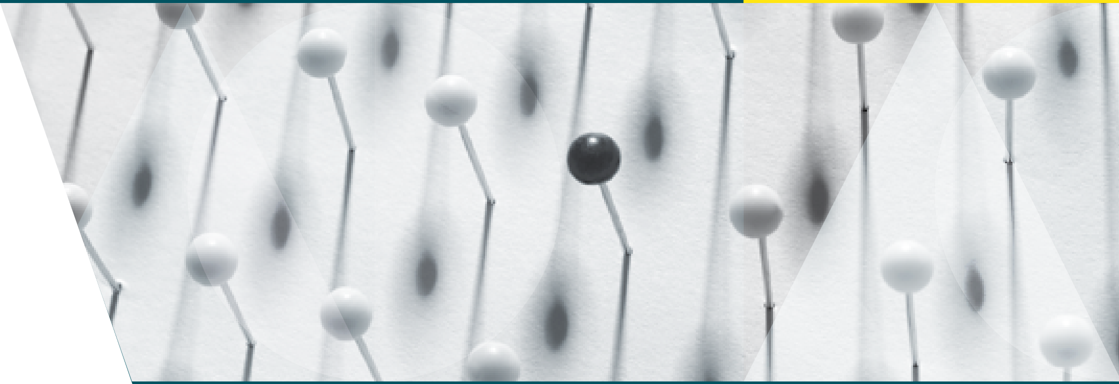
ПРИРАЧНИК



Прирачник за европското право за недискриминација

FRA

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

© Агенцијата за фундаменталните права на Европската унија, 2010.
Совет на Европа, 2010.

Прирачникот беше завршен во јуни 2010 година.

Дозволена е репродукција на овој материјал, освен за комерцијални цели, под услов таа да упатува на изворот.

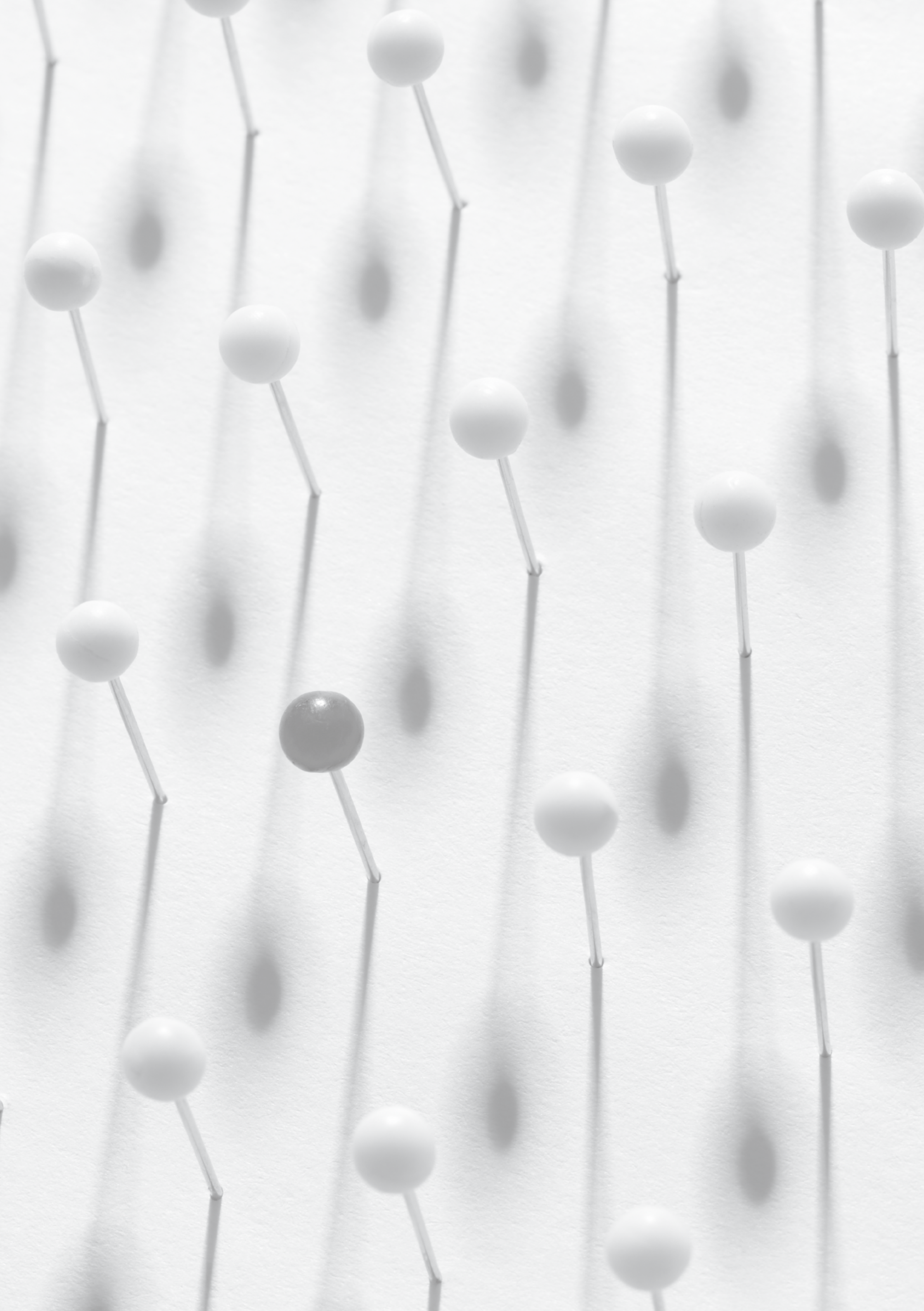
Фотографии (корица и внатрешност): © iStockphoto

Повеќе информации за Европската унија може да најдете на Интернет (http://europa.eu).

Луксембург: Издавачка служба на Европската унија, 2011 година.

ISBN 978-92-871-995-9 (Совет на Европа)
ISBN 978-92-9192-667-1 (Агенција за фундаменталните права)
Електронски код за идентификација: 10.2811/11978

Овој Прирачник е подготвен на англиски јазик. Европскиот суд за човековите права (ЕСЧП) не презема одговорност за квалитетот на преводите на другите јазици. Ставовите изразени во овој Прирачник не го обврзуваат ЕСЧП. Прирачникот содржи упатувања на низа коментари и прирачници за Европската конвенција за човековите права. ЕСЧП не презема одговорност за нивната содржина, ниту пак нивното вклучување во овој список претставува каква било форма на поддршка за тие публикации. Други прирачници за Конвенцијата се наведени на интернет страниците на ЕСЧП во делот „library“: echr.coe.int/Library/



Издавач:
Фондација Отворено општество - Македонија

За издавачот:
Владимир Милчин, извршен директор

Подготовка за печат:
Кома

Печат:
Бато и Дивајн

Тираж:
2000

Бесплатен/некомерцијален тираж

FOUNDATION ФОНДАЦИЈА
OPEN ОТВОРЕНО
SOCIETY ОПШТЕСТВО
MACEDONIA МАКЕДОНИЈА

Печатењето и објавувањето на македонското издание на Прирачникот за европското право за недискриминација ги овозможи Фондацијата Отворено општество – Македонија (ФООМ). Преводот на Прирачникот од англиски на македонски јазик е одговорност на ФООМ. Прирачникот е објавен во рамките на потпрограмата Поддршка на човековите права, чија цел е да ја поттикне примената на новововедените механизми за заштита на човековите права во Република Македонија, како што се Законот за заштита и спречување од дискриминација и Законот за бесплатна правна помош.

CIP - Каталогизација во публикација
Национална и универзитетска библиотека "Св. Климент Охридски", Скопје

342.724(4-672ЕУ)(035)

ПРИРАЧНИК за европското право за недискриминација. - Скопје :
Фондација Отворено општество - Македонија, 2013. - 205 стр. ; 21 см

Фусноти кон текстот. - Библиографија кон главите. - Регистри

ISBN 978-608-218-165-3

а) Антидискриминација - Европска унија - Прирачници
COBISS.MK-ID 93101578

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

Прирачник за европското право за недискриминација

Предговор

Во јануари 2010 година, Европскиот суд за човековите права и Агенцијата за фундаменталните права на ЕУ одлучија да соработуваат во подготовката на овој Прирачник за европската судска практика за недискриминација. Со задоволство, овде ги презентираме конкретните резултати од овој заеднички потфат.

Со стапувањето во сила на Лисабонскиот договор, Повелбата за човековите права на Европската унија стана правно обврзувачка. Освен тоа, Лисабонскиот договор овозможува пристапување на ЕУ кон Европската конвенција за човековите права. Во тој контекст, сеопфатно познавање на заедничките начела развиени од страна на Судот на правдата на ЕУ и Европскиот суд за човековите права не само што е пожелно, туку е и неопходно за соодветното спроведување на еден клучен аспект од европското право за човековите права, односно стандардите за недискриминација, на национално ниво.

2010 година ја одбележа 60-годишнината на Европската конвенција за човековите права која, во член 14, пропишува генерална забрана за дискриминација, како и 10-годишнината од усвојувањето на два темелни текста за борбата против дискриминацијата на ниво на ЕУ, односно директивите за расна еднаквост и еднаквост при вработувањето. Со оглед на импресивниот обем на судската практика во областа на недискриминацијата создадена од страна на Европскиот суд за човековите права и Судот на правдата на ЕУ, се чинеше корисно, на достапен начин, да се презентира прирачник со компактен диск наменет за правните практичари во државите-членки на ЕУ и на Советот на Европа и пошироко, односно за судиите, обвинителите и адвокатите, како и за службените лица на органите задолжени за спроведување на законите. Бидејќи се на првите линии на заштитата на човековите права, тие треба да бидат свесни за начелата за недискриминација за да можат ефективно да ги применуваат на терен. Одредбите за недискриминација заживуваат преку практиките на национално ниво, а предизвиците стануваат видливи токму на првите линии на заштитата.

Ерик Фриберг

Регистратор во Европскиот суд за човековите права

Мортен Кјерум

Директор на Агенцијата за фундаменталните права

Содржина

ПРЕДГОВОР ... 5

КРАТЕНКИ ... 11

1. ВОВЕД ВО ЕВРОПСКОТО ПРАВО ЗА НЕДИСКРИМИНАЦИЈА: КОНТЕКСТ, РАЗВОЈ И ГЛАВНИ НАЧЕЛА ... 13
   - 1.1. Контекст и историјат на европското право за недискриминација ... 14
     - 1.1.1. Советот на Европа и Европската конвенција за човековите права ... 14
     - 1.1.2. Европската унија и директивите за недискриминација ... 16
   - 1.2. Тековни и идни развојни моменти во европските механизми за заштитни ... 17
     - 1.2.1. Повелбата за основните права на ЕУ ... 17
     - 1.2.2. Договори за човековите права на ОН ... 18
     - 1.2.3. Пристапување на ЕУ кон Европската конвенција за човековите права ... 19
   - Клучни поенти ... 20
   - Дополнителна литература ... 21

2. КАТЕГОРИИ И ОКОЛНОСТИ КОИ ДОЗВОЛУВААТ ДИСКРИМИНАЦИЈА ... 23
   - 2.1. Вовед ... 23
   - 2.2. Директна дискриминација ... 24
     - 2.2.1. Неповолен третман ... 25
     - 2.2.2. Компаратор ... 25
     - 2.2.3. Основа за заштита ... 28
   - 2.3 Индиректна дискриминација ... 32
     - 2.3.1. Неутрално правило, критериум или практика ... 32
     - 2.3.2. Значително понегативно ефект врз заштитената група ... 33
     - 2.3.3. Компаратор ... 34
   - 2.4 Вознемирување и поттикнување дискриминација ... 35
     - 2.4.1. Вознемирувањето и поттикнувањето дискриминација во директивите за недискриминација на ЕУ ... 35
     - 2.4.2. Вознемирувањето и поттикнувањето дискриминација во ЕКЧП ... 38
   - 2.5 Специјални или посебни мерки ... 39
   - Клучни поенти ... 47

2.6 Околности кои дозволуваат неповолен третман според европското право за недискриминација 48
2.6.1. Вовед 48
2.6.2. Непримерливост на општите околности кои дозволуваат неповолен третман 49
2.6.3. Примена на општите околности кои дозволуваат неповолен третман 51
2.6.4. Специфични околности кои дозволуваат неповолен третман според правото на ЕУ 51
2.6.4.1. Реален професионален услов 52
2.6.4.2. Религиозни институции 56
2.6.4.3. Исклучоци врз основа на возраста 58
Клучни поенти 61
Дополнителна литература 62
3. ОПФАТ НА ЕВРОПСКОТО ПРАВО ЗА НЕДИСКРИМИНАЦИЈА 63
3.1. Вовед 63
3.2. Кој добива заштита според европското право за недискриминација? 64
3.3. Опфатот на Европската конвенција: членот 14 и Протоколот 12 66
3.3.1. Природата на забраната за дискриминација од Конвенцијата 66
3.3.1.1.Правата загарантирани со Конвенцијата 67
3.3.1.2. Опфат на правата од Конвенцијата 67
3.3.1.3. Протокол 12 70
3.4 Опфат на директивите за недискриминација на ЕУ 71
3.4.1. Вработување 71
3.4.1.1. Пристап до вработување 71
3.4.1.2. Услови за вработување, вклучително и отпуштање од работа и плата 72
3.4.1.3. Пристап до професионална ориентација и стручна обука 74
3.4.1.4. Организации на работниците и на работодавачите 75
3.4.1.5. Европската конвенција и контекстот на вработувањето 75
3.4.2. Пристап до социјална заштита и форми на социјално осигурување 76
3.4.2.1. Социјална заштита, вклучително и социјално осигурување и здравство 77
3.4.2.2. Социјални бенефиции 78

3.4.2.3. Образование ... 79
3.4.2.4. Европската конвенција и контекстот на социјална заштита и образование ... 80
3.4.3. Пристап до стоките и услугите, вклучително и до домување ... 81
3.4.3.1. Европската конвенција и контекстот на стоките и услугите, вклучително и домување ... 84
3.4.4. Пристап до правда ... 85
3.4.4.1. Европската конвенција и контекстот на пристап до правда ... 86
3.5. Примена на Конвенцијата надвор од правото на ЕУ ... 87
3.5.1. „Лична“ сфера: приватен и семеен живот, Посвојување деца, дом и брак ... 87
3.5.2. Учество во политичкиот живот: слобода на изразување, собирање и здружување и на слободни избори ... 90
3.5.3. Спроведување на законите ... 91
3.5.4. Прашања од кривичното право ... 93
Клучни поенти ... 94
Дополнителна литература ... 95

4. ОСНОВИ ЗА ЗАШТИТА ... 97
4.1. Вовед ... 97
4.2. Пол ... 98
4.3. Сексуална ориентација ... 106
4.4. Попреченост ... 109
4.5. Возраст ... 112
4.6. Раса, етничка припадност, боја на кожа и припадност на национално малцинство ... 114
4.7. Државјанство и национално потекло ... 117
4.8. Религија или уверување ... 122
4.9. Јазик ... 125
4.10. Социјално потекло, раѓање и сопственост ... 128
4.11. Политичко или друго мислење ... 129
4.12. „Друг статус“ ... 130
Клучни поенти ... 132
Дополнителна литература ... 132

5. ДОКАЗНИ ПРАШАЊА ВО ПРАВОТО ЗА НЕДИСКРИМИНАЦИЈА ... 135
5.1. Вовед ... 135
5.2. Споделен товар на докажување ... 136
5.2.1. Фактори што не треба да се докажуваат ... 139

5.3. Улогата на статистичките и другите податоци 141
Клучни поенти 147
Дополнителна литература 147

ИНДЕКС НА ПРЕДМЕТИ 149
Судската практика на Меѓународниот суд на правдата 149
Судска практика на Европскиот суд на правдата 149
Судската практика на Европскиот суд за човековите права 151
Практиката на Европскиот комитет за социјалните права 154
Практиката на Комитетот за човековите права 154
Судската практика на домашните судови 155

СПИСОК НА ПРАВНИ ТЕКСТОВИ 157
Меѓународни инструменти 157
Инструменти на ЕУ 157

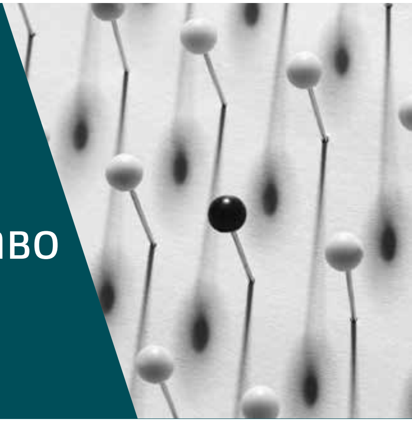
ИЗВОРИ НА ИНТЕРНЕТ 161
Белешка за цитирање 163

Кратенки

КЕДЖ	Конвенција за елиминација на сите форми на дискриминација врз жените
ЗДСЕ	Збирка на договорите на Советот на Европа
СЕ	Совет на Европа
КПД	Конвенција за правата на детето
ЕКЧП	Конвенција за заштита на човековите права и основните слободи или Европска конвенција за човековите права
ЕСЧП	Европски суд за човековите права
ЕСП	Европски суд на правдата (сега Суд на правдата на Европската унија)
ЕКРН	Европска комисија против расизам и нетолеранција
ЗЕД	Збирка на европските договори
ЕУ	Европска унија
АФП	Агенција за фундаменталните права на Европската унија
КЧП	Комитет за човековите права
МПГПП	Меѓународен пакт за граѓански и политички права
МКРД	Меѓународна конвенција за елиминирање на сите форми на расната дискриминација
МПЕСКП	Меѓународен пакт за економски, социјални и културни права
МСП	Меѓународен суд на правдата
ДТЗ	Државјани на трети земји
ОН	Обединети нации
ОН КПЛИ	Конвенција за правата на лицата со инвалидитет на ОН

1

Вовед во европското право за недискриминација: контекст, развој и клучни начела



Ова поглавје (вовед), го објаснува изворот на правото за недискриминација во Европа, и дава преглед на тековните и идните промени во материјалното право и во постапките за заштита.

Уште на самиот почеток важно е да се нагласи дека судиите и обвинителите треба да ја применуваат заштитата предвидена со Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи (ЕКЧП), и онаа предвидена со директивите за недискриминација на Европската унија (ЕУ), без оглед на тоа дали некоја страна во постапката се повикува на нив. Во својата работа, националните судови и администраторите на правда не се ограничени само на правните аргументи што ги изнесуваат страните, туку мора да го утврдат применливото право врз основа на фактичката ситуација изнесена од страните во постапката. Во суштина, ова значи дека страните во постапката сами одбираат како ќе ја презентираат жалбата за недискриминација преку аргументите и доказите што ги изнесуваат. Тоа е резултат на правните начела кои лежат во основата на еден правен систем, на пример, директниот ефект на правото на ЕУ во 27-те држави-членки на Унијата и директната примена на ЕКЧП, што значи дека сите држави-членки на ЕУ и на Советот на Европа (СЕ) мора да се придржуваат кон Конвенцијата. Сепак, ова барање со себе носи едно значајно ограничување и се однесува на периодот на ограничување во врска со примената на Конвенцијата. Пред да се одлучат за примена на некоја заштита од недискриминација, практичарите треба да се запознаат со релевантните периоди на ограничена примена што се во сила во рамките на соодветната јурисдикција и да утврдат дали конкретниот суд е надлежен да го разгледува тоа прашање.

Практичната последица од ова се гледа во фактот дека практичарите, кога тоа е соодветно, можат да се повикаат на релевантните инструменти за недискриминација и на соодветната судска практика пред националните судови и органи.

Оттука, од големо значење е практичарите да ги разберат постојните системи во областа на недискриминација, нивната работа, како и начинот на кој тие се применуваат во дадени ситуации.

1.1. Контекст и историјат на европското право за недискриминација

Терминот „европско право за недискриминација" сугерира постоење на единствен систем на правила за недискриминацијата ширум цела Европа. Всушност, тоа право го сочинуваат голем број различни контексти. Овој Прирачник главно се потпира на ЕКЧП и на правото на ЕУ. Овие два система имаат различни корени од аспект на тоа кога и зошто се создадени.

1.1.1. Советот на Европа и Европската конвенција за човековите права

Советот на Европа е меѓувладина организација, којашто прв пат се состана по Втората светска војна со цел да ги промовира владеењето на правото, демократијата, човековите права и социјалниот развој (види Преамбула и членот 1 од Статутот на Советот на Европа). Државите-членки на СЕ ја усвоија ЕКЧП во насока на постигнување на овие цели и таа беше првиот современ договор за човековите права што се потпира на Универзалната декларација за човековите права на ОН. ЕКЧП утврдува правни обврски за договорните страни на Конвенцијата во врска со гарантирањето низа човекови права за сите граѓани (а не само за државјаните на земјата) во рамките на нивните јурисдикции. Европскиот суд за човековите права (ЕСЧП) го следи и го разгледува спроведувањето на ЕКЧП, (на почетокот со помош на Комисија). Овој суд постапува по предмети покренати против државите-членки. Во моментов, Советот на Европа брои 47 членки и секоја држава што сака да стане членка на СЕ мора да пристапи и кон ЕКЧП.

Од донесувањето во 1950 год. до денес, ЕКЧП беше подложена на измени и дополнувања преку „Протоколи". Најзначајната процедурална измена на ЕКЧП се направи со Протоколот 11 (1994 год.), при што ЕСЧП беше трансформиран во

постојано и редовно тело, а се укина постоењето на Комисијата. Овој Протокол беше изготвен со цел да им помогне на механизмите од ЕКЧП да се справат со растечкиот број предмети што доаѓаа од државите од Источна Европа кои му се приклучија на Советот на Европа по падот на Берлинскиот ѕид и по распадот на поранешниот Советски Сојуз.

Членот 14 од ЕКЧП[1] пропишува забрана за дискриминација, и тоа преку гаранција на еднаков третман во уживањето на другите права утврдени со Конвенцијата. Протоколот 12 (2000 год.) кон ЕКЧП, кој сè уште не е ратификуван од сите држави-членки[2], го проширува опфатот на забраната за дискриминација, и гарантира еднаков третман во уживањето на сите права (вклучително и правата според националното законодавство). Според Објаснувачкиот извештај за Протоколот, тој е изработен со цел да ја зајакне заштитата од дискриминација, која пак се смета дека е суштински елемент во гарантирањето на човековите права. Поконкретно, Протоколот произлезе од серија дебати за начинот на кој може да се зајакне родовата и расната еднаквост.

Иако тоа не е главниот фокус на овој Прирачник, треба да се нагласи дека недискриминација е водечкиот принцип во голем број документи на Советот на Европа. Верзијата на Европската социјална повелба од 1996 год. ги вклучува правото на еднакви можности и правото на еднаков третман во поглед на прашањата поврзани со вработувањето и пристапот до професија, со што гарантира заштита од дискриминација врз основа на полот.[3] Дополнителна заштита од дискриминација е вградена во Рамковната конвенција за заштита на националните малцинства,[4] Конвенцијата на Советот на Европа за акција против трговијата со луѓе,[5] како и во Конвенцијата на Советот на Европа за пристап до јавните документи. Исто така, Дополнителниот протокол кон Конвенцијата за компјутерски криминал обезбедува заштита од поттикнување дискриминација. Очигледно е дека прашањето за недискриминација влијае и врз формулирањето на законодавните документи што ги изготвува СЕ и истото се смета за основна слобода која треба да се заштити.

1 Водичот за обука во форма на PowerPoint презентација која дава насоки за примената на членот 14 од ЕКЧП може да се најде на интернет страницата на Советот на Европа, Образование за човековите права за правници: www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1.

2 Точниот број на држави-членки кои го ратификувале Протоколот 12 може да се провери на: www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ENG.

3 Види член 20 и член Д во Дел V од Европската социјална повелба.

4 Види член 4, 6(2) и 9 од Рамковната конвенција за заштита на националните малцинства.

5 Види член 2(1) од Конвенцијата на Советот на Европа за акција против трговијата со луѓе.

1.1.2. Европската унија и директивите за недискриминација

На почетокот, Европската унија (ЕУ) беше меѓувладина организација, но денес таа е посебен правен субјект. Во моментов, ЕУ ја сочинуваат 27 држави-членки. Унијата еволуираше од три посебни меѓувладини организации формирани во 50-тите години од минатиот век кои се занимаваа со енергетската сигурност и слободната трговија (колективно познати под името „Европски заедници“). Главната цел на Европските заедници беше поттикнување на економскиот развој преку слободен проток на стоки, капитал, луѓе и услуги. Со цел да обезбеди еднакви правила на игра за државите-членки, оригиналниот Договор за формирање на Европската економска заедница (1957 год.) содржеше одредба со која се забранува дискриминација врз основа на полот во контекст на вработувањето. Оваа одредба требаше да ги одврати државите-членки од стекнување конкурентна предност преку нудење пониски плати или понеповолни работни услови за жените. Иако овој корпус на право значајно еволуираше за да ги опфати областите како што се пензиите, бременоста и задолжителните системи за социјално осигурување, до 2000 година правото за недискриминација во ЕУ се применуваше само во контекст на вработувањето и социјалното осигурување, и се однесуваше исклучиво на недискриминација врз основа на полот.

Во текот на 90-тите години од минатиот век, одредени групи кои работат на јавни интереси направија значајни заложби за лобирање со кои се бараше забраната за дискриминација во правото на ЕУ да се прошири, со цел да опфати и други области, како што се расаната и етничката припадност, сексуалната ориентација, религијата и уверувањето, возраста и попреченоста. Стравот на некои држави-членки на ЕУ од возобновувањето на екстремистичкиот национализам поттикна доволна политичка волја меѓу лидерите на земјите за тие да дозволат измена на Договорот за Заедницата, со што Заедницата доби надлежности за донесување законодавни акти во овие области.

Во 2000 година, беа усвоени две директиви: Директивата за еднаквост при вработување забрани дискриминација врз основа на сексуалната ориентација, религијата и уверувањето, возраста и попреченоста во областа на вработувањето, додека Директивата за расна еднаквост забрани дискриминација врз основа на расата или етничката припадност во контекст на вработувањето, но и во пристапот до системот на социјална заштита и социјално осигурување, како и во пристапот до стоки и услуги. Ова претставуваше значително проширување на опфатот на правото за недискриминација на

ЕУ, коешто призна дека за да им се овозможи на поединците целосно да го реализираат својот потенцијал на пазарот на трудот, од суштинско значење е да се гарантира еднаков пристап до здравството, образованието и до домувањето. Во 2004 година, Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги го прошири опфатот на забраната за дискриминација врз основа на полот и во областа на пристапот до стоки и услуги. Сепак, заштитата врз основа на полот не соодветствува на опфатот на заштитата што ја гарантира Директивата за расна еднаквост, бидејќи Директивата за родово-рамноправно социјално осигурување гарантира еднаков третман само во поглед на социјалното осигурување, но не и во поширокиот концепт на социјалниот систем, како што е социјална заштита и пристапот до здравство и до образование.

Иако сексуалната ориентација, религијата и уверувањето, попреченоста и возраста се сметаат за основи за заштита од дискриминација единствено во контекст на вработувањето, во моментов институциите на ЕУ дискутираат за проширување на заштитата врз овие основи и во областа на пристапот до стоки и услуги (познато како „Хоризонтална директива“).

1.2. Тековни и идни развојни моменти во европските механизми за заштита

1.2.1. Повелбата за основните права на ЕУ

Првите договори за Европските заедници не содржеле упатување на човековите права или на нивната заштита. Во тоа време не се размислувало за фактот дека создавањето област на слободна трговија во Европа би можело да има некаков ефект врз човековите права. Сепак, со појавата на предмети покренати пред Европскиот суд на правдата (ЕСП) коишто содржеле наводи за прекршувања на човековите права поради правото на Заедницата, ЕСП развил корпус на прецедентно право, познато како „општи начела“ на правото на Заедницата.[6] Според ЕСП, овие општи начела треба да ја одразат содржината на заштитата на човековите права којашто е вградена во националните устави и во меѓународните договори за човековите права, особено во ЕКЧП. ЕСП изјавил дека тоа гарантира усогласеност на правото на Заедницата со овие начела.

6 По измените и дополнувањата воведени со Лисабонскиот договор, Европскиот суд на правдата денес се нарекува Општ суд. Сепак, во овој Прирачник тој и натаму се именува како ЕСП, со цел да се избегне недоразбирање затоа што голем дел од постојната литература што практичарите би можеле да ја консултираат е објавен пред стапувањето во сила на Лисабонскиот договор во декември 2009 год.

Препознавајќи дека нејзините политики може да влијаат врз човековите права и во обид да поттикне чувство на „блискост" на ЕУ меѓу граѓаните, во 2000 година ЕУ и нејзините членки ја донесоа Повелбата за основните права. Повелбата содржи список на човековите права, инспирирани од правата содржани во уставите на државите-членки, ЕКЧП и универзалните договори за човековите права, како што е Конвенцијата за правата на детето на ОН. Онака како што беше усвоена во 2000 година, Повелбата претставуваше еден вид „декларација", што значи дека таа немаше правно-обврзувачка природа, иако Европската комисија (главното тело на ЕУ со надлежност да предлага ново законодавство) изјави дека сите идни законодавни предлози ќе бидат усогласени со Повелбата.

Стапувањето во сила на Лисабонскиот договор во 2009 година го смени статусот на Повелбата за основните права и оттогаш таа доби својство на правно-обврзувачки документ. Како резултат на ваквата промена, институциите на ЕУ се обврзани да ја почитуваат Повелбата. И државите-членки на ЕУ се обврзани да ја почитуваат Повелбата, но само кога го спроведуваат правото на ЕУ. Договорен е Протокол кон Повелбата кој се однесува на Република Чешка, Полска и на Обединетото Кралство, кој изречно го наведува ова ограничување. Членот 21 од Повелбата содржи забрана за дискриминација врз различни основи, но истиот е предмет на дискусија понатаму во овој Прирачник. Ова значи дека поединците можат да се жалат на законодавството на ЕУ или на националното законодавство кое го спроведува правото на ЕУ, и тоа доколку сметаат дека Повелбата не се почитува. Националните судови можат да побараат од ЕСП насоки за коректно толкување на правото на ЕУ, преку постапката за прелиминарна одлука од членот 267 од Договорот за функционирањето на ЕУ.

1.2.2. Договори за човековите права на ОН

Се разбира, механизмите за заштита на човековите права не се ограничени само на Европа. Освен другите регионални механизми што постојат во Северна и Јужна Америка, Африка и на Блискиот Исток, и Обединетите нации (ОН) создале значаен корпус на меѓународно право за човековите права. Сите држави-членки на ЕУ се договорни страни на следниве договори за човековите права на ОН коишто содржат забрана за дискриминација: Меѓународниот пакт за граѓански и политички права (МПГПП),[7] Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права (МПЕСКП),[8] Конвенцијата за елиминација на сите

7 999 ЗДОН 171.

8 993 ЗДОН 3.

форми на расна дискриминација (КЕРД),[9] Конвенцијата за елиминација на сите форми на дискриминација врз жените (КЕДЖ),[10] Конвенцијата против тортура[11] и Конвенцијата за правата на детето (КПД).[12] Последниот договор за човековите права изготвен на ниво на ОН е Конвенцијата за правата на лицата со инвалидитет (ОН КПЛИ)[13] од 2006 година. Традиционално, договорите за човековите права се отворени за пристапување кон истите само за држави. Сепак, бидејќи државите почесто соработуваат преку меѓувладини организации, на кои им делегираат значителни овластувања и одговорности, постои силна потреба да се гарантира дека и меѓувладините организации се обврзани да ги реализираат обврските за заштита на човековите права што ги преземале државите-членки од таа организација. ОН КПЛИ е првата конвенција за човековите права донесена на ниво на ОН која е отворена за потпишување од страна на организации за регионална интеграција и која ЕУ ја ратификуваше во декември 2010 година.

ОН КПЛИ содржи екстензивен список на правата на лицата со инвалидитет, и има за цел да гарантира еднаквост во уживањето на нивните права, но и да наметне серија обврски за државата во поглед на преземање позитивни мерки. Каков што беше случајот со Повелбата, и ОН КПЛИ е правно-обврзувачка за институциите на ЕУ и за државите-членки кога го спроведуваат правото на ЕУ. Освен тоа, во моментов некои држави-членки се во процес на индивидуално пристапување кон ОН КПЛИ, со што тие директно ќе ги преземат обврските од Конвенцијата. Голема е веројатноста дека ОН КПЛИ ќе стане референтна точка за толкување на правото на ЕУ и на ЕСЧП во поглед на дискриминацијата врз основа на попреченост.

1.2.3. Пристапувањето на ЕУ кон Европската конвенција за човековите права

Во моментов, правото на ЕУ и ЕКЧП се тесно поврзани. Сите држави-членки на ЕУ пристапиле кон ЕКЧП. Како што беше претходно забележано, при утврдување на опфатот на заштита на човековите права во рамките на правото на ЕУ, ЕСП ја зема

9 660 ЗДОН 195.

10 1249 ЗДОН 13.

11 1465 ЗДОН 85.

12 1577 ЗДОН 3. Освен тоа, некои држави-членки се јавуваат и како договорни страни на Конвенцијата за правата на лицата со инвалидитет на ОН (Документ на ОН A/61/611, 13 декември 2006 год.) и на Меѓународната конвенција за заштита на сите лица од принудно исчезнување (Документ на ОН A/61/488, 20 декември 2006 год.). Сепак, ниту една од нив не е договорна страна на Меѓународната конвенција за заштита на правата на сите работници мигранти и на членовите на нивните семејства (Документ на ОН A/RES/45/158, 1 јули 2003 год).

13 Документ на ОН A/61/611, 13 декември 2006 год.

ЕКЧП за инспирација. Повелбата за основните права, исто така, го одразува (иако не е ограничена само на) опфатот на човековите права во ЕКЧП. Следствено, правото на ЕУ, иако ЕУ сè уште не е договорна страна на ЕКЧП, во голема мера е усогласено со ЕКЧП. Сепак, доколку еден поединец сака да поднесе жалба против ЕУ и нејзиниот неуспех да ги гарантира човековите права, тоа не може да го стори пред ЕСЧП. Напротив, поединецот може да поднесе жалба пред националните судови, кои потоа предметот го проследуваат до ЕСП преку постапката за прелиминарна одлука, или пак може индиректно да поднесе жалба против ЕУ преку покренување постапка пред ЕСЧП против некоја држава-членка.

Лисабонскиот договор содржи одредба која ја задолжува ЕУ да пристапи кон ЕКЧП во капацитет на самостојна договорна страна, додека Протоколот 14 кон ЕКЧП ја измени Конвенцијата, со цел да го дозволи тоа. Сè уште не е јасно како ваквите измени ќе се одразат врз практиката, а особено каков ќе биде идниот однос меѓу ЕСП и ЕСЧП, со оглед на тоа дека преговорите за пристапувањето на ЕУ кон ЕКЧП може да траат и неколку години. Сепак, во најмала рака, таквото пристапување ќе им овозможи на поединците да покренуваат жалби против ЕУ директно пред ЕСЧП врз основа на непочитувањето на ЕКЧП.

Клучни поенти

- Во Европа, заштитата од дискриминација е пропишана со правото на ЕУ и ЕКЧП. Иако во голема мера овие два система се комплементарни и заемно се надополнуваат, постојат одредени разлики кои практичарите треба да ги имаат предвид.
- Во рамките на јурисдикцијата на 47-те договорни страни, ЕКЧП ги заштитува сите поединци, додека директивите за недискриминација на ЕУ обезбедуваат заштита само за државјаните на 27-те држави-членки на ЕУ.
- Според членот 14 од ЕКЧП, дискриминација се забранува само во однос на уживањето на некое друго право загарантирано со овој договор. Според Протоколот 12, забраната за дискриминација станува самостојно право.
- Според правото за недискриминација на ЕУ, забраната за дискриминација е самостојно право, но е ограничено на конкретни контексти, на пример во контекст на вработувањето.
- Институциите на ЕУ се правно обврзани да ја почитуваат Повелбата за основните права на ЕУ, вклучително и нејзините одредби за недискриминација. Кога го применуваат правото на ЕУ, и државите-членки на ЕУ мора да ја почитуваат Повелбата.
- Европската унија ќе пристапи кон ОН КПЛИ и кон ЕКЧП. Со тоа, ЕУ ќе биде подложна на надзор од страна на надворешни тела за мониторинг, а поединците ќе можат да покренат жалба за прекршувањата на ЕКЧП од страна на ЕУ директно пред ЕСЧП.

Дополнителна литература

Bamforth, Malik and O'Cinneide, Discrimination Law: Theory and Context (London, Sweet and Maxwell, 2008), Chapter 1 'Key Issues and Questions in Discrimination Law', Chapter 2 'Sources and Scope of Domestic Discrimination Law'.

Barnard, 'EC Employment Law', (3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2006), Chapter 1 'The Evolution of "EC" Social Policy'.

Besson, 'The European Union and Human Rights: Towards a Post-National Human Rights Institution?', *6 Human Rights Law Journal* (2006) 323.

Butler, 'A Comparative Analysis of Individual Petition in Regional and Global Human Rights Protection Mechanisms', 23 *University of Queensland Law Journal* (2004) 22.

Chalmers (et al), *European Union Law: Text and Materials,* (2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010), Chapter 1 'European Integration and the Treaty on European Union', Chapter 2 'EU Institutions' and Chapter 6, 'Fundamental Rights'.

Costello, 'The Bosphorus ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe', 6 *Human Rights Law Review* (2006) 87.

Craig and de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (4th ed. Oxford, OxfordUniversity Press, 2008), Chapter 1 'The Development of European Integration' Chapter 11 'Human Rights in the EU'.

Eicke, 'The European Charter of Fundamental Rights - Unique Opportunity or Unwelcome Distraction', 3 *European Human Rights Law Review* (2000) 280.

Ellis, 'EU Anti-Discrimination Law' (Oxford, Oxford University Press, 2005), Chapter 1 'Introduction'.

Equinet, 'Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice', Volumes I-IV, available at: www.equineteurope.org/equinetpublications.html.

Fitzpatrick (et al), 'The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article', 25.4 *Industrial Law Journal* (1996) 320.

Guliyev, 'Interdiction générale de la discrimination: droit fondamental ou droit de "second rang"? CourEDH, Gde Ch., Sejdi} et Finci c. Bosnie-Herzégovine, 22 dècembre 2009', 10 *L'Europe des libertés: revue d'actualitè juridique*, (2010) 31.

Heringa and Verhey, 'The EU Charter: Text and Structure', 8 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2001) 11.

Llorente, 'A Charter of Dubious Utility', 1.3 *International Journal of Constitutional Law* (2003) 405.

Martin, 'Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisèes ou jurisprudences sous influence?' 18 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, (2007) 69.

Quesada Segura, 'La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Conseho de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea', *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2008) extraordrinary number.

Royer, *The Council of Europe/Le Conseil de l'Europe* (Strasbourg, Council of Europe, 2010/2009).

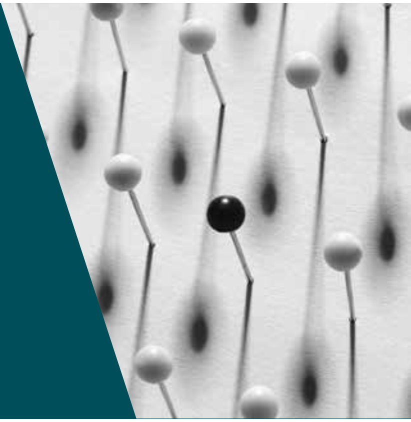
Sadurkski, 'Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgements', 9 *Human Rights Law Review* (2009) 397.

Syrpis, 'The Treaty of Lisbon: Much Ado... But About What?', 37.3 *Industrial Law Journal* (2008) 219.

Tulkens, 'L'évolution du principe de non-discrimination à la lumiére de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme', in Carlier (ed), *L'étranger face au droit* (Bruxelles, Bruylant, 2010).

2

Категории и околности кои дозволуваат дискриминација



2.1. Вовед

Целта на правото за недискриминација е на сите поединци да им овозможи рамноправен и фер пристап до можностите што ги нуди едно општество. Секојдневно луѓето прават некаков избор, вклучително и за тоа со кого се дружат, каде пазаруваат, каде работат, итн. Луѓето преферираат одредени работи и луѓе пред други работи и луѓе. Иако изразувањето субјективно претпочитање е вообичаено и нормално, понекогаш луѓето извршуваат одредена функција која ги става во позиција на авторитет или им дозволува да носат одлуки коишто можат директно да влијаат врз животот на другите. Таквите позиции вклучуваат државни службеници, продавачи, работодавачи, закуподавачи или лекари кои одлучуваат за начинот на кој се користат јавните овластувања или за начинот на кој се нудат приватните стоки и услуги. Во вакви нелични контексти, правото за недискриминација влијае врз нивниот избор и тоа на два начина.

Прво, тоа пропишува дека оние поединци кои се во слична ситуација треба да добијат сличен третман, и не треба да бидат неповолно третирани само поради некоја конкретна „заштитена" карактеристика што ја поседуваат. Ова е познато како „директна" дискриминација. Директната дискриминација, во рамките на ЕКЧП, подлежи на општа објективна околност која дозволува неповолен третман, но според правото на ЕУ, изземањето од одговорност во случаи на директна дискриминација е во одредена мера ограничено.

Второ, правото за недискриминација пропишува дека оние поединци кои се во различна ситуација треба да добијат различен третман до оној степен до кој тоа се смета за неопходно за да им се дозволи да уживаат одредени можности на иста основа како и другите поединци. Оттука, истите „основи за заштита" треба

Правото за недискриминација забранува сценарија каде луѓе или групи луѓе во идентична ситуација се третираат на различен начин и каде луѓе или групи луѓе во различна ситуација се третираат на идентичен начин.[14]

да се земат предвид при извршување на конкретни практики или при создавање конкретни правила. Ова е познато како „индиректна дискриминација“. Сите форми на индиректна дискриминација подлежат на околности кои дозволуваат неповолен третман коишто се засноваат на објективно оправдување, без оглед на фактот дали жалбата се повикува на ЕКЧП или на правото на ЕУ.

Ова поглавје детално го разгледува значењето на директната и на индиректната дискриминација, како и некои конкретни манифестации на овие форми на дискриминација, како што се вознемирување или повикување на и поттикнување дискриминација, и објаснува како тие функционираат во практиката преку примери од судската практика. Потоа, се разгледуваат околностите кои дозволуваат неповолен третман.

2.2. Директна дискриминација

Во ЕКЧП и во правото на ЕУ, директната дискриминација се дефинира на сличен начин. Членот 2(2) од Директивата за расна еднаквост пропишува дека директна дискриминација „се смета дека се случила кога едно лице се третира на понеповолен начин од третманот што го добива, го добило или би го добило некое друго лице во слична ситуација, и тоа врз основа на расна или етничка припадност“.[15] ЕСЧП користи формулација според која мора да постои „разлика во третманот на лица кои се во аналогни или релевантно слични ситуации“, и која се „заснова на карактеристика што може да се идентификува“.[16]

Директна дискриминација се јавува кога:

- поединец се третира на неповолен начин
- во споредба со третманот што го добиле или би го добиле други лица во слична ситуација
- а причината за неповолниот третман е некоја карактеристика што тие ја поседуваа, којшто спаѓа во категоријата „основа за заштита“.

14 Види: ЕСЧП, Hoogendijk v. the Netherlands (dec.) (бр. 58641/00), 6 јануари 2005 год

15 Исто така: членот 2(2)(а) од Директивата за еднаквост при вработување; членот 2(1)(а) од Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија); членот 2(а) од Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги.

16 ЕСЧП, *Carson and Others v. UK* (голем судски совет) (бр. 42184/05), 16 март 2010 год.; параграф 61. Исто така, ЕСЧП, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [голем судски совет] (бр. 57325/00), 13 ноември 2007 год., параграф 175;ЕСЧП, *Burden v. UK* [голем судски совет] (бр. 13378/05), 29 април 2008 год., параграф 60.

2.2.1. Неповолен третман

Неповолниот третман е релевантен во однос на утврдувањето на дискриминација кога тој е неповолен во споредба со третманот што го добива некој друг во слична ситуација. Поплаката за „ниска“ плата не претставува жалбен навод за дискриминација, освен доколку не се покаже дека платата е пониска од онаа на друго лице вработено кај истиот работодавач кое извршува слични работни задачи. Оттука и потребата од компаратор, односно постоење на друго лице во материјално слични околности, каде главната разлика меѓу двете лица е „основата за заштита“. Предметите што се разгледуваат во овој Прирачник упатуваат на тоа дека покажувањето компаратор често не е контроверзно, и дека понекогаш ниту страните во спорот, ниту судот, изречно дискутираат за компараторот. Подолу се дадени примери за предмети каде докажувањето компаратор било изречно покренато како прашање од страна на органот што одлучувал.

2.2.2. Компаратор

Неповолниот третман е релевантен во однос на утврдувањето на дискриминација кога тој е неповолен во споредба со третманот што го добива некој друг во слична ситуација. Поплаката за „ниска“ плата не претставува жалбен навод за дискриминација, освен доколку не се покаже дека платата е пониска од онаа на друго лице вработено кај истиот работодавач кое извршува слични работни задачи. Оттука и потребата од компаратор, односно постоење на друго лице во материјално слични околности, каде главната разлика меѓу двете лица е „основата за заштита“. Предметите што се разгледуваат во овој Прирачник упатуваат на тоа дека покажувањето компаратор често не е контроверзно, и дека понекогаш ниту страните во спорот, ниту судот, изречно дискутираат за компараторот. Подолу се дадени примери за предмети каде докажувањето компаратор било изречно покренато како прашање од страна на органот што одлучувал.

> Пример: во предметот *Moustaquim*, еден марокански државјанин бил осуден за неколку кривични дела и, како резултат на тоа, требал да биде депортиран.[17] Мароканскиот државјанин се пожалил дека одлуката за негова депортација претставува дискриминаторски третман. Тој изнел наводи за дискриминација врз основа на државјанството, велејќи дека белгиските

17 ЕСЧП, *Moustaquim v. Belgium* (бр. 12313/86), 18 февруари 1991 год.

државјани не се соочени со депортација по осуда за кривични дела. ЕСЧП сметал дека жалителот не бил во слична ситуација со онаа на белгиските државјани, затоа што според ЕКЧП, државите немаат право да ги протеруваат сопствените државјани. Оттука, неговото депортирање не претставува дискриминаторски третман. Иако ЕСЧП прифатил дека жалителот е во ситуација споредлива со онаа на лицата кои не се белгиски државјани, но се државјани на други држави-членки на ЕУ (а кои не можат да бидат подложени на депортација поради правото на ЕУ за слободата на движење), тој утврдил дека разликата во третманот е оправдана.

Пример: во предметот *Allonby*, договорот за работа на жалителката која работела како предавач на колеџ не бил обновен од страна на колеџот.[18] По овој настан, таа заминала да работи за фирма што обезбедува предавачи за образовни институции. Фирмата ја испратила жалителката да работи на истиот колеџ, каде таа ги извршувала истите должности како и претходно, но добивала помала плата. Таа изнела наводи за дискриминација врз основа на полот, велејќи дека машките предавачи кои работеле на колеџот добиваат повисока плата. ЕСП сметал дека машките предавачи вработени на колеџот не биле во споредлива ситуација. Ова се должи на фактот дека колеџот не е одговорен за утврдување на нивото на платите на машкиот предавач кој бил директно вработен од колеџот и на жалителката која е вработена преку надворешна фирма. Оттука, тие двајца не се во доволно слична ситуација.

Пример: во предметот *Luczak*, еден француски земјоделец, кој живеел и работел во Полска, се пожалил дека не му бил дозволен пристап до специјализираниот систем за социјално осигурување на Полска, воспоставен со конкретна цел да ги поддржи полските фармери, затоа што системот не бил отворен за странски државјани.[19] ЕСЧП се согласил дека жалителот е во споредлива ситуација со полските фармери кои го користеле системот, бидејќи тој бил постојан жител, плаќал даноци исто како и државјаните на Полска и со тоа придонесувал во финансирањето на системот за социјално осигурување, а претходно бил дел од општиот систем за социјално осигурување.

18 ЕСП, *Allonby v. Accrington and Rossendale College*, предмет C-256/01 [2004] ECR I-873, 13 јануари 2004 год.

19 ЕСЧП, *Luczak v. Poland* (бр. 77782/01), 27 ноември 2007 год; види исто ЕСЧП, *Gaygusuz v. Austria* (бр. 17371/90), 16 септември 1996 год.

Пример: во предметот *Richards*, жалителката се подложила на операција за менување на полот (од маж во жена). Кога наполнила 60 години, таа сакала да поднесе барање за пензија, со оглед на тоа дека на таа возраст жените во Обединетото Кралство имаат право на пензија. Владата одбила да ѝ додели пензија, велејќи дека тужителката не добила неповолен третман во споредба со другите кои се во слична ситуација. Властите тврделе дека соодветниот компаратор во случајот треба да бидат „мажи", затоа што жалителката својот живот го живеела како маж. ЕСП одлучил дека поради тоа што националните закони дозволуваат поединец да го смени полот, соодветниот компаратор во овој случај треба да бидат „жени". Следствено на тоа, жалителката била подложена на неповолен третман за разлика од другите жени со тоа што ѝ се наметнува повисока возраст за заминување во пензија.[20]

Пример: во предметот *Burden v. UK*, две сестри живееле заедно во период од 31 година.[21] Тие поседувале заеднички имот и секоја од нив во својот тестамент сопствениот дел од имотот ѝ го оставила на другата сестра. Жалителките дале наводи поради тоа што вредноста на имотот надминува извесен праг, по смртта на едната, другата сестра треба да плати данок на наследство. Тие се жалеле дека ова претставува дискриминаторско мешање во нивното право на сопственост, токму поради фактот дека брачните парови и паровите што стапиле во граѓанска заедница се изземени од плаќање данок на наследство. Сепак, ЕСЧП сметал дека како сестри, жалителките не може да се споредат со паровите што живеат во брак или во граѓанска заедница. Бракот и граѓанските заедници претставуваат посебни односи во кои се влегува слободно и намерно, со цел да се создадат договорни права и обврски. За разлика од ваквите заедници, односот меѓу жалителките се заснова на крвно сродство и е суштински различен.

Пример: во предметот *Carson and Others v. UK*, жалителите навеле дека Владата на Обединетото Кралство не применува исто покачување на пензиите за пензионерите кои живеат во странство и оние кои живеат на територијата на Обединетото Кралство.[22] Според правото на Обединетото Кралство, покачувањата се однесуваат само на резидентите во Обединетото Кралство, со исклучок на државјаните на Обединетото Кралство кои се пензионирале во држави со кои нивната матична држава има склучено

20 ЕСП, *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, предмет C-423/04 [2004] ECR I-3585, 27 април 2006 год.

21 ЕСЧП, *Burden v. UK* [голем судски совет] (бр. 133378/05), 29 април 2008 год.

22 ЕСЧП, *Carson and Others v. UK* [голем судски совет] (бр. 42184/05), 16 март 2010 год.

договор за реципрочно социјално осигурување. Жалителите во овој предмет, кои не живееле во држава со која Обединетото Кралство има склучено таков договор, дале наводи дека се дискриминирани врз основа на местото на престој. ЕСЧП не се согласил со жалителите кои тврделе дека се во слична положба како и лицата кои се пензионирале во Обединетото Кралство или со државјаните на Обединетото Кралство кои се пензионирале во држави со кои Обединетото Кралство има склучено реципрочен договор. ЕСЧП утврдил дека, иако овие различни групи пензионери придонесувале во јавните приходи преку плаќање придонеси во националниот систем за социјално осигурување, таквите исплати не претставуваат исплати во пензискиот фонд, туку општ јавен приход за финансирање на различни аспекти од јавната потрошувачка. Освен тоа, должноста на владата да ги покачи пензиите се заснова на зголемените животни трошоци во Обединетото Кралство. Оттаму, жалителите не биле во ситуација која може да се спореди со ситуацијата на другите групи пензионери и, соодветно на тоа, не постои дискриминаторски третман.

Очигледен исклучок во поглед на наоѓањето соодветен „компаратор“, во најмала рака во контекст на правото на ЕУ кое се однесува на вработувањето, е дискриминација која се заснова на фактот дека лицето е бремено. По долги години одлучување во вакви предмети од страна на ЕСП, почнувајќи од првиот предмет *Dekker*, денес постои добро воспоставена судска практика според која доколку штетата што ја претрпел поединецот се должи на бременост, тогаш предметот се категоризира како директна дискриминација врз основа на полот, и не налага наоѓање компаратор за да се докаже дискриминаторскиот третман.[23]

2.2.3. Основа за заштита

Поглавје 4 од овој Прирачник ги разгледува „основите за заштита“ пропишани во европското право за недискриминација, односно: пол, сексуална ориентација, попреченост, возраст, раса, етничко потекло, национално потекло и религија или уверување. Ова поглавје се фокусира на потребата од причинско-последична врска меѓу неповолниот третман и основата за заштита. За да се исполни овој услов, потребно е да се постави едноставно прашање: дали лицето би било неповолно третирано кога би било од различен пол, различна раса, различна

23 ЕСП, *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, предмет C-177/88 [1990] ECR I-3941, 8 ноември 1990 год. Исто така, ЕСП, *Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd*, предмет C-32/93 [1994] ECR I-3567, 14 јули 1994 год.

