

Dr. sc. Emina Hasanagić, docentica

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Amela Begović Kuko, Rukovodilac kantonalnog poreznog ureda Mostar

Doktorantica na Pravnom fakultetu Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

KOMPARATIVNA ANALIZA PRIMJENE NAČELA ZABRANE DISKRIMINACIJE U PRAKSI EU I BIH

Sažetak: Temelj demokracije predstavlja visok nivo uspostavljene vladavine prava. Aplikacija pravnih normi uređena je na temelju pravnih načela, temeljem kojih se dalje razrađuju i operacionaliziraju pravne norme. Temeljno načelo međunarodnog, evropskog kao i nacionalnog prava čini jednakost svih građana. Kao takvo, načelo jednakosti neodvojivo je od načela zabrane diskriminacije građana u bilo kom postupku. Razvojem svijesti pojedinaca, ali i kolektiviteta unutar evropskog prostora primjetan je povećan broj aplikacija pred sudovima kojim se nastoji osigurati pravo na zabranu diskriminacije, a time i načela jednakosti. Aplikacijom pred nadležnim sudovima, pojedinci nastoje uz primjenu ostalih prava ostvariti ali i doprinijeti očuvanju i razvoju zajedničkih vrijednosti Evropske unije. Garanciju jednakosti kroz krovni akt Evropske unije čine Ugovor o Evropskoj uniji, Ugovor o funkcioniranju Evropske unije, Povelja Evropske unije o osnovnim pravima ali i druge konvencije, sporazumi i direktive. Autorice su u radu predvođene pozitivnom praksom presuda evopskih sudova, kao temeljne pravne prakse u tumačenju načela jednakosti i zabrane diskriminacije. Takvu pozitivnu praksu u radu autorice kompariraju sa praksom nacionalnih sudova unutar Bosne i Hercegovine. Motivacija se temelji na potrebi kognitivnosti i prihvatljivosti prakse Evropske unije unutar pravnog ambijenta Bosne i Hercegovine. Ovakva motivacija nije samo subjektivna potreba za kognitivnošću, već i pravna obaveza Bosne i Hercegovine. Pravna obaveza proizilazi iz činjenice da je Dejtonskim ustavom za Bosnu i Hercegovinu, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda prioritet u odnosu na nacionalne pozitivne pravne propise. Spoznajom pravnih stajališta Evropske unije u tumačenju načela jednakosti i zabrane diskriminacije, te komparacije sa pravnim standardima u Bosni i Hercegovini moguće je utvrditi da li pored deklarativnog, težimo i ka realnom nivou standarda postavljenih unutar evropskog pravnog okvira.

Ključne riječi: jednakost, zabrana diskriminacije, EU, Sud EU, Povelja Evropske unije o osnovnim pravima

1. Uvodna razmatranja

Bez općih načela teško da bi i jedan pravni poredak, bilo međunarodni, evropski, transnacionalni, ili unutarnji mogao uspostaviti adekvatan i kvalitetan pravni poredak. Degan i Pavišić ističu kako: „Za razliku od ugovora i običajnih pravnih pravila, opća načela prava priznata od civiliziranih naroda nisu nastala ni sa čijom namjerom da bi uredila neke konkretne pravne odnose između konkretnih subjekata u nekom vremenu“.¹ Promatrano retroaktivno kroz pravnu historiju Evropske unije, odnosno kontinentalne Evrope nezaobilazan je osvrt na Deklaraciju o pravima čovjeka i građanina² čiji osnov se temelji upravo na općim načelima. U prvom članu Deklaracije uviđa se opće načelo kojim se nastoji garantirati jednakost ljudi, prema kojem: „Ljudi se rađaju i ostaju slobodni i jednaki u pravima. Društvene razlike mogu se zasnivati samo na općoj koristi“.³ U preambuli Opće deklaracije o ljudskim pravima⁴ ukazano je na temeljno načelo prema kojem se svim građanima priznaje kao urođeno i neotuđivo pravo na jednakost, i kao takvo predstavlja fundamentum slobode, pravde i mira u svijetu. U preambuli se uviđa opća prihvaćenost jednakosti svih građana. Jednakost kao takva čini osnov garancije ostalih ljudskih sloboda. S druge strane, jednakost građana uvažavajući preambulu Opće deklaracije o ljudskim pravima ne samo da predstavlja garanciju slobode, već i garanciju pravde u različitim oblicima sudskih postupaka. Za razliku od prethodna dva fundamentuma, slobode i pravde načelo jednakosti građana sprečava diskriminaciju po različitim osnovama. Kroz historiju takve osnove nedvojbeno su dovodile do brojnih ratova. To znači da jednakost utemeljena i normirana kroz Opću deklaraciju o ljudskim pravima označava i sigurnost, odnosno mir u svijetu. Jednakost građana i zabrana diskriminacije ne predstavlja samo pravno načelo, već i sistem vrijednosti koji se kroz historiju razvijao ne samo u praksi svijesti pojedinaca već i kolektiviteta. U radu će pored teorijskog osvrta na načelo jednakosti kroz ugovore, povelju, konvencije, ustave biti prikazana i komparacija sudskih postupaka EU i BiH, u kojim se kao meritorni element pojavljivalo načelo jednakosti i zabrane diskriminacije.

¹ Degan, Đ. Vladimír, Pavišić, Berislav. (2005). Međunarodno kazneno pravo, Rijeka, str. 22.

² Deklaracija o pravima čovjeka i građanina (franc. Déclaration des droits l'homme et du citoyen) usvojena je od strane Narodne skupštine Francuske 26.08.1879. godine.

³ Ibid, član 1.

⁴ www.narodne-novine.nn.hr/pregled izvršen 20.05.2019. godine, Opća deklaracija o ljudskim pravima, usvojena je i proglašena od strane Opće skupštine Organizacije Ujedinjenih nacija, Rezolucijom 217 A (III), 10. 12.1948. godine i u svojoj preambuli ukazuje: „Budući da je priznanje urođenog dostojanstva te jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske obitelji temelj slobode, pravde i mira u svijetu“.

2. Načelo jednakosti kao osnov funkcioniranja EU

Prilikom osnivanja Evropske unije⁵ (*u daljem tekstu EU*) trinaest predstavnika usvojilo je osnov na temelju kojeg će se, i na osnovu kojeg se i danas temelji EU. Evropska unija kao prvobitna zajednica trinaest zemalja sa evropskog prostora, nastala na temelju kontinuiteta Evropske zajednice (*u daljem tekstu EZ*) složila se da se njen prostor, i ponašanja temelje na: „vrijednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokracije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina“.⁶ Iz norme se jasno uviđa sinergija svih općih vrijednosti, između kojih se nedvojbeno ističe jednakost svih građana kao osnov i temelj za postojanje demokracije, vladavine prava i poštovanja ostalih ljudskih prava. U drugom dijelu istog člana Ugovora o EU i Ugovora o funkcioniranju EU ukazuje se, kako vrijednosti država članica u društvu se mogu ostvariti kroz preovladavanje: „pluralizma, nediskriminacije, tolerancije, pravde, solidarnosti i jednakosti žena i muškaraca“.⁷ U članu 3. Ugovora o EU posebno se ističe da Unija „suzbija društvenu isključenost i diskriminaciju, promiče socijalnu pravdu i zaštitu, ravnopravnost žena i muškaraca, međugeneracijsku solidarnost i zaštitu prava djeteta“.⁸ Za razliku od svih ostalih vrijednosti, jednakost se javlja kao opći princip, ali i kao vrijednost. Ovakva formulacija proizilazi iz „jednakosti svih građana kao osnov i temelj postojanja demokracije“ ali i „jednakosti žena i muškaraca“. S druge strane, jednakost kao vrijednost i jednakost kao osnov postojanja demokracije nemoguće je promatrati izvan konteksta drugog načela a to je nediskriminacije. Diskriminirati nekoga temeljem njegove boje kože, rase, spola i sl., značilo bi po principu automatizma i rušenje temeljne vrijednosti jednakosti. Koliko je Unija posebnu pažnju posvetila načelu jednakosti svih građana EU može se vidjeti iz člana 9. Ugovora o EU u kojem se navodi, da Unija u svim svojim aktivnostima poštuje načelo jednakosti svojih građana kojima njezine institucije takođe posvećuju jednaku pažnju.⁹ Opredjeljenje EU da djeluje i promiče vrijednosti na kojim je i osnovana, a prvenstveno vrijednosti koje se tiču ljudskih prava i načela jednakosti svih građana EU vidljivo je ne samo na području EU, već je Unija opredjeljena kao što se to može vidjeti iz Ugovora EU¹⁰ da na međunarodnoj sceni vrijednosti na kojima je nastala EU nastoji promicati u ostatku svijeta, a posebno poštivanje ljudskih prava i sloboda čovjeka, načela jednakosti, poštivanja ljudskog dostojanstva i solidarnosti, poštivanje načela Povelje UN i međunarodnog prava. Temeljne vrijednosti na kojima je osnovana EU svojim osnivačkim aktom Unija je te vrijednosti u Ugovoru o funkcioniranju

⁵ Ugovor o EU i Ugovor o funkcioniranju EU 2010/C 83/01.

