u razlikama*. Načelo je pravno, političko i moralno.”<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Od recentnih v. Potočnjak, Željko: *Zabrana diskriminacije, uznemiravanja i spolnog uznemiravanja u radnim odnosima* (1., 2. i 3. dio), Informator, instruktivno-informativni list za ekonomska i pravna pitanja, vol. 56 (2008.), brojevi 5636, 1. - 3.; 5649, 1. - 12.; 5653, 1. - 12. (male stranice); Crnić, Ivica: *Pravo na naknadu neimovinske štete zbog diskriminacije*, Hrvatska pravna revija, vol. 9 (2009.), broj 5, 28. - 47.; Horvat, Ana: *Primjena Zakona o suzbijanju diskriminacije*, Informator, instruktivno-informativni list za ekonomska i pravna pitanja, vol. 56 (2008.), broj 5703-5704, 1. - 3.; Habek, Mladen: *Radni sporovi u sudskoj praksi glede zabrane diskriminacije i prestanka ugovora o radu*, Računovodstvo, revizija i financije, vol. 18 (2008.), broj 12, 233. - 235.

<sup>7</sup> Barić-Punda, Vesna: *Načelo nediskriminacije - jedno od temeljnih načela zaštite ljudskih prava i sloboda*, Zbornik radova Pravnoga fakulteta u Splitu, god. 42 (2005.), broj 1-2, 28. Usp. i CERD General Recommendation XIV (Forty-second session, 1993): On Article 1, Paragraph 1, of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, A/48/18 (1993) 114 at para. 1.; ICCPR General Comment 18 (Thirty-seventh session, 1989): Non-Discrimination, A/45/40 vol. I (1990) 173 at paras. 9 and 12.

Ilustrativno govoreći, postupati prema svima jednako znači jednako tretirati (i) nejednake, što je isto toliko štetno kao i nejednako tretirati jednake.<sup>8</sup> Svaka rasprava o jednakosti stoga uvijek vodi prema raspravi o nediskriminaciji.

Načelo jednakosti (*principle of equality*) i načelo zabrane diskriminacije (*principle of non-discrimination*) smatraju se toliko važnima za zaštitu ljudskih prava da su sadržana u svim temeljnim međunarodnim i regionalnim instrumentima o ljudskim pravima.<sup>9</sup>

## 2.2. Članak 14. Konvencije

Članak 14. Konvencije glasi:

“Članak 14.  
ZABRANA DISKRIMINACIJE

Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.”<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Klasično određenje načela jednakosti u međunarodnom pravu sadržano je u izdvojenom suprotnom mišljenju suca Tanake u slučaju Jugozapadne Afrike pred Međunarodnim sudom pravde (*South West Africa Case*, ICJ Rep. 1966., 4.): “Načelo jednakosti pred zakonom ne znači ... apsolutnu jednakost, naime jednako postupanje prema ljudima bez obzira na pojedinačne, konkretne okolnosti, nego znači ... relativnu jednakost, naime načelo postupati jednako prema onome što je jednako i nejednako prema onome što je nejednako... Postupati različito prema nejednakim stvarima u skladu s njihovom nejednakošću nije samo dopušteno nego se zahtijeva.”

<sup>9</sup> Odredbe o zabrani diskriminacije i/ili o načelu jednakosti sadrže Opća deklaracija o ljudskim pravima UN-a (1948.), Konvencija Međunarodne organizacije rada (MOR) o jednakom nagrađivanju za rad jednake vrijednosti br. 100 (1951.), Konvencija o političkim pravima žena UN-a (1952.), Konvencija MOR-a o diskriminaciji (zapošljavanje i zanimanje) br. 111 (1958.), Konvencija protiv diskriminacije u obrazovanju UNESCO-a (1960.), Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima UN-a (1966.), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima UN-a (1966.), Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije UN-a (1966.), Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena UN-a (1979.), itd.

<sup>10</sup> U izvornom tekstu na engleskom jeziku članak 14. Konvencije nosi naziv “Prohibition of Discrimination” i glasi: “The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association

Članak 14. Konvencije središnja je odredba konvencijskog prava Vijeća Europe vezana uz zabranu diskriminacije koja je prihvaćena u svih 47 država ugovornica Konvencije.<sup>11</sup>

Iako članak 14. Konvencije ne uređuje “klasično” materijalno ili supstancijalno konvencijsko pravo, on je sadržan u I. odjeljku Konvencije, među odredbama kojima se uređuju materijalna (supstancijalna) konvencijska prava.

Osnove po kojima se zabranjuje diskriminacija (u daljnjem tekstu: diskriminatorne osnove, zabranjene osnove) u članku 14. Konvencije navedene su egzemplifikativno. To je potvrdio i Europski sud u predmetu *Engel i drugi protiv Nizozemske* (1976.), utvrđujući da je popis osnova naveden u članku 14. “ilustrativan, ali ne i iscrpljen, na što upućuje izričaj ‘na bilo kojoj osnovi, kao što je’ (franc. ‘notamment’).” (§ 72. presude)

### 2.3. Članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju

Odlučivši se na poduzimanje “daljnjih koraka u promicanju jednakosti svih osoba kroz kolektivno prisilno izvršenje (*collective enforcement*) opće zabrane diskriminacije pomoću Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda”, te opetovano potvrđujući da “načelo nediskriminacije ne sprječava države stranke da poduzimaju mjere za promicanje potpune i djelotvorne jednakosti, pod uvjetom da postoji objektivno i razumno opravdanje za te mjere”, države članice Vijeća Europe, ugovornice Konvencije, usvojile su u Rimu 4. studenoga 2000. Protokol br. 12 uz Konvenciju,<sup>12</sup> kojim je opseg zabrane diskriminacije bitno proširen u odnosu na onaj sadržan u članku 14. Konvencije.

---

with a national minority, property, birth or other status.” Službeni prijevod engleskog izričaja *other status* na hrvatski jezik kao “druga okolnost”, sadržan u pročišćenom tekstu Konvencije (Narodne novine - Međunarodni ugovori broj 6/1999.) nije najsretniji. Čini se da bi bilo bolje kad bi službeni prijevod glasio: “drugo svojstvo” kao što je taj engleski izraz preveden na hrvatski jezik u službenom prijevodu Protokola br. 12 uz Konvenciju (Narodne novine - Međunarodni ugovori broj 14/2002.) ili barem “druga osobina” kao što je to u članku 14. stavku 1. hrvatskog Ustava.

<sup>11</sup> O zabrani diskriminacije u pravu Europske unije (u domaćoj literaturi) v. Horvat, Ana: *Novi standardi hrvatskoga i europskoga antidiskriminacijskog zakonodavstva* // Zbornik Pravnoga fakulteta u Zagrebu, vol. 58 (2008.), broj 6, 1453. - 1498.; Bilić, Andrijana: *Diskriminacija u europskom radnom pravu* // Zbornik radova Pravnoga fakulteta u Splitu, vol. 44 (2007.), broj 3-4 (86), 557. - 572.

<sup>12</sup> Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4. 11. 2000, CETS No.: 177.

Za razliku od teksta Konvencije iz 1950. godine, u preambuli Protokola br. 12 uz Konvenciju države članice Vijeća Europe pozvale su se na “temeljno načelo prema kojemu su sve osobe jednake pred zakonom (*equal before the law*) i imaju pravo na jednaku pravnu zaštitu (*equal protection of the law*)”. Nadalje, od dana stupanja na snagu Protokola br. 12 uz Konvenciju (1. travnja 2005.) zabrana diskriminacije odnosi se i na zabranu diskriminacije u uživanju prava i sloboda zaštićenih samom Konvencijom (članak 14. Konvencije), ali i na zabranu diskriminacije u uživanju svih prava priznatih nacionalnim zakonima država ugovornica (članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju).

Prema tome, za razliku od članka 14. Konvencije koji zabranjuje diskriminaciju u uživanju prava i sloboda priznatih u samoj Konvenciji, članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju “samostalna” je odredba (*‘free standing’ provision*) koja zabranjuje da javna vlast diskriminira bilo koga “u uživanju svih prava određenih zakonom” na bilo kojoj diskriminatornoj osnovi.

Članak 14. Konvencije i članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju trebaju se promatrati kao komplementarni mehanizmi konvencijske zaštite u području zabrane diskriminacije odnosno oni koji se međusobno ne isključuju, nego postoje istodobno i uzajamno se upotpunjuju.

Gomien smatra da Protokol br. 12 uz Konvenciju uvodi ideju “da države mogu pozitivno djelovati radi promicanja pune i djelotvorne jednakosti u odgovarajućim okolnostima, a da ne povrijede zabranu diskriminacije.”<sup>13</sup>

Članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju glasi:

#### “Članak 1.

#### OPĆA ZABRANA DISKRIMINACIJE

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

2. Nitko ne smije biti diskriminiran od javnih tijela na bilo kojoj osnovi kako je navedeno u stavku 1.”<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Gomien, Donna: *Europska konvencija o ljudskim pravima - priručnik*. Hrvatsko izdanje / prijevod s engleskoga: Barić, Grbić, Crnić-Grotić, Marochini, Matulović / Edicija Magna. Zadar: Naklada d.o.o. - Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2007. (Naslov izvornika: *Short Guide to the European Convention of Human Rights, 3<sup>rd</sup> Edition*), 245.

<sup>14</sup> Članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju, pod naslovom “General Prohibition of Discrimination” u izvorniku na engleskom jeziku glasi: “1 The enjoyment of any right set forth



U pratećem izvješću s objašnjenjima uz Protokol br. 12 navedeno je da članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju osigurava zaštitu od diskriminacije u sljedećim slučajevima:

- 1) u uživanju svakog prava koje je izrijeком priznato pojedincu u domaćem zakonodavstvu države ugovornice,
- 2) u uživanju prava koje može izvirati iz neke jasne obveze javne vlasti po domaćem pravu, kad je javna vlast obvezna po nacionalnom pravu ponašati se na određeni način,
- 3) kad javna vlast ima diskrecijsko pravo odlučivanja (primjerice, kad odobrava subvencije),
- 4) kod bilo kojega drugog činjenja ili nečinjenja javne vlasti (primjerice, kad pripadnici snaga reda kontroliraju nemire).

Diskriminatorne osnove navedene u članku 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju istovjetne su onima iz članka 14. Konvencije.<sup>15</sup> I one su navedene egzemplifikativno. Isto tako, ni članak 14. Konvencije ni članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju ne sadrže preciznu definiciju diskriminacije. Njezino značenje i opseg u smislu Konvencije tumači Europski sud u svojoj praksi.

Za razliku od članka 14. Konvencije koji obvezuje svih 47 država ugovornica, Protokol br. 12 uz Konvenciju obvezuje samo one države ugovornice koje su ga ratificirale. Do 1. rujna 2009. taj je protokol ratificiralo samo 17 od ukupno 47 država ugovornica, a još ga je 20 potpisalo, ali nije ratificiralo. Bugarska, Danska, Francuska, Litva, Malta, Monako, Poljska, Švedska, Švicarska i Ujedinjeno Kraljevstvo taj protokol do danas nisu ni potpisale.

Prema tome, 30 država ugovornica na dan 1. rujna 2009. i dalje obvezuje samo članak 14. Konvencije odnosno zabrana diskriminacije samo u odnosu na uživanje prava i sloboda priznatih u izvornom tekstu Konvencije iz 1950. i pripadajućim joj protokolima koji su na snazi, ali ne i onih prava i sloboda

---

by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. 2 No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.”

<sup>15</sup> Nedosljednost službenih prijevoda međunarodnih ugovora na hrvatski jezik razvidna je u prijevodima diskriminatornih osnova u članku 14. Konvencije i članku 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju. Iako je riječ o istovjetnom engleskom tekstu, u službenom hrvatskom prijevodu članka 14. Konvencije engleski izrazi “religion” i “social origin” prevode se kao “vjeroispovijed” odnosno “socijalno podrijetlo”, a u službenom prijevodu članka 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju kao “vjera” odnosno “društveno podrijetlo”.

priznatih u njihovu nacionalnom zakonodavstvu izvan kruga onih konvencijskih.

Zasad ne postoji relevantna sudska praksa Europskoga suda u primjeni Protokola br. 12 uz Konvenciju.

Europski je sud u odnosu na članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju do 1. rujna 2009. donio 11 odluka o nedopuštenosti zahtjeva, odnosno o brisanju predmeta sa sudske liste, ne ulazeći ni u jednoj u bilo kakvo razmatranje značenja i domašaja tog članka.<sup>16</sup> Taj ga sud dosada nije podrobnije razmatrao ni u presudama donesenim u predmetima u kojima su se podnositelji pozvali na taj članak i u kojima je meritorno odlučivao o navodnim povredama pojedinih drugih konvencijskih prava.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Među odlukama o nedopuštenosti zahtjeva u kojima su se podnositelji pozvali na članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju dvije su iz Republike Hrvatske. U odluci *Dabić protiv Hrvatske* od 4. rujna 2008. (zahtjev br. 37849/05) zahtjev je brisan sa sudske liste jer je podnositelj s Republikom Hrvatskom postigao prijateljsko rješenje. U odluci *Trifunović protiv Hrvatske* od 6. studenoga 2008. (zahtjev br. 34162/06) riječ je bila o podnositeljici koja se, pozivajući se na članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju, žalila da je bila diskriminirana u uživanju svoga stanarskog prava i u svom pravu da otkupi taj stan na osnovi toga što je bila supruga osobe koja je osuđena za ratni zločin. Zahtjev je proglašen nedopuštenim zbog njegove nesuglasnosti s Konvencijom *ratione temporis*. Naime, navodno se miješanje u navedena prava moglo dogoditi samo u trenutku kad je sudska odluka o oduzimanju stanarskog prava postala *res judicata*. To se dogodilo u svibnju 2002., a Protokol br. 12 uz Konvenciju stupio je na snagu tek 1. travnja 2005.

<sup>17</sup> Među presudama u predmetima u kojima su se podnositelji zahtjeva pozvali i na povredu članka 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju nalazi se i presuda u predmetu *Ismeta Bačić protiv Hrvatske* (2008.). Na prigovore podnositeljice da je u njezinu slučaju povrijeđen članak 14. Konvencije i članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju, Europski je sud u presudi odgovorio da "u svjetlu svih materijala koje posjeduje i u mjeri u kojoj su pitanja na koja se (podnositeljica) žali u njegovoj nadležnosti, Sud smatra da ovaj dio zahtjeva ne iznosi na vidjelo nikakvu pojavu povrede nijednog od gornjih članaka Konvencije. Slijedi da su ti prigovori nedopušteni na temelju članka 35. stavka 3. kao očito neosnovani (*manifestly ill-founded*) i moraju biti odbačeni u skladu s člankom 35. stavkom 4. Konvencije." (§ 38. presude) Čini se da je u odnosu na članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju za sada izazvala veću pažnju samo najnovija presuda Europskog suda u predmetu *Stojanović protiv Srbije* (2009.), u kojemu je podnositelja zastupao Beogradski centar za ljudska prava. U tom je slučaju riječ bila o zatvoreniku u KPD u Nišu čije se zdravstveno stanje tijekom godina dramatično pogoršavalo. Iako je izgubio sve zube, država mu nije osigurala besplatnu zubnu protezu sve do lipnja 2007., gotovo tri godine nakon podnošenja zahtjeva Europskom sudu. Europski je sud u presudi utvrdio povredu članka 8. Konvencije u odnosu na čitanje podnositeljeve prepiske od zatvorskih vlasti. Međutim, dio prigovora vezanih uz navodno uskraćivanje

## 2.4. Članak 14. Ustava Republike Hrvatske

U Republici Hrvatskoj načelo jednakosti i zabrana diskriminacije sadržani su u članku 14. Ustava. Zabrana diskriminacije ima opće značenje i nije ograničena samo na uživanje prava i sloboda koje su priznate samim Ustavom. Utoliko je članak 14. hrvatskog Ustava bliži članku 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju. Članak 14. Ustava glasi:

### “Članak 14.

Svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama.

Svi su pred zakonom jednaki.”

Diskriminatorne ustavne osnove slične su onima iz članka 14. Konvencije i članka 1. Protokola broj 12 uz Konvenciju. One se razlikuju samo u pojedinstima. Primjerice, zabrana diskriminacije na temelju “pripadnosti nacionalnoj manjini” izrijekom je spomenuta u članku 14. Konvencije i članku 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju, ali u hrvatskom Ustavu nije navedena. Suprotno tome, članak 14. hrvatskog Ustava izrijekom spominje “naobrazbu” i “društveni položaj”, osnove diskriminatorne koje nisu navedene u konvencijskom tekstu.

---

podnositelju besplatne zubne proteze Europski je sud brisao iz predmeta (*struck out of the case*). Utvrdio je da su svi ti prigovori riješeni trenutkom kad je podnositelju ona napravljena. U izdvojenom mišljenju djelomično suprotnom presudi sudac Zagrebelsky nije se složio sa stajalištem da je predmet riješen samom činjenicom što je navodna povreda članka 3. prestala te je istaknuo sljedeće: “... duboko sam zabrinut presudom koja ustanovljava takav presedan u praksi Suda vezanoj uz članak 3. Štoviše, lako se može zamisliti vjerojatan razvoj i primjena tog novog presedana, koja se može proširiti na širi raspon konvencijskih povreda kao što su ozbiljne povrede članka 3. ili članka 5. i tako dalje. Uljudno sugeriram da ova presuda ne bi trebala ustanoviti presedan u praksi Suda.” Beogradski centar za ljudska prava najavio je podnošenje zahtjeva za preispitivanje presude pred Velikim vijećem Evropskoga suda, istodobno ističući da je Europski sud “propustio da se u ovom slučaju ozbiljnije pozabavi pitanjem primene člana 1 Protokola 12 i time da doprinos razvoju sudske prakse u vezi sa ovim članom, koja praktično i ne postoji.” Usp. Evropski sud za ljudska prava ponovo utvrdio kršenje ljudskih prava u Srbiji - slučaj Stojanović, 27. 5. 2009., Beogradski centar za ljudska prava, URL: [http://bgcentar.placebo.co.yu/details\\_sr/index/1371](http://bgcentar.placebo.co.yu/details_sr/index/1371) (pristup: 25. kolovoza 2009.)

Te razlike nemaju supstancijalno ustavno značenje, budući da su diskriminatorne osnove i u hrvatskom Ustavu, kao i u članku 14. Konvencije i članku 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju, navedene egzemplifikativno.

Hrvatski Ustav, slično kao i Konvencija i Protokol br. 12 uz Konvenciju, ne definira diskriminaciju.

Određenje diskriminacije, kao i druge moguće diskriminatorne osnove u hrvatskom su pravu sadržane u ZSD-u.

### *2.4.1. Hrvatski Zakon o suzbijanju diskriminacije*

#### 2.4.1.1. Legalna definicija diskriminacije

Za razliku od hrvatskog Ustava te Konvencije i Protokola br. 12 uz Konvenciju, hrvatski ZSD sadrži legalnu definiciju diskriminacije. Njezina opća definicija sadržana je u članku 1. stavcima 2. i 3. ZSD-a:

“(2) Diskriminacijom u smislu ovoga Zakona smatra se stavljanje u nepovoljniji položaj bilo koje osobe po osnovi iz stavka 1. ovoga članka, kao i osobe povezane s njom rodbinskim ili drugim vezama.

(3) Diskriminacijom se smatra i stavljanje neke osobe u nepovoljniji položaj na temelju pogrešne predodžbe o postojanju osnove za diskriminaciju iz stavka 1. ovoga članka.”

Osim općeg određenja, hrvatski zakonodavac diskriminacijom smatra i “poticanje na diskriminaciju, ako je počinjeno s namjerom” (članak 4. stavak 1.), ali i segregaciju koja u smislu ZSD-a predstavlja “prisilno i sustavno razdvajanje osoba” po nekoj od diskriminatornih osnova propisanih ZSD-om (članak 5.).<sup>18</sup>

Nadalje, hrvatski zakonodavac razlikuje stupnjeve diskriminacije po njihovoj težini. Težim oblikom diskriminacije u smislu ZSD-a smatra se diskriminacija počinjena prema određenoj osobi po više diskriminatornih osnova (višestruka

---

<sup>18</sup> ZSD sadrži i legalne definicije diskriminacije određenih ranjivih skupina. Tako diskriminacijom smatra “i propust da se osobama s invaliditetom, sukladno njihovim specifičnim potrebama, omogući: - korištenje javno dostupnih resursa, - sudjelovanje u javnom i društvenom životu, - pristup radnom mjestu i odgovarajući uvjeti rada, prilagodbom infrastrukture i prostora, korištenjem opreme i na drugi način koji nije nerazmjern teret za onoga tko je to dužan omogućiti.” (Članak 4. stavak 2.)

diskriminacija), diskriminacija počinjena više puta (ponovljena diskriminacija), koja je počinjena kroz dulje vrijeme (produljena diskriminacija) ili koja posljedica posebno teško pogađa žrtvu diskriminacije. Razlike su relevantne, jer postoji obveza nadležnoga domaćeg suda da vodi računa o tim okolnostima pri utvrđivanju visine naknade neimovinske štete te pri odmjeravanju kazne za prekršaje utvrđene ZSD-om (članak 6. ZSD-a).

#### 2.4.1.2. Zakonske diskriminatorne osnove

ZSD u prvoj odredbi određuje predmet zaštite od diskriminacije i diskriminatorne osnove:

##### “Članak 1.

(1) Ovim se Zakonom osigurava zaštita i promicanje jednakosti kao najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske, stvaraju se pretpostavke za ostvarivanje jednakih mogućnosti i uređuje zaštita od diskriminacije na osnovi rase ili etničke pripadnosti ili boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovnog stanja, članstva u sindikatu, obrazovanja, društvenog položaja, bračnog ili obiteljskog statusa, dobi, zdravstvenog stanja, invaliditeta, genetskog naslijeđa, rodnog identiteta, izražavanja ili spolne orijentacije.”

Uz ustavne diskriminatorne osnove, hrvatski zakonodavac proglašava takvima i članstvo u sindikatu, bračni ili obiteljski status, dob, zdravstveno stanje, invaliditet, genetsko naslijeđe, rodni identitet te izražavanje spolne orijentacije ili samu spolnu orijentaciju.

Nacionalni je zakonodavac diskriminatorne osnove naveo taksativno. Odbir te zakonske tehnike mora se smatrati propustom, jer se pregledom “drugih diskriminatornih osnova” koje je dosada utvrdio Europski sud u svojoj praksi odmah uočava da je taksativno navedena lista tih osnova u hrvatskom ZSD-u manjkava. Nedostaje, primjerice, državljanstvo, koje se u hrvatskom jeziku, ali i u domaćem pravu, razlikuje od “nacionalnog podrijetla” u smislu članka 14. stavka 1. Ustava. Nedostaje, primjerice, i profesionalni status, ali i vojni status kao moguća zabranjena osnova.

Iako navedeni propust nema supstancijalno značenje ni u ustavnom ni u zakonskom smislu, budući da odredba o “drugim okolnostima”, sadržana

u članku 14. stavku 1. Ustava, upućuje na otvorenu listu mogućih diskriminatorskih osnova neovisno o njihovu zakonskom određenju, na taj je propust potrebno ukazati radi njegova eventualnog ispravljanja u budućnosti.

Rad se u nastavku ograničuje na razmatranje i obradu prakse Europskoga suda u primjeni i tumačenju članka 14. Konvencije. Ta je praksa iznimno važna, jer se smatra putokazom za rješavanje svih sudskih sporova vezanih uz diskriminaciju pred domaćim sudovima. Štoviše, riječ je o međunarodnoj obvezi domaćih sudova da rješavanje sporova vezanih uz diskriminaciju usklade s praksom Europskoga suda.

### 3. ČLANAK 14. KONVENCIJE

#### 3.1. Nesamostalna pravna egzistencija članka 14. Konvencije

Članak 14. Konvencije nema samostalnu egzistenciju (*non-independent existence*): ne postoji pravna mogućnost da u postupku pred Europskim sudom u konkretnom slučaju bude utvrđena samostalna povreda članka 14. Konvencije, odnosno samostalna povreda zabrane diskriminacije.

Svrha je članka 14. Konvencije da se pojedinci zaštite od diskriminacije u uživanju (samostalnih) materijalnih ili supstancijalnih prava zajamčenih odredbama Konvencije i pripadajućih joj protokola. Zabrana diskriminacije u smislu članka 14. stoga se ne može smatrati ni zasebnim (samostalnim) materijalnim ili supstancijalnim konvencijskim pravom. Ona ima instrumentalni karakter, jer se područje njezine primjene proteže odnosno ograničeno je na materijalna konvencijska prava uređena u člancima 2. - 13. Konvencije i u mjerodavnim odredbama pripadajućih joj protokola, u smislu u kojem ih je protumačio Europski sud. U literaturi se ono naziva i "akcesornim pravom" (*accessory right*) na jednakost u uživanju supstancijalnih prava i sloboda zajamčenih Konvencijom.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Non-Discrimination in International Law. A Handbook for Practitioners, ed. Kevin Kitching, INTERIGHTS - The International Centre for the Legal Protection of Human Rights, London, January 2005, 25.; Morawa H.E., Alexander: The Concept of Non-Discrimination: An Introductory Comment, JEMIE - Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe, Issue 3/2002, 1, URL: [http://www.ecmi.de/jemie/download/Focus3-2002\\_Morawa.pdf](http://www.ecmi.de/jemie/download/Focus3-2002_Morawa.pdf) (pristup: 20. kolovoza 2009.).

U presudi *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (1985.) Europski je sud ponovio svoje ustaljeno stajalište o značenju i dosegu članka 14. Konvencije:

“71. Prema utvrđenoj sudskoj praksi Suda, članak 14. dopunjuje ostale materijalne odredbe Konvencije i protokola. On ne postoji samostalno, budući da ima učinak jedino u vezi s ‘uživanjem prava i sloboda’ zajamčenih tim odredbama. Iako primjena članka 14. nužno ne pretpostavlja povredu tih odredbi - i do te je mjere (on) samostalan - ne može biti prostora za njegovu primjenu, osim ako činjenice o kojima je riječ ne potpadaju pod djelokrug jedne ili više potonjih (...).”

Podrobnije obrazloženje djelokruga članka 14. Konvencije Veliko je vijeće Europskoga suda dalo u presudi *E. B. protiv Francuske* (2008.), utvrđujući:

“47. ... Primjena članka 14. ne pretpostavlja nužno povredu nekog materijalnog prava zaštićenog Konvencijom. Potrebno je, ali je ujedno i dovoljno da činjenice slučaja padnu ‘unutar okvira’ (*‘within the ambit’*) jednog ili više članaka Konvencije (...).

48. Zabrana diskriminacije zajamčena člankom 14., prema tome, proteže se preko uživanja prava i sloboda za koje Konvencija i pripadajući protokoli zahtijevaju da ih osigura svaka država. On se također primjenjuje na ona dopunska prava (*additional rights*) koja je država dobrovoljno odlučila osigurati, a koja padaju unutar općeg okvira bilo kojeg članka Konvencije.”

Konačno, Europski je sud u predmetu *Schmidt i Dahlström protiv Švedske* (1976.) zaključio da je postojanje vrlo slabe i tanke veze između članka 14. Konvencije i nekoga materijalnog prava koje proizlazi iz Konvencije dovoljno da bi se aktivirale odredbe članka 14. protiv diskriminacije. Navedeni se predmet odnosio na određeni broj štetnih i represivnih mjera prema članovima sindikata koje su poduzete nakon što su oni proveli štrajk. Osporene mjere - među njima i retroaktivno smanjenje plaća - same po sebi nisu konstituirale povredu nijednog materijalnoga konvencijskog prava. Ipak, Europski je sud zaključio da su te mjere bile *u vezi* s člankom 11. Konvencije odnosno s pravom sindikata da štiti interese svojih članova i da je potpuno legitimno u okolnostima konkretnog slučaja razmotriti pitanje diskriminacije (§ 39. presude).

Ograničenje područja primjene članka 14. Konvencije na materijalna prava koja su zaštićena Konvencijom i protokolima u smislu u kojem ih tumači Eu-

ropski sud ujedno pokazuje ograničeni domašaj zabrane diskriminacije: ako okolnosti konkretnog slučaja izlaze izvan okvira nekoga konvencijskog prava, protumačenog u skladu s praksom Europskoga suda, onda ne postoji ni mogućnost pozivanja na članak 14. Konvencije.

### 3.2. Aspekt autonomnosti članka 14. Konvencije

Ipak, postoji jedan aspekt autonomnosti članka 14. Konvencije. On se sastoji u sljedećem: Europski sud priznaje povredu članka 14. Konvencije (uvijek u vezi s određenim člankom Konvencije koji uređuje materijalno konvencijsko pravo) i u situaciji kad ne nađe povredu samoga tog članka.

Drugim riječima, članak 14. Konvencije ima autonomnu narav utoliko što Europski sud može zaključiti da je država ispunila svoje obveze poštovanja jednog od materijalnih konvencijskih prava relevantnih za konkretan predmet (pa će u tom slučaju utvrditi da ga tužena država nije povrijedila), ali da je istodobno povrijedila članak 14. u vezi s tim istim materijalnim konvencijskim pravom.

U presudi *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (1985.) Europski sud to je pravilo formulirao ovako: članak 14. Konvencije autonoman je “do mjere do koje primjena članka 14. nužno ne pretpostavlja povredu” materijalnih konvencijskih odredbi (§ 72. presude).

Europski je sud ujedno odbacio tezu da ne može doći do povrede članka 14. Konvencije kad se prethodno već utvrdi da je u konkretnom slučaju povrijeđen neki članak Konvencije koji sadrži materijalno konvencijsko pravo. Kad bi se prihvatio takav pristup, ističe Europski sud, povrede članaka Konvencije koji sadrže materijalna konvencijska prava uzdigle bi se iznad bilo kojeg prigovora o učinjenoj diskriminaciji.

Zaključno, u konkretnom slučaju može biti kumulativno utvrđena (na primjerima članaka 3. i 8. Konvencije):

- zasebna povreda članka 3. Konvencije koji sadrži zabranu mučenja, i
- povreda članka 14. Konvencije u vezi s člankom 3. Konvencije (Europski se sud služi kraticom: povreda čl. 14+3), i
- povreda članka 14. Konvencije u vezi s nekim drugim člankom koji sadrži određeno materijalno konvencijsko pravo, a da ono samo nije povrijeđeno (primjerice, povreda članka 14. u vezi s pravom na poštovanje privatnog života iz članka 8. Konvencije; skraćeno: povreda čl. 14+8).



### 3.2.1. Belgijski jezični slučaj (1968.)

Pravilo o toj specifičnoj autonomnosti članka 14. Konvencije prvi je put postavljeno u slučaju *“koji se odnosi na određene aspekte zakona o uporabi jezika u obrazovanju u Belgiji” (meritum)* iz 1968. (u daljnjem tekstu: Belgijski jezični slučaj).

U tom je predmetu šest skupina podnositelja tvrdilo da različiti aspekti belgijskog zakonodavstva kojima se uređuje uporaba jezika u školskoj nastavi nisu u skladu s Konvencijom. Podnositelji zahtjeva, frankofoni, državljani flamanškog dijela Belgije i stanovnici predgrađa Bruxellesa željeli su da njihova djeca budu obrazovana na francuskom jeziku. Europski je sud zaključio da članak 2. Protokola br. 1 uz Konvenciju ne sadrži pravo učenika da im se u školi predaje na jeziku koji izaberu njihovi roditelji i u tom je dijelu zahtjev podnositelja utvrdio neosnovanim. Budući da članak 2. Konvencije nije bio povrijeđen, tužena je država tvrdila da onda na konkretan slučaj nije primjenjiv ni članak 14. Konvencije. Europski je sud, međutim, zaključio da je u tom slučaju moglo doći do povrede članka 14. Konvencije ako se on sagledava u vezi s člankom 2. Protokola br. 1 uz Konvenciju, iako sam članak 2. Protokola nije povrijeđen.

Europski je sud to svoje stajalište ilustrirao na primjeru apelacijskih (žalbenih) sudova. Članak 6. Konvencije koji uređuje pravo na pošteno suđenje ne nalaže državama ugovornicama da uvedu sustav apelacijskih sudova. Takav bi zahtjev prelazio djelokrug Konvencije. Međutim, država ugovornica povrijedila bi članak 14. Konvencije u vezi s člankom 6. Konvencije ako bi svojevrijedno osnovala sustav apelacijskih sudova, a nakon toga pristup tim sudovima nekim osobama omogućila, a drugim osobama istodobno uskratila. U danom slučaju, belgijsko zakonodavstvo povrijedilo je članak 14. Konvencije u vezi s člankom 2. Protokola br. 1 uz Konvenciju, stoga što je spriječilo da neka djeca, isključivo zbog mjesta stanovanja svojih roditelja, imaju pristup školama - u kojima se nastava održava na francuskom jeziku - u izvjesnim općinama u predgrađu Bruxellesa. Zakon je propisao da je jezik kojim se predaje u tim općinama nizozemski, ali da postoji obveza otvaranja razrednih odjeljenja u kojima se nastava održava na francuskom jeziku u predškolskom uzrastu i u prvim razredima osnovne škole ako to zatraži barem 16 obitelji. Međutim, ta zakonska mogućnost nije bila na raspolaganju djeci čiji su roditelji stanovali izvan dotičnih općina, iako u općinama u kojima su oni stanovali uopće nije bilo škola u kojima se nastava održavala na francuskom. S druge strane, u razredna odjeljenja u kojima se nastava održavala na nizozemskom jeziku mogla su biti

upisana sva djeca, neovisno o mjestu stanovanja njihovih roditelja. Europski je sud zaključio da takvo različito postupanje ne može biti opravdano u smislu članka 14. Konvencije.

Sažeto, Europski je sud presudio da iako pravo na obrazovanje iz članka 2. Protokola br. 1 uz Konvenciju jest osigurano za svu djecu u Belgiji, zabrana učenicima koji govore francuski da idu u školu na francuskom jeziku u predgrađu Bruxellesa samo na osnovi mjesta stanovanja njihovih roditelja, dok takva zabrana nije postojala za djecu iz flamanske zajednice koja govore flamanski - zabranjen je oblik diskriminacije.