возраст или во која било друга позиција спротивна на онаа што се смета за основа за заштита? Ако одговорот на ова прашање е позитивен, тогаш јасно е дека неповолниот третман се должи на конкретната основа за која станува збор.

Правилото или практиката што се применува не мора нужно и експлицитно да упатува на „основа за заштита“, сè додека се однесува на друг фактор којшто е неразделив дел од основата за заштита. Во суштина, кога се разгледува дали се случила директна дискриминација, треба да се оцени дали неповолниот третман се должи на „основа за заштита “ којашто не може да се оддели од конкретниот фактор што е предмет на жалбата.

Пример: во предметот *James v. Eastleigh Borough Council*, г. Џејмс морал да плати влезница за базен во Истлеј, додека неговата сопруга, г-ѓа Џејмс, не морала да плати влезница.[24] Обајцата биле на возраст од 61 година. Поволноста за бесплатен влез била дозволена само за г-ѓа Џејмс, затоа што таа била во пензија, додека г. Џејмс сè уште не бил пензиониран, бидејќи во Обединетото Кралство мажите се пензионираат на возраст од 65 години, а жените на возраст од 60 години. Иако правилото за бесплатен влез на базенот се заснова на пензионерскиот статус, квалификуваноста за заминување во пензија зависи и од полот на лицето. Горниот дом во Парламентот на Обединетото Кралство (House of Lords) заклучил дека доколку г. Џејмс би бил од спротивниот пол, тој би добил ист третман како и неговата сопруга. Понатаму, утврдено било дека намерата и мотивацијата зад третманот биле нерелевантни, при што фокусот бил ставен само на третманот.

Пример: во предметот *Maruko*, еден хомосексуален пар склучил „животно партнерство“.[25] Партнерот на жалителот починал и тој сакал да побара наследна пензија од фирмата што го водела пензиски фонд на починатиот партнер. Фирмата одбила да му исплати ваква пензија со образложение дека наследна пензија се исплаќа само на сопружници, а тој не бил во брак со починатиот. ЕСП прифатил дека неисплаќањето пензија претставува неповолен третман и таквата постапка жалителот го ставила во понеповолна ситуација од онаа на компараторот „брачен пар“. ЕСП утврдил дека институцијата „животно партнерство“ во Германија во голема мера создава

24 *James v. Eastleigh Borough Council* [1990] UK House of Lords 6, 14 јуни 1990 год.

25 ЕСП, *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, предмет C-267/06 [2008] ECR I-1757, 1 април 2008 год.

исти права и обврски за животните партнери како и за сопружниците, особено во поглед на државните пензиски фондови. Оттука, во овој предмет Судот бил подготвен да одлучи дека животните партнери се во ситуација слична на онаа на сопружниците. Понатаму, ЕСП навел дека оспорениот третман би претставувал дискриминација врз основа на сексуалната ориентација. Оттука, фактот дека тие не биле во можност да стапат во брак е неразделив дел од нивната сексуална ориентација.

Пример: во предметот *Aziz v. Cyprus*, жалителот навел дека бил лишен од правото на глас поради неговата турско-кипарска етничка припадност.[26] Кипарските закони што биле во сила во тоа време дозволувале кипарските Турци и кипарските Грци на парламентарни избори да гласаат само за кандидати од своите етнички заедници. Но, по турската окупација на Северен Кипар, голем дел од турската заедница заминал од територијата и нивното учество во Парламентот било суспендирано. Како резултат на тоа, на изборите немало листа на кандидати за кои жалителот може да гласа. Иако властите тврделе дека неможноста за гласање се должи на фактот дека нема кандидати за кои жалителот може да гласа, ЕСЧП сметал дека тесната врска меѓу изборните правила и припадноста на турско-кипарската заедница, заедно со неуспехот на властите да ги приспособат изборните правила на новонастанатата ситуација, подразбира дека во овој случај постои директна дискриминација врз основа на етничката припадност.

Судовите применуваат широко толкување на опфатот на „основата за заштита“. Тоа може да вклучи „асоцијативна дискриминација“, каде жртвата на дискриминација не е самото лице кое има заштитена карактеристика. Тоа може да се однесува и на апстрактно толкување на конкретната основа за заштита. Затоа, од огромна важност е практичарите да се впуштат во детална анализа на резонирањето зад неповолниот третман и да бараат докази дека, директно или индиректно, основата за заштита е причина за таквиот третман.

Пример: во предметот *Coleman*, една мајка тврдела дека била неповолно третирана на работното место, врз основа на фактот дека нејзиниот син е лице со инвалидитет.[27] Поради попреченоста на синот, таа понекогаш доцнела на работа и барала отсуствата од работа да ѝ бидат распоредени

26 ЕСЧП, *Aziz v. Cyprus* (бр. 69949/01), 22 јуни 2004 год.
27 ЕСП, *Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, предмет C-303/06 [2008] I-5603, 17 јули 2008 год.

според потребите на синот. Нејзините барањата биле одбиени и таа добила закана за отпуштање од работа, а била подложена и на навредливи коментари во врска со состојбата на нејзиното дете. ЕСП го прифатил фактот дека нејзините колеги распоредени на слично работно место кои, исто така, имаат деца претставуваат компаратор во предметот и утврдил дека тие уживаат поголема флексибилност кога ќе го побараат тоа. Исто така, ЕСП прифатил дека ваквата ситуација претставува дискриминација и вознемирување врз основа на попреченоста на нејзиното дете.

Пример: во предметот *Weller*, Романка била во брак со Унгарец и имале четири деца.[28] Таа не ги исполнувала условите за исплата на паричен надоместок за породување кој се доделува на родилки, бидејќи не била државјанка на Унгарија. Нејзиниот сопруг се обидел да побара исплата на таков надоместок, но бил одбиен од властите со образложение дека таквата помош се доделува само на родилки. ЕСЧП утврдил дека таткото бил дискриминиран врз основа на татковство (а не пол), затоа што машките родители или старатели на посвоени деца имаат право да побараат ваков надоместок, што не им е дозволено на биолошките татковци. Жалба вложиле и децата, каде навеле дискриминација врз основа на одбивање исплата на конкретната помош на нивниот татко, а ЕСЧП ја прифатил жалбата. Оттука, децата биле дискриминирани врз основа на статусот на нивниот родител како биолошки татко.

Пример: во предметот *P. v. S. and Cornwall County Council*, жалителката била во процес на промена на полот од маж во жена кога била отпуштена од страна на нејзиниот работодавач. ЕСП утврдил дека ваквото отпуштање претставува неповолен третман.[29] Што се однесува до релевантниот компаратор, ЕСП утврдил дека „во [овој] случај кога едно лице е отпуштено од работа затоа што тој/таа има намера да направи или направил/а операција за промена на полот, се смета дека тој/таа бил/а неповолно третиран/а во споредба со лицата од полот на кој тој/таа припаѓал/а пред да се подложи на операцијата за промена на полот.“ Што се однесува до основите за дискриминација, иако не може да се покаже дека жалителката била различно третирана затоа што била маж или жена, може да се покаже дека различниот третман се засновал на концептот на нејзиниот пол.

28 ЕСЧП, *Weller v. Hungary* (No. 44399/05), 31 март 2009 год.
29 ЕСП, *P. v. S. and Cornwall County Council*, предмет C-13/94 [1996] ECR I-2143, 30 април 1996 год.

2.3. Индиректна дискриминација

ЕКЧП и правото на ЕУ признаваат дека дискриминацијата може да биде резултат не само на различниот третман на луѓе во слични ситуации, туку и на нудењето ист третман на луѓе во различни ситуации. Вториот случај се нарекува „индиректна" дискриминација, бидејќи не станува збор за различен третман, туку за различни ефекти што третманот создава за луѓе со различни карактеристики. Членот 2(2)(б) од Директивата за расна еднаквост наведува дека „индиректна дискриминација се смета дека се случила кога една навидум неутрална одредба, критериум или практика ги става лицата од различно расно или етничко потекло во конкретна неповолна положба, во споредба со други лица".[30] Во неколку одлуки донесени во последниот период, ЕСЧП се повикува на оваа дефиниција за индиректна дискриминација и при тоа наведува дека „разликата во третманот може да има форма на непропорционално предрасудувачки ефекти врз општа политика или мерка којашто, иако почива на неутрални услови, дискриминира една група".[31]

Елементите на индиректната дискриминација вклучуваат:

- *неутрално правило, критериум или практика*
- *коишто на значаен негативен начин засегаат една група што ја дефинира „основа за заштита",*
- *во споредба со други групи коишто се во слична ситуација.*

2.3.1. Неутрално правило, критериум или практика

Првиот услов за индиректна дискриминација е постоење на навидум неутрално правило, критериум или практика. Со други зборови, мора да постои некаква форма на барање коешто се однесува на сите. Подолу се дадени два примера коишто ја илустрираат оваа ситуација. За повеќе примери, види Поглавје 5 кое се однесува на прашања поврзани со товарот на докажување и улогата на статистичките податоци.

Пример: во предметот *Schönheit*, пензиите на вработените со скратено работно време се пресметувале според различна стапка во споредба со онаа

30 Исто така: членот 2(2)(б) од Директивата за еднаквост при вработувањето; членот 2(1)(б) од Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија); членот 2(б) од Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги.

31 ЕСЧП, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [голем судски совет] (бр. 57235/00), 13 ноември 2007 год, параграф 184; ЕСЧП, *Opuz v. Turkey* (бр. 33401/02), 9 јуни 2009 год, параграф 183; ЕСЧП, *Zarb Adami v. Malta* (бр. 17209/02), 20 јуни 2006 год, параграф 80.

што се применува за вработените со полно работно време.[32] Примената на различна стапка не се засновала на разликите во времето што се минува на работа. Оттука, вработените со скратено работно време добивале пониска пензија од вработените со полно работно време, дури и кога ќе се земе предвид различното време минато на работа, што во суштина значи дека вработените со скратено работно време добивале помали пензии. Неутралното правило за пресметка на пензиите било еднакво применето за сите вработени со скратено работно време. Сепак, бидејќи околу 88% од вработените со скратено работно време биле жени, ефектот на ова правило бил непропорционално негативен за жените во споредба со мажите.

Пример: во предметот *D.H. and Others v. the Czech Republic*, биле организирани серија тестови за утврдување на интелигенцијата и способноста на учениците, со цел да се донесат одлуки за нивно распоредување од редовно образование во специјални училишта.[33] Специјалните училишта биле воспоставени за ученици со пречки во интелектуалниот развој и други извори на тешкотии во учењето. Истиот тест бил користен за сите ученици за кои се размислувало дали да бидат распоредени во специјални училишта. Сепак, во практика, тестот бил изготвен според просечните чешки ученици, како последица на што голема била веројатноста дека децата Роми ќе покажат лоши резултати на тестот. Тоа и се случило, а како последицата меѓу 50% и 90% од децата Роми своето образование го стекнале надвор од редовниот образовен систем. ЕСЧП утврдил дека ова е случај на индиректна дискриминација.

2.3.2. Значително понегативен ефект врз заштитена група

Вториот услов за индиректна дискриминација е фактот дека навидум неутралната одредба, критериум или практика става една „заштитена група“ во одредена неповолна положба. Во ваков случај, индиректната дискриминација се разликува од директната во тоа што фокусот не е ставен врз различниот третман, туку се разгледуваат различните ефектите што третманот ги предизвикува.

32 ЕСП, *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main* and *Silvia Becker v. Land Hessen*, споени предмети C-4/02 и C-5/02 [2003] ECR I-12575, 23 октомври 2003 год.

33 ЕСЧП, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [голем судски совет] (бр. 57325/00), 13 ноември 2007 год, параграф 79.

Кога разгледуваат статистички докази дека заштитената група е подложна на непропорционални негативни ефекти во споредба со ефектите на кои се изложени други групи во слична ситуација, ЕСП и ЕСЧП бараат докази дека голем дел од оние што трпат негативни ефекти се припадници на конкретната „заштитена група“. Ваквите ситуации детално се разгледуваат во Поглавје 5 кое се однесува на прашањата поврзани со товарот на докажување. Овде се дава упатување на збирката на фрази коишто ги користи ЕСП и коишто се јавуваат во Мислењето подготвено од генералниот адвокат Лежер во врска со дискриминацијата врз основа на полот од предметот *Nolte*:

„За да се смета за дискриминаторска, мерката треба да засега ’далеку поголем број жени од мажи‘ [*Rinner-Kühn*[34]] или ’значително помал процент мажи од жени‘ [*Nimz*[35], *Kowalska*[36]] или ’многу поголем број жени од мажи‘ [*De Weerd, née Roks, and Others*[37]]“.[38]

2.3.3. Компаратор

Каков што беше случајот со директна дискриминација, така и во случај на индиректна дискриминација, судот сепак треба да најде компаратор со цел да утврди дали ефектот на едно правило, критериум или практика е значително понегативен од ефектите што биле предизвикани врз други поединци во слична ситуација. Во таа насока, пристапот на судовите кон вакви случаи/предмети не се разликува од приодот што го применуваат во случај на директна дискриминација.

34 ЕСП, *Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung*, предмет C-171/88 [1989] ECR I-2743, 13 јули 1989 год.

35 ЕСП, *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg*, предмет C-184/89 [1991] ECR I-297, 7 февруари 1991 год.

36 ЕСП, *Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg*, предмет C-33/89 [1990] ECR I-2591, 27 јуни 1990 год.

37 ЕСП, *De Weerd, née Roks, and Others v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen and Others*, предмет C343/92 [1994] ECR I-571, 24 февруари 1994 год.

38 *Мислење на генералниот адвокат Лежер* од 31 мај 1995 год., параграфи 57-58 кај ЕСП, *Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover*, предмет C-317/93 [1995] ECR I-4625, 14 декември 1995 год. Пример за сличен пристап усвоен од страна на ЕСЧП може да се најде во предметот *D.H. and Others v. the Czech Republic* [голем судски совет] (бр. 57325/00), 13 ноември 2007 год. (кој детално се разгледува во Поглавје 5.2.1.).

2.4. Вознемирување и поттикнување дискриминација

2.4.1. Вознемирувањето и поттикнувањето дискриминација во директивите за недискриминација на ЕУ

Забраната за вознемирување и за поттикнување дискриминација, како дел од правото за недискриминација на ЕУ, е релативно нова одредба којашто е воведена со цел да овозможи посеопфатна заштита.

Во директивите за недискриминација, вознемирувањето претставува конкретен вид на дискриминација. Претходно, тоа се сметало за конкретна манифестација на директна дискриминација. Одделувањето на вознемирувањето во посебно поглавје од директивите главно се должи на значењето што му се припишува на издвојувањето на оваа особено штетна форма на дискриминаторски третман, отколку на некаква промена во концептуалното поимање.

Според директивите за недискриминација, вознемирувањето се смета за дискриминација кога:

- *се појавува несакано однесување поврзано со основа за заштита*
- *чијашто намера или ефект вклучува повреда на достоинството на едно лице*
- *и/или создава заканувачка, непријателска, деградирачка, понижувачка или навредлива средина.*[39]

Директивата за родова еднаквост, исто така, наведува дека сексуалното вознемирување е конкретен вид на дискриминација, каде несаканото „вербално, невербално или физичко“ однесување има „сексуална“ природа.[40]

Според оваа дефиниција, докажувањето вознемирување не налага наоѓање компаратор. Во суштина, ова го одразува фактот дека самото вознемирување е погрешно поради формата (вербално, невербално или физичко вознемирување) и потенцијалниот ефект што тоа може да го има (повреда на човековото достоинство).

На ниво на ЕУ, голем дел од насоките за постапување во случај на вознемирување се изведени од Декларацијата на Советот од 19 декември 1991 год. за

39 Види: членот 2(3) од Директивата за расна еднаквост; членот 2(3) од Директивата за еднаквост при вработување; членот 2(в) од Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги; членот 2(1)(в) од Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија).

40 Членот 2(г) од Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги; членот 2(1)(г) од Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија).

спроведување на Препораката на Комисијата за заштита на достоинството на жените и на мажите на работното место, вклучително и Кодексот на практики за борба против сексуалното вознемирување.[41] Правото на ЕУ усвојува флексибилен објективен/субјективен пристап кон ова прашање. Прво се користи перцепцијата на жртвата за третманот за да се утврди дали се случило вознемирување. Второ, дури и кога жртвата не ги чувствува ефектите на вознемирувањето, постоењето на вознемирување може да се утврди сѐ додека жалителот е цел на однесувањето за коешто станува збор.

Обично, фактичките прашања кои се однесуваат на тоа дали однесувањето навистина претставува вознемирување се утврдуваат на национално ниво, пред предметите да се проследат до ЕСП. Затоа, следниве примери што даваат илустрација за вакви предмети се земени од националните судски практики.

Пример: во предмет изведен пред апелационен суд во Шведска, жалителот се обидел да купи кученце. Продавачот, откако увидел дека купувачот е хомосексуалец, одбил да ја склучи продажбата врз основа на добросостојбата на кученцето, тврдејќи дека хомосексуалците се впуштаат во сексуални дејствија со животни. Апелациониот суд во Шведска утврдил дека во контекст на пристапот до стоки и услуги одбивањето да се продаде кучето е директна дискриминација, и појаснил дека тоа претставува вознемирување врз основа на сексуална ориентација.[42]

Пример: во предмет изведен пред органот за еднаков третман на Унгарија, жалбеното барање се однесувало на наставници кои им кажале на учениците Роми дека нивното лошо однесување на училиште е пријавено кај „Унгарската гарда", националистичка организација позната по дејствија на екстремно насилство против Ромите.[43] Било утврдено дека наставниците

41 Декларација на Советот од 19 декември 1991 година за спроведувањето на Препораката на Комисијата за заштита на достоинството на жените и на мажите на работното место, вклучително и кодексот на практики за борба против сексуалното вознемирување, Службен весник на ЕУ C 27, 4.2.1992, стр. 1; Препорака 92/131/ЕЕЗ на Комисијата за заштита на достоинството на жените и на мажите на работното место, Службен весник на ЕУ L 49, 24.2.1992, стр. 1.

42 *Ombudsman Against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation v. A.S.*, предмет бр. T-3562-06, апелационен суд на Шведска, 11 февруари 2008 год. Резимето на англиски јазик е достапно кај European Network of Legal Experts on the Non-Discrimination Field, 8 July 2009, 'European Anti-Discrimination Law Review', стр. 69.

43 Одлука бр. 654/2009, 20 декември 2009 година, орган за еднаков третман (Унгарија). Резимето на англиски јазик е достапно кај European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, 'New Report': www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU_harassment_of_Roma_pupils_by_teachers.pdf.

имплицитно ги поддржале расистичките ставови на Гардата и со тоа создале клима на страв и заплашување, што претставува вознемирување.

Дополнително, сите директиви за недискриминација наведуваат дека „поттикнување дискриминација“ се смета дека претставува „дискриминација“.[44] Сепак, ниту една директива не обезбедува дефиниција за значењето на овој термин. Со цел да се одржи кредибилитетот во борбата против дискриминаторските практики, директивите не смеат да се ограничат само на давање насоки што се обврзувачки по својата природа, туку треба да се прошират за да ги опфатат и ситуациите во кои постои изречно претпочитање или поттикнување неповолен третман на поединци поради некоја основа за заштита. Ова е област којашто може да се развива преку судските практики на судовите.

Иако директивите за недискриминација не ги обврзуваат државите-членки во националното кривично право да ја забранат дискриминацијата, Рамковната одлука на Европскиот совет ги обврзува сите држави-членки на ЕУ да пропишат кривични санкции за делата поттикнување насилство или омраза врз основа на раса, боја, потекло, религија или уверување, национално или етничко потекло, како и ширење расистички или ксенофобичен материјал и оправдување, негирање или релативизирање на геноцид, воени злосторства и злосторства против човештвото директно насочени кон вакви групи.[45] Исто така, државите-членки се обврзани да сметаат дека расистичките или ксенофобичните намери претставуваат отежнувачка околност.

Оттука, сосема е веројатно дека дејствијата на вознемирување и дејствијата на повикување и поттикнување дискриминација, освен што претставуваат дискриминација, треба да бидат опфатени и во националното кривично право, особено кога тие се поврзуваат со раса или етничка припадност.

Пример: во предмет изведен пред бугарските судови, еден пратеник дал неколку изјави во кои вербално ги нападнал ромската, еврејската и турската заедница, и „странците“ воопшто. Имено, тој изјавил дека наведените

44 Членот 2(4) од Директивата за еднаквост при вработувањето; членот 4(1) од Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги; членот 2(2)(б) од Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија); членот 2(4) од Директивата за расна еднаквост.

45 Рамковна одлука 2008/913/ПВН на Советот од 28 ноември 2008 година за борбата против одредени форми и манифестации на расизам и ксенофобија преку кривичното право, Службен весник бр. L 328, 6.12.2008, стр. 55.

заедници ги спречуваат Бугарите сами да ја водат сопствената држава, вршат кривични дела и поминуваат неказнето, и ги лишуваат Бугарите од соодветно здравство, при што ги повикал луѓето да не дозволат државата да стане „колонија“ на вакви и други слични групи.[46] Окружниот суд во Софија утврдил дека ваквите изјави и однесувања претставуваат вознемирување, како и повикување и поттикнување дискриминација.

2.4.2. Вознемирувањето и поттикнувањето дискриминација во ЕКЧП

Иако ЕКЧП не содржи одредби кои конкретно забрануваат вознемирување или повикување на поттикнување дискриминација, Конвенцијата содржи одредби за конкретни права коишто се однесуваат на таа област. Така, вознемирувањето може да се смета за дел од правото на почитување на приватниот и на семејниот живот, заштитено со членот 8 од ЕКЧП, или правото на слобода од нехуман или деградирачки третман или казнување, заштитено со членот 3, додека повикувањето на и поттикнувањето дискриминација може да биде опфатено во други членови, како што се оние што се однесуваат на верската слобода или слободата на собирање и здружување, загарантирани со членовите 9 и 11 соодветно, во зависност од контекстот. Кога ваквите дејствија покажуваат дискриминаторски мотив, ЕСЧП ги разгледува наводните прекршувања на релевантните членови во врска со членот 14 којшто забранува дискриминација. Подолу се дадени неколку примери што се однесуваат на предмети каде се изнесени факти слични на оние дискутирани погоре, и коишто биле разгледувани во контекст на ЕКЧП.

Пример: во предметот *Bączkowski and Others v. Poland*, градоначалникот на Варшава објавил соопштенија за јавноста со хомофобична природа каде се вели дека тој нема да дозволи одржување на протестен марш за подигнување на свеста за дискриминацијата врз основа на сексуалната ориентација.[47] Кога надлежното административно тело требало да одлучува за овој случај, барањето за дозвола за организирање марш било одбиено од други причини, како што е потребата да се спречат можни судири меѓу

46 Окружен суд во Софија, Одлука бр. 164 во предмет од граѓанско право бр. 2860/2006, 21 јуни 2006 год. Резимето на англиски јазик е достапно на инфо-порталот на АФП, предмет 11-1.

47 ЕСЧП, *Bączkowski and Others v. Poland* (бр. 1543/06), 3 мај 2007 год.

демонстрантите. ЕСЧП утврдил дека изјавите на градоначалникот можеле да влијаат врз одлуката на надлежните органи и дека таа одлука се засновала на сексуалната ориентација, па затоа претставува повреда на правото на слободно собирање, во врска со правото за недискриминација.

Пример: во предметот *Paraskeva Todorova v. Bulgaria*, при изрекување казна за припадник на ромската заедница, националните судови изречно ја одбиле препораката на обвинителството за условна казна, тврдејќи дека меѓу ромското малцинство постои култура на неказнивост и имплицирајќи дека засегнатото лице во конкретниот случај треба да послужи како пример.[48] ЕСЧП утврдил дека ваквата одлука на националните судови претставува повреда на правото на жалителката на правично судење, во врска со правото за недискриминација.

2.5. Специјални или посебни мерки

Како што беше наведено погоре, во случаи на индиректна дискриминација, причината зошто се смета дека се случила дискриминацијата се должи на фактот дека истото правило важи за сите, но притоа не се земаат предвид релевантните разлики. Со цел да понудат решение за и да спречат појава на вакви ситуации, владите, работодавачите и давателите на услуги мора да гарантираат дека преземаат чекори со цел да ги приспособат сопствените правила и практики во насока на земање предвид на ваквите разлики, односно, тие мора да сторат нешто за да ги приспособат тековните политики и мерки. Во контекст на ОН, овие мерки се нарекуваат „специјални мерки“, додека во контекст на правото на ЕУ на нив се упатува како на „посебни мерки“ или „позитивна акција“. Преку донесување и спроведување на посебни мерки, властите се во можност да обезбедат „суштинска еднаквост“, односно, еднакво уживање на можностите за пристап до поволностите што се на располагање во рамките на едно општество, наместо да гарантираат само „формална еднаквост“. Кога владите, работодавачите и давателите на услуги не ја согледуваат соодветноста на донесување и спроведување специјални мерки, тие го зголемуваат ризикот нивните правила и практики да можат да доведат до индиректна дискриминација.

48 ЕСЧП, *Paraskeva Todorova v. Bulgaria* (бр. 37193/07), 25 март 2010 год.

ЕСЧП наведува дека „правото на недискриминација при уживањето на правата загарантирани со ЕКЧП се смета за повредено и тогаш кога државите... не ги третираат различно лицата кои се во значително поразлична ситуација“.[49] Слично, директивите за недискриминација на ЕУ изречно предвидуваат можност за позитивна акција, и наведуваат: „со цел да се обезбеди целосна еднаквост во практиката, начелото на еднаков третман нема да спречи ниедна држава-членка да поддржува или да усвојува посебни мерки со кои се спречуваат или се надоместуваат неповолностите поврзани со [некоја основа за заштита]“.[50]

Членот 5 од Директивата за еднаквост при вработувањето содржи конкретни формулации за општото правило за посебни мерки наменети за лицата со попреченост, преку кои од работодавачите се бара да направат „разумно приспособување“ со што би овозможиле лицата со физички или ментални попречености да добијат еднакви можности при вработувањето. Тоа се дефинира на следниов начин: „соодветни мерки, кога се сметаат за потребни во даден случај, со цел да се овозможи едно лице со попреченост да добие пристап до, да учествува во, или да напредува во работата или пак пристап до можности за обука, освен доколку таквите мерки не би наметнале несразмерен товар врз работодавачот“.Тоа може да вклучи мерки како што се поставување лифт, рампа или тоалет за лицата со попреченост на работното место, со цел на овие лица да им се овозможи пристап со количка.

Пример: во предметот *Thilimmenos v. Greece*, националните закони забранувале лица коишто претходно биле осудени за кривични дела да станат овластени сметководители, затоа што кривичната пресуда укажувала на недостиг на чесност и доверливост потребни за извршување на таа професија. Жалителот во овој предмет бил кривично осуден бидејќи одбил да носи војничка униформа додека го отслужувал воениот рок. Неговото одбивање се должи на фактот дека тој е член на Јеховините сведоци, религиозна група којашто се обврзала на пацифизам. ЕСЧП одлучил дека не постои причина за забрана за извршување на професијата кога кривичната пресуда за засегнатите лица не се однесува на прашањата за доверливост или чесност на поединецот. Владата го дискриминирала жалителот со тоа

49 ЕСЧП, *Thlimmenos v. Greece* [голем судски совет] (бр. 34369/97), 6 април 2000 год., параграф. 44. Види исто: ЕСЧП, *Pretty v. UK* (бр. 2346/02), 29 април 2002, параграф 88.

50 Членот 5 од Директивата за расна еднаквост; членот 7 од Директивата за еднаквост при вработувањето; членот 6 од Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги; а малку различна формулација има и во членот 3 од Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија).

што не предвидела исклучоци од правилото за такви ситуации, и на тој начин го повредила правото на изразување на религиозни уверувања (пропишано со членот 9 од ЕКЧП), во врска со забраната за дискриминација.

Пример: во предмет изнесен пред органот за еднаков третман во Кипар, жалителот кој имал оштетен вид се пријавил за квалификационен тест за влез во државната служба.[51] Жалителот побарал дополнително време за да го заврши тестот и му биле дозволени дополнителни 30 минути, но тоа време му било одземено од паузата на којашто имале право сите учесници на тестот. Органот за еднаков третман утврдил дека не постои стандардизирана постапка за тестирање во случај на кандидати кои се карактеризираат со посебни околности, со цел да се овозможи разумно приспособување и дека, врз основа на фактите, не било сторено доволно за да се создадат фер услови во кои жалителот би можел на исто рамниште да се натпреварува со другите кандидати. Органот за еднаков третман ѝ препорачал на државата да формира тим од стручни лица, кој преку стандардизирана постапка ќе биде задолжен да разгледува случаи во кои има потреба од разумни приспособувања, и тоа врз основа од-случај-до-случај .

Пример: пред француските судови, лице во количка поднело жалба против министерството за образование затоа што не било назначено на конкретно работно место.[52] Апликацијата за работа поднесена од страна на жалителот била рангирана на трето место на листата на кандидати. Кога првите двајца кандидати од листата го одбиле понуденото работно место, истото му било понудено на четвртиот кандидат, наместо на жалителот. Наместо тоа, на жалителот му било понудено работно место во друг оддел каде работната средина веќе била приспособена за пристап со количка. Државата ја оправдала оваа одлука со фактот дека инвестирањето средства за да се приспособат работните простории не одело во прилог на јавниот интерес. Судот утврдил дека министерството за образование не ја исполнило својата должност за разумно приспособување за лицата со попреченост, што не може да се оправда со раководни причини.

51 Орган за еднаков третман (Кипар), реф. бр. A.K.I. 37/2008, 8 октомври 2008 год. Резимето на англиски јазик е достапно кај European Network of Legal Experts on the Non-Discrimination Field, 8 јули 2009 год., 'European Anti-Discrimination Law Review', стр. 43.

52 Управен суд во Руен, *Bouthellier v. Ministère de l'éeducation*, пресуда бр. 0500526-3, 24 јуни 2008 год. Резимето на англиски јазик е достапно кај European Network of Legal Experts on the Non-Discrimination Field, 8 (July 2009), 'European Anti-Discrimination Law Review', стр. 46.

Понекогаш, терминот „посебни мерки" подразбира и ситуации каде различниот третман фаворизира (наместо да создава неповолности за) поединци поради нивната основа за заштита (на пример, кога за едно работно место се избира жена наместо маж, токму поради фактот дека е жена, а работодавачот спроведува политика за надминување на проблемот со недоволна застапеност на жените меѓу вработените). Терминологијата што се користи за да се опише ваква ситуација, е различна и вклучува „позитивна" или „обратна" дискриминација, „преференцијален третман", „привремени специјални мерки" или „афирмативна акција".[53] Токму ваквиот назив е одраз на прифаќањето на фактот дека мерката има краткорочна функција и претставува вонредно средство за борба против предрасудите за поединци кои обично се подложни на дискриминација, како и за давањето пример, со цел да се инспирираат другите кои ја делат таа карактеристика.

Допуштеноста на позитивните мерки кои одат во полза на групите во неповолна ситуација дополнително се зајакнува преку насоките дадени од страна на повеќе мониторинг тела одговорни за толкување на договорите за човековите права на ОН. Овие тела нагласуваат дека таквите мерки, по својата природа, треба да бидат привремени и нивното времетраење или опфат да не бидат продолжени или проширени повеќе од она што се смета за нужно за да се поправи конкретната нееднаквост.[54] Според Комитетот за елиминација на расната дискриминација при ОН, за да бидат допуштени, единствената цел на ваквите мерки треба да биде елиминација на постојните нееднаквости и превенција на несразмерност во иднина.[55] Комитетот за елиминација на дискриминацијата врз жените при ОН образложи дека ваквите „времени специјални мерки" можат да вклучат „преференцијален третман; таргетирано регрутирање, вработување и унапредување; нумерички цели поврзани со временски рамки; и системи

53 На пример, Комитет за елиминација на расната дискриминација при ОН, Генерална препорака бр. 32: значењето и опфатот на специјалните мерки во Меѓународната конвенција за елиминација на сите форми на расна дискриминација, Документ на ОН CERD/C/GC/32, 24 септември 2009 год.; Комитет за економски, социјални и културни права при ОН, Генерален коментар бр. 13: правото на образование, Документ на ОН E/C.12/1999/10, 8 декември 1999 год.; Комитет за елиминација на дискриминацијата врз жените при ОН, Генерална препорака бр. 25: членот 4(1) од Конвенцијата (времени специјални мерки), Документ на ОН A/59/38/(SUPP), 18 март 2004 год.; Комитет за човековите права при ОН, Генерален коментар бр 18:недискриминација, Документ на ОН A/45/40(Vol. I)(SU), 10 ноември 1989 год.; Комитет за елиминација на расната дискриминација при ОН, Генерална препорака бр. 30 за дискриминацијата врз лица кои не се државјани, Документ на ОН HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 4 мај 2005 год.

54 Ibid.

55 Комитет за елиминација на расната дискриминација при ОН, Генерална препорака бр. 32: значењето и опфатот на специјалните мерките во Меѓународната конвенција за елиминација на сите форми на расна дискриминација, документ на ОН CERT/C/GC/32, 24 септември 2009 год., параграфи 21-26.

на квоти.“[56] Според судската практика на ЕСП, којашто се разгледува подолу, сразмерноста на ваквите мерки е предмет на строго разгледување.

Обично, судовите не ја третираат дискриминацијата што се случува во ваков контекст како посебна категорија на дискриминација, туку како исклучок од забраната за дискриминација. Со други зборови, судовите го прифаќаат постоењето на различен третман, но сметаат дека тој е оправдан во интерес на коригирање одредена претходно-настанатa обесправеност, како, на пример, недоволната застапеност на одредени групи на работното место.

Повремено, државите го унапредуваат ваквото оправдување на различниот третман. Ваквата практика може да се разбере од два аспекта: од аспект на корисникот, поволниот третман се дава врз основа на заштитената карактеристика, во споредба со некој во слична ситуација. Од аспект на жртвата, неповолниот третман се дозволува врз основа на фактот дека таа не поседува заштитена карактеристика. Типични примери за вакви ситуации вклучуваат резервирање работни места за жени во работни средини каде доминираат мажите, или пак резервирање работни места за етничките малцинства во државната служба, како што е полицијата, со цел овие средини подобро да го одразуваат составот на општеството. Ваквите практики понекогаш се нарекува „обратна“ дискриминација, затоа што се дозволува дискриминаторски третман со цел да се фаворизира поединец за кој би се очекувало да добие помалку поволен третман врз основа на социјалните трендови од минатото. Понекогаш, тоа се нарекува „позитивна“ акција бидејќи претставува конкретна акција што се презема со цел да се надмине некоја обесправеност од минатото преку промоција на учеството на традиционално обесправените групи. Во таа смисла, акцијата се заснова на добронамерна цел, а не на предрасуди за конкретни групи.

Овој концепт ретко се јавува во судската практика на ЕСЧП, иако добива сѐ поголемо значење во контекст на правото на ЕУ, при што ЕСП одлучувал по предмети од областа на вработувањето. Посебните мерки се јавуваат како околности кои дозволуваат различен третман сами по себе, како во рамките на директивите за недискриминација и судската практика на ЕСП, така и во рамките на специфичните околности поврзани со „реалниот професионален услов“, онака како што се разгледува подолу во Поглавје 2.6.4.1.

56 Комитет за елиминација на дискриминацијата врз жените при ОН, Генерална препорака бр. 25: членот 1, ставот 1 од Конвенцијата (времени специјални мерки), документ на ОН A/59/38 (supp), 18 март 2004 год., параграф 22.

Главните случаи на ЕСП што се однесуваат на посебните мерки се јавија во контекст на родовата еднаквост, имено во предметите *Kalanke*,[57] *Marschall*[58] и *Abrahamsson*.[59] Заедно, овие предмети ги дефинираа границите за степенот до кој се преземаат посебни мерки со цел да се надомести некој неповолен третман од минатото што влијаел врз, во конкретните предмети, на работничките низ годините.

> Пример: во предметот *Kalanke*, ЕСП заземал строг пристап кон дозволувањето преференцијален третман за да се коригира недоволната застапеност на жените на одредени работни места. Овој предмет се однесува на законодавството усвоено на регионално ниво коешто пропишува автоматски приоритет за кандидатките кои аплицираат за работни места или за унапредување. Секогаш кога кандидатите и кандидатките имаат еднакви квалификации за работа, и кога се смета дека работничките се недоволно застапени во тој сектор, предност им се дава на кандидатките. Кога работничките не сочинуваат барем половина од персоналот на работното место за кое станува збор, се смета дека постои недоволна застапеност. Во овој предмет, еден неуспешен кандидат, г. Каланке, се пожалил пред националните судови дека бил дискриминиран врз основа на полот. Националните судови го проследиле предметот до ЕСП и од него побарале мислење дали оваа пресуда е во согласност со членот 2(4) од Директивата за еднаков третман од 1976 година (претходник на членот 3 од Директивата за родова еднаквост, кој се однесува на „позитивна акција“), каде стои: „Оваа директива не ги исклучува мерките за промоција на еднакви можности за мажите и за жените, особено преку отстранување на постојните нееднаквости што влијаат врз можностите на жените.“[60]

ЕСП навел дека членот 2(4) е формулиран со цел да дозволи мерки коишто „иако се навидум дискриминаторски, всушност се наменети да ги елиминираат или да ги намалат реалните појави на нееднаквост што можеби постојат во реалноста на општествениот живот.“[61] Судот прифатил дека пресудата ја

57 ЕСП, *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, предмет C-450/93 [1995] ECR I-3051, 17 октомври 1995 год.

58 ЕСП, *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*, предмет C-409/95 [1997] ECR I-6363, 11 ноември 1997 год.

59 ЕСП, *Abrahamsson and Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist*, предмет C-407/98 [2000] ECR I-5539, 6 јули 2000 год.

60 Директива 76/207/ЕЕЗ за еднаков третман, Службен весник бр. L 39, 14.2.1976, стр. 40.

61 Ваквата формулација е широко прифатена во преамбулите на директивите за недискриминација: параграф 21 од Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија); параграф 26 од Директивата за еднаквост при вработувањето; параграф 17 од Директивата за расна еднаквост.

поддржала легитимната цел за елиминирање на нееднаквостите што постојат на работното место. Соодветно на тоа, мерките што на жените им даваат конкретна предност на работното место, вклучително и унапредување, начелно се сметаат за прифатливи сè додека нивното воведување има за цел да ја подобри способноста на жените да се натпреваруваат на пазарот на трудот на кој не постои таква дискриминација.

Сепак, ЕСП навел дека секој исклучок од правото на еднаков третман треба да биде изречно формулиран. Тој утврдил дека онаму каде што оспореното правило им гарантира на „жените апсолутен и безусловен приоритет да бидат назначени или унапредени на одредено работно место“, всушност претставува несразмерна мерка за постигнување на целта за елиминација на нееднаквоста во врска со правото на еднаков третман. Следствено, во овој случај преференцијалниот третман не може да биде оправдан.

Сепак, подоцнежните предмети покажале дека посебните мерки можат да бидат прифатливи онаму каде правилото не налага давање автоматски и безусловен приоритет.

Пример: предметот *Marschall* се однесува на законодавство кое според својата суштина е слично на законодавството оспорено во предметот *Kalanke*. Сепак, оспореното правило пропишува дека жените со еднакви квалификации треба да добијат приоритет „освен доколку не постојат причини поврзани со одделен кандидат кои натежнуваат во негова корист.“ Г. Маршал, чијашто апликација за работно место била одбиена во корист на една противкандидатка, ја оспорил легалноста на ова правило пред националните судови, кои пак предметот го проследиле до ЕСП и побарале мислење за тоа дали правилото е во согласност со Директивата за еднаков третман. ЕСП утврдил дека правило од ваква природа не е несразмерно со легитимната цел за елиминирање на нееднаквоста сè додека „во секој индивидуален случај, им гарантира на кандидатите, кои се еднакво квалификувани како и кандидатките, дека нивната апликација за работното место ќе биде објективно оценета, со земање предвид на сите критериуми специфични за индивидуалните кандидати, и ќе има поголем приоритет пред оној што се дава на кандидатките, кога еден или повеќе од тие критериуми натежнуваат во корист на кандидатот“. Оттука, дискрецијата која е вградена во правилото, спречува приоритетот да биде апсолутен и се смета за сразмерна со постигнувањето на целта за надминување на нееднаквоста на работното место.

Пример: предметот *Abrahamsson* се однесува на валидноста на шведското законодавство и истиот спаѓа во областа меѓу безусловниот приоритет на правилото од предметот *Kalanke* и дискрецијата од предметот *Marschall*. Според утврденото правило еден кандидат од недоволно застапен пол кој има доволно квалификации за да ја извршува работата треба да добие приоритет, освен доколку „разликата во квалификациите на кандидатите е толку голема што таквиот приоритет би довел до нарушување на критериумот за објективност при именување на работно место.“ ЕСП одлучил дека во суштина законот автоматски им дава приоритет на кандидатите од недоволно застапениот пол. Фактот дека одредбата спречува вакво давање приоритет само во случај каде постои значителна разлика во квалификациите не е доволен за да спречи правилото да произведе несразмерни ефекти.

Овие предмети го нагласуваат фактот дека, генерално, ЕСП е внимателен во својот пристап кога дозволува посебните мерки да имаат поголема предност од принципот на праведност. ЕСП дозволува националните правила да се подведат под отстапката од членот 2(4) само во ограничени околности, и тоа кога посебните мерки не се безусловни и апсолутни.

Кога се соочени со прашање што се однесува на посебните мерки според директивите за недискриминација на ЕУ, практичарите треба да посветат посебно внимание на „акцијата“ што се презема со цел да се фаворизира одредена група лица. Според судската практика на ЕСП дадена погоре, сосема е јасно дека посебните мерки се преземаат само во крајни случаи. Доколку работат на предмет кој вклучува посебни мерки, практичарите и судските службени лица мора да гарантираат дека сите кандидати коишто биле земени предвид за работното место од страна на работодавачот, вклучително и оние кандидати кои не се цел на посебните мерки, биле оценети на објективен и фер начин. Посебните мерки можат да се користат само кога преку објективно оценување било утврдено дека повеќе кандидати, меѓу кои и поединци од дадената целна група, се еднакво способни да го извршуваат слободното работно место. Само во такви околности, припадник на некоја целна група, којашто е избрана поради претходна историска дискриминација на работното место, може да добие предност при вработувањето/унапредувањето пред поединец кој не е припадник на целната група.

ЕСЧП сè уште немал можност детално да разгледува предмети со посебни мерки; сепак, посебните мерки биле предмет на разгледување пред овој суд во мал број предмети.

Пример: во предметот *Wintersberger v. Austria*,[62] ЕСЧП одлучувал за допуштеноста на жалбата. Жалителот, кој е лице со попреченост, бил отпуштен од работното место од страна на државата. Според националното право, лицата со попреченост имаат посебна заштита од отпуштање од работа со тоа што пред нивното отпуштање треба да се добие претходно одобрение од посебен комитет. Во случајот каде работодавачот не е свесен за попреченоста, ова одобрение може да се издаде ретроактивно. Кога станува збор за отпуштање на лица без попреченост, нема потреба за такво одобрение. Жалителот навел дека можноста за ретроактивно издавање на одобрението постои само во случај на лица со попреченост, но не и во случај на лица без попреченост, претставува дискриминација. ЕСЧП утврдил дека, во суштина, одредбата постои со цел да ги заштити лицата со попреченост и оттука таа е оправдана како пример за обратна дискриминација. Следствено, жалбата не била допуштена.

Клучни поенти

- Дискриминацијата опишува ситуација каде еден поединец на некаков начин е ставен во неповолна положба поради „заштитена карактеристика“.
- Дискриминацијата има различни облици: директна дискриминација, индиректна дискриминација, вознемирување и повикување и поттикнување дискриминација.
- Директната дискриминација ја карактеризира постоењето на различен третман, односно, мора да се покаже дека наводната жртва била третирана на неповолен начин врз основа на поседување карактеристика којшто спаѓа во категоријата „основа за заштита“.
- Неповолниот третман се утврдува преку споредба помеѓу наводната жртва и друго лице во слична ситуација кое не ја поседува заштитената карактеристика.
- Можно е „основата за заштита“ да не биде изречна причина за различниот третман. Доволно е изречната причина да не може да се оддели од „основата за заштита “.
- ЕСП и националните судови го имаат прифатено концептот на асоцијативна дискриминација, според кој еден поединец се третира на неповолен начин

62 ЕСЧП, *Wintersberger v. Austria* (пријателска спогодба) (бр. 57448/00), 5 февруари 2004 год.

поради неговата поврзаност со друг поединец кој поседува „заштитена карактеристика“.

- Вознемирувањето, иако во рамките на правото на ЕУ се третира како посебно кривично дело, претставува конкретна манифестација на директна дискриминација.
- Индиректната дискриминација ја карактеризира различно влијание или ефект, односно во таков случај мора да се покаже дека поради некоја одлука една група е ставена во неповолна ситуација во споредба со група-компаратор.
- Докажувањето индиректна дискриминација на поединецот налага да обезбеди докази дека, како група, оние кои ја делат неговата заштитена карактеристика, подлежат на различни ефекти или влијанија во споредба со оние кои не ја поседуваат таа карактеристика.
- За да гарантираат еднакво уживање на правата, владите, работодавачите и давателите на услуги треба да преземат посебни или специјални мерки за приспособување на нивните правила и практики кон лицата со различни карактеристики.
- Може да се смета дека поимите „посебни мерки“ и „специфични мерки“ подразбираат надминување на некоја обесправеност од минатото на која биле изложени лицата кои поседуваат некоја заштитена карактеристика. Кога тоа се смета за сразмерно, ваквото толкување може да претставува оправдување за дискриминацијата.

2.6. Околности кои дозволуваат неповолен третман според европското право за недискриминација

2.6.1. Вовед

Во конкретни околности, судовите го прифаќаат постоењето на различен третман, но сметаат дека тој е прифатлив. Правото на ЕУ има поинаков приод кон околностите кои дозволуваат неповолен третман во споредба со приодот на ЕСЧП. Сепак, во суштина, овие приоди се многу слични.

Во рамките на европското право за недискриминација, таквите околности може да бидат формулирани на поопшт или поограничен начин. Пристапот на ЕСЧП е да работи со општо формулирани околности како во контекст на директната, така и во контекст на индиректната дискриминација. Спротивно на тоа, правото на ЕУ пропишува само конкретни ограничени околности кои дозволуваат неповолен третман и тоа во врска со директната дискриминација, и општи околности што

се применливи само во контекст на индиректната дискриминација. Со други зборови, според директивите за недискриминација, директна дискриминација може да се оправда само тогаш кога се работи за постигнување на одредени цели коишто се изречно наведени во тие директиви.

Специфичните околности кои дозволуваат неповолен третман наведени во директивите за недискриминација може да бидат ставени во поширокиот контекст на општите околности коишто ги признава ЕСЧП и тие се конзистентни со начинот на кој се применуваат општите околности во судската практика. Всушност, според директивите за недискриминација, специфичните околности претставуваат специфична манифестација на општите околности коишто функционираат во рамките на и се приспособени за областа на вработувањето.

2.6.2. Неприменливост на општите околности кои дозволуваат неповолен третман

Како што веќе беше забележано, според ЕКЧП општи околности се можни во однос на директната, но и на индиректната дискриминација, додека според правото на ЕУ, тие се применуваат само во случај на индиректна дискриминација. Според ЕСЧП:

> *„...разликата во третманот на лица во релевантно слични ситуации... претставува дискриминација доколку истиот третман не може објективно и разумно да се оправда; со други зборови, доколку не се работи за постигнување на легитимна цел или доколку не постои разумна пропорционалност меѓу употребените средства и целта што треба да се постигне.“*[63]

За да се оправда различниот третман, мора да се покаже дека:

- оспореното правило или практика има легитимна цел, и
- средствата одбрани за постигнување на таа цел (т.е., мерката што довела до различен третман) се сразмерни и нужни за постигнување на целта.

Слична формулација се користи и во директивите за недискриминација на ЕУ, но во однос на индиректната дискриминација. Директивата за расна еднаквост наведува:

> *„ индиректна дискриминација се смета дека се случила кога една навидум неутрална одредба, критериум или практика ги става во одредена неповолна позиција лицата од различно расно или етничко потекло, во споредба со другите лица, освен доколку таа одредба,*

63 ЕСЧП, *Burden v. UK* [голем судски совет] (бр. 13378/05), 29 април 2008 год., параграф 60.

За да се утврди дали различниот третман е сразмерен, судот треба да има доволно докази дека:

- не постои друго средство со кое би се постигнала истата цел, а би резултирало во помало нарушување на правото на еднаков третман. Со други зборови, неповолната ситуација што била предизвикана треба да претставува најмалото можно ниво на штета потребно за да се постигне саканата цел, и
- целта што треба да се постигне е доволно важна за да го оправда тоа ниво на нарушување.

критериум или практика не може објективно да се оправда со легитимна цел, и доколку средствата за постигнување на таа цел не се соодветни и нужни.“[64]

Според формулациите што ги користат ЕСЧП и оние дадени во директивите за недискриминација, во строга смисла на зборот тие не претставуваат околности кои дозволуваат дискриминација како таква, туку оправдување на различниот третман, што оневозможува утврдување на фактот дали била направена дискриминација. Сепак, во суштина, ако не во форма, судовите ги третираат прашањата поврзани со оправдување како околности кои дозволуваат дискриминација.

> Пример: ЕСП даде детално објаснување на идејата за објективно оправдување во предметот *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber Von Hartz*.[65] Во овој предмет, вработените со скратено работно време кои биле исклучени од пензискиот фонд на *Билка* (стоковна куќа) се пожалиле дека таквиот чин претставува индиректна дискриминација против жените, бидејќи најголем дел од вработените со скратено работно време биле жени. ЕСП одлучил дека таквата одлука на работодавачот би претставувала индиректна дискриминација, освен доколку разликата во уживањето на правата за пензиско осигурување може да се оправда. За таа да биде оправдана, треба да се покаже дека: „мерките што ги избрала *Билка* соодветствуваат на некоја реална потреба на фирмата, се соодветни во поглед на постигнување на одредени цели, и се сметаат за нужни во таа насока.“
>
> *Билка* тврдела дека целта зад различниот третманот било обесхрабрување на работа со скратено работно време и стимулирање на работа со полно работно време од причина што работниците со скратено работно време претендирале да одбиваат работа во ноќни смени и во саботи, со што фирмата имала тешкотии во обезбедувањето доволен број вработени. ЕСП утврдил дека ова може да биде легитимна цел. Сепак, тој не одговорил на

64 Членот 2(2)(б) од Директивата за расна еднаквост; членот 2(2)(б) од Директивата за еднаквост при вработувањето; членот 2(б) од Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги; членот 2(1)(б) од Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија).

65 ЕСП, *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Hartz*, предмет 170/84 [1986] ECR I-1607, 13 мај 1986 год.

прашањето дали исклучувањето на работниците со скратено работно време од пензискиот фонд е сразмерно со постигнувањето на таа цел. Условот според кој преземените мерки треба да бидат „нужни“ подразбира покажување дека не постои разумно алтернативно средство коешто би предизвикало помало нарушување на начелото на еднаков третман. Оттука, ЕСП му оставил на националниот суд да го примени правото врз основа на фактите од предметот.

2.6.3. Примена на општите околности кои дозволуваат неповолен третман

Во контекст на вработувањето, ЕСП не е склон кон прифаќање на различниот третман кој се должи на менаџерски одлуки поврзани со економските грижи на работодавачите, и е наклонет кон прифаќање на различниот третман што се должи на пошироки општествени цели и цели поврзани со политиката за вработување коишто имаат фискални импликации. Во предметите поврзани со второто гледиште, ЕСП им дава на државите широк простор за дискрециона оценка. Во контекст на ЕКЧП, помалку е веројатно дека ЕСЧП ќе дозволи различен третман во однос на прашања за кои се смета дека лежат во основата на личното достоинство, како што се дискриминација врз основа на расата или етничкото потекло, домот, приватниот и семејниот живот, а поголема е веројатноста дека тој ќе прифати различен третман кога тоа е поврзано со пошироки аспекти на социјалната политика, особено кога тие имаат фискални импликации. При утврдувањето дали различниот третман е оправдан, ЕСЧП го користи терминот „простор за дискрециона оценка“, што се однесува на сферата на дискреција на државата. Во случаи кога се смета дека овој простор е „тесен“, ЕСЧП применува повисок степен на надзор.