⁶ Ugovor o EU i Ugovor o funkcioniranju EU, 2010/C 83/01, član 2.

⁷ Ibid, član 2.

⁸ Ibid, član 3.

⁹ Ibid, član 9.

¹⁰ Ibid, član 21.

EU¹¹ postavila kao pravilo u utvrđivanju i sprovedbi svojih politika i aktivnosti usmjerena u borbi protiv bilo kojeg oblika diskriminacije građana. Sadiković ističe da: „Zajedničko za sve poznate međaše u razvoju ljudskih prava kao što su Magna Carta, Američka deklaracija o nezavisnosti, Francuska deklaracija o pravima čovjeka i Univerzalna deklaracija jeste da su oni utvrdili moralne, političke i druge principe ljudskih prava koje su države, u svojim okvirima, primjenjivale na način i u mjeri u kojoj im je to bilo moguće“. ¹² Uprkos svim međunarodnim dokumentima, države ponekad tražeći opravdanje za neko ponašanje donose takvu praksu koja je suprotna praksi druge države. Države članice Evropske unije su pozvane da poduzimaju sve mjere u cilju poštivanja osnovnih vrijednosti na kojima počiva EU, prvenstveno na obavezu poštivanja ljudskih prava i sloboda, dostojanstva čovjeka, načela jednakosti i svih drugih prava i obaveza koje je država članica EU preuzela samim članstvom u EU. Prihvatanje takve obaveze podrazumjeva i prihvatanje međunarodnih sudskih i vansudskih mehanizama za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, nediskriminacije i načela jednakosti. U tom cilju Ugovor o EU i Ugovor o funkcioniranju EU utvrdili su kroz institucionalne mehanizme zaštitu navedenih ljudskih prava kojima se građani EU mogu obratiti u cilju zaštite istih. U skladu sa članom 19. Ugovora o EU, Sud EU osigurava poštovanje prava u primjeni i tumačenju Ugovora, donosi odluke u postupcima koje pokreću države članice, institucije ili fizičke i pravne osobe, odlučuje o prethodnim pitanjima na zahtjev sudova država članica o tumačenju prava Unije i valjanosti akata koje su usvojile institucije, kao i u drugim pitanjima propisanim Ugovorom.¹³ U cilju što efikasnije zaštite i suzbijanja bilo kojeg oblika diskriminacije u ostavri vanju osnovnih prava građanina, Ugovor o funkcioniranju EU je propisao da Evropsko Vijeće može u okviru nadležnosti koje su Ugovorima dodijeljene Uniji, odlučujući jednoglasno, u skladu s posebnim zakonodavnim postupkom i uz prethodnu saglasnost Evropskog parlamenta, poduzeti odgovarajuće radnje radi suzbijanja diskriminacije na osnovu spola, rasnog ili etničkog porijekla, vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili spolne orijentacije.¹⁴ Nadalje, Ugovor propisuje da svaki građanin Unije i svaka fizička ili pravna osoba s boravištem odnosno sjedištem u državi članici ima pravo, pojedinačno ili zajedno s drugim građanima ili osobama, podnijeti peticiju Evropskom parlamentu, a u vezi s pitanjem koje spada u područje djelovanja Unije te koje neposredno utiče na podnositelja.¹⁵ Svaki građanin Unije ili svaka fizička i pravna osoba s boravištem i sjedištem u državi članici Unije može se obratiti Evropskom Ombudsmenu s pritužbom u vezi s nepravilnostima u djelovanju institucija, tijela, ureda ili agencija Unije koje je ovlašten zaprimiti

¹¹ Ugovor o funkcioniranju EU 2010/C 83/01, član 10.

¹² Sadiković, L. (2005). Država u evropskom poretku, Sarajevo, str. 1.

¹³ Ugovor o EU, član 19.

¹⁴ Ugovor o FEU, član 19.

¹⁵ Ibid, član 227.

u i u skladu sa ovlaštenjima provoditi istrage i poduzimati mjere.¹⁶ Kao poseban garant poštivanja osnovnih prava iz Ugovora o EU i Ugovor o FEU osnovan je Sud pravde EU, čija je uloga da ispituje zakonitost zakonodavnih akata, akata Vijeća, Komisije i Evropske centralne banke, osim preporuka i mišljenja, te akata Evropskog parlamenta i Evropskog vijeća koji proizvode pravne učinke prema trećima, kao i zakonitost akata tijela, ureda ili agencija Unije koji bi mogli proizvesti pravne učinke prema trećima. Isto tako, svaka fizička ili pravna osoba može pokrenuti postupke protiv akta koji je upućen toj osobi ili koji se direktno i lično odnosi na nju te protiv regulatornog akta koji se direktno odnosi na nju, a ne podrazumijeva provedbene mjere.¹⁷

3. Povelja Evropske unije o temeljnim pravima

Proširenje nadležnosti EU-a dovelo je do želje za jasnim definiranjem njezinih vrijednosti. Prava građana EU-a određena su u različito vrijeme, na različite načine, u različitim oblicima i u različitim državama. Kako bi išla u korak s društvenim promjenama i naučnim i tehnološkim razvojem, EU je odlučila u jednom dokumentu, Povelji EU-a o osnovnim pravima, objediniti sva lična, građanska, politička, ekonomska i socijalna prava. Povelja EU-a o osnovnim pravima stupila je na snagu zajedno s Ugovorom iz Lisabona, 1. decembra 2009., i pravno je obavezujuća u svakoj državi članici.¹⁸ U Povelji Evropske unije o osnovnim pravima se deklarira da se Evropska unija “zasniva na nedjeljivim, univerzalnim vrijednostima ljudskog dostojanstva, slobode, jednakosti i solidarnosti, na načelima demokracije i vladavine prava. Ona pojedinca postavlja u centar svojeg djelovanja uspostavom građanstva Unije i stvaranjem područja slobode, sigurnosti i pravde”. Prema članu 51. odredbe Povelje obavezuju institucije, tijela, urede i agencije Unije, a odnose se na države članice samo kada provode pravo Unije. Evropska unija zasniva se na vrijednostima ljudskog dostojanstva, slobode, jednakosti i solidarnosti te na načelima demokracije i vladavine prava. U centru su njezina djelovanja pojedinci i njihova prava. Da bi mogli u punom smislu učestvovati u evropskom projektu, građani Unije moraju temeljito poznavati te vrijednosti i ta načela kao i prava koja iz njih proizlaze. Donošenje Povelje o osnovnim pravima omogućilo je veću vidljivost tih prava i jačanje njihove zaštite za sve.¹⁹ Iz same Preambule Povelje o osnovnim pravima vidljivo je da “Unija se temelji na nedjeljivim, univerzalnim vrijednostima ljudskog dostojanstva, slobode, jednakosti i solidarnosti; Unija se temelji na

¹⁶ Ibid, član 228.

¹⁷ Ibid, član 263.

¹⁸ www.europarl.europa.eu/prehled izvršen dana 12.11.2022. godine, Povelja EU o osnovnim pravima stupila na snagu 1. decembra 2009, zajedno s Ugovorom iz Lisabona.