U Belgijskom jezičnom slučaju, dakle, nije utvrđena samostalna povreda članka 2. Protokola br. 1 uz Konvenciju (Europski se sud služi kraticom: nema povrede P1-2), ali je utvrđena povreda članka 14. u vezi s tim istim člankom Konvencije (Europski se sud služi kraticom: povreda 14+P1-2), jer razlikovanje koje su učinile belgijske vlasti nije "položilo" test opravdanosti (*justification test*).

### 3.3. Supsidijarnost članka 14. Konvencije

Ispitivanje navodne povrede članka 14. Konvencije u vezi s nekim materijalnim konvencijskim pravom u praksi Europskog suda u pravilu slijedi tek nakon što taj sud prvo ispita je li povrijeđen članak Konvencije koji sadrži dotično materijalno konvencijsko pravo.

Ako utvrdi da je povrijeđen, primjerice, članak 11. Konvencije koji sadrži materijalno konvencijsko pravo (pravo na slobodu okupljanja i udruživanja), Europski sud ne razmatra uvijek i navode o povredi članka 14. u vezi s člankom 11. Konvencije za koji je već prethodno utvrdio da je povrijeđen.

Primjerice, u predmetu *Dudgeon protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (1981.) Europski je sud presudio da je kriminalizacija privatnih homoseksualnih odnosa odraslih muškaraca povreda članka 8. Konvencije. Europski je sud na toj osnovi zaključio da ga odluka o povredi članka 8. oslobađa potrebe da donosi presudu i o prigovorima koje je podnositelj zahtjeva iznio u vezi s člankom 14. Konvencije. Utvrdio je da se navodi podnositelja odnose na iste prigovore, samo sagledane iz drugačijeg ugla, tako da nema "nikakve pravne svrhe" da se o tome donosi posebna odluka (§§ 67. - 70. presude).

Takvo je svoje postupanje Europski sud u presudi *Airey protiv Irske* (1979.) opisao kao posljedicu supsidijarne naravi članka 14. Konvencije.

U kojim slučajevima Europski sud ipak nastavlja ispitivati i navodnu povredu članka 14. Konvencije u vezi s člankom, koji sadrži materijalno konvencijsko pravo, za koji je već prethodno utvrdio da je povrijeđen?

### 3.3.1. Mjerilo “fundamentalnog aspekta slučaja”

Čini se da Europski sud ispituje navodnu povredu članka 14. Konvencije u vezi s nekim člankom koji sadrži materijalno konvencijsko pravo samo ako postoji “jasna nejednakost u postupanju (*treatment*) kod uživanja prava o kojemu je riječ”, jer je to “fundamentalni aspekt, dotičnog slučaja”, kao što je to izrekao u presudi *Airey protiv Irske* (1979.).

Konkretno, u slučaju *Marckx protiv Belgije* (1979.) Europski je sud prvi put utvrdio da je moguće pronaći, uz povredu temeljnog prava, i zasebnu povredu tog prava u vezi s člankom 14. Konvencije. U kasnijim je slučajevima Europski sud potvrdio da - unatoč pravilu da utvrđivanje povrede temeljnog prava čini suvišnim razmatranje slučaja i prema članku 14. Konvencije - ono će ipak biti potrebno ako je jasno da je razlika u postupanju u odnosu na povrijeđeno pravo fundamentalni aspekt slučaja.<sup>20</sup>

Je li u nekom predmetu “očita nejednakost u postupanju” njegov fundamentalni aspekt, ocjenjuje Europski sud od slučaja do slučaja.

Kriterij “fundamentalnog aspekta slučaja” podrobno je obrazložen u presudi *Airey protiv Irske* (1979.) zajedno sa supsidijarnom naravi članka 14. Konvencije. U tom su predmetu činjenice bile sljedeće: podnositeljica se 1953. godine udala i ima četvoro djece od kojih je u vrijeme donošenja presude Europskoga suda najmlađe još uvijek uzdržavala. U lipnju 1972. njezin suprug, koji je ranije te godine osuđen na novčanu kaznu zbog toga što je napao podnositeljicu, napustio je njihov dom i više se nije vratio. U Irskoj nije postojao razvod braka u uobičajenom pravnom smislu, jer je bio Ustavom zabranjen. Supružnici su se, međutim, mogli osloboditi dužnosti zajedničkog života sporazumom o rastavi ili dekretom o sudskoj rastavi (“rastava od stola i postelje”) koji je mogao donijeti samo viši sud. Podnositeljica je osam godina bez uspjeha pokušavala nagovoriti svog supruga da potpiše sporazum o rastavi. U lipnju 1972. ona je odlučila pokušati ishoditi dekret o sudskoj rastavi, na temelju činjenice da je njezin su-

<sup>20</sup> Usp. Batistić Kos, Vesna: *Mjerila Europskog suda za ljudska prava za učinkovitu istragu zlostavljanja motiviranog rasnom diskriminacijom* (slučaj Šečić protiv Republike Hrvatske), Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15 (2008.), broj 1, 75.

prug tjelesno i psihički mučio i nju i njihovu djecu. Tim povodom savjetovala se s više odvjetnika, ali nijedan od njih nije bio voljan na zastupanje. Naime, podnositeljica nije imala dovoljno sredstava da sama plati troškove sudskog postupka, a u Irskoj nije postojala besplatna pravna pomoć u slučajevima kad se traži sudska rastava braka.

Europski je sud u presudi *Airey* utvrdio povredu prava na pristup sudu (članak 6. stavak 1. Konvencije), ali i prava na poštovanje osobnog i obiteljskog života (članak 8. Konvencije), pri čemu je istaknuo i sljedeće: "... Djelotvorno poštovanje privatnog ili obiteljskog života obvezuje Irsku da učini ta pravna sredstva zaštite stvarno pristupačnima, kad je to primjereno, svakome koji želi imati tu zaštitu. Međutim, ono nije bilo stvarno dostupno podnositeljici: ne nalazeći se u položaju u kojem bi se mogla obratiti višem sudu ... ona je bila onemogućena da zatraži pravno priznanje njezine *de facto* rastave od supruga. Ona je stoga bila žrtva povrede članka 8. ..." (§ 33. presude). Nadalje, Europski je sud zaključio da ne mora odlučivati i o navodnoj povredi članka 14. u vezi s člankom 6. stavkom 1. Konvencije (čl. 14+6-1), uz sljedeće obrazloženje:

"30. Članak 14. ... ne postoji neovisno; on konstituirá jedan konkretan element (zabranu diskriminacije) svakog pojedinačnog prava zajamčenog Konvencijom (...) članci kojima se jamče ta prava mogu biti povrijeđeni zasebno i/ili u vezi s člankom 14. Ako Sud ne utvrdi odvojenu povredu jednog od tih članaka na koje se podnositelj pozvao zasebno i u vezi s člankom 14. ..., onda on mora ispitati predmet i sa stajališta posljednjeg članka (čl. 14.). S druge strane, takvo ispitivanje općenito se ne zahtijeva kad Sud utvrdi povredu prethodnog članka (čl. 6-1) zasebno. Situacija je drugačija ako jasna nejednakost u postupanju kod uživanju prava o kojemu je riječ jest fundamentalni aspekt slučaja, ali to se ne primjenjuje na povredu članka 6. stavka 1. ... koja je utvrđena u ovom postupku; sukladno tome, Sud ne nalazi potrebnim ispitati predmet i po članku 14. ..."

Za razliku od slučaja *Airey*, u slučaju *Katolička crkva u Kaneji protiv Grčke* (1999.) Europski je sud ispitao i navodnu povredu članka 14. u vezi s člankom 6. stavkom 1. Konvencije nakon što je prethodno već utvrdio samostalnu povredu članka 6. stavka 1. Konvencije.

Riječ je bila o rimokatoličkoj crkvi Djevice Marije (*Tis Panagias*) u Kaneji na Kreti. Katedrala je izgrađena u 13. stoljeću, a u njoj su se neprekidno održavali obredi do 1879. godine. U lipnju 1987. dvojica muškaraca koji su živjeli u blizini crkve demolirali su jednu od zidina koja ju je okruživala. Katoličkoj crkvi bilo

je onemogućeno pokrenuti sudski postupak jer su grčki građanski sudovi odbili priznati joj pravnu osobnost. Ispitivanje povrede članka 14. u vezi s člankom 6. stavkom 1. Konvencije Europski je sud objasnio na sljedeći način:

“47. Nije na Sudu da odlučuje o pitanju bi li crkvi podnositeljici zahtjeva više odgovarala pravna osobnost javnog pravna ili pravna osobnost privatnog prava niti da ohrabruje tu crkvu ili grčku vladu na poduzimanje koraka kako bi (crkva) dobila jednu odnosno drugu (pravnu osobnost). Sud ne čini ništa drugo nego primjećuje da je crkva podnositeljica zahtjeva, koja posjeduje svoje zemljište i građevinske objekte, bila spriječena pokrenuti pravni postupak da bi ih zaštitila, dok Pravoslavna crkva ili Židovska zajednica to mogu činiti radi zaštite svoje vlastite imovine bez bilo kakvih formalnosti ili posebne procedure.

Imajući u vidu svoj zaključak (donesen) na temelju članka 6. stavka 1. Konvencije, Sud smatra da je povrijeđen i članak 14. Konvencije u vezi s člankom 6. stavkom 1., jer nije izneseno nikakvo objektivno ni razumno opravdanje za takvu razliku u postupanju.”

### 3.4. Osnove zabrane diskriminacije iz članka 14. Konvencije

#### 3.4.1. Diskriminatorne osnove izrijeком navedene u članku 14. Konvencije

Već je rečeno da članak 14. Konvencije sadrži popis osnova po kojima je zabranjena diskriminacija.

Izrijeком su navedene sljedeće diskriminatorne osnove: spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina i rođenje.

U nastavku se navode primjeri iz novije prakse Europskoga suda vezani uz diskriminaciju na osnovi spola (članak 14. u vezi s člankom 2. i 3. Konvencije), imovine (članak 14. u vezi s člankom 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju) i rase (članak 14. u vezi s člankom 3. Konvencije).

#### 3.4.1.1. Primjer diskriminacije na osnovi spola

Europski je sud u lipnju 2009. donio prvu presudu koja se izravno bavi nasiljem u obitelji (*domestic violence*), kao rodno zasnovanim nasiljem (*gender-based*

*violence*) i oblikom diskriminacije žena u smislu članka 14. Konvencije.<sup>21</sup> Riječ je o presudi *Opuz protiv Turske* (2009.) koja je iznimno važna, jer je Europski sud dotada odbijao izravno se baviti tim problemom.

Europski je sud u toj presudi istaknuo težinu nasilja u obitelji u Europi, obrazlažući probleme koje stvara “nevidljivost” tih zločina i obrazlažući ozbiljnost s kojom države na njega moraju odgovoriti. Presuda je gotovo u cijelosti zasnovana na međunarodnom i poredbenom pravu, a njezino je temeljno utvrđenje da nasilje u obitelji nije privatni ili obiteljski problem, nego pitanje javnog interesa koje zahtijeva djelotvorno djelovanje države.

Zahtjev Europskom sudu podnijela je Nahida Opuz, kćerka žrtve. Njezin je bivši suprug, a žrtvin zet, Husein Opuz ubio njezinu majku iz vatrenog oružja 2002. godine. On je često zlostavljao obje žene, a u više su navrata obje pretrpjele povrede opasne po život. Usprkos višekratno ponovljenim molbama, nadležne domaće vlasti nisu im dale zaštitu zbog “opće i diskriminatorne pasivnosti pravosuđa” u Turskoj.

Iako je utvrdio postojanje zakonodavstva u Turskoj koje kriminalizira nasilje u obitelji, Europski je sud istaknuo nužnost da se takvi zakoni i primijene u praksi. On je utvrdio da mjerodavno tursko zakonodavstvo nije imalo primjeren zastrašujući učinak koji bi osigurao djelotvorno sprječavanje nasilja nad ženama, a da je postojala i velika pasivnost dijela policije i tužiteljstva pri odgovoru na pritužbe takve vrste.

Europski je sud također zaključio da propust države da zaštiti žene od nasilja u obitelji dovodi do povrede njihova prava na jednaku pravnu zaštitu i da taj propust ne mora biti namjeran (§ 191. presude).

Relevantna stajališta Europskoga suda, sadržana u presudi *Opuz protiv Turske* (2009.), glase:

*“c. Jesu li podnositeljica i njezina majka bile diskriminirane zbog propusta vlasti da osiguraju jednaku pravnu zaštitu?”*

---

<sup>21</sup> Odbor za sprječavanje diskriminacije žena (Committee on the Elimination of Discrimination against Women - CEDAW), neovisno tijelo stručnjaka koje prati primjenu Konvencije o sprječavanju svih oblika diskriminacije žena (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) u svojoj je preporuci br. 19/1992 utvrdilo: “Rodno zasnovano nasilje, koje sprječava ili poništava uživanje ženama ljudskih prava i temeljnih sloboda iz općeg međunarodnog prava ili iz konvencija o ljudskim pravima, jest diskriminacija u smislu članka 1. Konvencije.”, CEDAW, General Recommendation No 19 on violence against women (Eleventh session, 1992), UN Doc A/47/38 (1993) at 1.

199. Sud je ustanovio da kaznenopravni sustav, kako je djelovao u konkretnom slučaju, nije imao primjeren zastrašujući učinak sposoban da osigura djelotvorno sprječavanje nevaljanih pravnih čina H.O.-a protiv osobnog integriteta podnositeljice i njezine majke i da je prema tome povrijedio njihova prava iz članaka 2. i 3. Konvencije.

200. Imajući na umu svoja gornja utvrđenja da opća i diskriminatorna sudska pasivnost u Turskoj, iako nenamjerna, pogađa većinom žene, Sud smatra da se nasilje koje su trpjele podnositeljica i njezina majka može smatrati rodno zasnovanim nasiljem koje je oblik diskriminacije žena. Unatoč reformama koje je provela vlada posljednjih godina, sveobuhvatna ogluha sudskog sustava i nekažnjavanje koje su uživali nasilnici, što je utvrđeno u konkretnom slučaju, ukazuje da je postojala nedovoljna obveza da se poduzme primjerena akcija usmjerena protiv nasilja u obitelji (...).

202. U gornjem svjetlu, Sud zaključuje da je došlo do povrede članka 14. u vezi s člancima 2. i 3. Konvencije, u ovom slučaju.”

Europski je sud naložio turskoj vladi da podnositeljici plati pravičnu naknadu od 30.000 eura za pretrpljenu štetu i 6.500 eura za troškove i izdatke koje je imala u postupku pred Europskim sudom, pri čemu joj je Vijeće Europe prethodno već odobrilo 1.494 eura na ime pravne pomoći.<sup>22</sup>

#### 3.4.1.2. Primjer diskriminacije na osnovi imovine (vlasništva)

Dvije su se recentne presude Velikog vijeća Europskoga suda bavile pitanjem postojanja diskriminacije na osnovi imovine (članak 14. Konvencije u vezi s člankom 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju).

---

<sup>22</sup> Zanimljiv je podatak da je podnositeljčin suprug, ubojica njezine majke, pušten iz zatvora početkom 2008., nakon čega je ona počela zaprimati prijetnje smrću. Europski je sud zatražio od turske vlade očitovanje o tim prijetnjama. U studenome 2008. turska je vlada izvijestila Europski sud da je policija poduzela posebne mjere zaštite podnositeljice od njezina supruga. Konkretno, fotografije i otisci prstiju podnositeljčina supruga distribuirani su svim policijskim stanicama u regiji s nalogom da ga se uhiti pojavi li se u blizini mjesta stanovanja podnositeljice. Policija je nakon toga provela razgovor s podnositeljicom koja je izjavila da “u posljednjih mjesec i pol dana” nije zaprimila prijetnje od supruga.

U slučaju *Burden protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (2008.) podnositeljice su bile dvije sestre, obje neudane, koje su cijeli svoj život živjele zajedno u stabilnom odnosu, potpomažući jedna drugu, u obiteljskoj kući koju su naslijedile od svojih roditelja. Podnositeljice su posjedovale i druge nekretnine. U odnosu na sve njih, podnositeljice su bile u suvlasničkom odnosu. Svaka je sačinila oporuku kojom nakon svoje smrti ostavlja svoj dio imovine drugoj sestri. Podnositeljice su prigovorile pred Europskim sudom da su diskriminirane na osnovi svoje imovine (povreda članka 14. u vezi s člankom 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju), jer kad jedna od njih umre, druga će se suočiti sa značajnom obvezom plaćanja poreza na nasljedstvo (*inheritance tax*), koju obvezu nemaju nasljednici u bračnom odnosu ili u privatnom partnerstvu (*civil partnership*).

Veliko vijeće Europskog suda u konkretnom slučaju nije utvrdilo povredu članka 14. u vezi s člankom 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju, uz sljedeće obrazloženje:

“65. ... kao što ne može biti analogije između bračnih parova i parova po Zakonu o privatnom partnerstvu (*Civil Partnership Act couples*), s jedne strane, i heteroseksualnih i homoseksualnih parova koji odluče živjeti zajedno, ali ne postanu muž i žena (bračni drugovi - op.) ili privatni partneri (*civil partners*), s druge strane (v. *Shackell* ...), odsustvo takvog pravno obvezujućeg sporazuma između podnositeljica zahtjeva čini njihov odnos kohabitacije, usprkos njegovu dugom trajanju, fundamentalno različitim od onog bračnog para ili para u privatnom partnerstvu. Na to stajalište ne utječe činjenica da su ... države članice prihvatile mnoštvo različitih pravila nasljeđivanja između preživjelih iz braka, privatnog partnerstva i ona iz odnosa uže obitelji i da su slično tome prihvatile različite politike prema oslobađanju od poreza na nasljedstvo u odnosu na različite kategorije nasljednika; države su, u načelu, slobodne da stvaraju različita pravila u području porezne politike (*taxation policy*).

66. Zaključno, dakle, veliko vijeće smatra da se podnositeljice, kao sestre suvlasnice, ne mogu uspoređivati radi svrhe članka 14. s bračnim parom ili parom po Zakonu o privatnom partnerstvu. Slijedi da nije bilo diskriminacije i, prema tome, nema povrede članka 14. u vezi s člankom 1. Protokola br. 1.”

Nasuprot tome, u slučaju *Andrejeva protiv Latvije* (2009.) Veliko je vijeće utvrdilo povredu članka 14. u vezi s člankom 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju, to



jest diskriminaciju na osnovi imovine (vlasništva). Riječ je bila o podnositeljici rođenoj u Kazahstanu koja se kao dvanaestogodišnja djevojčica 1954. preselila u Latviju, u kojoj je završila studij i u kojoj se 1973. zaposlila u regionalnoj podružnici sovjetskog Ministarstva kemijske industrije, kojoj je uprava bila u Kijevu (Ukrajina). Poslije je premještena u podružnicu kojoj je poduprava bila u Bjelorusiji, a glavna uprava u okolici Moskve u Rusiji. Njezin je posao podlijegao saveznim zakonima bivšeg SSSR-a i bio je pod ovlašću središnje vlade SSSR-a. Nakon donošenja deklaracije o neovisnosti Latvije 1990. godine podružnica dotadašnjeg ministarstva u kojem je podnositeljica bila zaposlena bila je ukinuta (ona je ostala zaposlenik novoformiranoga gospodarskog subjekta), a nakon stjecanja neovisnosti Latvije 1991. godine podnositeljica je postala bezdržavljanin (apatrid), dobivši u Latviji status "trajno nastanjenog stranca". U rujnu 1993. podnositeljica je proglašena viškom zaposlenika, pa se zaposlila kod drugog poslodavca u Rigi, za kojega je radila sve do umirovljenja 1997. godine. U kolovozu 1997., nakon što je navršila 55 godina života, podnositeljica je odlučila otići u mirovinu, pa je zamolila nadležno mirovinsko tijelo da joj izračuna visinu mirovine. To joj je tijelo odgovorilo da u obračun njezine mirovine, budući da je na dan 1. siječnja 1991. bila nastanjena u Latviji kao stranac (bezdržavljanin), ulazi samo razdoblje njezina rada u Latviji, a da se razdoblje od 1. siječnja 1973. do 21. studenoga 1990. ne može uzeti u obzir jer je bila zaposlenica u tijelima sa sjedištem u Kijevu i Moskvi. Sažeto, priznata joj je mjesečna mirovina od oko 35 eura. Latvijski nacionalni sudovi, sva tri stupnja, odbili su njezin tužbeni zahtjev.

Podnositeljica je u postupku pred Europskim sudom prigovorila da primjena na njezin slučaj članka 1. prijelaznih odredbi Zakona o državnim mirovinama (*State Pensions Act*), koje prave razliku na osnovi državljanstva između onih predviđenih za starosne mirovine, stvara diskriminaciju zabranjenu člankom 14. Konvencije u ostvarenju njezina prava vlasništva iz članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju (§ 58. presude).

Europski je sud potvrdio da "osporena razlika u postupanju postiže najmanje jedan legitiman cilj koji je u velikoj mjeri suglasan s općim ciljevima Konvencije, naime zaštitu gospodarskog sustava zemlje." (§ 86. presude.) Usprkos tome, zaključio je da u svjetlu osobitih okolnosti konkretnog slučaja nije postojao razuman odnos razmjernosti između tog legitimnog cilja i sredstava uporabljenih za njegovo postizanje. Temeljni se razlozi mogu svesti na sljedeće: prvo, nije bilo sporno da je, osim državljanstva, podnositeljica ispunjavala sve ostale zakonske uvjete za starosnu mirovinu na osnovi svih godina svoga

rada. Ona je, prema tome, u tom pitanju bila u objektivno sličnom položaju kao i osobe koje su imale istovjetne ili slične karijere, ali kojima je nakon 1991. priznato latvijsko državljanstvo. Drugo, nije bilo dokaza da je tijekom sovjetske ere bilo ikakvih razlika u postupanju između državljana bivšeg SSSR-a u odnosu na mirovine. Dapače, latvijska vlada nije osporila podnositeljčinu tvrdnju da su sovjetski porezi obuhvaćali sve zaposlenike i da su bili plaćani na jednak način za sve zaposlenike, neovisno o nacionalnom podrijetlu ili mjestu rođenja. Treće, podnositeljica je apatrid pa nije državljanin nijedne zemlje, a samo u Latviji ima status trajno nastanjenog stranca, pa je Latvija jedina država s kojom ona ima bilo kakve stabilne pravne veze i stoga jedina država koja, objektivno, može preuzeti odgovornost za nju u pogledu socijalne zaštite (§ 88. presude). Nadalje, s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, latvijska država ne može biti oslobođena odgovornosti po članku 14. Konvencije na temelju činjenice da nije ili nije bila vezana međudržavnim sporazumom o socijalnoj sigurnosti s Ukrajinom i Rusijom (§ 89. presude). Konačno, Europski sud nije prihvatio vladin argument da bi bilo dovoljno za podnositeljicu da bude primljena u latvijsko državljanstvo naturalizacijom u kojem bi slučaju primala pun iznos mirovine. On je odgovorio:

“91. ... Zabrana diskriminacije zajamčena člankom 14. Konvencije ima smisla samo ako se, u svakom pojedinačnom slučaju, podnositeljeva osobna situacija, u odnosu na mjerila navedena u toj odredbi, uzme u obzir onakva kakva jest. Postupati drugačije odbacujući žrtvine zahtjeve s obrazloženjem da su on ili ona mogli izbjeći diskriminaciju izmjenom jednog od čimbenika o kojima je riječ - primjerice, primitkom u državljanstvo - učinilo bi članak 14. lišenim sadržaja (*devoid of substance*).

92. Uzimajući u obzir navedeno, Sud smatra da je u ovom slučaju došlo do povrede članka 14. Konvencije u vezi s člankom 1. Protokola br. 1.”

#### 3.4.1.3. Primjer diskriminacije na osnovi rase

Jedan od najvažnijih slučajeva u dosadašnjoj praksi Europskoga suda vezan uz povredu članka 14. u vezi s člankom 2. (pravo na život) Konvencije zasigurno je predmet *Nachova i drugi protiv Bugarske*, o kojemu je odlučivalo nadležno prvostupanjsko sudsko vijeće Europskoga suda 2004., a Veliko vijeće Europskoga suda 2005. godine.

Taj se slučaj odnosio na ubojstvo automatskom puškom dvojice nenaoružanih, bezopasnih bjegunaca u gusto naseljenom romskom selu, pri čemu

su postojale naznake mogućega rasnog prizvuka tih kaznenih djela ubojstava. Primjerice, jedan je svjedok u svom iskazu izjavio da je oficir koji je ubio žrtve poslije tog čina izgovorio rasističke uvrede. Međutim, usprkos toj obavijesti i drugim indicijama koje su ukazivale na moguće rasističke motive (kao što je uporaba prekomjerne sile u gusto naseljenom selu) i notornih spoznaja o predrasudama protiv Roma u Bugarskoj, bugarske vlasti nisu provele istragu o mogućim rasističkim motivima ubojstva. Propustile su saslušati navedenog svjedoka, nisu tražile od majora G. koji je žrtve ubio, da objasni zašto je koristio prekomjernu silu, a nisu ispitale ni je li on ranije bio umiješan u slične izgrede odnosno je li bio optuživan za proturuomske osjećaje. Nadležne vlasti oglušile su se i na neke druge relevantne činjenice, a cijelu situaciju je otežalo ponašanje istražitelja i tužitelja koji su zanemarili relevantne činjenice i zaključili istragu, štiteći na taj način majora G. od kaznenog progona.

U presudi *Nachova i drugi protiv Bugarske* (2005.) Veliko je vijeće Europskog suda dalo sljedeću definiciju “rasno motiviranog nasilja”:

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

Praksa Europskoga suda u području rasno motiviranog nasilja izgrađena je tek prije nekoliko godina i gotovo je u cijelosti vezana uz utvrđivanje povreda koje se odnose na diskriminaciju Roma. U tim je predmetima Europski sud modificirao praksu u skladu sa suvremenim trendovima u Europi, uvažavajući osobito pojačanu pažnju koja se pitanju diskriminacije pridaje u državama ugovornicama, novu legislativu na europskoj razini donesenu u tom kontekstu, osobito Direktivu Europske unije 2000/43/EC, provedbu načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o rasnom i etničkom podrijetlu te praksu Europske komisije protiv rasizma i nesnošljivosti (ECRI).

Rasno motivirano zlostavljanje jedna je od najtežih povreda članka 14. u vezi s člankom 3. Konvencije.

Republika Hrvatska susrela se s tom teškom povredom u slučaju *Šečić protiv Hrvatske* (2007.). Ta je presuda načelno važna zbog dva razloga. Prvo, Europski je sud u slučaju *Šečić* sistematizirao svoju dotadašnju praksu u vezi s pozitivnim obvezama država ugovornica u kontekstu povrede članka 3. Konvencije kad se radi o rasno motiviranoj povredi konvencijske zabrane zlostavljanja. Drugo, Europski je sud u toj presudi prvi put utvrdio i tzv. horizontalni aspekt obveze države ugovornice da otkrije rasističke motive nasilja, izražavajući stajalište da su te obveze država ugovornica jednake i kad je rasno motivirano djelo počinila privatna osoba, a ne samo pripadnik državnog aparata sile. Na taj je način Europski sud dopunio dotada utvrđene procesne pozitivne obveze država ugovornica prema članku 14. u odnosu na članak 3. Konvencije i njihovim tzv. horizontalnim učinkom.

Diskriminacijski aspekt slučaja *Šečić* može se sažeti na sljedeće: osim zasebne povrede zabrane ponižavajućeg postupanja prema podnositelju (povreda članka 3. Konvencije), Europski je sud utvrdio i diskriminaciju podnositelja u vezi s postupkom u povodu kaznene prijave protiv nepoznatih počinitelja koju je podnositelj podnio zbog rasno motiviranog zlostavljanja što ga je pretrpio (povreda članka 14. u vezi s postupovnim aspektom članka 3. Konvencije).

Ukratko, podnositelj je prigovorio da i njegovo zlostavljanje i naknadni postupak koji su provele hrvatske vlasti pokazuju da je protiv njega izvršena diskriminacija na temelju njegova etničkog (romskog) podrijetla. Pozvao se na presudu Velikog vijeća *Nachova i drugi protiv Bugarske* (2005.) i na pretpostavku da prigovoru protiv rasističkog nasilja treba pridati najveći stupanj prvenstva, jer je ono osobito destruktivno za temeljna prava.

Vlada je smatrala prigovor podnositelja na temelju članka 14. Konvencije u cijelosti neosnovanim. Tvrđila je da ništa u ponašanju domaćih vlasti ne ukazuje na razliku u postupanju prema podnositelju zahtjeva na temelju njegova romskog podrijetla ili na tendenciju da se prikrije događaj ili ohrabri napad na njegovu štetu. činjenica da još nisu otkriveni počinitelji nije ni u kakvoj vezi s etničkim podrijetlom podnositelja, ali je rezultat objektivnih problema koje su vlasti kaznenog progona imale tijekom postupka. Vlada je tvrdila da u Hrvatskoj ne postoji “problem u sustavu” (*systemic problem*) s kojim bi bilo suočeno romsko stanovništvo,<sup>23</sup> osim njihovih problema integracije u društvo koji su uobičajeni i u drugim državama potpisnicama Konvencije.

---

<sup>23</sup> “Problem u sustavu” razjašnjava se u presudama Europskoga suda u predmetima *Broniowski protiv Poljske* (2004.), *Lukenda protiv Slovenije* (2005.), *Hutten-Czapka protiv Poljske* (2006.) i u najnovijoj presudi *Olaru i drugi protiv Moldavije* (2009.).

Europski je sud i u tom pitanju ustanovio pozitivne obveze za državu, obrazlažući ih na sljedeći način:

“66. Sud podsjeća da kad istražuju izgrede nasilja, državne vlasti imaju dodatnu dužnost poduzeti razumne korake kako bi otkrile svaki rasistički motiv i utvrdile jesu li u tim događajima mogle ulogu odigrati etnička mržnja ili predrasude. Točno je da će u praksi često biti izuzetno teško dokazati rasnu motivaciju. Obveza tužene države da istraži moguće rasističke konotacije nekog čina nasilja znači da ona treba upotrijebiti najbolje, a ne apsolutne napore; vlasti moraju učiniti ono što je razumno u okolnostima slučaja (...).

67. Sud smatra da je navedeno nužno točno i u predmetima kad su postupanje (*treatment*) prema žrtvi protivno članku 3. Konvencije izvršili privatni pojedinci. Tretirati rasno motivirano nasilje i brutalnost isto kao i predmete koji nemaju rasne konotacije značilo bi ne vidjeti specifičnu narav tih djela koja su osobito destruktivna u odnosu na temeljna prava. Ako se ne napravi razlika u načinu na koji se postupa u situacijama koje su bitno različite, to može dovesti do neopravdanog postupanja prema žrtvi koje je nepomirljivo s člankom 14. Konvencije (...).”

Primjenjujući navedena načelna pravna stajališta na konkretan slučaj *Šečić*, Europski je sud zaključio sljedeće:

“68. U ovome se predmetu sumnja da su napadači na podnositelja zahtjeva pripadali skupini *skinheads*, koju po njezinoj naravi vodi ekstremistička i rasistička ideologija. I policija i Vlada priznaju tu činjenicu.

69. Sud smatra neprihvatljivim da je policija, svjesna da je događaj o kojemu je riječ najvjerojatnije motiviran etničkom mržnjom, dozvolila da istraga traje više od sedam godina bez poduzimanja bilo kakvih ozbiljnih koraka radi identificiranja ili kaznenog progona počinitelja (...).

70. Stoga Sud smatra da je došlo do povrede članka 14. u vezi s postupovnim vidom članka 3. Konvencije.”

Praksa Europskoga suda vezana uz diskriminatorne osnove koje su izrijekom navedene u članku 14. Konvencije ilustrirana je na primjerima spola, imovine i rase.

U nastavku se prikazuju primjeri iz prakse Europskoga suda vezani uz diskriminatorne osnove koje nisu izrijekom navedene u članku 14. Konvencije.

### 3.4.2. Diskriminatorne osnove koje nisu navedene u članku 14. Konvencije

Osnove za zabranu diskriminacije koje je Europski sud do sada priznao u svojim presudama u skladu s dijelom odredbe članka 14. Konvencije o “drugoj okolnosti”, odnosno “drugom svojstvu” ili “drugoj osobini” (*other status*) obuhvaćaju:

1. bračni status,
2. spolnu orijentaciju,
3. zakonitost ili nezakonitost po rođenju,
4. profesionalni status, i
5. vojni status odnosno vojni čin.

U nastavku se prikazuju vodeće presude u slučajevima vezanim uz navedene diskriminatorne osnove koje su isključiv proizvod prakse Europskoga suda.

#### 3.4.2.1. Bračni status

U predmetu *McMichael protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (1995.) podnositelji su bili biološki otac i biološka majka djeteta rođenog u vrijeme dok roditelji još nisu bili u braku. U brak su stupili naknadno, u tijeku postupka koji se ticao njihova djeteta. Majci su roditeljska prava oduzeta zbog njezina psihičkog stanja i činjenice da je (ranije) bila prisilno smještena u psihijatrijsku bolnicu. Biološki otac tražio je pristup i roditeljska prava nad djetetom. Budući da je dijete rođeno u izvanbračnoj zajednici, škotski mu pravni sustav nije automatski priznao roditeljska prava. Otac nije podnio sudu zahtjev za dodjelu roditeljskih prava, na što je imao pravo, nego je umjesto toga ulagao pravna sredstva pred domaćim tijelima nadležnim za skrb nad djecom. Podnositelj je u postupku pred Europskim sudom između ostaloga prigovorio da je povrijeđen i članak 14. Konvencije, jer je kao biološki otac djeteta diskriminiran budući da prije njegova braka s biološkom majkom djeteta nije imao nikakva roditeljska prava nad djetetom, a ni pravo sudjelovati u postupku skrbi o djetetu. Europski je sud zaključio sljedeće:

“96. ... Gospodin McMichael bio je prema tome u manje povoljnom položaju na temelju zakona nego oženjeni otac ...

