

KOMENTAR ZAKONA O ZABRANI DISKRIMINACIJE

- RECENZIJIA -

Sevima Sali-Terzić

Šefica Apelacionog odjela
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
i
članica Upravnog odbora FOD BiH

Mišljenja u ovoj recenziji odražavaju isključivo lične stavove recenzentice

Sarajevo, maj 2010. godine

Nakon iniciranja procesa donošenja jedinstvenog zakona protiv diskriminacije i dvogodišnjih, vrlo intenzivnih zagovaračkih aktivnosti organizacija civilnog društva u Bosni i Hercegovini, u julu 2009. godine usvojen je Zakon o zabrani diskriminacije. Ovaj proces nije bio lagan i nije, u cijelosti, rezultirao zakonom kakav su prvobitno predložile nevladine organizacije. Naime, u BiH je evidentan nedostatak demokratske političke kulture, vlasti u BiH su još u velikoj mjeri netransparentne u svom radu, a civilno društvo je još prilično isključeno iz procesa donošenja odluka bez obzira da li se radi o zakonima, politikama, budžetima, strategijama ili akcionim planovima. Naročito je zakonodavni proces udaljen od očiju i utjecaja javnosti, a taj proces uključuje ne samo donošenje zakona, već i definisanje politika djelovanja vlasti, donosenje strategija i budžeta, te provođenje reformi u različitim oblastima. Rijetki su primjeri u kojima je civilno društvo odigralo značajnu ulogu u donošenju nekih zakona u skladu sa najvišim međunarodnim standardima, kao što je Zakon o ravnopravnosti spolova i Zakon o zabrani nasilja u porodici, i evo, Zakon o zabrani diskriminacije.

Princip nediskriminacije je ugrađen u sve važne međunarodne dokumente o ljudskim pravima i predstavlja neodvojiv element svih drugih garantovanih ljudskih prava. Ovaj princip je ugrađen i u Ustav Bosne i Hercegovine, a zabrana diskriminacije je propisana i u entitetskim Zakonima o radu, Zakonu o ravnopravnosti spolova, Zakonu o slobodi vjere i pravnom položaju crkava i vjerskih zajednica i Zakonu o pravima pripadnika nacionalnih manjina, te u Kodeksu o emitovanju RTV programa Regulatorne agencije. Međutim, kolikogod bili važni, domet svakog od ovih propisa ograničen je njihovom prirodom i svrhom, a zaštita je u velikoj mjeri deklaratorna i ne uspostavlja mehanizme za zaštitu od diskriminacije, sa izuzetkom Zakona o radu i Kodeksa o emitovanju RTV programa te, donekle, Zakona o ravnopravnosti spolova. S druge strane, krivični zakoni u BiH zabranjuju diskriminaciju kroz krivično djelo «povrede ravnopravnosti čovjeka i građanina» kojom mu se «daju neopravdane povlastice ili pogodnosti», «uskraćuje ili ograničava upotreba jezika ili pisma», odnosno «zapošljavanje na cijelom području», te kao krivično djelo «Izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti» „među konstitutivnim narodima i ostalim u BiH, kao i drugima koji žive ili borave u BiH». Ni ova zaštita nije sveobuhvatna i svakako je potrebno još doraditi ove odredbe da bi se njihov opseg prilagodio međunarodnim standardima zaštite od diskriminacije. Ovo je još jedna potvrda koliko je jedinstven i sveobuhvatan Zakon o zabrani diskriminacije, sa jasnim definicijama i mehanizmima zaštite bio potreban, a njegov stvarni domet ograničen je samo načinom i učestalošću adekvatnog traženja njegove primjene.

