

Пресуди во врска со дискриминација од судската  
пракса на Европскиот суд за човекови права и  
Судот на правдата на Европска унија

**Публикација:** Пресуди во врска со дискриминација од судската пракса на Европскиот суд за човекови права и Судот на правдата на Европска унија

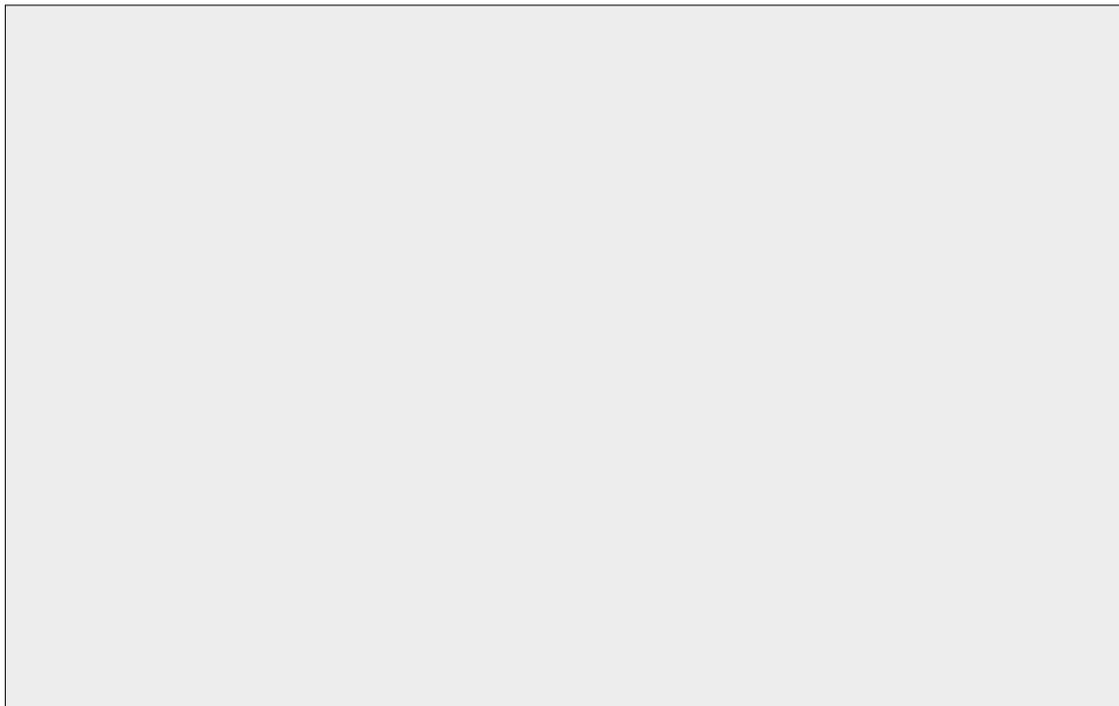
**Подготвил:** Д-р Жанета Попоска

**Превод:** Даниела Брајковска  
Силвана Стојанова

**Лектура:** Елена Георгиевска

**Дизајн, уредување и печат:** Скен поинт, Скопје

**Тираж:** 500 примероци

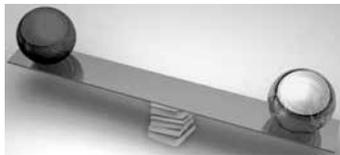


**Поддржано од:**



**Содржината на ова издание не секогаш ги одразува погледите или ставовите на Мисијата на ОБСЕ во Скопје.**

АКАДЕМИЈА ЗА СУДИИ И ЈАВНИ ОБВИНИТЕЛИ



ПРЕСУДИ ВО ВРСКА СО  
ДИСКРИМИНАЦИЈА ОД  
СУДСКАТА ПРАКСА НА  
ЕВРОПСКИОТ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ  
ПРАВА И СУДОТ НА ПРАВДАТА  
НА ЕВРОПСКА УНИЈА

Скопје, 2013



## Предговор

Согласно меѓународното право за права на човекот, посебно од аспект на недискриминација, еднаквост и толеранција, спречувањето и заштитата од дискриминација се центарот, фокусот и темелот на кој се надоградува целината. Самата ООН Универзална декларација за човековите права, која е прв и основен документ во ова поле, ја поставува потребата од еднаквост како суштински предуслов за ползување на човековите права – тие ни припаѓаат на секој од нас, без разлика на нашите различности.

Во 2011 година, државата ја основа Комисијата за заштита од дискриминација, како национален авторитет за промоција на еднаквоста и човековите права, како и за заштита од дискриминација. Со тоа, освен што се исполнија обврските кои државата ги превзема со потпишување и ратификување на релевантните меѓународни договори, најбитно, се воспостави функционален механизам на национално ниво за борба против дискриминацијата.

Иако неполни три години поминаа од формирањето на Комисијата, нашите резултати се забележителни. Постојано се зголемува бројот на претставки за заштита од дискриминација. Иако, се организираа голем број на активности за спречување на дискриминацијата, но и голем број на надминати предизвици, Комисијата е свесна дека вистинската работа е пред нас. Предизвикот кој судската заштита од дискриминација го носи со себе е голем. Единствено преку воспоставување на систем на соработка помеѓу Комисијата, Академијата за судии и јавни обвинители и судовите ќе можеме да се доближиме до вистинската и суштинска еднаквост. На идентичен начин како што е поставена и соработката на националните судови со Европскиот суд за човекови права. Како што впрочем и рече, г-дин Браца, Претседател на Европскиот суд за човекови права, во неговото обраќање од јануари оваа година: „Националните судови, при примената на Конвенцијата можат да влијаат на еволуција на начинот на кој Европскиот суд истата ја интерпретира. Во потрага по ваков дијалог, ние имаме редовни состаноци со националните врховни судови [како највисока национална судска инстанца] ...“. Токму затоа, Комисијата го цени партнерството и соработката која ја има со Академијата за обука на судии и јавни обвинители, како и согледувањето, од двете страни, на потребата од нејзино продлабочување.

Оваа публикација, со одбрани случаи на дискриминација од практиката на Европскиот суд за човекови права и Судот на правдата на Европската унија, е есенцијална алатка која ќе им служи на македонските судии, на самата Комисија за заштита од дискриминација, на сите адвокати и практикувачи на правото, студенти, но и на самите жртви од дискриминација. Иако сочинува само еден дел од случаите поднесени до овие две судски инстанции, и се фокусира исклучиво на случаите на дискриминација, публикацијата има за задача да ги претстави насоките во кои се движи меѓународното поимање на дискриминацијата и како судовите постапуваат кога треба да ја заштитат жртвата од дискриминација.

\* \* \*

Пишувајќи го овој Предговор, во исчекување сме и на исход од првиот судски случај покренат со тужба за заштита од дискриминација и убедени сме во позитивен исход од истиот. Комисијата, во него зема активна улога, а во иднина ќе продолжи активно да ги штити жртвите од дискриминација и во секој друг судски случај. Се надеваме дека во блиска иднина и нашето судство ќе створи сопствена пракса за постапување во случаи на дискриминација, а со тоа ќе се зајакне судската заштитата на жртвите од дискриминација, но и ќе се подигне нивото на свест за овој проблем. Единствено со соодветна судска заштита можеме ефективно да се бориме против дискриминацијата.

Комисија за заштита од дискриминација  
П р е т с е д а т е л,  
Душко Миновски



## Вовед

Изминаа повеќе од 60 години од донесувањето на Европската конвенција за човекови права која ги постави основите на фундаменталните права во Европа, а воедно и основите на Европскиот суд за човекови права со цел да осигура дека државите-членки ги почитуваат своите обврски во поглед на гарантирање на правата заштитени со Конвенцијата како единствен и моќен инструмент за унапредување на цивилизациските вредности и демократскиот прогрес.

Уште повеќе, содржината и целта на одредбите од Конвенцијата „живеат“ преку праксата на Европскиот суд за човекови права, поставувајќи правила и стандарди на однесување преку своите референтни одлуки. За таа цел, Академијата за судии и јавни обвинители, од почетокот на своето постоење воспостави и сеуште одржува плодна соработка и со Советот на Европа и со Европскиот суд за човекови права. Следејќи ги потребите на домашните судии и јавни обвинители, Академијата континуирано се грижи и за соодветно доближување на праксата на Судот преку изработка и дистрибуција на збирка на релевантни одлуки до нив, како крајни корисници. Со ваквите збирки Академијата им помага на домашните судии директно да ги применуваат и во своите одлуки да се повикуваат на членовите од Европската конвенција за човекови права, притоа овозможувајќи им да ја разберат правната логика и заштитените права гарантирани со неа.

Со ратификувањето на Конвенцијата, како и секоја демократија, државата има должност да обезбеди почитување и заштита на човековите слободи и права врз начелата на нивната еднаквост и комплементарност.

Иако, се уште не сме полноправна членка на Европската унија, нашиот пат е одамна трасиран, а нашите аспирации за приклучување кон ова Европско семејство налага и доследно почитување на правото на Унијата, како и хармонизација на домашната легислатива. Во тој контекст, сметам дека од особена важност е што оваа публикација, покрај релевантната судска пракса на Европскиот суд за човекови права, ја вклучува и праксата на Судот на правдата на Европската унија, којшто е највисока судска инстанца во рамки на Унијата. Иако актуелното име го добива со Лисабонскиот договор од 2009 година, истиот е основан во 1952 година како резултат на Парискиот договор, а со цел да води грижа и контрола на усогласеноста на националните законодавства со правото на Унијата.

Поради тоа го поздравувам ваквиот концепт на публикација, со надеж дека истиот ќе стане пример за многу стручни трудови, водичи и публикации помагајќи им на сите оние кои учествуваат во креирање и спроведување на домашното право подготвени на едно завидно ниво на компетентност да ги применуваат европските стандарди и вредности и пред нашиот формален влез во Европската унија.

Од особено значење е и формирањето на Комисијата за заштита од дискриминација пред повеќе од две години бидејќи развивањето на конзистентен систем на заштита и спречување од дискриминација, како и доследна примена на концептот на еднаквост како една од основните уставни вредности ја демонстрира определбата и капацитетот на државата за доследно почитување на човековите слободи и права. Со цел активно да се вклучи и да даде свој придонес во борбата против дискриминација, Академијата за судии и јавни обвинители уште на самиот почеток потпиша Меморандум за соработка со Комисијата, кој резултираше со реализација на повеќе активности во изминатите две години, јакнејќи ги истовремено и капацитетите на домашните судии, но и на членовите на Комисијата за заштита од дискриминација.

Затоа, искрено се надевам дека оваа збирка на одлуки ќе биде исклучителна практична алатка во ефикасното спроведување на домашната легислатива и дека на сите практичари ќе им помогне во подобра заштита на ова фундаментално човеково право преку препознавање на различните форми на дискриминација присутни во секојдневниот живот на нашите сограѓани.

Академија за судии и јавни обвинители  
Д и р е к т о р,  
Анета Арнаутовска



# Дискриминација врз основ на раса и етничка припадност





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

ГОЛЕМ СУДСКИ СОВЕТ

**СЛУЧАЈ Д.Х. И ДРУГИ против РЕПУБЛИКА ЧЕШКА**  
**(CASE OF D.H. AND OTHERS v. THE CZECH REPUBLIC)**  
*(Жалба бр. 57325/00)*

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

13 ноември 2007 г.

**Во случајот на Д.Х. и други против Република Чешка**  
**(D.H. and Others v. the Czech Republic),**

Европскиот суд за човекови права, (Втор оддел), заседавајќи во  
Големиот судски совет во состав:

Nicolas Bratza, *Претседател*,  
Boštjan M. Zupancic,  
Rıza Türmen,  
Karel Jungwiert,  
Josep Casadevall,  
Margarita Tsatsa-Nikolovska,  
Kristaq Traja,  
Vladimiro Zagrebelsky,  
Elisabeth Steiner,  
Javier Borrego Borrego,  
Alvina Gyulumyan,  
Khanlar Hajiyev,  
Dean Spielmann  
Sverre Erik Jebens,  
Ján Šikuta,  
Ineta Ziemele,  
Mark Villiger, *судии*,  
и Michael O'Boyle, *Заменик секретар*,

Расправајќи на затворена седница на 17 јануари и 19 септември 2007 г.,  
Ја донесе следнава пресуда, усвоена на последниот од погоре наведените датуми:

## ПОСТАПКА

1. Случајот беше покренат со жалба (бр. 57325/00) против Република Чешка поднесена до Судот на 18 април 2000 г., според членот 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основни слободи („Конвенцијата“) од страна на осумнаесет чешки државјани („жалителите“), чии податоци се дадени во Прилогот кон оваа пресуда.

2. Жалителите пред Судот беа застапувани од Европскиот центар за правата на Ромите (European Roma Rights Centre), Лорд Лестер на Херн Хил (Lord Lester of Herne Hill, QC,), г-дин J. Goldston, адвокат од адвокатската комора на Њујорк (Mr J. Goldston, of the New York Bar), и г-дин D. Strupek, адвокат од Република Чешка. Чешката Влада („Владата“) беше застапувана од нејзиниот Агент, г-дин V.A. Schorm.

3. Жалителите, меѓу другото, изнесуваат наводи дека се дискриминирани во уживањето на нивното право на образование, а врз основа на нивната раса или етничко потекло.

4. Жалбата беше доделена на Вториот оддел на Судот (Правило 52, ст. 1 од Правилникот на Судот). Во рамките на тој Оддел, Судскиот совет кој решаваше по случајот (член 27, ст. 1 од Конвенцијата) беше составен како што е предвидено со Правилото 26, ст. 1.

5. Со одлука од 1 мај 2005 г., по расправата за допуштеноста и правната заснованост (Правило 54, ст. 3), Судскиот совет ја прогласи жалбата за делумно допуштена.

6. На 7 февруари 2006 г., Судски совет од тој Оддел во состав Jean-Paul Costa, Претседател, András Baka, Ireneu Cabral Barreto, Karel Jungwiert, Volodymyr Butkevych, Antonella Mularoni и Danutė Jočienė, судии, и Sally Dollé, Секретар на Одделот, донесе пресуда со која со шест гласа за и еден глас против одлучи дека нема повреда на членот 14 од Конвенција, во врска со членот 2 од Протоколот бр. 1.

7. На 5 мај 2006 г., жалителите поднесоа барање нивниот случај да биде упатен до Големиот судски совет во согласност со членот 43 од Конвенцијата. На 3 јули 2006 г., комисија на Големиот судски совет го одобри барањето.

8. Составот на Големиот судски совет беше определен во согласност со одредбите од членот 27, став 2 и ст. 3 од Конвенцијата и Правилото 24. На конечната расправа за составот, Kristaq Traja и Josep Casadevall, судии заменици, ги заменија Christos Rozakis и Peer Lorenzen, кои не можеа да учествуваат во натамошната постапка во случајот (Правило 24, став 3).

9. Жалителите и Владата доставија поднесоци за правната заснованост. Покрај тоа, од повеќе невладини организации беа добиени коментари како од трети страни, имено од International Step by Step Association (Меѓународно здружение - Чекор по чекор), Roma Education Fund (Фонд за образование на Ромите) и European Early Childhood Education Research Association (Европско здружение за истражување на образованието во раното детство); Interights и Human Rights Watch; Minority Rights Group International (Меѓународна организација за малцински права), the European Network Against Racism (Европската мрежа против расизам) и European Roma Information Office (Европски информативен центар за Ромите); и International Federation for Human Rights (Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme – FIDH) (Меѓународна федерација за човекови права). Претседателот на

секоја од овие организации им даде дозвола да достават поднесоци во фазата на постапката која се одвиваше на писмено (член 36, став 2 од Конвенцијата и Правило 44, став 2). Владата одговори на таквите коментари (Правило 44, став 5).

10. Се одржа јавна расправа во зградата на Судот за човекови права, во Стразбур, на 17 јануари 2007 г. (Правило 59, став 3).

Пред Судот настапија:

(а) За Владата

г-дин V.A. SCHORM,  
Г-ѓа M. KOPSOVÁ,  
г-ѓа Z. KAPROVÁ,  
г-ѓа J. ZAPLETALOVÁ,  
г-ѓа R. BARINKA,  
Г-дин P. KONŮPKA,

*Агент,*

*Советници,*

(б) *за жалителите*

Lord LESTER OF HERNE HILL, QC,  
Г-дин J. GOLDSTON,  
г-дин D. STRUPEK,

*Советници,*

Судот ги сослуша обраќањата на Lord Lester of Herne Hill, г-дин Goldston и г-дин Strupek, и г-дин Schorm.

## ФАКТИТЕ

### *I. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАЈОТ*

11. Податоците за имињата на жалителите и нивното место на живеење се дадени во Прилогот.

#### **A. Историјат на случајот**

12. Според документите достапни на интернет страницата на Одделот за Роми и номади на Советот на Европа, Ромите потекнуваат од региони лоцирани меѓу северозападна Индија и иранската висорамнина. Првите записи од нивното пристигнување во Европа датираат од четиринаесеттиот век. Денес има околу осум до десет милиони Роми кои живеат во Европа. Тие се застапени во скоро сите држави - членки на Советот на Европа и во одредени централно и источно европски држави тие претставуваат преку 5% од населението. Мнозинството од нив зборуваат ромски, индо-европски јазик кој го разбираат многу голем број на Роми во Европа и покрај многуте негови алтернативи. Воопштено, Ромите исто така го зборуваат јазикот кој доминира во регионот каде живеат, а понекогаш познаваат и неколку јазици.

13. Иако се во Европа од четиринаесеттиот век, често мнозинството во општеството нив не ги признава како полноправен европски народ и во текот на нивната историја тие страдаат од одбивање и прогонување. Ова кулминира со обидите за нивно истребување од страна на

нацистите, кои ги сметале за пониска раса. Како резултат од вековно одбивање, денес многу ромски заедници живеат во многу тешки услови, често на работ на општеството, во земјите каде се населиле, а нивното учество во јавниот живот е особено ограничено.

14. Во Република Чешка Ромите имаат статус на национално малцинство и следствено уживаат посебни права својствени на таквиот статус. Комисијата за национални малцинства на Владата на Република Чешка, владино консултативно тело без извршни овластувања, е одговорна за одбрана на интересите на националните малцинства, вклучително и на Ромите.

Што се однесува до бројот на Ромите кои моментно живеат во Република Чешка, има разлика меѓу официјалните статистички податоци засновани на пописите и проценетата бројка на Роми. Според проценките, кои се достапни на интернет страницата на Комисијата за малцинствата на Владата на Република Чешка, ромската заедница денес брои меѓу 150.000 и 300.000 припадници.

## Б. Специјални училишта

15. Според информациите кои ги поднесе чешката Влада, специјалните училишта (*zvláštní školy*) биле основани по првата Светска војна за децата со посебни потреби, вклучително и за децата кои страдаат од ментален или социјален хендикеп. Бројот на децата во ваквите училишта континуирано расте (од 23.000 ученици во 1960 г. на 59.301 во 1988 г.). Поради барањата кои треба да се исполнат за упис во основните училишта (*základní školy*) и процесот на селекција, во периодот пред 1989 г., најголем дел од децата-Роми посетувале настава во специјалните училишта.

16. Според условите предвидени во Законот за училишта (Закон број 29/1984), законскиот акт применлив во предметниот случај, специјалните училишта се категорија на специјализирани училишта (*speciální školy*) и се наменети за деца со ментални недостатоци, кои не можат да посетуваат „редовни“ или специјализирани основни училишта. Според Законот, одлуката детето да се запише во специјално училиште ја носи директорот, врз основа на резултатите од тестови со кои се мери интелектуалниот капацитет на детето, а кои се спроведуваат во образовно-психолошки центри, а одлуката зависи и од давањето согласност за истата од страна на законскиот старател на детето.

17. По преминот кон пазарна економија во 90-те години, извршени се одредени измени во системот на специјални училишта во Република Чешка. Овие измени исто така влијаат врз образованието на учениците Роми. Во 1995 г., Министерството за образование донело упатство во врска со дополнителна настава за ученици кои го завршиле задолжителното образование во специјалните училишта. Од учебната година 1996/97, во градинките, основните и во специјалните училишта отворени се подготвителни паралелки за деца од посиромашните слоеви. Во 1998 г., Министерството за образование одобрило алтернативна наставна програма за деца од ромско потекло кои биле запишани во специјални училишта. Во основните и специјалните училишта исто така биле распределени помошници на наставниците- Роми за да им помогнат да наставниците и да ја олеснат комуникацијата со семејствата. Според амандманот бр. 19/2000 на Законот за училишта, кој стапил во сила на 18 февруари 2000 г., учениците кои го завршиле задолжителното образование во специјално училиште биле исто така квалификувани за упис во средните училишта под услов да ги

исполнуваат условите за упис во избраната насока.

18. Според податоците поднесени од жалителите, собрани преку прашалници пратени во 1999 г. до директорите на 8 специјални училишта и 69 основни училишта во градот Острава (Ostrava), вкупниот број на ученици запишани во специјалните училишта во Острава изнесувал 1.360, од кои 762 (56%) биле Роми. Исто така, Ромите преставуваат само 2,26% од вкупниот број од 33.372 ученици во основните училишта во Острава. Натаму, иако само 1,8% од ученици кои не се Роми биле запишани во специјални училишта, во Острава уделот на учениците Ромите упатени во такви училишта изнесувал 50,3%. Следствено, децата Роми во Острава имаат 27 пати поголема веројатност да бидат упатени во специјални училишта отколку децата кои не се Роми.

Според податоците од Европскиот центар за мониторинг на расизам и ксенофобија (European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia) (сега Агенција за основни права на Европската Унија - European Union Agency for Fundamental Rights) повеќе од половина деца Роми во Република Чешка посетуваат специјални училишта.

Советодавниот комитет за Рамковната конвенција за заштитата на националните малцинства во неговиот извештај од 26 октомври 2005 г., истакнува дека според неофицијалните проценки, Ромите преставуваат и до 70% од учениците запишани во специјалните училишта.

На крајот, споредба на податоците за петнаесет земји, вклучително и земји од Европа, Азија и Северна Америка, прибрани од Организацијата за економска соработка и развој (ОЕЦД) во 1999 г., и наведени во поднесокот од (Меѓународното здружение - Чекор по чекор) International Step by Step Association, (Фондот за образование на Ромите) Roma Education Fund и (Европското здружение за истражување на образованието во раното детство) European Early Childhood Education Research Association<sup>1</sup>, покажува дека Република Чешка е рангиран втора според бројот на деца со психолошка попреченост во специјални училишта и трето-рангирана на списокот на земји кои ги сместуваат децата со тешкотии во учењето во такви училишта. Натаму, од осум земји кои поднеле податоци за наставата за деца чии проблеми произлегуваат од социјалните фактори, Република Чешка е единствената која користи специјални училишта; останатите засегнати земји скоро целосно ги користат редовните училишта за образование на таквите деца.

## **В. Фактите во предметниот случај**

19. Во периодот меѓу 1996 и 1999 г., жалителите биле запишани во специјални училишта во Острава или директно или по краток период поминат во редовно основно училиште.

20. Материјалот изнесен пред Судот покажува дека родителите на жалителите дале согласност и во одредени случаи експлицитно барале нивните деца да бидат запишани во специјални училишта. Согласноста е дадена со потпишување на однапред пополнет формулар. Во случајот на жалителите бр. 12 и бр. 16, датумите на формуларите се подоцнежни отколку датумите на одлуката за упатување во специјални училишта. Во двата

1. P. Evans (2004), (Образование на ученици со специјални потреби: Споредба на практиките за вклученост во ОЕЦД земјите) "Educating students with special needs: A comparison of inclusion practices in OECD countries", Education Canada 44 (1): 32-35.

случаи, датумот е со рака коригиран, а до еден од датумите има белешка од наставникот дека станува збор за печатна грешка.

Одлуките за упис биле донесени од директорите на засегнатите специјални училишта, врз основа на препораките на образовно - психолошките центри, каде жалителите полагале психолошки тестови. Училишните досиеја на жалителите ги содржат извештајот од нивното испитување, вклучително и резултатите од тестовите, како и коментарите на испитувачите, цртежите на децата и во одреден број на случаи и прашалник за родителите.

Писмената одлука во врска со уписот била испратена до родителите на децата. Во неа има и поука за правото на жалба, право кое ниту еден од родителите не го искористил.

21. На 29 јуни 1999 г., жалителите добиле писмо од училишните органи со кое ги информираат за достапните можности за преминување од специјално во редовно училиште. Се чини дека четири од жалителите (бр. 5, 6, 11 и 16 од Прилогот) успешно ги положиле квалификационите тестови и потоа посетувале настава во редовните училишта.

22. Во постапките за ревизија и жалба опишани подолу, жалителите биле застапувани од адвокат кој дејствувал врз основа на потпишано полномошно од родителите.

#### *1. Барање за повторно разгледување на случајот вон формалната жалбена постапка*

23. На 15 јуни 1999 г., сите жалители, освен жалителите бр. 1, 2, 10 и 12 од Прилогот, побарале од Образовниот орган на Острава (*Školský úřad*), вон формалната жалбена постапка (*přezkoumání mimo odvolací řízení*) да ги ревидира административните одлуки за нивно запишување во специјални училишта. Тие го изнесуваат аргументот дека нивниот интелектуален капацитет не бил веродостојно тестиран и дека нивните претставници не биле соодветно информирани за последиците од давањето согласност за ниво запишување во специјални училишта. Тие затоа побарале од Образовниот орган на Острава да ги укине спорните одлуки, кои тие сметаат не се во согласност со законските барања и го повредуваат нивното право на образование без дискриминација.

24. На 10 септември 1999 г., Образовниот орган ги информирал жалителите дека со оглед на тоа што оспорените одлуки биле во согласност со законодавството, во нивниот случај не се исполнети условите за покренување постапка вон жалбената постапка.

#### *2. Уставна жалба*

25. На 15 јуни 1999 г., жалителите бр. 1 до 12 од Прилогот поднеле уставна жалба, во која тие, меѓу другото, се жалат на де факто дискриминација во општото функционирање на системот на специјално образование. Во врска со тоа, тие, меѓу другото, се повикуваат на членовите 3 и 14 од Конвенцијата и на членот 2 од Протоколот бр. 1. Иако прифаќаат дека не поднеле жалба против одлуките за нивно запишување во специјални училишта, тие ги изнесуваат наводите дека не биле доволно информирани за последиците од запишувањето во специјални училишта и ги изнесуваат аргументите (во однос на прашањето на исцрпување на лековите) дека нивниот случај се однесува на континуирани повреди и прашања кои ги надминуваат нивните лични интереси.

Во однос на основите на жалбата, жалителите објасниле дека биле запишани во специјални училишта во рамките на практика која е воспоставена за да се спроведат релевантните законски правила. Според нивните тврдења таквата практика резултирала во де факто расна сегрегација и дискриминација кои се одразуваат во постеењето на два посебно организирани образовни системи за припадниците на различни расни групи, имено, специјални училишта за Ромите и „редовни“ основни училишта за мнозинството на населението. Таквата разлика во постапувањето не се заснова на какво било објективно и разумно оправдување, потоа претставува понижувачко постапување и следствено ги лишува од правото на образование (со оглед на тоа што наставната програма во специјалните училишта е на пониско ниво и учениците од специјалните училишта не можеле да се вратат во редовните основни училишта или да се стекнат со средно образование, освен во центрите за стручно образование). Изнесувајќи го аргументот дека добиле несоодветно образование и им било повредено достоинството, жалителите побарале од Уставниот суд (*Ústavní soud*) да утврди повреда на нивните права, потоа да ги укине одлуките со кои се запишани во специјални училишта, да им нареди на обвинетите (засегнатите специјални училишта, Органот за образование на Острава и Министерството за образование) да се воздржат од натамошни повреди на нивните права и повторно да ја воспостават *status quo ante* ситуацијата обезбедувајќи им дополнителна настава.

26. Во писмените поднесоци до Уставниот суд, засегнатите специјални училишта истакнале дека сите жалители биле запишани врз основа на препорака од образовно - психолошките центри и со согласност од нивните претставници. Натаму, иако биле известени за релевантните одлуки, ниту еден од претставниците не одлучил да поднесе жалба. Според училиштата, претставниците на жалителите биле информирани за разликите меѓу наставната програма во специјалните училишта и во редовните училишта. Биле одржувани редовни средби на наставниот кадар за да се оценат учениците (во целите на нивно можно преминување во редовните основни училишта). Тие додаваат дека некои од жалителите (од бр. 5 до 11 од Прилогот) биле советувани дека има можност да бидат запишани во редовно основно училиште.

Образовниот орган во писмените поднесоци истакнал дека специјалните училишта имаат сопствен посебен статус на правно лице, дека спорните одлуки содржат поука за правото на жалба и дека жалителите во ниту една фаза не се обратиле до Образовниот инспекторат.

Министерството за образование негира каква било дискриминација и ја забележува тенденцијата на родителите на ромските деца во смисла на тоа дека имаат доста негативен став кон училиштата работа. Министерството тврди дека на секое запишување во специјално училиште му претходи оценка на интелектуалниот капацитет на детето и дека одлучувачки фактор е согласноста на родителите. Министерството натаму забележува дека има осумнаесет образовни помошници од ромско потекло во училиштата во Острава.

27. Во конечните писмени поднесоци, жалителите истакнале (i) дека нивните училишни досиеја не содржат ништо кое покажува дека редовно се следи и оценува нивниот напредок, а во целите на можно преминување во редовните основни училишта, (ii) дека извештите од образовно – психолошките центри не содржат било какви информации за тестовите кои биле користени и (iii) дека нивните препораки за запишување во специјални училишта се потпираат на основи како што се недоволно познавање на чешкиот јазик, прекумерно толерантен однос на родителите или лошо прилагодена социјална средина, итн. Тие исто

така го изнесуваат аргументот дека празнините во нивното образование практично го оневозможуваат нивното преминување во редовните основни училишта и дека социјалните или културни разлики не може да ја оправдаат наводната разлика во постапувањето.

28. На 20 октомври 1999 г., Уставниот суд ја отфрлил жалбата на жалителите, делумно врз основа на тоа што истата била очигледно неоснована и делумно врз основа на тоа што Уставниот суд нема надлежност да ја разгледа жалбата. Сепак, Уставниот суд ги повикува надлежните органи внимателно и конструктивно да ги разгледаат предлозите на жалителите.

(а) Во однос на поплаката за повреда на правата на жалителите како резултат на нивното запишување во специјални училишта, Уставниот суд смета дека со оглед на тоа што во известувањето за жалбата се упатува само на пет одлуки, тој нема надлежност да одлучува во случаите на оние жалители кои не поднеле жалба против предметните одлуки.

Што се однесува на петте жалители кои поднеле уставна жалба против одлуките за нивно запишување во специјални училишта (жалителите бр. 1, 2, 3, 5 и 9 од Прилогот), Уставниот суд одлучил да не го земе предвид фактот дека тие не поднеле редовни жалби против овие одлуки, затоа што Судот се согласил дека опфатот на нивните уставни жалби оди над нивните лични интереси. Сепак, Судот утврдил дека во материјалот пред него не се содржи ништо што би покажало дека релевантните законски одредби биле толкувани или применети на неуставен начин, со оглед на тоа што одлуките биле донесени од директорите кои ги имаат потребните овластувања, врз основа на препораките од образовно-психолошките центри и врз основа на согласноста на претставниците на жалителите.

(б) Во однос на поплаките за недоволно следење на напредокот на жалителите во училиштата и поплаките за расна дискриминација, Уставниот суд забележува дека Уставниот суд ја нема улогата да го оценува вкупниот општествен контекст и утврдил дека жалителите не изнеле конкретни докази во поддршка на нивните наводи. Уставниот суд натаму забележува дека жалителите имале право на жалба против одлуките за нивно запишување во специјални училишта, но тоа право не го искористиле. Што се однесува до приговорите дека не биле дадени достаточни информации за последиците од запишување во специјални училишта, Уставниот суд сметал дека претставниците на жалителите можеле овие информации да ги добијат во контактите со училиштата и дека во предметот пред Судот не се содржи ништо што би укажало на тоа дека тие искажале интерес за преминување во редовните основни училишта. Уставниот суд затоа одлучил дека овој дел од жалбата е очигледно неоснован.

## II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ЗАКОНОДАВСТВО ПРАВО И ПРАКСА

*А. Закон за училишта (Закон бр. 29/1984 – укинат со Закон бр. 561/2004 кој стапил во сила на 1 јануари 2005 г.)*

29. Пред 18 февруари 2000 г., член 19(1) од Законот за училишта предвидува дека за да се квалификуваат за средно образование учениците морале успешно да го завршат основното образование.

По амандманот бр. 19/2000, кој стапил во сила на 18 февруари 2000 г., членот од амандманот 19(1) предвидувал дека за да се квалификуваат за средно образование учениците требало да го завршат задолжителното образование и во уписната постапка да покажат дека ги исполнуваат условите за квалификување за избраната наставна насока.

30. Членот 31(1) предвидува дека специјалните училишта се наменети за деца со „ментални недостатоци“ (*rozumové nedostatky*) кои ги спречуваат да ја следат наставната програма во редовните основни училишта или во специјализираните основни училишта (*speciální základní škola*) наменети за деца кои страдаат од сетилна попречениот, болест или хендикеп.

*Б. Закон за училишта 2004 (Закон бр. 561/2004)*

31. Овој нов закон за училишно образование повеќе не предвидува специјални училишта во формата во која истите постоеле пред стапувањето во сила на овој закон. Основното образование сега се обезбедува во основни училишта и специјализирани основни училишта, а овие вториве се наменети за ученици со сериозен ментален хендикеп или повеќекратен хендикеп или за деца кои страдаат од аутизам.

32. Членот 16 содржи одредби кои го регулираат образованието на деца и ученици со специјални образовни потреби. Истите се дефинирани во став 1 како деца кои страдаат од хендикеп, здравствени проблем или деца во тешка социјална положба. Членот 16(4) предвидува дека во целите на Законот детето е во особено тешка социјална положба доколку меѓу другото доаѓа од семејна средина со низок социјален и културен статус или кое е изложено на ризик од социо - патолошки појави. Ставот 5 предвидува дека постоењето на специјалните образовни потреби треба да го оценуваат образовните советодавни центри.

33. Законот исто така содржи одредби, меѓу другото, и за образовните помошници, индивидуализирани образовни проекти, подготвителни паралелки за децата од социјално загрозените слоеви, пред периодот на задолжително основно образование и дополнителна настава за ученици кои немаат основно образование.

*В. Уредба бр. 127/1997 г., за специјализираните училишта (заменета со Уредба бр. 73/2005, која стапила во сила на 17 февруари 2005 г.)*

34. Членот 2 и чл. 4 под Уредбата предвидуваат дека за учениците кои страдаат од ментален хендикеп достапни се следниве училишта: специјализирани градинки (*speciální mateřské školy*), специјални училишта, помошни училишта (*potocné školy*), центри за стручно образование (*odborná učiliště*) и училишта за практична обука (*praktické školy*).

35. Членот 6, став 2 предвидува дека доколку во текот на школувањето на ученикот настане промена во карактерот на неговиот хендикеп или доколку специјализираното училиште повеќе не е соодветно на нивото на хендикепот, директорот на училиштето каде ученикот посетува настава, по разговор со претставник на ученикот, треба да препорача запишување на ученикот во друго специјализирано училиште или во редовно училиште.

36. Членот 7, став 1 предвидува дека одлуката за запишување на ученикот или за неговото преминување, меѓу другото, во специјално училиште треба да ја донесе директорот, под услов согласност за тоа да дале законските старатели на ученикот. Членот 7, став 2

предвидува дека предлогот ученикот да се запише, меѓу другото, во специјално училиште, до директорот може да го поднесе законскиот старател на ученикот, училиштето каде ученикот моментно посетува настава, образовно - психолошки центар, болница или клиника, орган со надлежност за семејство и заштита на деца, здравствен центар, итн. Доколку ученикот не добие место во специјалното училиште, според членот 7, став 3, директорот е обврзан за одлуката да го извести законскиот старател на ученикот и надлежните училишни органи или општината во која ученикот има постојано место на живеење. Образовниот орган тогаш, по консултации со општината, треба да даде предлог за училиште каде ученикот ќе посетува задолжително образование. Членот 7, став 4 бара образовно-психолошкиот центар да ги прибере сите документи релевантни за одлуката и на директорот да му поднесе предлог во однос на видот на училиштето.

*Г. Уредба бр. 73/2005 за образование на деца, ученици и студенти со специјални образовни потреби и надарени деца, ученици и студенти*

37. Членот 1 од Уредбата предвидува дека учениците и студентите со специјални образовни потреби треба да се образуваат со помош на мерки за поддршка кои ги надминуваат или се различни од индивидуализираните и организациски мерки достапни во редовните училишта.

38. Членот 2 предвидува дека децата чии специјални образовни потреби се утврдени со помош на образовно или психолошко испитување извршено во образовните советодавни центри ќе добијат специјална настава доколку имаат јасни и сериозни потреби кои го оправдуваат нивното запишување во системот за специјално образование.

*Д. Домашната пракса во предметниот период*

*1. Психолошки преглед*

39. Испитувањето на интелектуалниот капацитет во образовно-психолошките центри со согласност на законските старатели на детето не е ниту задолжително, ниту се спроведува по автоматизам. Препораката детето да ги направи тестовите воопштено ја даваат наставниците или при упис на детето во училиштето или доколку во редовното основно училиште се забележани тешкотии- или препораката ја даваат педијатарите.

40. Според жалителите, кои цитираат експерти на ова поле, најчесто користените тестови се чини дека се варијанти на Wechsler скалата за интелигенција на деца (PDW and WISC-III) и Stanford-Binet тестот за интелигенција. Цитирајќи различни мислења, вклучително и мислењата на наставниците и психолозите и на Раководителот на секторот за специјални училишта при чешкото Министерство за образование, во февруари 1999 г., жалителите тврдат дека користените тестови ниту се објективни, ниту нудат сигурни резултати, бидејќи се направени само за чешки деца и во блиското минато не биле стандардизирани или одобрени за користење и за ромските деца. Натаму, не биле преземени никакви мерки за да им се овозможи на децата Роми на тестовите да ги надмината нивните културни и јазични недостатоци. Исто така, не биле дадени никакви упатства да се ограничи ширината која се дава во спроведувањето на тестовите и во толкувањето на резултатите. Жалителите исто така укажуваат на извештај од 2002 г., во кој чешкиот Инспекторат за училишта забележува дека деца без никакви значителни ментални недостатоци сè уште се запишуваат во специјални училишта.

41. Во извештајот поднесен од Република Чешка на 1 април 1999 г., во согласност со членот 25, став 1 од Рамковната конвенција за заштитата на националните малцинства, се забележува дека психолошките тестови „се создадени за мнозинството од населението и не ги земаат предвид специфичностите на Ромите“.

Советодавниот комитет за Рамковната конвенција во првиот извештај за Република Чешка, кој бил објавен на 25 јануари 2002 г., забележува дека иако овие училишта се наменети за деца со ментален хендикеп, се чини дека многу деца Роми кои немаат ментален хендикеп се запишани во вакви училишта поради реалните или претпоставените јазични и културни разлики меѓу Ромите и мнозинството. Комитетот оценува дека „децата треба да се запишуваат во вакви специјални училишта само кога тоа е апсолутно неопходно и секогаш врз основа на конзистентни, објективни и сеопфатни тестови“.

Во вториот извештај за Република Чешка објавен на 26 октомври 2005 г., Советодавниот комитет забележува дека: „Тестовите и методите кои се користат за да се оценат интелектуалните способности на децата при упис во училиште веќе се ревидирани со цел да се обезбеди дека истите не се злоупотребуваат на штета на децата Роми.“ Сепак, Комитет со загриженост забележува дека „ревидирањето на психолошките тестови кои се користат во овој контекст немало забележително влијание. Според неофицијалните проценки, Ромите преставуваат 70% од учениците во (специјалните) училишта и ова - земајќи го предвид процентуалното учество на Ромите во вкупното население- покренува сомнежи во однос на веродостојноста на тестовите и релевантната методологија која се спроведува во праксата.“

42. Во извештајот за Република Чешка објавен на 21 март 2000 г., Европската комисија против расизам и нетолеранција (ЕКРИ) забележува дека има наводи дека насочувањето на децата Роми во специјални училишта често се случува скоро автоматски. Според ЕКРИ, слабите резултати кои овие деца ги постигнуваат на предучилишните квалификациони тестови би можеле да се објаснат со фактот што во Република Чешка најголем дел од децата Роми не посетуваат предучилишна настава во градинки. ЕКРИ затоа смета дека практиката на насочување на децата Роми во специјални училишта наменети за деца со ментална ретардација треба детално да се испита, за да се обезбеди дека тестирањето било правично и дека биле соодветно оценети вистинските способности на секое дете.

Во следниот Извештај за Република Чешка, објавен во јуни 2004 г., ЕКРИ забележува дека тестовите составени од чешкото Министерство за образование за оценка на менталното ниво на детето не се задолжителни и претставуваат само дел од низата на алатки и методи кои ги препорачуваат образовните советодавни центри.

43. Во конечниот извештај за состојбата со човековите права на Ромите, Синти и номади во Европа од 15 февруари 2006 г., Комесарот за човекови права нагласува дека: „Децата Роми често се запишувани во паралелки за деца со специјални потреби без соодветна психолошка или педагошка оценка, при што јасно е дека реалниот критериум бил нивното етничко потекло.“

44. Според согледувањата поднесени од Меѓународното здружение – Чекор по чекор, Фондот за образование на Ромите и Европско здружение за истражување на образованието во раното детство, земјите во Источно-централна и Југо-источна Европа типично немаат

национална дефиниција за „хендикеп“ (во однос на запишувањето на деца во специјални училишта) и користат дефиниции во кои одредени форми на хендикеп се поврзани со социо-културното потекло на детето, со што се отвора просторот за дискриминаторски практики. Податоците за децата со хендикеп се црпат најмногу од административни извори, наместо да се прибираат преку детална оценка на реалните карактеристики на децата. Така, во 90-те години раширена е практиката на поделби и користењето на еден единствен тест.

Во нивните согледувања се содржани наводи дека оценките кои се користат за да се запишат децата Роми во специјалните училишта во регионот на Острава се спротивни на делотворните индикатори за оценката кои биле добро познати во средината на 90-те години, на пример индикаторите објавени во 1987 г. од Националното здружение за образование на мали деца (САД)-(National Association for the Education of Young Children (USA)). Овие индикатори сега се користат и во Глобалната алијанса за образование на мали деца (Global Alliance for the Education of Young Children) која вклучува организации-членки од Европа, а конкретно ја вклучува и Република Чешка. Релевантните индикатори го вклучуваат следново: етички начела за практиката на спроведување на тестовите; користење на инструментите за оценка за нивната определена цел и на начин со кој се исполнуваат професионалните критериуми за квалитет; оценка соодветна на возраста и останатите карактеристики на децата кои се оценуваат; прифаќање на развојното и образовното значење на предметот на оценката; користење на доказите за оценката во целите на разбирање и подобрување на процесот на учење; прибирање на докази за оценката од реалната средина и во ситуации во кои може да се видат реалните перформанси на децата; користење повеќе извори на докази прибрани во текот на одреден период во целите на оценката; постоењето на врска меѓу проверка и следење на резултатите; ограничување на користењето на индивидуални тестови засновани на одредени норми; и соодветни информации за персоналот и семејствата инволвирани во процесот на оценување.

Така, при оценувањето на децата Роми во регионот на Острава не биле земени предвид јазикот и културата на децата или нивното претходно образовно искуство, или нивното непознавање на тоа што е потребно во ситуација на оценување. Бил користен еден, наместо повеќе извори на докази. Тестовите биле правени во еден ден, а не биле спроведувани периодично во одреден период. Доказите не биле прибирани во реални или автентични услови во кои децата би можеле да ги покажат нивните способности. Акцентот бил несоодветно ставен врз индивидуално спроведени, стандардизирани тестови нормирани за други делови од населението.

Според студиите цитирани во овие наводи (UNICEF InnocentiInsight (2005); Save the Children (2001), *Denied a future? The right to education of Roma/Gypsy and Traveller children (Ускратена иднина? Правото на образование на децата Роми и децата номади)*; D.J. Losen and G.Orfield (2002), *Introduction: Racial inequity in special education*, Cambridge, MA: Harvard Education Press) непропорционалното запишување на одредени групи ученици во системот на специјално образование резултира од низа фактори, вклучително и „несвесна расна предрасуда од страна на училишните органи, големи нееднакости во ресурсите, неоправдано потпирање врз алатките за мерење на коефициентот на интелигенција и други алатки за оценка, несоодветниот одговор на наставниците на притисоците на тестирањето, чии резултати носат особено сериозни последици и разликите во моќта и положбата на родителите од малцинската заедница и службените лица во училиштето.“ Така запишување во училиште преку психолошко тестирање често ги одразува расните предрасуди во засегнатото општество.

45. Владата подвлекува дека е во тек унифицирање на европските норми кои ги користат психолозите и дека државните органи ги презеле сите разумни чекори за да обезбедат дека психолошките тестови соодветно се спроведуваат од соодветно квалификувани експерти со завршено високо образование, кои ги применуваат најновите професионални и етички стандарди во нивото поле на експертиза. Покрај тоа, истражувањето спроведено во 1997 г. од чешки експерти, на барање на Министерството за образование покажуваат дека децата Роми на стандардните тестови за интелигенција (WISC-III) постигнале само незначително пониски резултати, споредено со децата кои не се Роми во Чешка (еден поен на скалата на коефициентот на интелигенцијата).

## 2. *Согласност за запишување во специјално училиште*

46. Членот 7 од Уредбата 127/1997 за специјализираните училишта предвидува дека согласноста од законските старатели е *sine qua non* услов за запишувањето на детето во специјално училиште. Жалителите подвлекуваат дека чешкото законодавство не бара согласноста да биде дадена на писмено. Исто така, не се бара информациите за образованието кое се предвидува во специјалните училишта или за последиците од запишувањето на дете во специјално училиште да бидат дадени претходно.

47. Во извештајот на Република Чешка објавен во март 2000 г., ЕКРИ забележува дека родителите – Роми често претпочитале децата Роми да се насочуваат во специјалните училишта, делумно за да ја избегнат злоупотребата од децата кои не се Роми во редовните училишта и изолацијата на детето од другите деца Роми во ромските населби, а ова делумно се должи и на релативно нискиот степен на заинтересираност за образование.

Во Извештајот за Република Чешка објавен во јуни 2004 г., ЕКРИ забележува дека при донесување на одлука дали да дадат или да не дадат согласност, на родителите на децата Роми и натаму „им недостасуваат информации во однос на долгорочните негативни последици од запишувањето на нивните деца во таквите училишта“, кои „често на родителите им биле преставувани како можност нивните деца да добијат посебно внимание и да бидат со други деца Роми.“

48. Според информациите од Меѓународната федерација за човекови права (International Federation for Human Rights) добиени преку нејзината канцеларија во Чешка, многу училишта во Република Чешка не се волни да прифатат деца Роми. Таквата неволност се објаснува со реакциите на родителите на децата кои не се Роми, кои во бројни случаи се состоеле од барање нивните деца да бидат отпишани од интегрираните училишта затоа што родителите се плашеле дека нивото на училиштето ќе опадне по доаѓањето на децата Роми, или едноставно заради предрасудите против Ромите. Токму во ваков контекст децата Роми се тестирани со цел да се утврди нивниот капацитет да ја следата редовната наставна програма, по што родителите на децата Роми се охрабруваат да ги запишат децата во специјални училишта. Изборот на родителите да ги запишат нивните деца во специјални училишта, во случаите во кои тие се одлучуваат за тоа, е во согласност со желбата на училишните органи да не запишуваат толку многу деца Роми, затоа што нивното запишување може да ги предизвика родителите на децата кои не се Роми да ги отпишат нивните деца од даденото училиште.

### 3. Последници

49. Учениците во специјалните училишта следат специјална наставна програма наводно прилагодена на нивниот интелектуален капацитет. По завршување на задолжителното образование во овој вид на училиште, тие може да изберат да го продолжат нивното образование во центри за стручно образование или од 18 февруари 2000 г. можат да изберат други форми на средно образование (под услов во текот на уписната постапка да можат да докажат дека ги задоволуваат условите за упис во избраната насока).

Натаму, членот 6, став 2, од Уредбата бр. 127/1997 предвидува дека доколку во текот на школувањето на ученикот настане промена во карактерот на неговиот хендикеп или доколку специјализираното училиште повеќе не е соодветно за нивото на хендикепот, директорот на училиштето каде ученикот посетува настава, по разговор со старателот на ученикот, треба да препорача запишување на ученикот во друго специјализирано училиште или во редовно училиште.

50. Во конечниот извештај за состојбата со човековите права на Ромите, Синтите и номадите во Европа, од 15 февруари 2006 г., Комесарот за човекови права подвлекува дека: „Фактот што се приморуваат да се запишуваат во специјални училишта или паралелки често значи дека овие деца следат наставна програма која е со послаб квалитет од наставната програма за редовната настава, со што се намалуваат нивните можности за натамошно образование и за наоѓање на вработување. Многу е веројатно дека запишувањето на децата Роми по автоматизам во паралелки за деца со специјални потреби ќе ја зајакне нивната стигматизација, со тоа што децата Роми ќе бидат карактеризирани како помалку интелигентни и понеспособни. Истовремено, сегрегираниот образование им ја ускратува можноста и на децата Роми и на децата кои не се Роми да се запознаат и да научат да живеат како еднакви граѓани. Со тоа децата Роми се исклучени од главните општествени текови уште на самиот почеток на нивниот живот, со што се зголемува ризикот да западнат во магичниот круг на маргинализација.“

51. Советодавниот комитет за Рамковната конвенција за заштитата на националните малцинства во неговиот втор извештај за Република Чешка, објавен на 26 октомври 2005 г., забележува дека запишувањето во специјални училишта „им отежнува на децата Роми да добијат пристап кон останатите нивоа на образование, со што се намалуваат нивните шанси за интеграција во општеството. Иако законодавството повеќе не ги спречува децата од 'специјалните' училишта да се запишат во редовните средни училишта, нивото на образование кое се нуди во 'специјалните' училишта воопштено не им овозможува да се справат со барањата кои произлегуваат од средното образование, а последицата од ова е што најголем дел од нив го напуштаат образовниот систем.“

52. Според забелешките поднесени од Меѓународно здружение - Чекор по чекор, Фондот за образование на Ромите и Европското здружение за истражување на образованието во раното детство, запишувањето на децата во сегрегирани специјални училишта е пример на рано „следење“ на учениците, во овој случај со тоа што децата за кои се смета дека припаѓаат на група со „ниско ниво на способности“ или „со мал потенцијал“ уште од рана возраст се насочуваат кон специјални училишта. Таквата пракса ја зголемува образовната неправичност, затоа што таквата пракса има особено негативно влијание врз нивото на постигања на децата од маргинализираните слоеви (видете, меѓу другото, Информацијата

од Комисијата на Европските заедници до Советот и Европскиот парламент за ефикасноста и правичноста во европските системи за образование и обука (СОМ/2006/0481, 8 септември 2006 г.)). Долгорочните последици од „следењето“ се состојат од тоа што децата се насочуваат кон помалку престижните форми на образование и обука и со рано напуштање на образованието. Следењето така помага да се создаде општествен контекст на неуспех.

53. Во нивните поднесоци до Судот, организациите Меѓународна организација за малцински права, Европската мрежа против расизам и Европската информативна канцеларија за Ромите забележуваат дека децата во специјалните училишта следат поедноставена наставна програма која се смета за соодветна за нивното пониско ниво на развој. Така, во Република Чешка од децата во специјалните училишта не се очекува да ја знаат азбуката или бројките до десет сè до трето или четврто одделение од школувањето, додека нивите вршници во редовните училишта се стекнуваат со такви знаења уште во првата година од школувањето.

### III. ИЗВОРИ НА СОВЕТОТ НА ЕВРОПА

#### *A. Комитет на Министри*

*Препорака бр. R (2000) 4 на Комитетот на Министри до државите – членки за образование на децата Роми во Европа (донесена од Комитетот на Министри на 3 февруари 2000 г. на 696-от состанок на Замениците на Министерите)*

54. Препораката го предвидува следново:

„ Во согласност со условите од членот 15.б. од Статутот на Советот на Европа, Комитетот на Министри,

Сметајќи дека целта на Советот на Европа е да постигне поголемо единство меѓу неговите членки и дека оваа цел може меѓу другото да се постигне со заедничко дејствување на полето на образованието;

Прифаќајќи дека има итна потреба да се постават нови основи за идните образовни стратегии за Ромите во Европа, особено со оглед на високата стапка на неписменост или полуписменост кај нив, потоа високата стапка на напуштање на образованието, малиот процент на ученици кои го завршуваат основното образование и континуираното присуство на состојби како што е мала опфатеност со образование;

Забележувајќи дека проблемите со кои се соочуваат Ромите на полето на наставата во голема мерка се резултат на долготрајни образовни политики од минатото, кои довеле или до асимилација или до сегрегација на децата Роми во училиштата, врз основа на тоа што истите биле ’социјално или културно хендикепирани’;

Сметајќи дека маргиналната положба на Ромите во европските општества не може да се надмине, освен доколку за децата Роми не се гарантира еднаквост на можностите на полето на образованието;

Сметајќи дека образованието на децата Роми треба да биде приоритет во националните политики во корист на Ромите;

Имајќи на ум дека политиките насочени кон решавање на проблемите со кои се соочуваат

Ромите на полето на образованието треба да бидат сеопфатни, засновани на сознанието дека прашањето на школување на децата Роми е поврзано со низа на други фактори и предуслови, имено економски, социјални и културни аспекти, како и со борбата против расизам и дискриминација;

Имајќи на ум дека образовните политики во корист на децата Роми треба да бидат придружени со активна политика за образование на возрасните и стручно образование;

...

Препорачува во спроведувањето на нивните образовни политики, владите на државите – членки:

- да се раководат од начелата наведени во Прилогот кон оваа Препорака;
- да ги запознаат со оваа Препорака релевантните јавни тела во нивните земји преку соодветните канали на национално ниво.“

55. Релевантните делови од Прилогот кон Препораката **R (2000) 4 гласат:**

*„Водечки начела на образовната политика за децата Роми во Европа*

I. Структури

1. Образовните политики за децата Роми треба да се придружени со соодветни ресурси и флексибилни структури, неопходни за разновидноста на ромското население во Европа и кои го земаат предвид постоењето на групи Роми кои се номади или полу-номади. Во врска со ова, може да се предвиди искористување на системот на учење на далечина со употреба на новите комуникациски технологии.

2. Треба да се стави акцент врз потребата за подобра координација на меѓународно, национално, регионално и локално ниво со цел да се избегне расфрлање на напорите и да се унапреди на синергија.

3. За оваа цел, државите – членки во нивните Министерства за образование треба да ја рашират и подигнат свеста за прашањето на образование за децата Роми.

4. За да се обезбеди пристап до училиштата за децата Роми, треба сеопфатно да се воспостават програми за предучилишно образование и истите да бидат пристапни за децата Роми.

5. Особено внимание исто така треба да се посвети на потребата да се обезбеди подобра комуникација со родителите, а онаму каде е потребно, со користење на посредници од ромската заедница, што потоа може да доведе до конкретни можности за кариера. На родителите треба да им се дадат посебни информации и совети за неопходноста на образованието и за механизмите за поддршка кои општините може да им ги понудат на семејствата. Мора да има заемно разбирање меѓу родителите и училиштата. Исклученоста на родителите и недостигот на познавања и образование (дури и неписменост) исто така ги спречува децата да го искористат образовниот систем.

6. Треба да се воспостават соодветни структури за поддршка со цел на децата Роми

да им се овозможи, особено преку позитивни активности, да ги користат еднаквите можности во училиштата.

7. Државите-членки се повикуваат да ги обезбедат неопходните средства за спроведување на погоре-наведените политики и аранжмани со цел да се премости јазот меѓу учениците Роми и мнозинството ученици.

## II. Наставна програма и наставни материјали

8. Образовните политики во корист на децата Роми треба да се спроведуваат во рамките на пошироки интеркултурни политики, земајќи ги предвид особените карактеристики на ромската култура и маргиналната положба на повеќето Роми во државите – членки.

9. Наставната програма, во целина и наставните материјали треба затоа да се состават на начин кој го зема предвид културниот идентитет на децата Роми. Ромската историја и култура треба да се воведат во наставните материјали како израз на културниот идентитет на децата Роми. Треба да се поттикне учеството на претставниците на ромската заедница во составувањето на наставни материјали за историјата, култура или јазикот на Ромите.

10. Сепак, државите-членки треба да обезбедат дека ова нема да доведе до посебни наставни програми, кои може да доведат до формирање на одвоени паралелки.

11. Државите-членки исто така треба да го поттикнат развојот на наставни материјали, врз основа на добрите практики, со цел да им се помогне на наставниците во нивната секојдневна работа со учениците Роми.

12. Во земјите каде се зборува ромскиот јазик, во училиштата, на децата Роми треба да им се понуди можноста да посетуваат настава на мајчин јазик.

## III. Ангажирање и обука на наставници

13. Важно е идните наставници да се стекнат со конкретни познавања и обука за да им се помогне подобро да ги разберат нивните ученици Роми. Сепак, образованието на децата Роми треба да остане составен дел од општиот образовен систем.

14. Ромската заедница треба да се инволвира во составувањето на таквите наставни програми и треба директно да учествува во пренесување на информациите на идните наставници.

15. Исто така треба да се даде поддршка за обука и ангажирање на наставници од ромската заедница.

...”

### *Б. Парламентарно собрание*

#### *1. Препорака бр. 1203 (1993) за Ромите во Европа*

56. Парламентарното собрание, меѓу другото, ги изнесе следниве општи согледувања:

„1. Една од целите на Советот на Европа е да се унапредува појавата на вистински европски културен идентитет. Европа е дом на многу различни култури и сите тие, вклучувајќи ги и многуте малцински култури, придонесуваат кон и ја збогатуваат културната разновидност на Европа.

2. Ромите имаат посебно место меѓу малцинствата. Со оглед на тоа што живеат насекаде во Европа, без земја која може да ја наречат своја, тие се вистинско европско малцинство, но малцинство кое не се вклопува во дефинициите за национални или јазични малцинства.

3. Како малцинство кое нема своја територија, Ромите многу придонесуваат кон културната разновидност во Европа. Во различни делови на Европа тие придонесуваат на различни начини, со својот јазик, музика или со нивните занаети.

4. Откога централно и источно европски земји станаа држави-членки, бројот на Роми кои живеат во областа на Советот на Европа драстично се зголеми.

5. Нетолеранцијата кон Ромите постоела отсекогаш. Сепак сè повеќе има зачестени појави на расна или социјална омраза и напнатите односи меѓу заедниците придонесуваат кон незавидната ситуација во која денес живеат мнозинството Роми.

6. Почитувањето на правата на Ромите, индивидуалните, основните и човековите права и нивните права како малцинство е од суштинско значење за подобрување на нивната ситуација.

7. Гаранциите за еднакви права, еднакви можности, еднакво постапување и мерките за подобрување на нивната ситуација ќе го овозможат обновувањето на ромскиот јазик и култура, со што се збогатува европската културна разновидност.

8. Гаранциите за уживање на правата и слободите предвидени во членот 14 од Европската конвенција за човекови права е важна за Ромите, затоа што им овозможува да ги користат нивните индивидуални права.

...”

57. Во однос на образованието, во Препораката се нагласува следното:

“ ...

vi. треба да се прошират постоечките европски програми за обука на наставници кои работат со Роми;

vii. треба да се посвети особено внимание на образованието на жените воопшто и на мајките, заедно со нивните помали деца;

viii. младите талентирани Роми треба да се поттикнуваат да студираат и да дејствуваат како посредници за Ромите;

...”

2. Препорака бр. 1557 (2002) за правната положба на Ромите во Европа

58. Оваа Препорака, меѓу другото, го наведува следново:

“ ...

3. Денес Ромите сè уште се подложени на дискриминација, маргинализација и сегрегација. Дискриминацијата е широко распространета на секое поле од јавниот и приватниот живот, вклучително и во однос на пристапот кон јавни места, образование, вработување, здравствена заштита и домување, како и во однос на преминувањето на границите и пристап кон постапки за азил. Маргинализацијата и економската и социјална сегрегација на Ромите се претвораат во етничка дискриминација, која вообичаено ги погодува најслабите социјални групи.

4. Ромите преставуваат специјална малцинска група, затоа што имаат статус на двојно малцинство. Тие претставуваат етничка заедница и најголем дел од нив припаѓаат на маргинализираните групи во општеството.

...

15. Советот на Европа може и мора да одигра важна улога во подобрувањето на правниот статус, нивото на рамноправност и животните услови на Ромите. Собранието ги повикува државите - членки да ги исполнат шесте општи услови, кои се неопходни за подобрувањето на ситуацијата на Ромите во Европа:

...

в. да гарантираат еднаков третман за ромското малцинство, како етничка или национална малцинска група на полето на образованието, вработувањето, домувањето, здравствената заштита и јавните услуги. Државите- членки треба да посветат особено внимание на:

- i. унапредување на еднаквите можности за Ромите на пазарот на трудот;
- ii. обезбедување на можноста за учениците Роми да учествуваат на сите нивоа на образование, од градинка до универзитет;
- iii. дефинирање на позитивни мерки за ангажирање на Ромите во јавните служби кои се директно релевантни за ромските заедници, како што се основните и средни училишта, центри за социјална работа, локалните центри за примарна здравствена заштита и локалната управа;
- iv. искоренување на сите практики на образование на децата Роми преку сегрегација, особено на практиката на насочување на децата Роми кон училишта или паралелки за ментално хендикепираните;

г. да дефинираат и спроведат позитивни мерки и преференцијален третман за маргинализираните општествени слоеви, вклучително и за Ромите, како социјално маргинализирана група, на полето на образованието, вработувањето и домувањето:

...

d. Да преземат конкретни мерки и да создадат специјални институции за заштита на ромскиот јазик, култура, традиции и идентитет:

...

ii. да ги поттикнат родителите на децата Роми да ги праќаат нивните деца во основно, средно и високо образование, вклучително и на факултет или универзитет и да им се дадат соодветни информации за неопходноста од образование;

...

v. да ангажираат Роми наставници, особено во областите со бројно ромско население;

g. да се борат против расизам, ксенофобија и нетолеранција и да обезбедат недискриминаторско постапување со Ромите на локално, регионално, национално и меѓународно ниво:

...

vi. да обрнат особено внимание на појавата на дискриминација на Ромите, посебно на полето на образование и вработување;

...”

#### *В. Европска комисија против расизам и нетолеранција (ЕКРИ)*

##### *1. Општа политичка препорака на ЕКРИ бр. 3: Борба против расизмот и нетолеранцијата против Ромите (донесена од ЕКРИ на 6 март 1998 г.)*

59. Во релевантните делови од оваа Препорака се наведува следново:

„ Европска комисија против расизам и нетолеранција:

...

Потсетувајќи дека борбата против расизмот, ксенофобијата, антисемитизмот и нетолеранцијата претставува составен дел од заштитата и унапредувањето на човековите права, како и дека овие права се универзални и неделиви и дека сите луѓе, без никаква разлика, ги имаат овие права;

Нагласувајќи дека борбата против расизмот, ксенофобијата, антисемитизмот и нетолеранцијата пред сè претставува прашање на заштита на правата на ранливите припадници на општеството;

Убедена дека во сите активности за борба против расизмот и дискриминацијата, вниманието треба да се насочи кон жртвата и подобрувањето на состојбата на жртвата;

Забележувајќи дека Ромите низ цела Европа страдаат од постојани предрасуди, потоа тие се жртви на расизмот кој е длабоко вкоренет во општеството, а истите се цел на понекогаш насилни појави на расизам и нетолеранцијата и дека нивните основни права

редовно се повредуваат или се загрозени;

Исто така забележувајќи дека постојаните предрасуди против Ромите доведуваат до нивна дискриминација на многу полиња во општествениот и економски живот и дека таквата дискриминација претставува голем фактор во процесот на општествена исклученост која погаѓа многу Роми;

Убедена дека унапредувањето на начелото на толеранција е гаранција за зачувување на отворени и плуралистички општества кои овозможуваат мирен соживот;

на Владите на државите – членки им го препорачува следново:

...

- да обезбедат дека се борат против самата дискриминација, како и дискриминаторските практики преку соодветно законодавство и во граѓанско правната рамка да воведат конкретни одредби за оваа цел, особено на полето на вработувањето, домувањето и образованието;

...

- одлучно да се борат против сите форми на сегрегација на децата Роми во училиштата и да обезбедат делотворно користење на еднаков пристап кон образованието;

...”

*2. Општа политичка препорака на ЕКРИ бр. 7 за националното законодавство за борба против расизам и расна дискриминација (донесена од ЕКРИ на 13 декември 2002 г.)*

60. Во целите на оваа Препорака, се користат следниве дефиниции:

„(а) под 'расизам' се подразбира верување дека основата како што е раса, боја на кожа, јазик, религија, национална припадност или национално или етничко потекло го оправдува непочитувањето на одредено лице или група на лица или чувство на супериорност на одредено лице или група на лица.

(б) под 'директна расна дискриминација' се подразбира секоја форма на различно постапување врз основа на раса, боја на кожа, јазик, религија, национална припадност или национално или етничко потекло, а за кое нема објективно и разумно оправдување. Различното постапување нема објективно и разумно оправдување доколку со него не се постигнува легитимна цел или доколку нема разумен пропорционален сооднос меѓу средствата кои се користат и целта која се сака да се постигне.

(в) под 'индиректна расна дискриминација' се подразбираат случаи во кои навидум неутрален фактор, како што се одредба, критериум или практика не можат лесно да бидат исполнети од или кои ставаат во понеповолна положба ... припадници на група определени како такви врз основа на раса, боја на кожа, јазик, религија, национална припадност или национално или етничко потекло, освен доколку за ваквиот фактор нема објективно и разумно оправдување. Ова би било случај доколку се сака да се постигне

легитимна цел и доколку има разумен пропорционален сооднос меѓу употребените средства и целата која се сака да се постигне.“

61. Во објаснувачкиот меморандум кон оваа Препорака се забележува (точка 8) дека дефинициите за директна и индиректна расна дискриминација содржани во став 1(б) и (в) од Препораката црпат инспирација од дефинициите содржани во Директивата на Советот 2000/43/ЕС за спроведување на начелото на еднакво постапување со лицата без оглед на нивното расно или етничко потекло и Директивната на Советот 2000/78/ЕС со која се воспоставува општа рамка за еднакво постапување при вработување и професионални занимањата, како и од прецедентното право на Европскиот суд за човекови права.

*3. Извештај за Република Чешка објавен во септември 1997 г.*

62. Во делот на Извештајот кој се однесува на аспектите на политиката за образование и обука, ЕКРИ вели дека се чини дека јавното мислење понекогаш е особено негативно кон одредени групи, особено ромската заедница и предлага преземање на натамошни мерки за подигање на јавната свест за прашањата на расизмот и нетолеранцијата и за подобрување на толеранцијата кон сите групи во општеството. Комисијата додава дека треба да се преземат специјални мерки во однос на образованието и обуката на припадниците на малцинските групи, особено на припадниците на ромската заедница.

*4. Извештај за Република Чешка објавен во март 2000 г.*

63. Во својот извештај, ЕКРИ подвлекува дека маргинализацијата и реалната дискриминација со која се соочуваат припадниците на ромската заедница на полето на образованието се особено загрижувачки. Се забележува дека децата Роми премногу се застапени во специјалните училишта и дека има наводи дека нивното насочување кон специјалните училишта се одвива скоро автоматски. Родителите на децата Роми често го претпочитаат ова решение, делумно за да го избегнат малтретирањето од децата кои не се Роми во редовните училишта и изолацијата на детето од останатите деца Роми во ромските населби, а делумно и поради релативно нискиот степен на интерес за образование. Најголем дел од децата Роми, како последица, се упатуваат во образовни институции кои имаат поинаква намена и кои не нудат големи можности за обука или образовна подготовка, па затоа имаат многу ограничени можности за натамошно школување или вработување. Учеството на ромската заедница во образование над основното е особено ретко.

64. ЕКРИ затоа смета дека практиката децата Роми да се насочуваат кон специјални училишта наменети за деца со ментална ретардација треба целосно да се испита за да се осигури дека тестирањето кое се користи при тоа е правично и дека соодветно се оценети вистинските способности на секое дете. ЕКРИ исто така смета дека од суштинска важност е да се подигне свеста на родителите на децата Роми за важноста на потребата нивните деца да бидат опфатени со редовниот образовен процес, Воопштено, ЕКРИ смета дека има потреба за поголема инволвираност на припадниците на ромската заедница во прашања од областа на образованието. За почеток, властите треба да обезбедат дека родителите на децата Роми се целосно информирани за преземените мерки и дека се поттикнуваат да учествуваат во одлуките кои влијаат на образованието на нивните деца.

*5. Извештај за Република Чешка објавен во јуни 2004 г.*

65. Во однос на пристапот на децата Роми кон образованието, ЕКРИ во својот извештај

подвлекува дека е загрижена од тоа што децата Роми и натаму се праќаат во специјални училишта, кое не само што ја продолжува нивната сегрегација од главните општествени текови, туку и сериозно ги маргинализира до крајот на животот. Стандардизираниот тест составен од чешкото Министерство за образование за оценка на менталното ниво на детето не е обврзен и претставува само еден од низата на алатки и методи кои им се препорачуваат на психолошките советодавни центри. Што се однесува до другиот елемент неопходен со цел детето да биде упатено во специјално училиште- согласноста на законскиот старател на детето- ЕКРИ забележува дека родителите кои донесуваат такви одлуки и натаму немаат информации за долгорочните негативни последици од запишувањето на нивните деца во такви училишта, кои често на родителите им се претставуваат како можност нивните деца да добијат специјализирана помош и да бидат заедно со други деца Роми. ЕКРИ исто така вели дека добила информации за родители Роми кои биле одбиени од редовните училишта.

ЕКРИ исто така забележува дека Законот за училишта стапил во сила во јануари 2000 г. и ја предвидува можноста учениците од специјалните училишта да поднесат барање за упис во средните училишта. Според различните извори, ова во голема мерка сè уште останува само теоретска можност, со оглед на тоа што во специјалните училишта децата не се стекнуваат со знаења кои се потребни за следење на наставата во средните училишта. Не се преземаат мерки за да се обезбеди дополнителна настава за учениците кои го завршиле образовниот во системот на специјални училишта, а со цел нивното ниво на знаења да се подигне до степен кој би им овозможил соодветно да бидат подготвени за настава во редовните средни училишта.

ЕКРИ добила многу позитивни повратни информации во однос на успехот на наставата во „нулта одделение“ (подготвителна настава) на предучилишно ниво, со што се зголемил бројот на децата Роми кои се запишуваат во редовните училишта. Сепак, ЕКРИ изразува загриженост во врска со новиот тренд да се одржува образовниот систем со сегрегација во нова форма- која се состои од специјални паралелки во редовните училишта. Во врска со ова, одреден број на инволвирани актери се загрижени дека предлогот на новиот Закон за училишта ја создава можноста за натамошно одвојување на Ромите, преку воведување на нова категорија на специјални програми за „социјално маргинализираните“ слоеви.

На крајот ЕКРИ забележува дека и покрај иницијативите кои ги презема Министерството за образование (помошници на наставниците, програми за обука на наставниците, ревизија на наставната програма за основно образование) и натаму се задржува проблемот на ниското ниво на застапеност на Ромите во средното и високото образование, кој ЕКРИ го опишува во својот втор извештај.

### *Г. Рамковна конвенција за заштита на националните малцинства*

#### *1. Извештај поднесен од Република Чешка на 1 април 1999 г., во склад со членот 25, ст. 1 од Рамковната конвенција за заштита на националните малцинства*

66. Во Извештајот се наведува дека Владата донела мерки во областа на образованието кои се насочени кон обезбедување на соодветни услови, особено за децата од социјално или културно маргинализираните средини, особено за ромската заедница, со тоа што се отвораат подготвителни паралелки во основните и во специјалните училишта. Се забележува дека

„децата Роми со просечна или натпросечна интелигенција често се упатуваат во такви училишта како резултат на психолошките тестови (ова секогаш се случува со согласност на родителите). Овие тестови се составени за мнозинството од населението и не ги земаат предвид специфичните карактеристики на Ромите. Во тек се активности за реструктурирање на тестовите.“ Во одредени специјални училишта, учениците Роми преставуваат 80 до 90% од вкупниот број на ученици.

*2. Извештај поднесен од Република Чешка на 2 јули 2004 г.*

67. Република Чешка прифаќа дека Ромите особено се изложени на дискриминација и социјална исклучениот и подвлекува дека државата се подготвува да воведи сеопфатни анти-дискриминаторски алатки поврзани со примената на Директивата на Советот за спроведување на начелото на еднакво постапување. Новото законодавство треба да биде донесено во 2004 г. (Закон бр. 561/ 2004 г. беше донесен на 24 септември 2004 г. и стапи во сила на 1 јануари 2005 г.).

Во извештајот се вели дека на полето на образованието на Ромите, државата презела различни афирмативни мерки со цел радикално да се смени сегашната ситуација на децата Роми. Владата смета дека практиката на упатување на голем број на деца Роми во специјални училишта не е одржлива. Потребата од афирмативни мерки се должи не само на социо-културниот хендикеп на децата Роми, туку исто така и на природата на вкупниот образовен систем и неговата неможност достаточо да ги одрази културните разлики. Предлогот на нов Закон за училишта ќе воведи измени во системот на специјално образование со трансформирање на „специјалните училишта“ во „специјални основни училишта“ со што на децата ќе им се обезбеди точно насочена помош за надминување на нивниот социо-културен хендикеп. Ова вклучува подготвителна настава, индивидуални програми за образование на децата во специјалните училишта, мерки во однос на предучилишното образование, проширена улога за помошниците од ромската заедница и специјализирани програми за обука на наставниците. Со оглед на тоа што еден од главните проблеми со кои се среќаваат учениците Роми е нивното лошо познавање на чешкиот јазик, Министерството за образование смета дека најдоброто решение (и единственото реално изводливо) би било да се обезбеди подготвителна настава во предучилишното образование за децата кои се социјално и културно маргинализирани.

Во извештајот исто така се наведуваат одреден број на проекти и програми кои се спроведуваат на национално ниво во оваа сфера (Поддршка за интеграција на Ромите, Програма за интеграција на Ромите/Мултикултурна образовна реформа и Реинтеграција на учениците Роми од специјалните училишта во редовните училишта).

*3. Мислење за Република Чешка на Советодавниот комитет за Рамковната конвенција за заштитата на националните малцинства, објавено на 25 јануари 2002 г.*

68. Советодавниот комитет забележува дека иако специјалните училишта се наменети за деца со ментален хендикеп се чини дека многу деца Роми кои немаат ментален хендикеп се запишани во вакви училишта поради реални или претпоставени јазични и културни разлики меѓу Ромите и мнозинството. Комитетот оценува дека ваквата пракса не е компатибилна со Рамковната конвенција и нагласува дека децата треба да се запишуваат во вакви специјални училишта само кога тоа е апсолутно неопходно и секогаш врз основа на конзистентни, објективни и сеопфатни тестови.

69. Специјалните училишта довеле до високо ниво на одвоеност на учениците Роми од останатите ученици и до ниско ниво на образование на ромската заедница. Ова го признаваат и чешките власти. И владините и актерите од граѓанското општество се согласуваат за потребата од сеопфатна реформа. Сепак нема согласност за точниот карактер на реформата која треба да се спроведе, износот на средствата кои треба да се одвојат и брзината со која треба да се спроведат реформите. Советодавниот комитет е на мислење дека чешките власти треба да ја дефинираат реформата, во консултации со засегнатите лица, за да обезбедат еднакви можности за пристап кон училиштата за децата Роми и еднакви права на редовно образование, во склад со начелата наведени во Препораката на Комитетот на Министри бр. R (2000) 4 за образование на децата Роми во Европа.

70. Советодавниот комитет со одобрение ги забележува иницијативите кои се преземени за да се основаат таканаречените нулта-паралелки, кои овозможуваат подготовка на децата Роми за основно образование, меѓу другото и преку подобрување на нивното познавање на чешкиот јазик и ги поттикнува властите ваквата можност да ја направат широко достапна. Комитетот исто така смета дека создавањето на позиции за Роми - педагошки советници во училиштата, иницијатива на граѓанското општество, е особено позитивен чекор. Советодавниот комитет ги поттикнува државните власти во нивните напори да обезбедат зголемување на бројот и натамошен развој на ваквите позиции. Уште една клучна цел е да се обезбеди дека многу поголем број на деца Роми имаат пристап кон и го завршуваат средното образование.

*4. Мислење на Советодавниот комитет за Република Чешка, објавено на 26 октомври 2005 г.*

71. Во ова мислење, Советодавниот комитет забележува дека властите навистина се залагаат за подобрување на образовната ситуација на децата Роми и дека се обидуваат на различни начини практично да ја остварат оваа цел. Во врска со ова, Комитетот забележува дека е прерано да се заклучи дали ревидираниот образовен систем воведен со новиот Закон за училишта (Закон број 561/2004) значително ќе ја смени постоечката ситуација на преголема застапеност на децата Роми во специјалните училишта или во специјалните паралелки.

72. Советодавниот комитет забележува дека властите посветуваат особено внимание на неоправданото запишување на децата Роми во специјални училишта. Тестовите и методите кои се користат за оценка на интелектуалните способности на децата при упис во училиште веќе се ревидирани со цел да се обезбеди дека не се злоупотребуваат на штета на децата Роми. Започнати се специјални образовни програми за да им се помогне на децата Роми да ги надминат нивните проблеми. Тие програми вклучуваат укинување на школарината за последната година од предучилишно образование, олабавување на правилата за минималниот број на деца во една паралелка, индивидуализирано образование, назначување на образовни помошници (во најголем дел Роми), како и издавање на методолошки прирачници и инструкции за наставниците кои работат со децата Роми. Исто така се организира и подготвителна предучилишна настава за децата Роми и истата добро функционира иако не е широко распространета. Овие мерки треба да се применуваат сеопфатно со цел да се задоволат потребите на сите засегнати деца. Советодавниот комитет исто така ја зема предвид специјална програма за поддршка на пристапот на Ромите кон средно и високо образование и напорите кои се прават за воспоставување на мрежа на квалификувани

наставници и образовни помошници - Роми.

73. Сепак, Советодавниот комитет забележува дека иако постојаниот мониторинг и оценка на состојбата со образованието на децата Роми е еден од владините приоритети, во релевантниот извештај поднесен од Република Чешка не се кажува многу за степенот до кој децата Роми сега се интегрирани во училиштата или за делотворноста и влијанието на многуте мерки кои се преземани во врска со нив. Комитетот со загриженост забележува дека мерките резултирале со одредено подобрување и дека локалните власти систематски не ги спроведуваат владините програми за поддршка на училиштата и не секогаш ја имаат потребната одлучност да дејствуваат делотворно на ова поле.

74. Советодавниот комитет со загриженост забележува дека според невладини извори, значителен број на деца Роми сè уште се запишувани во специјални училишта на рана возраст и дека ревизијата на психолошките тестови кои се користат во овој контекст не резултирала со значително влијание. Според неофицијалните проценки, Ромите претставуваат 70% од учениците во овие училишта и ова, имајќи го предвид процентот на Ромите во вкупното население, создава сомнеж во однос на валидноста на тестовите и методологијата која се користи. Оваа ситуација загрижува уште повеќе со оглед на фактот што на децата Роми им е уште потешко да добијат пристап кон останатите нивоа на образование со што се намалуваат нивните шанси да се интегрираат во општеството. Иако законодавството повеќе не ги спречува децата да преминат од специјални во редовни средни училишта, нивото на образование кое се нуди воопштено во специјалните училишта на децата Роми не им овозможува да се справат со барањата на наставата во средните училишта, што пак резултира со тоа што најголем дел од нив го напуштат системот на образование. Иако проценките за бројот на децата Роми кои остануваат во образовниот систем се разликуваат, оние кои одат на училиште ретко напредуваат подалеку од основно образование.

75. Покрај тоа, Советодавниот комитет забележува дека и покрај иницијативите за подигање на свеста кои ги презема Министерството за образование, многу деца Роми кои посетуваат редовни училишта се изолирани од останатите деца и од наставниците, па дури и се одвоени во посебни паралелки. Истовремено, се прифаќа дека во одредени училишта децата Роми се најголема група ученици едноставно затоа што засегнатото училиште е лоцирано блиску до претежно ромските населби. Според други извори, материјалните услови во некои од училиштата каде децата Роми посетуваат настава се безбедни и наставата која им се нуди сè уште во најголем број на случаи е недоволно адаптирана на нивната ситуација. Важно е да се осигура дека и овие училишта обезбедуваат квалитетно образование.

