

Anja Laštro\*

## **RAZUMIJEVANJE POJMA DISKRIMINACIJE KROZ TEORIJU I PRAKSU**

### **SAŽETAK**

Uvođenje Zakona o zabrani diskriminacije u zakonodavstvo Bosne i Hercegovine svakako je značajan korak koji Bosnu i Hercegovinu približava članstvu Evropske unije, ali i čini važan iskorak u iskorijenjavanju društvene nejednakosti i nepravde prouzrokovane dugogodišnjim predrasudama prema drugome i drugačijem. Regulisanje antidiskriminacijske materije zakonskim okvirima daje pravnu osnovu zaštite svakom pojedincu i grupi ljudi u našem društvu, no, tek razumijevanje navedene materije omogućava potpunu i efikasnu zaštitu, radi čega je potrebno prethodno se upoznati sa samim pojmom diskriminacije, njenim subjektima, osnovama, te dozvoljenim mjerama zaštite i opravdanjima. Naravno, pri tome je, osim teorijskih saznanja, potrebno imati uvid i u praktičan pristup primjene antidiskriminacijskog zakonodavstva, a što će biti tema ovog rada.

***Ključne riječi:*** Zakon o zabrani diskriminacije, diskriminacija, subjekti diskriminacije, osnov diskriminacije, lično svojstvo, referentna osoba, pozitivne mjere, pozitivna diskriminacija.

---

\*dip.iur., studentica postdiplomskog magistarskog studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici.

## UVOD

„Diskriminacija (lat. *discriminare* odvajati, praviti razliku, nlat.)“<sup>1)</sup>

Preuzeta iz latinskog jezika riječ „diskriminacija“ u originalnom značenju podrazumijeva onemogućavanje, obespravljenje po osnovi različitosti ili razlikovanja, te je ovaj pojam, vremenom, u pravnoj nauci poprimio negativno značenje, odnosno značenje nedozvoljenog razlikovanja među pojedincima i grupama u pogledu dosega i uživanja prava koja su utemeljena na osnovi, načinu i sadržaju samog razlikovanja.<sup>2)</sup>

Diskriminaciju, kao pravni pojam, definiše Zakon o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: ZoZD)<sup>3)</sup> i određuje je: kao svako različito postupanje, svako isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti, onemogućavanje ili ugrožavanje priznavanja, uživanje ili ostvarivanje prava licu ili grupi lica koje je utemeljeno na njihovim stvarnim ili pretpostavljenim osnovama, odnosno ličnim svojstvima.<sup>4)</sup> Dakle, najjednostavnije rečeno, suština diskriminacije ogleda se u nejednakom postupanju, i to u nejednakom postupanju prema jednakima, i u jednakom postupanju prema nejednakima,<sup>5)</sup> obzirom na neke njihove lične karakteristike, odnosno lična svojstva.<sup>6)</sup>

No, uprkos terminološkom i pravnom određenju, za razumijevanja diskriminacije u potpunosti potrebno je poznavati njenu sadržinu, prirodu i formu. Diskriminacija po svojoj sadržini, posmatrana kroz prizmu termina nejednakog tretmana, ogleda se najčešće u isključivanju, ograničavanju ili davanju prvenstva.<sup>7)</sup> Isključivanje podrazumijeva onemogućavanje pojedincima ili grupama osoba uživanje određenih prava i sloboda koja im pripadaju,<sup>8)</sup> poput zabrane ulaska u restoran Romima od strane vlasnika restorana. Ograničavanje se ogleda kroz omogućavanje uživanje određenih prava i sloboda, ali ne na isti

---

1) <http://www.vokabular.org/?lang=sr-lat&search=diskriminacija&Submit=Tra%C5%BEI> 04.08.2015.

2) I. Matija: Pravda, pravda i ljudska prava u svjetlu zabrane diskriminacije, *Polic. sigur. (Zagreb)*, godina 20. (2011), broj 2, 161.

3) Zakon o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH broj: 59/09.

4) Vidi: Čl. 2. Zakona o zabrani diskriminacije BiH.

5) N. Petrušić/K. Beker, *Praktikum za zaštitu od diskriminacije*, Centar za alternativno rešavanje sukoba/Partneri za demokratske promene Srbija, Beograd, 2012, 16.

6) Vodič za zaštitu od diskriminacije kroz zakon i institucije, Fond otvoreno društvo Bosne i Hercegovine, Sarajevo, mart 2011, 4.

7) S. Gajin, et al.: „Pojam, oblici i slučajevi diskriminacije“, *Antidiskriminacijski zakoni – vodič*, Beograd 2010, 9.