¹⁹ <https://op.europa.eu/prehled> izvršen dana 12.11.2022. godine.

načelima demokracije i vladavine prava. Ona pojedinca postavlja u centar svog djelovanja uspostavljanjem statusa građana Unije i stvaranjem područja slobode, sigurnosti i pravde. Unija pridonosi očuvanju i razvoju tih zajedničkih vrijednosti uz poštovanje raznolikosti kultura i tradicija naroda Evrope, nacionalnih identiteta država članica i organizacije njihovih tijela vlasti na nacionalnom, regionalnom i lokalnom nivou; ona nastoji promicati uravnoteženi i održivi razvoj i osigurava slobodno kretanje ljudi, usluga, roba i kapitala te slobodu poslovnog nastana”²⁰.

Povelja sadržava šest glava pod kojima su razvrstana prava i slobode: dostojanstvo, slobode, jednakost, solidarnost, prava građana i pravda.²¹ Takođe, Povelja sadrži i treću generaciju ”temeljnih prava koja su odraz suvremenog društva, kao što su: zaštita podataka, jamstva u području bioetike i transparentna uprava.”²²

U pogledu prava djeteta u Povelji su utvrđeni sljedeći aspekti povezani s pravima djeteta:

- politike EU-a koje direktno ili indirektno utiču na djecu moraju se osmisliti, provoditi i pratiti tako da se uzima u obzir načelo najboljeg interesa djeteta
- zagarantovano je pravo zaštite djece i brige za djecu, što je i potrebno za njihovu dobrobit
- prepoznata je potreba za zaštitom djece od zlostavljanja, zanemarivanja i kršenja njihovih prava te situacija koje ugrožavaju njihovu dobrobit.²³

Evropska komisija u skladu s provdbom Povelje promiče borbu protiv rasizma, ksenofobije i homofobije te zaštitu pripadnika manjina ²⁴

Član 21. Povelje: “Nediskriminacija, 1. Zabranjuje se bilo kakva diskriminacija na temelju spola, rase, boje kože, etničkog ili socijalnog porijekla, genetskih osobina, jezika, vjere ili uvjerenja, političkoga ili bilo kakvoga drugog mišljenja, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovine, rođenja, invalidnosti, dobi ili spolnog usmjerenja. 2. Unutar područja primjene Ugovora i ne dovodeći u pitanje bilo koju njihovu posebnu odredbu, zabranjena je svaka diskriminacija na osnovu državljanstva”.²⁵ Kao mehanizme za zaštitu osnovnih prava utvrđenih Poveljom, Povelja je utvrdila mogućnost da svaki građanin Unije te svaka fizička osoba ili pravna osoba sa boravištem i sa sjedištem u nekoj državi članici ima pravo prijaviti Evropskom ombudsmanu slučajeve nepravilnosti u postupku institucija, tijela, ureda ili agencija Unije, osim Suda Evropske unije kad on obavlja svoju sudsku dužnost.²⁶ Isto tako svaki građanin unije, fizička ili pravna osoba na

²⁰ Povelja Evropske Unije o osnovnim pravima 2010/C83/02, str. 39

²¹ <https://ec.europa.eu/info /pregled izvršen dana 12.11.2022. godine>.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Povelja., član 21.

²⁶ Ibid, član 43.

području Unije ima pravo da se s peticijom obrati Evropskom parlamentu.²⁷ U pogledu nivoa zaštite Povelja izričito propisuje: “Nijedna odredba ove Povelje ne smije se tumačiti kao ograničavanje ili nepovoljno uticanje na ljudska prava i temeljne slobode, na način na koji ih u njihovim područjima primjene priznaju pravo Unije i međunarodno pravo te međunarodni sporazumi čije su stranke Unija ili sve države članice, uključujući Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te ustavi država članica”.²⁸

4. Načelo jednakosti kroz Evropsku konvenciju za ljudska prava i osnovne slobode

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda²⁹ (u daljem tekstu EKLJP) predstavlja modifikaciju i jaču garanciju osiguranja zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda. Kako bi se osiguralo veće jedinstvo između članica EU, Savjet Evrope usvojio je EKLJP, te na taj način potvrdio iznova duboku vjeru u one slobode koje predstavljaju temelj pravde i mira u svijetu. EKLJP u svom normativnom diskursu ne sadržava osnovna načela, jer ista su primarno regulirana međunarodnim, transnacionalnim, supranacionalnim i nacionalnim pravom. Opće načelo jednakosti sadržano je kroz svako pravo propisano i zaštićeno EKLJP. Potpisnici EKLJP složile su se i prihvatile da će kroz vlastita nacionalna zakonodavstva da garantuju svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode određene EKLJP.³⁰ Već u samom članu 1. EKLJP uviđa se odlučnost Savjeta Evrope da svim građanima osigura na isti način primjenu prava ali i zaštitu. Evidentno je da se radi o načelu jednakosti, jer norma kaže: „jamče svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode“, čime nije ostavljena deklarativna mogućnost za diskriminaciju bilo kog građanina. Takva garancija vidljiva je kroz svako ljudsko pravo, poput prava na život, zabrana mučenja ili nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja, kao i druga prava. Pravo na život svake osobe zaštićeno je zakonom.³¹ Radi se o urođenom pravu, u odnosu na koje postoje određeni izuzeci.³² Iz norme kojom se garantira pravo na život svakoj osobi evidentno je također prožimanje načela jednakosti. Vidljivo je iz dijela evropske norme koja kaže: „pravo na život svake

²⁷ Ibid, član 44.

²⁸ Ibid, član 53.

²⁹ [www.advokatprnjavorac.org.ba /pregled](http://www.advokatprnjavorac.org.ba/pregled) izvršen dana 21.05.2019. godine, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda usvojena je u Rimu 4. novembra 1950. godine.

³⁰ U članu 1. EKLJP navodi se sljedeće: „*Visoke strane ugovornice jamče svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode određene u Dijelu I ove Konvencije*“.

³¹ U članu 2. EKLJP utvrđuje se da „*Pravo na život svake osobe zaštićeno je zakonom*“.

³² Član 2. stav 2. EKLJP: “Lišenje života se ne smatra protivnim ovom članu ako proistekne iz upotrebe sile koja je apsolutno nužna: a) radi odbrane nekog lica od nezakonitog nasilja, b) da bi se izvršilo zakonito hapšenje ili spriječilo bjekstvo lica zakonito lišenog slobode, c) prilikom zakonitih mjera koje se preduzimaju u cilju suzbijanja nereda ili pobune”.

osobe“. Čak, i u odnosu na izuzetke Savjet Evrope prožima načelo jednakosti prema kojem se život nekoj osobi može oduzeti samo pod tačno određenim uvjetima. Pored činjenice da se opća vrijednost i načelo jednakosti prožima kroz sva zagarantovana prava predviđena i propisana EKLJP, jedno od prava direktno konzumira i proklamira istoimeno načelo. Radi se o zabrani diskriminacije, propisane članom 14. EKLJP.³³ Iz propisane evropske norme garantira se svim građanima da uživaju sva prava i slobode predviđene EKLJP. U odnosu na sva prava i slobode, svaka država-visoka ugovornica dužna je osigurati iste bez diskriminacije po bilo kom osnovu. Propisujući zabranu diskriminacije, Savjet Evrope ponovo kroz isto prožima načelo jednakosti što jasno proizilazi iz dijela norme: „bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovjest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status“.

5. Načelo jednakosti i zabrane diskriminacije u Ustavu BiH

Ustav BiH nastao je kao kontinuitet postojanja Bosne i Hercegovine sa određenim modifikacijama unutrašnjeg ustrojstva. Temeljem osnovnih načela usaglašenih u Dejtonskom mirovnom sporazumu za BiH³⁴, BiH nastavlja svoj kontinuitet postojanja kao država. Polazni princip u dejtonskom dokumentu je činjenica da su potpisnici dejtonskog sporazuma predvidjeli garanciju i osiguranje najvišeg nivoa međunarodno priznatih prava. Lelić ističe da je u Dejtonskom sporazumu za BiH propisana: „Obaveza Sporazuma-BiH, Federacije i Republike Srpske da svim licima na svojoj teritoriji, odnosno svim licima u BiH osiguraju najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i sloboda, utvrđenih u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i fundamentalnih sloboda i protokolima uz nju, kao i u ostalim međunarodnim dokumentima“.³⁵ U dijelu Ustava BiH, pod naslovom ljudska prava i osnovne slobode propisano je da će prava i slobode predviđene EKLJP imati prioritet u odnosu na nacionalno zakonodavstvo.³⁶ To znači da su potpisnici Dejtonskog mirovnog sporazuma, kao Ustava BiH prihvatili obavezu i odgovornost da svim građanima u BiH, kao i strancima osiguraju čitav katalog ljudskih prava i sloboda propisanih EKLJP-a. Pored propisivanja, prihvaćena je obaveza i odgovornost prema kojoj sav katalog ljudskih prava, pa time i načelo jednakosti ima primat u odnosu na nacionalne pravne propise. Po

³³ Član 14. EKLJP: „Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbijeduje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status“.