76. Според Советодавниот комитет приоритет мора да се даде на тоа децата Роми да бидат запишувани во редовните училишта, потоа да се обезбеди поддршка и промовирање на подготвителна настава и на образовните помошници. Исто така треба да се посвети поголемо внимание на ангажирањето на Роми како наставници и подигање на свеста кај вкупниот наставен кадар за специфичната ситуација на децата Роми. Исто така треба да се промовира активното учество на родителите особено во однос на спроведувањето на новиот Закон за училишта, како *sine qua non* услов за вкупното подобрување на состојбата со образованието на Ромите. На крајот потребни се поодлучни активности за борба против изолацијата на децата Роми и во редовните и во специјалните училишта. Потребен е појасен приод, придружен со инструкции и итни активности на сите нивоа за да се стави крај на неоправданото запишување на овие деца во специјални училишта наменети за деца со

ментален хендикеп. Еден од постојаните приоритети за властите треба да бидат делотворните мерки за надзор, особено насочени кон отстранување на неоправданото запишување на децата во такви училишта.

*Д. Комесар за човекови права*

*Конечен извештај на 2-дин Alvaro Gil-Robles за ситуацијата со човековите права на Ромите, Синтите и Номадите во Европа (од 15 февруари 2006 г.)*

77. Во третиот дел од извештајот, кој се однесува на дискриминацијата во образованието, Комесарот за човекови права забележува дека фактот што значаен број на деца Роми немаат пристап кон образование со стандард кој е сличен на стандардот на образование на останатите деца делумно е резултат на дискриминаторските практики и предрасуди. Во врска со ова, тој забележува дека сегрегацијата во училиштата е заедничка одлика во многу држави-членки на Советот на Европа. Во одредени земји има сегрегирани училишта во сегрегирани населби, во други земји има специјални паралелки за децата Роми во редовните училишта или преголема затапеност на децата Роми во паралелките за деца со специјални потреби. Децата Роми често се запишуваат во паралелки за деца со специјални потреби без соодветна психолошка или педагошка оценка, а јасно е дека реалниот критериум е нивното етничко потекло. Фактот што се подложени на специјална настава или се во специјални паралелки често значи дека овие деца следат наставна програма со послаб квалитет од наставната програма за редовните училишта, со што се намалуваат нивните можности за продолжување на образованието и за идно вработување. Автоматското запишување на децата Роми во паралелки за деца со посебни потреби многу веројатно дека ја влошува стигматизацијата со тоа што децата Роми се обележуваат како помалку интелегентни и понеспособни. Истовремено сегрегираното образование и на децата Роми и на децата кои не се Роми има ја ускратува можноста да се запознаат и да научат да живеат како еднакви граѓани. Со ова се исклучуваат децата Роми од главните општествени текови уште на почетокот на нивниот живот, со што се зголемува ризикот да бидат фатени во магичниот круг на маргинализација.

78. Комесарот добил информации дека во Република Чешка младите припадници на ромската заедница се драстично премногу застапени во „специјалните“ училишта и паралелки за деца со лесен ментален хендикеп. Истовремено, тој забележува дека властите во редовните паралелки вовеле Роми помошници на наставниците и формирале подготвителни паралелки и дека овие иницијативи ветуваат резултати, иако само во помал обем заради недостатокот на соодветни ресурси. Конкретно, подготвителните паралелки за социјално маргинализираните деца се од суштинско значење за напорите да се надмине преголемата застапеност на децата Роми во специјалните училишта. Чешките власти сметаат дека подготвителните училишта како дел од градинките се особено успешни во олеснувањето на интеграцијата на децата Роми во редовните училишта. Во 2004 г., Република Чешка исто така имала 332 помошници на наставниците кои водат сметка за специјалните потреби на учениците Роми.

79. Исто така се забележува дека специјалните паралелки или специјалната наставна програма за Ромите се воведени со добри намери, во целите на надминување на јазичната бариера или да се надомести непосетувањето на предучилишно образование на децата Роми. Евидентно е дека било потребно да се одговори на таквите предизвици, но сегрегацијата или систематското запишување на децата Роми во паралелки во кои наставната програма

е поедноставена или се предава посебна наставна програма на ромски јазик, истовремено изолирајќи ги од останатите ученици, јасно преставува несоодветен одговор. Наместо на сегрегација, особено внимание мора да се посвети на мерките како што се предучилишно и образование во училиштата и поддршка за познавање на јазикот, како и за обезбедување на помошници во училиштата кои ќе работат заедно со наставниците. Во одредени заедници, од суштинска важност е да се подигне свеста на родителите Роми, кои самите можеби ја немале можноста да одат на училиште, а за неопходноста и користа од соодветно образование за нивните деца.

80. На крајот, Комесарот дава одредени препораки во врска со образованието. Онаму каде во една или друга форма сè уште постои сегрегирано образование, истото мора да се замени со редовно интегрирано образование и онаму каде е соодветно треба законски да се забрани. Мора да се определат соодветни ресурси за обезбедување на предучилишно образование, настава за совладување на јазикот и обука за училишните помошници за да се обезбеди успехот на напорите за отстранување на сегрегацијата. Мора да се направат соодветни оценки пред децата да се запишат во специјални паралелки, со цел да се обезбеди дека единствено критериум за запишување се објективните потреби на детето, а не неговата етничка припадност.

#### IV. РЕЛЕВАНТНОТО ПРАВО И ПРАКСА НА ЗАЕДНИЦАТА

81. Начелото на забрана на дискриминација и барањето за еднакво постапување е долго воспоставено начело во најголем број од инструментите на Европската заедница, а врз основа на членот 13 од Договорот за основање на Европската заедница. Оваа одредба му овозможува на Советот, преку едногласна одлука, по предлог/препорака од Комисијата и по консултации со Европскиот парламент, да донесе мерки неопходни за борба против дискриминацијата врз основа на род, раса или етничко потекло, вероисповед или уверување, хендикеп, возраст или сексуална ориентација.

82. Така, членот 2, став 2 од Директивата на Советот бр. 97/80/ЕС од 15 декември 1997 г. за товарот на докажување во случаи на полово заснована дискриминација предвидува дека „индиректна дискриминација постои кога навидум неутрална одредба, критериум или практика одат на штета на значително поголем дел од припадниците на одреден пол, освен доколку одредбата, критериумот или практиката се соодветни и неопходни и може да се оправдаат со објективни фактори кои не се поврзани со полот.“ Членот 4, став 1 кој се однесува на товарот на докажување гласи: „Државите-членки преземаат онакви мерки какви што се неопходни во склад со нивните национални судски системи за да обезбедат дека кога лицето кое смета дека е оштетено заради тоа што начелото на еднакво постапување не било применето врз него, ќе утврди пред суд или друг надлежен орган, факти врз основа на кои може да се претпостави дека има директна или индиректна дискриминација, тогаш тужената странка треба да докаже дека не било повредено начелото на еднакво постапување.“

83. Слично целта на Директивата на Советот 2000/43/ЕС од 29 јуни 2000 г. за спроведување на начелото на еднакво постапување со лицата без поглед на нивното расно или етничко потекло и Директивата 2000/78/ЕС од 27 ноември 2000 г. за воспоставување на општа рамка за еднакво постапување при вработување и професионални занимања е да се забранат, во областите на кои се однесуваат овие Директиви, директната или индиректна дискриминација врз основа на раса, етничко потекло, вероисповед или уверување, хендикеп, возраст или сексуална ориентација. Во преамбулите

на двете Директиви се вели следново: „Оценката на фактите од кои може да се утврди дека имало директна или индиректна дискриминација е прашање на националните судски или други надлежни власти, во склад со правилата од националното право или пракса. Таквите правила може конкретно да предвидат дека индиректната дискриминација може да се утврди преку кои било средства, вклучително и врз основа на статистички податоци“ и дека „Правилата за товарот на докажување мора да се прилагодат кога има prima facie случај на дискриминација, а со цел начелото на еднакво постапување делотворно да се примени, товарот на докажување мора да премине на тужената страна кога ќе се изнесат докази за таква дискриминација.“

84. Конкретно, Директивата 2000/43/ЕС го предвидува следново:

## Член 2

### Концепт на дискриминација

„1. Во целите на оваа Директива, начелото на еднакво постапување значи дека нема директна или индиректна дискриминација заснована на расно или етничко потекло.

2. Во целите на став 1:

(а) директна дискриминација се смета дека настанала кога со едно лице се постапува понеповолно отколку што било постапувано и се постапува со друго лице во слична ситуација, а врз основа на расно или етничко потекло;

(б) индиректна дискриминација се смета дека настанала кога навидум неутрална одредба, критериум или практика би ставила лица од одредено расно или етничко потекло во особено понеповолна положба во споредба со други лица, освен доколку таквата одредба, критериум или практика се објективно оправдани со легитимна цел, а средствата кои се користат за постигање на таа цел се соодветни и неопходни.

...”

## Член 8

### Товар на докажување

„Државите- членки преземаат онакви мерки какви што се неопходни, во склад со нивните национални судски системи, за да обезбедат дека, кога лицата кои се сметаат дека се оштетени затоа што начелото на еднакво постапување не било применето врз нив, ќе утврдат, пред суд или друг надлежен орган, факти од кои може да се претпостави дека имало директна или индиректна дискриминација, тужената страна е таа која треба да докаже дека немало повреда на начелото на еднакво постапување.

2. Ставот 1 не ги спречува државите - членки да воведат правила на докажување кои се поповолни за тужителот.

3. Ставот 1 не се применува во кривични постапки.

...

5. Државите – членки не мора да го применуваат ставот 1 во постапки во кои судот или надлежен орган имаат задача да ги испитуваат фактите од случајот.“

85. Според прецедентно право на Судот на правдата на Европските заедници (Судот на правдата), дискриминацијата, која подразбира примена на различни правила во слични ситуации или примена на истото правило во различни ситуации може да биде очигледна или прикриена и директна или индиректна.

86. Во пресудата во случајот *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost* (случај 152-73, точка 11) од 12 февруари 1974 г., Судот на правдата подвлекол дека:

„Правилата во однос на еднаквото постапување ... забрануваат не само очигледна дискриминација врз основа на национална припадност, туку и прикриени форми на дискриминација, кои со примена на други критериуми со кои се прави разлика, всушност го произведуваат истиот резултат.

...”

87. Во пресудата во случајот *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* (случај 170/84, точка 31) од 13 мај 1986 г., Судот вели:

“... Членот 119 од Договорот за основање на Европските заедници е повреден од компанијата сопственик на стоковна куќа која ги исклучува привремено вработените од пензискиот план, кога таквото исклучување погодува многу поголем број на жени одколку мажи, освен доколку компанијата не докаже дека исклучувањето се заснова на објективно оправдани фактори кои не се поврзани со дискриминацијата врз основа на пол.“

88. Во пресудата во случајот *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez* (пресуда од 9 февруари 1999 г., случај C-167/97, точки 51, 57, 62, 65 и 77), Судот на правдата подвлекува:

„ ... националниот суд настојува да го определи правниот тест за утврдување дали мерката донесена од државите-членки има нееднакво влијание врз мажите и жените до степен кој се смета за индиректна дискриминација. ...

...

... Комисијата предлага 'статистички значаен' тест, според кој статистичките податоци мора да формираат соодветни основи за споредба и националниот суд мора да обезбеди дека истите не се пореметени од факторите специфични за случајот. Постоенето на статистички значајни докази е достаточено да се утврди непропорционалното влијание и да се пренесе товарот врз авторот на наводно дискриминаторската мерка.

...

Националниот суд исто така треба да оцени дали статистичките податоци во однос на дадена ситуација ... се валидни и може да се земат предвид, односно дали истите опфаќаат доволен број на лица, дали тие илустрираат целосно случајна краткотрајна појава и дали воопштено се чини дека се значајни (видете случај C-127/92 *Enderby* [1993] ECR I-5535, став 17). ...

...

Следствено, ... со цел да се утврди дали мерката донесена од државата-членка има нееднакво влијание на мажите и жените до степен кој се смета за индиректна дискриминација во целите на членот 119 од Договорот, националниот суд мора да утврди дали достапните статистички податоци покажуваат дека значително помал процент на жени отколку мажи можат да ги исполнат барањата поставени со мерката. Доколку тоа е така, тогаш има индиректна полово заснована дискриминација, освен доколку таа мерка не е оправдана со објективни фактори кои не се поврзани со било каква дискриминација заснована на пол.

...

... доколку значително помал процент на жени отколку мажи можат да го исполнат барањето ... наметнато со спорното правило, тогаш државата-членка, како автор на наводно дискриминаторското правило, е таа која треба да покаже дека даденото правило е одраз на легитимна цел на нејзината социјална политика, дека таквата цел не е поврзана со каква било полово заснована дискриминација и дека може разумно да се смета дека избраните средства се соодветни за постигање на таквата цел.“

89. Во пресудата од 23 октомври 2003 г., во случајот *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main* (случај C-4/02) и *Silvia Becker v. Land Hessen* (случај C-5/02), во точките 67 до 69 и точка 71, Судот на правдата истакнува дека:

„... мора да се има на ум дека членот 119 од Договорот и членот 141(1) и (2) ЕЗ го воспоставуваат начелото дека мажите и жените треба да добиваат иста плата за иста работа. Ова начело спречува не само примена на одредби кои водат до директна полово заснована дискриминација, туку ја спречуваат и примената на одредби со кои се воспоставува различно постапување со мажите и жените на работното место, како резултат на примена на критериуми кои не се засновани на пол, ако тие разлики во постапувањето не може да се припишат на објективни фактори кои не се поврзани со полово заснована дискриминација...“

Прифатено е дека одредбите од *BeamtVG* кои се разгледуваат не преставуваат директна полово заснована дискриминација. Затоа е неопходно да се утврди дали тие преставуваат индиректна дискриминација...

За да се утврди дали има индиректна дискриминација, неопходно е да се утврди дали предметните одредби имаат понеповолно влијание врз жените отколку врз мажите ...

...

Затоа е неопходно да се определи дали достапните статистички податоци покажуваат дека значително поголем процент на жени отколку мажи се погодени од одредбите на *BeamtVG* кои носат намалување на пензиите за државните службеници кои биле привремено вработени барем во еден период од нивната кариера. Таквата ситуација би била доказ на очигледна дискриминација врз основа на пол, освен доколку предметните одредби не се оправдани од објективни фактори кои не се поврзани со каква било дискриминација заснована на пол.“

90. Во пресудата во случајот *Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services ... and Secretary of State for Education and Employment* (пресуда од 13 јануари 2004 г., случај C-256/01), се вели (точка 81):

„... мора да се смета дека жената може да се потпре на статистички податоци за да покаже дека клаузула од државното законодавство е спротивна на членот 141(1) ЕС затоа што истата ги дискриминира жените работнички. ...”

91. На крајот во пресудата во случајот *Commission of the European Communities v. Republic of Austria* (пресуда од 7 јули 2005 г., случај C-147/03), Судот на правдата забележува (точки 41 и 46-48):

„Според утврденото прецедентно право, начелото на еднакво постапување забранува не само очигледна дискриминација заснована на национална припадност, туку ги забранува и сите прикриени форми на дискриминација, кои со примена на други критериуми со кои се прави разлика, всушност го произведуваат истиот резултат (видете особено случај 152/73 *Sotgiu* [1974] ECR 153, став 11; случај C-65/03 *Commission v. Belgium*, цитиран погоре, став 28; и случај C-209/03 *Bidar* [2005] ECR [I-02119], став 51).

...

... предметното законодавство ги става имателите на диплома од средно образование издадени во државите-членки, освен од Република Австрија, во понеповолна положба, со оглед на тоа што тие не можат да добијат пристап до високото образование во Австрија, според истите услови како и имателите на еквивалентни австриски дипломи.

Така, иако ставот ... се применува без разлика врз сите студенти, истиот има поголемо влијание врз државјаните на другите држави-членки, отколку врз австриските државјани и затоа разликата во постапување која се воведува со таквата одредба резултира со индиректна дискриминација.

Следствено, предметното различно постапување може да се оправда само доколку истото се заснова на објективни согледувања кои не се поврзани со националната припадност на засегнатите лица и доколку е пропорционално со легитимната цел на националните одредби (случај C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] ECR I-7637, став 27, и *D'Hoop*, цитирано погоре, став 36).”

## V. РЕЛЕВАНТНИ ИНСТРУМЕНТИ НА ОБЕДИНЕТИТЕ НАЦИИ

### A. Меѓународен пакт за граѓански и политички права

92. Членот 26 од Пактот предвидува:

„Сите лица се еднакви пред законот и имаат право без никаква дискриминација на подеднаква заштита пред законот. Во таа смисла, законот мора да забранува секаква дискриминација и да им гарантира на сите лица подеднаква и делотворна заштита од секоја дискриминација, на која било основа, како што е расата, бојата, полот, јазикот, верата, политичкото или друго убедување, националното или социјалното потекло, имотна состојба, раѓањето, или секоја друга состојба.“

*Б. Комитет за човекови права на Обединетите нации*

93. Во точките 7 и 12 од Општиот коментар бр. 18 од 10 ноември 1989 г., за недискриминација, Комитетот го изразил следново мислење:

„... Комитетот верува дека терминот 'дискриминација' како што е употребен во Пактот треба да се разбере во смисла на тоа дека означува каква било разлика, исклучениот, ограничување или давање предност кои се засноваат на која било основа како што се раса, боја, пол, јазик, вероисповед, политичко или друго мислење, национално или социјално потекло, имотен, статус по раѓање или друг статус и кои имаат за цел или го произведуваат резултатот на поништување или спречување на признавањето, уживањето или користењето од страна на сите лица, на рамноправна основа, на сите права и слободи.

...

... кога државата – членка донесува законодавство, тоа мора да биде усогласено со барањата од членот 26 во смисла на тоа дека неговата содржина не треба да биде дискриминаторска...“

94. Во точката 11.7 од Мислењата од 31 јули 1995 г., за Информацијата бр. 516/1992 во врска со Република Чешка, Комитетот забележува:

“... Комитетот сепак смета дека намерата на законодавецот не е единствениот одлучувачки елемент во определувањето на повреда на членот 26 од Пактот. Малку е веројатно дека политички мотивираната разлика ќе биде компатибилна со членот 26. Но акт кој не е политички мотивиран сепак може да претставува повреда на членот 26 доколку неговите резултати се дискриминаторски.“

*В. Меѓународна конвенција за елиминација на сите форми на расна дискриминација*

95. Членот 1 од Конвенцијата предвидува:

„... терминот 'расна дискриминација' значи каква било разлика, исклученост, ограничување или предност засновани на раса, боја, потекло, или национално или етничко потекло кои имаат за цел или кои резултираат во поништување или го загрозуваат признавањето, уживањето или користењето, на еднакви основи, на човековите права и основни слободи во политичката, економската, социјалната, културната или било која друга област од јавниот живот.

...”

*Г. Комитет за елиминација на расна дискриминација*

96. Во Општата препорака бр. 14 од 22 март 1993 г. за дефиницијата на дискриминација, Комитетот, меѓу другото, го истакнува следново:

„1. ... Разликата е спротивна на Конвенцијата доколку има за цел или го произведува резултатот на загрозување на одредени права и слободи. Ова е потврдено со обврската која ја имаат државите- членки според членот 2, став 1 (в) да поништат каков било закон или практика кои резултираат со создавање или продолжување на расна дискриминација.

2. ... Настојувајќи да утврди дали одредена активност носи резултат спротивен на Конвенцијата, (Комитетот) ќе настојува да утврди дали таквата активност има неоправдано нееднакво влијание врз одредена група која се разликува според расата, бојата, потеклото, или национално или етничко потекло.

...”

97. Во Општата препорака бр. 19, од 18 август 1995 г., за расната сегрегација и апартхејд, Комитетот го подвлекува следново:

„3... иако условите за целосна или делумна расна сегрегација во одредени земји може да биде создадени преку владините политики, условот за делумна сегрегација може да настане и како ненамерен нуспроизвод на дејствијата на приватните лица. Во многу градови, врз распределеноста на жителите во населбите влијаат групните разлики во приходот, кои понекогаш се придружени од разлики во расата, бојата, потеклото и националното или етничко потекло, па така жителите може да се бидат стигматизирани и поединците да страдаат од форма на дискриминација во која расните основи се јавуваат заедно со други основи.

4. Комитетот затоа потврдува дека состојбата на расна сегрегација може исто така да настане и без каква било инцијатива или директно учество на јавните власти. ...”

98. Во Општата препорака бр. 27 од 16 август 2000 г. за дискриминацијата на Ромите, Комитетот, меѓу другото, ги дава следниве препораки во областа на образованието:

„17. Да се поддржува вклучувањето во образовниот систем на сите деца од ромско потекло и да се дејствува за да се намали стапката на напуштање на образованието, особено меѓу ромските девојчиња и за овие цели активно да се соработува со родителите Роми, со ромските здруженија и локални заедници.

18. Да се спречи и да се одбегнува колку што е можно повеќе сегрегација на учениците Роми, истовремено да се одржува отворена можност за двојазична или настава на мајчиниот јазик; за оваа цел, да се направат напори за подигање на квалитетот на образование во сите училишта и на нивото на постигнувања во училиштата на малцинската заедница, да се ангажира наставен кадар од припадниците на ромските заедници и да се унапредува меѓу-културното образование.

19. Да се разгледа можноста за донесување мерки во полза на децата Роми на полето на образованието, а во соработка со нивните родители.“

99. Во заклучните согледувања од 30 март 1998 г., по разгледување на извештајот поднесен од Република Чешка, Комитетот, меѓу другото, го забележува следново:

„13. Со загриженост се забележува маргинализацијата на ромската заедница на полето на образованието. Докажете дека непропорционално поголем број на деца Роми се запишуваат во специјални училишта, што доведува до де факто расна сегрегација и дека исто така децата Роми се значително помалку застапени во средното и високото образование, покренува сомнежи за тоа дали целосно се спроведува членот 5 од Конвенцијата.“

*Д. Конвенција за правата на детето*

100. Членот 28 и чл. 30 од оваа Конвенција предвидуваат:

**Член 28**

„1. Државите членки го признаваат правото на детето на образование и со цел за постепено остварување на тоа право на основа на еднакви можности, посебно:

(а) го прогласуваат основното образование задолжително и бесплатно за сите;

(б) го поттикнуваат развојот на различни форми средношколско образование, вклучувајќи и општо и стручно образование кое е достапно за сите деца и преземаат соодветни мерки како што се воведување бесплатно образование и давање финансиска помош во случај на потреба;

(в) на сите им овозможуваат стекнување високо образование врз основа на способноста, користејќи прикладни средства;

(г) на сите деца им стават на располагање образовни и стручни информации и услуги за професионална ориентација;

(д) преземаат мерки за поттикнување на редовно посетување на школото и намалување на отпишување од школо.

2. Државите членки ги преземаат сите соодветни мерки за да може да се спроведува дисциплината во школите на начин кој е во согласност со човековото достоинство на детето и оваа Конвенција.

3. Државите членки ја унапредуваат и поттикнуваат меѓународната соработка за прашања кои се однесуваат на образованието, посебно заради давање придонес во елиминацијата на незнаењето и неписменоста во светот и олеснување на пристапот кон науката и техничките знаења и современите методи на настава. Во овој поглед посебно внимание им се посветува на земјите во развој.“

**Член 30**

„Во оние држави во кои постојат етнички, верски или јазични малцинства или лица со автохтоно потекло, детето кое припаѓа на таквото малцинство или е од автохтоно потекло не смее да биде лишено од правото, во заедница со останатите припадници на групата, да ги ужива својата култура, исповедање на својата вера и вршење обреди или употреба на свој јазик.“

*Г. УНЕСКО*

101. Членовите 1 до 3 од Конвенцијата против дискриминација во образованието од 14 декември 1960 г. предвидуваат:

**Член 1**

„1. Во целите на оваа Конвенција терминот 'дискриминација' вклучува секаква



Конвенцијата, државите-членки, се обврзуваат:

(а) да укинат кои било законски одредби и било кои административни упатства и да прекинат какви било административни практики кои инволвираат дискриминација во образованието;

(б) да обезбедат, онаму каде е потребно и со законодавството, дека нема дискриминација во приемот на ученици во образовните институции;

...”

102. Декларација за раса и расна предрасуда донесена од Генералната конференција на УНЕСКО на 27 ноември 1978 г. го предвидува следново:

#### Член 1

„1. Сите човечки битија припаѓаат на еден вид и се потомци од заедничко потекло. Тие се раѓаат еднакви во достоинството и правата и сите се составен дел од човештвото.

2. Сите поединци и групи имаат право да бидат различни, да се сметаат за различни и да бидат сметани за различни. Сепак, разновидните животни стилови и правото да се биде различен, не може во кои било околности да служи како изговор за расна предрасуда; тие не можат да оправдаат, ниту според правото ниту реално, која било дискриминаторска практика, ниту да обезбедат основа за политиката на апартхејд, кој претставува екстремна форма на расизам.

...”

#### Член 2

“ ...

2. Расизмот вклучува расистички идеологии, ставови со предрасуди, дискриминаторско однесување, структурни аранжмани и институционализирани практики кои резултираат со расна нееднаквост, како и со лажниот концепт дека дискриминаторските односи меѓу групите се морално и научно оправдани; тој е рефлектиран во дискриминаторските одредби во законодавството или регулативите и дискриминаторските практики, како и во анти-социјални верувања и акти; тој го спречува развојот на неговите жртви, ги изопачува оние кои го користат, одвнатре ги дели нациите, спречува меѓународна соработка и предизвикува политички тензии меѓу народите; тој е спротивен на основните начела на меѓународното право и следствено сериозно го нарушува меѓународниот мир и безбедност.

3. Расната предрасуда, историски поврзана со нееднаквоста на моќта, зајакната со економски и социјални разлики меѓу поединците и групите и која и денес настојува да ги оправда таквите нееднаквости, нема никакво оправдување.

#### Член 3

„ Каква било разлика, исклученост, ограничување или давање предност врз основа на

раса, боја, етничко или национално потекло или верска нетолеранција мотивирана од расистички размислувања, кои ја уништуваат или компромитираат суверената еднаквост на државите и правото на народите на само-определување, или кои го ограничуваат на произволен или дискриминаторски начин правото на секое човечко битие и група на целосен развој, не е компатибилно со барањата на меѓународниот поредок кој е правичен и гарантира почитување на човековите права; правото на целосен развој подразбира еднаков пристап кон средствата за личен и колективен напредок и исполнување во клима на почитување на вредностите на цивилизациите и културните, на национално и на глобално ниво. “

#### Член 5

„1. Културата, како производ на сите човечки битија и заедничко наследство на човештвото и образованието во најширока смисла, на сите мажи и жени им нуди се повеќе делотворни средства за адаптација, овозможувајќи им не само да потврдат дека се родени еднакви во достоинството и правата, туку и да признаат дека треба да го почитуваат правото на сите групи на нивен сопствен културен идентитет и развој на нивен посебен културен живот во рамките на националниот и меѓународниот контекст, при што се подразбира дека секоја група треба да одлучи со целосна слобода за одржувањето и доколку е соодветно, за прилагодувањето и збогатувањето на вредностите кои групата ги смета за суштествени за нејзиниот идентитет.

2. Државите, во согласност со нивните уставни начела и постапки, како и сите други надлежни власти и сите наставници имаат одговорност да обезбедат дека образовните ресурси на сите држави се користат за борба против расизмот, конкретно обезбедувајќи дека наставните програми и учебниците вклучуваат научни и етички согледувања во врска со единството на човештвото и разновидноста и дека не се прават никакви навредливи разлики во однос на кој било народ; преку обука на наставниците да ги постигнат овие цели; правејќи ги ресурсите од образовниот систем достапни за сите групи од населението без расно ограничување или дискриминација; и преземајќи соодветни чекори за коригирање на хендикепот од кој страдаат одредени расни или етнички групи во однос на нивното ниво на образование и животен стандард и особено да спречат таквиот хендикеп да биде пренесен на децата.

...”

#### Член 6

„1. Државата ја има првенствената одговорност да ги обезбеди човековите права и основните слободи на целосно рамноправна основа и во достоинство, како и правата за сите поединци и сите групи.

2. До онаа мерка до која се протегаат нејзините надлежности и во согласност со нејзините уставни начела и постапки, државата треба да ги преземе сите соодветни мерки, меѓу другото, во законодавството, особено во областа на образованието, културата и комуникацијата, да ги спречи, забрани и искорени расизмот, расистичката пропаганда, расната сегрегација и апартхејдот и да поттикне ширење на познавања и наоди од соодветни истражувања во природните и општествените науки за причините и за спречување на расна предрасуда и расистичките ставови, должно земајќи ги предвид

начелата предвидени во Универзалната декларација за човекови права и Меѓународниот пакт за граѓански и политички права.

3. Со оглед на тоа што законите кои забрануваат расна дискриминација сами по себе не се доволни, државите имаат должност законите да ги придружат со административна машинерија за систематско истражување на случаи на расна дискриминација и со сеопфатна рамка на правни лекови против акти на расна дискриминација, преку сеопфатно образование и програми за истражување насочени кон борба против расни предрасуди и расна дискриминација и со програми за позитивни политички, социјални, образовни и културни мерки, наменети за унапредување на вистинско заемно почитување меѓу групите. Кога тоа го бараат околностите, треба да се спроведат специјални програми за унапредување на напредокот на маргинализираните групи и во случај на државјаните, да обезбедат нивно делотворно учество во процесите на одлучување во заедницата.“

#### Член 9

„1. Начелото на еднаквост во достоинството и правата на сите човечки битија и сите народи, без оглед на раса, боја и потекло е општо прифатено и признаено начелото во меѓународното право. Следствено, било каква форма на расна дискриминација која ја практикуваат државите претставува повреда на меѓународното право, што пак го покренува прашањето на меѓународна одговорност на државата.

2. Мора да се преземат специјални мерки за да се обезбеди еднаквоста во достоинството и правата за поединците и групите, секаде каде таквите мерки се неопходни, истовремено обезбедувајќи дека мерките не се од таков карактер поради кој може да се чинат расно дискриминаторски. Во врска со ова, особено внимание треба да се посвети на расните или етнички групи кои се социјално или економски маргинализирани, за да им се обезбеди, на целосно рамноправни основи и без дискриминација или ограничување, заштита предвидена во законите и регулативата и бенефиции од социјалните мерки кои се во сила, особено во однос на домувањето, вработувањето и здравствената заштита; почитување на автентичноста на нивната култура и вредности; и олеснување на нивното социјално и професионално напредување, особено преку образование.

...”

## VI. ДРУГИ ИЗВОРИ

*A. Европскиот центар за мониторинг на расизам и ксенофобија (European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia) (сега Агенција за основни права на Европската унија- European Union Agency for Fundamental Rights)*

103. Информациите за образованието во Република Чешка достапни на интернет страницата на Европскиот центар за мониторинг го вклучуваат следново:

„Во Република Чешка нема достапни официјални, ниту неофицијални податоци за расизмот и дискриминацијата во образованието.

Најсериозниот проблем на чешкиот образовен систем сè уште претставува

сегрегираниот запишување на децата од социјално маргинализираните слоеви (многу често Роми) во специјални училишта. Повеќе од половина деца Роми учат во такви училишта. Таквите тенденции во образовниот систем на Чешка, особено на ниво на основно образование се докажани со сеопфатно истражување изведено од Институтот за социологија на Академијата за науки на Република Чешка. Само мал процент на млади Роми се запишуваат во средните училишта.“

104. Во Извештајот на Мониторинг Центарот насловен „Ромите и номадите во јавното образование“, кој бил објавен во мај 2006 г., и се однесува на, во тоа време дваесет и пет држави-членки на Европската унија, меѓу другото, се наведува дека иако систематската сегрегација на децата Рома повеќе не пости како мерка на образовната политика, сегрегацијата сè уште се применува од страна на училиштата и образовните власти на повеќе различни, најчесто индиректни начини, понекогаш како ненамерен резултат на политиките и практиките и понекогаш како резултат на сегрегацијата во посебни населби. Училиштата и образовните власти можат, на пример, да ги сегрегират учениците врз основа на перцепцијата за „нивните различни потреби“ и/или како одговор на прашања во однос на поведението и тешкотии во учењето. Ова последново исто така може да доведе до често запишување на учениците Роми во специјални училишта за ментално хендикепираните деца, што преставува појава која сè уште загрижува во државите – членки на Европската унија како што се Унгарија, Словачка и Република Чешка. Сепак, се преземаат чекори за ревизија на тестовите и постапките за запишување, земајќи ги предвид нормите и моделите на однесување на децата со социјално и културно минато како децата Роми.

*Б. Горен дом на Парламентот на Обединетото Кралство*

105. Во одлуката од 9 декември 2004 г., во случајот *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others*, Горниот дом едногласно одлучил дека британските имиграциони службеници кои работеле на аеродромот во Прага ги дискриминирале Ромите кои сакале да патуваат од аеродромот во Обединетото Кралство, со оглед на тоа што врз расни основи, тие постапувале понеповолно со Ромите отколку со други луѓе кои патувале на истата дестинација.

106. Баронеса Хејл од Ричмонд (Baroness Hale of Richmond), меѓу другото вели:

„ 73. ...Според концептот кој е во основата на законите против полова и расна дискриминација, поединците од двата пола и од сите раси имаат право на еднаков постапување. Така, исто толку е дискриминаторски да се постапува со мажите понеповолно отколку со жените, како што е дискриминаторски да се постапува со жените понеповолно отколку со мажите; и исто толку е дискриминаторски да се постапува со белците понеповолно отколку со црните, како што е дискриминаторски да се постапува со црните понеповолно отколку со белците. Составните елементи на незаконска дискриминација се (i) разлика во постапувањето со лицата (реална или хипотетична) кои припаѓаат на различни полови или расни групи; (ii) дека постапувањето е понеповолно од друго постапување; (iii) дека релевантните околности на лицата се исти или не се суштински различни; и (iv) дека разликата во постапувањето е врз полови или расни основи. Сепак, со оглед на тоа што луѓето ретко јавно ги објавуваат своите предрасуди и може дури и да не се свесни за нив, дискриминацијата вообичаено треба да се докаже преку индикации, наместо врз основа на директни докази. Штом ќе се докаже дека со лице во слична ситуација е постапувано понеповолно (елементи (i), (ii) and (iii)) , судот

од наводниот дискриминатор ќе побара објаснување. Образложението секако не смее да не биде поврзано со расата или родот на тужителот. Доколку нема образложение или доколку истото не е задоволително, легитимно е да се заклучи дека понеповолното постапување се заснова на расни основи...

74. Доколку се докаже директна дискриминација од ваков вид тогаш тоа е тоа. Освен во одредени многу ограничени исклучоци нема одбрана со објективно оправдување. Крајната цел на законот е да бара снабдувачите да постапуваат со секое лице како со поединец, а не како со припадник на одредена група. За поединецот не треба да се претпоставува дека ги поседува карактеристиките кои снабдувачот смета дека ги има групата, без оглед на тоа што дали или не најголем дел од припадниците на групата навистина ги имаат таквите карактеристики, процес кој понекогаш се нарекува создавање на стереотипи. ...

75. Жалбата во овој случај се однесува на директна дискриминација на Ромите. Индиректната дискриминација се јавува кога работодавачот или снабдувачот постапува со сите на ист начин, но од сите нив бара исполнување на барање или услов кој припадниците на еден пол или расна група малку е веројатно дека ќе можат да ги исполнат отколку припадници на другиот пол, односно група: на пример, условот за подигање на товар кој мажите е многу поверојатно дека ќе го исполнат отколку жените. Ова е незаконски само доколку барањето не може да се оправда независно од родот или расата на засегнатото лице....Но може да се оправда барањето или условот, не и дискриминацијата. Ваквото оправдување не треба да се помеша со можноста дека постои објективно оправдување за дискриминаторското постапување, кое инаку би било спротивно на членот 14 од Европската конвенција за човекови права.

...

90. Вреди да се потсетиме дека не треба да ги земаме здраво за готово добрите практики на еднакви можности. Многумина ќе помислат дека е спротивно на здравиот разум на сите баратели да им се пријде со еднакво отворени погледи, без оглед на тоа дека може да постојат многу добри причини некои од нив да бидат предмет на поголеми сомневања отколку други. Но тоа е она што се бара со закон кој се обидува да обезбеди дека поединците не трпат лоши последици од општите карактеристики на групата на која ѝ припаѓаат. Во 2001 г., кога започнала операцијата за која заборуваме, законодавството за односите меѓу расите само што било проширено да ги опфати активностите на имиграциските служби. Затоа не изненадува доколку на службениците кои дејствуваат под значителен временски притисок им било тешко да се придржуваат кон сите аспекти на постапките и очекувањата кои работодавачите се труделе да ги постават на вистински основи повеќе од четврт век.

91. Токму во ваков контекст треба да се разгледуваат доказите какви што ги има за тоа што се случило на теренот на аеродромот во Прага. Службениците не го евидентирале етничкото потекло на луѓето со кои биле извршени разговорите. Тужената странка затоа не може да ни даде бројки за тоа со колкумина од секоја група биле извршени разговори, колку долго траеле разговорите и со каков резултат биле истите. Тие велат дека ова јасно покажува дека службениците не го користеле Овластувањето: доколку го користеле, тие ќе морале само да го евидентираат нивното мислење за етничката припадност на

патниците. Доколку било точно, тоа би било доволно за да се оправда одбивање за излез од државата. Но она што ова исто така го покажува е дека не биле преземени формални чекори за да се приберат информациите кои би можеле да помогнат да се обезбеди дека оваа високо-ризична операција не била спроведена на дискриминаторски начин. Тоа исто така значи дека единствените достапни информации се оние кои ги даваат жалителите, а особено Европскиот центар за правата на Ромите, кој се обидува да врши надзор врз операцијата. Тужената страна може да ја оспори веродостојноста на овие информации, но не може да им противречи, ниту пак може самата да поднесе поверодостојни информации. ...”

### *В. Врховен суд на Соединетите Држави*

107. Врховниот суд донел одлука во случајот *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 US 424 (1971) во која го утврдува критериумот за нееднаквото влијание, откако црните работници во електроцентрала покренале постапка затоа што сметале дека практиката на нивите работодавачи според која од нив се бара да имаат диплома за средно образование или да положат тест за погодност за работа, дури и за најмалку платените работни места е дискриминаторска. Помалку црни луѓе успеваат да се стекнат со диплома или да ги положат стандардизираните тестови. Врховниот суд го подвлекол следново:

„Законот (за граѓански права (од 1964 г.) бара отстранување на вештачки, произволни и непотребни пречки за вработување, кои дејствуваат навредливо и дискриминираат врз основа на раса и доколку, како што е во случајов, практиката на вработување чија примена ги исклучува црните не може да се докаже дека е поврзана со извршувањето на работните задачи, е забранета, без оглед на немање намера од страна на работодавачот да дискриминира. ...

Законот не го спречува користењето на тестови или мерки за одмерување, но забранува истите да имаат примат освен... доколку истите не се докажано разумна мерка во целите исполнување на работните задачи...

Законот забранува не само отворена дискриминација, туку и практики кои формално се правични, но дискриминаторски според резултатите кои ги произведуваат. Главното прашање е неопходноста за извршување на работните активности. Доколку практика за вработување чиј резултат е исклучување на црните не може да се докаже дека е поврзана со извршувањето на работните задачи, тогаш таквата практика е забранета.

... Конгресот врз работодавачот го ставил товарот на докажување дека било кое барање мора да има очигледна врска со даденото вработување.“

## **ПРАВОТО**

### *1. ОПФАТ НА ЈУРИСДИКЦИЈАТА НА ГОЛЕМИОТ СУДСКИ СОВЕТ*

108. Во конечните поднесоци, кои до Големиот судски совет беа доставени на 26 септември 2006 г., жалителите го повторуваат нивното тврдење дека имало повреда на нивните права, според членот 3 и членот 6, ст. 1 од Конвенцијата.

109. Според прецеденото право на Судот, „случајот“ упатен до Големиот судски совет е жалбата која била прогласена за допуштена (меѓу другите авторитативни мислења видете *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 128, ECHR 2005-XI, и *Üner v. the Netherlands* [GC], no. 46410/99, § 41, ECHR 2006-XII). Големиот судски совет забележува дека во делумната одлука од 1 март 2005 г. Судскиот совет ги прогласил за недопуштени сите поплаки на жалителите кои не се однесуваат на членот 14 од Конвенцијата, во врска со членот 2 од Протоколот бр. 1, вклучително и поплаките според членот 3 и чл. 6, став 1 од Конвенцијата. Следствено, овие последни поплаки- под претпоставка дека жалителите сè уште сакаат да ги изнесат- не се во опфатот на случајот пред Големиот судски совет.

## II. ПРЕЛИМИНАРЕН ПРИГОВОР НА ВЛАДАТА

110. Судот забележува дека во неговата одлука за допуштеноста на жалбата, прелиминарниот приговор на Владата изнесен во нејзините поднесоци од 15 март 2004 г. за неисрцпеност на домашните правни лекови, бил приклучен кон разгледување на правната заснованост на жалбата според членот 14 од Конвенцијата, во врска со членот 2 од Протоколот бр. 1. Во пресудата од 7 февруари 2006 г. (ст. 31), Судскиот совет утврдил дека поднесоците на странките за прашањето на исцрпување на домашните правни лекови покренуваат прашања кои се тесно поврзани со правната заснованост на случајот. Судскиот совет се согласува со чешкиот Уставен суд дека жалбата покренува прашања од суштинска важност и дека станува збор за суштински интереси. Следствено и со оглед на неговите наоди дека нема повреда заради други причини поврзани со правната заснованост, Судскиот совет не сметал дека е неопходно да разгледува дали жалителите го исполниле тоа барање во дадениот случај.

111. Треба да се подвлече дека кога одреден случај е упатен до него, Големиот судски совет може исто така да разгледува и прашања во врска со допуштеноста на жалбата, на пример кога овие прашања се придодадени на правната заснованост или се на друг начин релевантни за фазата на испитување на правната заснованост (видете *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 141, ECHR 2001-VII).

112. Во вакви околности, Големиот судски совет смета дека е неопходно да определи дали жалителите во предметниот случај го исполниле барањето за исцрпување на домашните правни лекови.

113. Владата смета дека жалителите не ги искористиле сите средства за да ја коригираат нивната положба. Ниту еден од нив не го искористил правото да поднесе жалба против одлуките за запишување во специјални училишта. Шест од нив не поднеле уставна жалба. Натаму, од оние жалители кои поднеле жалба до Уставниот суд, само пет од нив реално ги оспориле одлуките за нивно запишување во специјални училишта. Жалителите не направиле никаков напор да го одбранат нивното достоинство покренувајќи постапки според Граѓанскиот законик за заштита на нивните лични права и нивните родители не го упатиле случајот до Инспекторатот за училишта или до Министерството за образование.

114. Жалителите прво тврдат дека во Република Чешка нема достапни лекови кои се делотворни и соодветни за разгледување на жалби за расна дискриминација во сферата на образованието. Конкретно, правото да се поднесе уставна жалба станало неделотворно со

оглед на образложението кое го дава Уставниот суд во овој случај и неговото одбивање да даде било какво значење на општата практика на која упатуваат жалителите. Следствено, според тврдењата на жалителите, не може да се критикуваат оние жалители кои избрале да не поднесат таква жалба. Во однос на прашањето зошто тие не покренале управен спор односно жалба, жалителите подвлекле дека нивните родители се стекнале со потребните информации по истекот на рокот дозволен за донесување на таква жалба. Дури и Уставниот суд не го зел предвид таквиот пропуст. На крајот, постапка за заштита на правата на личноста не може да се смета за средство за оспорување на извршна управна одлука и Владата не изнела била какви докази дека таквиот лек е делотворен.

Натаму, дури и да се претпостави дека постои делотворен лек, жалителите тврдат дека истиот не мора да се искористи во случаи во кои административната практика, како што е системот на специјални училишта во Република Чешка, го овозможува или го поттикнува расизмот. Тие исто така му укажуваат на Судот на расната омраза и бројните акти на насилство насочени против Ромите во Република Чешка и на незадоволителниот карактер на казните изречени за расистички или ксенофобични кривични дела.

115. Судот повторува дека правилото за исцрпување на домашните правни лекови од членот 35, став 1 од Конвенцијата се заснова на претпоставката дека домашниот систем обезбедува делотворен лек во однос на наводната повреда. Владата која тврди дека не се исцрпени сите домашни правни лекови е таа која треба на задоволителен начин да го убеди Судот дека во теоријата и во праксата бил достапен делотворен лек во релевантниот период; односно дека лекот бил достапен и со него можело да се задоволи жалбата на жалителот и дека истиот нуди разумни можности за успех (видете *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, § 57, ECHR 1999-IX).

116. При примената на правилото за исцрпување на домашните лекови мора должно да се земе предвид фактот дека ова правило се применува во контекст на машинерија за заштита на човековите права која државите-членки се договориле да ја воспостават. Судот следствено прифаќа дека членот 35, ст. 1 мора да се применува со одреден степен на флексибилност и без претеран формализам. Судот натаму прифаќа дека правилото за исцрпување на лековите не е ниту апсолутно, ниту може автоматски да се применува; во целите на испитувањето дали било применето ова правило, од суштинска важност е да се земат предвид околностите на поединечниот случај. Ова конкретно значи дека Судот мора реално да ги земе предвид не само постењето на формални лекови во правниот систем на засегнатата државата-членка, туку и општиот контекст во кој истите функционираат, како и личните околности на жалителот. Потоа Судот мора да разгледа дали во светлина на сите околности на случајот, жалителот направил сè што може од него разумно да се очекува за да ги исцрпи домашните правни лекови, (видете *İlhan v. Turkey* [GC], no. 22277/93, § 59, ECHR 2000-VII).

117. Во овој случај, Владата прво се жали дека ниту еден од жалителите не поднел жалба против одлуката со која се наредува нивно запишување во специјално училиште, ниту пак покренал правни дејствија за заштита на неговите лични права.

118. Во врска со ова Судот, како и жалителите, забележува дека чешкиот Уставен суд одлучил да не го земе предвид овој пропуст (видете став 28 погоре). Во вакви околности, Судот смета дека би било неоправдано и премногу формалистички да се бара жалителите

да искористат лек, кој дури и највисокиот суд во засегнатата држава не ги обврзал да го искористат.

119. Второ, Владата тврди дека од дванаесетте жалители кои поднеле уставна жалба, само пет реално ги оспориле одлуките за нивно запишување во специјални училишта, со што му овозможил на Уставниот суд да ги разгледа нивните случаи.

120. Судот забележува дека со оглед на факот дека петте засегнати жалители во должна форма поднеле уставна жалба, Уставниот суд така имал можност да донесе одлука за сите жалби кои жалителите сега ги упатуваат до Судот. Уставниот суд исто така утврдил дека опфатот на жалбите оди над личните интереси на жалителите па во таа смисла, неговата одлука има поширока општа примена.

121. Натаму, од одлуката од 20 октомври 1999 г., може да се види дека Уставниот суд се ограничил на разгледување на толкувањето и примената од страна на надлежните органи на релевантните законски одредби, без при тоа да го разгледа нивното влијание, кое жалителите сметаат дека е дискриминаторско. Во однос на жалбата за расна дискриминација, Уставниот суд исто така вели дека тој ја нема улогата да го оценува вкупниот општествен контекст.

122. Во вакви околности, нема ништо што би сугерирало дека одлуката на Уставниот суд би била поинаква доколку од него се побарало да одлучува во случаите на тринаесетте жалители кои не поднеле уставна жалба или кои не ја оспориле одлуката на директорот на специјалното училиште. Во светлина на ваквите согледувања, Судот смета дека пред него не е докажано на задоволителен начин дека во посебните околности од овој случај, ваквиот лек е соодветен со цел на жалителите да им понуди надомест за нивните жалби, ниту пак дека нуди разумни шанси за успех.

123. Следствено, првичниот приговор на Владата во овој случај мора да се одбие.

### *III. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 14 ОД КОНВЕНЦИЈАТА ВО ВРСКА СО ЧЛЕНОТ 2 ОД ПРОТОКОЛ БР. 1*

124. Жалителите тврдат дека тие се дискриминирани со оглед на тоа што врз основа на нивната раса или етничко потекло со нив се постапувало понеповолно отколку со други деца во слична ситуација, без никакво објективно или разумно оправдување. Во врска со ова тие се повикуваат на членот 14 од Конвенцијата, во врска со членот 2 од Протоколот бр. 1, кои го предвидуваат следново:

#### **Член 14 од Конвенцијата**

„Уживањето на правата и слободите, признати со оваа Конвенција, треба да се обезбеди без никаква дискриминација заснована врз пол, раса, боја на кожата, јазик, вера, политичко или кое и да е друго мислење, национално или социјално потекло, припадност на национално малцинство, материјална положба, потекло по раѓање или кој и да е друг статус.“

#### **Член 2 од Протокол бр. 1**

„Никому не може да му се одземе правото на образование. Во своето дејствување во

областа на образованието и наставата, државата ги почитува правата на родителите да обезбедат образование и настава во согласност со своите верски и филозофски убедувања.“

## **А. Пресуда на Судскиот совет**

125. Судскиот совет сметал дека нема повреда на членот 14 од Конвенцијата, во врска со членот 2 од Протоколот бр. 1. Според неговото мислење, Владата успеала да докаже дека системот на специјални училишта во Република Чешка не бил воведен за да ги задоволи потребите само на децата Роми и дека во тие училишта се прават сериозни напори за да им се помогне на одредена категорија на ученици да се стекнат со основно образование. Во врска со ова, Судскиот совет забележува дека правилата за запишување на децата во специјални училишта не упатуваат на етничкото потекло на учениците, туку со нив се настојува да се постигне легитимна цел да се прилагоди образовниот систем на потребите, склоностите и хендикепот на децата.

126. Судскиот совет особено забележува дека жалителите не успеале да ги побијат наодите на експертите дека нивните тешкотии во учењето се такви што ги спречуваат да ја следата наставната програма во редовните училишта. Натаму се забележува дека родителите на жалителите не презеле никакви дејствија, дури и тие самите побарале нивните деца да се запишат или да останат во специјалните училишта.

127. Судскиот совет во неговата пресуда прифаќа дека не е лесно да се избере образовен систем кој ќе ги помири различните спротивставени интереси и дека се чини дека нема идеално решение. Сепак, иако прифаќа дека изнесените статистички докази откриваат бројки кои загрижуваат и дека општата состојба во Република Чешка во однос на образованието на децата Роми е далеку од совршена, Судскиот совет смета дека конкретните докази изнесени пред него не му овозможуваат да заклучи дека запишувањето на жалителите, или во некои примери, продолжувањето на школувањето во специјалните училишта е резултат на расна предрасуда.

## **Б. Поднесоци на странките**

### *1. Жалителите*

128. Жалителите тврдат дека ограниченото толкување од страна на Судскиот совет на концептот на дискриминација е некомпатибилно не само со целта на Конвенцијата, туку и со прецедентното право на Судот и на другите јурисдикции во Европа и пошироко.

129. Тие прво бараат од Големиот судски совет да го коригира нејасниот и контрадикторен тест кој Судскиот совет го применил при одлучувањето дали имало дискриминација. Тие забележуваат дека, иако од една страна се потврдува воспоставеното начело дека доколку одредена политика или општа мерка има непропорционално штетно влијание на група на лица, не може да се исклучи можноста таквата политика или мерка да се смета за дискриминаторска, дури и кога таа не е конкретно насочена или упатена кон таа група. Судскиот совет сепак се оддалечил од претходното прецедентно право на Судот (видете *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, §44, ECHR 2000-IV; *Hoogendijk v. the Netherlands*

(dec.), no. 58641/00, 6 јануари 2005 г.; and *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 и 43579/98, §157, ECHR 2005-VII) погрешно барајќи од жалителите да докажат намера за дискриминација од страна на чешките власти. Според тврдењата на жалителите таквото барање е нереално и нелогично со оглед на тоа што прашањето дали специјалните училишта имаат за цел сегрегација според етничка припадност или не е ирелевантно, имајќи предвид дека токму тоа е резултатот што тие го произведуваат во праксата. Реалноста е дека добронамерни актери често спроведуваат дискриминаторски практики заради незнаење, небрежност или инертност.

130. Жалителите конкретно забележуваат дека во објаснувањето зошто одбил да го пренесе товарот на докажување во случајот *Nachova and Others* (цитиран погоре ст. 157), Судот внимавал да направи разлика меѓу расно мотивирано насилно кривично дело и ненасилно дело на расна дискриминација, на пример, при вработувањето или пружање на услуги. Според нивните тврдења, расната дискриминација во пристапот кон образование спаѓа токму во втората категорија на дискриминаторски акти кои може да се докажат и без присуство на намера. Неодамна, Судот донел одлука во случајот *Zarb Adami v. Malta*(no. 17209/02, §§ 75-76, ECHR 2006-VIII) според која разликата во постапувањето не мора да биде предвидена во законодавен текст со цел истата да преставува повреда на членот 14 и дека „долго-воспоставена практика“ или „де факто ситуацијата“ исто така може да доведат до дискриминација. Со оглед на тоа што во предметниот случај жалителите сметаат дека неспорно успеале да докажат постоење на непропорционално влијание, товарот на докажување мора да премине на Владата која треба да докаже дека етничкото потекло на жалителите нема никакво влијание на оспорените одлуки и дека се воспоставени достаточни заштитни одредби против дискриминацијата.

131. Во врска со ова жалителите забележуваат дека во Општа политичка препорака на ЕКРИ бр. 7, ЕКРИ ги повикува државите да ја забранат и директната и индиректната дискриминација, а за ниту еден од овие концепти не е потребно да се докажува постоењето на намера за дискриминирање. Значајно мнозинство на држави-членки на Советот на Европа веќе експлицитно ја забраниле дискриминацијата во делови од нивното национално законодавство без да барат доказ за таква намера и ова се рефлектира во судската пракса на тие држави. Жалителите во овој контекст, меѓу другото, упатуваат на одлуката на Горниот дом од Парламентот на Обединетото Кралство во случајот *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others* (видете став 105 погоре) и на праксата на Судот на правдата на Европските заедници. На крајот тие забележуваат дека индиректната дискриминација исто така е забранета во меѓународното право, вклучително и во Меѓународниот пакт за граѓански и политички права и Конвенцијата за елиминација на расната дискриминација.

132. Следствено, со оглед на суштинската важност на заштитата според членот 14 и потребата таквата заштита да биде делотворна, жалителите сметаат дека би било од помош доколку Судот ги појасни правилата кои ги применил во такви ситуации, за да обезбеди, меѓу другото, дека начелото на недискриминација се толкува и применува конзистентно од страна на двата европски суда. Затоа, жалителите побараа од Големиот судски совет да донесе јасна одлука дека намерата не е неопходна за да се докаже дискриминација според членот 14, освен во случаи - како што се расно мотивирано насилство - во кои намерата веќе е елемент на основното казниво дело.

133. Во конкретниот случај, жалителите не тврдат дека надлежните власти во релевантниот период имале навредливи расистички ставови кон Ромите или дека тие имале намера да ги дискриминираат Ромите, или дури дека не успеале да преземат позитивни мерки. Сè што жалители требало да докажат - и според нивните тврдења тие во тоа и успеале- било дека властите ги подложиле жалителите на штетни разлики во постапувањето во споредба со лица кои не се Роми, а се во слична ситуација, без објективно и разумно оправдување. Прашањето на заеднички европски стандард, кое го покренала Владата, според гледиштето на жалителите е повеќе политичко прашање и постоењето или непостоењето на таков стандард не е релевантно, со оглед на тоа што еднаквото постапување е обврзувачко правило според меѓународното право.

134. Исто така, жалителите побараа од Големиот судски совет да даде насоки во однос на видот на доказите, вклучително, но и не само за статистичките докази, кои може да бидат релевантни за жалба за повреда на членот 14. Тие забележуваат дека Судскиот совет не ги зел предвид убедливите статистички докази кои тие ги изнеле, без да испита дали или не тие се точни и покрај фатот што истите биле потврдени од независни специјализирани меѓу-владини тела (ЕКРИ; Комитетот за елиминација на расната дискриминација и Советодавниот комитет за Рамковната конвенција за заштита на националните малцинства) и од поднесоците на самата Влада (видете став 41 и ст. 66 погоре). Според овие податоци, иако Ромите претставувале само 5% од сите ученици во основно образование во времето кога била поднесена жалбата, тие преставувале повеќе од 50% од учениците во специјалните училишта. Додека помалку од 2% од учениците кои не се Роми во Острава биле запишани во специјални училишта, преку 50% од децата Роми биле упатени во такви училишта. Воопштено, има дваесет и седум пати поголеми шанси децата Роми да бидат запишани во специјални училишта отколку деца кои не се Роми, а се во слична ситуација.

135. Според гледиштето на жалителите, овие бројки силно сугерираат дека дали преку свесна намера или небрежност која е за осудување, расата или етничката припадност го загрозиле процесот на распоредување на ученици во училиштата, до значителен, можеби и одлучувачки степен. Претпоставката дека тие, како и останатите деца Роми во градот Острава, се жртви на дискриминација врз основа на етничко потекло никогаш не била оспорена. Не е спорно дека како резултат на нивното распоредување во специјални училишта жалителите се стекнале со образование со значително понизок квалитет, споредено со децата кои не се Роми и дека ова делотворно ги лишило од можноста да продолжат со друго средно образование, овен во центрите за стручна обука.

136. Во овој контекст, тие сметаат дека и во Европа и пошироко често се користат статистички податоци во случаи во кои, како и во овој, се однесуваат на дискриминаторско влијание, затоа што понекогаш тоа е единственото средство со кое може да се докаже индиректната дискриминација. Статистичките податоци се прифаќаат како средство за докажување на дискриминација од страна на органите одговорни за набљудување на спроведувањето на инструментите на Обединетите нации и од страна на Судот на правдата на Европската унија. Директивата на Советот 2000/43/ЕС експлицитно предвидува дека индиректната дискриминација може да се утврди со кои било средства „вклучително и врз основа на статистичките докази.“

137. Во однос на институциите според Конвенцијата, жалителите забележуваат дека при утврдувањето на расна дискриминација во случајот *East African Asians v. the United Kingdom*

(nos. 4403/70-4530/70, Commission's report of 14 декември 1973 г., Decisions and Reports 78-A, p. 5) Комисијата ги зела предвид придружните околности, вклучително и статистичките податоци за непропорционалното влијание кое законодавството го имало врз британските државјани од азиско потекло. Неодамна, Судот во одлуката за случајот *Hoogendijk* (цитиран погоре) навел дека иако статистичките податоци сами по себе не се доволни за да се докаже дискриминација, тие - особено кога не се спорни - може да преставуваат *prima facie* докази врз основа на кои од Владата се бара да даде објективно објаснување за различното постапување. Натаму, во пресудата во случајот *Zarb Adami* (цитиран погоре), Судот меѓу другото се потпира на статистички податоци во однос на непропорционалното влијание.

138. Жалителите додаваат дека би било од помош доколку Големиот судски совет го појасни прецедентното право на Судот, со тоа што ќе одлучи дали има објективно и разумно објаснување во целите на членот 14 за разликата во постапувањето во овој случај и да ги наведе заклучоците кои треба да се донесат во отсуство на задоволително објаснување. Упатувајќи, меѓу другото, на пресудите во случаите *Timishev v. Russia* (nos. 55762/00 и 55974/00, § 56, ECHR 2005-XII) и *Moldovan and Others v. Romania (no. 2)* (nos. 41138/98 and 64320/01, § 140, 12 јули 2005 г.), тие истакнуваат дека кога жалителот ќе утврди разлика во постапувањето товарот паѓа на тужената држава да докаже дека тоа било оправдано. Во отсуство на расно неутрално објаснување, би било легитимно да се заклучи дека разликата во постапувањето се заснова на расни основи. Според тврдењата на жалителите, ниту несоодветното познавање на чешкиот јазик, ниту сиромаштијата, ниту различната социоекономска положба не би можеле да претставуваат објективно и разумно оправдување во нивниот случај. Тие негираат дека непропорционално големиот број на деца Роми во специјалните училишта би можел да се објасни со резултатите од тестовите за оценка на интелектуалниот капацитет или со согласноста на родителите (видете исто така ставови 141-42 подолу).

139. Со оглед на важноста на борбата против расната и етничка дискриминација што постојано го истакнуваат институциите во Стразбур, жалителите сметаат дека Големиот судски совет треба јасно да истакне дека „дискреционото право“ на државите не треба да служи за да се оправда сегрегацијата во образованието. Приодот кој го усвоил Судски совет, кој на чешката држава ѝ остава неограничено дискреционо право, не е оправдано со оглед на сериозните наводи за расна и етничка дискриминација во овој случај и истиот не е конзистентен со прецедентното право на Судот. Овој случај уште повеќе го бара вниманието на Судот со оглед на тоа што се однесува на едно од најважните материјални права, имено правото на образование.

140. Жалителите натаму го изнесуваат аргументот дека Судскиот совет погрешно го толкувал клучниот доказ и извлекол несоодветни заклучоци за две одлучувачки прашања, имено за согласноста од родителот и сигурноста на психолошките тестови.

141. Во предметниот период немало усогласени правила за начинот на кој биле спроведувани тестовите кои ги користат образовно-психолошките центри и како биле толкувани нивните резултати, па така многу им се остава на слободата на одлучување на психолозите, при што има значаен простор за расна предрасуда и културна нечувствителност. Натаму, тестовите на кои биле приморани тие и останатите деца Роми се со научни грешки и се образовно несоодветни. Документираните докази покажуваат дека одреден број од жалителите биле запишани во специјални училишта заради причини кои не се поврзани со интелектуални

недостатоци (како што се изостанување од наставата, лошо однесување, па дури и лошо однесување од страна на родителите). Самата чешка Влада го прифаќа дискриминаторското влијание на тестовите (видете став 66 погоре). Владата во нејзините поднесоци во однос на предметниот случај исто така прифаќа дека еден од жалителите бил запишан во специјално училиште и покрај тоа што поседувал добри вештини за вербална комуникација.

142. Според тврдењата на жалителите, дискриминаторското постапување на кое биле подложени не може да се оправда ниту со согласноста на нивните родители за нивно запишување во специјални училишта. Владите се правно обврзани да го заштитиуваат примарниот интерес на детето и особено еднаквото право на сите деца на образование. Ниту однесувањето, ниту изборот од страна на родителите не може да ги лиши од тоа право.

Кредебилитет на „согласноста“ наводно дадена од родителите на неколку од жалителите се доведува во прашање заради неконзистентностите во училишната евиденција, што покренува сомнежи дали тие навистина се согласиле. Во секој случај, дури и да се претпостави дека сите родители дале согласност, таа нема правна вредност со оглед на тоа што засегнатите родители никогаш не биле соодветно информирани за нивното право да не дадат согласност, или за алтернативите на запишувањето во специјални училишта или за ризикот и последиците од запишување во такво училиште. Постапката била само формална: на родителите им бил даден претходно пополнет формулар и резултатите од психолошките тестови, резултати за кои тие верувале дека немаат право да ги оспорат. Што се однесува до наводното право подоцна да се побара преминување во редовно училиште, жалителите истакнуваат дека уште од првата година на училиште тие се стекнуваат со образование кое е со значајно пониско ниво, со што им се оневозможува потоа да ги исполнат барањата во редовните училишта.

Натаму, не е реално да се разгледува прашањето на согласност без при тоа да се земе предвид историјата на сегрегацијата на Ромите во образованието и отсуството на соодветни информации за изборот кој го имаат родителите Роми. Во однос на гледиштето кое го изнесува Судот (видете *Håkansson and Sturesson v. Sweden*, 21 февруари 1990 г., § 66, Series A no. 171-A) дека откажувањето од правата може да биде законско за одредени права, но не и за други права и дека откажувањето од правата не смее да биде спротивно на кој било јавен интерес, жалителите тврдат дека не може да има откажување од правото на детето да не биде расно дискриминирано во образованието.

143. Во конкретниот случај се покренува „сериозно прашање од општа важност“, имено дали европските Влади се способни да се справат со растечката расна и етничка разновидност и да ги заштитат ранливите малцинства. Во врска со ова, најважното прашање е прашањето на еднаквост на можностите во образованието, со оглед на тоа што дискриминацијата против Ромите во оваа сфера континуирано се јавува во сите држави-членки на Советот на Европа. Ставањето на крај на дискриминација во училиштата на Ромите ќе им овозможи да уживаат општа еднаквост во постапувањето.

144. Расната сегрегација на децата Роми во чешките училишта не е суштински сменета од датумот на кој е поднесена жалбата. Иднината и бесперспективноста на самите жалители ја покажува штетата предизвикана од дискриминаторското запишување во специјални училишта. Така во мај 2006 г., осум од жалителите и натаму го продолжуваат образованието во специјални училишта, додека уште шест од жалителите кои го завршиле образованието

во специјални училишта се невработени. Од четирите жалители на кои им било дозволено да посетуваат настава во редовните училишта, по полагање на тестовите за способност, двајца жалители сè уште се на училиште, еден е невработен и четвртиот е запишан во средно училиште за стручно образование. Жалителите сметаат дека веќе било јасно дека ниту еден од нив нема да заврши гимназиско средно образование, а уште помалку ќе се стекне со универзитетска диплома.

145. На крајот, жалителите истакнуваат дека новиот Закон за училишта е донесен на крајот од 2004 г., со цел да стави крај на системот на специјални училишта. Со новото законодавство така се признава дека со самото постоење на училишта кои се сметаат за „специјални“ на сите ученици во таквите училишта им се лепи етикетата за нивна инфериорност. Реално, сепак, новиот Закон не донел промени во праксата, затоа што со истиот само се смениле критериумите врз основа на кои се засновани образовните програми. Сеопфатното истражување спроведено од Европскиот центар за правата на Ромите, во 2005 г. и 2006 г. покажува дека во многу случаи специјалните училишта едноставно се преименувани во „дополнителни училишта“ или „практични училишта“, без суштествена промена на составот на наставниот кадар или содржината на наставната програма.

## *2. Владата*

146. Владата подвлекува дека случајот покренува сложени прашања во однос на социјални проблеми поврзани со положбата на Ромите во современото општество. Иако Ромите навидум ги уживаат истите права како и останатите граѓани, во реалноста нивните перспективи се ограничени и од објективни и од субјективни фактори. Нивната ситуација не може да се подобри доколку не се инволвираат и доколку нема заложба од сите припадници на ромската заедница. Кога се обидуваат да ги отстранат ваквите нееднаквости, државите-членки се соочуваат со бројни политички, социјални, економски и технички проблеми, кои го надминуваат опфатот на прашањето на почитување на основните права. Токму од овие причини судовите, вклучувајќи го и Европскиот суд за човекови права морале да дејствуваат со доза на воздржаност при разгледување на мерките донесени на ова поле и да се ограничат на донесување одлука за тоа дали националните власти ги надминале нивните дискрециони права.

147. Во однос на нивните претходни писмени и усни поднесоци, Владата повторува дека расата, бојата на кожата или припадноста на национално малцинство немале одлучувачка улога во образованиот на жалителите. Нема конкретни докази за разлики во постапувањето со жалителите врз погорните основи. Училишните досиеја на жалителите вон секако сомнение покажуваат дека нивното запишување во специјални училишта не се заснова на нивното етничко потекло, туку врз резултатите од психолошките тестови спроведени во образовно-психолошките центри. Со оглед на тоа што жалителите биле запишани во специјални училишта поради нивните специфични образовни потреби кои резултираат од нивниот интелектуален капацитет и со оглед на тоа што критериумите, како и постапката во која се применуваат критериумите и системот на специјални училишта се расно неутрални, како што потврдува Судскиот совет во неговата пресуда, во конкретниот случај не е можно да се зборува за отворена или директна дискриминација.

148. Владата потоа се осврнува на аргументите на жалителите дека во конкретниот случај се работи за индиректа дискриминација, која во одредени случаи може да се докаже само со

помош на статистички податоци. Тие сметаат дека случајот *Zarb Adami* (цитиран погоре), во кој Судот силно се потпрел врз статистичките податоци поднесени од странките, не е споредлив со конкретниот случај. Прво, случајот *Zarb Adami* е далеку поедноставен случај. Второ, статистичките разлики утврдени во тој случај меѓу бројот на мажи и жени кои биле повикани да ја исполнат должноста на поротник се резултат на одлука донесена од страна на државата, додека статистичките податоци поднесени од жалителите во конкретниот случај се првенствено одраз на желбите на родителите нивните деца да посетуваат специјални училишта, а не се одраз на дејствие или пропуст од страна на државата. Доколку родителите не изразиле таква желба (давајќи ја нивните согласност) децата немало да бидат запишани во специјално училиште.

Натаму, статистичките информации кои се поднесени во конкретниот случај од жалителите не се доволно уверливи, со оглед на тоа што податоците се дадени од директорите на училиштата и затоа се одраз на нивните субјективни мислења. Нема официјални информации за етничкото потекло на учениците. Владата натаму смета дека статистиката нема никаква информативна вредност доколку нема оценка на социјалната и културна историја на Ромите, нивната семејна ситуација и нивниот став кон образованието. Владата во врска со ова истакнува дека во регионот Острава се наоѓаат најголемите ромски заедници во Република Чешка.

Во однос на компаративните студии за земјите од Централна и Источна Европа и пошироко цитирани во интервенциите на третите страни, Владата смета дека нема релевантна врска меѓу тие статистички податоци и суштинските прашања во предметниот случај. Според Владата, тие студии се чини дека потврдуваат дека создавањето на образовен систем оптимизиран за децата Роми е особено сложена задача.

149. Сепак, дури и да се претпостави дека податоците поднесени од жалителите се веродостојни и дека државата би можела да се смета за одговорна за ситуацијата, тоа, според мислењето на Владата, не може да се смета за индиректна дискриминација која е спротивна на Конвенцијата. Спорната мерка е конзистентна со начелото на недискриминација и е во служба на легитимна цел, имено прилагодувањето на образовниот процес на капацитетите на децата со специфични образовни потреби. Тоа исто така е објективно и разумно оправдано.

150. Во врска со ова последново, Владата го оспорува тврдењето на жалителите дека Владата не дала какво било задоволително објаснување во однос на големиот број на Роми во специјалните училишта. Иако прифаќа дека ситуацијата на Ромите во областа на образованието не е идеална, Владата смета дека таа покажала дека специјалните училишта не се основани за ромската заедница и дека етничкото потекло не било критериум при одлучување децата да бидат запишани во специјалните училишта. Владата повторува дека запишувањето во специјални училишта е можно само по претходен педагошки и психолошки индивидуализиран тест. Постапката за тестирање е техничка алатка која е предмет на континуирани научни истражувања, поради што истата може да ја користи само квалификуван персонал. Судовите не ги поседуваат потребните квалификации и затоа морале да покажат одреден степен на воздржаност на ова поле. Што се однесува до професионалните стандарди на кои упатува Меѓународното здружение - Чекор по чекор и останатите, Владата нагласува дека тие не претставуваат правни норми со сила на закон, туку се необврзувачки препораки и насоки од специјалисти и дека нивното неприменување не би можело по дефиниција да повлече меѓународно правна одговорност.

151. Досиејата на секој од жалителите содржат детални податоци за методите кои се користени и за резултатите од тестирањето. Во тоа време тестовите и резултатите не биле оспорени од страна на кој било жалител. Наводите на жалителите дека психолозите следеле субјективен приод се чини дека се пристрасни и не се засноваат на какви било докази.

152. Владата уште еднаш подвлекува дека можеби имало ретки ситуации во кои причината за запишување во специјално училиште е на граница меѓу тешкотии во учењето и маргинализиранана социјална и културна средина. Од осумнаесетте случаи, ова се чини дека се случило само во еден случај- деветтиот жалител. Инаку, педагошко-психолошката дијагностика и тестирањето при образовно-психолошките центри ги потврдиле тешкотиите во учењето на сите жалители.

153. Образовно-психолошките центри кои ги спровеле тестови даваат само препорака за видот на училиштето каде треба да се запише детето. Суштинскиот, одлучувачки фактор се желбите на родителите. Во конкретниот случај, родителите биле информирани дека запишувањето на нивното дете во специјално училиште зависи од нивната согласност и им биле објаснети последиците од таква одлука. Доколку последиците на нивната согласност не биле целосно јасни, тие можеле да поднесат жалба против одлуката за запишување и во кое било време можеле да побараат нивното дете да биде пренесено во друг вид на училиште. Доколку, како што сега тврдат, тие не биле соодветно информирани пред да дадат согласност, тие требало да побараат информации од надлежните органи. Владата во врска со ова забележува дека членот 2, од Протоколот бр. 1 ја нагласува примарната улога и одговорност на родителите за образованието на нивните деца. Државата не би можела да интервенира доколку однесувањето на родителите со ништо не покажува дека не можеле или дека не сакале да одлучат за тоа која е најсоодветната форма на образование за нивните деца. Вмешувањето од таков вид би било спротивно на начелото дека државата мора да ги почитува желбите на родителите во однос на образованието и наставата.

Во дадениот случај, Владата забележува дека освен жалбата до Уставниот суд и поднесување жалба до Европскиот суд за човекови права, родителите на жалителите во целина не направиле ништо за да ги поштедат нивните деца од наводното дискриминаторско постапување и имале релативно пасивна улога во нивното образование.

154. Владата ги одбива аргументите на жалителите според кои нивното запишување во специјални училишта ги спречило да продолжат со средно или високо образование. Без оглед на тоа дали жалителите го завршиле задолжителното образование пред или по стапувањето во сила на новиот Закон за училишта (Закон бр. 561/2004), тие имале отворена можност да продолжат со средно образование, да посетуваат дополнителна настава за да постигнат соодветно ниво или да побараат совет за можна професија. Сепак, ниту еден од жалителите не докажал дека се обидел со било која од погорните активности (па дури и да биле неуспешни) или дека неговите (наводни) тешкотии се должат на ограниченото образование со кое се стекнал како резултат на неговото претходно запишување во специјално училиште. Сосема спротивното, неколку од жалителите одлучиле да не го продолжат образованието или го напуштиле училиштето. Владата е цврсто уверена дека жалителите себеси си ја одзеле можноста да го продолжат образованието заради немање интерес од нивна страна. Нивната ситуација, која во многу случаи не е поволна, главно произлегува од фактот што тие самите не се заинтересирани, а за ова Владата не би можела да се смета за одговорна.

155. Влада прифаќа дека националните власти мораат да преземат разумни чекори за да обезбедат дека мерките не резултираат со непропорционално влијание, или доколку тоа не е можно, да го ублажат и надоместат таквото влијание. Сепак, ниту Конвенцијата, ниту кој било друг меѓународен инструмент не содржи општа дефиниција за позитивните обврски на државата во врска со образованието на учениците Роми, или поопшто за децата од националните или етничките малцинства. Владата во врска со ова забележува дека при определување на позитивните обврски на државата, Судот понекогаш упатува на развојот на законодавството на државите-членки. Сепак, Владата вели дека моментно не постои ниту еден европски стандард, или пак консензус во однос на критериумите кои треба да се користат за да се определи дали децата треба да се запишат во специјални училишта или како треба да се образуваат децата со посебни образовни потреби, а специјалното училиште е едно од можните и прифатливи решенија за проблемот.

156. Натаму, позитивните обврски според членот 14 од Конвенцијата не може да се толкуваат во смисла на обврска за преземање на афирмативни мерки. Тоа мора да остане како можност. Од членот 14 не може да се извлече заклучок дека државите имаат општа обврска активно да ги надоместат сите хендикепи од кои страдаат различни делови од населението.

157. Во секој случај, со оглед на тоа што специјалните училишта мора да се сметаат за алтернатива, а не како форма на образование со послаб квалитет, Владата тврди дека во предметниот случај таа презела разумни мерки за да се надомести хендикепот на жалителите, на кои им било потребно специјално образование, како резултат на нивната индивидуална состојба и дека Владата не ги надминала дискреционите права кои Конвенцијата им ги дава на државите во областа на образованието. Владата подвлекува дека државата доделила два пати повеќе ресурси за специјалните училишта во споредба со редовните училишта и дека националните власти презеле значајни напори за да се справат со сложеното прашање на образование на децата Роми.

158. Владата натаму дава информации за моментната ситуација на жалителите добиени од нивните досиеја од училиштата и Агенцијата за вработување на Острава (каде се пријавиле оние жалители кои се невработени). Прво, Владата забележува дека регионот Острава е погоден од висока стапка на невработеност и дека воопштено младите кои завршиле само основно образование имаат тешкотии да најдат вработување. Иако од една страна можно е да се стекнат квалификации и совети за можна професија од државата, од суштинска важност е активното учество на барателот на вработување.

Конкретно, двајца жалители сега ја завршуваат последната година од основното образование. Седум жалители започнале со стручно образование во средно училиште во септември 2006 г. Четири започнале, но подоцна го напуштиле образованието во средно училиште, што се должи на фактот што најголем од нив немаат интерес за да продолжат со образованието, па наместо тоа се пријавиле во Агенцијата за вработување. На крајот пет од жалителите не се обиделе да го продолжат образованието во средно училиште, туку се пријавиле во Агенцијата за вработување. Оние жалители кои се пријавиле во Агенцијата за вработување не соработувале со истата или не покажале никаков интерес за понудите за обука или вработување кои им биле давани, па следствено некои од нив се избришани од списокот на баратели на работа (некои од нив биле симнати од списокот повеќе пати).

159. На крајот, Владата ги отфрла тврдењата на жалителите дека ништо не се сменило по донесувањето на Законот за училишта (Закон бр. 561/2004). Законот ги унифицира претходните видови на основни училишта и ги стандардизира образовните програми. Законот не предвидува одвоен, независен систем на специјални училишта, со исклучок на училишта за ученици со сериозни ментални пореметувања, аутизам или комбиниран ментален и физички хендикеп. Учениците со хендикеп се индивидуално интегрирани, секаде каде е тоа возможно и пожелно, во редовните училишта. Сепак, училиштата имаат надлежност да формираат посебни паралелки каде се користат образовни техники и методи прилагодени на нивните потреби. Претходните „специјални училишта“ можеле и натаму да продолжат да функционираат како посебни институции, но сега како „основни училишта“ кои обезбедуваат настава според прилагодена образовна програмна за основно образование. Училиштата во кои се образуваат децата од социјално маргинализираните слоеви често го користат нивното право да отворат позиции за помошници на наставниците и подготвителни паралелки, кои имаат за цел да ги подобрат комуникациските вештини на децата и познавањето на чешкиот јазик. Помошниците на наставниците од ромската заедница често служат како врска меѓу училиштето, семејството и во одредени случаи и со други стручни лица и ја помагаат интеграцијата на учениците во образовниот систем. Регионот каде живеат жалителите се залага за интегрирање на учениците Роми во паралелките составени од деца од мнозинското население.

160. Во заклучните согледувања, Владата побара од Судот внимателно да го разгледа прашањето на пристап кон образованието на жалителите на индивидуално основа, без да се губи од предвид вкупниот контекст и да утврди дека нема повреда на Конвенцијата.

### 3. Интервенции на трети страни

#### (a) Interights и Human Rights Watch

161. Interights и Human Rights Watch изјавија дека е од суштинска важност членот 14 од Конвенцијата да обезбеди делотворна заштитата од индиректна дискриминација, концепт кој Судот немал многу можности да го разгледува. Тие тврдат дека одредени аспекти од образложението на Судскиот совет не се во согласност со развојот на прецедентното право, особено по неодамнешните случаи како што се *Timishev* (цитирано погоре), *Zarb Adami* (цитирано погоре) и *Hoogendijk* (цитирано погоре). Големiot судски совет треба да даде одлучно толкување на членот 14 и да го доведе прецедентното право на Судот за прашањето на индиректна дискриминација во согласност со постоечките меѓународни стандарди.

162. Interights и Human Rights Watch забележуваат дека самиот Суд потврдил во случајот *Zarb Adami* дека дискриминацијата не секогаш е директна или експлицитна и дека одредена политика или општа мерка може да резултира со индиректна дискриминација. Судот исто така прифатил дека во случаи на индиректна дискриминација не треба да се утврдува постоење на намера (видете *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, по. 24746/94, § 154, 4 мај 2001 г.). Според нивните тврдења, во случаи на индиректна дискриминација доволно е практиката или политиката да резултирале со непропорционално негативно влијание врз одредена група.

163. Што се однесува до доказот за индиректна дискриминација, во Европа и на меѓународно ниво широко е прифатено, како што впрочем прифатил и Судот (видете *Timishev*, цитирано погоре, ст. 57, и *Hoogendijk*, цитирано погоре), дека товарот на докажување мора да се пренесе веднаш штом ќе се утврди *prima facie* случај на дискриминација. Во случаите на индиректна дискриминација, во кои жалителот покажал дека значајно поголем број на луѓе од одредена категорија се ставени во понеповолна положба заради одредена политика или практика, се јавува претпоставка за дискриминација. Товарот тогаш се пренесува на државата која треба да ги побие основите на *prima facie* случајот или да даде оправдување за ова.

164. Затоа од суштинска важност е Судот да разгледа каков тип на докази може да се изнесат со цел да се пренесе товарот на докажување. Interights и Human Rights Watch во врска со ова укажуваат на тоа дека позицијата на Судот во однос на статистичките докази, каква што е изнесена во случајот *Hugh Jordan* (цитиран погоре ст. 154), отстапува од меѓународната и компаративната пракса. Според Директивите на Советот и меѓународните инструменти, статистичките податоци се клучен метод за докажување на индиректна дискриминација. Кога мерките навидум се неутрални, статистичките податоци понекогаш се покажуваат како единственото делотворно средство за идентификување на различното влијание на таквите мерки врз различни делови од општеството. Очигледно, судовите мораат да ја оценат веродостојноста, силината и релевантноста на статистичките податоци во однос случајот кој се разгледува, барајќи истите да бидат поврзани на конкретен начин со наводите на жалителот.