2.6.4. Специфични околности кои дозволуваат неповолен третман според правото на ЕУ

Како што беше наведено претходно, во рамките на директивите за недискриминација постои конкретен пакет на специфични околности кои дозволуваат во дадени ситуации различниот третман да се оправда. Во сите директиви постои „околност која се однесува на реален професионален услов“ (освен во Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги, со оглед на тоа дека оваа директива не се однесува на вработувањето); овој услов

им дозволува на работодавачите да прават разлика помеѓу поединците поради некоја основа за заштита, и тоа во случај кога основата има неразделна врска со способноста за извршување на конкретната работа или со квалификациите потребни за конкретното работно место.[66] Другите две околности се дадени само во Директивата за еднаквост при вработувањето: прво, допуштеноста на дискриминација врз основа на религијата или уверувањето во случаи каде работодавачите се верски организации;[67] второ, допуштеноста на дискриминација врз основа на возраста, но само во конкретни околности.[68] Овој строг пристап што ЕСП го применува при толкувањето на околностите кои дозволуваат различен третман сугерира дека сите исклучоци се толкуваат во многу тесна смисла, со оглед на акцентот што е ставен на важноста на правата коишто ги создава правото на ЕУ за поединците.[69]

2.6.4.1. Реален професионален услов

Според директивите за недискриминација, кога се справуваат со прашања од областа на вработувањето:

> *„Државите-членки може да сметаат дека разликата во третманот што се заснова на карактеристика поврзана со [основа за заштита] не претставува дискриминација, при што поради природата на конкретните професионални активности или контекстот во кој тие се извршуваат, таквата карактеристика претставува реален и одлучувачки професионален услов, но само доколку целта е легитимна и условот е сразмерен.“*[70]

Оваа околност им дозволува на работодавачите да прават разлика меѓу поединците врз основа на заштитената карактеристика, и тоа во случај кога таа карактеристика е директно поврзана со соодветноста или способноста за извршување на должностите што ги налага конкретното работно место.

Веќе постојат одредени професии за кои е утврдено дека се подведуваат под исклучокот за реален професионален услов: во предметот *Commission v. Germany* ЕСП, повикувајќи се на истражувањето спроведено од страна на Комисијата за

66 Членот 14(2) од Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија); членот 4 од Директивата за расна еднаквост; членот 4(1) од Директивата за еднаквост при вработувањето.

67 Членот 4(2) од Директивата за еднаквост при вработувањето.

68 Членот 6 од Директивата за еднаквост при вработувањето.

69 Види: ЕСП, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, предмет 222/84 [1986] ECR 1651, 15 мај1986 год., параграф 36.

70 Членот 14(2) од Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија); членот 4 од Директивата за расна еднаквост; членот 4(1) од Директивата за еднаквост при вработувањето.

опфатот на исклучокот во врска со дискриминацијата врз основа на полот, навел одредени професии во чиишто рамки постои голема веројатност за примена на оваа околност.[71] Посебно внимание било дадено на професиите поврзани со уметноста коишто можат да наложат поединците да поседуваат конкретни особини во форма на суштински карактеристики, како што е барањето женски вокал кој се вклопува во одреден стил на изведба, потребата за млад актер кому ќе му се додели конкретна улога во претставата, физички-способен поединец за танц, или мажи и жени кои се потребни за одредени видови манекенство во модата. Сепак, оваа одлука не претставува обид за обезбедување исцрпна листа на професии каде се дозволува ваквата околност. Други примери може да вклучат вработување на поединец со кинеско потекло за да работи во кинески ресторан, со цел да се одржи автентичноста на ресторанот, или вработување на жени во фитнес клубови наменети само за жени.

Пример: во предметот *Commission v. France*, ЕСП утврдил дека во некои околности не се смета за незаконски кога работни места во казнено-поправни институции за мажи се резервираат само за машки кандидати, или кога истото се прави за женски кандидати во случај на казнено-поправни институции за жени.[72] Сепак, овој исклучок може да се користи само за работни места што вклучуваат активности каде припадноста на одреден пол е релевантна за извршување на должностите. Во овој предмет, француските власти сакале да резервираат одреден процент работни места за машки кандидати поради можноста на ваквите работни места да се јави потреба од употреба на сила, со цел да се одвратат потенцијалните создавачи на проблеми, како и други должности коишто можат да ги извршуваат само мажи. Иако ЕСП начелно ги прифатил таквите аргументи, француските власти не го исполниле условот за транспарентност во врска со конкретните активности што треба да ги извршуваат само машки кандидати; односно Судот не го сметал за доволно обопштувањето на соодветноста на еден пол за работните места.

Пример: во предметот *Johnston*, една полицајка, која работела во Северна Ирска, се пожалила дека договорот за вработување не ѝ бил обновен. Началникот на полициската станица го оправдал ваквиот чин со образложение дека полицајките не се обучени за користење огнено оружје и навел дека тоа се заснова на фактот дека „во ситуација која се карактеризира

71 ЕСП, *Commission v. Germany*, предмет 248/83 [1985] ECR 1459, 21 мај 1985 год.

72 ЕСП, *Commission v. France*, предмет 318/86 [1988] ECR 3559, 30 јуни 1998 год.

со сериозни внатрешни нереди, носењето огнено оружје од страна на полицајките може да создаде дополнителен ризик тие да бидат убиени, што би било спротивно на барањата за јавна безбедност." ЕСП утврдил дека, иако треба да се земе предвид заканата врз јавната безбедност, опасноста еднакво се однесува и на мажите и на жените, па затоа жените не се изложени на поголем ризик. Освен доколку оправдувањето не е поврзано со биолошки фактори кои се специфични за жените, како на пример заштита на нејзиното дете во текот на бременоста, различниот третман не може да се оправда со фактот дека јавното мислење налага жените да бидат заштитени.

Пример: во предметот *Mahlburg*, жалителката, која била бремена, била одбиена за постојано работно место како медицинска сестра чиишто должности, во голема мера, требало да се извршуваат во операциона сала.[73] Ваквото одбивање било образложено со фактот дека изложеноста на опасни материи во операционата сала може да му наштети на нејзиното дете. ЕСП утврдил дека со оглед на тоа дека станува збор за постојано работно место, несразмерно е на жалителката да ѝ се забрани да аплицира за работното место бидејќи нејзината неможност да ја извршува работата во операциона сала би била само привремена. Иако биле прифатени ограничувањата во однос на работните услови за бремени жени, тие треба да бидат строго ограничени само на должности коишто би можеле да ѝ наштетат и не смее да подразбираат општа забрана за работа.

Параграф 18 од Преамбулата на Директивата за еднаквост при вработувањето содржи поконкретна формулација на околностите кои дозволуваат различен третман врз основа на реален професионален услов поврзан со одредени државни служби во областа на безбедноста и сигурноста. Ова, само по себе, не претставува посебна околност која дозволува различен третман, туку треба да се смета за израз на последиците од околностите поврзани со реален професионален услов во одреден контекст:

„Оваа директива конкретно не налага армијата и полицијата, затворските или службите за итна помош да вработуваат или да ги задржат во работен однос лицата кои не поседуваат капацитет потребен за извршување на широк спектар на функции коишто од нив може да се побараат да ги извршуваат

73 ЕСП, *Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern*, предмет C-207/98 [2000] ECR I-549, 3 февруари 2000 год.

во поглед на легитимната цел за одржување на оперативниот капацитет на ваквите служби.“[74]

Обично, ова може да се однесува на ситуација кога на лица постаро од утврдена возраст или лица со попреченост не им се дозволува пристап до одредено работно место за коешто се смета дека подразбира високи физички перформанси. Во таа насока, членот 3(4) од Директивата им дозволува на државите-членки изречно да ја исклучат примената на одредбата во однос на армијата. Иако оваа одредба не се јавува во Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија), можно е да се види како таа би функционирала, и тоа преку разгледување на два предмета што се однесуваат на дискриминација врз основа на пол и на вооружените сили. Овие предмети биле разгледани според членот 2(2) од Директивата за еднаков третман, кој содржи формулација за околности поврзани со „реален професионален услов“, што сега е сместен во членот 14(2) од Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија).

Пример: во предметот *Sirdar*, жалителката работела како готвач во специјална воена единица. Таа била прогласена за технолошки вишок по намалувањето на буџетот за војската, при што бил воведен принципот на „интероперабилност“ за специјалните единици.[75] „Интероперабилноста“ наложила секој поединец да биде способен за извршување борбени активности, со оглед на недостигот на луѓе. ЕСП прифатил дека е оправдано специјалните единици да бидат составени само од мажи со цел да се гарантира ефективност во борба, и прифатил дека од овие причини принципот на интероперабилност ги исклучува жените. Ова се должело на фактот дека командосите се мала, специјализирана единица којашто обично е вклучена во првиот бран на некој напад. ЕСП утврдил дека правилото е неопходно во поглед на постигнување на целта за обезбедување ефективност во борба.

Пример: во предметот *Kreil*, жалителката аплицирала за работно место електроинженер во армијата.[76] Нејзината апликација била одбиена со оглед на тоа дека на жените не им е дозволен пристап до работни места во војската кои подразбираат користење на огнено оружје и тие можеле да

74 Директива 2000/78/ЕЗ за еднаквост при вработувањето, Службен весник бр. L 303, 2.12.2000, стр. 16.

75 ЕСП, *Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence*, предмет C-273/97 [1999] ECR I-7403, 26 октомври 1999 год.

76 ЕСП, *Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*, предмет C-285/98 [2000] ECR I-69, 11 јануари 2000 год.

учествуваат само во медицинските или музичките служби на армијата. ЕСП утврдил дека ваквото исклучување е прешироко дефинирано, бидејќи се однесува на речиси сите работни места во армијата, и тоа поради фактот дека на тие работни места жените во одреден момент од службата треба да користат оружје. Оправдувањето треба да биде тесно врзано со функциите што типично се извршуваат на даденото работно место. Веродостојноста на оправдувањето што го понудила владата, исто така, била ставена под прашање, бидејќи дури и за оние места што биле отворени за жени, кандидатките сепак биле обврзани да минат основна обука за ракување со оружје за целите на самоодбрана или за одбрана на други лица. Оттука, мерката не била сразмерна на постигнувањето на целта. Освен тоа, мажите и жените не треба да се разликуваат поради тоа што на жените им треба поголема заштита, освен доколку тоа не се однесува на фактори кои се специфични за жените, како, на пример, потребата од заштита во текот на бременоста.

Оправдувањето на дискриминацијата врз основа на полот преку упатување на ефективноста или ефикасноста на одредени безбедносни или служби за итна реакција може да биде потешко со текот на времето, односно со развојот на родовите улоги и општествените ставови, а државите-членки се обврзани периодично да ги ревидираат рестриктивните мерки во однос на ваквата ситуација.[77]

2.6.4.2. Религиозни институции

Директивата за еднаквост при вработувањето дозволува организации коишто се засновани врз „религија“ или „уверување“ да наметнуваат одредени услови за вработените. Членот 4(2) од Директивата пропишува дека директивата не се меша во „правото на црквите и на другите јавни или приватни организации, чијшто етос се заснова на религија или уверување... да бараат поединците кои работат за нив да работат во добра волја и со лојалност кон етосот на организацијата“. Освен тоа, работодавачите поврзани со религиозни организации можат да бидат подведени во опфатот на околноста „реален професионален услов“, што пак дозволува различен третман врз основа на религиските начела на организацијата за којашто станува збор.

77 Членот 31(3) од Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија).

Оттука, членовите 4(1) и 4(2) им дозволуваат на организации, како на пример црквите, да одбијат да вработат жени како свештеници, пастори или проповедници, и тоа во случај кога тоа се коси со етосот на засегнатата религија. Иако ЕСП сè уште немал можност да одлучува за толкувањето на оваа одредба, таа се применува на национално ниво. Подолу се дадени два предмета што се поврзани со повикување на оваа околност за да се оправда различниот третман врз основа на сексуалната ориентација.

Пример: во еден предмет изнесен пред судовите во Финска, Евангелистичко-лутеранската црква на Финска одбила да именува за капелник (помошник-свештеник) поединец кој бил во врска со лице од ист пол.[78] Управниот суд во Васа ја поништил одлуката затоа што хетеросексуалноста не може да се смета за реален професионален услов за извршување на тоа работно место. Вниманието било ставено на фактот дека интерните правила на Црквата никаде не спомнуваат сексуална ориентација во врска со именувањето свештеници и капелници.

Пример: во предметот *Amicus*, судовите во Обединетото Кралство требало да одлучуваат за усогласеноста на националните прописи кои ја транспонираат одредбата за околноста поврзана со реален професионален услов во контекст на религиозните работодавачи со одредбите од Директивата за еднаквост при вработувањето.[79] Било нагласено дека секој исклучок од начелото за еднаков третман треба да се толкува во тесна смисла. Формулациите во националните прописи дозволувале различен третман кога вработувањето „се прави за потребите на организирана религија“, и било подвлечено дека ваквата формулација би била далеку порестриктивна отколку формулацијата „за потребите на религиска организација“. Поради тоа, Судот се согласил со претставката на владата дека овој исклучок би се применувал во однос на многу мал број работни места поврзани со промоција или застапување на некоја религија, како што се религиските свештеници. Тоа не би им дозволило на религиозните организации, како што се верските училишта или верските домови за нега на постари лица, да аргументираат дека работното место наставник (кое се извршува за потребите на образованието) или негувател/ка (кое се извршува за

78 Управен суд во Васа, Финска, Vaasan Halinto-oikeus - 04/0253/3. Резимето на англиски јазик е достапно на инфо-порталот на АФП, предмет 187-1.

79 *Amicus MSF Section, R (on the application of) v. Secretary of State for Trade and Industry* [2004] EWHC 860 (Admin), Виши суд на ОК, 26април 2004 год. Резимето на англиски јазик е достапно на инфо-порталот на АФП, предмет 187-1.

потребите на здравствената нега) влегуваат во рамките на „потребите на една организирана религија".

2.6.4.3. Исклучоци врз основа на возраста

Членот 6 од Директивата за еднаквост при вработувањето дозволува две одделни оправдувања за различниот третман врз основа на возраста.

Членот 6(1) дозволува дискриминација врз основа на возраста преку која се постигнува „легитимната политика за вработување, или целите на пазарот на трудот и на стручното образование", под услов таквата акција да ги исполни барањата на тестот за сразмерност. Дадени се и мал број примери за случаи каде различниот третман може да биде оправдан: членот 6(1)(б) дозволува „утврдување на минимални услови за возраст, работно искуство или долг работен стаж во службата за пристап до вработување". Сепак, овој список нема за цел да биде исцрпен и може да се проширува на основа од-случај-до-случај .

Членот 6(2) дозволува дискриминација врз основа на возраста во поглед на пристапот до и придобивките кои се дел од пакетите за социјално осигурување на вработените, без да се наметне потреба за исполнување на тестот за сразмерност.

Пример: во предметот *Palacios de la Villa*, ЕСП за првпат имал можност да го разгледува опфатот на членот 6, бидејќи од него се побарало да ја разгледа примената на овој член во контекст на задолжителната возраст за заминување во пензија.[80] Откако утврдил дека задолжителната возраст за заминување во пензија влегува во опфатот на членот 6, ЕСП го разгледувал прашањето дали ваквиот услов може да биде објективно оправдан. За релевантни ЕСП ги сметал следниве аспекти:

- прво, оригиналната мерка била формулирана со цел да создаде можности на пазарот на трудот во економски контекст што се карактеризира со висока стапка на невработеност;
- второ, постојат докази дека преодната мерка била усвоена на барање на работничките синдикати и организациите на работодавачи, со цел да промовира подобрата распределба на работните места меѓу различни генерации;

80 ЕСП, *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*, предмет C-411/05 [2007] ECR I-8531, 16 октомври 2007 год.

- трето, Законот 14/2005 бил повторно донесен во соработка со работничките синдикати и организациите на работодавачи, но овој пат тој вклучувал изречно барање мерката да биде „поврзана со цели кои се во согласност со политиката за вработување и се утврдени во колективниот договор“;
- четврто, клаузулата за задолжително заминување во пензија во колективниот договор била формулирана „во интерес на зголемување на вработеноста“.

Откако ги разгледал овие фактори, ЕСП заклучил дека „ставена во дадениот контекст,... преодната одредба имала за цел да го регулира националниот пазар на трудот, особено во насока на намалување на невработеноста.“ Врз таа основа, ЕСП одлучил дека колективниот договор исполнувал легитимна цел. Откако прифатил дека се работи за легитимна цел, ЕСП требало да разгледа дали мерката била „соодветна и нужна“ за постигнување на таа цел. ЕСП нагласил дека државите-членки имаат широк простор за дискрециона оценка во областа на социјалната политика и политиката за вработување и дека таквите дискрециони права подразбираат дека „одредени одредби може да варираат во согласност со ситуацијата во државите-членки“. Она што се појавило како клучен фактор во предметот е барањето засегнатите работници да имаат пристап до пензија, „чиешто ниво не може да биде неразумно“. Подеднакво влијателен бил фактот дека предметните одредби кои се разгледуваат се утврдени во колективен договор склучен меѓу работничките синдикати и организациите на работодавачи, со што процесот добил одредено ниво на флексибилност, кое пак овозможило одлуките за пензионирање да ги земат предвид засегнатиот пазар на трудот и конкретните барања за извршување на работното место. Врз таа основа, ЕСП заклучил дека преодната мерка, којашто влијаела врз г. Паласиос, и колективниот договор биле објективно оправдани и оттука усогласени со правото на ЕУ. Пристапот што го нагласил ЕСП подразбира дека членот 6 се разгледува на ист начин како и објективното оправдување за другите основи за заштита од дискриминацијата, како што беше дискутирано погоре.

Пример: во предметот *MacCulloch* во Обединетото Кралство, од судот било побарано да ја разгледа положбата на плановите за исплата на отпремнина, каде биле забележани зголемени исплати на отпремнина според возраста

и должината на работниот стаж.[81] Ваквата практика имала очигледен резултат каде постарите вработени со подолг работен стаж имале право на многу повисока отпремнина за разлика од помладите и поновите членови на персоналот. Апелациониот суд на Обединетото Кралство прифатил дека начелно ваквите исплати можат објективно да се оправдаат како начин за наградување на постарите работници за нивната лојалност, со тоа што им се доделуваат повисоки отпремнини, при што тие ја земаат предвид ранливоста на овие работници на пазарот на трудот и ги поттикнуваат постарите работници да заминат и со тоа да ослободат работни места за помладите вработени. Сепак, биле дадени насоки за начинот на кој треба да му се пристапи на прашањето за објективно оправдување, проследени со навестување дека прашањето на сразмерност налага сеопфатно разгледување пред донесување на заклучоците за објективната оправданост на ваквите мерки.

Пример: во предметот *Hütter*, од ЕСП било побарано да го разгледа упатувањето на еден закон во Австрија којшто предвидува дека работното искуство пред едно лице на наполни 18 години не може да се земе предвид при утврдувањето на платата. Г. Хитер и една колешка биле стажанти на Технолошкиот универзитет во Грац, на кои по завршување на стажирањето им понудиле тримесечен договор. Според законот кој е предмет на разгледување, платата на г. Хитер, кој само што наполнил 18 години, била утврдена со упатување на неговото работното искуство од 6 и пол месеци, додека неговата колешка, која била 22 месеца постара од него, добила плата утврдена според нејзиното работното искуство во времетраење од 28 и пол месеци. Ваквото утврдување на платите резултирало во различни месечни плата за овие лица, и покрај тоа што секој од нив се стекнал со слично ниво на искуство.

Г. Хитер поднел жалба во која го оспорува правилото, наведувајќи дека истото било поволно за лица кои се стекнале со искуство откако наполниле 18 години. ЕСП прифатил дека примарните цели на законот може да се сметаат за легитимни: (1) сè додека тој не ги става во неповолна положба лицата кои посетувале општо средно образование во споредба со лицата кои се стекнале со стручни квалификации; и (2) ако тие се однесуваат на избегнување стажирањето да биде поскапо и со тоа да промовира

81 *MacCulloch v. Imperial Chemical Industries plc* [2008] IRLR 846, апелационен суд за трудови спорови, Обединето Кралство, 22 јули 2008 год.

интеграција на пазарот на трудот на младите луѓе што посетувале таква обука. Иако ЕСП го почитува фактот дека при утврдувањето дали легитимните цели биле соодветни и нужни државата-членка има широк простор за дискрециона оценка, тој одлучил дека во предметот не било дадено соодветно објективно оправдување поради фактот дека законот непропорционално влијаел врз младите работници, особено во оние случаи кога должината на искуството е иста, а само возраста на кандидатот влијае врз висината на надоместокот што го добива за завршената работа, каков што бил и овој случај.

Треба да се забележи дека овој пристап е конзистентен со пристапот на ЕСЧП при разгледување на прашањето на различна возраст за заминување во пензија во контекст на ЕКЧП, што е предмет на дискусија во предметот *Stec and Others* даден во Поглавје 4.2. Во таа смисла, исклучоците поврзани со возраста на лицето се конзистентни со пристапот што го применуваат судовите во однос на оправдувањата на социјалната политика и политиката за вработување.

Клучни поенти

- Во рамките на ЕКЧП постои општа околност која дозволува директна дискриминација. Во рамките на правото на ЕУ постојат специфични околности кои дозволуваат директна дискриминација, а коишто се прилагодени да одговараат на контекстот на вработувањето.
- Според ЕКЧП и правото на ЕУ, индиректната дискриминација подлежи на општа околност која дозволува различен третман и истата се смета за објективно оправдана.
- Различниот третман може да се оправда тогаш кога со него се постигнува легитимна цел и кога мерките за постигнување на таа цел се соодветни и нужни.
- Во рамките на правото за недискриминација на ЕУ, покрај општите околности кои дозволуваат индиректна дискриминација, постојат и специфични околности, имено: (i) реален професионален услов; (ii) исклучоци кои се однесуваат на религиски институции, и (iii) исклучоци поврзани со дискриминацијата врз основа на возраста.
- Дискриминацијата врз основа на возраста е единствената основа за заштита во ЕУ каде директната дискриминација може да биде објективно оправдана.

Дополнителна литература

Bamforth, Malik and O'Cinneide, *Discrimination Law: Theory and Context* (London, Sweet and Maxwell, 2008), Chapters 4, 5, 6, 8.

Barnard, *EC Employment Law* (Oxford, Oxford University Press, 2009), Chapters 6, 7, 8, 9, 10.

Bercusson, *European Labour Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), Chapters 10, 11, 22.

Dubout, 'L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européene des droits de l'homme: rénovation ou révolution ? Epilogue dans l'affaire D.H. et autres c. République tchéque, Cour européene des droits de l'homme (Grande Chambre), 13 novembre 2007', 19 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, (2008) 75.

Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2005), Chapter 6.

ERRC/Interights?MPG *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russel Press, 2004), Annex 5.

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *The Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination* (Luxembourg, Publications Office, 2008).

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *Beyond formal equality: positive action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC* (Luxembourg, Publications Office, 207) - достапно и на француски и германски.

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *Age discrimination and European Law* (Luxembourg, Publications Office, 2005) - достапно и на француски и германски.

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *Religion and Belief in Employment* (Luxembourg, Publications Office, 2006) - достапно и на француски и германски.

Fredman, *Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2002), Chapter 4.

Heyden and von Ungern-Sternberg, 'Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot - Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK', *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2009).

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (London, Interights, 2005), Chapters 3 and 4.

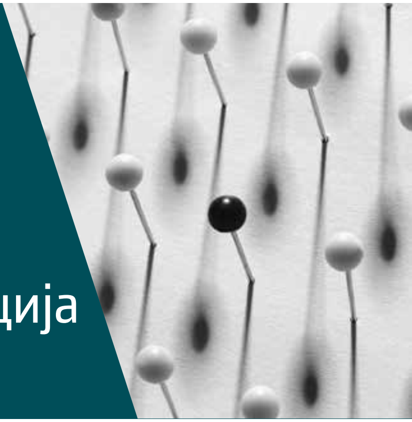
Marguénaud, 'L'affaire Burden ou l'humiliation de la fratrie: Cour européene des droits de l'homme (Gde Ch.), Burden et Burden c. Royaume Uni, 29 avril 2008', 20 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, (2009) 78.

Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Oxfort, Hart Publishing, 2004), Chapter 7.

Schiek, Waddington and Bell (eds.), Cases, *Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Oxford, Hart Publishing, 2007), Chapters 2, 3 and 7.

3

Опфат на европското право за недискриминација



3.1. Вовед

Иако европското право за недискриминација забранува директна и индиректна дискриминација, такви забрани постојат само во одредени контексти. Во ЕУ, правото за недискриминација беше воведено со цел да се олесни функционирањето на внатрешниот пазар, и затоа тоа е традиционално ограничено само во областа на вработувањето. Со воведувањето на Директивата за расна еднаквост од 2000 година, оваа област беше проширена за да ги вклучи пристапот до стоки и до услуги, како и пристапот до државниот систем за социјална заштита, токму поради размислувањата дека за да се гарантира еднаквост на работното место, неопходно е да се гарантира еднаквост и во другите области коишто можат да влијаат врз вработувањето. Потоа беше воведена Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги, со цел да се прошири опсегот на еднаквоста во пристапот до стоки и услуги врз основа на полот. Сепак Директивата за еднаквост при вработувањето од 2000 година, која забранува дискриминацијата врз основа на сексуалната ориентација, попреченоста, возраста, религијата и уверувањето, се применува само во контекст на вработувањето. Како што беше дискутирано во Поглавје 1.1.2., во моментов законодавните тела го разгледуваат прашањето за проширување на заштитата врз овие основи и во контекст на пристапот до стоки и услуги, како и пристапот до системот за социјална заштита.

Спротивно на ова, членот 14 од ЕКЧП гарантира еднаквост во поглед на уживањето на материјалните права што ги гарантира ЕКЧП. Освен тоа, Протоколот 12 кон ЕКЧП, кој стапи во сила во 2005 година, го прошири опсегот на забраната за дискриминација со цел таа да ги покрие сите права што се загарантирани на национално ниво, дури и кога тие не се опфатени во рамките на

правата загарантирани со ЕКЧП. Сепак, Протоколот беше ратификуван од страна на 17 од вкупно 47 членки на Советот на Европа, од кои шест се држави-членки на ЕУ. Ова значи дека меѓу државите-членки на ЕУ постојат различни нивоа на обврски кои произлегуваат од европското право за недискриминација.

Ова Поглавје го разгледува опсегот на примена на европското право за недискриминација. Прво, се разгледува опфатот на членот 14 и Протоколот 12 кон ЕКЧП и методот што ЕСЧП го применува при утврдување на сферата на примена на овие прописи. Потоа се разгледуваат конкретните суштински области опфатени со директивите за недискриминација, со укажување на областите каде одредбите од директивните соодветствуваат на областа што ја покрива и членот 14. На крај, даден е преглед на областите во кои ЕКЧП се применува во поширок контекст од оној опфатен со правото на ЕУ, како што се, на пример, областа на спроведување на законите и „личната сфера".

3.2. Кој добива заштита според европското право за недискриминација?

На почетокот, треба да се разгледа прашањето на уживателите на заштитата пропишана со правото на ЕУ и со ЕКЧП. ЕКЧП гарантира заштита за сите оние кои спаѓаат под јурисдикцијата на една држава-членка, без оглед дали се државјани на таа земја или не, и гарантира заштита вон територијата на државата во оние области коишто се под ефективна контрола на државата (како, на пример, окупираните територии).[82] За разлика од тоа, заштитата што ја гарантира правото на ЕУ е поограничена во опсег. Забраната за дискриминација врз основа на државјанството пропишана во рамките на правото на ЕУ се применува во контекст на слободното движење на лица и се однесува само на државјаните на државите-членки на ЕУ. Дополнително, директивите за недискриминација содржат различни исклучоци што се однесуваат на примената на овие одредби за државјани на трети земји. Државјанин на трета земја е лице кое е државјанин на земја којашто не е членка на ЕУ.

Директивите за недискриминација изречно ја исклучуваат нивната примена во однос на дискриминација врз основа на државјанството, што е уредено со Директивата за слободно движење.[83] Според оваа директива, само државјаните

82 ЕСЧП, *Loizidou v. Turkey* (бр. 15318/89), 18 декември 1996 год.

83 Директивата 2004/38/ЕЗ за правото на граѓаните на Унијата и членовите на нивните семејства слободно да се движат и да престојуваат на територијата на државите-членки, Службен весник бр. L 158, 30.4.2004, стр 77.

на државите-членки на ЕУ имаат право на влез и престој во други држави-членки на ЕУ. По период од пет години законски престој во друга држава-членка на ЕУ, граѓанин на ЕУ има право на постојан престој, со што добива еднакви права со оние што се однесуваат на категоријата „работник". Се разбира, тоа не значи дека државјаните на други држави-членки не се заштитени со директивите за недискриминација. Така, еден Германец хомосексуалец кој е отпуштен од работа во Грција поради неговата сексуална ориентација може да се повика на Директивата за еднаквост при вработувањето. Тоа значи дека при поднесување на жалбата за дискриминација врз основа на државјанство, жртвата треба да се обиде спорното дело да го доведе во врска со расата или етничката припадност како основи за заштита или да се повика на Директивата за слободно движење.

Двете, Директивата за расна еднаквост и Директивата за еднаквост при вработувањето, велат дека тие не создаваат никакво право на еднаков третман за државјаните на трети земји во однос на условите за влез и престој. Понатаму, Директивата за еднаквост при вработувањето вели дека таа не создава никакво право на еднаков третман за државјаните на трети земји во однос на пристапот до вработување и до извршување одредена професија. Директивата за расна еднаквост вели дека таа не опфаќа „каков било третман што произлегува од правниот статус на државјаните на трети земји". Сепак, ова не им дозволува на државите -членки целосно да ја исклучат заштитата за државјани на трети земји, бидејќи во преамбулата на директивата се вели дека државјаните на трети земји се заштитени со директивата, освен во однос на пристапот до вработувањето. Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија) и Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги не ја исклучуваат заштитата за државјани на трети земји.

Сепак, државјаните на трети земји уживаат право на еднаков третман во речиси истите области што ги покриваат директивите за недискриминација откако ќе се квалификуваат како „жители со подолг престој", во согласност со Директивата за државјани на трети земји (која, меѓу другите услови, пропишува период од пет години законски престој).[84] Дополнително, Директивата за обединување на семејството, во одредени услови, им дозволува на државјаните на трети земји кои законски престојуваат во некоја држава-членка да бидат придружени од членовите на нивното семејство.[85]

84 Директива 2003/109/ЕЗ која се однесува на статусот на државјаните на трети земји кои се жители со подолг престој, Службен весник бр. L 16, 23.1.2004, стр. 44.

85 Директива 2003/86/ЕЗ за правото на обединување на семејството, Службен весник бр. L 251, 3.10.2003, стр. 12.

Се разбира, овие правила пропишани во правото на ЕУ не ги спречуваат државите-членки да воведат поповолни услови во рамките на националното законодавство. Дополнително, судската практика на ЕСЧП, којашто е предмет на дискусија во Поглавје 4.7., покажува дека иако една држава може да смета дека лицата кои се државјани и оние кои не се државјани не се во споредлива ситуација (и нивниот различен третман во одредени околности да го смета за дозволен), начелно сите права пропишани со ЕКЧП мора еднакво да се гарантираат за сите лица кои спаѓаат под нејзина јурисдикција. Во таа насока, ЕКЧП наметнува обврски за државите-членки во врска со државјаните на трети земи, кои во некои области се пошироки од барањата пропишани со правото на ЕУ.

3.3. Опфатот на Европската конвенција: членот 14 и Протоколот 12

3.3.1. Природата на забраната за дискриминација од Конвенцијата

Членот 14 гарантира еднаквост „во уживањето на... правата и слободите“ предвидени во ЕКЧП. Затоа, ЕСЧП не е надлежен да разгледува жалби за дискриминација, освен доколку тие не се поврзани со некое од правата загарантирани со ЕКЧП.

Секогаш кога ЕСЧП разгледува наводна повреда на членот 14, тоа го прави во врска со некое материјалното право. Често, жалителот наведува повреда на некое материјално право, и дополнително на тоа упатува на повреда на материјалното право во врска со членот 14. Со други зборови, освен тоа што не ги исполнува стандардите потребни за остварување на едно материјално право, повредата на правото на жалителот претставува и дискриминација во смисла на тоа дека оние кои се во слични ситуации не биле соочени со слично обесправување. Како што е дадено во Поглавје 4, чести се случаите каде ЕСЧП утврдува повреда на материјалното право, но не ја разгледува жалбата за дискриминација доколку смета дека тоа во суштина би подразбирало разгледување на истата жалба.

Ова Поглавје прво дава преглед на правата загарантирани со ЕКЧП, а потоа објаснува како ЕСЧП го толкувал опфатот на ЕКЧП за потребите на примената на членот 14.

3.3.1.1. Права загарантирани со Конвенцијата

Бидејќи членот 14 целосно зависи од дискриминацијата што се заснова врз едно од материјалните права загарантирани со ЕКЧП, потребно е сеопфатно разбирање на правата што ги покрива ЕКЧП. ЕКЧП содржи список на права, главно категоризирани како „граѓански и политички“, но сепак таа заштитува и одредени „економски и социјални“ права.

Материјалните права содржани во ЕКЧП имаат исклучително широк опсег, вклучително и, на пример: правото на живот, правото на почитување на приватниот и семејниот живот, и слободата на мисла, совест и религија.

Секогаш кога едно прашање на дискриминација се поврзува со една од областите опфатени со право загарантирано со ЕКЧП, ЕСЧП ги разгледува и жалбените наводи за повреда на членот 14.

Ова е исклучително важна разлика меѓу правото на ЕУ и ЕКЧП, при што ЕКЧП обезбедува заштита од дискриминација за прашања коишто не се уредени со правото за недискриминација на ЕУ. Иако Повелбата за основните права ја обврзува ЕУ да не ги нарушува човековите права со мерките коишто ги презема (вклучително и забраната за дискриминација), Повелбата се однесува само на државите-членки, и тоа кога тие го применуваат правото на ЕУ. Повелбата се однесува на државите-членки во вакви ограничени околности, едноставно затоа што самата ЕУ нема воспоставено административен апарат во државите-членки за спроведување на правото на ЕУ, туку правото на ЕУ се спроведува од страна на административните органи на самите држави-членки. Оттука, Повелбата не создава никаков ефект во оние области каде државите-членки не делегирале овластувања на ЕУ.

Од воведувањето на директивите за недискриминација и проширувањето на заштитата во однос на пристапот до стоки и услуги и пристапот до системот за социјална заштита, разликата во опфатот на заштита што ја нуди ЕКЧП и директивите се намалила. Сепак, може да се посочат некои области каде ЕКЧП нуди поширока и приоритетна заштита во споредба со правото на ЕУ. Тие области се разгледуваат подолу.

3.3.1.2. Опфат на правата од Конвенцијата

Кога го применува членот 14, ЕСЧП применува широко толкување на опсегот на правата од ЕКЧП:

- прво, ЕСЧП појасни дека може да разгледува жалби во врска со членот 14 кои се однесуваат на некое материјално право, дури и во случај кога не постои повреда на предметното материјално право;[86]
- второ, ЕСЧП наведе дека опфатот на ЕКЧП се протега пошироко од словото на загарантираните права. За ЕСЧП, доволно е фактите во предметот да бидат широко поврзани со прашањата коишто се заштитени со ЕКЧП.

Пример: во предметот *Zarb Adami v. Malta*, жалителот дал наводи за дискриминација врз основа на полот поради несразмерно високиот број мажи кои се повикани да служат во порота.[87] Членот 4(2) од ЕКЧП забранува принудна работа. Но, членот 4(3)(г) пропишува дека „редовните граѓански обврски“ не се опфатени со концептот за „принудна работа“. ЕСЧП утврдил дека, иако „редовните граѓански обврски“ не се опфатени со овој член (со други зборови, ЕКЧП не овозможува ослободување од извршување на поротничката должност), фактите на предметот спаѓаат во опсегот на тоа право. ЕСЧП своето резонирање го засновал на фактот дека она што претставува „редовна граѓанска должност“ може да стане „нередовна“ кога се применува на дискриминаторски начин.

Пример: во предметот *E.B. v. France*, националните органи одбиле барање за посвојување што го поднела една лезбејка која живеела со нејзината партнерка.[88] Жалителката навела прекршување на членот 8, во врска со членот 14. ЕСЧП забележал дека од него не се бара да одлучува дали е прекршен самиот член 8, што тој го сметал за важно, бидејќи членот 8 сам по себе не гарантира право на основање семејство или право на посвојување. Сепак, ЕСЧП нагласил дека е можно жалбата за дискриминација да влезе во опсегот на одредено право, дури и кога прашањето за коешто станува збор не е поврзано со конкретно право загарантирано со ЕКЧП. Судот одлучил дека со оглед на тоа што Франција во своите национални закони предвидела право на посвојување, фактите на предметот несомнено влегуваат во опсегот на членот 8. Врз основа на фактите од предметот, ЕСЧП, исто така, утврдил дека сексуалната ориентација на жалителката имала решавачка улога во одбивањето на надлежните органи да ѝ дозволат да посвои дете, што пак претставува дискриминаторски третман во споредба со другите немажени/

86 Види: ЕСЧП, *Sommerfeld v. Germany* [голем судски совет] (бр. 31871/96), 8 јули 2003 год.
87 ЕСЧП, *Zarb Adami v. Malta* (бр. 17209/02), 20 јуни 2006 год.
88 ЕСЧП, *E.B. v France* [голем судски совет] (бр. 43546/02), 22 јануари 2008 год.

неженети поединци кои, во согласност со националното законодавство, имаат право на посвојување.

Пример: во предметот *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, жалителите пред судот дале наводи дека нивното право на почитување на приватниот живот било повредено со тоа што државата наметнала забрана за пристап до вработување во државната служба и забрана за вработување во одредени сегменти од приватниот сектор.[89] ЕКЧП не гарантира право на работа. Сепак, ЕСЧП одлучил дека овој случај спаѓа во опсегот на членот 8, затоа што „во голема мера, таквата забрана влијаела врз нивната способност да развиваат односи со надворешниот свет и создала сериозни тешкотии за нив во поглед на заработувањето за живот, со очигледни последици врз уживањето на правото на приватен живот.“[90]

Пример: во предметот *Carson and Others v. UK*, жалителите навеле дека владата ги дискриминирала врз основа на местото на живеење, одбивајќи да дозволи нивните пензии да се покачат врз иста основа како и пензиите на пензионерите кои живеат во Обединетото Кралство или во некоја од земјите со кои Обединетото Кралство има склучено соодветен билатерален договор.[91] ЕСЧП одлучил дека иако ЕКЧП не создава право на социјално осигурување или пензија, во случај кога самата држава одлучила да го воведе ваквото право, тоа го повлекува правото на сопственост коешто е заштитено со членот 1 од Протоколот 1.

ЕСЧП на сличен начин одлучил и во многу други случаи поврзани со различни форми на исплата на државни бенефиции и при тоа навел дека таквите случаи спаѓаат во опсегот на членот 1 од Протоколот 1[92] (бидејќи се сметаат за сопственост)[93] или во опсегот на членот 8 (бидејќи влијаат врз семејниот

89 ЕСЧП, *Sidabras and Džiautas v. Lithuania* (бр.. 55480/00 и 59330/00), 27 јули 2004 год.

90 Ibid., параграф 48

91 ЕСЧП, *Carson and Others v. UK* [голем судски совет] (бр. 42184/05), 16 март 2010 год.

92 Целосно разгледување на членот 1 од Протоколот 1 може да се најде на интернет страницата на Советот на Европа, Образование за човековите права наменето за практичари, кај GrgiČ, Mataga, Longar and Vilfan, 'The right to property under the ECHR', *Human Rights Handbook*, No. 10, 2007 год, достапно на: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123.

93 На пример, ЕСЧП, *Stec and Others v. UK* [голем судски совет] (бр. 65731/01 и 65900/01), 12 април 2006 год. (исплата на пензии и инвалидска помош); ЕСЧП, *Andrejeva v. Latvia* [голем судски совет] (бр. 55707/00), 18 февруари 2009 год. (исплата на пензии); ЕСЧП, *Koua Pairrez v. France* (бр. 40892/98), 30 септември 2003 год. (исплата на инвалидска помош); ЕСЧП, *Gaygusuz v. Austria* (бр. 17371/90), 16 септември 1996 год. (исплата на бенефиции во случај на невработеност).

или приватниот живот),[94] за целите на примената на членот 14. Ова е особено важно во однос на дискриминацијата врз основа на државјанството, што беше дискутирана погоре во Поглавје 3.2., поради фактот дека правото на ЕУ е далеку порестриктивно во овој поглед.

3.3.1.3. Протокол 12

Протоколот 12 забранува дискриминација во однос на „уживањето на некое право предвидено со закон“ и оттука тој има поголем опсег од членот 14 кој се однесува само на правата загарантирани со ЕКЧП. Според коментарот кој се однесува на значењето на овие поими во Објаснувачкиот извештај на Советот на Европа, следнава одредба се однесува на дискриминацијата:

- при уживање на кое било право што националното законодавство конкретно му го дава на поединецот;
- при уживање на право коешто може да се извлече од јасната обврска на некој државен орган пропишана со националното законодавство, односно кога во согласност со националните закони, некој јавен орган има обврска да се однесува на одреден начин;
- од страна на јавен орган, при извршување на дискреционите овластувања (на пример, доделување некакви субвенции);
- преку друг чин или пропуст направен од страна на јавен орган (на пример, однесувањето на припадник на полицијата при контролирањето на немири).“[95]

Коментарот, исто така, вели дека Протоколот начелно ги заштитува поединците од дискриминација која ја прави државата, но тој се однесува и на односите меѓу приватните лица, за коишто обично се смета дека се регулирани од страна на државата, „на пример, своеволно одбивање пристап до работа, пристап до ресторани или до услуги што приватни лица ги обезбедуваат за јавноста, како што се медицинска нега или комунални услуги од типот снабдување со вода и со електрична енергија“.[96] Општо земено, Протоколот 12 забранува дискриминација вон чисто лични контексти, каде поединците извршуваат функции коишто ги

94 На пример, ЕСЧП, *Weller v. Hungary* (бр. 44399/05), 31 март 2009 год. (детски додаток на исплатата за социјално осигурување).

Протокол 12 кон Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи (Збирка на европските договори бр. 177), Објаснувачки извештај, параграф 22, достапен на: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm.

96 Ibid., параграф 28.

ставаат во положба да одлучуваат за начинот на кој се нудат јавно-достапните стоки и услуги.

Во единствениот предмет што ЕСЧП го разгледувал врз основа на членот 1 од Протоколот 12, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, за кој се дискутира во Поглавје 4.6., ЕСЧП изјавил дека овој инструмент „воведува општа забрана за дискриминација“. Исто така, тој изјавил дека анализата на предметите за дискриминација би била идентична со онаа востановена од страна на ЕСЧП во контекст на членот 14.

3.4. Опфат на директивите за недискриминација на ЕУ

Според директивите за недискриминација, опфатот на забраната за дискриминација се однесува на три области: вработување, социјална заштита и пристап до стоки и услуги. Во моментов, Директивата за расна еднаквост се однесува на сите три области. Иако новото законодавство со кое ќе се прошири Директивата за еднаквост при вработувањето на сите три области сè уште се разгледува, оваа директива во моментов се однесува само на вработувањето. Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија) и Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги се однесуваат само на вработувањето и на пристапот до стоки и услуги, но не го покриваат системот на социјална заштита.

3.4.1. Вработување

Заштитата од дискриминација во областа на вработувањето се однесува на сите основи за заштита предвидени во директивите за недискриминација.

3.4.1.1. Пристап до вработување

ЕСП применува широко толкување на концептот „пристап до вработување“.

> Пример: во предметот *Meyers v. Adjudication Officer*, ЕСП утврдил дека пристапот до вработување ги покрива „не само условите што се обезбедени пред да се склучи работен однос“, туку и сите фактори на влијание коишто треба да се земат предвид пред поединецот да донесе одлука дали да

го прифати понуденото работно место или не.[97] Во предметот *Meyers*, доделувањето одредени државни бенефиции (кои се исплаќаат во зависност од нивото на приходи) може да влезе во оваа област. Тоа се должи на фактот дека кога размислува дали да го прифати работното место кандидатот би бил под влијание на неговото право да добие такви бенефиции. Следствено, таквите размислувања влијаат и врз пристапот до вработувањето.

Пример: во предметот *Schnorbus v. Land Hessen*, жалителката аплицирала за стажантско место што е поврзано со квалификации за вработување во судството.[98] Според националното законодавство, таа требало да положи државен испит, по што следува период на стажирање, и потоа да положи уште еден испит. Жалителката го положила првиот испит, но ѝ било одбиено стажантското место со образложение дека во моментот нема слободни стажантски места. Последователно на тоа, нејзиниот прием бил одложен сè до ослободувањето на стажантски места од следниот циклус на обука. Жалителката тврдела дека била дискриминирана затоа што приоритет бил даден на машките кандидати кои отслужиле воен рок. ЕСП утврдил дека националното законодавство што го уредува датумот на прием за стажантско место влегуваат во опфатот на „пристап до вработување", бидејќи и периодот на стажирање се смета за „вработување" сам по себе и како дел од процесот за добивање работно место во судството.

3.4.1.2. Услови за вработување, вклучително и отпуштање од работа и плата

Повторно, ЕСП, кога толкува што влегува во оваа област, применува доста широко поимање. На крајот, тоа довело до ситуација каде сите услови што потекнуваат од работниот однос се сметаат дека влегуваат во оваа категорија.

Пример: во предметот *Meyers*, жалителката, која била самохрана мајка, навела индиректна дискриминација врз основа на полот поради методот што се користи за пресметување на квалификуваноста на самохраните родители за подигање семеен кредит.[99] Од ЕСП било побарано да појасни дали одобрувањето семеен кредит (во форма на државна помош) е само прашање

97 ЕСП, *Meyers v. Adjudication Officer*, предмет C-116/94 [1995] ECR I-2131, 13 јули 1995 год.
98 ЕСП, *Schnorbus v. Land Hessen*, предмет C-79/99 [2000] ECR I-10997, 7 декември 2000 год.
99 ЕСП, *Meyers v. Adjudication Officer*, предмет C-116/94 [1995] ECR I-2131, 13 јули 1995 год.

> на социјална заштита или пак тоа претставува и услов за вработување. ЕСП го земал предвид фактот дека семејниот кредит за кој станува збор се исплаќа врз основа на исполнување на следниве три услови: приходот на барателот да не надминува одредена сума; барателот или неговиот партнер да бидат во работен однос; и барателот или неговиот партнер да бидат одговорни за дете. ЕСП утврдил дека Директивата за еднаков третман (сега заменета со Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија)) не треба да се смета за неприменлива единствено затоа што помошта за која станува збор претставува дел од системот за социјално осигурување. Напротив, бил усвоен поширок пристап кој разгледува дали помошта се дава во врска со работен однос. Во овој случај, за да може да биде корисник на системот за семејни кредити, жалителката требало да докаже дека таа или нејзиниот партнер имаат платена работа. Условот за заснован работен однос го подведува системот на семејни кредити во категоријата работни односи.

Примената на ваквата широка дефиниција на концептот за вработување и работни односи го навела ЕСП да утврди дека обезбедувањето јасли на работното место[100] и намалувањето на работното време, исто така, влегуваат во опфатот на овој концепт.[101]

ЕСП, исто така, усвоил доста инклузивен пристап кон прашањата поврзани со отпуштање од работа и плата. Во однос на областа отпуштање од работа, тоа ги покрива речиси сите ситуации каде се прекинува работниот однос. Утврдено е дека тоа вклучува, на пример, случаи кога работниот однос се прекинува во согласност со план за доброволно заминување како технолошки вишок,[102] или кога работниот однос се прекинува преку задолжително заминување во пензија.[103]

Концептот на плата е дефиниран во членот 157 од Договорот за функционирањето на ЕУ, каде се вели дека платата е „обична основна или минимална надница или исплата и каков било друг надомест, во готово или во натура, што работникот го добива од работодавачот, директно или индиректно, во врска со неговиот работен однос.“ Оваа дефиниција покрива различни бенефиции што работникот ги добива врз основа на заснован работен однос. Опфатот на оваа дефиниција

100 ЕСП, *Lommers v. Minister van Landbouw*, предмет C-476/99 [2002] ECR I-2891, 19 март 2002 год.

101 ЕСП, *Jamstalldhetsombudsmannen v. Orebro Lans Landsting*, предмет C-236/98 [2000] ECR I-2189, 30 март 2000 год.

102 ЕСП, *Burton v. British Railways Board*, предмет 19/81 [1982] ECR 555, 16 февруари 1982 год.

103 ЕСП, *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*, предмет C-411/05 [2007] ECR I-8531, 16 октомври 2007 год.

бил предмет на разгледување во низа предмети изнесени пред ЕСП и при тоа било одлучено дека дефиницијата ги покрива сите бенефиции поврзани со работното место, вклучително и субвенционирано патување со воз,[104] надомест за живеење во странство,[105] божиќни бонуси,[106] и работни пензии.[107] Она што во суштина се бара при утврдување на фактот дали едно прашање влегува во поимот „плата“ е некаква форма на бенефиција што произлегува од постоењето на работниот однос.

3.4.1.3. Пристап до професионална ориентација и стручна обука

Дефиницијата за „професионална ориентација и стручна обука“ беше разгледувана од страна на ЕСП во контекст на слободното движење на луѓе.[108] ЕСП усвои широка дефиниција.

Пример: во предметот *Gravier*, една студентка, која била француска државјанка, сакала да студира стрип уметност на Кралската академија за уметност во Лиеж (Académie Royale des Beaux-Arts).[109] Таа требало да плати такса за регистрација, додека студентите од државата-домаќин не биле подложени на плаќање ваква такса. ЕСП изјавил дека:

„...секоја форма на образование преку кое се врши подготовка за квалификација за извршување на некоја професија, занает или вработување или коешто обезбедува неопходна обука и вештини за таа професија, занает или вработување претставува стручна обука, без оглед на возраста и нивото на обука на учениците или студентите, дури и кога програмата за обука вклучува елемент на општо образование.“

104 ЕСП, *Garland v. British Rail Engineering Limited*, предмет 12/81 [1982] ECR 455, 9 февруари 1982 год.

105 ЕСП, *Sabbatini v. European Parliament*, предмет 20/71 [1972] ECR 345, 7 јуни 1972 год.

106 ЕСП, *Lewen v. Denda*, предмет C-333/97 [1999] ECR I-7243, 21 октомври 1999 год.

107 ЕСП, *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, предмет C-262/88 [1990] ECR I-1889, 17 мај 1990 год.

108 Според членот 7(3) од Регулативата 1612/68 за слободата на движење на работниците во рамките на Заедницата (Службен весник бр. L 257, 19.10.1968, стр. 2), работникот „има пристап до обука во стручни училишта и центри за преквалификација“ без да подлежи на понеповолни услови во споредба со домашните работници.

109 ЕСП, *Gravier v. Ville de Liége and Others*, предмет 293/83 [1985] ECR 593, 13 февруари 1985 год.

Пример: оваа дефиниција била применета во предметот *Blaizot*, каде жалителот аплицирал за прием на курс за ветеринарна медицина.[110] ЕСП утврдил дека, генерално, универзитетска диплома се подведува во рамките на значењето на „стручна обука“, дури и во случај кога крајната квалификација што се доделува во рамки на програмата не претставува директна квалификација потребна за одредена професија, занает или вработување. Доволен е фактот дека програмата за која станува збор обезбедува знаење, обука или вештини потребни за одредена професија, занает или вработување. Така, кога некои занаети не налагаат формална квалификација, или кога универзитетската диплома, сама по себе, не претставува формален услов за извршување на некоја професија, тоа не претставува пречка програмата да се смета за „стручна обука“. Единствениот исклучок од ваквото толкување се „одредени студиски курсеви кои, по својата специфична природа, се наменети за лица кои сакаат да го подобрат своето општо знаење, а не да се подготват за извршување на некоја професија.“

3.4.1.4. Организации на работниците и на работодавачите

Оваа област не се однесува само на членство во и пристап до организациите на работници или на работодавачи, туку покрива и вклучување на лицата во овие организации. Според насоките дадени од страна на Европската комисија, ова има за цел да гарантира дека дискриминација нема да се случи во контекст на членството во или придобивките што произлегуваат од овие тела.[111]

3.4.1.5. Европската конвенција и контекстот на вработувањето

Иако ЕКЧП не содржи право на вработување, се смета дека членот 8 во одредени околности ја покрива областа на вработувањето. Во горенаведениот предмет *Sidabras and Džiautas v. Lithuania* се сметало дека владината забрана за вработување во државниот сектор и во делови од приватниот сектор која се однесува на поранешни агенти на КГБ влегува во опсегот на членот 8, во врска со членот 14, бидејќи „во голема мера, таа влијаела врз нивната способност да развијат

110 ЕСП, *Blaizot v. Université de Liége and Others*, предмет 24/86 [1988] ECR 379, 2 февруари 1988 год.

111 Предлог за Директива на Советот за спроведување на принципот на еднаков третман меѓу луѓето независно од нивното расно или етничко потекло, COM (1999) 566 final, 25.11.1999.