³⁴ Opća načela ustava usaglašena su u Ženevi 08.09.1995. godine i potpisani u Njujorku 26.09.1995. godine. Dejtonski mirovni sporazum za BiH usaglašen je 21. novembra 1995. godine a potpisan u Parizu 14. decembra 1995. godine.

³⁵ Lelić, Š. (2004). Ustavno pravo-šesto izdanje, Sarajevo, str. 246.

³⁶ Ustav Bosne i Hercegovine, Član II, član 2. Sarajevo, OHR Office of the High Representative

tom principu načelo jednakosti se mora prožimati kroz sva ostala načela i sva prava i slobode. Nediskriminacija je još jedno načelo, ali i pravo koje je u okviru kataloga prihvaćenih obaveza propisano Ustavom BiH. Ustavom BiH propisano je da: „Uživanje prava i sloboda, predviđenih u ovom članu ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava, osigurano je svim licima u BiH bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status“.³⁷ Skoro identična odredba sadržana je i u Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine. Ustav Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu Ustav FBiH) u dijelu koji govori o ljudskim pravima i slobodama, jasno propisuje zabranu diskriminacije zasnovane na spolu, rasi, boje kože, jeziku, religiji ili vjerovanju, političkim ili drugim uvjerenjima, nacionalnom i socijalnom porijeklu.³⁸ Ustav Republike Srpske (u daljem tekstu Ustav RS) u drugom poglavlju, kroz član 10. propisuje: „Da su građani Republike Srpske ravnopravni u slobodama, pravima i dužnostima, jednaki su pred zakonom i uživaju istu pravnu zaštitu bez obzira na rasu, spol, jezik, nacionalnu pripadnost, vjeroispovjest, socijalno porijeklo, rođenje, obrazovanje, imovno stanje, političko i drugo uvjerenje, društveni položaj ili drugo lično svojstvo“.³⁹ Evidentno je da su sva tri Ustava, BiH, FBiH, i RS definirale i propisale odredbe o zabrani diskriminacije, prihvatajući osnovne evropske vrijednosti i obaveze za osiguranje istih. Iz same ustavne norme postoje jasno naznačena dva vrlo bitna elementa:

- ◆ Zabrana diskriminacije po svim osnovama i,
- ◆ Uživanju svih prava i sloboda propisanih međunarodnim dokumentima.

Kod prvog elementa jasno je propisana zabrana diskriminacije. Pored svih mogućih navedenih oblika diskriminacije ostavljena je mogućnost proširenja, upućivanjem na prava i slobode propisane međunarodnim ugovorima. Prihvatanjem i potpisivanjem Dejtonskog mirovnog sporazuma, BiH kao država obavezala se da će EKLJP i njene odredbe imati prioritet u primjeni u odnosu na ostalo zakonodavstvo. Aplikativno to znači da čak iako neka od prava nisu propisana ustavom, a sadržana su u EKLJP kao takva imaju se garantirati svim građanima bez diskriminacije. Samom činjenicom da se svim građanima mora osigurati jednak sistem prava i sloboda, kroz pravo nediskriminacije prožima se i načelo jednakosti. Na ovakav način EKLJP dobija nadustavni karakter u odnosu na sami Ustav BiH. Kako ističe Sadiković: „Ljudska prava i slobode sadržane u EKLJP, inkorporiraju se u ustavni i pravni sistem evropskih zemalja nakon njihovog prijema u Savjet Evrope i ratifikacija te Konvencije u nacionalnim parlamentima“.⁴⁰ BiH se čak i u odnosu na prihvatanje i ratificiranje međunarodnih

³⁷ Ustav Bosne i Hercegovine, op. cit., Član II, član 4.

³⁸ Ustav Federacije Bosne i Hercegovine odjeljak II, („Službene novine FBiH“, broj: 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, i 88/08)

³⁹ Ustav Republike Srpske član 10. („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 31/03, 98/03 i 115/05).

⁴⁰ Sadiković, L. (2012). Ustav BiH, sigurnost i ljudska prava, Sarajevo, str. 1.

ugovora, u ovom slučaju EKLJP, razlikuje u odnosu na druge evropske zemlje. Sadiković ukazuje: „Za razliku od svih drugih evropskih država koje su ljudska prava i osnovne slobode EK inkorporirale u vlastiti ustavni i pravni sistem, putem ratifikacije od nacionalnog parlamenta, BiH je prava i slobode EK prihvatila potpisivanjem Okvirnog sporazuma za mir u BiH“.⁴¹ Pored EKLJP koja nedvojbeno ima nadustavni karakter u BiH, potpisnici Općeg sporazuma su prihvatili obavezu da osiguraju sva prava i slobode garantirane u dodacima Aneksa 6.⁴²

6. Zakon o zabrani diskriminacije

Temeljni zakon kojim se garantira jednakopravnost, odnosno nediskriminacija po bilo kom osnovu, jeste Zakon o zabrani diskriminacije (u daljem tekstu Zakon). Zakonom se uspostavlja okvir koji pruža garanciju za ostvarivanja jednakih prava i mogućnosti svim građanima u BiH, te uređuje čitav set mehanizama za zaštitu od diskriminacije.⁴³ Zakonske odredbe o zabrani diskriminacije primjenjuju se na sve državne, entitetske, kantonalne, javne, izvršne, sudske vlasti, javne organizacije kao i privatni sektor. Centralni mehanizam za zaštitu od diskriminacije jeste Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine. Ombudsmeni za ljudska prava BiH imaju čitav niz nadležnosti, od zaprimanja prijave do provođenja istraživanja, koordinacije i statističkog vođenja predmeta.⁴⁴ Prema izvještaju Ombudsmena za 2021. godinu, Ombudsmeni su registrovali najveći broj žalbi koje se odnose na kršenje građanskih i političkih prava uključujući pravosuđe i upravu.⁴⁵ Prema izvještaju u 2021. godini, u bazi Institucije Ombudsmena registrovano je ukupno 2.946 žalbi, što je za 230 žalbi veći broj nego je to bilo u 2020. godini, a izdato je 315 preporuka u 331 predmetu.⁴⁶

Način realizacije izdatih preporuka Ombudsmena prikazan je u slijedećoj tabeli:

⁴¹ Ibid, str. 2

⁴² Preuzeto iz knjige, Sadiković, L. (2012). op. cit., str. 146. Međunarodni ugovori koje je BiH prihvatila u Aneksu 6 Ustava BiH su: Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine, Ženevske konvencije 1-4 o zaštiti žrtava rada iz 1949. godine i njihove Ženevske protokole 1-2-3-4- iz 1977. godine, Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. godine i njen Protokol iz 1966. godine, Konvencija o državljanstvu udatih žena iz 1957. godine, Konvencija o smanjivanju broja lica bez državljanstva iz 1961. godine, Evropska povelja o regionalnim i manjinskim jezicima iz 1992. godine, Okvirna konvencija o zaštiti nacionalnih manjina iz 1994. godine.

⁴³ Zakon o zabrani diskriminacije, član 1. („Službeni glasnik BiH“, 59/09, 66/16)

⁴⁴ Ibid, čl. 7.

⁴⁵ [https://ombudsmen.gov.ba/Ombudsmeni Bosne i Hercegovine, Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2020. godinu](https://ombudsmen.gov.ba/Ombudsmeni%20Bosne%20i%20Hercegovine/Godišnji%20izvještaj%20o%20rezultatima%20aktivnosti%20Institucije%20ombudsmena%20za%20ljudska%20prava%20Bosne%20i%20Hercegovine%20za%202020.%20godinu), Banja Luka, mart 2021. godine, str. 12.