Доколку, сепак, Судот го задржи ставот дека статистичките податоци сами по себе не се достаточни за да се утврди дискриминаторска практика, Interights и Human Rights Watch тврдат дека треба да се земе предвид општиот општествен контекст, бидејќи тоа дава значаен увид во степенот до кој е непропорционално влијанието на предметната мерка врз жалителите.

#### **(б) Меѓународна организација за малцински права, Европска мрежа против расизам и Европскиот информативен центар за Ромите**

165. Меѓународната организација за малцински права, Европска мрежа против расизам и Европскиот информативен центар за Ромите тврдат дека неоправданото запишување на децата Роми во специјални училишта за ментално хендикепирани е најочигледната и најлоша форма на дискриминација на Ромите. Децата во вакви специјални училишта следат поедноставена наставна програма која се смета за соодветна за нивното пониско ниво на интелектуален развој. Така на пример, во Република Чешка, од децата во специјалните училишта не се очекува да ја знаат азбуката или бројките до десет сè до третата или четвртата година од нивното основно образование, додека нивните врстници во редовните училишта таквите знаење ги совладуваат уште во првата година од основното образование.

166. На оваа практика ѝ се обраќа сè повеќе внимание и на европско ниво и во рамките на телата за човекови права на Обединетите нации, кои во повеќе извештаи ја изразила својата загриженост во однос на преголемата застапеност на децата Роми во специјалните училишта, потоа во однос на соодветноста на тестовите кои се користат и квалитетот на наводната согласност на родителите. Сите овие тела утврдиле дека нема објективно или разумно оправдување кое би можело да му даде легитимитет на понеповолното постапување

со кое се соочуваат децата Роми на полето на образованието. Нивото на конзистентност на ставовите на институциите и квази-судските тела убедливо потврдува постоење на широко распространета дискриминација на децата Роми.

167. Третите страни додаваат дека каква и да е користа од одвоено образование на децата со вистински ментален хендикеп, одлуката децата Роми да се запишуваат во специјални училишта во најголем број од случаите не се заснова на реален ментален хендикеп, туку се должи на јазичните и културни разлики кои не се земени предвид во постапката на тестирање. Со цел да ја исполнат нивната обврска да обезбедат еднакво постапување со Ромите во користењето на нивното право на образование, првото барање кое треба да го исполнат државите е да ја изменат постапката за тестирање со цел истата да не биде неповолна во расна смисла за Ромите и да преземат позитивни мерки во областа на изучување на јазиците и обуките за стекнување на социјални вештини.

**(в) Меѓународно здружение – Чекор по чекор, Фонд за образование на Ромите и Европското здружение за истражување на образованието во раното детство**

168. Меѓународно здружение – Чекор по чекор, Фондот за образование на Ромите и Европското здружение за истражување на образованието во раното детство настојуваат да докажат дека оценката која се користи за да се запишат децата Роми во специјални училишта во регионот Острава не ги зема превид бројните делотворни и соодветни индикатори кои се добро познати во средина на 90-тите години (видете став 44 погоре). Според нивните тврдења, оценката не ги зела предвид јазикот и културата на децата, нивното претходно образовно искуство, или нивното непознавање на тоа што се бара од нив во ситуација кога се тестираат. Наместо повеќе, се користел само еден извор на докази. Тестирањето било извршено еднаш во одреденото време, а не било спроведувано тестирање во определен подолг временски период. Доказите не се прибрани во реалниот или автентичниот контекст каде децата можеле да ги покажат способностите за учење. Несоодветно фокусот е ставен врз индивидуално спроведени, стандардизирани тестови нормирани за другите делови од населението.

169. Упатувајќи на различни студии кои биле спроведени (видете став 44 погоре), третите страни забележуваат дека малцинските деца и децата од ранливите семејства се премногу застапени во специјалното образование во Централна и Источна Европа. Ова е резултат на низа фактори, вклучително и ненамерна расна предрасуда од страна на училишните органи, големи разлики во ресурсите, неоправданото потпирање на коефициентот на интелигенција и други алатки за оценка, несоодветниот одговор на наставниците на притисокот кој произлегува од тестирање кое има огромно влијание и разликата во моќта која ја имаат родителите припадници на малцинствата и службените лица на училиштата. Запишување во училиште преку психолошко тестирање често ги одразува расните предрасуди во засегнатото општество.

170. Република Чешка е позната по тоа што ги издвојува децата во сегрегирана средина заради „социјалната маргинализација“. Според споредбата на податоците за петнаесет земји собрани од Организацијата за економска соработка и развој (ОЕЦД) во 1999 г. (видете став 18 *in fine* погоре), Република Чешка е на трето место по запишување на ученици со тешкотии во учењето во специјални училишта. Од осумте земји кои дале податоци за запишување на учениците во одреден вид на училиште како резултат на социјалните фактори, Република

Чешка е единствената која користи специјални училишта; останатите земји скоро исклучиво користат редовни училишта за образование на тие ученици.

171. Натаму, практиката децата кои се означени како деца со неразвиени способности да се упатуваат во специјални училишта уште од рана возраст (следење според образованието) често, намерно или не, доведува до расна сегрегација и има особено негативно влијание на нивото на образование на децата од маргинализираните средини. Ова има долгорочни негативни последици и за нив и за општеството, вклучително и прерано исклучување од образовниот систем, што пак резултира со губење на можностите за вработување на засегнатите лица.

**(г) Меѓународна федерација за човекови права – ФИДХ (*Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme* – FIDH)**

172. ФИДХ смета дека Судскиот совет во својата пресуда неоправдано придава голема тежина на влијанието на согласноста која наводно ја дале родителите на тужителите врз ситуацијата на која жалителите се жалат во жалбата поднесена до Судот. Федерацијата забележува дека според прецедентното право на Судот има ситуации во кои откажувањето од одредено право не се смета дека ја иззема државата од обврската на сите лица под нејзина јурисдикција да им ги гарантира правата и слободите предвидени во Конвенцијата. Тоа особено се однесува на ситуации во кои откажувањето е спротивно на важен јавен интерес или не било експлицитно или неоповикливо дадено. Натаму, со цел да може да се оправда ограничувањето на правата или слободите на поединецот, откажувањето од таквата гаранција од страна на засегнатото лице мора да се даде во околности од кои може да се заклучи дека лицето било целосно свесно за последиците, особено за законските последици на неговиот избор. Во случајот на *R. v. Borden* ([1994] 3 RCS 145, стр. 162), Врховниот суд на Канада го утврдил следново начелото токму за ова прашање: „со цел откажувањето од правото... да биде делотворно, лицето кое се откажува мора да ги поседува неопходните информации кои ќе бидат во основата на вистинското откажување од даденото право. Правото на избор бара не само волја да се претпочита една или друга опција, туку и достаточни информации со цел таквото претпочитање да има значење.“

173. Затоа се јавува прашањето дали во светлина на карактерот на начелото на еднакво постапувањето и врската меѓу забраната на расна дискриминација и поширокиот концепт на човековото достоинство, откажувањето од правото на заштита од дискриминација треба целосно да се оневозможи. Во конкретниот случај, согласноста добиена од родителите на жалителите е обврзувачка не само за жалителите, туку и за сите деца од ромската заедница. Сосема е возможно, а според Федерацијата сосема е веројатно дека сите родители на деца Роми би претпочитале интегрирано образование за нивните деца, но со оглед на несигурноста во однос на изборот кој ќе го направат другите родители во таква ситуација, тие ја претпочитаат „сигурноста“ која ја нуди специјалното образование со кое е опфатено мнозинството на децата Роми. Во контекст обележан со историја на дискриминација против Ромите, изборот кој им е достапен на родителите на децата Роми е избор меѓу (а) запишување на нивните деца во училишта во кои нивната управа не е волна да ги прими и каде се плашат дека ќе бидат изложени на различни форми на вознемирување и појави на непријателство од страна на нивните соученици или наставници, или (б) запишување на децата во специјални училишта каде децата Роми се најголемото мнозинство и каде следствено тие не би морале да се плашат од појави на такви предрасуди. Во реалноста, родителите на жалителите го избрале она за кое тие сметале дека е помало од двете зла, во отсуство на каква било реална

можност да бидат опфатени со интегрирано образование во кое децата Роми би биле примени без никакви резерви. Несразмерноста меѓу двете алтернативи е таква што родителите на жалителите биле приморани да направат избор за кој Владата сега настојува да ги повика на одговорност.

174. Поради погоре изнесените причини, Федерацијата смета дека во околностите на конкретниот случај, наводното откажување од страна на родителите на жалителите од правото на нивните деца да се стекнат со образование во редовните училишта не може да го оправда изземањето на Република Чешка од нејзините обврски според Конвенцијата.

## **В. Оценка на Судот**

### *1. Сумирање на главните начела*

175. Судот во неговото прецедентно право утврдил дека под дискриминација се подразбира различно постапување без објективно и разумно оправдување на лица во слична ситуација (видете *Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV, и *Okpiz v. Germany*, no. 59140/00, § 33, 25 октомври 2005 г.). Сепак, членот 14 не им забранува на државите-членки со дадени групи да постапуваат различно со цел да се коригираат „фактични нееднаквости“ меѓу нив; навистина во одредени околности непреземањето обид да се исправи нееднаквоста преку различно постапување може само по себе да доведе до повреда на членот (видете *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium* (merits), 23 јули 1968 г., p. 34, § 10, Series A no. 6; *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000-IV; и *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 65731/01, §51, ECHR 2006-VI). Судот исто така прифаќа дека одредена општа политика или мерка која има непропорционално штетно влијание врз одредена група може да се смета дискриминаторска без оглед на тоа што истата не е конкретно насочена против таа група (видете *Hugh Jordan*, цитирано погоре и *Hoogendijk*, цитирано погоре) и дека дискриминација потенцијално спротивна на Конвенцијата може да резултира од де факто ситуација (видете *Zarb Adami*, цитирано погоре).

176. Дискриминацијата, меѓу другото, врз етничкото потекло на лицето е форма на расна дискриминација. Расната дискриминација е особено навредлив вид на дискриминација и со оглед на нејзините опасни последици, бара од властите особено внимание и одлучна реакција. Токму поради оваа причина властите мора да ги искористат сите достапи средства за борба против расизмот, со што се зајакнува демократската визија за општество во кое разновидноста не се смета за закана, туку како извор на богатство (видете *Nachova*, цитирано погоре и *Timishev*, цитирано погоре). Судот исто така смета дека никакви разлики во постапувањето кои се засновани само или во одлучувачка мерка на етничкото потекло на лицето не може објективно да се оправдаат во едно современо демократско општество засновано на начелата на плурализмот и почитувањето на различните култури (видете *Timishev*, цитирано погоре ст. 58).

177. Што се однесува до товарот на докажување во оваа сфера, Судот утврдил дека штом жалителот покажал разлика во постапувањето, тогаш Владата е таа која треба да докаже дека таквото постапување е оправдано (меѓу други авторитативни мислење видете *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 и 28443/95, §§ 91-92, ECHR 1999-III, и

*Timishev*, цитирано, ст. 57).

178. Што се однесува до прашањето што претставува *prima facie* доказ со кој може да се пренесе товарот на докажување врз тужената држава, во случајот *Nachova and Others* (цитирано погоре ст. 147) Судот подвлекол дека во постапката пред Судот нема процедурални пречки за допуштеноста на доказите или претходно определени формули за негова оценка. Судот донесува заклучоци кои според него се поддржани со слободна оценка на сите докази, вклучително и на индикациите кои може да произлезат од фактите и поднесоците на странките. Според утврденото прецедентно право на Судот, доказот може да произлезе од коегзистенцијата на достаточни силни, јасни усогласени индикации или слични неспорни претпоставки за фактите. Натаму, нивото на уверливост потребно за да се дојде до одреден заклучок и во врска со ова поделбата на товарот на докажување се тесно поврзани со специфичните одлики на фактите, природата на изнесените наводи и правото од Конвенцијата за кое станува збор.

179. Судот исто така прифаќа дека не во сите постапки според Конвенцијата може строго да се примени начелото *affirmanti incumbit probatio* (тој кој изнесува наводи мора да ги докаже тие наводи, видете *Aktaş v. Turkey*, no. 24351/94, § 272, ECHR 2003-V). Во одредени околности, во кои предметните настани се целосно или во голем дел во рамките на исклучивото познавање на властите, товарот на докажување може да се смета дека го имаат властите кои треба да дадат задоволително и убедливо објаснување (видете *Salman v. Turkey* [GC], no. 21986/93, § 100, ECHR 2000-VII, и *Anguelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, §111, ECHR 2002-IV). Во случајот *Nachova and Others* (цитиран погоре ст. 157), Судот не ја исклучува можноста да побара од тужената Влада да поднесе докази против спорен навод на дискриминација во одредени случаи, дури иако смета дека тоа би било тешко во тој конкретен случај во кој наводот се однесувал на акт на насилство мотивиран од расна предрасуда. Во врска со ова, Судот забележува дека во правните системи на многу земји доказот за дискриминаторското влијание на одредена политика, одлука или практика ја укинува потребата да се докаже намерата да се стори наводната дискриминација при вработување или во пружањето на услуги.

180. Во однос на прашањето дали статистичките податоци може да преставуваат докази, во минатото Судот кажал дека статистичките податоци сами по себе не може да откријат практика која може да се квалификуваа како дискриминаторска (видете *Hugh Jordan*, цитирано погоре, ст. 154). Сепак, во понови случаи за прашањето на дискриминација во кои жалителите изнесуваат наводи за разлика која се појавува како резултат на општа мерка или како де факто ситуација (видете *Hoogendijk*, цитирано погоре и *Zarb Adami*, цитирано погоре ст. 77-78), Судот во голема мерка се потпрел на статистичките податоци изнесени од странките за да утврди разлика во постапувањето со две групи (мажи и жени) во слични ситуации.

Така во случајот *Hoogendijk* Судот изјавил: „Кога жалителот може да покаже, врз основа на неспорни официјални статистички податоци, постоење на *prima facie* индикации дека одредено правило - иако формулирано на неутрален начин - всушност влијае врз евидентно повисок процент на жени отколку на мажи, тогаш тужената Влада е таа која треба да покаже дека ова е резултат на објективни фактори, кои не се поврзани со каква било дискриминација врз основа на пол. Доколку товарот да се покаже дека разликата во влијанието врз мажите и врз жените во практиката не е дискриминаторска не се пренесе на тужената Влада, во

праксата ќе биде особено тешко жалителите да докажат индиректна дискриминација.“

181. На крајот, како што се забележува во претходни случаи, ранливата положба на Ромите значи дека треба да се посвети посебно внимание на нивните потреби и на нивниот различен животен стил и во контекстот на релевантна регулаторна рамка и при донесување на одлуки во конкретен случај (видете *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no.27238/95, §96, ECHR 2001-I, и *Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, §84, 27 мај 2004 г.).

Во случајот *Chapman* (цитиран погоре ст. 93-94), Судот исто така подвлекува дека може да се каже дека меѓу државите-членки на Советот на Европа се јавува меѓународен консензус за признавањето на посебните потреби на малцинствата и за обврската да се заштити нивната безбедност, идентитет и животен стил, не само во целите на зачувување на интересите на самите малцинства, туку и со цел да се зачува културната разновидност која е од важност за целата заедница.

## 2. Примена на горенаведените начела во конкретниот случај

182. Судот забележува дека како резултат на нивната турбулентна историја и постојаното раселување, Ромите станале специфичен вид на маргинализирано и ранливо малцинство (видете ги исто така општите согледувања во Препораката бр. 1203 (1993) за Ромите во Европа на парламентарното Собрание, цитирана во став 56 погоре и точка 4 од Препораката бр. 1557 (2002) за правната положба на Ромите во Европа цитирана во став 58 погоре). Како што забележал Судот во претходните случаи, ним затоа им е потребна посебна заштита (видете став 181 погоре). Како што потврдуваат активностите на бројни европски и меѓународни организации и препораките на телата на Советот на Европа (видете ставови 54-61 погоре), оваа заштита исто така се однесува на сферата на образованието.

Затоа овој случај бара особено внимание, посебно земајќи предвид дека кога биле поднесени жалбите до Судот жалителите биле малолетни деца за кои правото на образование било од првенствена важност.

183. Во овој случај жалителите не изнесуваат навод дека тие биле во различна ситуација од децата кои не се Роми, а кои бараат посебен третман, или дека тужената држава не презела афирмативни мерки да се исправи фактичката нееднаквост или разликите меѓу нив (видете *Thlimmenos*, цитирано погоре ст. 44, и *Stec and Others*, цитирано погоре, ст. 51). Според нивните поднесоци, сè што треба да се утврди е дека без објективно и разумно оправдување, со нив се постапувало понеповолно отколку со деца кои не се Роми во слична ситуација и дека ова во нивниот случај претставува индиректна дискриминација.

184. Судот во претходни случаи веќе прифатил дека разликата во постапувањето може да биде во форма на непропорционално негативно влијание на општа политика или мерка која иако дефинирана со неутрални термини дискриминира одредена група (видете *Hugh Jordan*, цитирано погоре, §154, и *Hoogendijk*, цитирано погоре). Во согласност со, на пример Директивите на Советот 97/80/ЕС и 2000/43/ЕС (видете ставови 82-84 погоре) и дефиницијата дадена од ЕКРИ (видете став 60 погоре), таквата ситуација може да претставува „индиректна дискриминација“, за која не мора да постои намера да се дискриминира.

**(а) Дали во конкретниот случај се јавува претпоставка за  
индиректна дискриминација**

185. Има согласност дека спорната разлика во постапувањето не резултира од формулациите на законските одредби за запишување во специјални училишта кои биле во сила во предметниот период. Следствено прашањето кое се поставува во предметниот случај е дали начинот на кој било применето законодавството во праксата резултирал со тоа што непропорционален број на деца Роми- вклучувајќи ги и жалителите- биле запишани во специјални училишта без оправдување и дали таквите деца со тоа биле ставени во значително понеповолна положба.

186. Како што е споменато погоре, Судот во претходни случаи забележал дека жалителите може да имаат тешкотии во докажувањето на дискриминаторското постапување (*Nachova and Others*, цитирано погоре ст. 147 и 157). Со цел на засегнатите да им се гарантира делотворна заштита на нивните права, во случаите во кои се изнесуваат наводи за индиректна дискриминација треба да се применуваат помалку строги доказни правила.

187. Во врска со ова, Судот забележува дека Директивите на Советот 97/80/ЕС и 2000/43/ЕС предвидуваат дека лицата кои сметаат дека се оштетени затоа што врз нив не било применето начелото на еднакво постапување, може пред домашните органи да утврдат со кои било средства вклучително и врз основа на статистички податоци, факти врз основа на кои може да се претпостави дека имало дискриминација (видете став 82 и ст. 83 погоре). Поновото прецедентно право на Судот на правдата на Европските заедници (видете став 88 и ст. 89 погоре) покажува дека им дозволува на жалителите да се потпрат на статистички податоци и националните судови да ги земаат предвид таквите докази, кога истите се валидни и значајни.

Големиот судски совет натаму ја зема предвид информацијата поднесена од третите страни според која судовите во многу земји и надзорните тела формирани според инструменти на Обединетите нации редовно прифаќаат статистички податоци како доказ за индиректна дискриминација со цел да се олесни задачата на жртвите да изнесат *prima facie* докази.

Судот исто така ја прифаќа важноста на официјалните статистички податоци во погоре споменатите случаи *Hoogendijk* и *Zarb Adami* и покажал дека е подготвен да прифати и да земе предвид различни видови докази (*Nachova and Others*, цитирано погоре ст. 147).

188. Во вакви околности, Судот смета дека кога станува збор за оценување на влијанието на мерката или практиката врз поединец или група, статистичките податоци кои по критичко испитување се чинат сигурни и значајни ќе бидат достаточни за да се сметаат за *prima facie* докази кои жалителот треба да ги изведе. Ова, сепак не значи дека индиректната дискриминација не може да се докаже без статистички докази.

189. Кога жалителот кој изнесува наводи за индиректна дискриминација на овој начин утврди и изнесе претпоставка која може да се оспори дека влијанието на мерката или практика е дискриминаторско, товарот тогаш се пренесува на тужената држава која мора да докаже дека разликата во постапувањето не е дискриминаторска (видете *mutatis mutandis*, *Nachova and Others*, цитирано погоре ст. 157). Ако се земе предвид специфичниот карактер на фактите и природата на изнесените наводи во ваков вид на случаи (*ibid.*, став 147) во

праксата за жалителите би било особено тешко да докажат индиректна дискриминација без вакво пренесување на товарот на докажување.

190. Во конкретниот случај, статистичките податоци поднесени од жалителите се добиени преку прашалници кои биле испратени до директорите на специјалните и редовните основни училишта во градот Острава во 1999 г. Тие покажуваат дека во предметниот период, 56% од сите ученици запишани во специјалните училишта во Острава биле Роми. Од друга страна, Ромите преставувале само 2,26% од вкупниот број на ученици кои посетуваат настава во основните училишта во Острава. натаму, додека само 1,8% од учениците кои не се Роми биле запишани во специјални училишта, уделот на ромските ученици во Острава запишани во специјални училишта бил 50,3%. Според Владата овие бројки не се достаточни индикативни со оглед на тоа што претставуваат само одраз на субјективните мислења на директорите на училиштата. Владата исто така забележува дека нема официјални информации за етничкото потекло на учениците и дека регионот на Острава ги има најголемите ромски заедници.

191. Големiot судски совет забележува дека овие бројки не се оспорени од Владата и дека Владата не изнеле алтернативни статистички докази. Со оглед на коментарот на Владата дека нема официјални информации за етничкото потекло на учениците, Судот прифаќа дека статистичките податоци поднесени од жалителите може да не се целосно веродостојни. Сепак, Судот смета дека овие бројки откриваат доминантен тренд потврден и од тужената држава и од независните надзорни тела кои го разгледале прашањето.

192. Во извештаите поднесени во склад со членот 25, ст. 1 од Рамковната конвенција за заштита на националните малцинства, чешките власти прифаќаат дека во 1999 г., учениците Роми преставувале меѓу 80% до 90% од вкупниот број на ученици во одредени специјални училишта (видете став 67 погоре) и дека во 2004 г. „голем број“ на деца Роми сè уште биле запишувани во специјалните училишта (видете став 67 погоре). Советодавниот комитет за Рамковната конвенција во својот извештај од 26 октомври 2005 г., забележува дека според неофицијалните проценки Ромите претставуваат 70% од учениците запишани во специјалните училишта. Според извештајот објавен од ЕКРИ во 2000 г., децата Роми биле „премногу застапени“ во специјалните училишта. Комитетот за елиминација на расната дискриминација, во своите заклучни согледувања од 30 март 1998 г., забележува дека непропорционално голем број на деца Роми биле запишани во специјалните училишта (видете став 99). На крајот, според бројките поднесени од Европскиот центар за мониторинг на расизам и ксенофобија, повеќе од половина деца Роми во Република Чешка посетуваат специјални училишта.

193. Според мислењето на Судот, последните бројки, кои не се однесуваат само на регионот на градот Острава и затоа даваат поопшта слика, покажуваат дека дури иако останува тешко да се утврди точниот процент на деца Роми во специјалните училишта во предметниот период, нивниот број е непропорционално голем. Натаму, учениците Роми го преставуваат мнозинството на ученици во специјалните училишта. И покрај тоа што се дефинирани со неутрални термини, релевантните законски одредби затоа во реалноста имаат значително поголемо влијание врз децата Роми отколку врз децата кои не се Роми, и истите резултираат со статистички непропорционални бројки на деца Роми запишани во специјалните училишта.

194. Кога ќе се докаже дека законодавството резултира со такво дискриминаторско

влијание, Големиот судски совет смета дека, како и во случаите кои се однесуваат вработување или снабдување со услуги (видете *mutatis mutandis*, *Nachova and Others*, цитирано погоре ст. 157), и во случаите од образовната сфера не е потребно да се докажува дали релевантните власти имале или немале каква било намера да дискриминираат (видете став 184 погоре).

195. Во вакви околности, доказите изнесени од жалителите може да се сметаат како достаточни веродостојни и значајни за да покренат силна претпоставка за индиректна дискриминација. Товарот на докажување мора затоа да премине на Владата, која мора да докаже дека разликата во влијанието на законодавството е резултат на објективни фактори кои не се поврзани со етничкото потекло.

### **(б) Објективно и разумно оправдување**

196. Судот повторува дека разлика во постапувањето е дискриминаторска доколку за неа „нема објективно и разумно оправдување“, односно доколку разликата не е во служба на постигнување на „леgitимна цел“ или доколку нема „разумен однос на пропорционалност“ меѓу средствата кои се користат и целта која се сека да се постигне (видете меѓу многуте авторитативни мислења *Larkos v. Cyprus* [GC], no. 29515/95, § 29, ECHR 1999-I, и *Stec and Others*, цитирано погоре, ст. 51). Кога разликата во постапувањето се заснова на раса, боја на кожа или етничко потекло, концептот на објективно и разумно оправдување мора да се толкува што е можно построго.

197. Во конкретниот случај, Владата настојува да ја објасни разликата во постапувањето меѓу децата Роми и децата кои не се Роми со потребата за адаптирање на образовниот систем на капацитетите на децата со специјални потреби. Според владините тврдења, жалителите биле запишани во специјални училишта поради нивните специфични образовни потреби, во суштина како резултат на нивниот низок интелектуален капацитет измерен со помош на психолошки тестови во образовно-психолошките центри. Откога центрите ќе ја дадат препораката во однос на видот на училиштето во кој треба да се запишат жалителите, конечната одлука ја имале родителите на жалителите кои дале согласност за нивното запишување. Затоа аргументот дека жалителите биле запишани во специјални училишта заради нивното етничко потекло е неодржлив.

Од нивна страна, жалителите силно го оспоруваат наводот дека непропорционално високиот број на деца Роми во специјалните училишта може да се објасни со резултатите од тестовите за интелектуалниот капацитет или дека може да се оправда со согласноста на родителите.

198. Судот прифаќа дека одлуката на Владата да го задржи системот на специјални училишта била мотивирана од желбата да се најде решение за децата со специјални образовни потреби. Сепак, Судот ја споделува загриженоста искажана од сите останати институции на Советот на Европа во врска со поедноставената наставна програма која се следи во овие училишта и особено во врска со сегрегацијата која ја предизвикува системот.

199. Големиот судски совет натаму забележува дека тестовите кои се користат за оценка на способностите или тешкотиите на децата за учење предизвикуваат контроверзии и продолжуваат да бидат предмет на научна дебата и истражување. Додека од една страна се прифаќа дека не е задача на Големиот судски совет да суди за веродостојноста на таквите

тестови, различните фактори во овој случај сепак го наведуваат да заклучи дека резултатите од тестовите извршени во предметниот период не може да претставуваат објективно и разумно оправдување согласно целите на членот 14 од Конвенцијата.

200. Прво, има согласност дека сите деца кои биле испитани го решавале истиот тест, без оглед на нивното етничко потекло. Самите чешки власти прифаќаат во 1999 г., дека „децата Роми со просечна или натпросечна интелигенција“ често ги запишуваат во такви училишта врз основа на резултатите на психолошките тестови и дека тестовите се составени за мнозинското население и не ги земаат предвид специфичните карактеристики на Ромите (видете став 66). Како резултат на тоа, тие ги ревидирале тестовите и методите кои се користат со цел да се обезбеди дека истите „не се злоупотребуваат на штета на децата Роми.“ (видете став 72 погоре).

Покрај тоа, различните независни тела изразиле сомнежи во врска со соодветноста на тестовите. Така, Советодавниот комитет за Рамковната конвенција за заштитата на националните малцинства забележува дека децата кои немаат ментален хендикеп често се запишуваат во овие училишта “(поради) реални или претпоставени јазични и културни разлики меѓу Ромите и мнозинството“. Комитетот исто така ја нагласува потребата тестовите да бидат „конзистентни, објективни и сеопфатни“ (видете став 68). ЕКРИ забележува дека има наводи дека насочувањето на децата Роми во специјални училишта наменети за деца со ментална ретардација често е „квази –автоматско“ и истото треба да се испита со цел да се обезбеди дека тестовите кои се користат се „правични“ и дека „соодветно се оценети“ висинските способности на секое дете (видете став 63- 64 погоре). Комесарот на Советот на Европа за човекови права забележува дека децата Роми често се запишуваат во паралелки за деца со специјални потреби „без соодветна психолошка или педагошка оценка, а јасно е дека реалниот критериум е нивното етничко потекло“ (видете став 77 погоре).

На крајот, според поднесоците на некои од третите страни, запишувањето по резултатите од психолошките тестови е одраз на расните предрасуди во засегнатото општество.

201. Судот смета дека во најмала рака има опасност дека тестовите се пристрасни и дека резултатите не се анализираат во светлина на карактеристиките и особеностите на децата Роми кои ги решавале овие тестови. Во такви околности, предметните тестови не може да служат како оправдување за спорната разлика во постапувањето.

202. Во однос на согласноста на родителите, Судот го зема предвид тврдењето на Владата дека ова бил одлучувачкиот фактор без кој жалителите не би биле запишани во специјалните училишта. Со оглед на тоа што во предметниот случај утврдена е разлика во постапувањето, следи дека каква било согласност би значела прифаќање на разликата во постапувањето, па дури и таа да е дискриминаторска, со други зборови тоа значи откажување од правото да не се биде подложен на дискриминација. Сепак, според прецедентното право на Судот, откажувањето од одредено право гарантирано во Конвенцијата - доколку такво откажување е дозволено- мора да се даде на неотповиклив начин и да биде дадено врз основа на целосно познавање на фактите, односно треба да се даде информирана согласност (видете *Pfeifer and Plankl v. Austria*, 25 февруари 1992 г., §§ 37-38, Series A no. 227) и без принуда (видете *Deweert v. Belgium*, 27 февруари 1980 г., § 51, Series A no. 35).

203. Во околностите на овој случај, Судот не е уверен на задоволителен начин дека

родителите на децата Роми, кои се припадници на маргинализирана група и често со низок степен на образование, биле способни да ги оценат сите аспекти на ситуацијата и последиците од нивното давање согласност. Самата Влада признава дека согласноста во овој случај била дадена преку потпишување на претходно пополнет формулар кој не содржи какви било информации за достапните алтернативи или за разликите меѓу наставната програма на специјалните училишта и наставната програма на другите училишта. Националните власти се чини не презеле какви било дополнителни мерки за да обезбедат дека родителите Роми ги добиле сите информации кои им се потребни за да дадат информирана согласност или кои им се потребни за да бидат свесни за сите последици кои давањето на согласност би ги донело за иднината на нивните деца. Исто така се чини дека не е спорно дека родителите Роми биле соочени со дилема: избор меѓу редовните училишта кои не се опремени за да се справат со социјалните и културни разлики на нивните деца и во кои нивните деца се изложени на ризикот од изолација и исклученост и специјални училишта каде мнозинството на ученици се Роми.

204. Со оглед на суштинската важност на забраната на расна дискриминација (видете *Nachova and Others*, цитирано погоре став 145, и *Timishev*, цитирано погоре ст. 56), Големiot судски совет смета дека дури и да се претпостави дека биле исполнети условите споменати во став 202, не би можело да се прифати какво било откажување од правото да не се биде подложен на расна дискриминација, со оглед на тоа што тоа би било спротивно на важен јавен интерес (видете *mutatis mutandis*, *Hermi v. Italy* [GC], no. 18114/02, § 73, ECHR 2006-XII).

### **(в) Заклучок**

205. Како што е евидентно од документацијата на ЕКПР и извештајот на Комесарот за човекови права на Советот на Европа, Република Чешка не е единствената земја која се сретнала со тешкотии во обезбедувањето на образование за децата Роми: и други Европски земји имале слични тешкотии. Судот со задоволство забележува дека за разлика од одредени земји, Република Чешка настојува да се справи со проблемот и прифаќа дека, во нејзините обиди за постигнување на социјална и образовна интеграција на маргинализирани групи од кои Ромите се дел, земјата морала да се справи со бројни тешкотии, меѓу другото и како резултат на културните специфични карактеристики на тоа малцинство и степенот на непријателските чувства на родителите на децата кои не се Роми. Како што забележува Судскиот совет во одлуката за допуштеноста на конкретниот случај, изборот меѓу едно училиште за сите, високо специјализирани структури и унифицирани структури со специјализирани одделенија не е лесен. Тоа подразбира тешкотии во постигнувањето на рамнотежа меѓу спротивставени интереси. Што се однесува до дефинирањето и планирањето на наставната програма, ова главно го вклучува прашањето на експедитивност за кои Судот нема задача да пресудува (видете *Valsamis v. Greece*, 18 декември 1996 г., §28, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI).

206. Сепак, секогаш кога на националните власти ќе им се доделат дискрециони права кои може да претставуваат вмешување во користењето на правата од Конвенцијата, заштитните процедури достапни на поединецот се од суштинска важност при определувањето дали тужената држава, при воспоставувањето на регулаторната рамка, се задржала во рамките на нејзините дискрециони права (видете *Buckley v. the United Kingdom*, 25 септември 1996, ст. 76, *Reports* 1996-IV, and *Connors*, цитирано погоре, ст. 83).

207. Фактите во предметниот случај покажуваат дека аранжманите за образование за децата Роми не биле придружени со заштитни мерки (видете став 28 погоре) со кои ќе се обезбеди дека во користењето на дискреционите права во сферата на образованието државата ги зела предвид нивните специјални потреби како припадници на маргинализиран слој (видете *mutatis mutandis*, *Buckley*, цитирано погоре, ст. 76, и *Connors*, цитирано погоре, ст. 84). Натаму, како резултат на ваквите аранжмани жалителите биле запишани во училишта за деца со ментален хендикеп, каде се следи поедноставена наставна програма, во споредба со наставната програма во редовните училишта и каде тие се изолирани од учениците припадници на мнозинското население. Како резултат на ова, тие се стекнуваат со образование кое ги усложнува нивните тешкотии и го компромитира нивниот иден личен развој, наместо да ги реши нивните реални проблеми или да им помогне да се интегрираат во редовните училишта и да се стекнат со вештини кои би им го олесниле животот заедно со мнозинското население. Исто така, Владата имплицитно признава дека можностите за вработување се поограничени за учениците од специјалните училишта.

208. Во вакви околности и прифаќајќи дека чешките власти прават напори за да обезбедат дека децата Роми добиваат образование, Судот не е убеден на задоволитен начин дека разликата во постапувањето со децата Роми и децата кои не се Роми е објективна и разумно оправдана и дека постои разумен однос на пропорционалност меѓу искористените средства и целта која се сака да се постигне. Во врска со ова, Судот со интерес забележува дека со новото законодавство се укинуваат специјалните училишта и се предвидува децата со посебни образовни потреби, вклучувајќи ги и децата од маргинализираните слоеви, да бидат образувани во редовните училишта.

209. На крајот со оглед на тоа што е утврдено дека релевантното законодавство како што е практично применето во предметниот период има непропорционално штетно влијание врз ромската заедница, Судот смета дека жалителите како припадници на таа заедница неизбежно страдале од истото дискриминаторско постапување. Следствено Судот не мора да ги разгледува нивните случаи поединечно.

210. Следствено, во предметниот случај има повреда на случајот 14 од Конвенцијата, во врска со членот 2 од Протокол бр. 1 и тоа во однос на секој од жалителите.

#### IV. ПРИМЕНА НА ЧЛЕНОТ 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

211. Членот 41 од Конвенцијата предвидува:

„Кога Судот ќе оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на Протоколите и доколку внатрешното право на засегнатата Висока договорна страна овозможува само делумна репарација на штетата, тогаш доколку е тоа неопходно, Судот ќе му додели правична отштета на оштетениот“.

#### A. Штета

212. Жалителите не побараа материјална отштета

213. Секој од жалителите бара ЕУР 22.000 (вкупно ЕУР 396.000) за нематеријална штета која ја претрпеле, вклучително и образовна, психолошка и емоционална штета и болка и

отштета за загриженоста, фрустрациите и понижувањето од кои страдале како резултат на нивното дискриминаторско запишување во специјални училишта. Тие нагласуваат дека влијанието на оваа повреда е сериозно и континуирано и ги погодува сите области од нивниот живот.

214. Натаму, упатувајќи на пресудите во случаите *Broniowski v. Poland* ([GC], no. 31443/96, ст. 189, ECHR 2004-V) и *Hutten-Czapska v. Poland* ([GC], no. 35014/97, §§235-37, ECHR 2006-VIII), жалителите подвлекуваат дека повредата на нивните права „ниту е резултат од еден изолиран инцидент, ниту може да се припише на конкретен след на настани во (нивниот) случај, туку е последица на административно и регулаторно однесување од страна на властите кон група на граѓани, која може точно да се идентификува.“ Следствено, според нивното тврдење, мора да се преземат општи мерки на национално ниво или за да се отстрани каква било пречка за користењето на правата од страна на бројни лица кои се погодени од ситуацијата или да се обезбеди релевантна отштета.

215. Владата нагласува, особено во однос на штетата во психолошката и образовна смисла, дека се осврнала на жалбите според членот 3 од Конвенцијата и членот 2 од Протоколот бр. 1 на индивидуална основа, а кои биле прогласени за недопуштени од страна на Судот со одлука од 1 март 2005 г. Според тврдењето на Владата, затоа нема причинско-последична врска меѓу каква било повреда на Конвенцијата и наводната нематеријална штета. Владата натаму тврди дека сумата која ја бараат жалителите е претерана и дека утврдувањето на повреда би преставувало достаточна правична отштета.

216. Судот повторува дека, прво, според членот 46 од Конвенцијата државите-членки се обврзале да се придружуваат кон конечните пресуди на Судот во случаите во кои тие се странки, а надзорот врз извршувањето на пресудите го врши Комитетот на Министри. Оттука, меѓу другото, произлегува дека пресудата во која Судот ќе утврди повреда, врз тужената држава ја наметнува законската обврска не само да им ги исплати на засегнатите тужителите сумите доделени како правична отштета, а во склад со членот 41, туку и да определи, под надзор на Комитетот на Министри, општи и/или, доколку е соодветно, индивидуални мерки кои треба да се донесат како дел од националниот правен поредок за да се стави крај на повредата која ја утврдил Судот и да го коригира колку што е можно негативното влијание. Сепак, тужената страна ја задржува слободата да ги избере средствата со кои ќе ја исполни нејзината правна обврска според членот 46 од Конвенцијата, под услов таквите средства да се компатибилни со заклучоците изнесени во пресудата на Судот (видете *Broniowski*, цитирано погоре ст. 192, и *Conka v. Belgium*, no. 51564/99, § 89, ECHR 2002-I). Во врска со ова, Судот забележува дека спорното законодавство во конкретниот случај е укинато и дека Комитетот на Министри неодамна упатил препораки до државите-членки за образованието на децата Роми во Европа (видете став 54-55 погоре). Следствено, Судот не смета дека е соодветно да продолжи со ова прашање.

217. Судот не може да шпекулира за тоа каков би бил исходот на ситуација која е предмет на жалбата на жалителите доколку тие не биле запишани во специјални училишта. Сепак, јасно е дека тие претрпеле нематеријална штета- особено како резултат на понижувањето и фрустрациите предизвикани од индиректната дискриминација чии жртви се тие- за што утврдувањето на повреда на Конвенцијата не преставува достаточна отштета. Сепак, износите кои ги бараат жалителите се претерани. Одлучувајќи на правична основа, Судот ја проценува нематеријалната штета која ја претрпел секој од жалителите на ЕУР 4.000.

## Б. Трошоци и надоместоци

218. Жалителите не го сменија првичното барање кое го изнеле пред Судскиот совет. Трошоците и надоместоците затоа не ги опфаќаат трошоците и надоместоците настанати во постапката пред Големиот судски совет.

Судот забележува дека вкупниот износ побаран во барањето потпишано од претставниците на сите жалители изнесувал ЕУР 10.737, кој опфаќа ЕУР 2.550 (1.750 британски фунти) за хонорарот на Лорд Lester of Herne Hill, QC, и ЕУР 8.187 за трошоците за г-дин D. Strupek во домашните постапки и за постапката пред Судскиот совет. Сепак, на фактурата за трошоците составена од Лорд Lester, приложена кон барањето за правична отштета, е содржана сумата од 11.750 британски фунти за неговите хонорари (приближно ЕУР 17.000), сума која вклучува 1.750 британски фунти за данок на додадена вредност (ДДВ) за 45 часа правна работа. Останатите претставници на жалителите, г-дин J.Goldston и Европскиот центар за правата на Ромите не побараа надомест за нивните трошоци.

219. Владата забележува дека освен деталниот список на правните услуги кои ги пружил, г-дин Strupek не поднел фактура со која докажува дека наводните трошоци реално му биле исплатени од жалителите. Владата не даде коментар за разликата меѓу барањето за правична отштета како што ја формулирале жалителите и фактурата за хонорарот поднесена од Лорд Lester. Владата натаму истакна дека само дел од жалбата бил прогласен за допуштен, кој понатаму бил разгледан од Судот. Затоа Владата тврди дека на жалителите не треба да им се додели повеќе од разумен износ (не поголем од ЕУР 3.000) за побараните трошоци и надоместоци.

220. Судот повторува дека правните трошоци може да се надоместат само до онаа мерка до која истите се однесуваат на повредата која е утврдена (видете *Beyeler v. Italy* (правично отштетување) [GC], no. 33202/96, ст. 27, 28 мај 2002 г.). Во конкретниот случај, се работи за утврдена повреда само на членот 14 од Конвенција, во врска со членот 2 од Протоколот бр. 1. Судот забележува дека Лорд Lester поднел податоци за неговиот професионален хонорар за кои е поднесена фактура до Европскиот центар за правата на Ромите. Г-дин Strupek поднел детали за 172 часа правни услуги кои ги пружил по цена од ЕУР 40 од еден час, на што треба да се додаде ДДВ по стапка од 19%.

Земајќи ги предвид сите релевантни фактори и правилото 60, став 2 од Правилникот на Судот, Судот на жалителите заедно им доделува ЕУР 10.000 за трошоци и надоместоци.

## В. Камата за неизвршување

221. Судот смета дека е соодветно стапката на камата за неизвршување да се заснова на најниската каматна стапка за позајмени средства на Европската централна банка, плус три процентни поени.

## ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. *Го отфрла* едногласно прелиминарниот приговор на Владата;

2. *Утврдува* со тринаесет гласа за и четири гласа против дека има повреда на членот 14, во врска со членот 2 од Протокол бр. 1;
3. *Одлучува* со тринаесет гласа за и четири гласа против
- (а) дека тужената држава на жалителите треба да им ги плати, во рок од три месеци, следниве износи, како и било која сума за данокот кој жалителите треба да го платат:
    - (i) на секој од осумнаесетте жалители по ЕУР 4,000 (четири илјади евра) за нематеријална штета кои ќе се конвертираат во чешки корони според менувачкиот курс кој е важечки на датумот на извршувањето;
    - (ii) заедно на сите жалители ЕУР 10,000 (десет илјади евра) за трошоци и надоместоци кои ќе се конвертираат во чешки корони според менувачкиот курс кој е важечки на датумот на извршувањето;
  - (б) дека од истекот на наведениот рок од три месеци сè до извршувањето ќе се засметува основна камата на наведениот износ по стапка еднаква на најниската каматна стапка за позајмени средства на Европската централна банка за периодот на неизвршување, плус три процентни поени;
4. Едногласно го одбива остатокот од барањето на жалителите за правична отштета.

Изготвена на англиски и на француски јазик и доставена на расправата во зградата на Судот за човекови права, Стразбур, на 13 ноември 2007 г.

Michael O'Boyle  
Заменик секретар

Nicolas Bratza  
Претседател

Во согласност со членот 45, став 2 од Конвенцијата и Правилото 74, ст. 2 од Правилникот на Судот, кон пресудата се приложуваат следниве посебни мислења:

- (а) издвоено мислење на судија Župančič;
- (б) издвоено мислење на судија Jungwiert;
- (в) издвоено мислење на судија Borrego Borrego;
- (г) издвоено мислење на судија Šikuta.

N.B.  
M.O'B.

## ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА ZUPANČIČ

Јас целосно се согласувам со сеопфатното изводено мислење на судија Karel Jungwiert. Сакам само да го додадам следново.

Како што во ставот 198 и ст. 205 и на други места во пресудата, мнозинството експлицитно и имплицитно прифаќа, Република Чешка е единствената држава-членка која всушност се справува со проблемите на специјалното образование на Ромите. Тогаш скоро е апсурдно да се утврди дека Република Чешка ги повредила начелата на недискриминација. Со други зборови оваа „повреда“ никогаш не би се случила доколку тужената држава му пришла на проблемот со безопасна негрижа.

Не постојат политички набиени аргументи кои може да го скријат фактот дека Судот во овој случај бил вовлечен во игра заради скриени намери, кои немаат врска со специјалното образование на децата Роми во Република Чешка.

Иднината ќе покаже за каква конкретна цел ќе послужи овој преседан.

## ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА JUNGWIERT

(Превод)

1. Воопшто не се согласувам со мнозинството кое во конкретниот случај утврди повреда на членот 14 од Конвенцијата, во врска со членот 2 од Протоколот бр. 1.

Иако би можел да се согласам до одредена мерка со формулирањето на релевантните начела според членот 14 во пресудата, не можам да го прифатам начинот на кој мнозинството ги применило овие начела во конкретниот случај.

2. Пред да ги изнесам конкретно сите прашања за кои не се согласувам, би сакал оваа пресуда да ја ставам во поопшта рамка.

Таа внесува нов елемент во прецедентното право на Судот, со оглед на тоа што е насочена кон оценка и критика на вкупниот образовен систем на една земја.

Колку и да се авторитативни прецедентите цитирани во ставовите од 175 до 181 од пресудата, во праксата тие имаат многу малку сличности со конкретниот случај, освен можеби ромското потекло на жалителите во најголем дел од случаите (на пример во *Nachova and Others v. Bulgaria* ([GC], nos. 43577/98 и 43579/98, ECHR 2005-VII) и *Buckley v. the United Kingdom* (25 септември 1996 г., *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV), меѓу другите).

3. Според мое мислење со цел начелата да бидат коректно применети, потребно е прво солидно познавање на фактите, како и на околностите на случајот, а првенствено на историскиот контекст и ситуацијата во другите европски земји.

Што се однесува до историскиот контекст, податоците изнесени во пресудата (ставови 12 до 14) даваат информации кои се неточни, несоодветни и од општа природа.

Фактите како што се изнесени во пресудата не дозволуваат да се направи било каков споредба меѓу ромските заедници во Европа, меѓу другото во однос на такви прашања како што се демографскиот развој или степенот на посетување на настава.

4. Ќе се обидам да дадам одредени факти и бројки за да го надоместам ваквиот недостаток на информации.

Можеби треба да започнам со грдата вистина дека што се однесува до сегашната територија на Република Чешка, не зборуваме за „обид“ за истребување на Ромите од страна на нацистите (виде став 13), туку за нивно скоро целосно искоренување. Од скоро 7.000 Роми кои живееле во земјата на почетокот на војната, преживеале едвај 600 Роми.<sup>2</sup>

Ситуацијата така многу се разликува од ситуацијата во другите земји: чешките Роми, скоро сите од кои биле истребени, од 1945 г. натаму биле заменети со последователни бранови на Роми кои пристигнувале во десетици илјади главно од Словачка, Унгарија и Романија. Големото мнозинство од ова ново население не било само неписмено и целосно искоренето од неговата средина, туку воопшто и не го ни познавало чешкиот јазик. Ова не важи за други земји на чија територија Ромите во начело живееле со децении, па дури и со

2. A. Fraser (M. Miklušáková), (Romite) *The Gypsies, Prague, 2002, стр. 275.*

векови и каде се стекнале со степен на блискост со средината и јазикот.

За да се комплетира и затвори овој увид во историскиот и демографски контекст, верувам дека би била корисна уште една споредба која помага да се објасни опфатот и сложеноста на проблемот.

Проценката на бројот на Ромите кои живеат во одредени европски земји ги даваат следниве минимални и максимални бројки (кои секако се приближни):

|                      | Минимален број | Максимален број | Население<br>(милиони) |
|----------------------|----------------|-----------------|------------------------|
| Германија            | 110,000        | 140,000         | 80                     |
| Франција             | 300,000        | 400,000         | 60                     |
| Италија              | 90,000         | 120,000         | 60                     |
| Обединетото Кралство | 100,000        | 150,000         | 60                     |
| Полска               | 35,000         | 45,000          | 38                     |
| Португалија          | 40,000         | 50,000          | 10                     |
| Белгија              | 25,000         | 35,000          | 10                     |
| Република Чешка      | 200,000        | 250,000         | 10 <sup>3,4</sup>      |

Овие бројки даваат индикација за опфатот на проблемот со кој се соочува Република Чешка на полето на образованието.

5. Важно прашање кое треба да се постави е каков е ставот во Европа и какви стандарди или минимални барања треба да се исполнат?

Прашањето за школување и образование на децата Роми скоро триесет години е предмет на анализа и на иницијативи на Советот на Европа, на предлози од Европската комисија и други институции.

Пресудата содржи повеќе од дваесет и пет страни (став 54-107) цитати од текстови на Советот на Европа, законодавството и праксата на Заедницата, инструменти на Обединетите нации и други извори.

Сепак, мнозинството на препораките, извештаите и другите документи кои се цитирани се релативно неодредени, во голема мерка теоретски и најважно од сè објавени се *по* периодот кој е опфатен со конкретниот случај (1996-99, видете став 19 од пресудата).

Затоа би сакал да цитирам автор кој е тука споменат, а со чие мислење се согласувам. Во неговата книга Ромите во Европа (*Roma in Europe*), Jean-Pierre Liégeois вели:

„Мораме да одбегнуваме прекумерна употреба на неодредени термини (’еманципација’, ’автономија’, ’интеграција’, ’вклученост’, итн.) кои ја затскриваат реалноста, ги ставаат

3. J.-P. Liégeois, (*Ромите во Европа*) *Roma in Europe*, Council of Europe Publishing, 2008, стр. 31.

4. Сепак, на пописот на населението во Република Чешка од 3 март 1991 г., само 32.903 лица тврдат дека се припадници на ромската заедница (*Статистички годишник на Република Чешка*) (*Statistical Yearbook of the Czech Republic 1993, Prague, 1993, стр. 142*).

работите во апстрактна рамка и немаат никаква функционална вредност ...

...официјалните лица често формулираат сложени прашања и бараат итни одговори, но таквиот приод води само до празни ветувања или автоматски одговори кои краткорочно ги смируваат гласачите, или либералната свест.“<sup>5</sup>

Во врска со ова, единствената резолуцијата на оваа тема која е конкретна и точна - важен основен текст можеби од историска важност- е *Резолуцијата на Советот и Министерите за образование на средба во рамките на Советот од 22 мај 1989 г. за обезбедување образование за децата Роми и номади*.<sup>6</sup>

6. За жал и на мое големо изненадување, овој клучен документ не е меѓу изворите цитирани во пресудата на Големиот судски совет.

Затоа би сакал да цитирам неколку дела од оваа резолуција:

“СОВЕТОТ И МИНИСТРИТЕ ЗА ОБРАЗОВАНИЕ, НА СРЕДБА ВО РАМКИТЕ НА СОВЕТОТ,

...

Сметајќи дека сегашната состојба во општа смисла е вознемирувачка, а особено состојбата во однос на образованието, а според која само 30 до 40% од децата Роми и од номадите посетуваат училиште со одредена редовност, а половина од нив никогаш не биле на училиште (подвлечено подоцна), потоа многу мал процент од нив посетуваат средно образование или повисоко образование, а нивото на образовни вештини, особено читање и пишување, воопшто не одговара на претпоставената должина на образованието и дека стапката на неписменост кај возрасните често е преку 50%, а во одредени области и повеќе од 80%,

Сметајќи дека се работи за преку (500.000) деца и дека оваа бројка мора постојано да се ревидира во нагорна линија поради високиот удел на млади во ромските и заедниците на номадите, половина од кои се под 16 годишна возраст,

Сметајќи дека образованието, особено преку обезбедување на средства за адаптација кон средината која се менува и постигнување на лична и професионална автономија, е клучен фактор за културната, социјална и економската иднина на Ромите и номадите и дека родителите се свесни за овој факт, а нивната желба за школување на нивните деца се зголемува,

...”

7. Колку изненадувачки! Во дванаесетте земји кои биле дел од Европската унија во 1989 г. се признава дека меѓу 250.000 и 300.000 деца никогаш не биле на училиште.

Неизбежен е фактот дека трендот оттогаш ја потврдува оваа дијагноза. Нема нешто што би сугерирало подобрување на ситуацијата во оваа сфера, особено по проширувањето на Европската унија. Бројот на населението од ромската заедница се проценува (од истиот извор) на 400.000 во Словачка, 600.000 во Унгарија, 750.000 во Бугарија и 2.100.000 во

5. *Op. cit.*, стр. 274-75.

6. (Службен весник на Европските заедници) *Official Journal of the European Communities C 153*, 21 јуни 1989 г., стр. 3 и 4.

Романија. Вкупно има 4.000.000 деца Роми во Европа, од кои приближно 2.000.000, по секоја веројатност, никогаш нема да одат на училиште.

8. Одлучен сум да ја изнесам на отворено оваа страшна и во голема мерка скриена вистина, затоа што сметам дека е срамно таква ситуација да постои во Европа во дваесет и првиот век. Што ја предизвикало оваа тишина која загрижува?

9. Статистичките податоци за поранешна Чехословачка покажуваат дека во 1960 г., околу 30% Роми никогаш не биле на училиште. Оваа бројка опаднала на само 10% во 1970 г.

Споредбата на податоците на Република Чешка за бројот на родени деца и бројот на деца кои посетуваат настава покажува нивоа на посетување настава кое постигнува скоро 100% дваесет години подоцна.<sup>7</sup>

10. Сепак, во ваква жалосна состојба, некои луѓе сметаат дека е неопходно да ги насочат критиките кон Република Чешка, една од малкуте земји во Европа каде буквално сите деца, вклучително и Ромите, посетуваат настава во училиште.

Натаму, во учебната година 1989/90, имало 7.957 наставници за 58.889 ученици, а во учебната година 1992/93 година имало 8.325 наставници за 48.394 ученика<sup>8</sup>, односно *еден наставник на секои седум деца*.

11. Со години, европските држави создаваат често чудна комбинација на постигнувања и проекти, во кои успехот е придружен со неуспех. Проблемот ги засега образованите системи на многу земји, не само специјалните училишта<sup>9</sup>.

Република Чешка одлучила да развие систем кој бил воведен во 1920-тите години (видете став 15 од пресудата) и да го подобри, истовремено обезбедувајќи ги следниве процедурални заштитни мерки за запишување во специјални училишта (видете став 20 и ст. 21).

- согласност од родителите;
- препораки од образовно-психолошките центри;
- право на жалба;
- можност за преминување од специјално во редовно основно училиште.

На одреден начин Република Чешка со ова воспоставила образовен систем кој е нерамноправен. Сепак, таквата нерамноправност има позитивна цел: да се натераат децата да одат на училиште со цел да имаат шанса да успеат преку позитивна дискриминација во корист на маргинализираното население.

И покрај ова, мнозинството смета дека мора да каже дека не е убедено дека разликата во постапувањево меѓу децата Роми и децата кои не се Роми е во служба на легитимна цел да се адаптира образовниот систем на потребите на децата Роми и дека не постои разумен однос

7. (Статистички годишник на Република Чешка) *Statistical Yearbook of the Czech Republic 1993, Prague, 1993*, стр. 88 и 302.

8. *Op. cit., Prague, 1993, стр. 307.*

9. Во јавната дебата која сега се одвива во Франција, се забележува дека „40% од учениците кои се запишуваат во првата форма на образование немаат основно образование. На крајот од четвртата форма, 150.000 млади го напуштаат системот без да совладаат било кој предмет (Уводник во *Le Figaro*, 4 септември 2007 г.). Истиот весник во напис од 7 септември 2007 г. пренесува дека „според Уредничкиот одбор, 40% од учениците во основно училиште- 300.000 деца вкупно- ја завршуваат секоја година со сериозни слабости или со огромни тешкотии.“

на пропорционалност меѓу искористените средства и целта која сака да се постигне (виде став 208 од пресудата).

Никој подобро не го изразил следново мислење отколку Arthur Schopenhauer, кој прв кажал дека:

„Ова чудно задоволство само на зборови придонесува повеќе од било што кон постојано правење грешки. Затоа што потпирајќи се на зборовите и фразите добиени од својот предок, секој со чувство на сигурност ги пренесува нејаснотиите и проблемите.“<sup>10</sup>

12. Целосно прифаќам дека иако многу е сторено за да им се помогне на одредени категории на ученици да се стекнат со основни знаења, ситуација во однос на образованието на децата Роми во Република Чешка е далеку од идеална и има простор за подобрување.

Сепак, деталното испитување на ситуацијата ме води до следново прашање: која земја во Европа направила повеќе или исто толку на ова поле? Да се бара повеќе, да се бара итно и совршено решение, според мене е премногу, дури и невозможно, барем што се однесува до релевантниот период, кој започнал само неколку години по падот на комунистичкиот режим.

13. Јас сметам дека е важно во анализите и сите оценки и заклучоци да се направи разлика меѓу она што е пожелно и она што би можело да се означи како реално, возможно или едноставно остварливо.

Ова правило треба исто така да се применува и во областа на правото воопштено, а особено во конкретниот случај. Според жалителите, не биле преземени никакви мерки да им се овозможи на децата Роми да ги совладаат нивните културни и јазични проблеми на тестовите (виде став 40).

Сепак, ова е само уште еден одличен пример за фактот дека ним им недостасува реализам. Според мене илузорно е да се замисли дека ситуација која постоела со децении, па дури и со векови, може да се смени од денес за утре со неколку законски одредби- освен доколку идејата не е да се укинат целосно тестовите и истите да станат нерелевантни.

14. Исто така не треба да се заборави дека секој образовен систем вклучува не само образование, туку и процес на оценка, диференцијација, конкуренција и селекција. Овој животен факт сега е предмет на широка дебата за реформа на францускиот образовен систем. Претседателот на Република Франција во писмо од 4 септември 2007 г., на наставниците и педагозите им го преставува концептот на постапката за селекција при запишување во пониско и повисоко ниво на образование (средно образование од 11 до 14 години и средно образование од 15 до 18 години возраст по што децата се стекнуваат со диплома со која може да се запишат на факултет):

„Никој не може да се запише во првата форма доколку не покажал дека може да следи настава во средното образование од пониско ниво. Никој не може да се запише во петта форма доколку не ја покажал неговата способност да следи средно образование од повисоко ниво...“<sup>11</sup>

10. A. Schopenhauer, (Светот како волја и претстава) *The World as Will and Representation (Volume II)*, превод од E.F.J. Payne, Dover, New York, 1966, стр. 145.

11. *Le Figaro*, 5 септември 2007 г., стр. 8.

15. Сметам дека заклучоците до кои дошло мнозинството (видете став 205-210 од пресудата) се контрадикторни. Мнозинството забележува дека постојат тешкотии во образованието на децата Роми не само во Република Чешка, туку во други европски земји.

Да се опише *целосниот недостаток на училишно образование за половина од децата Роми* (видете точки 6 и 7 погоре) во одреден број на држави како „тешкотии“ е претеран еуфемизам. Како објаснување за ваквиот нелогичен приод, мнозинството со задоволство заклучува дека за разлика од одредени земји, Република Чешка одбрала да се справи со проблемот (видете став 205 од пресудата).

Со ова се имплицира дека веројатно е подобро и помалку ризично да не се направи ништо и да се остават работите какви што се на други места, со други зборови да не се направат никакви напори за справување со проблемите со кои се соочува голем дел од ромската заедница.

16. Според мене, таквото апстрактно, теоретско образложение го прави заклучокот на мнозинството целосно неприфатлив.

## ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА BORREGO BORREGO

(Превод)

1. Пресудата во конкретниот случај ме прави тажен.

2. Во 2002 г., судија Bonello кажа дека смета дека е „особено загрижува што Судот, во текот на повеќе од педесет години на упорен и строг судски надзор, па сè до денес не утврдил ниту еден пример на повреда на правото (гарантирано со членот 2 или членот 3) врз основа на расата ... на жртвата“ (видете *Anguelova v. Bulgaria*, по. 38361/97, ECHR 2002-IV, издвоено мислење). Од една страна се согласувам со критиката на судија Bonello дека загрижува отсуството, до пред пет години, на еден единствен случај на расна дискриминација во однос на основните права од Конвенцијата, но од друга страна пресудата во овој конкретен случај сега Судот одеднаш го става во петта брзина. Големиот судски совет со оваа пресудата се однесува како возач на болид во формула 1, навлегувајќи со голема брзина во нов и тежок терен - образование и при тоа неизбежно отстапува од линијата на движење која вообичаено ја следи Судот.

3. Според моето мислење, пресудата на Вториот Оддел од 17 февруари 2006 г. во конкретниот случај е солидна и мудра и е добар пример на прецедентното право на Судот. За жал, не можам истото да го кажам за пресудата на Големиот судски совет. (Пресудата на Судскиот совет е долга седумнаесет страници, а пресудата на Големиот судски совет има седумдесет и осум страници, кое само по себе покажува дека должината на пресудата не е мерка за тоа колку е мудра истата).

Ќе се задржам само на две прашања.

4. Приодот:

Откога ја зел предвид загриженоста на различни организации за реалноста на состојбата на Ромите, Судскиот совет вели: „Судот сепак истакнува дека неговата улога се разликува од улогата на претходно споменатите тела и дека, како и чешкиот Уставен суд, задачата на судот не е да го оценува вкупниот општествен контекст. Неговата улога и задача во дадениот случај е да ги разгледа индивидуалните жалби...“ (став 45).

5. Сепак Големиот судски совет го прави сосема спротивното. Спротивно на улогата која ја преземаат сите судски органи, целата пресуда е посветена на оценка на вкупниот општествен контекст - од првата страна („Историјат на случајот“) па сè до последниот став, вклучувајќи го и прегледот во „Извори на Советот на Европа“ (четиринаесет страници), „Релевантното право и пракса на Заедницата“ (пет страници), Релевантни инструменти на Обединетите Нации (седум страници) и „Други извори“ (три страници, кои, чудно, со исклучок на упатувањето на Европскиот центар за мониторинг, се земени исклучиво од англо-американскиот систем, односно Горниот дом на Обединетото Кралство и Врховниот суд на САД), Така, колку за пример, на почетокот на став 182 Судот вели: „Судот забележува дека како резултат на нивната турбулентна историја и постојаното раселување, Ромите станале специфичен вид на маргинализирано и ранливо малцинство.“ Зарем улогата на Судот е да го прави ова?

6. Следејќи ја истата линија, која според мене не е соодветна за еден суд, Големиот судски

совет, откако утврдил дискриминаторска разлика во постапувањето со децата Роми и децата кои не се Роми, во став 209 вели: „... со оглед на тоа што е утврдено дека релевантното законодавство ... има непропорционално штетно влијание врз ромската заедница, Судот смета дека жалителите, како припадници на таа заедница, неизбежно страдале од истото дискриминаторско постапување. Следствено Судот не мора да ги разгледува нивните случаи поединечно.“

7. Ова значи е новата улога на Судот: да стане втората ЕКРИ (Европска Комисија против расизам и нетолеранција) и да се ослободи од разгледување на индивидуалните жалби, на пример за ситуацијата на жалителите бр. 9, 10, 11, 16 и 17, во целосна спротивност со постапката која ја следел Судскиот совет во ставовите 49 и 50 од неговата пресуда.

8. На расправата на 17 јануари 2007 г., претставниците (од Лондон и Њујорк) на децата-жалители (од Острада) се ограничиле во нивните усни поднесоци на опис на дискриминацијата на која тие велат дека се подложени Ромите во Европа.

9. Ниту еден од децата –жалители или родителите на оние жалители кои сè уште биле малолетни не беа присутни на расправата. Поединечните околности на жалителите и на нивните родители беа заборавени. Со оглед на тоа што Правилото 36, став 4 од Правилникот на Судот предвидува дека претставниците дејствуваат во име на жалителите, јас го поставив едноставното прашање до британскиот и американскиот претставник – дали тие се сретнале со малолетните жалители и/или со нивните родители? Одговор не добив.

10. Сè уште го имам истиот впечаток: судницата на Високиот судски совет станала непробојна тврдина, воопшто незасегната од животот и проблемите на малолетните жалители и нивните родители, место каде оние кои се присутни можат да ја покажат својата супериорност над отсутните.

11. Родителите Роми и образованието на нивните деца:

Во однос на прашањето на образованието на децата, во Пресудата на Судскиот совет се вели: „Судот забележува дека родителите ја имаат одговорноста, како дел од нивната природна должност да обезбедат дека нивните деца добиваат образование ...“ (став 51). По анализа на фактите, Судскиот совет смета дека нема повреда на членот 14, во врска со членот 2 од Протоколот бр. 1.

12. Јас сметам дека ставот кој Големиот судски совет го зазел во однос на родителите на малолетните жалители е особено загрижувачки и со оглед на тоа што се однесува на сите Роми родители, тоа е став кој искрено говорејќи е неприфатлив. Тоа преставува значајно отстапување од нормите и е одраз на чувството на супериорност кое не би можело да се замисли дека е присутно во суд за човекови права и е удар врз човековото достоинство на родителите Роми.

13. Големиот судски совет почнува со тоа што го става под знак прашалник капацитетот на родителите Роми да ги извршуваат своите родителски должности. Во пресудата се вели: „Судот не е уверен на задоволителен начин дека родителите на децата Роми, кои се припадници на маргинализирана група и често со низок степен на образование, биле способни да ги оценат сите аспекти на ситуацијата и последиците од нивното давање согласност.“ (став 203). Ваквите тврдења се прекумерно строги, одвишни и пред сè непотребни.

14. Големият судски совет потоа продолжува да ја усложнува неговата негативна оценка на родителите Роми: „Големият судски совет смета дека дури и да се претпостави дека биле исполнети условите (за информирана согласност), не би можело да прифати какво било откажување од правото да не се биде подложен на расна дискриминација, со оглед на тоа што тоа би било спротивно на важен јавен интерес...“ (став 204).

Јас сметам дека ова особено загрижува. Големият судски совет тврди дека сите родители на деца Роми „дури и да се претпостави“ дека се способни да дадат информирана согласност, не се во состојба да одберат училиште за нивните деца. Таквиот став може да доведе до страшни искуства кои многу добро ги познаваме, децата да бидат „киднапирани“ од родителите, во случај родителите да припаѓаат на одредена општествена група, затоа што одредени „добронамерни“ луѓе сметаат дека мораат да го наметнат нивниот концепт за животот врз сите. Пример за тажната човекова традиција да се бори против расизмот со расизам.

15. Колку цинично: родителите на малолетните жалители не се квалификувани да се грижат и да ги воспитуваат нивните деца, иако се квалификувани да потпишат овластување за британски и северно-американски претставници кои тие дури не ни ги познаваат!

16. Јасно е дека се согласувам со издвоените мислења на моите колеги, чии гледишта целосно ги поддржувам.

17. Секое оддалечување на Европскиот суд од неговата судска улога ќе доведе до конфузија и тоа може да има само негативни последици за Европа. Отстапувањето од нормата кое е имплицитно во оваа пресуда е значајно и фактот што сите родители Роми се сметаат за неспособни да ги воспитуваат нивните деца, според мене е навредлив. Јас затоа ќе застанам до жртвите на таа навреда и ќе кажам “*Jsem český Rom*” (Јас сум чешки Ром).



## ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА ŠIKUTA

За жал јас не можам да се согласам со мислењето на мнозинството, кое утврди дека во конкретниот случај има повреда на членот 14 од Конвенцијата, во врска со членот 2 од Протокол бр. 1. Би сакал на кратко да ги изнесам главните причини за моето несогласување.

Се согласувам дека во општа смисла, дека состојбата на Ромите во Централна и Источна Европа е многу сложена, потоа дека не е лесна и едноставна и дека бара напори од сите инволвирани клучни актери, особено владите. Сепак, ваквата состојба се создавала со стотини години наназад и врз неа влијаеле најразлични историски, политички, економски, културни и други фактори. Владите мораат да имаат проактивна улога во овој процес и затоа се обврзани да донесат релевантни мерки и проекти, со цел да се постигне задоволителна ситуација. На ромското прашање треба да се гледа од таа перспектива, како на живо прашање кое постојано се развива.

Прецедентното право<sup>12</sup> на Судот јасно утврдува дека разликата во постапувањето со „лица во инаку слична ситуација“ не претставува дискриминација спротивна на членот 14, доколку за неа има објективно и разумно оправдување; односно кога може да се докаже дека таквата разлика е во служба на постигнување на „леgitимна цел“ или дека „има разумен однос на пропорционалност“ меѓу употребените средства и целта која сака да се постигне. Валидноста на оправдувањето мора да се оцени во контекст на целта и влијанието на мерките кои се разгледуваат, при што се земаат предвид начелата кои се применуваат во демократските општества.

При оценување дали и во која мерка разликите во „инаку слични ситуации“ го оправдуваат различното постапување, Судот на државите-членки им дава одредено дискреционо право на одлучување.<sup>13</sup> Фактот што Владата одбрала да ја исполни задачата на сите деца да им обезбеди задолжително образование преку воспоставување на специјални училишта е целосно во опфатот на нејзиното дискреционо право.

Специјалните училишта се воведени за деца со посебни тешкотии во учењето и посебни образовни потреби, како начин за исполнување на задачата на Владата на сите деца да им обезбеди основно образование, кое е задолжително. Воведувањето на специјални училишта треба да се смета како уште еден чекор во погоре-наведениот процес, чија крајна цел е да се постигне задоволителна или барем подобрена ситуација во образованието. Воведувањето на специјална настава, иако не е совршено решение, треба да се смета како позитивно дејствување од страна на државата за да им помогне на децата со специјални образовни потреби да го надминат нивното различно ниво на подготвеност за посетување настава во редовните училишта и за следење на редовната наставна програма.

Затоа може да се види дека воопштено има објективно и разумно оправдување за различно постапување со децата запишани во специјалните училишта, во споредба со децата во редовните училишта, а врз основа на психолошките тестови, спроведени од квалификувани професионални лица, кои се во состојба да ги одберат соодветните методи. Се согласувам дека постапувањето со децата во редовните училишта од една страна и со децата кои посетуваат специјални училишта од друга страна се разликува. Но истовремено двата вида на училиште, редовните и специјалните, им се достапни и де факто во предметниот период

12. Видете, на пример, *Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV.  
13. *Gaygusuz v. Austria*, 16 септември 1996 г., ст. 42, *Reports of Judgments and Decisions 1996-IV*.

и двете категории на деца - Роми и деца кои не се Роми - посетувале настава во двата вида на училиште.

Затоа единствениот одлучувачки критериум за определување кое дете треба да биде упатено во кој вид на училиште се резултатите од психолошките тестови, тестови дефинирани од стручни лица, квалификувани професионални лица, чиј професионализам не е оспорен од ниту една странка. Разликата во постапувањето со децата кои посетуваат настава во било кој вид на училиште (редовно или специјално) едноставно е определена од различното ниво на интелектуален капацитет на засегнатите деца и од нивното различно ниво на подготвеност и спремност успешно да ги исполнат сите барања кои ги поставува постоечкиот училиштен систем во редовните училишта.

Затоа изолираните статистички докази, особено кога доаѓаат од одреден регион во земјата, не овозможуваат да се заклучи дека запишувањето на жалителите во специјални училишта е резултат на расна предрасуда, затоа што, како пример, наставата во специјалните училишта ја следат и деца Роми, а истовремено и деца кои не се Роми. Статистичките податоци сами по себе не се достаточни да откријат практика која може да се квалификува како дискриминаторска (видете *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, § 154, 4 мај 2001 г.). Фактот што во редовните училишта настава следат и деца Роми само покажува дека постојат и други критериуми за селекција, освен расата и етничкото потекло. Исто така, фактот што некои од жалителите преминале во редовните училишта докажува дека не се работи за неповратна ситуација која не може да се измени.

Треба исто така да се забележи дека родителите на децата запишани во специјалните училишта се согласиле за нивното запишување и некои од нив и побарале од надлежните власти нивното дете да биде запишано во такво училиште. Таквото позитивно дејствување од страна на родителите на жалителите само покажува дека тие биле достаточни и соодветно информирани за постоењето на такви училишта и за нивната улога во образовниот систем. Не се сомневам дека воопштено едно стручно лице би било покомпетентното да донесе одлука за образованието на малолетно дете, отколку неговите родители. Но и да е тоа така, доколку имало какви било сомнежи дека одлуката на родители да ги запишат нивните деца во специјални училишта не била „во најдобар интерес на детето“, можел да интервенира Одделот за грижа за деца при Управата за социјални работи на Остава, кој има надлежност и должност таквите случаи да ги изнесе пред малолетничките суд за да се оцени најдобриот интерес на детето. Но тоа не било случај, со оглед на тоа што ниту Управата за социјални работи, ниту родителите на жалителите не се обратиле до малолетничкиот суд, кој е надлежен да решава по прашањето.

Со оглед на претходно кажаното, го донесов заклучокот дека се работи за *разлика во постапувањето* меѓу деца кои посетуваат настава во редовните училишта од една страна и децата кои посетуваат настава во специјалните училишта од друга, без оглед на тоа дали се од ромско или не се од ромско потекло. Таквата разлика во постапување има објективно и разумно оправдување и е во служба на легитимна цел - на сите деца да им се обезбеди задолжително образование.

Сепак, исто така заклучив дека *нема разлика во постапувањето* со децата кои посетуваат настава во специјалните училишта, кои деца (и Ромите и оние кои не се Роми) треба да се сметаат за „лица во инаку слична ситуација“. Во конкретниот случај сметам дека не постојат правни или фактични основи за да се заклучи дека со децата Роми кои посетуваат настава во специјалните училишта се постапувало понеповолно отколку со децата кои не се Роми, а кои посетуваат настава во истото специјално училиште. Не е прифатливо да се заклучи дека само децата Роми кои посетуваат настава во специјалните училишта се дискриминирани, во споредба со децата кои не се Роми (или сите деца), кои посетуваат настава во редовните училишта, со оглед на тоа што овие две групи на деца не се „лица во инаку слична ситуација“. Исто така не е прифатливо да се дојде до таков заклучок затоа што двете „групи“ имаат исти услови за пристап и посетуваат настава и во двата типа на училиште: децата кои не се Роми посетуваат настава во специјалните училишта и истовремено децата Роми посетуваат настава во редовните училишта, единствено врз основа на резултатите постигнати со полагање на психолошки тестови, кои тестови се исти за сите деца без оглед на нивната раса.

Врз основа на погорното, не го девам мислењето дека жалителите, заради нивната припадност на ромската заедница, биле подложени на дискриминаторско постапување со тоа што биле запишани во специјални училишта.

## ПРИЛОГ

### СПИСОК НА ЖАЛИТЕЛИ

1. Г-ѓа D.H. е чешки државјанин од ромско потекло, родена во 1989 г. и која живее во Ostrava-Přívov;
2. Г-ѓа S.H. е чешки државјанин од ромско потекло, родена во 1991 г. и која живее во Ostrava-Přívov;
3. Г-дин L.B. е чешки државјанин од ромско потекло роден во 1985 г. и кој живее во Ostrava-Fifejdy;
4. Г-дин M.P. е чешки државјанин од ромско потекло, роден во 1991 г. и кој живее во Ostrava-Přívov;
5. Г-дин J.M. е чешки државјанин од ромско потекло, роден во 1988 г. и кој живее во Ostrava-Radvanice;
6. Г-ѓа N.P. е чешки државјанин од ромско потекло, родена во 1989 г. и која живее во Ostrava;
7. Г-ѓа D.B. е чешки државјанин од ромско потекло, родена во 1988 г. и која живее во Ostrava--Heřmanice;
8. Г-ѓа A.B. е чешки државјанин од ромско потекло, родена во 1989 г. и која живее во Ostrava-Heřmanice;
9. Г-дин R.S. е чешки државјанин од ромско потекло, роден во 1985 г. и кој живее во Ostrava-Kunčičky;;
10. Г-ѓа K.R. е чешки државјанин од ромско потекло, родена во 1989 г. и која живее во Ostrava-Mariánské Hory;
11. Г-ѓа Z.V. е чешки државјанин од ромско потекло, родена во 1990 г. и која живее во Ostrava-Hrušov;;
12. Г-ѓа H.K. е чешки државјанин од ромско потекло, родена во 1990 г. и која живее во Ostrava -Vítkovice;
13. Г-дин P.D. е чешки државјанин од ромско потекло, роден во 1991 г. и кој живее во Ostrava;
14. Г-ѓа M.P. е чешки државјанин од ромско потекло, родена во 1990 г. и која живее во Ostrava-Hrušov;
15. Г-ѓа D.M. е чешки државјанин од ромско потекло, родена во 1991 г. и која живее во Ostrava-Hrušov;
16. Г-ѓа M.B. е чешки државјанин од ромско потекло, родена во 1991 г. и која живее во Ostrava 1;
17. Г-ѓа K.D. е чешки државјанин од ромско потекло, родена во 1991 г. и која живее во Ostrava-Hrušov;
18. Г-ѓа V.Š. е чешки државјанин од ромско потекло, родена во 1990 г. и која живее во Ostrava -Vítkovice;

**Предмет С-54/07**

**Центар за еднакви можности и борба против расизмот  
(Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding)**

**Против**

**Фирма Ферин**

**(Firma Feryn NV)**

(Упатување за прелиминарна одлука од Судот за работни спорови од Брисел (Arbeidshof te Brussel))

(Директива 2000/43/ЕЗ – Дискриминаторни критериуми за избор на персонал – Товар на докажување – Казни)

**Резиме на пресудата**

1. *Право на Заедницата – Начела – Еднаков третман– Еднаков третман на лицата независно од нивното расно или етничко потекло – Директива 2000/43*

*(Директива на Советот 2000/43, Член 2(2)(а))*

2. *Право на Заедницата – Начела – Еднаков третман– Еднаков третман на лицата независно од нивното расно или етничко потекло – Директива 2000/43*

*(Директива на Советот 2000/43, Член 8(1))*

3. *Право на Заедницата – Начела – Еднаков третман– Еднаков третман на лицата независно од нивното расно или етничко потекло – Директива 2000/43*

*(Директива на Советот 2000/43, Член 15)*

1. Кога работодавец јавно изјавува дека нема да вработува лица од одредено етничко или расно потекло, нешто што многу веројатно ќе одврати одредени кандидати од поднесување на апликација и, како резултат, ќе го попречи нивниот пристап до пазарот на трудот, тоа претставува директна дискриминација во однос на вработување во рамките на значењето на член 2(2)(а) од Директивата 2000/43 за спроведување на начелото на еднаков третман на лицата независно од нивното расно или етничко потекло. Постојењето на таква директна дискриминација не е условено од идентификација на тужителот кој тврди дека е жртва на таква дискриминација.

(види ставови 25, 28, оперативен дел 1)

2. Јавните изјави со кои работодавец дава на знаење дека, во согласност со политиката на вработување, нема да вработува лица од одредено етничко или расно потекло, се доволни за претпоставка дека постои политика за вработување која е директно дискриминаторна во рамките на значењето на член 8(1) од Директивата 2000/43 за спроведување на начелото на еднаков третман на лицата независно од нивното расно или етничко потекло. Во таков случај, работодавецот е оној кој треба да докаже дека нема повреда на начелото на еднаков

третман. Тоа може да го направи така што ќе покаже дека практиката на вработување на претпријатието не е во согласност со таквите изјави.

Националниот суд е надлежен да верификува дека наведените факти се утврдени и да оцени дали постојат доволно докази во поткрепа на тврдењата на работодавецот дека не го повредил начелото на еднаков третман.

(види став 34, оперативен дел 2)

3. Член 15 од Директивата 2000/43 за спроведување на начелото на еднаков третман на лицата независно од нивното расно или етничко потекло наложува правилата за казни кои се применуваат за прекршување на националните одредби усвоени со цел транспонирање на оваа Директива да бидат ефективни, пропорционални и одврќачки, дури и кога жртвата не е идентификувана.