односи со надворешниот свет и за нив создала сериозни тешкотии во поглед на заработувањето за живот, со очигледни последици врз уживањето на правото на приватен живот“.[112] Слично на тоа, во предметот *Bigaeva v. Greece*, било утврдено дека членот 8 може да го опфати и вработувањето, вклучително и правото на пристап до професија.[113]

ЕСЧП, исто така, забранува дискриминација врз основа на членство во синдикат. Освен тоа, во рамките на ЕКЧП правото за основање синдикати се гарантира како самостојно право.[114]

Пример: во предметот *Danilenkov and Others v. Russia*, жалителите биле изложени на вознемирување и неповолен третман од страна на нивниот работодавач врз основа на нивното членство во синдикат.[115] Нивните граѓански тужби пред националните судови биле одбиени со оглед на тоа дека дискриминација може да се утврди само во кривична постапка. Сепак, јавниот обвинител одбил да поведе кривична постапка бидејќи стандардот за докажување налагал државата да покаже „без разумно сомнение“ дека еден или повеќе менаџери на фирмата имале намера да дискриминираат. ЕСЧП утврдил дека непостоењето на ефективна судска заштита во рамките на националното законодавство која се однесува на заштитата на слободата на здружување во синдикати претставува повреда на членот 11, во врска со членот 14.

3.4.2. Пристап до социјална заштита и форми на социјално осигурување

Од сите директиви за недискриминација, само Директивата за расна еднаквост обезбедува широка заштита од дискриминација во однос на пристапот до системот на социјална заштита и други форми на социјално осигурување. Ова го опфаќа и пристапот до нематеријална помош којашто се смета за „вообичаени“ во државата, како што се јавното здравство, образованието и системот за социјално осигурување. Сепак, Директивата за родово-рамноправно социјално осигурување воспоставува право на еднаков третман врз основа на полот во однос на потесното поле што го покрива „социјалното осигурување“.

112 ЕСЧП, *Sidabras and Džiautas v. Lithuania* (бр. 55480/00 и 59330/00), 27 јули 2004 год.
113 ЕСЧП, *Bigaeva v. Greece* (бр. 26713/05), 28 мај 2009 год.
114 На пример: ЕСЧП, *Demir and Baykara v. Turkey* (бр. 34503/97), 12 ноември 2008 год.
115 ЕСЧП, *Danilenkov and Others v. Russia* (бр. 67336/01), 30 јули 2009 год.

3.4.2.1. Социјална заштита, вклучително и социјално осигурување и здравство

Прецизниот опсег на оваа област е несигурен бидејќи истиот не е објаснет во рамките на Директивата за расна еднаквост и допрва треба да се протолкува преку судската практика на ЕСП. Како што беше кажано погоре, Директивата за родово-рамноправно социјално осигурување предвидува еднаков третман врз основа на полот и тоа во однос на „задолжителните системи за социјално осигурување".[116] Членот 1(3) овие системи ги дефинира како планови што обезбедуваат заштита во случај на болест, инвалидитет, старост, незгоди на работното место и трудови болести, невработеност, и тоа како дополнување на „социјалната помош, сè додека тие се наменети да ги надополнат или да ги заменат" претходните планови.

Нејасно останува што се мисли под поимот „социјална заштита", иако Објаснувачкиот меморандум на Комисијата за предлог директивата за расна еднаквост, како и формулациите содржани во самата директива, упатуваат на фактот дека социјалната заштита е поширока од „социјално осигурување".[117] Со оглед на намерната широчина на одредбата, треба да се смета дека секоја форма на бенефиции што ги нуди државата, без оглед дали тие се од економска или нематеријална природа, влегува во категоријата социјална заштита, доколку истата не е опфатена со социјалното осигурување. Во таа смисла, голема е веројатноста дека одделни области во кои се применува Директивата за расна еднаквост се преклопуваат.

Нејасен е и опфатот на заштитата од дискриминација во областа на здравството. Се чини дека ова се однесува на пристапот до јавното здравство и тоа во врска со обезбедувањето на здравствени услуги, како што е лекувањето што го обезбедува административниот и медицинскиот персонал. Се претпоставува дека заштитата се однесува и на здравственото осигурување кога услугите ги обезбедуваат приватни институции, но пациентите ги повратуваат исплатените средства за здравствени услуги преку задолжителниот систем за здравствено осигурување. Овде, се чини дека одбивањето да се осигури поединец или наплатувањето повисоки осигурителни премии врз основа на расата или етничката припадност влегуваат во опсегот на оваа одредба. Алтернативно, овие

116 За разлика од „системот за работничко осигурување" што во Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија) се категоризира како „плата".

117 Предлог за Директива на Советот за спроведување на принципот на еднаков третман на за лицата без оглед на нивното расно или етничко потекло, COM (1999) 566 final, 25.11.1999.

области би можеле да бидат подведени во опсегот на одредбата за пристап до стоки и услуги.

3.4.2.2. Социјални бенефиции

Опфатот на „социјалните бенефиции" е добро утврден преку судската практика на ЕСП во контекст на правото за слободно движење на лица и за него се применува исклучително широка дефиниција.

> Пример: во предметот *Cristini*, жалителката, која е италијанска државјанка, живеела во Франција со своите деца, а нејзиниот покоен сопруг се сметал за „работник" според правото на ЕУ.[118] Француските железници нуделе субвенционирани патнички пропусници за големи семејства, но барањето на г-ѓа Кристини за таква пропусница било одбиено, и тоа врз основа на нејзиното државјанство. Аргументите дадени во таа насока наведувале дека за потребите на правото на ЕУ, „социјални бенефиции" се само оние бенефиции коишто потекнуваат од договорот за работен однос. ЕСП не се согласил со ваквото резонирање, и утврдил дека терминот треба да ги вклучува сите бенефиции, без оглед на постоењето на договор за работен однос, вклучително и пропусници за поевтини билети.

Во предметот *Even*, ЕСП ги дефинирал „социјалните бенефиции" како бенефиции:

> *„кои, без оглед дали се поврзани со договор за работен однос или не, обично се доделуваат на национални работници, главно поради нивниот објективен статус на работници или поради самиот факт дека тие престојуваат на територијата на таа држава, а проширувањето на овие бенефиции на работници кои се државјани на други држави-членки се смета за соодветно, со цел да се олесни нивната мобилност во рамките на Заедницата."*[119]

Терминот се применува на речиси сите права сѐ додека тие ја задоволуваат дефиницијата дадена во предметот *Even*: не постои разлика меѓу право што се доделува како апсолутно право или оние права што се доделуваат на дискрециона основа. Понатаму, дефиницијата не ја исклучува можноста правата коишто се доделуваат по завршувањето на работниот однос да се сметаат

118 ЕСП, *Fiorini (née Cristini) v. SNCF*, предмет 32/75 [1975] ECR 1085, 30 септември 1975 год.
119 ЕСП, *Criminal Proceedings against Even*, предмет 207/78 [1979] ECR 2019, 31 мај 1979 год., параграф 22.

за социјални бенефиции, како што е правото на пензија.[120] Во суштина, во контекст на слободното движење, социјалните бенефиции се однесуваат на сите бенефиции коишто имаат својство на поддршка за работникот-мигрант со цел тој да се интегрира во општеството на државата-домаќин. До сега, судовите имаат прилично либерален приод кон утврдувањето дали некое прашање претставува социјална бенефиција. Примерите за вакви случаи вклучуваат:

- исплата на бескаматен „заем за породување". Иако објаснувањето за доделувањето вакви заеми упатува на поттикнување на наталитетот во државата, ЕСП сметал дека заемот претставува социјална бенефиција, бидејќи на него се гледа како на средство за олеснување на финансискиот товар на семејствата со ниски приходи;[121]
- доделување грант врз основа на договор за културна соработка, со цел да се поддржат националните работници кои се стекнуваат со образование во странство;[122]
- правото на поединецот да му се прочита кривичното обвинение на јазикот што се зборува во неговата матична земја.[123]

3.4.2.3. Образование

Иницијално, заштитата од дискриминација во пристапот до образование е развиена во контекст на слободното движење на лица во согласност со членот 12 од Регулативата 1612/68, која конкретно се однесува на децата на работниците. Очигледно е дека областа на образованието се преклопува со областа на стручната обука. Нејасно е дали таа ги вклучува и програмите за високо образование коишто се исклучени од областа на стручната обука и се наменети исклучиво за подобрување на општото знаење.

> Пример: во предметот *Casagrande v. Landeshauptstadt München*, жалителката била ќерка на италијански државјанин кој работел во Германија.[124] Германските власти исплатувале месечен детски додаток за деца на училишна возраст кои посетуваат училиште, со цел да поддржат „редовно посетување на наставата". ЕСП утврдил дека сите општи мерки наменети

120 ЕСП, *Commission v. France*, предмет C-35/97 [1998] ECR I-5325, 24 септември 1998 год.
121 ЕСП, *Reina v. Landeskreditbank Baden-Württemberg*, предмет 65/81 [1982] ECR 33, 14 јануари 1982 год.
122 ЕСП, *Matteucci v. Communauté française of Belgium*, предмет 235/87 [1988] ECR 5589, 27 септември 1988.
123 ЕСП, *Criminal Proceedings against Mutsch*, предмет 137/84 [1985] ECR 2681, 11 мај 1985 год.
124 ЕСП, *Casagrande v. Landeshauptstadt Münschen*, предмет 9/74 [1974] ECR 773.

да го поддржат редовното посетување на настава влегуваат во опсегот на образованието.

3.4.2.4. Европската конвенција и контекстот на социјална заштита и образование

Иако ЕКЧП не содржи право на социјално осигурување, судската практика на ЕСЧП јасно укажува на тоа дека формите на социјалното осигурување, како што се исплати на придонеси и пензии, спаѓаат во опсегот на членот 1 од Протоколот 1 или членот 8 од ЕКЧП.[125]

Иако ЕКЧП не содржи право на здравствена нега, ЕСЧП сметал дека прашањата поврзани со здравствената нега, како што е пристапот до медицински досиеја,[126] спаѓаат во рамките на членот 8 или на членот 3, кога недозволувањето пристап до здравството е доволно сериозно за да се смета за нечовечки или деградирачки третман.[127] Оттука, може да се тврди дека жалбите кои се однесуваат на дискриминација при добивањето пристап до здравство спаѓаат во опсегот на членот 14.

Нејасно е дали пристапот до социјални бенефиции во форма на нематеријална помош, како што се, на пример, пропусници за превоз, влегува во опфатот на ЕКЧП, сепак, широкоградото толкување на членот 8 од страна на ЕСЧП сугерира дека ваквите бенефиции сепак можат да влезат во опфатот на ЕКЧП, особено кога ваквите бенефиции имаат за цел да ја подобрат добросостојбата на едно семејство.

Членот 2 од Протоколот 1 кон ЕКЧП содржи самостојно право на образование и, следствено на тоа, ЕСЧП смета дека жалбите за дискриминација во контекст на образованието спаѓаат во опсегот на членот 14. Дискриминацијата врз основа на образованието, според ЕКЧП, е предмет на разгледување во предметот *D.H. and Others v. the Czech Republic*[128], за кој се дискутира во Поглавје 2.3.1., и во предметот *Oršuš and Others v. Croatia*[129], за кој се дискутира во Поглавје 5.3.

125 За повеќе информации, види: ЕСЧП, *Andrejeva v. Latvia* [голем судски совет] (бр. 55707/00), 18 февруари 2009 год; ЕСЧП, *Gaygusuz v. Austria* (бр. 17371/90), 16 септември 1996 год.; и ЕСЧП, *Koua Poirrez v. France* (бр. 40892/98), 30 септември 2003 год., коишто се детално разгледани во Поглавје 4.7.

126 ЕСЧП, *K.H. and Others v. Slovakia*, (бр.32881/04), 28 април 2009 год.

127 ЕСЧП, *Sławomir Musiał v. Poland* (бр. 28300/06), 20 јануари 2009 год.

128 ЕСЧП, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [голем судски совет] (бр. 57325/00), 13 ноември 2007 год.

129 ЕСЧП, *Oršuš and Others v. Croatia* [голем судски совет] (бр. 15766/03), 16 март 2010 год.

3.4.3. Пристап до стоки и услуги, вклучително и до домување

Заштитата од дискриминација во областа пристап до стоки и услуги, вклучително и до домување, се применува само врз основа на раса и тоа преку Директивата за расна еднаквост, и врз основа на полот, преку Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги. Членот 3(1) од Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги обезбедува попрецизна одредба и пропишува дека одредбата се однесува на сите стоки и услуги „кои се јавно достапни, без оглед на засегнатото лице, како во јавниот, така и во приватниот сектор, вклучително и услугите на јавните органи, кои се нудат надвор од доменот на приватниот и семејниот живот, како и трансакциите што се реализираат во овој контекст." Оваа директива, преку параграф 13 од Преамбулата, изречно ја исклучува својата примена во однос на „медиумските содржини и рекламите" и „јавното или приватното образование", иако вториот исклучок не го намалува опсегот на Директивата за расна еднаквост, која изречно го наведува образованието како област во која се применуваат нејзините одредби. Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги дава упатување и на членот 57 од Договорот за функционирањето на ЕУ:

> *„Услугите се смета дека се 'услуги' во рамките на значењето на овој Договор кога тие се обезбедуваат за одреден надомест...*
>
> *Конкретно, терминот 'услуги' вклучува:*
>
> *(а) активности од индустриски карактер;*
> *(б) активности од трговски карактер;*
> *(в) активности на занаетчии, и*
> *(д) активности што се извршуваат како дел од некоја професија."*

Врз таа основа, се чини дека оваа област ги покрива сите контексти во коишто стоки или услуги се обезбедуваа во замена за одреден надомест, сè додека таквата размена не се случува во сосема личен контекст, со исключок на јавното или приватното образование.

Судската практика на националните тела сугерира дека оваа област покрива сценарија, како што се добивање пристап до или нивото на услуги што го

обезбедуваат барови,[130] ресторани и ноќни клубови,[131] дуќани,[132] купување на осигурување,[133] како и дејностите што ги извршуваат „приватни" продавачи, како на пример одгледувачи на кучиња.[134] Иако здравството е посебно опфатено со Директивата за расна еднаквост, тоа може да влезе и во опсегот на услуги, особено кога се работи за приватни здравствени услуги или кога поединците се обврзани да плаќаат задолжително здравствено осигурување со цел да ги покријат сопствените здравствени трошоци. Во таа смисла, ЕСП ги толкува услугите во контекст на слободното движење на услуги, за тие да ја опфатат и здравствената нега што ја обезбедува профитабилен правен субјект во замена за надомест.[135]

Директивата за расна еднаквост не го дефинира домувањето. Сепак, сугерирано е дека таа треба да се толкува во светло на меѓународното право за човековите права, особено во поглед на почитувањето на домот според членот 7 од Повелбата за основните права на ЕУ и според членот 8 од ЕКЧП (со оглед на тоа дека сите држави-членки на ЕУ се договорни страни на ЕКЧП и со оглед на тоа дека ЕУ во иднина ќе пристапи кон ЕКЧП) и правото на соодветно домување што е дадено во членот 11 од Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права (со оглед на тоа дека сите држави-членки на ЕУ се договорни страни на пактот). ЕСЧП даде широка дефиниција на правото на дом, со цел тоа да вклучи и мобилни домови, како што се приколки и полуприколки, дури и во ситуации

130 Орган за еднаков третман (Унгарија), предмет бр. 72, април 2008 год. Резимето на англиски јазик е достапно на инфо-порталот на АФП, предмет 322-1 кај European Network of Legal Experts on the Non-Discrimination Field, 8 (July 2009) 'European Anti-Discrimination Law Review', стр. 49.

131 Врховен суд на Шведска, *Escape Bar and Restaurant v. Ombudsman against Ethnic Discrimination* T-2224-07, 1 октомври 2008 год. Резимето на англиски јазик е достапно на инфо-порталот на АФП, предмет 365-1 кај European Network of Legal Experts on the Non-Discrimination Field, 8 (July 2009) 'European Anti-Discrimination Law Review', стр. 68.

132 Bezirksgericht Döbling (Австрија), GZ 17 C 1597/05f-17, 23 јануари 2006. Резимето на англиски јазик е достапно на инфо-порталот на АФП, предмет 1-1. Оригналниот текст може да се најде на: http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=1.

133 Апелационен суд во Нимес, *Lenormand v. Balenci*, бр 08/00907 од 6 ноември 2008 год. и кривичен судски совет при Врховниот суд во Франција, бр. M 08-88.017 и бр. 2074 од 7 април 2009 год. Резимето на англиски јазик е достапно кај European Network of Legal Experts on the Non-Discrimination Field 9 (December 2009) 'European Anti-Discrimination Law Review', стр. 59.

134 Апелационен суд на Шведска, *Ombudsman against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation v. A.S.*, предмет бр. T-3562-06, 11 февруари 2008 год. Резимето на англиски јазик е достапно кај European Network of Legal Experts on the Non-Discrimination Field, 8 (July 2009) 'European Anti-Discrimination Law Review', стр. 69.

135 ЕСП, *Kohll v. Union des Caisses de Maladie*, предмет C-158/96 [1998] ECR I-1931, 28 април 1998 год.; ЕСП, *Peerbooms v. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, предмет C-157/99 [2001] ECR I-5437, 12 јули 2001 год.; и ЕСП, *Müller Fauré v. Onderlinge Waarborgmaatschappij*, предмет C-385/99 [2003] ECR I-4509, 13 мај 2003 год.

кога тие се нелегално поставени.[136] Според Комитетот за економски, социјални и културни права при ОН, соодветното домување треба да задоволи низа услови. Конкретно, тоа треба да биде со задоволителен квалитет за да гарантира заштита од временските услови; да ги одразува културните потреби на жителите (врз основа на што поимот за дом ги вклучува и возилата, приколките, камповите и други структури од времен карактер); да биде приклучено на јавните комунални услуги и санитарни мрежи; и да биде поврзано со јавните служби и да овозможи пристап до работни можности преку соодветна инфраструктура. Исто така, домувањето треба да подразбира соодветна заштита од присилно или директно иселување и, секако, домувањето треба да биде економски достапно.[137] Ваквото поимање на домувањето се јавува и во приодот на Агенцијата за фундаменталните права на Европската унија (АФП) кој е применет во резимираниот извештај за „*Ситуацијата со домувањето меѓу Ромските и номадските заедници во Европската унија: чекори кон еднаквост.*“[138]

Прифаќањето на ваквото поимање подразбира дека пристапот до домување не вклучува само гаранции за еднаков третман од страна на јавните или приватните закуподавачи и агентите за недвижности кога одлучуваат дали да го дадат под закуп или да го продадат имот на одредени поединци. Тоа, исто така, го вклучува и правото на еднаков третман во однос на начинот на кој се доделува домување (како што е доделување на нискоквалитетно или оддалечено домување за некои етнички групи), начинот на кој се одржува домувањето (како што е неодржување на имот населен од одредени групи) и начинот на кој домувањето се дава под закуп (како што е несигурност на закупот, или високи кирии или депозити за припадници на одредени групи).

Пример: во Белгија, еден закуподавец бил осуден според кривичниот законик и му била изречена глоба според граѓанското право, затоа што одбил да даде под закуп сместување за лица со потекло од Конго. И покрај фактот дека закупувачите поднеле задоволителни препораки од претходните закуподавци и докази за соодветни приходи, закуподавецот одбил да го склучи договорот за закуп на домување повикувајќи се на фактот

136 ЕСЧП, *Buckley v. UK* (бр. 20348/92), 25 септември 1996 год.

137 Комитет за економски, социјални и културни права при ОН, Генерален коментар бр. 4: правото на соодветно домување (членот 11(1)), документ на ОН бр. E/1992/23, 13 декември 1991 год.

138 АФП, *Ситуацијата со домувањето на ромиските и номадските заедници во Европската унија: чекори кон еднаквост*, сумарен извештај (Виена, АФП, март 2010 год.).

дека во минатото тој имал проблеми со недржавјани коишто не го плаќале закупот на домувањето.[139]

3.4.3.1. Европската конвенција и контекстот на пристап до стоки и услуги, вклучително и домување

ЕСЧП протолкувал дека членот 8 вклучува случаи поврзани со активностите што можат да имаат последици врз приватниот живот, вклучително и врз социо-економските односи. ЕСЧП, исто така, усвоил широк пристап кон толкувањето на правото за почитување на домот според членот 8. Како што беше забележано, домувањето вклучува и „понеконвенционално" постојано сместување, како што се приколки и мобилни домови. Кога домувањето што го обезбедува државата се карактеризира со особено лоши услови, предизвикувајќи проблеми за станарите во подолг временски период, ЕСЧП одлучил дека ваквата ситуација може да претставува нечовечки третман.

Пример: во предметот *Moldovan and Others v. Romania (no. 2)*, жалителите биле избркани од нивните домови, кои потоа биле урнати во околности кои им нанеле трауми.[140] Постапката за повторната изградба на нивните домови била многу бавна, а домувањето што им било доделено во меѓувреме било со мошне низок квалитет. ЕСЧП се произнел дека:

„...условите за живот на жалителите во последните десет години, а особено сериозно пренатрупаната и нехигиенската средина и нејзиното штетно влијание врз здравјето и добросостојбата на жалителите, заедно со должината на периодот за кој тие биле принудени да живеат во такви услови и генералниот став на надлежните органи, со сигурност биле причина за нивното значително психолошко страдање, кое пак резултирало во намалено човечко достоинство и кај нив поттикнало чувство на понижување и деградација."

Ваквиот наод, заедно со другите фактори, го навел ЕСЧП да утврди постоење на деградирачки третман што е спротивно на членот 3 од ЕКЧП, иако јазичниот

139 Првостепен суд во Антверпен, одлука од 6 декември 2004 год. (Белгија). Резимето на англиски јазик е достапно на инфо-порталот на АФП, предмет 15-1. Оригиналниот текст е достапен на: http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=15.

140 ЕСЧП, *Moldovan and Others v. Romania (no. 2)* (бр. 41138/98 и 64320/01), 12 јули 2005 год.

стил што се користи во извадокот од одлуката даден погоре сугерира дека условите во кои живееле жалителите во рамките на обезбеденото сместување се доволни сами по себе за да се дојде до ваков заклучок.[141]

Пример: во предметот *Đokić v. Bosnia and Herzegovina*, жалителот презентирал наводи за нарушување на неговото право на имот.[142] Пред распадот на поранешна Југославија, жалителот работел како предавач во едно воено училиште и бил член на армијата на таа земја. Тој купил стан во Сараево, но со почетокот на војната во Босна и Херцеговина и со префрлувањето на военото училиште во денешна Србија, жалителот заминал за да им се придружи на армиските сили на денешна Србија. По конфликтот, властите одбиле да му го вратат неговиот имот затоа што служел во странски воени сили. На национално ниво, таквата одлука се сметала за оправдана, затоа што се засновала на резонирањето дека жалителот бил „нелојален“ граѓанин бидејќи служел во странски воени сили коишто учествувале во воени операции на територијата на Босна и Херцеговина. Иако иницијално не го разгледувал предметот според членот 14 од ЕКЧП, ЕСЧП сметал дека ваквата одлука е донесена единствено врз основа на етничката припадност на жалителот (бидејќи службата во одредени воени сили е показател за нечие етничко потекло), особено затоа што не можело да се докаже дека жалителот навистина сторил чин на „нелојалност“, освен што формално бил член на тие воени сили. Во отсуство на враќање на сопственоста врз имотот, неисплаќање на каква било оштета или понуда за алтернативното сместување, се смета дека тоа претставува несразмерно нарушување на правото на сопственост на засегнатата страна.

3.4.4. Пристап до правда

Директивите за недискриминација конкретно не го наведуваат пристапот до правда меѓу примерите за пристап до стоки и услуги, но се смета дека тој влегува во оваа област до степенот до кој судскиот систем претставува услуга што ја обезбедува државата за јавноста во замена за некаков надомест. Во најмала рака, директивите за недискриминација налагаат државите-членки да воспостават судски и/или управни постапки коишто им овозможуваат на поединците да ги

141 Судската практика на ЕСЧП покажува дека во извесни околности дискриминаторскиот третман може да претставува и деградирачки третман. На пример: ЕСЧП, *Smith and Grady v. UK* (бр. 33985/96 и 33986/96) 27 септември 1999 год.

142 ЕСЧП, *Đokić v. Bosnia and Herzegovina* (бр. 6518/04), 27 мај 2010 год.

реализираат своите права пропишани со директивите.[143] Дополнително на тоа, во правото на ЕУ постои добро воспоставен принцип дека поединците треба да уживаат „право на ефективна судска заштита" на правата коишто потекнуваат од правото на ЕУ.[144] Оттука, дури и кога не може да се каже дека „пристап до стоки и услуги" вклучува и „пристап до правда", со сигурност може да се каже дека пристапот до правда постои како самостојно право (без услов за докажување на дискриминацијата) и е поврзано со спроведувањето на самите директиви.

3.4.4.1. Европската конвенција и контекстот на пристап до правда

Во рамките на ЕКЧП, правото на пристап до правда се гарантира како самостојно право и тоа во контекст на правото на правично судење според членот 6. ЕСЧП разгледувал неколку предмети поврзани со дискриминација во однос на пристапот до правда.

Пример: во предметот *Paraskeva Todorova v. Bulgaria*, одбивањето на националниот суд да ја суспендира казната на жалителката, заедно со забелешките за потребата од справување со културата на неказнивост што преовладува меѓу етничките малцинства, се сметало дека претставува прекршување на членот 6, во врска со членот 14.[145]

Пример: во предметот *Moldovan and Others v. Romania (no.2)*, кој беше дискутиран погоре, утврдено било дека преголемото одложување на донесувањето одлука во кривичната и во граѓанската постапка (што траело цели седум години до изрекувањето на првата пресуда) претставува прекршување на членот 6.[146] Кога станува збор за одложувањата, утврдено било дека тие се должат на големиот број грешки во постапката и, разгледани заедно со доминантно дискриминаторскиот став на властите

143 Членот 9(1) од Директивата за еднаквост при вработувањето; членот 17(1) од Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија); членот 8(1) од Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги; членот 7(1) од Директивата за расна еднаквост.

144 Види: ЕСП, *Vassilakis and Others v. Dimos Kerkyras*, предмет C-364/07 [2008] ECR I-90, 12 јуни 2010 год.; ЕСП, *Sahlstedt and Others v. Commission*, предмет C-362/06 [2009] ECR I-2903, 23 април 2009 год.; ЕСП, *Angelidaki and Others v. Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis*, предмет C-378/07 [2009] ECR I-3071, 23 април 2009 год.

145 ЕСЧП, *Paraskeva Todorova v. Bulgaria* (бр. 37193/07), 25 март 2010 год.

146 ЕСЧП, *Moldovan and Others v. Romania (no. 2)* (бр. 41138/98 и 64320/01), 12 јули 2005 год.

кон жалителите Роми, било одлучено дека таквото постапување претставува прекршување на членот 6, во врска со членот 14.

Пример: во предметот *Anakomba Yula v. Belgium*, било утврдено дека националното законодавство коешто го оневозможило правото на жалителката да добие државна помош за финансирање на барањето за утврдување на татковство затоа што таа не била државјанка на Белгија, претставува прекршување на членот 6, во врска со членот 14.[147] Ваквото резонирање не сугерира дека недржавјаните имаат апсолутно право да ги користат јавните финансии. Во дадените околности, на ЕСЧП влијаеле неколку фактори, вклучително и фактот дека на жалителката ѝ било забрането да аплицира за ваква помош бидејќи не поседувала валидна дозвола за престој, иако во тој момент таа веќе ја почнала постапката за обновување на дозволата. Понатаму, ЕСЧП бил мотивиран и од постоењето на едногодишна забрана во однос на доделување помош за предмети поврзани со утврдување татковство, што значи дека неразумно би било да се очекува жалителката да чека до обновувањето на дозволата за престој, со цел да аплицира за државна помош.

3.5. Примена на Конвенцијата надвор од правото на ЕУ

Освен предметите кои беа дискутирани погоре и каде заштитата според ЕКЧП се совпаѓа со онаа пропишана во директивите за недискриминација, постојат голем број области каде ЕКЧП овозможува дополнителна заштита.

3.5.1. „Личната“ сфера: приватен и семеен живот, посвојување деца, дом и брак[148]

Една исклучително важна област е семејниот и приватниот живот, каде државите-членки не ѝ доделиле широки овластувања на ЕУ за донесување законодавство.

147 ЕСЧП, *Anakomba Yula v. Belgium* (бр. 45413/07), 10 март 2009 год., детално се разгледува во Поглавје 4.7.

148 Објаснувањето за опсегот на членот 8 од ЕКЧП може да се најде на интернет страницата на Советот на Европа, Образование за човековите права за практичари кај Kilkelly, The Right to Respect for Private and Family Life, Human Rights Handbooks, No. 1, 2001 год., достапно на: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636.

Предметите изнесени пред ЕСЧП и поврзани со оваа област вклучуваат разгледување на различниот третман во однос на правилата за наследување, пристап до децата за разведени родители и прашања поврзани со утврдување на татковството.

Како што се дискутира во следното Поглавје и во Поглавје 4, предметите *Mazurek v. France*,[149] *Sommerfeld v. Germany*[150] и *Rasmussen v. Denmark*[151] вклучиле разгледување на различниот третман во однос на правилата за наследување, пристап до децата за разведени родители и прашања поврзани со утврдување на татковството. Членот 8, исто така, ги опфаќа и прашањата поврзани со посвојување деца. Предметот *E.B. v. France*, кој беше дискутиран погоре, дава уште еден пример за тоа дека посвојувањето може да влезе во опфатот на ЕКЧП, иако текстот на Конвенцијата не содржи конкретна одредба за правото на посвојување. Дополнително на тоа, ЕСЧП го утврдува општиот опсег на членот 8, и тоа преку упатување на претходна судска практика:

> *„поимот 'приватен живот' во рамките на значењето на членот 8 од Конвенцијата е широк концепт кој ги опфаќа, меѓу другото, правото на формирање и развивање односи со другите луѓе... правото на „личен развој"... или правото на самоопределување како такво. Тоа опфаќа елементи како што се имиња... родова идентификација, сексуална ориентација и сексуален живот, коишто влегуваат во личната сфера заштитена со членот 8... и правото на почитување на одлуката да се има и да се нема деца."*[152]

Оттука, опсегот на членот 8 е исклучително широк. ЕКЧП има импликации и врз други области, како што е бракот, којштo е посебно заштитен со членот 12.

Пример: во предметот *Muñoz Díaz v. Spain*, жалителката склучила брак со својот сопруг во согласност со ромските обичаи, сепак таквата свадбена церемонија не била во согласност со барањата пропишани во националните закони и бракот не се сметал дека е формално склучен.[153] Како и да е, од аспект на издавањето на лични документи, исплатените бенефиции и заведувањето на нивната „венчаница", властите ја третирале жалителката како таа да е во брак. По смртта на нејзиниот сопругот, жалителката побарала наследна пензија од државата, но нејзиното барање било одбиено бидејќи

149 ЕСЧП, *Mazurek v. France* (бр. 34406/97), 1 февруари 2000 год.

150 ЕСЧП, *Sommerfeld v. Germany* [голем судски совет] (бр. 31871/96), 8 јули 2003 год.

151 ЕСЧП, *Rasmussen v. Denmark* (бр. 8777/79), 28 ноември1984 год.

152 ЕСЧП, *E.B. v. France* [голем судски совет] (бр. 43546/02), 22 јануари 2008 год., параграф 43.

153 ЕСЧП, *Muñoz Díaz v. Spain* (бр. 49151/07), 8 декември 2009 год.

во согласност со националните закони, таа не била во валиден брак. ЕСЧП утврдил дека поради тоа што државата го третирала бракот на жалителката како валиден, таа е во споредлива ситуација со други „доброволни“ сопружници (имено, оние кои не биле законски венчани поради технички причини, но за кои се смета дека се во брак), кои би имале право на наследна пензија. Иако ЕСЧП утврдил дека во одбивањето бракот да се признае за валиден не постои дискриминација (според членот 12, во врска со членот 14), дискриминација постоела во одбивањето жалителката да се третира на сличен начин како и другите „доброволни“ сопружници во однос на доделување на пензијата (според членот 1 од Протоколот 1, во врска со членот 14).

Оттука, иако заштитата на суштината на човечкото достоинство обично налага потесен простор за дискрециона оценка од страна на ЕСЧП, тоа треба да се балансира со грижите за заштита на други лица кои се во ранлива положба и чиишто права можат да бидат повредени.

Пример: предметот *Sommerfeld v. Germany* се однесува на германските закони коишто го регулираат пристапот до децата за татковци.[154] Според националните закони, кога родителите на едно дете не се во брак, мајката има право да го одбие пристапот до детето за таткото. Во ваква ситуација, таткото треба да поднесе барање до надлежен суд со цел да спречи одбивање на посети на детето. Властите тврделе дека законот не дискриминира затоа што вообичаено било отуѓените татковци да не покажуваат голем интерес за нивните деца. ЕСЧП утврдил дека просторот за дискрециона оценка на државата е особено тесен во предметите поврзани со правото на пристап до децата за родителите. Понатаму, судот навел дека „за да може да се смета дека разликата во третманот врз основа на фактот дали децата се родени во брак или надвор од брачна заедница е во согласност со ЕКЧП, потребно е да се изнесат аргументи и причини со голема тежина[]... Истото важи и за разликата во третманот на таткото на дете кое е родено во врска каде партнерите живеат заедно во вонбрачна заедница во споредба со татко на дете кое е родено во брачна заедница“. ЕСЧП утврдил дека образложението на властите не може да оправда ваков различен третман.

154 ЕСЧП, *Sommerfeld v. Germany* [голем судски совет] (бр. 31871/96), 8 јули 2003 год., параграф. 93. За слични факти, види: ЕСЧП, *Sahin v. Germany* [голем судски совет] (бр. 30943/96), 8 јули 2003 год. Види: ЕСЧП, *Mazurek v. France* (бр. 34406/97), 1 февруари 2000 год., во однос на различниот третман на вонбрачни деца, што се разгледува во Поглавје 4 (Основи за заштита).

Во овој предмет, ЕСЧП сметал дека интересите на таткото одат рака под рака со интересите на детето, т.е., во интерес на детето е тоа да има контакт со таткото. Сепак, кога постои можност интересите на детето да бидат во конфликт со оние на таткото, судот дозволува поширок простор за дискрециона оценка на државата при одредувањето како најдобро да го заштити детето.

Пример: во предметот *Rasmussen v. Denmark*, еден татко се пожалил дека правилото за застарување на предметот го спречува да го оспори татковството.[155] ЕСЧП утврдил дека таквото правило претставува различен третман врз основа на полот, но истото било оправдано. Имено, застареноста на предметот била воведена со цел да се исполни легитимна цел според која на детето му се обезбедува сигурност и извесност на статусот, со тоа што татковците се спречени да ја злоупотребуваат можноста подоцна во животот да го оспорат татковство. Поради фактот дека меѓу државите кои се договорни страни на ЕКЧП не постои униформен пристап кон ова прашање, ЕСЧП дозволува државата да има широк простор за дискрециона оценка, па затоа одлучил дека различниот третман бил оправдан.[156]

3.5.2. Учество во политичкиот живот: слобода на изразување, собирање и здружување и слободни избори

Една од главните цели на Советот на Европа е унапредување на демократијата. Оваа цел се одразува во голем број права загарантирани со ЕКЧП коишто поттикнуваат учество во политичкиот живот. Додека правото на ЕУ доделува ограничен опсег на права во овој поглед (особено, правото на граѓаните на ЕУ да гласаат на општински избори и на изборите за Европскиот парламент), ЕКЧП содржи пошироки гаранции што создаваат не само право на глас и право за кандидирање на избори, туку и ударните права на слобода на изразување и слобода за собирање и здружување.

Пример: во предметот *Bączkowski and Others v. Poland*, којшто беше дискутиран погоре, одбивањето да дозволи одржување на марш за подигнување на свеста за дискриминација врз основа на сексуалната ориентација, заедно

155 ЕСЧП, *Rasmussen v. Denmark* (бр. 8777/79), 28 ноември 1984 год.
156 ЕСЧП, *Rasmussen v. Denmark* (бр. 8777/79), 28 ноември 1984 год., параграфи 40-42.

со хомофобичните забелешки што градоначалникот ги изнел во јавноста, претставува повреда на правото на слободно собирање (членот 11), во врска со членот 14.[157]

Правото на слобода на здружување се смета дека вклучува и заштитата на формирање на политички партии, а ЕСЧП дава високо ниво на заштита на ваквото право.[158] Слично на тоа, како што е наведено во Поглавје 4.11 понатаму, секое попречување на правото на слободен говор во контекст на политичка дебата е предмет на темелно разгледување.[159]

3.5.3. Спроведување на законите

Освен гаранциите за материјалното право на живот (член 2) и слободата од мачење, нечовечки или деградирачки третман или казнување (член 3), овие членови создаваат обврска за државата да ги испита околностите во кои дошло до загуба на живот или се случил таков третман. Во предметите *Nachova and Others* и *Turan Cakir*, ЕСЧП утврдил дека оваа обврска вклучува конкретна должност за спроведување истрага за можни расистички мотиви зад прекршувањата на членот 2 и на членот 3, и навел дека неспроведувањето на ваква истрага би претставувало прекршување на овие членови, во врска со членот 14.[160]

Пример: во предметот *Turan Cakir v. Belgium*, жалителот дал наводи за полициска бруталност при неговото апсење, при што тој претрпел сериозни и повеќекратни повреди и бил подложен на закани и расистички навреди.[161] ЕСЧП одлучил дека нанесеното насилство претставува повреда на правото на жалителот на слобода од нечовечки и деградирачки третман (според членот 3 од ЕКЧП). Тој, исто така, утврдил дека несоодветната истрага спроведена од страна на државата во однос на поплаките на жалителот за несоодветен третман претставува прекршување на процедуралните обврски на државата коишто се пропишани во истиот член. Дополнително, било утврдено дека неспроведувањето на истрага, исто така, претставува прекршување на членот 3, во врска со правото на слобода од дискриминација, бидејќи

157 ЕСЧП, *Bączkowski and Others v. Poland* (бр. 1543/06), 3 мај 2007 год.

158 На пример: ЕСЧП, *Socialist Party and Others v. Turkey* (бр. 21237/93), 25 мај 1998 год.

159 ЕСЧП, *Castells v. Spain* (бр. 11798/85), 23 април 1992 год.

160 ЕСЧП, *Nachova and Others v. Bulgaria* [голем судски совет] (бр. 43577/98), 6 јули 2005 год.; ЕСЧП, *Turan Cakir v. Belgium* (бр. 44256/06), 10 март 2009 год.; слично: ЕСЧП, *ŠeČić v. Croatia* (бр. 40116/02), 31 мај 2007 год.

161 ЕСЧП, *Turan Cakir v. Belgium* (бр. 44256/06), 10 март 2009 год.

државата е должна не само да ги истражи наводите за малтретирање, туку и наводите дека таквиот третман бил дискриминаторски сам по себе, затоа што бил расистички мотивиран.

Пример: предметот *Nachova and Others v. Bulgaria* се однесува на двајца Роми кои биле застрелани и убиени додека бегале од воената полиција кога таа се обидела да ги уапси поради отсуство без дозвола.[162] Во времето кога се случил инцидентот, војникот кој ги убил жртвите му довикнал на некој сосед „проклети Цигани". ЕСЧП утврдил дека државата го повредила правото на живот на жртвите (според членот 2 од ЕКЧП), не само во материјална смисла, туку и во процедурална смисла, од причина што не спровела соодветна истражна постапка за смртните случаи. Било утврдено дека неспроведувањето на истрага претставува прекршување на членот 2, во врска со правото на слобода од дискриминација, затоа што државата била должна конкретно да ги истражи можните дискриминаторски мотиви.

Иако во двата предмета станува збор за дејствија што ги сториле службени лица на државата, должноста на државата да интервенира со цел да ги заштити жртвите на кривични дела и должноста таквите дела да се истражат е валидна и во однос на дејствија што се извршени од страна на приватни лица.

Пример: во предметот *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others v. Georgia*[163], група Јеховини сведоци била нападната од страна на членови на една ултраправославна група. Иако била известена, полицијата не интервенирала за да го спречи насилството. Истрагата која била покрената по настанот била прекината откако полицијата утврдила дека идентитетот на сторителите не може да се утврди. ЕСЧП одлучил дека неинтервенирањето од страна на полицијата за да ги заштити жртвите на расно мотивирано насилство и последователната несоодветна истрага претставуваат прекршување на членот 3 (право на слобода од нечовечки и деградирачки третман или казнување) и на членот 9 (право на слобода на религија), во врска со членот 14, од причина што истото се засновало на религија.

162 ЕСЧП, *Nachova and Others v. Bulgaria* [голем судски совет] (бр. 43577/98 и 43579/98), 6 јули 2005 год.

163 ЕСЧП, *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others v. Georgia* (бр. 71156/01), 3 мај 2007 год.

Се чини дека правото на ЕУ може да наметне слични обврски во контекст на Рамковната одлука на Советот за борба против одредени форми и манифестации на расизам и ксенофобија преку кривичното право (што се разгледува во Поглавје 4.6.).[164] Сепак, Рамковната одлука не наметнува конкретна обврска за поведување истрага во однос на тоа дали постојат расистички мотиви во кривичните дела што се сторени врз некое лице.

3.5.4. Прашања од кривичното право

Дополнително на прашањата што се поврзани со спроведувањето на законите и кои беа разгледани во Поглавје 3.5.3., ЕСЧП се произнесува и по прашања од кривичното право во однос на различни права, вклучително и правото на правично судење, правото на заштита од арбитрарно приведување, забраната за ретроактивно казнување и второ судење за исто дело, правото на живот и правото на слобода од нечовечки или деградирачки третман или казнување.

Пример: во предметот *Opuz v. Turkey*, ЕСЧП утврдил индиректна дискриминација врз основа на полот во врска со правото на живот и слобода од нечовечки или деградирачки третман, со оглед на тоа дека полицијата и судството не успеале соодветно да го спроведат законот за семејно насилство.[165]

Пример: во предметите *D.G. v. Ireland* и *Bouamar v. Belgium* (коишто се разгледуваат во Поглавје 4.5.), жалителите биле притворени од страна на националните власти.[166] ЕСЧП утврдил дека иако постоеле повреди на правата на слобода, во овие случаи нема дискриминација бидејќи различниот третман бил оправдан во интерес на заштита на малолетниците.

164 Рамковна одлука 2008/913/ПВР на Советот од 28 ноември 2008 за борба против одредени форми и манифестации на расизам и ксенофобија преку кривичното право, Службен весник бр. L 328, 6.12.2008, стр. 55. Треба да се забележи дека ЕСЧП прифатил дека поттикнувањето дискриминација, омраза и насилство кон група луѓе поради нивното потекло или припадност или неприпадност на некоја етничка група, нација, раса или религија претставува конкретно ограничување на слободата на изразување што е заштитена со ЕКЧП. Види: ЕСЧП, *Le Pen v. France* (бр. 18788/09), 20 април 2010 год.; ЕСЧП, *Féret v. Belgium* (бр. 15615/07), 16 јули 2009 год.; ЕСЧП, *Willem v. France* (бр. 10883/05), 16 јули 2009 год.; и ЕСЧП, *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania* (бр. 72596/01), 4 ноември 2008 год.

165 ЕСЧП, *Opuz v. Turkey* (бр. 33401/02), 9 јуни 2009 год.

166 ЕСЧП, *D.G. v. Ireland* (бр. 39474/98), 16 мај 2002 год; ЕСЧП, *Bouamar v. Belgium* (бр. 9106/80), 29 февруари 1988 год.

Клучни поенти

- Според Директивата за државјани на трети земји, државјаните на трети земји уживаат право на еднаков третман во слични области како оние опфатени со директивите за недскриминација на ЕУ, но само доколку се квалификуваат како „жители со долг престој“.
- Кога државјаните на трети земји не се квалификуваат како „жители со долг престој“, тие уживаат ограничена заштита во согласност со директивите за недискриминација, и тоа:
    - врз основа на сексуална ориентација, возраст, попреченост или религија или уверување, во однос на правото на пристап до стручна обука и услови на работното место. Сепак, тие не уживаат еднакво право на пристап до вработување;
    - според Директивата за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги и Директивата за родова еднаквост (последна консолидирана верзија), државјаните на трети земји уживаат заштита од дискриминација врз основа на полото во однос на пристапот до вработување и пристапот до стоки и услуги.
- Според директивите за недискриминација на ЕУ, заштитата од дискриминација има различен опсег:
    - најширока заштита се гарантира врз основа на расата и етничката припадност, бидејќи овие основи се заштитени во однос на пристапот до вработување, системот на социјална заштита и пристапот до стоки и услуги;
    - дискриминацијата врз основа на полот е забранета во контекст на пристапот до вработување, социјалното осигурување (што е поограничено од поширокиот систем на социјална заштита) и пристапот до стоки и услуги;
    - во моментов, сексуалната ориентација, попреченоста, религијата или уверувањето и возраста се заштитени единствено во контекст на пристапот до вработување.
- ЕКЧП содржи неисцрпен список на основи за заштита. Секој може да се повика на ЕКЧП пред националните власти, судови и, на крај, пред ЕСЧП.
- Кога разгледува жалба што вклучува наводи за дискриминација, ЕСЧП може да ја разгледува жалбата само врз основа на засегнатото материјално право или и во врска со членот 14.
- Жалбите што се поднесуваат пред ЕСЧП не може да се засноваат само на членот 14, туку тие мора да бидат комбинирани со жалбени наводи поврзани со повреда на некое од материјалните права загарантирани со ЕКЧП. Во таа смисла, доволно е жалбата да биде генерално поврзана со областа што ја покрива конкретното право.

- Протоколот 12 кон ЕКЧП создава самостојно право на недискриминација. Тоа се однесува на сите права загарантирани со или изведени од националните закони или националната судска практика, додека значењето што ѝ се припишува на „дискриминација" е идентично со она од членот 14.
- ЕСП усвоил пристап според кој судот утврдува широки области на примена, со цел да гарантира целосен ефект на правата на поединците загарантирани со правото на ЕУ.
- Опфатот на ЕКЧП, во поглед на материјалните права што ги гарантира и во поглед на начинот на кој овие права се толкуваат за целите на примената на членот 14, е особено широк во споредба со опфатот на директивите за недискриминација на ЕУ.
- Особено важни области што се надвор од опфатот на директивите за недискриминација и, во голема мера, се надвор од надлежноста на ЕУ (а со тоа и надвор од опфатот на Повелбата за основните права) вклучуваат прашањата поврзани со законодавството за приватниот и семејниот живот, правата поврзани со учеството во политичкиот живот и прашањата од кривичното право.
- Оттука, кога го утврдуваат својот пристап кон поведувањето судски спор, жртвите на дискриминација треба **внимателно да размислат дали нивните жалби влегуваат во опфатот на директивите за недискриминација или во опфатот на ЕКЧП.**

Дополнителна литература

Bell, 'Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive', 8 *European Law Journal* (2002) 284.

Boccadoro, 'Housing Rights and Racial Discrimination', in European Network of Legal Experts on the Non-Discrimination Field, 8 *European Anti-Discrimination Law Review* (July 2009) 21.

Brosius-Gersdorf, 'Ungleichbehandlug von Imam-Ehe und Zivilehe bei der Gewährung von Sozialversicherungsleistungen in der Türkei aus volölkerrechtlicher Sicht: der Fall Şerife Yiğit vor dem Europäishen Gerichtshof für Menschenrechte', *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2009).

Cousins, 'The European Convention on Human Rights and Social Security law', 10.1 *Human Rights Law Review* (2010) 191.

Edel, *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, No. 22, 2010.

Equinet, *Combating Discrimination in Goods and Services* (Equinet, 2004).

ERRC/Interights/MPG *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russel Press, 2004), Annex 5.c.

Kapuy, 'Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple has

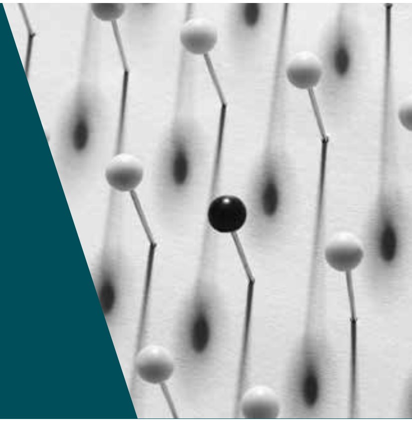
Become Presentable', 9.3 *European Journal of Social Security* (2007) 221.

SÁnchez-rodas Navarro, 'El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en case de unión celebrada conforme al rito gitano', A*ranzadi Social* (2009) 18.

Sudre (ed.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007* (Bruxelles: Bruyland/Nemesis, 2008).

4

Основи за заштита



4.1. Вовед

Европските директиви за недискриминација забрануваат различен третман што се заснова на одредени „основи за заштита“ и содржат фиксиран и ограничен список на основи за заштита коишто ги опфаќаат полот (Директива за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги, Директива за родова еднаквост (последна консолидирана верзија)), сексуалната ориентација, попреченоста, возраста, религијата или уверувањето (Директива за еднаквост при вработувањето), расата или етничкото потекло (Директива за расна еднаквост). Спротивно на тоа, ЕКЧП содржи неисцрпен список на права кои се совпаѓаат со оние загарантирани со директивите, но чијшто опсег оди подалеку од самото право. Членот 14 пропишува забрана за дискриминација „врз која било основа, како што се полот, расата, бојата, јазикот, религијата, политичкото или друго мислење, националното или социјалното потекло, припадноста на национално малцинство, сопственоста, раѓањето или некој друг статус“. Категоријата „друг статус“ му дозволува на ЕСЧП да ги вклучи и оние основи (меѓу другите) кои се изречно заштитени со директивите за недискриминација, односно попреченоста, возраста и сексуалната ориентација.

„Основа за заштита“ е карактеристика на еден поединец што не треба да се смета за релевантна во однос на различен третман или при уживање на одредени бенефиции.

Во Поглавје 1 беше наведено дека членот 21 од Повелбата за основните права содржи и забрана за дискриминација. Повелбата ги обврзува институциите на Европската унија, но таа се применува и на државите-членки тогаш кога тие го толкуваат и го спроведуваат правото на ЕУ. Одредбата за недискриминација од Повелбата

содржи комбинација од основите за заштита кои се дадени во ЕКЧП и во директивите за недискриминација, иако не вклучува формулација „друг статус“ што би подразбирало неисцрпен список на основи за заштита.

4.2. Пол

Дискриминацијата врз основа на полот е релативно очигледна сама по себе, со тоа што се однесува на дискриминација што е заснована на фактот дека поединецот е маж или жена. Ова е најразвиениот аспект од социјалната политика на ЕУ и одамна се смета за суштинско право. Развојот на заштитата на оваа основа има двојна цел: првата цел е економска, односно ваквата заштита помогна во елиминирањето на конкурентските нарушувања на пазарот кој стана уште поинтегриран, и втората цел е поврзана со јавната политика, односно на Заедницата ѝ овозможи начин за социјален напредок и подобрување на условите за живот и за работа. Последователно, заштитата од дискриминација врз основа на полот беше и остана една од основните функции на Европската унија. Прифаќањето на социјалната и економска важност на гарантирањето еднаков третман дополнително се искристализира со централната положба што оваа заштита ја доби во рамките на Повелбата за основните права. Слична е ситуацијата и со ЕКЧП каде заштитата од дискриминација врз основа на полот е исто така добро развиена.

Иако предметите за дискриминација врз основа на полот обично вклучуваат жени кои биле неповолно третирани за разлика од мажите, тоа не секогаш е случај.

Пример: во предметот *Defrenne v. SABENA*, жалителката дала наводи дека добива помала плата од нејзините машки колеги, иако таа извршува исти работни должности.[167] ЕСП утврдил дека во овој предмет станува збор за очигледна дискриминација врз основа на полот. При донесувањето на ваквата одлука, ЕСП ги нагласил економската и социјалната димензија на Унијата, како и фактот дека недискриминацијата го помага напредувањето на ЕУ кон постигнување на овие цели.

Во предметот *Bilka*, кој беше разгледан претходно, ЕСП го разгледувал различниот третман врз основа на менаџерските разгледи на работодавачот коишто го

167 ЕСП, *Defrenne v. SABENA*, предмет 43/75 [1976] ECR 455, 8 април 1976 год.

оправдуваат исклучувањето на работниците со скратено работно време од фондот за пензиско осигурување преку упатување на фактот дека таквата мерка била преземена со цел да поттикне работа со полно работно време за да обезбеди доволно персонал. Во овој предмет, ЕСП изречно не се произнел во однос на тоа дали смета дека мерката е сразмерна на различното уживање на правата. Сепак, Судот бил поексплицитен во предметот даден подолу.