98. Prigovor prvog podnositelja u biti je bio usmjeren protiv njegova statusa kao biološkog oca po škotskom pravu.

Kao što je Komisija zabilježila, “aksiomatski je da priroda odnosa bioloških očeva s njihovom djecom neminovno varira, od ignorancije i indiferentnosti

s jedne strane spektra do bliskih stabilnih odnosa koji se ne razlikuju od konvencionalne na braku utemeljene obiteljske zajednice s druge” (...). Kao što je vlada objasnila, cilj je mjerodavnog zakonodavstva, koje je prihvaćeno 1986., da osigura mehanizam za identificiranje ‘hvalevrijednih’ (*‘meritorious’*) očeva kojima bi se mogla odobriti roditeljska prava, štiteći time interese djeteta i majke. Prema stajalištu Suda, ovaj je cilj legitiman i uvjeti nametnuti biološkim očevima za postizanje priznavanja njihove roditeljske uloge poštuju načelo razmjernosti. Sud se stoga slaže s Komisijom da je postojalo objektivno i razumno opravdanje za razlike u postupanju kojima je prigovoreno.

99. Zaključno, nije došlo do povrede članka 14. u vezi s člankom 6. stavkom 1. i člankom 8. (čl. 14+6-1, čl. 14+8) u odnosu na prvog podnositelja.”

#### 3.4.2.2. Spolna orijentacija

U odnosu na pitanje postojanja diskriminacije na osnovi spolne orijentacije (*sexual orientation*) praksa Europskoga suda u novije se vrijeme bitno izmijenila. U nastavku se prikazuju dva slučaja koja pokazuju tu promjenu. Prvi je slučaj *Fretté protiv Francuske* (2002.) koji oslikava dugogodišnje stajalište Europskog suda vezano uz prava homoseksualaca u postupku priznavanja prava na posvajanje djece. Drugi je slučaj *E.B. protiv Francuske* (2008.) u kojem je Europski sud bitno promijenio svoja stajališta izražena u presudi *Fretté*.

Opća stajališta Europskoga suda o primjenjivosti članka 8. Konvencije u području posvojenja jednaka su i u slučaju *Fretté protiv Francuske* (2002.) i u slučaju *E.B. protiv Francuske* (2008.). Ona sažeto glase: članak 8. Konvencije jamči pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života. To pravo pruža zaštitu od neopravdanog miješanja države u privatni i obiteljski život. Međutim, ono ne jamči zaštitu puke želje (*mere desire*) da netko osnuje obitelj, već pretpostavlja postojanje obitelji. Ono ne jamči ni sva prava koja po svom sadržaju pripadaju u područje obiteljskog života. Jedno od prava koje Konvencija ne jamči jest i posvajanje djece. Države ugovornice nisu dužne, na temelju Konvencije, omogućiti posvajanje djece bilo kome. Međutim, ako država ugovornica u svom nacionalnom zakonodavstvu prizna pravo na mogućnost posvajanja, onda ona mora osigurati izvršavanje tog prava bez diskriminacije, pa se i postupanje države ugovornice u tom slučaju može ispitivati u kontekstu članka 14. u vezi s člankom 8. Konvencije. Takvo je stajalište u skladu s načelnim pristupom

Europskoga suda da se zabrana diskriminacije proteže mimo užeg sadržaja prava koja su priznata u Konvenciji i pokriva sva dodatna prava koja države ugovornice dobrovoljno priznaju u svom nacionalnom zakonodavstvu, a koja ulaze “unutar okvira” nekog Konvencijom zaštićenog prava. Konkretno, pravo na posvojenje nije zaštićeno Konvencijom, ali ulazi “unutar okvira” prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života, pa se zato može ispitati u kontekstu članka 14. Konvencije. Riječ je, dakle, o ograničenoj primjeni članka 8. Konvencije na “pravo na posvojenje” samo u mjeri u kojoj je ono priznato u nacionalnom pravu i u kojoj je ostvarivanje toga prava zaštićeno od diskriminacije. (§§ 41. - 51. presude *E.B.*)

I slučaj *Fretté protiv Francuske* (2002.) i slučaj *E.B. protiv Francuske* (2008.) ulazili su u domašaj Konvencije, jer je u oba slučaja riječ bila o pojedincima koji su željeli posvojiti djecu, a to im pravo priznaje francusko nacionalno zakonodavstvo. Naime, prema općim odredbama francuskoga Građanskog zakonika pravo na posvojenje pod istim uvjetima imaju bračni parovi i pojedinci. Prema odredbama francuskoga Obiteljskog zakona posvojiti se mogu djeca koja su pod državnom skrbi ili strana djeca. U oba slučaja posvojitelji mogu biti osobe kojima je izdano odobrenje za posvajanje. To odobrenje vrijedi pet godina od dana izdavanja.

Europski je sud jasno istaknuo da se slučaj *E.B.* (kao i slučaj *Fretté*) ne odnosi na posvajanje djece “od para ili od istospolnog partnera biološkog roditelja (*same-sex partner of a biological parent*), već jedino na posvajanje od pojedinca (*single person*.” (§ 49. presude *E.B.*). Nadalje, istaknuo je da se postupak o kojemu je riječ ne odnosi na “posvojenje djeteta kao takvo, nego na zahtjev za odobrenje njegova posvojenja nakon njega. Slučaj stoga otvara pitanje postupka za dobivanje odobrenja za usvajanje više negoli samog usvajanja. Ipak, stranke nisu poricale da je u praksi odobrenje preduvjet za usvojenje djeteta.” (§ 44. presude *E.B.*)

Sažeto, oba su slučaja vezana uz pozitivno francusko zakonodavstvo, pa stajališta Europskoga suda, izražena u njima, ne moraju nužno biti primjenjiva u nacionalnim pravima drugih država ugovornica. Ipak, i kao takva, ona imaju veliku važnost za rasvjetljavanje pristupa koji Europski sud ima kad rješava pitanja navodne diskriminacije na osnovi spolne orijentacije.

U nastavku se prvo prikazuje slučaj *Fretté*, a nakon njega i slučaj *E.B.* Zbog njihove važnosti, oba se prikazuju detaljnije no što se to čini u prikazu ostalih slučajeva iz prakse Europskoga suda u ovome radu.

U predmetu *Fretté protiv Francuske* (2002.) podnositelj je prigovorio da ga je vlada - implicitno, na osnovi njegove homoseksualnosti - nezakonito izložila



diskriminaciji kad je odbacila njegov zahtjev za posvojenje djeteta. Konkretno, krajem 1991. podnositelj je uputio zahtjev nadležnim tijelima u Francuskoj za posvojenje djeteta. Nadležna su tijela u povodu toga započela postupak kako bi se upoznala sa životnim prilikama podnositelja zahtjeva. Podnositelj je u razgovoru s ovlaštenim psihologom otkrio svoju spolnu orijentaciju izjasnivši se kao homoseksualac. Sredinom 1993. godine Služba socijalne skrbi u Parizu donijela je odluku kojom je odbacila (*rejected*) zahtjev podnositelja za odobrenje posvojenja. Razlozi su se temeljili na nemogućnosti podnositelja zahtjeva da ponudi stabilan majčinski uzor djetetu te na određenim poteškoćama koje je imao u predočivanju praktičnih posljedica koje bi nastupile tijekom nagle promjene uzrokovane dolaskom djeteta u njegov život. I u ponovljenom su postupku socijalne službe odlučile da se "način života" (*lifestyle*) podnositelja ne pokazuje prikladnim i da nije dostatan ponuditi dovoljna jamstva djetetu u pogledu osiguravanja prikladnog mu doma, odgovarajućeg odgoja i psihološke perspektive. Stoga takvo posvojenje ne bi bilo u najboljem interesu djeteta.

Podnositelj se nakon toga obratio nadležnom upravnom sudu, tražeći da se odluka o odbacivanju njegova zahtjeva za posvojenje poništi. Pariški upravni sud to je i učinio, navodeći kako za jedan od glavnih razloga odbijanja podnositeljeva zahtjeva za posvojenje (poteškoće u predočivanju praktičnih posljedica naglih promjena koje bi bile uzrokovane dolaskom djeteta u njegov život) nema dokaza. Nadležna socijalna služba žalila se na odluku upravnog suda Državnom savjetu (*Conseil d'État*). Iznoseći brojna stajališta u prilog i protiv odluka socijalne službe i upravnog suda, Državni je savjet na kraju zaključio da podnositelj ne pruža dovoljna jamstva koja su potrebna da bi se ostvario djetetov najbolji interes. Pravo svih ljudi na slobodnu spolnu orijentaciju ne bi se smjelo miješati s hipotetičnim pravom na djecu. Postoje različita mišljenja o odgovoru na to pitanje, no ako i postoji određeni stupanj slaganja, on je u saznanjima da prava djeteta postavljaju granice pravu da netko uopće ima djecu i da djetetov najbolji interes mora biti ostvaren bez obzira na okolnosti. Dakle, Državni je savjet poništio odluku upravnog suda, a time i zahtjev podnositelja za odobrenje posvojenja.

Podnositelj je pred Europskim sudom tvrdio da je odbijanje njegova zahtjeva za odobrenje posvojenja bilo utemeljeno isključivo na njegovoj spolnoj orijentaciji. Istaknuo je da odluka kojom se odobrava posvojenje djeteta osobi bez bračnog druga odnosno neoženjenom potencijalnom posvojitelju zapravo odbacuje svaku mogućnost posvojenja kategoriji osoba koje se definiraju prema spolnoj orijentaciji, dakle homoseksualcima i biseksualcima, a da se ne uzimaju

u obzir njihove osobne kvalitete i urođeni talent za odgoj djece. Slično kao u predmetu *Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugala* (1999.),<sup>24</sup> podnositelj je naveo da je žrtva diskriminacije koja se temeljila na njegovoj spolnoj orijentaciji (povreda članka 14. u vezi s člankom 8. Konvencije). Pozivajući se na presudu *Smith i Grady protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (1999.)<sup>25</sup>, podnositelj je istaknuo da

<sup>24</sup> U predmetu *Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugala* (1999.) podnositelj zahtjeva obratio se Europskom sudu zbog toga što je portugalski Apelacijski sud svoju odluku da skrbništvo nad njihovom kćerkom povjeri njegovoj bivšoj ženi, a ne njemu, zasnovao isključivo na osnovi njegove spolne orijentacije čime je, kako je naveo, povrijeđen članak 8. i zasebno i zajedno s člankom 14. Konvencije. Europski je sud utvrdio da zaključak Apelacijskog suda prema kojemu je homoseksualnost podnositelja bila čimbenik u donošenju odluke o povjeravanju skrbništva predstavlja razliku u postupanju između podnositelja i njegove bivše žene na osnovi spolne orijentacije podnositelja. Domaći sud je smatrao da "nije nužno ispitivati je li homoseksualnost bolest ili je to spolna orijentacija prema osobama istog spola. U svakom slučaju, to je abnormalnost, a djeca ne smiju odrastati u sjenci abnormalnih situacija". Europski je sud zauzeo stajalište da ti dijelovi presude Apelacijskog suda u Lisabonu ukazuju na to da je homoseksualnost podnositelja bila odlučujući čimbenik u donošenju konačne sudske odluke i da je stoga riječ o razlici uvjetovanoj činjenicama koje se tiču spolne orijentacije podnositelja, što nije dopušteno na temelju Konvencije. Prihvaćajući da je odluka Apelacijskog suda bila donesena u težnji da se ostvari legitiman cilj (zaštita zdravlja i prava djeteta), Europski je sud ipak zaključio da razlika koju je portugalski sud napravio na osnovi spolne orijentacije podnositelja nije prihvatljiva na temelju Konvencije. Nije, dakle, postojao razuman odnos razmjernosti između primijenjenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju težilo. Zbog tih je razloga u ovom slučaju došlo do povrede članka 8. u vezi s člankom 14. Konvencije. Do istog je zaključka Europski sud došao i u slučaju *Karner protiv Austrije* (2003.), u kojem je podnositelj zahtjeva tvrdio da je žrtva diskriminacije na osnovi svoje spolne orijentacije, jer mu je Vrhovni sud Austrije odbio priznati status "životnog suputnika" njegova preminulog partnera u smislu mjerodavnoga austrijskog zakonodavstva, zbog čega je podnositelj bio spriječen naslijediti ugovor o zakupu stana koji je potpisao njegov preminuli partner.

<sup>25</sup> U predmetu *Smith i Grady protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (1999.) podnositelji zahtjeva bili su pripadnici Kraljevskog zrakoplovstva koji su otpušteni iz vojne službe isključivo zbog svoje homoseksualnosti, u skladu s politikom Ministarstva obrane koja je nalagala isključivanje homoseksualaca iz oružanih snaga. Podnositelji su tvrdili da ta politika predstavlja povredu njihova prava na privatnost iz članka 8. u vezi s člankom 14. Konvencije, a da su metode istrage u povodu njihove spolne orijentacije predstavljale povredu članka 3. u vezi s člankom 14. Konvencije. Europski sud nije smatrao da je tretman kojemu su podnositelji bili podvrgnuti dosegao onu minimalnu razinu težine koja je potrebna da bi se djelo svrstalo u djelokrug članka 3. Konvencije te stoga nije utvrdio njegovu povredu. Utvrdio je povredu članka 8. stavka 2. Konvencije budući da ni istraga

je spolna orijentacija “najintimniji dio privatnog života pojedinca” i da praktički svaka razlika u postupanju utemeljena na spolnoj orijentaciji zapravo ometa privatni život homoseksualca, jer od njega zahtijeva da bira između poricanja svoje spolne orijentacije ili toga da bude uskraćen u svom zahtjevu. Privatni život pojedinca nije poštovan ako je podvrgnut tome da odustane od nečega što je dostupno svakom heteroseksualcu - pojedincu u Francuskoj, točnije da odustane od želje i potrebe postati roditeljem ako želi ostati dosljedan svojoj spolnoj orijentaciji.

Europski je sud u slučaju *Fretté protiv Francuske* (2002.) zaključio da su “odluke o odbacivanju podnositeljevog zahtjeva za odobrenje (posvojenja) slijedile legitiman cilj, naime zaštitu zdravlja i prava djece koja bi mogla biti uključena u postupak posvojenja, za što je izdavanje odobrenja, u načelu, pretpostavka. Još treba utvrditi je li drugi uvjet, naime postojanje opravdanosti razlike u postupanju, također zadovoljen. (§ 38. presude).

Provodeći test opravdanosti razlike u postupanju, Europski se sud složio s tuženom vladom da su temeljni problem u ovom predmetu sukobljeni interesi podnositelja i djeteta koje je pogodno za posvojenje. Sama činjenica da u vrijeme kad se podnosi zahtjev za odobrenje posvojenja nijedno određeno dijete još nije identificirano za posvojenje ne implicira nužno da nema sukoba interesa. Posvojenje znači “pružiti djetetu obitelj, a ne obitelji djetete”, a države se moraju pobrinuti da se za posvojenje izaberu osobe koje djetetu mogu pružiti najprikladniji dom u svakom smislu. Nadalje, Europski je sud istaknuo postojanje značajnih razlika u nacionalnim i međunarodnim stajalištima o tom pitanju, ali i činjenicu da nema ni dovoljno djece za posvojenje da bi se zadovoljili svi zahtjevi. Nacionalne vlasti, a posebno Državni savjet koji je svoju odluku utemeljio na promišljenom i detaljnom prijedlogu vladina zastupnika, imale su objektivno i razumno pravo zaključiti da je pravo na posvojenje na koje se podnositelj zahtjeva oslanjao prema Građanskom zakoniku bilo ograničeno interesima djece koja su pogodna za posvojenje, unatoč kandidatovim legitimnim težnjama i bez dovođenja u pitanje njegova osobnog izbora. Ako se uzme u obzir široko područje slobodne presudbe (*margin of appreciation*) koje

---

koja je vođena u povodu spolne orijentacije podnositelja ni činjenica da su oni otpušteni iz vojske na osnovi svoje homoseksualnosti, u skladu s politikom Ministarstva obrane, nisu bili opravdani. Europski je sud, međutim, smatrao da se u vezi s člankom 14. Konvencije ne javlja nikakvo posebno pitanje te da stoga nema potrebe ispitivati je li bilo ili ne povrede tog članka u vezi s člankom 8. Konvencije.

imaju države u ovom području i potreba da se zaštite interesi djece, odbijanje zahtjeva za odobrenje posvojenja nije narušilo načelo razmjernosti. Sažeto, opravdanje koje je dala tužena vlada čini se objektivnim i razumnim te razlika u postupanju nije diskriminatorna u okviru značenja članka 14. Konvencije. S obzirom na sve navedene okolnosti, Europski je sud zaključio da nije bilo povrede članka 14. u vezi s člankom 8. Konvencije (§§ 39. - 43. presude).<sup>26</sup>

Iako su razlozi Europskoga suda u predmetu *Fretté* bili vrlo jasni, odluka je donesena vrlo malom većinom glasova u vijeću (četiri glasa prema tri), što je bio znak da Europski sud o tom pitanju nije rekao posljednju riječ. To se i dogodilo. Veliko je vijeće Europskoga suda u slučaju *E.B. protiv Francuske* (2008.) promijenilo stajalište o homoparentalnosti izraženo u presudi *Fretté*.

Činjenice slučaja *E.B. protiv Francuske* (2008.) bile su sljedeće: podnositeljica, odgajateljica u dječjem vrtiću, od 1990. živi u stabilnoj homoseksualnoj vezi s gospođom R., koja je po zanimanju psiholog. Tijekom 1998. podnositeljica je podnijela zahtjev za izdavanje odobrenja za međunarodno posvajanje djece. U zahtjevu je priznala svoju spolnu orijentaciju i vezu s R. Podnositeljica je prošla uobičajenu proceduru razgovora s psihologom, pedijatrom i savjetnikom za odgoj djece, koji su dali mišljenje o njezinoj podobnosti za posvajanje djeteta. Prema njihovim mišljenjima, podnositeljica je općenito podobna osoba za posvajanje djece, no konačno mišljenje o njezinoj podobnosti za posvojenje bilo je negativno. Negativna procjena dana je zbog ravnodušnog stajališta partnerice podnositeljice prema posvojenju te zbog "načina života" (*lifestyle*) podnositeljice, koji uključuje život s partnerom istog spola, kao i zbog nedostatka "očinske" figure u njezinu užem obiteljskom krugu, koja je bitna za uravnotežen razvoj djeteta. Na temelju takve procjene, zahtjev podnositeljice je odbijen. Podnositeljica je pokušala osporiti upravnu odluku u sudskom postupku. Upravni sud najprije je odlučio u njezinu korist i ukinuo rješenje kojim joj je odbijen zahtjev. Međutim, u žalbenom postupku upravni sud drugog stupnja ukinuo je prvostupanjsku presudu i potvrdio upravno rješenje. Podnositeljica je potom podnijela žalbu Državnom savjetu (*Conseil d'État*), tvrdeći da je presuda posljedica diskriminacije prema spolnoj orijentaciji. Državni savjet odbio je žalbu podnositeljice i potvrdio presudu.

<sup>26</sup> O spolnoj orijentaciji posvojitelja i o slučaju *Fretté* detaljnije Jakovac-Lozić, Dijana / Vetma, Ines: *Spolna orijentacija posvojitelja i najbolji interes djeteta*, Zbornik Pravnoga fakulteta u Zagrebu, 5(2006.), 1405. - 1441. O homoparentalnosti *v.* Europski glasnik - Le Messenger européen, Hrvatsko društvo pisaca, Zagreb, 13(2008.)

Argumenti francuskih sudova svode se na sljedeće: zahtjev podnositeljice opravdano je odbijen jer ne postoje “identifikacijski markeri” (*identificational markers*) uslijed nedostatka očinskog modela u njezinu užem krugu (to jest, nedostatka tzv. referentne očinske figure) i zbog ravnodušnog odnosa njezine partnerice prema posvojenju. Spominjanje “načina života” podnositeljice, čime se implicitno sugerira na njezinu homoseksualnost, Državni savjet nije ocijenio diskriminacijom, jer njezin način života nije bio isključiv argument za odbijanje zahtjeva, već samo jedna od činjenica koju je upravno tijelo uzelo u obzir.

Podnositeljica se obratila Europskom sudu, žaleći se na povredu članka 14. u vezi s člankom 8. Konvencije jer je bila diskriminirana na osnovi svoje javno priznate homoseksualnosti (*avowed homosexuality*) (§ 45. presude).

U obrazloženju presude Europski je sud prvo utvrdio da se slučaj *E.B.* također odnosi na pitanje načina na koji se rješava zahtjev za odobrenje usvojenja djeteta koji je podnio homoseksualni pojedinac. Neovisno o tome, međutim, slučaj gospođe E.B. razlikuje se od slučaja *Fretté* u brojnim aspektima: Francuska su tijela za gospođu E.B. utvrdila da je po svojim općim svojstvima podobna za posvajanje djece, dok su kod g. *Fretté*a oko toga postojale dvojbe (§ 71. presude). Europski je sud nakon toga razmotrio dva razloga zbog kojih su francuski sudovi odbili zahtjev gospođe E.B. za posvojenje djeteta: nedostatak očinske referentne figure i ravnodušan odnos njezine partnerice prema posvojenju.

Analizirajući kriterij nedostatka “identifikacijskog markera”, to jest referentne očinske ili majčinske figure u domaćinstvu osobe (*paternal or maternal referent in the household of a person*), Europski je sud utvrdio da taj kriterij sam po sebi nije problematičan, ali da njegova primjena u okolnostima slučaja kakve postoje kod gospođe E.B. može dovesti do arbitrarnosti. Europski je sud utvrdio da bi primjena tog kriterija u slučaju posvajanja djeteta od pojedinca dovela u pitanje samo njegovo pravo na posvajanje. Naime, nije jasno kako bi pojedinac mogao učinkovito dokazati da u njegovu užem krugu obitelji i prijatelja postoji osoba suprotnog spola koja će posvojenom djetetu biti “referentna očinska ili materinska figura”. Stoga, u slučajevima kad pojedinci posvajaju djecu kriterij “referentne očinske ili materinske figure” može biti arbitraran i poslužiti kao izlika da se zahtjev zapravo odbije zbog homoseksualnosti (§ 73. presude). Stoga je taj kriterij, kao razlog zbog kojeg su domaća tijela odbila podnositeljičin zahtjev, protivan Konvenciji.

Drugi razlog koji su francuski sudovi naveli, a koji se odnosi na ravnodušnost partnerice podnositeljice prema posvojenju, Europski je sud ocijenio opravdanim i legitimnim za odbijanje njezina zahtjeva. Pri tome se vodio činjenicom da

je sasvim legitimno, i kad je riječ o slučaju pojedinca koji posvaja dijete, uzeti u obzir činjenicu da posvojitelj živi u zajednici s drugom osobom, pa onda i ocijeniti stajalište te osobe prema posvojenju djeteta (§§ 75. i 76. presude).

Međutim, Europski je sud utvrdio da se dva razloga na koja su se pozvali francuski sudovi ne mogu promatrati odvojeno, već ih treba ocijeniti kumulativno, jer su kumulativno doveli do odbijanja zahtjeva podnositeljice. Stoga je nelegitimnost kriterija “očinske referentne figure” “kontaminirala” i drugi, inače legitiman razlog za odbijanje zahtjeva (§ 80. presude).

Polazeći od “neizbježnog zaključka” da je podnositeljčina “spolna orijentacija konzistentno bila u središtu rasprava u odnosu na nju i sveprisutna u svakoj fazi upravnog i sudskog postupka” (§ 88. presude), Europski je sud zaključio da različit tretman nije imao razumno opravdanje i da predstavlja diskriminaciju, jer francusko pravo omogućava pojedincima posvajanje djece, čime je ta mogućnost otvorena i homoseksualcima, što u tijeku postupka nije osporeno. Europski je sud na kraju zaključio:

“96. Uzimajući u obzir navedeno, Sud ne može drugo nego primijetiti da su, odbijajući podnositeljčin zahtjev za odobrenje posvojenja, domaće vlasti učinile razliku utemeljenu na razlozima vezanim uz njezinu spolnu orijentaciju, razliku koja nije prihvatljiva po Konvenciji (...).

97. Dosljedno tome, imajući na umu svoje utvrđenje u paragrafu 80., Sud smatra da je sporna odluka nesuglasna s odredbama članka 14. u vezi s člankom 8.”

Polazeći od činjenice da je presuda u slučaju *E.B.* “obvezujuća za hrvatska tijela i sudove u onoj mjeri u kojoj postoji sličnost mjerodavnog domaćeg prava i okolnosti konkretnog slučaja”, Maričić na sljedeći način procjenjuje njezino značenje i njezin utjecaj na hrvatsko pravo: “Potrebno je utvrditi u kojoj je mjeri ta praksa mjerodavna za hrvatsko pravo. Obiteljski zakon, u članku 133. stavku 2., propisuje da ‘dijete može posvojiti osoba koja nije u braku ako je to od osobite koristi za dijete.’ Očigledno postoji bitna razlika u odnosu na francusko pravo u tom pogledu. Francusko pravo omogućava samcima posvajanje djece pod istim uvjetima kao i bračnim parovima. Hrvatsko pravo, međutim, posvajanje od strane samaca uvjetuje postojanjem osobite koristi za dijete. Razlika također postoji i u pogledu postupka posvojenja. Francusko pravo predviđa poseban postupak za izdavanje odobrenja određenoj osobi za posvojenje. To odobrenje općenite je prirode i ne odnosi se na posvojenje konkretnog djeteta. Ono pred-

stavlja samostalni akt kojim se odlučuje o pravu osobe da bude posvojitelj, što je u biti prethodno pitanje u odnosu na sam akt kojim se uspostavlja posvojenje. U striktnom smislu, presuda E.B. protiv Francuske odnosi se na taj postupak, a ne na sam postupak posvojenja. Hrvatsko pravo ne poznaje poseban postupak izdavanja odobrenja za posvojenje. Umjesto toga, u članku 135. Obiteljskog zakona predviđena je ovlast centra za socijalnu skrb za izdavanje mišljenja o podobnosti za posvojenje. Međutim, izdano mišljenje ne predstavlja akt kojim se utvrđuju prava i obveze, već služi kao dokaz u postupku posvojenja. Stoga, otvoreno je pitanje primjenjivosti prakse E.B. na sam postupak posvojenja. Ono zavisi od toga hoće li Europski sud svoju praksu tumačiti restriktivno ili fleksibilno. No, ne može se reći da hrvatsko pravo apsolutno zabranjuje samcima posvojenje. Naše je mišljenje stoga da je praksa E.B. u određenim okolnostima primjenjiva i u našem pravnom poretku.”<sup>27</sup>

#### 3.4.2.3. Izvanbračno rođenje

U predmetu *Marckx protiv Belgije* (1979.) riječ je bila o djetetu kojeg je rodila neudana belgijska državljanka. Prema belgijskom pravu, djeca rođena izvan braka smatraju se “nezakonitom” djecom (*‘illegitimate’ children*). Podnositeljica zahtjeva, majka “nezakonito” rođenog djeteta, bila je dužna priznati svoje dijete u skladu s člankom 334. belgijskog Građanskog zakonika, jer je to bila pretpostavka da postane djetetova skrbnica (članak 396. bis belgijskoga Građanskog zakonika). Poslije određenog vremena podnositeljica je i posvojila svoje dijete u skladu s člankom 349. Građanskog zakonika, s učinkom od dana posvojenja. Podnositeljica je pred Europskim sudom prigovorila navedenim odredbama belgijskoga Građanskog zakonika jer zahtijevaju utvrđivanje majčinstva “nezakonitog” djeteta (*maternal affiliation of an ‘illegitimate’ child*). Prigovorila je i učincima takvog utvrđivanja na odnose djeteta i njegove obitelji i na nasljedna prava (*patrimonial rights*) djeteta i majke. Konačno, podnositeljica je osporila nužnost obveze da posvoji svoje biološko dijete želi li proširiti njegova prava.

Europski je sud slučaj ispitao s aspekta članka 8. u vezi s člankom 14. Konvencije. Tri su problema bila posebno razmotrena: način utvrđivanja

---

<sup>27</sup> Maričić, Domagoj: *Presuda Europskog suda za ljudska prava o posvajanju djece*. U povodu presude Velikog vijeća od 22. siječnja 2008. u predmetu *E.B. protiv Francuske*, Novi informator, broj 5682-5683, 20. kolovoza 2008., 8.

majčinstva, širina odnosa djeteta i njegove obitelji i nasljedna prava djeteta i njegove majke. Europski je sud utvrdio:

“34. Djelujući na način kojemu je cilj omogućiti da se obiteljski život neudane majke i njezina djeteta razvija normalno ... država mora izbjeći svaku diskriminacijsku osnovu po rođenju: to zahtijeva članak 14. zajedno s člankom 8. (čl. 14+8).”

Europski je sud zaključio da poštovanje obiteljskog života neudane majke i njezina djeteta na državu stavlja pozitivnu obvezu da usvoji mjere koje za cilj imaju integraciju djeteta u majčinu obitelj od trenutka rođenja. Prema stajalištu Europskoga suda, šteta koju su neudana majka i njezino dijete trpjeli bila je veća od interesa države da zaštiti obitelj na osnovi braka. Uz to, područje slobodne prosudbe države u takvim je slučajevima uže, jer pravni i socijalni uvjeti u državama ugovornicama odražavaju trend uklanjanja nejednakog postupanja prema neudanim majkama i njihovoj djeci. To potvrđuje i prihvaćanje Europske konvencije o pravnom statusu djece rođene izvan braka. Pozitivna obveza poštovanja obiteljskog života na taj je način dovela do zahtjeva za usvajanjem mjera kojima država osigurava integraciju djeteta u majčinu obitelj. U konkretnom je slučaju to značilo utvrđenje povrede prava na poštovanje obiteljskog života i majke i djeteta (povreda članka 8.) zasebno i zajedno s člankom 14. Konvencije (povreda članka 14+8).

Sličnom se problematikom Europski sud bavio i u predmetima *Inze protiv Austrije* (1987.), *Vermeire protiv Belgije* (1991.) i *Mazurek protiv Francuske* (2000.).

#### 3.4.2.4. Profesionalni status

U predmetu *Van der Musselle protiv Belgije* (1983.), podnositelj, belgijski državljanin, radio je kao odvjetnik. Dok je bio na stažu, sud ga je imenovao za odvjetnika obrane po službenoj dužnosti. Odvjetnici koje imenuje sud nemaju pravo na naknadu za rad ili naknadu troškova. Podnositelj je prigovorio da je diskriminiran zbog toga što su belgijski odvjetnici stavljeni, u pitanju koje se u postupku razmatralo (obveza rada po službenoj dužnosti bez naknade za rad i naknade troškova), manje povoljnom tretmanu nego članovi cijelog niza drugih profesija. Europski sud nije našao povredu članka 14. u vezi s člankom 4. Konvencije uz sljedeće obrazloženje:



“46. Članak 14. ... štiti pojedince, stavljene u sličan položaj, od diskriminacije (...). Ipak, između Komore i različitih profesija koje je naveo podnositelj, uključujući čak i sudske i parasudske profesije, postoje fundamentalne razlike na koje su pravilno skrenuli pozornost i vlada i većina u Komisiji, naime razlike u odnosu na pravni status, uvjete ulaska u profesiju, prirodu dužnosti koje su u to uključene, način izvršenja tih dužnosti, itd. Dokaz pred Sudom ne otkriva nijednu sličnost između disparatnih situacija o kojima je riječ: svaka je obilježena korpusom prava i obveza u odnosu na koje bi bilo neprirodno (*artificial*) izdvajati jedan specifičan aspekt.”

Sličnim se problemom Europski sud bavio i u presudi *Rekvenyi protiv Mađarske* (1999.).

#### 3.4.2.5. Vojni status odnosno vojni čin

Slučaj *Engel i drugi protiv Nizozemske* (1976.) odnosio se na disciplinske mjere poduzete protiv više nizozemskih vojnika, koje su uključivale i lišenje slobode. Oni su prigovorili načinu na koji se prema njima postupalo, smatrajući da on nije bio sukladan članku 14. u vezi s člancima 5. i 6. Konvencije (članci 14+5 i 14+6).

Europski je sud prvo razmotrio pitanje: može li vojni čin biti diskriminatorna osnova u smislu članka 14. Konvencije? Europski je sud prihvatio u načelu da su riječi “druga okolnost” (*other status*) iz članka 14. Konvencije dovoljno širokog značenja da mogu obuhvatiti i značenje riječi “rang” odnosno “čin” (§ 72. presude).

U odnosu na navodnu povredu članka 14. u vezi s člankom 5. Konvencije Europski je sud utvrdio:

“73. Gosp. Engel, gosp. Dona i gosp. Schul na drugom mjestu prigovaraju nejednakosti u tretmanu između službenika (*servicemen*) i civila (*civilians*). Zapravo, čak i civili podvrgnuti zbog svoje profesije određenom disciplinskom sustavu ne mogu u Nizozemskoj biti izloženi kaznama analognim spornim lišenjima slobode. Međutim, to ne rezultira nikakvom diskriminacijom nesuglasnom s Konvencijom, jer su uvjeti i zahtjevi vojnog života po naravi različiti od onih civilnog života ...

74. Sud stoga nije našao povredu članka 5. stavka 1. i 14. (čl. 14+5-1) zajedno.”

U odnosu na navodnu povredu članka 14. u vezi s člankom 6. Konvencije Europski je sud utvrdio:

“92. ... Razlike između dvaju tipova postupaka (vojnog disciplinskog i civilnog kaznenog - op.) u zakonodavstvima država ugovornica obrazlažu se razlikama između uvjeta vojnog i civilnog života. One se ne mogu shvatiti kao da dovode do diskriminacije članova oružanih snaga u značenju članaka 6. i 14. (čl. 14+6) uzetih zajedno.”

#### 4. FORMALNA I MATERIJALNA DISKRIMINACIJA U PRAKSI EUROPSKOGA SUDA

Jednakost se otkriva i određuje usporedbom. Postoji li “jednakost” može se utvrditi samo usporedbom položaja jednih i položaja drugih u sličnim (analognim) situacijama.

##### 4.1. Koncepti jednakosti

Postoje dva opća konceptijska pristupa jednakosti zastupljena u nacionalnom pravu država i u međunarodnom pravu. To su:

- formalna (pravna) jednakost, i
- materijalna (supstancijalna) jednakost.

U slučaju povrede jedne odnosno druge jednakosti govori se o formalnoj odnosno materijalnoj diskriminaciji.