8) Komentar zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2010, 31.

način i u u istom obimu kao i drugim pojedincima ili grupama osoba,<sup>9)</sup> poput davanja niže plate ženama od one koju primaju muškarci za rad iste vrste na istom radnom mjestu.<sup>10)</sup> Davanje prednosti podrazumijeva da se pojedincu ili grupi lica daje zabranjena vrsta prednosti, iako zakon ne propisuje uslove da im se takva prednost daje,<sup>11)</sup> poput davanje prednosti određenim licima pri zapošljavanju samo zbog toga što pripadaju nekoj određenoj političkoj partiji.<sup>12)</sup> Zaključno bi se moglo reći da sa stanovišta sadržine postoje dva osnovna vida diskriminacije, a koja se ogledaju u stavljanju jednih u bolji položaj i stavljanju drugih u gori položaj.<sup>13)</sup> Po svojoj prirodi, diskriminacija može da se sastoji ili u činjenju ili u nečinjenju: Diskriminacija izvršena činjenjem ili postupanjem postoji ako se u konkretnom slučaju diskriminacija vrši preduzimanjem nekog akta ili vršenjem neke radnje, (npr. ljekar odbije da pregleda Romkinju), dok se o diskriminaciji do koje je došlo nečinjenjem može govoriti ako je u konkretnom slučaju do diskriminacije došlo zbog odsustva činjenja, propuštanja, odnosno nepostupanja (npr. zdravstvena ustanova propusti da se obezbijedi prilaz osobama koja koriste kolice).<sup>14)</sup> Priroda obaveze poštovanja principa jednakosti, odnosno zabrane diskriminacije može da bude ili negativna<sup>15)</sup> (obaveza da se uzdrži od diskriminacije, odnosno da se ne postupa diskriminatorски) ili pozitivna<sup>16)</sup> (obaveza preduzimanja određenih aktivnosti ili radnji u cilju sprečavanja ili kažnjavanja akta diskriminacije).<sup>17)</sup> Kada je u pitanju forma, diskriminacija ima veoma mnogo oblika, odnosno vidova – nekad je vidljiva (direktna/neposredna), nekad je skrivena (indirektna/posredna), nekad se sastoji u privilegovanju jednih ili uskraćivanju prava drugima, nekad u preduzimanju ili nepreduzimanju neke radnje ili materijalnog akta, nekad u omalovažavajućem i uvredljivom, odnosno uznemiravajućem govoru, dok je nekada riječ o teškom obliku diskriminacije, a nekad je, pak, u pitanju obična diskriminacija.<sup>18)</sup>

---

9) *Ibid.*

10) S.Gajin, 12-13.

11) Komentar zakona o zabrani diskriminacije, 31.

12) Kako se zaštititi od diskriminacije? Primjena Zakona o zabrani diskriminacije u Bosni i Hercegovini, Fond otvoreno društvo, Sarajevo 2010, 5.

13) S. Gajin, „Šta je to što je zabranjeno činiti“, *Antidiskriminaciono pravo – Vodič – Treće izdanje*, Beograd 2008, 11.

14) S. Gajin (2010),12-13.

15) Škola mora da se uzdrži od diskriminacije čak i ako sa HIV-om time što će ga primiti u školu.

16) Policija ima pozitivnu obavezu da spreči huligane da fizički napadnu učesnike uredno prijavljenog skupa homoseksualaca i lezbejki, kao i da spreči spaljivanje romskog naselja i proterivanje Roma ili spaljivanje džamije u centru grada; uz to, policija ima i obavezu da temeljno i efi kasno istraži ko su počinioci ovih akata.

17) S. Gajin (2010),13.

18) *Ibid.*

Za potpuno teorijsko i praktično razumijevanje forme u kojoj se javlja diskriminacija, potrebno je poznavati njene oblike predviđene članovima 3. i 4. ZoZD BiH: neposredna i posredna diskriminacija,<sup>19)</sup> uznemiravanje, spolno uznemiravanje, mobing, segregacija, izdavanje naloga drugima za vršenje diskriminacije i pomaganje drugima prilikom diskriminacije, te podsticanje na diskriminaciju.<sup>20)</sup>

### **1. Subjekti diskriminacije**

Da bismo ustanovili od koga potiče diskriminacija, potrebno je dati odgovor na dva pitanja: Ko je adresat obaveze uzdržavanja od vršenja diskriminacije i u čemu se sastoji priroda njegove obaveze.<sup>21)</sup> Budući da zakonodavac<sup>22)</sup> propisuje da niko nema pravo da vrši diskriminaciju, odgovor na ova pitanja je jednostavan - adresati pravne obaveze poštivanja principa jednakosti su svi pojedinci, odnosno sva fizička lica, državni organi, organi lokalne samouprave i svi drugi organi javne vlasti, kao i sva pravna lica.<sup>23)</sup> Dakle, zabrana postupanja diskriminatorski važi podjednako za državni organ (npr. za skupštinu koja je usvojila zakon kojim se obezbjeđuje privilegije samo za pripadnike nekih vjerskih zajednica); za javnu ustanovu (npr. za školu koja odbija da upiše učenika koji je inficiran HIV virusom); za preduzeće (npr. za ono koje rukovodi tržišnim centrom i koje zabranjuje ulaz Romima); za poslodavca bez obzira da li posluje u javnom ili privatnom sektoru (npr. za onoga koji je dao otkaz radniku za koga se saznalo da je homoseksualac); za pojedinca koji obavlja privatnu djelatnost (npr. za zubara koji odbija da popravi zub osobi sa invaliditetom), kao i za pojednca (npr. za onoga koji ispisuje poruke ili simbole diskriminatorne sadržine ili ruši nadgrobne spomenike pripadnika jedne etničke zajednice i sl ).<sup>24)</sup> Zakon, dakle, stavlja naglasak i na obavezu pravnih i fizičkih lica da se uzdrže od činjenja diskriminacije, što je jako značajno za suzbijanje diskriminacije u potpunosti.<sup>25)</sup> Razlog leži u činjenici da zaštita od diskriminacije može biti efektivno zagarantovana samo onda ako je i država obavezna na aktivno postupanje protiv ponašanja privatnih lica