Пример: во предметот *Hill and Stapleton*, владата вовела план за споделени работни места во државната служба, при што едно работно место може да го извршуваат две лица со договор за времено вработување, односно секое од нив да работи само 50% од часовите предвидени за полно работно време и да добива 50% од редовната плата утврдена за даденото работно место.[168] Подоцна, работниците имале право да се вратат на своето работно место со полно работно време, кога тоа ќе биде возможно. Правилата им дозволувале на поединците вработени со полно работно време да добијат едно покачување на платата годишно. Сепак, поединците кои делеле едно работно место имале право само на половина од вкупното покачување на платата, каде две години на споделено работно место би биле еднакви на едно покачување. Двајцата жалители во предметот се вратиле на нивните работни места со полно работно време и се пожалиле на начинот на кој покачувањето на платата бил применет за нив. ЕСП утврдил дека тоа претставува индиректна дискриминација врз основа на полот, бидејќи споделените работни места главно вклучувале жени. Владата тврдела дека различниот третман е оправдан, со оглед на тоа дека таквиот третман се заснова на начелото за примена на покачувањето во однос на фактичката должина на работниот стаж. ЕСП одлучил дека ваквото тврдење претставува навод кој не е поддржан со објективни критериуми (со оглед на тоа дека не постоеле докази дека должината на работниот стаж на другите поединци била пресметана врз основа на реалниот број одработени часови). Понатаму, ЕСП навел дека „еден работодавач не може да оправда дискриминација што произлегува од план за споделени работни места, само поради фактот дека избегнувањето на таква дискриминација би подразбирало зголемени трошоци.“

Оттука, се чини дека ЕСП не прифаќа оправдувања на дискриминаторски третман врз основа на полот коишто едноставно се засноваат на финансиски или менаџерски размислувања на работодавачите.

168 ЕСП, *Hill and Stapleton v. The Revenue Commissioners and Department of Finance*, предмет C-243/95 [1998] ECR I-3739, 17 јуни 1998 год.

Пример: во предметот *Ünal Tekeli v. Turkey*, жалителката навела дека националното законодавство ги обврзува жените по стапувањето во брак да го земат презимето на сопругот.[169] Иако законот дозволува жените да го задржат своето моминско презиме и на него да го додадат презимето на сопругот, ЕСЧП одлучил дека таквите прописи претставуваат дискриминација врз основа на полот, со оглед на тоа дека националното законодавство не ги обврзува сопрузите да го сменат своето презиме.

Пример: во предметот *Zarb Adami v. Malta*, жалителот дал наводи дека неговото повикување да извршува поротничка должност претставува дискриминација, бидејќи практиката според која се составувале поротничките листи резултирала во поголема веројатност мажите почесто да бидат повикани да извршуваат ваква должност.[170] Статистиката покажала дека повеќе од 95% од поротниците во период од пет години биле мажи, а ЕСЧП утврдил дека ова претставува дискриминација со оглед на тоа дека мажите и жените се во споредлива ситуација во однос на нивните граѓански должности.[171]

Родовиот идентитет се однесува на „длабоки внатрешни и индивидуални искуства поврзани со родот што ги има едно лице, коишто можат, но не мораат, да одговараат на неговиот пол при раѓањето, вклучително и личното чувство за сопственото тело (што може да вклучи, доколку тоа претставува слободен избор, промена на телесниот изглед или функција преку медицински, хируршки или други средства) и други манифестации на родот, вклучително и облека, говор и манири“.[171]

Според толкувањето на концептот „пол“, тој вклучува и ситуации каде дискриминаторскиот третман се однесува на „полот“ на жалителот во поапстрактна смисла, и дозволува одредена ограничена заштита на родовиот идентитет.

Така, пошироко прифатената дефиниција на родовиот идентитет ги опфаќа не само лицата кои се подложуваат на операција за менување на полот („транссексуалци“), туку и оние кои одбираат други начини за да го манифестираат својот род, како што е трансвестизам или носење облека типична за другиот пол, или, едноставно, усвојување начин на говор или козметика што обично се поврзува со припадниците на спротивниот пол.

169 ЕСЧП, *Ünal Tekeli v. Turkey* (бр. 29865/96), 16 ноември 2004 год.

170 ЕСЧП, *Zarb Adami v. Malta* (бр. 17209/02), 20 јуни 2006 год.

171 Оваа широко прифатена дефиниција е земена од „*Принципите од Јогјакарта за примена на меѓународното право за човековите права во врска со сексуалната ориентација и родовиот идентитет*“, март 2007 год, достапно на: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm. Принципите се усвоени од независно тело експерти по меѓународното право за човековите права.

По предметот *P. v. S and Cornwall County Council*, и во согласност со директивите за недискриминација, основата за заштита „пол" ја опфаќа и дискриминацијата против поединец бидејќи тој/таа „има намера да направи или направил/а операција за промена на полот." Затоа, се чини дека основата „пол", онака како што е дефинирана во рамките на правото на ЕУ, во моментов го штити и родовиот идентитет, но само во тесна смисла.

Пример: предметот *K.B. v. NHS Pensions Agency* се однесува на одбивањето на наследна пензија за трансексуалниот партнер на лицето К.Б.[172] Одбивањето било образложено со фактот дека трансексуалниот пар не го задоволува условот за брачна заедница, односно според англиското законодавство што било во сила во тој период трансексуалците не можеле да стапат во брак.

При разгледување на прашањето за дискриминација, ЕСП утврдил дека во предметот не постои дискриминација врз основа на полот затоа што во одредувањето кој има право на наследна пензија, не постоел неповолен третман врз основа на машкиот или женскиот пол. Потоа, ЕСП ја сменил насоката на размислување и се фокусирал на прашањето на бракот. Било нагласено дека трансексуалците никогаш немале право да стапат во брак и затоа не биле во можност да користат наследна пензија, додека на хетеросексуалците тоа им било овозможено. Потоа судот го земал предвид и предметот *Christine Goodwin* кој бил разгледуван од страна на ЕСЧП.[173] Врз основа на ваквите размислувања, ЕСП заклучил дека британското законодавство кое било оспорено не е усогласено со начелото за еднаков третман бидејќи ги спречувало трансексуалците да се јават како корисници на дел од платата на нивните партнери.

Пример: слични размислувања биле применети и во предметот *Richards*.[174] Ричардс, која била родена како маж, направила операција за промена на полот. Предметот се однесува на правото на државна пензија во Обединетото Кралство, затоа што во тоа време жените имале право на државна пензија на возраст од 60 години, додека мажите својата државна пензија ја добивале на возраст од 65 години. Кога Ричардс аплицирала за пензија на возраст од 60 години, нејзиното барање било одбиено со образложение дека формално-правно таа била призната како маж и затоа

172 ЕСП, *K.B. v. NHS Pensions Agency*, предмет C-117/01 [2004] ECR I-541, 7 јануари 2004 год.

173 ЕСЧП, *Christine Goodwin v. UK* [голем судски совет] (бр. 28957/95), 11 јули 2002 год.

174 ЕСП, *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, предмет C-423/04 [2006] ECR I-3585, 27 април 2006 год.

не може да бара државна пензија додека не наполни 65 години. ЕСП сметал дека тоа претставува нееднаков третман врз основа на промена на полот и последователно на тоа таквиот третман претставува дискриминација што е спротивно на членот 4(1) од Директивата за постепено спроведување на начелото за еднаков третман на мажите и на жените во прашања поврзани со социјалното осигурување.[175]

ЕСЧП допрва треба да донесе одлука за тоа дали членот 14 го опфаќа родовиот идентитет како основа за заштита и допрва треба да утврди дали таа основа би ги опфатила само „трансексуалците“ или подразбира пошироко толкување на родовиот идентитет. Ова не значи дека ЕСЧП воопшто не се занимавал со прашањето на родовиот идентитет. Односно, ЕСЧП утврдил дека родовиот идентитет, исто како и сексуалната ориентација, претставува дел од сферата на приватниот живот на поединецот и затоа треба да биде слободен од мешање од страна на властите.

Пример: фактите изнесени во предметите *Christine Goodwin v. UK* и *I. v. UK* се многу слични.[176] Жалителките, кои имале направено операција за промена на полот од машки во женски, се пожалиле дека властите одбиле да им дозволат промена на нивните изводи од матичната книга на родените со цел да се внесе промената на полот. Иако промената на другите документи и имињата на жалителките била дозволена, изводите од матичната книга на родените сè уште се користеле за извесни цели каде родот бил релевантен од правен аспект, како што се вработувањето или заминувањето во пензија, што значи дека жалителките би биле соочени со срам и понижување кога треба да го откријат својот формално-правно признат род (машки). ЕСЧП (менувајќи ја претходната судска практика во спротивна насока) одлучил дека ваквиот третман претставува повреда на правото на почитување на приватниот живот и правото на брак според членот 12, но не се впуштил во разгледување на прашањето дали постои прекршување на членот 14.

175 Директива 79/7/ЕЕЗ на Советот од 19 декември 1978 година за постепено спроведување на начелото за еднаков третман на мажите и на жените во прашања поврзани со социјалното осигурување, Службен весник бр. L 6, 1979 година, стр. 24.

176 ЕСЧП, *Christine Goodwin v. UK* [голем судски совет] (бр. 28957/95), 11 јули 2002 год.; ЕСЧП, *I. v. UK* [голем судски совет] (бр. 25680/94), 11 јули 2002 год. Види исто: ЕСЧП, *L. v. Lithiuania* (бр. 27527/03), 11 септември 2007год.

Пример: во предметот *Van Kück*, барањето на жалителката за рефундирање на трошоците поврзани со операцијата за промена на полот и хормонската терапија било одбиено од страна на приватниот фонд за здравствено осигурување каде таа била осигурена.[177] Апелациониот суд во Германија, кој решавал во жалбената постапка покрената против приватниот фонд за здравствено осигурување, утврдил дека медицинските зафати не биле „неопходни" во рамките на значењето на осигурителниот договор и затоа жалителката немала право на рефундирање. Имајќи ја предвид природата на родовиот идентитет и тежината на одлуката да се подложи на неревeрзибилни медицински зафати, ЕСЧП утврдил дека пристапот на националниот суд не само што не обезбедил правично судење за жалителката, со што го прекршил членот 6 од ЕКЧП, туку и го повредил нејзиното право на почитување на приватниот живот што се гарантира со членот 8 од ЕКЧП. Сепак, ЕСЧП не ја разгледувал сообразноста со членот 14, затоа што во суштина станувало збор за исти факти.

Генерално земено, се чини дека правото што се занимава со основата за заштита „родов идентитет" налага значително појаснување на европско и на национално ниво. Најновите студии за националното законодавство што ја регулира оваа област покажуваат дека во Европа не постои конзистентен пристап кон ова прашање, додека државите, во голема мера, се поделени на оние што го опфаќаат „родовиот идентитет" како дел од „сексуалната ориентација", и оние што го опфаќаат како дел од „дискриминацијата врз основа на пол".[178]

Низа предмети што се однесуваат на разликите во третманот врз основа на полот и се поврзани со возраста за заминување во пензија покажуваат дека ЕСЧП го признава широкиот простор за дискрециона оценка на државата по прашања што се однесуваат на фискалната и на социјалната политика[179].

Пример: во предметот *Stec and Others v. UK*, жалителите дале наводи дека како резултат на различната возраст за заминување во пензија за мажи и за

177 ЕСЧП, *Van Kück v. Germany* (бр. 35968/97), 12 јуни 2003 год.

178 АФП, *Хомофобија и дискриминација врз основа на сексуалната ориентација во државите-членки на ЕУ: дел I –правна анализа* (Виена, АФП, 2009 година), стр. 129-144; Комесар за човекови права, *Човековите права и родовиот идентитет* (документ на тема од Томас Хамарберг, Комесар за човекови права при Советот на Европа, Стразбур, 29 јули 2009 год.), CommDH/IssuePaper(2009)2.

179 Овие предмети, исто така, обезбедуваат корисна дискусија во врска со оправданоста на различниот третман и со тоа нудат дополнително појаснување на овој концепт, со цел да се зајакне дискусијата за оправданоста којашто беше претходно разгледана во рамките на овој Прирачник.

жени, тие биле обесправени во поглед на бенефициите што им следуваат, коишто пак се утврдуваат според возраста за заминување во пензија.[180] ЕСЧП утврдил дека начелно дискриминацијата врз основа на полот може да се оправда само кога за тоа постојат „навистина сериозни причини“. Сепак „ЕКЧП на државите обично им дозволува широк простор за дискрециона оценка во поглед на општите мерки од економската или социјалната стратегија... Поради нивното директно познавање на општество и потребите во општеството, начелно националните власти се во подобра положба од еден меѓународен судија во однос на проценувањето што оди во прилог на јавниот интерес од социјален или економски аспект, додека Судот генерално го почитува изборот на јавни политики на законодавецот, освен доколку не е очигледно дека тие... не се разумно основани.“ ЕСЧП одлучил дека по својата природа различните возрасти за заминување во пензија претставуваат еден вид „посебни мерки“, со оглед на фактот дека тие се дизајнирани со цел да ги балансираат финансиските тешкотии што жените би можеле да ги имаат поради нивната традиционална улога во домот, поради што жените остануваат без независни парични приходи. Било утврдено дека властите започнале постепени приспособувања со цел да ја изедначат возраста за заминување во пензија за мажите и за жените и дека таквите постапки на властите не излегуваат надвор од нивните права на дискрециона оценка, ниту од аспект на одлуката прилагодувањето да се случува постепено во текот на повеќе години, ниту од аспект на неспроведувањето на промените порано.[181]

Сличен пристап има усвоено и ЕСП во предметите кои се однесуваат на различен третман што бил оправдан со пошироки разгледи на политиката за вработување.

Пример: во предметот *Schnorbus* било утврдено дека практиката на министерството за правда на германската покраина Хесен при изборот на кандидати за практична правна обука да им даде предност на машките кандидати кои отслужиле задолжителен воен или цивилен рок, претставува индиректна дискриминација врз основа на полот.[182] Сепак, ЕСП одлучил дека практиката била објективно оправдана бидејќи таа имала за цел

180 ЕСЧП, *Stec and Others v. UK* [голем судски совет] (бр. 65731/01 и 65900/01), 12 април 2006 год.

181 Види: ЕСЧП, *Barrow v. UK* [голем судски совет] (бр. 42735/02), 22 август 2006 год., параграфи 20-24, 37; ЕСЧП, *Pearson v. UK* (бр. 8374/03), 22 август 2006 год., параграфи 12-13, 25; ЕСЧП, *Walker v. UK* (бр. 37212/02), 22 август 2006 год., параграфи 19-20, 37.

182 ЕСП, *Schnorbus v. Land Hessen*, предмет C-79/99 [2000] ECR I-10997, 7 декември 2000 год.

да воспостави противтежа во однос на ефектите од одложувањето на отслужувањето на задолжителниот воен рок врз кариерата на машките кандидати.

Пример: предметот *Megner and Scheffer* се однесува на германскиот закон што го исклучува работниот однос со скратено работно време (помалку од 15 часа неделно) и вработувањето на определено време од задолжителните системи за здравствено и пензиско осигурување, како и од обврската за плаќање придонеси во системот за осигурување во случај на невработеност.[183] Било утврдено дека правилото има потенцијал индиректно да ги дискриминира жените, кои почесто работат со скратено работно време или имаат договор на определено време. ЕСП го прифатил владиниот аргумент дека доколку овие категории на вработени се вклучат во пензискиот систем, трошоците за нив би ја наметнале потребата од целосно трансформирање на системот, бидејќи тој не би можел да се финансира само од уплатените придонеси. Исто така, било прифатено дека на пазарот на трудот постои побарувачка за работници со скратено работно време и со договор на определено време, што владата би можела да ја олесни само доколку овие работници ги исклучи од системот за социјално осигурување. Без ваквиот пристап од страна на властите, тие работни места секако би биле пополнети, но на нелегална основа. ЕСП прифатил дека ваквата мерка на владата била насочена кон постигнување на легитимна цел од социјалната политика и дека државата треба да има „широк простор за дискрециона оценка“ во изборот на соодветни мерки за да се спроведе „социјалната политика и политиката за вработување“. Оттука, различниот третман се сметал за оправдан.

Оваа одлука може да се спореди со следниот предмет, каде ЕСП сметал дека дискриминацијата врз основа на полот не е оправдана во контекст на социјалната политика, и покрај значителните фискални импликации на кои се повикала владата.

183 ЕСП, *Megner and Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, предмет C-444/93 [1995] ECR I-4741, 14 декември 1995 год. Слично: ЕСП, *Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover*, предмет C-317/93 [1995] ECR I-4625, 14 декември 1995 год.

Пример: предметот *De Weerd, née Roks and Other* се однесува на национален закон за бенефиции во случај на инвалидитет.[184] Во 1975 година, националното законодавство вовело бенефиции во случај на инвалидитет за мажи и немажени жени, без оглед на нивото на нивните приходи пред да настане инвалидитетот. Во 1979 година, законот бил изменет и дополнет со што и мажените жени добиле право на бенефиции во случај на инвалидитет. Но, овие измени и дополнувања вовеле и услов според кој корисникот на бенефициите треба да покаже одредено ниво на приходи остварени во претходната година. Законот бил оспорен врз основа на, меѓу другото, фактот дека условот за остварени приходи индиректно ги дискриминира жените (поради помалата веројатноста дека тие би го оствариле потребното ниво на приходи, за разлика од мажите). Државата тврдела дека различното уживање на ова право било оправдано со буџетски разгледи, со цел јавното трошење да се одржи на одредено ниво. ЕСП утврдил дека иако правото на ЕУ не ја спречува државата да регулира кои категории лица можат да се јават како корисници на социјалните бенефиции , таа не смее да го прави тоа на дискриминаторски начин.

Според фактите, овие два предмета можат да се усогласат, при што предметот *De Weerd, née Roks, and Others* треба да се смета за „правило“, а предметот *Megner and Scheffel* за „исклучок“. Правото на ЕУ не ги обврзува државите-членки да усвојуваат одредени системи за социјално осигурување, но кога го прават тоа, судот нема да дозволи исклучување на одредени групи само од фискални причини, затоа што таквото исклучување може сериозно да го наруши начелото на еднаков третман и системот да го подложи на злоупотреби. Сепак, различниот третман може да се толерира доколку тоа е единствениот начин за спречување колапс на целиот систем за здравствено осигурување и осигурување во случај на невработеност, особено кога таквите мерки би ги натерале луѓето да прифатат нерегулирана работа.

4.3. Сексуална ориентација

Обично, предметите што се однесуваат на дискриминација врз основа на сексуалната ориентација вклучуваат поединец кој бил неповолно третиран бидејќи е хомосексуалец или бисексуалец, но оваа основа за заштита, исто така, забранува дискриминација и врз основа на хетеросексуалноста на лицето.

184 ЕСП, *De Weerd, née Roks, and Others v. Bestuur von de Bedrijfsvereninging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen and Others*, предмет C-343/92 [1994] ECR I-571, 24 февруари 1994 год.

Пример: во еден предмет изнесен пред Народниот правобранител на Шведска, кој се однесува на дискриминација врз основа на сексуалната ориентација („*HomO*“), една хетеросексуалка се пожалила на дискриминација врз основа на сексуалната ориентација кога била одбиена за работно место службеник за информации за побезбеден секс во шведската национална федерација за правата на лезбејките, хомосексуалците и трансродните лица.[186] Организацијата ѝ објаснила на жалителката дека таа претпочита да вработи самоидентификуван маж хомосексуалец или бисексуалец, со цел да овозможи пристап до заедницата преку лица со иста ориентација. Било утврдено дека таа или не може да тврди дека е во споредлива ситуација со маж хомосексуалец или бисексуалец за целите на даденото работно место (и оттука, не може да докаже постоење на неповолен третман) или дека во секој случај дискриминацијата била оправдана врз основа на реален професионален услов.

Под сексуална ориентација се подразбира „способноста на едно лице за длабока емотивна, чувствена и сексуална привлечност кон и интимни односи со лица од спротивниот пол, од истиот пол или со лица кои имаат повеќе од еден род“.[185]

Иако членот 14 од ЕКЧП експлицитно не ја наведува „сексуалната ориентација“ како основа за заштита, во низа предмети ЕСЧП јасно се произнел дека оваа основа е вклучена во заштитата што ја обезбедува членот 14 преку формулацијата „други“ основи за заштита.[187]

Пример: во предметот *S.L. v. Austria*, жалителот дал наводи дека националниот закон, онака како што е формулиран, ги инкриминира консензуалните полови односи меѓу мажи, кога една од страните во односот е на возраст под осумнаесет години.[188] За разлика од тоа, на жените им е дозволено да се впуштат во сексуални чинови (како лезбејки и како хетеросексуалки) од нивната 14-годишна возраст. ЕСЧП одлучил дека ова претставува дискриминација врз основа на сексуалната ориентација.

185 Оваа широко прифатена дефиниција е земена од „*Принципите од Јогјакарта за примена на меѓународното право за човековите права во врска со сексуалната ориентација и родовиот идентитет*“, март 2007 год., достапно на: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm.

186 HomO, одлука од 21 јуни 2006 год., предмет бр. 262/06.

187 Види: ЕСЧП, *Fretté v. France* (бр. 36515/97), 26 февруари 2002 год, параграф 32.

188 ЕСЧП, *S.L. v. Austria* (бр. 45330/99), 9 јануари 2003 год.

Пример: во предметот *E.B. v. France*, барањето за посвојување дете на жалителката било одбиено со образложение дека во домаќинството нема машки член кој ќе биде модел за пример за детето.[189] Националниот закон дозволувал самохрани родители да посвојуваат деца, а ЕСЧП утврдил дека одлуката на властите примарно се засновала на фактот дека жалителката е во врска и живее со други жени. Следствено, ЕСЧП утврдил постоење на дискриминација врз основа на сексуалната ориентација.

Треба да се забележи дека ЕСЧП, исто така, обезбедува самостојна заштита од мешање на властите во поглед на сексуалната ориентација, и тоа во членот 8 од ЕКЧП кој се однесува на правото на приватен живот. Така, дури и ако се случила дискриминација врз оваа основа, жалбениот наод може да вклучи повреда на членот 8, без да се аргументира постоење на дискриминаторски третман.

Пример: предметот *Dudgeon v. UK* се однесува на национален закон што ги инкриминира консензуалните хомосексуални полови односи меѓу возрасни лица.[190] Жалителот дал наводи дека како хомосексуалец тој е изложен на ризик од кривичен прогон. ЕСЧП утврдил дека постоењето на вакви одредби само по себе претставува повреда на правото на почитување на приватниот живот на засегнатото лице, затоа што приватниот живот го вклучува и „сексуалниот живот" на лицето. Исто така, ЕСЧП утврдил дека, иако заштитата на јавниот морал претставува легитимна цел, таа може да се постигне без вакво ниво на мешање во приватниот живот.

ЕСЧП вложува посебни заложби да гарантира заштита на поединците кога мешањето од страна на државата се однесува на прашања за кои се смета дека задираат во суштинските елементи на личното достоинство, како што се сексуалниот или семејниот живот на поединецот. Следниов предмет покажува дека мешањето во приватниот живот во врска со сексуалноста тешко може да биде оправдано.

Пример: предметот *Karner v. Austria* се однесува на толкување на националното законодавство (член 14 од Законот за закуподавни односи), кој создал право роднините или „животните сопатници" автоматски

189 ЕСЧП, *E.B. v. France* [голем судски совет] (бр. 43546/02), 22 јануари 2008 год.

190 ЕСЧП, *Dudgeon v. UK* (бр. 7525/76), 22 октомври 1981 год.

да го наследат договорот за закуп на домување по смртта на главниот закупувач.[191] Жалителот живеел заедно со својот партнер, носител на договорот за закуп на домување, кој починал. Толкувањето на ова законодавство од страна на националните судови подразбирало дека тоа ги исклучува хомосексуалните парови, иако би можело да ги вклучи хетеросексуалните парови кои не се во брак. Надлежните органи прифатиле дека различниот третман се случил врз основа на сексуалната ориентација, но тврделе дека тоа е оправдано во поглед на заштита на домувањето на лица од традиционалните семејства. ЕСЧП одлучил дека, иако заштитата на традиционалното семејство може да претставува легитимна цел, „просторот за дискрециона оценка на државата е многу тесен... кога постои разлика во третманот врз основа на полот или сексуалната ориентација“. Понатаму, ЕСЧП се произнел дека „принципот на сразмерност не налага одбраната мерка да биде само начелно соодветна за остварување на саканата цел. Напротив, мора да се докаже дека за да се постигне таа цел неопходно е да се исклучат некои категории луѓе - во овој случај тоа се лицата што живеат во хомосексуална врска - од опсегот на примената на членот 14 од Законот за закуподавни односи.“ Врз таа основа, ЕСЧП утврдил дека постои дискриминација со оглед на тоа дека државата можела да примени мерки кои имаат за цел да го заштитат традиционалното семејство без да ги стави хомосексуалните парови во неповолна позиција.

4.4. Попреченост

Ниту ЕСЧП, ниту Директивата за еднаквост при вработувањето не даваат дефиниција за „попреченост“. Поради природата на улогата на ЕСП, одредувањето што претставува „попреченост“ најчесто го прават националните судови и тоа се приложува како дел од фактичката ситуација во предметите што се проследуваат до ЕСП. Сепак, во својата судска практика ЕСП имал неколку можности да даде ограничени насоки во врска со тоа што претставува „попреченост“.

Пример: во предметот *Chacón Navas*[192], ЕСП имал можност да го разгледува општиот опфат на одредбите за заштита од дискриминација врз основа на попреченост и посочил дека на ниво на ЕУ потребно е да се усвои

191 ЕСЧП, *Karner v. Austria* (бр. 40016/98), 24 јули 2003 год., параграфи 34-43.

192 ЕСП, *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, предмет C-13/05 [2006] ECR I-6467, 11 јули 2006 год.

хармонизирана дефиниција за поимот „попреченост“. ЕСП навел дека за целите на Директивата за еднаквост при вработувањето, попреченост се однесува на „ограничување коешто резултира во одредени физички, ментални или психолошки пречки и коешто го спречува учеството на засегнатото лице во професионалниот живот“, при што потребни се информации дека лицето „ќе биде попречено во подолг временски период“. Применувајќи ја оваа дефиниција во предметот *Chacón Navas*, било утврдено дека жалителката немала попреченост кога поднела тужба пред шпанските судови тврдејќи дека е дискриминирана врз основа на попреченост, откако била отпуштена од работа поради боледување во период од осум месеци. ЕСП јасно укажал на фактот дека постои разлика меѓу болест и попреченост, при што болните лица немаат основа за заштита.

Член 1 од Конвенцијата за правата на лицата со инвалидитет на ОН: „Лица со попреченост се оние лица кои имаат долготрајни физички, ментални, интелектуални или сетилни нарушувања, коишто во интеракција со различни пречки може да го попречат нивното целосно и ефективно учество во општеството на еднаква основа со другите“

Како што беше наведено во Поглавје 1, ЕУ е договорна страна на Конвенцијата за правата на лицата со инвалидитет на ОН (ОН КПЛИ) донесена во 2006 година, и следствено ЕСП веројатно ќе се води и од самата Конвенција и од толкувањата што ги дава Комитетот за правата на лицата со инвалидитет задолжен за следење на спроведувањето на Конвенцијата и за толкување на одредбите содржани во неа.[193]

Со оглед на тоа дека е договорна страна на ОН КПЛИ ЕУ и нејзините институции (вклучително и државите-членки на ЕУ, кога го толкуваат и применуваат правото на ЕУ) се обврзани да го применат овој широк и инклузивен пристап кон толкувањето на значењето на „попреченост“.

Иако попреченоста не е изречно наведена во списокот на основи за заштита од ЕКЧП, таа е вклучена од страна на ЕСЧП во неговото толкување на „други“ основи за заштита дадени во членот 14.

Пример: во предметот *Glor v. Switzerland*, ЕСЧП одлучил дека жалителот, кој бил дијабетичар, може да се смета за лице со попреченост, без оглед на тоа што националните закони дијабетесот го категоризираат како „благ“

193 Документ на ОН A/RES/61/611, 13 декември 2006 год.

инвалидитет.[194] Жалителот бил обврзан да плати данок како надомест за неотслужување на воениот рок, кој бил наметнат на сите лица кои се квалификуваат за отслужување воен рок. За едно лице да биде ослободено од плаќање на овој данок, тоа треба или да има инвалидитет од најмалку „40%“ (што се смета за еквивалент на загуба на еден екстремитет) или да се повика на приговор на свеста. Лицата кои се повикуваат на приговор на свеста се обврзани да отслужат „цивилен рок“. Поради природата на неговиот инвалидитет, се сметало дека жалителот не може да го отслужи воениот рок, но од друга страна, неговиот инвалидитет не го исполнувал прагот за тежина утврден во националните закони за тој да биде ослободен од плаќање на овој данок. Жалителот понудил да отслужи „цивилен рок“, но тој предлог бил одбиен. ЕСЧП одлучил дека државата го третирала жалителот на начин кој е сличен со третманот на лицата кои не отслужиле воениот рок и кои за тоа не дале соодветно оправдување. Било утврдено дека тоа претставува дискриминаторски третман, бидејќи жалителот бил во различна позиција (тој бил одбиен за служење воен рок, но сакал и бил способен да отслужи цивилен рок), па затоа државата требало да направи исклучок од правилата кои биле во сила во тој момент.

Каков што е случајот и со другите основи за заштита дадени во ЕКЧП, не е невообичаено предметите да се разгледуваат врз основа на други материјални права наместо со примена на кумулативен пристап кон материјалното право и членот 14 којшто забранува дискриминација.

Пример: во предметот *Price v. UK*, жалителката била осудена на затворска казна во времетраење од седум дена. Таа страдала од физички инвалидитет поради фактот дека нејзината мајка, додека била бремена со неа, консумирала талидомид, што пак довело до тоа жалителката да нема или да има значително пократки екстремитети, и нефункционални бубрези.[195] Како резултат на ваквите заболувања, жалителката зависи од количка за движење и има потреба од помош за да оди во тоалет и да одржува лична хигиена, како и потреба од специјални аранжмани за спиење. Во текот на првата вечер од нејзиниот притвор таа била сместена во ќелија што не е приспособена за лица со физички инвалидитет и затоа не можела да спие, чувствувала голема болка и страдала од хипотермија.

194 ЕСЧП, *Glor v. Switzerland* (бр. 13444/04), 30 април 2009 год.
195 ЕСЧП, *Price v. UK* (бр. 33394/96); 10 јули 2001 год.

Кога била пренесена во затвор таа била сместена во болничкото одделение каде што можеле да се направат одредени прилагодувања на условите, но таа сепак се соочила со слични проблеми. Освен тоа, не ѝ било дозволено да го наполни акумулаторот на електричната количка што се испразнил. ЕСЧП одлучил дека жалителката била подложена на деградирачки третман, што е спротивно на членот 3. Во овој предмет, не било покренато барање за разгледување на дискриминација врз основа на едно од материјалните права загарантирани со ЕКЧП, во врска со членот 14.

Пример: во предметот *Pretty v. UK*, жалителката која страдала од дегенеративно заболување сакала да добие уверување од властите дека може да се подложи на помогнато самоубиство без кривичен прогон, и тоа во иднина кога нејзината болест ќе напредне до степен до кој таа нема да може сама да го изврши чинот.[196] Според националното законодавство, помагање во самоубиство претставува кривично дело само по себе, и се смета за убиство или убиство без умисла. Меѓу другото, жалителката тврдела дека нејзиното право да донесува одлуки за сопственото тело, заштитено во контекст на правото на приватен живот (според членот 8), било прекршено на дискриминаторски начин, со оглед на тоа дека државата применува униформна забрана за помогнато самоубиство, што има несразмерно негативно влијание врз оние кои станале неспособни и поради тоа не можат самите да си го одземат животот. ЕСЧП утврдил дека одбивањето да се направи разлика меѓу лица „кои се физички способни и оние кои не се физички способни да извршат самоубиство" било оправдано затоа што воведувањето исклучоци од законот во практика би овозможило простор за злоупотреби и би ја поткопало заштитата на правото на живот.

4.5. Возраст

Возраста како основа за заштита се поврзува со различен третман или различно уживање на правата што се заснова на возраста на жртвата. Иако дискриминацијата врз основа на возраста, сама по себе, не влегува во опсегот на некое конкретно право од ЕКЧП (за разлика од религијата или сексуалната ориентација), прашањата за дискриминација врз основа на возраста можат да се покренат во контекст на различни права. Како такво и каков што е случајот

196 ЕСЧП, *Pretty v. UK* (бр. 2346/02), 29 април 2002 год.

со другите области, ЕСЧП разгледувал и предмети во кои фактите упатуваат на дискриминација врз основа на возраста, без притоа предметот да го разгледува во врска со таквите параметри, односно тој разгледува предмети поврзани со третманот на деца во кривичниот систем. ЕСЧП утврдил дека „возраста“ е вклучена во формулацијата „друг статус“.[197]

Пример: во предметот *Schwizgebel v. Switzerland*, една 47-годишна самохрана мајка се пожалила дека нејзиното барање да посвои дете било одбиено.[198] Националните власти ја засновале својата одлука на разликата во возраста меѓу жалителката и детето, како и на фактот дека посвојувањето би претставувало голем финансиски товар за жалителката, со оглед на тоа дека таа веќе има едно дете. ЕСЧП утврдил дека жалителката била третирана на различен начин во споредба со другите млади жени кои поднеле барање за посвојување и тоа врз основа на нејзината возраст. Сепак, неуниформните правила меѓу државите во поглед на прифатливата возрасна граница за посвојување, на државата ѝ дава широк простор за дискрециона оценка. Освен тоа, земањето предвид на разликата во возраста од страна на националните власти не било направено на произволен начин, туку се засновало на разгледувања во однос на најдобрите интереси на детето и на финансискиот товар што издржувањето на второ дете може да претставува за жалителката, што за возврат може да влијае на добросостојбата на детето. Врз таа основа, ЕСЧП одлучил дека различниот третман бил оправдан.

Пример: во предметите *T. v. UK* и *V. v. UK*, две момчиња биле судени и прогласени за виновни за убиство што го извршиле кога имале 10 години.[199] Жалителите, меѓу другото, навеле дека не им било овозможено правично судење бидејќи нивната возраст и недоволна зрелост ги спречиле ефективно да учествуваат во својата одбрана. ЕСЧП утврдил дека при судење на малолетници државата треба „во целост да ги земе предвид возраста, нивото на зрелост, и интелектуалните и емотивните способности на осомничениот“ и да преземе мерки „со цел да ја подобри способноста на осомничениот да ја разбере и да учествува во постапката“. ЕСЧП одлучил дека државата не го сторила тоа и оттука таа постапила спротивно на членот 6 од ЕКЧП, без да го разгледува предметот од аспект на членот 14.

197 ЕСЧП, *Schwizgebel v. Switzerland* (бр. 25762/07), 10 јуни 2010.

198 Ibid.

199 ЕСЧП, *T. v. UK* [голем судски совет] (бр. 24724/94), 16 декември 1999 год; *V. v. UK* [голем судски совет] (бр. 24888/94), 16 декември 1999 год.

Пример: во предметите *D.G. v. Ireland* и *Bouamar v. Belgium*, жалителите биле притворени од страна на националните власти.[200] ЕСЧП утврдил дека со оглед на околностите во кои е направено притворањето, тоа претставува повреда на правото на едно лице да не биде притворено на произволна основа. Во двата случаја, жалителите тврделе дека третманот бил дискриминаторски во споредба со третманот на возрасните, затоа што националното законодавство не дозволувало возрасни лица да бидат лишени од слобода во такви околности. ЕСЧП одлучил дека, иако постои разлика во третманот на возрасните и на децата, таквата постапка била оправдана затоа што лишувањето од слобода било направено со цел да се заштитат малолетници, што пак не се зема предвид кога станува збор за лишување од слобода на возрасни лица.

4.6. Раса, етничка припадност, боја на кожа и припадност на национално малцинство

Се чини дека меѓу ЕУ и ЕКЧП постои мала разлика во широчината на основата за заштита „раса и етничка припадност“, при што Директивата за расна еднаквост изречно го исклучува „државјанството“ од концептот на раса или етничка припадност. Иако ЕКЧП ги наведува „државјанството“ или „националната припадност“ како посебна основа, судската практика што се разгледува подолу покажува дека државјанството може да се смета за конститутивен елемент на етничката припадност. Ваквата разлика не се должи на фактот дека во правото на ЕУ се дозволува дискриминација врз основа на државјанството, туку затоа што начинот на кој еволуира правото на ЕУ подразбира дека дискриминацијата врз основа на државјанството е уредено во контекст на прописите коишто се однесуваат на слободното движење на лица. Освен изречното исклучување на државјанството, Директивата за расна еднаквост не содржи дефиниција за „расно или етничко потекло“. Постојат низа други инструменти кои нудат насоки за начинот на кој треба да се разбираат расното и етничкото потекло. Директивата за расна еднаквост изречно не ги наведува ниту „бојата на кожата“ ниту припадноста на национално малцинство, но во ЕКЧП тие се наведени како одделни основи за заштита. Се смета дека овие поими не можат да се одделат од

200 ЕСЧП, *D.G. v. Ireland* (бр. 39474/98), 16 мај 2002 год.; ЕСЧП, *Bouamar v. Belgium* (бр. 9106/80), 29 февруари 1988 год.

дефиницијата за раса и/или етничка припадност, и затоа, во овој документ, тие се разгледуваат како неразделен елемент на расата/етничката припадност.

Рамковната одлука на Советот на ЕУ за борба против расизмот и ксенофобијата преку кривичното право дава дефиниција за расизмот и ксенофобијата, наведувајќи дека тие вклучуваат насилство или омраза насочени кон групи со упатување на „расата, бојата на кожата, религијата, потеклото или националното или етничкото потекло“. Комисијата против расизам и нетолеранција при Советот на Европа, исто така, има усвоено широк пристап кон дефинирањето на „дискриминација врз основа на расата“, што во себе ги вклучува основите за заштита „раса, боја на кожа, религија, државјанство или национално или етничко потекло“.[201] Слично на тоа, членот 1 од Конвенцијата за елиминација на сите форми на расната дискриминација на ОН од 1966 година (чиишто договорни страни се сите држави-членки на Европската унија и на Советот на Европа) дава дефиниција за расната дискриминација наведувајќи дека таа ги вклучува основите за заштита „раса, боја на кожа, потекло или национална или етничка припадност“.[202] Комитетот за елиминација на расната дискриминација, одговорен за толкување и следење на спроведувањето на овој меѓународен договор, изјавил дека освен доколку не постои оправдување за спротивното, одредувањето дали еден поединец е припадник на конкретна расна или етничка група „се заснова... на самоидентификувањето на засегнатиот поединец.“[203] Ваквото толкување ги спречува државите да ги исклучат од својата заштита етничките групи коишто тие не ги признаваат.

Иако правото на ЕУ изречно не ги наведува јазикот, бојата на кожа или потеклото како основи за заштита, тоа не значи дека овие карактеристики не можат да бидат заштитени како дел од расата или етничката припадност, сè додека јазикот, бојата на кожата или потеклото се неразделив дел од расата и од етничката припадност. Исто така, се чини дека до степенот до кој факторите што го сочинуваат државјанството се релевантни за расата и за етничката припадност, таа основа може, во соодветни околности, да биде вклучена во основите за заштита.

Во Директивата за еднаквост при вработување, религијата е изречно заштитена како одделна основа за заштита. Сепак, наводна жртва на дискриминација

201 Европска комисија против расизам и нетолеранција, Генерална препорака за јавната политика бр. 7за националното законодавство за борба против расизмот и дискриминацијата врз основа на расата, CRI (2003)8, донесена на 13 декември 2002 год., параграфи 1(б) и (в).

202 660 ЗДОН 195.

203 Комисија за елиминација на расната дискриминација, Генерална препорака бр. VIII која се однесува на толкувањето на примената на членот 1, ставовите 1 и 4 од Конвенцијата.

врз основа на религија може да има интерес да ја поврзе религијата со расата како основа за заштита бидејќи, според тековниот развој на правото на ЕУ, заштитата од дискриминација врз основа на расата има поширок опфат од заштитата од дискриминација врз основа на религија. Ова се должи на фактот дека Директивата за расна еднаквост се поврзува со сферата на вработувањето, но и со пристапот до стоки и услуги, додека Директивата за еднаквост при вработувањето се поврзува само со сферата на вработувањето.

Кога ги објаснува концептите раса и етничка припадност, ЕСЧП има утврдено дека јазикот, религијата, државјанството и културата можат да бидат неразделен дел од расата. Во предметот *Timishev*, на жалителот со чеченско потекло не му било дозволено да мине контролен пункт затоа што стражарите имале наредба да не дозволат влез во земјата на лица со чеченско потекло. ЕСЧП го дал следново образложение:

> *„Етничката припадност и расата се меѓусебно поврзани концепти коишто се преклопуваат. Додека поимот раса своите корени ги влече од идејата за биолошка класификација на луѓето во подгрупи според нивните морфолошки карактеристики, како што се бојата на кожата или цртите на лицето, етничката припадност своите корени ги има во идејата за општествени групи коишто ги карактеризира заедничко државјанство, припадност на племе, религија, заеднички јазик или културно и традиционално потекло и историја.“*[204]

Пример: предметот *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* е првиот предмет во чиишто рамки се одлучувало според Протоколот 12. Жалителите навеле дека тие биле спречени да се кандидираат на избори.[205] Како дел од мировниот договор со кој се стави крај на конфликтот од 90-тите години на минатиот век, бил постигнат договор за поделба на власта меѓу трите главни етнички групи. Тоа вклучувало и аранжман според кој секој кандидат на изборите мора да се декларира како припадник на бошњачката, српската или на хрватската заедница. Жалителите, кои имале еврејско и ромско потекло, одбиле да го сторат тоа и презентирале наводи за дискриминација врз основа на расата и етничката припадност. ЕСЧП го повторил образложението за односот меѓу расата и етничката припадност дадено погоре и додал дека „дискриминацијата на едно лице врз основа на етничкото потекло претставува форма на дискриминација врз основа на

204 ЕСЧП, *Timishev v. Russia* (бр. 55762/00 и 55974/00), 13 декември 2005 год., параграф 55.

205 ЕСЧП, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [голем судски совет] (бр. 27996/06 и 34836/06), 22 декември 2009 год.

расата". Одлуката на ЕСЧП за расна дискриминација го илустрира односот меѓу етничката припадност и религијата. Понатаму, ЕСЧП утврдил дека и покрај деликатните услови од мировниот договор, оспореното барање не може да ја оправда таквата дискриминација.

Пример: во еден предмет изнесен пред комисија за еднаков третман на Австрија, засегнатиот поединец, кој бил Сика, се пожалил дека не му бил дозволен влез во виенскиот суд бидејќи не сакал да го отстрани церемонијалниот меч што со себе го носат припадниците на таа религија.[206] Комисијата го третирала овој предмет како дискриминација врз основа на етничка припадност. Врз основа на фактите, таа одлучила дека различниот третман бил оправдан од безбедносни причини.

ЕСЧП е особено строг во поглед на дискриминацијата врз основа на раса или етничка припадност и наведува: „разликата во третманот која исклучиво или во пресудна мера се заснова на етничкото потекло на едно лице на може да биде објективно оправдана во едно современо демократско општество кое е изградено врз начелата на плурализам и почитување на различните култури."[207]

Интернет страницата на Советот на Европа посветена на образование за човековите права наменето за практичари содржи корисна студија на случај во која се нагласуваат разгледите што се земаат предвид при разгледување жалби за дискриминација врз основа на расата според ЕКЧП.[208]

4.7. Државјанство и национално потекло

Членот 2(а) од Конвенцијата за државјанство на Советот на Европа од 1996 година, државјанството го дефинира како „правна врска меѓу едно лице и една држава". Иако овој меѓународен договор не беше ратификуван од голем број држави, оваа дефиниција се заснова на прифатените правила на меѓународното

206 Комисија за еднаков третман, Сенат III. Резимето на англиски јазик е достапно на инфо-порталот на АФП, предмет 5-1. Оригиналниот текст е достапен на: http://inforportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=5.

207 ЕСЧП, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [голем судски совет] (бр. 27996/06 и 34836/06), 22 декември 2009 год., параграф 44. Исто: ЕСЧП, *Timishev v. Russia* (бр. 55762/00 и 55974/00), 13 декември 2005, параграф 58.

208 Студија на случај 15, лишување од слобода, притвор пред судење, малтретирање на Роми, достапно на: www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1.

јавно право[209] и беше поддржана од страна на Европската комисија против расизам и нетолеранција.[210] „Националното потекло“ може да се смета дека ја означува претходната националност на едно лице, којашто тоа можеби ја загубило или ја додало по пат на натурализација, или пак националното потекло може да се однесува на припадноста на една „нација“ во рамките на една држава (како на пример Шкотска во Обединетото Кралство).

Пример: предметот *Chen* се однесува на прашањето дали детето има право да престојува во една држава-членка кога тоа е родено во друга држава-членка, при што неговата мајка, која го издржува, е државјанин на земја која не е членка.[211] ЕСП сметал дека кога една држава-членка наметнува услови што треба да се задоволат за да се добие државјанство и кога тие услови се исполнети, тогаш другата држава-членка не може да го оспори таквото право кога засегнатото лице бара дозвола за престој.

Иако во однос на државјанството ЕКЧП обезбедува поголема заштита од правото на ЕУ, таа прифаќа дека отсуството на правна врска за државјанството често оди заедно со отсуството на фактичка врска со одредена држава, што пак ја спречува наводната жртва да тврди дека е во споредлива положба со државјаните. Суштината на пристапот на ЕСЧП се одразува во фактот дека колку е поблиска фактичката врска меѓу поединецот и државата, особено во поглед на плаќањето данок, помала е веројатноста дека судот би го сметал различниот третман врз основа на државјанството за оправдан.

Пример: во предметот *Zeóbek v. Greece*, барањето на жалителката за пензија наменета за лица кои имаат „големи семејства“ било одбиено.[212] Иако таа го имала потребниот број деца, едно од нејзините деца немало грчко државјанство во моментот кога жалителката ја навршила возраста за заминување во пензија. Вакввата ситуацијата настанала поради претходната

209 Меѓународен суд на правдата, *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)* [1955] Извештаи на МСП, 4, 23, 6 април 1955 год.: „државјанството е правна врска во чијашто основа лежи општествениот факт за поврзаност, реална врска на постоење, интереси и чувства, заедно со постоењето на реципрочни права и обврски.“

210 Европска комисија против расизам и нетолеранција, Генерална препорака за јавната политика бр. 7 за националното законодавство за борба против расната дискриминација, CRI(2003)8, донесена на 13 декември 2002 год., стр. 6.

211 ЕСП, *Chen v. Secretary of State for the Home Department*, предмет C-200/02 [2004] ECR I-9925, 19 октомври 2004 год.

212 ЕСЧП, *Zeóbek v. Greece* (бр. 46368/06), 9 јули 2009 год.

одлука на владата да го одземе државјанството на целото семејство на жалителката (одлука која сама по себе се карактеризира со низа нерегуларности) и потоа да даде државјанство само за три од нејзините деца (бидејќи четвртото дете веќе било во брак). ЕСЧП одлучил дека во овој случај била применета политика за одземање на државјанството и тоа особено во однос на грчките муслимани, и дека одбивањето на барањето за пензија не може да се оправда со зачувувањето на грчката нација, бидејќи таквото резонирање само по себе би претставувало дискриминација врз основа на националното потекло.

Пример: во предметот *Anakomba Yula v. Belgium*, државјанка на Конго незаконски престојувала во Белгија.[213] Нејзината дозвола за престој истекла набрзо по породувањето и таа почнала постапка за обновување на дозволата. Таа била во процес на разведување од нејзиниот сопруг кој живеел во Конго, додека таа и биолошкиот татко на нејзиното дете, инаку државјанин на Белгија, сакале да го утврдат татковството на детето. За да го стори тоа, жалителката требало да покрене тужба против својот сопруг во рок од една година од раѓањето. Жалителката побарала правна помош за да ги покрие трошоците на постапката, бидејќи таа немала доволно средства. Нејзиното барање било одбиено затоа што во случај кога барањето се однесува на утврдување на правото на престој бесплатна правна помош е дозволена само за државјаните на земји кои не се членки на Советот на Европа. Жалителката била советувана да ја обнови дозволата за престој и повторно да аплицира. ЕСЧП одлучил дека во дадените околности жалителката била лишена од нејзиното право на правично судење и дека таквото постапување се засновало на нејзиното државјанство. Било утврдено дека државата не може да се оправда во поглед на правењето разлика меѓу лица кои имаат и лица кои немаат дозвола за престој во ситуација каде се работи за сериозни прашања од семејниот живот, каде постои кратка временска рамка за утврдување на татковството и каде лицето веќе ја започнало постапката за обновување на дозволата за престој.

Како што беше наведено во Поглавје 3.2., правото на ЕУ забранува дискриминација врз основа на државјанството единствено во конкретниот контекст на слободно движење на лица. Поконкретно, правото на ЕУ кое се однесува на слободно движење им дава ограничени права на државјаните на трети земји. Од друга страна, ЕКЧП наметнува обврски за сите држави-

213 ЕСЧП, *Anakomba Yula v. Belgium* (бр. 45413/07), 10 март 2009 год.

членки на Советот на Европа (вклучително и сите држави-членки на ЕУ) да ги гарантираат правата од ЕКЧП за сите поединци во рамките на нивната јурисдикција (вклучително и лицата кои не се државјани). ЕСЧП одржува рамнотежа меѓу правото на државата да ги регулира бенефициите што таа ги обезбедува за лица кои уживаат правна врска на државјанство и потребата да спречи дискриминација од страна на државите во однос на лица кои формирале значајни суштински врски со државата. ЕСЧП применува силна контрола во однос на прашања поврзани со социјалното осигурување, но само доколку поединците можат да покажат силна суштинска врска со државата.

Правото на државите да го регулираат влезот и излезот на границите за лица кои не се нивни државјани е добро воспоставено со меѓународното јавно право и е прифатено од страна на ЕСЧП. Во овој поглед, ЕСЧП главно интервенира во однос на жалбени барања поврзани со депортација на поединци, и тоа кога поединците се соочени со нечовечки или деградирачки третман или казнување или казнување во земјата каде се депортирани (според членот 3)[214] или пак кога поединците формирале силни семејни врски во државата-домаќин, коишто би биле прекинати доколку поединецот е принуден да замине (според членот 8).[215]

Пример: во предметите *C. v. Belgium* и *Moustaquim v. Belgium*, жалителите, кои се државјани на Мароко, биле осудени за кривични дела и биле депортирани.[216] Тие се пожалиле дека нивната депортација претставува дискриминација врз основа на државјанството, бидејќи ниту белгиските државјани, ниту државјаните на други држави-членки на ЕУ не се депортираат во слични околности. ЕСЧП одлучил дека жалителите не биле во споредлива ситуација со белгиските државјани, затоа што државјаните уживаат право да останат во својата земја, што е конкретно загарантирано со ЕКЧП (во членот 3 од Протоколот 4). Понатаму, било утврдено дека разликата во третманот на државјаните од трети земји и на државјаните на други држави-членки е оправдана, затоа што ЕУ има создадено посебен правен поредок и државјанство на ЕУ.

214 Види, на пример: ЕСЧП, *Chahal v. UK* (бр. 22414/93), 15 ноември 1996 год.

215 Иако овие предмети имаат помали шанси за успех. Види, на пример: ЕСЧП, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK* (бр. 9214/80, 9473/81 и 9474/81), 28 мај 1985 год.

216 ЕСЧП, *C. v. Belgium* (бр. 21794/93), 7 август 1996 год.; ЕСЧП, *Moustaquim v. Belgium* (бр. 12313/86), 18 февруари 1991 год.

Овие предмети треба да се споредат со ситуации каде жалителот развил тесни суштински врски со државата-домаќин, преку долг период на престој или преку придонес во државата по пат на плаќање даноци.

Пример: во предметот *Andrejeva v. Latvia* жалителката претходно била државјанка на поранешниот Советски Сојуз, со право на постојан престој во Латвија.[217] Во периодот пред стекнувањето независност (и покрај тоа што била на истото работно место на територијата на Латвија, пред и по независноста), националното законодавство ја категоризирало жалителката како работник вон Латвија и нејзината пензија била пресметана врз основа на времето минато на истото работно место само по независноста. За разлика од неа, латвиските државјани кои имале исто работно место добиле право на пензија пресметана за целиот работен стаж, вклучително и за периодот пред независноста. ЕСЧП утврдил дека жалителката е во споредлива ситуација со латвиските државјани, затоа што според националното законодавство таа била „постојан жител кој нема државјанство“ и плаќала придонеси на иста основа. Судот навел дека се потребни „многу сериозни причини“ за различниот третман да биде оправдан само врз основа на државјанството, а такви причини не постоеле во конкретниот предмет. Иако ЕСЧП прифатил дека државата обично ужива широк простор за дискрециона оценка во однос на прашања поврзани со фискалната и социјалната политика, фактичката ситуацијата на жалителката била премногу блиска на ситуацијата на латвиските државјани за да може да се оправда дискриминација врз таа основа.

Пример: во предметот *Gaygusuz v. Austria*, барањето за исплата на бенефиции во случај на невработеност поднесено од страна на турски државјанин кој работел во Австрија било одбиено затоа што тој немал австриско државјанство.[218] ЕСЧП одлучил дека жалителот бил во споредлива ситуација со австриските државјани, затоа што бил постојан жител и плаќал придонеси во системот за социјално осигурување преку даноци. Судот утврдил дека отсуството на договор за реципрочно социјално осигурување меѓу Австрија и Турција не го оправдува различниот третман, затоа што ситуацијата на жалителот била реално премногу блиска со ситуацијата на австриските државјани.

217 ЕСЧП, *Andrejeva v. Latvia* [голем судски совет] (бр. 55707/00), 18 февруари 2009 год.
218 ЕСЧП, *Gaygusuz v. Austria* (бр. 17371/90), 16 септември 1996 год.