##### 4.1.1. Formalna (pravna) jednakost

Formalna ili pravna (*juridical*) jednakost odgovara temeljnoj ideji da se prema pojedincima u jednakim situacijama mora postupati jednako. Formalna je jednakost usmjerena na jednako postupanje (*equal treatment*) utemeljeno na pojavnj sličnosti neovisno o širem kontekstu. Zakoni i praksa koji smjeraju različitom postupanju prema pojedincima ili skupinama u sličnim situacijama može rezultirati izravnom (neposrednom) diskriminacijom. Međutim, strukturalni čimbenici mogu dovesti do toga da - usprkos jednakom postupanju ili

zabrani izravne diskriminacije - određene skupine budu dovedene u nepovoljniji položaj od ostatka društva. Sukladno tome, ako se razlike odnosno sličnosti ne uzimaju u obzir, dosljednost postupanja bit će nedostatna za osiguranje opće jednakosti.<sup>28</sup>

#### 4.1.2. Materijalna (supstancijalna) jednakost

Materijalna ili supstancijalna jednakost (*substantive equality*) zahtijeva da se prema pojedincima u različitim situacijama postupa različito. Ta jednakost sadržava dvije zasebne ideje: onu o jednakosti rezultata i onu o jednakosti mogućnosti.

Jednakost rezultata (*equality of results*) zahtijeva da rezultat mjere koja je predmet ispitivanja bude jednak. Ona priznaje da očito jednako postupanje može u praksi pojačati nejednakost zbog nekadašnjih ili postojećih razlika u praksi. Prema tom pristupu, u obzir se moraju uzeti i učinci i ciljevi dotične mjere.

Jednakost mogućnosti (*equality of opportunity*) zahtijeva da pravo osigura svim pojedincima jednaku mogućnost, uzimajući u obzir njihove različite startne pozicije, dobivanja pristupa željenim dobrima. Koncept jednakih mogućnosti teži osigurati jednake šanse, ali ne i jednake rezultate. On je najzastupljeniji koncept jednakosti u suvremenim zakonodavstvima, možda i zbog toga što je najbliži logici slobodnog tržišta. Suvremeno zakonodavstvo koje uređuje građanska prava osigurava jednake mogućnosti podzastupljenim ili ranjivim skupinama otvarajući vrata onima koji nisu u mogućnosti sudjelovati na tržištu.<sup>29</sup>

Gerards ukazuje na činjenicu da je pristup Europskoga suda formalnoj i materijalnoj diskriminaciji, kao posebnim izrazima načela jednakosti, dugo vremena bio nejasan, budući da se taj sud u svojoj praksi rijetko susretao sa slučajevima u kojima su podnositelji prigovarali zbog "jednakog postupanja u različitim slučajevima (materijalna ili supstancijalna diskriminacija)."<sup>30</sup>

Veliko vijeće Europskoga suda tek je 2000. godine, u predmetu *Thlimmenos protiv Grčke* (2000.), izrijekom prihvatilo da pod okvir članka 14. Konvencije

<sup>28</sup> Non-Discrimination in International Law, isto, 19.

<sup>29</sup> Non-Discrimination in International Law, isto, 19. - 20.

<sup>30</sup> Gerards, J.: *The Application of Article 14 ECHR by European Court of Human Rights*, u knjizi: *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe* / eds. Jan Niessen, Isabelle Chopin. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2004., 13. - 14.

potpada ne samo formalna diskriminacija (nejednako postupanje u jednakim slučajevima), nego i materijalna ili supstancijalna diskriminacija.

#### 4.1.2.1. Slučaj *Thlimmenos* protiv Grčke (2000.)

U slučaju *Thlimmenos* riječ je bila o podnositelju, Jehovinu svjedoku, kojega je 1983. atensko Stalno vojno sudište osudilo na četiri godine zatvora zbog toga što je odbio odjenuti vojnu uniformu u vrijeme opće mobilizacije. Podnositelj je uvjetno pušten na slobodu (*released on parole*) nakon dvije godine i jednog dana izdržane kazne. Podnositelj se 1988. prijavio na natječaj za imenovanje dvanaestero ovlaštenih računovođa, što je u Grčkoj slobodna profesija. Na testovima je bio drugi od ukupno šezdeset kandidata. Unatoč tome, Izvršni odbor Grčkog instituta ovlaštenih računovođa odbio ga je imenovati s obrazloženjem da je bio osuđen za težak zločin. Podnositelj Europskom sudu nije prigovorio zbog svoje početne osude, nego zbog toga što je domaći zakon isključivao mogućnost da osobe osuđene za teške zločine budu imenovane na dužnost ovlaštenih računovođa. Zakon, naime, nije pravio razliku između osoba koje su osuđene zbog njihovih vjerskih uvjerenja i onih koji su osuđeni po drugim osnovama. Podnositelj se pri tom pozvao na povredu članka 14. (zabrana diskriminacije) u vezi s člankom 9. Konvencije (sloboda vjeroispovijedi).

Europski je sud u presudi iznio sljedeće pravno stajalište:

“46. Sljedeće pitanje koje treba razmotriti jest je li bio poštovan članak 14. Konvencije. Prema svojoj praksi, Sud mora ispitati je li se time što se prema podnositelju nije postupalo drugačije nego prema drugim osobama koje su ranije osuđene za ozbiljna kaznena djela težilo ostvarenju legitimnog cilja. Ako jest, Sud potom mora ispitati i je li postojao razuman odnos razmjernosti između primijenjenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju težilo.

47. Sud smatra da države u načelu imaju legitiman interes da ranijim počiniteljima nekih kaznenih djela onemoguće baviti se profesijom ovlaštenog računovođe. Sud, međutim, također smatra da, za razliku od ostalih osuđujućih presuda za teška kaznena djela, činjenica da je neko osuđen zbog toga što je iz vjerskih ili filozofijskih uvjerenja odbio odjenuti vojnu odoru ne može ukazivati na njegovo nepoštenje ili nemoralnost koji bi mogli dovesti u pitanje njegovu sposobnost za obavljanje te profesije. Prema tome, nije bilo opravdano to što je podnositelju bilo onemogućeno baviti se poslom

ovlaštenog računovođe zbog toga što je, navodno, bio za to nepodobna osoba. Sud uzima u obzir tvrdnju države da osobe koje odbiju služiti svojoj zemlji moraju biti na odgovarajući način kažnjene. Međutim, on također ukazuje na to da je podnositelj zahtjeva odslužio kaznu zatvora zbog toga što je odbio odjenuti vojnu odoru. U takvim okolnostima Sud smatra da je nerazmjerno nametanje nove sankcije podnositelju zahtjeva. Iz tog slijedi da onemogućavanje podnositelju baviti se poslom ovlaštenog računovođe nije mjera kojom se težilo ostvarenju legitimnog cilja. Iz svih tih razloga Sud smatra da nije postojalo nikakvo objektivno i razumno opravdanje za to što se prema podnositelju zahtjeva u ovom slučaju nije postupalo različito nego prema drugim osobama koje su ranije bile osuđene za teška kaznena djela.”

Utvrdivši povredu članka 14. u vezi s člankom 9. Konvencije (čl. 14+9), Europski je sud u slučaju *Thlimmenos* zauzeo sljedeće načelno pravno stajalište:

“44. Sud je dosada smatrao da je pravo iz članka 14. da se ne bude diskriminiran u uživanju prava zajamčenih Konvencijom povrijeđeno kad države postupaju različito prema osobama u usporedivim situacijama bez objektivnog i razumnog opravdanja (...). Međutim, Sud smatra da to nije jedini vid zabrane diskriminacije u članku 14. Pravo ne biti diskriminiran u uživanju prava zajamčenih Konvencijom također je povrijeđeno kad države bez objektivnog i razumnog opravdanja propuste postupati različito prema osobama čije su situacije značajno različite.”

Priznavanje zaštite protiv materijalne ili supstancijalne diskriminacije Veliko vijeće Europskoga suda naknadno je potvrdilo i u § 138. presude *Jane Smith protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (2001.), a nakon toga se ono ponavlja i u § 39. presude *Fretté protiv Francuske* (2002.).

## 4.2. Pozitivne (afirmativne) mjere

Pozitivne mjere nazivaju se i afirmativnim mjerama (*affirmative measures*), specijalnim mjerama (*special measures*), ali i pozitivnom akcijom (*positive action*).

Pozitivne su one proaktivne mjere koje poduzimaju države ili privatne ustanove radi ispravljanja posljedica prijašnje i sadašnje diskriminacije, tako

što osiguravaju obrnuti, preferencijalni tretman dovodeći u povoljniji položaj pripadnike skupina koje su ranije bile u nepovoljnijem položaju.<sup>31</sup> Takav povoljniji tretman protivan je strogo formalnom pojmu jednakosti. Danas mnogi međunarodni instrumenti dopuštaju pozitivne mjere, ali ne nalažu obveze državama da ih i poduzmu.<sup>32</sup> Na državama je ugovornicama, dakle, da izaberu hoće li ih poduzeti, a u slučaju pozitivnog odgovora slobodni su odabrati način na koji će urediti takva posebna područja od interesa za ostvarivanje pune i djelotvorne jednakosti.

Iako iz članka 14. Konvencije ne proizlazi nikakva pravna obveza država ugovornica da provode politiku pozitivnih mjera, praksa Europskoga suda potvrđuje da ih Konvencija dopušta. Štoviše, načelo pozitivnih mjera izrijeком je spomenuto u preambuli Protokola br. 12 uz Konvenciju, u kojoj države ugovornice “ponovno potvrđuju” da:

“načelo nediskriminacije ne sprječava države stranke da poduzmu mjere za promicanje pune i djelotvorne jednakosti, pod uvjetom da postoji objektivno i razumno opravdanje za te mjere”.

Prema utvrđenju Europskoga suda, cilj je takvih mjera promicanje jednakosti ili “samo ispravljanje činjeničnih nejednakosti” (presuda u *Belgijskom jezičnom slučaju*, 1968., § 10.). U takvim se slučajevima pozitivne mjere neće smatrati povredom članka 14. Konvencije, pod uvjetom da imaju objektivno i razumno opravdanje.

Primjerice, u odluci Europske komisije za ljudska prava *Lindsay protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (1986.) riječ je bila o podnositelju koji je prigovorio pojedinim rješenjima u poreznom zakonodavstvu Ujedinjenoga Kraljevstva. Konkretno, on je smatrao da je porezna olakšica koja je bila propisana za zaposlene udane žene diskriminatorna na osnovi bračnog statusa i spola. Komisija je zaključila sljedeće:

“... Komisija zaključuje da se za odredbe o porezu koje rezultiraju posebnim poreznim olakšicama (*extra tax advantages*), koje nastaju kad žena donosi

---

<sup>31</sup> Pozitivne se mjere vezuju i uz koncept “ranjivih skupina”. Usp. Morawa H. E., Alexander: “Vulnerability” as a Concept of International Human Rights Law, *Journal of International Relations and Development*, Vol. 6 (June 2003.), No 2, 139. - 155.

<sup>32</sup> Non-Discrimination in International Law, isto, 21.

prihod obitelji (*breadwinner*), može reći da ulaze unutar područja slobodne prosudbe nacionalnih vlasti. Komisija stoga nalazi da razlika u postupanju u konkretnom slučaju ima objektivno i razumno opravdanje s ciljem osiguravanja pozitivne diskriminacije u korist udanih žena koje rade. Komisija također nalazi da je zadovoljen test razmjernosti u ovom slučaju.”

## 5. IZRAVNA I NEIZRAVNA DISKRIMINACIJA U PRAKSI EUROPSKOGA SUDA

Nedvojbeno je da Europski sud štiti zabranu izravne diskriminacije (iako taj pojam u svojim presudama ne spominje), jer je ona očito obuhvaćena člankom 14. Konvencije. Iako su presude u kojima se Europski sud bavi diskriminacijom mnogobrojne, zabrana neizravne diskriminacije (koja se u tom pojmovnom izričaju počela spominjati tek u njegovim novijim presudama) priznavala se postupno, razvojem sudske prakse. Do danas su u odnosu na neizravnu diskriminaciju postavljena temeljna mjerila, ali praksa još nije u cijelosti ustaljena.

### 5.1. Izravna diskriminacija

Izravna (neposredna) diskriminacija temelji se na ideji formalne jednakosti. Može se definirati kao manje povoljno (*less favourable*) ili štetno (*detrimental*) postupanje prema pojedincu ili skupini pojedinaca na osnovi zabranjenih ili diskriminatornih osnova kao što su one navedene u članku 14. Konvencije.<sup>33</sup>

U predmetu *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (1985.) Europski je sud odredio značenje izravne diskriminacije (iako je tako ne naziva) u smislu članka 14. Konvencije:

“82. ... Sud želi istaknuti da se članak 14. odnosi na izbjegavanje diskriminacije u uživanju prava iz Konvencije u tom smislu da se zahtjevi koje Konvencija postavlja u pogledu tih prava mogu ispuniti na različite načine.

<sup>33</sup> Non-Discrimination in International Law, isto, 20. Prema članku 2. stavku 1. hrvatskog ZSD-a, izravna diskriminacija je postupanje uvjetovano nekom od diskriminatornih osnova kojim se osoba stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u usporedivoj situaciji.

Pojam diskriminacije u okviru značenja članka 14. obuhvaća, općenito rečeno, slučajeve gdje se prema nekim osobama ili skupinama, bez odgovarajućeg opravdanja, nepovoljnije postupa nego prema drugim osobama ili skupinama, iako Konvencija ne nalaže povoljniji tretman.”

## 5.2. Neizravna diskriminacija

Neizravna (posredna) diskriminacija postoji onda kad su praksa, propisi ili pravila, zahtjevi ili uvjeti naizgled neutralni, ali nerazmjerno nepovoljno utječu na određene skupine, osim ako su ta praksa, propisi ili pravila, zahtjevi ili uvjeti opravdani. Zabrana neizravne diskriminacije zahtijeva od države da uvažava relevantne razlike među skupinama.<sup>34</sup>

Europski sud do danas nije dao preciznu analizu neizravne diskriminacije u slučajevima u kojima su podnositelji zahtjeva tvrdili da su pretrpjeli nerazmjerno štetne posljedice neutralnih mjera. Razlozi takvog pristupa Europskoga suda neizravnoj diskriminaciji objašnjavaju se u sljedećoj točki.

### 5.2.1. Razvitak koncepta neizravne diskriminacije u praksi Europskoga suda

Prethodno je već rečeno da dio odredbe članka 14. Konvencije koji glasi: “ili druga okolnost”, to jest “drugo svojstvo” ili “druga osobina”, otvara prostor Europskomu sudu da utvrđuje diskriminaciju i po osnovama koje nisu sadržane u samom tom članku.

Upravo zbog postojanja mogućnosti da utvrđuje diskriminaciju u ostvarenju nekog materijalnog konvencijskog prava i zbog “drugih okolnosti” koje nisu izrijekom navedene u članku 14. Konvencije, Europski sud sve do nedavno nije pridavao veću važnost razlikovanju izravne i neizravne diskriminacije, kao specifičnih izraza doktrine o jednakoj zaštiti (*equal protection doctrine*). Smatralo se, naime, da za tim ne postoji posebna potreba jer je pred Europskim sudom

---

<sup>34</sup> Non-Discrimination in International Law, isto, 21. Prema članku 2. stavku 2. hrvatskog ZSD-a, neizravna diskriminacija postoji kad naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa, stavlja ili bi mogla staviti osobe u nepovoljniji položaj na nekoj od diskriminatornih osnova u odnosu na druge osobe u usporedivoj situaciji, osim ako se takva odredba, kriterij ili praksa mogu objektivno opravdati zakonitim ciljem, a sredstva za njihovo postizanje su primjerena i nužna.



ionako moguće osporavati bilo koju nejednakost u postupanju na bilo kojoj osnovi na kojoj se zasniva.

#### 5.2.1.1. Slučaj Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenoga Kraljevstva (1985.)

U starijoj presudi *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (1985.) Europski je sud sugerirao da Konvencija uopće ne obuhvaća neizravnu diskriminaciju. U tom su slučaju podnositeljice zahtjeva bile zakonito i stalno nastanjene u Ujedinjenomu Kraljevstvu. U vrijeme podnošenja zahtjeva Europskoj komisiji za ljudska prava, gđa Abdulaziz bila je ili apatrid ili državljanka Malawa, gđa Cabales bila je državljanka Filipina, a gđa Balkandali bila je državljanka “Ujedinjenoga Kraljevstva i kolonija” (*United Kingdom and Colonies*). U skladu s imigracijskim propisima koji su bili na snazi u relevantno vrijeme, podnositeljicama je odbijena dozvola da ostanu sa svojim supruzima ili da im se oni pridruže u Velikoj Britaniji u svojstvu bračnih drugova. Podnositeljice zahtjeva tvrdile su između ostaloga da su zbog toga bile žrtve diskriminacije na osnovi spola i rase, a u slučaju podnositeljice Balkandali i na osnovi rođenja te da je došlo do povrede članka 3. Konvencije i članka 8. zasebno i u vezi s člankom 14. Konvencije.

Europski je sud u tom predmetu prvo razmotrio “Povijest i pozadinu slučaja” (§§ 11. i 12.), a nakon toga i sve mjerodavne pozitivne propise Ujedinjenoga Kraljevstva u području imigracijskog prava (§§ 13. – 37.) te relevantne statističke podatke o ukupnom broju imigranata u Ujedinjenomu Kraljevstvu iz tzv. New Commonwealtha (§ 38. presude).

Ukratko, Europski je sud istaknuo da se razvoj kontrole imigracije u Ujedinjenomu Kraljevstvu mora sagledavati u svjetlu povijesti britanskog imperija i odgovarajućih promjena u zakonima o državljanstvu. Prvobitno su sve osobe koje su rođene u Ujedinjenomu Kraljevstvu odnosno koje su imale određenu vezu s Ujedinjenim Kraljevstvom ili dominijima, “dugovale” lojalnost Kruni i bile britanski podanici. Međutim, zajedničko britansko državljanstvo bilo je teško pomiriti s neovisnošću zemalja Commonwealtha s vlastitom samoupravom, u koje se imperij transformirao. Budući da su različiti teritoriji o kojima je riječ postali neovisni, uveli su vlastite zakone o državljanstvu, ali su u smislu prava Ujedinjenoga Kraljevstva osobe koje su imale državljanstvo neke neovisne zemlje Commonwealtha zadržavale poseban status “britanskog podanika” ili

“državljanina Commonwealtha” (pri čemu su se ti izrazi smatrali sinonimima). Taj status također su imali i državljani “Ujedinjenoga Kraljevstva i kolonija”. Prije 1. siječnja 1983. državljanstvo “Ujedinjenoga Kraljevstva i kolonija” u jednom se kratkom vremenskom razdoblju stjecalo rođenjem u Ujedinjenomu Kraljevstvu ili u jednom od preostalih teritorija pod jurisdikcijom Ujedinjenoga Kraljevstva, na osnovi podrijetla od oca koji ima to državljanstvo, naturalizacijom ili upisom (Zakon o britanskom državljanstvu iz 1948.).

Dok su stranci bili podvrgnuti stalnoj i strogoj imigracijskoj kontroli tijekom dugoga vremenskog razdoblja, to nije važno za državljane Commonwealtha. Do 1962. godine oni su, neovisno o njihovom “lokalnom” državljanstvu, svi imali pravo slobodno ulaziti u Ujedinjeno Kraljevstvo radi zaposlenja i stalnog boravka, bez bilo kakvih ograničenja. Veliki porast priljeva imigranata, osobito 1960. i 1961., i opasnost da stopa imigracije prijeđe granicu sposobnosti te zemlje da ih sve prihvati, doveli su do radikalne promjene situacije. Zakoni o imigrantima iz zemalja Commonwealtha iz 1962. i 1968. ograničili su pravo ulaza u Veliku Britaniju i nametnuli imigracijsku kontrolu određenim skupinama državljanja Commonwealtha, uključujući i državljane “Ujedinjenoga Kraljevstva i kolonija” koji nisu imali bliske veze s Velikom Britanijom.

Polazeći od tih činjenica, Europski je sud u predmetu *Abdulaziz* ispitao navodne povrede zabrane diskriminacije na osnovi spola i rase, a u odnosu na podnositeljicu *Balkandali* i na osnovi rođenja. U nastavku se prikazuje dio presude Europskoga suda koji se bavi navodnom diskriminacijom na osnovi rase:

*“C. Navodna diskriminacija na osnovi rase*

84. Što se tiče navodne diskriminacije na osnovi rase, podnositeljice zahtjeva pozivale su se na mišljenje manjine članova Komisije. One su spomenule, između ostaloga, čitavu povijest i pozadinu imigracijskih zakona Ujedinjenog Kraljevstva (...) i parlamentarne rasprave o imigracijskim propisima.

Osporavajući tu tvrdnju, država je iznijela stajalište da Pravila iz 1980. nisu rasno motivirana i da je njihov cilj bio ograničenje ‘primarne imigracije’ (...).

Većina članova Komisije zaključila je da nije bilo povrede članka 14. po ovoj točki. Najveći broj imigracijskih mjera - koje ograničavaju, kao što je to slučaj, slobodan ulazak - razlikuju se na osnovi državljanstva ljudi, a indirektno na osnovi njihove rase, etničkog podrijetla i, moguće, boje njihove kože. Iako država ugovornica ne smije primjenjivati ‘mjere čisto rasističke prirode’,

pružanje preferencijalnog tretmana vlastitim državljanima ili osobama iz zemalja s kojima ta država ima najbliže veze nije 'rasna diskriminacija'. Praktični učinak propisa Ujedinjenog Kraljevstva ne znači da su ti propisi užasavajući zbog rasne diskriminacije, budući da nema dokaza o stvarnoj razlici u postupanju na osnovi rase.

Manji broj članova Komisije, s druge strane, utvrdio je da je osnovni cilj tih propisa bilo sprječavanje imigracije iz New Commonwealtha i Pakistana. To nije slučajno: povijest zakonodavstva pokazuje da je postojala namjera 'da se smanji broj obojenih imigranata'. Po svojim učincima i svrsi, ti propisi su indirektno rasistički i stoga je postojala povreda članka 14. ... po ovoj točki u slučajevima gđe Abdulaziz i gđe Cabales.

85. Sud se slaže s većinom članova Komisije u ovom pogledu.

Pravila iz 1980., koja su važila, općenito uzevši, za sve osobe bez prava boravka koje su željele ući u Ujedinjeno Kraljevstvo i tamo se nastaniti, nisu sadržavala odredbe koje prave razliku između osoba ili skupina na osnovi rase ili etničkog podrijetla. Stavak 2. tih Pravila sadržavao je posebnu uputu imigracijskim službenicima da obavljaju svoje dužnosti bez obzira na rasu, boju kože ili vjeru osobe koja pokušava ući u zemlju (...), i ta Pravila su važila svugdje za imigrante koji pokušavaju ući u zemlju iz svih dijelova svijeta, bez obzira na rasu ili podrijetlo.

Sud je već uvažio činjenicu da je glavna i bitna svrha Pravila iz 1980. bila smanjiti 'primarnu imigraciju' kako bi se zaštitilo tržište rada u vrijeme velike nezaposlenosti. To znači da su stroža ograničenja po pitanju imigracije, koja su uvedena tim propisima, zasnovana ne na nezadovoljstvu u pogledu podrijetla onih koji nisu državljani, a žele ući u zemlju, već na potrebi da se zaustavi priljev imigranata u to vrijeme.

To što se masovna imigracija protiv koje su ti propisi bili usmjereni sastojala većinom od onih koji su željeli imigrirati iz New Commonwealtha i Pakistana, i to što su, kao posljedica toga, u dano vrijeme time bili manje pogođeni bijelci nego ostali, nije dostatan razlog da se ti propisi smatraju rasističkim po svojoj naravi: u pitanju je učinak koji proizlazi ne iz sadržaja Pravila iz 1980., već iz činjenice da su, među onima koji su željeli imigrirati, neke etničke skupine brojčano nadmašivale druge.

Sud zaključuje iz gore navedenog da Pravila iz 1980. nisu pravila nikakvu razliku na osnovi rase i stoga nisu bila diskriminatorna po toj osnovi. (...)

86. Sud prema tome smatra da podnositeljice zahtjeva nisu žrtve diskriminacije na osnovi rase."

Iz prikazanog dijela obrazloženja presude *Abdulaziz* razvidno je da se Europski sud u konkretnom slučaju usmjerio na svrhu spornih mjera britanske vlade: zaštitu tržišta rada u Velikoj Britaniji. Međutim, također je važno napomenuti da su pojedini suci (Carrillo, Melchior i Weitzel) u izdvojenom mišljenju protivnom presudi istaknuli da su sporna britanska imigracijska pravila “po svojim praktičnim kratkoročnim kolateralnim učincima i samoj svojoj svrsi bila posredno rasistička”.

#### 5.2.1.2. Slučaj *Kelly* i drugi protiv Ujedinjenoga Kraljevstva (2001.)

Iako se činilo da je Europski sud već početno odbacio mogućnost priznavanja koncepta neizravne diskriminacije, recentniji slučajevi s početka 2000-ih godina ipak pokazuju “nov i različit pristup” (Gerards) u tom pitanju, na što ukazuju presude *McKerr protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (2001.), *Shanaghan protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (2001.), *Kelly i drugi protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (2001.) i *McShane protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (2002.)

Primjerice, u predmetu *Kelly i drugi protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (2001.) ispitala se uporaba sile snaga sigurnosti u Sjevernoj Irskoj 1987. godine (vezano uz djelovanje IRA-e). Podnositelji su u zahtjevu ukazivali na činjenicu da je većina osoba koje su ozlijedile ili usmratile snage sigurnosti bila katoličke vjeroispovijedi, a da protestanti gotovo nikada nisu bili žrtve djelovanja sigurnosnih snaga. Stoga je, prema mišljenju podnositelja, uporaba sile sigurnosnih snaga konstituirala neizravnu diskriminaciju na osnovi vjere, koja inače podliježe strogom nadzoru Europskoga suda.<sup>35</sup>

Europski sud u slučaju *Kelly* nije utvrdio povredu članka 14. u vezi s člankom 9. Konvencije, ali je iznio pravno stajalište iz kojega se može nazrijeti njegov pristup problemu neizravne diskriminacije:

“148. Gdje opća politika ili mjera ima nerazmjerno štetan učinak na određenu skupinu nije isključeno da se to može smatrati diskriminatornim usprkos tome što (ta politika ili mjera) nisu konkretno ciljane ili usmjerene na tu skupinu. Međutim, iako se statistički pokazuje da je većina ljudi (koje su) ubile snage sigurnosti bila iz katoličke ili nacionalističke zajednice, Sud ne smatra da statistika može sama po sebi ukazati na praksu koja bi

<sup>35</sup> Gerards, isto, 12.

se mogla klasificirati kao diskriminatorna u smislu članka 14. Ne postoji dokaz pred Sudom koji bi ga ovlastio da zaključi kako je bilo koje od tih ubojstava (...) uključivalo nezakonitu (*unlawful*) ili prekomjernu uporabu sile od pripadnika sigurnosnih snaga.”

Gerards smatra da navedena presuda pokazuje kako “Europski sud priznaje koncept neizravne diskriminacije u najmanju ruku u načelu, ali također pokazuje da će broj uspješnih prigovora neizravne diskriminacije biti ekstremno ograničen stoga što je Sud formulirao stroge zahtjeve u odnosu na teret dokazivanja koje podnositelj mora zadovoljiti.”<sup>36</sup>

#### 5.2.1.3. Slučaj Zarb Adami protiv Malte (2006.)

Korak naprijed prema priznavanju neizravne diskriminacije Europski je sud učinio u slučaju *Zarb Adami protiv Malte* (2006.). U tom je predmetu podnositelj zahtjeva prigovorio da malteški sustav porote penalizira muškarce i favorizira žene, jer statistički podaci pokazuju da su tijekom posljednjih pet godina samo 3,05% žena bile porotnice nasuprot 96,95% muškaraca. Štoviše, teret porotničke dužnosti nije jednakomjerno distribuiran budući da zahvaća vrlo mali dio populacije: u 1997. popis porotnika činio je samo 3,4% popisa birača. U praksi, oni koji su jednom stavljeni na popis porotnika ostali bi na njemu sve dok ne bi bili razriješeni, dok su drugi, koji također ispunjavaju sve uvjete za porotnike, zapravo *de facto* oslobođeni od te građanske dužnosti. Podnositelj zahtjeva istaknuo je povredu članka 4. stavka 3. točke (d) u vezi s člankom 14. Konvencije pozivajući se na praksu Europskoga suda vezanu uz institut “uobičajene građanskih dužnosti” u predmetima *Karlheinz Schmidt protiv Njemačke* (1994.) i *Van Der Musselle protiv Belgije* (1983.).<sup>37</sup>

Europski je sud utvrdio da se prigovori podnositelja ne odnose na tekst domaćih zakonskih odredbi, s obzirom da sam zakon u tom trenutku nije pravio razliku među spolovima, već na situaciju u praksi vezanu uz način na koji se sastavljaju popisi porotnika i stvaraju mjerila za izuzeće od porotničke

<sup>36</sup> Gerards, isto, 12. - 13. Gerards na istom mjestu podrobno obrazlaže to svoje stajalište.

<sup>37</sup> Članak 4. stavak 3. točka (d) Konvencije glasi: “U svrhu tumačenja ovoga članka pojam “prisilni ili obvezatni rad” ne obuhvaća: ... d) svaki rad ili službu koji su dio uobičajenih građanskih obveza.”

dužnosti. To je rezultiralo time da je samo mali postotak žena bio pozvan na obnašanje porotničke dužnosti. Nasuprot utvrđenjima u ranijem predmetu *Hugh Jordan protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (2001.), u kojem je istaknuo da “ne smatra kako statistike mogu same po sebi iznijeti na vidjelo praksu koja bi se mogla klasificirati diskriminacijskom u smislu članka 14.” (§ 154. presude) ili u prethodno spomenutoj presudi *Kelly protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (2001.), Europski je sud u presudi *Zarb Adami protiv Malte* (2006.) utvrdio da “smatra kako ti podaci (statistički - op.) pokazuju da građanska dužnost porotničke službe predominantno leži na muškarcima. Prema tome, postoji razlika u postupanju između dviju skupina - muškaraca i žena - koje su u odnosu na tu dužnost bile u sličnoj situaciji” (§ 78. presude). U skladu s tim Europski je sud utvrdio da u tom pitanju postoji različito postupanje prema muškarcima od onoga prema ženama. Naglašavajući da za opravdavanje razlike na osnovi spola uvijek moraju postojati važni razlozi, a takvih u konkretnom slučaju nije bilo, Europski je sud utvrdio postojanje diskriminacije odnosno povredu članka 14. Konvencije (§ 80. presude).

#### 5.2.1.4. Slučaj D.H. i drugi protiv Češke (2007.)

Prekretnicu u konceptu neizravne diskriminacije čini presuda Velikog vijeća Europskoga suda u predmetu *D.H. protiv Češke Republike* (2007.).<sup>38</sup> U njoj je Veliko vijeće prvi put utvrdilo povredu članka 14. Konvencije na temelju neizravne diskriminacije i dalo okvirne smjernice o tome kako se ona dokazuje.<sup>39</sup> Time je Europski sud konačno jasno potvrdio da Konvencija obuhvaća njezinu bit.

Ipak, prema stajalištima pojedinih autora, u pitanju neizravne diskriminacije praksa još uvijek nije ustaljena. Tako Rodin smatra da je u kasnijoj presudi Prvog

<sup>38</sup> Prikaz presude Velikog vijeća Europskoga suda u predmetu *D.H. protiv Češke Republike* (2007.) v.: Staničić, Frane/Ofak, Lana: Sudska praksa. Europski sud za ljudska prava (Strasbourg), Hrvatska javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave (1331-6443) (2008.), broj 1, 241. - 265.

<sup>39</sup> Isto i Radačić: “Presuda je važna za sve ranjive skupine podložne indirektnoj diskriminaciji jer je u njoj Europski sud napustio svoju dotad konzervativnu praksu u slučajevima dokazivanja indirektna diskriminacije te detaljno po prvi puta objasnio pojam indirektna diskriminacije i načine njezina dokazivanja.”, Radačić, Ivana: “Važna presuda za Rome, ali ne samo za njih” (komentar), H-Alter, 22. 11. 2008., URL: <http://www.h-alter.org/vijesti/ljudska-prava/vazna-presuda-zarome-ali-ne-samo-za-njih/print:true> (pristup: kolovoz 2009.)

odjela Europskoga suda u predmetu *Oršuš protiv Hrvatske* (2008.) Europski sud ponovo primijenio standarde koji su vrijedili prije presude *D.H. protiv Češke Republike* (2007.). Zbog važnosti koju ima za daljnji razvitak koncepta neizravne diskriminacije, u radu se podrobnije prikazuje i ta presuda.

Činjenice u predmetu *D.H. protiv Češke Republike* (2007.) bile su sljedeće: zahtjev su 2001. godine Europskom sudu podnijeli zastupnici osamnaestoro romske djece iz češkog grada Ostrave koji su u to vrijeme pohađali tzv. posebne škole (škole za djecu s poteškoćama u razvoju). Podnositelji zahtjeva u te su škole smješteni u skladu s češkim zakonodavstvom, prema kojemu odluku o pohađanju tih škola donose njihovi ravnatelji po preporuci obrazovno-psiholoških centara gdje se djeca podvrgavaju testiranju (po preporuci učitelja ili kad se upisuju u škole), uz pristanak roditelja. U konkretnom slučaju, kao razlozi za smještaj podnositelja u posebne škole navedeni su, među ostalim, nedovoljno poznavanje češkog jezika, previše tolerantni stavovi roditelja te neprikladno društveno okruženje.

Prema statističkim podacima koje su podnositelji zahtjeva podnijeli Europskomu sudu, romska djeca u to su vrijeme sačinjavala 56% populacije u posebnim školama, a samo 2,26% u osnovnim školama. Nasuprot tome, samo je 1,8% ne-romske djece raspoređivano u posebne škole. Drugim riječima, romsko dijete u Ostravi imalo je 27 puta veću šansu da bude smješteno u posebnu školu u odnosu prema ne-romskom djetetu. Prema podacima Savjetodavnog odbora o Okvirnoj konvenciji o zaštiti nacionalnih manjina, postotak romske djece u posebnim školama bio je još i viši: romska djeca sačinjavala su čak 70% populacije u tim školama. Većina nije imala nikakve intelektualne poteškoće, već su u te škole bila smještena na temelju jezičnih i kulturoloških razlika.