---

19) Član 3. Zakona o zabrani diskriminacije BiH.

20) Član 4. Zakona o zabrani diskriminacije BiH.

21) S.Gajin (2008), 11.

22) Vidi član 2. stav 2. Zakona o zabrani diskriminacije BiH.

23) N. Petrušić/K. Beker, 28.

24) S. Gajin, (2008),11.

25) Vidi: član 2. Zakona o Zabrani diskriminacije BiH.

koja predstavljaju diskriminaciju.<sup>26)</sup> U principu, radi se o pozitivnoj obavezi države da garantuje ustavna prava, što naročiti vrijedi za privatne pravne odnose, budući da je država ta koja treba osigurati ustavna prava.<sup>27)</sup>

Pored poznavanja adresata obaveze uzdržavanja od vršenja diskriminacije, potrebno je, za potpuno razumijevanje diskriminacije, znati i ko sve može biti žrtva diskriminacije. Žrtve diskriminacije mogu biti sva lica – fizičko ili pravno, pojedinac – sam ili kao dio grupe,<sup>28)</sup> pa čak i članovi njegove porodice i njegovi prijatelji, odnosno njemu bliska lica.<sup>29)</sup> Iako su u praksi žrtve diskriminacije najčešće fizička lica, odnosno pojedinci, i sva pravna lica također su jednako izložena diskriminaciji: Ako bi studentima privatnih pravnih fakulteta koji imaju dozvolu za rad Ministarstva obrazovanja, isključili ili ograničili pravo polaganja pravosudnog (stručnog) ispit pod istim uslovima kao i studentima koji su diplomirali na državnim pravnim fakultetima, onda se radi o neopravdanom stavljanju u gori položaj, odnosno diskriminaciji privatnih pravnih fakulteta.<sup>30)</sup>

Ovdje je važno spomenuti i da, ukoliko je određeno ponašanje okvalifikovano kao diskriminatorno, bez obzira ko je izvršio diskriminaciju, nije od značaja da li je u konkretnom slučaju postojala namjera da se izvrši diskriminacija, tj. pitanje namjere nije od značaja obzirom da nije pravno relevantno.<sup>31)</sup>

---

26) Z. Meškić/S. Pürner, „Uvod u evropsko antidiskriminatorno pravo i antidiskriminatoru sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava, Značaj teme “Zaštita od povrede ljudskih prava i diskriminacije”, *Praktični uvod u Evropske standarde protiv diskriminacije*, Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju, Beograd, 2013, 8.

27) Z. Meškić, Autonomija i antidiskriminacija u privatnom pravu BiH, *South East European Law School Network*, Skoplje, januar 2014, 3.

28) Premlaćivanje Roma/Romkinje isključivo ili uglavnom zbog njegove/njene nacionalne pripadnosti, jeste diskriminacija učinjena prema njemu/njoj lično. Nasuprot tome, objavljivanje teksta u novinama u kojima se zagovara prisilno iseljavanje Roma iz jednog dijela grada, jeste govor mržnje koji je usmjeren protiv cijele grupe, odnosno svih pripadnika te Romske zajednice.

29) Članovi porodice lica inficiranog HIV virusom ili oboljelog od AIDS-a, najčešće trpe jednaku diskriminaciju kao i samo to lice– uskraćivanje upisa u školu za djecu ili zaposlenja za bračnog ili vanbračnog druga ili partnera, uskraćivanje medicinske njege za članove porodice, isključivanje iz socijalnog okruženja, javno omalovažavanje i sl. Isto to važi i za lica koje je u naročito bliskom odnosu sa inficiranim ili oboljelim– djevojka ili mladić, drug ili drugarica i sl.

30) S. Gajin, 13.

31) Praktikum za zaštitu od diskriminacije, Partneri za demokratske promene Srbija/ Centar za alternativno rešavanje sukoba, Beograd 2012, 18.