Пример: во предметот *Koua Poirrez v. France*, државјанин на Брегот на Слоновата Коска поднел барање за исплата на бенефиции наменети за лица со попреченост. Неговото барање било одбиено со образложение дека таквите бенефиции се исплатуваат само на државјаните на Франција или на државјаните на земји со кои Франција има склучено договор за реципрочно социјално осигурување.[219] ЕСЧП одлучил дека жалителот фактички бил во слична ситуација како француските државјани затоа што ги задоволувал сите други законски критериуми за добивање социјална помош и претходно добивал други форми на бенефиции од социјалното осигурување што не зависеле од државјанството. Судот навел дека се потребни „особено сериозни причини“ за да се оправда разликата во третманот меѓу жалителот и другите државјани. За разлика од предметите што беа разгледани погоре, каде на државата ѝ се дава широк простор за дискрециона оценка во врска со фискалните и прашањата од социјалното осигурување, ЕСЧП не бил убеден од аргументите на Франција кои се однесувале на потребата државата да ги балансира јавните приходи и расходи, ниту пак од фактичката разлика дека во конкретниот случај Франција нема склучено реципрочен договор со Брегот на Слоновата Коска. Интересен е фактот дека бенефициите за кои станува збор се исплатуваат без оглед на тоа дали примателот плаќал придонеси во националниот систем за социјално осигурување (што се сметало за главна причина за нетолерирање на дискриминацијата врз основа на државјанството во горенаведените предмети).

4.8. Религија или уверување[220]

Додека правото на ЕУ обезбедува извесна ограничена заштита од дискриминацијата врз основа на религија или уверување, опфатот на ЕКЧП е значително поширок, имено затоа што членот 9 содржи самостојно право на слобода на совест, религија и вера.

219 ЕСЧП, *Koua Poirrez v. France* (бр. 40892/98), 30 септември 2003 год.

220 Објаснување за опсегот на членот 9 од ЕКЧП може да се најде на интернет страницата на Советот на Европа, образование за човековите права за практичари кај Murdoch, *Freedom of Thought, Conscience and Religion*, Human Rights Handbooks, No. 2, 2007 година, достапно на: www.coehelp.org/mod/resource/view.php/inpopup=true&id=2122.

Пример: во предметот *Alujer FernÁndez and Caballero García v. Spain*, жалителите навеле дека, за разлика од католиците, тие не можат дел од данокот на личен доход што го плаќаат да го распределат директно за нивната црква.[221] ЕСЧП одлучил дека предметот е недопуштен со оглед на тоа дека црквата на жалителот не била во споредлива ситуација со католичката црква, односно затоа што таа не поднела такво барање до владата и затоа што владата имала реципрочен аранжман со Светата Столица.

Пример: предметот *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* се однесува на еврејската организација којшто издала „кошер" сертификат за месото што се продава во ресторантите и во месарниците на нејзините членови.[222] Врз основа на тоа што сметал дека месото што доаѓа од кланиците на една постојна еврејска организација повеќе не ги исполнува строгите принципи поврзани со „кошер" храната, жалителот побарал овластување од државата да отвори сопствени ритуални кланици. Ваквото барање било одбиено со образложение дека организацијата не била доволно репрезентативна во рамките на француската еврејска заедница и дека веќе постојат овластени ритуални кланици. ЕСЧП одлучил дека во дадените околности организацијата не претрпела неповолен третман затоа што таа сè уште била во можност да се снабди со месо добиено преку потребниот метод, но од други извори.

Што вистински претставува „религија" или „уверување " што се квалификува како основа за заштита според Директивата за еднаквост при вработување или според ЕКЧП сè уште не е екстензивно разгледано од страна на ЕСП или ЕСЧП, но било предмет на темелна анализа пред националните судови.[223]

Пример: во предметот *Islington London Borough Council v. Ladele (Liberty intervening)*, од апелациониот суд на ОК било побарано да утврди дали жалителката, која работела како матичар за раѓање, брак и смрт, била дискриминирана врз основа на религија или уверување кога била дисциплинирана затоа

221 ЕСЧП, *AlujerFenÁndez and Caballero García v. Spain* (dec.) (бр. 53072/99), 14 јуни 2001 год.

222 ЕСЧП, *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [голем судски совет] (бр. 27417/95), 27 јуни 2000 год.

223 Правото на слобода на религија и вера е заштитено и како самостојно право со членот 18 од Меѓународниот пакт за граѓански и политички права (1966 година), каде како договорни страни се јавуваат сите држави-членки на Европската унија и на Советот на Европа. Види: Комитет за човекови права при ОН, Генерален коментар бр. 22: членот 18 (слобода на мисла, совест и религија).

што одбила да склучи граѓански партнерства.[224] Нејзиното одбивање се засновало на нејзините христијански уверувања. Апелациониот суд одлучил дека во случајот не станува збор за директна дискриминација врз основа на религија затоа што неповолниот третман не бил заснован на нејзините религиозни уверувања, туку на нејзиното одбивање да ги изврши работните задачи. Бил одбиен и жалбениот навод за индиректна дискриминација, при што апелациониот суд навел дека општинскиот совет бил посветен на промоција на еднаквост и диверзитет во заедницата и надвор од неа, и дека таквата политика на советот не го повредува правото на жалителката да има такви уверувања. Апелациониот суд, исто така, сметал дека поинаква одлука би довела до дискриминација врз друга основа, односно врз основа на сексуалната ориентација. Судот прифатил дека правото на поединецот на недискриминација мора да се балансира наспроти правото на заедницата на недискриминација.

Во низа предмети поврзани со материјалното право на слобода на религија и уверување загарантирано со ЕКЧП, ЕСЧП јасно ставил на знаење дека државата не може да прави обиди за да пропише што претставува религијата или уверувањето и дека овие концепти ги заштитуваат „атеистите, агностиците, скептиците и незасегнатите“, и оттука ги заштитуваат и лицата кои одбираат „да имаат или да немаат религиозни уверувања и да практикуваат или да не практикуваат религија“. Овие предмети, исто така, забележуваат дека во суштина религијата или уверувањето се лични и субјективни и нема потреба тие задолжително да се поврзуваат со некоја вера организирана во институции.[225] Утврдено било дека и поновите религии, како што е Скиентологијата, се квалификуваат за заштита.[226]

ЕСЧП го разгледувал концептот на „уверување“ во контекст на правото на образование според членот 2 од Протоколот 1 кон ЕКЧП, кој пропишува дека државата мора да ги почитува правата на родителите да обезбедат образованието на нивното дете да биде „во согласност со нивните религиозни и филозофски уверувања“. ЕСЧП навел:

224 *Islington London Borough Council v. Ladele (Liberty intervening)*, [2009] EWCA граѓански предмет 1357, Апелационен суд на ОК, 12 февруари 2010 год.

225 ЕСЧП, *Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia* (бр. 72881/01), 5 октомври 2006 год., параграфи 57-58; ЕСЧП, *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova* (бр. 45701/99), 13 декември 2001 год., параграф 114; ЕСЧП, *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [голем судски совет] (бр. 30985/96), 26 октомври 2000 год., параграфи 60 и 62.

226 ЕСЧП, *Chruch of Scientology Moscow v. Russia* (бр. 18417/02), 5 април 2007 год.

„Во своето вообичаено значење, зборот „уверувања" сам по себе не е синоним со зборовите „мислења" и „идеи", онака како што тие се користат во членот 10... од Конвенцијата, којшто гарантира слобода на изразување; тој е поблизок со терминот „верувања" (во францускиот текст: convictions) којшто се јавува во членот 9... и којшто ...означува ставови што постигнуваат извесно ниво на неоспорност, сериозност, кохезија и важност."[227]

Неодамна, ЕСЧП разгледуваше предмети поврзани со слободата на религијата во контекст на држави кои сакале да ја одржат секуларноста и да го сведат на минимум потенцијалниот фрагментирачки ефект на религијата врз нивните општества. Во вакви случаи, судот дава посебна тежина на целта наведена од државата во однос на спречување немири и заштита на правата и слободите на другите.

Пример: предметот *Köse and Others v. Turkey* се однесува на кодексот за облекување со кој се забранува девојчињата на училиште да носат шамии, при што жалбените наводи упатувале на фактот дека забраната претставува дискриминација врз основа на религијата бидејќи носењето шамија е муслиманска религиозна практика.[228] ЕСЧП прифатил дека правилата за облекување не биле поврзани со прашањето на припадност на една религија, туку дека биле развиени за да се зачува неутралноста и секуларноста на училиштата, што за возврат би спречило нереди и би ги заштитило правата на другите на немешање во нивните религиозни убедувања. Од овие причини, било утврдено дека жалбата е очигледно неоснована и недопуштена. ЕСЧП усвоил сличен пристап во предмет поврзан со кодекс за облекување наменет за наставници.[229]

4.9. Јазик

Треба да се забележи дека и Рамковната конвенција на Советот на Европа за заштита на националните малцинства од 1995 година[230] (ратификувана од страна на 39 држави-членки), и Европската повелба за регионалните или малцинските јазици од 1992 година[231] (ратификувана од 24 држави-членки),

227 ЕСЧП, *Campbell and Cosans v. UK* (бр. 7511/76 и 7743/76), 25 февруари 1982 год., параграф 36.
228 ЕСЧП, *Köse and Others v. Turkey* (dec.) (бр. 26625/02), 24 јануари 2006 год.
229 ЕСЧП, *Dahlab v. Switzerland* (dec.) (бр. 42393/98), 15 февруари 2001 год.
230 ЗДСЕ бр. 157.
231 ЗДСЕ бр. 148.

наметнуваат конкретни обврски за државите во однос на употребата на малцинските јазици. Сепак, ниту еден од овие инструменти не го дефинира значењето на поимот „јазик“. Членот 6(3) од ЕКЧП обезбедува одредени гаранции во контекст на кривичните постапки, односно дека сите луѓе го ужива правото обвиненијата покренати против нив да им бидат прочитани на јазик што тие го разбираат, и правото на толкувач кога не го разбираат или не го зборуваат јазикот што се користи во судот.

Во директивите за недискриминација јазикот не е наведен како основа за заштита сама по себе, но во ЕКЧП јазикот е вклучен во списокот на основи за заштита. Сепак, оваа основа може да биде заштитена според Директивата за расна еднаквост до степенот до кој јазикот може да се поврзе со расата или со етничката припадност. И ЕСЧП може да го земе предвид јазикот во рамките на наведените основи за заштита. ЕСП го заштитува јазикот во рамките на државјанството како основа за заштита и тоа во контекст на правото на ЕУ кое се однесува на слободното движење на лица.[232]

Главниот предмет кој се однесува на јазикот и кој бил изнесен пред ЕСЧП е поврзан со контекстот на образованието.

Пример: во предметот *Belgium Linguistic*, група родители се пожалиле дека националниот закон за образование дискриминирал врз основа на јазикот.[233] Во однос на заедниците во Белгија кои зборуваат француски и холандски јазик, националниот закон пропишувал дека образованието што го обезбедува и образованието што го субвенционира државата треба да биде достапно или на француски или на холандски јазик, во зависност од тоа дали регионот се смета за француски или за холандски. Родителите на децата кои зборуваат француски, а живеат во регион во кој се зборува холандски јазик, се пожалиле дека таквата одредба ги спречува или во голема мера го отежнува образованието на нивните деца на француски јазик. ЕСЧП одлучил дека, иако постои разлика во третманот, таа е оправдана. Одлуката била заснована на логиката дека регионите биле претежно еднојазични. Оттука, разликата во третманот била оправдана, бидејќи обезбедувањето настава на двата јазика би било неодржливо решение. Освен тоа, семејствата можеле да

232 ЕСП, *Groener v. Minister for Education and the Dublin Vocational Educational Committee* предмет C-379/87 [1989] ECR 3967, 28 ноември 1989 год.

233 ЕСЧП, *Case 'relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium' v. Belgium* (бр. 1474/62 и други), 23 јули 1968 год.

го користат приватното образование на француски јазик во регионите каде се зборува холандски јазик.

Дополнително објаснување во однос на функционирањето на јазикот како основа за заштита може да се најде во два предмета изнесени пред Комитетот за човековите права при ОН (КЧП), одговорен за толкување и следење на сообразноста со Меѓународниот пакт за граѓански и политички права (каде сите држави-членки на ЕУ се договорни страни).

Пример: во предметот *Diergaardt v. Namibia*, жалителите биле припадници на малцинска група со европско потекло којашто претходно уживала политичка автономија, но сега спаѓа под јурисдикција на државата Намибија.[234] Јазикот што го зборува оваа заедницата е африканс. Жалителите навеле дека во судски постапки тие биле принудени да го користат англиски јазик, а не својот мајчин јазик. Тие, исто така, се пожалиле на политиката на државата да не одговора на јазикот африканс во случај на писмени или усни преставки поднесени од страна на жалителите, иако државната администрација можела да одговори на бараниот јазик. КЧП одлучил дека не постои повреда на правото на правично судење со оглед на тоа дека жалителите не можеле да покажат дека трпеле негативно влијание од користењето на англискиот јазик во судски постапки. Ова не сугерира дека правото на толкувач во судски постапки не ги опфаќа ситуациите каде јазикот не е мајчин јазик на наводната жртва, туку дека правото на толкувач се гарантира за жртви кои доволно не го разбираат или не можат да комуницираат на тој јазик. КЧП, исто така, утврдил дека официјалната политика на државата да не комуницира на друг јазик освен на службениот јазик (англиски) претставува повреда на правото на еднаквост пред законот врз основа на јазикот. Иако државата може да го избере својот службен јазик, таа мора да им дозволи на службениците да одговараат на преставки и на други јазици, тогаш кога се во можност да го сторат тоа.

234 Комитет за човекови права, *Diergaardt and Others v. Namibia*, Соопштение бр. 760/1997, 6 септември 2000 год.

4.10. Социјално потекло, раѓање и сопственост

Можно е овие три основи за заштита да се гледаат како меѓусебно поврзани бидејќи се однесуваат на статусот што му се припишува на поединецот по природа на наследена социјална, економска или биолошка особина[235]. Како такви, тие може да бидат поврзани и со расата или етничката припадност. Освен предмети кои вклучуваат „раѓање“ како основа за заштита, мал број предмети, ако воопшто имало, се покренати пред ЕСЧП во врска со овие основи.

Пример: во предметот *Mazurek v. France*, поединец, кој бил роден вон брачна заедница, се пожалил дека националното законодавство го спречува (поради статусот на „дете од прељуба“) да наследи повеќе од една четвртина од имотот на неговата мајка.[236] ЕСЧП одлучил дека оваа разлика во третманот, која се заснова единствено на фактот дека засегнатото лице е родено вонбрачно, може да се оправда само со „особено сериозни причини“. Иако зачувувањето на традиционалното семејство е легитимна цел, таа не може да се постигне преку казнување на дете кое нема контрола врз околностите во кои е родено.

Пример: во предметот *Chassagnou and Others v. France*, жалителите навеле дека не им било дозволено да ја користат својата земја во согласност со нивните желби.[237] Законите донесени во конкретните региони ги обврзувале малите земјопоседници да ги пренесат јавните права за лов на нивното земјиште, додека големите земјопоседници немале таква обврска и можеле да ја користат својата земја во согласност со нивните желби. Жалителите сакале да забранат лов на нивната земја и истата да ја користат за заштита на дивите животни. ЕСЧП одлучил дека во овој случај постои дискриминација врз основа на сопственост.

Социјалното потекло, раѓањето и сопственоста како основи за заштита се дадени и во членот 2(2) од Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни

235 Основите за заштита социјално потекло, раѓање и сопственост фигурираат и во членот 2(2) од Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права (1966 год.), каде како договорни страни се јавуваат сите држави-членки на ЕУ. Види: Комитет за економски, социјални и културни права, Генерален коментар бр. 20 за недискриминација во поглед на економските, социјалните и културните права, документ на ОН E/C. 12/GC/20, 10 јуни 2009 год., параграфи 24-26, 35.

236 ЕСЧП, *Mazurek v. France* (бр. 34406/97), 1 февруари 2000 год.

237 ЕСЧП, *Chassagnou and Others v. France* (бр. 25088/94, 28331/95 и 28443/95), 29 април 1999 год.

права од 1966 година. Комитетот за економски, социјални и културни права, одговорен за следење на сообразноста со и толкување на овој меѓународен договор, го прошири нивното значење во Генералниот коментар бр. 20.

Според Комитетот, статусите „социјално потекло", „раѓање" и „сопственост" се меѓусебно поврзани. Социјалното потекло „се однесува на наследениот општествен статус на едно лице". Тој може да се однесува на позицијата која се стекнува со раѓање во одредена општествена класа или заедница (како што се на пример, заедниците засновани на етничко потекло, религија или идеологија) или произлегува од општествената ситуација на лицето, како што е сиромаштија или бездомништво. Дополнително, раѓањето како основа за заштита може да се однесува на статусот на едно лице како што е вонбрачно или посвоено дете. Сопственоста како основа за заштита може да се однесува на статусот на едно лице во врска со земјиште (како што се закупувач, сопственик или нелегален станар), или во врска со друг вид имот.[238]

4.11. Политичко или друго мислење

ЕКЧП изречно ги наведува „политичко или друго мислење" како основи за заштита, иако тие не наведени во основите за заштита дадени во директивите за недискриминација на ЕУ. Се претпоставува дека кога поединецот има извесен став, но тој не ги задоволува условите да се смета за „религија или уверување", ставот може да се квалификува за заштита во рамките на оваа основа. ЕСЧП ретко одлучувал во предмети поврзани со оваа основа за заштита. Каков што е случајот со други области од ЕКЧП, „политичко или друго мислење" претставува основа за заштита сама по себе, и тоа преку правото на слобода на изразување според членот 10, а судската практика во оваа област дава увид во она што оваа основа за заштита покрива. Во практиката се чини дека кога една наводна жртва смета дека постои различен третман врз оваа основа, голема е веројатноста дека ЕСЧП би го разгледувал жалбениот навод според членот 10.

На генерално ниво, во предметот *Handyside v. UK* ЕСЧП утврдил дека правото на слобода на изразување не ги заштитува само „информациите" или „идеите" што се прифаќаат како соодветни или се сметаат за ненавредливи или кон кои едно лице е рамнодушно, туку и оние што ја навредуваат, шокираат или вознемируваат државата или кој било друг дел од населението".[239] Иако судската практика во

238 Комитет за економски, социјални и културни права, Генерален коментар бр. 20 за недискриминацијата во поглед на економските, социјалните и културните права, документ на ОН E/C. 12/GC/20, 10 јуни 2009 год., параграфи 24-26, 35.

239 ЕСЧП, *Handyside v. UK* (бр. 5493/72), 7 декември 1976 год.

оваа област е голема, ова Поглавје дава само илустрација, преку разгледување на два предмета, на големата веројатноста дека политичкото мислење ќе добие поголема заштита од другите мислења.

Пример: во предметот *Steel and Morris v. UK*, жалителите работеле на кампања и растурале летоци со невистинити наводи за фирмата *Мекдоналдс*.[240] Тие биле тужени за клевета пред националните судови и требало да платат оштета. ЕСЧП одлучил дека тужбата за клевета претставува мешање во слободата на изразување, но навел дека тужбата имала легитимна цел да го заштити угледот на поединците. Сепак, судот одлучил дека слободниот говор за прашања од јавен интерес заслужува силна заштита, и со оглед на тоа дека *Мекдоналдс* е моќна корпорација која не ја докажала претрпената штета како резултат на растурањето на неколкуте илјади летоци, како и со оглед на тоа дека досудената оштета била релативно висока во споредба со приходите на жалителите, нарушувањето на нивната слобода на изразување било несразмерно.

Пример: предметот *Castells v. Spain* се однесува на пратеник кој бил кривично гонет за „навреда" на владата откако ја критикувал за нејзината инертност во однос на реакцијата на терористички чинови во покраината Баскија.[241] ЕСЧП ја нагласил важноста на слободата на изразувањето во политички контекст, особено со оглед на нејзината важна улога во соодветното функционирање на едно демократско општество. Врз таа основа, ЕСЧП одлучил дека какво било мешање во оваа слобода налага „внимателна контрола ".

4.12. „Друг статус"

Како што може да се види од горенаведеното, ЕСЧП утврдил неколку основи за заштита во рамки на категоријата „друг статус", а голем дел од нив се совпаѓаат со основите развиени во рамките на правото на ЕУ, и вклучуваат сексуална ориентација, возраст и попреченост.

Дополнително на попреченоста, возраста и сексуалната ориентација, ЕСЧП утврдил дека и следниве карактеристики се сметаат за основи за заштита

240 ЕСЧП, *Steel and Morris v. UK* (бр. 68416/01), 15 февруари 2005 год.
241 ЕСЧП, *Castells v. Spain* (бр. 11798/85), 23 април 1992 год.

во рамките на „друг статус“: татковство,[242] брачен статус,[243] членство во организација,[244] армиски чин,[245] родителство врз вонбрачно дете,[246] и место на живеење.[247]

Пример: предметот *Petrov v. Bulgaria* се однесува на практиката во еден затвор која на затворениците кои се во брак им дозволува два телефонски повици месечно со нивните сопруги. Жалителот живеел со својата партнерка четири години и имал дете со неа пред да биде осуден на затворска казна. ЕСЧП одлучил дека, иако бракот има посебен статус, за целите на правилата кои се однесуваат на комуникација преку телефон, жалителот - кој формирал семејство со стабилен партнер - бил во споредлива ситуација со брачните парови. ЕСЧП навел дека „иако државите кои се договорни страни уживаат извесен простор за дискрециона оценка во однос на начинот на кој ги третираат брачните и небрачните парови во области како што се, на пример, оданочувањето, социјалното осигурување или социјалната политика... не постојат очигледни факти зошто брачните и небрачните партнери кои имаат формирано семејство се подложени на различен третман во однос на можноста да одржуваат контакт по телефон во периодот додека едниот партнер е притворен.“ Оттука, ЕСЧП одлучил дека дискриминацијата била неоправдана.

242 ЕСЧП, *Weller v. Hungary* (бр. 44399/05), 31 март 2009 год.

243 ЕСЧП, *Petrov v. Bulgaria* (бр. 15197/02), 22 мај 2008 год.

244 ЕСЧП, *Danilenkov and Others v. Russia* (бр. 67336/01), 30 јули 2009 год. (синдикат); ЕСЧП, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy (no. 2)* (бр. 26740/02), 31 мај 2007 год.

245 ЕСЧП, *Engel and Others v. the Netherlands* (бр. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 и 5370/72), 8 јуни 1976 год.

246 ЕСЧП, *Sommerfeld v. Germany* [голем судски совет] (бр. 31871/96), 8 јули 2003 год.; ЕСЧП, *Sahin v. Germany* [голем судски совет] (бр. 30943/96), 8 јули 2003 год.

247 ЕСЧП, *Carson and Others v. UK* [голем судски совет] (бр. 42184/05), 16 март 2010 год.

Клучни поенти

- Според директивите за недискриминација на ЕУ, основите за заштита се изречно поврзани со: полот, расното или етничкото потекло, возраста, посебните потреби, религијата или уверувањето и сексуалната ориентација. Според ЕКЧП, списокот на основи за заштита е неисцрпен и тој може да се проширува врз основа од-случај-до-случај.
- Според правото на ЕУ, полот може да вклучува родов идентитет до одреден степен, со што се заштитуваат лицата кои имаат намера да направат или направиле операција за промена на полот. Родовиот идентитет, исто така, бил предмет на разгледување од страна на ЕСЧП.
- Според ЕКЧП, елементите како што се бојата на кожата, потеклото, државјанството, јазикот или религијата спаѓаат во основите за заштита раса или етничко потекло. Од друга страна, според правото на ЕУ, ЕСП допрва треба да го појасни реалниот опфат на оваа основа за заштита преку својата судска практика.
- ЕКЧП забранува дискриминација врз основа на државјанството како основа за заштита. Правото на ЕУ забранува дискриминација врз основа на државјанството, но само во контекст на правото кое се однесува на слободното движење на лица.
- Поимот „религија“ треба да се поима релативно широко, и тој не смее да се ограничи само на организирани или добро етаблирани традиционални религии.
- Дури и во случаи каде можеби се случила дискриминација, честопати, ЕСЧП ги разгледува жалбите само врз основа на материјалните права од ЕКЧП. Ваквиот приод може да ја намали потребата за докажување на различниот третман или наоѓањето компаратор.

Дополнителна литература

Boza Martinez, ‘Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad’, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2005) 7.

Breen, *Age Discrimination and Children’s Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference*, (Leiden, Martinus Nijhoff, 2006).

Bribosia, *‘Aménager la diversité: le droit de l’égalite face Á la pluralité religieuse’, 20 Revue trimestrielle des droits de l’homme* (2009) 78, 319-373.

Cano Palomares, ‘La pretección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos’, Human Rights Institute of Catalonia, Barcelona, 2007, 35-57.

Demaret, ‘L’adoption homosexuelle à l’épreuve du principe d’égalité: l’arrêt E.B. contre France’, 128 *Journal des tribunaux* (2009) 6343, 145-149.

Evans, *Manual on the wearing of religious symbols in public areas*, (Strasbourg, Council of Europe, 2009).

Flauss, 'L'interdicion des minarets devant la Cour européene des droits de l'homme: petit exercice de simulation contentieuse', 186 *Recueil Dalloz* (2010) 8, 452-455.

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (London, Interights, 2005), Chapter 5.

Johnson, 'An essentially private manifestation of human personality: constructions of homosexuality in the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review*, 2010, 67-97.

Kastanas, 'La protection des personnes appartenant à des minorités dans la jurisprudence de la Cour européene des droits de l'homme', in Auer, Flückiger, Hottellier (ed.), *Les droits de l'homme et la Constitution: études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni,* (Geneva/Zurich/Basel, Schulthess, 2007), 197-218.

Landau and Beigbeder, 'From ILO Standards to EU Law: The Case of Equality Between Men and Women at Work', *European Journal of International Law,* 2008, 264--267.

Laskowski, 'Der Streit um das Kopftuch geht weiter, Warum das Diskriminierungsverbot nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird', *Kritische Justiz*, 2003, 420-444.

Lawson, 'The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: new era or false dawn?', 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007) 563.

MacKay, 'The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities', 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007) 323.

Petiti, 'L'égalité entre époux', in Krenc, Puéchavy (eds.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européene des droits de l'homme: actes du colloque organisé le 4 mai 2007,* Institut des droits de l'homme du Barreau de Bruxelles et l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2008), 29-46.

Presno Linera, 'La consolidacióon europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales', *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2008) 1.

Rudyk, 'A Rising Tide: the transformation of sex discrimination into gender discrimination and its impact on law enforcement', *International Journal of Human Rights*, 2010, 189-214.

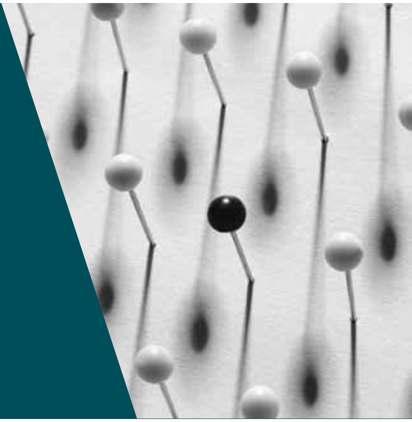
Schuibne, 'Article 13 EC and Non-Discrimination on Grounds of Nationality: Missing or in Action?', in Costello and Barry (eds.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives,* (Irish Centre for European Law, 2003).

Thürer and Dold, 'Rassismus und Rule of Law/ Erstmalige Verurteilung wegen Rassendiskriminierung durch den EGMR? Gleichzeitige Besprechung des Urteils vom 26. Februar 2004 - Nachova u.a. gegen Bulgarien', *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2005, 1-12.

Tulkens, 'Droits de l'homme, droits des femmes: les requérantes devant la Cour européene des Droits de l'Homme', in Caflisch *(et al) Liber amicorum Luzius Wildhaber: human rights, Strasbourg views = Droits de l'homme, regards de Strasbourg,* (Kehl/Strasbourg, Arlington, Va.: N.P.Engel, 2007), 423-445.

5

Доказни прашања во правото за недискриминација



5.1. Вовед

Обично, дискриминацијата не се манифестира на отворен и лесновоочлив начин. Често, докажувањето директна дискриминација е тешка задача, иако, по дефиниција, различниот третман „отворено“ се заснова на карактеристиките на жртвата. Како што беше дискутирано во Поглавје 2, честопати основата за различен третман или не е изразена или површно се поврзува со некој друг фактор (на пример, социјални бенефиции условени со заминувањето во пензија, што пак е поврзано со возраста како основа за заштита). Во таа смисла, предметите во кои лицата отворено укажуваат на некоја основа за заштита како причина за нивниот различен третман се релативно малку на број. Исклучок од ова правило може да се најде во предметот *Feryn* каде сопственикот на една фирма во Белгија изјавил, преку оглас и усно, дека нема да вработува „мигранти“.[248] ЕСП одлучил дека ова претставува јасен случај на директна дискриминација врз основа на расата или етничката припадност. Сепак, сторителите не секогаш изјавуваат дека неповолниот третман на некои лица за разлика од други, ниту пак наведуваат причини поради кои го сториле тоа. Една жена може да биде одбиена за работно место со едноставно образложение дека таа има „помалку квалификации“ од машкиот кандидат на кој му е понудено работното место. Во таква ситуација, жртвата може да има поголеми тешкотии за да докаже дека била директно дискриминирана врз основа на нејзиниот пол.

Со цел да се олесни тежината на докажувањето дека различниот третман се должи на некоја основа за заштита, европското право за недискриминација

248 ЕСП, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, предмет C-54/07 [2008] ECR I-5187, 10 јули 2008 год.

дозволува поделба на товарот за докажување. Оттука, откако жалителот ќе ги презентира фактите врз основа на кои може да се претпостави можна дискриминација, товарот за докажување се префрла на сторителот, кој треба да го докаже спротивното. Ваквото пренесување на товарот за докажување е особено корисно во случај на жалбени наводи за индиректна дискриминација, каде постои потреба да се докаже дека одредени правила или практики несразмерно влијаат врз некоја група. Со цел да покрене постапка за можна индиректна дискриминација, жалителот треба да се потпре на статистички податоци коишто докажуваат општа шема на различен третман. Некои национални јурисдикции прифаќаат и докази кои се создадени преку „тестирање на ситуација“.

5.2. Споделен товар на докажување

Споделен товар на докажување: жалителот треба да изнесе доволно докази за да укаже на можен дискриминаторски третман. Таквите докази покренуваат претпоставка за дискриминација, којашто наводниот сторител треба да ја побие.

Вообичаено е лицето кое поднесува жалба да го убеди телото што одлучува по предметот дека се случила дискриминација. Сепак, докажувањето дека различниот третман се засновал на одредена заштитена карактеристика може да биде особено тешко. Тоа се должи на фактот дека мотивот зад различниот третман често постои само во умот на сторителот. Следствено, жалбените наводи за дискриминација најчесто се засноваат на објективно-изведени заклучоци поврзани со правилото или со практиката коишто се оспоруваат. Со други зборови, судот треба да биде убеден дека единственото разумно објаснување за разликата во третманот е заштитената карактеристика на жртвата, како што е полот или расата. Ова начело подеднакво се применува во случаи на директна или индиректна дискриминација.

Бидејќи токму наводниот сторител ги поседува информациите потребни за да се докаже жалбениот навод, правото за недискриминација дозволува товарот на докажување да се сподели со наводниот сторител. Начелото на споделен товар на докажување е добро-втемелено во ЕКЧП и во правото на ЕУ.[249]

249 Освен предметите наведени подолу, види исто така: Директива за расна еднаквост (членот 8), Директива за еднаквост при вработувањето (членот 10), Директива за родова еднаквост (последна консилидирана верзија) (членот 19), Директива за родово-рамноправен пристап до стоки и услуги (членот 9). Види судска практика на Европскиот комитет за социјални права: *SUD Travail Affaires Sociales v. France* (жалба бр. 24/2004), 8 ноември 2005 год., и *Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) v. Bulgaria* (жалба бр. 41/2007), 3 јуни 2008 год.

Истото многу добро се објаснува во судската практика на ЕСЧП којшто, заедно со другите регионални и глобални механизми за заштита на човековите права, го има усвоено споделениот товар на докажување во погенерална смисла во однос на докажувањето на жалбените наводи за повреда на човековите права. Практиката на ЕКЧП покажува дека судот ги разгледува достапните докази во целина, и притоа не го зема предвид фактот дека честопати токму државата има контрола врз голем дел од информациите потребни за да се докаже некој жалбен навод. Следствено, доколку фактите – онака како што ги презентира жалителот - се сметаат за веродостојни и конзистентни со достапните докази, ЕСЧП ги прифаќа како веќе докажани, но под услов државата да не понуди убедливо алтернативно објаснување. Според изјавите на ЕСЧП, тој ги прифаќа како факти тврдењата коишто:

> *„се поддржани со слободната проценка на сите докази, вклучително и оние изведени заклучоци што може да потекнуваат од фактите и од претставките поднесени од страните во спорот... Доказот може да се изведе од истовременото постоење на доволно силни, јасни и усогласени изведени заклучоци или слични, непобиени претпоставки за факти. Освен тоа, потребниот степен на убедување за да се дојде до конкретен заклучок и, во таа насока, распределбата на товарот на докажување, се неразделно поврзани со специфичноста на фактите, природата на изнесените наводи и правото [според ЕКЧП] коешто наводно било повредено."*[250]

Пример: во предметот *Timishev v. Russia*, жалителот навел дека поради неговото чеченско етничко потекло тој бил спречен да помине контролен пункт во даден регион.[251] ЕСЧП одлучил дека таквиот третман бил потврден со службени документи коишто упатуваат на постојната политика за ограничување на движењето на етничките Чеченци. Образложението на државата било оценето како неубедливо, со оглед на недоследностите во нејзините тврдења дека жртвата заминала доброволно, откако не добила предност во редот. Следствено, ЕСЧП прифатил дека жалителот бил дискриминиран врз основа на неговата етничка припадност.

Пример: во предметот *Brunnhofer*, жалителката дала наводи за дискриминација врз основа на полот со оглед на тоа дека таа добивала

250 ЕСЧП, *Nachova and Others v. Bulgaria* [голем судски совет] (бр. 43577/98 и 43579/98), 6 јули 2005 год., параграф 147. Истото е потврдено во предметот: ЕСЧП, *Timishev v. Russia* (бр. 55762/00 и 55974/00), 13 декември 2005 год., параграф 39, и ЕСЧП, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [голем судски совет] (бр. 57325/00), 13 ноември 2007 год., параграф. 178.

251 ЕСЧП, *Timishev v. Russia* (бр. 55762/00 и 55974/00), 13 декември 2005 год., параграфи 40-44.

помала плата од нејзиниот машки колега кој бил во истата категорија.[252] ЕСП изјавил дека жалителката треба да докаже, прво, дека добива помала плата од машкиот колега, и второ, дека таа извршува работа со еднаква тежина. Поднесувањето на ваквите докази би било доволно за да се претпостави дека различниот третман може да се објасни само со упатување на нејзиниот пол. Потоа, работодавачот треба да ја побие таквата претпоставка.

Две работи треба постојано да се имаат на ум. Прво, националното законодавство пропишува какви докази се допуштени пред националните судски органи, и таквите одредби можат да биде построги од правилата што ги користат ЕСЧП или ЕСП. Второ, правилото за пренесување на товарот на докажување обично не се применува во предмети од кривичното право каде државата го товари сторителот за кривично дело мотивирано од расни предрасуди, познати и како „кривични дела од омраза". Ова делумно се должи на фактот дека кривичната одговорност налага повисоки стандарди за утврдување на истата, и делумно затоа што условот според кој сторителот да докаже дека нема расистички мотив тешко се задоволува, бидејќи имањето или немањето вакви мотиви е целосно субјективно.[253]

Наводниот сторител може да ја побие претпоставката на два начина. Тој може да докаже дека жалителот фактички не е во слична или во споредлива со компараторот, онака како што беше дискутирано во Поглавје 2.2.2., или тој може да докаже дека различниот третман не се заснова на основа за заштита, туку на други објективни разлики, онака како што беше дискутирано во Поглавје 2.6. Доколку сторителот не ја побие претпоставката, тогаш тој треба да презентира околности кои дозволуваат различен третман и да покаже дека мерките биле објективно оправдани и сразмерни.

Пример: во претходно разгледаниот предмет *Brunnhofer*,ЕСП понудил насоки за начинот на кој работодавачот може да ја побие претпоставката за дискриминација. Прво, преку покажување дека машките и женските работници фактички не се во споредлива ситуација, бидејќи тие извршуваат работа од различна тежина. Тоа може да биде вистина доколку нивните

252 ЕСП, *Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, предмет C-381/99 [2001] ECR I-4961, 26 јуни 2001 год., параграфи 51-62.

253 За приодот на ЕСЧП кон пренесувањето на товарот на докажување во контекст на расистичкото насилство, види ЕСЧП, *Nachova and Others v. Bulgaria* [голем судски совет] (бр. 43577/98 и 43579/98), 6 јули 2005 год., параграфи 144-159. Правото за недискриминација на ЕУ не налага префрлувањето на товарот на докажување да се применува во контекст на кривичното право.

работни места подразбираат должности од значително различна природа. Второ, преку покажување дека објективните фактори, кои не се поврзани со полот, ја објаснуваат разликата во платата. Тоа може да биде вистина доколку платата на машкиот работник вклучува дополнителен надоместок за транспорт што му следува бидејќи тој минува долг пат до работа и престојува во хотел за време на работната недела.

Пример: во претходно разгледаниот предмет *Feryn*, ЕСП утврдил дека огласите и изјавите дадени од страна на сторителот довеле до претпоставка за директна дискриминација. Сепак, ЕСП изјавил дека наводниот сторител може да ја побие оваа претпоставка доколку докаже дека практиките за вработување реално не ги третира поинаку луѓето кои не се припадници на белата раса, на пример, преку покажување дека тој редовно вработува персонал кој не припаѓа на белата раса.

5.2.1. Фактори што не треба да се докажуваат

Одредени фактички прашања кои често ги придружуваат примерите за дискриминација, како што е постоењето предрасуди или намерата за дискриминација, всушност не се релевантни за да се утврди дали е задоволен правниот тест за дискриминација. Во предмет за дискриминација, она што треба да се докаже е постоењето на различен третман кој се заснова на основа за заштита, што не е оправдано. Тоа значи дека за да се докажат жалбените наводите нема потреба од утврдување на неколку придружни околности на дискриминацијата.

Прво, нема потреба да се докажува дека сторителот бил мотивиран од предрасуди, и оттука докажувањето на дискриминација врз основа на раса или пол не налага потреба од докажување на „расистичките“ или „сексистичките“ ставови на сторителот. Генерално, правото не може да ги регулира ставовите на поединците, затоа што тие се целосно индивидуални. Напротив, тоа може да ги регулира само дејствијата преку кои се манифестираат таквите ставови.

Пример: во предметот Feryn, сопственикот на фирмата рекол дека тој го применил ова правило бидејќи неговите клиенти (а не тој самиот) сакале да бидат услужени само од Белгијци кои се припадници на белата раса. При донесувањето одлука дали навистина се случила дискриминација, ЕСП не го сметал ова тврдење за релевантно. Обично, нема потреба за докажување

на дискриминаторски мотив, освен доколку во предметот не станува збор за докажување на нарачано „кривично дело од омраза", со оглед на тоа дека кривичното право пропишува повисоки стандарди за докази.

Второ, нема потреба да се покаже дека оспореното правило или практика се наменети да произведат различен третман. Со други зборови, дури и во случај каде еден јавен орган или приватно лице можат да укажат на добронамерна практика, доколку ефектот на таквата практика подразбира обесправување на некоја група, тоа претставува дискриминација.

Пример: во предметот *D.H. and Others v. the Czech Republic*, што беше разгледан погоре, властите тврделе дека системот на „специјални" училишта е воспоставен со цел да им помогне на децата Роми да ги надминат јазичните тешкотии и да го надомести нивното непосетување на претшколско образование.[254] Сепак, ЕСЧП утврдил дека во случајот ирелевантно е дали оспорената јавна политика била насочена кон децата Роми. За да се докаже дискриминација, треба да се покаже дека тие биле подложени на несразмерни и негативни ефекти во споредба со мнозинското население, а не да се покаже постоење на намера за дискриминација.[255]

Трето, во еден предмет за дискриминација врз основа на расата, ЕСП утврди дека нема потреба да се докажува постоење на жртва која може лесно да се идентификува и дека се претпоставува дека таквата практика еднакво се применува и за другите основи на дискриминација во слични околности. Иако правото на ЕУ не вклучува услов за покажување друга жртва која може лесно да се идентификува, тоа не е случај при поднесување жалби до ЕСЧП, односно доколку жалбените наводи не ги задоволуваат критериумите за допуштеност пропишани во членот 34 од ЕКЧП, жалбата нема да се прифати за разгледување.

Пример: во предметот *Feryn*, не можело да се покаже дека некој се обидел да аплицира за работа и бил одбиен, и не можело да се најде лице кое би се изјаснило дека тоа одлучило да не аплицира за работното место поради огласот за работа кој бил објавен. Со други зборови, во случајот нема „очигледна" жртва и предметот бил изнесен пред белгискиот орган

254 ЕСЧП, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [голем судски совет] (бр. 57325/00), 13 ноември 2007 год., параграф 79.

255 Ibid, параграфи 175 и 184.

за еднаков третман. ЕСП се произнел дека нема потреба од посочување на друго лице кое било дискриминирано. Ова се должи на фактот дека текстот на огласот за работа јасно укажувал дека „лица кои не се припадници на белата раса“ не се охрабрени да аплицираат за работното место, бидејќи однапред се знае дека нема да успеат. Според тоа, можно е да се докаже дека законодавството или јавните политики биле дискриминаторски, при што нема потреба од покажување на реална жртва.

Пример: во случаи на „тестирање на ситуацијата“ (што се разгледува подолу), поединците често учествуваат во тестовите и однапред знаат или очекуваат дека тие ќе бидат неповолно третирани. Главна цел на ваквите тестови не се однесува на пристапот до услугата што е предмет на разгледување, туку собирањето докази. Тоа значи дека овие поединци не се „жртви“ во традиционална смисла. Тие повеќе се заинтересирани за спроведувањето на законот, отколку за барањата за надоместување на претрпената штета. Во еден случај покренат во Шведска, каде група студенти по право направиле тестирање на ситуација во ноќни клубови и ресторани, врховниот суд одлучил дека лицата вклучени во тестирањето сепак можат да покренат судска постапка за дискриминаторски третман. Во исто време, оштетата што се досудува би можела да биде помала за да се одрази фактот дека тие не биле лишени од нешто што навистина го сакале (т.е., влез во одредени установи).[256]]

5.3. Улогата на статистичките и другите податоци

Статистичките податоци може да имаат важна улога и да му помогнат на жалителот да покрене претпоставка за дискриминација. Тие се особено корисни во докажување на индиректна дискриминација, бидејќи во такви ситуации оспорените правила или практиките навидум се чинат дека се неутрални. Во таков случај, фокусот треба да се стави на ефектите на правилата или практиките за да се покаже дека тие се несразмерно неповолни за одредени групи лица во споредба со други групи кои се во слична ситуација. Создавањето статистички

256 Врховен суд на Шведска, *Escape Bar and Restaurant v. Ombudsman against Ethnic Discrimination* T-2224-07, 1 октомври 2008 год. Резимето на англиски јазик е достапно на инфо-порталот на АФП, предмет 365-1 кај European Network of Legal Experts on the Non-Discrimination Field, 8 (July 2009) 'European Anti-Discrimination Law Review', стр. 68.

податоци оди рака под рака со префрлувањето на товарот на докажување, односно, кога податоците покажуваат дека, на пример, жените или лицата со посебни потреби се особено обесправени, државата треба да даде убедливо алтернативно објаснување за статистичките бројки. ЕСЧП го нагласил ова правило во предметот *Hoogendijk v. the Netherlands*:[257]

> *„Судот смета дека кога жалителот е во можност, врз основа на неоспорна официјална статистика, да покаже дека постојат prima facie индикации дека едно правило - иако е формулирано на неутрален начин – всушност влијае врз очигледно поголем процент жени отколку мажи, тогаш властите кои се повикани треба да покажат дека таквата ситуација е резултат на објективни фактори што не се поврзани со дискриминацијата врз основа на полот.“*

Кога разгледуваат статистички докази, се чини дека судовите немаат утврдено услов за горни граници коишто треба да се докажат при утврдување дека се случила индиректна дискриминација. ЕСП сепак ја нагласува потребата статистичките податоци да подразбираат значителен број. Мислењето што го презентирал генералниот адвокат Лежер во предметот *Nolte* дава резиме на судската практика на ЕСП, каде во однос на половата дискриминација се вели:

> *„За да се претпостави дека е дискриминаторска, мерката мора да влијае врз „далеку поголем број жени од мажи“ [Rinner-Kühn[258]] или врз „значително помал процент мажи од жени“ [Nimz[259], Kowalska[260]] или врз „далеку поголем број жени од мажи“ [De Weerd, née Roks, and Others[261]].*
>
> *Предметите сугерираат дека уделот на жени кои се засегнати од мерката треба да биде особено загрижувачки. Во предметот Rinner Kühn, Судот извел заклучок за постоење на дискриминаторска ситуација врз основа на податок дека процентот на жени бил 89%. Во овој случај, самиот удел од 60%... веројатно не би бил доволен за да се изведе заклучок за постоење на дискриминација.“*[262]

---

257 *Hoogendijk v. the Netherlands* (dec.) (бр. 58641/00), 6 јануари 2005 год.

258 ЕСП, *Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung*, предмет C-171/88 [1989] ECRI-2743, 13 јули 1989 год.

259 ЕСП, *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg*, предмет C-184/89 [1991] ECR I-297, 7 февруари 1991 год.

260 ЕСП, *Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg*, предмет C-33/89 [1990] ECR I-2591, 27 јуни 1990 год.

261 ЕСП, *De Weerd, née Roks, and Others v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappeliajke Belangen and Others*, предмет C-343/92 [1994] ECR I-571, 24 февруари 1994 год.

262 Мислење на генералниот адвокат Лежер од 31 мај 1995 год., параграфи 57-58 кај ЕСП, *Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover*, предмет C-317/93 [1995] ECR I-4625, 14 декември 1995 год.

Пример: во предметот *Schönheit*, работничка со скратено работно време поднела жалбени наводи дека била дискриминирана врз основа на полот.[263] Разликата во пензиите што требало да се исплатат, а кои не биле засновани на разлики во работниот стаж, значела дека во суштина работниците со скратено работно време добиваат помалку од работниците со полно работно време. Презентирани биле статистички докази за да се покаже дека 87,9% од работниците со скратено работно време се жени. Бидејќи таквата мерка, иако неутрална, негативно влијаела врз жените и тоа на несразмерен начин во споредба со мажите, ЕСП прифатил дека таквите статистики дозволуваат претпоставка за индиректна дискриминација врз основа на полот. Слично, во предметот *Gerster*,[264] укажувањето на фактот дека 87% од работниците со скратено работно време биле жени било прифатено како доволен доказ за обесправеноста.

Пример: предметот *Seymour-Smith* се однесува на законодавството во Обединетото Кралство кое регулира неправедно отпуштање од работа и обезбедува посебна заштита на лица кои повеќе од две години непрекинато работат кај ист работодавач.[265] Жалителката во своите наводи тврдела дека тоа претставува индиректна дискриминација врз основа на полот, затоа што веројатноста дека жените ќе го задоволат тој критериум е помала од онаа на мажите. Овој предмет е интересен бидејќи ЕСП сугерирал дека и пониско ниво на диспропорција сепак може да докаже индиректна дискриминација „доколку тоа укажува на траен и релативно постојан диспаритет меѓу мажите и жените во подолг временски период". Сепак, врз основа на конкретните факти од предметот, ЕСП посочил дека статистиката што била презентирана, според која 77,4% од мажите и 68,9% од жените го исполнувале овој критериумот, не претставува доказ дека значително помал процент на жени би го задоволиле воспоставеното правило.

Пример: предметот *D.H. and Others v. the Czech Republic* се однесува на жалби поднесени од жалители Роми во врска со тоа дека нивните деца биле исклучени од редовниот образовен систем и биле запишани во „специјални" училишта наменети за лица со тешкотии во учењето, и тоа врз основа на нивната ромска етничка припадност.[266] Распоредувањето

263 ЕСП, *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main* and *Silvia Becker v. Land Hessen*, споени предмети C-4/02 и C-5/02 [2003] ECR I-12575, 23 октомври 2003 год.

264 ЕСП, *Gerster v. Freistaat Bayern*, предмет C-1/95 [1997] ECR I-5253, 2 октомври 1997 год.

265 ЕСП, *R. v. Secretary of State for Employment*, ex parte *Seymour-Smith and Perez*, предмет C-167/97 [1999] ECR I-623, 9 февруари 1999.

266 ЕСЧП, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [голем судски совет] (бр. 57325/00), 13 ноември 2007.

на децата Роми во „специјални" училишта се засновало на спроведени тестови за интелектуален капацитет. И покрај оваа навидум „неутрална" практика, природата на тестовите во суштина подразбирала поголеми тешкотии за децата Роми во однос на постигнување задоволителен резултат и распоредување во редовниот образовен систем. ЕСЧП одлучил дека ваквите наводи се докажани со упатувањето на статистички докази коишто покажуваат особено висок процент на ученици Роми распоредени во „специјални" училишта. Податоците што ги презентирале жалителите и што се однесуваат на конкретниот географски регион каде тие живеат покажувале дека 50-56% од учениците во специјалните училишта биле Роми, додека ромско население претставувало само 2% од вкупниот број ученици запишани на училиште. Податоците преземени од меѓувладини извори сугерирале дека меѓу 50 и 90% од Ромите посетуваат специјални училишта во целата земја. ЕСЧП одлучил дека, иако податоците не се прецизни, тие покажуваат дека бројот на засегнати деца Роми бил „несразмерно висок" во однос на нивниот удел во вкупното население.[267]

Постои можност и да се докаже дека некоја заштитена група е подложена на несразмерно влијание дури и кога на располагање нема статистички податоци за таквата ситуација, но кога расположливите извори на информации се сигурни и одат во поддршка на анализата.

Пример: предметот *Opuz v. Turkey* се однесува на поединец кој имал историја на семејно насилство, односно кој во повеќе наврати ја малтретирал својата жена и нејзината мајка, и на крај ја убил мајката.[268] ЕСЧП одлучил дека државата не ги заштитила жалителката и нејзината мајка од нечовечки и деградирачки третман, како и дека не го заштитила животот на мајката. Исто така, судот одлучил дека државата ги дискриминирала жалителките со оглед на фактот дека не им понудила соодветна заштита врз основа на тоа дека тие се жени. ЕСЧП дошол до ваков заклучок делумно врз основа на доказите дека жртвите на семејно насилство главно се жени, а бројките покажуваат дека судовите ограничено ги користат своите овластувања да издаваат наредби за заштита на жртвите на семејно насилство. Она што е интересно во овој предмет е фактот дека пред ЕСЧП не била презентирана статистика којашто покажува дека жртвите на семејно насилство се главно жени, а

267 ЕСЧП, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [голем судски совет] (бр. 57325/00), 13 ноември 2007 год., параграфи 18, 196-201.

268 ЕСЧП, *Opuz v. Turkey* (бр. 33401/02), 9 јуни 2009 год.

било забележано и дека *Амнести Интернешнал* нема објавено веродостојни податоци за ваквата ситуација. Напротив, ЕСЧП бил подготвен да ја прифати оценката на *Амнести Интернешнал*, која е реномирана невладина организација, и оценката на Комитетот за елиминација на дискриминацијата при ОН дека насилството врз жените е загрижувачки проблем во Турција.

Треба да се забележи дека секогаш нема потреба од статистички податоци за да се докаже индиректна дискриминација. Потребата од статистика за да се докажат жалбените наводи зависи од фактите во предметот. Конкретно, некогаш доволни се докази поврзани со практиките или уверувањата на други кои припаѓаат на истата заштитена категорија.

Пример: во предметот *Oršuš and Others v. Croatia*, одредени училишта вовеле паралелки што работеле по скратена наставна програма во споредба со редовните паралелки. Во жалбените наводи било наведено дека во овие паралелки имало несразмерно висок број ученици Роми, што претставувало индиректна дискриминација врз основа на етничката припадност. Владата тврдела дека овие паралелки се формирани врз основа на познавањето на хрватскиот јазик и дека веднаш штом еден ученик го совлада јазикот, тој се префрлува во редовните паралелки. ЕСЧП утврдил дека, спротивно на ситуацијата од предметот *D.H*", статистиката сама по себе не подразбира претпоставка за дискриминација. Во едно училиште, 44% од учениците биле Роми, а 73% од нив посетувале чисто ромски паралелки. Во друго училиште, 10% од учениците биле Роми, а 36% од нив учеле во чисто ромски паралелки. Ваквите податоци покажале дека не постои генерална политика за автоматско распоредување на децата Роми во посебни паралелки. Сепак, ЕСЧП понатаму навел дека постои можност за покренување жалбен навод за индиректна дискриминација без тој да се заснова на статистички податоци. Во овој случај, фактот дека мерката за распоредување на деца во посебни паралелки врз основа на недоволно познавање на хрватскиот јазик се применувала само за учениците Роми. Следствено, таквата ситуација остава простор да се претпостави постоење на различен третман.[269]

Пример: еден предмет изнесен пред народниот правобранител за еднаков третман во Словенија се однесува на работодавач кој обезбедувал оброци

269 ЕСЧП, *Oršuš and Others v. Croatia* [голем судски совет] (бр. 15766/03), 16 март 2010 год., параграфи 152-153.