Podnositelji su tvrdili da njihov smještaj u posebne škole - u kojima su imali znatno inferiornije obrazovanje koje im je bila prepreka za daljnje školovanje - predstavlja tzv. *de facto* diskriminaciju i rasnu segregaciju, jer im se na diskriminatornim osnovama uskraćuje pravo na obrazovanje. S tim u vezi tvrdili su da se bez razumnog i objektivnog opravdanja s romskom djecom u obrazovnom sustavu postupa različito nego s onom ne-romskom.

Češka je vlada tvrdila da smještaj u posebne škole nije diskriminatoran jer nije utemeljen na etničkoj pripadnosti, već je opravdan na temelju psiholoških testova i pristanka roditelja na takav smještaj.

Drugo vijeće Europskoga suda donijelo je presudu 7. veljače 2006. kojom je utvrdilo da češka vlada nije povrijedila članak 14. Konvencije (zabrana diskriminacije) u vezi s člankom 2. Protokola br. 1 uz Konvenciju (pravo na obrazovanje).

Podnositelji su podnijeli zahtjev za preispitivanje navedene presude Drugog odjela pred Velikim vijećem Europskoga suda, osobito zahtijevajući da se pojasni pojam neizravne diskriminacije i teret njezina dokazivanja. Podnositelji su se pozvali na definicije neizravne diskriminacije u međunarodnom pravu i pravu Europske unije, prema kojima u slučajevima neizravne diskriminacije namjera nije relevantna, a nepovoljan tretman ne mora biti utemeljen na zabranjenim osnovama. Također su se pozvali na pravila o teretu dokazivanja, kojima se propisuje da podnositelj zahtjeva mora dokazati samo činjenice koje su dostatne za pretpostavljanje postojanja diskriminacije (između ostaloga, i na temelju statističkih podataka), a da tužena država mora dokazati postojanje objektivnog i razumnog opravdanja za uvođenje sporne mjere.

Veliko vijeće Europskoga suda smatralo je da u slučaju *D.H. i drugi protiv Češke Republike* (2007.) nije riječ o izravnoj diskriminaciji:

“183. Navodi podnositelja u konkretnom slučaju ne odnose se na to da su oni bili u različitoj situaciji od ne-romske djece koja ukazuje na različit tretman ili da je odgovorna država propustila poduzeti pozitivnu akciju kojom bi ispravila činjenične nejednakosti ili različitosti među njima (*Thlimmenos*, § 44.; i *Stec i drugi*, § 51.). U njihovu podnesku, sve što se treba ustanoviti jest da su oni, bez objektivnog i razumnog opravdanja, tretirani nepovoljnije negoli ne-romska djeca u usporedivoj situaciji i da je to u njihovu slučaju dovelo do neizravne diskriminacije.”

Temeljno je pitanje, dakle, bilo sljedeće: je li način na koji su mjerodavni češki zakoni primijenjeni u praksi rezultirao smještajem nerazmjerno većeg broja romske djece - uključujući podnositelje zahtjeva - u tzv. posebne škole i jesu li time podnositelji zahtjeva stavljeni u nepovoljniji položaj bez objektivnog i razumnog opravdanja? Drugim riječima, je li opravdanje za spornu mjeru koje je navela češka vlada (da je smještaj učinjen na temelju psiholoških testova te da su roditelji pristali na smještaj svoje djece u posebne škole) bilo objektivno i razumno.

U odnosu na testiranje kojemu su djeca podvrgnuta, Veliko je vijeće prvo napomenulo da nije zadaća Europskoga suda da procjenjuje takve testove. Ipak, na temelju brojnih čimbenika, uključujući činjenicu da su testovi osmišljeni za većinsko pučanstvo i ne uzimaju u obzir potrebe i iskustva romske djece, a kritizirani su i od međunarodnih organizacija i same češke vlade, veliko je vijeće donijelo odluku da se ti testovi ne mogu smatrati opravdanim razlogom za nepovoljniji tretman romske djece.



U vezi s pristankom roditelja da im se djeca smjeste u posebne škole, koji je u konkretnom slučaju imao učinak odricanja od prava zajamčenog Konvencijom (*waiver of a right guaranteed by the Convention*), odnosno učinak odricanja od prava da se ne bude diskriminiran (*waiver of the right not to be discriminated against*), Veliko je vijeće prvo naglasilo da odricanje od prava zajamčenih Konvencijom, ako je uopće dopušteno, mora biti ustanovljeno na nedvosmislen način i mora biti dano nakon potpunog upoznavanja s činjenicama (*in full knowledge of the facts*), što znači na osnovi “informiranog pristanka” (*informed consent*) (§ 202. presude). Veliko je vijeće zaključilo da se u konkretnom slučaju ne može sa sigurnošću utvrditi da su roditelji, pripadnici ranjive, marginalizirane skupine, često nedostavno obrazovani, bili u mogućnosti procijeniti sve aspekte situacije i učinke pristanka, budući da im predstavnici škole nisu detaljno objasnili ni razlike među redovitim i posebnim školama ni alternativu, a često je postojao i pritisak na roditelje da se djeca prebace u posebne škole, odnosno strah roditelja da će djeca biti marginalizirana u redovnim školama (§ 203. presude).

Veliko je vijeće Europskoga suda na kraju zaključilo:

“204. Sa stajališta fundamentalne važnosti zabrane rasne diskriminacije (...), Veliko vijeće smatra da, čak i pod pretpostavkom ispunjenja uvjeta na koje se upućuje u gornjem paragrafu 202., odricanje od prava da se ne bude podvrgnut rasnoj diskriminaciji ne može se prihvatiti, jer bi to bilo protivno važnom javnom interesu.”<sup>40</sup>

Veliko je vijeće Europskoga suda u presudi *D.H. i drugi protiv Češke Republike* (2007.) potvrdilo stajalište, posredno već izraženo u predmetu *Zarb Adami protiv Malte* (2006.), da se u slučajevima neizravne diskriminacije statistički podaci smatraju *prima facie* dokazima, pa je zbog toga na tuženoj vladi da dokaže postojanje opravdanog razloga za nepovoljnije postupanje prema

---

<sup>40</sup> Razmatrajući pravo na odricanje od prava da se ne bude diskriminiran Veliko se vijeće Europskoga suda pozvalo, *mutatis mutandis*, na presudu *Hermi protiv Italije* (2006.) u kojoj se bavilo pravom na odricanje od prava na pošteno suđenje. U toj je presudi Veliko vijeće Europskoga suda utvrdilo sljedeće: “73. Ni slovo ni duh članka 6. Konvencije ne sprječavaju osobu da se odrekne svojom vlastitom slobodnom voljom, bilo izrijeком ili prešutno, ovlasti na jamstva poštenog suđenja (...). Međutim, takvo odricanje mora, da bi imalo učinke na svrhe Konvencije, biti ustanovljeno na jasan način i biti praćeno minimumom jamstava razmjerno njihovoj važnosti (...). Dodatno, ono ne smije ići protiv bilo kakvog važnog javnog interesa (...).”

romskoj djeci. Konačno, Veliko je vijeće Europskog suda zaključilo da se u slučaju neizravne diskriminacije ne traži postojanje diskriminatorne namjere (*discriminatory intent*):

“184. Sud je već u prethodnim slučajevima prihvatio da razlike u postupanju mogu poprimiti oblik nerazmjerno štetnih učinaka opće politike ili mjere (*form of disproportionately prejudicial effects of a general policy or measure*) koje, iako zaodjenute u neutralne uvjete, diskriminiraju skupinu (...). U skladu, primjerice, s direktivama Vijeća (*Council Directives*) 97/80/EC i 2000/43/EC (...) i definicijom koju propisuje ECRI (*European Commission against Racism and Intolerance* - op.), takva situacija može dovesti do ‘neizravne diskriminacije’, koja ne pretpostavlja nužno diskriminatornu namjeru.

193. ... Romska su djeca činila većinu djece u posebnim školama. Iako zaodjenute u neutralne uvjete, relevantne zakonske odredbe imale su prema tome znatno veći utjecaj u praksi na romsku djecu negoli na ne-romsku djecu i rezultirale su u statistički nerazmjernom broju njihova smještaja u posebne škole.

194. Gdje se pokaže da zakonodavstvo proizvodi takav diskriminirajući učinak, Veliko vijeće smatra da, kao i u slučajevima vezanim uz zapošljavanje ..., nije nužno ni u slučajevima iz područja obrazovanja (...) dokazati bilo kakvu diskriminatornu namjeru na strani mjerodavnih vlasti (...).”

#### 5.2.1.5. Slučaj Oršuš i drugi protiv Hrvatske (2008.)

Činjenice u predmetu *Oršuš i drugi protiv Hrvatske (2008.)* bile su sljedeće: kao školska djeca, podnositelji su zahtjeva u određenim razdobljima pohađali posebne razrede, u kojima su bili samo romski učenici, u osnovnim školama u selima Macinec, Podturen i Orehovica. Ukupan broj učenika u Osnovnoj školi Macinec 2001. godine bio je 445, a 194 njih bili su Romi. Postojalo je šest razreda u kojima su svi učenici bili Romi, s ukupno 142 učenika, dok je preostalih pedeset i dvoje romskih učenika pohađalo redovite (mješovite) razrede. Ukupan broj učenika u Osnovnoj školi Podturen 2001. godine bio je 463, a 47 njih bili su Romi. Postojao je samo jedan razred u kojem su svi učenici bili Romi, sa sedamnaest učenika, dok je preostalih tridesetero romskih učenika pohađalo redovite (mješovite) razrede. Ukupan broj učenika u Osnovnoj školi Orehovica 2001. godine bio je 340, a 90 njih bili su Romi. Postojala su dva

razreda u kojima su svi učenici bili Romi, s četrdeset i jednim učenikom, dok je preostalih četrdeset i devet romskih učenika pohađalo redovite (mješovite) razrede.

Podnositelji su 2002. podnijeli pred Općinskim sudom u Čakovcu tužbu na temelju članka 67. Zakona o upravnim sporovima protiv navedenih osnovnih škola i Osnovne škole Kuršanec, Republike Hrvatske i Međimurske županije. Tvrdili su da je nastava organizirana u razredima u kojima su svi učenici bili Romi, formiranim u tim četirima školama, bila značajno smanjenoga sadržaja i opsega u odnosu na službeno propisani nastavni plan i program. Podnositelji zahtjeva tvrdili su da su zbog opisane situacije bili žrtve rasne diskriminacije i da im je povrijeđeno pravo na obrazovanje, kao i pravo na zaštitu od nečovječnog i ponižavajućeg postupanja. Od suda su zatražili da tuženicima naloži da se u budućnosti suzdrže od takvog ponašanja.

Općinski sud u Čakovcu odbio je 26. rujna 2002. tužbu podnositelja, prihvativši argument tuženika da je većina romskih učenika bila raspoređena u posebne razrede zbog toga što nisu tečno govorili hrvatski jezik. Stoga je sud presudio da to nije nezakonito i da podnositelji zahtjeva nisu uspjeli potkrijepiti svoje tvrdnje o rasnoj diskriminaciji. Na kraju, sud je zaključio da podnositelji zahtjeva nisu dokazali navodnu razliku u nastavnom planu i programu koji se provodio u razredima gdje su svi učenici bili Romi. Podnositelji su podnijeli protiv te prvostupanjske presude žalbu, tvrdeći da je proizvoljna i kontradiktorna. Županijski sud u Čakovcu odbio je 14. studenoga 2002. njihovu žalbu, te potvrdio obrazloženje iz prvostupanjske presude. Poslije toga, podnositelji su 19. prosinca 2002. podnijeli ustavnu tužbu Ustavnom sudu Republike Hrvatske, u kojoj su ponovili prijašnje tvrdnje, pozivajući se na mjerodavne odredbe Ustava i Konvencije. Ustavni sud je odlukom broj: U-III-3138/2002 (Narodne novine br. 22 od 26. veljače 2007.) odbio ustavnu tužbu podnositelja. U odluci je među ostalim utvrdio:

“Ustavnom sudu nije predočena nijedna činjenica na temelju koje bi se moglo zaključiti da je raspored podnositelja u posebne razredne odjele motiviran ili poduzet zbog njihove rasne ili etničke pripadnosti.

Prema ocjeni Ustavnog suda, on je poduzet radi ostvarenja legitimnog cilja koji se sastoji u nužnom prilagođavanju osnovnoškolskog obrazovnog sustava sposobnostima i potrebama podnositelja, pri čemu je presudan čimbenik njihovo nepoznavanje ili slabo poznavanje hrvatskog jezika na kojem se odvija nastava.

Svrha utemeljenja posebnih odjela pri upisu u prvi razred osnovne škole stoga nije rasna segregacija, već mjera koja osigurava pojačan rad s djecom radi učenja hrvatskog jezika i otklanjanja posljedica prethodne socijalne deprivacije.

Osobito je važno napomenuti da statistički podaci o broju romske djece u posebnim razrednim odjelima u školskoj godini 2001./2002. ... sami po sebi nisu dostatni pokazatelj na temelju kojega bi se postupanje tuženika moglo smatrati diskriminatornim (tako i Europski sud za ljudska prava u presudama *Hugh Jordan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, ... § 154.; *D.H. protiv Češke Republike*, § 46.).

Štoviše, sami podnositelji u ustavnoj tužbi navode da je u školskoj godini 2001./2002. u osnovnim školama u Međimurskoj županiji odmah pri upisu u osnovnu školu 40,93% romske djece raspoređeno u redovite razredne odjele, što također ukazuje na osnovanost zaključka Ustavnog suda o nepostojanju razloga za sumnju u pravilnost rada tuženih osnovnih škola i spomenutih stručnih povjerenstava u tom pitanju. (...)

Podnositelji u ustavnoj tužbi, međutim, ukazuju i na sljedeće: 'čak i da je nepoznavanje hrvatskog jezika problem koji postoji pri upisu romskih učenika u prvi razred, očito je da taj problem više ne postoji kod upisa u kasnije razrede'. Stoga smatraju da su njihova prava povrijeđena stajalištem sudova da je opravdano i u višim razredima zadržati posebne razrede kako se ne bi mijenjala "stabilnost cjeline", jer stabilnost cjeline u razrednom odjelu, prema njihovom mišljenju, ne bi smjela biti veća vrijednost od njihovih ustavnih prava i multikulturalnosti, te jednakosti i nacionalne ravnopravnosti.

Ustavni sud u tom dijelu prihvaća navode podnositelja ustavne tužbe.

Naime, unatoč tome što smatra pravilnim i ustavnopravno prihvatljivim utvrđenja nadležnih sudova da je nepoznavanje hrvatskog jezika prilikom upisa djece u školu objektivna poteškoća, zbog čega i formiranje razrednih odjela s djecom koja prilikom upisa u osnovnu školu ne govore hrvatski jezik ili ga slabo govore ima objektivno i razumno opravdanje, Ustavni sud - sagledavajući okolnosti konkretnog slučaja - ne smatra prihvatljivim sljedeći zaključak suda prvog stupnja: 'Nadalje, u višim se razredima poštuje cjelovitost razreda i razredni kolektiv, pa do prebacivanja djece iz razreda u razred dolazi samo iznimno i u opravdanim slučajevima (...), jer je razred jedna homogena cjelina, te da bi prebacivanje djece iz razreda u razred kod njih izazvalo stres. (...) Stalnost skupine je uvjet da se formira razredni kolektiv ... '

Sukladno tome, Ustavni sud ne smatra prihvatljivim ni sljedeće stajalište drugostupanjskog suda: 'Razredni odjeli formiraju se kod upisa u prvi razred osnovne škole, a ne svake školske godine, te se ne mijenjaju (osim iznimno). Oni postaju jedna stabilna cjelina, koja omogućava kvalitetniji rad, pa je pedagoški opravdano ne mijenjati ih. Stoga ovaj sud, isto kao i prvostupanjski, zaključuje da zadržavanjem postojećih, već formiranih razrednih odjela nije počinjena nezakonita radnja.'

Navedena stajališta sudova bila bi prihvatljiva kad bi se odnosila na uobičajene situacije vezane uz raspoređivanje učenika u više razrede u onim osnovnim školama u kojima nema objektivne potrebe za poduzimanjem posebnih mjera, među koje pripada i mjera formiranja posebnih razrednih odjela za one učenike koji ne poznaju ili slabo poznaju hrvatski jezik.

Sagledavajući okolnosti konkretnog slučaja, Ustavni sud ocjenjuje da načelno postoji objektivno i razumno opravdanje zadržati u višim razredima osnovne škole posebne razredne odjele samo za one učenike koji nisu svladali hrvatski jezik u mjeri koja bi omogućavala nesmetano praćenje odgovarajućeg nastavnog plana i programa u redovitim razrednim odjelima. ...

Nema, međutim, objektivnog i razumnog opravdanja ne uključiti u redoviti razredni odjel onog učenika koji je u nižim razredima osnovne škole u cijelosti svladao hrvatski jezik i s uspjehom usvojio propisani nastavni plan i program.

Svako zadržavanje takvog učenika u posebnom razrednom odjelu protiv njegove volje ... iz razloga koji nisu vezani uz njegove potrebe i sposobnosti bilo bi ustavnopravno neprihvatljivo s aspekta njegovog prava na jednakost pred zakonom, zajamčenog člankom 14. stavkom 2. Ustava."

Prvo vijeće Europskoga suda donijelo je 17. srpnja 2008. presudu u predmetu *Oršuš i drugi protiv Hrvatske* (2008.), u kojoj je presudilo da nije došlo do povrede članka 2. Protokola br. 1 uz Konvenciju (pravo na obrazovanje) zasebno i u vezi s člankom 14. Konvencije.<sup>41</sup> Mjerodavni dijelovi obrazloženja te presude vezani uz načelo zabrane diskriminacije u vezi s pravom na obrazovanje glase:

---

<sup>41</sup> Prvo je vijeće Europskoga suda u tom predmetu presudilo, međutim, da je došlo do povrede članka 6. stavka 1. Konvencije zbog nerazumno dugog postupka pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske. Ono je također odlučilo da su očito neosnovani prigovori podnositelja prema kojima njihovo raspoređivanje u posebne razrede na temelju rase predstavlja nečovječno i ponižavajuće postupanje, odnosno povredu članka 3. Konvencije, zbog čega je taj dio zahtjeva podnositelja nadležno sudsko vijeće odbacilo zbog nedopuštenosti.

“Članak 14. Konvencije u vezi s člankom 2. Protokola br. 1

*i. Opća načela*

63. Sud je u svojoj sudskoj praksi utvrdio da diskriminacija znači različito postupanje prema osobama u relevantno sličnim situacijama, bez objektivnog i razumnog opravdanja (...). Međutim, članak 14. ne zabranjuje državi članici da prema određenim skupinama postupi različito kako bi ispravila ‘činjenične nejednakosti’ među njima; naime, u nekim okolnostima, ako se ne pokuša ispraviti nejednakost kroz različito postupanje to samo po sebi može predstavljati povredu spomenutog članka (...). Osim toga, Sud je prihvatio i da se opća politika ili mjera koja ima nerazmjerno štetno djelovanje na određenu skupinu može smatrati diskriminirajućom čak i ako nije posebno usmjerena prema toj skupini (...), te da diskriminacija potencijalno protivna Konvenciji može proizlaziti iz *de facto* situacije (...).

64. Kad je riječ o teretu dokazivanja na ovome području, Sud je utvrdio da nakon što podnositelj zahtjeva ukaže na razliku u postupanju, na državi je da dokaže da je ona bila opravdana (...).

*ii. Primjena naprijed spomenutih načela na ovaj predmet*

65. Iako na prvi pogled može izgledati da je ovaj predmet srodan predmetu *D.H. i drugi protiv Češke Republike*, iscrpnija analiza pokazuje da to nije tako. Kao prvo, kad je riječ o naravi osporavane prakse, dok je Sud utvrdio da su u Češkoj Republici romska djeca raspoređena u škole za osobe s duševnim smetnjama, kao da su nižih intelektualnih sposobnosti, u Hrvatskoj su romska djeca za koju je utvrđeno da nedovoljno poznaju hrvatski jezik ili da nemaju ni osnovna znanja iz tog jezika po upisu u redovnu osnovnu školu raspoređena u posebne razrede. Očito je da se te dvije mjere značajno razlikuju po svojoj naravi i težini. Prema mišljenju Suda, raspoređivanje nerazmjernog postotka djece koja pripadaju određenoj etničkoj zajednici u škole za mentalno retardirane ne može se uspoređivati s raspoređivanjem romske djece u posebne razrede zbog toga što dovoljno ne poznaju hrvatski jezik. Hrvatske su vlasti romsku djecu zadržale u redovnim školama te su prijelaz iz odvojenog razreda u redoviti razred učinile fleksibilnijim, unatoč tome što se pri njemu nisu primjenjivali jasno utvrđeni postupci i standardi, već je on očigledno ovisio o pojedinačnoj ocjeni učitelja. Iako se u takvoj praksi nije mogao potpuno isključiti neki od oblika proizvoljnosti i bilo bi poželjno da su postojali jasno utvrđeni standardi i postupci koji bi se primjenjivali na premještaje djece iz razreda u kojima su svi učenici bili Romi u mješovite razrede, ta je praksa ipak omogućavala prijelaz iz posebnog

razreda u redoviti razred bez formalnosti. Prema mišljenju Suda, to predstavlja određene pozitivne aspekte u vezi s pravima podnositelja zahtjeva na temelju članka 14. Konvencije u odnosu na praksu analiziranu u predmetu *D.H. i drugi*, budući da je većina podnositelja zahtjeva u ovom predmetu pohađala i razrede u kojima su svi učenici bili Romi i mješovite razrede.

66. Nadalje, dok je u svojoj presudi u predmetu *D.H. i drugi* Sud utvrdio da se razlika u postupanju temeljila na rasi, što je zahtijevalo najstrože ispitivanje, u ovome se predmetu razlika u postupanju temeljila na primjerenosti jezičnih vještina. To je, pak, razlog koji dopušta širu slobodu procjene. Za razliku od Češke Republike, gdje je utvrđeno da je raspoređivanje romske djece u škole za osobe s duševnim smetnjama praksa rasprostranjena diljem zemlje i gdje je oko sedamdeset posto romske djece pohađalo takve škole (vidi *D.H. i drugi*, ... § 18.), u Hrvatskoj je raspoređivanje romske djece u posebne razrede postupak koji se koristi u veoma malom broju osnovnih škola, to jest u četiri škole, u samo jednoj regiji, i to zbog visoke zastupljenosti romskih učenika u tim školama.

67. Dostavljeni podaci za 2001. godinu pokazuju da su u Osnovnoj školi Macinec četrdeset i tri posto učenika bili Romi i da je sedamdeset i tri posto njih pohađalo razrede u kojima su svi učenici bili Romi. U Osnovnoj školi Podturen deset posto učenika bili su Romi, a trideset i šest posto tih romskih učenika pohađalo je razrede u kojima su svi učenici bili Romi. U Osnovnoj školi Orehovica dvadeset i šest posto učenika bili su Romi, a četrdeset i šest posto njih pohađalo je razrede u kojima su svi učenici bili Romi. Ti statistički podaci pokazuju da je od tri osnovne škole o kojima je riječ, samo u Osnovnoj školi Macinec većina romskih učenika pohađala razrede u kojima su svi učenici bili Romi, dok je u drugim dvjema školama postotak bio ispod pedeset posto, što pokazuje da u tim školama nije postojala opća politika automatskog raspoređivanja romskih učenika u posebne razrede. Vlada je ustvrdila da su provedena testiranja pokazala da većina romske djece u tim zajednicama ne poznaje dovoljno hrvatski jezik. Sud prihvaća da je to problem koji su trebala rješavati mjerodavna državna tijela. U vezi s time, Sud također primjećuje da podnositelji zahtjeva nikada nisu osporili da u vrijeme upisa u osnovnu školu nisu poznavali hrvatski jezik u dovoljnoj mjeri da na njemu mogu pratiti nastavu.

68. Kad je riječ o slobodi procjene koju država ima na području obrazovanja, Sud želi ponoviti da se državama ne može zabraniti da osnivaju posebne razrede ili razne vrste škola za djecu s poteškoćama ili da provode posebne

obrazovne programe kako bi odgovorile na posebne potrebe. Sud nalazi da je zadovoljavajuće to što su se vlasti angažirale u rješavanju tog osjetljivog i važnog pitanja i da je raspoređivanje podnositelja zahtjeva u posebne razrede bila pozitivna mjera čija je svrha bila pomoći im u stjecanju znanja potrebnog za praćenje nastavnog plana i programa. Stoga Sud smatra da je prvotno raspoređivanje podnositelja zahtjeva u posebne razrede učinjeno zbog njihova nepoznavanja hrvatskoga jezika, a ne zbog njihove rase ili etničkoga podrijetla, te da je bilo opravdano kako u smislu članka 14. Konvencije tako i u smislu članka 2. Protokola br. 1.

69. Iz toga slijedi da različita praksa koja se primjenjivala prema romskoj djeci zbog njihova nedostatnog znanja hrvatskoga jezika ne predstavlja povredu članka 14. Konvencije u vezi s člankom 2. Protokola br. 1.”

Polazeći od navedenog obrazloženja Prvog vijeća u predmetu *Oršuš i drugi protiv Hrvatske* (2008.) i uspoređujući ga s presudom Velikog vijeća u predmetu *D.H. i drugi protiv Češke Republike* (2007.), Rodin zaključuje: “Pravno pitanje u predmetu Oršuš jedno je od pravnih pitanja gdje se prvostupajnski paneli Europskog suda za ljudska prava ne slažu s Velikom vijećem. Razlika je više nego bitna. Riječ je o različitom razumijevanju pojma diskriminacije. Prvostupajnska vijeća ne priznaju koncept indirektno diskriminacije. Nedavno je Veliko vijeće Europskog suda za ljudska prava potpuno preokrenulo svoju praksu u predmetu *D. H. protiv Češke Republike* te je prihvatilo koncept indirektno diskriminacije, pri čemu konstitutivni element diskriminacije nije namjera. Drugim riječima, da bi postojala diskriminacija ne mora postojati diskriminatorna namjera. Nitko ne mora željeti diskriminirati romsku zajednicu. Dovoljno je da faktički diskriminacija postoji da bi se ustanovila činjenica diskriminacije. Oko toga su vijeća Europskog suda za ljudska prava u nesuglasju. Veliko vijeće stoji na modernom shvaćanju koje je prihvaćeno i u SAD-u i na Europskom sudu u Luksemburgu i u državama članicama. Nižestupajnska vijeća stoje na suprotnom starijem shvaćanju, a to starije shvaćanje, kako se može zaključiti proučavajući sastav suda, potječe od sudaca iz postkomunističkih država. Tu imamo sukob vijeća sastavljenog od većinskih postkomunističkih sudaca i velikog vijeća, koje to nije.”<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Rasprava prof. dr. sc. Siniše Rodina na okruglom stolu održanom 2. travnja 2009. u Hrvatskoj akademiji znanosti i umjetnosti u Zagrebu, objavljena u Zborniku radova s okruglog stola: *Hrvatsko ustavno sudovanje de lege lata i de lege ferenda* održanog 2. travnja 2009., HAZU, Zagreb // Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Znanstveno vijeće za



Omejec, međutim, ima drugačije mišljenje. Polazeći od utvrđenja Prvog odjela Europskoga suda da predmeti *Oršuš* i *D.H.* nisu istovjetni, ona zaključuje: “Ne bih rekla ... da bi taj predmet mogao ‘pasti’ na Velikom vijeću zbog pitanja indirektno diskriminacije. Ako se to dogodi, razlog će biti isključivo taj što će Veliko vijeće Europskog suda utvrditi da hrvatska država nije izvršila naloge iz odluke Ustavnog suda. To je, čini mi se, jedini razlog zbog kojeg taj predmet možemo na kraju izgubiti. Mislim da se opći konceptualni problemi indirektno i direktne diskriminacije neće razmatrati na tom predmetu.”<sup>43</sup>

Presuda Prvog odjela Europskoga suda u predmetu *Oršuš i drugi protiv Hrvatske* (2008.) trenutno je u postupku preispitivanja pred Velikim vijećem. Ona će odgovoriti na postavljene dvojbe, čime će najvjerojatnije ukazati i na daljnji smjer razvitka instituta neizravne diskriminacije u praksi Europskoga suda.

Dosada je izvjesno sljedeće: pristup Europskoga suda pitanju neizravne diskriminacije mora se izvoditi iz općeg pristupa tog suda u onim predmetima u kojima se tvrdi da su diskriminatorne bile posljedice neke mjere, a ne svrha te mjere.

## 6. OPRAVDANA *v.* DISKRIMINATORNA “RAZLIKA U POSTUPANJU”

### 6.1. O razlici u postupanju

Iz prethodnih je navoda razvidno da je Europski sud u svojoj praksi napravio razliku između “različitog postupanja” (*different treatment*) koje može biti opravdano u smislu Konvencije i “različitog postupanja” koje dovodi do diskriminacije, a time i do povrede članka 14. Konvencije u odnosu na neko materijalno konvencijsko pravo.

Procjena “različitog postupanja” uvijek pretpostavlja usporedbu nekoga s nekim. Primjerice, u slučaju *Kafkaris protiv Cipra* (2008.) podnositelj zahtjeva, zatvorenik osuđen na doživotni zatvor, prigovorio je razlici u postupanju prema

---

državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava / Biblioteka: Modernizacija prava, knjiga 10 / Urednik: akademik Jakša Barbić, Zagreb, 2009., 353.

<sup>43</sup> Rasprava prof. dr. sc. Jasne Omejec na okruglom stolu održanom 2. travnja 2009. u Hrvatskoj akademiji znanosti i umjetnosti u Zagrebu, objavljena u Zborniku radova s okruglog stola: *Hrvatsko ustavno sudovanje de lege lata i de lege ferenda* održanog 2. travnja 2009., isto, 353. - 354.

njemu u odnosu prema dvjema kategorijama ostalih zatvorenika, tvrdeći da je povrijeđen članak 14. u vezi s člancima 3., 5. i 7. Konvencije:

“162. U konkretnoj situaciji Sud primjećuje da diskriminatorno postupanje, prema tvrdnjama podnositelja, leži u razlici stvorenoj, prvo, između podnositelja i drugih doživotnih zatvorenika (*life prisoners*) koji su bili pušteni na slobodu od 1993. i, drugo, između podnositelja, kao doživotnog zatvorenika, i drugih zatvorenika na temelju članka 12. stavka 1. Zakona o kazni zatvora iz 1996.”

U drugom slučaju *Brauer protiv Njemačke* (2009.) podnositeljicu je zahtjeva biološki otac priznao nekoliko mjeseci nakon njezina rođenja 1948., ali nisu živjeli zajedno u obitelji. Podnositeljica je do 1989. živjela u bivšoj Demokratskoj Republici Njemačkoj, a on u Saveznoj Republici Njemačkoj. Poslije ujedinjenja podnositeljica ga je posjećivala, a nakon njegove smrti 1989. pokrenula je postupak za ostvarivanje svojih nasljednih prava. U tom je postupku njezin zahtjev bio odbijen zbog toga što je rođena kao izvanbračno dijete. U postupku pred Europskim sudom prigovorila je da:

“primjena mjerodavnih odredbi domaćeg zakona proizvodi razliku u postupanju prema djetetu rođenom izvan braka prije 1. srpnja 1949. u odnosu na dijete rođeno u braku, na dijete rođeno izvan braka nakon 1. srpnja 1949., a nakon njemačkog ujedinjenja i na dijete rođeno izvan braka nakon 1. srpnja 2009., jer je ono potpadalo pod zakone bivše DDR budući da je otac bio stanovnik na teritoriju DDR-a u vrijeme ujedinjenja.” (§ 34. presude.)

U presudi *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (1985.) Europski je sud ponovio mjerila koja se primjenjuju za ocjenu o tome je li “razlika u postupanju” opravdana ili ne u smislu članka 14. Konvencije:

“72. U smislu članka 14. razlika u postupanju (*difference of treatment*) bit će diskriminatorna ako ‘nema nikakvo objektivno i razumno opravdanje’, što znači ako ne postiže ‘legitiman cilj’ ili ako ne postoji ‘razuman odnos razmjernosti između uporabljenih sredstava i cilja koji se nastoji postići’ (...).”

U istom je stavku te presude Europski sud naglasio da “države ugovornice uživaju određeni stupanj diskrecije u prosudbi opravdavaju li i u kojoj mjeri

razlike u inače sličnim situacijama različito postupanje u zakonu (...), ali je na Sudu da donese konačnu odluku u tom pogledu.”

Prema Greeru, Europski je sud u nizu svojih odluka identificirao četiri čimbenika koji čine smjernice za razgraničenje između (dopuštenog) različitog postupanja i (nedopuštene) diskriminacije u smislu članka 14. Konvencije:

- 1) Prvo, podnositelj mora pokazati da je dotično postupanje bilo manje povoljno nego ono koje je primijenjeno na druge usporedive skupine, čiji će identitet obično odrediti sam podnositelj zahtjeva. Primjerice, ako se navodna diskriminacija temelji na spolu, baza usporedbe bit će članovi suprotnog spola koji ne trpe isti navodni nepovoljniji položaj. Riječ je o potrebi postojanja tzv. usporedivih ili analognih situacija (v. točku 6.2.).
- 2) Drugo, na državi je da pokaže, kao stvar činjenica potkrijepljenih dokazima, da je osporena praksa prihvatljiva i racionalna odnosno da razlika u postupanju ima objektivno i razumno opravdanje (v. točku 6.3.).  
To će zahtijevati pozivanje na ciljeve politika (*policy goals*) za koje se smatra da će u tome pomoći. Riječ je o zahtjevu za postojanjem legitimnog cilja koji se nastoji postići takvom diferencijalnom praksom (v. točku 6.4.).
- 3) Treće, učinak postupanja mora biti razmjernan ciljevima politika kojima se teži i takav da ne pogđa pravičnu ravnotežu između zaštite općeg interesa zajednice i poštovanja temeljnih ljudskih prava (v. točku 6.5.)
- 4) Četvrto, u obzir se uzima i činjenica smatra li se osporeno postupanje tužene države nediskriminatornim u drugim demokratskim državama (postojanje tzv. “zajedničke osnove”).