## 2. Lična svojstva kao osnov diskriminacije (stvarno i pretpostavljeno)

Razlikovanje ljudi samo po sebi nije sporno, obzirom da se i sami vrlo često trudimo da budemo drugačiji od drugih i da se ističemo, međutim, onoga trenutka kada naš položaj i mogućnosti u društvu zavise od naših ličnih osobina, odnosno svojstava, tada razlikovanje postaje diskriminacija.<sup>32)</sup> Posmatrano u kontekstu toga, mogućnost pravne zaštite od diskriminacije leži u odgovoru na dva bitna pitanja: Koje vrste razlikovanja među ljudima bi zakonom trebale biti zabranjene kao nelegitimne i neprihvatljive, i ko treba odrediti koje kategorije bi trebale zakonom biti zaštićene?<sup>33)</sup> Brojni međunarodni dokumenti, evropsko i nacionalno zakonodavstvo daju popis ličnih osobina - svojstava na osnovu kojih je zabranjena diskriminacija i koje ne smiju biti osnova za razlikovanje među ljudima. Naš zakonodavac navodi: „rasu, boju kože, jezik, vjeru, etničku pripadnosti, nacionalno ili socijalno porijeklo, vezu s nacionalnom manjinom, političko ili drugo uvjerenje, imovno stanje, članstvo u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanje, društveni položaj i pol, polno izražavanje ili orijentacija, kao i svaka druga okolnost koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemoguću ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi prava i sloboda u svim oblastima javnog života.“<sup>34)</sup> Međutim, pregledom drugih diskriminatornih osnova koje je do sada kroz praksu usvojio Evropski sud uočljivo je da je lista zabranjenih osnova našeg zakonodavca manjkava, jer joj nedostaju osnovi poput državljanstva, profesionalnog statusa i vojnog statusa, te osnove koje je Evropski sud u svojim presudama (a u skladu sa članom 14. EKLJP<sup>35)</sup>) priznao: bračni status, spolna orijentacija, zakonitost ili nezakonitost po rođenju, profesionalni status i vojni status kao moguće zaštićene osnove.<sup>36)</sup>

No ipak, nemogućnost da ide u korak sa pravom Evropske unije, naš zakonodavac nadomještava kroz „otvorenu klauzulu“ ličnih svojstava, zabranjujući i diskriminaciju na osnovu nekog ličnog svojstva koje nije izričito navedeno u zakonu.<sup>37)</sup> Proizilazi dakle, da su zaštićeni osnovi one osobine ljudskog bića koje ono uglavnom ne stiče svojom voljom, odnosno

---

32) B. Petković/N. Kodovšek, 16.

33) M. Dvořák et al, *Strateška parnica kao sredstvo za zaštitu od diskriminacije*, preveo O. Grebo, Poradna pro občanství / Občanská a lidská práva, Prag, 2012, 20.

34) Vidi član 2. Zakona o zabrani diskriminacije BiH.

35) Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

36) J. Omejec: *Zabrana diskriminacije u praksi Evropskoga suda za ljudska prava*, *Zbornik PFZ*, 59, (5) 873-979 (2009), 885.

37) N. Petrušić/K. Beker, 19.

da se radi o urođenim obilježjima koje ga čine pripadnikom neke šire skupine, kao što su boja kože, spol, rasa, nacionalno i socijalno porijeklo.<sup>38)</sup> No, većina ljudi jednako tako nasljeđuje i jezik, kao i religiju, koja je po pravilu vjera roditelja i koju jako mali broj odraslih ljudi svjesno mijenja, zbog čega se i ne mogu osloboditi svog vjerskog porijekla koje može uticati na formiranje mišljenja i zauzimanje određenog stava sredine prema njima - onaj i /ili oni koji vrše diskriminaciju na vjerskoj osnovi ne provjeravaju da li je se u konkretnom slučaju radi o nekome ko je aktivan vjernik ili nije, ili je možda ateista, njima je sasvim dovoljna načelna spoznaja da su po vjeri različiti da bi vršili diskriminaciju.<sup>39)</sup> Međutim, politička i druga uvjerenja su, kao i imovina - stečeni, odnosno čovjek ima mogućnost da ih svojom slobodnom voljom, odlukom i/ili aktivnošću tokom cijelog života oblikuje i mijenja, te na taj način uspostavljene razlike nisu objektivno date ni zadane, ali se nalaze u katalogu zabranjenih osnova diskriminacije iz najmanje dva razloga: jedan se ogleda u tome da su one produkt ljudskog prava na slobodno opredjeljenje, a drugi u činjenici da su mnogim sredinama, pa čak i čitavim državama, česte i opasne osnove za postojanje diskriminacije.<sup>40)</sup>

Dakle, da bi se u konkretnom slučaju radilo o diskriminaciji, potrebno je ignorisati cjelokupnu ličnost čovjeka u svim njegovim aspektima (karakterne osobine, identitet, navike itd.) pri tome svodeći ga samo na jedno od njegovih ličnih svojstava – na to da je Rom ili invalid i sl.<sup>41)</sup> Osim toga, potrebno je da između nepovoljnog, drugačijeg postupanja i pravnozaštićene osnove postoji uzročno-posljednična veza, odnosno potrebno je da odgovori na pitanje da li bi se sa istom osobom drugačije/nepovoljnije postupalo da je bila drugog spola, seksualne orijentacije, dobi ili rase, ili u različitom položaju po bilo kojoj drugoj zaštićenoj osnovi, bude potvrđan.<sup>42)</sup> Također, da bi se radilo o diskriminaciji, odredba ili praksa koja se primjenjuje ne mora se u konkretnom slučaju nužno odnositi na zaštićenu osnovu, sasvim je dovoljno da se odnosi na neki uzrok koji se ne može razlikovati od zaštićene osnove,<sup>43)</sup> odnosno da postoji pretpostavka o nekoj osobi koja može, ali i ne mora biti tačna.<sup>44)</sup> U praksi se često dešava da određena osoba bude diskriminisana na osnovu

---

38) I. Matija, 163.