(види став 40, оперативен дел 3)

#### ПРЕСУДА НА СУДОТ (Големиот судски совет)

10 јули 2008 година (\*)

(Директива 2000/43/ЕЗ – Дискриминаторни критериуми за избор на персонал – Товар на докажување – Казни)

Во предметот C-54/07,

УПАТУВАЊЕ за прелиминарна одлука според член 234 ЕЗ од Судот за работни спорови од Брисел (Белгија), со одлука од 24 јануари 2007 година, применено во Судот на 6 февруари 2007 година, во постапката

**Центар за еднакви можности и борба против расизмот**

против

**Фирма Ферин НВ,**

СУДОТ (Големиот судски совет),

составен од С.W.A. Timmermans, Претседател на Советот, L. Bay Larsen, K. Schieman, J. Makarczyk и J.-C. Bonichot (судија-известител), судии,

Општ застапник: M. Poiares Maduro,

Записничар: V. Fülöp, Администратор,

во однос на писмената постапка и по сослушувањето на 28 ноември 2007 година,

земајќи ги предвид мислењата поднесени во име на:

– Центарот за еднакви можности и борба против расизмот, од страна на С. Bayart, адвокат,

- белгиската влада, од страна на L. Van den Broeck и C. Pochet, во својство на застапници,
- Ирска, од страна на D. O’Hagan и P. McGarry, во својство на застапници,
- Владата на Обединетото Кралство, од страна на T. Harris, во својство на застапник, и од страна на T. Ward, адвокат, и J. Eady, адвокат,
- Комисијата на европските заедници, од страна на M. van Beek и J. Eneghen, во својство на застапници,

по сослушувањето на Мислењето на Општиот застапник на седницата на 12 март 2008,

ја донесе следната

## Пресуда

1 Ова упатување за прелиминарна одлука се однесува на толкувањето на Директивата 2000/43/ЕЗ на Советот од 29 јуни 2000 година за спроведување на начелото на еднаков третман на лицата независно од нивното расно или етничко потекло (Службен весник на Европските заедници 2000 L 180, стр. 22).

2 Упатувањето е извршено во текот на постапката помеѓу Центарот за еднакви можности и борба против расизмот, тужител во главната постапка, и Фирма Ферин НВ („Ферин“), тужен во главната постапка, по коментарите на еден од директорите на компанијата со кои јавно потврдува дека неговата компанија не сака да вработува „имигранти“.

## Правен контекст

### *Право на Заедницата*

3 Според член 1 од Директивата 2000/43 „целта на Директивата е да утврди рамка за борба против дискриминацијата врз основ на расна или етничка припадност, со цел во земјите членки да се применува начелото на еднаков третман“.

4 Според член 2(2)(а) од оваа Директива:

„директна дискриминација се смета дека се случила кога со едно лице е постапувано, било или би било постапувано понеповолно во однос на друго лице во споредлива ситуација поради неговата раса или етничкото потекло.“

5 Член 3(1)(а) од Директивата истакнува дека таа ги опфаќа „условите за пристап до вработување, самовработување и избор на професија, вклучувајќи ги критериумите за избор и условите за вработување, без оглед на гранката на дејност и на сите нивоа на професионална хиерархија, вклучувајќи унапредување“. Спротивно, според член 3(2) од истата Директива, таа не го опфаќа „различниот третман врз основа на националност“.

6 Според член 6(1) од Директивата 2000/43:

„Земјите членки може да воведат или спроведуваат мерки кои се поповолни за заштита на начелото на еднаков третман од оние кои се утврдени во оваа Директива“.

7 Член 7 од оваа Директива истакнува дека:

„1. Земјите членки осигуруваат дека правните и/или административните процедури, вклучувајќи ги и процедурите за помирување, каде што сметаат дека е соодветно, заради спроведување на обврските преземени со оваа Директива, им се достапни на сите лица кои сметаат дека се оштетени поради неприменување на начелото на еднаков третман на нив, дури и кога односот во кој се случила наводната дискриминација е прекинат.

2. Земјите членки осигуруваат дека здруженијата, организациите или правните лица кои имаат, во согласност со критериумите утврдени во нивното национално законодавство, легитимен интерес да осигурат дека се почитуваат обврските на оваа Директива, може да се ангажираат во име на или како поддршка на тужителот, со негова или нејзина согласност, во било каква правна и/или административна постапка предвидена за спроведување на обврските преземени со оваа Директива ...“

8 Член 8(1) од оваа Директива утврдува, исто така, дека:

„Земјите членки ги преземаат неопходните мерки, во согласност со нивните национални судски системи, за да осигурат дека, во случаи кога лица кои се сметаат за оштетени поради неприменување на начелото на еднаков третман на нив претставуваат пред судот или друг надлежен орган факти од кои може да се направи веројатно дека се случила директна или индиректна дискриминација, тужениот е оној кој треба да докаже дека немало повреда на начелото на еднаков третман.“

9 Член 13(1) од Директивата 2000/43 ги обврзува земјите членки да назначат тело или тела за промовирање на еднаков третман. Според член 13(2) од оваа Директива:

„Земјите членки осигуруваат дека надлежностите на овие тела опфаќаат:

– без да се земе во прашање правото на жртвите и здруженијата, организациите или другите правни субјекти наведени во член 7(2), обезбедување на независна помош на жртвите на дискриминација во поднесувањето на нивните претставки за дискриминација, ...“

10 На крај, член 15 од Директивата им ја пренесува на земјите членки одговорноста за утврдување на правила за применливи санкции и наведува дека таквите санкции може да вклучуваат плаќање надомест на жртвата, како и дека мора да бидат ефективни, пропорционални и разубедителни“.

#### *Национално законодавство*

11 Законот од 25 февруари 2003 година за борба против дискриминацијата и за измена и дополнување на Законот од 15 февруари 1993 година за воспоставување на Центарот за еднакви можности и борба против расизмот (*Moniteur belge* од 17 март 2003, стр. 12844), со измените и дополнувањата со Законот од 20 јули 2006 година на повеќе одредби (*Moniteur belge* од 28 јули 2006, стр. 36940, „Законот од 25 февруари 2003 година“) има за цел транспонирање на Директивата 2000/43 во белгиското право.

12 Член 2 од Законот од 25 февруари 2003 година забранува каква било форма на директна или индиректна дискриминација во однос на условите за пристап до вработување. Член

19 од овој Закон има за цел транспонирање на член 8 од Директивата 2000/43 во врска со товарот на докажување.

13 Законот од 25 февруари 2003 година исто така дозволува кривични или граѓански постапки против дискриминација. Судот може, во согласност со Член 19 од овој Закон, да наложи прекинување на актот на дискриминација (Член 19(1)) и објавување на својата одлука (член 19(2)) или, во согласност со член 20 од Законот, може да наметне парична казна.

14 Белгиското законодавно тело му овозможи на Центарот за еднакви можности и борба против расизмот да биде странка во судска постапка во која постои или би можела да постои дискриминација, без да биде потребна претходна претставка во тој однос.

### **Спор во главната постапка и прашања упатени за прелиминарна одлука**

15 Центарот за еднакви можности и борба против расизмот, кој е белгиско тело назначено, во согласност со член 13 од Директивата 2000/43, да промовира еднаков третман, поднесе барање до белгискиот Суд за работни спорови за одлука дека Ферин, компанија која се занимава со продажба и монтирање на подвижни врати, применила дискриминаторна политика за вработување.

16 Центарот за еднакви можности и борба против расизмот постапува врз основа на јавни изјави дадени од страна на директорот на Ферин дека неговото претпријатие бара да вработи монтери, но дека не може да вработи „имигранти“ бидејќи неговите клиенти се неволни да ги примат во своите домови за времетраењето на работниот процес.

17 Со налог од 26 јуни 2006 година, Претседателот на Судот за работни спорови во Брисел (Voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel) го отфрли барањето на Центарот за еднакви можности и борба против расизмот со образложение дека, конкретно, не постојат докази ниту претпоставка дека одредено лице аплицирало за работното место и му било одбиено вработување како резултат на неговото/нејзиното етничко потекло.

18 Во дадените околности, Судот за работни спорови во Брисел, до кој Центарот за еднакви можности и борба против расизмот поднел барање, одлучил да ја одложи постапката и да ги упати следните прашања до Судот на правда за прелиминарна одлука:

„ (1) Дали постои директна дискриминација во рамките на значењето на член 2(2)(а) од Директивата 2000/43/ЕЗ на Советот од 29 јуни 2000 година за спроведување на начелото на еднаков третман на лицата независно од нивното расно или етничко потекло, кога работодавец јасно истакнува во јавен оглас за слободно работно место:

„Морам да ги почитувам барањата на моите клиенти. Доколку кажете „го сакам тој производ или сакам да биде направен вака или онака“, и јас речам „не може, ќе ги испратам тие луѓе“, тогаш вие ќе кажете „не ми е потребна вратата“. Така си го рушам бизнисот. Мора да ги почитуваме барањата на клиентите. Тоа не е мој проблем. Јас не го создадов овој проблем во Белгија. Сакам мојата фирма да напредува и да оствари приход на крајот од годината. А како да го постигнам тоа?- Мора да работам на начин на кој клиентот бара од мене да работам!“[?]

(2) Дали за одлука за директна дискриминација во однос на условите за пристап до

платено вработување е доволно да се утврди дека работодавецот директно применува дискриминаторни критериуми на избор?

(3) За да се утврди постоење на директна дискриминација во рамките на значењето на член 2(2)(а) од Директивата 2000/43/ЕЗ на Советот, ... дали може да се земе предвид вработувањето на монтери исклучиво од белгиска националност од страна на компанијата на работодавецот при оценувањето дали политиката за вработување на работодавецот е дискриминаторна?

(4) Што се подразбира под „факти од кои може да се направи веројатно дека се извршила директна или индиректна дискриминација“ во смисла на член 8(1) од Директивата 2000/43? Колку строг треба да биде националниот суд во оценувањето на фактите кои водат кон претпоставка дека се извршила дискриминација?

(а) До кој степен претходните акти на дискриминација (јавен оглас за директно дискриминаторни критериуми на избор во април 2005 година) сочинуваат „факти од кои може да се направи веројатно дека се извршила директна или индиректна дискриминација“ во смисла на член 8(1) од [Директивата 2000/43]?

(б) Дали утврден акт на дискриминација во април 2005 година (јавен оглас во април 2005 година) следствено води кон претпоставка за продолжување на директно дискриминаторната политика за вработување? Земајќи ги предвид фактите во главната постапка, дали за претпоставка (дека работодавецот применува и не отстапува од дискриминаторна политика за вработување) е доволно тоа што тој во април 2005 година, како одговор на прашањето дали како работодавец не ги третира странските и белгиските државјани на ист начин и така демонстрирал одреден степен на расистичко однесување, тој јавно истакнал: „морам да ги почитувам барањата на моите клиенти. Доколку кажете „го сакам тој производ или сакам да биде направен вака или онака“, и јас речам „не може, ќе ги испратам тие луѓе“, тогаш вие ќе кажете „не ми е потребна вратата“. Така си го рушам бизнисот. Мора да ги почитуваме барањата на клиентите. Тоа не е мој проблем. Јас не го создадов овој проблем во Белгија. Сакам мојата фирма да напредува и да оствари приход на крајот од годината. А како да го постигнам тоа?- Мора да работам на начин на кој клиентот бара од мене да работам!“[?]

(в) Земајќи ги предвид фактите во главната постапка, дали може заедничко соопштение за печат издадено од страна на работодавецот и националното тело за борба против дискриминација, во кое актите на дискриминација се во најмала рака имплицитно потврдени од страна на работодавецот, да бидат доволна причина за таква претпоставка?

(г) Дали фактот што работодавецот не вработува монтери од редовите на етничките малцинства е доволна причина за претпоставка за индиректна дискриминација кога истиот работодавецот претходно се соочувал со големи потешкотии при вработување на монтери и, згора на тоа, јавно изјавил дека неговите клиенти не сакаат да работат со монтери кои се имигранти.

(д) Дали е еден факт доволно за да се претпостави дискриминација?

(ѓ) Земајќи ги предвид фактите во главната постапка, дали претпоставка за дискриминација од страна на работодавецот може да произлезе од фактот што здружена компанија на истиот работодавец вработува монтери исклучиво од белгиска националност?

(5) Колку строг мора да биде националниот суд во оценувањето на противдоказите кои мора да се приложат кога се јавува претпоставка за дискриминација во рамките на значењето на член 8(1) од Директивата 2000/43? Дали може претпоставка за дискриминација во рамките на значењето на член 8(1) од Директивата 2000/43 ... да се побие со едноставна и еднострана изјава на работодавецот во медиумите дека тој не дискриминира или престанал да дискриминира и дека монтерите од етничките малцинства се добредојдени; и/или со едноставна изјава на работодавецот дека неговата компанија, со исклучок на компанијата-сестра, ги пополнила сите слободни места за монтери; и/или со изјава дека е вработена чистачка од Тунис; и/или, земајќи ги предвид фактите во главната постапка, дали може претпоставката да се побие единствено со вработување на монтери од редовите на етничките малцинства и/или со исполнување на ветувањата дадени во заедничкото соопштение за печат?

(6) Што се подразбира под „ефективни, пропорционални и разумителни“ санкции, како што е предвидено во член 15 од Директивата 2000/43...? Земајќи ги предвид фактите во главната постапка, дали гореспоменатото барање од Член 15 од Директивата 2000/43 му дозволува на националниот суд едноставно да изрече дека се извршила директна дискриминација? Или пак, спротивно, таа и го обврзува националниот суд да даде наредба за забрана, како што е предвидено во националниот закон? Земајќи ги предвид фактите во главната постапка, до кој степен е националниот суд понатаму обврзан да наложи објавување на идната пресуда како ефективна, пропорционална и разумителна санкција?“

### Прашања упатени за прелиминарна одлука

19 Треба да се напомене, на самиот почеток, дека член 234 ЕЗ не го овластува Судот да ги применува правилата на Заедницата на конкретен предмет, туку единствено да одлучува по толкувањето на Договорот за ЕЗ и на актите усвоени од страна на институциите на Европската заедница (види, меѓу другото, Предмет 100/63 *van der Veen* [1964] ECR 565, 572, и Предмет C-203/99 *Veedfald* [2001] ECR I-3569, став 31). Судот може, меѓутоа, во рамките на судската соработка предвидена со овој член и врз основа на материјалот кој му е приложен, да му обезбеди на националниот суд толкување на правото на Заедницата, што може да биде корисно при оценката на ефектите на која било од неговите одредби (Предмет 20/87 *Gauchard* [1987] ECR 4879, став 5, и Заеднички предмети C-515/99, C-519/99 до C-524/99 и C-526/99 до C-540/99 *Reisch and Others* [2002] ECR I-2157, став 22).

20 Националниот суд побара од Судот да ги протолкува одредбите од Директивата 2000/43 заради, во основа, оценка на опсегот на концептот на директна дискриминација во однос на јавните изјави дадени од страна на работодавецот во текот на постапката за вработување (прво и второ прашање), условите во кои правилото за пренос на товарот на докажување утврдено во оваа директива може да се примени (трето до петто прашање) и какви казни може да се сметаат за соодветни во предмет како оној во главната постапка (шесто прашање).

#### *Прво и второ прашање*

21 Во однос на првото и второто прашање, Ирска и Обединетото Кралство на Велика Британија и Северна Ирска се на став дека директна дискриминација во рамките на значењето на Директивата 2000/43 не е можна, така што Директивата не се применува онаму каде наводната дискриминација е резултат на јавни изјави дадени од страна на работодавецот во однос на неговата политика за вработување, а не постои идентификуван тужител кој тврди

дека бил/била жртва на таква дискриминација.

22 Точно е дека, како што тврдат овие две земји членки, член 2(2) од Директивата 2000/43 ја дефинира директната дискриминација како ситуација во која со едно лице „се постапува, било или би било постапувано“ понеповолно во однос на друго лице во споредлива ситуација врз основ на расното или етничкото потекло. Слично, член 7 од оваа Директива ги обврзува земјите членки да осигурат дека судските постапки им се достапни на „сите лица кои сметаат дека се оштетени заради неприменување на начелото на еднаков третман на нив“ или на телата од јавен интерес кои ги покренуваат судските постапки „во име на или како поддршка на тужителот“.

23 Меѓутоа, од ова произлегува дека отсуството на идентификуван тужител води кон заклучокот дека не постои директна дискриминација во рамките на значењето на Директивата 2000/43. Целта на оваа Директива, како што е истакнато во воведната забелешка 8 од преамбулата, е „да негува услови за социјално инклузивен пазар на трудот“. За таа цел, член 3(1)(а) истакнува дека Директивата ги опфаќа, меѓу другото, критериумите за избор и условите за вработување.

24 Целта за негување на услови за социјално инклузивен пазар на трудот тешко би се исполнила доколку опсегот на Директивата 2000/43 би бил ограничен единствено на оние предмети во кои неуспешниот кандидат за одредено работно место, сметајќи се за жртва на директна дискриминација, би покренал судска постапка против работодавецот.

25 Фактот што работодавецот јавно изјавува дека нема да вработува лица од одредено расно или етничко потекло, нешто што многу веројатно ќе одврати одредени кандидати од поднесување на апликација и, како резултат, ќе го попречи нивниот пристап до пазарот на трудот, претставува директна дискриминација во однос на вработување во рамките на значењето на член 2(2)(а) од Директивата 2000/43 за спроведување на начелото на еднаков третман на лицата независно од нивното расно или етничко потекло. Постојењето на таква директна дискриминација не е условено од идентификација на тужителот кој тврди дека е жртва на таква дискриминација.

26 Прашањето за тоа што претставува директна дискриминација во рамките на значењето на Директивата 2000/43 мора да се разграничи од она за правните постапки предвидени во член 7 од оваа Директива за одлука за непочитување на начелото на еднаков третман и наметнување на санкции во тој поглед. Таквите правни постапки мора, во согласност со одредбите од овој член, да им бидат достапни на лицата кои сметаат дека биле жртви на дискриминација. Меѓутоа, барањата од член 7 од Директивата 2000/43 претставуваат, како што се истакнува во член 6 од истата, единствено минимум барања и Директивата не ги спречува земјите членки да воведат или спроведуваат одредби кои се поповолни за заштита на начелото на еднаков третман.

27 Оттука, член 7 од Директивата 2000/43 не ги спречува земјите членки да го утврдат, во рамките на своите национални законодавства, правото за здруженијата кои имаат легитимен интерес да осигурат почитување на Директивата, или за телото или телата назначени во согласност со член 13 од истата да покренуваат правни или управни постапки за спроведување на обврските од истата без да постапуваат во име на конкретен тужител или во отсуство на идентификуван тужител. Сепак, националниот суд е единствено одговорен да оцени дали националното законодавство дозволува таква можност.

28 Во контекст на горенаведеното, одговорот на првото и второто прашање мора да биде дека фактот што работодавецот јавно изјавува дека нема да вработува лица од одредено етничко или расно потекло претставува директна дискриминација во однос на вработување во рамките на значењето на член 2(2)(а) од Директивата 2000/43, бидејќи таквите изјави многу веројатно ќе одвратат одредени кандидати од поднесување на апликација и, како резултат, ќе го попречат нивниот пристап до пазарот на трудот.

*Трето до петто прашање*

29 Третото до петтото прашање се однесуваат на примената на правилото за преминување на товарот на докажување утврдено во член 8(1) од Директивата 2000/43 на ситуација во која постоењето на дискриминаторна политика за вработување се наведува во врска со коментари дадени јавно од страна на работодавецот во однос на неговата политика за вработување.

30 Член 8 од Директивата 2000/43 истакнува во тој поглед дека, кога постојат факти од кои може да се претпостави дека се случила директна или индиректна дискриминација, тужениот е оној кој треба да докаже дека немало повреда на начелото на еднаков третман. Предуслов на обврската за наведување на противдокази, која како резултат произлегува за наводниот извршител на дискриминацијата, е едноставна одлука дека претпоставката за извршена дискриминација се темели на утврдени факти.

31 Изјавите со кои работодавецот јавно обзnanува дека, во согласност со неговата политика за вработување, нема да вработува лица од одредено етничко или расно потекло, може да претставуваат такви факти од кои произлегува веројатност за дискриминаторна политика за вработување.

32 Оттука, работодавецот е оној кој треба да приложи докази дека не извршил повреда на начелото на еднаков третман, што може да го стори, меѓу другото, така што ќе покаже дека политиката за вработување на неговото претпријатие всушност не е во согласност со таквите изјави.

33 Националниот суд е надлежен да верификува дека наведените факти против работодавецот се утврдени и да оцени дали постојат доволно докази во поткрепа на тврдењата на работодавецот дека не го повредил начелото на еднаков третман.

34 Оттука, одговорот на третото до петтото прашање мора да биде дека јавните изјави со кои работодавецот обзnanува дека, во согласност со неговата политика за вработување, нема да вработува лица од одредено етничко или расно потекло, се доволни за да се претпостави дека е извршена директна дискриминација во рамките на значењето на член 8(1) од Директивата 2000/43. Потоа, работодавецот е оној кој треба да докаже дека нема повреда на начелото на еднаков третман. Тој може да го стори тоа така што ќе покаже дека политиката за вработување на неговото претпријатие всушност не е во согласност со таквите изјави. Националниот суд е надлежен да верификува дека наведените факти против работодавецот се утврдени и да оцени дали постојат доволно докази во поткрепа на тврдењата на работодавецот дека не го повредил начелото на еднаков третман.

*Шесто прашање*

35 Шестото прашање прашува, во основа, какви санкции може да се сметаат за соодветни за дискриминација при вработување утврдена врз основа на јавните изјави на работодавецот.

36 Член 15 од Директивата 2000/43 им ја пренесува на земјите членки одговорноста за утврдување на правила за применливи санкции за прекршување на националните одредби усвоени во согласност со оваа Директива. Член 15 наведува дека таквите санкции мора да бидат ефективни, пропорционални и разубедителни и дека може да вклучуваат плаќање надомест на жртвата.

37 Така, член 15 од Директивата 2000/43 им ја наложува на земјите членки обврската да воведат во своите национални системи мерки кои се доволно ефикасни за да ја постигнат целта на оваа Директива и да осигурат дека истите ќе можат ефикасно да се применуваат пред националните судови со цел да обезбедат реална и ефективна судска заштита. Директивата 2000/43, сепак, не пропишува конкретна санкција, туку остава на земјите членки да го изберат најсоодветното решение за постигнување на таа цел.

38 Во предмет како оној упатен од страна на националниот суд, кога нема директна жртва на дискриминација туку овластено тело бара одлука за дискриминација и изрекување на казна, санкциите кои член 14 од Директивата 2000/43 бара да се утврдат во националното право мора исто така да бидат ефективни, пропорционални и одвраќачки.

39 Доколку се чини соодветно за ситуацијата која е предмет на главната постапка, таквите санкции вклучуваат, кога е неопходно, одлука за дискриминација од страна на судот или надлежниот управен орган во согласност со соодветното ниво на публицитет, трошоците за што ќе ги сноси тужениот. Тие може исто така да бидат во форма на наредба за забрана, во согласност со правилата на националното право, со која на работодавецот му се наложува да ја прекине дискриминаторната практика и, кога е соодветно, му се изрекува парична казна. Понатаму, тие може да имаат и форма на доделување отштета на телото кое ја покренало постапката.

40 Оттука, одговорот на шестото прашање мора да биде дека член 15 од Директивата 2000/43 бара дека правилата за санкции применливи за прекршување на националните одредби усвоени со цел транспонирање на оваа Директива мора да бидат ефективни, пропорционални и разубедителни, дури и во отсуство на идентификувана жртва.

## Трошоци

41 Бидејќи за страните на главната постапка овие постапки се дел од тужбата која е во тек пред националниот суд, одлуката за трошоците е прашање за тој суд. Трошоците за поднесување на забелешки до Судот, освен трошоците на тие страни, се неповратни.

Врз тој основ, Судот (Големиот судски совет) ја носи следната одлука:

1. **Фактот што работодавецот јавно изјавува дека нема да вработува лица од одредено расно или етничко потекло претставува директна дискриминација во однос на вработување во рамките на значењето на член 2(2)(а) од Директивата 2000/43 од 29 јуни 2000 година за спроведување на начелото на еднаков третман на лицата независно од нивното расно или етничко потекло, бидејќи таквите изјави многу веројатно ќе одвратат одредени кандидати од поднесување на апликација и, како резултат, ќе го попречат нивниот пристап до пазарот на трудот.**

2. **Јавните изјави со кои работодавец дава на знаење дека, во согласност со неговата политика за вработување, нема да вработува лица од одредено етничко или расно**

потекло се доволни за претпоставка дека постои политика за вработување која е директно дискриминаторна во рамките на значењето на член 8(1) од Директивата 2000/43. Во таков случај, работодавецот е оној кој треба да докаже дека немало повреда на начелото на еднаков третман. Тоа може да го направи така што ќе покаже дека практиката на вработување на претпријатието не е во согласност со таквите изјави. Националниот суд е надлежен да верификува дека наведените факти против работодавецот се утврдени и да оцени дали постојат доволно докази во поткрепа на тврдењата на работодавецот дека не го повредил начелото на еднаков третман.

3. Член 15 од Директивата 2000/43 бара дека правилата за санкции применливи за прекршување на националните одредби усвоени со цел транспонирање на оваа Директива мора да бидат ефективни, пропорционални и разубедителни, дури и во отсуство на идентификувана жртва.

[Потписи]

# Дискриминација врз основ на пол и род







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

ЧЕТВРТИ ОДДЕЛ

**СЛУЧАЈ ЗАРБ АДАМИ против МАЛТА**  
**(ZARB ADAMI v. MALTA)**

*(Жалба бр. 17209/02)*

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

20 јуни 2006 г.

**КОНЕЧНА**

*20/09/2006*

**Во случајот Зарб Адами против Малта (Zarb Adami v. Malta)**

Европскиот суд за човекови права (Четврти оддел), заседавајќи во Судски совет во состав:

Nicolas Bratza, *Претседател*,

Josep Casadevall,

Kristaq Traja,

Lech Garlicki,

Javier Borrego Borrego,

Ljiljana Mijović, *судиш*,

Joseph Filletti, *ад хок судија*,

и Lawrence Early, *Секретар на Одделот*,

Расправајќи на затворена седница на 24 мај 2005 г. и на 30 мај 2006 г.,

Ја донесе следнава пресуда, усвоена на последниот од погоре наведените датуми:

## ПОСТАПКА

1. Случајот беше покренат со жалба (бр. 17209/02) против Република Малта поднесена до Судот, според членот 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основни слободи („Конвенцијата“) од страна на малтешкиот државјанин, г-дин Морис Зарб Адами (Mr. Maurice Zarb Adami) („жалител“), на 22 април 2002 г.

2. Жалителот беше застапуван од г-дин I. Refalo и г-ѓа Т. Comodini Cachia, адвокати од Валета, Малта. Малтешката Влада („Владата“) беше застапувана од нејзиниот Агент, г-дин S. Camilleri, Државен правобранител и г-дин P. Grech, Заменик државен правобранител.

3. Жалителот го изнесува наводот дека бил дискриминиран врз основа на пол во извршувањето на општествената должност на поротник (член 14 од Конвенцијата во врска со членот 4, ст. 3 и чл. 6)

4. Жалбата беше доделена на Четвртиот оддел на Судот (Правило 52, ст. 1 од Правилникот на Судот). Во рамките на тој Оддел, Судскиот совет кој решаваше по случајот (член 27, ст. 1 од Конвенцијата) беше составен како што е предвидено со Правилото 26, ст. 1. Giovanni Bonello, судија избран за Малта се повлече од случајот (Правило 28). Владата следствено го назначи Joseph Filletti, како *ad hoc* судија.

5. Со одлука од 24 мај 2005 г., по расправата за допуштеноста и правната заснованост (Правило 54, ст. 3), Судскиот совет ја прогласи жалбата за допуштена.

6. Жалителот, но не и Владата, достави дополнителни поднесоци (Правило 59, ст. 1).

## ФАКТИТЕ

### I. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАЈОТ

7. Жалителот е малтешки државјанин кој живее во Attard, Малта.

8. Фактите во случајот, како што беа изнесени од странките, на кратко се следниве.

#### 1. Историјатот на случајот

9. Жалителот е аптекар во Малта. Од 1971 г. тој бил ставен на списокот на поротници на кој останал сè до 2005 г.

10. Во периодот од 1971 до 1997 г., жалителот бил повикан да биде поротник во три различни кривични постапки. Во овие случаи бил повикан да служи и како поротник и како главен поротник.

11. Во 1997 г. жалителот бил повторно повикан како поротник пред Кривичниот суд. Овој пат тој не одговорил на барањето и не дошол на бараниот датум, па на 14 април 1997 г. бил казнет со 100 малтешки лири (МТЛ)- приближно (ЕУР) 240 евра.

## 2. Уставната постапка

12. Со оглед на тоа што жалителот не ја платил глобата, на 11 јуни 1997 г., Секретарот на судовите на Малта поднел барање до Кривичниот суд. Тој побарал да се повика жалителот пред судот и/или да се преиначи глобата во затворска казна.

13. На расправата на 26 јуни 1997 г., пред Кривичниот суд, жалителот го покренал приговорот дека глобата која му била изречена е неуставна и претставува повреда на неговите основни права. Тој конкретно го изнел наводот дека казната е дискриминаторска во смисла на членот 45 од Уставот и членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 4, став 3(г), затоа што го изложува на товар и должности на кои не се изложени лица во иста ситуацијата како и тој. Натаму, законодавството и/или домашната пракса ги иззема жените од должноста на поротник, додека *де факто* мажите ја немаат можноста од вакво изземање.

14. Со оглед на тоа што приговорот на жалителот не бил несериозен и/или со намера само да предизвика проблеми, на 29 септември 1997 г., Кривичниот суд го упатил неговото барање до Првиот совет од Граѓанскиот суд.

15. Пред Граѓанскиот суд жалителот го изнел наводот дека малтешкиот систем ги казнува мажите и ги става жените во поповолна положба, затоа што статистичките податоци покажуваат дека во текот на претходните пет години само 3,05% од поротниците биле жени, додека 96,95% од поротниците биле мажи. Натаму, товарот да се служи како поротник не бил еднакво распределен, туку е ставен само врз мал дел од населението: во 1997 г. на списокот на поротници биле застапени само 3,4% од лицата на Гласачкиот список. Во праксата, оние кои еднаш се ставени на списокот на поротници остануваат на списокот сè додека не ги дисквалификуваат, додека други лица кои исто така ги исполнуваат сите барања де факто се изземени од таквата граѓанска должност.

16. Со пресуда од 5 февруари 1999 г., Граѓанскиот суд ги одбил тврдењата на жалителот. Судот сметал дека со тоа што предвидува дека секој малтешки граѓанин кој наполнил 21 година е квалификуван да служи како поротник, законот не прави никаква разлика меѓу граѓаните. Поконкретно, нема разлика меѓу мажите и жените. Што се однесува до практиката која ја критикува жалителот, тој неговото тврдење не го докажал затоа што не покажал дека има други лица кои се квалификувани да служат како поротници, но кои успеале да избегнат да ги извршат своите должности. Натаму, жалителот не побарал изземање од должноста поротник во склад со домашното законодавство.

17. Граѓанскиот суд исто така забележал дека жалителот не докажал дека со него се постапувало поинаку до онаа мерка до која товарот на обврските кои му биле наметнати бил поголем од товарот кој им се наметнуваат на други лица. Конкретно, не било утврдено дека луѓето кои се на списокот на поротници ист период како и жалителот биле отстранети од списокот без оправдана причина, или дека лица кои биле во ситуација слична на жалителот биле изоставени од списокот на поротници. Жалителот исто така не успеал да поднесе било какви докази кои покажуваат дека разликите во бројот на мажите и жените кои се повикани са служат како поротници можат конкретно да се припишат на намера да се дискриминира било кој пол или дека имаат за цел на жените да им се даде неправична предност во однос на мажите.

18. На 5 февруари 1999 г., жалителот до Уставниот суд поднел жалба против оваа пресуда. Тој конкретно наведува дека постепението на дискриминацијата било јасно докажано со статистичките податоци кои ги поднел. Со оглед на ваквата фактичка состојба, не било потребно да се докажува намерата за дискриминација од страна на властите.

19. Во неговите поднесоци, жалителот истакнал дека должноста поротник е товар затоа што бара од засегнатото лице да ја остави работата со цел редовно да присуствува на судските рочишта; натаму, тоа претставува и морален товар да се суди за невиноста или вината на одредено лице. Според Уставот на Малта и според Конвенцијата, општествените должности треба да ги делат сите подеднакво. Сепак, статистичките податоци покажуваат дека списоците со поротници се составени од 0,74% жени и 99,26% мажи и дека списокот на поротници претставува само 3,4% од Гласачкиот список.

20. Со пресуда од 2 ноември 2001 г., Уставниот суд ја отфрлил жалбата на жалителот и ја потврдил пресудата на Граѓанскиот суд.

21. Уставниот суд повторил дека ниту законот, ниту административните правила во врска со составувањето на списоците на поротници не биле на било каков начин дискриминаторски. Всушност, статистичките податоци покажуваат дека бројот на жени на списокот на поротници изнесувал 145 во 1996 г. (скоро два пати повеќе од претходната година) и дека оваа бројка се зголемила на 2.490 во 1997 г. Затоа, покренат е неповратен административен процес со цел бројот на жените на списоците да се приближи на бројот на мажите.

22. Уставниот суд сепак прифаќа дека бројот на жените кои реално биле повикани како поротници бил многу мал; само пет годишно во 1995, 1996 и 1997 г. Ова јасно е резултат на постапката за избор на поротници, во која се оценуваат причините кои влијаат одредено лице да се избере или да не се избере како поротник. Резултатите зависат од многу фактори, како што се елементот на среќа, оспорувањата од страна на одбраната и изземањата кои ги одобруваат судовите. Вистина е дека жените се изземаат од должноста поротник поради социјални, семејни или културни причини; сепак, ова е сосема легитимно и законски кога е последица на барањата на одбраната, обвинителните или судечкиот судија.

23. Уставниот суд исто така се согласил дека се чини дека начинот на кој се составуваат списоците на поротници оди во прилог на ситуација во која штом едно лице е ставено на списокот на поротници тоа лице останува на списокот сè додека не ја исполни старосната граница. Затоа поплаката на жалителот дека со ваквиот систем се чини дека се казнуваат лицата кои се веќе на списокот би можела да се прифати. Така, Уставниот суд предлага системот да се смени и списоците периодично да се менуваат со цел да се исклучат лицата кои веќе биле повикани како поротници.

24. Што се однесува до применливоста на членот 14 од Конвенцијата, Уставниот суд забележува дека должноста на поротник треба да се смета за „нормална граѓанска должност“ во рамките на значењето на членот 4 од Конвенцијата и оттука е релевантен членот 14 од Конвенцијата. Сепак, Уставниот суд смета дека со жалителот не било постапувано во смисла на негово преголемо оптоварување затоа што морал да служи како поротник во три случаи во период од седумнаесет години. Во секој случај, ваквата околност не му дава за право да го земе законот во свои раце и да одлучи да ги игнорира судските покани. Наместо тоа, требало да ги искористи вообичаените правни лекови кои му биле достапни, како што е

поднесување на барање за изземање од должноста поротник до надлежниот суд. Доколку му било одбиено таквото барање, можел да поднесе жалба.

25. Уставниот суд исто така го отфрлил тврдењето на жалителот дека глобата која му била изречена била дискриминаторска. Судот забележува дека секој кој е казнет со глоба од надлежен суд има обврска да ја плати глобата и дека за секој кој не ја почитува наредбата на судот следат санкции.

3. Барањето на жалителот за изземање од должноста поротник

26. На неутврден датум во 2003 г., жалителот се обратил со барање до Секретарот на Кривичниот суд. Тој забележува дека во Службениот весник од 28 август 2003 г., неговото име е наведено на списокот на поротници и на списокот со специјални поротници. Сепак, со оглед на тоа дека бил предавач на Универзитетот Малта, тој побарал изземање од должноста поротник во склад со членот 604(1) од Кривичниот законик (во натамошниот текст „КЗ“).

27. Со одлука од 23 октомври 2003 г., Секретарот на Кривичниот суд го одбил барањето на жалителот.

28. Откога бил повикан како поротник на друго судење, во 2004 г., жалителот побарал да би изземен од должноста на поротник според членот 607 од КЗ. Надлежниот домашен суд го одбил барањето.

29. На 18 април 2005 г., жалителот уште еднаш побарал да биде изземен од должноста поротник. Тој се повикал на членот 604(1) од КЗ, кој предвидува изземање за редовни предавачи на Универзитетот. На 25 април 2005 г., неговото барање било одобрено.

## II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ЗАКОНОДАВСТВО

30. Според членот 603(1) од КЗ,  
„Секој на возраст од дваесет и една години и повеќе, со постојано живеалиште во Малта и кој е државјанин на Малта, може да служи како поротник под услов ваквото лице да има соодветни познавања од малтешкиот јазик, да има добар карактер и да е компетентно да служи како поротник.“

31. Составувањето на списоците на поротници се регулира со членот 605 од КЗ. Списоците ги составува Комесарот на полицијата заедно со двајца судии и Секретарот на судовите. Списоците се објавуваат во Службениот весник во август секоја година. Во рок од петнаесет дена од објавувањето секое лице кое не ги поседува квалификациите пропишани со закон за да служи како поротник и сака да биде отстранет од списокот може да поднесе барање до Кривичниот суд. Судот веднаш го разгледува барањето и Секретарот во списокот ги внесува сите корекции кои може да ги нареди судот. По ова, имињата на поротниците се запишуваат на посебни ливчиња и секој месец се извлекуваат ливчиња со имиња на поротници.

32. Членот 604 од КЗ предвидува:  
„(1) Следниве лица се изземени од должноста поротник:

Членови на Претставничкиот дом (парламентот), судии, свештени лица, припадници на вооружените сили на Малта, лица со висока функција како што е раководител на владини министерства и нивни заменици, судии, секретарот на судовите, полициски службеници, професори на универзитет, наставници во државните основни, средни и технички училишта, обласните раководители со здравствените служби, здравствени инспектори, главниот службеник за условно ослободените и

служебниците за условно ослободените.

(2) Натаму судот, по поднесено барање, може да из земе од должноста поротник било кое лице кое е аптекар во некое село и било кој доктор, хирург или доктор-акушер кои реално се занимаваат со овие дејности и воопштено било кое лице кое навршило шеесет години возраст, освен доколку во одреден случај судот има поинакво мислење, а во целите на правдата.

(3) Секое лице кое обезбедува грижа за семејството или за лице кое страда од било каков физички или ментален хендикеп или болест исто така се иззема од должноста поротник.“

33. Членот 607 од КЗ предвидува дека секое лице кое не е квалификувано или подобно да служи како поротник, или кое може да има посебни причини да побара да биде изземено од должноста поротник може прашањето да го изнесе пред судот, поднесувајќи барање во рок од четири дена од добивањето на писмената судска покана за поротник. Судот „доколку смета дека наведените причини се прифатливи .... може да му нареди на Секретарот да го отстрани името на таквото лице.“

34. Според членот 609 од КЗ доколку повиканото лице (односно лице повикано да служи како поротник) не се појави пред судот во времето назначено во писмената покана, судот ќе му изрече глоба и може да биде приморан да служи како поротник со налог да биде донесен со придружба или со апсење. По поднесено барање за оваа цел, Судот може да ја намали глобата доколку утврди на задоволителен начин дека имало валидна причина за непојавувањето на лицето.

## ПРАВОТО

### *1. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 14 ВО ВРСКА СО ЧЛЕНОТ 4, СТАВ 3(г) ОД КОНВЕНЦИЈАТА*

35. Жалителот смета дека начинот на кој му била наметната должноста на поротник е дискриминаторски по својата природа. Тој се повикува членот 14 од Конвенција во врска со членот 4, став 3 (г).

Релевантните делови од овие одредби гласат:

„1. Никој не смее да биде држен во ропство или во ропска зависност.

2. Никој не смее да биде присилен да врши принудна или задолжителна работа.

3. Во смисла на овој член, за 'принудна или задолжителна работа' нема да се смета:

...

(г) секоја работа или служба кои се составен дел на вообичаените граѓански обврски.“

36. Членот 14 од Конвенцијата предвидува:

„Уживањето на правата и слободите, признати со оваа Конвенција, треба да се обезбеди без никаква дискриминација заснована врз пол, раса, боја на кожата, јазик, вера, политичко или кое и да е друго мислење, национално или социјално потекло, припадност на национално малцинство, материјална положба, потекло по раѓање или кој и да е друг статус.“

## А. Применливост на членот 14 во врска со членот 4, став 3(г) од Конвенцијата

### 1. Поднесоци на странките

#### (а) Владата

37. Владата смета дека членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 4, став 3(г) не е применлив врз фактите од предметниот случај.

38. Владата тврди дека должноста на поротник несомнено е дел од „вообичаените граѓански обврски“ врз основа на општествена солидарност, која им се наметнува на граѓаните со цел да се обезбеди демократизација на процесот на спроведување на кривичното право и дека на засегнатото лице му судат негови сограѓани. Ова жалителот не го спори. Затоа должноста на поротник не може да се смета за „принудна или задолжителна работа“ во рамките на значењето на членот 4, став 2 од Конвенцијата. Применливоста на оваа одредба е исклучена со дејствието на ставот 3(г).

39. Владата натаму забележува дека жалителот кој бил повикан како поротник само три пати во период од седумнаесет години, се жали само на постапката која доведува до составувањето на списоците на лицата кои се квалификувани да служат како поротници, а не за последователниот процес на избор на лица кои на крајот служат како поротници. Сепак, составувањето на списоците не се смета за „принудна работа“, затоа што самиот факт дека името на одредено лице се појавува на списокот не мора да имплицира дека се бара одредена служба. Всушност, може да се одобри изземање, изборот на лицето како поротник за даден случај може да се оспори или може да се случи неговото име воопшто да не биде извлечено. Затоа, фактите кои се во основа на жалбата на жалителот не спаѓаат во опфатот на членот 4 од Конвенцијата, па следствено членот 14 не е применлив.

#### (б) Жалителот

40. Жалителот истакнува дека Уставниот суд категорично прифатил дека должноста поротник е дел од „вообичаените граѓански обврски“. Ова мислење е потврдено со начелата утврдени од Судот во случајот *Karlheinz Schmidt v. Germany* (18 јули 1994 г., Series A no. 291-B) и *Van der Musselle v. Belgium* (23 ноември 1983 г., Series A no. 70). Во пресудата за вториот случај, Судот смета дека концептот на „вообичаените граѓански обврски“ се однесува на „сите задачи или должности кои се бараат од лицето под закана од казна и за чие извршување засегнатото лице не се нуди на доброволна основа“. Жалителот нагласува дека тој не се јавил доброволно за должноста на поротник. Сосема спротивното, оваа должност е изнудена од него под закана за глоба, која може да се преиначи во затворска казна. Жалителот се повикува на пресуди во кои Врховниот суд на Соединетите држави разгледувал прашања поврзани со должноста поротник и дискриминација во изборот на поротници (*Smith v. State of Texas*, 25 ноември 1940 г., 311 US 128 (1941); *Thiel v. Southern Pac. Co.*, 20 мај 1946 г., 328 US 217 (1946); и *Brown v. Allen*, 9 февруари 1953 г., 344 US 443 (1953)). Судот сметал дека должноста поротник е граѓанска должност и дека поротничкиот систем има политичка функција во спроведувањето на правото и е од суштинска важноста во демократскиот правосуден систем.

41. Според мислењето на жалителот, со оглед на тоа што должноста поротник е опфатена со ставот 3(г) од членот 4, единствениот логичен заклучок е дека фактите од случајот спаѓаат во опфатот на членот 4. Следствено, членот 14 - одредба која не бара повреда на материјалните одредби од Конвенцијата, туку само поврзаност со истите- исто така е применлив.

## 2. Оценка на Судот

42. Според конзистентното мислење на Судот, членот 14 ги надополнува останатите материјални одредби од Конвенцијата и Протоколите кон истата. Тој сам по себе не може да постои затоа што произведува дејствие само во врска со „уживањето на правата и слободите“ кои се гарантирани со одредбите од Конвенцијата. Иако примената на членот 14 не мора да претпостави повреда на тие одредби - и во таа смисла овој член е автономен - сепак истиот не би можел да се примени освен доколку фактите кои се разгледуваат не спаѓаат во опфатот на една од одредбите од Конвенцијата (меѓу другите авторитативни мислења видете *Van Raalte v. the Netherlands*, 21 февруари 1997 г., § 33, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, и *Petrovic v. Austria*, 27 март 1998 г., § 22, *Reports* 1998-II).

43. Судот повторува дека ставот 2 од членот 4 кој забранува „принудна или задолжителна работа“ ја отелотворува една од основните вредности во демократските општества. За разлика од најголем дел од материјалните одредби од Конвенцијата и Протоколите 1 и 4, членот 4 не содржи одредби за исклучоци и во врска со него не е дозволена дерогација според членот 15, став 2, дури и во случај на итни состојби кои го загрозуваат животот на нацијата (видете *Siliadin v. France*, no. 73316/01, § 112, ECHR 2005-VII). Сепак, ставот 3 од оваа одредба предвидува дека терминот „принудна или задолжителна работа“ меѓу другото не ги вклучува „секоја работа или служба кои се составен дел на вообичаените граѓански обврски.“

44. Во случајот *Karlheinz Schmidt*, во кој само мажите имале должност да служат во противпожарните единици или да плаќаат финансиски придонес во заемна за таква служба (цитирано погоре, ст. 22), Судот утврдил дека членот 14 е применлив и истакнал дека: „... ставот 3 од членот 4 нема за цел да го 'ограничи' користењето на правото гарантирано со став 2, туку да ја 'разграничи' самата содржина на тоа право, затоа што истото формира целина со ставот 2 и наведува дека терминот „принудна или задолжителна работа“ нема да вклучи (*ce qui 'n'est pas considéré comme "travail forcé ou obligatoire"*). Со оглед на ова, ставот 3 служи како помош за толкување на ставот 2. Четирите алинеи на ставот 3, без оглед на нивната разновидност, се засноваат на водечките идеи за општ интерес, општествена солидарност и она што е вообичаено во нормалниот тек на работите ...“

45. Судот исто така нагласил дека „критериумите кои служат да се разграничи концептот на принудна работа го вклучуваат концептот на она што е вообичаен тек на работите ... Работа или труд кои сами по себе се нормални може да се сметаат за абнормални доколку изборот на групите или лицата кои мораат да ги извршат се раководи од дискриминаторски фактори, а што пак е токму она што жалителот тврди дека се случило во дадените околности.“ (видете *Van der Musselle*, цитирано погоре, став 43).

46. Во предметниот случај, Судот не гледа било каква причина да отстапи од неговите наоди во двете пресуди цитирани погоре. Затоа, фактот што ситуацијата кореспондира со концептот на вообичаени граѓански должности во рамките на значењето на став 3 не

претставува пречка за примената на членот 4 од Конвенцијата во врска со членот 14.

47. Како и странките во случајот, Судот смета дека обврзната должност на поротник, каква што постои во Малта е „вообичаена граѓанска должност“, предвидена во членот 4, став 3 (г). Судот натаму истакнува дека жалителот не се јавил доброволно за должноста поротник и дека фактот што не се јавил на должност довел до изрекување на глоба, која може да се преиначи во затворска казна. Со оглед на тесните врски со обврската да служи како поротник, обврската да се плати глоба исто така спаѓа во опфатот на членот 4, став 3(г) (видете *mutatis mutandis, Karlheinz Schmidt*, цитирано погоре, став 23).

48. Се прифаќа, како што истакнува Владата (видете став 39 погоре) дека во неговите поднесоци жалителот главно ја критикува постапката која доведува до составувањето на списоците на поротници. Сепак, ова не имплицира дека неговата жалба не е исто така насочена и против резултатот од таквата постапка, имено фактот дека од него се бара да ја изврши граѓанската должност како поротник.

49. Може да се заклучи дека предметните факти спаѓаат во опфатот на членот 4. Членот 14 од Конвенција следствено е применлив.

**Б. Усогласеност со членот 14 во врска со членот 4, став 3(г) од Конвенцијата**

## **1. Поднесоци на странките**

### **(а) Владата**

50. Владата истакнува дека жалителот прифатил дека релевантните домашни одредби не ги дискриминираат мажите и жените. Затоа се чини дека неговата жалба е насочена против административната пракса која води до изборот на лицата за должноста поротник.

51. Сепак, членот 14 од Конвенцијата не може да се примени во однос на тврдењето на жалителот дека лицето кое е ставено на списокот не се отстранува освен доколку лицето не почине или не ја исполни возрасната граница. Таквата наводна практика всушност подеднакво се однесува и на мажите и на жените. Поплаките на жалителот затоа треба да се толкуваат во смисла на тоа дека како резултат на различните фактори, има поголема веројатност дека тој како маж ќе биде повикан како поротник отколку некоја жена.

52. Владата забележува дека првично сите жени биле исклучени од должноста поротник. Потоа законот бил сменет и жените можеле да се пријават нивното име да биде ставено на списокот на поротници. Денес, и мажите и жените подеднакво може да бидат повикани како поротници или да бидат изземени од таа граѓанска должност. Затоа, списокот на поротници започнал да се составува само од мажи, а потоа постојано постапно се додаваат имиња и на жени.

53. Што се однесува до статистичките податоци кои ги поднел жалителот, Владата забележува дека во периодот од 1996 до 1997 бројот на мажи поротници се зголемил за помалку од 74% (од 4.298 на 7.503), додека бројот на жени поротници се зголемил за 1.596% (од 147 на 2.494). Во секој случај, мора да се има на ум дека најголем број на поротници се избрани од делот на населението кое е активно во економијата и во професионалните дејности. Таквите луѓе всушност помалку е веројатно дека имаат семејства или други

причини заради кои би барале изземање.

54. Владата истакнува дека како што со право подвлекол и Уставниот суд „покренат е неповратен административен процес со цел бројот на жените на списоците да се приближи на бројот на мажите“. Од 1997 г., кога списоците со поротници се ревидираат на годишна основа, Комесарот на Полицијата настојува на местото на мажите кои се дисквалификувани од служба како поротници да поставува жени и при додавањето на имиња на списокот на поротници се имала на ум целта да се обезбеди поурамнотежена распределба на должноста на поротник меѓу мажите и жените. Една од мерките која била преземена била да се додаваат владини или банкарски службеници кон списокот на поротници, во кои групата на жените била значително застапена. Лицата кои дипломирале од универзитет исто така биле додавани на списокот врз основа на тоа дека има еднаков број на мажи и жени кои дипломирале. Владата забележува дека како резултат на тој тековен процес, на списокот на поротници објавен во Службениот весник на 15 ноември 2004 г, имало 6.344 жени и 10.195 мажи. Владата исто така појасни дека иако нема максимална граница на бројот на луѓето кои се ставаат на списокот на поротници, бројот на лицата реално внесени на списокот зависи од проверките кои ги прави Комесарот на полицијата и од практиката на списокот да се ставаат само квалификувани лица (мажи и жени) за кои има помала веројатност дека ќе имаат право на изземање.

55. Исто така треба да се забележи дека според членот 604(3) од КЗ (видете став 32 погоре), може да се одобри изземање кога поротникот е лице кое обезбедува грижа за семејството или за лице кое страда од физички или ментален хендикеп или болест. Со оглед на тоа што повеќе жени отколку мажи се грижат за семејствата, поголем е бројот на жени кои се дисквалификувани на таа основа. Сепак, ова е резултат на социо-културни фактори, а не се должи на дејствувањето на законот.

56. Владата натаму нагласува дека обвинителот и одбраната имаат право да оспорат некое лице како поротник. Од културолошки причини, адвокатите на одбраната можеби покажале тенденција да ги оспоруваат жените поротници, но ова е дискриминација врз, а не во корист на жените.

57. Во светлина на погоре наведеното, Владата заклучува дека практиката на избор и изземање од должност поротник е оправдана според членот 4, став 3 од Конвенцијата толкуван самостојно или во врска со членот 14.

#### **(б) Жалителот**

58. Жалителот се жали на двојно дискриминаторско постапување. Прво, тврди дека со него се постапувало различно отколку со жените кои, иако ги задоволуваат законските барања, биле повикувани да ја исполнат должноста поротник во минимални бројки во споредба со мажите.

59. Така, товарот на должноста поротник главно е ставена врз мажите, додека жените де факто се изземени од оваа граѓанска должност. Во врска со ова жалителот се повикува на статистички податоци кои ги изнел во постапките пред домашните судови. Тој забележува дека во 1996 г, 140.975 жени и 135.527 мажи биле запишани на Списокот на гласачи; сепак само 147 жени (од кои само 5 де факто служеле како поротници) биле ставени на списокот

на поротници за разлика од 4.298 мажи (174 од кои де факто служеле како поротници).

60. Оваа дискриминација е предизвикана од начинот на кој се составуваат списоците на поротници и не може да се оправда со социјални или културни причини, или со изборот на поротници кој се прави на почетокот на судењето од страна на обвинителот или одбраната. Суштината на прашањето не се однесува на бројот на жените кои служат како поротници, туку на малиот број на жени ставени на списокот на поротници.

61. Жалителот смета дека по 1994 г., кога жените исто така ја имале обврската да служат како поротници на исти основи како и мажите, нема законски причини за континуираната разлика меѓу двата пола. На теоретско ниво и мажите и жените се подеднакво одговорни да служат како поротници и да бидат изземени од таа должност. Сепак, со оглед на тоа огромниот мнозинство на луѓе ставени на списоците на поротници се мажи, единственото објаснување е дека има дискриминаторска административна пракса.

62. Жалителот не можел да го објасни растечкиот број на жени евидентирани како поротници од 1996 до 1997 г., но истакнал дека нивниот број се зголемил дури три години по измените од 1994 г. Фактот што бројот на жените избрани како поротници постојано расте може исто така да се објасни со пресудата на Уставниот суд во неговиот случај, во која се препорачува ревидирање на системот на составување на листите на поротници. Во секој случај дискриминацијата на која се жали жалителот траела најмалку дваесет и шест години, вклучувајќи ја и годината кога жалителот ја поднел жалбата пред националните судови.

63. Што се однесува од аргументот на Владата дека поголемиот број на мажи е резултат на тоа што има помалку жени активни во јавниот и професионалниот живот, жалителот забележува дека законот не бара лицето да биде активно на тие полиња за да се квалификува како поротник. Аргументот на Владата дури и може да се смета за дискриминаторски за луѓето кои избрале да студираат или да станат домаќинки. Жалителот исто така тврди дека социо-културните фактори на кои се повикува Владата не може да ја оправдаат разликата во постапувањето, особено кога самиот закон е сменет со цел да се отстрани дискриминаторскиот текст од истиот.

64. Жалителот смета дека за разликата во постапувањето на која се жали нема никакво објективно и разумно објаснување. Мажите немаат некакви посебни способности кои би можеле да ги направат поподобни за должноста на поротник отколку жените. Целта на поротничкиот систем, треба да биде да се обезбеди дека на обвинетиот му суди дел од општеството. Порота главно составена од мажи би создала неурамнотежен систем на кривично правосудство за судења во кои и жените се обвинети, жртви или сведоци.

65. Жалителот натаму смета дека тој е дискриминиран и во однос на другите мажи, кои иако се квалификувани за служба како поротник, никогаш не биле повикани да служат како поротници.

66. Тој тврди дека начинот на кој се применуваат законите со кои се воспоставува должноста за служење како поротник води до ситуација во која само мал процент од населението се повикува да служи како поротник. Од стотици илјади лица кои се подобни за поротници, само неколку стотини всушност биле повикани да служат како поротници. Списокот со поротници не се составува секоја година и истите имиња се задржуваат на списоците. Дури иако законот јасно бара да се состават нови листи, практиката, како што

главно признава и Владата, е сведена на едноставни годишни проверки на оние кои веќе не се подобни за поротници или починале во текот на претходните дванаесет месеци.

67. Во врска со ова жалителот истакнува дека бројот на лицата запишани на Избирачкиот список во 1996 и 1997 г. бил соодветно 276.502 и 279.487, додека бројот на лицата ставени на листите на поротници во истите години бил 4.445 и 9.997. Оттука, следи дека товарот на должноста на поротник бил ограничен во 1996 г., на 1,6% од оние кои се подобни и во 1997 г. на 3,57%. Натаму во 1997 г., бројот на машките евидентирани гласачи бил 137.090; сепак, само 392 мажи биле повикани да служат како главни поротници, а 7.111 биле повикани да служат како поротници. Иако прифаќа дека само мал процент на лица се потребни секоја година да служат како поротници, жалителот нагласува дека товарот на таквата задача се става врз истите луѓе кои претставува само мало малцинство од населението и тоа долга низа години. Во врска со ова тој истакнува дека прв пат бил ставен на списокот во 1971 г. и оттогаш неговото име не е отстрането.

68. Според ставот на жалителот, ситуацијата сè уште не е задоволителна. Дури и по амандманите од 2002 г., списоците не се наново составени. Властите се ограничиле на тоа да ги заменат луѓето кои повеќе не се подобни. Како резултат на ова, само 6% од населението се на списоците (3,5% мажи и 2.5% жени).

69. Жалителот истакнува дека Владата не понудила никакво оправдување за да ја објасни разликата во постапувањето на која бил изложен во споредба со другите мажи.

70. Според мислењето на жалителот, граѓанската обврска е нормална доколку се спроведува и организира на правичен начин и истата ја споделуваат квалификуван број на припадници на општеството. Правичен пресек на општеството е императив за правичен поротнички систем. Во спротивно, кога, како и во овој случај, таквата обврска преставува преголем и непропорционален товар за поединецот, се појавува дискриминација спротивна на Конвенцијата. Жалителот се повикува на гореспоменатите пресуди во кои Врховниот суд на Соединетите држави ја критикува практика да се стави товарот на служење како поротник само на мал дел од населението, а од должноста поротник да се исклучат етнички или расни групи. Натаму, случајот *Taylor v. Louisiana* (419 US 522 (1975)) се однесува на ситуација во кога жените не можеле да бидат избрани за поротници, освен доколку претходно не дале писмена изјава дека сакале да служат како поротници. Врховниот суд сметал дека „доколку некогаш било случај жените да не се подобни да бидат поротници или биле во ситуација од ниту една од нив да не се побара да ја исполнат должноста на поротник, тоа време е одамна минато.“ Жалителот тврди дека ситуацијата во Малта е слична со таа во државата Луизијана во времето на случајот *Taylor*.

2. Оценка на Судот

### (а) Општи начела

71. Прецедентното право на Судот утврдува дека дискриминација значи различно постапување без објективно и разумно оправдување на лица во слични ситуации (видете *Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV). Сепак, не секоја разлика во постапувањето претставува повредна на членот 14. Мора да се утврди дека со други лица во слична или иста ситуација се постапува поповолно и дека оваа разлика е дискриминаторска (видете *Ünal Tekeli v. Turkey*, no. 29865/96, § 49, ECHR 2004-X).

72. Разликата во постапувањето е дискриминаторска во рамките на знаењето на членот 14 доколку за тоа нема објективно или разумно оправдување. Постоењето на такво оправдување мора да се оценува во однос на начелата кои вообичаено преовладуваат во демократските општества. Разлика во постапувањето при користењето на правата предвидени во Конвенцијата мора да биде во служба на постигнување на легитимна цел: членот 14 исто така е повреден кога јасно ќе се утврди дека нема „разумен однос на пропорционалност меѓу употребените средства и целта која сака да се постигне“ (видете на пример, *Petrovic*, цитирано погоре, став 30, и *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 јули 1986 г., став 177, Series A no. 102).

73. Со други зборови, концептот на дискриминација воопштено ги опфаќа оние случаи во кои со лицето или групата, без соодветно оправдување, се постапува понеповолно отколку со друго лице или група, дури и кога поповолното постапување не се бара со Конвенцијата (видете *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 мај 1985 г., § 82, Series A no. 94). Членот 14 не забранува разлики во постапувањето кои се засновани на објективна оценка на суштествено различните фактички околности и кои, со оглед на тоа што се засновани на јавен интерес, служат да се постигне правична рамнотежа меѓу заштитата на интересите на заедницата и почитувањето на правата и слободите кои ги гарантира Конвенцијата (меѓу другите авторитативни мислења видете *G.M.B. and K.M. v. Switzerland (dec.)*, no. 36797/97, 27 септември 2001 г.).

74. Државите – членки имаат одредено дискреционо право во оценката дали и до која мерка разликите во инаку слични ситуации ја оправдуваат разликата во постапувањето (видете *Gaygusuz v. Austria*, 16 септември 1996 г., § 42, *Reports* 1996-IV). Опфатот на ова дискреционо право се разликува во зависност од околностите, прашањето кое се разгледува и историјатот на ситуацијата (видете (see *Rasmussen v. Denmark*, 28 ноември 1984 г., § 40, Series A no. 87, и *Inze v. Austria*, 28 октомври 1987 г., § 41, Series A no. 126), но крајната одлука за тоа дали Владата ги почитувала барањата од Конвенцијата ја има Судот. Со оглед на тоа што Конвенцијата првенствено е систем за заштитата на човековите права, Судот мора да ги земе предвид условите кои се менуваат во државите-членки и да одговори, на пример, на каков бил консензус кој се јавува во однос на стандардите кои треба да се постигнат (видете *Ünal Tekeli*, цитирано погоре, § 54, and, *mutatis mutandis*, *Stafford v. the United Kingdom [GC]*, no. 46295/99, § 68, ECHR 2002-IV).

#### **(б) Дали има разлика во постапувањето со лица во слични ситуации**

75. Судот забележува дека жалителот прифаќа дека разликата во постапувањето на која се жали не зависи од формулациите на одредбите од домашното законодавството. Онакво какво што било во сила во релевантниот период, малтешкото законодавство не прави разлика меѓу половите, а мажите и жените подеднакво се подобни за должноста поротници (видете член 603(1) од КЗ, став 30 погоре). Наспроти ова, дискриминацијата за која станува збор се заснова на тоа што жалителот го опишува како долго воспоставена пракса, која ја карактеризираат бројни фактори, како што се начинот на кој се составуваат списоците на поротници и критериумите за иземање од должноста поротник. Како резултат на ова само занемарлив процент на жени се повикуваат да служат како поротници.

76. Во претходни случаи Судот сметал дека статистичките податоци сами по себе не се

достаточни за да откријат практика која може да се оцени како дискриминаторска (видете го случајот *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, § 154, 4 мај 2001 г.). Истовремено, Судот смета дека дискриминација потенцијално спротивна на Конвенцијата може да резултира, не само од законодавна мерка (видете за опфатот на граѓанските должности *Karlheinz Schmidt*, цитирано погоре, ст. 24-29), туку и од де факто ситуациите.

77. Судот забележува дека од статистичките податоци кои ги изнеле странките јасно произлегува (видете став 53 и ст. 59 погоре) дека во 1997 - годината во која жалителот бил повикан да служи како поротник и не дошол на судењето - бројот на мажите (7.503) ставени на списокот на поротници е три пати поголем од бројот на жените (2.494), Во претходната година оваа разлика била уште поголема, со оглед на тоа што само 147 жени биле на списокот на поротници, наспроти 4.298 мажи. Судот исто такс е изненаден од фактот што во 1996 г., 5 жени и 174 мажи ја исполниле должноста на поротник.

78. Судот смета дека овие бројки покажуваат дека граѓанската должност на поротник е ставена главно врз мажите. Затоа има разлика во постапувањето со двете групи- мажите и жените- кои во однос на оваа должност се во слична ситуација.

79. Се прифаќа дека, како што истакнува Владата, од 1997 г., започнат е административен процес со цел бројот на жените евидентирани како поротници да се приближи на бројот на мажите. Како резултат на ова, во 2004 г., 6.344 жени и 10.195 мажи биле запишани на списокот на поротници, што претставува значителен пораст на бројот на жени кои можат да бидат повикани на должност поротник. Сепак, ова не го поткопува наодот дека во релевантниот период - кога жалителот бил повикан да служи како поротник и не се појавил на судењето - само занемарлив процент на жени биле запишани на списоците на поротници и биле реално повикани да ја исполнат должноста поротник.

#### **(в) Постоене на објективно и разумно оправдување**

80. Судот забележува дека, доколку одредена политика или општи мерки имаат непропорционално неповолно влијание врз група на лица, не може да се исклучи можноста истите да бидат сметани за дискриминаторски, дури и кога истите не се директно насочени или упатени кон таа група (видете *McShane v. the United Kingdom*, no. 43290/98, § 135, 28 мај 2002 г.). Натаму, ќе мора да се изнесат многу сериозни причини пред Судот, за да може истиот да ја смета разликата во постапувањето заснована само на основата пол како компатибилна со Конвенцијата (видете *Willis*, цитирани погоре, став 39, и *Schuler-Zgraggen v. Switzerland*, 24 јуни 1993, § 67, Series A no. 263).

81. Во конкретниот случај, Владата го изнесува аргументот дека разликата во постапувањето зависи од бројни фактори. Првенствено, поротниците се избираат од делот на населението кое е активно во економскиот и професионалниот живот. Натаму, според членот 604(3) од КЗ, на лицата кои мораат да се грижат за нивните семејства може да им се одобри изземање од должноста поротник. На таквата одредба поуспешно може да се повикаат многу повеќе жени отколку мажи. На крајот „заради културолошки причини“ адвокатите на одбраната може да имаат тенденција да ги оспорат жените поротници (видете став 53., ст. 55 и ст. 56 погоре).

82. Судот се сомнева дали факторите кои ги изнесува Владата се достаточни за да се

објасни значајната разлика во распределбата на должноста на поротник. Судот натаму забележува дека вториот и третиот фактор се однесуваат само на бројот на жени кои навистина ја исполниле должноста на поротник и не го објаснуваат многу малиот број на жени запишани на списоците со поротници. Во секој случај, факторите нагласени од Владата се само објаснување на механизмот кој довел до разликата во постапувањето која е предмет на жабата. Пред Судот не беше изнесен ниту еден валиден аргумент кој би преставувал соодветно оправдување за таквото постапување. Конкретно, не беше докажано дека разликата во постапување е во полза на постигнување на легитимна цел и дека има разумен однос на пропорционалност меѓу употребените средства и целта која се скака да се постигне.

83. Во светлина на погоре изнесеното, Судот смета дека има повреда на членот 14 во врска со членот 4, став 3(г) од Конвенцијата.

84. Со оглед на ваквиот заклучок, Судот не мора да го разгледа прашањето дали жалителот бил дискриминиран во споредба со други мажи кои иако се подобни за должноста поротник никогаш не биле повикани да служат како поротници.

## *II. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 14 ВО ВРСКА СО ЧЛЕНОТ 6 ОД КОНВЕНЦИЈАТА*

85. Жалителот наведува дека во однос на граѓанска должност која му е наметната тој морал да се соочи со кривична постапка, потоа му било наредено да плати глоба и се соочил со заканата од затвор доколку не ја плати глобата. Тој се повикува на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 6. Релевантните делови од овие одредби гласат:

„1. Секој при определувањето на неговите граѓански права и обврски или основаноста на какви било кривични обвиненија против него, има право на правично .... судење .... пред независен и непристрасен трибунал основан со закон. ...”

### **A. Поднесоци на странките**

#### **1. Владата**

86. Владата истакнува дека жалителот морал да плати глоба затоа што одбрал да ја игнорира поканата за поротник. Тој не се жали на неправично судење или на недостаток на независност или непристрасност на домашниот суд. Тој исто така не се жали дека ситуацијата би била поразлична доколку тој бил жена. Затоа не може да се утврди дискриминација врз основа на пол.

87. Според мислењето на Владата, жалбата на жалителот може да се сфати во смисла на тоа дека со оглед тоа што имало повеќе мажи поротници, било многу поверојатно дека маж-поротник би бил казнет со глоба доколку не ги исполни неговите должности како поротник. Да се прифати таков аргумент би било исто како да се смета дека законите против проституција го повредуваат членот 14 во врска со членот 6 едноставно затоа што има многу повеќе жени проститутки отколку мажи проститутки. Во секој случај, жалителот тврди дека други лица би можеле да бидат жртви на наводна повреда, но не и дека тој самиот е жртва.

88. Владата е на мислење дека жалбата според членот 6 се потпира врз истите факти како и оние изнесени во однос на членот 14 во врска со чл. 4, став 3(г). Всушност постои

неопходна врска меѓу кривичната постапка против жалителот и глобата која му е изречена заради непочитување на судска покана со која е повикан на должност поротник.

## 2. Жалителот

89. Жалителот смета дека постапката во која од Кривичниот суд било побарано да ја преиначи глобата во затворска казна спаѓа во опфатот на членот 6 од Конвенцијата. Тој натаму наведува дека повредата на оваа одредба во врска со членот 14 од Конвенцијата „неопходно (настанува) како последица на жалбата покрената според членот 14 и членот 4 став 3(г).“ Во врска со ова жалителот тврди дека има силна врска меѓу должноста поротник и постапката која била покрената против него. Составувањето на списоците на поротници, поканата доставена до жалителот, изречената глоба и постапката за нејзиниот преиначување се настани кои се заемно зависни и целосно меѓусебно поврзани.

### Б. Оценка на Судот

90. Судот забележува дека жалителот не изнел наводи дека постапката против него била на било кој начин неправична или дека му биле повредени правата гарантирани со членот 6. Во секој случај, Судот забележува дека кривичната постапка е само последица на постењето на дискриминаторска граѓанска обврска. Имајќи го предвид наодот дека има повреда на членот 14 во врска со членот 4, став 3(г) (видете погоре став 84), Судот не смета дека е неопходно да разгледува дали исто така имало повреда на членот 14 во врска со членот 6 (видете *mutatis mutandis*, *Karlheinz Schmidt*, цитирано погоре ст. 30).

## III. ПРИМЕНА НА ЧЛЕНОТ 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

91. Членот 41 од Конвенцијата предвидува:  
„Кога Судот ќе оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на протоколите, и доколку внатрешното право на засегнатата Висока договорна страна овозможува само делумна репарација на штетата, тогаш доколку е тоа неопходно, Судот ќе му додели правична отштета на оштетениот“.

### А. Штета

92. Жалителот наведува дека неговото служење каки поротник резултирало со негово отсуство од работното место за одреден број на денови. Сепак, со оглед на тоа што тешко е во бројки да се изрази финансиската загуба, тој не изнел барање за надомест во врска со ова. Жалителот исто така морал плати казна од 100 малтешки лири (околу ЕУР 240), што е директна последица на дискриминацијата на која се жали. Тој побара надомест на оваа сума. Што се однесува до нематеријалната штета, жалителот ова прашање му го препушта на Судот. Тој истакнал дека негово име е задржано на списокот на поротници и главни поротници објавена во 2005 г.

93. Владата не се произнесе со коментар за барањата на жалителот.

94. Што се однесува до надоместувањето на казната од ЕУР 240, Судот забележува дека оваа глоба е изречена заради непојавување пред кривичниот суд; не е докажано дека таа е директно поврзано со практиката за која е утврдено дека преставува повреда на Конвенцијата. Судот натаму смета дека утврдувањето на повреда само по себе е правична отштета за која било нематеријална штета која ја претрпел жалителот.

## Б. Трошоци и надоместоци

95. Жалителот бара 723,33 малтешки лири (приближно ЕУР 1.736) за трошоците поврзани со домашните постапки. Тој поднел сметка на која е вклучен и данокот во врска со ова, издадена од Секретарот на судовите. Тој натаму бара вкупна сума од 2.353,04 малтешки лири (приближно ЕУР 5.648), на која сума треба да се додадат ЕУР 368, за постапката пред Судот, а со овие суми се покриваат и трошоците за адвокатите и давачките за нивно присуство на усната расправа на 24 мај 2005 г. Вкупната сума за трошоци и надоместоци која се бара е ЕУР 7.752.

96. Владата не се произнесе со коментар за барањата на жалителот.

97. Според прецедентното право на Судот, жалителот има право на надомест на трошоците и надоместоците само доколку се покаже дека овие трошоци навистина настанеле и биле неопходни и дека се разумни како вкупен износ. (видете меѓу другото, *Belziuk v. Poland*, 25 март 1998 г., § 49, *Reports* 1998-II, и *Craxi v. Italy*, no. 34896/97, § 115, 5 декември 2002 г.).

98. Во овој случај, Судот смета дека вкупната побарана сума е разумна. Затоа Судот на жалителот му доделува ЕУР 7.752, на што се додава сумата на данокот која жалителот треба да го плати на тој износ.

## В. Камата за неизвршување

99. Судот смета дека е соодветно стапката на каматата за неизвршување да се заснова на најниската каматна стапка за позајмени средства на Европската централна банка, плус три процентни поени.

## ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. *Утврдува* со шест гласа за и еден против дека во предметниот случај може да се примени членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 4, став 3(г);
2. *Утврдува* со шест гласа за и еден против дека има повреда на членот 14, во врска со членот 4, став 3(г) од Конвенцијата,
3. Едногласно *утврдува* дека не е потребно да разгледа дали имало повреда на членот 14 во врска со членот 6 од Конвенцијата;
4. Едногласно *утврдува*
  - (а) дека тужената држава на жалителот треба да му ги плати, во рок од три месеци од датумот на кој пресудата ќе стане конечна, а во согласност со членот 44, став 2 од Конвенцијата, следниве износи кои ќе се конвертираат во валутата на тужената држава според менувачки курс кој е важечки на датумот на извршувањето:
    - (i) ЕУР 7.752 (седум илјади и седумстотини педесет и две евра) за трошоци и надоместоци;
    - (ii) било која сумата за данокот кој жалителот треба да го плати на погорниот износ;
  - (б) дека од истекот на наведениот рок од три месеци сè до извршувањето ќе се засметува основна камата на наведениот износ по стапка еднаква на најниската каматна стапка за

позајмени средства на Европската централна банка за периодот на неизвршување, плус три процентни поени;

5. *Го одбива* едногласно остатокот од барањето на жалителот за правична отштета.

Составена на англиски и доставена на писмено на 20 јуни 2006 г. во склад со Правилото 77, став 2 и ст. 3 од Правилникот на Судот.

Lawrence Early  
Секретар

Nicolas Bratza  
Претседател

Во согласност со членот 45, став 2 од Конвенцијата и Правилото 74, ст. 2 од Правилникот на Судот, кон пресудата се приложуваат следниве одвоени мислења:

- (б) посебно мислење на судија Bratza;
- (б) посебно мислење на судија Garlicki;
- (в) издвоено мислење на судија Casadevall.

N.B.  
T.L.E.

## ПОСЕБНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА BRATZA

1. Со одредено двоумење гласав како и мнозинството од Судскиот совет во корист на наодот за повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 4. Моето двоумење не се однесува толку на прашањето дали доколку е применлив, бил повреден членот 14 од Конвенцијата, туку повеќе се должи на подалекосежното прашање дали фатките на кои се однесува жалбата спаѓаат во опфатот на членот 4 и следствено дали воопшто може да се примени членот 14.

2. Како што е јасно кажано во пресудата, ова не е прва прилика во која од Судот се бара да разгледа дали жалба за дискриминаторско постапување во извршувањето на „граѓанска должност“ спаѓа во опфатот на членот 4, став 3(г) од Конвенцијата.

Во случајот *Van der Musselle v. Belgium* (23 ноември 1983 г., Series A no. 70), од Судот беше побарано да определи дали обврската која му е наметната на жалителот, како адвокат приправник, да застапува обвинет без надомест и без да му се надоместат трошоците е повреда на членот 4 од Конвенцијата сам по себе или во врска со членот 14. При оценувањето дали работата која жалителот бил обврзан да ја изврши претставува „принудна или задолжителна работа“ во рамките на значењето на членот 4, став 2, Судот сметал дека структурата на членот 4 може да помогне во објаснувањето на ова прашање:

„... ставот 3 од членот 4 нема за цел да го 'ограничи' користењето на правото гарантирано со став 2, туку да ја 'разграничи' самата содржина на тоа право, затоа што истото формира целина со ставот 2 и наведува дека терминот „принудна или задолжителна работа“ нема да вклучи (*ce qui 'n'est pas considéré comme "travail forcé ou obligatoire"*). Со оглед на ова, ставот 3 служи како помош за толкување на ставот 2.

Четири алинеи на ставот 3, без оглед на нивната разновидност, се засноваат на водечките идеи за општ интерес, општествена солидарност и она што е вообичаено во нормалниот тек на работите. Конечната алинеја, имено алинеја (г) која исклучува „секоја работа или служба кои се составен дел на вообичаените граѓански обврски“ од опфатот на принудна или задолжителна работа, е од особена важност во контекстот на предметниот случај (ст. 38).

Разгледувајќи ја природата и опфатот на товарот наметнат врз жалителот, како факторите на компензација и стандардите кои преовладуваат во Белгија и останатите демократски општества, Судот заклучил дека нема принудна работа во целите на членот 4, став 2 од Конвенцијата. Во светлина на ваквиот заклучок, Судот не сметал дека е неопходно да утврди:

„...дали предметната работа била во секој случај оправдана според членот 4, став 3(г) како таква и особено дали концептот на 'вообичаени граѓански обврски' ги опфаќа обврските кои се својствени на специфична категорија на граѓани поради позицијата која ја имаат, или функциите кои се повикани да ги исполнат во заедницата“ (став 41).

Навраќајќи се на прашањето според членот 14 од Конвенцијата, Судот прво се осврнува на прашањето дали, а со оглед на тоа што Судот веќе утврдил дека нема принудна или задолжителна работа во целите на членот 4,

„... предметните факти воопшто не спаѓаат во опфатот на тој член и оттука и во опфатот на членот 14. Сепак, за таквиот заклучок би имало барем еден голем приговор. Критериумите кои служат да се разграничи концептот на принудна работа го вклучуваат

концептот на она што е вообичаен тек на работите ... Работата или трудот кои сами по себе се нормални може да се сметаат за абнормални, доколку изборот на групите или лицата кои мораат да ги извршат се раководи од дискриминаторски фактори, а што пак е токму она што жалителот тврди дека се случило во дадените околности.

Следствено, ова не е случај во кој треба да се смета дека членот 14 не е применлив; Владата натаму не ја оспори оваа точка.“ (§ 43)

Донесувајќи го заклучокот дека членот 14 не е применлив, Судот утврдил, врз основа на фактите, дека жалителот не бил подложен на дискриминаторско постапување.

3. Во случајот *Karlheinz Schmidt v. Germany* (18 јули 1994 г., Series A no. 291-B), жалителот се жали дека бил обврзан да плати давачка за противпожарна заштита според Закон кој пропишува задолжителна обврска за мажите, но не и за жените, да служат во противпожарните единици, или да платат финансиски придонес како замена за служење во противпожарните единици. Тој тврди дека е жртва на дискриминација врз основа на пол, што претставува повреда на членот 14 „во врска со членот 4, став 3 (г) од Конвенцијата“.

Откога Судот повторно подвлекол дека нема простор за примена на членот 14 доколку фактите не се опфатени со една или повеќе материјални одредби од Конвенцијата, Судот го цитира ставот 38 од случајот *Van der Musselle* за да покаже, меѓу другото, дека ставот 3, од членот 4 нема за цел да го 'ограничи' користењето на правото гарантирани со став 2, туку да ја 'разграничи' самата содржина на тоа право и дека следствено ставот служи како помош за толкување на ставот 2. Судот натаму вели:

„Како и учесниците во постапката, Судот смета дека задолжителното служење во противпожарната единица, каква што постои во Baden-Württemberg е една од 'вообичаените граѓански обврски' предвидена во членот 4, став 3(г). Судот натаму забележува дека финансискиот придонес кој треба да се плати како замена за служење во противпожарната единица, според Сојузниот уставен суд претставува 'давачка за компензација'. Судот затоа заклучува дека поради тесните врски меѓу обврската да се служи во противпожарните единици, обврската да се плати давачка исто така спаѓа во опфатот на членот 4, став 3(г).

Следствено може да се заклучи дека е применлив членот 14 во врска со членот 4, став 3(г).“ (§ 23)

Во овој случај, Судот заклучил дека разликата во постапувањето не е објективно оправдана и дека следствено има повреда на членот 14 од Конвенцијата „во врска со членот 4, став 3(г).“

4. Јас не сметам дека образложенијата во било која од пресудите каде се вели дека е применлив членот 14 се целосно убедливи или задоволителни.

Начинот на кој е составен членот 4 од Конвенцијата не е вообичаен. Правата гарантирани со членот се дадени во став 1 („Никој не смее да биде држен во ропство или во ропска зависност.“) и став 2 („2. Никој не смее да биде присилен да врши принудна или задолжителна работа.“). Како и членот 3 од Конвенцијата, забраните содржани во овие два става се формулирани на апсолутен начин, без да се предвидат било какви исклучоци и во случајот на првиот став, според членот 15, не се дозволени ниту било какво дерогации. Ставот 3 од

членот не доделува какви било права. Конкретно, овој став не го доделува правото да не се биде принуден на извршување работа или услуги од видот кој е предвиден во алинеите од (а) до (г). Исто така, за разлика од став 2 од членовите 8 до 11 од Конвенцијата, ставот 3 не предвидува дозволени ограничувања на користењето на правата гарантирани со членот 4. Исто така, за разлика од ставот 2, од членот 2 од Конвенцијата, ставот 3 не предвидува конкретни околности во кои актите, кои инаку би преставувале повреда на апсолутната забраната од членот, би можеле да се сметаат за оправдани. Ставот 3 наместо тоа го дефинира опфатот на забраната во ставот 2, наведувајќи што не е вклучено во зборовите „принудна или задолжителна работа“: како што истакнал Судот, ставот 3 не „го ограничува“ користењето на правото гарантирано со ставот 2, туку ја „разграничува“ самата содржина на тоа право.