⁴⁶ Ibid, str. 13

Način realizacije preporuka u predmetima	Broj predmeta s izdatom preporukom u 2021. godini	Broj predmeta s izdatom preporukom u 2020. godini
Realizovana	112	98
Ostvarena saradnja	60	67
Djelimično realizovana	4	6
Nema odgovora	74	80
Nije realizovana	81	61
Ukupan broj predmeta s izdatom preporukom	331	312

Izvor: Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti Institucije ombudsmena za ljudska prava BiH za 2021. godinu

Uporednom analizom broja zaprimljenih žalbi u Instituciji Ombudsmena u 2021. godini, broja izdatih preporuka i realizacije istih u odnosu na izvještajni period 2020. godine primjetno je povećanje broja zaprimljenih žalbi, dok u pogledu realizacije preporuka nije došlo do poboljšanja u stepenu realizacije istih, čak je, kako to izvještaj govori, za Ombudsmene zabrinjavajući stepen broja predmeta u kojima nema odgovora od strane odgovornog organa.⁴⁷

U 2021 godini Institucija Ombudsmena je zaprimila 173 žalbe građana zbog diskriminacije u kojima su se direktno pozivali na povrede Zakona o zabrani diskriminacije.⁴⁸ Broj žalbi, osnov diskriminacije i broj izdatih preporuka prikazan je u sljedećoj tabeli:

Broj žalbi po vrsti diskriminacije	Način realizacije preporuka u predmetima		Broj predmeta s izdatom preporukom
Mobing	42	Realizovana	11
Etnička pripadnost	7	Ostvarena saradnja	6
Nacionalno i socijalno porijeklo	5	Djelimično realizovana	1
Političko i drugo uvjerenje	4	Nema odgovora	6
Govor mržnje	2	Nije realizovana	5
Na osnovu jezika	3		
Ostalo	88		
Ukupno predmeta	151	Ukupan broj predmeta s izdatom preporukom	29

Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti Institucije ombudsmena za ljudska prava BiH za 2021. godinu⁴⁹

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid, str.18.

Iz naprijed navedenih podataka evidentno je da se iz godine u godinu povećava broj žalbi kojima se građani Bosne i Hercegovine obraćaju Instituciji Ombudsmena za zaštitu jer smatraju da se ljudska prava zagarantovana Ustavom BiH, kao i ustavima entiteta i međunarodnim dokumentima u velikoj mjeri krše i zbog toga se obraćaju Ombudsmenu u cilju zaštite istih. Ono što je posebno primjetno jeste da se svake godine povećava i broj predmeta odnosno žalbi građana koji ističu da su u ostvarivanju ljudskih prava diskriminirani pozivajući se direktno na Zakon o zabrani diskriminacije u Bosni i Hercegovini. Takođe, vrlo je značajno da se u posljednjih nekoliko godina najveći broj žalbi iz osnova diskriminacije odnosio na mobing kao poseban oblik diskriminacije. Ono što je kod diskriminacije inače problematično jeste činjenica da je istu teško dokazati ako osoba koja smatra da je diskriminirana nije tačno navela po kom osnovu, ko vrši diskriminaciju i ako to pak nije potkrijepila dokazima, iako je teret dokazivanja na suprotnoj strani odnosno onoj za koju se navodi da vrši diskriminaciju. Jedan od najteže dokazivih oblika diskriminacije jeste mobing, gdje osobe i pored činjenice da su zaista pod mobingom u najvećem broju ne mogu da dokažu da su zaista žrtve mobinga, jer nažalost često svjedoci mobinga koji žrtva trpi šute i ne žele da svjedoče, vjerovatno zbog straha od posljedica za svoju ličnost.

U cilju dokazivanja diskriminacije u Izvještaju⁵⁰ Ombudsmena se navodi da iako su u proteklom periodu realizovane brojne kampanje kako od strane domaćih, tako i od strane međunarodnih organizacija s ciljem podizanja svijesti i edukacije javnosti na temu diskriminacije, Ombudsmen ukazuje da postoji potreba sprovođenja dodatnih aktivnosti na podizanju svijesti građana ali i aktivnosti usmjerenih na uspostavljanje jedinstvene baze podataka i statističkih podataka o pojavama diskriminacije u BiH.

7. Analiza presuda Suda EU

Predmet analize su odabrane relevantne presude Suda EU u oblasti jednakosti u mogućnostima i tretmanu u EU odnosno zabrane diskriminacije. Najprije će biti prikazana presuda Suda EU u slučaju *Marshall*⁵¹ iz 1997. godine, a odnosi se na tumačenje člana 2. Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 09.02.1976. godine, o primjeni načela ravnopravnosti prema muškarcima i ženama s obzirom na mogućnosti zapošljavanja, stručnog osposobljavanja, profesionalnog napredovanja i radne uslove.⁵² Hellmut Marshall se 8. februara, 1994. godine prijavio na otvoreni konkurs za promaknuće na položaj A 13, nastavnik kvalificiran predavati u prvom razredu srednjoškolskog obrazovanja kao zaposlenik. Bezirksregierung je donio odluku kojom je na to radno mjesto imenovao kandidatkinju H. Nakon što je

⁵⁰ Ibid, str. 201.

⁵¹ Case C-409/95, [1997] ECR I-06363.

⁵² Direktiva Vijeća 76/207/EEZ od 09.02.1976 ("Službeni list", broj: 39), str. 40.

Marshall uložio prigovor na odluku o imenovanju, Bezirksregierung je istu odbio, uz obrazloženje da je izabrana kandidatkinja morala biti promaknuta obzirom na činjenicu da su prema ocjenjivačkim izvještajima ona i H imali jednake kvalifikacije i da je u trenutku raspisivanja konkursa broj žena u platnom razredu A 13., bio manji u odnosu na broj muškaraca. Nezadovoljan takvom odlukom, Marshall podnosi tužbu pred upravnim sudom protiv odluke Bezirksregierung. Upravni sud (Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen) primjenjujući odredbe Zakona o službenicima Sjeverne Rajne od 01. maja, 1981. godine, koji je izmjenjen 5. februara 1955. godine odlučuje na način da: „ako u području iz nadležnosti organa koji odlučuje o promaknuću na određenom nivou koji dotično radno mjesto zauzima u sektoru javne službe ima manje žena nego muškaraca, ženama treba dati prednost pri promaknuću u slučaju jednake podobnosti, stručnosti i profesionalnih rezultata, osim kada razlozi specifični za muškog kandidata prevagnu u njegovu korist“.⁵³ Upravni sud pozvao se i na Direktivu Vijeća 76/207/EEZ od 9. februara, 1976. godine o primjeni načela ravnopravnosti muškarca i žene s obzirom na mogućnost zapošljavanja, stručnog osposobljavanja, profesionalnog napredovanja i radne uslove. Međutim, Upravni sud iako je imao jedinstveno mišljenje, uvažavajući i praksu iz presude Kalanka⁵⁴, odlučio je prekinuti postupak po tužbi Marshall i uputio Sudu EU prethodno pitanje. Prethodno pitanje koje je upućeno glasilu je: protivi li se član 2. stav 1. i 4. Direktive Vijeća 76/207/EEZ o primjeni načela ravnopravnosti prema muškarcima i ženama s obzirom na mogućnosti zapošljavanja, stručnog osposobljavanja, profesionalnog napredovanja i radne uvjete tome da se nacionalnim propisom odredi da žene imaju prednost pri promaknuću na području javne službe u kojem su manje brojne od muškaraca na odnosnom nivou, u slučaju kad muški i ženski kandidati imaju jednake kvalifikacije osim kada razlozi specifični za muškog kandidata prevagnu u njegovu korist?