39) *Ibid.*

40) *Ibid.*

41) S. Gajin (2008), 11.

42) Handbook on European non-discrimination law, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2011, 23.

43) *Ibid.*, 26.

44) Diskriminacija na radnom mjestu, Centar za zdravo odrastanje IDEM i ja, Mali Lošinj, 2011., 7.

nekoj svojstva koje ona lično nema, ali diskriminator vjeruje da ima, npr. ako određena osoba ima prijatelje homoseksualne orijentacije, i sama može biti diskriminirana po osnovu spolne orijentacije – kao homoseksualac, a na osnovu pogrešnog uvjerenja njegove sredine da je i ta osoba homoseksualne orijentacije, i u tom slučaju radi se o diskriminaciji na osnovu pretpostavljenog ličnog svojstva, koja je također zabranjena.<sup>45)</sup> Dakle, ponekad je moguće biti žrtva diskriminacije, iako sami lično nemamo „neophodno“ svojstvo, već to svojstvo imaju osobe koje su sa nama u prijateljskoj, rodbinskoj ili drugoj vezi, te se samim „protezanjem“ diskriminacije na nas, kojoj smo izloženi zbog ličnih svojstava naših prijatelja/roditelja, na nas proteže i zaštita.<sup>46)</sup>

### 3. Uporednik – „Referentna osoba“

Razumijeti diskriminaciju u potpunosti pozdrumijeva shvatanje da nije moguće govoriti o diskriminaciji i dokazivati istu, bez upoređivanja dva ili više različitih tremana potencijalnih žrtava diskriminacije, a to znači da „niska plata“ ne može biti predmet zahtjeva za raspravljanje diskriminacije, ako se istovremeno ne može pokazati i da je ona niža od plate drugog zaposlenika koji za istog poslodavca obavlja iste ili slične zadatke.<sup>47)</sup> Zato je, u većini slučajeva, potrebno pronaći „referentnu osobu“ - osobu u činjenično sličnim okolnostima kao žrtva diskriminacije, sa razlikom pravno zaštićene osnove među njima,<sup>48)</sup> kako bi se procijenilo da se u određenom slučaju radi o diskriminaciji.<sup>49)</sup> Dakle, ispitivati da li je u konkretnom slučaju došlo do diskriminacije svrsishodno je samo onda ako se podnositelji zahtjeva mogu uporediti sa drugima koji se nalaze u usporedivom ili analognom položaju ili ako se nalaze u „relativno sličnoj“ situaciji kao i drugi,<sup>50)</sup> te su u takvim slučajevima dužni dokazati da postoje osobe prema kojima se postupalo povoljnije, ili bi se postupalo povoljnije, naravno sa razlikom koju među njima čini zaštićena pravna osnova.<sup>51)</sup> Primjer navedenog možemo pronaći **u predmetu Richards**<sup>52)</sup> - Na svoj 60-ti rođendan, osoba koja se podvrgnula

---

45) N. Petrušić/K. Beker, 27.

46) G. Selanec/T. Šimonović Einwalter, Opseg i doseg Zakona o suzbijanju diskriminacije, *Vodič uz zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb 2009, 26-27.

47) Handbook on European non-discrimination law, 23.

48) N. Petrušić, 29.

49) M. Dvořák *et al*, *Kako udahnuti život antidiskriminacijskom pravu* „Poradna pro občanství/Občanská a lidská práva, Republika Češka, 2014., 7.

50) J. Omejec, 914.

51) Handbook on European non-discrimination law, 23.

52) Predmet C-423/04 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0423&qid=1443468771794&from=HR> (06.08.2015).