5. Оттука, следува прашањето како присилбата да се изврши работа или служба, која е дел од „вообичаените граѓански обврски“, кои експлицитно се исклучени од заштитата која се доделува со членот 4, може истовремено да се каже дека спаѓа „во рамките на опфатот“ на оваа одредба, со што членот 14 станува применлив.

Во случајот *Van der Musselle*, Судот настојувал да го заобиколи проблемот наведувајќи дека предметната работа или труд се „абнормални“, доколку изборот на групите или поединците кои мораат да ги извршат „се раководи од дискриминаторски фактори“, што впрочем и жалителот тврди дека настанало во предметниот случај. Сепак, ваквото образложение не е ослободено од тешкотии. Прво, Судот експлицитно заклучил дека работите кои се барало од жалителот да ги изврши дури и ако се „абнормални“, не преставуваат „принудна или задолжителна работа“ во целите на став 2 од членот 4 и затоа не спаѓаат во рамките на опфатот правото кое го гарантира тој став. Второ, дискриминаторското постапување покренува прашање според членот 14 од Конвенцијата само доколку се однесува на факти кои спаѓаат во опфатот на материјалните одредби; доколку фактите инаку не спаѓаат во таквиот опфат не може истите да се стават во рамките на таквиот опфат затоа што има наводи за дискриминација.

Во случајот *Karlheinz Schmidt* Судот не вели дека обврската која му е наметната на жалителот е абнормална, туку сосема спротивно, Судот утврдил дека тоа е вообичаена граѓанска должност која директно спаѓа во опфатот на ставот 3(г). Се чини дека ова се надоврзува на претходното образложение на Судот дека предметната обврска така спаѓа во опфатот на правото гарантирано со членот 4. Сепак, како што истакнува судијата Mifsud Bonnici во неговото издвоено мислење во тој случај, Судот всушност дошол до сосема спротивниот заклучок, со тоа што се чини дека го третира ставот 3(г) не како одредба која го „разграничува“ опфатот на правото гарантирано со ставот 2 од членот 4, туку како одредба која предвидува автономно право.

6. И покрај моите сомнежи во однос на образложенијата на Судот во претходните пресуди, со оглед на тоа што не гледам основа врз која би ги разграничил од овој случај, ќе го следам Судот сметајќи дека членот 14 е применлив. Ваквиот резултат исто така се чини дека подобро се согласува со начелото според кое Конвенцијата треба да се толкува и применува на начин со кој правата стануваат практични и делотворни, а не теоретски и илузорни. Се чини едвум компатибилно со ова начело да се толкува членот 4 како на државата да ѝ дава право да обврзе одредена група или категорија на поединци да извршуваат граѓански должности, без при тоа да има потреба да го оправда дискриминаторско постапување. Сепак, сметам дека причините да се смета дека членот 14 е применлив во такви околности бара натамошно

појаснување. Во врска со ова мојот приод кон прашањето не се разликува од приодот на судијата Garlicki, чие посебно мислење имав задоволство да го прочитам.

7. Централното прашање кое се поставува е што преставува „опфат“ на еден од материјалните членови, во овој случај членот 4. Се смета дека „се достаточни дури и најслабите врски со друга одредба во Конвенцијата“, а со цел да се примени членот 14 (Grosz, Beatson and Duffy, *Human Rights: The 1998 Act and the European Convention*, 1st edition, Sweet & Maxwell, 2000, § C14-10). Дури ова и да се смета за претерано, не е спорно дека Судот конзистентно широко го толкува терминот „во рамките на опфатот“, Така, според конзистентното прецедентно право на Судот, примената на членот 14, не само што претпоставува повреда на една од материјалните права од Конвенцијата или директно вмешување во користењето на тие права, туку дури и не бара дискриминаторското постапување кое е предмет на жалбата да биде опфатено со еден од четирите агли на индивидуалните права гарантирани со членот. Ова е најдобро илустрирано со фактот што членот 14 се смета дека го опфаќа не само користењето на правата кои државите се обврзани да ги гарантираат според Конвенцијата, туку и оние права и слободи кои државата одбрала да ги гарантира, дури и при тоа државата да отиде и над барањата од Конвенцијата (видете на пример *Case “relating to certain aspects of laws on the use of languages in education in Belgium”* (merits), 23 јули 1968 г., Series A no. 6, pp. 33-34, § 9, и *Abdulaziz, Cabales and Balkandaliv. the United Kingdom*, 28 мај 1985 г., § 71, Series A no. 94). Ова според моето гледиште покажува дека на „опфатот“ на членот за оваа цел мора да му се даде значително пошироко значење отколку „опфатот“ на конкретните права дефинирани во самиот член. Така, во конкретниот контекст на членот 4 од Конвенцијата, фактот што работата или службата која спаѓа во дефиницијата на „вообичаени граѓански должности“ од ставот 3 се експлицитно исклучени од опфатот на правото гарантирано со ставот 2 од тој член, во ниту една смисла не значи дека тие се исто така исклучени од опфатот на членот во целина.

8. Што тогаш треба да се смета дека спаѓа во „рамките на опфатот“ на членот 4? Според мене корисни насоки можат да се најдат во Конвенцијата бр. 29 на Меѓународната организацијата на трудот (МОТ), на која, како што истакнува Судот во пресудата во случајот *Van der Musselle* (цитирано погоре став 32), авторите на Европската конвенција се потпреле во составување на текстот на членот 4 и со која членот “е многу сличен“. Став 1 од Конвенцијата на МОТ предвидува дека во целите на Конвенцијата „принудна или задолжителна работа“ значи „секоја работа или служба која се бара од било кое лице под закана од казна и за која лицето не се пријавило доброволно“. Токму за оваа дефиниција Судот забележува дека може да „обезбеди почетна точка за толкувањето на членот 4 ... од Европската конвенција“, без да се изгубат од предвид посебните одлики на Конвенцијата или без да се пренебрегне фактот дека Конвенцијата е жив инструмент, кој треба да се толкува во светлина на концептите кои денес преовладуваат во демократските држави. Неспорно е дека задолжителното служење како поротник во Малта било и е служба која се изнудува „под закана на казна“ (во случајот на жалителот глобата за нејавување на должност како поротник била и навистина изречена). Исто така, сигурно е дека жалителот самиот не се пријавил доброволно за должноста на поротник, што во начело следствено би спаѓало во рамките на вообичаеното значење на она што преставува „принудна или задолжителна работа“. Ова навистина се потврдува со самиот став 3, кој исклучувајќи ги од забраната од ставот 2 „вообичаените граѓански обврски“, го покажува широкиот опфат на она што инаку би се сметало за „принудна или задолжителна работа“. Иако од една страна ставот 3 мора навистина да се толкува како став кој го „разграничува“ опфатот на правото гарантирано со ставот 2, како што вели Судот во

случајот *Van der Musselle* (со тоа што поледицата е што државата која наметнува вообичаени граѓански должности не го повредува членот), од друга страна тој не ги исклучува таквите обврски од опфатот на членот (со тоа што поледицата е што таквите обврски може да се наметнат само на недискриминаторски начин).

9. Поради погоре наведени причини, сметам дека членот 14 е применлив и го дела мислењето на мнозинството на Судот дека во конкретниот случај овој член е повреден. Сепак, за разлика од мнозинството и за разлика од Судот во случајот *Karlheinz Schmidt*, јас би утврдил повреда на членот 14 „во врска со членот 4“, а не во „во врска со членот 4, став 3(г).“



## ПОСЕБНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА GARLICKI

Подготвен сум да ги прифатам наодите дека членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 4 (и особено ставот 3(г) од истиот) е применлив во овој случај. Исто така се согласувам дека има повреда на тој член.

Сепак, не сум сигурен дали „традиционалниот“ приод кон толкувањето на членот 4, како што е изнесено во случајот *Van der Musselle v. Belgium* (23 ноември 1983 г., Series A no. 70) и *Karlheinz Schmidt v. Germany* (18 јули 1994 г., Series A no. 291-B), претставува најубедлив начин да се дојде до тие заклучоци.

Во анализата на односот меѓу ставот 2 и ст. 3 од членот 4, Судот истакнува дека ставот 3 „нема за цел да ’го ограничи’ користењето на правото гарантирано со став 2, туку ’да ја разграничи’ самата содржина на тоа право“ (видете *Karlheinz Schmidt*, цитирано погоре, став 22). Така, Судот воведува приод на „исклучок од исклучокот“. Но, таквиот приод може да доведе до тесно толкување на членот 4: принудната или задолжителната работа наведени во ставот 3 остануваат целосно вон опфатот на тој член. Како последица од ова, нивното регулирање нема директен однос со „користењето на правата и слободите“ неопходен за да се покренат гаранциите за еднаква заштита. Вистина е дека во случајот *Karlheinz Schmidt*, Судот утврдил повреда на членот 14, но Судот не покажал како и зошто предметната граѓанска должност е поврзана со правото од лицето да не се бара да извршува принудна работа.

Според моето мислење, сè додека останеме во рамките на овој традиционален приод, ќе биде многу тешко да се воспостави таквата врска и да се примени членот 14 за ситуации наведени во ставот 3 (и од таа перспектива, издвоеното мислење на судијата Casadevall се чини сосема логично).

Сепак, верувам дека е можно членот 4, како целина, да се толкува во поширока смисла, не само како член кој забранува било која форма на принудна или задолжителна работа, туку како и член кој ги регулира исклучивите права на државите во утврдување на различни форми на принудна или задолжителна работа. Со други зборови, членот 4 може исто така да се толкува како член кој поставува општа рамка на должности кои можат да му се наметнат на лицето. Членот 4 им овозможува на државите да воспостават такви должности и работа, но со самиот факт што истите се набројуваат, членот 4 ги апсорбира (ги вклучува) во опфатот на Конвенцијата. Една од последиците на таквото вклучување е што тие должности и задачи мора да бидат формулирани на начин компатибилен со Конвенцијата, вклучително и со членот 14. Не треба да се заборави дека членот 4 е составен на особен начин: ниту една друга материјална одредба од Конвенцијата не содржи вакво набројување. Ова може да сугерира дека составувачите на текстот на Конвенцијата предвиделе дека членот 4 може да се толкува на особен начин.

Неколку аргументи може да го оправдаат ваквото широкото толкување на членот 4. Прво, со тоа би се одразила особената положба на членот 4, како „еден од основните вредности на демократските општества.“ Второ тоа подобри би кореспондирало со концептот на позитивни должности на државата: државата не само што не смее да воведо било каква форма на принудна или задолжителна работа, туку од неа се бара исто така да го регулира опфатот и начинот на она што може да им се наметне на поединечните граѓани. На крајот, тоа би било одговор на растечкиот тренд во современите општества: додека од една страна сега е многу тешко да се најдат ситуации на „класичен“ присилен труд или ропска зависност (единствениот пример е случајот *Siliadin v. France* (no. 73316/01, ECHR 2005-VII)), од друга страна може да има многу контроверзии во однос на обврските набројани во ставот 3 од членот 4.

## ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА CASADEVALL

(Превод)

1. Поради причините изнесени подолу, гласав за наодот дека членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 4, став 3(г) не е применлив и дека следствено нема повреда на тие одредби.

2. Како и судиите со издвоено мислење во случајот *Karlheinz Schmidt* (18 јули 1994 г. Series A no. 291-B, пресуда која сега е дванаесет години стара), не можам да видам како членот 14, кој за да постои зависи од признаените права (видете го ставот 42 од оваа пресуда), може да се поврзе со алинејата (г) од став 3, од членот 4 од следниве причини:

(а) алинејата (г) всушност преставува исклучок од општото правило со кое се забранува принудната работа;

(б) изразот „принудна или задолжителна работа“ во членот 4 не ја вклучува „секоја работа или служба кои се составен дел на вообичаените граѓански обврски“ (видете став 43 од пресудата); и

(в) се прифаќа дека обврската за служење како поротник во Малта е дел од „вообичаените граѓански обврски“ (видете став 47 од пресудата).

3. Сосема е јасно дека од г-дин Зарб Адами не било побарано да извршува принудна или задолжителна работа во рамките на значењето на членот 4, став 2 и дека службата која од него била побарана да ја изврши преставува граѓанска должност, како што е служење во спроведувањето на кривичното право. Со оглед на тоа што жалителот не може да се потпре на материјално право заштитено со Конвенцијата (членот 4 не ги забранува граѓанските должности од овој вид), не може да се искористи членот 14.

4. Натаму, сметам дека фактите во предметниот случај овозможуваат истиот лесно да се издвои од случајот *Karlheinz Schmidt*. Во вториот случај (како што забележува Судот во став 28), дискриминацијата која е предмет на жалбата од жалителот, ја надминува обврската мажите да извршуваат задолжителна служба во противпожарната единица, со оглед на тоа што „обврската да се извршува таква должност е исклучиво законска и теоретска... Финансискиот придонес - не според законот, туку фактички - го изгубил својот карактер на надомест и станал единствената делотворна должност“ и затоа прашањето станува прашање на разлика во постапувањето врз основа на род со оглед на обврската наметната на одредени жители на еден германски град кои морале да платат глоба затоа што припаѓаат на машкиот род. Во конкретниот случај, жалителот морал да плати глоба затоа што не одговорил на судска покана во која од него се бара да исполни должност на поротник, казна на која подлежи секој, и маж и жена, кој не се придружува до тие законски одредби. Казната сама по себе не е дискриминаторска и според мене нема врска со членот 4, за која во пресудата (видете став 47) се вели дека е воспоставена.

5. Што се однесува до правната заснованост, дури и да се претпостави дека членот 14 во врска со членот 4 е применлив, јас повторно би гласал против утврдување на повреда. Јас оваа жалба би ја квалификувал како несериозна и не гледам било каква дискриминација која на жалителот би му овозможила заштита според Конвенцијата. Од него било побарано

да служи како поротник во три случаи во период од преку седумнаесет години, што не е неразумно (од г-дин Van der Musselle се барало да работи како адвокат кој го назначува државата околу педесет пати во тек на три години (!) според обврска која “...се заснова на концепт на општествена солидарност и не може да се смета за неразумна“ и во врска со која „товарот кој му се наметнува на жалителот не бил непропорционален“ (видете *Van der Musselle v. Belgium*, 23 ноември 1983 г., § 39, Series A no. 70).

6. Членот 14 ги заштитува од дискриминација поединците кои се во слични ситуации (видете *Marckx v. Belgium*, 13 јуни 1979 г., § 32, Series A no. 31). Во конкретниот случај не гледам било каква сличност меѓу ситуацијата на жалителот и на пример ситуацијата на мајка или домаќинка. Кога ја добил четвртата покана жалителот одлучил да се соочи со ризикот да ја игнорира поканата и да не се појави на суд, наместо да поднесе барање за изземање. Се прифаќа дека ниту законодавството, ниту правилата за тоа како да се составуваат списоците со поротници не се дискриминаторски. Сепак од историски, семејни, социјални и културни причини кои може да се сретнат и во други сфери (како што е задолжителниот воен рок), многу години бројот на жените ставени на списоците на поротници бил мал (можеби токму тие имаат причина да се жалат на дискриминација). Сепак, практиката се коригирала во последните години и сега е воспоставена одредена рамнотежа. На крајот во април 2005 г., барањето на жалителот за изземање од должноста на поротник било одобрено од надлежниот орган.

**Предмет С-236/09**

**Белгиската организација на потрошувачи Тест Ашатс АСБЛ и други  
(Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others)**

**против**

**Советот на министри**

**(Conseil des ministers)**

(Упатување за прелиминарна одлука од Уставниот суд (Cour constitutionnelle))

(Упатување за прелиминарна одлука-Основни права-Борба против дискриминација-  
Еднаков третман за мажите и жените- Пристап до и обезбедување на добра и услуги-  
Осигурителни премии и бенефиции-Актуарски фактори-Полот како фактор во проценката  
на осигурителни ризици- Приватни договори за животно осигурување- Директива  
2004/113/ЕЗ –член 5(2)- Отстапување кое не подлежи на временско ограничување-Повелба  
за основните права на Европската Унија- членови 21 и 23- Рушливост)

Резиме на пресудата

*Право на Европската Унија- Еднаков третман за мажите и жените во пристапот до и  
обезбедувањето на добра и услуги- Директива 2004/113-Актуарски фактори*

*(Директива 2004/113 на Советот, член 5(2))*

Член 5(2) од Директивата 2004/113 за спроведување на начелото на еднаков третман помеѓу  
мажите и жените во пристапот до и обезбедувањето на добра и услуги е неважечки од 21  
декември 2012 година.

Неспорно е дека целта на Директивата 2004/113 во секторот за осигурителни услуги е, како  
што е одразено во член 5(1) од оваа Директива, примена на еднакви правила за обата пола  
во однос на премии и бенефиции. Воведната забелешка 18 во Преамбулата на Директивата  
2004/113 изречно истакнува дека, за да се гарантира еднаков третман помеѓу мажите и  
жените, употребата на полот како актуарен фактор не смее да доведе до разлики во премиите  
и бенефициите за осигурените лица. Воведната забелешка 19 во Преамбулата на оваа  
Директива дава опис на опцијата дадена на земјите членки да не го применат правилото  
за еднакви премии и бенефиции преку можноста да дозволат „исклучоци“. Соодветно,  
Директивата 2004/113 се темели на претпоставката дека, за целите на спроведување  
на начелото на еднаков третман за мажите и жените, втемелено во членовите 21 и 23 од  
Повелбата, односните ситуации на мажите и жените во однос на осигурителните премии и  
бенефиции за кои склучиле договор се споредливи.

Член 5(2) од Директивата 2004/113, кој им овозможува на земјите членки да дозволуваат  
без временско ограничување исклучок од правилото за еднакви премии и бенефиции, е  
спротивен на постигнувањето на целта на еднаков третман помеѓу мажите и жените, што  
е и целта на Директивата, и не е во склад со членовите 21 и 23 од Повелбата за основни  
права на Европската унија. Таа одредба мора, затоа, да се смета за неважечка по истекот на  
соодветниот преоден период.

(види ставови 30, 32-34, оперативен дел)

ПРЕСУДА НА СУДОТ (Големиот судски совет)

1 март 2011 година (\*)

(Упатување за прелиминарна одлука-Основни права-Борба против дискриминација-Еднаков третман за мажите и жените- Пристап до и обезбедување на добра и услуги-Осигурителни премии и бенефиции-Актуарски фактори-Полот како фактор во проценката на осигурителни ризици- Приватни договори за животно осигурување- Директива 2004/113/ЕЗ –член 5(2)- Отстапување кое не подлежи на временско ограничување-Повелба за основните права на Европската Унија- членови 21 и 23- Рушливост)

Во предметот С-236/09,

УПАТУВАЊЕ за прелиминарна одлука според член 234 ЕЗ од Уставниот суд (Белгија), со одлука од 18 јуни 2009 година, примено во Судот на 29 јуни 2009 година, во постапката

**Белгиската организација на потрошувачи Тест Ашатс АСБЛ и други,**

**Јан ван Вугт**

**(Yann van Vugt),**

**Чарлс Баселиер**

**(Charles Basselier)**

против

**Советот на министри,**

СУДОТ (Големиот судски совет),

составен од V. Skouris, Претседател, A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot и A. Arabadjiev, Претседатели на Совети, E. Juhász (судија-известител), G. Arestis, A. Borg Barthet, M. Ilešič, L. Bay Larsen, P. Lindh и T. von Danwitz, судии,

Општ застапник: J. Kokott,

Записничар: R. Şereş, Администратор,

во однос на писмената постапка и по сослушувањето на 1 јуни 2010 година,

земајќи ги предвид коментарите во име на:

- Белгиската организација на потрошувачи Тест Ашатс АСБЛ, Mr van Vugt и Mr Basselier, од страна на F. Krens, адвокат,
- Советот на министри, од страна на P. Slegers, адвокат,
- белгиската влада, од страна на L. Van den Broeck, во својство на застапник, и P. Slegers, адвокат,

- Ирска, од страна на D. O’Hagan, во својство на застапник, и V. Murray, адвокат,
  - француската влада, од страна на G. de Bergues и A. Czubinski, во својство на застапници,
  - литванската влада, од страна на R. Mackevičienė, во својство на застапник,
  - финската влада, од страна на J. Heliskoski, во својство на застапник,
  - владата на Обединетото Кралство, од страна на I. Rao, во својство на застапник, и D. Beard, адвокат,
  - Советот на Европската Унија, од страна на M. Veiga, F. Florindo Gijón и I. Šulce, во својство на Застапници,
  - Европската комисија, од страна на M. Van Hoof и M. van Beek, во својство на застапници,
- по сослушувањето на Мислењето на Општиот застапник на седницата на 30 септември 2010 година,  
ја донесе следната

## Пресуда

1 Ова упатување за прелиминарна одлука се однесува на валидноста на член 5(2) од Директивата 2004/113/ЕЗ на Советот од 13 декември 2004 година за спроведување на начелото на еднаков третман помеѓу мажите и жените во пристапот до и обезбедувањето на добра и услуги (Службен весник на Европските заедници 2004 L 373, стр. 37).

2 Упатувањето е извршено во постапка покрената пред Белгиската организација на потрошувачи Тест Ашатс АСБЛ, Г-дин ван Вугт и Г-дин Баселиер против Советот на министри на Кралството Белгија за поништување на Законот од 21 декември 2007 година со кој се изменува, во однос на третманот на полот во полето на осигурувањето, Законот од 10 мај 2007 година за борба против дискриминацијата помеѓу мажите и жените (*Moniteur Belge* од 31 декември 2007, стр. 66175; „Законот од 21 декември 2007“).

## Правен контекст

*Право на Европската Унија („ЕУ“)*

3 Директивата 2004/113 е усвоена врз основа на член 13(1) ЕЗ. Воведните забелешки 1, 4, 5, 12, 15, 18 и 19 во Преамбулата на Директивата го содржат следниот текст:

„(1) Во согласност со членот 6 од Договорот за Европската унија, Унијата се темели врз начелата за слобода, демократија, почитување на човековите права и основните слободи, како и владеештето на правото, начела кои се заеднички за земјите членки, и ги почитува основните права кои се загарантирани со Европската конвенција за заштита на човековите права и основни слободи, што како општи начела на правото на Заедницата произлегуваат од уставните традиции заеднички за земјите членки.

...

(4) Еднаквоста помеѓу мажите и жените претставува основно начело на Европската унија.

Членовите 21 и 23 од Повелбата на Европската унија за основните права („Повелбата“) забрануваат секаква дискриминација врз основа на пол и бараат еднаквоста на мажите и жените да се гарантира на сите полиња.

(5) Членот 2 од Договорот за основање на Европската заедница пропишува дека унапредувањето на таквата еднаквост е една од клучните задачи на Заедницата. Слично на тоа, членот 3(2) од Договорот бара од Заедницата да дејствува со цел да ја укине нееднаквоста и да ја унапредува еднаквоста помеѓу мажите и жените во сите свои активности.

...

(12) Со цел да се спречи половата дискриминација, оваа Директива треба да се однесува и на директната и на индиректната дискриминација. Директната дискриминација се јавува само кога со некое лице, врз основ на полот, се постапува понеповолно отколку кон друго лице во споредлива ситуација. Соодветно на тоа, на пример, разликите помеѓу мажите и жените при обезбедување на здравствени услуги што се последица на физичките разлики меѓу мажите и жените, не може да се сметаат за споредливи ситуации и поради тоа не претставуваат дискриминација.

...

(15) Веќе постојат голем број правни инструменти за спроведување на начелото на еднаков третман на мажите и жените при вработување и избор на професија. За таа цел, оваа Директива не се применува во тоа подрачје. Истите причини се однесуваат и на подрачјето на самовработување, поради тоа што тие се опфатени со постоечки правни инструменти. Оваа Директива треба да се применува само на осигурување и пензии коишто се приватни, доброволни и одвоени од работниот однос.

...

(18) Употребата на актуарски фактори кои се однесуваат на полот е широко распространета при обезбедување на осигурување и останати поврзани финансиски услуги. Со цел да се обезбеди еднаков третман на мажите и жените, употребата на полот како актуарски фактор не треба да доведе до разлики во поединечни премии и бенефиции. Со цел да се избегне ненадејно преуредување на пазарот, спроведувањето на ова правило треба да се однесува исклучиво на нови договори склучени по датумот на транспонирање на оваа Директива.

(19) Одредени категории на ризици може да варираат помеѓу половите. Во некои случаи, полот претставува еден, но не неопходно и единствен фактор при проценка на ризикот на осигурување. За договори што ги осигуруваат тие типови на ризици, земјите членки може да одлучат да дозволат исклучоци од правилото за еднакви премии и бенефиции, доколку гарантираат дека актуарските и статистичките податоци на кои се темелат пресметките се веродостојни, редовно ажурирани и достапни за јавноста. Исклучоци се дозволуваат само кога националното законодавство сè уште не предвидело примена на правила за рамноправност. Пет години по транспонирањето на оваа Директива, земјите членки треба да ја преиспитаат оправданоста на овие исклучоци, земајќи ги предвид најновите актуарски и статистички податоци, како и извештајот на Комисијата три години по транспонирањето на оваа Директива.“

4 Целта на Директивата 2004/113 е дефинирана во член 1 од истата на следниот начин:

„Целта на оваа Директива е да се утврди рамка за борба против половата дискриминација во пристапот до и обезбедувањето на добра и услуги, во поглед на примената на начелото на еднаков третман на мажите и жените.“

5 Член 4(1) од Директивата 2004/113 предвидува:

„1. За целите на оваа Директива, начелото на еднаков третман на мажите и жените значи дека:

(а) се забранува секаква директна полова дискриминација, вклучувајќи понеповолно постапување со жените поради бременост и мајчинство;

(б) се забранува секаква индиректна полова дискриминација.“

6 Член 5 од Директивата 2004/113, насловен „Актуарски фактори“ предвидува:

„1. Земјите членки гарантираат дека во сите нови договори склучени по 21 декември 2007 година, употребата на полот како фактор во пресметувањето на премиите и бенефициите за целите на осигурување и поврзани финансиски услуги нема да доведе до разлики во поединечни премии и бенефиции.

2. Без оглед на ставот 1, земјите членки може да одлучат пред 21 декември 2007 да дозволат пропорционални разлики во поединечни премии и бенефиции, доколку употребата на полот како одлучувачки фактор во проценката на ризикот е базирана врз релевантни и прецизни актуарски и статистички податоци. Односните земји членки ја известуваат Комисијата во врска со тоа и гарантираат редовно прибавување, објавување и ажурирање на прецизни податоци релевантни за употребата на полот како одлучувачки актуарски фактор. Овие земји членки ќе ја преиспитаат својата одлука пет години по 21 декември 2007 година, земајќи го предвид извештајот на Комисијата наведен во членот 16, и ќе ги проследат резултатите од таквото преиспитување до Комисијата.

3. Во секој случај, трошоците поврзани со бременост и мајчинство не смее да доведат до разлики во поединечни премии и бенефиции.

Земјите членки може да го одложат спроведувањето на мерките потребни за усогласување со овој став, најмногу два месеца по 21 декември 2007 година. Во тој случај, односните земји членки веднаш ја известуваат Комисијата за тоа.“

7 Член 16 од оваа Директива, насловен „Извештај“ предвидува:

„1. Земјите членки ги доставуваат до Комисијата сите расположливи информации во врска со примената на оваа Директива, најдоцна до 21 декември 2009 година и секои пет години потоа.

Комисијата подготвува резимиран извештај, кој вклучува преглед на тековните практики на земјите членки во врска со членот 5, а во поглед на употребата на полот како фактор при пресметување на премиите и бенефициите. Таа го доставува овој извештај до Европскиот парламент и до Советот најдоцна до 21 декември 2010 година. Ако е потребно, во прилог на својот извештај, Комисијата изнесува предлози за измена на оваа Директива.

2. Во својот извештај Комисијата ги зема предвид ставовите на релевантните засегнати страни.“

8 Според Член 17(1) од Директивата 2004/113, земјите членки ќе ги спроведат законите, регулативите и другите административни одредби потребни за усогласување со оваа Директива, најдоцна до 21 декември 2007 година. Тие веднаш го доставуваат текстот на тие одредби до Комисијата

#### *Национално право*

9 Член 2 од Законот од 21 декември 2007 истакнува дека овој закон ја спроведува Директивата 2004/113.

10 Член 3 од Законот ја утврдува одредбата со која се заменува член 10 од Законот од 10 мај 2007 година за борба против дискриминацијата помеѓу мажите и жените, кој се однесувал на третманот на родот во полето на осигурувањето.

11 Новиот член 10 од Законот од 10 мај 2007 година го содржи следниот текст:

**„1. Со изземање на член 8, може да се направи директна пропорционална дистинкција врз основа на род за целите на пресметување на осигурителни премии и бенефиции кога полот е одлучувачки фактор во проценката на ризикот врз основа на релевантни и точни актуарски и статистички податоци.**

Таквото изземање се однесува единствено на договори за животно осигурување во рамките на значењето на член 97 од Законот од 25 јуни 1992 година за не-поморски договори за осигурување.

**2. Од 21 декември 2007 година, трошоците поврзани со бременост и мајчинство не смее во какви било околности да продолжат да водат кон разлики во осигурителните премии и бенефиции.**

**3. Банкарската, финансиска и осигурителна комисија е должна да ги прибавува актуарските и статистички податоци споменати во став 1, да ги објави до 20 јуни 2008 година, да ги ажурира на секои две години и да ги објави на својата интернет страница. Овие податоци се ажурираат на секои две години.**

Банкарската, финансиска и осигурителна комисија е овластена да побара од засегнатите институции, претпријатијата и поединци да ги обезбедат потребните податоци за оваа цел. Таа утврдува кои податоци треба да се испратат, на кој начин и во која форма.

4. Банкарската, финансиска и осигурителна комисија е должна да ги достави податоците со кои располага до Европската комисија во согласност со овој член најдоцна до 21 декември 2009 година. Податоците се проследуваат до Европската комисија по секое ажурирање на истите.

5. Законодавните домови се должни да ја оценат примената на овој член врз основа на податоците споменати во ставовите 3 и 4, извештајот до Европската комисија споменат во член 16 од Директивата 2004/113/EЗ и состојбата во другите земји членки на Европската унија до 1 март 2011 година.

Таквата оценка мора да се изврши врз основа на извештај поднесен до законодавните домови од страна на Комисија за оценка во рок од две години.

Со одлука која се носи во Советот на министри, Кралот ги утврдува подеталните правила во однос на составот и назначувањето на Комисијата за оценка, како и на формата и содржината на извештајот.

Комисијата конкретно ќе известува за ефектите на овој член врз состојбата на пазарот и ќе ги испитува критериумите на поделба освен оние поврзани со полот.

6. Оваа одредба не се применува на договори за осигурување склучени според шемата за дополнително социјално осигурување. Таквите договори се исклучиво предмет на член 12“.

### **Факти во главната постапка и прашања упатени за прелиминарна одлука**

12 Барателите во главната постапка покренале тужба пред Уставниот суд (Белгија) за поништување на Законот од 21 декември 2007 година кој ја транспонира Директивата 2004/113 во белгиското право.

13 Тие тврделе дека Законот од 21 декември 2007 година, кој го спроведува изземањето предвидено во член 5(2) од Директивата 2004/113, е спротивен на начелото на еднаквост помеѓу мажите и жените.

14 Поради фактот што Законот од 21 декември 2007 година го користи изземањето предвидено во член 5(2) од Директивата 2004/113, Уставниот суд одлучил, со оглед на тоа што тужбата пред него покренува прашање кое се однесува на валидноста на одредба од директива на ЕУ, да ја одложи постапката и да ги упати следните прашања до Судот за прелиминарна одлука:

„1. Дали е член 5(2) од Директивата 2004/113 ... во склад со член 6(2) [ЕУ] и, поконкретно, со начелото на еднаквост и недискриминација загарантирани со таа одредба?

2. Доколку одговорот на првото прашање е негативен, дали тоа значи дека член 5(2) од Директивата не во склад ни со член 6(2) [ЕУ], доколку неговата примена е ограничена на договори за животно осигурување?“

### **Разгледување на прашањата упатени за прелиминарна одлука**

15 Со своето прво прашање, националниот суд прашува, во суштина, дали член 5(2) од Директивата 2004/113 е валиден во однос на начелото на еднаков третман за мажите и жените.

16 Член 6(2) ЕУ, на кој националниот суд се повикува во своите прашања и кој е споменат во воведната забелешка 1 од Директивата 2004/113, предвидува дека Европската Унија ќе ги почитува основните права кои се загарантирани со Европската конвенција за заштита на човековите права и основни слободи и кои произлегуваат од уставните традиции заеднички за земјите членки, како општо начело на правото на Заедницата. Тие основни права се инкорпорирани во Повелбата, која, на сила од 1 декември 2009 година, го има истиот правен статус како и Договорите.

17 Членовите 21 и 23 од Повелбата истакнуваат, соодветно, дека половата дискриминација се забранува и дека еднаквоста помеѓу мажите и жените мора да се гарантира на секое поле. Бидејќи воведната забелешка 4 од Директивата 2004/113 изречно упатува на членовите 21 и 23 од Повелбата, валидноста на член 5(2) од оваа Директива мора да се оцени во однос на

тие одредби (види, во тој контекст, Заеднички предмети C-92/09 и C-93/09 *Volker und Markus Schecke and Eifert* [2010] ECR I-0000, став 46).

18 Правото на еднаков третман на мажите и жените е предмет на одредбите од Договорот за функционирање на Европската Унија (ТФЕУ). Прво, секоја земја членка мора да обезбеди примена на начелото на еднаква плата за мажите и жените за еднаква работа или работа со еднаква вредност. Второ, член 19(1) од ТФЕУ предвидува дека, по добивањето на согласност од Европскиот парламент, Советот може да преземе соодветни мерки за борба против дискриминацијата врз основа на пол, расно или етничко потекло, религија или уверување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација.

19 Додека член 157(1) од ТФЕУ го воспоставува начелото на еднаков третман за мажите и жените во конкретна област, член 19(1) од ТФЕУ му дава на Судот надлежност која тој мора да ја спроведува во согласност со, помеѓу другото, вториот потстав од член 3(3) од Договорот за Европската унија, кој предвидува дека Европската Унија ќе се бори против социјалната исклученост и дискриминацијата и ќе промовира социјална правда и заштита, еднаквост помеѓу мажите и жените, солидарност меѓу генерациите и заштита на правата на детето, и со член 8 од ТФЕУ, според кој Европската унија, во сите свои активности, ќе се залага за елиминација на нееднаквостите и унапредување на еднаквоста помеѓу мажите и жените.

20 Во постапното постигнување на еднаквоста, законодавното тело на ЕУ утврдува, во однос на задачата доделена на Европската унија со вториот потстав од Член 3(3) од Договорот за Европската унија и член 8 од ТФЕУ, кога ќе преземе мерки, земајќи го предвид развојот на економските и социјалните услови во рамките на Европската унија.

21 Меѓутоа, кога ќе се одлучи за таквите мерки, тие мора да придонесат, на кохерентен начин, кон постигнувањето на поставената цел, без да ја доведат во прашање можноста од предвидување преодни периоди или изземања со ограничен опсег.

22 Како што е истакнато во воведната забелешка 18 од Директивата 2004/113, употребата на актуарски фактори поврзани со полот била широко распространета во обезбедувањето на услуги во полето на осигурувањето во времето кога била усвоена Директивата.

23 Како резултат, за законодавното тело на ЕУ било дозволиво спроведувањето на начелото на еднаквост за мажите и жените-поконкретно, примената на правилото за еднакви премии и бенефиции за обата пола- да се врши постапно, со соодветни преодни периоди.

24 Поради тоа, законодавното тело на ЕУ предвидело во член 5(1) од Директивата 2004/113 дека разликите во премиите и бенефициите кои произлегуваат од употребата на полот како фактор при пресметувањето мора да се забранат најдоцна до 21 декември 2007 година.

25 Со исклучување на општото правило кое бара еднакви премии и бенефиции за обата пола утврдено со член 5(1) од Директивата 2004/113, член 5(2) од оваа Директива им одобрува на одредени земји членки- оние кои во националното право сè уште не го примениле правилото во времето на усвојување на Директивата 2004/113- можност да одлучат пред 21 декември 2007 година дали ќе применат пропорционални разлики во премиите и бенефициите на поединци кога полот се употребува како одлучувачки фактор во оценката на ризиците врз основа на релевантни и точни актуарски и статистички податоци.

26 Според член 5(2) од Директивата 2004/113, каква било одлука за прибегнување кон таа опција мора да се преиспита пет години по 21 декември 2007 година, земајќи го предвид извештајот на Комисијата. Меѓутоа, со оглед на тоа што Директивата 2004/113 не зборува за должината на временскиот период во кој таквите разлики може да продолжат да се применуваат, земјите членки кои ја искористиле таа опција може да им дозволат на своите осигуреници примена на нееднаквиот третман без какво било временско ограничување.

27 Советот се сомнева дали, во контекст на одредени гранки од приватното осигурување, односните ситуации на мажите и жените осигуреници може да се сметаат за споредливи, со оглед на тоа што, од гледна точка на начинот на работа на осигурителите, во согласност со кој ризиците се категоризираат врз основа на статистички податоци, нивоата на осигурен ризик би можеле да се разликуваат за мажите и жените. Советот тврди дека опцијата предвидена во член 5(2) од Директивата 2004/113 има за цел да спречи различен третман во исти ситуации.

28 Судот е доследен во своето мислење дека начелото на еднаков третман изискува еднаков третман во споредливи ситуации, и дека различни ситуации не смее да се третираат на ист начин, освен доколку таквиот третман е објективно оправдан (види Предмет С-127/07 *Arcelor Atlantique et Lorraine and Others* [2008] ECR I-9895, став 23).

29 Во тој однос, треба да се истакне дека споредливоста на ситуациите мора да се оцени во однос на предметот и целта на мерката на ЕУ која ја прави разликата во прашање (види, во тој контекст, *Arcelor Atlantique et Lorraine and Others*, став 26). Во нашиот случај, таквата разлика ја прави Член 5(2) од Директивата 2004/113.

30 Неспорно е дека целта на Директивата 2004/113 во секторот на осигурителни услуги, како што е одразена во член 5(1) од оваа Директива, е примена на еднакви правила за обата пола во однос на премии и бенефиции. Воведната забелешка 18 од Директивата 2004/113 изречно истакнува дека, за да се гарантира еднаков третман помеѓу мажите и жените, употребата на полот како актуарски фактор не смее да доведе до разлики во поединечните премии и бенефиции. Воведната забелешка 19 од оваа Директива ја опишува опцијата која им се дава на земјите членки да го применат правилото на еднакви премии и бенефиции како опција за дозволување на „исклучоци“. Соодветно, Директивата 2004/113 се темели на претпоставката дека, за целите на примена на начелото на еднаков третман за мажите и жените, втемелено во Членовите 21 и 23 од Повелбата, односните ситуации на мажите и жените во однос на осигурителни премии и бенефиции за кои склучиле договор мора да се споредливи.

31 Соодветно, постои ризик дека правото на ЕУ дозволува отстапувањето од еднаквиот третман на мажите и жените, предвиден во член 5(2) од Директивата 2004/11, да продолжи бесконечно.

32 Таква одредба, која им овозможува на земјите членки во прашање да одржуваат без временско ограничување исклучок од правилото за еднакви премии и бенефиции, е спротивна на постигнувањето на целта за еднаков третман помеѓу мажите и жените, што е и целта на Директивата 2004/113, и не е во согласност со членовите 21 и 23 од Повелбата.

33 Таквата одредба мора оттука да се смета за неважечка по истекувањето на соодветниот преоден период.

34 Во контекст на горе наведеното, одговорот на првото прашање е дека член 5(2) од

Директивата 2004/113 е неважечки од 21 декември 2012 година.

35 Со оглед на таквиот одговор, нема потреба да се разгледува второто прашање.

### **Трошоци**

36 Бидејќи за страните на главната постапка овие постапки се дел од тужбата која е во тек пред националниот суд, одлуката за трошоците е прашање за тој суд. Трошоците за поднесување на забелешки до Судот, освен трошоците на тие страни, се неповратни.

Врз тој основ, Судот (Големиот судски совет) ја носи следната одлука:

**Член 5(2) од Директивата на Советот 2004/113/ЕЗ од 13 декември 2004 година за спроведување на начелото на еднаков третман помеѓу мажите и жените во пристапот до и обезбедувањето на добра и услуги е неважечки од 21 декември 2012 година.**

[Потписи]

# Дискриминација врз основ на религија или уверување







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

**СЛУЧАЈ THLIMMENOS v. GREECE**  
(ЖАЛБА бр. 34369/97)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

6 Април 2000 г.

**Во случајот на Thlimmenos v. Greece,**

Европскиот суд за човекови права, заседајќи како Голем Совет, во составен од следните судии:

Г-дин L. WILDHABER, *Претседател*,  
Г-ѓа E. PALM,  
Г-дин L. FERRARI BRAVO,  
Г-дин L. CAFLISCH,  
Г-дин J.-P. COSTA,  
Г-дин W. FUHRMANN,  
Г-дин K. JUNGWIERT,  
Г-дин M. FISCHBACH,  
Г-дин B. ZUPANČIČ,  
Г-ѓа N. VAJIĆ,  
Г-дин J. HEDIGAN,  
Г-ѓа W. THOMASSEN,  
Г-ѓа M. TSATSA-NIKOLOVSKA,  
Г-дин T. PANĪŔU,  
Г-дин E. LEVITS,  
Г-дин K. TRAJA,  
Г-дин G. KOUMANTOS, *ad hoc судија*,

И исто така Г-ѓа M. DEBOER-BUQUICSSIO, *заменик регистар*,

Одлучувајќи приватно на 1 декември 1999 и на 15 март 2000,

Ја донесоа следната пресуда, која беше усвоена на последниот споменат датум:

## ПОСТАПКА

1. Случајот беше поднесен до Судот согласно одредбите кои се применуваа пред стапувањето во сила на Протоколот 11 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи (“Конвенцијата”)<sup>14</sup>, од страна на Европската комисија за човекови права (“Комисијата“) на 22 март 1999 (член 5 став 4 од Протоколот 11 и поранешните членови 47 и 48 од Конвенцијата).

2. Случајот започна со жалбата бр. 34369/07 против Република Грција, поднесена до Комисијата според поранешниот член 25 од Конвенцијата, од страна на грчкиот државјанин, г-дин Јаковос Глименос (“жалителот“), на 18 декември 1996. Жалителот навел дека одбивањето на властите да го назначат на позиција сметководител поради негова кривична осуда за непочитување на наредбата да носи воена униформа, заради своите религиозни убедувања, е спротивно на членовите 9 и 14 од Конвенцијата, како и дека постапките кои тој ги започнал пред Врховниот управен суд во врска со ова не биле спроведени согласно членот 6 став 1 од Конвенцијата. Во своитевидувања, поднесени на 20 октомври 1997 како одговор на видувањата на грчката Влада (“Владата“) во врска со допуштеноста и основаноста на жалбата, тој исто така се жалел на повреда на членот 1 од Протоколот 1.

3. Комисијата ја прогласила жалбата за делумно допуштена на 12 јануари 1998. Во својот извештај од 4 декември 1998 (поранешен член 31 од Конвенцијата), го изразува мислењето дека имало повреда на членот 9 од Конвенцијата во врска со членот 14 (дваесет и два гласа наспроти шест); дека не било потребно да се испитува дали имало самостојна повреда на членот 9 (дваесет и еден глас наспроти седум); како и дека има повреда на членот 6 став 1 (едногласно)<sup>15</sup>.

4. На 31 март 1999 панел на Големиот совет определил дека случајот треба да биде одлучуван од страна на Големиот совет (правило 100 став 1 од Деловникот на Судот). Г-дин С. Rozakis, судијата избран од Грција, кој земал учество во испитувањето на случајот од страна на Комисијата, се повлече од Големиот совет (правило 28). Владата, оттука, го назначи г-дин Г. Koumantis да земе учество како *ad hoc* судија (член 27 став 2 од Конвенцијата и Правило 29 став 1)

5. Жалителот и Владата поднесоа поднесоци.

6. Расправата се одржа во јавност во Зградата на човековите права, Стразбур, на 1 декември 1999.

Пред Судот се појавија:

(a) *за Владата*

|       |   |                            |
|-------|---|----------------------------|
| г-дин | Р. GEORGAKOPOULOS, правен советник,<br>Државен правен совет | <i>делегат на агентот,</i> |
| г-дин | К. GEORGIADIS, правен асистент,<br>Државен правен совет,    | <i>Советник;</i>           |

(b) *за жалителот*

|       |   |                  |
|-------|---|------------------|
| г-дин | Ν. ALIVIZATOS, Атинска адвокатска комора, | <i>Советник.</i> |
|-------|---|------------------|

Судот ги слушна обраќањата на г-дин Alivizatos и г-дин Georgiadis.

14. Забелешка од Регистарот: Протоколот 11 стапи на сила на 1 ноември 1998.

15. Забелешка од Регистарот: Целосниот текст од мислењето на Комисијата и двете одделни мислења содржани во извештајот ќе бидат репродуцирани како анекс на конечната печатена верзија на пресудата (во службените извештаи на избрани пресуди и одлуки на Судот), но во меѓувреме копија од извештајот на Комисијата може да се добие од Регистарот.

## ФАКТИ

### I. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

#### A. Осудата на жалителот за не-субординација

7. На 9 декември 1983 Постојаниот воен трибунал во Атина (*Diarkes Stratodikio*), во состав еден воен судија од кариера и четворица други офицери, го осудиле жалителот, Јеховин сведок, за не-субординација, заради одбивање да носи воена униформа во период на општа мобилизација. Сепак, трибуналот сметал дека, според член 70 (б) од Воениот кривичен законик и член 84 став 2(а) од Кривичниот законик, постоеле оправдани околности и го казнил жалителот со четири години затвор. Тој бил условно ослободен по поминати две години и еден ден.

#### B. Одбивањето жалителот да биде назначен на позиција овластен сметководител

8. Во јуни 1988 жалителот присуствувал на јавно испитување за назначување на дванаесет овластени сметководители, што е слободна професија во Грција. Тој бил втор помеѓу шеесет кандидати. Сепак, на 8 февруари 1989, Извршниот одбор на Институтот на овластени сметководители на Грција ( понатаму “Одборот“) одбил да го назначи врз основа на тоа што бил осуден за сериозно кривично дело (*kakuryima*).

#### C. Постапка пред Врховниот управен суд

9. На 8 мај 1989 жалителот се жалел пред Врховниот управен суд (*Simvulio Epikratias*) повикувајќи се, *inter alia*, на своето право на слобода на религија и еднаквост пред законот, гарантирани со Уставот и Конвенцијата. Жалителот исто така тврдел дека не бил осуден за криминал, туку за помалку сериозен престап.

10. На 18 април 1991 третиот совет на Врховниот управен суд одржал расправа. На 25 мај 1991 судот одлучил да го отстапи случајот на пленарниот совет заради важните прашања кои истиот ги покренал. Гледиштето на советот било дека членот 10 од Легислативната повелба бр. 3329/1955 пропишува дека лице кое нема да се квалификува за назначување во државна служба, не може да биде назначено за овластен сметководител. Дополнително, според членот 22 став 1 од Законот за државни службеници, ниедно лице осудено за сериозно кривично дело не може да биде назначено во државната служба. Сепак, оваа одредба се однесувала на осуди од страна на судови основани согласно членот 87 став 1 од Уставот. Тоа не бил случај со постојаните воени судови, бидејќи мнозинството од нивните членови не се судии од кариера, кои ги уживаат истите гаранции за независност како и нивните цивилни колеги, пропишано со членот 96 став 5 од Уставот. Како резултат на тоа, осудата на жалителот од страна на Постојаниот воен трибунал на Атина не требало да биде земена во предвид и одлуката на Одборот да не го назначи жалителот за овластен сметководител требала да биде поништена.

11. На 21 јануари 1994 била одржана расправа пред Врховниот управен суд, во пленарен состав. На 11 ноември 1994 судот одлучил дека Одборот постапил согласно со законот кога, за потребите на примена на членот 22 став 1 од Законот за државни службеници, ја земал во предвид осудата на жалителот за сериозно кривично дело, од страна на Постојниот воен трибунал на Атина. Членот 96 став 5 од Уставот пропишува дека воените судови ќе продолжат да функционираат како и претходно, се до донесувањето на нов закон кој ќе

го промени нивниот состав. Таков закон се уште не бил донесен. Врховниот управен суд понатаму одлучил да го препрати назад случајот на Третиот совет, кому му наредил да ги испита преостанатите прашања.

12. Одлуката од 11 ноември 1994 била донесена со мнозинство. Малцинството сметало дека, со оглед на тоа што изминале девет години од стапувањето во сила на Уставот, а не бил донесен законот како што било пропишано во членот 96 став 5, гаранциите за независност кои се бараат од цивилните судии мора да им бидат овозможени и на постојните воени судови. Како тоа не бил случајот со Постојниот воен трибунал на Атина, барањето за ревизија на г-дин Thlimmenos треба да биде дозволено.

13. На 26 октомври 1995 третиот совет одржал дополнителна расправа. На 28 јуни 1996 го одбил барањето за ревизија на г-дин Thlimmenos, сметајќи, *inter alia*, дека неговото неназначување од страна на Одборот не било поврзано со неговите религиозни уверувања, туку со фактот дека сторил кривично дело.

## II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ЗАКОНОДАВСТВО

### A. Назначување на позиција овластен сметководител

14. До 30 април 1993 само членовите на Институтот на овластени сметководители на Грција можеле да пружаат такви услуги во Грција.

15. Членот 10 од Легислативната повелба бр. 3329/1955, изменета со членот 5 од Претседателската повелба бр. 15/1989, пропишува дека лице кое нема да се квалификува за државната служба не може да биде назначено за овластен сметководител.

16. Според член 22 став 1 од Законот за државни службеници, лице осудено за сериозно кривично дело не може да иде назначено во државна служба.

17. На 30 април 1993 бил напуштен монополот на Институтот на овластени сметководители. Повеќето овластени сметководители станале членови на Компанијата на овластени ревизори доо.

### B. Кривично дело не-субординација

18. Членот 70 од Воениот кривичен законик, на сила до 1995, пропишувал:

“Член на вооружените сили, кој, по наредба од својот претпоставен да изврши одредена должност, одбие или пропушти да ја изврши наредбата, ќе биде казнет -

(а) ако чинот е сторен пред непријателот или вооружени бунтовници, со смрт;

(б) за време на војна или вооружен бунт или за време на опсада или општа мобилизација, во смрт, или, доколку постојат оправдани околности, во доживотен затвор или затвор од најмалку пет години и

(с) во сите други околности, со затвор помеѓу шест месеци и две години.“

19. По пат на Претседателска повелба бр. 506/1974, за време на апсењето на жалителот, Грција била во статус на општа мобилизација, Оваа повелба е сеуште на сила.

20. Членот 84 став 2(а) од Кривичниот законик пропишува дека полесна казна ќе биде изречена на лица, кои пред извршувањето на кривичното дело, воделе чесен живот.

21. Според член 1 од Воениот кривичен законик, на сила до 1995, за сериозни кривични дела се сметале оние казниви со казна од најмалку пет години затвор (*kakuryimata*). Делата казниви со казни до пет години се сметале за прекршоци (*plimmelimata*).

22. Според новиот Воен кривичен законик од 1995, не-субординацијата, која не е сторена за време на војна или пред непријателот, се смета за прекршок.

### С. Правото на свесен приговор против воената служба

23. Според членот 2 (40 од законот бр. 731/1977, тие кои одбиваат да извршуваат воена служба на база на своите религиски убедувања, биле казнувани со затвор еднаков на оној од невооружената служба, односно помалку од пет години.

24. Законот бр. 2510/1997, кој стапил на сила на 27 јуни 1997, им дава право на оние кои приговараат врз основа на совест да извршуваат цивилна наместовоена служба. Според членот 23(1) и (4) од овој закон, лицата кои биле осудени за не-субординација во минатото имале можност да се пријават за да бидат признаени како приговарачи врз основа на совест. Еден од ефектите од таквото признавање е и бришењето на осудата од кривичната евиденција.

25. Пријавите според членот 23 (1) и (4) од Законот бр. 2510/1997 требале да бидат поднесени во период од три месеци, започнувајќи од 1 јануари 1998. Тие биле испитувани од страна на комисија која го советувала Министерот за национална одбрана за признавање на приговарачите врз основа на совест. Комисијата требала да го примени членот 18 од Законот бр. 2510/1997, кој пропишувал:

“Лицата кои се повикуваат на своите религиозни или идеолошки убедувања со цел да не ги исполнат своите воени обврски од причини поврзани со совеста, можат да бидат признаени како приговарачи врз основа на совест...”

## ПРАВО

### I. Опфат на случајот

26. Во својата првична жалба до Комисијата, жалителот се жалел според членовите 9 и 14 од Конвенцијата, заради неговото неназначување како овластен сметководител од страна на властите, како и според членот 6 став 1, за постапката која тој ја повел во врска со ова. Жалителот исто така се жалел на повреда на членот 1 од Протоколот 1 само во опсервациите кои ги поднел како одговор на опсервациите на Владата. Комисијата ја прогласила последната жалба за недопуштена, со оглед на тоа што не била поднесена во рамките на рокот од шест месеци според Конвенцијата.

27. Во својот поднесок пред Судот, жалителот сметал дека Судот е надлежен да ја испита неговата жалба според членот 1 од Протоколот 1. Иако овој навод не бил изречно наведен во формуларот на жалбата, биле изнесени фактите кои го поткрепуваат. Органите на Конвенцијата биле слободни да им ја дадат соодветната правна квалификација.

28. Судот потсетува дека обемот на неговата надлежност е определен со одлуката на Комисијата со која оригиналната жалба била прогласена за допуштена (види *Sürek v. Turkey* (бр. 1) [GC], бр. 26682/95, § 40, ECHR 1999-IV). Дополнително, Судот сметал, како и Комисијата, дека жалбата според членот 1 Протокол 1 е одделна од жалбените наводи кои биле прогласени за допуштени. Следи дека Судот нема надлежност да го испитува овој навод.

### II. Првичен приговор на владата

29. Владата спорела дека жалителот, со употреба на процедурата според членовите 23 (1) и (4) од Законот бр. 2510/1997, можел да ги избегне последиците од осудата. Тие исто

така поднеле дека тој можел да се пријави за помилување според член 47 став 1 од Уставот. Сепак, Владата прифатила дека, дури жалителот и да бил признаен како приговарач врз основа на совеста според Законот бр. 2510/1997, не би бил во можност да добие надомест за неправдата која ја претрпел како резултат на неговата осуда.

30. Жалителот тврдел дека не бил свесен за рокот од три месеци во членовите 23 (1) и (4) од Законот бр. 2510/1997 и го пропуштил рокот. Во секој случај, горните одредби биле “обскурни“ и во секој случај, само неколкумина приговарачи врз основа на совест успеале во тоа осудите да им бидат избришани од кривичната евиденција.

31. Судот забележува дека, дури жалителот и да не го пропуштел рокот од членовите 23 (1) и (4) од Законот бр. 2510/1997, неговото тврдење дека не може да служи во вооружените сили заради своите религиозни убедувања би било испитувано од страна на комисијата која го советува министерот за одбрана, околу тоа дали тој треба да биде признаен да приговарач врз основа на совест или не. Оваа комисија и министерот не би биле обврзани да го прифатат барањето на жалителот со оглед на тоа што, барем до одреден степен, имаат дискрециони овластувања (види ставови 24 и 25 погоре). Дополнително, од страните било прифатено дека, дури жалителот и да го добиел бришењето на осудата од кривичната евиденција согласно членовите 23 (1) и (4) од Законот бр. 2510/1997, не би бил во можност да добие надомест за неправдата која ја претрпел дотогаш како резултат на осудата. Од истата причина, жалителот не можел да биде сигурен дека неговото барање за помилување би било одобрено, и дури и да било, тој не би можел да добие надомест.

32. Во секој случај, Судот забележува дека, и доколку се смета дека Владата покренува прелиминарен приговор што се однесува на статусот на жртва на жалителот во смисла на членот 34 од Конвенцијата, овој приговор не бил поднесен која се испитувала допуштеноста на жалбата од страна на Комисијата. Ништо не ја попречувало Владата да го покрене истиот во таа фаза од постапка, со оглед на тоа што Законот бр. 2510/1997 бил донесен пред одлуката на Комисијата за допуштеноста на жалбата. Оттука, Судот смета дека Владата е спречена да го поднесе овој приговор и го отфрла (види *Nikolova v. Bulgaria* [GC], бр. 31195/96, § 44, ECHR 1999-II).

### III. Наводна повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 9

33. Судот забележува дека жалителот не се жалел за својата иницијална осуда за не-субординација. Жалителот се жалел дека законот кој ги исклучува лицата осудени за сериозни кривични дела од нивно назначување како овластени сметководители не прави разлика помеѓу лицата осудени како резултат на нивните религиозни убедувања и лица осудени по други основи. Жалителот се повикал на членот 14 од Конвенцијата, во врска со членот 8, кој пропишува:

#### Член 14

“Уживањето на правата и слободите пропишани со Конвенцијата ќе биде обезбедено без дискриминација по ниту еден основ, како пол, раса, боја, јазик, религија, политичко или друго мислење, национално или социјално потекло, поврзаност со национално малцинство, сопственост, раѓање или друг статус.“

#### Член 9

“1. Секој има право на мисла, совест и религија; ова право вклучува слобода да се промени религијата или убедувањето и слободата за изразување на својата вера или

убедување, било самостојно било во заедница со други и јавно или приватно, преку богослужба, поука, проповеди, верски обреди и ритуали

2. Слободата за изразување на својата вера или на своите убедувања може да биде предмет само на оние ограничувања што се предвидени со закон и кои претставуваат мерки во интерес на јавната безбедност, поредокот, здравјето и моралот или заштитата на правата и слободите на други, неопходни во едно демократско општество.“

#### **А. Аргументи пред Судот**

34. Жалителот поднел дека неговото неназначување на позицијата на овластен сметководител била директно поврзана со манифестацијата на неговите религиозни уверувања и потпаѓа под членот 9 од Конвенцијата. Тој потенцирал во оваа насока дека не бил назначен бидејќи одбил да служи во вооружените сили; преку одбивањето да го стори тоа, тој го манифестира своето религиозно убедување како Јеховин сведок. Жалителот понатаму спорел дека не може да служи на ниту една корисна цел исклучувањето од професијата овластен сметководител заради одбивање да се служи во вооружените сили врз религиозни основи. Според жалителот, законот не треба да го исклучува секое лице осудено за сериозно кривично дело. Легитимноста на исклучувањето зависи од природата на позицијата и од делото, вклучувајќи ги и мотивите на сторителот, времето кое изминало од делото, како и однесувањето на сторителот оттогаш. Виден во тоа светло, пропустот на властите да го назначат жалителот не бил нужен. Класата на лица на кои им припаѓа жалителот, имено мажи - Јеховини сведоци, чија религија вклучува убедливи причини за одбивање служба во вооружените сили, е различна од класата на повеќето други сторители на кривични дела. Пропустот на Владата да ја земе во предвид оваа разлика претставува дискриминација која не се толерира согласно членот 14 од Конвенцијата, во врска со членот 9.

35. Владата тврдела дека членот 14 од Конвенцијата не се применува бидејќи фактите на случајот не потпаѓаат во опфатот на членот 9. Властите кои одбиле да го назначат жалителот за овластен сметководител немале избор освен да применат правило кое ги исклучува сите осудени за сериозни дела од таквата позиција. Властите не можеле да истражуваат во причините кои довеле до осудата на лицето. Поради својата општост, законот во прашање е неутрален. Дополнително, тој му служи на јавниот интерес. Лице осудено за сериозно дело не може да биде назначено во државната служба и по аналогија, на позиција на овластен сметководител. Оваа забрана требала да биде апсолутна и не можела да биде направена разлика од случај до случај. Државите имаат широки дискрециони маргини при карактеризацијата на кривичните дела како сериозни или поинакви. Жалителот сторил сериозно дело преку одбивањето на изврши невооружена воена служба за време на општа мобилизација, бидејќи се обидел да избегне важна обврска кон општеството и државата, поврзана со одбраната, сигурноста и независноста на земјата. Како резултат, санкцијата за тоа не била непропорционална.

36. Владата исто така потенцирала дека Судот немал надлежност да ја испитува иницијалната осуда на жалителот. Во секој случај, ова нема никаква поврзаност со неговите религиозни убедувања. Обврската за воена служба се однесува на сите Грци –мажи без никакви исклучоци врз основа на религија или совест. Дополнително, жалителот бил осуден за не-субординација. Дисциплината во армијата не може да биде оставена да зависи од тоа дали војникот се согласува со наредбите кои му се даваат.

37. Во светло на сето наведено погоре, Владата тврдела дека, дури и да се примени членот

14, ќе има објективна и разумна оправданост за пропустот да се направи разлика помеѓу жалителот и други лица осудени за сериозни дела. Нема потреба од истакнување дека грчките православни или католички христијани би биле исто така исклучени од професијата овластен сметководител доколку сторат сериозно кривично дело.

38. Комисијата сметала дека членот 14 е применлив бидејќи било доволно тоа што фактите на случајот спаѓаат во опфатот на членот 9, и по нивно мислење, имало вмешување со правата заштитени со тој член во односниот случај. Комисијата понатаму сметала дека правото на отсуство на дискриминација при уживањето на правата гарантирани со Конвенцијата е повредено само кога државите, без објективна и разумна оправданост, пропуштат различно да ги третираат лицата чии ситуации се различни. Во околностите на случајот, нема објективна и разумна оправданост за пропустот на изготвачите на правилата што се однесуваат за влез во професијата на овластени сметководители да ги третираат различно лицата осудени заради одбивање служба во вооружените сили на религиска основа, од лицата осудени за други дела.

## **В. Оценка на Судот**

39. Судот смета дека жалбата на жалителот треба да биде испитана според членот 14 во врска со членот 9 од следните причини.

40. Судот потсетува дека членот 14 од Конвенцијата нема независно постоење, бидејќи има ефект исклучиво во врска со други права и слободи заштитени со други суштински одредби од Конвенцијата и нејзините Протоколи. Сепак, примената на членот 14 не претпоставува повреда на една или повеќе одредби, и во оваа смисла е автономна. За членот 14 да биде применлив доволно е фактите на случајот да потпаднаат под друга суштинска одредба од Конвенцијата или нејзините Протоколи (види *Inze v. Austria* пресуда од 28 октомври 1987, Серија А бр. 126, р. 17, § 36).

41. Судот забележува дека жалителот не бил назначен за овластен сметководител како резултат на неговата мината осуда за не-субординација која се состоела од неговото одбивање да носи воена униформа. Оттука, тој бил третиран различно од останатите лица кои аплицирале за таа позиција, врз основа на својот статус на осудено лице. Судот смета дека таквата разлика во третманот генерално не потпаѓа под обемот на членот 14 се додека се поврзува со правото на одредена професија, со оглед на тоа што слободата на професијата не е гарантирана од Конвенцијата.

42. Сепак, жалителот не се жали на разликата што правилата кои го уредуваат влезот во професијата ја прават помеѓу осудени лица и останатите. Неговата жалба се однесува на фактот дека во примената на одреден закон не се прави разлика помеѓу лица осудени исклучиво заради своите религиски убедувања, и лица осудени за други кривични дела. Во овој контекст Судот забележува дека жалителот е член на Јеховините сведоци, религиска група посветена на пацифизмот, како и дека нема ништо во списите да го побие наводот на жалителот дека тој одбил да ја носи воената униформа само затоа што сметал дека неговата религија го спречува во тоа. Во суштина, аргументот на жалителот се сведува на тоа дека тој тврди дека е дискриминиран во практикувањето на своето слободно религиско убедување, гарантирано со членот 9 од Конвенцијата, со тоа што бил третиран како и секое друго лице осудено за сериозно кривично дело, иако неговата осуда е резултат на самото практикување на оваа слобода. Виден низ оваа перспектива, Судот прифаќа дека “сетот на факти“ на кои се жали жалителот – неговиот третман како лице осудено за сериозен криминал во врска со назначувањето на позиција овластен сметководител наспроти фактот дека делото за кое

бил осуден било предизвикано од неговите религиски убедувања – “ потпаѓа под опфатот на одредба од Конвенцијата“, имено член 9.

43. За да дојде до овој заклучок, Судот, спротивно од Комисијата, не наоѓа за потребно да испитува дали иницијалната осуда на жалителот и подоцнежното одбивање на властите да го назначат доведува до попречување на неговите права според членот 9 став 1. Особено, Судот не треба да го покрене, во постојниот случај, прашањето дали, независно од формулираноста на членот 4 став 3 (б), наметнувањето на таквите санкции на приговарачите врз основа на совест на задолжителна воена служба може, само по себе, да го повреди правото на слобода на мисла, совест и религија, гарантирано со членот 9 став 1.

44. Судот досега сметал дека правото според членот 14 да не се биде дискриминиран во уживањето на правата гарантирани со Конвенцијата е повредено кога државите постапува различно со лицата во слични ситуации без да обезбедат објективна и разумна оправданост (види ја пресудата *Inze*, цитирана погоре, стр. 18, став 41). Сепак, Судот смета ова не е единствениот аспект на забраната на дискриминацијата во членот 14. Правото да не се биде дискриминиран во уживањето на правата гарантирани со Конвенцијата е исто така повредено кога државите ќе пропуштат да ги третираат различно лицата чии ситуации се значително различни.

45. Следи дека членот 14 од Конвенцијата е релевантен за жалбата на жалителот и се применува во околностите на овој случај во врска со членот 9.

46. Следното прашање што треба да се разгледа е дали членот 14 од Конвенцијата бил почитуван. Според својата пракса, Судот треба да испита дали пропустот да се постапува со жалителот различно од другите лица осудени за сериозни кривични дела има легитимна цел. Доколку има, Судот ќе треба да испита дали постои разумна врска на пропорционалност помеѓу употребените средства и целта што се сакала да се постигне (види ја пресудата *Inze*, цитирана погоре, *ibid*).

47. Судот смета дека, во принцип, државите имаат легитимен интерес да исклучат одредени сторители од професијата овластен сметководител. Сепак, Судот исто така смета дека, за разлика од другите осуди за сериозни кривични дела, осудата за одбивање да се носи воена униформа заради религиски или филозофски убедувања не може да имплицира никаква неискреност или подлост која може да ја намали способноста на сторителот да ја врши својата професија. Оттука, исклучувањето на жалителот на основа на тоа што тој бил непогоден, не е оправдана. Судот го зема во предвид аргументот на Владата дека лицата кои одбиваат да и служат на својата земја мора да бидат соодветно казнети. Сепак, исто така забележува дека жалителот одлежал казна затвор заради своето одбивање да носи воена униформа. Во овие околности, Судот смета дека наметнувањето на дополнителна санкција врз жалителот е несоодветно. Следи дека исклучувањето на жалителот од професијата на овластени сметководители нема легитимна цел. Како резултат на тоа, Судот наоѓа дека не постои објективна и разумна оправданост за тоа што со жалителот не било постапувано различно од другите лица осудени за сериозен криминал.

48. Вистина е дека властите немале избор според законот освен да одбијат да го назначат жалителот за овластен сметководител. Сепак, спротивно од тоа што се чинеше дека претставникот на Владата го застапуваше на расправата, ова не може да ја ослободи држава од одговорност според Конвенцијата. Судот никогаш не исклучил дека законот може да биде утврдено дека директно ја прекршува Конвенцијата (види, *inter alia*, *Chassagnou and Others v. France* [GC], бр. 25088/94, 28331/95 и 28443/95, ECHR 1999-III). Во постојниот случај Судот смета дека државата го повредила правото на жалителот да не биде дискриминиран во уживањето на своето право според членот 9 од Конвенцијата, со тоа што го донела релевантниот закон. Државата го сторила тоа со пропустот да воведо соодветни исклучоци

на правилото кое им забранува на лицата осудени за сериозни кривични дела влез во професијата овластен сметководител.

49. Судот оттука заклучува дека има повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 9.

#### *IV. Наводна повреда на членот 9 од Конвенцијата*

50. Жалителот спорел дека и неговата иницијална осуда за не-субординација и одбивањето на властите да го назначат за овластен сметководител како резултат на тоа, претставуваат вмешување во неговото право да ги манифестира своите религиски убедувања според членот 9. Праксата на Комисијата во смисла дека Конвенцијата не го гарантира правото на приговор на совеста на воената служба треба да биде ревидирано согласно денешните услови. Сите држави – договорни страни го признаваат правото на алтернативна цивилна служба. Иако Судот не е надлежен да го испитува вмешувањето кое произлегува од иницијалната осуда на жалителот, жалителот поднел дека вмешувањето кое произлегува од неговото назначување не може да се смета за потребно во едно демократско општество.

51. Владата тврдела дека одбивањето на властите да го назначат жалителот не претставува вмешување во неговото право според членот 9 од Конвенцијата. Во секој случај, бил нужен во едно демократско општество. Во периодот кога жалителот одбил да служи во вооружените сили, грчкото право признавало само можност на невооружена воена служба, бидејќи се сметало дека давањето на сите на правото на алтернативна цивилна служба може да доведе до злоупотреби. Како резултат, санкцијата која му била наметната не била непропорционална и правилото кое ги исклучува лицата осудени за сериозни дела од одредени позиции требало да биде применето без правење разлика.

52. Комисијата не чувствувала за потребно да го адресира ова прашање.

53. Судот смета дека, со оглед на тоа што најде повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 9, а од причините наведени во ставот 43 погоре, не е потребно да одлучува дали имало самостојна повреда на членот 9.

#### *V. Наводна повреда на членот 6 став 1 од Конвенцијата*

54. Жалителот исто така се жалел дека должината на постапките кои ги започнал пред Врховниот управен суд за да го оспори неговото назначување довеле до повреда на членот 6 став 1 од Конвенцијата, чиј релевантен дел пропишува:

“Во определувањето на неговите граѓански права и обврски...секој има право на... судење во разумен рок од страна на...трибунал ...”

55. Жалителот поднел дека членот 6 став 1 од Конвенцијата се применува врз постапката пред Врховниот управен суд која се испитува, затоа што таа не се однесува на влез во државната служба туку во либерална, иако тесно регулирана професија. Дополнително, тој аргументирал дека постапката не била завршена во разумен рок. Случајот не вклучувал комплексни правни прашања. Прашањата кои биле отстапени на пленумот на Врховниот управен суд не биле покренати од жалителот туку од страна на советот на Врховниот управен суд. Во секој случај, тие не можат да оправдаат одложување од повеќе од седум години.

56. Владата поднела дека членот 6 став 1 не е применлив затоа што одбивањето да се назначи жалителот е управен акт кој потпаѓа во сферата на јавното право. Во секој случај, случајот покренал сериозни уставни прашања. Дополнително, правниците биле во штрајк за време на повеќе месеци во 1991, 1992, 1993 и 1994. Во светло на сето погоре наведено, како и бројот на случаи пред Врховниот управен суд, седум години биле разумен период.

57. Комисијата сметала дека членот 6 се применува затоа што, иако овластените сметководители биле назначувани со управна одлука, нивната професија е независна професија. Исто така, тие зеле во предвид дека вклучени биле и сложени правни прашања. Сепак, жалителот не бил одговорен за ниту едно од одложувањата. Дополнително, имало два периода на неактивност во вкупно траење од безмалку три години, за кои Владата на понуди никакво објаснување освен бројот на случаи пред Врховниот управен суд. Според Комисијата, постапката не била разумна во својата должина.

58. Судот потсетува дека, иако регулирано со управното право, професијата на овластените сметководители е една од слободните професии во Грција. Како резултат, постапката иницирана од жалителот за да го оспори пропустот на властите да го назначат на позиција на овластен сметководител вклучува определување на неговите граѓански права во смисла на членот 6 став 1 од Конвенцијата (види, меѓу другите, *König v. Germany* пресуда од 28 јуни 1978, Серија А бр. 27, р. 32, § 94).

59. Судот забележува дека постапката пред Врховниот управен суд започнала на 8 мај 1989, кога жалителот го поднел своето барање за ревизија, и завршила на 28 јуни 1996, кога третиот совет на судот го одбил. Оттука, тие траеле седум години, еден месец и дваесет дена.

60. Судот потсетува дека разумноста на должината на постапката мора да се цени во светло на особените околности на случајот и со помош на следните критериуми: сложеноста на случајот, однесувањето на страните, однесувањето на властите кои постапувале во случајот, како и влогот за жалителот (види *Laino v. Italy* [GC], бр. 33158/96, § 18, ECHR 1999-I). Работните спорови, со кои можат да се споредат споровите во врска со влез во слободните професии, генерално бараат експедитивни одлуки (види *Vocaturro v. Italy* пресуда од 24 мај 1991, Серија А по. 206-С, рр. 32-33, § 17).

61. Судот забележува дека случајот вклучувал правни прашања од одредена сложеност. Сепак, жалителот не предизвикал никакви одложувања. И постоеле два периода на неактивност во вкупно траење од безмалку три години. Првиот таков период започнал на 8 мај 1989, кога жалителот ја започнал постапката, и завршил на 18 април 1991, кога третиот совет за прв пат одржал расправа во случајот. Вториот започнал на 11 ноември 1994, кога пленарниот суд го реферирал случајот назад до третиот совет, и завршил на 26 октомври 1995, кога третиот совет ја донел конечната одлука. Единственото објаснување понудено од Владата за овие периоди на неактивност било дека Врховниот управен суд бил преоптоварен со предмети.

62. Судот не може да го прифати ова објаснување. Според неговата судска пракса, на државите договорни страни останува да ги организираат своите правни системи на начин да нивните судови можат секому да гарантираат конечна одлука за спорови поврзани со граѓанските права и обврски во разумен рок (види *Vocaturro* пресуда цитирана погоре, *ibid.*). Во светло на сето наведено и со оглед на тоа што постапката се однесувала на професионалната иднина на жалителот, Судот смета дека должината на постапката не го исполнила барањето за “разумно траење”.

63. Оттука, Судот заклучил дека има повреда на членот 6 став 1 од Конвенцијата.

#### *VI. Примена на членот 41 од Конвенцијата*

64. Според членот 41 од Конвенцијата:

“Доколку Судот најде дека имало повреда на Конвенцијата или на нејзините Протоколи, и ако внатрешното право на засегнатата висока договорна страна дозволува само делумни надоместоци, Судот, доколку е потребно, ќе додели правичен надомест на повредената страна.“

## **А. Материјална штета**

65. Жалителот побарувал 84,140,000 драхми (ГРД) за материјална штета, вклучително околу GRD 17,000,000 за изгубени плати за периодот помеѓу одбивањето на властите да го назначат и напуштањето на монополот на Институтот на овластени сметководители. Како поддршка на ова барање, жалителот се повикал на “истражување извршено од Институтот на овластени сметководители и приватна компанија на овластени сметководители”.

66. Владата поднела дека слободата на религијата нема ништо со горенаведената штета. Во секој случај, тие потенцирале дека за време на целиот период под испитување жалителот работел во приватниот сектор како и дека неговите барања не биле поткрепени со никакви официјални документи.

67. Судот забележува дека, настрана од генералните забелешки на Владата за врската помеѓу слободата на религијата и материјалната штета, не е спорно дека доколку властите не одбиеле да го назначат жалителот на позицијата на овластен сметководител, тој би примал приходи поврзани со оваа професионална активност најмалку до напуштањето на монополот на Институтот на овластени сметководители. Сепак, Судот исто така забележува дека жалителот не бил невработен за тој период. Дополнително, жалителот не покажал дека приходот кој би го заработил како овластен сметководител би го надминал приходот кој навистина го заработил во приватната пракса за релевантниот период. Судот, оттука, не доделува надомест за материјална штета на жалителот.

## **Б. Нематеријална штета**

68. Жалителот барал 15.000.000 драхми како нематеријална штета.

69. Владата спорела дека не била воспоставена каузална врска помеѓу повредата на Конвенцијата и горната сума. Во секој случај сумата е прекумерна.

70. Судот смета дека жалителот морал да претрпи одредена нематеријална штета како резултат на повредата на неговото право според член 6 став 1 од Конвенцијата, на судење во разумен рок, и на правото според член 14 од Конвенцијата, во врска со членот 9, на слобода од дискриминација во практикувањето на неговата слобода на религија. Должината на тие постапки морале да му создадат на жалителот несигурност и вознемиреност за квалификуваноста на професијата кон која целел. Дополнително, повредата на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 9 се јавила во одлучувањето за влезот на жалителот во професијата, што е централен елемент за оформувањето на животните планови. Оценувајќи на еднаква основа, Судот му доделува на жалителот 6.000.000 драхми како нематеријална штета.

## **В. Трошоци**

71. Жалителот побарувал 6.250.000 драхми по основ на трошоци сторени во домашната и во постапката по Конвенцијата. Оваа сума вклучувала 250.000 драхми за трошоци за адвокатите за застапувањето на жалителот пред административните власти, 1.700.000 драхми за трошоци за адвокатите за застапувањето на жалителот пред Врховниот управен суд, 500.000 драхми за трошоци за адвокатите за застапувањето на жалителот пред Комисијата, 2.000.000 драхми за трошоци за адвокатите за застапувањето на жалителот пред Судот, 1.300.000 драхми за патувања и пропратни трошоци во врска со појавувањето на жалителот и неговиот адвокат пред Судот и 500,000 драхми за разни останати трошоци.

72. Владата спорела дека барањето треба да биде уважено само до степен на оние

трошоци кои биле вистински и нужно остварени и квантитативно разумни.

73. Судот се согласува со Владата за тестот кој треба да се примени за трошоците да бидат вклучени во надоместокот според членот 41 од Конвенцијата (види , помеѓу останатите, *Nikolova* цитирана погоре, § 79). Дополнително, смета дека барањето на жалителот е прекумерно. Оттука, Судот му доделува на жалителот 3.000.000 драхми под овој наслов.

#### Г. Дифолт камата

74. Според информациите достапни за Судот, законската стапка на камата применлива во Грција на датумот на усвојување на оваа пресуда е 6% годишно.

од овие причини, судот едногласно

1. *Го отфрла* прелиминарниот приговор на Владата;
2. *Смета* дека има повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 9;
3. *Смета* дека не е потребно да се испитува дали има самостојна повреда на членот 9 од Конвенцијата;
4. *Смета* дека има повреда на членот 6 став 1 од Конвенцијата;
5. *Смета*
  - (a) дека одговорната држава треба да му ги плати следните суми на жалителот, во рок од шест месеци:
    - (i) 6.000.000 (шест милиони) драхми за нематеријална штета;
    - (ii) 3.000.000 (три милиони) драхми за трошоци;
  - (b) затезна камата по годишна стапка од 6% ќе се пресметува од истекот на горенаведените три месеци до исплатата;
6. *Го отфрла* остатокот од барањето на жалителот за правичен надомест.

Изготвено на англиски и на француски, објавено на јавна расправа во Зградата на човековите права, Стразбур, 6 април 2000 година.

Maud DeBoer-Buquicchio  
заменик регистар

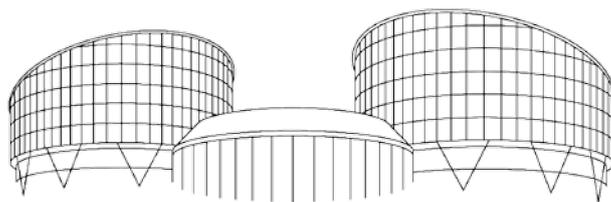
Luzius Wildhaber  
претседател



# Дискриминација врз основ на возраст







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

ПРВ ОДДЕЛ

**СЛУЧАЈ ШВИЦГЕБЕЛ против ШВАЈЦАРИЈА  
(SCHWIZGEBEL v. SWITZERLAND)**

*(Жалба бр. 25762/07)*

ПРЕСУДА

[Извадоци]

СТРАЗБУР

10 јуни 2010 г.

*Оваа пресуда е конечна, но истата може да биде предмет на редакциски измени*

**Во случајот Швицгебел против Швајцарија (Schwizgebel v. Switzerland),**

Европскиот суд за човекови права (Прв оддел), заседавајќи во Судски совет во состав:

Christos Rozakis, *Претседател,*

Nina Vajić,

Khanlar Hajiyev,

Dean Spielmann,

Sverre Erik Jebens,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou, *судии,*

и Søren Nielsen, *Секретар на Одделот,*

Расправајќи на затворена седница на 20 мај 2010 г.,

Ја донесе следнава Пресуда, усвоена на истиот датум:

## ПОСТАПКА

1. Случајот беше покренат со жалба (бр. 25762/07) против Швајцарската Конфедерација поднесена до Судот според членот 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основни слободи („Конвенцијата“) од страна на швајцарскиот државјанин, г-ѓа Ариане Швицгебел (Ms Ariane Schwizgebel) („жалителка“), на 15 јуни 2007 г.

Жалителката беше застапувана од г-ѓа С. Nebel, адвокат од Женева. Швајцарската Влада („Владата“) беше застапувана од нејзиниот Агент, г-дин F. Schürmann, раководител на Сектор за човекови права и за Советот на Европа при федералното Министерство за правда.

2. Жалителката конкретно тврди дека швајцарските власти ја спречиле да посвои второ дете поради нејзината возраст.