Publikacija koja je pred nama, ambiciozno nazvana «komentarom», predstavlja, ustvari, analizu odredaba Zakona o zabrani diskriminacije i, istovremeno, vrijedan i koristan priručnik za pravnike praktičare, ali i za organizacije civilnog društva koje se bave zaštitom ljudskih prava. Naime, ova publikacija je nastala prerano nakon donošenja zakona da bi zaista mogla biti «komentar» jer na osnovu ovog zakona još nije izgrađena sudska praksa, a još nema ni podataka

da je pokrenut bilo koji postupak s pozivom na ovaj zakon. Bez sudske prakse kroz koju bi se mogla analizirati primjena ovog zakona u praksi, ne može se, naravno, govoriti o komentaru zakona. Međutim, to ovoj publikaciji nikako ne oduzima vrijednost niti umanjuje doprinos koji ona može imati za razumijevanje diskriminacije i njenih pojava oblika, te za efikasno korištenje mehanizmima zaštite i za izgrađivanje sudske prakse.

U uvodu ove analize Zakona o zabrani diskriminacije, kroz predstavljanje sadržaja člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Evropska konvencija), date su opće napomene o osnovnim pojmovima čije je razumijevanje neophodno da bismo se odmakli od laičkog razumijevanja diskriminacije koje danas preovlađuje u javnosti ali, na žalost, i u pravnoj struci. Naime, u javnosti se često svako razlikovanje pogrešno naziva diskriminacijom. To je rezultat nerazumijevanja i nepoznavanja međunarodnih standarda i prakse međunarodnih zaštitnih mehanizama prema kojima nema diskriminacije ako za određeno razlikovanje postoji «razumno i objektivno opravdanje», odnosno ako postoji proporcionalan odnos između sredstava koja se koriste i legitimnog cilja koji se želi postići. Dalje, u uvodu se daju korisne napomene o Protokolu br. 12 uz Evropsku konvenciju, koji je stupio na snagu 1. aprila 2005. godine. Ovim Protokolom je značajno proširen domet zabrane diskriminacije u odnosu na član 14. Evropske konvencije. Naime, dok član 14. Evropske konvencije štiti od diskriminacije samo u odnosu na prava garantovana Evropskom konvencijom, član 1. Protokola br. 12 garantuje uživanje svih prava određenih domaćim zakonom bez diskriminacije po bilo kom osnovu. Evropski sud za ljudska prava je do danas tumačio ovu odredbu samo u predmetu *Sejdić i Finci protiv BiH* u dijelu koji se tiče diskriminacije u vezi sa kandidaturom za Predsjedništvo BiH. Sud je ukazao da, uprkos tome što postoji razlika u opsegu između člana 14. Evropske konvencije i člana 1. Protokola br. 12, značenje ovog potonjeg je u suštini identično značenju odredbe čl. 14. Evropske konvencije, te da nema razloga da sud odustane od tumačenja «diskriminacije» koje je prihvaćeno kod tumačenja člana 14. Evropske konvencije. Budući da je već bio utvrdio kršenje člana 14. Evropske konvencije u vezi sa članom 3. Protokola br. 1 u vezi sa kandidaturom za Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH, Evropski sud je zaključio da postoji kršenje člana 1. Protokola br. 12 u vezi sa kandidaturom za Predsjedništvo BiH iz istih razloga kao i kršenje člana 14. Evropske konvencije, dakle zato što za razlikovanje kakvo je propisano Ustavom BiH nema «razumnog i objektivnog opravdanja». Potencijal Protokola br. 12 tek treba istražiti i testirati, a sigurno je da s obzirom na širinu zaštite koju pruža predstavlja izuzetno sredstvo koje se može i treba koristiti prvenstveno pred domaćim sudovima.