operaciji promjene spola iz muškog u ženski, podnijela je zahtjev za penziju, obzirom da su u tom dobu žene u Ujedinjenom Kraljevstvu ostvarivale pravo na penziju. Vlasti su odbile takav zahtjev tvrdeći da se sa podnositeljicom zahtjeva nije postupalo nepovoljnije u odnosu na druge osobe u sličnoj situaciji, te su tvrdili da je u ovom slučaju pravo poređenje „muškarac“ obzirom da je većinu svog života podositeljica zahtjeva provela kao muškarac. Evropski sud pravde presudio je da bi pravilno poređenje u ovom slučaju trebala biti „žena“, jer je domaćim zakonodavstvom pojedincima omogućena promjena spola, te se prema tome prema podnositeljici nepovoljnije postupalo nego prema drugim ženama, jer joj je nametnuto više godina za odlazak u penziju. Kao primjer može poslužiti i **predmet Luczak protiv Poljske**<sup>53)</sup> - francuski poljoprivrednik koji je živeo i radio u Poljskoj, žalio se što mu je odbijen pristup posebnom sistemu socijalnog osiguranja u Poljskoj, uspostavljenom za podršku isključivo poljskih poljoprivrednika, a bez prava na pristup stranih državljana. Evropski sud za ljudska prava zaključio je da je podnosilac zahtjeva bio u uporedivoj situaciji sa poljskim poljoprivrednicima koji su imali pravo na korištenje povlastica navedenog sistema, jer je imao stalni boravak u Poljskoj gde je plaćao poreze kao i domaći državljani, doprinoseći tako finansiranju sistema socijalnog osiguranja i jer je i ranije učestvovao u obaveznom sistemu socijalnog osiguranja.

Također, do diskriminacije dolazi i kada se prema jednom licu ili grupi postupa na način kako se postupa i prema drugima, iako se oni, s obzirom na neko lično svojstvo, nalaze u različitim pozicijama u odnosu jedni na druge, npr: Propisano je da je prilikom upisa djece u školu potrebno dostaviti izvod iz knjige rođenih za dijete - ovo pravilo je jednako za sve, ali nejednako, odnosno nepovoljnije pogađa romsku djecu, jer mnoga od njih nisu upisana u matične knjige rođenih.<sup>54)</sup>

#### 4. Kada razlikovanje ne predstavlja diskriminaciju?

Osim ako ne postoji opravdanje, diskriminacija je nedopuštena. Stoga, treba znati i da nije svako pravljenje razlike među ljudima automatski i diskriminacija, te da bi pravljenje razlike, odnosno nejednako postupanje moglo tako da se okarakteriše, potrebno je da ono bude neopravdano.<sup>55)</sup> Činjenica da postoje određene skupine ili kategorije osoba koje su u nepovoljnom položaju, ili da postoji *de facto* nejednakost, može predstavljati opravdanja za donošenje mjera za pružanje specifične prednosti u cilju promoviranja

---

53) ESLJP, Luczak protiv Poljske (br.77782/01).

54) N. Petrušić/ K. Beker, 16.

55) Ibid.

jednakosti, pod uslovom da se poštuje načelo proporcionalnosti.<sup>56)</sup> Dakle, kako bi se različito postupanje opravdalo, mora se dokazati da postoji legitiman cilj iza određenog pravila ili praksa, kao i da su sredstva neophodna za postizanje tog cilja, odnosno mjera koja je dovela do različitog postupanja, primjerena i nužna, te da ne postoji drugi način za njihovo ostvarenje koji bi manje zadirao u pravo na jednako postupanje.<sup>57)</sup> Drugim rečima, potrebno je dokazati da stavljanje pojedinca/grupe u nepovoljan položaj predstavlja najmanju moguću štetu koja je nužna za postizanje određenog željenog cilja, a da je taj cilj dovoljno važan da bi opravdao takvo zadiranje,<sup>58)</sup> npr: parking mjesta za vozila osoba sa invaliditetom posebno su označena i nalaze se na mjestima najbližim ulazima u objekte koji su u javnoj upotrebi. Iako je u pitanju pravljenju razlike (privilegovanje jedne grupe ljudi), u konkretnom slučaju ne radi se diskriminaciji jer je sasvim opravdano da se obezbijedi lakši i nesmetani prilaz objektima osobama koje se iz bilo kog razloga otežano kreću.<sup>59)</sup> Također, neće se raditi o diskriminaciji ako se pravi razlika, isključenje ili daje prvenstvo određenom licu/grupi lica zbog osobenosti određenog posla kod koga lično svojstvo tvog lica/grupe lica predstavlja stvarni i odlučujući uslov za obavljanja posla ili kada tiču postupanja sveštenika, odnosno vjerskih službenika u skladu sa vjerskim uvjerenjima, doktrinom ili ciljevima vjerskih zajednica upisanih u registar vjerskih zajednica, a u skladu sa posebnim zakonom koji uređuje sloboda vjeroispovijesti i status vjerskih objekata i zajednica.<sup>60)</sup> Diskriminacijom se, prema članu 5. ZoZD BiH, neće smatrati ni zakonske mjere i radnje koje određuju maksimalnu starosnu dob koja se ima smatrati kao najprimjerenija za prekid radnog odnosa i za zasnivanje starosne penzije, koje su zasnovane na državljanstvu na način predviđen zakonom, koje se tiču stavljanja u nepovoljniji položaj prilikom uređivanja prava i obaveza iz porodičnog odnosa, a posebno s ciljem zaštite prava i interesa djece.<sup>61)</sup>

Nerijetke su situacije u kojima se prema određenom licu zaista postupa nejednako, ali se takvo postupanje ne može okarakterisati kao diskriminacija, jer se ne zasniva na nekom ličnom svojstvu tog lica: Službenik opštinske

56) The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law: Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2005, 19.