3. На 17 февруари 2009 г., Судот одлучи за жалбата да ја извести Владата. Исто така, беше одлучено истовремено да се донесе одлука и за допуштеноста и за правната заснованост на жалбата (член 29, ст. 3 од Конвенцијата).

## ФАКТИТЕ

### *I. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАЈОТ*

4. Жалителката е родена на 29 јули 1957 г. и живее во Женева. Таа живее сама и е магистер во областа на музиката. Музиката е нејзиниот извор на приходи.

5. Според жалителката, кога истата била на возраст од околу триесетина години, мажот со кого живеела и со кого била во врска околу 10 години починал во несреќен случај. Оттогаш не посакала да формира семејство со било кој друг. Сепак, водена од желбата да има деца, после долго размислување, одлучила да го посвои нејзиното прво дете.

6. На 16 април 1996 г., таа поднела барање за одобрување од Одделот за заштита на деца за Кантонот Женева да ѝ се додели дете за посвојување.

7. Жалителката објаснила дека откога била информирана дека најверојатно ќе добие негативен одговор заради нејзиниот брачен статус, таа на 4 октомври 1996 г. го повлекла барањето.

8. Откога се населила во Delémont (Кантон Југа), во 1998 г., поднела ново барање за одобрување да ѝ се додели дете и истото било одобрено врз основа на позитивното мислење дадено од Одделот за социјални работи.

9. На 8 јануари 2000 г., ѝ било доделено мало девојче по име Violaine, родено во Виетнам на 30 април 1999 г.

10. Врз основа на извештај за состојбата во домот од 12 декември 2001 г., во кој се препорачува посвојување на детето, надзорниот орган на Delémont на 26 јуни 2002 г. го одобрил посвојувањето.

11. На 9 јули 2002 г., жалителката поднела барање за одобрување да ѝ се додели второ дете за посвојување.

12. Одделот за социјални работи на Републиката и Кантонот Југа го одбил барањето со одлука од 5 септември 2002 г., која била потврдена и по жалбената постапка на 7 ноември 2002 г.

13. На 25 август 2003 г. Советот за управни работи на кантоналниот Суд за Југа ја потврдил одлуката за одбивање.

14. На 19 јануари 2004 г. жалителката, која во 2003 повторно се преселила во Женева во 2003 г., повторно поднела барање за одобрување да ѝ се додели второ дете за посвојување:

дете од Јужна Америка на возраст од една до три години.

15. Со одлука од 19 јули 2004 г., Одделот за заштита на деца го одбил нејзиното барање.

16. Жалителката поднела жалба против оваа одлука, но на 28 септември 2004 г., со одлука на Судот за Кантонот Женева нејзината жалба била прогласена за ненавремена, па затоа и за недопуштена.

17. На 20 јануари 2005 г., таа повторно поднела ново барање за одобрување да ѝ се додели дете за посвојување, но истото било одбиено од Управата за млади на Кантонот Женева со одлука од 12 септември 2005 г.

18. На 7 декември 2005 г. на индивидуална расправа пред надлежниот кантонален орган, жалителката изјавила дека сакала да ѝ се додели дете кое не е постаро од пет години и дека таа би претпочитала дете од Виетнам, како и нејзиното прво-посвоено дете, но дека останува отворена за можноста за посвојување на дете од друга земја.

19. Со одлука од 24 април 2006 г., Судот за Кантонот Женева ја отфрлил жалбата на жалителката и ја потврдил одлуката со која на жалителката ѝ се одбива времено доделување на дете за посвојување. Судот не го оспорил фактот дека се уважуваат воспитните квалитети на жалителката, засновани на љубов, почитување и христијански вредности. Натаму, Судот сметал дека доходовни дејности на жалителката ѝ носат доволно средства. Сепак, Судот земал предвид дека посвојувањето на второ дете неправично би влијаело на состојбата на Violaine. Натаму, Судот утврдил дека жалителката ги потценила конкретните тешкотии на посвојувањето, особено на меѓународното посвојување. Судот натаму изразил одредени резерви во однос на расположливоста на жалителката и за можноста нејзиниот татко и брат да ѝ помогнат во грижата за второ дете. Затоа Судот заклучил дека околностите, земени во целина, не му овозможуваат да одлучи дека со посвојувањето би се унапредила добросостојбата на детето.

20. Со пресуда од 5 декември 2006 г., доставена до застапникот на жалителката на 22 јануари 2007 г., Федералниот суд ја одбил управно-правната жалба на жалителката, при што Судот го утврдил следново:

“ ...

2.1. Според членот 264 од Граѓанскиот законик- верзијата на Законикот во сила од 1 јануари 2003 г.- детето може да се посвои доколку идните родители - посвоители обезбедуваат грижа, воспитување и образование за детето во период од најмалку една година и доколку според сите околности може да се предвиди дека воспоставувањето на односот дете-родител ќе ја унапреди добросостојбата на детето, без при тоа истото неправично да влијае врз состојбата на кои било други деца на родителите - посвоители. Затоа на сите посвојувања мора да им претходи воспоставување и негување на однос во одреден период. Како императивен услов за посвојување, оваа мерка има за цел да го оправда последователното воспоставување на однос родител - дете, како и да се определи пробен период за сите засегнати и да ја обезбеди можноста и средствата за да се осигура дека со посвојувањето ќе се унапреди добросостојбата на детето (*ATF* [Пресуди на Федералниот суд] 125 III 161 точка 3 а стр. 162 и цитати). Според членот 316 од Граѓанскиот законик, сместувањето на деца кај родители-згрижувачи подлежи на одобрување и надзор од надзорен орган или друг орган надлежен според местото на живеење на родителите, како што е определено со кантоналното право (став 1); кога детето е сместено во целите на посвојување, надлежен е еден кантонален орган (

став 1 bis, во сила од 1 јануари 2003 г.); Федералната Влада ги предвидува условите за спроведување (став 2).

Во согласност со членот 11б од Одлуката на Федералната влада од 19 октомври 1977 г. за регулирање на доделување деца во целите на поддршка и посвојување ('*OPEE*'; RS 211.222.338), верзијата во сила од 1 јануари 2003 г., одобриеното за доделување се дава само кога личните квалитети, здравствената состојба и воспитните способности на идните родители - посвоители и останатите лица кои живеат во истото домаќинство, како и самите услови во домаќинството ги нудат сите гаранции дека доделеното дете ќе се стекне со соодветна грижа, образование и воспитување и дека ќе биде зачувана добросостојбата на останатите деца кои живеат во семејството (став 1 (а)), потоа кога нема законски пречки за идното посвојување и дека сите околности земени заедно, особено мотивите на идните родители - посвоители, овозможуваат да се предвиди дека посвојувањето ќе ја унапреди добросостојбата на детето (став 1 (б)). Надлежниот орган мора особено да го земе предвид интересот на детето во случаите во кои возрастната разлика меѓу детето и родителот- посвоител е повеќе од 40 години (чл. 11 б, ст. 3(а) *OPEE*; за ова прашање видете, *ATF* 125 III 161, точка 7а стр. 167/168).

Овој основен услов за посвојување – добросостојбата на детето (член 264 од Граѓанскиот законик) не е лесно да се провери. Органот мора со сигурност да утврди дали со посвојувањето навистина ќе се обезбеди најдобриот можен развој на личноста на детето и дали со истото ќе се подобри неговата состојба; тоа прашање мора да се разгледа од сите аспекти (емотивен, интелектуален, физички), без да се придава преголема тежина на материјалниот фактор (*ATF* 125 III 161 точка 3а *in fine* стр. 163 и цитати).

2.2. Според членот 264 б, став 1 од Граѓанскиот законик, лице кое не е во брак, дали затоа што е sameц, вдовец / вдовица или разведено, може само да посвои дете доколку лицето е на возраст од најмалку 35 години. Во ваква форма на посвојување, односот родител – дете се воспоставува со еден родител. Како резултат на таквата ситуација, родителот – посвоител мора самиот да ги преземе должностите за задоволување на потребите на детето и мора да биде расположив за да пружи грижа за детето до степен кој го надминува оној кој е потребен од секој од родителите кои заедно посвојуваат дете. Следствено, органот мора особено да го земе предвид интересот на детето кога барателот не е во брак, или кога лицето не може заеднички да го посвои детето со сопругата/сопругот (член 11 б, став 3 (б) *OPEE*). Намерата на законодавецот била заедничкото посвојување од двајца родители да биде правилото, а посвојувањето од родител -sameц да биде исклучок (*ATF* 111 II 233 точка 2 сс стр. 234/235). Може да се смета дека интересот на детето кој е над сè, се состои од тоа детето да живее во комплетно семејство. Сепак, законот експлицитно дозволува посвојување од страна на едно лице-sameц, без при тоа таквото лице да е условено, за разлика од оние кои сакаат да посвојат возрастна лице или лице на кое му е одземена деловната способност (член 266, став 1, Глава 3 од Граѓанскиот законик) со постоење на 'оправдани причини.' Во секој случај, кога се задоволени условите потребни за добросостојбата на детето и посвојувањето од страна на sameц ги задоволува сите барања за исполнување на потребите на детето и потребите за негов личен развој, посвојувањето се дозволува; во таквите случаи, во прелиминарната фаза на доделувањето на детето, треба да се исполнат условите предвидени во членот 11 б од релевантниот закон (*OPEE*) и мора да

се додели одобрение за доделување (*ATF* 125 III 161 точка 4b стр. 165 и цитати).

3.1. Судот подолу утврдил дека жалителката има соодветни воспитни квалитети. Таа може да се потпре на броен круг луѓе кои ја подржуваат во остварувањето на нејзиниот проект и кои ветице дека ќе ѝ помогнат да обезбеди грижа за децата кога таа е зафатена. Откога властите на Кантонот Југа (видете Б.а погоре) го одбиле нејзиното барање таа направила измени во организирањето на нејзиниот живот, преселувајќи е во Женева каде ги изведува своите професионални активности; од ноември 2004 г. таа изнајмува стан во област блиску до парохиската црква каде е *maître de chapelle* (задолжена за организирање на изведувањето на музиката и пеењето за време на богослужбите) и во зграда каде се сместени канцеларијата и секретаријатот на музичкиот фестивал чиј уметнички директор е таа. На крајот, нејзините финансиски средства се достаточни (7,000 швајцарски франци (CHF) месечно). Со оглед на тоа што овие факти се утврдени нема потреба истите повторно да се разгледуваат.

3.2. Во нејзиното барање од 19 јануари 2004 г., жалителката барала одобрение да добие 'второ дете од Јужна Америка, на возраст од една до три години'; од барањето поднесено следната година не произлегува дека тие критериуми се измениле. Сепак, кога лично се појавила пред надлежниот орган на Кантонот, на 7 декември 2005 г., таа изјавила дека сакала да добие дете 'до петгодишна возраст', истакнувајќи дека детето А. [првото дете посвоено од жалителката] е од Виетнам, при што таа изразила желба да ѝ се додели дете кое е 'родено во таа земја', а 'секако останува отворена за посвојување од други земји'.

Како што овој суд утврдил во неодамнешен случај, таквиот природ не може да се дозволи (видете пресуда од 5A.11/2005, 3 август 2005, точка 3.1, кај *FamPra.ch* 2006 стр. 177). Извештајот за состојбата во домот (член 268-а од Граѓански законик и член 11-d од *ОПЕЕ*) се составува според возраста и потеклото на детето, фактори кои барателот мора да ги изнесе (член 11g став 2 (а) и (с) *ОПЕЕ*). Управата за млади со право во своите наоди во однос на жалбата на кантонално ниво утврдила дека овој документ е 'составен врз основа на барање за посвојување на дете на возраст од една до три години во времето на неговото пристигнување'. Било кој наод спротивен на ова би значел дека барањето за посвојување може да се смени доколку и кога е тоа потребно, а во овој случај за да се намали разликата во возраста. Оттука следи дека критиката насочена кон кантоналниот суд заради недоделувањето на 'одобрување за дете од постара возраст со цел да се намали разликата во возраста' не е основана. Фактот дека Конвенцијата меѓу Швајцарија и Виетнам за соработка по прашања на посвојување на деца стапила во сила додека траела жалбената постапка во случајот, односно на 9 април 2006 (*RO*2006 р. 1767) е небитен; натаму жалителката не покажала дека ќе ги исполни условите предвидени во таа спогодба, таа дури не покажала, без оглед на мислењето на претставникот на Управата за млади (видете го записникот од индивидуана расправа на 5 април 2006 г.), дека нејзиниот проект би бил изводлив.

3.3. Жалителката е родена во 1957 г. што значи има 49 години; во однос на дете на возраст од една до три години- оставајќи го настрана периодот на чекање во меѓународни посвојувања - возрастната разлика би била меѓу 46 и 48 години. Во светлина на прецедентното право на Федералниот суд таквата разлика се чини преголема (видете ја пресудата 5A.6/2004 од 7 јуни 2004 г., точка 3.2, објавена во *FamPra. глава* 2004 стр. 710: лице- sameц 'од скоро 50 години' кое сака да посвои "девојче под пет години";

видете ги исто така упатите наведени во *ATF* 125 III 161 точка 7а, стр. 167/168). Како што кантоналниот орган со право истакнал, дури и возрасна разлика од 45 години е преголема. Во таков случај, жалителката на возраст од преку 60 години би се нашла во ситуација да биде родител на два тинејџери, кои покрај проблемите кои се својствени на тој период од животот, можат исто така да се соочат и со посебни тешкотии како посвоени деца (видете на пример пресудата 5А.21/1999 од 21 декември 1999 г., точка 3d, објавена во *FamPra.ch* 2000 стр. 546), особено што идно посвоеното дете може да има специфични потреби. Жалителката следствено погрешно се потпира на пресудата на Федералниот суд 125 III 161 (возрасна разлика меѓу 44 и 46 години), уште повеќе што во тој случај се работи за посвојување на само едно дете (видете став 3.4. подолу).

3.4 Неспорно е подолу наведеното мислење на судот, според кое жалителката го потценила товарот кој би произлегол од посвојување на второ дете. Иако од една страна може да се прифати од теоретска гледна точка дека присуството на брат или сестра може да има поволно влијание во емотивна и социјална смисла (виете ја пресудата 5А.25/1996 од 1 мај 1997г., точка 6b, необјавена, во *SJ*1997 стр. 597 et seq.), во однос на посвоените деца треба да се биде особено внимателен со таквата оценка. Во Извештајот за состојбата во домот се забележува дека по период во кој детето А. го ужива целосното внимание на мајката, детето А. се соочува со ризикот кај неа 'повторно да се јави чувството дека е напуштена'; затоа не е сигурно дека новото посвојување (член 264 *in fine* од Граѓанскиот законик, дел 9(b)*LF-ClaH* [Федерален закон за Хашката конвенција], и член 11b, став 1 (a), *in fine*, *OPEE*) би имало позитивно влијание на нејзината состојба (воопштено за ова видете *Lücker-Babel, Adoption internationale et droits de l'enfant, (Меѓународното посвојување и правата на детето)* Fribourg 1991, стр. 44; овој автор забележува дека 'токму во семејствата каде има повеќе посвоени деца или одреден број на биолошки деца [и само едно посвоено дете] стапката на неуспех е највисока'). Покрај тоа, не може да се исклучи можноста дека второто дете би имало тешкотии кои произлегуваат од чувството на губиток со кое се соочуваат децата кои биле напуштени (пресуда 5А.9/1997 од 4 септември 1997 г., точка 4b, објавено во *RDT* 1998 стр. 118) и ова може да ги усложни плановите и договорите кои ги направила жалителката. Овие наоди се конзистентни со наодите на Одделот за социјални работи на Кантонот Јура изнесени во дополнителниот извештај од 11 јуни 2003 г.

Жалителката ја спори таквата оценка; повикувајќи се на изјави на трети страни, таа тврди дека второ-посвоеното дете би било 'корисно за детето А' и ги критикува кантоналните судии дека залутале во 'теоретски претпоставки'. Таквата критика се чини неоправдана. Со оглед на тоа што на одлуката за посвојување ѝ претходи одлука за доделување на детето, надлежниот орган неизбежно мора да се произнесе со одредени претпоставки. Со оглед на карактеристиките на посвојувањето од страната на родител-семец и драматичните последици кои би произлегле за детето од неуспешното посвојување (за оваа тема видете *Lücker-Babel in RDT* 1994 стр. 86 et seq.) судот подолу не може да биде критикуван заради неговата строгост (видете *Breitschmid, op. cit.*, n. 19 ad член 264 од Граѓанскиот законик и цитираната литература), како што всушност се бара од него со членот 11 б, став 3 од *OPEE* ('особено и конкретно'). Судот не треба да го земени концептот за добросостојбата на детето на кантоналните органи и на експертите со сопствениот концепт за добросостојба на детето (видете *FamPra.ch* 2006 р. 178, точка 3.2, *in fine*, и цитатите), туку само треба да утврди дали биле или не биле земени предвид релевантните околности или дали биле занемарени одредени одлучувачки фактори. Без

оглед на категоричното одбивање на жалителката, во конкретниот предмет тоа не се случило.

3.5. Кантоналниот орган утврдил дека помошта која таткото на жалителката можел да ја пружи не преставува решение за грижата на детето А. и за второто дете; спротивно на тоа присуството во домот на 85-годишен татко би претставувало пречка во иднината, затоа што неговата ќерка потоа ќе треба и на него да му пружи помош и поддршка во одреден период. Во однос на братот на жалителката, кој нема деца, а за чија сопруга не е познато дали се занимава со одредена професионална дејност, се прифаќа дека може да ѝ помогне со второто дете, како што веќе и ѝ помагал со детето А.; сепак братот живее во Lausanne. Исто така, лицето кое би требало да биде идниот кум на второто дете живее во Lyons. На крајот, поддршката од нејзините соседи во станбената зграда и од нејзиниот близок пријател, заедно со присуството на кумата и кумот на детето А., не менува ништо, затоа што важниот критериум е достапноста на самата жалителка; исто така воспитувањето на децата секогаш е должност на родителите и многу е полесно да се изрази намера да се пружи помош во апстрактниот контекст на постапката, отколку во секојдневниот живот и тоа за период од околу дваесет години.

Ова мислење е конзистентно со прецедентното право на овој суд и со неговото правно мислење (*FamPra.ch* 2006 стр. 178 точка 3.2; Meier/Stettler, *Droit de la filiation*, vol. I, 3rded., бр. 263, со другите цитати). Што и да тврди жалителката, кантоналниот орган не ја минимизирал вклученоста на нејзиното семејство и пријатели, претпочитајќи 'теоретски тврдења'. Судот имал можност ова да го утврди во неодамнешен случај, во кој и покрај нејзиното 'пошироко семејство', мајката која поднела барање за посвојување на второ дете, морала нејзината посвоена ќерка да ја остави со соседите кога заминала на болничко лекување (*FamPra.ch* 2006 *ibid*). Што се однесува до можноста да мора да се грижи и за нејзиниот татко, таа само вели дека нејзиниот брат 'би бил присутен', но нејзиниот брат не го потврдил ваквото нејзино тврдење, кој пак треба да надомести било какви недостатоци на жалителката. Натаму, интересот на детето не може да се мери само во однос на достапноста на родителот кој сака да го посвои детето сам (Meier/Stettler, *ibid*). Погоре наведените основи во секој случај се достаточни да се потврди одлуката против која е поднесена жалбата.

4. На крајот, имајќи ги предвид дискреционите овластувања кои ги имаат органите кои одлучуваат за доделување на детето (*RDT* 1998 р. 118 точка 4b), одлуката на судот не може да биде предмет на критика. Следствено, жалбата мора да се отфрли, а трошоците ќе ги надомести тужителката (член 156(1) од Законот за организација на судството)."

## II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО, КОМПАРАТИВНО И МЕЃУНАРОДНО ПРАВО

### A. Домашно законодавство

21. Релевантните одредби од швајцарскиот Граѓански законик се следниве:

## Глава IV: Посвојување

### A. Посвојување на малолетници

#### Член 264 (Општи услови)

„Детето може да биде посвоено доколку идните родители-посвоители му обезбедувале грижа и воспитување барем една година и доколку во светлина на сите околности, може да се предвиди дека воспоставувањето на односот родител-дете ќе ја унапреди добросостојбата на детето, без при тоа неправично да се влијае врз состојбата на останатите деца на родителите-посвоители.“

#### Член 264 б (Посвојување од родител-саец)

„1. Лице кое не е во брак може само да посвои дете доколку лицето е на возраст од барем 35 години.

...”

#### Член 268 а (Истражни активности)

„1. Посвојувањето нема да се одобри сè додека не се спроведат сите истражни активности, во однос на сите суштински околности, кога е потребно со стручна помош.

2. Истражните активности конкретно се однесуваат на личноста и здравствената состојба на родителите – посвоители и на детето, нивната заемна соодветност, способноста на родителите да се грижат за детето, нивната финансиска состојба, нивните мотиви, нивната семејна состојба и развојот на односите при посвојување.

3. Кога родителите – посвоители веќе имаат деца, се зема предвид и нивното мислење.“

#### Член 316 (Надзор врз децата доделени на родители - згрижувачи)

„1. Доделувањето на деца на родители – згрижувачи подлежи на одобрение и надзор од надзорниот орган или друг орган надлежен според местото на живеење на родителите – згрижувачи, како што се определено со законодавството на Кантонот.

1bis. Кога детето се доделува во целите на посвојување, одговорен е еден кантонален орган.

2. Федералната Влада донесува регулатива за спроведување на одредбите.“

22. Релевантните одредби од Уредбата на федералната Влада кои го регулираат доделувањето на деца во целите на нивно добивање поддршка и во целите на нивно посвојување („ОРЕЕ“) од 19 октомври 1977 г., се следниве:

#### Член 116 (Услови за доделување на одобрение)

„Одобрение може да се додели само кога:

(а) личните квалитети, здравствената состојба и воспитните способности на идните родители - посвоители и на останатите лица кои живеат во домаќинството, како и условите за живеење ги нудат сите гаранции дека детето кое е доделено за грижа ќе има полза од соодветна нега, воспитување, образование и дека ќе биде зачувана добросостојбата на останатите деца во семејството; и кога

(б) нема законска пречка која што го спречува идното посвојување и под услов дека може да се претпостави, во светлина на сите околности, особено во светлина на мотивите на идните родители – посвоители, дека со посвојувањето ќе се унапреди добросостојбата на детето.

Се обрнува особено внимание на способностите за обезбедување грижа од страна на идните родители – посвоители, доколку има околности кои може да ги отежнат нивните должности, како на пример:

(а) во случаи во кои со оглед на возраста на детето, особено доколку детето е над шест години возраст, или со оглед на неговиот развој, детето би имало тешкотии да се прилагоди на новата средина;

(б) во случаи во кои детето има физички или ментален хендикеп;

(в) во случаи во кои во истото семејство се сместуваат повеќе од едно дете;

(г) во случаи во кои семејството веќе има повеќе од едно дете.

Органот обрнува особено внимание на интересот на детето во случаите во кои:

(а) возрастната разлика меѓу детето и идниот/та татко или мајка – посвоител е поголема од 40 години;

(б) барателот не е во брак или истиот не може да го посвои детето заедно со сопругот/сопругата.

#### **Член 11 е (Времено одобрение за доделување на дете кое претходно живеело во странство)**

Кога идните родители - посвоители ги исполнуваат условите од членовите 11 б и 11 в, став 1, може да се даде времено одобрение за доделување на дете кое претходно живеело во странство, во целите на неговото посвојување, дури и кога сè уште не се знае кое дете ќе биде доделено.

Во нивното барање идните родители – посвоители го наведуваат следново:

(а) земјата на потекло на детето;

(б) службата или лицето од Швајцарија или од странство чија помош ќе биде потребна за да се најде детето;

(в) возраста на детето која родителите ја претпочитаат;

(г) онаму каде е тоа соодветно, состојбата која родителите – посвоители би ја

претпочитале во однос на родот и здравствената состојба на детето.

Временото одобрение може да биде ограничено со рок и може да подлежи на обврски и услови.

Идните родители – посвоители може да го примат детето во Швајцарија само откако за детето е издадена виза или дозвола за престој.

Откога детето ќе влезе на швајцарска територија, органот одлучува за доделување на трајно одобрение.“

## **Б. Компаративно право**

### *1. Посвојување од семеј*

23. Во најголем дел од европските законодавства се дозволува посвојување од семеј. Сепак, може да се најдат повеќе различни ситуации. Законодавните одредби во некои држави дозволуваат било кое лице, маж или жена, без при тоа прецизно да се наведе нивниот брачен статус, да поднесат барање за посвојување. Ова е случај во следните земји: Белгија, Република Чешка, Естонија, Финска, „поранешната југословенска Република Македонија“, Франција, Унгарија, Ирска, Малта, Холандија, Португалија, Русија, Шпанија, Шведска, Турција и Обединетото Кралство. Одредени земји, како што се Германија и Латвија, дозволуваат посвојување од страна на семеј, но под одредени услови. Во германското законодавството посвојувањето се смета за легитимно кога истото придонесува кон физичката и морална добросостојба на детето и кога може да се очекува дека ќе се воспостави делотворен однос родител-дете.

24. Други земји пак пропишуваат одредени ограничувања за посвојувањето од страна на семеј. На пример, во Словачка и во Хрватска посвојувањето од страна на семеј останува исклучок. Ваквата можност може да се предвиди само доколку може да се докаже дека посвојувањето е во интерес на самото дете (во Словачка и во Хрватска). Исто така, законодавствата на Србија и на Црна Гора дозволуваат посвојување од семеј само во случаи во кои има достаточни причини кои тоа го оправдуваат. Во законодавството на Луксембург се прави разлика меѓу непотполно посвојување (со кое не се прекинува врска со семејството од каде потекнува детето) и потполно усвојување (со кое се прекинуваат сите законски врски со семејството од каде потекнува детето) и при тоа се предвидува дека на семејците им е дозволено само непотполното посвојување, но не и целосното посвојување. За разлика од Белгија и Франција, каде исто така се прави ваква разлика, но каде сепак семејците може да остварат и непотполно и потполно посвојување, во Луксембург и во Црна Гора семејците не може да поднесат барање за потполно посвојување.

25. Италијанското законодавство е слично на она на Луксембург и Црна Гора, со оглед на тоа што семејците може да посвојат малолетници само во контекст на „посвојување во посебни околности“. Дефиницијата на „посвојување во посебни околности“ е слична на дефиницијата на непотполното посвојување, со оглед на тоа што на посвоеното дете му се овозможува да ги задржи законските врски со семејството од каде потекнува.

### *2. Услови за минималната и максималната возраст на идните посвојувачи*

26. Во најголем дел од законодавствата на државите - членки на Советот на Европа

се пропишуваат услови за минималната возраст на можните посвојувачи. Во текот на дваесеттиот век оваа возраст постојано се намалува. Во најголем дел од европските правни системи сега е определена минималната возраст од осумнаесет до триесет години. Република Чешка, „поранешната југословенска Република Македонија“, Унгарија и Романија се едни од ретките држави - членки кои не ја пропишуваат минималната возраст на лицето кое сака да посвои дете.

27. Во одредени законодавства, иако малубројни, експлицитно се пропишува максималната возраст на идните посвојувачи. На пример, Хрватска, „поранешната југословенска Република Македонија“, Грција, Црна Гора, Холандија и Португалија ја пропишуваат максимална возраст меѓу триесет и пет и шеесет години (оваа последна возрасна граница особено се однесува на Грција и Португалија). Одредени причини може како исклучок да го оправдаат неприменувањето на правилото за максималната возраст. Ова на пример е случај со Црна Гора и Холандија, каде се дозволува исклучок од условот за максимална возраст во случаите во кои има достаточни причини кои го оправдуваат таквиот исклучок или во кои има специфични околности. Во Црна Гора и во „поранешната југословенска Република Македонија“, во случаите во кои е дозволен исклучок од максималната возраст, се пропишува дополнителен услов во однос на возрасната разлика меѓу посвојувачот и посвоеникот.

28. Во друга група на држави, кои не пропишуваат максимална возраст, надежните национални органи во областа на посвојување сепак ја земат предвид возраста на лицето кое сака да посвои, кога ја разгледуваат неговата лична состојба. Ова произлегува од достапните материјали за правните системи на Белгија, Франција, Ирска, Романија, Словачка, Шпанија, Шведска и Обединетото Кралство.

### *3. Услови во однос на возрасната разлика меѓу посвоителот и посвоеникот*

29. Се чини дека законодавствата на најголем број држави-членки исто така содржат одредби за возрасната разлика меѓу посвоителот и посвоеникот.

30. Во одреден број на правни системи – Австрија, Белгија, Бугарија, Хрватска, „поранешната југословенска Република Македонија“, Франција, Грција, Унгарија, Италија, Луксембург, Малта, Црна Гора, Холандија, Русија, Србија, Шпанија и Турција се пропишува минималната возрасна разлика меѓу посвоителот и посвоеникот. Таа разлика, онаму каде е тоа применливо, се движи меѓу четиринаесет и дваесет и една година. Сепак, треба да се забележи дека законодавствата на овие држави во одредени ситуации дозволуваат отстапувања од начелото за минималната возрасна разлика.

31. Во друга група на правни системи, вклучувајќи ги тука Република Чешка, Данска, Естонија, Финска, Германија, Ирска, Португалија, Романија, Словачка, Шведска, Украина и Обединетото Кралство, нема законски пропишана минимална возрасна граница. Во вакви случаи законодавството може експлицитно да предвиди дека возрасната разлика мора да биде „соодветната“, „ниту преголема, ниту премала“ или дека истата треба да биде „разумна“.

32. Во одредени законодавства се пропишува максимална возрасна разлика меѓу посвоителот и посвоеникот; па така, оваа разлика во Данска, Финска и Холандија е четириесет години (во Холандија оваа разлика е пропишана само за посвојување на деца од странство), потоа оваа разлика во Хрватска, „поранешната југословенска Република Македонија“, Унгарија, Италија, Малта, Србија и Украина е четириесет и пет години, а во Грција оваа разлика е педесет години; исто така, во исклучителни околности ова е разликата и во Црна Гора и Португалија. Сепак, во одредени околности можни се отстапувања од одредбите за максималната возрасна разлика, а таквите околности се во голема мерка истите како и околностите кои се земаат предвид во однос на минималната возрасна разлика.

## В. Меѓународни правни инструменти

33. Во значаен број на инструменти кои го регулираат посвојувањето, а особено во целите на заштита на интересот на детето, се предвидуваат различни услови. Сепак, мал број на инструменти експлицитно предвидуваат барања во однос на можноста за посвојување од страна на sameц или услови во однос на возраста на посвоителот или возрастната разлика меѓу посвоеникот и посвоителот. Одредени меѓународни инструменти во однос на посвојувањето имаат одредби кои упатуваат на примената на правилата од домашното законодавство на државите-членки на конвенцијата за која станува збор.

### *1. Европска конвенција за посвојување на деца, 24 април 1967 г.*

34. Европската конвенција за посвојување на деца, 24 април 1967 г. останува главниот инструмент на Советот на Европа во областа на посвојувањето. Таа стапи во сила на 26 април 1968 г. До денес Конвенцијата ја ратификувале осумнаесет држави – членки, вклучувајќи ја и Швајцарија, а три држави само што ја потпишале.

35. Според првиот член од овој инструмент, државите - членки на Советот на Европа - членки на Конвенцијата се обврзуваат да го усогласат нивното законодавството со одредбите од Дел II од Конвенцијата. Овој Дел предвидува минимален број на основни начела кои државите - членки се обврзуваат да ги спроведат, настојувајќи да ги хармонизираат овие начела и европската практика во однос на прашањата на посвојување.

36. Што се однесува до лицата на кои им е дозволено да посвојат дете, членот 6 предвидува дека законодавството на државата-членка може да дозволи детето да биде посвоено од едно лице. Сепак, од државите кои дозволуваат посвојување само од страна на двојки не се бара да донесат одредби за да дозволат посвојување од страна на sameц.

37. Што се однесува до возрастната граница на посвоителите и возрастната разлика меѓу нив и децата, членот 7 предвидува дека „детето може да биде посвоено само доколку посвоителот ја достигнал минималната возраст предвидена за оваа цел, а возраста не смее да биде помала од 21, ниту поголема од 35 години.“ Сепак, „законодавството може ... да дозволи да се отстапи од барањето во однос на минималната возраст во случаите во кои (а) посвоителот е мајката или таткото на детето, или (б) поради исклучителни околности.“

38. Членот 8 го предвидува следново:

„1. Надлежниот орган нема да даде одобрение за посвојувањето доколку истиот не утврдил на задоволителен начин дека посвојувањето ќе биде во интерес на детето.

2. Во секој случај надлежниот орган посветува особено внимание на важноста со посвојувањето на детето да му се обезбеди стабилен и хармоничен дом.

3. Како општо правило, надлежниот орган нема да утврди дека погорните услови се задоволени, доколку разликата во возраста меѓу посвоителот и детето е помала од нормалната разлика во возраста меѓу родителите и нивните деца.“

### *2. Европска конвенција за посвојување на деца, (ревидирана) 27 ноември 2008 г.*

39. Законодавните и социјални промени кои се случиле во Европа од првата Конвенција на Советот за Европа за посвојување резултирале со измени во законите за посвојување на голем број држави-членки. Следствено, одредени одредби од Конвенцијата од 1967 г., постапно станале застарени. Во оваа смисла била составена ревидирана Конвенција во

склад со социјалниот и правен развој, при што се земени предвид најдобрите интереси на детето.

40. Европската конвенција на Советот на Европа за посвојување на деца (ревидирана), која беше отворена за потпишување на 27 ноември 2008 г., сè уште не стапила во сила; до сега ја потпишале четиринаесет држави – членки. За државите-членки на Конвенцијата, ревидираната Конвенција ќе ја замени претходната Европска конвенција за посвојување на деца.

41. Според членот 7 од ревидираната Конвенција (услови за посвојување), домашното законодавството може „да дозволи детето да биде посвоено .... од едно лице“. Членот 9 (минималната возраст на посвоителот) го предвидува следново:

„1. Детето може да биде посвоено само доколку посвоителот ја наполнил минималната возраст пропишана со закон за оваа цел, а минималната возраст не треба да биде ниту помала од 18, ниту поголема од 30 години. Меѓу посвоителот и детето треба да има соодветна возрасна разлика, при што се земаат предвид најдобрите интереси на детето, а се претпочита возрасна разлика од најмалку 16 години.

2. Законот, сепак може да дозволи отстапување од условот во однос на минималната возраст или возрасната разлика, а во најдобар интерес на детето:

а. во случаите во кои посвоителот е сопруг/сопруга или вонбрачен партнер на мајката или на таткото на детето; или

б. поради исклучителни околности.“

42. Овој член не спречува во националното законодавството да се предвиди минималната возраст од повеќе од осумнаесет години на посвоителот. Сепак, во однос на секоја друга повисока граница на минималната возраст мора да се земе предвид начелото на посвојување како што е предвидено во Конвенцијата и следствено возраста не може да биде поголема од 30 години. Горната граница на минималната возраст која била предвидена во Конвенцијата од 1967 г., односно триесет и пет години, сега се чини претерана; затоа сега таа е поставена на 30 години. Натаму, Конвенцијата не пропишува максимална возраст на посвоителот (Видете го Објаснувачкиот извештај за ревидираната Конвенција, ст. 50 до 52).

## ПРАВОТО

### *I. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 14 ВО ВРСКА СО ЧЛЕНОТ 8 ОД КОНВЕНЦИЈАТА*

43. Повикувајќи се на членот 12, во врска со членот 14 од Конвенцијата, жалителката, немажена жена која не е во врска, а на возраст од четириесет и седум и пол години во времето на поднесувањето на барањето за доделување на дете во целите на посвојување, се жали дека швајцарските власти ја спречиле во посвојувањето на второ дете, а заради нејзината возраст. Во врска со ова таа исто така тврди дека е жртва на дискриминација во споредба со жените кои денес можат да бидат биолошки мајки на таа возраст. Членот 14 гласи:

„Уживањето на правата и слободите, признати со оваа Конвенција, треба да се обезбеди без никаква дискриминација заснована врз пол, раса, боја на кожата, јазик, вера, политичко или кое и да е друго мислење, национално или социјално потекло, припадност на национално малцинство, материјална положба, потекло по раѓање или

кој и да е друг статус.“

44. Членот 12 од Конвенцијата предвидува дека:

„Од моментот кога ќе станат способни за брак, мажот и жената имаат право да стапат во брак и да создадат семејство според националните закони со кои се регулира остварувањето на ова право.“

45. Известувањето за жалбата на Владата ѝ било доставено на 17 февруари 2009 г. Владата беше повикана да ги изнесе своите согледувања за можна повреда на членот 14, во врска со членот 8 од Конвенцијата, а кој гласи:

„1. Секој човек има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, домот и преписката.

2. Јавната власт не смее да се меша во остварувањето на ова право, освен ако тоа мешање е предвидено со закон и ако претставува мерка која е во интерес на државната и јавната безбедност, економската благосостојба на земјата, заштитата на поредокот и спречувањето на кривични дела, заштитата на здравјето и моралот, или заштитата на правата и слободите на другите, во едно демократско општество.“

...

## **Б. Оценка на Судот**

69. Судот е свесен за фактот дека жалителката која не беше застапувана пред Судот при поднесувањето на оваа жалба, се повикува на членот 14, во врска со членот 12 од Конвенцијата. Сепак, со оглед на тоа што Судот е авторитативен орган за правната квалификација според фактите од случајот (видете го на пример случајот *Guerra and Others v. Italy*, 19 февруари 1998 г., § 44, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, и *Glor v. Switzerland*, бр. 13444/04, § 48, ECHR 2009), Судот, во светлина на сите околности на случајот, смета дека е посоодветно да го разгледува случајот според членот 8.

...

### *2. Правна заснованост*

#### **(а) Применливи начела**

76. Судот повторно нагласува дека членот 14 од Конвенцијата обезбедува заштитата од каква било дискриминација во уживањето на правата и слободите предвидени со останатите материјални одредби од Конвенцијата и Протоколите кон истата. Сепак, не секоја разлика во постапувањето автоматски може да се квалификува како повреда на овој член. Мора да се утврди дека со други лица во иста или во релативно слична ситуација се постапува поповолно и дека оваа разлика во постапувањето е дискриминаторска (видете ги на пример случаите *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 октомври 1997 г., § 88, *Reports* 1997-VII, and *Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02, § 71, ECHR 2006-VIII).

77. Според прецедентното право на Судот, разликата во постапувањето е дискриминаторска во рамките на значењето на членот 14 доколку за тоа нема објективно

или разумно оправдување. Постојењето на такво оправдување мора да се оценува во однос на целта и резултатите на предметната мерка, земајќи ги предвид начелата кои вообичаено преовладуваат во демократските општества. Разликата во постапувањето при користењето на правата предвидени во Конвенцијата мора да биде во служба на постигнување на легитимна цел: членот 14 исто така е повреден кога јасно ќе се утврди дека нема разумен однос на пропорционалност меѓу употребените средства и целта која сака да се постигне (видете на пример, *Zarb Adami*, цитирано погоре, ст. 72; *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 65731/01, § 51, ECHR 2006-VI; и *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 јули 1986 г., § 177, Series A no. 102).

78. Со други зборови, концептот на дискриминација воопштено ги опфаќа оние случаи во кои со лицето или групата, без соодветно оправдување, се постапува понеповолно отколку со друго лице или група, дури и кога понеповолното постапување не се бара со Конвенцијата (видете *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 мај 1985, § 82, Series A no. 94). Членот 14 не забранува разлики во постапувањето кои се засновани на објективна оценка на суштествено различните фактички околности и кои, со оглед на тоа што се засновани на јавен интерес, служат да се постигне правична рамнотежа меѓу заштитата на интересите на заедницата и почитувањето на правата и слободите кои ги гарантира Конвенцијата (меѓу другото видете *G.M.B. and K.M. v. Switzerland* (dec.), no. 36797/97, 27 септември 2001 г., и *Zarb Adami*, цитирано погоре, ст. 73).

79. Државите – членки имаат одредено дискреционо право во оценката дали и до која мерка разликите во инаку слични ситуации ја оправдуваат разликата во постапувањето. Опфатот на ова дискреционо право се разликува во зависност од околностите, потоа во зависност од прашањето кое се разгледува и историјатот на ситуацијата. Еден од релевантните фактори може да биде постоењето или непостоењето на заеднички основи меѓу законите на државите – членки (меѓу другите авторитативни мислења видете *Rasmussen v. Denmark*, 28 ноември 1984 г., § 40, Series A no. 87; *Fretté v. France*, no. 36515/97, § 40, ECHR 2002-I; *Stec and Others*, цитирано погоре, § 52; и *Inze v. Austria*, 28 октомври 1987 г., § 41, Series A no. 126).

80. Со оглед на тоа што Конвенцијата првенствено е систем за заштитата на човековите права, Судот мора да ги земе предвид условите кои се менуваат во тужената државата и воопштено во државите-членки и да одговори, на пример, на каква било усогласеност која се јавува во однос на целите кои се сака да се постигнат. Постојењето или непостоењето на заеднички основи меѓу правните системи на државите-членки, во овој контекст може да претставува релевантен фактор при определувањето на опфатот на дискреционото право на властите (видете *Rasmussen*, цитирано погоре ст. 40, и, *mutatis mutandis*, *The Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1), 26 април 1979 г., § 59, Series A no. 30).

81. Конвенцијата и Протоколите кон истата мора исто така да се толкуваат во светлина на современите услови (видете *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 април 1978 г., § 31, Series A no. 26; *Airey v. Ireland*, 9 октомври 1979 г., § 26, Series A no. 32; и *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 82, ECHR 2004-VIII). На крајот, Судот повторно го истакнува одамна утврденото начело во неговото прецедентно право според кое Конвенцијата има за цел да гарантира права кои не се теоретски или илузорни, туку права кои се практични и делотворни (видете на пример *Artico v. Italy*, 13 мај 1980 г., § 33, Series A no. 37).

**(б) Примена на овие начела во предметниот случај**

*(i) Постојење на разлика во постапувањето со лица во слична ситуација*

82. Жалителката немажена жена, која не е во врска со никој, на возраст од четириесет и седум и пол години во времето на поднесувањето на барањето за доделување на дете во целите на посвојување се жали дека швајцарските власти ја спречиле во посвојувањето на второ дете, поради нејзината возраст. Таа конкретно тврди дека е жртва на дискриминација во споредба со жените кои денес можат да бидат биолошки мајки на таа возраст.

83. Владата, наспроти ова, тврди дека нема разлика во постапувањето од страна на државата во исти или слични ситуации, со оглед на тоа што државата не би можела да има никакво влијание на можноста или неможноста на жените да имаат биолошки деца. Натаму, Владата го изнесува аргументот дека во конкретниот случај не може да се заклучи дека во Швајцарија има општ дискриминаторски став врз основа на возраста на лицата кои сакаат да посвојат деца. Прецедентното право на Федералниот суд го покажува спротивното, со оглед на тоа што возрасна разлика од четириесет и четири години, па дури и од четириесет и шест години, не била сметана за преголема во два случаи во кои решавал Федералниот суд.

84. Судот не го дели мислењето на жалителката дека таа е жртва на дискриминација во споредба со жени кои денес можат да станат биолошки мајки на таа возраст. Исто како и Владата, Судот смета дека ова не може да се смета за разлика во постапувањето од страна на државата во исти или слични ситуации. Како што со право тврди Владата, државата нема никакво влијание врз можноста или неможноста на жените да имаат биолошки деца.

85. Судот за разлика од тоа смета дека жалителката може да смета дека со неа е постапувано различно одошто со помлада жена-самец, која во истите околности многу веројатно би добила одобрение да добие второ дете во целите на посвојување. Следствено на тоа, жалителката може да тврди дека е жртва на различно постапување во споредба со лица кои се во слична ситуација.

*(ii) Постојење на објективно и разумно оправдување*

86. Судот воопшто не се сомнева дека одбивањето на одобрение за доделување на дете во целите на посвојување служи за постигање на барем една легитимна цел: заштитата на добросостојбата и правата на детето (видете *mutatis mutandis, Fretté*, цитирано погоре ст. 38). Останува да се определи дали бил исполнет вториот услов – постоење на оправдување за разликата во постапувањето.

87. Судот забележува дека во 1998 г., жалителката, тогаш на возраст од четириесет и една година, поднела барање за одобрение за доделување на првото дете кое ѝ било одобрено. Во јануари 2000 г. таа добила мало девојче, родено во Виетнам. Посвојувањето било финализирано на 26 јуни 2002 г. (видете став 10 погоре).

88. Што се однесува до следната постапка за посвојување на второ дете, Судот забележува дека домашните органи воопшто не го довеле во прашање фактот дека жалителката ги има потребните способности за грижа и воспитување на детето, како и дека има финансиски средства за да посвои второ дете. Сепак, Федералниот суд утврдил дека меѓу жалителката, која имала четириесет и девет годни во времето кога Судот ја донел пресудата и детето кое би се посвоило би имало возрасна разлика меѓу четириесет и шест до четириесет и осум годни, разлика која Судот сметал дека е преголема и дека во околностите на предметниот случај тоа не би било во интерес на детето. Федералниот суд додава, како и овој Суд подолу, дека дури и да се претпостави дека ќе се посвои петгодишно дете, а не тригодишно дете како што сакала жалителката првично, возрасната разлика од четириесет и пет години меѓу

жалителката и детето сепак се чини преголема.

89. Мора да се забележи дека во оваа област нема заеднички основи. Во овој случај жалителката сакала да посвои дете сама, како самохрана мајка. Врз основа на истражувањето кое го спровел, Судот забележува дека таквото право не се гарантира во сите држави-членки на Советот на Европа, барем не на апсолутен начин. Во одредени законодавства се дозволува посвојување од едно лице, но во исклучителни околности и само доколку се исполнат одредени услови (став 23-25 погоре). Европската конвенција за посвојување на деца, односно текстот на Конвенцијата од 24 април 1967 г., предвидува дека законите на државите-членки може да дозволат детето да биде посвоено од едно лице, но ова не го пропишува како задолжителна можност (видете став 36 погоре), за разлика од ревидирана Конвенција од 27 ноември 2008 г., чиј член 7, ст. 1 (б) ќе ги обврзе државите-членки на Конвенцијата, штом истата ќе стапи во сила, да дозволат посвојување од семејство.

90. Што се однесува до возраста на жалителката, која според неа е главниот критериум според кој е направена разликата, во правните системи на државите-членки не може да се најде усогласено начело, ниту во однос на долната или горната возрасна граница, ниту во однос на возрасната разлика меѓу посвоителот и посвоеникот. Во најголем дел од државите-членки на Советот на Европа се бара минимална возраст на можниот посвоител, возраст која постојано се намалува во текот на дваесеттиот век (видете став 26 погоре). Покрај тоа членот 264 (б) од швајцарскиот Граѓански законик ја определува минималната возраст од триесет и пет години на лицето кое сака само да посвои дете (видете став 21 погоре), што е во согласност со ставот 7 од Европската конвенција за посвојување на деца од 24 април 1967 г. Од Објаснувачкиот извештај за ревидираната Конвенција може да се види дека таквата возрасна граница се чини превисока и затоа била намалена на триесет години возраст во новата верзија на Конвенцијата. Судот забележува дека ваквиот развој на настаните не ја поткопува позицијата на Владата во предметниот случај затоа што жалителката не се жали дека оваа минимална возраст ја спречила да посвои второ дете.

91. Што се однесува до максималната возраст на можните посвоители, Судот повторно смета дека има голема разновидност во решенијата застапени во законодавствата на државите-членки. Иако одредени држави максималната возраст ја поставиле на шеесет години (видете став 27 погоре), сепак Судот смета дека од тие изолирани случаи за Швајцарија не може да произлезе никаква обврска. Исто така треба да се земе предвид дека ниту Конвенцијата од 1967 г., ниту ревидираната Конвенција од 2008 г. не пропишуваат максимална возраст за посвоителите. Судот забележува дека истото се применува за возрасната разлика меѓу посвоителот и посвоеникот. Судот истакнува дека во светлина на сопственото прецедентно право, Федералниот суд утврдил дека возрасна разлика од четириесет и шест до четириесет и осум години во предметниот случај е превисока. Според мислењето на Судот, таквиот заклучок сам по себе не е спротивен на членот 14, иако во одредени законодавства, иако малобројни, се дозволува дури и повисока максимална возрасна разлика (видете став 32 погоре). Конвенцијата од 1967 г., не предвидува експлицитно правило во врска со ова и во став 1 од членот 9 од Конвенцијата од 2008 г. едноставно се предвидува дека треба да има „соодветна возрасна разлика“.

92. Во светлина на погоре наведеното, Судот смета дека во отсуство на консензус во оваа област, швајцарските власти имаат широко дискреционо право и дека и домашното законодавство и одлуките на националните органи се чини директно се опфатени со рамката на решенија кои се применуваат во мнозинството на држави-членки на Советот на Европа и уште повеќе истите се во согласност со важечкото меѓународно право.

93. Судот смета дека е многу природно, националните власти, чија должност исто така е во рамките на нивната јурисдикција да го земат предвид интересот на општеството во целина,

да уживаат сеопфатно дискреционо право кога треба да донесат одлуки за овие прашања. Со оглед на тоа што чувствителните прашања покренати во овој случај се однесуваат на области каде има многу малку заеднички основи меѓу државите-членки на Советот на Европа, а и воопштено говорејќи, а и со оглед на тоа што се чини дека правото е во преодна фаза, на властите во секоја држава мора да им се даде сеопфатно дискреционо право (видете, *mutatis mutandis*, *Manoussakis and Others v. Greece*, 26 септември 1996 г., § 44, *Reports* 1996-IV, и *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, § 84, ECHR 2000-VII).

94. Сепак ваквото дискреционо право не треба да се толкува во смисла на тоа дека на државата ѝ се дава произволно право, а истовремено одлуките на властите остануваат предмет на надзор од страна на Судот во однос на нивната усогласеност со барањата од членот 14 од Конвенцијата.

95. Како што истакнува Владата се работи за спротивставени интереси на жалителката и децата кои се во прашање. Државата мора да обезбеди дека лицата одбрани да посвојат дете се лица кои на детето може да му обезбедат најсоодветен дом во секој поглед. Во врска со ова, Судот подвлекува дека веќе утврдил дека кога се воспоставува семејна врска меѓу родител и дете, „особена важност мора да се даде на најдобрите интереси на детето, кои во зависност од нивниот карактер и сериозност, може да надвладаат над интересите на родителот.“ (видете *E.P. v. Italy*, no. 31127/96, § 62, 16 ноември 1999 г., и *Johansen v. Norway*, 7 август 1996 г., § 78, *Reports* 1996-III).

96. Во однос на предметниот случај, националните органи одлуките ги донеле во контекст на акузаторни постапки во текот на кои жалителката имала можност да ги изнесе своите аргументи, кои биле должно земени предвид од страна на властите. Тие одлуки содржат детални образложенија и се засноваат конкретно на сеопфатно следење на состојбата од страна на кантоналните власти. Тие одлуки се поттикнати не само од најдобрите интереси на детето кое треба да се посвои, туку и од интересите на веќе посвоеното дете. Натаму, Судот смета дека вреди да се истакне дека критериумот за возрасната разлика меѓу посвоителот и посвоеникот не е предвидена во швајцарското законодавство апстрактно, туку истиот Федералниот суд го применува флексибилно, при тоа земајќи ги предвид околностите во секој случај. Конкретно, Судот не смета дека аргументите на домашните органи се неразумни или произволни, а според кои доделувањето на второ дете, дури и на возраст блиска со возраста на првото дете би преставувало дополнителен товар за жалителката. Судот исто така се согласува со аргументот дека проблемите се побројни во семејства со повеќе од едно посвоено дете (видете кај пресудата на Федералниот суд, точка 3.4., став 20 погоре). Од ваков тип на случаи јасно произлегува дека е неопходно да се користат статистички податоци и дека е неизбежен одреден степен на претпоставки.

97. Доколку се земе предвид сеопфатното дискреционо право кое го имаат државите во оваа област и потребата од заштита на најдобрите интереси на детето, одбивањето на властите да доделат второ дете не е спротивно на начелото на пропорционалност.

98. На кратко, оправдувањето кое го дава Владата се чини објективно и разумно и разликата во постапувањето која е предмет на жалбата не е дискриминаторска во рамките на значењето на членот 14 од Конвенцијата.

99. Следствено, нема повреда на членот 14, во врска со членот 8 од Конвенцијата.

## ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ ЕДНОГЛАСНО

...

2. *Смета* дека нема повреда на членот 14, во врска со членот 8 од Конвенцијата.

Составена на француски и доставена на писмено на 10 јуни 2010 г., во склад со Правилото 77, став 2 и ст. 3 од Правилникот на Судот.

Søren Nielsen  
Секретар

Christos Rozakis  
Претседател



**Предмет С-144/04 - Манголд**

**Вернер Манголд**

**(Werner Mangold)**

**против**

**Рудигер Хелм**

**(Rüdiger Helm)**

(Упатување за прелиминарна одлука од Судот за работни спорови во Минхен  
(Arbeitsgericht München))

(Директива 1999/70/ЕЗ – Клазули 2, 5 и 8 од Рамковна спогодба за работа на определено време- Директива 2000/78/ЕЗ –Член 6-Еднаков третман во однос на вработување и избор на професија- Дискриминација врз основа на возраст)

Мислење на Генералниот адвокат Tizzano донесено на 30 јуни 2005 година

Пресуда на Судот (Големиот судски совет), 22 ноември 2005 година

Резиме на пресудата

1. *Прелиминарни одлуки – Надлежност на судот – Ограничувања – Општи или хипотетички прашања – Утврдување од страна на Судот на сопствената надлежност*

*(Член 234 ЕЗ)*

2. *Социјална политика- Пристап до вработување и услови за работа-Еднаков третман-Директива 1999/70 за Рамковната спогодба за работа на определено време-Национално законодавство кое го намалува опитото ниво на претходно гарантирана заштита дадена на работниците- Надлежност која се темели на причини кои не се поврзани со спроведувањето на Рамковниот договор- Кога е прифатливо*

*(Директива на Советот 1999/70, Анекс, клазула 8(3))*

3. *Социјална политика- Мажси и жени работници- Пристап до вработување и услови за работа-Еднаков третман-Директива 2000/78 за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и занимање- Национално законодавство кое дозволува различен третман врз основа на возраст-Не е прифатливо доколку не е објективно оправдано-Договорите за вработување склучени пред истекот на утврдениот период за транспонирање на Директивата исто така не се прифаќаат*

*(Директива на Советот 2000/78, член 6(1))*

4. *Право на Заедницата-Начела-Еднаков третман-Дискриминација врз основа на возраст-Забранета-Должност на националните судови*

1. Во контекст на постапката за упатување предвидена во член 234 ЕЗ, националниот суд, кој самиот директно е запознаен со фактите на случајот, е во најдобра состојба да ја оцени,

познавајќи го во целост предметот пред себе, потребата за прелиминарна одлука која ќе му овозможи да донесе пресуда. Оттука, кога прашањето упатено од страна на националниот суд се однесува на толкување на правото на Заедницата, Судот за правда е, во принцип, обврзан да донесе одлука.

Меѓутоа, Судот смета дека може, доколку е потребно, да ги испита околностите во кои случајот е упатен до него од страна на националниот суд, со цел да оцени дали има надлежност. Духот на соработка кој мора да преовлада во постапката за прелиминарната одлука изискува од националниот суд да ја има предвид функцијата на Судот на правда, а тоа е да придонесе кон спроведувањето на правдата во земјите членки, а не да дава мислења по општи или хипотетички прашања.

(види ставови 34-36)

2. Со соодветно толкување на Клаузула 8(3) од Рамковната спогодба за договори на определено време склучена на 18 март 1999 година, ставена на сила со Директивата 1990/70 за Рамковната спогодба за работа на определено време склучена помеѓу ЕТУЦ, УНИЦЕ и ЦЕЕП, која предвидува дека спроведувањето на таа спогодба не претставува валидна основа за намалување на општото ниво на заштита на работниците во областа опфатена со спогодбата, домашното законодавство кое, од причини поврзани со потребата да се поттикне вработување и независно од спроведувањето на оваа спогодба, ја намалило возраста над која може да се потпишуваат договори за определено време без ограничувања, не е спротивно на таа одредба.

(види став 54, оперативен дел 1)

3. Правото на заедницата и, поконкретно, член 6(1) од Директивата 2000/78 за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија, мора да се толкува дека исклучува одредба од домашното право, како онаа која е предмет на главната постапка, која дозволува, без ограничување, освен доколку постои тесна врска со претходен договор за вработување на неопределено време склучен со истиот работодавец, користење на договори на определено време откако работникот ќе достигне возраст од 52 година.

Таквото законодавство не е оправдано во согласност со член 6(1) од оваа Директива, дотолку повеќе што не се покажало дека утврдувањето на старосен праг, како таков, без оглед на какви било други околности поврзани со структурата на пазарот на трудот во прашање или личната ситуација на засегнатото лице, е објективно неопходно за постигнување на целта на професионална интеграција на невработените постари работници, и што таквото законодавство, оттаму, не претставува соодветен и неопходен начин за постигнување на поставените цели.

На таквото толкување не влијае фактот што, кога предметниот договор бил склучен, периодот утврден за транспонирање на Директивата 2000/78 во домашното право сè уште не бил истечен. Во текот на периодот утврден за транспонирање на директива, земјата членка мора да се воздржи од преземање на какви било мерки кои би можеле сериозно да го загорзат постигнувањето на резултатот предвиден со таа Директива. Во тој контекст, беспредметно е дали одредено правило од предметното национално право, усвоено по влегувањето на сила на Директивата, е засегнато или не со транспонирањето на директивата.

(види ставови 65-68, 78, оперативен дел 2)

4. Националниот суд е одговорен, кога пред него се води спор кој го вклучува начелото на недискриминација во однос на возраст, кое е општо начело на правото на Заедницата, да ја обезбеди, во предмет во рамките на неговата надлежност, правната заштитата која за лицата произлегува од правилата на правото на Заедницата и да се погрижи дека тие правила се во целост ефективни, не земајќи ги предвид одредбите од националното право кои би можеле да бидат спротивни на тоа право, дури и кога периодот утврден за транспонирање на директива која се темели на тоа општо начело, како што е Директивата 2000/78 за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и занимање, сè уште не е истечен.

(види ставови 75, 77, оперативен дел 2)

### ПРЕСУДА НА СУДОТ (Големиот судски совет)

22 ноември 2005 година (\*)

(Директива 1999/70/ЕЗ – Клаузули 2, 5 и 8 од Рамковната спогодба за вработување на определено време-Директива 2000/78/ЕЗ-член 6-Еднаков третман во однос на вработување и избор на професија-Дискриминација врз основа на возраст)

Во предметот С-144/04,

УПАТУВАЊЕ за прелиминарна одлука според член 234 ЕЗ од Судот за работни спорови во Минхен (Германија), со одлука од 26 февруари 2004 година, заведено во Судот на 17 март 2004 година, во постапката

**Вернер Манголд**

против

**Рудигер Хелм,**

СУДОТ (Големиот судски совет),

составен од Р. Jann, Претседател на Првиот совет, во својство на Претседател, С. W. A. Timmermans, А. Rosas и К. Schieman, Претседатели на Совети, R. Schintgen (судија-известител), S. von Bahr, J. N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, К. Lenaerts, Е. Juhász, G. Arestis, А. Borg Barthet и М. Pešič, судии,

Општ застапник: А. Tizzano,

Записничар: К. Sztranc, Администратор,

во однос на писмената постапка и по сослушувањето на 26 април 2005 година,

земајќи ги предвид коментарите поднесени во име на

- Г-дин Манголд, од страна на D. Hummel и В. Karthaus, адвокати,
- Г-дин Хелм, лично, адвокат,
- германската влада, од страна на М. Lumma, во својство на застапник,

– Комисијата на европските заедници, од страна на N. Yerrell и S. Grünheid и од страна на D. Martin и H. Kreppel, во својство на застапници,

по сослушувањето на Мислењето на Општиот застапник на седницата на 30 јуни 2005 година,

ја донесе следната

## Пресуда

1 Ова упатување за прелиминарна одлука се однесува на толкувањето на клаузулите 2, 5 и 8 од Рамковната спогодба за договори на определено време склучена на 18 март 1999 година, ставена на сила со Директивата 1990/70/ЕЗ од 28 јуни 1999 година за Рамковната спогодба за работа на определено време склучена помеѓу ЕТУЦ, УНИЦЕ и ЦЕЕП (ОЈ 1999 L 175, стр. 43) и член 6 од Директивата 2000/78/ЕЗ на Советот од 27 ноември 2000 година за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и занимање (Службен весник на Европските заедници 2000 L 303, стр. 16).

2 Упатувањето е извршено во текот на постапката покрената од страна на Г-дин Манголд против Г-дин Хелм во однос на договор на определено време со кој Г-дин Манголд бил вработен од страна на Г-ди Хелм („договорот“).

## Правен контекст

*Релевантни одредби од правото на Заедницата*

Рамковна спогодба

3 Според Клаузула 1, „целта на оваа Рамковната спогодба е да:

(а) го подобри квалитетот на вработувањето на одредено време така што ќе обезбеди примена на начелото на недискриминација;

(б) воспостави рамка за спречување злоупотреба која произлегува од последователни договори за вработување или работни односи на определено време“.

4 Клаузула 2(1) од Рамковната спогодба предвидува:

„Оваа Спогодба се однесува на работници на определено време кои имаат договор за вработување или работен однос како што е дефинирано со закон, колективни договори или практики во секоја земја членка.“

5 Клаузула 5(1) од Рамковната спогодба:

„За да се спречи злоупотреба која произлегува од последователни договори за вработување или работни односи на определено време, земјите членки, по консултации со социјалните партнери во согласност со националното право, колективните договори или практики, и/или социјалните партнери, ќе воведат, онаму каде нема еквивалентни правни мерки за спречување на злоупотреба, на начин кој ги зема предвид потребите на конкретните сектори и/или категории на работници, една или повеќе од следните мерки:

- (a) објективни причини со кои се оправдува обновувањето на таквите договори или односи;
- (б) максимално вкупно времетраење на последователните договори за вработување или работни односи на определено време;
- (в) број на обновувања на таквите договори или односи.’

6 Клаузула 8(3) од Рамковната спогодба предвидува дека:

„Спроведувањето на оваа Спогодба не претставува валидна основа за намалување на општото ниво на заштитата на работниците во областа опфатена со Спогодбата.“

Директива 2000/78

7 Директивата 2000/78 беше усвоена врз основа на член 13 ЕЗ. 1-вата, 4-тата, 8-мата и 25-тата воведна забелешка во Преамбулата на оваа Директива го содржат следниот текст:

„(1) Во согласност со член 6 од Договорот за Европската Унија, Европската Унија се темели на начелата на слобода, демократија, почитување на човековите права и основни слободи, и владеењето на правото, начела кои се заеднички за сите земји членки, и ги почитува основните права гарантирани со Европската конвенција за заштита на човековите права и основни слободи и како што произлегуваат од уставните традиции заеднички за земјите членки, како општи начела на правото на Заедницата.

...

(4) Правото на еднаквост пред законот и заштита од дискриминација за сите луѓе претставува универзално право признаено со Универзалната декларација за човекови права, Конвенцијата на Обединетите нации за отстранување на сите форми на дискриминација на жените, Пактовите на Обединетите нации за граѓански и политички права и за економски, социјални и културни права и на Европската конвенција за заштита на човековите права и основни слободи, на кои сите земји членки се потписнички. Конвенцијата бр. 111 на Меѓународната организација на трудот (ILO) забранува дискриминација во областа на вработувањето и изборот на професија.

...

(8) Упатствата за вработување за 2000 година, договорени од страна на Европскиот совет во Хелсинки на 10 и 11 декември 1999 година ја истакнуваат потребата од создавање на услови за пазар на трудот кој ќе овозможува социјална интеграција преку формулирање на кохерентен пакет на политики насочени кон борба против дискриминацијата на групи како што се лицата со ментална и телесна попреченост. Тие исто така ја истакнуваат и потребата од посветување посебно внимание на поддршката на постарите работници, со цел да се зголеми нивното учество на пазарот на трудот.

...

(25) Забраната на дискриминацијата врз основа на возраст е основен сегмент од исполнувањето на целите утврдени во Упатствата за вработување и поттикнувањето на разновидност на работната сила. Меѓутоа, различниот третман врз основа на возраста може да биде оправдан во одредени околности и затоа изискува посебни одредби кои може да

се разликуваат во зависност од ситуацијата во земјите членки. Оттука е неопходно да се направи разлика помеѓу различниот третман кој е оправдан, особено со легитимна политика за вработување, пазарот на трудот и цели на професионална обука, и дискриминацијата која мора да се забрани.“

8 Во согласност со член 1, „целта на ... Директивата [2000/78] е да утврди општа рамка за борба против дискриминацијата врз основа на религија или уверување, ментална или телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација, со цел во земјите членки да се применува начелото на еднаков третман“.

9 Член 2 од Директивата 2000/78, насловен „Концепт на дискриминација“, во потставовите 1 и 2(a) истакнува:

„(1) За целите на оваа Директива, „начелото на еднаков третман“ значи дека не смее да има директна или индиректна дискриминација во каква било форма и врз која било од основите наведени во член 1.

(2) За целите на став 1:

(a) директна дискриминација се смета дека се случила кога со едно лице се постапува, било или би било постапувано понеповолно во однос на друго лице во слична ситуација, врз која било од основите наведени до член 1.“

10 Член 3 од Директивата 2000/78 насловен „Опсег“, во потстав 1 предвидува:

„Во рамките на овластувањата пренесени на Заедницата, оваа Директива се однесува на сите лица, како од јавниот така и од приватниот сектор, вклучувајќи јавни тела, во однос на:

(a) условите за пристап до вработување, самовработување и избор на професија, вклучувајќи ги критериумите за избор и условите за вработување, без разлика на гранката на дејност и на сите нивоа на професионалната хиерархија, вклучувајќи го унапредувањето;

...

(в) вработување и услови за работа, вклучувајќи отпуштање и исплата;

...“.

11 Член 6(1) од Директивата 2000/78 предвидува:

„Не земајќи го предвид член 2(2), земјите членки може да предвидат дека различниот третман врз основ на возраст не претставува дискриминација доколку, во контекстот на националното право, тој е објективно и разумно оправдан со легитимна цел, вклучувајќи политика за вработување, пазарот на трудот и цели на професионална обука, и доколку средствата за постигнување на таквата цел се соодветни и неопходни.

Таквиот различен третман може да вклучува, меѓу другото:

(a) утврдување на посебни услови за пристап до вработување и професионална обука, вработување и избор на професија, вклучувајќи услови за отпуштање и исплата, за млади лица, постари работници и лица кои имаат обврска да пружаат нега на други лица со цел промовирање на нивна професионална интеграција или обезбедување нивна заштита;

(б) утврдување на минимум услови во однос на возраст, професионално искуство или работен стаж за пристап до вработување или одредена придобивка поврзана со вработување;

(в) утврдување на минимална возраст која се темели на барањата за обука на предметното работно место или потребата од разумен работен стаж пред пензионирање.“

12 Во согласност со првиот став од член 18 од Директивата 2000/78, земјите членки се должни да усвојат закони, регулативи и административни одредби неопходни за исполнување на условите од оваа Директива најдоцна до 2 декември 2003 година. Меѓутоа, согласно вториот став од тој член:

„За да може да се земат предвид одредени специфични услови, на земјите членки може да им се одобри, доколку е неопходно, дополнителен период од три години од 2 декември 2003 година, односно вкупно шест години, за спроведување на одредбите од оваа Директива за дискриминација врз основа на возраст и ментална и телесна попреченост. Во таков случај, тие за тоа ја известуваат Комисијата. Која било земја членка која ќе избере да го искористи овој дополнителен период ќе биде должна да ја известува Комисијата еднаш годишно за чекорите кои ги презема за справување со дискриминацијата врз основа на возраст и ментална и телесна попреченост и за напредокот кој го прави во насока на спроведувањето. Комисијата е должна да го известува Советот на годишно ниво.“

Бидејќи Сојузна Република Германија побарала таков дополнителен период за спроведување на директивата, тој период за оваа земја членка истекувал на 2 декември 2006 година

#### *Релевантни одредби од националното право*

14 Став 1 од Законот за промовирање на вработување (Beschäftigungsförderungsgesetz), со измените со Законот од 25 декември 1996 година (BGBl. 1996 I, стр. 1476) („Законот за промовирање на вработување од 1996“), предвидува:

„(1) Договори за вработување на определено време се дозволуваат на период од максимум две години. Во рамките на овој период од две години, договор за вработување на определено време може да се обнови најмногу три пати.

(2) Договори за вработување на определено време се дозволуваат со изземање на условот утврден во став 1 доколку работникот достигнал возраст од 60 години во моментот кога започнува договорот за вработување на определено време.

(3) Договори за вработување во рамките на значењето на ставовите 1 и 2 не се дозволуваат кога постои тесна врска со претходен договор за вработување на неопределено време или со претходен договор за вработување на определено време во рамките на значењето на став 1 склучен со истиот работодавец. Таква тесна врска ќе се претпостави дека постои кога интервалот помеѓу двата договори за вработување е покус од четири месеци.

(4) Можноста за ограничување на времетраењето на договорите за вработување од други причини останува непроменета.

...“

15 Врз основа на Став 1(б) од BeschFG 1996, таквите правила биле применливи до 31 декември 2000 година.

16 Директивата 1999/70 за спроведување на Рамковната спогодба беше транспонирана во германското право со Законот за половина работно време и договори на определено време со кој се менуваат и укинуваат одредби од Законот за вработување (Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen) од 21 декември 2000 година (BGBl. 2000, стр. 1966, „Законот за половина работно време и договори на определено време“). Тој закон влезе на сила на 1 јануари 2001 година.

17 Став 1 од Законот за половина работно време и договори на определено време насловен ‘Цел, предвидува дека:

„Овој закон има за цел да поттикне вработување на половина работно време, да ги утврди условите во кои може да се склучуваат договори за вработување на определено време и да спречи дискриминација на работници вработени на половина работна време и работници вработени по договор на определено време.“

18 Став 14 од Законот за промовирање на вработување од 1996, кој ги уредува договорите на определено време, предвидува дека:

„(1) Договор за вработување на определено време може да се склучи доколку постои објективна основа за тоа. Објективна основа постои особено кога:

1. барањата за оперативна работна сила се само времени,
2. определениот период следува по период на обука или едукација со цел да се овозможи вработување на лицето,
3. еден работник заменува друг,
4. специфичната природа на работата го оправдува определениот период,
5. определениот период е пробен период,
6. постојат причини поради кои работникот лично го оправдува определениот период,
7. работникот се плаќа од буџетски средства обезбедени за вработување на определено време и тој/таа е вработен/-а врз таа основа, или
8. периодот е определен со заеднички договор пред суд.

(2) Времетраењето на договор за вработување може да биде ограничено во отсуство на објективни причини на максимум период од две години. Во рамките на тој период од две години, договорот на определено време може да се обнови најмногу три пати. Склучување на договор за вработување на определено време во рамките на значењето на првата реченица не е дозволено доколку на тој договор директно му претходи работен однос на определено или неопределено време со истиот работодавец. Колективен договор може да го утврди бројот или обновувањата на максималното времетраење на определениот период со отстапување од првата реченица.

(3) Склучувањето на договор за вработување на определено време не изискува објективно оправдување доколку работникот достигнал возраст од 58 години во моментот кога започнува работниот однос на определено време. Определено време не се дозволува кога постои тесна врска со претходен договор за вработување на неопределено време или

со претходен договор за вработување на определено време склучен со истиот работодавец. Таква тесна врска ќе се претпостави дека постои кога интервалот помеѓу двата договори за вработување е покус од шест месеци.

(4) Ограничувањето на времетраењето на договор за вработување мора да се утврди во писмена форма за да може да се спроведе.“

19 Став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време е изменет со Првиот закон за обезбедување на современи услуги на пазарот на трудот од 23 декември 2002 година (BGBl. 2002 I, стр. 14607, „Законот од 2002 година“). Новата верзија на таа одредба, која стапи на сила на 1 јануари 2003 година, го содржи следниот текст:

„Договор за вработување на определено време не изискува објективно оправдување доколку работникот достигнал возраст од 58 години во моментот кога започнува работниот однос на определено време. Определено време не се дозволува кога постои тесна врска со претходен договор за вработување на неопределено време или со претходен договор за вработување на определено време склучен со истиот работодавец. Таква тесна врска ќе се претпостави дека постои кога интервалот помеѓу двата договори за вработување е покус од шест месеци. До 31 декември 2006 година, првата реченица се толкува дека се однесува на возраст од 52 наместо 58 години.“

#### **Главна постапка и прашања упатени за прелиминарна одлука**

20 На 26 јуни 2003 година, Г-дин Манголд, на 56 годишна возраст, склучил со Г-дин Хелм, адвокат, договор кој влегол на сила на 1 јули 2003 година.

21 Член 5 од тој договор предвидувал дека:

„1. Работниот однос започнува на 1 јули 2003 година и завршува на 28 февруари 2004 година.

2. Времетраењето на договорот се темели на статутарната одредба која има за цел да го олесни склучувањето на договори за вработување на определено време со постари работници (одредбите од четвртата реченица, во врска со оние од четвртата реченица, од став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време...) бидејќи работникот е постар од 52 години.

3. Страните се согласиле дека нема причина за определеното времетраење на овој договор освен онаа наведена во став 2 погоре. Сите други основи за ограничување на времетраењето на вработувањето прифатени во принцип од законодавното тело се изречно исклучени од овој договор.“

22 Според Г-дин Манголд, став 5, бидејќи го ограничува времетраењето на овој договор, не е во согласност со Рамковната спогодба и Директивата 2000/78, иако таквото ограничување е во склад со став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време.

23 Г-дин Хелм тврди дека клаузула 5 од Рамковната спогодба ги обврзува земјите членки да воведат мерки за спречување на злоупотреба која произлегува од склучување на последователни договори за вработување на определено време, особено, со барање

на објективни причини кои го оправдуваат обновувањето на таквите договори, или со утврдување на максималното вкупно времетраење на таквите договори за вработување или работни односи на определено време, или со ограничување на бројот на обновувања на таквите договори или односи.

24 Тој смета дека дури и доколку четвртата реченица од став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време не утврдува изречно такви ограничувања во однос на постари работници, всушност постои објективна причина, во рамките на значењето на клаузула 5(1)(а) од Рамковната спогодба која го оправдува склучувањето на договори за вработување на определено време, а тоа се потешкотиите кои овие работници ги имаат да најдат работа земајќи ги предвид карактеристиките на пазарот на трудот.

25 Судот за работни спорови во Минхен се сомнева дали првата реченица од став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време е во склад со правото на Заедницата.

26 Прво, судот смета дека таа одредба е спротивна на забраната за „регресија“ (намалување на заштита) утврдена во клаузула 8(3) од Рамковната спогодба во тоа што, при транспонирањето на Директивата 1990/70 во националното право, таа одредба ја намалила возраста на лицата исклучени од заштитата од склучување на последователни договори за вработување на определено време, кога таквото склучување не е оправдано со објективна причина, од 60 на 58 години, со што го намалила општото ниво на заштита кое го ужива таа класа на работници. Таква одредба е исто така, според мислењето на судот, спротивна на клаузула 5 од Рамковната спогодба, која изискува спречување на злоупотреба на такви договори со тоа што не утврдува ограничување на склучувањето на такви договори од страна на многу лица кои спаѓаат во класа категоризирана единствено врз основа на возраст.

27 Второ, националниот суд не е сигурен дали правилата како оние содржани во став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време се во согласност со член 6 од Директивата 2000/78, бидејќи намалувањето, со Законот од 2002 година, на возраста на која е дозволено склучување на договори за вработување на определено време од 60 на 58 години, без објективно оправдување, не гарантира заштита на постарите работници при вработување. Ниту пак е испочитувано начелото на пропорционалност.

28 Точно е дека националниот суд утврдил дека, на датумот на склучување на договорот, имено 26 јуни 2003 година, периодот предвиден за транспонирање на Директивата 2000/78 во националното право сè уште не бил истечен. И покрај тоа, тој забележува дека, во согласност со став 45 од пресудата во Предметот C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie* [1997] ECR I-7411, една земја членка на која се однесува директива треба, за време на периодот предвиден за транспонирање, да се воздржи од усвојување мерки кои би можеле сериозно да го загорзат постигнувањето на резултатот предвиден со директивата.

29 Така, во предметот во главната постапка, измените со Законот од 2002 година на став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време влегоа на сила на 1 јануари 2003 година, односно, откако Директивата 2000/78 беше објавена во *Службениот весник на Европските заедници*, но пред да истече периодот дозволен за нејзино транспонирање со Член 18 од таа Директива.

30 Трето, Судот за работни спорови во Минхен го поставува прашањето дали националниот суд е обврзан, во постапки пред поединци, да ги отфрли правилата од домашното право кои

не се усогласени со правото на Заедницата. Во тој контекст, тој смета дека првенството на правото на Заедницата мора да го наведе судот да утврди дека став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време е во целост неприменлив и дека, оттаму, неопходно е да се примени основното правило утврдено во став 14(1), во согласност со кое мора да постои објективна причини за склучување на договор за вработување на определено време.

31 Во тие околности Судот за работни односи во Минхен одлучи да ја одложи постапката и да ги упати следните прашања Судот на правда за прелиминарна одлука:

„1(а) Дали клаузула 8(3) од Рамковната спогодба ... треба да се толкува, откако ќе се транспонира во домашното право, како забрана за намалување на заштитата како резултат на намалување на возрасната граница од 60 на 58?

1(б) Дали клаузула 5(1) од Рамковната спогодба ... треба да се толкува како исклучување на одредба од националното право која, како предметната одредба во овој предмет, не содржи ниту една од трите ограничувања утврдени во став 1 од таа клаузула?

2. Дали член 6 од ... Директивата 2000/78 ... треба да се толкува како исклучување на одредба од националното право која, како предметната одредба во овој предмет, дозволува склучување на договори за вработување на определено време, без каква било објективна причина, со работници на возраст од 52 години и нагоре, спротивно на начелото кое изискува оправдување на објективна основа?

3. Доколку едно од овие три прашања се одговори потврдно: дали националниот суд мора да одбие да ја примени одредбата од националното право која е спротивна на правото на Заедницата и да го примени општото начела на внатрешното право, според кое вработување на определено време се дозволува единствено доколку постои оправдување на објективна основа?

### **Прифатливост на упатувањето за прелиминарна одлука**

32 На сослушувањето, прифатливоста на упатувањето за прелиминарна одлука беше оспорено од страна на Сојузна Република Германија, врз основа на тоа што спорот во главната постапка бил фиктивен или измислен. Всушност, во минатото Г-дин Хелм јавно докажувал предмет сличен на оној на Г-дин Манголд во кој тврдел дека Став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време е незаконски.

33 Треба прво да се напомене во тој однос дека, во согласност со член 234 ЕЗ, кога прашање за толкувањето на Спогодбата или на подзаконски акти на институциите на Заедницата се поставува пред кој било суд или трибунал на земја членка, таквиот суд или трибунал може, доколку смета дека одлука по прашањето е неопходна за да му се овозможи да донесе пресуда, да побара од Судот за правда да донесе одлука по истото (види, меѓу другото, Предмет C-451/99 *Cura Anlagen* [2002] ECR I-3193, став 22).

34 Во контекст на постапката за упатување, националниот суд, кој самиот директно е запознаен со фактите на случајот, е во најдобра состојба да ја оцени, познавајќи го во целост предметот пред себе, потребата за прелиминарна одлука која ќе му овозможи да донесе пресуда (Предмет C-83/91 *Meilicke* [1992] ECR I-4871, став 23; C-146/93 *McLachlan* [1994] ECR I-3229, став 20; Предмет C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] ECR I-179, став 10; и C-167/01

*Inspire Art* [2003] ECR I-10155, став 43.

35 Оттука, кога прашањето поднесено од страна на националниот суд се однесува на толкување на правото на Заедницата, Судот за правда е во принцип обврзан да донесе одлука (Предмет C-231/89 *Gmurzynska-Bscher* [1990] ECR I-4003, став 20; *Leclerc-Siplec*, став 11; Заеднички предмети C-358/93 и C-416/93 *Bordessa and Others* [1995] ECR I-361, став 10; и *Inspire Art*, став 44).

36 Меѓутоа, Судот смета дека може, доколку е потребно, да ги испита околностите во кои случајот е упатен до него од страна на националниот суд, со цел да оцени дали има надлежност. Духот на соработка кој мора да преовлада во постапката за прелиминарната одлука изискува од националниот суд да ја има предвид функцијата на Судот за правда, а тоа е да придонесе кон спроведувањето на правдата во земјите членки, а не да дава мислења по општи или хипотетички прашања (Предмет 149/82 *Robards* [1983] ECR 171, став 19; *Meilicke*, став 25; и *Inspire Art*, став 45).

37 Во контекст на таа функција Судот смета дека нема надлежност да носи прелиминарна одлука по прашање поставено пред национален суд каде толкувањето на правото на Заедницата не е поврзано на каков било начин со околностите или целта на главното сослушување.