за вработените, при што таквите оброци честопати вклучувале производи од свинско месо или храна подготвена со свинска маст. Како алтернатива на понудените оброци, еден вработен муслиман побарал месечен надомест за сам да купува храна, што е додаток на плата којшто работодавачот го исплаќал за вработени кои можеле да докажат потреба за алтернативна исхрана од здравствени причини.[270] Ова претставувало индиректна дискриминација, затоа што практиката што навидум била неутрална во суштина негативно влијаела врз муслиманите на кои не им е дозволено да јадат свинско месо и производи. Поради околностите од овој предмет, немало потреба од презентирање статистички докази за да се покаже дека правилото негативно влијае врз муслиманите, бидејќи лесно може да се потврди дека муслиманите не смеат да јадат свинско месо и тоа преку упатување на докази за нивните религиозни практики.

Пример: еден предмет изнесен пред судовите во Обединетото Кралство се однесува на работодавач што забранил носење накит (вклучително и од религиозни причини) врз униформата на вработените.[271] Една вработена христијанка тврдела дека тоа претставува дискриминација врз основа на нејзината религија бидејќи не ѝ било дозволено да носи крст. Во текот на судската постапка и последователните жалби, надлежните судови биле подготвени да прифатат дека таквата забрана може да претставува индиректна дискриминација врз основа на религија доколку може да се докаже дека носењето крст е предуслов во рамките на христијанската вера. За таа цел, судот за трудови спорови побарал докази од вешти лица во поглед на христијанските практики, а не статистички докази во врска со бројот на христијани кои носат религиозни симболи на работа.

270 Народен правобранител за еднаков третман (Словенија), одлука бр. UEM-0921-1/2008-3, 28 август 2008 год. Резимето на англиски јазик е достапно на инфо-порталот на АФП, предмет 364-1 кај European Network of Legal Experts on the Non-Discrimination Field, 8 (July 2009) 'European Anti-Discrimination Law Review', стр. 64.

271 Апелационен суд на ОК, *Eweida v. British Airways Plc* [2010] EWCA предмет од граѓанско право бр. 80, 12 февруари 2010 год.

Клучни поенти

- Мотивот зад неповолниот третман е ирелевантен, она што е важно е ефектот што тој го произведува.
- Во рамките на правото на ЕУ нема потреба за утврдување на очигледна жртва.
- Иницијално, товарот на докажување го носи жалителот кој треба да презентира докази коишто сугерираат постоење на дискриминација.
- Статистички докази може да се користат во поддршка на претпоставка за дискриминација.
- Потоа, товарот за докажување се префрла на наводниот сторител кој пак треба да презентира докази коишто покажуваат дека неповолниот третман не се засновал на некоја основа за заштита.
- Претпоставката за дискриминација може да се побие преку докажување дека жртвата не е во споредлива ситуација со наведениот компаратор или дека разликата во третманот се заснова на објективен фактор што не е поврзан со основата за заштита. Доколку сторителот не да ја побие ваквата претпоставка, тој сепак може да се обиде да го оправда различниот третман.

Дополнителна литература

Bragoï, ‘La discrimination indirecte implique le transfert de la charge de la prevue au gouvernement défendeur: Courd EDN, Gde Ch., D.H. et autres c. République tchéque, 13 novembre 2007’, *8 L’Europe des libertés: revue d’actualité juridique* (2008) 25, 18-19.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discriminatino in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russel Press, 2004), Chapter 4 ‘Strategic Litigation in Practice’.

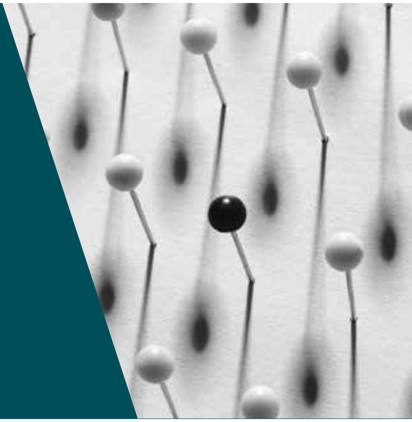
Interights, *Non-Discrimination in Internatinoal Law* (London, Interights, 2005), Chapter 4 ‘Procedure: Making a Discrimination Claim’.

No. 5/2007/3 *Horizons Stratégiques* ‘La discrimination saisie sur le vif: Le testing’ (периодично списание каде се публикуваат низа статии за „тестирање на ситуација“), достапно на: www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3.htm.

Schiek, Waddington and Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discriminatino Law* (Oxford, Hart Publishing, 2007), Chapter 8.5.1.E ‘Situation Testing’.

European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law* (Luxembourg, Publications Office, 2007), Chapter 3 ‘The role of data in ensuring compliance with equal treatment law’.

Индекс на предмети



Судската практика на Меѓународниот суд на правдата

Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) [1955]
Извештаи на МСП 4, 23, 6 април 1955 год. 118

Судската практика на Европскиот суд на правдата

Abrahamsson and Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist, предмет C-407/98 [2000]........ 44
*Allonby v. Accrington and Rossendale College,*предмет C-256/01 [2004]........ 26
Angelidaki and Others v. Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis,
предмет C-378/07 [2009]........ 86

Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group, предмет C-262/88 [1990] 74
Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Hartz, предмет 170/84 [1986]........ 50
Blaizot v. Université de Liége and Others, предмет 24/86 [1988] 75
Burton v. British Railways Board, предмет 19/81 [1982]........ 73

Casagrande v. Landeshauptstadt Münschen, предмет 9/74 [1974]........ 79
Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV,
предмет C-54/07 [2008] 135
*Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA,*предмет C-13/05 [2006]........ 109
Chen v. Secretary of State for the Home Department, предмет C-200/02 [2004] 118
Coleman v. Attridge Law and Steve Law, предмет C-303/06 [2008] 30
Commission v. France, предмет 318/86 [1988] 53
Commission v. France, предмет C-35/97 [1998]........ 79
Commission v. Germany, предмет 248/83 [1985]........ 53
Criminal Proceedings against Even, предмет 207/78 [1979]........ 78
Criminal Proceedings against Mutsch, предмет 137/84 [1985]........ 79

De Weerd, née Roks, and Others v. Bestuur von de Bedrijfsvereninging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen and Others, предмет C-343/92 [1994] 106
Defrenne v. SABENA, предмет 43/75 [1976]..98
Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, предмет C-177/88 [1990] 28

Fiorini (née Cristini) v. SNCF, предмет 32/75 [1975] 78

Garland v. British Rail Engineering Limited, предмет 12/81 [1982] 74
Gerster v. Freistaat Bayern, предмет C-1/95 [1997]...143
Gravier v. Ville de Liége and Others, предмет 293/83 [1985] 74
Groener v. Minister for Education and the Dublin Vocational Educational Committee предмет C-379/87 [1989] 126

Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main and *Silvia Becker v. Land Hessen*, споени предмети C-4/02 и C-5/02 [2003] 33/143
Hill and Stapleton v. The Revenue Commissioners and Department of Finance, предмет C-243/95 [1998] 99

Jamstalldhetsombudsmannen v. Orebro Lans Landsting, предмет C-236/98 [2000]............73
Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, предмет 222/84 [1986]..52

K.B. v. NHS Pensions Agency, предмет C-117/01 [2004] 101
Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, предмет C-450/93 [1995].................................44
Kohll v. Union des Caisses de Maladie, предмет C-158/96 [1998] 82
Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg, предмет C-33/89 [1990]......................34/142
Kreil v. Bundesrepublik Deutschland, предмет C-285/98 [2000] 55

Lewen v. Denda, предмет C-333/97 [1999]..74
Lommers v. Minister van Landbouw, предмет C-476/99 [2002]...................................73

Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern, предмет C-207/98 [2000] 54
Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, предмет C-409/95 [1997]..............................44
Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, предмет C-267/06 [2008] 29
Matteucci v. Communauté française of Belgium, предмет 235/87 [1988] 79
Megner and Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz, предмет C-444/93 [1995] 105
Meyers v. Adjudication Officer, предмет C-116/94 [1995]..72
Müller Fauré v. Onderlinge Waarborgmaatschappij, предмет C-385/99 [2003].....................82

Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg, предмет C-184/89 [1991] 34/142
Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover, предмет C-317/93 [1995] 34/105/142

P. v. S. and Cornwall County Council, предмет C-13/94 [1996] 31
Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA, предмет C-411/05 [2007]..........................58/73
Peerbooms v. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, предмет C-157/99 [2001] 82

R. v. Secretary of State for Employment, ex parte *Seymour-Smith and Perez*,
предмет C-167/97 [1999]..143
Reina v. Landeskreditbank Baden-Württemberg, предмет 65/81 [1982]..............................79
Richards v. Secretary of State for Work and Pensions, предмет C-423/04 [2006] 101
Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung, предмет C-171/88 [1989] 34/142

Sabbatini v. European Parliament, предмет 20/71 [1972] 74
Sahlstedt and Others v. Commission, предмет C-362/06 [2009]..86
Schnorbus v. Land Hessen, предмет C-79/99 [2000]...72/104
Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence,
предмет C-273/97 [1999]..55
Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG,
предмет C-381/99 [2001]..138

Vassilakis and Others v. Dimos Kerkyras, предмет C-364/07 [2008].................................86

Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd, предмет C-32/93 [1994]..28

Судската практика на Европскиот суд за човековите права

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK (бр. 9214/80, 9473/81 и 9474/81),
28 мај 1985...120
AlujerFenández and Caballero García v. Spain (dec.) (бр. 53072/99),
14 јуни 2001 123
Anakomba Yula v. Belgium (бр. 45413/07), 10 март 2009..87/119
Andrejeva v. Latvia [голем судски совет] (бр. 55707/00), 18 февруари 2009.........69/80/121
Aziz v. Cyprus (бр. 69949/01), 22 јуни 2004 30

Bączkowski and Others v. Poland (бр. 1543/06), 3 мај 2007 ....38/91
Balsyté-Lideikiené v. Lithuania (бр. 72596/01), 4 ноември 2008 93
Barrow v. UK [голем судски совет] (бр. 42735/02), 22 август 2006 104
Bouamar v. Belgium (бр. 9106/80), 29 февруари 1988 ....93/114
Buckley v. UK (бр. 20348/92), 25 септември 1996..83
Burden v. UK [голем судски совет] (бр. 13378/05), 29 април 2008 ....24/49

C. v. Belgium (бр. 21794/93), 7 август 1996..120
Campbell and Cosans v. UK (бр. 7511/76 и 7743/76), 25 февруари 1982 125

Carson and Others v. UK [голем судски совет] (бр. 42184/05), 16 март 2010 ....27/69/131
Case 'relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium' v. Belgium (бр. 1474/62 и други), 23 јули 1968 126
Castells v. Spain (бр. 11798/85), 23 април 1992 .... 91/130
Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France [голем судски совет] (бр. 27417/95), 27 јуни 2000 123
Chahal v. UK (бр. 22414/93), 15 ноември 1996 120
Chassagnou and Others v. France (бр. 25088/94, 28331/95 и 28443/95), 29 април 1999 128
Christine Goodwin v. UK [голем судски совет] (бр. 28957/95), 11 јули 2002 ....101/102
Chruch of Scientology Moscow v. Russia (бр. 18417/02), 5 април 2007 124

D.G. v. Ireland (бр. 39474/98), 16 мај 2002..93/114
D.H. and Others v. the Czech Republic [голем судски совет] (бр. 57325/00), 13 ноември 2007 ....24/33/34/80/137/140/143/144
Dahlab v. Switzerland (dec.) (бр. 42393/98), 15 февруари 2001 125
Danilenkov and Others v. Russia (бр. 67336/01), 30 јули 2009 ....76/131
Demir and Baykara v. Turkey (бр. 34503/97), 12 ноември 2008 76
Đokić v. Bosnia and Herzegovina (бр. 6518/04), 27 мај 2010... 85
Dudgeon v. UK (бр. 7525/76), 22 октомври 1981 108

E.B. v France [голем судски совет] (бр. 43546/02), 22 јануари 2008 68
Engel and Others v. the Netherlands (бр. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 и 5370/72), 8 јуни 1976 131

Féret v. Belgium (бр. 15615/07), 16 јули 2009... 93
Fretté v. France (бр. 36515/97), 26 февруари 2002 107

Gaygusuz v. Austria (бр. 17371/90), 16 септември 1996 26/69/80/121
Glor v. Switzerland (бр. 13444/04), 30 април 2009... 111
Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy (no. 2) (бр. 26740/02), 31 мај 2007 131

Handyside v. UK (бр. 5493/72), 7 декември 1976... 129
Hasan and Chaush v. Bulgaria [голем судски совет] (бр. 30985/96), 26 октомври 2000 124
Hoogendijk v. the Netherlands (dec.) (бр. 58641/00), 6 јануари 2005 ....24/142

I. v. UK [голем судски совет] (бр. 25680/94), 11 јули 2002 102

K.H. and Others v. Slovakia, (бр.32881/04), 28 април 2009 80

Karner v. Austria (бр. 40016/98), 24 јули 2003 ... 109
Köse and Others v. Turkey (dec.) (бр. 26625/02), 24 јануари 2006 ... 125
Koua Pairrez v. France (бр. 40892/98), 30 септември 2003 ... 69

L. v. Lithiuania (бр. 27527/03), 11 септември 2007 ... 102
Le Pen v. France (бр. 18788/09), 20 април 2010 ... 93
Loizidou v. Turkey (бр. 15318/89), 18 декември 1996 ... 64
Luczak v. Poland (бр. 77782/01), 27 ноември 2007 ... 26

Mazurek v. France (бр. 34406/97), 1 февруари 2000 ... 88/89/128
Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others v. Georgia (бр. 71156/01), 3 мај 2007 ... 92
Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova (бр. 45701/99), 13 декември 2001 ... 124
Moldovan and Others v. Romania (no. 2) (бр. 41138/98 и 64320/01), 12 јули 2005 ... 84/86
Moustaquim v. Belgium (бр. 12313/86), 18 февруари 1991 ... 25/120
Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia (бр. 72881/01), 5 октомври 2006 ... 124
Muñoz Díaz v. Spain (бр. 49151/07), 8 декември 2009 ... 88

Nachova and Others v. Bulgaria [голем судски совет] (бр. 43577/98 и 43579/98), 6 јули 2005 ... 92/137/138

Opuz v. Turkey (бр. 33401/02), 9 јуни 2009 ... 32/93/144
Oršuš and Others v. Croatia [голем судски совет] (бр. 15766/03), 16 март 2010 ... 80/145

Paraskeva Todorova v. Bulgaria (бр. 37193/07), 25 март 2010 ... 39/86
Pearson v. UK (бр. 8374/03), 22 август 2006 ... 104
Petrov v. Bulgaria (бр. 15197/02), 22 мај 2008 ... 131
Pretty v. UK (бр. 2346/02), 29 април 2002 ... 40/112
Price v. UK (бр. 33394/96); 10 јули 2001 ... 111

Rasmussen v. Denmark (бр. 8777/79), 28 ноември 1984 ... 90

S.L. v. Austria (бр. 45330/99), 9 јануари 2003 ... 107
Sahin v. Germany [голем судски совет] (бр. 30943/96), 8 јули 2003 ... 89/131
Schwizgebel v. Switzerland (бр. 25762/07), 10 јуни 2010 ... 113
Šečić v. Croatia (бр. 40116/02), 31 мај 2007 ... 91
Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina [голем судски совет] (бр. 27996/06 и 34836/06), 22 декември 2009 ... 116/117

Sidabras and Džiautas v. Lithuania (бр. 55480/00 и 59330/00), 27 јули 2004 76
Sławomir Musiał v. Poland (бр. 28300/06), 20 јануари 2009 80
Smith and Grady v. UK (бр. 33985/96 и 33986/96) 27 септември 1999 85
Socialist Party and Others v. Turkey (бр. 21237/93), 25 мај 1998.......................................91
Sommerfeld v. Germany [голем судски совет] (бр. 31871/96), 8 јули 2003 ...68/88/89/131
Stec and Others v. UK [голем судски совет] (бр. 65731/01 и 65900/01),
12 април 2006 ....69/104
Steel and Morris v. UK (бр. 68416/01), 15 февруари 2005... 130

T. v. UK [голем судски совет] (бр. 24724/94), 16 декември 1999 113
Thlimmenos v. Greece [голем судски совет] (бр. 34369/97), 6 април 2000 40
Timishev v. Russia (бр. 55762/00 и 55974/00), 13 декември 2005....................116/117/137
Turan Cakir v. Belgium (бр. 44256/06), 10 март 2009...91

Ünal Tekeli v. Turkey (бр. 29865/96), 16 ноември 2004...100

V. v. UK [голем судски совет] (бр. 24888/94), 16 декември 1999................................ 113
Van Kück v. Germany (бр. 35968/97), 12 јуни 2003 103

Walker v. UK (бр. 37212/02), 22 август 2006 104
Weller v. Hungary (бр. 44399/05), 31 март 2009 ....70/131
Willem v. France (бр. 10883/05), 16 јули 2009...93
Wintersberger v. Austria (пријателска спогодба) (бр. 57448/00),
5 февруари 2004...47
Zarb Adami v. Malta (бр. 17209/02), 20 јуни 2006 .... 32/68/100
Zeïbek v. Greece (бр. 46368/06), 9 јули 2009 118

Практиката на Европскиот комитет за социјалните права

Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) v. Bulgaria (жалба бр. 41/2007),
3 јуни 2008...136

SUD Travail Affaires Sociales v. France (жалба бр. 24/2004), 8 ноември 2005 136

Практиката на Комитетот за заштита на човековите права

Diergaardt and Others v. Namibia, Соопштение бр. 760/1997,
6 септември 2000 127

Судската практика на националните судови

Австрија - Bezirksgericht Döbling, GZ 17 C 1597/05f-17, 23 јануари 2006 82
Австрија – Комисија за еднаков третман, Сенат III 117

Белгија - Одлука на врховниот суд во Антверпен, 6 декември 2004...........................84
Бугарија – Одлука бр. 164 во предмет од граѓанско право
бр. 2860/2006, Окружен суд во Софија, 21 јуни 2006 38

Кипар - Ref. A.K.I. 37/2008, Орган за еднаков третман, 8 октомври 2008................... 41

Обединето Кралство - Amicus MSF Section, R (on the application of)
v. Secretary of State for Trade and Industry, Врховен суд на ОК, 26 април 2004 57
Обединето Кралство - Eweida v. British Airways Plc, Апелационен суд на ОК,
12 февруари 2010 146
Обединето Кралство - Islington London Borough Council v. Ladele
(Liberty intervening), Апелационен суд на ОК, 12 февруари 2010................................ 124
Обединето Кралство - James v. Eastleigh Borough Council [1990],
Горен дом во Парламентот на ОК 6, 14 јуни 1990..29
Обединето Кралство - MacCulloch v. Imperial Chemical Industries plc,
Суд за трудови спорови во ОК, 22 јули 2008 60

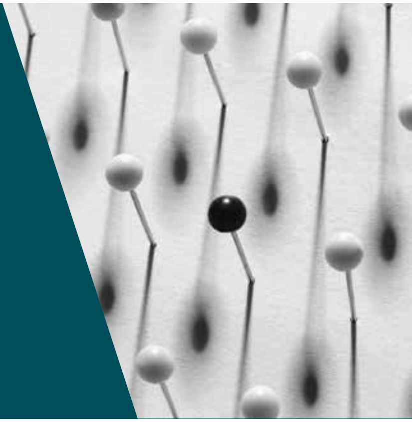
Словенија – Народен правобранител за еднаков третман,
Одлука бр. UEM-0921-1/2008-3, 28 август 2008...146

Унгарија – Одлука бр. 654/2009, 20 декември 2009,
Орган за еднаков третман 36
Унгарија – Орган за еднаков третман, предмет бр. 72, април 2008............................82

Финска - Vaasan Halinto-oikeus - 04/0253/3, Управен суд во Васа 57
Франција - *Bouthellier v. Ministre de l'éeducation,*
пресуда бр. 0500526-3, Управен суд во Руен, 24 јуни 2008 41
Франција – Одлука бр. М 08-88.017 и бр 2074,
кривичен совет при Врховниот суд, 7 април 2009...82
Франција - *Lenormand v. Balenci*, бр. 08/00907, Апелационен суд во Нимес,
6 ноември 2008 82

Шведска - Escape Bar and Restaurant v. Ombudsman
against Ethnic Discrimination T-2224-07, Врховен суд, 1 октомври 2008.................82/141
Шведска - HomO, предмет бр. 262/06, 21 јуни June 2006..107
Шведска - Ombudsman Against Discrimination on Grounds
of Sexual Orientation v. A.S., предмет бр. T-3562-06,
Апелационен суд во Свеа, 11 февруари 2008 ....36/82

Список на правни документи



Меѓународни инструменти

Конвенција за заштита на човековите права и основните слободи (4 ноември 1950)

Меѓународен пакт за граѓански и политички права (16 декември 1966)

Меѓународен пакт за економски, социјални и културни права (16 декември 1966)

Конвенција против тортурата на ОН (9 декември 1975)

Конвенција за елиминација на сите форми на расна дискриминација на ОН (4 јануари 1969)

Конвенција за елиминација на сите форми на дискриминација врз жените на ОН (18 декември 1979)

Конвенција за правата на лицата со инвалидитет на ОН (13 декември 2006)

Конвенција за правата на детето на ОН (20 ноември 1989)

Универзална декларација за човековите права (10 декември 1948)

Инструменти на ЕУ

Повелба за основните права на ЕУ (7 декември 2000)

Препорака 92/131/ЕЕЗ на Комисијата за заштитата на достоинството на жените и на мажите на работното место (27 ноември 1991)

Декларација на Советот за спроведување на Препораката на Комисијата за заштита на достоинството на жените и на мажите на работното место, вклучително и кодекс на добри практики за борба против сексуалното вознемирување (19 декември 1991)

Директива 79/7/ЕЕЗ на Советот за постепено спроведување на начелото за еднаков третман на мажите и на жените во прашања од социјалното осигурување (19 декември 1978)

Директива 2000/78/ЕЗ на Советот за воспоставување генерална рамка за еднаков третман при вработувањето и пристап до извршување некоја професија (27 ноември 2000)

Директива 2006/54/ЕЗ на Европскиот парламент и на Советот за спроведување на начелото за еднакви можности и еднаков третман на мажите и на жените во прашањата од вработувањето и извршување некоја професија (последна консолидирана верзија) (5 јули 2006)

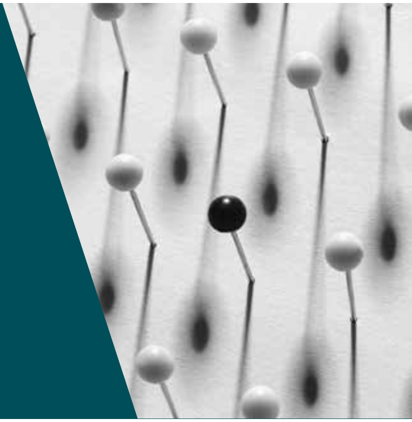
Директива 76/207/ЕЕЗ на Советот за спроведување на начелото за еднаков третман на мажите и на жените во однос на пристапот до вработување, стручна обука и напредување на работното место, и за еднакви услови на работното место (9 февруари 1976)

Директива 2004/113/ЕЗ на Советот за спроведување на начелото на еднаков третман на мажите и на жените во однос на пристапот до и обезбедувањето на стоки и услуги (13 декември 2004)

Директива 2000/43/ЕЗ на Советот за спроведување на начелото на еднаков третман на лицата без оглед на расното и етничкото потекло (29 јуни 2000)

Договорот од Лисабон со кој се менува и дополнува Договорот за Европската унија и Договорот за формирање на Европската заедница (13 декември 2007)

Онлајн ресурси

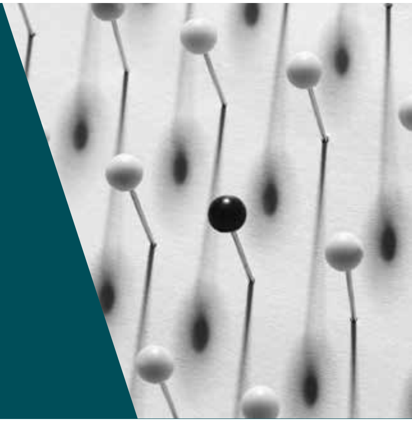


Ресурси	**Веб-адреса**[272]
Интернет страницата на Советот на Европа, Образование за човековите права за практичари	www.coehelp.org/
Европска мрежа на органи за еднаков третман, „Динамично толкување: европското право за недискриминација во практиката“, том I до IV	www.equineteurope.org/equinetpublications.html
Европска мрежа на практичари во полето на недискриминација „Нов извештај“	www.non-discrimination.net/news
Гргич, Матага, Лонгар и Вилфан, „Правото на сопственост според ЕКЧП“, Прирачник за човековите права бр. 10, 2007 година	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123
Протокол 12 кон Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи (ЗЕД бр. 177)	http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm
Килкели, „Правото на почитување на приватниот и семејниот живот“ Прирачник за човековите права бр. 1, 2001 година	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636

272 Сите линкови се последен пат пристапени на 10 март 2011 год.

Ресурси	**Веб-адреса**
Европска мрежа на органи за еднаков третман, „Борба против дискриминацијата во пристапот до стоки и услуги“	www.equineteurope.org/68.html
Начелата од Јогјакарта за примена на меѓународното право за човековите права во врска со сексуалната ориентација и родовиот идентитет	www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm
Инфо-портал на АФП	http://infoportal.fra.europa.eu
Извештај на АФП „Ефектот на Директивата за расна еднаквост. Ставови на синдикатите и организациите на работодавачи во Европската унија“	http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_racial_equal_directive_en.htm
Студија на случај бр. 15 (лишување од слобода, притвор, малтретирање на Ром)	www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1
Мурдок, „Слобода на мисла, совест и религија“, Прирачник за човековите права бр. 2, 2007 година	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122
Прирачници за човековите права на Советот на Европа	www.coehelp.org/course/view.php?id=54
Борба против дискриминацијата: водич за обука	http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=427&langId=en&moreDocuments=yes

Белешка за цитирање



Горенаведената судска практика за читателот обезбедува сеопфатни информации коишто упатуваат каде може да се најде целиот текст на пресудата во конкретниот предмет. Тоа може да биде корисно кога читателот сака подетално да ги разгледа резонирањето и анализата применети од страна на надлежниот суд во донесувањето на одлука во конкретниот предмет.

Голем дел од предметите на кои се упатува во оваа публикација се предмети во кои решавале ЕСП или ЕСЧП, и оттука тие се во фокусот на последователната дискусија. Слични техники можат да се користат и при разгледување на базите на податоци од националната судска практика.

Пристап до судската практика на ЕСЧП е можен преку порталот HUDOC на следнава веб-адреса: www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header?Case-Law-Hudoc/Hudoc+database/. Порталот HUDOC има пребарувач кој лесно се користи и овозможува пристап до саканата судска практика. Наједноставен начин за пребарување на саканиот предмет подразбира внесување на бројот на жалбата поднесена до ЕСЧП во полето за пребарување “application number“.

Пристап до судската практика на ЕСП е можен преку пребарувачот CURIA на следнава веб-адреса: http://curia.euriopa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en. Пребарувачот CURIA е лесен за користење и пребарување на саканиот предмет. Наједноставен начин за пребарување на саканиот предмет подразбира внесување на бројот на предметот во полето „case number“.

Како алтернатива, обата предложени пребарувачи (или кој било друг пребарувач) на корисниците им овозможува предметите да ги пребаруваат според датумот. Лоцирањето на саканата судска практика преку пребарување на датумот на пресудата е олеснето со тоа што овој Прирачник го наведува датумот на сите предмети вклучени во него.

ПРИРАЧНИК
НОВА СУДСКА ПРАКТИКА

© European Union Agency for Fundamental Rights, 2012
Council of Europe / European Court of Human Rights 2012

Корица: © iStockphoto

Овој додаток го надополнува „Прирачникот за европското право за недискриминација“ и не содржи одделни идентификатори.

ПРИРАЧНИК ЗА ЕВРОПСКОТО ПРАВО ЗА НЕДИСКРИМИНАЦИЈА: НОВА СУДСКА ПРАКТИКА јули 2010 - декември 2011

Содржина

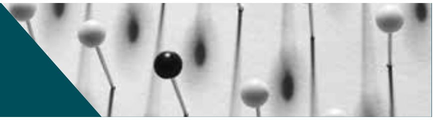
ВОВЕД 170

2.2.2. Компаратор 170
2.2.3. Основа за заштита 173
2.5. Специјални или посебни мерки 174
2.6.2. Неприменливост на општите околности која дозволуваат неповолен третман 175
2.6.4.3. Исклучоци врз основа на возраста 176
3.4.2.4. Европската конвенција и контекстот на социјална заштита и образование 180
3.4.3.1. Европската конвенција и контекстот на пристап до стоки и услуги, вклучително и до домување 182
3.5.1. „Лична“ сфера: приватен и семеен живот, посвојување деца, дом и брак 183
4.2. Пол 184
4.3. Сексуална ориентација 188
4.5. Возраст 190
4.7. Државјанство или национално потекло 191
4.8. Религија или уверување 193
4.10. Социјално потекло, раѓање и сопственост 196
4.12. Друг статус 197
5.2. Споделен товар на докажување 198
5.3. Улога на статистичките и другите податоци 199

ИНДЕКС НА ПРЕДМЕТИ 201

Судската практика на Судот на правдата на Европската унија 201
Судска практика на Европскиот суд за човековите права 202

Вовед



Овој прв додаток за судската практика кон „Прирачникот за европското право за недискриминација“ дава преглед на најважните предмети поврзани со недискриминацијата во кои решавале Европскиот суд за човековите права (ЕСЧП) и Судот на правдата на Европската унија (СПЕУ)[1], што биле разгледувани по завршувањето на првата верзија на Прирачникот во јули 2010 година. Тој ја следи структурата и соодветните поглавја од Прирачникот.

2.2.2. Компаратор

(стр. 25 од Прирачникот)

ЕСЧП, *Graziani-Weiss v. Austria* (бр. 31950/06), 18 октомври 2011 год.

Еден окружен суд водел список на можни правни застапници со имињата на сите активни правници и нотари од округот. Жалителот, чие име било ставено на списокот, бил назначен за правен застапник на ментално болно лице за прашања во врска со управувањето со нејзините приходи и застапувањето пред судовите и другите органи. Тој се пожалил дека списокот содржи само правници и нотари, а ги исклучува другите лица кои имаат извесно знаење од областа на правото, што претставува дискриминација. ЕСЧП се произнел дека главната дејност на активните правници се состои во застапување клиенти пред судовите и другите органи, за што тие добиле посебна обука и положиле соодветен испит. Други лица кои изучувале право, но не се активни правници, немаат дозвола да застапуваат лица пред судовите, во случај кога застапувањето е задолжително. Исто така, можно е тие лица воопшто да не работат во област поврзана со правото. Иако постои неспорна разлика во третманот на активните правници и нотари, од една страна, и другите лица со правна обука, од друга страна, за целите на нивното назначување за застапник во случаите каде што има потреба од правно застапување, овие две групи не се во релевантно слична ситуација.

1 Акронимот СПЕУ го заменува акронимот ЕСП што се користеше во „Прирачникот за европско право за недискриминација“.

ЕСЧП, *Valkov and Others v. Bulgaria* (бр. 2033/04 и други), 25 октомври 2011 год.

Жалителите биле пензионери чии пензии биле ограничени во однос на највисоката можна исплата, во согласност со националното законодавство. Тие се пожалиле дека се дискриминирани во споредба со пензионерите кои извршувале одредена висока политичка функција - претседател и потпретседател на државата, претседател на националниот парламент, премиер и судии во уставниот суд - чии пензии се изземени од законски пропишаната горна граница за пензии. Сепак, ЕСЧП не бил подготвен да изведува заклучоци врз основа на природата на несомнено тешките и важни задачи што ги извршувале жалителите и задачите на носителите на високи функции за коишто станува збор. Ваквите прописи се прашање на јавната политика, што во принцип е резервирана за националните власти кои имаат директен демократски легитимитет и се во подобра положба од меѓународен суд да ги проценат локалните потреби и услови. Оттука, ЕСЧП заклучил дека во случајот не постои дискриминација против жалителите во врска со нивните права на сопственост.

ЕСЧП, *Laduna v. Slovakia* (бр. 31827/02), 13 декември 2011 год.

Жалителот навел дека притворените лица кои чекаат финална пресуда не уживаат исти права на посета со осудените затвореници, бидејќи ним им се дозволува посета во времетраење од најмногу триесет минути месечно во споредба со посета во времетраење од два часа што се дозволува за осудените затвореници. Освен тоа, во голем дел од релевантниот период, зачестеноста на посетите и видот на контакт што им се дозволува на осудените затвореници зависи од нивото на безбедност во затворот каде ја издржуваат својата казна. Од друга страна, сите притворени лица подлежат на ист режим, без оглед на причините за нивниот притвор и разгледите за безбедност. Бидејќи жалбените наводи се релевантни за сите затвореници, ЕСЧП заклучил дека во капацитет на притворено лице жалителот бил во релевантно слична ситуација со група осудени затвореници кои се дадени како компаратор. Сепак, не постоело објективно и разумно оправдување за разликата во третманот на двете групи. Потребата да се гарантира ред, безбедност на другите и заштита на сопственоста не го оправдува ограничувањето на правата на притвореното лице кое чека финална пресуда во поголема мера од правата на осудените затвореници. Ваквата практика била критикувана и од страна на Европскиот комитетот

против тортура и нечовечки или деградирачки третман (КПТ). Понатаму, иако извесни ограничувања на правото на посета на затвореникот во некои случаи можат да бидат оправдани од безбедносни причини или со цел да се заштитат легитимните интереси на истрагата, тие цели можат да се постигнат со други средства, што не влијаат врз сите притворени лица. Меѓународните инструменти, како што се Меѓународниот пакт за граѓански и политички права и Европските затворски правила од 1987 година, ја нагласуваат потребата за почитување на статусот на притворено лице кое чека финална пресуда во капацитет на лице за кое сè уште постои презумпција на невиност. Европските затворски правила од 2006 година пропишуваат дека, доколку не постои конкретна причина за спротивното, притворените лица на кои сè уште не им било судено треба да имаат посети и комуникација со семејството и со други лица, на ист начин како што тоа се дозволува за осудените затвореници. Следствено, ЕСЧП утврдил дека ограничувањето на посетите коешто било наметнато на жалителот е несразмерно.

СПЕУ, *Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg* предмет C-147/08, 10 мај 2011 год. (голем судски совет)

Г. Ремер работел за хамбуршката администрација од 1950 година па сè до 1990 година кога престанал да работи поради попреченост. Од 1969 година тој во континуитет живеел со својот партнер, г. У. Во октомври 2001 година, тие стапиле во регистрирана граѓанска заедница и г. Ремер за тоа го информирал својот поранешен работодавач, а подоцна побарал додатокот на пензија да му се пресметува врз основа на поповолна категорија за даночни одбитоци. Хамбуршката администрација го одбила неговото барање, повикувајќи се на фактот дека г. Ремер не бил „во брак“, туку во регистрирана граѓанска заедница, и дека само пензионерите кои се „во брак, [и] не се разделени“ и пензионерите кои имаат право на детски додаток или на некоја еквивалентна социјална бенефиција имаат право на ревидирана пензија според наведената основа. Судот што го проследил предметот до СПЕУ прашал дали оваа ситуација е изземена од опфатот на правото на ЕУ.

СПЕУ досудил дека Директивата 2000/78/ЕЗ на Советот за еднаков третман при вработувањето, ги покрива и додатоците на пензија коишто претставуваат исплата во рамките на значењето на членот 157 од Договорот за функционирањето на ЕУ. Директивата забранува националното законодавство да пропишува одредби според кои пензионер кој стапил во регистрирана граѓанска

заедница би добил додаток на пензија понизок од оној што се исплатува на пензионер кој е „во брак [или] не е разделен“ доколку се задоволени два услова. Првиот услов се однесува на тоа дека во засегнатата држава-членка бракот е резервиран само за лица од различен пол и постои паралелно со регистрирана граѓанска заедница која е резервирана за лица од ист пол. Вториот услов се однесува на постоењето директна дискриминација врз основа на сексуалната ориентација, бидејќи според националното законодавство, кога станува збор за пензијата тој партнер е во правна и фактичка ситуација споредлива со онаа на лице кое е во брак.

2.2.3. Основа за заштита

(стр. 28 од Прирачникот)

СПЕУ, *Pensionsversicherungsanstalt v. Christine Kleist* предмет C-356/09, 18 ноември 2010 год.

Овој предмет кој бил проследен до СПЕУ од австрискиот суд се однесува на толкувањето на членот 3(1)I од Директивата 76/207/ЕЕЗ на Советот (онака како што е изменета и дополнета со Директивата 2002/73/ЕЗ) за спроведување на принципот на еднаков третман на мажите и на жените во поглед на вработувањето, стручната обука и напредувањето на работното место. Членот 3(1)I забранува каква било форма на директна или индиректна дискриминација врз основа на полот во јавниот и во приватниот сектор во врска со вработувањето и условите на работното место, вклучително и во врска со платата и отпуштањето од работа. Судот кој го проследил предметот до СПЕУ прашал дали членот 3(1)I ги иззема националните правила кои дозволуваат работодавач од јавниот сектор да отпушти вработени кои би можеле да остварат право на пензијата, во околности кога постои различна возраст за мажите и за жените во однос на уживањето на таква пензија. Австриското законодавство пропишува дека возраста за пензионирање за жени е 60 години, а за мажите таа е 65 години.

СПЕУ дал упатување на предметот Marshall (C-152/84) за да покаже дека отпуштањето на вработена жена само затоа што таа ја минала возраста на која се квалификува за пензија, во случај каде таа возраст е различна за мажите, претставува дискриминација врз основа на пол. Во дадениот предмет, возраста на која завршува заштитата од отпуштање од работа е неразделно поврзана со полот на вработеното лице. Судот утврдил дека тоа претставува разлика во

третманот која се заснова на полот. Директна дискриминација се случува кога едно лице се третира на неповолен начин врз основа на полот за разлика од друго лице кое се третира, се третирало или би се третирало во слична ситуација. За да утврди дали жените на возраст од 60 до 65 години се во споредлива ситуација со мажите на таа возраст, Судот ја разгледал целта на националните правила кои ја пропишуваат разликата во третманот. Во овој случај, националните правила имале за цел да ги уредат околностите во кои вработени лица можат да се отпуштат од работа. Судот се согласил дека мажите и жените од оваа возрасна група се во споредлива ситуација, бидејќи околностите во однос на условите за прекинување на работниот однос биле идентични. Оттука, СПЕУ одлучил дека националните правила претставуваат директна дискриминација врз основа на пол.

2.5. Специјални или посебни мерки

(стр. 39 од Прирачникот)

СПЕУ, *Pedro Manuel Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA* предмет C-104/09, 30 септември 2010 год.

Шпанските судови прашале дали извесни права на платена пауза според шпанското законодавство се дозволени и според правилата за родова еднаквост на ЕУ. Конкретно, шпанското законодавство им дава право на мајките и на татковците да земат до еден час пауза во текот на работниот ден за да го нахранат своето дете кое се дои, доколку двајцата родители се вработени. Судот прашал дали тоа што вработените татковци го немаат истото право кога мајката е самовработена е спротивно на одредбите од Директивата 76/207/ЕЕЗ на Советот за спроведување на принципот на еднаков третман на мажите и на жените во поглед на вработувањето, стручната обука и напредувањето на работното место, и еднаквите услови на работното место.

СПЕУ досудил дека платената пауза влијае врз условите на работното место, а Директивата 76/207/ЕЕЗ на Советот забранува дискриминација врз основа на полот во однос на работните услови. Судот коментирал дека правото на таткото на пауза се потпира на работниот статус на мајката. Понатаму, Судот утврдил дека мерката не ја елиминира, ниту пак ја намалува постојната нееднаквост, затоа што може да доведе до ситуација кога самовработената мајка би имала дополнителен

товар бидејќи таткото не може да земе пауза за да се грижи за детето. Врз основа на тоа, Судот заклучил дека директивата забранува такво национално законодавство.

2.6.2. Неприменливост на општите околности кои дозволуваат неповолен третман

(стр. 49 од Прирачникот)

СПЕУ, *Marc Michel Josemans v. Burgermeester van Maastricht* предмет C-137/09, 16 декември 2010 год.

Во предметот проследен до СПЕУ од холандски суд се прашува дали националните прописи кои се однесуваат на пристапот на нерезиденти во локалите за канабис целосно или делумно влегуваат во опфатот на Договорите. Конкретно упатување било дадено на слободното движење на стоки и услуги, како и на забраната за дискриминација. Во поглед на слободното движење на стоки и услуги, судот што го упатил предметот прашал дали забраната за пристап на нерезиденти до локалите за канабис претставува соодветно и сразмерно средство за намалување на нарко-туризмот и нарушувањето на јавниот ред и мир што е поврзано со ваквиот туризам. Од друга страна, судот прашал дали во вакви случаи се применува забраната за дискриминација на граѓаните врз основа на нивното државјанство. Доколку тоа е случај, судот прашал дали таквото индиректно разликување меѓу резиденти и нерезиденти е оправдано и дали поврзаната забрана е соодветна и сразмерна на горенаведените причини.

СПЕУ утврдил дека збраната на наркотици во ЕУ значи дека сопственикот на локал за канабис не може да се потпре на принципите за слобода на движење или за недискриминација кога станува збор за пласирање канабис на пазарот. Сепак, слободата да нуди услуги се применува во поглед на храната и безалкохолните пијалаци што се нудат во ваквите локали, па во овој контекст сопственикот на локал за канабис може да се повика на членот 56 од Договорот за функционирањето на ЕУ (претходно член 49 од Договорот за основање на Европската заедница). Слободното движење на стоки не е релевантно бидејќи во случајот храната и пијалаците не се пренесуваат преку граница. Судот го земал предвид членот 56 од Договорот за функционирањето на ЕУ и заклучил дека националните прописи што дозволуваат пристап до локалите за канабис само на резиденти претставуваат индиректна дискриминација, затоа што нерезидентите се веројатно странци. Сепак, Судот решил дека во дадените

околности таквите прописи се оправдани. Борбата против нарко-туризмот и придружното нарушување на јавниот ред и мир е дел од борбата против користење наркотици која, како таква, претставува легитимна цел. Судот утврдил дека мерките се соодветни и сразмерни. Тие не ги спречуваат нерезидентите да влезат во големиот број локали кои не продаваат канабис. Освен тоа, другите мерки за спречување нарко-туризмот се покажале како неефективни. СПЕУ го признал фактот дека непрактично е да се води систем каде нерезидентите можат да влезат во локал за канабис, но не смеат да купат канабис.

2.6.4.3. Исклучоци врз основа на возраста

(стр. 58 од Прирачникот)

СПЕУ, *Gisela Rosenbladt v. Oellerking Gebäudereinigungsges. mBH* предмет C-45-09, 12 октомври 2010 год. (голем судски совет)

Во овој предмет проследен до СПЕУ од германските судови се бара појаснување за границите на законодавството на ЕУ во однос на дискриминацијата врз основа на возраста и задолжителното заминување во пензија. Г-ѓа Розенблат била вработена од страна на обвинетата фирма за чистење и работела како хигиеничарка во касарни. Во мај 2008 година работодавачот на г-ѓа Розенблат ѝ пратил писмо во кое го раскинува работниот однос на крајот на месецот, наведувајќи дека тоа се заснова на фактот дека до тој период таа би наполнила 65 години што е законска возраст за заминување во пензија. Г-ѓа Розенблат одбила да го прифати прекинот на работниот однос и ја оспорила одлуката. Во 2004 година, сојузниот министер за труд прогласил општа примена на колективниот договор за дејноста чистење, во кој се уредува раскинување на договорите за работен однос на официјалната возраст за заминување во пензија. Германските судови прашале дали законот што дозволува колективните договори да пропишуваат таква возраст за заминување во пензија останува важечки во поглед на спроведувањето на Директивата 2007/78/ЕЗ на Советот. Имено, директивата забранува различни форми на дискриминација на работното место, вклучително и врз основа на возраста, додека членот 6 од истата ги уредува исклучоците.

СПЕУ навел дека според членот 6 од директивата, можно е колективниот договор да наведува возраст за заминување во пензија според националното законодавство, но под услов таквата одредба, во врска со трудовата политика, да има легитимна цел што може објективно и разумно да се оправда. Дополнително

на тоа, пристапот кон постигнување на легитимната цел треба да биде соодветен и неопходен. Кога националното законодавство се спроведува преку колективен договор, самиот договор треба да има легитимната цел која се постигнува на соодветен и неопходен начин. Понатаму, СПЕУ утврдил дека државата-членка може да донесе колективен договор со општа примена, како што е оној за дејноста чистење во Германија, но не во случај кога колективниот договор ги лишува засегнатите поединци од заштита од дискриминација врз основа на возраста.

СПЕУ, *Vasil Ivanov Georgiev v. Tehnicheski universitet - Sofia, filial Plovdiv* спoени предмети C-250/09 и C-268/09, 18 ноември 2010 год.

Овој предмет проследен до СПЕУ од бугарските судови се однесува на прашањето во врска со задолжителното заминување во пензија. Бугарското законодавство дозволува работодавачот да го раскине договорот за работен однос на универзитетски професор кога тој ќе наврши 65 години и по таа возраст да му даде најмногу три едногодишни договори на определено време. Судот бил прашан дали ваквото законодавство е забрането според Директивата 2000/78/ЕЗ на Советот. Според директивата, се смета дека се случила директна дискриминација кога поединец добива неповолен третман во споредба со друг поединец, на пример, врз основа на возраста. Сепак, разликите во третманот врз основа на возраста не можат да се категоризираат како дискриминација кога може да се покаже дека тие се објективно и разумно оправдани со одредена легитимна цел. Таква цел може да биде легитимна јавна политика за вработување, пазар на работни места или иницијатива за стручна обука. Бугарската влада, со поддршка од владите на Словачка и Германија и од Комисијата, тврдела дека оспореното национално законодавство им дава можност на помладите генерации да стигнат до професорски работни места, со што се придонесува кон одржување на квалитетот во наставата и истражувачката работа.

СПЕУ утврдил дека Директивата 2000/78/ЕЗ на Советот дозволува донесување национални закони во кои се уредува дека универзитетските професори можат да продолжат да работат и по навршени 65 години единствено преку едногодишни договори на определено време и да се пензионираат на возраст од 68 години. Сепак, Судот нагласил дека таквиот закон мора да има легитимна цел во врска со пазарот на работна сила или политиката за вработување и дека таа цел мора да се постигнува преку соодветни и неопходни средства. Легитимните

цели можат да вклучат обезбедување квалитетна настава, како и оптимално распоредување на професорските места за различни генерации. СПЕУ, исто така, навел дека со оглед на тоа што предметот за кој станува збор е спор меѓу јавна институција и поединец, националниот суд треба да го примени националното законодавство коешто не е усогласено со одредбите од директивата.

СПЕУ, *Gerhard Fuchs and Peter Köhler v. Land Hessen* споени предмети C-159/10 и C-160/10, 21 јули 2011год.

Според германското национално право, постојаните државни службеници мора да се пензионираат на одредена возраст што ја утврдува покраината. Во овој случај, една од покраините утврдила дека задолжителна возраст за заминување во пензија е 65 години, со услов дека доколку тоа е во интерес на државната служба, државниот службеник може да продолжи да работи најмногу до возраст од 68 години. Германските судови прашале дали ова правило е изземено со членот 6(1) од Директивата 200/78/ЕЗ на Советот.

СПЕУ сметал дека целта на владата да воспостави „балансирана возрасна структура" за да се поттикне вработување и унапредување на млади луѓе и да го подобри управувањето со кадарот е легитимна цел на јавната политика. Понатаму, Судот навел дека мерката која налага заминување во пензија на возраст од 65 години „не е неразумна" со оглед на целта која треба да се постигне и дека директивата не исклучува мерки што дозволуваат оваа цел да се постигне преку соодветни и неопходни средства. Во врска со прашањето за информациите што државата-членка треба да ги презентира за да покаже дека овие критериуми се задоволени, Судот изјавил дека, во крајна линија, националниот суд е тој кој треба да оцени дали мерката е соодветна и неопходна, врз основа на доказите дадени во поддршка на таквата мерка и во рамките на своите судски процедури.

СПЕУ, *Reinhard Prigge and Others v. Deutsche Lufthansa AG* предмет C-447/09, 13 септември 2011 год. (голем судски совет)

Рајнхард Приге, Михаел Фром и Фолкер Ламбах долги години биле вработени во *Deutsche Lufthansa* како пилоти, а потоа како капетани. Кога навршиле 60 години, нивните договори за работен однос биле автоматски раскинати, во согласност со колективниот договор. Сметајќи дека се жртви на дискриминација врз основа на возраста, што е забрането со Директивата за еднаквост при вработувањето

(Директива 2000/78/ЕЗ на Советот), тие покренале тужба пред германските судови со цел да добијат потврда дека нивните работни односи во *Deutsche Lufthansa* не се раскинати на возраст од 60 години и со цел да издејствуваат наредба за продолжување на договорите. Германскиот сојузен суд за трудови спорови (*Bundesarbeitsgericht*) го прашал СПЕУ дали еден колективен договор што пропишува возрасна граница од 60 години за пилоти за целите на безбедност во цивилното воздухопловство е во согласност со правото на ЕУ.

СПЕУ прво укажал на тоа дека колективните договори склучени со социјалните партнери мора, каков што е случајот и со националните закони на државите-членки, да го почитуваат принципот за недискриминација врз основа на возраста, кој е признат како општ принцип на правото на ЕУ и кој е особено нагласен во директивата од областа на вработувањето и пристапот до извршување некоја професија. Ограничувањето на можноста пилотите да работат и по навршување на 60 години произлегува од потребата да се гарантира безбедноста на патниците, лицата во областите над кои поминува авионот, како и безбедноста и здравјето на самите пилоти. Тоа може да ја оправда разликата во третманот и одредбата за ограничување на возраста во колективен договор. Сепак, Судот навел дека меѓународното и германското право сметаат дека не е неопходно да се забрани пилотите да работат по навршени 60 години, туку дека е доволно да се ограничат само тие активности. Затоа, СПЕУ утврдил дека забраната за пилотирање по таа возраст, уредена со колективниот договор, не била неопходна мерка за заштита на јавното здравје и безбедноста. Понатаму, Судот изјавил дека поседувањето специфични физички способности може да се смета за реален и одлучувачки професионален услов за извршување на работното место пилот, и дека поседувањето на тие способности е поврзано со возраста. Бидејќи тој услов има за цел да ја гарантира безбедноста во воздушниот сообраќај, тој има легитимна цел којашто може да ја оправда разликата во третманот врз основа на возраста. Сепак, таквата разлика во третманот може да биде оправдана само во мошне ограничени околности. Во тој поглед, Судот навел дека меѓународните и германските власти сметаат дека до возраст од 65 години пилотите имаат физичка способност да работат како пилоти, иако меѓу 60 и 65 години тие можат да работат само како членови на екипаж во кој другите пилоти се помлади од 60 години. Од друга страна, социјалните партнери на *Lufthansa* утврдиле возрасна граница од 60 години, сметајќи дека пилотите постари од 60 години повеќе не ги поседуваат физичките способности потребни за извршување на службените задачи. Во такви околности, Судот изјавил дека возрасната граница од 60 години за работа како пилот на авион, наметната од страна на социјалните партнери, претставува несразмерен услов со оглед на тоа дека меѓународното и германското право ја утврдиле предметната возрасна граница на 65 години.

3.4.2.4. Европската конвенција и контекстот на социјална заштита и образование

(стр. 80 од Прирачникот)

ЕСЧП, *Ponomarovi v. Bulgaria* (бр. 5335/05), 21 јуни 2011 год.