57) M. Popović, Diskriminacija i mobing u sudskoj praksi, [http://www.osbd.ba/vstv/faces/faces/pdfservlet.jsessionid=60dcd960253b8a46c62841f0633bf8afe7c5e6136267cff78171e22125450ac.e34TbxyRbNiRb40LchiNbxyQaN0Le0?p\\_id\\_doc=30179](http://www.osbd.ba/vstv/faces/faces/pdfservlet.jsessionid=60dcd960253b8a46c62841f0633bf8afe7c5e6136267cff78171e22125450ac.e34TbxyRbNiRb40LchiNbxyQaN0Le0?p_id_doc=30179) (08.06.2015).

58) Ibid, 351.

59) N. Petrušić/ K. Beker, 16.

60) D. Milenković, *Vodič kroz Zakon o zabrani diskriminacije*, Helsinški odbor za ljudska prava u Srbiji, Beograd 2010., 24.

61) Vidi: Član 5. Zakona o zabrani diskriminacije BiH.

uprave preko reda prima svog poznanika, dok ostali čekaju u red; Novi direktor firme maltretira i ponižava zaposlenu koja je supruga ranijeg direktora.<sup>62)</sup> Iako je očigledno da su takva ponašanja nepravična, protivpravna, neprofesionalna i neprihvatljiva, ipak se ne mogu smatrati diskriminacijom, te se zaštita u tim slučajevima ostvaruje drugim sredstvima, a ne sredstvima namijenjenim za zaštitu od diskriminacije.<sup>63)</sup>

## **5. „Pozitivna“ diskriminacija**

Zakonom su, dakle, predviđene i situacije u kojima određeno lice ili grupa imaju privilegije, ali se ne mogu smatrati diskriminacijom, poput mjera zapošljavanja invalida, ulaganja u obuke za lica pojedinih zanimanja iznad određene starosne granice ili propisivanje specijalnih uslova za vršenje određenih poslova. Takvu posebnu zaštitu prava nazivamo pozitivnom diskriminacijom, odnosno pozitivnim mjerama/mjerama pozitivne akcije, koje se manifestuju kao privremeno favorizovanje pripadnika grupa za koje se objektivno zna ili se vjeruje da su u prošlosti sistematski zapostavljane (diskriminirane), i njihov cilj je upravo da isprave istorijske nepravde, te da u najvećoj mogućoj mjeri, postupno dovedu ne samo u stanje formalne, nego i stvarne jednakosti.<sup>64)</sup> Pojam pozitivne diskriminacije je za neke problematičan, obzirom da nijedna diskriminacija ne može biti ni pozitivna ni poželjna, te bi primjereniji naziv za posebna prava bio pozitivne mjere i postupci.<sup>65)</sup> U širem smislu, pozitivne mjere uključuju mjere podrške diskriminiranim grupama kroz osnivanja agencija za monitoring, Vijeća pri državnoj upravi i sindikatima, dok u užem smislu, pojam pozitivnih mjera omogućava prednost podzastupljenih grupa ili uspostavljanje sistema kvota za njih.<sup>66)</sup> Pozitivne su mjere moguće u različitim oblastima – zapošljavanju, obrazovanju itd.,<sup>67)</sup> a prihvatljive su samo onda kada, u namjeri ispravljanja određenih strukturalnih nejednakosti, nastaju kao odgovor na određeno činjenično stanje, kada su proporcionalne tom stanju i kada traju toliko dugo

---

62) N. Petrušić/ K. Beker, 18.

63) Ibid.

64) I. Matija, 165.

65) B. Petković/N. Kodovšek, *O diskriminaciji - priručnik za novinarke i novinare*, Fondacija Mediacentar Sarajevo, 2011. godine, 17.

66) A. Bilić: Diskriminacija u Europskom radnom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 44, 3-4/2007.*, str. 557.-572.

67) Mogu se uvesti u javnom kao i u privatnom sektoru, a provode ih kako državni organi i lokalne zajednice, tako i nosioci javnih ovlaštenja, kao i preduzeća, nevladine organizacije i drugi.