Drugi i treći čimbenik određuju i temelj za varijabilno područje slobodne prosudbe, dok je četvrti čimbenik od najveće važnosti za određivanje širine tog područja u pojedinom slučaju. Pri tom je nedvojbeno da će - sve dok razgraničenje između “razlike” i “diskriminacije” uključuje pitanja socijalne ili ekonomske politike - širina područja slobodne prosudbe varirati ovisno o okolnostima, predmetu koji se razmatra i činjenicama koje se nalaze u njegovoj pozadini (v. točku 6.6.).

### 6.1.1. “Suspektne” skupine

Europski sud priznaje određenim “suspektnim” skupinama, kategorijama ili vrstama (*suspect classes*) viši stupanj sudskog nadzora (*judicial scrutiny*) nego “običnim” slučajevima diskriminacije. Taj se pojačani sudski nadzor, odnosno

viši stupanj pažljivog ispitivanja, najčešće izražava u provedbi testa opravdanosti razlika u postupanju, kad se prihvatljivost određenog opravdanja smanjuje istodobno s povećanjem važnosti dobra koje se štiti.<sup>44</sup>

Drugim riječima, za “suspektne” se skupine traže ozbiljniji i temeljitiji razlozi kako bi se opravdalo različito postupanje prema njima. U takvim slučajevima, na državi je teži teret dokazivanja da je različito postupanje bilo opravdano. Unutarnje područje slobodne prosudbe države ovdje je uže.

Kad Europski sud želi identificirati određene “suspektne” skupine, on navodi da su potrebni “ozbiljni razlozi” ili “vrlo ozbiljni razlozi” da bi se opravdalo različito postupanje prema njima.

Europski je sud u svojoj dosadašnjoj praksi utvrdio sljedeće suspektne skupine na koje se primjenjuje formula o “ozbiljnim razlozima” potrebnim za opravdanje razlika u postupanju:

- 1) skupine koje se razlikuju na osnovi rase,
- 2) skupine koje se razlikuju na osnovi spola,
- 3) skupine koje se razlikuju na osnovi vjeroispovijedi,
- 4) skupine koje se razlikuju na osnovi državljanstva,<sup>45</sup>
- 5) skupine među kojima se pravi razlika na osnovi toga jesu li rođena izvan braka, odnosno kao “zakonita” ili “nezakonita” djeca,
- 6) skupine koje se razlikuju na osnovi spolne orijentacije.

Posljednje dvije skupine zasnivaju se na “drugoj okolnosti” odnosno “drugom svojstvu” (*other status*) iz članka 14. Konvencije. Njima se u praksi Europskoga suda poklanja istovjetna pažnja u razmatranju predmeta kao i slučajevima koji se odnose na prve tri skupine čija je diskriminatorna osnova izrijekom navedena u članku 14. Konvencije.

Primjerice, u predmetu *Gaygusuz protiv Austrije* (1996.) podnositelj zahtjeva bio je turski državljanin koji je živio i radio u Austriji. Država mu je osporila pravo na naknadu za nezaposlenost obrazlažući to činjenicom da nije austrijski državljanin. Podnositelj je tvrdio da ne postoji objektivno i razumno opravdanje za to različito postupanje. Tužena država tvrdila je da snosi posebnu odgovornost za svoje državljane i da se tom činjenicom opravdava sporno različito postupanje.

---

<sup>44</sup> Non-Discrimination in International Law, isto, 130. - 131.

<sup>45</sup> Europski sud pod “nacionalnom pripadnošću” (*national origin*) u smislu članka 14. Konvencije smatra i državljanstvo (*nationality*), koje značenje taj izraz nema ni u hrvatskom jeziku ni u hrvatskom pravu.

Europski je sud ocijenio da je podnositelj zahtjeva u pravnom smislu osoba sa stalnim boravkom u Austriji i da je, u razdoblju dok je radio, uplaćivao doprinose u Fond za osiguranje od nezaposlenosti. Nitko nije tvrdio da podnositelj nije ispunio neki drugi uvjet za dobivanje hitne pomoći u slučaju nezaposlenosti te je on stoga bio u situaciji u kojoj bi se nalazio i svaki austrijski državljanin kad je riječ o pravu na korištenje te konkretne socijalne povlastice. Različit tretman nije bio utemeljen ni na kakvom razumnom ili objektivnom opravdanju. Europski je sud zaključno naglasio:

“42. ... Sudu bi morali biti predočeni vrlo ozbiljni razlozi (*very weighty reasons*) za razliku u postupanju isključivo na osnovi državljanstva ako bi se htjelo dokazati da je ta razlika suglasna s Konvencijom.”

Istovjetno utvrđenje Europski sud ponavlja i u § 87. novije presude *Andrejeva protiv Latvije* (2009.)

Nadalje, u predmetu *Timishev protiv Rusije* (2005.) Europski se sud bavio ispitivanjem diskriminacije na osnovi rase u ostvarivanju prava na slobodu kretanja.<sup>46</sup> Tužena je država tvrdila da je podnositelj zahtjeva pokušao dobiti prioritetni tretman kad je prelazio granicu putujući osobnim vozilom iz grada Nazrana u Republici Ingushetiji u grad Nalchik u Republici Kabardino-Balkaria (republike u sastavu Ruske Federacije) i da mu je zbog tog zahtjeva onemogućen ulazak u Republiku Kabardino-Balkaria. Drugim riječima, tužena je država tvrdila da različito postupa prema onim osobama koje nerazumno i neosnovano zahtijevaju prioritetan tretman i osobama koje to ne čine. Suprotno od toga, podnositelj je tvrdio da mu je ulazak u drugu republiku odbijen zbog toga što je čečenskoga etničkog podrijetla (dakle, tvrdio je da tužena država pravi razliku između Čečena i drugih). Europski je sud ocijenio da se tvrdnja koju je iznijela tužena država ne može smatrati vjerodostojnom, pa je stoga zaključio da je

<sup>46</sup> Članak 2. Protokola br. 4 uz Konvenciju nosi naziv “Sloboda kretanja” i glasi: “1. Svatko tko se zakonito nalazi na području neke države ima pravo na slobodu kretanja i slobodni izbor svojega boravišta na tom području. 2. Svatko je slobodan napustiti bilo koju zemlju, uključujući i svoju vlastitu. 3. Ne mogu se postavljati nikakva ograničenja ostvarivanju tih prava, osim ona koja su u skladu sa zakonom i koja su u demokratskom društvu nužna radi interesa državne sigurnosti ili javnog reda i mira, za održavanje javnog poretka, radi sprječavanja zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih. 4. Prava utvrđena u stavku 1. mogu također biti podvrgnuta, u određenim dijelovima područja, ograničenjima utvrđenima u skladu sa zakonom i koja su opravdana zaštitom javnog interesa u demokratskom društvu.”

podnositelj zahtjeva bio u istoj situaciji u kojoj su bili i ostali koji su prelazili granicu, što znači da se prema njemu trebalo postupati na sličan način na koji se postupalo prema svima ostalima. Na kraju je zaključio:

“55. Etnicitet i rasa povezani su koncepti koji se preklapaju. Dok je pojam rase ukorijenjen u ideji biološke klasifikacije ljudskih bića u podrodove (*sub-species*) sukladno morfološkim obilježjima kao što su boja kože ili facijalne karakteristike, etnicitet ima svoj korijen u ideji društvenih skupina obilježjenih zajedničkom nacionalnošću, plemenskom pripadnošću, vjeroispoviješću, zajedničkim jezikom ili kulturnim i tradicijskim izvorima i temeljima.

56. ... Diskriminacija na osnovi nečijeg stvarnog ili uočenog etniciteta jest oblik rasne diskriminacije. (...)

59. Zaključno, budući da je podnositeljevo pravo na slobodu kretanja bilo ograničeno samo na osnovi etničkog podrijetla, takva razlika u postupanju konstituirala rasnu diskriminaciju u značenju članka 14. Konvencije.

Stoga je došlo do povrede članka 14. u vezi s člankom 2. Protokola br. 4.”

U predmetu *Hoffmann protiv Austrije* (1993.) riječ je bila o podnositeljici koja je po vjeroispovijedi bila rimokatolkinja, ali je kasnije postala članica Jehovinih svjedoka. Nakon što su se ona i suprug razveli, nadležni austrijski sud dodijelio je skrb nad njihovom djecom suprugu, navodeći njezino vjersko opredjeljenje kao jedini razlog za takvu odluku. Europski sud utvrdio je povredu članka 14. (diskriminacija po vjeri) u vezi s podnositeljčinim pravom na poštovanje obiteljskog života iz članka 8. Konvencije, utvrdivši da “distinkcija koja se bitno zasniva samo na razlici po vjeri nije prihvatljiva” (§ 36. presude).

U već spomenutoj presudi *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (1985.) Europski je sud, pozivajući se na ciljeve država članica Vijeća Europe, suspektinom skupinom proglasio onu prema kojoj se različito postupalo zbog spola:

“78. ... može se reći da je promicanje jednakosti spolova danas glavni cilj država članica Vijeća Europe. To znači da vrlo ozbiljni razlozi imaju biti predočeni prije no što bi se razlika u postupanju na osnovi spola mogla smatrati suglasnom s Konvencijom.”

Konačno, tvrdnje o “vrlo ozbiljnim razlozima” koji moraju biti predočeni kako bi se opravdalo razlikovanje na osnovi rođenja izvan braka Europski je

sud utvrdio, primjerice, u § 56. presude *Hoffmann protiv Njemačke* (2001.) i u § 40. presude *Brauer protiv Njemačke* (2009.).

## 6.2. Usporedive (analogne) situacije

Sa stajališta članka 14. Konvencije, dakle, nisu relevantne sve razlike u postupanjima. Ispitivanje diskriminacije svrsishodno je samo ako se podnositelj zahtjeva usporedi s drugima koji se nalaze u usporedivom ili analognom položaju ili je on sam u “relativno sličnoj” situaciji kao i drugi.

Radi utvrđivanja postoji li u konkretnom slučaju “usporediva situacija” Europski sud provodi tzv. test usporedivosti, što znači da nastoji utvrditi sličnosti između situacija iznesenih i opisanih u zahtjevu podnositelja.

### 6.2.1. Test usporedivosti

U predmetu *Fredin protiv Švedske br. 1* (1991.) podnositelji zahtjeva tvrdili su da je ukidanje dozvole za vađenje šljunka diskriminacijsko postupanje prema njima. Oni su u zahtjevu naveli da su bili u istom položaju kao i drugi nositelji dozvola kojima je omogućeno nastaviti s radom, odnosno da nisu bili u položaju u kojemu su bili oni čije su dozvole ukinute iz ekoloških razloga.

Europski sud utvrdio je da podnositelji zahtjeva moraju dokazati da se njihova situacija ne može smatrati sličnom onoj u kojoj se nalaze osobe prema kojima se povoljnije postupalo. Suprotno od toga, podnositelji zahtjeva naveli su samo to da nisu potpuno isti kao oni čije su dozvole ukinute. To nije bilo isto kao i da su dokazali da su slični onima kojima je omogućen nastavak rada. Zbog toga tužena država nije morala objasniti zbog čega je prema njima postupala drugačije.

Sažeto, Europski je sud zaključio da je u konkretnoj situaciji moralo “među ostalim biti utvrđeno da se situacija u kojoj se nalazi navodna žrtva može smatrati sličnom onoj situaciji u kojoj se nalaze osobe prema kojima se povoljnije postupalo.” Tek bi u tom slučaju zahtjev podnositelja imao izgleda za uspjeh. (§§ 60. i 61. presude)

U predmetu *Odievre protiv Francuske* (2003.) podnositeljica zahtjeva bila je francuska državljanka koju je njezina majka ostavila i prepustila je brizi francuskih zdravstvenih vlasti neposredno nakon poroda. U to vrijeme, majka

je zahtijevala da podaci o rođenju budu tajni. Podnositeljica zahtjeva potom je usvojena i odgajana u obitelji posvojitelja. Kad je odrasla nastojala je doći do podataka o svojoj biološkoj obitelji, pa se zbog toga obratila francuskim sudovima tražeći da izdaju nalog za skidanje oznake tajnosti s dokumenata o njezinu rođenju i njezinim biološkim roditeljima. Taj je zahtjev odbijen.

U postupku pred Europskim sudom podnositeljica se pozvala i na povredu članka 14. u vezi s člankom 8. Konvencije. Europski je sud ocijenio da podnositeljica nije bila žrtva diskriminacije kad je riječ o obiteljskim odnosima, jer je, prvo, imala roditeljske veze sa svojim posvojiteljima i bila je njihova moguća imovinska nasljednica i, drugo, nije mogla tvrditi da je njezin položaj u odnosu na njezinu biološku majku usporediv s položajem djece koja imaju uspostavljene roditeljske veze sa svojim biološkom majkom.

Nasuprot tome, u predmetu *Weller protiv Mađarske* (2009.) situacija kojoj su podnositelji prigovorili “položila” je test usporedivosti. U tom je slučaju riječ bila o trojici mađarskih državljana, ocu i njegovim sinovima blizancima. Oni su rođeni u braku njihova oca s rumunjskom državljankom koja je imala boravišnu dozvolu, a od 2007. ima dozvolu za trajno nastanjenje u Mađarskoj. Obitelj živi u Mađarskoj, a nju čine još i četvero djece iz ženinoga prvog braka za koju primaju odgovarajuće dječje doplatke. Nakon rođenja blizanaca otac je podnio zahtjev za majčinski dodatak (*maternity benefit*) u svoje i u njihovo ime. Prema mađarskom zakonodavstvu, međutim, samo majke, posvojitelji i skrbnici imaju pravo na taj dodatak, a biološki otac ima pravo zahtijevati taj dodatak samo ako je majka umrla.

Podnositelji su pred Europskim sudom tvrdili da su u odnosu na zahtjev za majčinskim dodatkom diskriminirani na osnovi državljanstva supruge odnosno majke i na osnovi roditeljskog statusa oca (§ 14. presude). Europski je sud proveo test usporedivosti:

“(ii) Opravdanost razlike u postupanju

30. Početna točka u ocjeni Suda jest priroda majčinskog dodatka, budući da je to ključni element za definiranje skupine s kojom se situacija podnositelja treba usporediti. Sud primjećuje da se taj dodatak odnosi na razdoblje nakon poroda. Za Sud, primarni financijski karakter dodatka posve je razvidan iz činjenice da ga posvojitelji i skrbnici, a u posebnim okolnostima i očevi, također mogu zahtijevati.

31. Sud je mišljenja da ovaj široki krug ovlaštenih osoba dokazuje da dodatak ima za cilj pružiti potporu novorođenoj djeci i cijeloj obitelji koja ih



podigne, a ne ga reducirati samo na teškoće poroda koje je pretrpjela majka. Vladin protuargument, naime, da je ovlaštenje na dodatak uvjetovano sudjelovanjem u tečajevima o roditeljskoj brizi, ne može biti odlučujuće, budući da taj zahtjev mora ispuniti samo majka. Posvojitelji ili skrbnici očito su izuzeti od tog zahtjeva.

32. Situacija podnositelja stoga može biti usporediva s onim obiteljima i njihovim članovima koji uživaju majčinski dodatak.”

Nakon detaljnog ispitivanja svih aspekata problema, Europski je sud zaključio da je u konkretnom slučaju povrijeđen članak 14. u vezi s člankom 8. Konvencije zbog razlike u postupanju (isključenja iz kruga osoba ovlaštenih na majčinski dodatak) koja je dovela do diskriminacije svakoga pojedinog podnositelja.

### 6.3. Objektivno i razumno opravdanje

Različit tretman može se objektivno i razumno opravdati:

- 1) kad ima legitiman cilj, i
- 2) kad su sredstva koja se pri tom primjenjuju razumno razmjerna legitimnom cilju čijem se ostvarenju teži.

#### 6.3.1. Test opravdanosti različitog postupanja

Test opravdanosti (*justification test*) različitog postupanja sličan je dijelu testa razmjernosti koji se koristi da bi se utvrdilo je li miješanje u konvencijska prava takvo da se može opravdati.

U već spomenutom *Belgijskom jezičnom slučaju* (1968.), koji je označio prekretnicu u praksi Europskoga suda u području zaštite od diskriminacije, taj je sud ustanovio test opravdanosti različitog postupanja, ističući značenje objektivnih legitimnih ciljeva koje država ugovornica nastoji time postići, ali i odnosa razmjernosti:

“10. Kad je riječ o tom pitanju, Europski sud ... smatra da je načelo jednakosti postupanja povrijeđeno ukoliko ne postoji objektivno i razumno opravdanje razlikovanja. Postojanje takvog (objektivnog i razumnog) opravdanja mora

se ocjenjivati u odnosu prema cilju i posljedicama razmatrane mjere, s tim što valja voditi računa o načelima koja uobičajeno prevladavaju u demokratskim društvima. Razlika u postupanju u ostvarivanju prava zajamčenih Konvencijom može postojati samo ako se pri tom teži ostvarenju legitimnog cilja: članak 14. Konvencije je ... stoga povrijeđen onda kad se jasno utvrdi da nema nikakvog razumnog odnosa razmjernosti između uporabljenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju težilo.”

Primjena testa opravdanosti dovela je do toga da se u pojedinim predmetima koji su pokrenuti pred Europskim sudom zbog navodnih nejednakosti u postupanjima država ugovornica odlučuje o tome jesu li poduzete mjere bile objektivne i razumne, a ne o tome kakve su njihove posljedice za ranjive skupine.

#### 6.4. Legitiman cilj

U velikom broju slučajeva u kojima se podnositelji žale zbog navodne diskriminacije u ostvarenju nekoga materijalnoga konvencijskog prava, većina tuženih država ugovornica priznaje da je - od trenutka kad je utvrđeno da postoji razlika u postupanju - potrebno pružiti racionalno opravdanje.

Sadržaj opravdanja koje tužena država ugovornica predočuje Europskom sudu ovisi o prirodi različitog postupanja o kojemu je riječ. Ipak, načelno se može zaključiti da države ugovornice u pravilu nemaju posebnih poteškaća u dokazivanju da je razlika u postupanju bila uvjetovana težnjom za ostvarivanjem određenoga legitimnog cilja.

U *Belgijskom jezičnom slučaju* (1968.) legitiman je cilj bila djelotvorna provedba politike razvoja jezičnog jedinstva dvaju velikih jezičnih područja u Belgiji. U predmetu *Marckx protiv Belgije* (1979.) legitimi su ciljevi bili potpora i poticanje vrijednosti tradicionalne obitelji. U predmetu *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (1985.) legitiman je cilj bila zaštita tržišta rada i zaštita javnog reda. U predmetu *Hoffmann protiv Austrije* (1993.) težilo se zaštiti zdravlja i zaštiti prava djece, itd.

Kod dokazivanja legitimnog cilja u slučaju različitog postupanja tužena država ugovornica mora uputiti i na prirodu legitimnog cilja kojemu se teži, ali istodobno mora pokazati - na temelju uvjerljivih dokaza - da postoji veza između legitimnog cilja čijem se ostvarenju teži i različitog postupanja kojemu podnositelj zahtjeva prigovara.

#### 6.4.1. Slučaj *Darby protiv Švedske* (1990.)

U predmetu *Darby protiv Švedske* (1990.) tužena vlada nije ni pokušala opravdati diskriminacijsku poreznu politiku kojoj je podnositelj prigovarao stoga što se ona zapravo nije temeljila ni na čemu drugom do na administrativnoj pogodnosti.

U tom je predmetu podnositelj zahtjeva, finski državljanin britanskog podrijetla koji je radio u Švedskoj, morao - u okviru svoga općinskog poreza - platiti i crkveni porez švedskim vlastima. Nije mu bilo dopušteno koristiti povlasticu oslobođanja od plaćanja tog poreza, budući da nije imao prijavljen boravak u Švedskoj.

Podnositelj je tvrdio da su povrijeđene konvencijske odredbe članka 9. (pravo na slobodu vjeroispovijedi) i članka 14. (zabrana diskriminacije). Europski je sud ocijenio da bi bilo prirodnije slučaj razmatrati sa stajališta članka 14. Konvencije u vezi s člankom 1. Protokola br. 1 (zaštita vlasništva), jer dužnost plaćanja poreza pripada u područje primjene te odredbe Protokola (Europska komisija prethodno je smatrala da je riječ o diskriminaciji na osnovi vjeroispovijedi, pa je tek Europski sud taj slučaj zasnovao na elementu imovine).

Kad je riječ o pravu na smanjenje poreza zaključeno je da se podnositelj nalazio u situaciji sličnoj situaciji u kojoj se nalaze druge osobe koje nisu pripadnici Švedske crkve. Europski je sud utvrdio da nije postojao legitiman cilj u smislu Konvencije za razliku koja je napravljena između osoba koje su imale i onih koje nisu imale prijavljen boravak u Švedskoj u vezi s uživanjem toga imovinskog prava. Europski sud stoga je utvrdio povredu članka 14. Konvencije u vezi s člankom 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju. On nije smatrao potrebnim razmatrati i prigovore podnositelja koji su se odnosili na navodnu povredu njegove slobode vjeroispovijedi, onako kako je ona zajamčena člankom 9. Konvencije, niti navode koji su se odnosili na diskriminaciju iz članka 14. Konvencije u vezi s uživanjem te slobode:

“33. Kad je riječ o cilju te razlike u postupanju između osoba koje imaju i osoba koje nemaju prijavljen stalni boravak, potrebno je uputiti na sljedeće: prema vladinom zakonu (1951:175) na temelju kojega je donesen zakon o oporezivanju onih koji ne pripadaju državnoj crkvi (*Dissenters Tax Act*) razlog zbog kojega je pravo na oslobođanje od plaćanja poreza rezervirano samo za osobe koje imaju službeno prijavljen boravak leži u tome što se ne može istom snagom dokazati opravdanost argumenta u korist smanjenja poreznog opterećenja za osobe koje nemaju prijavljen boravak kao što se to može za osobe

koje taj boravak imaju, a i cjelokupni bi postupak bio znatno složeniji ako bi se smanjenje poreza primijenilo i na one koji nemaju stalni boravak. Vladin zakon (1978./79:58), koji sadrži izmjene i dopune poreznog zakona na koje se pozvao podnositelj, ne spominje posebnu situaciju koju bi te izmjene i dopune stvorile za one koji nemaju prijavljen boravak u smislu Zakona o oporezivanju osoba koje ne pripadaju državnoj crkvi. U biti, predstavnici države na raspravi pred Sudom izjavili su da ne tvrde kako je razlika u postupanju imala legitiman cilj.

34. S obzirom na sve navedeno, mjere zbog kojih se podnositelj zahtjeva obratio Sudu ne mogu se tumačiti kao mjere koje, sa stajališta Konvencije, imaju bilo kakav legitiman cilj. Prema tome, u ovom slučaju došlo je do povrede članka 14. Konvencije u vezi s člankom 1. Protokola br. 1.”

## 6.5. Razmjernost

U presudi *Unal Tekeli protiv Turske* (2004.) Europski je sud naglasio:

“50. Prema praksi Suda, razlika u postupanju diskriminatorna je u smislu članka 14. Konvencije ako za nju ne postoji objektivno i razumno opravdanje. Postojanje takvog opravdanja mora se procjenjivati u odnosu na načela koja normalno prevladavaju u demokratskim društvima. Nije dostatno da razlika u postupanju u ostvarivanju konvencijskog prava bude samo izraz težnje prema ostvarenju legitimnog cilja: članak 14. Konvencije isto je tako povrijeđen ako se jasno utvrdi da nema ‘razumnog odnosa razmjernosti između primijenjenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju težilo’ (...).”

Test razmjernosti zahtijeva procjenu postoji li razuman odnos razmjernosti između primijenjenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju težilo, odnosno je li nepovoljan položaj u koji je podnositelj zahtjeva stavljen zbog ostvarivanja legitimnog cilja bio prekomjeran. Ako se utvrdi da je podnositelj zahtjeva u konkretnom slučaju trpio prekomjeran teret, onda će i članak 14. Konvencije u vezi s dotičnim materijalnim konvencijskim pravom najvjerojatnije biti povrijeđen.

### 6.5.1. Slučaj *Nacionalni savez belgijske policije protiv Belgije* (1975.)

U starijem, ali vrlo poznatom slučaju *Nacionalni savez belgijske policije protiv Belgije* (1975.) Europski je sud ponovio svoju ulogu u nadzornom sustavu nad

primjenom Konvencije. Nakon što je utvrdio legitimnost osporene mjere, on je u skladu sa svojim ovlastima ispitao razmjernost različitog postupanja države prema sindikatu, podnositelju zahtjeva, u odnosu prema ostala tri sindikata:

“47. Dužnost je Suda utvrditi imaju li sporne razlike u postupanju tu vrstu diskriminacijskog karaktera. Sud ‘ne može preuzeti ulogu nadležnih nacionalnih vlasti’, koje ‘imaju slobodu izabrati mjere koje smatraju primjerenima u onim pitanjima koja su uređena Konvencijom’; ‘razmatranje ovog Suda odnosi se samo na usklađenost tih mjera sa zahtjevima koje postavlja Konvencija’.

48. Sindikat podnositelj zahtjeva žalio se da je ocijenjeno da on nije tijelo koje Ministarstvo unutarnjih poslova mora konzultirati, što je slučaj s tri druga sindikata koja su otvorena za cjelokupno regionalno i lokalno općinsko osoblje, kad je riječ o prijedlozima koji su od interesa za općinsku policiju, bez obzira na to što se ti prijedlozi tiču svih kategorija općinskih službenika, ili, posebno, policije. Kao što je Sud već istaknuo, Kraljevski dekret od 2. kolovoza 1966. doveo je do nejednakosti u postupanju, jer je oštetio organizacije ‘zasnovane na kategorijama’ kao što je slučaj sa sindikatom podnositeljem zahtjeva. Država je tvrdila da je željela izbjeći ‘sindikalnu anarhiju’ i smatrala je potrebnim ‘osigurati koherentnu i uravnoteženu kadrovsku politiku, uzimajući u obzir profesionalne interese svih zaposlenih službenika u općini i pokrajini’. To je sam po sebi legitiman cilj i Sud nema razloga smatrati da je država imala neke druge ili zlonamjerne ciljeve koji bi proizlazili iz članka 2. stavka 2. navedenog Kraljevskog dekreta. Prije svega nema ničega što bi dokazalo da su vlasti namjeravale da jednoj od triju velikih sindikalnih organizacija, zbog njezina političkog opredjeljenja, daju isključivu prednost u vezi s ovim pitanjem; osim toga, da je postojala ili da postoji sindikalna organizacija koja nema nikakve političke težnje i otvorena je za sve pokrajinske i općinske službenike i zaštitu njihovih profesionalnih interesa, onda bi ministar unutarnjih poslova na temelju sporne odredbe bio prisiljen konzultirati i tu organizaciju. (...)

49. Konačno, Sud je razmatrao proizlazi li diskriminacija koja je u suprotnosti sa zajedno sagledanim člancima 11. i 14. iz daljnje činjenice osporavanja prava sindikatu podnositelju zahtjeva da bude konzultiran u vezi s izvjesnim pitanjima koja su od isključivog značenja za općinsku policiju; primjerice, pitanjem uvjeta imenovanja načelnika ili zamjenika načelnika (Kraljevski dekret 12. travnja 1965. i cirkularno pismo ministra 18. svibnja 1965., oboje

objavljeni u *Moniteur belge* 21. svibnja 1965.). Sud smatra da jednoobrazna narav pravila ne opravdava zaključak o tome da je vlada prekoračila granice svoje slobode da odredi mjere koje smatra primjerenima u svojim odnosima sa sindikatima. Sud smatra da nije jasno utvrđeno da je nepovoljan položaj u kojemu se podnositelj zahtjeva uslijed toga našao prekomjeran, ako se ima u vidu legitiman cilj kojemu je vlada težila. Prema tome, nije povrijeđeno načelo razmjernosti.”

## 6.6. Područje slobodne prosudbe države ugovornice

Europski sud smatra da u području primjene članka 14. Konvencije države ugovornice uživaju određeno područje slobodne prosudbe (*margin of appreciation*), pa su ovlaštene autonomno odlučiti u kojoj mjeri određene razlike u situacijama koje su inače slične opravdavaju različito zakonsko uređenje.

Nacionalno područje slobodne prosudbe ne spominje se često u predmetima pokrenutim na temelju članka 14. Konvencije u vezi s nekim materijalnim konvencijskim pravom. Ipak, neka se pravila ipak mogu postaviti, jer je Europski sud dao određene smjernice o tome koji čimbenici mogu utjecati na područje slobodne prosudbe u primjeni članka 14. Konvencije. To područje razlikovat će se ovisno o okolnostima svakoga konkretnog slučaja, ali će jedan od relevantnih čimbenika uvijek biti argument “zajedničke osnove”.<sup>47</sup>

Većina slučajeva u kojima su se, primjerice, muškarci žalili na diskriminaciju po spolu bila je vezana uz pravo na poštovanje obiteljskog života po članku 8. Konvencije. U jednom od prvih takvih slučajeva *Rasmussen protiv Danske* (1984.) podnositelj je htio osporiti očinstvo nad djetetom koje je rodila njegova supruga,

---

<sup>47</sup> Stupanj intenziteta nadzora Europskoga suda u pravilu ovisi o stupnju postignutog konsenzusa o dotičnom spornom pitanju među državama članicama Vijeća Europe. Ako postoji “mala zajednička osnova” (*little common ground*) među njima o pitanju koje Europski sud razmatra, onda će i sam nadzor biti manje strog. Suprotno tome, ako o pojedinom pitanju postoji “zajednički europski pristup” (*common European approach*) ili, kako ga naziva Gerards, jasan europski konsenzus, onda će stupanj intenziteta nadzora Europskog suda ovisiti o “karakteru konsenzusa”: ako velika većina država ugovornica odobrava određeno ograničenje konvencijskih prava, onda će se Europski sud u pravilu pozvati na područje slobodne prosudbe države, ali će svoj nadzor u tom pitanju intenzivirati odmah nakon što se pokaže da se dotična ograničavajuća mjera općenito prestala odobravati u državama ugovornicama. Usp. Gerards, isto, 39. - 40. i bilj. 101.

ali mu to nije odobreno, jer je protekao rok propisan za taj postupak. Za razliku od supruga, supruga se, ako je to željela, mogla za test očinstva prijaviti bilo kad, uz uvjet da to bude prije punoljetnosti djeteta. Podnositelj je prigovorio na nejednak tretman u istom pitanju, pri čemu je njegov položaj kao muškarca nepovoljniji od ženinoga.

Europski je sud smatrao da ne mora posebno ispitivati jesu li supruga i suprug stavljeni u usporedivu situaciju zbog toga što su "položaji i interesi o kojima je ovdje riječ važni i za utvrđivanje opravdanosti ili neopravdanosti razlike u postupanju". U vezi s pitanjem opravdanosti razlika u postupanju, Europski je sud uputio na načelo područja slobodne prosudbe država ugovornica. Naglasio je da jedan od relevantnih čimbenika u tom smislu može biti postojanje ili nepostojanje zajedničke osnove u pravima država ugovornica. Europski je sud zaključio da u konkretnom pitanju takve zajedničke osnove nema, budući da su položaji supruge (majke) i supruga (oca) uređeni na različite načine u raznim pravnim sustavima. Europski sud nije utvrdio povredu članka 14. u vezi s člankom 8. Konvencije, s obrazloženjem da je danska vlada bila u stanju opravdati razliku koju je propisala između majki i očeva u tom pitanju (§§ 40. i 41. presude).

#### 6.6.1. Usko područje slobodne prosudbe

Područje slobodne prosudbe države ugovornice uže je u onim predmetima koji se tiču razlika zasnovanih na osjetljivim diskriminatornim osnovama kao što su spol (presuda *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenoga Kraljevstva*, 1985.) ili državljanstvo (presuda *Gaygusuz protiv Austrije* (1996.)). U takvim se slučajevima od države zahtijevaju ozbiljniji razlozi za opravdanje bilo kakvih razlika u postupanju.

Štoviše, Europski sud u svojoj novijoj praksi u pravilu pretpostavlja da su određene vrste različitih postupanja *a priori* diskriminatorne - primjerice, one utemeljene na spolu ili vjeri - ako utvrdi da su one, bilo izričito ili implicitno, protivne glavnim prioritetima europske socijalne politike.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Greer, Steven: *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*. Cambridge Studies in European Law and Policy. Cambridge: Cambridge University Press, 2006., 221. - 222.

Primjerice, u već spomenutom slučaju *Brauer protiv Njemačke* (2009.) podnositeljici nije priznato nasljedno pravo iza smrti biološkog oca zato što je rođena kao izvanbračno dijete prije određenog datuma propisanog zakonom. Europski je sud u presudi, u kojoj je utvrdio povredu članka 14. u vezi s člankom 8. Konvencije, utvrdio:

“40. Sud ponavlja s tim u vezi da je Konvencija živi instrument koji se mora interpretirati u svjetlu današnjih uvjeta ... Danas države članice Vijeća Europe pridaju veliko značenje pitanju jednakosti između djece rođene izvan i unutar braka kad je riječ o njihovim civilnim pravima. Na to ukazuje i Europska konvencija o pravnom položaju djece rođene izvan braka iz 1975., koja je trenutno na snazi u odnosu na dvadeset i jednu državu članicu, ali nije ratificirana u Njemačkoj. (...)

43. ... prema stajalištu Suda, argumenti predloženi u ono vrijeme (to jest, 1976. godine, kad je Savezni ustavni sud Njemačke ocijenio ustavnom spornu zakonsku odredbu - op.) danas više nisu valjani; kao druga europska društva, i njemačko društvo značajno se razvilo, a pravni položaj djece rođene izvan braka izjednačen je s onim djece rođene u braku.”

### 6.6.2. Široko područje slobodne prosudbe

Kad je riječ o nejednakostima u sustavu socijalne sigurnosti, međutim, država ugovornica može uživati široko nacionalno područje slobodne prosudbe, čak i onda kad je osnova za te nejednakosti spol.

Ipak, i kad im se priznaje široko područje slobodne prosudbe, države ugovornice nemaju apsolutnu diskrecijsku ovlast: i u tom slučaju podliježu europskom sudskom nadzoru. Kao što je Europski sud naveo u predmetu *Fretté protiv Francuske* (2002.), doktrina područja slobodne prosudbe ne treba se tumačiti tako kao da država ima arbitrarnu moć. Odluke koje domaće vlasti donose i dalje ostaju predmet nadzora Europskoga suda radi ocjene jesu li u skladu sa zahtjevima iz članka 14. Konvencije (§ 41. presude).