Sud EU razmatrajući podneseno prethodno pitanje, donio je presudu sljedećeg karaktera: nacionalna norma koja, u slučaju kad na određenom nivou koji dotično radno mjesto zauzima u sektoru javne službe ima manje žena nego muškaraca, a ženski i muški kandidati jednako su kvalificirani za to mjesto u pogledu podobnosti, stručnosti i profesionalnih rezultata, obavezuje da se prednost pri promaknuću da ženskim kandidatima, osim kada razlozi specifični za muškog kandidata prevagnu u njegovu korist nije u suprotnosti s članom 2. stav. 1. i 4. Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. februara, 1976. godine o primjeni načela ravnopravnosti prema muškarcima i ženama s obzirom na mogućnosti zapošljavanja, stručnog osposobljavanja, profesionalnog napredovanja i radne uslove, pod uslovom: da u svakom pojedinačnom slučaju muškim kandidatima koji imaju kvalifikacije kao

⁵³ Sedmi Zakon o izmjeni određenih pravila u javnoj službi (GVNW, str.102.)

⁵⁴ Presuda Kalanke, prema kojoj Evropski sud Pravde je zauzeo stajalište da nacionalno pravilo prema kojem se automatski prednost daje ženama, u slučaju gdje su kandidati za isto napredovanje jednako kvalificirani u sektorima gdje je manje žena nego muškaraca na nivou značajnih radnih mjesta sadržava diskriminaciju na osnovu spola.

i ženski kandidati osigurava objektivnu procjenu kandidatura uzimajući u obzir sve kriterije u pogledu osoba kandidata i eliminira prednost koja se daje ženskim kandidatima ako jedan ili više od tih kriterija prevagne u korist muškog kandidata te da takvi kriteriji nisu diskriminirajući prema ženskim kandidatima.⁵⁵

Sljedeći se analizira slučaj u predmetu *Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*.⁵⁶ iz 2000. godine, koji predstavlja primjer odluke Suda kojom je utvrđeno postojanje diskriminacije. Gosp. Angonese, talijanski državljanin čiji je maternji jezik njemački i koji ima prebivalište u provinciji Bolzano, išao je na studij u Austriju između 1993 i 1997. godine. Kasnije se u 1997. godini prijavio na oglas za radno mjesto u privatnom bankarskom preduzeću, Cassa di Risparmio. Jedan od uslova koji je morao ispuniti za ovo radno mjesto jeste i posjedovanje posebnog certifikata o poznavanju oba jezika (talijanski i njemački) koje se izdaje samo u provinciji Bolzano, a koji gosp. Angonese nije posjedovao. Zbog toga su mu javili iz Cassa di Risparmio da ne može učestvovati u konkursu. Gosp. Angonese smatra da ovakav zahtjev treba biti poništen i da Cassa di Risparmio treba da mu kompenzira gubitak prilike i da mu nadoknadi troškove koje je imao u postupku. Sudu EU upućeno je od strane Pretura Circondariale di Bolzano prethodno pitanje o tumačenju člana 48 Ugovora o EZ i članova 3(1) i 7(1) i (4) Uredbe (EEZ) br. 1612/68 Vijeća od 15. oktobra 1968. o slobodi kretanja radnika unutar Zajednice (Službeni list, englesko posebno izdanje 1968. (II), str. 475) („Uredba”).

Sud EU je u svojoj presudi utvrdio sljedeće: član 48. Ugovora o EZ zabranjuje poslodavcu da zahtijeva od osoba koje se prijavljuju da učestvuju u konkursu za zapošljavanje, da pruže dokaz njihovog jezičkog znanja isključivo putem jedne posebne diplome izdate jedino u jednoj posebnoj provinciji države članice.⁵⁷

Odluka *Angonese* pokazuje kako Sud EU na osnovu drugih kriterija, osim državljanstva, dolazi do zaključka o postojanju posredne diskriminacije. U vezi diskriminacije na osnovu jezika javljaju se dva najčešća slučaja: kada je zanimanje EU-stranca u nekoj državi članici vezano za njegov maternji jezik, pa lošiji uslovi rada koji se odnose na to zanimanje većinski pogađaju strane državljane ili kada se vezano za zaposlenje postavljaju uslovi poznavanja domaćeg jezika, što neosporno stavlja domaće državljane u povoljniji položaj. Odluka *Angonese* najveći je značaj dobila zbog toga što je u pogledu slobode kretanja radnika uvela neograničeno treće dejstvo slobode kretanja radnika. Zato za razliku od slobode prometa robe gdje je ovo dejstvo isključeno, te slobode pružanja usluga i poslovnog nastanjivanja gdje ovo dejstvo obuhvata samo mjere „kvazidržavnih ustanova“ odnosno „ustanova posredne vlasti“, sloboda kretanja radnika ima treće dejstvo u odnosu prema svim privatnim licima koja direktno učestvuju u radnom odnosu.⁵⁸

⁵⁵ Slučaj Marshall, op. cit., str. 6394 i 6395.

⁵⁶ Case C-281/98 [2000.] ECR I-4139.

⁵⁷ Slučaj Angonese, op. cit., str. 4176.

⁵⁸ Vidjeti: Meškić Z., Samardžić D., (2012). Pravo Evropske unije I, TDP, GIZ (GmbH); Otvoreni Regionalni Fond za jugoistočnu Evropu – Pravna reforma, Sarajevo, str. 345.

U pogledu traženja i prihvatanja zaposlenja, građani Zajednice moraju da imaju jednak tretman od vladinih institucija, privatnih tijela kao što su advokatske komore i sportska udruženja a koje regulišu određene ekonomske aktivnosti na kolektivan način, i pojedinačnih poslodavaca. Kada se jednom zaposle u drugoj državi članici, građani Zajednice moraju biti jednako tretirani kao i nacionalni radnici u pogledu svih pitanja vezanih za zapošljavanje.⁵⁹

Zatim, među važnim presudama je i ona u kojoj Sud utvrđuje postojanje indirektno diskriminacije, a radi se o slučaju u predmetu *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*⁶⁰ iz 2003. godine. Gosp. Köbler je bio zaposlen od 1. marta 1986. godine pod javno-pravnim ugovorom s državom Austrijom u svojstvu redovnog univerzitetskog profesora u Innsbrucku (Austrija). Nakon njegovog imenovanja dodijeljena mu je plaća redovnog univerzitetskog profesora, deseti stepen, uvećana uobičajenim povećanjem prema dužini radnog staža. Dopisom od 28. februara 1996, gosp. Köbler se prijavio na osnovu člana 50a GG-a za posebni dodatak prema dužini radnog staža za univerzitetske profesore. Tvrdio je da, iako nije ispunio 15 godina radnog staža kao profesor na austrijskim univerzitetima, ispunio je zahtjevano trajanje radnog staža ako trajanje radnog staža na univerzitetima drugih država članica Evropske zajednice bude uzeto u obzir. Tvrdio je da uslov u pogledu ispunjenja 15 godina radnog staža samo na austrijskim univerzitetima – da se ne uzimaju u obzir periodi radnog staža na univerzitetima u drugim državama članicama – odgovara indirektnoj diskriminaciji neopravdanoj prema komunitarnom pravu. Sudu EU upućen je zahtjev za prethodnu odluku od strane Regionalnog građanskog suda u Beču, a prethodno pitanje se odnosilo na tumačenje, prvo, člana 48 Ugovora o EZ i, drugo, presuda Suda u spojenim predmetima C-46/93 i C-48/93 *Brasserie du Pêcheur i Factortame* [1996] ECR I-1029 i predmet C-54/96 *Dorsch Consult* [1997] ECR I-4961. Sud EU je u ovom slučaju donio sljedeću odluku:

1. Načelo da su države članice obavezne nadoknaditi štetu koju su prouzročile pojedincima kršenjem prava Zajednice za koja su odgovorne je također primjenjivo kada navodno kršenje prava proizlazi iz odluke suda koji odlučuje u najvišem stepenu kada povrijeđeno pravilo prava Zajednice ima za svrhu garantovati pravo pojedincima, a kršenje je dovoljno ozbiljno i postoji direktna uzročna veza između kršenja i gubitka ili štete koju su oštećene strane pretrpile. Kako bi se odredilo je li kršenje prava dovoljno ozbiljno, kada kršenje prava o kojem je riječ proizlazi iz odluke suda koji odlučuje u najvišem stepenu, nadležni nacionalni sud treba, uzimajući u obzir specifičnu narav sudske funkcije, odrediti je li kršenje prava očigledno. Na svakoj je državi članici da odredi sud koji je nadležan odlučivati u sporovima koji se odnose na takvu naknadu štete.