Prvih pet od ukupno 24 člana Zakona o zabrani diskriminacije odnosi se na pojam i oblike diskriminacije, te na izuzetke od principa jednakog postupanja. Analiza ovih članova zakona predstavlja suštinu ove publikacije jer daje vrlo detaljno tumačenje pojmova neophodnih za razumijevanje sadržaja zabrane diskriminacije. Zatim, kroz prikaz prakse Evropskog suda za ljudska prava, Evropskog suda pravde, te Komiteta UN za ljudska prava i Komiteta UN za

eliminaciju rasne diskriminacije, upoznaje nas sa tumačenjem standarda nediskriminacije i na taj način daje smjernice za efikasnu zaštitu od diskriminacije. Ono na šta analiza naročito ukazuje u odnosu na član 1. Zakona o zabrani diskriminacije je termin «jednakih mogućnosti» koji se u ovom članu koristi kao i na razliku između tog pojma i pojma zabrane diskriminacije. Iako se nekada kaže da su «nediskriminacija» i «jednakost» samo različiti načini izražavanja iste ideje, obaveza «jednakih mogućnosti» ili «jednake zaštite» u sebi nosi više pozitivnih obaveza nego što je slučaj sa pojmom «nediskriminacije». Analiza ispravno ukazuje da upravo ovakvo definisanje predmeta ovog Zakona može biti mehanizam za postizanje «ideala jednakih mogućnosti» jer, kako se obrazlaže, dok se drugim zakonima koji u različitim oblastima žele omogućiti «uživanje prava i sloboda uzimajući u obzir i efekte koje ti zakoni imaju na sve članove društva», ovim se Zakonom «može postići korigiranje pravnog sistema ukoliko je to neophodno».

Član 2. i 3. Zakona vrlo su detaljno analizirani, počev od subjekata i adresata obaveze, žrtava diskriminacije, njenog sadržaja i posljedica te pitanja namjere. Ono na šta je s pravom stavljen naglasak je da obavezu da se uzdrže od diskriminacije imaju ne samo javni organi, već i sva pravna i fizička lica, što je izuzetno važno. Naime, obaveza zaštite ljudskih prava je, prema međunarodnom pravu, obaveza države izražena kroz njenu negativnu obavezu – da se uzdrži od kršenja, te kroz pozitivnu obavezu – da spriječi i sankcioniše kršenje prava. Zakonom o zabrani diskriminacije stvoren je okvir za zabranu diskriminatornog ponašanja fizičkih lica tako da je, kako se to analizom i obrazlaže, zabrana iz javne prešla i u privatnu sferu. Također je važno istaći dio analize kojim se, kroz odgovarajuću praksu međunarodnih organa, obrazlaže da pitanje namjere nije od važnosti za utvrđivanje diskriminacije. Ovo je veoma bitno razumjeti za slučajeve posredne diskriminacije, tj. kada «neutralna odredba, kriterij ili praksa» dovodi pojedinca ili grupu u nepovoljan ili manje povoljan položaj, u kom slučaju bi namjeru donosioca takve odredbe bilo veoma teško dokazati.

Analizom se, dalje, jasno objašnjavaju neposredna i posredna diskriminacija, a naročito se objašnjava potreba pronalaska «upoređivača». Naime, postojanje «upoređivača» ili «komparatora» je bitan element dokazivanja različitog tretmana, pa ako se upoređivač dobro i pažljivo ne odabere, zahtjev za zaštitu od diskriminacije neće rezultirati uspjehom, jer se neće moći dokazati da se oni s kojima se podnosilac zahtjeva za zaštitu nalaze u sličnim situacijama, što je neophodno da bi se tzv. test diskriminacije dalje provodio. Ono što je bitno istaći je da je pronalaženje komparatora zadatak onoga ko tvrdi da je diskriminiran po nekom zabranjenom osnovu i ne može se očekivati da sud ili drugi organ kojem se neko obrati za zaštitu određuje komparator po službenoj dužnosti. Ovo dalje govori o ozbiljnosti procesa pripremanja predmeta u kojima se želi argumentirati diskriminacija u sudskom postupku od čega zavisi uspjeh zahtjeva za zaštitu.