#### 6.6.2.1. Slučaj *Stec i drugi protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (2006.)

U presudi *Stec i drugi protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (2006.) Veliko vijeće Europskog suda bavilo se pitanjem navodne diskriminacije po spolu s obzirom



na različitu dob žena odnosno muškaraca za odlazak u starosnu mirovinu, pri čemu je ispitao i europsku socijalnu politiku, ali i konkretne prilike u samoj tuženoj državi ugovornici u tom području.

U tom su predmetu svi podnositelji, različitog spola, prigovorili Europskom sudu da su diskriminirani u odnosu na suprotni spol u pojedinim pitanjima vezanim uz njihova mirovinska prava. Jedno od pitanja odnosilo se i na navodnu diskriminaciju po spolu u odnosu na dob za ostvarivanje prava na starosnu mirovinu, koja diskriminacija dovodi do povrede njihova prava vlasništva zaštićenog člankom 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju. Europski je sud prvo ispitao povijesni razvitak britanskoga pravnog sustava u tom području:

*“B. Dob za ostvarivanje prava na mirovinu u Ujedinjenom Kraljevstvu*

17. Starosne mirovine financiraju se kompletno iz Državnog osiguravajućeg fonda, u koji su svi poslodavci i većina radne populacije, bilo zaposleni ili samozaposleni, dužni uplaćivati obvezna davanja. Obveza pojedinca da uplaćuje davanja prestaje navršavanjem ‘godina za mirovinu’.

18. Muškarci i žene rođeni prije 6. travnja 1950. ostvaruju pravo na mirovinu sa 65 godina muškarci i sa 60 godina žene (Tablica 4 Mirovinskog zakona iz 1995.). Postojeća starosna dob za umirovljenje žena uvedena je 1940. Zakonom o starosnim mirovinama i mirovinama udovica. Prije toga, dob za ostvarivanje prava na mirovinu bila je 65 godina i za muškarce i za žene. Prema vladinoj Zelenoj i Bijeloj knjizi (...), niža dob za žene uvedena je kao odgovor na kampanju neudanih žena, od kojih su mnoge provele veći dio svog života brinući se za bolesne rođake te kao dio paketa koji je omogućio bračnim parovima, gdje je žena obično bila mlađa i financijski ovisna o suprugu, da primaju mirovinu po bračnoj stopi kad suprug navrší 65 godina života.

19. U Bijeloj knjizi iz 1993. Vlada je istaknula da je pravo žena na državnu mirovinu često u povijesti bilo smanjivano, jer su tradicionalno ostajale kod kuće brinući za obitelj i tako samo povremeno radile; dok posljednjih godina broj zaposlenih žena raste (...). Mišljenje Vlade, izraženo u Bijeloj knjizi, bilo je da povlaštenoj dobi za mirovinu nema mjesta u modernom društvu te je predloženo izjednačavanje dobi za umirovljenje muškaraca i žena.

20. Odlučeno je da se dob izjednači na 65 godina, a ne na nižu, s obzirom na činjenicu da ljudi duže i zdravije žive te zbog povećanja broja umirovljenika u odnosu na populaciju. Procijenjeno je da bi odlazak u starosnu mirovinu muškaraca prije 65. godine koštalo 9.8 milijardi funta godišnje bruto (što

uključuje dodatne mirovine muškaraca između 60 i 65 godina i izgubljeni prihod Državnog fonda od doprinosa tih muškaraca), ili neto iznos od 7.5 milijardi funta godišnje. Odlučeno je da se promjena uvede postupno kako bi se ženama, na koje je ta promjena utjecala, i njihovim poslodavcima dalo dovoljno vremena da se prilagode i organiziraju svoje financijske poslove i očekivanja.

21. Kako bi se životna dob za mirovinu muškaraca i žena izjednačila, članak 126. Mirovinskog zakona iz 1995. godine i Tablica 4 propisuju postupni porast potrebnih godina života za starosnu mirovinu žena rođenih između 6. travnja 1950. i 5. travnja 1955. Godine života za starosnu mirovinu muškaraca i žena početi će se izjednačavati 2010. godine, a 2020. oba spola ići će u mirovinu sa 65 godina.”

Potom je Europski sud razmotrio dob za ostvarivanje prava na starosnu mirovinu u ostalim europskim zemljama:

*“C. Dob za ostvarivanje prava na mirovinu u ostalim europskim zemljama*

22. Prema informaciji Vlade iz prosinca 2004., žene i muškarci jednako stari ostvaruju starosnu mirovinu u Andori, Danskoj, Finskoj, Francuskoj, Njemačkoj, Grčkoj, Islandu, Irskoj, Lihtenštajnu, Luksemburgu, Monaku, Nizozemskoj, Norveškoj, Portugalu, San Marinu, Slovačkoj, Španjolskoj i Švedskoj.

23. Žene ostvaruju pravo na mirovinu ranije no muškarci u Albaniji, Armeniji, Austriji, Azerbajdžanu, Belgiji, Bugarskoj, Hrvatskoj, Češkoj, Estoniji, Gruziji, Mađarskoj, Italiji, Latviji, Litvi, Malti, Moldaviji, Poljskoj, Rumunjskoj, Ruskoj Federaciji, Srbiji i Crnoj Gori, Sloveniji, Švicarskoj, Makedoniji i Ukrajini. Mnoge od ovih zemalja idu izjednačavanju dobi za mirovinu. Tako je to u Austriji planirano između 2024. - 33.; u Azerbajdžanu do 2012.; u Belgiji između 1997. i 2009.; u Estoniji prije 2016., u Mađarskoj do 2009., u Latviji do 2008., a u Litvi do 2006. godine.”

Europski je sud u presudi *Stec* detaljno razmotrio i “europsku socijalnu politiku” u tom pitanju, to jest mjerodavnu direktivu Europske unije i praksu Suda pravde Europskih zajednica (Europskoga suda pravde):

“D. Direktiva Europske unije o jednakom tretmanu u području socijalnog osiguranja

24. Direktiva broj 79/7/EEC Vijeća od 19. prosinca 1978. (Direktiva) tiče se postupne implementacije načela jednakog tretmana muškaraca i žena u području socijalnog osiguranja. Članak 4(1) Direktive zabranjuje bilo kakvu diskriminaciju po spolu, a pogotovo pri računanju povlastica. Takva diskriminacija može se opravdati samo ako je pokrivena člankom 7(1)a, kojim je propisano da Direktiva ne dovodi u pitanje pravo država članica da isključe iz svog djelokruga određivanje starosne dobi za mirovinu s ciljem garantiranja starosne mirovine i mogućih posljedica za ostale povlastice. Članak 7(2) propisuje: 'Države članice će povremeno ispitivati pitanja isključena sukladno stavku (1.) kako bi utvrdile, u svjetlu društvenog razvoja u tim pitanjima, je li i dalje opravdano zadržati ta isključenja'.

E. Očitovanje Europskog suda pravde o članku 7(1)(a) Direktive

25. U predmetu C-9/91 *R. v. Secretary of State for Social Security, ex parte Equal Opportunities Commission*, Sud smatra da se članak 7(1)(a) mora tumačiti ne samo kao da dopušta različite dobne uvjete utemeljene na spolu, već i da dopušta diskriminaciju pristupa određenim povlasticama koje su 'nužno povezane' s razlikom u godinama starosti potrebnima za ostvarivanje prava na mirovinu. Nejednakost između muškaraca i žena u pogledu duljine uplaćivanja doprinosa potrebnih za ostvarivanje mirovine jednak iznosa vodi diskriminaciji, koja se, uzevši u obzir financijsku ravnotežu nacionalnog mirovinskog sustava u kojem se ona pojavila, ne može odvojiti od razlike u starosnoj dobi potrebne za odlazak u mirovinu.

26. U predmetu C-328/91 *Secretary of State for Social Security vs. Thomas* (1993), ECR I-1247, Europski sud pravde našao je da se obrazloženje odluke Komisije za jednake mogućnosti proteže na povlastice povezane s različitim starosnom dobi potrebnom za umirovljenje, gdje 'je ta diskriminacija objektivno potrebna da bi se izbjeglo narušavanje kompleksa financijske ravnoteže sustava socijalnog osiguranja ili da se osigura konzistencija mirovinskog sustava i drugih sustava povlastica'.

27. U konkretnom predmetu C-196/98, *Hepple vs. Chief Adjudication Officer* (2000) ECR I-3701, Sud je primijenio obrazloženje iz predmeta *Thomas* i našao da, prvo, 'ukidanje diskriminacije ... ne bi imalo utjecaja na financijsku ravnotežu sustava socijalne sigurnosti Ujedinjenog Kraljevstva (§ 29.)'. Međutim, i dalje drži da je bilo objektivno nužno uvesti različite dobne uvjete utemeljene na spolu da bi se održala usklađenost državnog sustava starosne mirovine i ostalih sustava povlastica ... Slijedi da je diskriminacija, kao ova iz glavnog postupka, objektivno i nužno vezana uz različitu starosnu dob

za ostvarivanje prava na mirovinu muškaraca i žena, tako da je pokrivena izuzetkom predviđenim člankom 7.(1)(a) Direktive.”

Europski je sud iz utvrđenog stanja u vezi s pitanjem dobi muškaraca i žena za ostvarenje prava na starosnu mirovinu između ostaloga zaključio da praksa Europskoga suda pravde pokazuje da je riječ o dinamičnoj i evolutivnoj grani prava, gdje je Europski sud pravde primijenio duboku i proporcionalnu analizu da bi ispitao trajno objektivno opravdanje za primjenu različite starosne dobi za pristup sustavu starosne mirovine i povezanim povlasticama. Ako bi Sud u Strasbourgu u konkretnom slučaju našao povredu, to bi dovelo do poprilične zbrke: nacionalno zakonodavstvo bilo bi zakonito u odnosu na Direktivu posebno što se tiče diskriminacije po spolu u socijalnom osiguranju, a nezakonito u odnosu na opće odredbe Konvencije (§ 31. presude). Zaključno, društveni, povijesni i ekonomski temelj za odredbu o starosnoj mirovini po navršениh 65 godina za muškarce, i 60 za žene, kao i odluka tužene države ugovornice da se starosna dob za ostvarivanje prava na mirovinu muškaraca i žena postupno izjednači od 2010. do 2020., uključuje složene ekonomske i društvene odluke, u pogledu kojih britanska vlada uživa široko područje slobodne prosudbe. (§ 32. presude.)

Europski je sud na temelju prethodne analize zauzeo sljedeća stajališta:

“33. Podnositelji se žale na različit tretman na osnovi spola, što potpada pod neisprpljenu listu zabranjene diskriminacije iz članka 14.

34. Članak 14. ne zabranjuje zemljama članicama da skupine tretiraju različito da bi se ispravile ‘postojeće nejednakosti’ među skupinama; sigurno u nekim okolnostima propuštanje da se ispravi nejednakost kroz različit tretman može i samo dovesti do povrede članka (...). Međutim, različit tretman je diskriminirajući kad nema objektivnog i razumnog opravdanja; drugim riječima, ako se ne ostvaruje legitimni cilj ili ako ne postoji razmjernost između uporabljenih sredstava i cilja koji se nastoji postići. Stranka ugovornica prilikom procjene opravdava li i u kojoj mjeri različitost u inače sličnim situacijama različit tretman uživa slobodu prosudbe (...).

35. Opseg područja slobodne prosudbe varira ovisno o okolnostima, predmetu i pozadini (...). U pravilu, vrlo ozbiljni razlozi morali bi se iznijeti da bi Sud smatrao da je različitost postupanja koje se temelji samo na spolu u skladu s Konvencijom (...). S druge strane, široko područje slobodne prosudbe obično je dopušteno državama članicama u pitanjima općih mjera ekonomske i so-

cijalne strategije (...). Zbog izravnog poznavanja društva i njegovih potreba državne vlasti su u pravilu u boljem položaju od međunarodnog suca kod procjene što je u javnom interesu ako je riječ o društvenoj i ekonomskoj osnovi, i Sud će u pravilu poštivati izbor zakonodavne politike osim ako je 'očito bez razumne osnove' (...).

36. Zaključno, kako se podnositelji žale na nejednakost u socijalnom sustavu, Sud podvlači da članak 1. Protokola 1 ne uključuje pravo na stjecanje imovine. (On) ne ograničava slobodu država članica da odluče hoće li ili ne imati bilo kakav sustav socijalnog osiguranja, ili da odaberu oblik ili iznos povlastica unutar tih sustava. Međutim, ako države odluče stvoriti mirovinski sustav ili sustav povlastica, moraju to učiniti na način sukladan članku 14. Konvencije (...).

Utvrđujući da su osporene mjere britanske vlade ostvarile legitiman cilj i bile razumno i objektivno opravdane (§ 42. presude), Europski je sud na kraju morao odgovoriti na jedino preostalo pitanje: je li istaknuta razlika u tretmanu između muškaraca i žena unutar mirovinskog sustava prihvatljiva po članku 14. Konvencije (§ 43. presude). Provevši test opravdanosti, Europski je sud na to pitanje dao sljedeći odgovor:

"44. Različita dob muškaraca i žena za ostvarivanje prava na mirovinu prvi put je u Ujedinjenom Kraljevstvu uvedena 1940. godine, puno prije no što je Konvencija uopće napisana, a zadržala se do današnjih dana (...). čini se da je različit tretman uveden da bi se umanjila financijska nejednakost i teškoće koje su proizlazile iz položaja žena koje su tradicionalno brinule o obitelji u kući i nisu zarađivale. Stoga su, izvorno, različite dobi za umirovljenje postojale s namjerom da isprave 'postojeće nejednakosti' između muškaraca i žena i stoga su objektivno opravdane člankom 14. (...).

45. Slijedi da je ta razlika u godinama potrebnim za ostvarivanje prava na mirovinu bila opravdana sve do promjene društvenih prilika kada žene više nisu bitno oštećene zbog kraćeg radnog vijeka. Ta promjena, zbog svoje prirode, mora biti postupna i bilo bi teško, pa i nemoguće, točno odrediti neki trenutak kad je nepravda prema muškarcima zbog različite dobi za umirovljenje prevagnula nad potrebom da se ispravi nepovoljan položaj žena. (...).

46. Prema informaciji koju Sud ima, izdavanjem Zelene knjige u prosincu 1991. Vlada je učinila prve konkretne korake prema ostvarenju iste staro-

sne dobi za ostvarivanje prava na mirovinu za oba spola. Moguće bi bilo raspravljati o tome je li se taj korak mogao učiniti i ranije. Međutim, Sud primjećuje, da je izjednačavanje radnog vijeka muškaraca i žena postupan proces, a i nacionalne vlade su u boljem položaju da ga ocijene (...). Štoviše, važno je i što je mnogo drugih država članica zadržalo različitu dob u kojoj muškarci i žene stječu pravo na starosnu mirovinu (...). U Europskoj uniji ova je pozicija priznata izuzećem sadržanim u Direktivi (...).

47. U svjetlu izvornog opravdanja za mjeru kao korektiva financijske nejednakosti spolova, sporo razvijajuće prirode promjene radnog vijeka žena i nedostatka zajedničkog standarda u zemljama članicama (...), Sud nalazi da se Ujedinjeno Kraljevstvo ne može kritizirati zbog toga što jednaka starosna dob za ostvarivanje prava na mirovinu nije ranije uvedena.

48. Budući da je napravila korak prema izjednačavanju, Sud ne nalazi nerazumnim Vladine namjere da provede opsežne konzultacije i analize, niti se Parlament može kriviti što je 1995. godine odlučio provesti reformu polagano i u fazama. Uzevši u obzir vrlo dalekosežne i ozbiljne implikacije kako za žene tako i za gospodarstvo u cjelini, ovo su pitanja koja nedvojbeno potpadaju pod područje slobodne prosudbe države.”

Na toj je osnovi Europski sud zaključio da “odluke države o točnom vremenu i načinu ispravljanja nejednakosti nisu očigledno nerazumne da bi prešle granice slobodne prosudbe u tom području (...). Tako u ovom slučaju nema povrede članka 14. u vezi s člankom 1. Protokola 1.” (§ 49. presude)

## 7. TEST DISKRIMINACIJE

### 7.1. Temeljna obilježja testa diskriminacije

Treba ponoviti da je jednakost komparativni koncept. Stoga je i test diskriminacije test usporedbe. Pri njegovu provođenju moraju biti precizno određene skupine ili pojedinci koji će se uspoređivati radi donošenja zaključka o postojanju (opravdanog, odnosno zabranjenog, diskriminatornog) različitog postupanja. Usporedbe mogu biti provedene na različite načine ovisno o tome koja se referentna točka odabere za njezinu bazu.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Non-Discrimination in International Law, isto, 22.

U praksi Europskoga suda test diskriminacije u pravilu je strukturiran na sljedeći način:

- 1) Pripada li prigovor diskriminacije u područje zaštićenog prava *ratione materiae*?
- 2) Je li povrijeđen članak Konvencije koji sadrži neko materijalno pravo?
- 3) Postoji li razlika u postupanju?  
Polazeći od stajališta u presudi Velikog vijeća Europskoga suda u predmetu *D.H. i drugi protiv Češke Republike* (2007.), prilikom ispitivanja postojanja razlike u postupanju potrebno je odgovoriti i na pitanje: može li se različito postupanje prema osobama u istoj ili usporedivoj situaciji okarakterizirati kao izravna diskriminacija? Ako se ona ne utvrdi, potrebno je ispitati postoji li u konkretnom slučaju neizravna diskriminacija ili *de facto* diskriminacija. Ako se utvrdi njezino postojanje, onda se teret dokazivanja prebacuje na tuženu državu koja mora opravdati mjeru objektivnim razlozima koji se ne temelje na zabranjenoj osnovi (rasi, spolu, itd.).
- 4) Postoji li objektivno i razumno opravdanje za različito postupanje?
- 5) Je li različito postupanje uvjetovano težnjom za ostvarenjem legitimnog cilja?
- 6) Jesu li sredstva koja su pritom primijenjena razumno razmjerna legitimnom cilju, odnosno snosi li podnositelj zahtjeva nerazmjeran teret zbog poduzete mjere?
- 7) Premašuje li razlika u postupanju nacionalno područje slobodne prosudbe države?

Prvo, Europski sud odlučuje pripada li prigovor o diskriminaciji u područje jednog od materijalnih (supstancijalnih) prava zaštićenih Konvencijom *ratione materiae*. Europski sud stoga na početku testa diskriminacije provodi "klasičan" test djelokruga *ratione materiae*.<sup>50</sup> Ako prigovor ne pripada djelokrugu zaštićenog prava, onda Europski sud nije nadležan ispitivati prigovore u vezi s člankom 14. Konvencije.

Drugo, Europski sud ispituje je li došlo do povrede članka Konvencije koji sadrži materijalno (supstancijalno) pravo. Ako utvrdi da je takva odredba povrijeđena, Europski sud neće posebno razmatrati navodnu povredu članka

---

<sup>50</sup> U predmetu *Van der Musselle protiv Belgije* (1983.) Europski je sud utvrdio da se prilikom ispitivanja primjenjivosti članka 14. Konvencije "postavlja pitanje jesu li dotične činjenice potpuno izvan djelokruga članka 4., pa samim tim i članka 14. Konvencije." (§ 43. presude)

14. Konvencije u vezi s dotičnom odredbom povreda koje je već prethodno utvrđena, osim ako postoji očita nejednakost u postupanju u uživanju prava o kojemu je riječ, a koja je fundamentalni aspekt cijelog slučaja.

Treće, podnositelj zahtjeva mora pokazati da je došlo do razlike u postupanju. On mora specificirati skupinu prema kojoj se različito postupalo i pokazati da su njegova situacija i situacija te skupine usporedive. Da bi postojala diskriminacija koja je ujedno i povreda članka 14. Konvencije, situacija u kojoj se nalazi žrtva mora biti slična onoj situaciji u kojoj se nalaze osobe prema kojima se bolje postupa. Osim toga, moraju postojati mjere tužene države koje uzrokuju različito postupanje prema žrtvi zbog svojstava koje ta žrtva ima ili koje uzrokuju negativne posljedice za žrtvu.

Četvrto, Europski sud ispituje je li država uspjela pokazati da je takva razlika u postupanju opravdana. Razlika u postupanju na temelju članka 14. Konvencije diskriminatorna je ako za nju ne postoji objektivno ili razumno opravdanje. Za neku mjeru smatra se da nema objektivnog ili razumnog opravdanja ako: (a) ne teži legitimnom cilju ili (b) ne postoji razumna razmjernost između primijenjenih sredstava i cilja kojemu se teži.

Peto, Europski sud ispituje je li država prekoračila svoje nacionalno područje slobodne prosudbe u predmetu o kojemu je riječ. Područje slobodne prosudbe tužene države ugovornice često je od odlučujućeg značenja kad se utvrđuje je li miješanje države u konvencijska prava bilo nužno. Ako Europski sud u konkretnom predmetu ostavlja državi usko područje slobodne prosudbe, onda će biti potrebni vrlo ozbiljni razlozi da bi se opravdalo njezino miješanje u konvencijska prava. Širina nacionalnog područja slobodne prosudbe ovisi o prirodi predmeta.

## 7.2. Dokazivanje diskriminacije na temelju Konvencije

### 7.2.1. Teret dokazivanja

Kad se pozove na članak 14. Konvencije, na podnositelju zahtjeva leži teret dokazivanja (*burden of proof*) da je diskriminiran. Dostatno je da podnositelj pokaže da je postupanje prema njemu bilo nepovoljnije nego prema nekom drugom u usporedivoj (analognoj) situaciji, a da je ta razlika u postupanju utemeljena na jednoj od zabranjenih osnova.

Nakon što podnositelj zahtjeva to pokaže, teret dokazivanja prebacuje se na tuženu državu koja treba pokazati da postoji "objektivno i razumno



opravdanje” takvoga različitog postupanja. Ona, prije svega, mora pokazati da je to različito postupanje imalo “legitiman cilj” i da je postojao “razuman odnos razmjernosti između primijenjenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju težilo”. Ako tužena država ne uspije pokazati da je postupanje koje podnositelj osporava imalo legitiman cilj, Europski sud u pravilu utvrđuje da je povrijeđen članak 14. Konvencije u vezi s materijalnim konvencijskim pravom o kojemu je u konkretnom slučaju riječ.

Opisani postupak vezan uz teret dokazivanja opće je naravi, pa se u pravilu primjenjuje i na slučajeve izravne i na slučajeve neizravne diskriminacije.

Ipak, u postupku preispitivanja presude prvostupanjskog vijeća u predmetu *Nachova i drugi protiv Bugarske* (2005.) Veliko vijeće Europskoga suda odbilo je prebaciti teret dokazivanja na tuženu državu ugovornicu u odnosu na proceduralni aspekt problema (to jest je li se tužena država pridržavala obveze djelotvorne istrage mogućih rasističkih motiva ubojstva), što je obrazloženo u §§ 160. – 168. presude. Sažeto, Veliko je vijeće ponovilo da u slučaju kad su događaji u cijelosti ili većim dijelom u isključivoj nadležnosti države, teret može biti prebačen na nju kako bi se osiguralo zadovoljavajuće objašnjenje tih događaja. Također je prihvatilo da u određenim slučajevima navodne diskriminacije može biti potrebno da tužena vlada pobije sporni prigovor diskriminacije i - ako to ne učini - da dođe do utvrđenja povrede članka 14. Konvencije po toj osnovi. Međutim, Veliko vijeće nije smatralo da bi teret dokazivanja trebao biti prebačen na državu kad postoji prigovor da je nasilno djelo bilo motivirano rasističkim predrasudama, kao što je to bilo u slučaju *Nachova*:

“157. ... takav bi pristup doveo do zahtjeva da tužena vlada dokaže nedostatak određenog subjektivnog stava (*absence of a particular subjective attitude*) na strani osobe o kojoj je riječ. Dok u pravnim sustavima mnogih zemalja za dokaz diskriminacijskog učinka politike ili odluke nema potrebe dokazivati namjeru navodne diskriminacije u zapošljavanju ili pružanju usluga, taj je pristup teško prebaciti na slučaj gdje se tvrdi da je čin nasilja rasno motiviran.”

Stoga, odstupivši od pristupa koje je “prvostupanjsko” vijeće zauzelo u tom slučaju, Veliko vijeće nije smatralo “da se zbog navodnog propusta vlasti da provede djelotvornu istragu o navodnom rasističkom motivu za ubojstvo teret dokazivanja treba prebaciti na vladu u odnosu na navodnu povredu članka 14. Konvencije u vezi sa supstancijalnim aspektom članka 2. Pitanje pridržavanja

vlasti svojih proceduralnih obveza zasebna je stvar (*separate issue*)...” (§ 157. presude)

Jedan od umješača u postupku, londonska organizacija Interights, podvrgnula je kritici takvo stajalište Velikog vijeća Europskoga suda. U presudi je kritika Interights'a prikazana ovako:

“141. Organizacija Interights dalje tvrdi da međunarodna praksa potvrđuje stajalište da bi se kod slučajeva diskriminacije teret dokazivanja morao prebaciti na tuženu stranu od trenutka kad tužitelj nepobitno dokaže da je riječ o diskriminaciji. Takvo je stajalište sadržano i u nekoliko uputa EU, u odlukama Europskog suda (pravde - op.), Odbora za ljudska prava UN i u sudskim odlukama čitavog niza europskih država, kao i SAD, Kanade i drugih.”

Veliko je vijeće Europskoga suda u presudi *D. H. i drugi protiv Češke Republike* (2007.) u tom smislu učinilo korak naprijed kad je riječ o teretu dokazivanja neizravne diskriminacije:

“189. Gdje podnositelj koji prigovara neizravnoj diskriminaciji iznese pretpostavku, podložnu pobijanju, da je učinak mjere ili prakse diskriminirajući, teret se onda prebacuje na odgovornu državu, koja mora pokazati da razlika u postupanju nije diskriminatorna (...). Uzimajući osobito u obzir specifičnost činjenica i prirode prigovora sačinjenih u ovom tipu slučajeva (...), bilo bi iznimno teško u praksi podnositeljima dokazati neizravnu diskriminaciju bez takvog prebacivanja tereta dokazivanja.”

Presude Drugog odjela (2006.), odnosno Velikoga vijeća Europskoga suda (2007.) u predmetu *D.H. i drugi protiv Češke Republike* u tom se smislu čine iznimno važnima za postavljanje pravila o teretu dokazivanja u postupcima vezanim uz diskriminaciju.

### 7.2.2. Dokazi diskriminacije

Tvrđnje o diskriminaciji često je teško dokazati. U velikom broju slučajeva ne postoji nikakav neposredan ili izravan dokaz o diskriminaciji budući da oni koji diskriminiraju pojedine skupine ili pojedince načelno ne obznanjuju javno

svoje predrasude. Štoviše, oni ih ne moraju biti ni svjesni. Stoga namjera nije element koji se mora dokazati da bi se dokazalo postojanje diskriminacije (presuda Velikoga vijeća u predmetu *D.H. i drugi protiv Češke Republike*, § 184.), ali je u praksi dokazivanje diskriminacije i dalje vrlo teško, što utječe na djelotvornu zaštitu prava na jednakost.<sup>51</sup>

Mehanizam prebacivanja tereta dokazivanja na tuženu državu jedno je od sredstava kojima se nastoje ukloniti poteškoće podnositelja zahtjeva u dokazivanju diskriminacije. Međutim, i dalje ostaje pitanje: koja je vrsta dokaza potrebna da bi se utvrdio *prima facie* slučaj u svrhu prebacivanja tereta dokazivanja?

U postupku preispitivanja presude prvostupanjskog vijeća u predmetu *Nachova i drugi protiv Bugarske* (2005.) londonska organizacija Interights', kao umješac, isticala je sljedeće dokaze dostatne za utvrđivanje postojanja diskriminacije:

“142. Organizacija Interights također je navela primjere tipova dokaza koje su nacionalne jurisdikcije prihvatile kao one kojima se može utvrđivati *prima facie* slučaj diskriminacije: dokaz ‘generalne slike’ nepovoljnog položaja (*evidence of a ‘general picture’ of disadvantage*), ‘opća spoznaja’ o diskriminaciji (*‘common knowledge’ of discrimination*), činjenice iz ‘običnog života’ (*facts from ‘general life’*), općepoznate činjenice (*facts that were generally known*), okolnosti (*background facts*) i posredni dokazi (*circumstantial evidence*). Oslanjanje na izvođenje zaključaka također je općeprihvaćeno.”

Veliko je vijeće Europskoga suda u presudi *D.H. i drugi protiv Češke Republike* (2007.) zauzelo stajalište da se u slučajevima neizravne diskriminacije statistički podaci mogu priznavati kao valjani dokazi:

“186. ... Sud je u prethodnim slučajevima napominjao da podnositelji mogu imati poteškoća u dokazivanju diskriminirajućeg postupanja (*Nachova i drugi*, §§ 147. i 157.). Da bi zajamčio pogođenima djelotvornu zaštitu njihovih prava, manje stroga dokazna pravila trebaju se primijeniti u slučajevima navodne neizravne diskriminacije.

187. U tom pogledu, Sud primjećuje da direktive Vijeća (*Council Directives*) 97/80/EC i 2000/43/EC propisuju da osobe koje sebe smatraju povrijeđenim jer načelo jednakog postupanja (*principle of equal treatment*) na njih nije

<sup>51</sup> Non-Discrimination in International Law, isto, 125.

bilo primijenjeno, mogu pred domaćim tijelom iznijeti, na bilo koji način, uključujući i na temelju statističkih podataka, činjenice iz kojih se može pretpostaviti da postoji diskriminacija (...). Recentna sudska praksa Suda pravde Europskih zajednica (...) pokazuje da on dopušta tužiteljima pozivanje na statističke podatke, a domaćim sudovima da takve podatke uzimaju u obzir gdje je to valjano i značajno.

Veliko vijeće nadalje bilježi informacije, koje su dostavljene od umješača (*third-party interveners*), da sudovi mnogih zemalja i nadzorna tijela nad ugovorima Ujedinjenih naroda uobičajeno prihvaćaju statistike kao dokaze neizravne diskriminacije s ciljem da olakšaju žrtvama zadaću u pružanju *prima facie* dokaza.

Sud je također priznao važnost službenih statistika u ... slučajevima *Hoogen-dijk* i *Zarb Adami* i pokazao da je spreman prihvatiti i uzeti u razmatranje različite tipove dokaza (*Nachova i ostali*, § 147.).

188. U tim okolnostima, Sud smatra da kad dođe do procjene utjecaja mjere ili prakse na pojedinca ili skupinu, statistike koje se u kritičkom ispitivanju pokažu pouzdanim i značajnim bit će dostatne da konstituiraju *prima facie* dokaz čije je podnošenje zahtijevano od podnositelja. To, međutim, ne znači da se neizravna diskriminacija ne može dokazivati bez statističkih podataka.”

Primjer tipova dokaza dostatnih za utvrđenje pretpostavke o postojanju neizravne diskriminacije u praksi Europskoga suda sadržan je i u presudi *Opuz protiv Turske* (2009.). U tom je predmetu, naime, Europski sud priznao valjanim dokazima i izvješća vezana uz nasilje u obitelji u Turskoj koja su mu dostavile dvije nevladine organizacije, a koje tužena turska vlada nije osporila:

“193. ... Sud bilježi da je podnositeljica predočila izvješća i statistike koje su pripremile dvije vodeće nevladine organizacije (NGOs), Odvjetnička komora u Diyarbakuru i Amnesty International, s ciljem da prikaže diskriminaciju žena ... Imajući na umu da utvrđenja i zaključke iz tih izvješća vlada nije osporila ni u jednoj fazi postupka, Sud će ih razmotriti zajedno s vlastitim utvrđenjima u ovom slučaju (...).

198. U svjetlu navedenog, Sud smatra da je podnositeljica bila u stanju pokazati, pozivajući se na statističke informacije koje nisu osporene, postojanje *prima facie* indikacije da nasilje u obitelji pogađa većinom žene i da je opća i diskriminatorna sudska pasivnost u Turskoj stvorila klimu koja je doprinijela nasilju u obitelji.”

U odnosu na sve ostale tipove dokaza potrebnih za utvrđivanje diskriminacije Europski je sud u dosadašnjoj praksi ostao samo na načelnim postavkama. U tom su smislu važna sljedeća njegova utvrđenja sadržana u presudi *Nachova i drugi protiv Bugarske* (2005.):

“147. ... Specifičnost njegove zadaće po članku 19. Konvencije - osigurati da se države ugovornice pridržavaju svojih obveza osiguravanja temeljnih prava zajamčenih u Konvenciji - uvjetovala je i njegov pristup pitanjima materijalnih i nematerijalnih dokaza (*issues of evidence and proof*). U postupku pred Sudom nema procesnih zapreka (*procedural barriers*) za dopuštenost dokaza ili predodređenih formula za njihovu ocjenu. On usvaja zaključke koji su, prema njegovom mišljenju, zasnovani na slobodnoj evaluaciji svih dokaza, uključujući i takve zaključke (*inferences*) koji se mogu izvesti iz činjenica i očitovanja stranaka. Sukladno njegovoj ustaljenoj praksi, dokaz se može izvesti iz koegzistencije dostatno čvrstih, jasnih i međusobno usklađenih zaključaka ili iz sličnih neosporenih presumpcija činjenica. Štoviše, stupanj uvjerljivosti (*persuasion*) potreban za postizanje određenog zaključka i s tim u vezi raspoređivanje tereta dokaza neraskidivo su povezani sa specifičnošću činjenica, naravi iznesenih tvrdnji i konvencijskim pravom o kojemu je riječ. Sud također posvećuje pažnju ozbiljnosti s kojom se prima njegova presuda da je država ugovornica povrijedila temeljna prava (...).”

### 7.2.3. Standard dokaza

Dva su standarda dokaza o kojima se može raspravljati kad je riječ o praksi Europskoga suda.