⁵⁹ Vidjeti: Van Der Mei A.P., *Free Movement of Persons Within the European Community - Cross-Border Access to Public Benefits*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2003., str. 29.

⁶⁰ Case C-224/01 [2003.] ECR I-10239.

2. Član 48. Ugovora o EZ (sada, nakon izmjena, član 39. EZ) i član 7. (1) Uredbe (EEZ) br. 1612/68 Vijeća od 15. oktobra 1968. o slobodi kretanja radnika unutar Zajednice treba interpretirati u smislu da isključuju dozvolu, pod pretpostavkama kao što su one iz člana 50. a Gehaltsgesetz 1956. (Zakon o plaćama iz 1956.), prema izmjenama iz 1997., posebnog dodatka plaći za trajanje radnog staža koji, prema interpretaciji Verwaltungsgerichtshof (Austrija) u odluci od 24. juna 1998., čini dodatak za odanost.
3. Kršenje prava Zajednice, kao ono koje u okolnostima glavnog postupka proizlazi iz odluke Verwaltungsgerichtshof od 24. juna 1998., nema potreban očigledni karakter potreban za odgovornost, prema pravu Zajednice, države članice za odluku jednog od njezinih sudova koji odlučuje u najvišem stepenu.⁶¹

Ovdje je Sud utvrdio da austrijski model povećanja trajanja radnog staža, odnosno dodatka na radni staž ometa i sprječava slobodu kretanja radnika, prvenstveno zato jer djeluje na štetu radnika migranata, pa time predstavlja indirektnu diskriminaciju.⁶²

8. Komparacija pravne prakse EU u odnosu na nacionalno zakonodavstvo BiH sa aspekta aplikacije načela jednakosti

Pored inkorporacije EKLJP kroz odredbe Ustava BiH, zaključivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (u daljem tekstu SPP) između BiH i Evropske unije⁶³ (*u daljem tekstu EU*) preuzeta je obaveza razvijanja ekonomske i međunarodne saradnje uključujući usklađivanje i provođenje njenog zakonodavstva sa zakonodavstvom Evropske zajednice⁶⁴ (*u daljem tekstu EZ*). Preuzimanjem ugovornih obaveza od strane BiH podrazumjeva se usklađivanje nacionalnog zakonodavstva u oblastima pravosuđa i unutrašnjih poslova, s posebnim akcentom na provođenje zakona i izvršavanje sudskih presuda, i borbe protiv organiziranog kriminaliteta.⁶⁵ Kako je ustavna struktura BiH veoma složenog karaktera, takav proces nedvojbeno je praćen velikim administrativnim poteškoćama. Time se opravdano postavlja pitanje: gdje je mjesto i uloga načela jednakosti a time i zabrane diskriminacije u takvoj političko-administrativno-pravno složenoj zemlji? Nečelo jednakosti kao pravo nediskriminacije predstavlja temelj pravne sigurnosti,

⁶¹ Slučaj Köbler, op. cit., str. 10331-10332.

⁶² Vidjeti: Bodiroga-Vukobrat N., Horak H., Martinović A., Temeljne gospodarske slobode u Europskoj uniji, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2011., str. 140., prema: Bačić P., Sarić I., Aktivizam europskog suda kroz presude o slobodi kretanja radnika, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51, 1/2014., str. 38.

⁶³ Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između BiH i EU stupio je na snagu 01.06.2015. godine.

⁶⁴ Ibid, član 1. stav 2. tačka d) i član 70. propisana je obaveza koju je BiH prihvatila.

⁶⁵ Ibid, član 78.

koja kreira osnovu institucionalne demokracije unutar države. Prihvatanjem odgovorajućih akata i inkorporiranjem istih kroz Ustav, i druge zakone ne znači i uspostavljanje i aplikaciju demokratije. Radi se primarno o deklarativnoj određenosti BiH koja teži razvoju i uspostavljanju pravne sigurnosti kao osnova demokracije. Na ovakvu tezu o deklarativnoj određenosti pravne sigurnosti u BiH u velikoj mjeri utiče i njena historija. Bosanskohercegovačka historija temelji se na tradicionalnim, pa u nekim krajevima i danas veoma patrijarhalnim vrijednostima koje su u mnogim segmentima dovele i dovode u upitnost jednakost između muškarca i žena. Već od davnina je uvriježeno mišljenje da su žene daleko po sposobnosti ispod muškaraca, te da je ženi mjesto unutar porodice i socijalizaciji djece. Napuštanje koncepta socijalizma i ulazak u sferu demokracije osobito u posljednjih dvadeset godina trend negativnog ubijedenja jednakosti između muškarca i žene u bosanskohercegovačkom društvu se smanjuje i mijenja. Ovakav trend smanjenja direktan je učinak uticaja različitih udruženja žena koje se vrlo ofanzivno demokratskim sredstvima bore za veća prava, za razvoj svijesti pojedinaca, pa i samog kolektiviteta. Dokaz ovakvoj tezi predstavlja činjenica da je jako velik broj mladih osoba ženskog spola s ruralnih područja otpočeo sistem školovanja, i to ne samo kroz osnovno i srednjoškolsko već i diplomatske studije. Rezultat takvog stremljenja ukazuje da danas na području BiH imamo sve veći broj žena uposlen u obrazovnom, javnom, privatnom, političkom i drugim sektorima. U okviru privatno društvenog sektora žene se pojavljuju kao vrlo konstruktivni menadžeri postavljajući i ostvarujući zacrtane poslovne ciljeve. Upošljavanje u BiH, zbog različitih društvenih procesa predstavlja jedno od najteže riješenih pitanja sa kojim se suočavaju građani. U odnosu na zapošljavanje, bosanskohercegovačke vlasti donijele su niz zakona, između kojih i veliki broj *lex specialisa* kojim je reguliran postupak i procedura pri zapošljavanju.⁶⁶ Odrebe istoimenog zakona na eksplicitan način propisuju pravnu normu kojom se zabranjuje diskriminacija prilikom zapošljavanja. Međutim, detaljnijom pravnom analizom sadržanih normi javlja se kontradiktornost u kojoj se omogućava diskreciono pravo rukovodiocu organa uprave da postavi državnog službenika sa liste uspješnih kandidata bez obaveze postavljenja prvog najboljeg kandidata. Potpisivanjem Sporazuma o pridruživanju te pokretanju nekoliko vrlo značajnih postupaka nejednakog postupanja prilikom zapošljavanja, kao i presuda Suda EU, u BiH započelo je nekoliko vrlo značajnih dešavanja:

- dolazi do sve veće odvažnosti individualnog pokretanja žalbi, a potom i tužbi,
- bosanskohercegovačke javne institucije sve više u tumačenju pozitivnog zakonodavstva uzimaju u obzir i praksu evropskih sudova

Ono što ostaje i dalje zabrinjavajuće jeste pasivan odnos zakonodavnih tijela i političkih elita da uprkos jasnoj evropskoj pravosudnoj praksi i dalje ne pokreću postupak izmjena i dopuna diskriminirajućih odredbi u postojećim zakonima.

⁶⁶ Zakon o državnoj službi u institucijama BiH („Službeni glasnik BiH“, broj: 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12). Analogno državnom nivou, postoje i zakoni pod identičnim nazivom na entitetskim nivoima.

9. Zaključna razmatranja

Analizom osnivačkih akata EU, kao i Ugovora o funkcioniranju EU i Povelje EU o osnovnim pravima nedvojbeno se uviđa, da se načelo jednakosti aplicira primarno kao samostalno, uz istovremeno sinergijsko prožimanje kroz sve druge vrijednosti Evropske unije, odnosno ljudskih prava i sloboda. To ukazuje da se EU prilikom svog osnivanja, kao i proširavanja temelji na zidovima jednakosti, što omogućava pravnu sigurnost. S druge strane, sinergijsko djelovanje i prožimanje načela jednakosti prikazano je kroz sistem prava, čija analiza ukazuje kako nema aplikacije bilo kog ljudskog prava ili slobode bez primjene i poštovanja načela jednakosti. U odnosu na teorijsku analizu pravnih propisa, moglo bi se zaključiti kako načelo jednakosti i zabrane diskriminacije predstavljaju temelj kamenac nastanka, razvoja i modifikacije demokracije. Analiza odredbi Povelje o osnovnim pravima i EKLJP pokazuje kako je načelo jednakosti kao primat, dok se istovremeno prožima kroz ostala ljudska prava i slobode.