Također, koristeći praksu relevantnih međunarodnih tijela, analiza vrlo detaljno objašnjava svaki zabranjeni osnov diskriminacije. Ovo je važno i korisno jer je još vrlo često nerazumijevanje mnogih od zabranjenih osnova diskriminacije. Tako se npr. često ne razumije da diskriminacija manjinskih grupa čiji se identitet zasniva na jeziku, kulturi, vjeri, nacionalnom ili etničkom porijeklu predstavlja u najširem smislu «rasnu diskriminaciju». Kad se ovako razumije «rasna diskriminacija» onda nije teško zaključiti da u BiH postoji vrlo rasprostranjena diskriminacija po ovom osnovu, na šta je ukazao i Komitet za eliminaciju rasne diskriminacije (CERD) u Zaključnim komentarima po Izvještaju o provođenju Konvencije o eliminaciji rasne diskriminacije koji je BiH podnijela 2006. godine, te Evropska komisija za borbu protiv rasizma i netolerancije (ECRI) u Izvještaju o stanju u BiH iz 2005. godine. Uprkos praksi rasne diskriminacije u BiH (npr. položaj i ostvarivanje prava Roma, segregacija u javnim školama), te preporukama ovih i drugih međunarodnih organizacija, u BiH još nema zabilježenih predmeta u kojima se ozbiljnim i sistematičnim pristupom pokušala dokazati diskriminacija po ovom osnovu, nemamo primjera efikasnog krivičnog gonjenja, osuda i kazni za rasnu diskriminaciju, pa samim tim ni slučajeva naknade štete žrtvama rasne diskriminacije. Stoga će ova analiza, zasnovana na predmetima koje su razmatrala međunarodna tijela za zaštitu ljudskih prava, moći biti od koristi u budućem radu na ovakvim predmetima odnosno kvalitetnijem argumentiranju takvih predmeta.

Ono što je također bitno istaći je i objašnjenje koje se daje u vezi sa članom 4. Zakona o zabrani diskriminacije kojim su propisani «ostali oblici diskriminacije»: uznemiravanje, spolno uznemiravanje, mobbing i segregacija, izdavanje naloga drugima za vršenje diskriminacije i pomaganje, te podsticanje na diskriminaciju kroz zagovaranje nacionalne rasne ili vjerske mrznje. Naime, uznemiravanje po nekom od zabranjenih osnova i podsticanje na diskriminaciju u bosanskohercegovačkom društvu se veoma često pojavljuje u obliku «govora mržnje», koji podstiče, opravdava ili veliča diskriminaciju na osnovu rase, etničke, spolne, vjerske, jezične ili neke druge razlike. Iako Zakon o zabrani diskriminacije, na žalost, ne nudi definiciju «govora mržnje», potencijali za sprječavanje «govora mržnje» i za traženje zaštite koje ovaj Zakon nudi su značajni. Naime, Zakon o zabrani diskriminacije propisuje mogućnost podnošenja tužbe radi «bilo kojeg oblika diskriminacije» kako bi se utvrdila diskriminacija, zabranilo poduzimanje diskriminatorskih radnji, može se tražiti naknada štete ili objavljivanje presude u medijima kada je diskriminacija počinjena kroz medije. S obzirom na rasprostranjenost «govora mržnje» kao specifičnog pojavnog oblika diskriminacije, može se očekivati da će se značajan broj tužbi odnositi na traženje zaštite po ovom osnovu. Dalje, iako su spolno uznemiravanje i uznemiravanje na osnovu spola definisani i u Zakonu o ravnopravnosti spolova, u analizi se nude dodatna objašnjenja koja će praktičarima i nevladinim organizacijama sigurno biti od velike koristi za bolje razumijevanje ovih pojmova ne samo u široj javnosti već i u sudstvu, kako se ne bi ponovila situacija u kojoj je bivši sudija Suda Bosne i Hercegovine, nakon prvostepene osuđujuće presude Općinskog suda, presudom Kantonalnog suda u Sarajevu oslobođen za

krivično djelo seksualnog uznemiravanja, uz skandalozno obrazloženje, između ostalog, da u odnosu na žrtvu nije bio «u nadređenom položaju».