38 Меѓутоа, во предметот во главната постапка, не се чини спорно дека толкувањето на правото на Заедницата побарано од страна на националниот суд всушност одговара на објективна потреба која е составен дел од исходот на предметот кој се води пред него. Всушност, заеднички став е дека договорот всушност бил исполнет и дека неговата примена го покренува прашањето за толкување на правото на Заедницата. Фактот што страните на спорот во главната постапка се согласни во нивното толкување на став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време не влијае врз стварноста на спорот.

39 Налогот за упатување мора, оттука, да се смета за прифатлив.

### **Разгледување на прашањата упатени за прелиминарна одлука**

#### *За прашањето 1(б)*

40 Во прашањето 1(б), кое е соодветно прво да се разгледа, националниот суд прашува дали, со соодветно толкување на клаузула 5 од Рамковната спогодба, е спротивно на таа одредба правилата од домашното право, како оние кои се предмет на главната постапка, да не содржат ниту едно од ограничувањата предвидени во таа клаузула во однос на користењето на договори за вработување на определено време.

41 Тука треба да се напомене дека клаузула 5(1) од Рамковната спогодба има за цел „да спречи злоупотреба која произлегува од користењето на последователни договори за вработување или работни односи на определено време“.

42 Така, како што страните во главната постапка потврдија на сослушувањето, договорот е единствен договор склучен помеѓу нив.

43 Во тие околности, толкувањето на клаузула 5(1) од Рамковната спогодба е очигледно ирелевантно за исходот на спорот пред националниот суд и, соодветно, не е потребно да се

одговори Прашањето 1(б).

*За прашање 1(a)*

44 Со прашањето 1(a), националниот суд бара да потврди дали со соодветно толкување на клаузула 8(3) од Рамковната спогодба, националното законодавство, како што е она кое е предмет на главната постапка, кое, при транспонирање на Директивата 1999/70, ја намалило возраста над кој може да се склучуваат договори за вработување на определено време без ограничувања од 60 на 58, е спротивно на таа одредба.

45 Како почетна точка, треба да се напомене дека, во предметот во главната постапка, договорот бил склучен на 26 јуни 2003 година, односно кога Законот за половина работно време и договори на определено време, со измените со Законот од 2002 година со кој возраста над која може да се склучуваат договори за вработување на определено време без ограничувања се намалила од 58 на 52 години, бил на сила. Во конкретниот предмет, заеднички став е дека Г-дин Манголд бил вработен од страна на Г-дин Хелм на 56 годишна возраст.

46 Меѓутоа, националниот суд смета дека толкувањето на клаузула 8(3) би му било корисно во оценувањето на валидноста на законитоста на став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време, во неговата оригинална верзија, поради фактот што доколку втората одредба не е во склад со правото на Заедницата, резултатот би бил дека неговите измени со Законот од 2002 година би биле неважечки.

47 Во секој случај, треба да се истакне дека германското законодавно тело веќе ја имало намалено возраста на која може да се склучуваат договори за вработување на определено време од 60 на 58 години кога Директивата 1999/70 била транспонирана во домашното право.

48 Според Г-дин Манголд, таквото намалување на заштитата, како она според Законот од 2002 година, е спротивно на клаузула 8(3) од Рамковната спогодба.

49 Спротивно, германската влада е на став дека намалувањето на релевантната возраст се неутрализира со тоа што на работниците обврзани со договори на определено време им се даваат нови социјални гаранции, како што се воспоставувањето на општа забрана за дискриминација и проширувањето на ограничувањата предвидени во однос на таквиот тип на договори и на малите бизниси и краткорочните вработувања.

50 Во тој однос, од самиот текст на клаузулата 8(3) од Рамковната спогодба се чини дека спроведувањето на Спогодбата не може да им даде на земјите членки валидна основа за намалување на општото ниво на заштита за работниците претходно гарантирана во домашниот правен поредок во областа опфатена со таа спогодба.

51 Изразот „имплементација“, употребен без дополнително појаснување во Клаузула 8(3) од Рамковната спогодба, не се однесува само на првичното транспонирање на Директивата 1999/70 и особено на Анексот кон истата кој ја содржи Рамковната спогодба, туку мора да ги опфати и сите домашни мерки кои имаат за цел да обезбедат дека целта на Директивата може да се постигне, вклучувајќи ги и оние кои, по транспонирањето во строга смисла, дополнуваат или изменуваат веќе усвоени домашни правила.

52 Спротивно, намалувањето на заштитата која им се гарантира на работниците во однос на договорите на определено време не се забранува како такво со Рамковната спогодба кога

тоа не е на каков било начин поврзано со спроведувањето на Спогодбата.

53 Така, јасно е и од решението за упатување и од коментарите поднесени од страна на германската влада на сослушувањето дека, како што забележа Општиот застапник во ставовите 75 до 77 од неговото Мислење, последователните намалувања на возраста над која склучувањето на договори на определено време се дозволува без ограничувања се оправдани, не со потребата да се стави Рамковната спогодба на сила, туку со потребата да се поттикне вработување на постари лица во Германија.

54 Во тие околности, одговорот кој треба да се даде на Прашањето 1(a) е дека со соодветно толкување на Клаузулата 8(3) од Рамковната спогодба, домашното законодавство како она кое е предмет на главната постапка, кое, од причини поврзани со потребата да поттикне вработување и независно од спроведувањето на Спогодбата, ја намалило возраста над која договори за вработување на определено време може да се склучуваат без ограничувања, не е спротивно на таа одредба.

*На второто и третото прашање*

55 Со своето второ и трето прашање, кои можеби е соодветно да се разгледаат заедно, националниот суд во суштина бара да потврди дали клен 6(1) од Директивата 2000/78 мора да се толкува дека исклучува одредба од домашното право, како онаа која е предмет на главната постапка, која дозволува, без ограничување, освен доколку постои тесна врска со претходен договор за вработување на неопределено време склучен со истиот работодавец, склучување на договори за вработување на определено време откако работникот достигнал возраст од 52 години. Доколку е така, националниот суд прашува какви заклучоци треба да извлече од толкувањето.

56 Во тој поглед, треба да се напомене дека, во согласност со член 1, целта на Директивата 2000/78 е да утврди општа рамка за борба против дискриминацијата врз која било од основите наведени во овој член, кои вклучуваат возраст, во однос на вработување и занимање.

57 Став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време, меѓутоа, со тоа што им дозволува на работодавците да склучуваат договори за вработување на определено време со работници постари од 52 години без ограничување, воведува различен третман директно врз основа на возраст.

58 Конкретно во однос на различниот третман врз основа на возраст, член 6(1) од Директивата 2000/78 предвидува дека земјите членки може да предвидат дека таквиот различен третман „нема да претставува дискриминација доколку, во контекст на националното право, тој е објективно и разумно оправдан со легитимна цел, вклучувајќи легитимна политика за вработување, пазарот на трудот или цели на професионална обука, и доколку средствата за постигнување на таа цел се соодветни и неопходни“. Согласно потстав (а) од вториот став од член 6(1), таквиот различен третман може да вклучува, меѓу другото, „утврдување на посебни услови на пристап до вработување и професионална обука, вработување и избор на професија...за млади лица, постари работници и лица кои имаат обврска да пружаат нега на други лица со цел промовирање на нивна професионална интеграција или обезбедување нивна заштита“ и, според потставови (б) и (в), утврдување на услови за возраст во одредени посебни околности.

59 Како што јасно се гледа од документите испратени до Судот од страна на националниот

суд, целта на тоа законодавство е едноставно да ја унапреди професионалната интеграција на невработените постари работници, поради фактот што тие се среќаваат со значителни потешкотии при наоѓањето работа.

60 Легитимноста на таква цел од јавен интерес не може разумно да се стави под знак прашање, како што истакна и самата Комисија.

61 Таква цел мора по правило, оттука, да се смета дека оправдува, „објективно и разумно“, како што е предвидено со првиот потстав од член 6(1) од Директивата 2000/78, различен третман врз основа на возраст утврден од земјата членка.

62 Сè уште останува да се утврди дали, според самиот текст на таа одредба, средствата кои се користат за постигнување на таквата легитимна цел се „соодветни и неопходни“.

63 Во тој однос, земјите членки непобитно уживаат широка дискреција во нивниот избор на средства подобни за постигнување на целите во полето на социјалната политика и политиката на вработување.

64 Меѓутоа, како што укажа националниот суд, примената на национално законодавство, како она кое е предмет на главната постапка, води до ситуација во која на сите работници кои достигнале 52 годишна возраст, без разграничување, независно дали биле или не биле вработени пред склучувањето на договорот и без оглед на времетраењето на кој било период на невработеност, може законски, до возраста за пензионирање, да им се понуди договор за вработување на определено време од страна на работодавецот, кој може да се обновува неограничен број пати. Ова завидно тело на работници, определено единствено врз основа на возраст, е така во опасност, во текот на еден значителен дел од работниот век на неговите членови, да биде исклучено од придобивката на стабилна работа која, сепак, како што појаснува Рамковната спогодба, претставува важен сегмент на заштитата на работниците.

65 Поради фактот што таквото законодавство ја зема возраста на засегнатиот работник како единствен критериум за примената на договорите за вработување на определено време, кога не се покажало дека утврдување на старосен праг, како таков, без оглед на какви било други околности поврзани со структурата на пазарот на трудот во прашање или личната ситуација на засегнатото лице, е објективно неопходно за постигнување на целта за професионална интеграција на невработените постари работници, мора да се смета дека излегува од рамките на она што е соодветно и неопходно за постигнување на поставената цел. Почитувањето на начелото на пропорционалност изискува секое исклучување на поединечно право да ги усогласи, колку што е можно, барањата на начелото на еднаков третман со оние на поставената цел (види, во тој контекст, Предмет C-476/99 *Lommers* [2002] ECR I-2891, став 39). Таквото национално законодавство не може, оттука, да се оправда според Член 6(1) од Директивата 2000/78.

66 Фактот што, кога договорот бил склучен, пропишаниот период за транспонирање на Директивата 2000/78 во домашното право сè уште не бил истечен не може да ја оспори таквата одлука.

67 Прво, Судот веќе утврдил дека, за време на пропишаниот период за транспонирање на директива, земјите членки мора да се воздржат од преземање на какви било мерки кои би можеле сериозно да го загорзат постигнувањето на резултатот предвиден со таа Директива (*Inter-Environnement Wallonie*, став 45).

68 Во тој поглед, ирелевантно е дали правилото на предметното домашно право, усвоено по влегувањето на Директивата на сила, е засегнато со транспонирањето на таа Директива (види, во тој контекст, Предмет C-14/02 *ATRAL* [2003] ECR I-4431, ставови 58 и 59).

69 Во предметот во главната постапка, намалувањето на возраста над која се дозволува склучување на договори на определено време од 58 на 52 години, во согласност со став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време, се извршило во декември 2002 година и мерката требало да се применува до 31 декември 2006 година.

70 Самиот факт што, во околностите на предметот, таа одредба истекува на 31 декември 2006 година, само неколку седмици по датумот до кој земјата членка мора да ја има транспонирано Директивата, не е сам по себе одлучувачки.

71 Од друга страна, очигледно е од самиот текст на вториот потстав од член 18 од Директивата 2000/78 дека кога земја членка, како Сојузна Република Германија во овој предмет, избира да искористи дополнителен период од три години од 2 декември 2003 година со цел да ја транспонира директивата, земјата членка „ја известува Комисијата еднаш годишно за чекорите кои ги презема за справување со дискриминацијата врз основа на возраст ... и за напредокот кој го прави во насока на спроведувањето“.

72 Таа одредба предвидува, оттука, дека земјата членка, која на тој начин ужива посебен продолжен период за транспонирање, мора постепено да преземе конкретни мерки за неодложно приближување на своето законодавство кон резултатот предвиден со Директивата. Така, таквата обврска би станала излишна доколку на земјата членка би ѝ се дозволило, за време на периодот одобрен за спроведување на Директивата, да усвои мерки кои не се во согласност со целите поставени од истата.

73 Од друга страна, како што забележал Генералниот адвокат во точка 96 од неговото Мислење, на 31 декември 2006 година, значителен дел од работниците опфатени со законодавството кое е предмет на главната постапка, вклучувајќи го Г-дин Манголд, веќе ќе ја имаат достигнато возраста од 58 години и на тој начин и понатаму ќе бидат опфатени со посебните правила утврдени со став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време, како резултат на што ќе постои дефинитивна можност за таа класа на лица да биде исклучена од гаранцијата за стабилна работа со користењето на договори за вработување на определено време, независно од фактот што условот за возраст утврден на 52 години ќе престане да се применува до крајот на 2006 година.

74 На второ место и прес сè, самата Директива 2000/78 не го утврдува начелото на еднаков третман во полето на вработувањето и занимањето. Всушност, во согласност со Член 1 од истата, единствената цел на Директивата е „да утврди општа рамка за борба против дискриминација врз основа на религија или уверување, ментална или телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација“, при што изворот на самото начело врз кое се темели забраната за тие форми на дискриминација се наоѓа, како што е јасно утврдено во четвртата и петтата воведна забелешка во преамбулата на Директивата, во разни меѓународни инструменти и во уставните традиции заеднички за земјите членки.

75 Начелото на недискриминација врз основа на возраст мора затоа да се смета како општо начело на правото на Заедницата. Онаму каде националните правила се опфатени со опсегот на правото на Заедницата, што е случај со став 14(3) од Законот за половина работно време и договори на определено време, со измените со Законот од 2002 година, како мерка

за спроведување на Директивата 1999/70 (види, во овој контекст, и ставови 51 и 64 погоре), и се врши упатување за прелиминарна одлука до Судот, Судот мора да ги обезбеди сите критериуми на толкување кои му се потребни на националниот суд за да утврди дали тие правила се во согласност со таквото начело (Предмет C-442/00 *Rodriguez Caballero* [2002] ECR I-11915, ставови 30 до 32).

76 Оттука, почитувањето на општото начело на еднаков третман, особено во однос на возраст, не може како такво да биде условено по истекот на период одобрен на земјите членки за транспонирање на директива која има за цел да утврди општа рамка за борба против дискриминација врз основа на возраст, особено кога станува збор за организирање на соодветни правни лекови, товар на докажување, заштита од виктимизација, социјален дијалог, афирмативна акција и други конкретни мерки за спроведување на таквата директива.

77 Во такви околности, националниот суд е одговорен, кога пред него се води спор кој го вклучува начелото на недискриминација во однос на возраст, кое е општо начело на правото на Заедницата, да ја обезбеди, во предмет во рамките на неговата надлежност, правната заштита која за лицата произлегува од правилата на правото на Заедницата и да се погрижи дека тие правила се во целост ефективни, не земајќи ги предвид одредбите од националното право кои би можеле да бидат спротивни на тоа право (види, во тој контекст, Предмет 106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629, став 21, и Предмет C-347/96 *Solred* [1998] ECR I-937, став 30).

78 Земајќи го предвид горенаведеното, одговорот на второто и третото прашање мора да биде дека правото на Заедницата и, особено, член 6(1) од Директивата 2000/78, мора да се толкува дека исклучува одредба од домашното право, како онаа која е предмет на главната постапка, која дозволува, без ограничување, освен доколку постои тесна врска со претходен договор за вработување на неопределено време склучен со истиот работодавец, користење на договори на определено време откако работникот ќе достигне возраст од 52 година.

Националниот суд е одговорен да гарантира целосна ефективност на општото начело на недискриминација во однос на возраст, не земајќи предвид каква било одредба од националното право која би можела да биде спротивна на правото на Заедницата, дури и кога периодот предвиден за транспонирање на Директивата сè уште не е истечен.

## Трошоци

79 Бидејќи за страните на главната постапка овие постапки се дел од тужбата која е во тек пред националниот суд, одлуката за трошоците е прашање за тој суд. Трошоците за поднесување на забелешки до Судот, освен трошоците на тие страни, се неповратни.

Врз тој основ, Судот (Големиот судски совет) ја носи следната одлука:

1. Со соодветно толкување на клаузула 8(3) од Рамковната спогодба за договори на определено време склучена на 18 март 1999 година, ставена на сила со Директивата 1990/70/ЕЗ од 28 јуни 1999 година за Рамковната спогодба за работа на определено време склучена помеѓу ЕТУЦ, УНИЦЕ и ЦЕЕП, домашното законодавство, како она кое е предмет на главната постапка, кое, од причини поврзани со потребата да се поттикне вработување и независно од спроведувањето на оваа спогодба, ја намалило возраста над која може да се потпишуваат договори за определено време без ограничувања, не е спротивно на таа одредба.

2. Правото на заедницата и, поконкретно, член 6(1) од Директивата 2000/78/ЕЗ од 27 ноември 2000 година за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија, мора да се толкува дека исклучува одредба од домашното право, како онаа која е предмет на главната постапка, која дозволува, без ограничување, освен доколку постои тесна врска со претходен договор за вработување на неопределено време склучен со истиот работодавец, користење на договори на определено време откако работникот ќе достигне возраст од 52 година.

Националниот суд е одговорен да гарантира целосна ефективност на општото начело на недискриминација во однос на возраст, не земајќи предвид каква било одредба од националното право која би можела да биде спротивна на правото на Заедницата, дури и кога периодот предвиден за транспонирање на Директивата сè уште не е истечен.

[Потписи]

**Предмет С-411/05**

**Феликс Паласиос де ла Виља**

**(Félix Palacios de la Villa)**

**против**

**Кортефиел Сервисиос СА**

**(Cortefiel Servicios SA)**

(Упатување за прелиминарна одлука од Судот за работни спорови бр. 33 од Мадрид  
(Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid))

(Директива 2000/78/ЕЗ – Еднаков третман при вработување и избор на професија – Опсег  
– Колективен договор кој предвидува автоматско прекинување на работниот однос кога  
работник ќе наврши 65 години и стекнува право на старосна пензија- Дискриминација врз  
основа на возраст-Оправдување)

Мислење на Општиот застапник Mazák донесено на 15 февруари 2007 година

Пресуда на Судот (Голем судски совет), 16 октомври 2007 година

**Резиме на пресудата**

1. *Социјална политика – Еднаков третман при вработување и избор на професија-  
Директива 2000/78*

*(Директива 2000/78 на Советот, 14-та воведна забелешка, членови 1, 2(1) и (2)(a), и 3(1)  
(в))*

2. *Социјална политика – Еднаков третман при вработување и избор на професија-  
Директива 2000/78*

*(Директива 2000/78 на Советот, член 2(1) и (б))*

1. Како што е јасно од нејзиниот наслов и преамбулата и содржината и целта, Директивата 2000/78 за утврдување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија има за цел да утврди општа рамка со цел да гарантира еднаков третман „при вработување и избор на професија“ на сите лице, преку ефективна заштита од дискриминација врз која било од основите опфатени со член 1, вклучувајќи возраст.

Според воведната забелешка 14 од преамбулата, спомената Директива не ги исклучува националните одредби кои ја утврдуваат возраста за пензија. Всушност, таа воведна забелешка едноставно истакнува дека Директивата не задира во надлежноста на земјите членки за утврдување на возраста за пензионирање и не ја исклучува на каков било начин примената на оваа Директива на националните мерки со кои се уредуваат условите за прекинување на договори за вработување кога ќе се достигне така утврдената возраст за пензија.

Така, националното законодавство според кое фактот дека работник ја достигнал возраста за

пензионирање утврдена со тоа законодавство води кон автоматско прекинување на неговиот договор за вработување влијае врз времетраењето на работниот однос помеѓу страните и, поопшто, ангажираноста на засегнатиот работник во професијата, така што го спречува неговото понатамошно учество на пазарот на трудот. Оттука, таквото законодавство мора да се смета како законодавство кое воспоставува правила поврзани со вработување и работни услови, вклучувајќи отпуштање и исплата, во рамките на значењето на член 3(1)(в) од Директивата 2000/78 и кое директно наметнува понеповолен третман за работниците кои ја достигнале таа возраст во однос на другите лица кои ја сочинуваат работната сила. Таквото законодавство, оттука, воспоставува различен третман кој директно се темели на возраста, како што е наведено во член 2(1) и 2(a) од Директивата 2000/78.

(види ставови 42, 44-46, 51)

2. Забраната на каква било форма на дискриминација врз основа на возраст, како што е спроведена со Директивата 2000/78 за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија, мора да се толкува дека не го исклучува националното законодавство во согласност со кое клаузулите за задолжително пензионирање содржани во колективни договори се законски, кога таквите клаузули предвидуваат како единствен услов работникот да ја има достигнато возраста за пензионирање, утврдена на 65 според националното право, и да ги има исполнето условите утврдени во законодавството од областа на социјална заштита за стекнување на право на старосна пензија според режимот на придонеси, при што

– мерката, иако базирана на возраст, е објективно и разумно оправдана во контекст на националното право со легитимна цел поврзана со политиката за вработување и пазарот на трудот, и

– не е очигледно дека средствата предвидени за постигнување на таквата цел од јавен интерес се несоодветни и непотребни за таа намена.

Прво, споменатото законодавство беше усвоено како дел од националната политика насочена кон промовирање на подобар пристап кон вработување, преку подобра распределба на работата помеѓу генерациите, и кон регулирање на пазарот на трудот, особено за целите на потиснување на невработеноста.

Легитимноста на таквата цел од јавен интерес не може разумно да се стави под знак прашање, бидејќи политиката за вработување и трендовите на пазарот на трудот се едни од целите кои се изречно утврдено во првиот потстав од член 6(1) од Директивата 2000/78 и, во согласност со првата алинеја од првиот став од член 2 ЕУ и Член 2 ЕЗ, промовирањето на високо ниво на вработеност е една од крајните цели и на Европската унија и на Европската заедница.

Во тој однос, самиот факт што предметната национална одредба не упатува изречно на таква цел не значи автоматско исклучување на нејзината оправданост според член 6(1) од Директивата 2000/78, со оглед на тоа што други елементи, земени од општиот контекст на засегнатата мерка, овозможуваат идентификување на основната цел на правото за целите на судска контрола на нејзината објективна оправданост.

Бидејќи, понатаму, како што е постојно утврдено правото на Заедницата, земјите членки и, кога е соодветно, социјалните партнери на национално ниво уживаат широка дискреција во својот избор, не само во однос на спроведувањето на одредена цел во полето на социјалната

политика и политиката за вработување, туку и во дефинирањето на мерките соодветни за нејзино исполнување, надлежните органи на земјите членки треба да ја пронајдат соодветната рамнотежа помеѓу различните вклучени интереси, обезбедувајќи дека националните мерки утврдени во тој контекст не излегуваат од рамките на она што е соодветно и неопходно за постигнување на легитимната цел на засегнатата земја членка.

Не се чини неразумно за органите на една земја членка да го прифатат гледиштето дека задолжителното пензионирање на работници поради тоа што достигнале одредена старосна граница може да е соодветно и неопходно за постигнување на легитимната цел во контекст на националната политика за вработување, што подразбира промовирање на целосна вработеност преку олеснување на пристапот до пазарот на трудот. Ниту пак мерката може да се смета дека прекумерно ги загрозува легитимните барања на задолжително пензионираните работници, бидејќи релевантното законодавство не се темели само на одредена возраст, туку го зема предвид и фактот дека засегнатите лица имаат право на финансиски надомест на крајот од нивниот работен век во форма на старосна пензија, нивото на која може да се смета за неразумно.

(види ставови 53-57, 62, 64, 68, 71-73, 77, оперативен дел)

#### ПРЕСУДА НА СУДОТ (Големиот судски совет)

16 октомври 2007 година (\*)

(Директива 2000/78/ЕЗ – Еднаков третман при вработување и избор на професија – Опсег – Колективен договор кој предвидува автоматско прекинување на работниот однос кога работник ќе наврши 65 години и стекнува право на старосна пензија- Дискриминација врз основа на возраст-Оправдување)

Во Предметот С-411/05,

УПАТУВАЊЕ за прелиминарна одлука според член 234 ЕЗ, од Судот за работни спорови бр. 33 од Мадрид (Шпанија), со одлука од 14 ноември 2005 година, примено во Судот на 22 ноември 2005, во постапката

**Феликс Паласиос де ла Виља**

против

**Кортефиел Сервисос СА,**

СУДОТ (Големиот судски совет),

составен од V. Skouris, Претседател, P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts и A. Tizzano, Претседатели на Советите, R. Schintgen (судија-известител), J. N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, P. Lindh, J.-C. Bonichot и T. von Danwitz, судии,

Општ застапник: J. Mazák,

Записничар: M. Ferreira, Главен администратор,

во однос на писмената постапка и по сослушувањето на 21 ноември 2006 година,  
земајќи ги предвид коментарите поднесени во име на:

- Г-дин Паласиос де ла Виља, од страна на P. Bernal de Pablo Blanco, адвокат,
- Кортефиел Сервисиос СА, од страна на D. López González, адвокат,
- шпанската влада, од страна на M. Muñoz Pérez, во својство на застапник,
- Ирска, од страна на D. J. O’Hagen, во својство на застапник, N. Travers и F. O’Dubhghaill, BL, и M. McLaughlin и N. McCutcheon, адвокати,
- холандската влада, од страна на H. G. Sevenster, M. de Mol и P.P.J. van Ginneken, во својство на застапници,
- владата на Обединетото Кралство, од страна на R. Caudwell, во својство на застапник, и A. Dashwood, адвокат,
- Комисијата на европските заедници, од страна на J. Eneghen и R. Vidal Puig, во својство на застапници,

по сослушувањето на Мислењето на Општиот застапник на седницата на 15 февруари 2007 година,

ја донесе следната

## **Пресуда**

1 Ова упатување за прелиминарна одлука се однесува на толкувањето на член 13 ЕЗ и членовите 2(1) и (6) од Директивата 2000/78 на Советот од 27 ноември 2000 година за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија (Службен весник на Европските заедници 2000 L 303, стр. 16).

2 Упатувањето е извршено во текот на постапката помеѓу Г-дин Паласиос де ла Виља и неговиот работодавец, Кортефиел Сервисиос СА („Кортефиел“), во однос на автоматското прекинување на неговиот договор за вработување поради фактот што ја достигнал возрасната граница за задолжително пензионирање, утврдена со националното законодавство на 65 години.

## **Правен контекст**

### *Правила на Заедницата*

3 Директивата 2000/78 беше усвоена врз основа на член 13 ЕЗ. Воведните забелешки 4, 6, 8, 9, 11 до 14, 25 и 36 истакнуваат:

„(4) Правото на еднаквост пред законот и заштита од дискриминација за сите луѓе претставува универзално право признаено со Универзалната декларација за човекови права, Конвенцијата на Обединетите нации за отстранување на сите форми на дискриминација на жените, Пактовите на Обединетите нации за граѓански и политички права и за економски, социјални и културни права и на Европската конвенција за заштита на човековите права

и основни слободи, на кои сите земји членки се потписнички. Конвенцијата бр. 111 на Меѓународната организација на трудот (ILO) забранува дискриминација во областа на вработувањето и изборот на професија.

...

(6) Повелбата на Заедницата за основните социјална права на работниците ја прифаќа важноста на борбата против сите форми на дискриминација, вклучувајќи ја потребата од преземање на соодветни дејствија за социјална интеграција на постарите и лицата со ментална и телесна попреченост.

...

(8) Упатствата за вработување за 2000 година, договорени од страна на Европскиот совет во Хелсинки на 10 и 11 декември 1999 година ја истакнуваат потребата од создавање на услови за пазар на трудот кој ќе овозможува социјална интеграција преку формулирање на кохерентен пакет на политики насочени кон борба против дискриминацијата на групи како што се лицата со ментална и телесна попреченост. Тие исто така ја истакнуваат и потребата од посветување посебно внимание на поддршката на постарите работници, со цел да се зголеми нивното учество на пазарот на трудот

(9) Вработувањето и изборот на професијата се клучните елементи во гарантирањето на еднакви можности за сите и силно придонесуваат кон целосно учество на граѓаните во економскиот, културниот и социјалниот живот и остварувањето на нивниот потенцијал.

...

(11) Дискриминацијата врз основа на религија или верско уверување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација може да го поткопа постигнувањето на целите од Договорот за ЕЗ, особено постигнувањето на високо ниво на вработеност и социјална заштита, подигнување на животниот стандард и квалитетот на животот, економската и социјалната кохезија и солидарност, и слободното движење на лицата.

(12) За таа цел, каква било директна или индиректна дискриминација врз основа на религија или верско уверување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација во однос на областите опфатени со оваа Директива треба да се забрани на целата територија на Заедницата...

(13) Оваа Директива не се однесува на шеми за социјално осигурување и социјална заштита, бенефициите од кои се сметаат за приход во рамките на значењето кое му е дадено на тој поим за целите на примена на член 141 од Договорот ЕЗ, ниту на каков било вид на плаќање од страна на Државата заради обезбедување пристап до вработување или одржување на вработувањето.

(14) Оваа Директива не смее да ги исклучи националните одредби со кои се утврдува возраста за пензионирање.

...

(25) Забраната на дискриминацијата врз основа на возраст е основен дел од исполнувањето на целите утврдени во Упатствата за вработување и поттикнувањето на разновидност на

работната сила. Меѓутоа, различниот третман врз основа на возраста може да биде оправдан во одредени околности и затоа изискува посебни одредби кои може да се разликуваат во зависност од ситуацијата во земјите членки. Оттука е неопходно да се направи разлика помеѓу различниот третман кој е оправдан, особено со легитимна политика на вработување, пазарот на трудот и цели на професионална обука, и дискриминацијата која мора да се забрани.

...

(36) Земјите членки може да го доверат спроведувањето на оваа Директива на социјалните партнери, на нивно заедничко барање, во однос на одредбите кои се однесуваат на колективни договори, под услов тие да ги преземат неопходните чекори за да можат во секое време да ги гарантираат резултатите кои ги наложува Директивата.“

4 Член 1 од Директивата 2000/78 предвидува: „целта на оваа Директива е да утврди општа рамка за борба против дискриминацијата врз основа на религија или уверување, ментална или телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација, со цел во земјите членки да се применува начелото на еднаков третман.“

5 Член 2 од Директивата 2000/78, насловен „Концепт на дискриминација“, во потставовите 1 и 2(a) истакнува:

„1. За целите на оваа Директива, „начелото на еднаков третман“ значи дека не смее да има директна или индиректна дискриминација во каква било форма и врз која било од основите наведени во член 1.

2. За целите на став 1:

(a) директна дискриминација се смета дека се случила кога со едно лице се постапува, било или би било постапувано понеповолно во однос на друго лице во слична ситуација, врз која било од основите наведени во член 1.“

6 Член 3(1) од Директивата 2000/78, насловен „Опсег“ предвидува:

„Во рамките на овластувањата пренесени на Заедницата, оваа Директива се применува на сите лица, како од јавниот така и од приватниот сектор, вклучувајќи јавни органи, во врска со:

...

(в) вработување и работни услови, вклучувајќи отпуштање и исплата

...“

7 Според член 6 од Директивата 2000/78, насловен „Оправдување на различен третман врз основа на возраст“:

„1. Не земајќи го предвид член 2(2), земјите членки може да предвидат дека различниот третман врз основ на возраст не претставува дискриминација доколку, во контекстот на националното право, тој е објективно и разумно оправдан со легитимна цел, вклучувајќи политика за вработување, пазарот на трудот и цели на професионална обука, и доколку средствата за постигнување на таквата цел се соодветни и неопходни.

Таквиот различен третман може да вклучува, меѓу другото:

(а) утврдување на посебни услови за пристап до вработување и професионална обука, вработување и избор на професија, вклучувајќи услови за отпуштање и исплата, за млади лица, постари работници и лица кои имаат обврска да се грижат за други лица со цел промовирање на нивна професионална интеграција или обезбедување нивна заштита;

(б) утврдување на минимум услови во однос на возраст, професионално искуство или работен стаж за пристап до вработување или одредена придобивка поврзана со вработување;

(в) утврдување на минимална возраст која се темели на барањата за обука на предметното работно место или потребата од разумен работен стаж пред пензионирање.“

2. Без оглед на член 2(2), земјите членки може да предвидат дека утврдувањето на возраста, за професионалните шеми за социјално осигурување, за прием или право на пензија или инвалидски бенефиции, вклучувајќи го одредувањето, според тие шеми, на различните возрасти за вработени или групи или категории на вработени, и користењето, во контекст на таквите шеми, на критериумите за возраст во актуарските пресметки, не претставува дискриминација врз основа на возраст, под услов тоа не доведе до дискриминација врз основа на пол.“

8 Член 8 од Директивата 2000/78, насловен „Минимум барања“, го содржи следниот текст:

„1. Земјите членки може да воведат или спроведуваат одредби кои се поповолни за заштита на начелото на еднаков третман од оние утврдени во Директивата 2000/78.

2. Спроведувањето на оваа Директива во никој случај не претставува основ за намалување на нивото на заштита од дискриминација кое земјите членки веќе го обезбедуваат во областите опфатени со оваа Директива.“

9 Член 16 од Директивата 2000/78, насловен „Усогласеност“, предвидува:

„Земјите членки ги преземаат неопходните чекори за да обезбедат дека:

(а) се укинуваат кои било закони, регулативи и административни одредби кои се спротивни на начелото на еднаков третман;

(б) кои било одредби спротивни на начелото на еднаков третман вклучени во договори или колективни договори, внатрешни правила на претпријатија или правила за уредување на независни професии и организации на работници и работодавци се, или би можеле да бидат, прогласени за ништовни и неважечки или изменети.

10 Во согласност со првиот став од член 18 од Директивата 2000/78, земјите членки се должни да усвојат закони, регулативи и административни одредби кои се неопходни за усогласување со Директивата најдоцна до 2 декември 2003 година или може да го доверат спроведувањето на оваа Директива на социјалните партнери, на нивно заедничко барање, во однос на одредбите кои се однесуваат на колективни договори. Во такви случаи, земјите членки треба да обезбедат дека, најдоцна до 2 декември 2003 година, социјалните партнери ги вовеле неопходните мерки преку договор, при што засегнатите земји членки се должни да ги преземат сите неопходни мерки за да им овозможат во кое било време да бидат во

состојба да ги гарантираат резултатите кои ги наложува Директивата. Следствено, тие се должни да ја известат Комисијата на Европските заедници за таквите мерки.

### *Национално право*

11 Од 1980 до 2001 година, задолжителното пензионирање на работници кои достигнале одредена возраст се применувало во шпанското законодавство како механизам за намалување на невработеноста.

12 Така, Петтата дополнителна одредба од Законот 8/1980 за статутот на работниците (Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores) од 10 март 1980 година предвидувала:

„Максималната старосна граница применлива на способноста за работа и прекинувањето на договорите за вработување ја утврдува Владата во однос на ресурсите на системот за социјална заштита и пазарот на трудот. Во секој случај, максималната возраст треба да биде 69 години, без да се доведе во прашање правото на исполнување на стажот за пензионирање.

Возраста за пензионирање може слободно да се договори преку колективни преговори, без да се доведат во прашање одредбите за социјална заштита во тој однос.“

13 Кралскиот законодавен декрет 1/1995 од 24 март 1995 година (BOE бр. 75, од 29 март 1995 година, стр. 9654) ја одобри консолидираната верзија на Законот 8/1980, Десеттата дополнителна одредба од кој („Десетта дополнителна одредба“) во суштина ја репродуцираше Петтата дополнителна одредба од Законот 8/1980 дозволувајќи употреба на задолжителна пензија како инструмент на политиката за вработување.

14 Декретот 5/2001 од 2 март 2001 година за итни мерки за реформирање на пазарот на трудот со цел зголемување на вработеноста и подобрување на нејзиниот квалитет, ратификуван со Законот 12/2001 од 9 јули 2001 година, ја поништи Десеттата дополнителна одредба со ефект од 11 јули 2001 година.

15 Националниот суд истакнува во тој однос дека, поради подобрувањето на економската состојба, задолжителното пензионирање, кое шпанското законодавство го користело како инструмент во корист на политиката за вработување, станало товар на системот за социјална заштита. Затоа, шпанското законодавство одлучило да ја промени политиката на поттикнување на задолжително пензионирање со мерки насочени кон промовирање на спроведувањето на систем на флексибилно пензионирање.

16 Членови 4 и 17 од Законот 8/1980, во изменетата верзија која произлегува од Законот 62/2003 од 30 декември 2003 година кој ги утврдува фискалните, административните и социјалните мерки (BOE Бр. 313 од 31 декември 2003 година, стр. 46874) („Статутот на работниците“), кој има за цел транспонирање на Директивата 2000/78 во шпанското право и влезе на сила на 1 јануари 2004 година, се осврнуваат на начелото на недискриминација, меѓу другото, врз основа на возраст.

17 Според Член 4(2) од Статутот на работниците:

„Работниците имаат право, при вработувањето:

...

(в) да не бидат дискриминирани директно или индиректно, кога бараат вработување или откако ќе се вработат, врз основа на пол, брачна состојба, возраст во рамките на ограничувањата утврдени со овој Закон, расно или етничко потекло, социјален статус, религија или уверувања, политички идеи, сексуална ориентација, членство или нечленство во синдикат или врз основа на јазикот на територијата на Шпанија. Работниците исто така не смее да бидат дискриминирани врз основа на ментална и телесна попреченост, под услов да се способни за извршување на работата во прашање.

...“

18 Член 17(1) од Статутот на работниците предвидува:

„Регулаторни одредби, клаузули во колективни договори, индивидуални договори и едностранни одлуки на работодавци, кои вклучуваат директна или индиректна неповолна дискриминација врз основа на возраст...се сметаат за ништовни и неважечки.“

19 Според судот кој го врши упатувањето, поништувањето на Десеттата дополнителна одредба на Статутот на работниците предизвикала многу спорови во однос на законитоста на клаузулите во колективните договори кои дозволуваат задолжително пензионирање на работници.

20 Како резултат, шпанското законодавно тело усвои Закон 14/2005 за клаузули во колективни договори во однос на достигнување на нормална возраст за пензионирање (Ley 14/2005 sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación), од 1 јули 2005 (BOE Бр. 157, од 2 јули 2005 година, стр. 23634), кој влегол на сила на 3 јули 2005 година.

21 Законот 14/2005 повторно ги вовел механизмите за задолжително пензионирање, но утврдил поинакви услови во тој однос, во зависност од тоа дали се применувале дефинитивните или преодните правила од тој Закон.

22 Така, во однос на колективните договори склучени по неговото влегување на сила, единствениот член од Законот 14/2005 ја враќа Десеттата дополнителна одредба од Статутот на работниците, која што гласи:

„Колективните договори може да содржат клаузули кои предвидуваат прекинување на договор за вработување врз основа на фактот што работникот ја достигнал нормалната возраст за пензионирање предвидена во законодавството на социјална заштита, под услов да се исполнети следните барања:

(а) таквата мерка мора да е поврзана со целите кои се усогласени со политиката за вработување и се утврдени во колективниот договор, како што се зголемена стабилност на вработувањето, преиначување на договори на определено во договори на неопределено време, одржување на вработувањето, ангажирање нови работници, или која било друга цел насочена кон унапредување на квалитетот на вработувањето.

(б) работникот чиј договор за вработување е прекинат мора да го има исполнето минималниот период на придонеси, или подолг период доколку таква клаузула е содржана во колективниот договор, и мора да ги има исполнето условите утврдени во законодавството за социјална заштита за стекнување право на старосна пензија според неговиот режим на придонеси.“

23 Меѓутоа, што се однесува до колективните договори склучени пред неговото влегување на сила, единствената преодна одредба од Законот 14/2001 („единствената преодна одредба“) го наметнува само вториот од условите утврдени во единствениот член од Законот 14/2005, исклучувајќи ги сите упатување на остварувањето на цел поврзана со политика за вработување.

24 Единствената преодна одредба го содржи следниот текст:

„Клаузулите во колективни договори склучени пред влегувањето на сила на овој Закон, кои предвидуваат прекинување на договори за вработување кога работниците ќе ја достигнат нормалната возраст за пензионирање, се законски доколку се обезбеди дека засегнатите работници го исполниле минималниот период на придонеси и ги исполнуваат условите утврдени во законодавството за социјална заштита за стекнување право на старосна пензија според нивниот режим на придонеси.

Претходниот став не се применува на правни ситуации кои станале дефинитивни пред влегувањето на сила на овој Закон.“

25 Односот помеѓу страните во главната постапка е уреден со Колективен договор за трговија со текстил за Автономната Покраина Мадрид („колективниот договор“).

26 Колективниот договор бил склучен на 10 март 2005 година и објавен на 26 мај 2005 година. Во согласност со член 3 од истиот, тој останал на сила до 31 декември 2005 година. Бидејќи колективниот договор претходел на донесувањето на Законот 14/2005, единствената преодна одредба е применлива на него.

27 Така, третиот став од Член 19 од колективниот договор предвидува:

„Во интерес на промовирање на вработување, се прифаќа дека возраста за пензионирање ќе биде 65 години, освен доколку засегнатиот работник не го исполнил стажот за стекнување на право на старосна пензија, во кој случај работникот може да го продолжи работниот однос до исполнувањето на тој стаж.“

### **Спор во главната постапка и прашања упатени за прелиминарна одлука**

28 Јасно е од предметот доставен до Судот од страна на судот кој го врши упатувањето дека Г-дин Паласиос де ла Виља, роден на 3 февруари 1940 година, работел за Кортефиел од 17 август 1981 како организациски менаџер.

29 Со писмо од 18 јули 2005 година, тој добил известување од Кортефиел за автоматско прекинување на неговиот договор за вработување поради фактот што ја достигнал задолжителната возраст за пензионирање предвидена во третиот став од Член 19 од колективниот договор и дека, на 2 јули 2005 година, Законот 14/2005 бил објавен, единствената преодна одредба од кој дозволува таква мерка.

30 Заеднички став е дека, на датумот на кој договорот за вработување со Кортефиел бил прекинат, Г-дин Паласиос де ла Виља го имал остварено работниот стаж потребен за старосна пензија според шемата за социјално осигурување во износ од 100% од основицата на придонесите, односно 2.347,78 ЕУР, без да се доведат во прашање максималните граници утврдени со националното законодавство.

31 На 9 август 2005 година, Г-дин Паласиос де ла Виља, сметајќи дека известувањето претставувало отпуштање, покренал тужба пред Судот за работни спорови Бр. 3 во Мадрид. Во таа тужба, тој побарал мерката преземена во однос на него да се прогласи за ништовна и неважечка поради тоа што претставува повреда на неговите основни права и, поконкретно, неговото право да не биде дискриминиран врз основа на возраст, бидејќи мерката се темелела исклучиво на фактот што тој навршил 65 години.

32 Спротивно на тоа, Кортесиел тврделе дека прекинувањето на договорот за вработување на Г-дин Паласиос де ла Виља било во согласност со третиот став од член 19 од Колективниот договор и единствената преодна одредба и дека, понатаму, не било спротивно на барањата на правото на Заедницата.

33 Судот кој го врши упатувањето сериозно се сомнева дали првиот став од единствената преодна одредба е во согласност со правото на Заедницата, поради фактот што тој дозволува спроведување на клаузули содржани во колективни договори склучени пред влегувањето на сила на Законот 14/2005 кои предвидуваат задолжително пензионирање на работници кои ја имаат достигнато возраста за пензионирање и кои ги имаат исполнето другите услови пропишани со законодавството за социјална заштита за стекнување на право на старосна пензија. Таа одредба не изискува прекинувањето на работниот однос поради фактот што работникот ја достигнал возраста за пензионирање да биде оправдано со политиката за вработување на засегнатата земја членка, додека договорите склучени по влегувањето на сила на Законот 14/2005 може да содржат клаузули за задолжително пензионирање единствено доколку, покрај условот засегнатите работници да имаат право на пензија, таквата мерка е насочена кон остварување на целите утврдени во колективниот договор во врска со националната политика за вработување, како што се зголемена стабилност на вработувањето, преиначување на договори на определено во договори на неопределено време, одржување на вработувањето, ангажирање нови работници, или која било друга цел насочена кон унапредување на квалитетот на вработувањето.

34 Во тие околности, според истиот закон и во истите економски околности, работниците кои ја достигнале возраста од 65 години би се третирале различно единствено поради фактот што колективните договори кои се однесуваат на нив влегле на сила пред или по датумот на објавување на Законот 14/2005 односно 2 јули 2005 година; доколку колективниот договор бил на сила пред тој датум, не би се зеле предвид барањата на политиката за вработување, иако таквите барања се наложени со Директивата 2000/78, рокот за чие транспонирање истекол на 2 декември 2003 година.

35 Вистина е дека член 6(1) од Директивата 2000/78 дозволува исклучок од начелото на недискриминација врз основа на возраст за одредени легитимни цели, сè додека средствата за нивно постигнување се соодветни и неопходни. Понатаму, според судот кој го врши упатувањето, дефинитивните правила утврдени во Десеттата дополнителна одредба се несомнено опфатени со член 6(1), бидејќи изискуваат постоење на реална врска помеѓу задолжителното пензионирање на работници и легитимните цели на политиката за вработување.

36 Спротивно на тоа, според судот кој го врши упатувањето, првиот став од единствената преодна одредба не изискува постоење на таква врска и, оттаму, се чини дека не е во согласност со условите утврдени во член 6(1) од Директивата 2000/78. Покрај тоа, од 2001 година, трендовите на пазарот на трудот биле видно поволни и одлуката на шпанското

законодавно тело да ја воведи таа преодна мерка, под влијание на социјалните партнери, имала за цел изменување и дополнување на судската пракса на Врховниот суд. Понатаму, Уставниот суд никогаш не прифатил дека колективните преговори може сами по себе да претставуваат објективно и разумно оправдување за задолжителното пензионирање на работник кој достигнал одредена возраст.

37 Судот кој го врши упатувањето додава дека член 13 ЕЗ и Член 2(1) од Директивата 2000/78 претставуваат јасни и безусловни правила кои изискуваат од националниот суд, во согласност со начелото на првенство на правото на Заедницата, да престанат да го спроведуваат националното право кое е спротивно на правото на Заедницата, како што е случајот со единствената преодна одредба.

38 Понатаму, во Предметот C-15/96 *Schöningh-Kougebetopoulou* [1998] ECR I-47 судот веќе прогласил клаузула од колективен договор за спротивна на правото на Заедницата поради фактот што била дискриминаторна, тврдејќи дека, без да бара или чека таквата клаузула да биде укината со колективни преговори или друга постапка, националниот суд мора затоа да ги примени истите правила на членовите на групата кои биле оштетени со таквата дискриминација како оние кои се применуваат на другите вработени.

39 Следува, според мислењето на судот кој го врши упатувањето, дека, доколку правото на Заедницата би требало да се толкува дека всушност ја исклучува примената на првиот став од единствената преодна одредба во предметот во главната постапка, третиот став од Член 19 од колективниот договор тогаш не би имал правна основа и не би можел да се примени во предметот во главната постапка.

40 Во такви околности, Судот за работни спорови Бр. 33 во Мадрид одлучил да ја одложи постапката и да ги упати следните прашања до Судот за прелиминарна одлука:

„Дали начелото на еднаков третман, кое забранува каква било дискриминација врз основа на возраст и е утврдено во член 13 ЕЗ и член 2(1) од Директивата 2000/78, го исклучува националното право (конкретно, првиот став од единствената преодна одредба...) во согласност со кое клаузулите за задолжително пензионирање содржани во колективни договори се законски, кога таквите клаузули предвидуваат како единствен услов работниците да ја имаат достигнато нормалната возраст за пензионирање и да ги имаат исполнето условите утврдени во законодавството за социјална заштита на Шпанија за да стекнат право на старосна пензија според нивниот режим на придонеси?

Во случај одговорот на првото прашање да е позитивен:

(2) Дали начелото на еднаков третман, кое забранува каква било форма на дискриминација врз основа на возраст и е утврдено во член 13 ЕЗ и Член 2(1) од Директивата 2000/78 изискува овој суд, како национален суд, да не го применува првиот став од единствената преодна одредба во овој предмет?

## Прашања упатени за прелиминарна одлука

### *Прво прашање*

41 За да даде корисен одговор на тоа прашање, соодветно е да утврди, прво, дали Директивата 2000/78 се однесува на ситуација како онаа во главната постапка, пред, второ, да испита,

доколку е неопходно, дали и до кој степен Директивата го исклучува законодавството како она споменато од страна на националниот суд.

*Применливост на Директивата 2000/78*

42 Како што е јасно од нејзиниот наслов и преамбулата и содржината и целта, Директивата 2000/78 за утврдување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија има за цел да утврди општа рамка со цел да гарантира еднаков третман „при вработување и избор на професија“ на сите лице, преку ефективна заштита од дискриминација врз која било од основите опфатени со Член 1, вклучувајќи возраст.

43 Поконкретно, од член 3(1)(в) од Директивата 2000/78 следува дека таа се применува, во рамките на овластувањата пренесени на Заедницата, „на сите лица ... во врска со вработување и работни услови, вклучувајќи отпуштање и исплата“.

44 Точно е дека, според воведната забелешка 14 од преамбулата, Директивата 2000/78 не смее да ги исклучува националните одредби кои ја утврдуваат возраста за пензија. Всушност, таа воведна забелешка едноставно истакнува дека Директивата не задира во надлежноста на земјите членки за утврдување на возраста за пензионирање и не ја исклучува на каков било начин примената на оваа Директива на националните мерки со кои се уредуваат условите за прекинување на договори за вработување кога ќе се достигне така утврдената возраст за пензија.

45 Законодавството кое е предмет на главната постапка, кое дозволува автоматско прекинување на работниот однос склучен помеѓу работодавец и работник откако работниот ќе достигне возраст од 65 години, влијае врз времетраењето на работниот однос помеѓу страните и, поопшто, ангажираноста на засегнатиот работник во професијата, така што го спречува неговото понатамошно учество на пазарот на трудот.

46 Оттука, таквото законодавство мора да се смета како законодавство кое воспоставува правила поврзани со „вработување и работни услови, вклучувајќи отпуштање и исплата“, во рамките на значењето на член 3(1)(в) од Директивата 2000/78.

47 Во такви околности, Директивата 2000/78 се однесува на ситуација како онаа од која произлегува спорот пред националниот суд.

*Толкување на член 2 и 6 од Директивата 2000/78*

48 Со своето прво прашање, судот кој го врши упатувањето во суштина прашува дали забраната на која било форма на дискриминација врз основа на возраст при вработување и избор на професија мора да се толкува дека го исклучува националното законодавство како она во главната постапка, согласно кое клаузулите за задолжително пензионирање содржани во колективни договори се сметаат за законски, кога таквите клаузули предвидуваат како единствен услов работникот да ја има достигнато возраста за пензионирање, утврдена на 65 според националното право, и да ги има исполнето условите утврдени во законодавството од областа на социјална заштита за стекнување на право на старосна пензија.

49 Во тој однос, на самиот почеток треба да се напомене дека, во согласност со член 1, целта на Директивата 2000/78 е борба против одредени форми на дискриминација, вклучувајќи дискриминација во однос на вработување и избор на професија, со цел во земјите членки да се применува начелото на еднаков третман

50 Според член 2(1) од Директивата 2000/78, за целите на Директивата, „начелото на еднаков третман“ значи дека не смее да има директна или индиректна дискриминација во каква било форма и врз која било од основите наведени во член 1. Член 2(2)(а) истакнува дека, за целите на став 1, директна дискриминација се смета дека се случила кога едно лице се третира, било или би било третирано понеповолно во однос на друго лице во споредлива ситуација, врз која било од основите наведени до член 1.

51 Националното законодавство како она кое е предмет на главната постапка, според кое фактот што работникот ја достигнал возраста за пензионирање утврдена со тоа законодавство води кон автоматско прекинување на неговиот договор за вработување, мора да се смета како законодавство кое директно наметнува понеповолен третман за работниците кои ја достигнале таа возраст во однос на другите лица кои ја сочинуваат работната сила. Таквото законодавство, оттука, воспоставува различен третман кој директно се темели на возраста, како што е наведено во член 2(1) и 2(а) од Директивата 2000/78.

52 Конкретно во однос на различниот третман врз основа на возраст, јасно е од првиот потстав од член 6(1) од Директивата дека таквиот нееднаков третман нема да претставува дискриминација забранета според член 2 „доколку, во контекст на националното право, тој е објективно и разумно оправдан со легитимна цел, вклучувајќи политика за вработување, пазарот на трудот и цели на професионална обука, и доколку средствата за постигнување на таквата цел се соодветни и неопходни“. Вториот потстав од член 6(1) утврдува неколку примени на различен третман кои имаат карактеристики како оние споменати во првиот потстав и се, како резултат, во склад со барањата на правото на Заедницата.

53 Во овој предмет, мора да се напомене, како што истакнал Општиот застапник во точка 71 од неговото Мислење, дека единствената преодна одредба, која дозволува вклучување на клаузули за задолжително пензионирање во колективни договори, била усвоена по иницијатива на социјалните партнери, како дел од националната политика насочена кон промовирање на подобар пристап кон вработување, преку подобра распределба на работата помеѓу генерациите.

54 Точно е дека, како што истакнал националниот суд, дека таа одредба не се однесува изречно на цел од таков вид.

55 Сепак, самиот факт не е одлучувачки.

56 Од член 6(1) од Директивата 2000/78 не може да се заклучи дека отсуството на прецизност во предметното национално законодавство во однос на поставената цел автоматски ја исклучува можноста дека таа е оправдана согласно таа одредба.

57 Во отсуство на таква прецизност, важно е, сепак, дека други елементи, земени од општиот контекст на засегнатата мерка, овозможуваат примарната цел на правото да се идентификува за целите на судска контрола на нејзината легитимност и дали средствата кои се користат за постигнување на таа цел се соодветни и неопходни.

58 Во овој случај, јасно од е објаснувањата на судот кој го врши упатувањето дека, прво, задолжителното пензионирање на работниците кои достигнале одредена возраст било воведено во шпанското законодавство во текот на 1980 година, во економски услови на висока невработеност, со цел да создаде, во контекст на националната политика за вработување, можности на пазарот на трудот за лица кои бараат вработување.

59 Второ, таквата цел била изречно утврдена во Десеттата дополнителна одредба.

60 Трето, по укинувањето, во текот на 2001 година, на Десеттата дополнителна одредба, и по потпишувањето на Декларацијата за социјален дијалог во 2004 година во однос на конкурентност, стабилно вработување и социјална кохезија од страна на шпанската влада, организации на работници и синдикати, шпанската влада повторно го вовеле механизмот на задолжително пензионирање со Законот 14/2005. Целта на законот 14/2005 е да создаде можности на пазарот на трудот за лицата кои бараат вработување. Неговиот единствен член така овозможува вклучување клаузули во колективни договори со кои се дозволува прекинување на договор за вработување врз основа на фактот што работникот ја достигнал возраста за пензионирање, под услов таквата мерка да се „поврзана со целите кои се усогласени со политиката за вработување и се утврдени во колективниот договор“, како што се „преиначување на договори на определено во договори на неопределено време [или] ангажирање нови работници“.

61 Во тој контекст, и со оглед на бројните спорови кои се однесуваат на реперкусиите од укинувањето на Десеттата дополнителна одредба за клаузули за задолжително пензионирање содржани во колективни договори склучени во согласност со Законот 8/1980, како во неговата првична верзија така и во онаа одобрена со Кралскиот законодавен декрет 1/1995, заедно со претстојната правна несигурност за социјалните партнери, единствената преодна одредба од Законот 14/2005 потврдила дека е можно да се утврди старосна граница за задолжителното пензионирање во согласност со тие колективни договори.

62 Така, ставена во контекст, единствената преодна одредба имала за цел уредување на националниот пазар на трудот, конкретно, за целите на намалување на невработеноста.

63 Таквата оценка дополнително се зајакнува со фактот што, во овој случај, третиот став од Член 19 од колективниот договор изречно ги споменува „интересите на унапредување на вработеноста“ како цел на мерката утврдена со таа одредба.

64 Легитимноста на таква цел од јавен интерес не може разумно да се стави под знак прашање, бидејќи политиката за вработување и трендовите на пазарот на трудот се едни од целите кои се изречно утврдено во првиот потстав од член 6(1) од Директивата 2000/78 и, во согласност со првата алинеја од првиот став од член 2 ЕУ и член 2 ЕЗ, промовирањето на високо ниво на вработеност е една од крајните цели и на Европската унија и на Европската заедница.

65 Понатаму, Судот утврдил дека поттикнувањето на вработување несомнено претставува легитимна цел на социјалната политика (види, конкретно, Предмет С-208/05 [2007] ECR I-181, став 39) и таквата оценка мора очигледно да се однесува на инструментите на националната политика за вработување чија цел е да ги подобри можностите за влез на пазарот на трудот за одредени категории на работници.

66 Оттаму, целта како онаа спомената во предметното законодавство мора, во принцип, да се смета за „објективно и разумно“ оправдување, „во контекст на националното право“, како што е утврдено во првиот потстав од член 6(1) од Директивата 2000/78, на различен третман врз основа на возраста утврдена од страна на земјите членки.

67 Останува да се утврди дали, во согласност со условите на таа одредба, средствата кои се користат за постигнување на таква легитимна цел се „соодветни и неопходни“.

68 Треба да се напомене во овој контекст дека, во постојната форма на правото на Заедницата, земјите членки и, кога е соодветно, социјалните партнери на национално ниво уживаат дискреција во нивниот избор, не само за спроведување конкретна цел во полето на социјалната политика и политиката за вработување, туку и во дефинирањето на мерките кои би овозможиле исполнување на таквата цел (види, во тој контекст, Предмет С-144/04 *Mangold* [2005] ECR I-9981, став 63).

69 Како што е јасно од текстот „конкретни одредби кои може да се разликуваат во зависност од ситуацијата во земјите членки“, во воведната забелешка 25 од преамбулата на Директивата 2000/78, таков е случајот во однос на изборот кој засегнатите национални тела би биле принудени да го направат врз основа на политичката, економската, социјалната, демографската и/или буџетската состојба и земајќи ја предвид реалната ситуација на пазарот на трудот во конкретна земја членка, со цел продолжување на работниот век на луѓето или, спротивно, обезбедување рано пензионирање.

70 Понатаму, надлежните органи на национално, регионално и секторско ниво мора да имаат можност да ги менуваат средствата кои се користат за постигнување на легитимна цел од јавен интерес, на пример, преку нивно адаптирање на променливите околности на состојбата со вработувањето во засегнатата земја членка. Фактот што постапката за задолжително пензионирање била повторно воведена во Шпанија откако била укината неколку години нема никакво значење.

71 Оттука, надлежните органи на земјите членки се должни да ја пронајдат соодветната рамнотежа помеѓу различните вклучени интереси, обезбедувајќи дека националните мерки утврдени во тој контекст не излегуваат од рамките на она што е соодветно и неопходно за постигнување на легитимната цел на засегнатата земја членка.

72 Не се чини неразумно за органите на една земја членка да го прифатат гледиштето дека задолжителното пензионирање на работници поради тоа што достигнале одредена старосна граница може да е соодветно и неопходно за постигнување на легитимната цел во контекст на националната политика за вработување, што подразбира промовирање на целосна вработеност преку олеснување на пристапот до пазарот на трудот.

73 Понатаму, мерката не може да се смета дека прекумерно ги загрозува легитимните барања на задолжително пензионираните работници, бидејќи релевантното законодавство не се темели само на одредена возраст, туку го зема предвид и фактот дека засегнатите лица имаат право на финансиски надомест на крајот од нивниот работен век во форма на старосна пензија, нивото на која може да се смета за неразумно.

74 Покрај тоа, релевантното национално законодавство им дозволува на социјалните партнери да изберат, преку колективни договори- и, како резултат, со значително ниво на флексибилност- примена на механизмот за задолжително пензионирање со цел соодветно да се земе предвид не само севкупната ситуација на засегнатиот пазар на трудот, туку и спецификите на работните места во прашање.

75 Во контекст на овие фактори,

– не е очигледно дека не може разумно да се смета дека националното законодавство како она кое е предмет на главната постапка не е во согласност со барањата од Директивата 2000/78.

76 Со оглед на горенаведеното толкување на Директивата 2000/78, нема потреба Судот да носи одлука во врска со член 13 ЕЗ- исто така споменат во првото прашање- врз основа на кој е усвоена Директивата.

77 Во контекст на горенаведеното, одговорот на првото прашање мора да биде дека забраната на каква било форма на дискриминација врз основа на возраст, како што е спроведена со Директивата 2000/78, мора да се толкува дека не го исклучува националното законодавство, како она кое е предмет на главната постапка, во согласност со кое одредбите за задолжително пензионирање содржани во колективни договори се законски кога таквите одредби предвидуваат како единствен услов работникот да ја има достигнато возраста за пензионирање, утврдена на 65 години според националното право, и да ги има исполнето условите утврдени во законодавството од областа на социјална заштита за стекнување на право на старосна пензија според режимот на придонеси, при што

– мерката, иако базирана на возраст, е објективно и разумно оправдана во контекст на националното право со легитимна цел поврзана со политиката за вработување и пазарот на трудот, и

– не е очигледно дека средствата предвидени за постигнување на таквата цел од јавен интерес се несоодветни и непотребни за таа намена.

#### *Второ прашање*

78 Со оглед на негативниот одговор на првото прашање на судот кој го врши упатувањето, не е потребно да се дава одговор на второто прашање.

#### **Трошоци**

79 Бидејќи за страните на главната постапка овие постапки се дел од тужбата која е во тек пред националниот суд, одлуката за трошоците е прашање за тој суд. Трошоците за поднесување на забелешки до Судот, освен трошоците на тие страни, се неповратни.

Врз тој основ, Судот (Големиот судски совет) ја носи следната одлука:

**Забраната на каква било форма на дискриминација врз основ на возраст, како што е спроведена со Директивата 2000/78/ЕЗ од 27 ноември 2000 година за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија, мора да се толкува дека не го исклучува националното законодавство, како она кое е предмет на главната постапка, во согласност со кое одредбите за задолжително пензионирање содржани во колективни договори се законски, кога таквите одредби предвидуваат како единствен услов работникот да ја има достигнато возраста за пензионирање, утврдена на 65 години според националното право, и да ги има исполнето условите утврдени во законодавството од областа на социјална заштита за стекнување на право на старосна пензија според режимот на придонеси, при што**

– мерката, иако базирана на возраст, е објективно и разумно оправдана во контекст на националното право со легитимна цел поврзана со политиката за вработување и пазарот на трудот, и

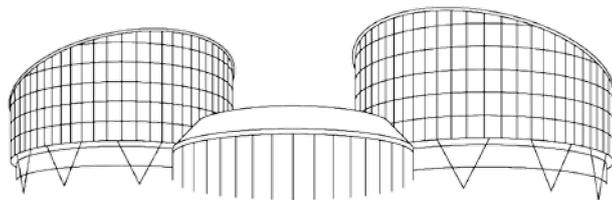
– не е очигледно дека средствата предвидени за постигнување на таквата цел од јавен интерес не се соодветни и неопходни за таа намена.

[Потписи]



# Дискриминација врз основ на ментална и телесна попреченост





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

ПРВ ОДДЕЛ

**СЛУЧАЈ ГЛОР против ШВАЈЦАРИЈА  
(GLOR v. SWITZERLAND)**

*(Жалба бр. 13444/04)*

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

30 април 2009 г.

**КОНЕЧНА**

*06/11/2009*

*Оваа пресуда може да биде предмет на редакциски измени*

**Во случајот Глор против Швајцарија (Glor v. Switzerland)**

Европскиот суд за човекови права (Прв оддел), заседајќи во Судски совет во состав:

Nina Vajić, *Претседател,*

Anatoly Kovler,

Elisabeth Steiner,

Khanlar Hajiyev,

Sverre Erik Jebens,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou, *судиш,*

и André Wampach, *Заменик секретар на Одделот,*

Расправајќи на затворена седница на 7 април 2009 г.,

Ја донесе следнава Пресуда, усвоена на истиот датум:

## ПОСТАПКА

1. Случајот беше покренат со жалба (бр. 13444/04) против Швајцарската Конфедерација поднесена до Судот, според членот 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основни слободи („Конвенцијата“) од страна на швајцарскиот државјанин, г-дин Свен Глор (Mr. Sven Glor) („жалител“), на 22 март 2004 г.

2. Жалителот на кого му била дадена правна помош, пред Судот беше застапуван од г-ѓа D. von Planta-Sting, адвокат од Цирих. Швајцарската Влада („Владата“) беше застапувана од нејзиниот Агент, првично г-дин Н. Koller, директор, Федерално министерство за правда, потоа од г-дин F. Schümann, раководител на Сектор за човекови права и Советот на Европа, Федерално министерство за правда, и нивниот Заменик агент, г-дин А. Scheidegger.

3. Жалителот има поплака дека морал да плати данок со цел да биде изземен од задолжителното служење војска и покрај фактот што изразил волја да изврши било каква друга форма на национална служба, воена или друг вид служба, која би одговарала на неговиот полесен хендикеп. Тој за праксата на швајцарските власти во однос на ова прашање тврди дека нема правна основа и претставува дискриминација во рамките на значењето на членот 14 од Конвенцијата.

4. Жалбата беше доделена на Четвртиот оддел на Судот (Правило 52, ст. 1 од Правилникот на Судот). Во рамките на тој Оддел, Судскиот совет кој решаваше по случајот (член 27, ст. 1 од Конвенцијата) беше составен како што е предвидено со Правилото 26, ст. 1.

5. На 1 септември 2005 г. Судот одлучи да ја извести Владата за жалбата и да ги повика странките да ги достават нивните поднесоци во однос на допуштеноста и правната заснованост на жалбата против дискриминација. Исто така беше одлучено истовремено да се донесе одлука и за допуштеноста и за правната заснованост на жалбата (член 29, ст. 3 од Конвенцијата).

6. На 1 април 2006 г., жалбата беше доделена на новосоставениот Петти оддел на Судот (Правило 25, ст. 5 и 52, ст. 1).

7. На 19 јануари 2007 г., жалбата беше доделена на Првиот оддел (Правила 25, ст. 5 и 52, ст. 1).

8. На 6 ноември 2007 г. и на 8 јануари 2008 г., Судот ги доби дополнителните поднесоци од странките.

9. На 6 мај 2008 г., Судот одлучи да ја извести Владата за жалбата повторно и да ги повика странките да ги достават нивните дополнителни поднесоци во однос на допуштеноста и правната заснованост на жалбата против дискриминација. На 23 јуни и 3 октомври 2008 г., Судот ги доби поднесоците од странките.

## ФАКТИТЕ

### *I. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАЈОТ*

10. Жалителот е роден во 1978 г. и живее во Dällikon (Кантон Цирих). Според неговата изјава тој е возач на камион.

11. На 14 март 1997 г., воен доктор го прогласил за неспособен за воена служба, затоа што имал дијабетес тип 1 (*diabetes mellitus*).

12. На 22 февруари 1999 г., жалителот бил исто така изземен од Службата за цивилна заштита.

13. На 8 септември 2000 г., таквото изземање било укинато и во октомври истата година жалителот бил распореден во резервната единица за цивилна заштита за Dübendorf во

Кантонот Цирих. Според Владата, не е јасно од предметот дали на жалителот му биле давани било какви задачи за извршување во неговото својство на припадник на единица за цивилна заштита. Жалителот тврди дека тој се јавил како доброволец неколкупати, но поради намалувањето на персоналот во Кантонот Цирих тој никогаш не бил повикан за било каква задача во единицата за цивилна заштита.

14. На 9 август 2001 г., кантоналните органи на Цирих одговорни за прибирање данок за изземање од служење воен рок му издале наредба да плати данок за 2000 г., во износ од 716 швајцарски франци (CHF) (приближно околу 477 евра (ЕУР)), врз основа на неговиот приход за таа година кој подлежи на оданочување (CHF 35.800 – приближно 23.866 ЕУР).

15. Со писмо од 11 септември 2001 г., жалителот го оспорил барањето да плати данок, сметајќи дека е дискриминиран. Тој нагласил дека секогаш истакнувал дека е подготвен да го отслужи воениот рок.

16. На 20 септември 2001 г., федералната даночна служба го информирала жалителот дека сите Швајцарци кои не страдаат од „сериозен“ хендикеп се обврзани да платат данок за да бидат изземени од служење воен рок. Тие му објасниле дека хендикепот се смета за „сериозен“ доколку степенот на физички или ментален хендикеп изнесува барем 40%. Тие сметале дека се потребни натамошни проверки со цел да се утврди дали хендикепот на жалителот го исполнува ваквото барање.

17. Откога го прегледал жалителот на 14 мај 2002 г., доктор од Универзитетската болница во Цирих утврдил дека во најголем број случаи типот на дијабетес од кој страда жалителот не ги прави луѓето неработоспособни.

18. По уште еден стручен лекарски преглед на 5 мај 2003 г., воен доктор утврдил дека степенот на хендикеп на жалителот е помал од 40%.

19. Со одлука од 15 јули 2003 г., кантоналните служби на Цирих одговорни за прибирање данок за изземање од служење воен рок, врз основа на наодите од лекарските прегледи и стручниот преглед од 14 мај 2002 г., одлучиле дека жалителот не се квалификува за изземање од плаќање данок со оглед на тоа што степенот на неговиот хендикепот бил помал од 40%. Жалителот ја оспорил таа одлука, но властите истата ја потврдиле на 5 август 2003 г.

20. Федералниот одбор за даночни жалби за Кантонот Цирих ја потврдил оваа одлука на 7 ноември 2003 г. Федералниот одбор сметал дека донесувајќи ги критериумите утврдени во членот 4, став 1(а) од Федералниот закон за данок за изземање од служење воен рок од 12 јуни 1959 г., (видете „Релевантно домашно законодавство и практика“ подолу став, 30) намерата на Парламентот не била воопштено да се изземат сите луѓе со хендикеп од обврската за плаќање на предметниот данок. Во случајот на жалителот, лекарскиот преглед од 14 мај 2002 г., покажал дека неговиот хендикеп не е сериозен и дека е малку веројатно неговата здравствена состојба да претставува пречка за неговата идна кариера. Благодарение на напредокот на медицината, пациенти со типот на дијабетес од кој страда жалителот денес можат да живеат нормално и да се занимаваат со било кој професија. Со оглед на тоа, засегнатите луѓе, односно луѓето кои страдаат од ваков вид на дијабетес, не се смета дека страдаат од хендикеп во рамките на значењето на член 4, став 1 (а) од федералниот Закон за данок за изземање од служење воен рок. Одборот натаму утврдил дека жалителот не докажал дека неговата состојба, а особено потребата секојдневно да си става по четири инјекции со инсулин го спречува да работи. На крајот, Одборот не смета дека разликата меѓу сериозен хендикеп и други видови хендикеп претставува дискриминација, како што тврди жалителот.

21. На 19 декември 2003 г., жалителот покренал управен спор пред Федералниот суд. Тој конкретно тврди дека е жртва на дискриминаторско постапување, затоа што од една страна од него се бара да плати данок за изземање од служење воен рок, а од друга страна

не му било овозможено да го отслужи воениот рок, иако секогаш јасно ја изразува својата подготвеност тоа да го стори.

22. На 5 февруари 2004 г., кога Федералниот суд ги повикал да ги достават поднесоците во однос на допуштеноста и правната заснованост на жалбата, федералните даночни власти препорачале жалбата да се отфрли.

23. Со пресуда од 9 март 2004 г., Федералниот суд ја одбил жалбата. Врз основа на наодите од стручниот преглед од 14 мај 2002 г., Судот сметал дека жалителот нема сериозен физички или ментален хендикеп во рамките на значењето на член 4, став 1 (а) од Федералниот закон за данок за изземање од служење воен рок. Следствено, жалителот не се квалификува за изземање од данокот. Федералниот суд исто така истакнал дека иако лекарските прегледи покажуваат дека е малку веројатно видот на дијабетес од кој страда жалителот да го спречи нормално да извршува било која професијата, конкретниот напор кој е својствен за воениот рок сепак ги обврзува надлежните органи да го прогласат за неспособен за служење воен рок.

24. Федералниот суд објаснил дека целта на законот е да обезбеди систем на компензација меѓу оние граѓани кои го отслужуваат воениот рок и оние кои се изземени од воен рок од било која причина. Предметниот данок има за цел да претставува замена за напорот и тешкотиите на воениот рок. Што се однесува до жалбата за дискриминација, Судот објаснил дека токму поради причините на еднаквост законот не предвидлива сеопфатна одредба за изземање на сите луѓе со хендикеп.

25. Федералниот суд сметал дека кантоналните власти едноставно коректно го примениле законот и дека Судот не е тој што треба да го менува законот.

26. Судот исто така сметал дека фактот што жалителот отсекогаш јасно ја изразува својата подготвеност за служење воен рок, како и фактот дека се сметал за способен тоа да го стори како професионален возач немаат никакво значење, со оглед на тоа што законот не предвидува никаква алтернатива за лица во неговата ситуација освен да платат данок за изземање од служење воен рок.

## II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ЗАКОНОДАВСТВО ПРАВО И ПРАКСА

### 1. Домашно законодавство и пракса

#### а) Обврската за служење воен рок и данокот за изземање од служење воен рок во швајцарското законодавство

27. Членот 59, став 1 од Федералниот устав ги предвидува основите за задолжителниот воен рок во Швајцарија. Тој гласи:

„Член 59: Воен рок и замена за воен рок:

1. Сите мажи со швајцарско државјанство ќе служат воен рок. Законот како замена предвидува цивилна служба.

2. Жените со швајцарско државјанство може да служат воен рок на доброволна основа.

3. Сите мажи со швајцарско државјанство кои не служат воен рок или цивилна служба како замена, плаќаат данок. Данокот се плаќа на Конфедерацијата, а го утврдуваат и го прибираат кантоните.

...”.

28. Регрутите одат во школа за обука 18 до 21 недела, на возраст од 19 до 20 години, по што следат шест или седум курсеви за обновување на знаењата во траење од 19 дена, кои се изведуваат во период од неколку години. Исто така, возможно е целосниот рок од 300 дена да се отслужи непрекинато. Според членот 42 од федералниот Закон за војска и воена администрација од 3 февруари 1995 г., обичните војници мораат да имаат 330 дена обука. За обичните војници и подофицерите воената обврска завршува на крајот од годината кога полнат 30 години или доколку не го завршиле вкупниот рок за обука, на крајот од годината во која полнат 34 години (член 13 став 2 (а) од истиот Закон).

29. Законот за данок за изземање од служење воен рок од 12 јуни 1959 г. предвидува данок за оние кои воопшто не служат воен рок или дел од истиот. Членот 2 од Законот ги утврдува лицата кои подлежат на плаќање данок:

„Член 2: Лица кои подлежат на плаќање данок

Лицата кои подлежат на плаќање данок се мажи со живеалиште во Швајцарија или во странство кои се подобни за служење воен рок и кои во текот на календарската година (годината за која се плаќа данокот):

(а) не биле опфатени во било која воена единица за период од повеќе од шест месеци или кои во истиот период не биле повикани да извршуваат задачи за цивилна служба;

(б) ....

(в) не го служат воениот рок или цивилната заштита која се бара под нив како мажи подобни за служба.

Данок нема да плаќа било кој маж кој во текот на годината за која се плаќа данок, делотворно служел воен рок иако не бил регрутиран за целата година...”

30. Членот 4 од истиот Закон ги наведува категориите на луѓе кои се изземени од плаќање данок:

„Член 4: Изземање од плаќање данок

Ќе бидат изземени од плаќање данок за годината за која се плаќа данокот оние лица кои:

(а) поради сериозен физички или ментален хендикеп, имаат приходи кои подлежат на оданочување, кои, откако ќе се одземат давачките за осигурување наведени во членот 12, став 1 (в) и трошоците кои произлегуваат од хендикепот, не го надминуваат за повеќе од 100% минималниот приход за живот во целите на законот за надомест на долгови;

(а)<sup>bis</sup> се сметаат за неспособни за служење воен рок заради сериозен хендикеп и добиваат помош или надомест за хендикепот од федералниот фонд за осигурување од хендикеп или несреќен случај;

(a) <sup>ter</sup> се сметаат неспособни за служење воен рок заради сериозен хендикеп и не примаат помош или надомест, но исполнуваат едно од двете минимални барања за да се квалификуваат за таква помош, односно надомест;

...

(г) ја надминале возрасната граница по која обичните војници и подофицерите, освен подофицерите од повисок ранг, се ослободени од воена служба;

...”.

31. Оваа последна одредба покажува дека обврската за плаќање данок трае сè до годината во која засегнатото лице ја исполнува возрасната граница по која обичните војници или одредени подофицери се ослободени од воени должности, односно од 19 или 20-годишна возраст па сè до крајот на годината во која полнат 30 години возраст (според жалителот, во склад со членот 13 од Федералниот закон за војска и воена администрација, тој би плаќал данок до неговата 34 година; видете став 28 погоре).

32. Според законодавството кое ги регулира директните федерални даноци, данокот за изземање од служење воен рок се плаќа на вкупниот нето приход на лицето. Следствено, за неженет маж приходот врз основа на кој се пресметува данокот за изземање од служење воен рок е оданочливиот приход според законодавството кое ги регулира директните федерални даноци. Данокот за изземање изнесува 2% од тој приход (но не помалку од 200 швајцарски франци). Според Владата, овој метод на пресметување на данокот ја носи предноста засегнатото лице да го поштеди од пополнување на дополнителна даночна пријава за данокот за изземање од служење воен рок.

33. Според неговиот претходен текст, критериумот предвиден во член 1, став 1 од Уредбата од 30 август 1995 г. за данок за изземање од служење воен рок, а кој се користи за определување дали хендикепот треба да се смета за „сериозен“ во целите на Законот за данок за изземање од служење воен рок всушност се состоел и се однесувал на степенот на хендикеп кој се користи во целите на осигурување од хендикеп. Сепак, во пресуда од 27 февруари 1998 г. (ATF 124 II 241), Федералниот суд објаснил дека концептот на „сериозен“ физички или ментален хендикеп во рамките на значењето на членот 4, став 1 (а) од Законот за данок за изземање од служење воен рок треба да се толкува во медицинска смисла, не во смисла на осигурување од хендикеп. Донесувајќи одлука за правната заснованост на случајот, Судот сметал дека хендикепот која настанува со ампутирање на нога до коленото претставува „сериозен“ хендикеп, кој кореспондира на 40% хендикеп на листата на хендикеп (Прилог 3 кој Уредбата од 20 декември 1982 г. за осигурување од несреќен случај).

34. Во пресуда од 22 јуни 2000 г. (*Archiv für Schweizerisches Abgaberecht* 69, стр. 668) Федералниот суд одлучил дека со цел да определи дали хендикепот е „сериозен“ во целите на изземање од плаќање данок, она што треба да се земе предвид се листите кои во однос на несреќни случаи ги користи Швајцарскиот национален фонд за осигурување за да го пресмета надоместокот за телесна повреда во склад со федералниот Закон за осигурување од несреќен случај. Судот исто така смета дека властите би можеле нивните одлуки да ги засноваат на „Упатствата во врска со изземање од плаќање данок поради сериозен физички, ментален или психолошки хендикеп“ на федералните даночни власти, кои се засновани на споменатите листи и за кои може да се смета дека ја имаат вредноста на законска претпоставка со оглед на тоа што се достаточо релевантни за конкретниот случај.

**б) Замена за воен рок во швајцарското законодавство**

35. Според странките нема „алтернатива“ за воен рок според швајцарското законодавство.

36. Цивилната служба е замена за воен рок за лицата кои се подобни за служење воен рок, но кои не можат да ги помират обврската за служење воен рок со нивната совест (приговор на совеста). Ова е регулирано со федералниот Закон за цивилна служба од 6 октомври 1995 г. Формалниот услов за квалификување за цивилна служба е лицето да биде прогласено за способно да служи воен рок.

37. Членот 61 од Федералниот устав предвидува посебни одредби кои ја регулираат цивилната заштита. Обврската за служење во цивилна заштита не е поврзана со обврската за служење воен рок, па така воениот рок не може да се замени со времето поминато во службата за цивилна заштита. Ниту пак има можност да се одбере меѓу служење воен рок и служење во цивилна заштитата. Од друга страна, целата обука и задачи извршени во службата за цивилна заштита може да се земат предвид при пресметување на данокот за изземање од служење воен рок.