dok se ne postigne cilj posebne mjere.<sup>68)</sup> Dakle, navedene mjere imaju svrhu da spriječe ili nadoknade štetu koja određena lica trpe, a naročito pripadnici ugroženih grupa (lica sa invaliditetom, pripadnici manjinskih grupa, trudnice, djeca, žrtve u krivičnim postupcima, civilne žrtve rata, izbjeglice, raseljena lica, azilanti,... ) i upravo su iz tih razloga i osmišljene.<sup>69)</sup> Ključ uspostavljanja, kako formalne, tako i stvarne jednakosti, kada su u pitanju pozitivne mjere je u njihovoj privremenosti, odnosno u njihovom trajanju do „izjednačavanja diskriminiranih sa nediskriminiranim“. U suprotnom, ukoliko bi se takve mjere nastavile u nedogled, i same bi mogle dovesti do nove nejednakosti u korist ranije zapostavljenih,<sup>70)</sup> odnosno, obrnute diskriminacije.<sup>71)</sup> Kada su u pitanju mjere pozitivne akcije u praksi Suda pravde Evropske unije, značajno je spomenuti predmet **Marschall**<sup>72)</sup>, u kojem je sud proglasio da zakoni Zajednice ne isključuju nacionalno pravilo prema kojem, ako je u nekom sektoru broj žena manji od broja muškaraca, prednost u napredovanju treba dati kandidatkinjama („pozitivna diskriminacija“), pod uslovom da ta prednost nije automatski zagarantovana, da se muškim kandidatima garantuje razmatranje napredovanja i da im nije unaprijed onemogućeno prijavljivanje za napredovanje.<sup>73)</sup> U predmetu *Badeck*<sup>74)</sup> sud je zauzeo stav da su kriteriji koji načelno daju prednost ženama, ako su neutralno formulisani, dopušteni oblik pozitivne akcije, odnosno ako su u konkretnom slučaju uslovi zapošljavanja (kriteriji za izbor kandidata) načelno primjenjivi na žene i muškarce, radit će se o dopuštenoj mjeri pozitivne akcije čak i ako su uslovi proračunato osmišljeni da pogoduju podzastupljenom spolu više nego drugom nadzastupljenom spolu.<sup>75)</sup>

---

68) A.Petričušić, Antidiskriminacijska politika kao suplementarni model zaštite prava nacionalnih manjina *Zbornik PFZ*, 61, (2) 643-674 (2011), 649.

69) Mladi u borbi protiv diskriminacije: Antidiskriminacija, Asocijacija za demokratske inicijative Sarajevo/ Inicijativa mladih za ljudska prava u BiH, Sarajevo, decembar 2011, 9.

70) I. Matija, 165.

71) G. Selenac, *Zbirka izabranih presuda - Kritički pogled na primjenu antidiskriminacijskih jamstava u praksi Suda pravde Evropske unije*, Centar za mirovne studije, Zagreb 2013., 70.

72) Predmet C-409/95 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0409&qid=1443468591980&from=HR> (22.09.2015).

73) Evropski parlament, Jednakost muškaraca i žena [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/hr/FTU\\_5.10.8.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/hr/FTU_5.10.8.pdf) (22.09.2015.)

74) Predmet C-158/97 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0158&qid=1443285764337&from=HR> (22.09.2015).

75) G. Selenac, 72-73.

## **ZAKLJUČAK**

Cilj ovog rada bio je predstaviti i približiti čitaocima pojam diskriminacije kroz teoriju i praksu, te u tom kontekstu treba istaći da antidiskriminacijsko zakonodavstvo Bosne i Hercegovine, kroz regulaciju pojma diskriminacije, njenih oblika, subjekata, te njenih osnova daje jedan cjelovit prikaz, prije svega mogućnosti spoznaje diskriminacije, a zatim i djelovanja na njejoj prevenciji i zaštiti, što je svakako od velikog značaja. Iscrpne i jasne definicije koje koristi naš zakonodavac, te taksativno navođenje izuzetaka od diskriminacije onemogućava različita pravna tumačenja odredbi Zakona, čime se doprinosi većem stepenu pravne sigurnosti. Proširenje zabrane diskriminacije sa javnog i na privatni sektor svim subjektima diskriminacije daje kako pravo na sveobuhvatnu zaštitu od diskriminacije, tako i jako važnu obavezu – održavati se od činjenja diskriminacije u svim sferama društva. Definisane lične osobine kao osnova diskriminacije, uz pojam diskriminacije, čini polaznu tačku u razumijevanju i praktičnoj primjeni Zakona o zabrani diskriminacije, a obzirom da su osnovi diskriminacije različiti od vremena i društva u kojem se javljaju, važno je pohvaliti otvorenu klauzulu osnova diskriminacije koju je koristio naš zakonodavac, te pozitivne mjere koje stoje na raspolaganju državi u svrhu uspostavljanja kako formalne, tako i materijalne jednakosti.

## UNDERSTANDING THE CONCEPT OF DISCRIMINATION THROUGH THEORY AND PRACTICE

### SUMMARY

The introduction of anti-discrimination law in the legislation of Bosnia and Herzegovina is certainly a significant step that puts Bosnia and Herzegovina on its way to the membership of EU, but also makes an important step forward in eradicating of social inequality and injustice caused by years of prejudice towards the other and different. Regulating anti-discrimination issues through legal framework provides the legal basis to protect any individual or group of people in our society, but, only understanding of these concepts provides full and effective protection, which is why it is necessary to pre-acquainted with the very concept of discrimination, its subjects, grounds, and permitted measures of protection and its justifications. Of course, it is, in addition to theoretical knowledge, necessary to have insight in practical approach of the anti-discrimination legislation, and that will be the topic of this work.

**Keywords:** Law on Prohibition of Discrimination, discrimination, subjects of discrimination, grounds of discrimination, personal characteristics, the reference person, positive measures, positive discrimination.