Ništa manje značajno nije ni razmatranje pojmova mobbinga i segregacije, jer su ovo fenomeni s kojima je bosanskohercegovačko društvo već dugo suočeno, ali na koje nema efikasnog odgovora kroz sudski sistem ili kroz dobro osmišljene zagovaračke aktivnosti civilnog društva. Prikazom standarda i sudske prakse u vezi sa ovim pojavnim oblicima diskriminacije, ova analiza svakako može doprinijeti boljem razumijevanju ovih pojmova i prepoznavanju takvih praksi, a zatim i osmišljavanju efikasnih načina suprotstavljanja ovim pojavama, kako kroz pokretanje sudskih sporova, tako i kroz druge aktivnosti civilnog društva.

Važan dio analize Zakona o zabrani diskriminacije predstavlja i ukazivanje na značaj prikupljanja i razvrstavanja podataka o predmetima diskriminacije. Naime, da bi se moglo pratiti provođenje međunarodnih dokumenata, analizirati praksa u vezi sa uživanjem u garantovanim ljudskim pravima i slobodama, da bi se kreirale efikasne politike i da bi se osiguralo uživanje u pravima i slobodama koje nije «teoretsko i iluzorno, već praktično i efektivno», kako to često naglašava Evropski sud za ljudska prava, neophodno je prikupljati i razvrstavati odgovarajuće podatke. Na žalost, sistematsko prikupljanje i razvrstavanje podataka u Bosni i Hercegovini, bar u ovoj oblasti, daleko je od zadovoljavajućeg. Osim što propisuje da je institucija Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine biti centralna institucija za zaštitu od diskriminacije koja će, između ostalog, prikupljati i analizirati statističke podatke o slučajevima diskriminacije, Zakon o zabrani diskriminacije obavezuje i sve druge nadležne institucije u BiH da vode redovnu evidenciju svih slučajeva prijavljene diskriminacije, te da te podatke obavezno dostavljaju Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice. Analiza se vrlo detaljno bavi važnošću prikupljanja i razvrstavanja podataka i ukazuje na važnost postojanja i korištenja statističkih podataka ne samo za razvoj novih politika, već i za pripremanje i vođenje sudskih postupaka, te za zagovaračke aktivnosti civilnog društva. Koliko je ovo važno vidi se i iz toga što je samo dobro prikupljenim statističkim podacima moguće pred sudom dokazati vjerovatnoću da je postojala diskriminacija, nakon čega se, po Zakonu, teret dokazivanja prebacuje na stranu navodnog prekršioca.

Proceduralne odredbe koje se tiču podnošenja tužbi, nadležnosti, rokova, izvršenja, privremenih mjera obezbjeđenja i učešća trećih lica su također analizirane i ukazano je na odgovarajuća rješenja iz procesnih zakona u BiH. Dobro je što je ovo sistematizovano na jednom mjestu radi lakšeg korištenja onima koji nisu neophodno pravnici a bave se zaštitom ljudskih prava, ali onima koji se praktično bave pravom ovo nije ništa novo i oslanja se na već postojeće komentare procesnih zakona.

Međutim, ono što jeste novina u Zakonu i čemu je u analizi posvećena dužna pažnja je mogućnost podnošenja kolektivne tužbe za zaštitu od diskriminacije. Ovo je prvi put da je u pravni sistem BiH uvedena tzv. «class action», što predstavlja mogućnost da se podnošenjem