Според националното законодавство, само бугарски државјани и одредени категории странци имаат право на бесплатно основно и средно образование. Жалителите во овој предмет се две руски деца кои во дадениот периодот немале дозвола за постојан престој, а живееле со својата мајка во Бугарија. Во жалбата поднесена до ЕСЧП, тие се пожалиле на дискриминација со оглед на тоа дека од нив се барало да платат школарина за средно образование во Бугарија, за разлика од бугарските државјани и странците со дозволи за постојан престој. ЕСЧП прифатил дека една држава може да има легитимни причини за ограничување на користењето на оскудните јавните услуги од страна на времени и нелегални мигранти, кои, по правило, не придонесуваат во финансирањето на ваквите услуги. Иако се признава дека образованието е сложена и скапа дејност и дека државата мора да балансира помеѓу образовните потреби на оние кои се во нејзина надлежност и ограничениот капацитет за задоволување на потребите, за разлика од некои други јавни услуги, Судот забележал дека образованието е право што е директно заштитено со Конвенцијата. Исто така, образованието е конкретен вид јавна услуга што не дава само директни придобивки за корисниците на истата, туку има и поширока општествена функција и е неопходна за унапредувањето на човековите права. Жалителите не биле во позиција на незаконски имигранти во државата кои подоцна побарале да ги користат нејзините јавни услуги, вклучително и бесплатното образование. И покрај фактот дека засегнатите лица немале дозволи за постојан престој, властите немале материјален приговор на нивното престојување во Бугарија, ниту пак сериозна намера да ги депортираат. Оттука, очигледно е дека сите разгледи коишто се однесуваат на потребата од искоренување или намалување на приливот на нелегална имиграција не се валидни во случајот на жалителите. Сепак, бугарските власти не ги земале предвид овие фактори, ниту пак законодавството давало можност да се побара исклучок од плаќањето школарина. Затоа, во конкретните околности на предметот, барањето жалителите да платат школарина за средно образование врз основа на нивното државјанство и статусот на имигранти се смета за неоправдано.

ЕСЧП, *Stummer v. Austria* (голем судски совет) (бр. 37452/02), 7 јули 2011 год.

Според австриското законодавство, жалителот, кој работел долг период во текот на вкупно дваесет и осум години минати во затвор, не бил вклучен во системот за старосна пензија. Од 1994 година, тој бил вклучен во системот за осигурување во случај на невработеност и тоа за временските периоди на работа што ја извршувал додека бил во затвор, а по неговото ослободување добил социјални бенефиции во случај на невработеност и социјална помош. ЕСЧП укажал на тоа дека во областа на пензискиот систем државите имаат широк простор за дискрециона оценка и дека на ова прашање треба да се гледа како на еден сегмент од севкупниот систем на затворска работа и социјално осигурување на затворениците. На ниво на Европа, не е постигнат консензус за социјалното осигурување на затворениците. Иако апсолутно мнозинство од државите-членки на Советот на Европа обезбедуваат некакво социјално осигурување за затворениците, само мал дел од нив затворениците ги вклучуваат во системите за старосна пензија. Некои држави, како Австрија на пример, тоа го прават преку можноста што им се дава на затворениците доброволно да ги плаќаат придонесите за пензиско осигурување. Понатаму, австриското законодавство го одразува трендот според кој затворениците кои работат се вклучуваат во државниот систем за социјално осигурување, со тоа што тие добиваат здравствена нега и нега во случај на несреќи, а од 1994 година затворениците кои работата се вклучени и во системот за социјално осигурување во случај на невработеност. Во овој предмет важно е тоа дека жалителот, иако немал право на старосна пензија, не останал без социјално осигурување. По неговото ослободување од затвор, тој примал социјална помош во случај на невработеност и потоа добил социјална помош дополнета со додаток за домување во износ од околу 720 евра, што речиси соодветствува со износот на минималната пензија во Австрија. Сè на сè, во контекст на променливите стандарди, државата која е договорна страна не треба да биде опомената затоа што му дала приоритет на осигурителниот систем за кој сметала дека е најрелевантен во поглед на реинтеграција на затворениците по нивното ослободување. Иако од Австрија било побарано да го разгледа прашањето покренато со предметот, Судот утврдил дека со тоа што затворениците кои работат не се вклучени во системот за старосна пензија државата не го надминала широкиот простор за дискрециона оценка што таа го има во однос на ова прашање.

3.4.3.1. Европската конвенција и контекстот на пристап до стоки и услуги, вклучително и до домување

(стр. 84 од Прирачникот)

ЕСЧП, *Bah v. the United Kingdom* (бр. 56328/07), 27 септември 2011 год.

Жалителката, која е државјанка на Сиера Леоне, добила дозвола за неопределен престој во Обединетото Кралство. Подоцна, на нејзиниот малолетен син му било дозволено да ѝ се придружи, под услов тој да нема пристап до јавните средства. Набрзо по неговото пристигнување, закуподавецот на жалителката ја информирал дека нејзиниот син не може да престојува во собата што таа ја закупува. Таа побарала помош за домување од локалните власти. Тие се согласиле да ѝ помогнат, но бидејќи нејзиниот син бил подлежен на имиграциона контрола, одбиле да ѝ дадат приоритет што обично се дозволува врз основа на статусот на ненамерно бездомно лице со малолетно дете. ЕСЧП утврдил дека различниот третман на жалителката се должел на условениот имигрантски статус на нејзиниот син, а не на неговото државјанство. Со оглед на елементот на избор во врска со имигрантскиот статус, побараното оправдување за различниот третман врз таа основа не бил со иста тежина како во случај на разлика врз основа на наследна или неменлива лична карактеристика, како што е полот или расата. Исто така, бидејќи материјата на предметот - обезбедување домување за лица кои имаат потреба – е од социо-економска природа, просторот за дискрециона оценка што се дозволува на владата е релативно широк. Одбивањето на приоритет во случајот на жалителката не било произволно. Со оглед на тоа дека жалителката била целосно свесна за условот поврзан со дозволата за влез во Обединетото Кралство на нејзиниот син, фактички таа се согласила тој да нема пристап до јавните средства во однос на негово издржување. Различниот третман на лицата кои се повикуваат на статусот на приоритетна потреба даден на лице кое незаконски престојува во Обединетото Кралство или лице чиј престој е условен со забрана за пристап до јавните средства и лицата кои не се повикуваат на тоа бил оправдан. Законодавството имало легитимна цел, односно праведна распределба на оскудните ресурси меѓу различни категории баратели на помош. Без да се потцени стресот што жалителката сигурно го претрпела поради можноста да остане без домување, ЕСЧП посочил дека во реалноста таа не била бездомник и дека постоеле други законски прописи коишто ги обврзуваат локалните власти да им помогнат нејзе

и на нејзиниот син доколку тие навистина биле загрозени од бездомништво. Во дадениот случај, жалителката била третирана на ист начин како и кога би се утврдила приоритетна потреба: локалните власти ѝ помогнале да закупи дом во приватниот сектор во друга општина и ѝ понудиле социјално домување во општината во рок од седумнаесет месеци. Оттука, различниот третман на кој била подложена жалителката се смета за разумен и објективно оправдан.

3.5.1. „Личната“ сфера: приватен и семеен живот, посвојување деца, дом и брак

(стр. 87 од Прирачникот)

ЕСЧП, *Şerife Yiğit v. Turkey* (голем судски совет) (бр. 3976/05), 2 ноември 2010 год.

Во 1976 година жалителката стапила само во верски брак. Нејзиниот сопруг починал во 2002 година. Во 2003 година, таа поднела барање во свое и во име на ќерката, за признавање на бракот и за регистрирање на ќерката во матичната книга како дете на нејзиниот сопруг. Окружниот суд го уважил второто барање, но го одбил барањето што се однесува на нејзиниот брак. Исто така, жалителката поднела барање до пензискиот фонд со цел пензиското и здравственото осигурување на нејзиниот покоен сопруг да бидат пренесени на нејзино име и на име на ќерката. Социјалните бенефиции за ќерката биле признаени, но оние на жалителката биле одбиени врз основа на фактот дека нејзиниот бракот не бил формално-правно признат. ЕСЧП забележал дека според националното законодавство и судската практика, а во согласност со граѓанскиот законик, само лица во брак можат да ги наследат правата поврзани со социјалното осигурување на покојниот сопружник. Сепак, жалителката не можела да се повика на легитимно очекување за користење на социјалното осигурување коешто му следувало на нејзиниот партнер, бидејќи правилата што ги уредуваат материјалните и формалните услови за граѓански брак се јасни и достапни, додека аранжманите потребни за склучување таков брак се едноставни и не претставуваат прекумерен товар за засегнатите лица. Освен тоа, жалителката имала доволно време - дваесет и шест години – за да склучи граѓански брак. Оттука, нејзините тврдења дека напорите што таа наводно ги преземала за да ја регулира својата ситуација биле попречени поради сложената природа или бавноста на административните постапки не се сметаат за оправдани. Понатаму,

фактот дека жалителката и нејзиниот партнер се решиле за верска форма на брак и не стапиле во граѓански брак не подразбира административни или кривични санкции коишто би ја спречиле да води вистински семеен живот. Членот 8 не може да се толкува како наметнување обврска за државата да го признае верскиот брак, ниту пак налага државата да воспостави посебен систем за одредена категорија парови кои не се во брак. Оттука, фактот дека жалителката немала статус на наследник во согласност со законодавството, не подразбира повреда на нејзините права според членот 8.

4.2. Пол

(стр. 98 од Прирачникот)

ЕСЧП, *Andrle v. the Czech Republic* (бр. 6268), 17 февруари 2011 год.

Жалителот, татко на две деца, дал наводи дека за разлика од жените, мажите кои одраснуваат деца не добиваат намалување на возраста за заминување во пензија. ЕСЧП прифатил дека оспорената мерка имала легитимна цел да ја надомести фактичката нееднаквост и тешкотиите што произлегуваат од специфичните историски околности во поранешна Чехословачка, каде жените биле одговорни за одраснување на децата и за домаќинството, и истовремено биле под притисок да работат со полно работно време. Во такви околности, националните власти се во подобра положба да го утврдат моментот во кој неправедноста кон мажите добива поголема тежина од потребата да се коригира обесправената положба на жените преку афирмативни мерки. Во 2010 година, чешката влада веќе го направила првиот конкретен чекор кон изедначување на возраста за заминување во пензија, преку измени и дополнувања на соодветните закони со кои се укинува правото на помала возраст за заминување во пензија за жени со едно дете, а реформите биле насочени кон генерално зголемување на возраста за заминување во пензија, без оглед на бројот на деца што се одгледуваат. Со оглед на постепената природа на демографските движења и промените во перцепцијата на улогата на половите, како и со оглед на тешкотиите што се јавуваат во спроведувањето на пензиската реформа во поширок контекст, државата не може да се критикува затоа што постепено го менува пензискиот систем наместо да турка комплетна промена со побрзо темпо. Во специфичните околности на предметот, пристапот на националните власти останува разумно и

објективно оправдан до моментот кога социо-економските промени ќе отстранат каква било потреба од посебен третман за жените. Моментот на спроведување и опфатот на мерките што се преземат за коригирање на оспорената нерамноправност не се очигледно неразумни и оттука државата не го надминала широкиот простор за дискрециона оценка што таа го ужива во оваа област.

СПЕУ, *Rijksdienst voor Pensioenen v. Elisabeth Brouwer* предмет C-577/08, 29 јули 2010 год.

Во периодот меѓу 1960 и 1998 година, г-ѓа Браувер работела во Холандија иако била жител на Белгија. Откако престанала да работи, таа имала право на пензија од белгиската држава до возраст од 65 години, кога одговорноста била пренесена на холандската држава. Белгиската држава ѝ доделила пензија. Сепак, бидејќи таа работела во друга држава-членка на ЕУ, пензијата ѝ била пресметана според индексирана рамна стапка на плата што ја утврдува државата. Пред 1995 година, износот на таа индексирана плата за мажите и за жените бил различен. Г-ѓа Браувер го оспорила износот на нејзината пензија како нелегален и дискриминаторски. Белгиската држава тврдела дека не постои дискриминација затоа што разликите се оправдани со објективни причини – реалните плати на корисниците на пензија се разликувале па затоа пресметката на пензијата треба да ги одрази таквите разлики. Државите-членки на ЕУ требало да ја спроведат Директивата 79/7/ЕЕЗ на Советот, со која се спроведува принципот на еднаков третман за мажите и за жените во однос на прашања од областа на социјалното осигурување, најдоцна до 23 декември 1984 година.

Додека предметот да стигне до СПЕУ, белгиската држава го признала нееднаквиот третман и ги нагласила чекорите што ги презема за да ја поправи ситуацијата. Сепак, СПЕУ утврдил дека директивата забранува донесување на законодавни акти, какви што се оние оспорени во овој предмет, по крајниот рок за нејзиното спроведување. Пред рокот за спроведување на наведената директива, законодавните акти за кои станува збор биле надвор од опфатот на одредбите од договорите со кои се уредува еднаква плата, членот 157 од Договорот за функционирањето на ЕУ (претходно член 141 од Договорот за формирање на ЕЗ). Судот, исто така, го одбил аргументот на белгиската држава дека временската примена на одлуката треба да биде ограничена (исто како во предметот *Barber*, C-262/88), но само во поглед на каматата што се пресметува за задоцнета исплата. Тој утврдил дека финансиски импликации, сами по себе, не го оправдуваат таквото ограничување. Дополнително, мора да постои значајна објективна несигурност во однос на импликациите од одредбите

содржани во правото на ЕУ. СПЕУ навел дека тоа не е случај во овој предмет и дека белгиските власти немале право да сметаат дека разликата во платите се должи на објективни фактори, а не на дискриминација, ниту пак Белгија можела да се потпре на фактот дека Европската комисија не повела постапка за прекршок против неа, за да покаже усогласеност на националното законодавство со правото на ЕУ.

СПЕУ, *Dita Danosa v. LKB Līzings SIA* предмет C-232/09, 11 ноември 2010 год.

Овој предмет проследен до СПЕУ од латвиските судови се однесува на Директивата 92/85/ЕЕЗ на Советот за здравјето и безбедноста на работното место на бремените работнички. Директивата налага државите-членки на ЕУ преку своето законодавство да забранат раскинување на работниот однос од почетокот на бременоста до крајот на породилното отсуство. Од СПЕУ се барало да разгледа дали таквата забрана се применува во ситуација каде засегнатото лице е член на одборот на директори на претпријатие во државна сопственост и дали тоа лице, според директивата, може да се смета за вработено лице. Во овој поглед, потребно е да се утврди улогата на членовите на управниот одбор и нивото на автономност во нивната работа, со оглед на тоа што конкретното претпријатие било под надзор на акционерското собрание и одборот на доверители. Исто така, потребно е да се земе предвид Директивата 76/207/ЕЕЗ на Советот за еднаков третман на мажите и на жените во врска со пристапот до вработување, стручната обука и напредувањето на работното место, како и во врска со условите на работното место.

СПЕУ сметал дека член на одборот на директори на едно претпријатие треба да добие статус на вработено лице доколку: тој или таа дава услуги на претпријатието и е составен дел од нив; работата на членот на одборот се изврши, во одреден временски период, според насоките или под надзор на друго тело од претпријатието; и доколку членот на одборот добивал финансиски надомест за извршување на тие должности. Директивата 92/85/ЕЕЗ на Советот треба да се толкува дека забранува национално законодавство што дозволува член на одборот да се отстрани од нејзиното место без ограничувања кога засегнатото лице е „бремена работничка“. Понатаму, Судот решил дека дури ако работничката не може да се категоризира како „бремена работничка“ за целите на Директивата 92/85/ЕЕЗ на Советот, отстранувањето на член на одбор поради или, главно поради, бременост, може да влијае единствено врз жените и оттука претставува директна дискриминација врз основа на полот, што е спротивно на Директивата 76/207/ЕЕЗ на Советот.

СПЕУ, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v. Conseil des ministres* предмет C-235/09, 1 март 2011 год. (голем судски совет)

Белгискиот закон дозволува осигурителите да го користат полот како фактор во пресметката на осигурителните премии и исплати. Тоа го прави врз основа на отстапувањето содржано во членот 5(2) од Директивата 2004/113/ЕЗ на Советот. Жалителите го оспориле белгискиот закон што го користи ова отстапување и навеле дека тоа е спротивно на принципот на еднаквост меѓу мажите и жените. Уставниот суд на Белгија го прашал СПЕУ дали членот 5(2) од Директивата 2004/113/ЕЗ на Советот е во согласност со членот 6(2) ДЕУ и, поконкретно, со принципот на еднаквост и недискриминација што го гарантира таа одредба.

СПЕУ прво ги изнел одредбите од правото на ЕУ кои го утврдуваат принципот на еднаков третман на мажите и на жените. Тој упатил дека користењето актуарски фактори поврзани со полот е широко прифатена практика во областа на осигурителни услуги кога директивата била усвоена, па затоа за соодветно се сметало таа да вклучи одреден преоден период. Иако членот 5(1) од директивата пропишува дека разликите во премиите и исплатите коишто се засноваат на полот како фактор во пресметката треба да бидат укинати најдоцна до 21 декември 2007 година, членот 5(2) дозволува некои држави-членки на ЕУ да одобрат сразмерни разлики во премиите и исплатите на поединци и тоа на неограничено време, имено кога користењето на полот е решавачки фактор во проценката на ризиците што се засноваат на релевантни и прецизни актуарски и статистички податоци. Пет години по транспонирањето на директивата во националните закони, односно на 21 декември 2012 година - државите-членки на ЕУ треба да ја ревидираат оправданоста на овие исклучоци, имајќи ги предвид најновите актуарски и статистички податоци и извештајот кој го поднесува Комисијата во период од три години по датумот за транспонирање на директивата.

Советот изразил сомнежи во поглед на тоа дали одделните ситуации на мажите и жените кои се носители на осигурителни полиси воопшто можат да се споредуваат, со оглед на тоа дека нивоата на осигуран ризик (кои се засноваат на статистика) можат да се разликуваат за мажите и за жените. СПЕУ го отфрлил овој аргумент, и навел дека директивата се заснова на премисата дека, за целите на примената на принципот на еднаков третман на мажите и на жените, одделните ситуации на мажите и жените во поглед на осигурителните премии и исплати што тие сами ги договориле се споредливи. Следствено, постои ризик членот

5(2) да дозволи отстапување со кое еднаквиот третман на мажите и жените би траел неодредено време. Таквата одредба е во спротивност со постигнувањето на целта за еднаков третман на мажите и жените. Оттука, Судот заземал став дека членот 5(2) треба да се смета за неважечки по истекувањето на соодветниот период, што во овој случај е 21 декември 2012 година.

4.3. Сексуална ориентација

(стр 106 од Прирачникот)

ЕСЧП, *Schalk and Kopf v. Austria* (бр. 30141/04), 24 јуни 2010 год.

Во 2002 година, жалителите, кои се пар од ист пол, побарале дозвола за брак од надлежните органи. Според националното право, во времето кога било поднесено барањето, брак можеле да склучат само лица од спротивен пол, па затоа барањето на жалителите било отфрлено. На 1 јануари 2010, во Австрија стапил во сила Законот за регистрирано партнерство, кој имал за цел да им обезбеди на истополовите парови формален механизам за признавање и правен ефект на нивните врски. ЕСЧП прво разгледал дали правото на брак што го имаат мажите и жените според членот 12 од Европската конвенција за човековите права (ЕКЧП) може да се примени во ситуацијата на жалителите. Иако само шест од сите држави-членки на Советот на Европа дозволуваат истополови бракови, ЕСЧП навел дека одредбата од Повелбата за основните права на Европската унија, која го гарантира правото на брак, не упатува на мажи и жени, па оттука дозволува да се изведе заклучок дека во сите околности правото на брак не смее да биде ограничено само на брак меѓу две лица од спротивниот пол. Затоа, не може да се заклучи дека членот 12 од ЕКЧП не се применува во предметот на жалителите. Во исто време, Повелбата ја остава одлуката за дозволување на истполови бракови да биде уредена со националното право на државата-членка. ЕСЧП нагласил дека националните власти се во најдобра положба да ги оценат и да реагираат на општествените потреби во оваа област, со оглед на тоа дека бракот има длабоко вкоренети општествени и културни конотации, коишто во голема мера се разликуваат од едно до друго општество. Како заклучок, членот 12 од ЕКЧП не наметнува обврска за засегнатата држава да дозволи брак за истополови парови и дека со оглед на тоа не може да се утврди прекршување на таа одредба.

Сепак, имајќи го предвид брзиот развој на општествените ставови во Европа во врска со истополовите парови во текот на изминатата деценија, за вештачко би се сметало доколку ЕСЧП остане на ставот дека тие парови не можат да уживаат „семеен живот", кој пак е заштитен со членот 8 од ЕКЧП. Врз таа основа, Судот по првпат заклучил дека врската на жалителите, истополов пар кој живее заедно во стабилно партнерство, спаѓа во концептот „семеен живот", исто како и врската на пар од спротивниот пол во истата ситуација. Со оглед на заклучокот изведен според членот 12, ЕСЧП не можел да го сподели ставот на жалителите дека обврската да се дозволи брак на истополовите парови може да се извлече од членот 14, во врска со членот 8. Она што останало да се разгледува е прашањето дали државата требала порано да им овозможи на жалителите алтернативен начин за правно признавање на нивното партнерство. И покрај новата тенденција за правно признавање на истополовите партнерства, оваа област сè уште треба да се смета како област на права во развој за кои не постои консензус, каде државите уживаат широк простор за дискрециона оценка во однос на тајмингот за воведување на законодавните промени. Австрискиот закон претставува одраз на ваквите развојни моменти и законодавецот не може да се опомене затоа што не го вовел Законот за регистрирано партнерство пред 2010 година. На крај, фактот дека Законот за регистрирано партнерство задржал одредени суштински разлики во споредба со бракот, во голема мера соодветствува на трендот во другите држави-членки коишто донесуваат слично законодавство. Освен тоа, бидејќи жалителите не навеле дека тие биле директно засегнати од ограничувањата во врска со нивните родителски права, ЕСЧП не морал детално да ги разгледува таквите разлики, со оглед на тоа дека тие се надвор од опфатот на предметот. Оттука, Судот заклучил дека не станува збор за повреда на правата на жалителите според Конвенцијата.

ЕСЧП, *P.V. v. Spain* (бр. 35159/09), 30 ноември 2010 год.

Жалителката, која е трансексуално лице од маж во жена, претходно била во брак и имала син. Во текот на бракоразводната парница, старателството врз детето ѝ било доделено на мајката, но родителската одговорност требало да ја споделат обата родители, при што било договорено таткото да има редовни контакти со детето. Две години подоцна, поранешната сопруга на жалителката побарала на таткото да му се одземе родителската одговорност и договорот за редовни контакти да се суспендира затоа што тој се подложил на операција за промена на полот. ЕСЧП забележал дека во нивните одлуки националните судови ја земале предвид емотивната нестабилност на жалителката, што било

потврдено со стручен психолошки извештај, како и ризикот таквата нестабилност да се одрази врз детето, кое имало шест години на почетокот на постапката пред националните судови, и со тоа да ја наруши неговата психолошка рамнотежа. Судовите не ја лишиле жалителката од нејзините родителски права, ниту пак од контакти со детето, како што барала мајката, туку напротив направиле нов договор за контакти на постепена основа и со редовна ревизија, и тоа во согласност со препораките од стручниот извештај. Резонирањето што го направиле судовите сугерира дека трансексуалноста на жалителката не била решавачки фактор во одлуката за измена на првичниот договор за контакти, туку дека во одлуката поголема тежина имал интересот на детето, што ги навело судовите да изберат порестриктивен договор кој би му овозможил на детето постепено да се навикне на промената на полот на таткото. ЕСЧП заклучил дека не постои прекршување на ЕКЧП.

4.5. Возраст

(стр. 112 од Прирачникот)

СПЕУ, *Ingeniøforeningen I Danmark v. Region Syddanmark* предмет C-499/08, 12 октомври 2010 год. (голем судски совет)

Овој предмет проследен до СПЕУ од данските судови се однесува на системот во Данска според кој работодавачот, кога отпушта вработено лице што зема плата, а било вработено 12, 15 или 18 години, треба да му исплати износ еднаков на една, две или три месечни плати, соодветно. Овој надомест не им се исплаќал на вработени кои по заминувањето имале право на старосна пензија од пензискиот фонд во кој биле вклучени пред да наврשат 50 години и во кој работодавачот ги исплаќал придонесите за нив. По 27 години служба во едно регионално тело, г. Андерсен бил отпуштен и судот потврдил дека тој треба да добие надомест. Регионалното тело одбило да го плати овој надомест врз основа на тоа дека како 63-годишно лице тој ја навршил возраста за заминување во пензија и се квалификувал за исплата од пензискиот фонд. Данскиот суд прашал дали ваквата практика е незаконска поради забраната за директна или индиректна дискриминација врз основа на возраста, што се содржи во Директивата 2000/78/ЕЗ на Советот, која пак ја утврдува општата рамка за еднаков третман при вработувањето и во пристапот до извршување на професија.

Во одговорот на прашањата од данскиот суд, СПЕУ навел дека Директивата 2000/78/ЕЗ на Советот забранува национално законодавство со кое еден работник кој се квалификува за старосна пензија нема право да бара отпремнина во случај кога тој се приклучил на пензиски фонд пред да наврши 50 години. Судот забележал дека работниците кои можат да бараат старосна пензија имаат поголеми тешкотии да продолжат да го остваруваат правото на работа со оглед на тоа дека не би имале право на отпремнина ако бараат ново вработување. Тој забележал дека поради тоа мерката ефективно забранува цела категорија работници да ја добијат отпремнина. Исто така, можно е работниците да биле принудени да прифатат пензија што е пониска од онаа што би ја добиле доколку останат да работат уште неколку години. Таквата практика ги прекршува легитимните интереси на работниците, а разликата во третманот на оваа категорија работници и оние кои не се квалификуваат за старосна пензија е неоправдана.

4.7. Државјанство или национално потекло

(стр. 117 од Прирачникот)

ЕСЧП, *Fawsie v. Greece and Saidoun v. Greece* (бр. 40080/07 и бр. 400083/07), 28 октомври 2010 год.

Жалителките, кои се сириски и либански државјани, биле официјално признати како политички бегалци од 90-тите години и легално престојувале во Грција. Надлежните органи го одбиле нивното барање за додатокот што се исплаќа на мајките на големи семејства, затоа што тие немале грчко државјанство или државјанство на некоја друга држава-членка на Европската унија и не биле бегалци со грчко потекло. ЕСЧП не ја оспорил желбата на грчкото законодавство да го решава демографскиот проблем на земјата. Сепак, тој упатил на фактот дека само многу сериозни причини би можеле да ја оправдаат разликата во третманот која се заснова исклучиво на државјанството и не се согласил со избраниот критериум кој генерално се заснова на поседувањето грчко државјанство или потекло, особено затоа што таквиот критериум не се применува униформно во дадениот временски период преку позитивното законодавство и во судската практика. Понатаму, според Женевската конвенција за статусот на бегалците, каде Грција се јавува како договорна страна, државите мора да овозможат ист третман за бегалците што законски престојуваат на нивна територија, во поглед

на јавната поддршка и помош, како и за своите државјани. Оттука, одбивањето на надлежните органи да доделат на жалителките додаток за големо семејство не било разумно оправдано.

ЕСЧП, *Marie Landtová v. Česká správa socialního zabezpečení* предмет C-399-09, 22 јуни 2011 год.

Г-ѓа Ландтова, чешка државјанка и жителка на таа држава, од 1964 година до 31 декември 1992 година работела на територијата на федерацијата составена од Република Чешка и Република Словачка. По распадот на таа држава, г-ѓа Ландтова прво работела на територијата на Република Словачка, а потоа на територијата на Република Чешка. Чешкиот фонд за социјално осигурување ѝ доделил делумна пензија. Износот бил утврден во согласност со Договорот за социјално осигурување меѓу Република Чешка и Република Словачка, според кој вредноста на осигурителниот период што го исполнила г-ѓа Ландтова до 31 декември 1992 година требало да се пресмета според правилата на словачкиот систем за социјално осигурување, бидејќи седиштето на нејзиниот работодавач било на територијата на Република Словачка, одредба што останала во сила преку алинеја 6 од Анекс III(А) на Регулативата 1408/71. Г-ѓа Ландтова го оспорила износот на старосната пензија, и при тоа навела дека Фондот за социјално осигурување не ги зел предвид сите осигурителни периоди што таа ги исполнила. Кога овој предмет се нашол пред Вишиот управен суд, тој сакал да потврди дали одредбите од алинеја 6 од Анекс III(А) на Регулативата 1408/71, во врска со членот 7(2)(c) од истата, забрануваат национално правило што уредува исплаќање додаток на помошта за старост кога износот на таа помош, доделен според Договорот за социјално осигурување, е понизок од оној што би се исплаќал доколку пензијата се пресметува според правилата на Република Чешка. Исто така, било покренато прашање во врска со тоа дали пресудата на Уставниот суд, кој дозволил исплата на таков додаток само за поединци со чешко државјанство што престојуваат на територијата на Република Чешка, претставува дискриминација која е забранета со членот 12 од ДЕЗ и комбинираните одредби од членот 3(1) и членот 10 од Регулативата 1408/71.

СПЕУ се произнел дека алинеја 6 од Анекс III(А) не забранува исплата на додаток да се уреди преку национално правило, бидејќи не станува збор за доделување паралелна исплата за старост од Чешка, ниту пак дека еден ист осигурителен период се пресметува двапати. Напротив, ваквото барање резултира само во елиминација на објективно утврдена разлика меѓу бенефициите што се исплаќаат од различни извори. Таквиот пристап избегнал „преклопување на

националните законодавства кои се во сила во двете држави", во согласност со целта утврдена во осмиот параграф од Преамбулата на Регулативата 1408/71, и не се коси со критериумот за распределба на надлежност утврден во Анекс III(А) на Договорот за социјално осигурување Сепак, Судот исто така решил дека пресудата на Уставниот суд, којашто дозволува исплата на додаток само на чешки државјани што престојуваат во Република Чешка, вклучувала директна и индиректна дискриминација врз основа на државјанството, како резултат на тестот за жителство, а на штета на оние кои ја користат слободата на движење. Следствено, јасно е дека таа пресуда е спротивна на членот 3(1) од Регулативата 1408/71. Во однос на практичните последици од неговата пресудата, Судот дал дополнително упатство дека правото на ЕУ, под услов да се почитуваат општите начела на правото на ЕУ, не забранува мерки за повторно воспоставување на еднаквиот третман преку намалување на бенефициите за лица кои претходно биле фаворизирани. Сепак, до усвојувањето на такви мерки, правото на ЕУ не содржи одредба според која лицата кои веќе се корисници на дополнителна социјална помош, како што е случај со г-ѓа Ландтова, треба да бидат лишени од користењето на истата.

4.8. Религија или уверување

(стр. 122 од Прирачникот)

ЕСЧП, *Savez crkava "Riječ života" and Others v. Croatia* (бр. 7798/08), 9 декември 2010 год.

Реформистичката црква која е регистрирана како верска заедница во согласност со хрватското законодавство, побарала да склучи договор со Владата за уредување на нејзините односи со државата. Без таков договор, таа не била во можност да обезбедува верско образование во државните училишта и градинки, а нејзините верски бракови не биле признати од страна на државата. Властите ги информирале жалителите дека нивната црква не ги исполнува кумулативните пропишани критериуми за склучување таков договор, особено фактот дека црквата не била присутна на хрватска територија од 1941 година и не го исполнува квота од најмалку 6.000 приврзаници. ЕСЧП се произнел дека иако ЕКЧП не наметнува обврска ефектите на верските бракови да бидат признаени на рамноправна основа со ефектите на граѓанските бракови или пак да дозволи верско образование во државните училишта и градинки, и тоа откако државата

дозволува повеќе од обврските што ги наметнува Конвенцијата и признава такви дополнителни права на верските заедници, тогаш при примената на тие права државата не може да презема дискриминаторски мерки во рамките на значењето на членот 14. Во предметот на жалителите, властите одбиле да склучат договор бидејќи црквата која се јавува како жалител не ги исполнува кумулативните историски и критериуми за квоти утврдени со националното законодавство. Сепак, Владата склучила такви договори со други верски заедници кои, исто така, не го исполнуваат критериумот за минималниот број на приврзаници, затоа што било утврдено дека тие цркви исполнувале друг критериум, односно тие биле „историски верски заедници според културата во Европа“. Владата не дала објаснување зошто црквата што се јавува како жалител не се квалификува според тој критериум. Следствено, ЕСЧП заклучил дека критериумите утврдени во националните закони не се применуваат на еднаква основа за сите верски заедници.

При разгледувањето на предметот според Протоколот 12 кон ЕКЧП, ЕСЧП забележал дека, со оглед на дискреционото право на државата при решавањето дали да склучи договор со дадена верска заедница или не, жалбените наводи во овој поглед не се однесувале на „правата што жалителите конкретно ги уживаат според националното законодавство“. Сепак, жалбата спаѓа во третата категорија специфицирана во Објаснувачкиот извештај на Протоколот 12, бидејќи се однесува на наводна дискриминација „од страна на државно тело, при остварување на дискрециони овластувања“. Со оглед на наодот за прекршување на членот 14, во врска со членот 9, ЕСЧП утврдил дека нема потреба истата жалба да се разгледува посебно според Протоколот 12.

ЕСЧП, *Milanović v. Serbia* (бр. 44614/-7), 14 декември 2010 год.

Жалителот, кој е лидер на верската заедница Харе Кришна во Србија, во повеќе наврати бил избоден во близина на својот стан. Тој ги пријавил нападите во полиција и рекол дека можни извршители се членови на екстремна десничарска група. Полицијата испрашала сведоци и неколку можни осомничени, но не успеала да идентификува ниту еден од напаѓачите, ниту пак да добие повеќе информации за екстремистичката група на која тие наводно ѝ припаѓале. Во еден полициски извештај се упатува на добропознатата верска припадност на жалителот и на неговиот „необичен изглед“. Во друг извештај се забележува дека жалителот ги обелоденил настаните при што ја „нагласувал“ својата верска припадност, велејќи дека не е исклучено жалителот сам да си ги нанел повредите.

ЕСЧП истакнал дека, каков што е случајот со расно-мотивирано малтретирање, при истражувањето насилни напади државните власти имаат дополнителна обврска да ги преземат сите разумни чекори за да откријат евентуални верски мотиви и да утврдат дали верската омраза или предрасудите имале некаква улога во настаните, дури и кога малтретирањето го прават приватни лица. Во случајот на жалителот, каде постоеле сомнежи дека напаѓачите припаѓале на некоја од десничарските организации со екстремистичка идеологија, неприфатливо е државните власти да дозволат истрагата да се одолговлекува и да трае со години, без да се преземат соодветни дејствија за идентификување и кривичен прогон на сторителите. Освен тоа, од полициското однесување и од извештаите очигледно е дека постоеле сериозни сомнежи во поглед на религијата на жалителот и веродостојноста на неговите наоди. Следствено, иако властите испитале неколку траги што ги сугерирал жалителот во врска со главните верски мотиви на напаѓачите, таквите чекори не претставуваат ништо повеќе од *pro forma* истрага.

ЕСЧП, *O'Donoghue and Others v. the United Kingdom* (бр. 34848/07), 14 декември 2010 год.

Од 2005 година, лицата кои подлежат на миграциска контрола, а кои сакале да стапат во брак во друга црква, освен Англиканската црква, мораат да побараат дозвола од државниот секретар, во форма на одобрение за кое се плаќа такса во износ од 259 фунти. Жалителот, нигериски државјанин кој побарал азил во Обединетото Кралство, сакал да стапи во брак, но не во рамките на Англиканската црква, бидејќи тој и неговата свршеница биле римски католици, а освен тоа во Северна Ирска нема Англиканска црква. Жалителите побарале одобрение и побарале да бидат ослободени од таксата поради лошата финансиска состојба, но нивното барање било одбиено. На крајот, во јули 2008 година, тие добиле одобрение откако успеале да ги соберат парите со помош од пријателите. ЕСЧП утврдил дека овој систем е дискриминаторски врз основа на религијата. Жалителите биле во релативно слична позиција како и лицата кои сакале и можеле да стапат во брак во рамките на Англиканската црква. Иако таквите лица биле слободни да стапат во брак без пречки, тужителите ниту сакале (поради нивните верски убедувања), ниту можеле (поради нивниот престој во Северна Ирска) да стапат во таков брак. Следствено, на жалителите им било дозволено да стапат во брак дури откако поднеле барање за одобрение и откако платиле такса чијшто износ е значителен. Оттука, заклучено било дека постои јасна разлика во третманот, којашто не е објективно и разумно оправдана.

4.10. Социјално потекло, раѓање и сопственост

(стр. 128 од Прирачникот)

СПЕУ, *Zoi Chatzi v. Ipourgos Ikonomikon* предмет C-149/10, 16 септември 2010 год.

Се работи за упатување до СПЕУ за прелиминарна одлука од грчките судови во поглед на Директивата 96/34/ЕЗ на Советот за Рамковниот договор за родителско отсуство (Рамковен договор) и Повелбата за основните права на Европската унија (Повелбата). Упатувањето било направено во текот на судската постапка меѓу г-ѓа Шатци, мајка на близнаци, и нејзиниот работодавач, грчкото Министерство за финансии. По раѓањето на близнаците, г-ѓа Шатци добила платено породилно отсуство во период од девет месеци, но нејзиното барање за второ отсуство било одбиено. Судот бил прашан дали одобрувањето на еден период родителско отсуство за близнаци е дискриминација врз основа на раѓање, што е спротивно на членот 21 од Повелбата. Доколку не, Судот требало дополнително на одговори дали поимот „раѓање“ според членот 2(1) од Директивата треба да се толкува на тој начин што две последователни раѓања создаваат право на два периода родителско отсуство. Доколку тоа не е така, од Судот било побарано да потврди дали родителските права треба да се даваат за едно породување, без оглед на тоа колку деца ќе се родат и дека таквото дејство нема да претставува прекршување на Повелбата.

СПЕУ одговорил дека правата од Рамковниот договор им се даваат на родители кои се во својство на работници, за да им се помогне да ги балансираат родителските и работните обврски. Ниту Рамковниот договор, ниту Повелбата не содржат право на родителско отсуство што се дозволува на детето. Следствено, одобрувањето на еден период родителско отсуство за близнаци не претставува дискриминација врз основа на раѓање. Понатаму, Судот навел дека Рамковниот договор не треба да се толкува така што се смета дека тој автоматски дозволува посебен период родителско отсуство за секое дете од едно породување. Судот потврдил дека Рамковниот договор утврдува само минимум барања и дека правилата можат да подлежат на прилагодувања во случај кога државите-членки на ЕУ дозволуваат повеќе од минимумот од три месеци родителско отсуство. Сепак, СПЕУ коментирал дека националните законодавства на државите-членки на ЕУ треба да го имаат предвид принципот на еднаков третман кога усвојуваат мерки за транспонирање на одредбите од Рамковниот договор и да гарантираат дека родителите на близнаци добиваат третман што ги зема предвид нивните потреби.

4.12. Друг статус

(стр. 130 од Прирачникот)

ЕСЧП, *Kiyutin v. Russia* (бр. 2700/10), 10 март 2011 год.

Жалителот, кој е државјанин на Узбекистан, пристигнал во Русија во 2003 година и стапил во брак со руска државјанка со која има ќерка. Сепак, неговото барање за дозвола за престој било одбиено поради тоа што тој е ХИВ-позитивен. Претходно, ЕСЧП има потврдено дека физичките попречености и разните здравствени нарушувања спаѓаат во рамките на членот 14 и дека таквиот пристап е во согласност со ставовите на меѓународната заедница. Следствено, разликата што се прави поради здравствениот статус, вклучително и ХИВ-инфекција, е опфатена со поимот „друг статус“ и во таков случај се применува членот 14, во врска со членот 8. Жалителот бил во слична ситуација со другите странски државјани кои барале дозвола за престој во Русија врз основа на семејство, но бил различно третиран поради статусот на ХИВ-позитивно лице. Просторот за дискрециона оценка на државата во оваа сфера е тесен бидејќи луѓето кои живеат со ХИВ се особено ранлива група којашто има претрпено значителна дискриминација во минатото, додека на ниво на Европа не постои консензус за изземање на оваа група од правото на престој. Иако се прифаќа дека критикуваната мерка има легитимна цел да го заштити јавното здравје, здравствените експерти и меѓународните тела се согласиле дека ограничувањето на патувањето на ХИВ-позитивните лица не може да се оправда преку упатување на грижа за јавното здравје. Иако таквите ограничувања може да бидат ефективни во случај на голем број заразни болести со краток период на инкубација, како што се колера или жолта треска, присуството на ХИВ-позитивно лице во земјата не претставува, само по себе, закана по јавното здравје. ХИВ не се пренесува општо, туку преку специфично однесување и начините за пренесување на оваа болест се исти, без оглед на должината на престојот на лицето во земјата или неговото/нејзиното државјанство. Освен тоа, не постојат ограничувања за патување врз основа на ХИВ статусот на едно лице за туристи или за посетители на кус период, ниту пак за руски државјани кои се враќаат од странство, иако нема причина да се претпостави дека тие во помала мера би се впуштиле во небезбедно однесување во споредба со населените мигранти. Понатаму, иако разликата во третманот меѓу ХИВ-позитивните населени лица за долг период и посетителите со кус престој може објективно да се оправда со ризикот дека првите можат прекумерно да го оптоварат јавно-финансираниот

здравствен систем, овој аргумент не важи за Русија, бидејќи лицата кои не се државјани немаат право на бесплатна медицинска помош, освен за итно лекување. Дополнителна грижа што Судот ја навел е сеопфатната и произволната природа на оспорената мерка. Одредбите за депортирање лица кои не се државјани откако ќе се утврди дека тие се ХИВ-позитивни не оставаат простор за индивидуална проценка во согласност со фактите од дадениот случај. Во случајот на жалителот, националните власти го одбиле неговото барање само со упатување на законските одредби, без да ја земат предвид неговата здравствена состојба или неговите семејни врски во Русија. Со оглед на горенаведеното, ЕСЧП утврдил дека жалителот бил жртва на дискриминација врз основа на здравствениот статус.

5.2. Споделен товар на докажување

(стр. 136 од Прирачникот)

СПЕУ, *Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College Dublin)* предмет C-104/10, 21 јули 2011 год.

Г. Кели се пријавил за стручен курс на Колеџот во Даблин, но неговото барање било одбиено. Г. Кели сметал дека обуката не му била дозволена поради наводна дискриминација врз основа на полот и барал увид во другите пријави, но колеџот му доставил редактирани верзии. Ирскиот суд го проследил предметот до СПЕУ во врска со Директивата 97/80/ЕЗ на Советот за товарот на докажување во предмети за дискриминација врз основа на пол, Директивата 76/207/ЕЕЗ на Советот за спроведување на принципот на еднаков третман на мажите и на жените во поглед на пристапот до вработување, стручна обука и напредувањето на работно место, и во поглед на условите на работното место (Директива за еднаков третман) и Директивата 2002/73/ЕЗ на Советот со која се менува и дополнува Директивата 76/207/ЕЕЗ на Советот. Ирските судови прашале: (1) дали г. Кели има право на увид во целосните верзии на документите, за да утврди *prima facie* предмет според одредбите од Директивите 76/207/ЕЕЗ 36, 97/80/ЕЗ 37 и 2002/73/ЕЗ 38 на Советот, и (2) дали тоа право е под влијание на националните закони или правото на ЕУ кои се однесуваат на доверливост на документи.

СПЕУ навел дека ниту Директивата за товарот на докажување во предмети за дискриминација врз основа на полот, ниту Директивата за еднаков третман не даваат општо право на кандидатите за стручна обука да имаат пристап до информациите за квалификациите на другите кандидати, поради сомнеж за дискриминација, и дека овозможувањето таков пристап и увид во документи подлежи на правилата на ЕУ за доверливост на личните податоци. Сепак, останува на националниот суд да реши дали целта на Директивата 97/80/ЕЗ на Советот налага обелоденување на тие факти во индивидуални случаи.

5.3. Улогата на статистичките и другите податоци

(стр. 141 од Прирачникот)

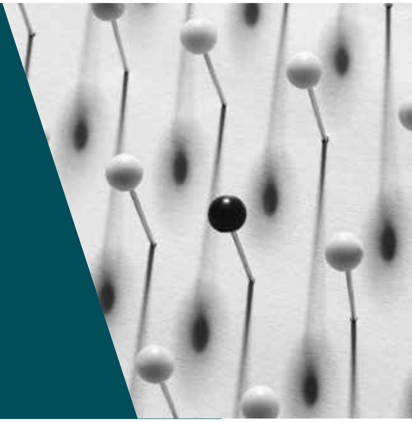
СПЕУ, *Waltraud Brachner v. Pensionsversicherungsanstalt* предмет C-123-10, 20 октомври 2011 год.

Барањето за прелиминарна одлука проследено од австриските судови се однесува на прашањето на дискриминација во рамките на државен пензиски фонд во светло на членот 4(1) од Директивата 79/7/ЕЕЗ на Советот од 19 декември 1978 година за постепено спроведување на принципот на еднаков третман на мажите и на жените во однос на социјалното осигурување Овој систем се заснова на примената на специјално еднократно покачување на социјалните бенефиции со цел да ја одржи куповната моќ на корисниците на пензија во Австрија. Покачувањето било доделено на сите корисници, освен на оние чиишто приходи го надминуваат утврденото минимално ниво. Сепак, покачувањето не се доделувало ако пензионерот живее со сопружник и ако нивниот комбиниран приход го надминува минималното ниво. Упатеното прашање се однесува на судската постапка меѓу г-ѓа Брахнер, која немала право да ја добие дополнителната исплата, затоа што нејзината пензија заедно со приходите на нејзиниот сопружник го надминува минималното ниво, и австрискиот пензиски фонд.

СПЕУ заклучил дека системот за кој станува збор не претставува директна дискриминација бидејќи тој еднакво се применува за сите пензионери, без оглед на полот. Сепак, имајќи ги предвид статистичките податоци изнесени пред судот што го проследил предметот, сразмерно повеќето пензионери кои

добиваат минимално ниво на пензија се жени (57% жени за разлика од 25% мажи), бидејќи станува збор за систем што се базира на исплатени придонеси, а жените во Австрија работат помалку години од мажите. Ваквата практика довела до ситуација каде 82% од жените со минимален приход не го добиле покачувањето поради правилото за комбиниран приход, за разлика од само 58% од мажите. Оттука, судот што го упатил предметот оправдано заземал став дека националните системи кои довеле до исклучување од вонредното покачување на пензијата на значително поголем број жени во пензија одошто мажи во пензија, е забранет затоа што подразбира индиректна дискриминација против жените.

Индекс на предмети



Судската практика на Судот на правдата на Европската унија

Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v. Conseil des ministres,
предмет C-236/09, 1 март 2011 (голем судски совет) 187

Dita Danosa v. LKB Līzings SIA,
предмет C-232/09, 11 ноември 2010 186

Gerhard Fuchs and Peter Köhler v. Land Hessen,
споени предмети C-159/10 и C-160/10, 21 јули 2011 178

Gisela Rosenbladt v. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH,
предмет C-45/09, 12 октомври 2010 (голем судски совет) 176

Ingeniørforeningen i Danmark v. Region Syddanmark,
предмет C-499/08, 12 октомври 2010 (голем судски совет) 190

Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg,
предмет C-147/08, 10 мај 2011 (голем судски совет) 172

Marc Michel Josemans v. Burgemeester van Maastricht,
предмет C-137/09, 16 декември 2010 15

Marie Landtová v. ČeskáÁ správa socialního zabezpečení,
предмет C-399/09, 22 јуни 2011 192

Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin),
предмет C-104/10, 21 јули 2011 198

Pedro Manuel Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA, предмет C-104/09, 30 септември 2010 174

Pensionsversicherungsanstalt v. Christine Kleist, предмет C-356/09, 18 ноември 2010 173

Reinhard Prigge and Others v. Deutsche Lufthansa AG, предмет C-447/09, 13 септември 2011 (голем судски совет) 178

Rijksdienst voor Pensioenen v. Elisabeth Brouwer, предмет C-577/08, 29 јули 2010........ 185

Vasil Ivanov Georgiev v. Tehnicheski universitet – Sofia, filial Plovdiv, споени предмети C-250/09 и C-268/09, 18 ноември 2010........ 177

Waltraud Brachner v. Pensionsversicherungsanstalt, предмет C-123/10, 20 октомври 2011 199

Zoi Chatzi v. Ipourgos Ikonomikon, предмет C-149/10, 16 септември 2010 196

Судска практика на Европскиот суд за човековите права

Andrle vs. the Czech Republic (No. 6268/08), 17 February 2011........ 184

Bah vs. the United Kingdom (No. 56328/07), 27 September 2011 182

Fawsie vs. Greece (No. 40080/07), 28 October 2010........ 191

Graziani-Weiss vs. Austria (No. 31950/06), 18 October 2011 170

Kiyutin vs. Russia (No. 2700/10), 10 March 2011........ 197

Laduna vs. Slovakia (No. 31827/02), 13 December 2011 171

Milanović vs. Serbia (No. 44614/07), 14 December 2010........ 194

O'Donoghue and Others vs. the United Kingdom (No. 34848/07), 14 December 2010 195

P. vs. Spain (No. 35159/09), 30 November 2010........ 189

Ponomarovi vs. Bulgaria (No. 5335/05), 21 June 2011 180

Saidoun vs. Greece (No. 40083/07), 28 October 201........ 192

Savez crkava "Riječ života" and Others vs. Croatia (No. 7798/08), 9 December 2010 193

Schalk and Kopf vs. Austria (No. 30141/04), 24 June 2010 188

Şerife Yiğit vs. Turkey [GC] (No. 3976/05), 2 November 2010 183

Stummer vs. Austria [GC] (No. 37452/02), 7 July 2011 181

Valkov and Others vs. Bulgaria (Nos. 2033/04 and others), 25 October 2011 171

Фондација Отворено општество - Македонија

Прирачник за европското право за недискриминација

Повеќе информации за Агенцијата за фундаменталните права на Европската унија (АФП) се достапни на интернет страницата на Агенцијата: fra.europe.eu

Повеќе информации за судската практика на Европскиот суд за човековите права (ЕСЧП) се достапни на интернет страницата на Судот: <echr.coe.int>. Порталот за пребарување HUDOC овозможува пристап до пресудите и одлуките на англиски и/или француски јазик, преводи на други јазици, месечен билтен со информации за судската практика, соопштенија за медиумите и други информации за работата на Судот.

Како да ги добиете публикациите од Европската унија

Бесплатни публикации:

- преку Книжарницата на ЕУ (http://bookshop.europa.eu);
- во претставништвата или делегациите на Европската унија. Нивните контакт информации можете да ги добиете на Интернет (http://ec.europa.eu) или преку факс на +352 2929-42758.

Публикации што се наплаќаат:

- преку Книжарницата на ЕУ (http://bookshop.europa.eu);

Преку претплата за публикации (пр. годишни изданија на *Службен весник на Европската унија* и извештаи од предмети покренати пред Судот на правдата на Европската унија):

- преку еден од комерцијалните агенти во Канцеларијата за публикации на Европската унија (http://publications.europa.eu/others/agents/index_en.htm).

Како да ги добиете публикациите од Советот на Европа

Издавачката служба на Советот на Европа работи во сите релевантни области на организацијата, вклучувајќи човекови права, правна наука, здравство, етика, социјални работи, животна средина, образование, култура, спорт, млади и архитектонско наследство. Книги и електронски публикации од обемниот каталог може да се нарачаат онлајн (http://book.coe.int/).

Виртуелната читална им овозможува на корисниците бесплатно да консултираат извадоци од штотуку објавените дела или целосни текстови на одредени официјални документи.

Информации за, како и целосниот текст од Конвенциите на Советот на Европа се достапни на веб-страната на Канцеларијата за Договорите (Treaty Office) на Советот на Европа: http://conventions.coe.int/.

10.2811/11978 TK-30-11-003-EN-C

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Европското право за недискриминација, кое го сочинуваат директивите на ЕУ за недискриминација и членот 14 од и Протоколот 12 кон Европската конвенција за човековите права, забрануваат дискриминација во низа контексти и по низа основи. Овој Прирачник го разгледува европското право за недискриминација коешто потекнува од овие два извора на право, како комплементарни системи, и наизменично се повикува на нив до степенот до кој тие се преклопуваат, и ги нагласува разликите, онаму каде што постојат. Со оглед на импресивниот обем на судската практика во областа на недискриминацијата создадена од страна на Европскиот суд за човековите права и Судот на правдата на Европската унија, се чинеше корисно, на достапен начин, да се презентира прирачник со компактен диск наменет за правните практичари во државите-членки на ЕУ и на Советот на Европа и пошироко, односно за судиите, обвинителите и адвокатите, како и за службените лица на органите задолжени за спроведување на законите.

АГЕНЦИЈА ЗА ФУНДАМЕНТАЛНИТЕ ПРАВА НА ЕВРОПСКАТА УНИЈА
EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS
Schwarzenbergplatz 11 - 1040 Vienna - Austria
Tel. +43 (1) 580 30-60 - Fax +43 (1) 580 30-693
fra.europa.eu - info@fra.europa.eu

ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА СОВЕТ НА ЕВРОПА
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS COUNCIL OF EUROPE
67075 Strasbourg Cedex - France
Tel. +33 (0) 3 88 41 20 18 - Fax +33 (0) 3 88 41 27 30
echr.coe.int - publishing@echr.coe.int

© Агенцијата за фундаменталните права на Европската унија, 2010.
Совет на Европа, 2010.

Publications Office

ISBN 978-92-871-9995-9
ISBN 978-92-9192-667-1