Prvi je standard dokaza “izvan razumne sumnje” (*‘beyond reasonable doubt’*, *‘beyond reasonable suspicion’ standard of proof*). On znači da će Europski sud “neku činjenicu smatrati utvrđenom ukoliko nema mjesta razumnoj sumnji da predloženi dokazi ne upućuju na postojanje te činjenice.”<sup>52</sup> To je najviši standard dokaza jer je prikladan za najteža kaznena djela koja za sobom povlače najteže posljedice za počinitelja. U pravilu se koristi u kaznenom pravu pojedinih država čiji je pravni poredak utemeljen na općem pravu (*common law*), ali je u praksi Europskoga suda zadobio autonomno značenje.

<sup>52</sup> Grdinić, Elica: *Europski sud za ljudska prava i zaštita prava na život*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 27 (2006.), broj 2, 1101.

Drugi je standard dokaza “vaganje vjerojatnosti” (*‘balance of probabilities’ standard of proof*). On postavlja blaže zahtjeve, jer sud treba uvjeriti samo u to da je tužbeni zahtjev “vjerojatno više osnovan no što nije” (*‘more likely than not’ to be true*). Većina država čiji je pravni poredak utemeljen na *common law* sustavu koristi ga kao standard dokaza u civilnom pravu (*civil standard of proof*), u što ulaze i tužbeni zahtjevi protiv diskriminacije.<sup>53</sup>

Iako ni Konvencijom ni Poslovníkom Europskoga suda to nije izričito uređeno, čini se da je Europski sud utvrdio kao pravilo primjenu standarda dokaza “izvan razumne sumnje”, u specifičnom značenju koje je izgradio u svojoj praksi, za sva povrede prava zajamčenih Konvencijom. U presudi *Velikova protiv Bugarske* (2000.) Europski je sud naglasio:

“70. ... U procjenjivanju dokaza, opće načelo koje se primjenjuje na slučajeve bilo je ono da se primjenjuje standard dokaza ‘izvan razumne sumnje’ (...). Međutim, takav dokaz može slijediti iz istodobnog postojanja dovoljno jakih, jasnih i neproturječnih premisa ili sličnih nepobitnih presumpcija o činjenicama.”

Dokazna snaga tih posredno izvedenih zaključaka ili nepobitnih presumpcija o činjenicama mora se procjenjivati u svjetlu okolnosti svakoga pojedinog slučaja te ozbiljnosti i naravi optužbi koje iz njih slijede.

Tzv. dokazni test (*evidentiary test*) radi utvrđivanja potvrđuju li dostupni dokazi “izvan razumne sumnje” relevantne činjenice konkretnog slučaja Europski je sud prvi put primijenio u kontekstu članka 3. Konvencije u presudi *Irska protiv Ujedinjenoga Kraljevstva* (1978.).<sup>54</sup>

Praksa Europskoga suda pokazuje da je standard dokaza “izvan razumne sumnje” ponekad teško dostižan kad je riječ o slučajevima diskriminacije.

U predmetu *Anguelova protiv Bugarske* (2002.) Europski je sud primijenio standard dokaza “izvan razumne sumnje” i na slučaj navodne diskriminacije na

<sup>53</sup> Usp. Non-Discrimination in International Law, isto, 122. - 124.

<sup>54</sup> Tu činjenicu Europski sud ističe u brojnim presudama. Tako je, primjerice, u presudi *Aydin protiv Turske* (1977.) Veliko vijeće Europskog suda istaknulo: “63. ... Komisija (je) do svojih zaključaka došla na temelju detaljne ocjene dokaza te primjenom dokaznog testa koji je Sud obznanio u predmetu *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (...) radi utvrđivanja povrede članka 3. Konvencije, to jest potvrđuju li dokazi izvan razumne sumnje da je podnositeljica zahtjeva dotičnog dana odvedena u žandarmerijski stožer u Deriku te silovana i zlostavljena tijekom boravka u pritvoru.”

osnovi rase i etničkog podrijetla. Žrtva, muškarac romskog podrijetla, umrla je u policijskoj stanici nekoliko sati nakon što ga je policija privela. Podnositeljica zahtjeva bila je njegova majka. Europski je sud smatrao da je tužena država dužna dati uvjerljivo objašnjenje za njegovu smrt. Međutim, ona se oslonila na dva proturječna medicinska izvješća. Prvi se zasnivao na pregledu tijela, a kao vrijeme povrede utvrdio je trenutak uhićenja žrtve. Drugi se zasnivao samo na fotografijama povreda žrtve. U obzir su uzeti i drugi čimbenici (odugovlačenje policije da omogući žrtvi pristup liječniku i činjenica da je policija lažno tvrdila da je žrtva bila nepoznata osoba, iako su je dobro poznavali). Europski je sud zaključio da objašnjenje bugarske vlade o uzroku smrti nije uvjerljivo te je stoga utvrdio povredu članka 2. Konvencije.

Nadalje, podnositeljica zahtjeva, majka ubijenog, prigovorila je da je smrt njezina sina rezultat rasno motiviranog postupanja. Policijski su službenici njezina sina oslovljavali pojmom "ciganin" ('*gypsy*'), pa je ona tvrdila da se postupci i propusti policije i istražnih vlasti moraju sagledavati u širem kontekstu "sistematskog rasizma" među bugarskim vlastima. Europski je sud smatrao, međutim, da - iako je riječ bila o ozbiljnim argumentima - oni "nisu dokazani izvan razumne sumnje".

I u mnogim drugim slučajevima koji su prethodili slučaju *Anguelova protiv Bugarske* (2002.), kao što je predmet *Velikova protiv Bugarske* (2000.) Europski sud nije bio u stanju utvrditi povredu članka 14. Konvencije, jer predloženi dokazi koje je Sud smatrao "ozbiljnim argumentima" nisu dosegli standard dokaza "izvan razumne sumnje".

U predmetu *Nachova i drugi protiv Bugarske* (2005.) jedan od umješača u postupku, londonska organizacija Interights', podvrgnula je kritici standard dokaza "izvan razumne sumnje" kad su u pitanju slučajevi vezani uz diskriminaciju. Veliko vijeće Europskoga suda njezine je prigovore saželo na sljedeći način:

"140. Organizacija Interights kritizirala je ustrajavanje Suda na primjeni standarda 'izvan razumne sumnje', uz tvrdnju da su time stvorene nepremostive prepreke za utvrđivanje je li uopće riječ o diskriminaciji. U svom pisanom obraćanju Sudu, ta organizacija iznijela je opservaciju da najbolju sudsku zaštitu protiv diskriminacije imaju zemlje s takozvanim '*common law*' sustavom, koje kad je riječ o diskriminaciji primjenjuju standard dokaza 'vaganje vjerojatnosti' ('*balance of probabilities*' *standard of proof*). Iako je u zemljama tzv. 'kontinentalnog prava' sudac taj koji utvrđuje činjenice, što bi barem u teoriji trebalo značiti da se tu inzistira na višim standardima

iznošenja dokaza, jedna analiza u kojoj se utvrđivalo na koji način pravosuđe reagira na slučajeve diskriminacije pokazala je da zemlje tzv. ‘*common law*’ sustava pružaju bolju sudsku zaštitu od diskriminacije. Prema mišljenju organizacije Interights, Sud se opredijelio za srednji kurs, budući da ne inzistira na istom visokom stupnju standarda dokaza kao u kaznenom postupku, ali njegovu stajalištu nedostaje jasnost i predvidljivost.”

Odgovarajući na navedene kritike, Veliko je vijeće Europskoga suda u presudi *Nachova i drugi protiv Bugarske* (2005.) istaknulo da standard dokaza “izvan razumne sumnje” ne bi trebalo tumačiti kao da se zahtijeva onoliko visok stupanj vjerojatnosti koji se zahtijeva u kaznenim postupcima u unutarnjem pravu država ugovornica:

“147. S tim u vezi, Sud primjećuje da je u ocjeni dokaza prihvatio standard dokaza ‘izvan razumne sumnje’. Međutim, nikad nije bio njegov cilj da preuzme pristup nacionalnih pravnih sustava koji koriste taj standard. Njegova uloga nije da utvrđuje kaznenu ili građansku odgovornost, nego odgovornost država ugovornica po Konvenciji.”

Sukladno navedenom, kad su u pitanju slučajevi diskriminacije čini se da je ipak riječ o svojevrsnom “međustandardu” koji je smješten negdje između dvaju standarda dokaza: onog “vaganja vjerojatnosti” i onog “izvan razumne sumnje”, što je svakako pooštreni građanskopravni standard, iako još ne doseže razinu koja se zahtijeva u kaznenim predmetima.

## 8. POZITIVNE OBVEZE DRŽAVA UGOVORNICA PO ČLANKU 14. KONVENCIJE

Prema članku 14. Konvencije, uživanje prava i sloboda predviđenih u njoj “osigurava” se bez diskriminacije.

Taj normativni izričaj upućuje na to da države ugovornice mogu imati pozitivne obveze na temelju članka 14. Konvencije, kao i negativne obaveze da ne provode diskriminaciju, odnosno da se suzdrže od svih čina, radnji ili akata koji bi mogli dovesti do diskriminacije pojedinaca ili skupina.

Međutim, članak 14. Konvencije ne propisuje nijednu pozitivnu obvezu, tako da svaka obveza te vrste mora biti izvedena iz prakse Europskoga suda.



U *Belgijskom jezičnom slučaju* (1968.) Europski je sud jasno naznačio da države ugovornice mogu imati pozitivne obveze na temelju članka 14. Konvencije:

“3. Međutim, iz ovoga se ne može zaključiti da država nema pozitivnu obvezu osigurati poštovanje takvog prava onako kako je ono zaštićeno člankom 2. Protokola br. 1. Budući da ‘pravo’ postoji, ono je zajamčeno već samim djelovanjem članka 1. Konvencije svakome unutar jurisdikcija visokih stranaka ugovornica. (...) S jedne strane, oni su iznijeli svoje tumačenje članka 14. Konvencije u nekim pitanjima. Prije svega izrazili su mišljenje da izraz ‘osigurava (se)’ podrazumijeva postojanje obveze visoke stranke ugovornice da poduzme akciju, a ne samo njezinu dužnost da se od akcije suzdrži.”

U prikazu presude u predmetu *Belgijski jezični slučaj* rečeno je da se iz članka 2. Protokola br. 1 uz Konvenciju ne može izvesti pravo da se od nacionalnih javnih vlasti zahtijeva osnivanje neke određene vrste obrazovne ustanove. Ipak, ako je i kad je država osnovala takvu ustanovu, onda ona više nije smjela, prilikom propisivanja uvjeta za upis djece, poduzeti diskriminatorne mjere u smislu članka 14. Konvencije.

U pogledu pozitivnih obveza vezanih uz članak 14. Konvencije opći pristup Europskoga suda mogao bi se opisati ovako: budući da članak 14. predstavlja samo “dopunsko pravo” jednakosti u uživanju materijalnih prava zajamčenih Konvencijom, postojanje pozitivnih obveza u slučajevima vezanim uz diskriminaciju obično se razmatra u kontekstu pozitivnih obveza koje proizlaze iz pripadajućega materijalnog prava, a ne iz samog članka 14. Konvencije. Drugim riječima, Europski sud prihvaća navod o diskriminaciji pri donošenju zaključka o tome postoji li pozitivna obveza u materijalnoj (supstancijalnoj) odredbi Konvencije o kojoj je riječ. Obrnuto, on taj navod odbacuje ako utvrdi da u dotičnoj materijalnoj odredbi nema pozitivne obveze.

To pravilo jednako vrijedi i kad Europski sud utvrdi materijalnu i kad utvrdi procesnu pozitivnu obvezu vezanu uz neko materijalno konvencijsko pravo.

## 9. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Za praksu domaćih sudova i drugih nadležnih tijela iznimno su važna pravna stajališta Europskoga suda o primjeni članka 14. Konvencije na konkretne

slučajeve. Stoga se čini svrsishodnim umjesto posebnih zaključaka ponoviti temeljne postavke Europskoga suda o zabrani diskriminacije u smislu članka 14. Konvencije onako kako ih je sažeo sam Europski sud u presudi *Andrejeva protiv Latvije* (2009.)

Prvo, članak 14. Konvencije dopunjuje ostale materijalne (supstancijalne) odredbe Konvencije i pripadajućih protokola. On ne postoji samostalno, budući da ima učinak jedino u vezi s “uživanjem prava i sloboda” zajamčenih tim odredbama. Iako primjena članka 14. nužno ne pretpostavlja povredu tih odredbi - i do te mjere je taj članak samostalan - ne može biti prostora za njegovu primjenu, osim ako činjenice o kojima je riječ ne potpadaju pod djelokrug jedne ili više materijalnih odredbi Konvencije.

Drugo, primjena članka 14. ne pretpostavlja nužno povredu nekoga materijalnog prava zaštićenog Konvencijom. Potrebno je, ali je ujedno i dovoljno da činjenice slučaja padnu “unutar okvira” jednog ili više članaka Konvencije. Sukladno tome, zabrana diskriminacije zajamčena člankom 14. Konvencije proteže se preko uživanja prava i sloboda za koje Konvencija i pripadajući protokoli zahtijevaju da ih osigura svaka država. On se također primjenjuje na ona dopunska prava koja je država dobrovoljno odlučila osigurati, a koja padaju unutar općeg okvira bilo kojeg članka Konvencije.

Treće, diskriminacija znači različito postupati prema osobama ili skupinama u sličnim situacijama bez objektivnog i razumnog opravdanja.

Objektivno i razumno opravdanje znači da razlika u postupanju ne postiže “legitiman cilj” ili da ne postoji “razuman odnos razmjernosti između primijenjenih sredstava i ciljeva koje se težilo postići”.

Četvrto, države ugovornice uživaju određeno područje slobodne prosudbe u ocjeni opravdavaju li i u kojoj mjeri razlike, u inače sličnim situacijama, različito postupanje. Širina tog područja varirat će u ovisnosti o okolnostima konkretnog slučaja, predmetu o kojem je riječ i njegovu kontekstu.

Peto, članak 14. ne zabranjuje državama ugovornicama da prema skupinama postupaju različito ako se time ispravljaju “činjenične nejednakosti” među njima. Štoviše, u određenim okolnostima propust da se nejednakost pokuša ispraviti različitim tretmanom može dovesti do povrede članka 14. Konvencije, ako za to ne postoji objektivno i razumno opravdanje.

Šesto, široko područje slobodne prosudbe država ugovornica obično je dopušteno kad je riječ o općim mjerama gospodarske ili socijalne strateške politike. Zbog neposrednog saznanja o društvu i njegovim potrebama, nacionalne su vlasti u načelu u boljem položaju nego međunarodni sudac procijeniti javni

interes u socijalnom i gospodarskom području, pa Europski sud načelno poštuje zakonodavčev izbor politika (*legislature's policy choice*), osim ako je on "očito bez razumnog temelja". Europski sud smatra, dakle, da odredbe Konvencije ne sprječavaju države ugovornice od uvođenja shema općih politika (*general policy schemes*) putem zakonodavnih mjera kojima se uvodi različito postupanje prema određenim kategorijama pojedinaca ili skupina, pod uvjetom da takvo miješanje u prava zakonom određenih pojedinaca ili skupina kao cjeline može biti opravdano na temelju Konvencije.

Teret dokaza u odnosu na članak 14. Konvencije prvo je na podnositelju zahtjeva koji mora pokazati razliku u postupanju, a nakon toga se prebacuje na tuženu državu koja je dužna pokazati da je ta razlika bila opravdana.

Standard dokaza u slučajevima diskriminacije smješten je između dvaju standarda dokaza: onog "vaganja vjerojatnosti" i onog "izvan razumne sumnje", što je svakako pooštreni građanskopravni standard, iako još ne dosiže razinu koja se zahtijeva u kaznenim predmetima.

Konačno, u postupku pred Europskim sudom nema procesnih zapreka za dopuštenost dokaza ili predodređenih formula za njihovu ocjenu. On usvaja zaključke koji su zasnovani na slobodnoj evaluaciji svih dokaza, uključujući i takve zaključke koji se mogu izvesti iz činjenica i očitovanja stranaka. Dokaz se može izvesti iz koegzistencije dostatno čvrstih, jasnih i međusobno usklađenih zaključaka ili iz sličnih neosporenih presumpcija činjenica. Štoviše, stupanj uvjerljivosti potreban za postizanje određenog zaključka i s tim u vezi raspoređivanje tereta dokaza neraskidivo su povezani sa specifičnošću činjenica, naravi iznesenih tvrdnji i konvencijskim pravom o kojemu je riječ.

Odgovarajuća primjena navedenih stajališta Europskoga suda u sudskim predmetima vezanim uz diskriminaciju pred domaćim sudovima nije pitanje izbora. Ona je njihova obveza.

## POPIS CITIRANIH PRESUDA I ODLUKA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

### Presude

*Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (plenarna sjednica),  
28. svibnja 1985., zahtjevi br. 9214/80, 9473/81 i 9474/81  
*Airey protiv Irske*, 9. listopada 1979., zahtjev br. 6289/73

- Andrejeva protiv Latvije* (Veliko vijeće), 18. veljače 2009., zahtjev br. 55707/00
- Anguelova protiv Bugarske*, 13. lipnja 2002., zahtjev br. 38361/97
- Brauer protiv Njemačke*, 28. svibnja 2009., zahtjev br. 3545/04
- Burden protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (Veliko vijeće), 29. travnja 2008., zahtjev br. 13378/05
- D.H. protiv Češke Republike* (Drugi odjel), 7. veljače 2006., zahtjev br. 57325/00 (presuda je preispitana u postupku pred velikim vijećem)
- D.H. protiv Češke Republike* (Veliko vijeće), 13. studenoga 2007., zahtjev br. 57325/00
- Darby protiv Švedske*, 23. listopada 1990., zahtjev br. 11581/85
- Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (plenarna sjednica), 22. listopada 1981., zahtjev br. 7525/76
- E.B. protiv Francuske* (Veliko vijeće), 22. siječnja 2008., zahtjev br. 43546/02
- Engel i drugi protiv Nizozemske* (plenarna sjednica), 8. lipnja 1976., zahtjevi br. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 i 5370/72
- Fredin protiv Švedske* (br.1), 18. veljače 1991., zahtjev br. 12033/86
- Fretté protiv Francuske*, 26. veljače 2002., zahtjev br. 36515/97
- Gaygusuz protiv Austrije*, 16. rujna 1996., zahtjev br. 17371/90
- Hermi protiv Italije* (Veliko vijeće), 18. listopada 2006., zahtjev br. 18114/02
- Hoffmann protiv Austrije*, 23. lipnja 1993., zahtjev br. 12875/87
- Hugh Jordan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 4. svibnja 2001., zahtjev br. 24746/94
- Inze protiv Austrije*, 28. listopada 1987., zahtjev br. 8695/79
- Iraska protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (plenarna sjednica), 18. siječnja 1978., zahtjev br. 5310/71
- Jane Smith protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (Veliko vijeće), 18. siječnja 2001., zahtjev br. 25154/94
- Kafkaris protiv Cipra* (Veliko vijeće), 12. veljače 2008., zahtjev br. 21906/04
- Karlheinz Schmidt protiv Njemačke*, 18. srpnja 1994., zahtjev br. 13580/88
- Katolička crkva u Kaneji (Canea Catholic Church)* protiv Grčke, 16. prosinca 1997., zahtjev br. 25528/94
- Kelly i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 4. svibnja 2001., zahtjev br. 30054/96
- Marckx protiv Belgije* (plenarna sjednica), 13. lipnja 1979., zahtjev br. 6833/74
- Mazurek protiv Francuske*, 1. veljače 2000., zahtjev br. 34406/97
- McKerr protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 4. svibnja 2001., zahtjev br. 28883/95
- McMichael protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 24. veljače 1995., zahtjev br. 16424/90
- McShane protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 28. svibnja 2002., zahtjev br. 43290/98

- Nachova i drugi protiv Bugarske* (Veliko vijeće), 6. srpnja 2005., zahtjevi br. 43577/98 i 43579/98
- Nacionalni sindikat belgijske policije protiv Belgije* (plenarna sjednica), 27. listopada 1975., zahtjev br. 4464/70
- Odievre protiv Francuske* (Veliko vijeće), 13. veljače 2003., zahtjev br. 42326/98
- Opuz protiv Turske*, 9. lipnja 2009., zahtjev br. 33401/02
- Oršuš i drugi protiv Hrvatske* (Prvo vijeće), 17. srpnja 2008., zahtjev br. 15766/03 (presuda je u postupku preispitivanja pred Velikim vijećem Europskog suda)
- Rasmussen protiv Danske*, 28. studenoga 1984., zahtjev br. 8777/79
- Rekvenyi protiv Mađarske* (Veliko vijeće), 20. svibnja 1999., zahtjev br. 25390/94
- Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugala*, 21. prosinca 1999., zahtjev br. 33290/96
- Schmidt i Dahlström protiv Švedske*, 6. veljače 1976., zahtjev br. 5589/72
- Shanaghan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 4. svibnja 2001., zahtjev br. 37715/97
- Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 27. rujna 1999., zahtjevi br. 33985/96 i 33986/96
- Stec i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (Veliko vijeće), 12. travnja 2006., zahtjevi br. 65731/01 i 65900/01
- Ščić protiv Hrvatske*, 31. svibnja 2007., zahtjev br. 40116/02
- Thlimmenos protiv Grčke* (Veliko vijeće), 6. travnja 2000., zahtjev br. 34369/97
- Timishev protiv Rusije*, 13. prosinca 2005., zahtjev br. 55762/00, 55974/00
- Unal Tekeli protiv Turske*, 16. studenoga 2004., zahtjev br. 29865/96
- Van der Mussele protiv Belgije* (plenarna sjednica), 23. studenoga 1983., zahtjev br. 8919/80
- Velikova protiv Bugarske*, 18. svibnja 2000., zahtjev br. 41488/98
- Vermeire protiv Belgije*, 29. studenoga 1991., zahtjev br. 12849/87
- Weller protiv Mađarske*, 31. ožujka 2009., zahtjev br. 44399/05
- Zarb Adami protiv Malte*, 20. lipnja 2006., zahtjev br. 17209/02

## Odluke o dopuštenosti zahtjeva

- Hoogendijk protiv Nizozemske*, 6. siječnja 2005., zahtjev br. 58641/00
- Lindsay protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (Europska komisija, plenarna sjednica), 11. studenoga 1986., zahtjev br. 11089/84

## Summary

Jasna Omejec \*

### PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

*Equality is a comparative concept: an individual can ascertain whether they have 'equality' only by comparing their conditions with the conditions of others.*

*There are two broad conceptual approaches to equality. Formal or 'juridical' equality refers to a basic idea: that individuals in like situations should be treated alike. Formal equality focuses on equal treatment based on the appearance of similarity regardless of the broader context. Laws or practices that tend to grant different treatment to individuals in similar situations may result in direct discrimination. Structural factors can ensure that regardless of equal treatment or prohibition of direct discrimination, certain groups fall behind the rest of society. Therefore, applied on its own and if differences are not taken into account as well as similarities, consistency of treatment is inadequate to ensure the broader aims of equality. 'Substantive equality' refers to the notion that individuals in different situations should be treated differently. It encompasses two distinct ideas - equality of results and equality of opportunity. Under international discrimination law, a State may also be required (or permitted) to take measures to ensure the 'factual equality' or substantive equality of protected groups. Positive action or affirmative measures (also known as 'special measures') are proactive measures taken by a government or private institution to remedy the effects of past and present discrimination by providing reverse preferences favouring members of classes previously disadvantaged. Such preferential treatment runs counter to the strictly formal notion of equality. Many international instruments explicitly permit positive action without imposing an obligation on States to take such measures.*

*There are also a number of types of conduct that are prohibited by international discrimination law. Direct discrimination is based on the idea of formal equality. It may be defined as less favourable or detrimental treatment of an individual or group of individuals on the basis of a prohibited characteristic or ground such as race, sex, or disability. Indirect discrimination occurs when a practice, rule, requirement or condition is neutral on its face but impacts disproportionately upon particular groups, unless that*

---

\* Jasna Omejec, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

*practice, rule, requirement or condition is justified. Prohibitions of indirect discrimination require a State to take account of relevant differences between groups.*

*Article 14 is the central provision of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter: Convention) concerning equality (“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”). It has been interpreted as an open-ended prohibition of discrimination because of the use of the words “other status”.*

*The European Court of Human Rights (hereinafter: the Court) in its case-law reiterates that Article 14 of the Convention has no independent existence, since it has effect solely in relation to the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. Therefore, Article 14 provides an ‘accessory right’ to equality in the enjoyment of the substantive rights and freedoms guaranteed by the Convention.*

*However, the application of Article 14 does not necessarily presuppose the violation of one of the substantive rights guaranteed by the Convention. It is necessary but it is also sufficient for the facts of the case to fall “within the ambit” of one or more of the provisions in question. The prohibition of discrimination in Article 14 thus extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and Protocols require each State to guarantee. It applies also to those additional rights, falling within the general scope of any Article of the Convention, for which the State has voluntarily decided to provide.*

*According to the Court’s settled case-law, discrimination means treating persons in similar situations differently without an objective and reasonable justification. “No objective and reasonable justification” means that the distinction in issue does not pursue a “legitimate aim” or that there is not a “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”.*

*The Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. The scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject matter and its background. Thus, Article 14 does not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct “factual inequalities” between them; indeed, in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may, without an objective and reasonable justification, give rise to a breach of that Article.*

*Similarly, a wide margin of appreciation is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy. Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle*

*better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the legislature's policy choice unless it is "manifestly without reasonable foundation". In more general terms, the Court has held that the provisions of the Convention do not prevent Contracting States from introducing general policy schemes by way of legislative measures whereby a certain category or group of individuals is treated differently from others, provided that the interference with the rights of the statutory category or group as a whole can be justified under the Convention.*

*Lastly, as to the burden of proof in relation to Article 14 of the Convention, the Court has held that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified.*

*The above legal opinions of the Court concerning prohibition of discrimination indicate the basic approach that the domestic courts should take in applying the Croatian Anti-Discrimination Act which entered into force on 1 January 2009.*

*Key words: European Court of Human Rights, Article 14 of the European Convention, difference in treatment, discriminatory grounds, discrimination test.*

## Zusammenfassung

Jasna Omejec \*\*

### DAS DISKRIMINIERUNGSVERBOT IN DER RECHTSPRECHUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFES FÜR MENSCHENRECHTE

*Gleichheit ist ein komparatives Konzept. Sie offenbart und bestimmt sich durch den Vergleich. Ob "Gleichheit" besteht, lässt sich nur ermitteln, wenn man die Lage des einen und des anderen in analogen Situationen vergleicht.*

*Bei der Gleichheit gibt es zwei allgemeine konzeptionelle Ansätze. Die formelle oder "juridische" Gleichheit drückt den Grundgedanken aus, dass die Einzelnen in gleichen Situationen gleich behandelt werden müssen. Die formelle Gleichheit ist auf die Gleichbehandlung aufgrund äußerer Ähnlichkeit unabhängig vom weiteren Zusammenhang ausgerichtet. Gesetze oder Praktiken, die eine unterschiedliche Behandlung der Einzelnen*

---

\*\* Dr. Jasna Omejec, Professorin an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb



*in vergleichbaren Situationen anstreben, können in unmittelbarer Diskriminierung resultieren. Strukturelle Faktoren können dazu führen, dass trotz Gleichbehandlung oder des Verbots unmittelbarer Diskriminierung bestimmte Gruppen im Vergleich zur restlichen Gesellschaft benachteiligt werden. Demnach ist ein konsequentes Verfahren ohne Beachtung von Unterschieden beziehungsweise Ähnlichkeiten für die Sicherung von weiteren Gleichheitszielen unzulänglich. Die substanzielle Gleichheit erfordert, dass in unterschiedlichen Situationen die Einzelnen auch unterschiedlich behandelt werden. Diese Gleichheit umfasst zwei distinkte Ideen, die Gleichheit der Ergebnisse und die der Möglichkeiten.*

*Das Völkerrecht, das sich mit dem Diskriminierungsschutz befasst, kann einem Staat auferlegen (oder erlauben), zur Sicherung der "realen Gleichheit" oder substanziellen Gleichheit der geschützten Gruppen bestimmte Maßnahmen zu ergreifen. Positive Aktionen oder Förderungsaktionen (ebenfalls bekannt als "spezifische Maßnahmen") sind proaktive Maßnahmen, die vom Staat oder einer privaten Einrichtung unternommen werden, um die Folgen einer früheren oder gegenwärtigen Diskriminierung zu korrigieren, indem durch die umgekehrte, bevorzugte Behandlung die Angehörigen der zuvor benachteiligten Gruppe besser gestellt werden. Eine solche Bevorzugung steht im Gegensatz zum streng formellen Begriff der Gleichheit. Viele völkerrechtliche Instrumente erlauben die positive Aktion ausdrücklich, verpflichten die Staaten jedoch nicht, sie zu unternehmen.*

*Es gibt auch Verhaltensweisen, die durch den völkerrechtlichen Diskriminierungsschutz verboten sind. Unmittelbare Diskriminierung gründet auf der Idee der formellen Gleichheit. Sie kann als verbotene benachteiligende oder schädigende Behandlung des Einzelnen oder einer Gruppe Einzelner aufgrund von Merkmalen oder Grundlagen wie Rasse, Geschlecht oder Behinderung definiert werden. Um mittelbare Diskriminierung handelt es sich, wenn die Praxis, Vorschrift, Forderung oder Bedingung scheinbar neutral ist, auf bestimmte Gruppen jedoch unverhältnismäßig ungünstig einwirkt, es sei denn, diese Praxis, Vorschrift, Forderung oder Bedingung ist gerechtfertigt. Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung erfordert vom Staat, relevante Unterschiede zwischen Gruppen zu berücksichtigen.*

*Die zentrale Vorschrift zur Gleichheit ist in Artikel 14 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden als "Konvention" bezeichnet) zu finden: "Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.". Die Worte "eines sonstigen Status" zeigen, dass dieses Diskriminierungsverbot auf eine offene Liste anzuwenden ist.*

*Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (im folgenden als "Gerichtshof" bezeichnet) wiederholt in seinen Entscheidungen immer wieder, dass Artikel 14 der Konvention keine eigenständige Existenz hat, da er nur in Bezug auf die durch andere substantielle Bestimmungen der Konvention und des Protokolls gewährten Rechte und Freiheiten eine Wirkung entfaltet. Somit sieht Artikel 14 ein "akzessorisches Recht" auf Gleichheit beim Genuss der durch die Konvention gewährleisteten substantiellen Rechte und Freiheiten vor.*

*Dennoch bedeutet die Anwendung von Artikel 14 nicht zwingend die Verletzung eines durch die Konvention gewährleisteten substantiellen Rechtes. Es ist erforderlich, zugleich aber auch ausreichend, dass der Sachverhalt des jeweiligen Falles in den Rahmen einer oder mehrerer Bestimmungen der Konvention fallen. Das Diskriminierungsverbot aus Artikel 14 erstreckt sich daher über den Genuss der Rechte und Freiheiten, die nach Konvention und Protokoll jeder Staat zu sichern hat, hinaus. Sie kommen auch bei jenen erweiterten Rechten zur Anwendung, die zum allgemeinen Rahmen eines der Artikel der Konvention gehören und die der Staat freiwillig gewährleisten will.*

*Im Einklang mit der herkömmlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bedeutet Diskriminierung die unterschiedliche Behandlung einer Person in einer vergleichbaren Situation ohne eine entsprechende Rechtfertigung. Das "Fehlen einer sachlichen und angemessenen Rechtfertigung" bedeutet, dass die betreffende Unterscheidung keinen "legitimen Zweck" verfolgt oder dass es "keine angemessene Verhältnismäßigkeit zwischen den angewandten Mitteln und dem angestrebten Zweck gibt".*

*Den Vertragsstaaten bleibt ein gewisser Ermessensspielraum überlassen bei der Beurteilung, ob und in welchem Maße Unterscheidungen in vergleichbaren Situationen ein unterschiedliches Verfahren rechtfertigen. Die Größe dieses Spielraumes hängt von den konkreten Umständen, dem Sachverhalt und dem Zusammenhang des jeweiligen Falles ab.*

*Demnach verbietet Artikel 14 den Mitgliedstaaten nicht, Gruppen unterschiedlich zu behandeln, wenn dadurch "sachliche Ungleichheiten" zwischen ihnen berichtigt werden; vielmehr kann unter bestimmten Bedingungen der unterlassene Versuch, die Ungleichheit durch eine Ungleichbehandlung aus dem Weg zu räumen, auch zu einer Verletzung dieses Artikels führen, sofern hierfür keine sachliche und vernünftige Rechtfertigung vorliegt.*

*Ähnlich wird den Vertragsstaaten aufgrund der Konvention ein breiter Ermessensspielraum gewährt, wenn es um die allgemeinen wirtschafts- oder sozialstrategischen Maßnahmen geht. Durch ihre unmittelbaren Einblicke in die gesellschaftliche Lage und ihre Bedürfnisse können die innerstaatlichen Behörden das öffentliche Interesse im sozialen und wirtschaftlichen Bereich in der Regel besser einschätzen als eine internationale Richterschaft, weshalb der Gerichtshof dem nationalen Gesetzgeber bei der Politikwahl*

grundsätzlich den Vorrang einräumt, sofern diese nicht “offensichtlich einer vernünftigen Grundlage entbehrt”. Im Allgemeinen bezieht der Gerichtshof den Standpunkt, dass die Bestimmungen der Konvention die Vertragsstaaten nicht daran hindern, durch gesetzgeberische Maßnahmen Schemata allgemeiner Politiken einzuführen, durch die Ungleichbehandlungen bestimmter Kategorien von Einzelnen oder ganzer Gruppen begründet werden, solange ein solcher Eingriff in die Rechte gesetzlich definierter Personen oder Gruppen durch die Konvention rechtfertigbar ist.

Die Beweislast in Bezug auf Artikel 14 der Konvention im Sinne einer Rechtfertigung der Ungleichbehandlung schließlich ordnet der Gerichtshof dem beklagten Staat zu, wenn der Beschwerdeführer die unterschiedliche Behandlung nachgewiesen hat.

Die hier ausgeführten rechtlichen Würdigungen des Gerichtshofes im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot zeigen den prinzipiellen Ansatz auf, den die nationalen Gerichte bei der Anwendung des kroatischen Gesetzes zur Bekämpfung der Diskriminierung, das am 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist, haben sollten.

*Schlüsselwörter:* Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Artikel 14 der Konvention, Diskriminierung, Ungleichbehandlung, Diskriminierungsgrundlagen, Diskriminierungsprüfung.