takve tužbe postignu rezultati za veliki broj lica i da se podstaknu promjene i ostvarivanju spornog prava. Kolektivnu tužbu mogu podnijeti udruženja, tijela, ustanove ili druge organizacije koje imaju «opravdan interes za zaštitu interesa određene grupe», pri čemu moraju učiniti vjerovatnim da je ponašanjem navodnog prekršioca došlo do diskriminacije većeg broja lica, a ne pojedinca. Mogućnost podnošenja kolektivne tužbe značajno širi opseg eventualnih zagovaračkih aktivnosti civilnog društva. Naime, «strateška litigacija» je jedna od zagovaračkih aktivnosti organizacija civilnog društva koja se koristi u sklopu strateškog zagovaranja izmjena propisa ili politika koje krše ljudska prava. Iako ovaj pojam nije nepoznat nevladinim organizacijama u BiH, nemogućnost podnošenja kolektivne tužbe na način kako je to sada propisano nije ostavljao prostora da se odaberu strateški važni predmeti, tj. predmeti koji, kako se u analizi kaže, «imaju potencijala da podstaknu izmjene ili dosljednu primjenu zakona odnosno oni predmeti koji mogu da dovedu do primjerene promjene u društvu». Za nevladine organizacije koje se bave ili žele baviti strateškim zagovaranjem u oblasti ljudskih prava, ova analiza će svakako predstavljati odličan podsjetnik na osnovne ciljeve strateške litigacije ali i na ograničenja za provođenje ove aktivnosti u BiH o kojima se mora voditi računa kako kod odabira strateški važnog predmeta, tako i kod osmišljavanja drugih zagovaračkih aktivnosti koje se trebaju voditi uporedo sa strateškom litigacijom na ostvarenju zagovaračkog cilja.

Za nevladin sektor u BiH je također značajno i to što se Zakonom o zabrani diskriminacije propisuje obaveza saradnje nadležnih institucija sa organizacijama civilnog društva. U analizi se ističe da se praksa konsultacija sa civilnim društvom u procesu donošenja odluka počela primjenjivati u okviru Ministarstva pravde BiH, ali se također ukazuje i na to da se modaliteti saradnje vlasti i civilnog društva moraju definisati na principima, između ostalog, otvorenosti i poziva na trajnu saradnju, finansijsku podršku projektima i aktivnostima, partnerstva u projektima i obavezi konsultacija organizacija civilnog društva u svim aktivnostima od značaja za pitanja zaštite ljudskih prava i zabrane diskriminacije. Ovakva obaveza propisana zakonom je, nesumnjivo, značajno sredstvo koje organizacije civilnog društva mogu i trebaju koristiti kako bi proces donošenja odluka postao transparentniji i pristupačniji, što će u velikoj mjeri zavisiti od dobro osmišljenih zagovaračkih aktivnosti nevladinog sektora u oblasti zaštite od diskriminacije.

Na kraju, umjesto zaključka, može se reći da je možda ovo pravo vrijeme da ovakva publikacija ugleda svjetlo dana, iako još nema sudske prakse u vezi sa primjenom Zakona o zabrani diskriminacije. Naime, Zakon o zabrani diskriminacije širom otvara vrata zaštiti od diskriminacije koju počinu organi vlasti i pojedinci, pred domaćim sudovima, što je izuzetno važno jer se najefikasnija zaštita ljudskih prava ostvaruje tamo gdje je i najbliža izvoru kršenja. Mogućnosti korištenja su brojne, a zavisice u velikoj mjeri od posvećenosti takvim predmetima onih koji na njima budu radili. Osim toga, kao što je već rečeno, ova publikacija nudi analizu odredbi Zakona o zabrani diskriminacije, te daje prikaz tumačenja i korištenja standarda nediskriminacije kroz praksu relevantnih međunarodnih tijela, što u velikoj mjeri može olakšati

rad nadležnim vlastima koje su dužne preduzeti mjere radi sprječavanja diskriminacije po bilo kom osnovu, zatim sudovima koji će se sada suočiti sa drugačijom vrstom predmeta i novim izazovima direktne primjene međunarodnih standarda radi zaštite od nediskriminacije, te nevladinim organizacijama na osmišljavanju strateških zagovaračkih aktivnosti na eliminaciji diskriminacije u različitim oblastima.