Najviši pravni akt BiH, donesen na veoma složen način inkorporirao je načelo jednakosti kroz aplikaciju svih ljudskih prava i sloboda propisanih kroz EKLJP. Kako je EKLJP kroz Aneks IV prihvaćena kao primat u odnosu na nacionalne pozitivne pravne propise, može se jasno izvesti zaključak kako načelo jednakosti, uzimajući u obzir rezultate analize EKLJP kao i Ugovor o EU i Ugovor o funkcioniranju EU ima nadustavni karakter u BiH. Za razliku od pozitivnih primjera iz prakse zemalja članica EU, BiH koja teži evroatlanskim integracijama jedino se u ovom trenutku može pohvaliti deklarativnim određenjem načela jednakosti kao primarnog. Ovakav zaključak nedvojbeno proizilazi iz analize zakonskih propisa u BiH, koji se odnose na upošljavanje unutar kojeg je ne samo prisutna, već i realna diskriminacija u odnosu na načelo jednakosti. Ono što je posebno zabrinjavajuća činjenica u BiH, iako je u posljednjih dvadeset godina evidentan napredak jeste zakonodavna i politička pasivnost. Zakonodavna i politička pasivnost primarno se ogleda kroz nepostojanje volje i želje koja bi vodila ka izmjenama i dopunama upravo tih diskriminirajućih odredbi. Analiza odredbi kao i prakse koja je prizašla iz presuda Suda EU u ovoj oblasti i pravnog sistema u BiH, može se zaključiti da je neophodna ofanzivnija i realnija potreba za usklađivanjem pravnih propisa BiH sa EU. S druge strane, iako je evidentan napredak neophodno je napraviti čitav sistem rada na kreiranju i jačanju svijesti između jednakosti muškarca i žene.

Rezultati analize presude u predmetu Marshall, ukazuju na nekoliko vrlo bitnih ali i vrlo složenih zaključaka. Iako je sud utvrdio da nacionalno pravo kojim su propisane mjere za promicanje jednakih mogućnosti, nije u suprotnosti sa članom 2. stav 1. i 4. Direktive Vijeća 76/207/EEZ, od 9. februara, 1976. godine, ukazana je mogućnost traženja savjetodavnog mišljenja zajedničkog nadnacionalnog suda. Sud je utvrdio da nacionalno pravo Sjeverne pokrajine Njemačke nije u suprotnosti sa pravom EU, odnosno Direktivom, što dokazuje činjenicu da je načelo jednakosti od strane nacionalnih organa primjenjeno na pravno

relevantan način. Međutim, ovakvo stajalište Suda EU, moglo bi se protumačiti i da nacionalna norma koja je primjenjena u slučaju Marshall, djelimično sadrži diskriminatorne odluke, ali ne na konkretnom slučaju. Diskriminatorne odluke mogle bi se protumačiti kao postojanje derogativne odredbe u smislu, da se ta mjera jednakosti ne mora primijeniti ukoliko okolnosti konkretnog slučaja to zahtijevaju, odnosno ukoliko postoji dodatni kriterij. U ovom konkretnom slučaju, Sud EU ostavio je na volju nacionalnim institucijama da u svakom konkretnom slučaju prilikom primjene nacionalne norme utvrdi da li su i kada ispunjeni uslovi za primjenu derogativne klauzule. Moglo bi se zaključiti da ovakvo postupanje Suda EU kao supranacionalne instance ne bi trebalo ostavljati nejasan i nedovoljno određen stav prilikom tumačenja Direktive.

Literatura

a) Knjige i članci

1. Bačić P., Sarić I., Aktivizam europskog suda kroz presude o slobodi kretanja radnika, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51, 1/2014.
2. Degan, Đ. V., Pavišić, B., (2005). Međunarodno kazneno pravo, Rijeka
3. Lelić, Š. (2004). Ustavno pravo-šesto izdanje, Sarajevo,
4. Meškić, Z., Samardžić D., (2012). Pravo Evropske unije I, TDP, GIZ (GmbH); Otvoreni Regionalni Fond za jugoistočnu Evropu – Pravna reforma, Sarajevo.
5. Sadiković, L. (2005). Država u evropskom poretku, Sarajevo,
6. Sadiković, L. (2012). Ustav BiH, sigurnost i ljudska prava, Sarajevo,
7. Van Der Mei A.P., Free Movement of Persons Within the European Community - Cross-Border Access to Public Benefits, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2003.

b) Međunarodni pravni dokumenti

1. Deklaracija o pravima čovjeka i građanina (franc. Déclaration des droits l’homme et du citoyen)
2. Direktiva Vijeća 76/207/EEZ od 09.02.1976 („Službeni list EU“, broj: 39)
3. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda
4. Opća deklaracija o ljudskim pravima
5. Povelja Evropske Unije o osnovnim pravima 2010/C83/02
6. Sedmi Zakon o izmjeni određenih pravila u javnoj službi (GVNW, str.102.)
7. Ugovor o EU i Ugovor o funkcioniranju EU 2010/C 83/01

c) Nacionalni pravni propisi

1. Opći okvirni sporazum za BiH
2. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između BiH i EU

3. Ustav Bosne i Hercegovine, Sarajevo, OHR Office of the High Representative
4. Ustav Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine F BiH“, broj: 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, i 88/08)
5. Ustav Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske”, broj: 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 31/03, 98/03 I 115/05).
6. Zakon o državnoj službi u institucijama BiH („Službeni glasnik BiH“, broj: 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12).
7. Zakon o zabrani diskriminacije („Službeni glasnik BiH“, broj: 59/09, 66/16)

d) Presude

Case C-224/01 [2003.] ECR I-1023
 Case C-281/98 [2000.] ECR I-4139.
 Case C-409/95, [1997] ECR I-06363.

e) Internet izvori

1. /<https://ombudsmen.gov.ba/Ombudsmeni> Bosne i Hercegovine, *Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2020. godinu*, Banja Luka, mart 2021. godine
2. <https://ec.europa.eu/info>
3. <https://op.europa.eu>
4. www.advokatprnjavorac.org.ba
5. www.europarl.europa.eu
6. www.narodne-novine.nn.hr

Emina Hasanagić, PhD., assistant professor

Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

Amela Begović Kuko, Head of the Mostar cantonal tax office

PhD student at the Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN PRACTICE OF THE EU AND BIH

Abstract: The foundation of democracy represents a high level of established rule of law. The application of legal norms is regulated on the basis of legal principles, which further elaborates and operationalises legal norms. The fundamental principle of international, European and national law is the equality of all citizens. As such, the principle of equality is inseparable from the principle of prohibiting discrimination of citizens in any proceedings. By developing the awareness of individuals and the collective within the European space, there has been an increasing number of applications before the courts, which seek to ensure the right to prohibition of discrimination or the principle of equality. By applying before the competent courts, individuals seek to realize and contribute to the preservation and development of the common values of the European Union with the implementation of other rights. The guarantee of equality through the European Union's umbrella act is the Treaty establishing the European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union, EU Charter of Fundamental Rights as well as other conventions, agreements and directives. In this paper, the author has been guided by a positive practice of judgments of evocative courts, as fundamental legal practice and the interpretation of the principle of equality and the prohibition of discrimination. This positive practice in the work of the author compares with the practice of national judgments within Bosnia and Herzegovina. The motivation of the author is based on the cognitive relevance of the EU's practice of admissibility within the legal environment of Bosnia and Herzegovina. Such motivation is not only a subjective need for cognition but also the legal obligation of Bosnia and Herzegovina. Legal obligation stems from the fact that the Dayton Constitution for Bosnia and Herzegovina, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, is a priority in relation to national positive legal regulations. Knowing the legal position of the European Union in the interpretation of the principle of equality and the prohibition of discrimination and comparing with legal standards in Bosnia and Herzegovina, it is possible to determine whether, apart from declarative, we strive to reach the real level of standards set within the European legal framework.

Keywords: equality, prohibition of discrimination, EU, Court of the EU, Charter of Fundamental Rights of the European Union