*2. Меѓународни правни инструменти и практика*

38. Канцеларијата на Високиот комесар на Обединетите нации за човекови права до Економскиот и социјален совет на ОН поднесе извештај за најдобрите практики во однос на приговор на совеста за служење воен рок, каде се опишуваат најразличните форми на замена за служење на воен рок (ECOSOC, Commission on Human Rights, *Civil and Political Rights, including the question of Conscientious Objection to Military Service*, Doc. E/CN.4/2006/51 of 27 февруари 2006 г. достапен на интернет). Во овој Извештај, Канцеларијата на Високиот комесар се осврнува на прашањето на плаќање данок во замена за служење на воен рок:

„53. Прашање поврзано со статусот на лице со приговор на совеста или пошироко со изземањето или намалувањето на траењето на задолжителниот воен рок од било кои причини, е плаќањето на посебен данок. Иако ова не е широко распространета практика, има сознанија дека се применува во одреден број на држави. На пример, Швајцарија наплаќа данок на заработениот приход на сите граѓани (мажи) кои од било која причина не можат да го отслужат задолжителниот воен рок. Исто така, има сознанија за други видови на даноци во однос на изземањето или намалувањето на периодот на воен рок кои се применуваат во земји како што се Албанија, Еквадор, Грузија, Турција и Узбекистан.“

39. Невладината организација *Меѓународна организација- Данок на совест и мир (Conscience and Peace Tax International (CPTI))* која има специјален консултативен статус при Обединетите нации, своите писмени согледувања ги доставила до поранешната Комисија за човекови права на Економскиот и социјален совет (ECOSOC, Commission on Human Rights, *Written Statement submitted by Conscience and Peace Tax International*, Doc. E/CN.4/2006/NGO/108, 18 февруари 2006 г.), каде се вели (стр. 2):

„...изненадувачки голем број на држави и натаму примаат финансиски средства во замена за служење воен рок. Во Колумбија, Еквадор, Боливија и Швајцарија сите или најголем дел од лицата изземени од служење воен рок од било која причина- вклучувајќи ги и оние кои сакаат, но се физички неспособни- мораат да платат посебен воен данок. Во други земји има законски одредби според кои изземањето (Албанија, Грузија, Монголија) или (Иран, Узбекистан) преиначувањето на служењето воен рок во краток период на обука може да се плати во готово...“

3. *Статистички податоци во врска со намалувањата во Швајцарската армија и данокот за изземање од служење воен рок*

40. Намалувањето на персоналот во Армијата, особено во рамките на реформите наречени „Армија 95“ и „Армија XXI“, („Army 95“, „Army XXI“) било придружено со намалување на времетраењето на воениот рок. При спроведувањето на реформата „Армија 95“ возраста до која морала да заврши воената обврска била намалена од 50 на 42 години за најголем дел од луѓето, а возраста натаму се намалила со реформата „Армија XXI“ на 30 или 34 години.

41. Во 2001 и 2002 г., 79,8% од населението кое се квалификува за регрутација (56.380 од 70, 634 луѓе) било прогласено за способно да служи воен рок. Во текот на школата за обука, околу 22% од нив се откажале заради здравствени причини, па така околу 58% од населението способно за воен рок ја завршило обуката.

42. Во 2004 г. имало 27,766 регрути, 17.445 (62,8%) од кои биле прогласени за способни за служење воен рок; во 2005 г. бројот на регрути бил 33.036, од кои 20.155 (61%) биле прогласени за способни за служење воен рок и во 2006 г., 24.134 од 37.377 регрути (64,6%) биле прогласени за способни за служење воен рок. Во 2004 г., 4.457 лица (односно 16% од лицата кои биле регрутирани таа година и 10% од оние кои биле прогласени за способни за служење воен рок) во текот на обуката биле ослободени заради здравствени причини од служење на воен рок (бројките за 2005 г. се соодветно, 3.071 лица или 9,3% и 5,7%; а за 2006 г., 2.668 лица или 9,3% и 6%). Според изјавите дадени во печатот на 6 јануари 2008 г. од страна на Генерал-мајор Luri, Началник на санитетската служба на швајцарската Армија, 34% од регрутите биле прогласени за неспособни за служење воен рок во кампањата за регрутација во 2007 г. и дополнителни 6% најверојатно ќе бидат прогласени за неспособни за служење воен рок во текот или по обуката (податоците се преземени од *Neue Zürcher Zeitung* од 7 јануари 2008, стр. 8).

43. Според Владата овие бројки покажуваат дека во последните години школата за обуката ја завршуваат од 52 до 58% од регрутите.

## ПРАВОТО

### I. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 14 ВО ВРСКА СО ЧЛЕНОТ 8 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

#### A. Допуштеност

44. Жалителот тврди дека е жртва на дискриминаторско постапување затоа што бил спречен да служи воен рок иако сакал да служи, а наместо тоа бил приморан да плати данок за изземање од служење воен рок, затоа што еден од надлежните органи неговиот хендикеп не го смета за сериозен. Следствено оваа жалба мора да се разгледува според членот 14 од Конвенцијата кој гласи:

„Уживањето на правата и слободите, признати со оваа Конвенција, треба да се обезбеди без никаква дискриминација заснована врз пол, раса, боја на кожата, јазик, вера, политичко или кое и да е друго мислење, национално или социјално потекло, припадност на национално малцинство, материјална положба, потекло по раѓање или кој и да е друг статус.“

45. Според долго утврденото прецедентно право на Судот, членот 14 ги надополнува останатите материјални одредби од Конвенцијата и Протоколите кон истата. Тој сам по себе

не може да постои, затоа што произведува дејствие само во врска со „уживањето на правата и слободите“ кои се гарантирани со одредбите од Конвенцијата. Иако примената на членот 14 не мора да претпостави повреда на тие одредби- и во таа смисла овој член е автономен- сепак истиот не би можел да се примени освен доколку фактите кои се разгледуваат не спаѓаат во опфатот на една од одредбите од Конвенцијата (видете на пример *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 мај 1985, § 71, Series A no. 94).

46. Судот многупати истакнал дека членот 14 се применува секогаш кога „предметот на понеповолното постапување .... претставува еден од начините за користење на гарантираното право“ (видете *National Union of Belgian Police v. Belgium*, 27 октомври 1975 г., § 45, Series A no. 19), или кога мерките кои се предмет на жалбата се „поврзани со користењето на гарантираните права“ (видете *Schmidt and Dahlström v. Sweden*, 6 февруари 1976 г., § 39, Series A no. 21).

47. Во врска со ова Судот е свесен дека жалителот кој не бил застапуван од адвокат пред домашните власти, експлицитно не се повикал на ниту една друга материјална одредба од Конвенцијата или од Протоколите кон истата.

48. Сепак, со оглед дека се Судот е тој којшто ја определува правна квалификација на фактите во случајот (видете *Guerra and Others v. Italy*, 19 февруари 1998 г. § 44, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I), Судот смета дека е соодветно да разгледа дали данокот за изземање од служење воен рок спаѓа во опфатот на членот 8 од Конвенцијата кој гласи:

„1. Секој човек има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, домот и преписката.

2. Јавната власт не смее да се меша во остварувањето на ова право, освен ако тоа мешање е предвидено со закон и ако претставува мерка која е во интерес на државната и јавната безбедност, економската благосостојба на земјата, заштитата на поредокот и спречувањето на кривични дела, заштитата на здравјето и моралот, или заштитата на правата и слободите на другите, во едно демократско општество.“

#### *1. Поднесоци на странките во однос на допуштеноста на случајот*

49. Владата го изнесе аргументот дека жалителот не страда од хендикеп, туку од болест. Неговото здравје не е сериозно погодено и неговиот личен развој и физички и ментален интегритет не биле нарушени со предметната мерка, имено плаќањето на данок за изземање од служење воен рок. Владата од друга страна прифаќа дека оваа здравствена состојба не треба да се потцени и дека бара постојан надзор и редовни терапевтски мерки, како што се инсулински инјекции неколку пати во денот. Сепак, чисто финансиската неповолност од која бил погоден, а која во случајот е прилагодена на неговите финансиски средства, не влијаела негативно на приватниот живот на жалителот. Всушност нема директна врска меѓу предметната мерка и приватниот живот на жалителот. Владата следствено тврди дека членот 8 не може да се примени и дека жалбата треба да се одбие заради тоа што предметот на истата не е компатибилен со Конвенцијата, со оглед на тоа што членот 14 не може самостојно да постои и затоа не би можел да се земе предвид.

50. Натаму, Владата смета дека жалителот не го покренал прашањето на дискриминација врз основа на здравствена состојба, а спротивна на членот 14, во врска со членот 8, пред домашните судови, па дури ниту пред Судот. Конкретно, тој не покажал до која мерка неговиот приватен живот бил погоден од оспорената одлука. Тој исто така не покажал дека е дискриминиран во приватниот живот како резултат на предметната мерка. Владата следствено смета дека жалителот не ги исцрпил сите домашни лекови пред да ја поднесе

жалбата според членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата.

51. Жалителот тврди дека самата Влада признала дека е погодено неговото здравје. Тој не може да разбере и дури смета дека е контрадикторно, Владата да дојде до заклучок дека таквата болест не би имала влијание на неговиот личен развој и физички интегритет. Сепак, и покрај неговата болест, која наводно го прави неспособен за служење воен рок или за цивилна служба, жалителот морал да плати данок за изземање од служење воен рок. На овој начин, швајцарскиот законодавство настојува да извлече полза од здравствена состојба за која жалителот не сноси никаква одговорност. Според него, таквата мерка јасно преставува вмешување во неговиот приватен и семеен живот. Следствено, жалителот смета дека треба да се земе предвид членот 14.

## 2. Оценка на Судот

52. Судот повторува дека концептот на „приватен живот“ е сеопфатен термин кој не е погоден за исцрпна дефиниција (видете на пример *Hadri-Vionnet v. Switzerland*, no. 55525/00, § 51, ECHR 2008-..., и *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). Во неколку наврати Судот прифатил дека приватниот живот го опфаќа физичкиот интегритет на лицето (меѓу останатите авторитативни милења видете *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, 25 март 1993 г., § 36, Series A no. 247-C, и *X and Y v. the Netherlands*, 26 март 1985 г., § 22, Series A no. 91).

53. Судот исто така повторува дека Конвенцијата и Протоколите кон истата мора да се толкуваат во светлина на современите услови (видете *Marckx v. Belgium*, 13 јуни 1979 г., Series A no. 31, § 41, и многу други последователни случаи, како што се *Vo v. France* [GC], no 53924/00, § 82, ECHR 2004 VIII, и *Emonet and Others v. Switzerland*, no. 39051/03, § 66, ECHR 2007-...). Судот забележува дека предметниот случај се однесува на можна дискриминација на лице со физички хендикеп, иако домашните власти тоа го сметаат само за лесен хендикеп. Судот исто така смета дека има консензус на европско и светско ниво за потребата од заштита на лицата со хендикеп од дискриминаторско постапување (видете ја на пример препораката за целосна социјална вклученост на лицата со хендикеп, донесена од Парламентарното собрание на Советот на Европа на 29 јануари 2003 г. или Конвенцијата на Обединетите нации за правата на лицата со хендикеп, која стапила во сила на 3 мај 2008 г.).

54. Судот смета дека данокот кој го прибира државата, а кој потекнува, како во предметниот случај, од неспособноста за служење воен рок заради здравствени причини-односно заради фактор вон контрола на засегнатото лице- јасно спаѓа во опфатот на членот 8 од Конвенцијата, дури и кога последиците на мерките пред сè се од финансиска природа (во однос на случаи кои се однесуваат на „семејниот“ аспект на членот 8, видете на пример *mutatis mutandis*, *Marckx*, цитиран погоре, § 31; *Plaand Puncernau v. Andorra*, no. 69498/01, § 55, ECHR 2004-VIII; *Petrovic v. Austria*, 27 март 1998 г., § 29, Reports 1998-II; and *Merger and Cros v. France*, no. 68864/01, § 46, 22 декември 2004 г.; во овој последен случај Судот сметал дека „семејниот живот“ не ги вклучува само социјалните, моралните или културните односи, туку ги опфаќа и интересите од материјална природа).

55. Покрај тоа Судот го повторува начелото дека за да се поднесе жалба до Судот, жалителот морал прво да поднесе жалба до соодветните национални судови, барем што се однесува до материјалниот дел од жалбата, во согласност со формалните барања од домашното законодавство и во предвидените рокови (видете *Ankerl v. Switzerland*, 23 октомври 1996 г., § 34, Reports 1996-V). Во предметниот случај, Судот смета дека жалителот го покренал материјалното прашање на жалбата за повреда на членот 14 во врска со членот 8 пред домашните органи кога потврдил дека од него се бара да плати данок за изземање од

служење воен рок и дека бил спречен да го отслужи воениот рок, иако постојано тврдел дека саката тоа да го стори. Со тоа ги исцпил домашните правни лекови.

56. Судот забележува дека жалбата според членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата не е очигледно неоснована во рамките на значењето на член 35, ст. 3 од Конвенцијата. Судот натаму забележува дека жалбата не е недопуштена на било која друга основа. Затоа жалбата мора да се прогласи за допуштена.

## **Б. Правна заснованост**

### *1. Поднесоци на странките*

#### **а) Владата**

57. Владата истакна дека надлежните власти сметале дека би било објективно опасно и неодговорно жалителот да се прогласи за способен за служење воен рок. Таквата одлука е донесена врз основа на неговата болест и посебните тешкотии поврзани со воената служба, вклучително и ограничен пристап до здравствена заштита и лекарства, силниот физички напор и значителниот психолошки притисок.

58. Владата исто така објаснува дека можноста за цивилна служба е ограничена со тоа што е достапна само за оние кои се противат на служење воен рок заради приговор на совеста.

59. Натаму, Владата е убедена дека федералниот закон за данок за иземање од служење воен рок има легитимна цел, односно да се воспостави одреден степен на еднаквост меѓу оние кои служат воен рок или цивилна служба и оние кои се изземени поради било какви причини. Данокот има за цел да ги надомести напорите и обврските од кои се поштедени оние кои се изземени од служење воен рок.

60. Што се однесува до тврдењата на жалителот дека разликата која се прави меѓу луѓето со различен степен на хендикеп е дискриминаторска, Владата истакнува дека законодавство има за цел да се одбегне ситуација во која сите лица кои ќе бидат прогласени за неспособни за служење воен рок заради хендикеп ќе бидат ослободени од плаќање данок и иземањето на плаќање данок да се ограничи на оние лица кои се наведени во членот 4 од федералниот Закон за данок за иземање од служење воен рок. Став 1 (а) од членот 4 поставува три услови лицето кое е прогласено за неспособно за служење воен рок како резултат на хендикеп да биде изземено од плаќање данок: „сериозен“ хендикеп, приход кој не е повисок од минималните приходи за задоволување на животните потреби и причинско последична врска меѓи хендикепот и приходите. Одредбата така ги зема предвид степенот на физички или ментален хендикеп на засегнатите лица, како и нивната финансиска ситуација. Општо иземање од плаќање на предметниот данокот на сите луѓе со хендикеп, од видот каков што го наведува жалителот, би ја поткопало самата природа на данокот и би било спротивно на начелото на еднакво постапување.

61. Во однос на физичкиот хендикеп, Федералниот суд, во согласност со правното мислење во Швајцарија, утврдил дека забраната за дискриминација треба да се ограничи на луѓе со хендикеп со одредена тежина. При тоа одлучувачкиот фактор е ризикот од стигматизација, клеветење и социјална исклученост поради хендикепот. Според Владата федералниот Закон за данок за иземање од служење воен рок прави разлика врз основа на овие начела. Обврската за плаќање данок за иземање од служење воен рок не се применува за луѓе со сериозен хендикеп, односно точно оние луѓе кои се изложени на ризикот од стигматизација. Според мислењето на Владата, жалителот не бил соочен со таков ризик, затоа што во секојдневниот

живот имал само мала дополнителна тешкотија. При нормален тек на работите, неговиот хендикеп дури и не се забележува и нема причина зошто било кој, освен ограничен број на луѓе, да знаат за неговата состојба. Данокот за изземање од служење воен рок не го менува тоа, затоа што за таквиот данок знае само засегнатото лице и никој друг. Од друга страна, за луѓето со посериозен хендикеп, особено за луѓето со јасно видлив хендикеп, оправдани се посебни аранжмани и нивното изземање од плаќање на данок е средство со кое не им се отежнува исклученоста од која страдаат.

62. Следствено, разликата која се прави меѓу луѓето кои не се способни за служење воен рок и чиј хендикеп има само ограничено негативно влијание врз нивниот попрофесионален живот и оние за кои хендикепот носи многу посериозни последици не може да се каже дека е дискриминаторска. Сосема спротивното, таа е заснована на објективни и разумни согледувања.

63. Што се однесува до конкретниот случај, Владата истакнува дека жалителот страда од тип 1 дијабетес. Табелата која ја користи Швајцарскиот национален фонд за осигурување во однос на несреќни случаи не го решава прашањето дали оваа болест треба да се смета за сериозен хендикеп во рамките на значењето на членот 4, став 1(a) од федералниот Закон за данок за изземање од служење на воениот рок. Врз основа на лекарското уверение дадено од специјалист за дијабетес од Универзитетската болница во Цирих на 14 мај 2002 г., федералните даночни органи хендикепот на жалителот го оцениле како хендикеп од помалку од 40%. Ова значи дека состојбата на жалителот не може да се смета за сериозен хендикеп во целите на предметниот Закон, а која иако го прави неспособен за служење на воен рок, жалителот не го спречува да работи во различни други области.

64. На кратко, Владата смета дека швајцарското законодавство има за цел различно да се постапува во различни ситуации. Разликите кои се прават во законодавството се засновани на објективни и разумни согледувања. Во конкретниот случај швајцарските власти коректно го примениле законот и според тврдењето на Владата не би можело да се смета дека го повредиле членот 14 од Конвенцијата. Владата го тврди сосема спротивното, односно дека би настанала дискриминација многу посериозна од онаа на која се жали жалителот доколку истиот би бил изземен од плаќање на предметниот данок. Можеби е точно дека би се отстранила можна дискриминација на луѓето врз основа на сериозноста на нивниот хендикеп, но резултатот би бил таков што без оглед на причината за изземање на луѓето од служење воен рок, а особено во ситуации во кои се прогласени за неспособни за служење воен рок, тие не би имале никаква обврска да плаќаат данок за изземање од служење воен рок. Ова од своја страна би преставувало дискриминација на сите оние кои го служат задолжителниот воен рок.

#### **б) Жалителот**

65. Жалителот не се согласува со Владата. Тој го изнесува аргументот дека лице со лесен хендикеп би можело разумно да се очекува наместо тоа да оди во цивилна служба, која поставува помали физички и психолошки тешкотии отколку служење воен рок. Тој тврди дека е дискриминаторски да им се дозволи на лицата кои се повикуваат на приговор на совеста да извршуваат цивилна служба како замена за служење на воен рок, а истото да не им се дозволи на лица кои се прогласени за неспособни за служење воен рок поради хендикеп. Во дадените околности жалителот смета дека тој всушност е казнет - со оглед на тоа што претрпува финансиска загуба - во ситуација во која е спречен против неговата волја да ја исполни обврската за служење воен рок и во која не му е дозволено да оди во цивилна служба. Според жалителот нема разумно оправдување за таква дискриминација на луѓе кои

страдаат од полесен хендикеп во споредба со луѓе на кои им е дозволен слободен избор, како на пример на лицата кои се повикуваат на приговор на совеста.

66. Жалителот смета дека е неправично со луѓето со хендикеп да се постапува различно во зависност од степенот на нивниот хендикеп, особено кога засегнатото лице сака да ги извршува задачи како замена за служење воен рок, со што би се стекнал со надомест за губење на приходи. Натаму и спротивно на тврдењата на Владата, армијата не го сметала неговиот хендикеп за полесен, инаку би бил прогласен за способен за служење воен рок, со одредени ограничувања, или би бил распореден во единица каде би бил изложен на помал физички напор.

67. Според жалителот Владата исто така не докажала дека степенот од 40% хендикеп кој се користи за да се направи разлика меѓу луѓето кои треба да го платат данокот и меѓу оние кои се изземени од плаќање данок е оправдан и недискриминаторски. Жалителот смета дека ниту законот, ниту прецедентното право не даваат јасни упатства за ова. Одлуката да не биде изземен од плаќање на данок за изземање од служење воен рок се заснова на фактот дека неговиот хендикеп бил помал од 40%. Овој процент е заснован на еден единствен случај кој се однесува на лице кое ја изгубило ногата- ситуација која не е споредлива со ситуацијата во која се наоѓа жалителот. Затоа одлуката е дискриминаторска.

68. Според жалителот дискриминацијата на луѓето со полесен хендикеп не може да се оправда: таа не е ниту правична, ниту пак е во јавен интерес. Сосема спротивното, во јавен интерес е овие луѓе да бидат вклучени колку што може повеќе во нормалниот живот и да не бидат оптоварени со големи, неправични финансиски давачки.

69. Жалителот додава дека споменатите проблеми натаму се влошени и се чинат уште понепропорционални затоа што луѓето со хендикеп вообичаено немаат високи приходи и данокот за изземање од служење воен рок не е прогресивен данок.

70. На крајот, жалителот истакнува дека во текот на претходните петнаесет години швајцарската Армија значително е намалена по број, повеќе од 50% споредено со 1989 г. Нужна последица од таквото намалување на бројот на припадниците на Армијата е што сè поголем број на мажи биле прогласувани за неспособни за служење воен рок. Навистина е примамливо, тврди жалителот, да се прогласат мажите со полесен хендикеп за неспособни за служење воен рок и да им се нареди да плаќаат данок за изземање од служење воен рок.

## 2. Оценка на Судот

### а) Применливи начела

71. Судот повторно нагласува дека членот 14 од Конвенцијата обезбедува заштита од дискриминација во уживањето на правата и слободите гарантирани со другите материјални одредби од Конвенцијата и Протоколите кон истата. Сепак, не секоја разлика во постапувањето претставува повреда на овој член. Наместо тоа, мора да се утврди дека со други лица во иста или во релативно слична ситуација се постапува поповолно и дека таквата разлика е дискриминаторска (видете на пример *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 октомври 1997 г., § 88, *Reports* 1997-VII, и *Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02, § 71, 20 јуни 2006 г.).

72. Според прецедентното право на Судот, разликата во постапувањето е дискриминаторска во рамките на знаењето на членот 14 доколку за тоа нема објективно или разумно оправдување. Постојењето на такво оправдување мора да се оценува во однос на целта и резултатите на предметната мерка, земајќи ги предвид начелата кои вообичаено преовладуваат во демократските општества. Разлика во постапувањето при користењето на

правата предвидени во Конвенцијата мора да биде во служба на постигнување на легитимна цел: членот 14 исто така е повреден кога јасно ќе се утврди дека нема разумен однос на пропорционалност меѓу употребените средства и целта која сака да се постигне (видете на пример, *Zarb Adami*, цитирано погоре, ст. 72; *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 65731/01, § 51, 12 април 2006 г.; *Petrovic*, цитирано погоре ст. 30; и *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 јули 1986, § 177, Series A no. 102).

73. Со други зборови, концептот на дискриминација воопштено ги опфаќа оние случаи во кои со лицето или групата, без соодветно оправдување, се постапува понеповолно отколку со друго лице или група, дури и кога понеповолното постапување не се бара со Конвенцијата (видете *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* цитирани погоре ст. 82). Членот 14 не забранува разлики во постапувањето кои се засновани на објективна оценка на суштествено различните фактички околности и кои, со оглед на тоа што се засновани на јавен интерес, служат да се постигне правична рамнотежа меѓу заштитата на интересите на заедницата и почитувањето на правата и слободите кои ги гарантира Конвенцијата (меѓу другите авторитативни мислења видете *G.M.B. and K.M. v. Switzerland* (dec.), no. 36797/97, 27 септември 2001 г., и *Zarb Adami*, цитирано погоре, ст. 73).

74. Државите – членки имаат одредено дискреционо право во оценката дали и до која мерка разликите во инаку слични ситуации ја оправдуваат разликата во постапувањето. Опфатот на ова дискреционо право се разликува во зависност од околностите, прашањето кое се разгледува и историјатот на ситуацијата (видете *Fretté v. France*, no. 36515/97, § 40, ECHR 2002-I; *Stec and Others*, цитирано погоре, § 52; и *Inze v. Austria*, 28 октомври 1987, § 41).

75. Со оглед на тоа што Конвенцијата првенствено е систем за заштитата на човековите права, Судот, сепак, мора да ги земе предвид условите кои се менуваат во државите-членки и да одговори, на пример, на каков било консензус кој се јавува во однос на стандардите кои се сака да се постигнат. Постојењето или непостојењето на заеднички основи меѓу законодавствата на државите-членки, во овој контекст може да претставува релевантен фактор при определувањето на опфатот на дискреционото право на властите (видете *Rasmussen*, цитиран погоре стр. 15 ст. 40, и, *mutatis mutandis*, *The Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1), 26 април 1979 г., § 59, Series A no. 30).

76. Конвенцијата и Протоколите кон истата мора да се толкуваат во светлина на современите услови (видете *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 април 1978, § 31, Series A no. 26; *Airey v. Ireland*, 9 октомври 1979 г., § 26, Series A no. 32; и *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 82, ECHR 2004-VIII). На крајот, Судот повторно го истакнува одамна утврденото начело во неговото прецедентно право според кое Конвенцијата има за цел да гарантира права кои не се теоретски или илузорни, туку права кои се практични и делотворни (видете на пример *Artico v. Italy*, 13 мај 1980, § 33, Series A no. 37)

#### **б) Примена на овие начела во предметниот случај**

##### *и. Дали со луѓе во слични ситуации се постапувало поинаку*

77. Жалителот се жали дека откога за него според законодавството кое е во сила и прецедентното право на Федералниот суд се утврдило дека има полесен хендикеп, тој бил приморан, за разлика од луѓето со посериозен хендикеп, да плати данок за изземање од служење воен рок, иако секогаш ја изразува својата волја да го отслужи воениот рок.

78. Тој исто така смета дека со него се постапувало на дискриминаторски начин затоа што замената за служење воен рок, односно цивилната служба со која би бил изземен од плаќање

на данок, е отворена само за лица кои се повикуваат на приговор на совеста.

79. Судот повторува дека жалителот не го отслужил воениот рок затоа што бил прогласен за неспособен од страна на надлежен воен доктор. Како резултат на ова, тој морал да плати данок за иземање, како и секое друго лице во иста ситуација, освен лицата со сериозен хендикеп и оние кои наместо воен рок одат во цивилна служба. Сепак, само лицата кои се повикуваат на приговор на совеста можат да изберат цивилна наместо воена служба. На ваквата ситуација се жали жалителот во оваа жалба.

80. Судот смета дека овој случај претставува двоен пример за различно постапување со луѓе во слична ситуација. Со оглед на тоа што основите за правење разлика во членот 14 не се исцрпно предвидени („или кој и да е друг статус“, видете *Stec and Others*, цитирано погоре, § 50) без сомнение опфатот на оваа одредба ја вклучува дискриминацијата врз основа на хендикеп. Останува да се види дали причините за разликата во постапувањето се објективни и разумни.

*ii. Постоење на објективно и разумно оправдување*

*a) Објективно оправдување*

81. Според Владата разликата е во служба на постигнување на легитимна цел, односно одново воспоставување на некаков степен на еднаквост меѓу луѓето кои отслужуваат воена или цивилна служба и оние кои се изземени од воен рок. Предметниот данок има за цел да ги надомести напорите и обврските од кои луѓето изземени од воен рок се поштедени. Жалителот не се согласува со ова.

82. Судот зема предвид дека целта на швајцарскиот закон е да воспостави одредена форма на еднаквост меѓу луѓето кои отслужуваат воен рок или цивилна служба и оние кои се изземени од воен рок. Затоа Судот мора да разгледа дали има разумен однос на пропорционалност меѓу употребените средства и целта која сака да се постигне. За оваа цел, Судот мора да разгледа дали швајцарските власти и судови постигнале правична рамнотежа меѓу заштитата на интересите на заедницата и почитувањето на правата и слободите на жалителот кои ги гарантира Конвенцијата.

*b) Разумно оправдување*

*- Дискреционото право кое го имаат властите*

83. Судот забележува дека Швајцарија прибира данок од сите машки граѓани кои од било која причина не можат да го отслужат задолжителниот воен рок и кои не одат во цивилна служба наместо отслужување воен рок, со исклучок на оние кои имаат сериозен хендикеп. Иако Судот е свесен дека овој факт сам по себе не е одлучувачки во неговото разгледување на жалбата според членот 14 од Конвенцијата, Судот зема предвид дека ваквиот вид на данок, кој се наметнува дури и на мажи кои не се способни за служење воен рок заради физички хендикеп, се чини дека не постои во ниту една друга земја, барем не во Европа (видете став 53 од Извештајот на Високиот комесар на Обединетите нации за човековите права и согледувањата на невладината организација *Conscience and Peace Tax International (CPTI)* до поранешната Комисија за човекови права при Економскиот и социјален совет, погоре став 38 и ст. 39).

84. Судот исто така смета дека обврзувањето жалителот да го плати спорниот данок, откако му била ускратена можноста да го отслужи воениот рок (или цивилна служба) може да биде спротивно на потребата за спречување на дискриминација на луѓето со хендикеп и

потребата да се негува нивното целосно учество и интеграција во општеството. Следствено, дискреционото право кое државите го имаат во утврдувањето на различниот законски третман за луѓето со хендикеп е со значително помал опфат.

- *Предметните интереси*

-- *Јавниот интерес во тужената држава*

85. Судот мора да ги одмери предметните интереси. Прво, што се однесува до легитимниот интерес на Владата да прибира данок за изземање од служење воен рок, Судот уште на почетокот забележува дека единствената причина која ја изнела Владата во однос на засегнатиот закон е да одржи одреден степен на еднаквост меѓу луѓето кои отслужуваат воен рок или цивилна служба и оние кои се измени од служење воен рок. Сепак, во конкретниот случај, засегнатото лице било прогласено за неспособно за служење воен рок од страна на властите иако отсекогаш ја изразува својата волја да го отслужи воениот рок. Во таква ситуација, Судот не е убеден дека е во интерес на заедницата да се обврзе лицето да плати данок како компензација за тоа што не отслужил воен рок. Судот не смета дека финансиската давачка во овој случај има важна улога во постигање на целта да се добие одредена компензација (видете *mutatis mutandis, Karlheinz Schmidt v. Germany*, 18 јули 1994 г., § 28, Series A no. 291-B).

86. Меѓу другото со оглед на намалувањето на бројот на припадниците на швајцарската Армија во последните години (видете став 40 погоре; видете исто така на пример извештај на Федералната влада од 7 јуни 1999 г. со Федералниот парламент за швајцарската безбедносна политика, стр. 58 и 70), Судот исто така смета дека данокот нема некоја голема улога на одвраќање. Јасно е дека овој данок не служи за да се обезбеди дека доволен број на луѓе го отслужуваат воениот рок, со оглед на тоа што во предметниот период имало многу луѓе кои биле способни и сакале да го отслужат воениот рок. Судот исто така ја забележува неодамнешната тенденција во европските држави целосно да ја укинат регрутацијата во корист на редовна војска (на пример Шпанија (2002 г.), Португалија (2004 г.), Унгарија и Република Чешка (2005 г.), Босна и Херцеговина и Словачка (2006 г.), Романија, Италија и Латвија (2007 г.)). Затоа не може реално да се утврди потребата да се гарантира одбраната и безбедноста на земјата со плаќањето на предметниот данок.

87. Од друга страна, во светлина на бројките кои ги доставиле странките (видете ставови 41-43 погоре), се чини дека во последните години повеќе од 40% од сите мажи на крајот биле прогласени за неспособни за служење воен рок. Според информациите кои ги има Судот, процентот на луѓето кои добиваат помош врз основа на нивниот хендикеп е мал во предметниот период и големо мнозинство од тие лица кои биле прогласени за неспособни за служење воен рок морале да платат данок за изземање. Судот, следствено смета дека многу е веројатно приходите генерирани со прибирање на данокот за изземање да не биле незанемарливи.

-- *Личните интереси на жалителот*

88. Владата тврди дека данокот не претставува значаен финансиски товар за луѓето со степен на хендикеп помал од 40%.

89. Судот забележува дека данокот за изземање од служење воен рок што треба да се плати за 2000 година изнесува 716 CHF (приближно ЕУР 477). Иако од една страна е точно дека сумата претставува само 2% од платата на жалителот, не може да се каже дека сумата е незначителна со оглед на релативно скромниот износ на неговиот приход кој подлежи на

оданочување. Натаму, мора да се има предвид дека предметниот данок се прибира секоја година, сè додека трае воената обврска, односно од 20-та до крајот на 30-та, па дури и 34-та година возраст (видете став 28 и ст. 31 погоре). Со оглед на тоа, Судот не може да смета дека финансискиот товар на данокот врз жалителот е само симболичен.

- Како властите го оцениле степенот на хендикеп на жалителот и износот на данокот за изземање од служење воен рок

90. Уште еден фактор кој треба да се земе предвид е хендикепот на жалителот, заради кој надлежниот орган го прогласил за неспособен за служење воен рок. При пресметување на данокот кој треба да се плати, швајцарскиот закон го зема предвид степенот на хендикеп, изземајќи ги оние лица кои страдаат од сериозен хендикеп. Федералниот суд го дефинирал значењето на „сериозен“ хендикеп. Во пресуда од 1998 г., овој Суд пресудил дека овој концепт треба да се толкува во медицинска смисла, а не во смисла на осигурување од хендикеп. Судот сметал дека хендикепот предизвикан од ампутација на нога до коленото претставува „сериозен“ хендикеп, кој кореспондира со степен од 40% хендикеп на листа на хендикеп (видете став 33 погоре). Во пресуда од 2000 г., Федералниот суд одлучил дека она што треба да се земе предвид се табелите кои ги користи Швајцарскиот национален фонд за осигурување во врска со несреќни случаи, а за пресметување на компензација за телесна повреда во склад со федералниот законодавство за осигурување од несреќен случај. Според Владата, намерата на член 4, став 1(a) од Законот за данок за изземање од служење воен рок наводно не е воопштено да ги изземе луѓето со полесен хендикеп, кои следствено се способни за работа и заработуваат нормална плата, од обврската да го платат предметниот данок.

91. Судот е целосно свесен дека првенствено националните власти, имено судовите, се оние кои треба да го толкуваат и применуваат домашното законодавство (*Winterwerp v. the Netherlands*, 24 октомври 1979 г., § 46, Series A no. 33). Сепак, Судот смета дека начинот на кој релевантните домашни власти постапувале во дадениот случај може да се стави под знак прашалник. Прво, тие едноставно ја споредиле болеста на жалителот, која не го спречува да работи, со случај на лице чија нога била ампутирана по несреќен случај и заклучиле дека неговиот хендикеп е лесен затоа што не го достигнува степенот од 40% хендикеп. Според мислењето на Судот, земајќи предвид само еден критериум, врз основа на прецедентен случај, кој не би можел воопшто да се спореди со ситуацијата на жалителот, швајцарските власти не ја разгледале достаточност и во детали индивидуалната ситуација на жалителот.

92. Вториот придружен критериум во член 4, став 1 (a) од федералниот Закон за данок за изземање од служење воен рок е приходот на жалителот. Штом неговиот хендикеп бил прогласен за лесен, жалителот немал можност да ја оспори претпоставката - заснована на таа одредба и претходно споменатото прецедентно право на Федералниот суд – според која лицето кое има само лесен хендикеп не е ставено во понеповолна положба на пазарот на трудот. Со други зборови, жалителот не можел да го изнесе тврдењето дека неговиот приход е релативно скромно и дека следствено обврската за плаќање на данок за изземање од служење воен рок е непропорционална во неговиот случај.

93. На крајот, Судот забележува дека нема можност за изземање од плаќање на предметниот данок за оние чиј хендикеп се смета дека е со степен понизок од 40%, но кои како и жалителот имаат релативно скромна плата. Сосема спротивното, законот утврдува плаќање на минимален износ од 200 швајцарски франци годишно (видете став 32 погоре). Следствено, дури и луѓе чиј годишен приход не е доволно голем, за да плаќаат данок на приход не се изземени од плаќање на данокот за кој тука станува збор.

- Немањето алтернатива за плаќањето данок

94. Судот смета дека со цел мерката да се смета за пропорционална и неопходна во едно демократско општество треба да има ситуација во која нема други средства да се постигне истата цел, а со кои би имало помало вмешување во предметните основни права. Во врска со ова, Судот забележува дека жалителот секогаш ја изразува неговата волја да отслужи воен рок, но дека бил прогласен за неспособен од воен доктор. Според Владата, таквиот наод се заснова на фактот што тој морал четири пати на ден да си става инјекции со инсулин. Судот е целосно свесен дека во ситуации во кои се засеegnати организацијата и оперативната ефикасност на вооружените сили, државите имаат одредено дискреционо право (видете, *mutatis mutandis*, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 и 33986/96, § 89, ECHR 1999-VI). Сепак, Судот се прашува што ги спречило властите да воспостават посебни форми на служба за луѓето кои се во ситуација која може да се спореди со ситуацијата на жалителот. На пример, активности кои иако се изведуваат во рамките на вооружените сили, бараат помал физички напор и затоа би можеле да бидат извршени од луѓе како жалителот. Во одредени држави законодавството предвидува алтернативни форми на служење воен рок, во рамките на вооружените сили, за луѓе со делумен хендикеп. Практично, овие луѓе се регрутираат за места кои се соодветни на степенот на нивниот хендикеп и нивните професионални вештини.

95. Не е спорно дека жалителот исто така сакал да служи во цивилната служба како замена за воениот рок. Сепак, според швајцарското законодавство таа можност е достапна само за лицата кои се повикуваат на приговор на совеста, врз основа на идејата дека цивилната служба ги бара истите физички и ментални квалитети како и воениот рок. Судот не може да го прифати овој аргумент. Вистина е дека во голем број на држави замената за воен рок е достапна само за лицата кои се повикуваат на приговор на совеста како во Швајцарија (за шведскиот приод, кој се чини дека е исклучок, видете став 34 од извештајот на Комитетот за правни прашања и човекови права на Парламентарното собрание на Советот на Европа под наслов „Користење на правото на приговор на совеста во однос на служење воен рок во државите-членки на Советот на Европа“, 4 мај 2001, Дос. 8809, достапен на интернет). Судот, сепак, е убеден дека посебните форми на цивилна служба прилагодени кон потребите на луѓето кои се во ситуација како и жалителот се сосема остварливи (за најразличните видови на служба како замена за воениот рок во вооружените сили, а достапни за лицата кои се повикуваат на приговор на совеста видете *mutatis mutandis*, став 35 од погоре споменатиот Извештај на Парламентарно собрание и став 43 до ст. 46 од извештајот на Канцеларијата на Високиот комесар на Обединетите нации за човекови права споменат во став 38 погоре).

- Заклучок

96. На крајот, Судот смета дека во конкретниот случај, домашните власти не успеале да постигнат правична рамнотежа меѓу заштитата на интересите на заедницата и почитувањето на правата и слободите на жалителот гарантирани со Конвенцијата, на кој не му било овозможено да го отслужи воениот рок или наместо тоа цивилна служба, но сепак морал да плати данок за изземање од служење воен рок. Судот ги зема предвид особените околности на случајот, вклучувајќи ги тука: износот кој треба да се плати - кој не е незанемарлива сума за жалителот - и бројот на години во текот на кои се плаќа овој данок; фактот дека жалителот сакал да служи воен рок или цивилна служба; немањето на одредби во швајцарското законодавство за формите на служба соодветни за луѓе во ситуација слична на ситуацијата на жалителот и незначајната улога која денес овој данок ја има во смисла на спречување или надомест за одбегнување на задолжителна национална служба.

97. Во светлина на целта и влијанието на предметниот данок, објективните причини изнесени како оправдување за разликата која домашните власти ја прават меѓу луѓето прогласени за неспособни за служење воен рок и изземени од плаќање данок и оние кои се прогласени за неспособни за служење воен рок, но кои сепак се обврзани да го платат данокот не се чинат разумни во однос на начелата кои вообичаено преовладуваат во демократските општества.

98. Со оглед на тоа, жалителот е жртва на дискриминаторско постапување и има повреда на членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата.

## II. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 7 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

99. Повикувајќи се на членот 7 од Конвенцијата жалителот тврди дека одлуката на швајцарските власти да го определат степенот на хендикеп потребен за изземање од данок за ослободување од служење воен рок на 40% нема никаква законска основа.

100. Судот смета дека спорната одлука не спаѓа во опфатот на *ratione materiae* на таа одредба, со оглед на тоа што не била изречена никаква „казна“ во рамките на значењето на членот 7, став 1 од Конвенцијата (видете на пример *Welch v. the United Kingdom*, 9 февруари 1995 г., §§ 26-36, Series A no. 307-A, и *Jamil v. France*, 8 јуни 1995 г., §§ 26-33, Series A no. 317-B)

101. Следствено, овој дел од жалбата мора да биде одбиен како очигледно неоснован во согласност со членот 35, став 3 и ст. 4 од Конвенцијата.

## III. ПРИМЕНА НА ЧЛЕНОТ 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

102. Членот 41 од Конвенцијата предвидува:

„Кога Судот ќе оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на протоколите, и доколку внатрешното право на засегнатата Висока договорна страна овозможува само делумна репарација на штетата, тогаш доколку е тоа неопходно, Судот ќе му додели правична отштета на оштетениот“.

### A. Штета

103. Судот забележува дека жалителот не поднел барање во однос на материјална или нематеријална штета.

### B. Трошоци и надоместоци

104. Адвокатот на жалителот побара вкупен износ од CHF 12.256,70 (приближно ЕУР 8.171) за трошоци и надоместоци кои настанале во текот на постапката пред Судот.

105. Владата истакна дека жалителот бил застапуван од адвокат само во подоцнежните фази на постапката и дека постапката не повлекува особено сложени правни прашања. Затоа, Владата смета дека доделувањето на CHF 2.000 (приближно ЕУРО 1.333) за трошоци и надоместоци би било правично.

106. Според прецедентото право на Судот, жалителот има право на надомест на трошоците и надоместоците само доколку се покаже дека овие трошоци навистина настанале и биле неопходни и дека се разумни како вкупен износ. Во конкретниот случај, земајќи ги предвид документите кои му се на располагање и погорните критериуми, Судот смета дека е разумно да додели сума од ЕУР 4.500 за трошоците пред Судот.

107. Следствено, по одземањето на сумата од ЕУР 850 која жалителот веќе која примил како правна помош за постапката пред Судот, Судот на жалителот му доделува сума од ЕУРО 3.650 за трошоци и надоместоци, на што се додава сумата на данокот која жалителот треба да го плати на тој износ.

### **В. Камата за неизвршување**

108. Судот смета дека е соодветно стапката на камата за неизвршување да се заснова на најниската каматна стапка за позајмени средства на Европската централна банка, плус три процентни поени.

## **ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ ЕДНОГЛАСНО**

1. *Ја прогласува* жалбата според членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата за допуштена, а остатокот од жалбата за недопуштен,
2. *Смета* дека има повреда на членот 14, во врска со членот 8 од Конвенцијата,
3. *Смета*
  - (а) дека тужената држава на жалителот треба да му плати, во рок од три месеци од датумот на кој пресудата ќе стане конечна, а во согласност со членот 44, став 2 од Конвенцијата, ЕУР 3.650 (три илјади и шестотини и педесет евра), како и било кои давачки кои може да му се наплатат, во однос на трошоците и давачките, а кои ќе се конвертираат во валутата на тужената држава според менувачки курс кој е важечки на датумот на извршувањето;
  - (б) дека од истекот на наведениот рок од три месеци сè до извршувањето ќе се засметува основна камата на наведениот износ по стапка еднаква на најниската каматна стапка за позајмени средства на Европската централна банка за периодот на неизвршување, плус три процентни поени.
4. *Го одбива* остатокот од барањето за правична отштета.

Составена на англиски и доставена на писмено на 30 април 2009 г. во склад со Правилото 77, ст. 2 и ст. 3 од Правилникот на Судот.

André Wampach  
Заменик секретар

Nina Vajić,  
Претседател

**Предмет C-13/05**

**Сониа Чакон Навас**

**(Sonia Chacón Navas)**

**против**

**Еурест Колективидадес СА**

**(Eurest Colectividades SA)**

(Упатување за прелиминарна одлука од Судот за работни спорови бр. 33 од Мадрид  
(Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid))

(Директива 2000/78/ЕЗ – Еднаков третман при вработување и избор на професија- концепт  
на ментална и телесна попреченост)

Мислење на Генералниот адвокат Geelhoed донесено на 16 март 2006 година

Пресуда на Судот (Голем судски совет), 11 јули 2006 година

Резиме на пресудата

1. *Прелиминарни одлуки – Надлежност на судот – Ограничувања*

*(член 234 ЕЗ)*

2. *Социјална политика – Еднаков третман при вработување и избор на професија –  
Директива 2000/78*

*(Директива на Советот 2000/78, Член 1)*

3. *Социјална политика – Еднаков третман при вработување и избор на професија –  
Директива 2000/78*

*(Директива на Советот 2000/78, член 2(1) и 3(1)(в))*

4. *Социјална политика – Еднаков третман при вработување и избор на професија –  
Директива 2000/78*

*(Директива на Советот 2000/78, член 1)*

1. Во постапките според член 234 ЕЗ, кои се темелат на јасно разграничување на функциите помеѓу националните судови и Судот на правдата, оценката на фактите во предметот е прашање на националните судови. Слично, националниот суд пред кој се води спорот, и кој мора да преземе одговорност за следствената судска одлука, е единствено одговорен да ја утврди, земајќи ги предвид конкретните околности на предметот, потребата од упатување за прелиминарна одлука со цел да му се овозможи да донесе пресуда, како и релевантноста на прашањата кои ги поднесува до Судот. Оттука, кога поднесените прашања се однесуваат на толкувањето на правото на Заедницата, Судот е во принцип обврзан да донесе одлука.

Меѓутоа, во исклучителни околности, Судот може да ги испита условите во кои предметот

е упатен до него од страна на националниот суд за да ја потврди сопствената надлежност. Судот може да одбие да одлучи по прашање упатено за прелиминарна одлука од страна на национален суд единствено кога е очигледно дека толкувањето на правото на Заедницата кое се бара не е поврзано со реалните факти на главното дејство или неговата цел, кога проблемот е хипотетички или кога Судот го нема пред себе фактичкиот или правен материјал кој му е потребен за да може да даде корисен одговор на доставеното прашање.

(види ставови 32-33)

2. Лице кое е отпуштено од работа од страна на работодавец единствено поради болест не е опфатено со општата рамка за борба против дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост утврдена со Директивата 2000/78, која утврдува општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија.

Иако концептот на „ментална и телесна попреченост“ во рамките на значењето на Директивата 2000/78 мора да се сфати како ограничување кое е резултат особено на физички, ментални или психички оштетувања и кое го попречува учеството на засегнатото лице во професионалниот живот, концептите на „ментална и телесна попреченост“ и „болест“ не може едноставно да се сметаат за идентични. Со примената на концептот на „ментална и телесна попреченост“ во член 1, законодавното тело намерно избрало поим кој се разликува од „болест“. Покрај тоа, значењето кое законодавното тело на Заедницата го припишува на мерките за приспособување на работното место кон потребите на лицата со ментална и телесна попреченост покажува дека тоа предвидело ситуации во кои учеството во професионалниот живот е попречено во текот на подолг временски период. Така, за ограничувањето да може да се опфати со концептот на „ментална и телесна попреченост“, мора да постои веројатност дека тоа ќе трае подолг временски период.

Во секој случај, ништо во Директивата 2000/78 не предлага дека работниците се заштитени со забраната од дискриминација врз основ на ментална и телесна попреченост откако ќе заболат од каква било болест.

(види ставови 43-47, оперативен дел 1)

3. Забраната, во однос на отпуштање од работа, на дискриминацијата врз основа на ментална и телесна попреченост содржана во членовите 2(1) и 3(1)(в) од Директивата 2000/78 за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија забранува отпуштање од работа врз основа на ментална и телесна попреченост кое, во контекст на обврската за обезбедување на разумно приспособување за лицата со ментална и телесна попреченост, не е оправдано со фактот дека засегнатото лице не е компетентно, способно и достапно за извршување на основните функции на своето работно место.

(види став 51, оперативен дел 2)

4. Болеста како таква не може да се смета за дополнителен основ во однос на кој Директивата 2000/78 за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија забранува дискриминација.

Ниту една одредба од Договорот не забранува дискриминација врз основа на болест како таква. Што се однесува до општото начело на недискриминација, тоа е обврзувачко за земјите членки кога националната ситуација која е предмет на главната постапка влегува

во опсегот на правото на Заедницата. Меѓутоа, од тоа не произлегува дека опсегот на Директивата 2000/78 треба по аналогија да се прошири надвор од дискриминацијата по основите наведени таксативно во член 1 од истата.

(види ставови 54, 56-57, оперативен дел 3)

ПРЕСУДА НА СУДОТ (Големиот судски совет)

11 јули 2006 година (\*)

(Директива 2000/78/ЕЗ – Еднаков третман при вработување и избор на професија –  
Концепт на ментална и телесна попреченост)

Во предметот C-13/05,

УПАТУВАЊЕ за прелиминарна одлука според член 234 ЕЗ од Судот за работни спорови бр. 33 од Мадрид (Шпанија), со одлука од 7 јануари 2005 година, примено во Судот на 19 јануари 2005 година, во постапката

**Сониа Чакон Навас**

против

**Еурест Колективидадес СА,**

СУДОТ (Големиот судски совет),

составен од V. Skouris, Претседател, P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Schieman и J. Makarczyk, Претседатели на Советите, J.-P. Puissochet, N. Colneric (судија-известител), K. Lenaerts, P. Kūris, E. Juhász, E. Levits и A. Ó Caoimh, судии,

Општ застапник: L.A. Geelhoed,

Записничар: R. Grass,

во однос на писмената постапка,

земајќи ги предвид коментарите поднесени во име на:

- Еурест Колективидадес СА, од страна на R. Sanz García-Muro, адвокат,
- шпанската влада, од страна на E. Braquehais Conesa, во својство на застапник,
- чешката влада, од страна на T. Vošek, во својство на застапник,
- германската влада, од страна на M. Lumma и C. Schulze-Bahr, во својство на застапници,
- холандската влада, од страна на H. G. Sevenster, во својство на застапник,
- австриската влада, од страна на C. Pesendorfer, во својство на застапник,
- владата на Обединетото Кралство, од страна на C. White, во својство на застапник, и T. Ward, адвокат,

– Комисијата на европските заедници, од страна на I. Martinez del Peral Cagigal и D. Martin, во својство на застапници,

по сослушувањето на Мислењето на Општиот застапник на седницата на 16 март 2006 година,

ја донесе следната

### **Пресуда**

1 Ова упатување за прелиминарна одлука се однесува на толкувањето, во однос на дискриминацијата врз основа на ментална и телесна попреченост, на Директивата на Советот 2000/78 од 27 ноември 2000 година за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија (Службен весник на Европските заедници 2000 L 303, стр. 16) и, алтернативно, можна забрана на дискриминација врз основа на болест.

2 Упатувањето е извршено во текот на постапката помеѓу Г-ѓа Чакон Навас и Еурест Колективидадес СА („Еурест“) во однос на нејзиното отпуштање за време на отсуство од работа поради болест.

### **Правен и регулаторен контекст**

#### *Право на Заедницата*

3 Првиот став од член 136 ЕЗ го содржи следниот текст:

„Заедницата и земјите членки, земајќи ги предвид основните социјални права, како што се оние утврдени во Европската социјална повелба потпишана во Турин на 18 октомври 1961 година и во Повелбата на Заедницата за основни социјални права на работниците од 1989 година, имаат за цел промовирање на вработувањето, унапредување на работните и животните услови, за да овозможат нивна хармонизација без нарушување на процесот на напредок, соодветна социјална заштита, дијалог помеѓу раководството и работниците, развој на човековите ресурси во насока на одржување на висока стапка на вработеност и борба против исклученоста“.

4 Член 137(1) и (2) ЕЗ ја овластува Заедницата да ги поддржува и дополнува активностите на земјите членки во насока на постигнување на целите од член 136 ЕЗ, меѓу другото во полето на интеграцијата на лицата исклучени од пазарот на трудот и борбата против социјалната исклученост.

5 Директивата 2000/78 беше усвоена врз основа на член 13 ЕЗ од верзијата пред Договорот од Ница, кој предвидува:

„Без да ги доведе во прашање другите одредби од овој Договор и во рамките на овластувањата пренесени на Заедницата, Советот, постапувајќи едногласно по предлогот на Комисијата и по консултации со Европскиот парламент, може да преземе соодветни мерки за борба против дискриминацијата врз основа на пол, раса, етничко потекло, религија или верско уверување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација.“

6 Член 1 од Директивата 2000/78 предвидува:

„Целта на оваа Директива е да утврди општа рамка за борба против дискриминацијата врз основ на религија или верско уверување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација во однос на вработување и избор на професија, со цел во земјите членки да се применува принципот на еднаков третман.“

7 Во воведните забелешки на Директивата се истакнува:

„(11) Дискриминацијата врз основа на религија или верско уверување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација може да го поткопа постигнувањето на целите од Договорот за ЕЗ, особено постигнувањето на високо ниво на вработеност и социјална заштита, подигнување на животниот стандард и квалитетот на животот, економската и социјалната кохезија и солидарност, и слободното движење на лицата.

(12) За таа цел, каква било директна или индиректна дискриминација врз основа на религија или верско уверување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација во однос на областите опфатени со оваа Директива треба да се забрани на целата територија на Заедницата. ...

...

(16) Обезбедувањето мерки за приспособување кон потребите на лицата со ментална и телесна попреченост на работното место игра важна улога во борбата против дискриминацијата врз основа на ментална и телесна попреченост.

(17) Оваа Директива не наложува вработување, унапредување, одржување на работен однос или обука на лице кое не е компетентно, способно и достапно за извршување на основните функции на работното место или за посетување на соодветна обука, без да ја доведе во прашање обврската за обезбедување на разумно приспособување за лицата со ментална и телесна попреченост.

...

(27) Во својата Препорака 86/379/ЕЕЗ од 24 јули 1986 година за вработување на лица со ментална и телесна попреченост во Заедницата [Службен весник на Европските заедници 1986 L 225, стр. 43], Советот воспостави насоки кои утврдуваат примери на позитивна акција за промовирање на вработување и обука на лица со ментална и телесна попреченост, и во својата Резолуција од 17 јуни 1999 година за еднакви можности за вработување за лицата со ментална и телесна попреченост ја потврди важноста од посветување на поголемо внимание на, меѓу другото, вработувањето, задржувањето, обуката и доживотното учење во однос на лицата со ментална и телесна попреченост.“

8 Член 2(1) и (2) од Директивата 2000/78 предвидува:

„1. За целите на оваа Директива, „начелото на еднаков третман“ значи дека не смее да постои каква било директна или индиректна дискриминација врз која било од основите наведени во член 1.

2. За целите на став 1:

(а) директна дискриминација се смета дека се случила кога едно лице се третира, било или би било третирано понеповолно во однос на друго лице во споредлива ситуација, по кој

било од основите наведени во член 1.

(б) индиректна дискриминација се смета дека се случила кога навидум неутрална одредба, критериум или практика доведува лица од одредена религија или со одредено верско уверување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација во понеповолна состојба во однос на други лица, освен доколку:

(i) таквата одредба, критериум или практика е објективно оправдана со легитимна цел и средствата за постигнување на таа цел се соодветни и неопходни, или

(ii) во однос на лицата со одредена ментална и телесна попреченост, работодавецот или кое било друго лице или организација на кои се однесува оваа Директива, се обврзани, според националното законодавство, да ги преземат неопходните мерки во согласност со начелата содржани во член 5 со цел да се отстранат неповолностите предизвикани со таквата одредба, критериум или пракса.“

9 Според член 3 од Директивата:

„1. Во рамките на овластувањата пренесени на Заедницата, оваа Директива се применува на сите лица, како од јавниот така и од приватниот сектор, вклучувајќи ги јавните органи, во врска со:

...

(в) вработување и работни услови, вклучувајќи отпуштање и исплата;

...’

10 Член 5 од Директивата го содржи следниот текст:

„ За да се гарантира почитување на начелото на еднаков третман во однос на лицата со ментална и телесна попреченост, потребно е да се обезбеди соодветно приспособување. Тоа значи дека работодавците треба да преземат соодветни мерки, кога е потребно во одреден случај, да им овозможат на лицата со ментална и телесна попреченост да имаат пристап, да учествуваат и да напредуваат во работата или да посетуваат обука, освен доколку таквите мерки не претставуваат непропорционален товар за работодавецот. Таквиот товар не се смета за непропорционален доколку е обезбедена доволна помош преку мерки кои постојат во рамките на политиките за лица со ментална и телесна попреченост во предметната земја членка.“

11 Повелбата на Заедницата за основните социјални права на работниците, усвоена на состанокот на Европскиот совет одржан во Стразбур на 9 декември 1989 година, на која се однесува член 136(1) ЕЗ, во својата точка 26 истакнува:

„Сите лица со ментална и телесна попреченост, независно од потеклото и природата на нивната попреченост, мора да имаат право на дополнителни конкретни мерки насочени кон подобрување на нивната социјална и професионална интеграција.

Таквите мерки мора да се однесуваат, особено, во согласност со способностите на корисниците, на професионална обука, ергономија, пристапност, мобилност, средства.

*Национално законодавство*

12 Според Член 14 од шпанскиот Устав:

„Шпанците се еднакви пред законот, без дискриминација врз основа на раѓање, раса, пол, религија, уверување или која било друго состојба или лична или општествена околност.“

13 Кралскиот декрет Бр. 1/1995 од 24 март 1995 година кој го одобрува изменетиот текст на Статутот на работниците (Estatuto de los Trabajadores, BOE No 75 од 29 март 1995, стр. 9654; „Статутот на работниците“) прави разлика помеѓу незаконско отпуштање и неважечко отпуштање.

14 Член 55(5) и (6) од Статутот на работниците предвидува:

„5. Секое отпуштање врз основа на дискриминација забранета со Уставот или законите или спротивно на основните права и јавни слободи на работниците се смета за неважечко.

...

6. Секое отпуштање кое е неважечко подразбира неодложно враќање на работникот на работното место, со исплата на неисплатените надници или плати.“

15 Од Член 56(1) и (2) од Статутот на работниците произлегува дека, во случај на незаконско отпуштање, освен кога работодавецот ќе одлучи да го врати работникот на работното место, работникот го губи работното место но добива надомест.

16 Во однос на забраната на дискриминација во работните односи, член 17 од Статутот на работниците, со измените и дополнувањата со Законот 62/2003 од 30 декември 2003 година, со кој се утврдуваат фискални, административни и социјални мерки (BOE Бр. 313 од 31 декември 2003, стр. 46874), кој има за цел транспонирање на Директивата 2000/78 во шпанското право, предвидува:

„1. Регулаторните одредби, клаузулите во колективните договори, индивидуалните договори и едностраните одлуки на работодавецот кои вклучуваат директна или индиректна неповолна дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост, или позитивна или неповолна дискриминација во работните односи, или во однос на плата, работно време и други услови на вработување врз основа на пол, раса или етничка припадност, граѓански статус, социјален статус, религија или верски уверувања, политички мислења, сексуална ориентација, членување или нечленување во синдикати или почитување на нивните договори, сродство со друг работник во претпријатието, или јазик во рамките на Шпанија, ќе се сметаат за неважечки и неефективни.

...“

**Главна постапка и прашања упатени за прелиминарна одлука**

17 Г-ѓа Чакон Навас била вработена од Еурест, претпријатие кое се занимава со снабдување со готова храна и пијалаци (кетеринг). На 14 октомври 2003 година, ѝ била издадена потврда дека е неподобна за работа поради болест и, според јавната здравствена служба каде била лекувана, не е во состојба набрзо да се врати на работа. Судот кој го врши упатувањето не обезбедува информации за болеста на Г-ѓа Чакон.

18 На 28 мај 2004 година, Еурест писмено ја известиле Г-ѓа Чакон Навас дека е отпуштена од работа, без да наведат какви било причини, прифаќајќи дека отпуштањето е незаконско и нудејќи ѝ надомест.

19 На 29 јуни 2004 година, Г-ѓа Чакон Навас покренала тужба против Еурест, тврдејќи дека нејзиното отпуштање е неважечко поради нееднаков третман и дискриминација против неа, како резултат на фактот што таа била отсутна од работа осум месеци. Таа побарала решение Еурест да ја врати на нејзиното работното место.

20 Судот кој го врши упатувањето истакнува дека, во отсуство на какви било други тврдења или докази во поднесокот, од преносот на товарот на докажување произлегува дека дека Г-ѓа Чакон Навас мора да се смета за отпуштена единствено врз основа на фактот што била отсутна од работа поради болест.

21 Судот кој го врши упатувањето напоменува дека, според шпанската судска пракса, постојат преседани во корист на класификацијата на овој вид на отпуштање како незаконско наместо како неважечко, бидејќи, во шпанското право, болеста не е изречно утврдена како еден од основните за дискриминација која е забранета во односите помеѓу приватни лица.

22 Сепак, судот кој го врши упатувањето напоменува дека постои каузална врска помеѓу болеста и менталната и телесната попреченост. За да се дефинира поимот „ментална и телесна попреченост“, неопходно е да се консултира Меѓународната класификација за функционирање, попреченост и здравје (ICF) подготвена од Светската здравствена организација. Оттаму е очигледно дека „ментална и телесна попреченост“ е генерички израз кој вклучува недостатоци, ограничување на активноста и учеството во социјалниот живот. Болеста може да предизвика недостатоци кои резултираат со попреченост кај лицата.

23 Со оглед на фактот што болеста често може да предизвика неповратна попреченост, судот кој го врши упатувањето смета дека работниците мора да бидат навремено заштитени според забраната на дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост. Во спротивно, заштитата предвидена од страна на законодавното тело би била, во голема мерка, поништена, бидејќи така би се создале услови за спроведување на неконтролирани дискриминаторни практики.

24 Доколку се заклучи дека попреченоста и болеста се два одделни концепти и дека правото на Заедницата не се применува директно на болеста, судот кој го врши упатувањето предлага да се прифати дека болеста претставува идентификувачка особина која не е изречно наведена, но која треба да се додаде кон оние во однос на кои Директивата 2000/78 забранува дискриминација. Тоа произлегува од заедничкото читање на членовите 13 ЕЗ, 136 ЕЗ и 137 ЕЗ и член II-21 од нацрт Договорот со кој се воспоставува Уставот на Европа.

25 Во тие околности, Судот за работни спорови Бр.33 од Мадрид одлучи да ја одложи постапката и да ги упати следните прашања до Судот за прелиминарна одлука:

„(1) Дали Директивата 2000/78, поради фактот што член 1 од истата утврдува општа рамка за борба против дискриминацијата врз основа на ментална и телесна попреченост, во својот опсег на заштита вклучува ... [работник] кој е отпуштен од својот работодавец единствено поради болест?

(2) Алтернативно, доколку се заклучи дека болеста не спаѓа во рамките на заштитата од

дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост утврдена со Директивата 2000/78 и доколку негативно се одговори на првото прашање, дали болеста може да се смета за идентификувачка особина покрај оние во однос на кои Директивата 2000/78 забранува дискриминација?“

### **Прифатливост на упатувањето за прелиминарна одлука**

26 Комисијата се сомнева во прифатливоста на упатените прашања поради тоа што фактите опишани во барањето за упатување не се доволно прецизни.

27 Во тој поглед, мора да се забележи дека и покрај отсуството на каква било индикација за природата и можниот тек на болеста на Г-ѓа Чакон Навас, Судот има доволно информации кои му овозможуваат да даде корисен одговор на упатените прашања.

28 Од решението за упатување е очигледно дека Г-ѓа Чакон Навас, на која ѝ била издадена потврда за неподобност за работа поради болест и која не била во состојба набрзо да се врати на работа, била, според судот кој го врши упатувањето, отпуштена единствено поради фактот што била отсутна од работа поради болест. Исто така, од решението е очигледно дека судот кој го врши упатувањето смета дека постои каузална врска помеѓу болеста и менталната и телесна попреченост и дека работниците во истата ситуација како Г-ѓа Чакон Навас мора да бидат заштитени согласно забраната на дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост.

29 Главното прашање се однесува особено на толкувањето на концептот на „ментална и телесна попреченост“ за целите на Директивата 2000/78. Толкувањето на Судот на тој концепт има за цел да му овозможи на судот кој го врши упатувањето да одлучи дали Г-ѓа Чакон Навас била, во времето на нејзиното отпуштање поради болест, лице со ментална и телесна попреченост, за целите на Директивата, кое ја уживало заштитата предвидена во член 3(1)(в) од истата.

30 Алтернативното прашање е поврзано со болеста како „идентификувачка особина“ и оттаму се однесува на кој било тип на болест.

31 Еурест тврдат дека упатувањето за прелиминарна одлука е неприфатливо бидејќи шпанските судови, особено Врховниот суд, веќе одлучиле, во однос на законодавството на Заедницата, дека отпуштањето на работник на кој му е издадена потврда за неподобност за работа поради болест не претставува дискриминација. Меѓутоа, фактот што национален суд веќе го протолкувал законодавството на Заедницата, не може да го направи упатувањето за прелиминарна одлука неприфатливо.

32 Во однос на аргументот на Еурест дека ја отпуштиле Г-ѓа Чакон Навас не земајќи го предвид фактот што таа била отсутна од работа поради болест бидејќи, во тој момент, нејзините услуги повеќе не биле потребни, мора повторно да се истакне дека, во постапките според член 234 ЕЗ, кои се темелат на јасно разграничување на функциите помеѓу националните судови и Судот за правда, каква била оценка на фактите во предметот е прашање за националниот суд. Слично, националниот суд пред кој се води спорот, и кој мора да преземе одговорност за следствената судска одлука, е единствено одговорен да ја утврди, земајќи ги предвид конкретните околности на предметот, потребата од упатување за прелиминарна одлука со цел да му се овозможи да донесе пресуда, како и релевантноста на

прашањата кои ги поднесува до Судот. Оттука, кога поднесените прашања се однесуваат на толкувањето на правото на Заедницата, Судот е во принцип обврзан да донесе одлука (види, меѓу другото, Предмет C-326/00 *ІКА* [2003] ECR I-1703, став 27, и Предмет C-145/03 *Keller* [2005] ECR I-2529, став 33).

33 Меѓутоа, во исклучителни околности, Судот може да ги испита условите во кои предметот е упатен до него од страна на националниот суд за да ја потврди сопствената надлежност (види, во тој контекст, Предмет 244/80 *Foglia* [1981] ECR 3045, став 21). Судот може да одбие да одлучи по прашање упатено за прелиминарна одлука од страна на национален суд единствено кога е очигледно дека толкувањето на правото на Заедницата кое се бара не е поврзано со реалните факти на главното дејство или неговата цел, кога проблемот е хипотетички или кога Судот го нема пред себе фактичкиот или правен материјал кој му е потребен за да може да даде корисен одговор на доставените прашања (види, меѓу другото, Предмет C-379/98 *Preussen Elektra* [2001] ECR I-2099, став 39, и Предмет C-35/99 *Arduino* [2002] ECR I-1529, став 25).

34 Бидејќи ниту еден од овие услови не е задоволен во овој предмет, упатувањето за прелиминарна одлука е прифатливо.

## Прашања

### *Прво прашање*

35 Со своето прво прашање, судот кој го врши упатувањето прашува, во суштина, дали општата рамка утврдена со Директивата 2000/78 за борба против дискриминацијата врз основа на ментална и телесна попреченост дава заштита на лице кое е отпуштено од работа од страна на работодавецот единствено поради болест.

36 Како што е јасно од член 3(1)(в) од Директивата 2000/78, таа се однесува, во рамките на надлежноста пренесена на Заедницата, на сите лица, во однос на, меѓу другото, отпуштања од работа.

37 Во рамките на таквата надлежност, општата рамка утврдена со Директивата 2000/78 за борба против дискриминацијата врз основа на ментална и телесна попреченост, оттаму, се однесува на отпуштања од работа.

38 За да даде одговор на упатеното прашање, неопходно е, прво, да се протолкува концептот на „ментална и телесна попреченост“ за целите на Директивата 2000/78 и, второ, да се утврди степенот до кој лицата со ментална и телесна попреченост се заштитени со таа Директива во однос на отпуштања од работа.

Концепт на „ментална и телесна попреченост“

39 Концептот на „ментална и телесна попреченост“ не е дефиниран со Директивата 2000/78, ниту пак Директивата упатува на законите на земјите членки за дефиниција на тој концепт.

40 Од потребата за униформирана примена на правото на Заедницата и на начелото на еднаков третман произлегува дека условите на одредена одредба од правото на Заедницата која не упатува директно на правото на земјите членки со цел утврдување на нејзиното значење и опсег вообичаено треба да се толкуваат автономно и подеднакво во рамките

на целата Заедница, земајќи го предвид контекстот на одредбата и целта на предметното законодавство (види, меѓу другото, Предмет 327/82 *Ekro* [1984] ECR 107, став 11, и Предмет C-323/03 *Commission v Spain* [2006] ECR I-0000, став 32).

41 Како што е очигледно од член 1, целта на Директивата 2000/78 е да утврди општа рамка за борба против дискриминацијата врз која било од основите наведени во тој член, меѓу кои ментална и телесна попреченост, во однос на вработување и избор на професија.

42 Во контекст на таа цел, концептот „ментална и телесна попреченост“ за целите на Директивата 2000/78 мора, во согласност со правилото утврдено во став 40 од оваа пресуда, да се толкува автономно и подеднакво.

43 Директивата 2000/78 има за цел борба против дискриминацијата во однос на вработување и избор на професија. Во тој контекст, концептот на „ментална и телесна попреченост“ мора да се сфати како ограничување кое е резултат особено на физичко, ментално или психолошко нарушување и кое го попречува учеството на засегнатото лице во професионалниот живот.

44 Меѓутоа, со примената на концептот на „ментална и телесна попреченост“ во член 1 од таа Директива, законодавното тело намерно избрало поим кој се разликува од „болест“. Двата концепти не може едноставно да се сметаат за еднакви.

45 Воведна забелешка 16 во преамбулата на Директивата 2000/78 истакнува дека „обезбедувањето на мерки за приспособување кон потребите на лицата со ментална и телесна попреченост на работното место игра важна улога во борбата против дискриминацијата врз основа на ментална и телесна попреченост“. Важноста која законодавното тело на Заедницата ја придава на мерките за приспособување на работното место кон потребите на лицата со ментална и телесна попреченост покажува дека тоа предвидело ситуации во кои учеството во професионалниот живот е попречено во текот на подолг временски период. Така, за ограничувањето да може да се опфати со концептот на „ментална и телесна попреченост“, мора да постои веројатност дека тоа ќе трае подолг временски период.

46 Ништо во Директивата 2000/78 не предлага дека работниците се заштитени со забраната на дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост откако ќе заболат од каква било болест.

47 Од горенаведеното произлегува дека лице кое е отпуштено од работа од страна на работодавецот единствено поради болест не е опфатено со општата рамка за борба против дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост утврдена со Директивата 2000/78.

Заштита на лицата со ментална и телесна попреченост во однос на отпуштање од работа

48 Неповолниот третман врз основа на ментална и телесна попреченост ја поткопува заштитата предвидена со Директивата 2000/78 единствено доколку претставува дискриминација во рамките на значењето на член 2(1) од таа Директива.

49 Според воведната забелешка 17 во Преамбулата на Директивата 2000/78, оваа Директива не наложува вработување, унапредување или одржување на работен однос на лице кое не е компетентно, способно и достапно за извршување на основните функции на работното место или за посетување на соодветна обука, без да ја доведе во прашање обврската за обезбедување на разумно приспособување за лицата со ментална и телесна попреченост.

50 Во согласност со член 5 од Директивата 2000/78, разумно приспособување се обезбедува со цел да се гарантира почитување на начелото на еднаков третман во однос на лицата со ментална и телесна попреченост. Оваа одредба истакнува дека работодавците треба да преземат соодветни мерки, кога е потребно во одреден случај, да им овозможат на лицата со ментална и телесна попреченост да имаат пристап, да учествуваат или да напредуваат во работата, освен доколку таквите мерки не претставуваат непропорционален товар за работодавецот.

51 Забраната, во однос на отпуштање од работа, на дискриминацијата врз основа на ментална и телесна попреченост содржана во членовите 2(1) и 3(1)(в) од Директивата 2000/78 забранува отпуштање од работа врз основа на ментална и телесна попреченост кое, во контекст на обврската за обезбедување на разумно приспособување за лицата со ментална и телесна попреченост, не е оправдано со фактот дека засегнатото лице не е компетентно, способно и достапно за извршување на основните функции на своето работно место.

52 Од горенаведеното произлегува дека одговорот на првото прашање мора да биде дека:

– лице кое е отпуштено од работа од страна на работодавецот единствено поради болест не е опфатено со општата рамка за борба против дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост утврдена со Директивата 2000/78;

– забраната, во однос на отпуштање од работа, на дискриминацијата врз основа на ментална и телесна попреченост содржана во членовите 2(1) и 3(1)(в) од Директивата 2000/78 забранува отпуштање од работа врз основа на ментална и телесна попреченост кое, во контекст на обврската за обезбедување на разумно приспособување за лицата со ментална и телесна попреченост, не е оправдано со фактот дека засегнатото лице не е компетентно, способно и достапно за извршување на основните функции на своето работно место.

#### *Второ прашање*

53 Со своето второ прашање, судот кој го врши упатувањето прашува дали болеста може да се смета како основа за дискриминација покрај оние во однос на кои Директивата 2000/78 забранува дискриминација.

54 Во таа смисла, мора да се истакне дека ниту една одредба од Договорот за ЕЗ не забранува дискриминација врз основа на болест како таква.

55 Член 13 ЕЗ и член 137 ЕЗ, читани заедно со член 136 ЕЗ, ги содржат единствено правилата кои ги уредуваат надлежностите на Заедницата. Покрај тоа, член 13 ЕЗ не споменува дискриминација врз основа на болест како таква покрај дискриминацијата врз основа на ментална и телесна попреченост и, оттаму, не може да претставува правна основа за мерки на Советот за борба против таков вид на дискриминација.

56 Точно е дека основните права кои сочинуваат интегрален дел од општите начела на правото на Заедницата го вклучуваат општото начело на недискриминација. Тоа начело е оттаму обврзувачко за земјите членки кога националната ситуација која е предмет на главната постапка влегува во опсегот на правото на Заедницата (види, во тој контекст, Предмет С-442/00 *Rodríguez Caballero* [2002] ECR I-11915, став 30 и 32, и Предмет С-112/00 *Schmidberger* [2003] ECR I-5659, став 75, и цитираната судска пракса). Меѓутоа, од тоа не произлегува дека опсегот на Директивата 2000/78 треба по аналогича да се прошири надвор

од дискриминацијата врз основите наведени таксативно во член 1 од истата.

57 Одговорот на второто прашање мора оттука да биде дека болеста како таква не може да се смета за основа за дискриминација покрај оние во однос на кои Директивата 2000/78 забранува дискриминација.

### Трошоци

58 Бидејќи за страните на главната постапка овие постапки се дел од тужбата која е во тек пред националниот суд, одлуката за трошоците е прашање за тој суд. Трошоците за поднесување на забелешки до Судот, освен трошоците на тие страни, се неповратни.

Врз тој основ, Судот (Големиот судски совет) ја носи следната одлука:

1. Лице кое е отпуштено од работа од страна на работодавецот единствено поради болест не е опфатено со општата рамка за борба против дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост утврдена со Директивата 2000/78/ЕЗ од 27 ноември 2000 година, која утврдува општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија.

2. Забраната, во однос на отпуштање од работа, на дискриминацијата врз основ на ментална и телесна попреченост содржана во членовите 2(1) и 3(1)(в) од Директивата 2000/78 забранува отпуштање од работа врз основ на ментална и телесна попреченост кое, во контекст на обврската за обезбедување на разумно приспособување за лицата со ментална и телесна попреченост, не е оправдано со фактот дека засегнатото лице не е компетентно, способно и достапно за извршување на основните функции на неговото работно место.

3. Болеста како таква не може да се смета за основа за дискриминација покрај оние во однос на кои Директивата 2000/78 забранува дискриминација.

[Потписи]

**Предмет С-303/06**

**С. Колман**

**(S. Coleman)**

**против**

**Атриџ Ло и Стив Ло**

**(Attridge Law and Steve Law)**

(Упатување за прелиминарна одлука од

Трибунал за работни односи, Јужен Лондон (Employment Tribunal, London South))

(Социјална политика – Директива 2000/78/ЕЗ – Еднаков третман при вработување и избор на професија- членови 1, 2(1), (2)(а) и (3) и 3(1)(в) – Директна дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост – Вознемирување поврзано со ментална и телесна попреченост – Отпуштање на вработен кој нема ментална и телесна попреченост, но има дете со ментална и телесна попреченост – Вклучен – Товар на докажување)

**Резиме на пресудата**

1. *Социјална политика – Еднаков третман при вработување и избор на професија– Директива 2000/78 – Забрана на дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост- Опсег*

*(Директива 2000/78 на Советот, членови 1 и 2(1) и (2)(а))*

2. *Социјална политика – Еднаков третман при вработување и избор на професија– Директива 2000/78 – Забрана на вознемирување-Опсег*

*(Директива 2000/78 на Советот, членови 1 и 2(1) и (3))*

1. Директивата 2000/78 за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија и, конкретно, членови 1 и 2(1) и (2)(а) од истата, мора да се толкуваат дека забраната на директната дискриминација утврдена со тие одредби не е ограничена само на лица кои самите имаат ментална и телесна попреченост. Начелото на еднаков третман втемелено во таа Директива во полето на вработувањето и изборот на професија не се однесува само на конкретна категорија на лица туку и на основите споменати во член 1.

Кога работодавец третира вработен кој самиот нема ментална и телесна попреченост понеповолно во однос на начинот на кој друг вработен е, бил или би бил третиран во споредлива ситуација, и се утврди дека таквиот понеповолен третман на тој вработен се темели на ментална и телесна попреченост на негово дете, примарната грижа за кое ја обезбедува тој вработен, таквиот третман е спротивен на забраната на директна дискриминација утврдена со член 2(2)(а) од Директивата 2000/78.

(види ставови 38, 50, 56, оперативен дел 1)

2. Директивата 2000/78 за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија и, конкретно, членовите 1 и 2(1) и (3) од истата, мора да се толкуваат дека забраната на вознемирување утврдена со тие одредби не е ограничена на лица кои самите имаат ментална и телесна попреченост. Според член 2(3), вознемирувањето се смета за форма на дискриминација во рамките на значењето на член 2(1) и начелото на еднаков третман втемелено во таа Директива во областа на вработувањето и изборот на професија не се однесува само на конкретна категорија на лица туку и на основите споменати во член 1.

Кога се утврдува дека несаканото однесување кое претставува вознемирување на вработен кој самиот нема ментална и телесна попреченост е поврзано со ментална и телесна попреченост на неговото дете, примарната грижа за кое ја обезбедува тој вработен, таквото однесување е спротивно на забраната на вознемирување утврдена со член 2(3) од Директивата 2000/78.

(види ставови 38, 58, 63, оперативен дел 2)

#### ПРЕСУДА НА СУДОТ (Големиот судски совет)

17 јули 2008 година (\*)

(Социјална политика – Директива 2000/78/ЕС – Еднаков третман при вработување и избор на професија- членови 1, 2(1), (2)(а) и (3) и 3(1)(в) – Директна дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост – Вознемирување поврзано со ментална и телесна попреченост – Отпуштање на вработен кој нема ментална и телесна попреченост, но има дете со ментална и телесна попреченост – Вклучен – Товар на докажување)

Во предметот С-303/06,

УПАТУВАЊЕ за прелиминарна одлука според член 234 ЕЗ од Трибуналот за работни односи, Јужен Лондон (Обединето Кралство), со одлука од 6 јули 2006 година, примено во Судот на 10 јули 2006 година, во постапката

**С. Колман**

против

**Агриц Ло**

и

**Стив Ло,**

СУДОТ (Големиот судски совет),

составен од V. Skouris, Претседател, P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts и A. Tizzano, Претседатели на Совети, M. Pešič, J. Klučka, A. Ó Caoimh (судија-известител), T. von Danwitz и A. Arabadjiev, судии,

Општ застапник: M. Poiares Maduro,

Записничар: L. Hewlett, Главен администратор,

во однос на писмената постапка и по сослушувањето на 9 октомври 2007 година,

земајќи ги предвид коментарите поднесени во име на:

- Г-ѓа Колман, од страна на R. Allen QC и P. Mitchell, адвокат,
- Владата на Обединетото Кралство, од страна на V. Jackson, во својство на застапник, и N. Paines адвокат,
- грчката влада, од страна на K. Georgiadis и Z. Chatzipavlou, во својство на застапници,
- Ирска, од страна на N. Travers, адвокат,
- италијанската влада, од страна на I.M. Braguglia, во својство на застапник, и W. Ferrante, државен правен советник,
- литванската влада, од страна на D. Kriaučiūnas, во својство на застапник,
- холандската влада, од страна на H.G. Sevenster и C. ten Dam, во својство на застапници,
- шведската влада, од страна на A. Falk, во својство на застапник,
- Комисијата на европските заедници, од страна на J. Enegren и N. Yerrell, во својство на застапници,

по сослушувањето на Мислењето на Општиот застапник на седницата на 31 јануари 2008 година,

ја донесе следната

## **Пресуда**

1 Ова упатување за прелиминарна одлука се однесува на толкувањето на Директивата 2000/78/ЕЗ на Советот од 27 ноември 2000 година за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија (Службен весник на Европските заедници 2000 L 303, стр. 16).

2 Упатувањето е извршено во текот на постапката помеѓу Г-ѓа Колман, тужител во главната постапка, и Атриц Ло, адвокатска фирма, и Г-дин Ло, партнер во фирмата (заедно, „поранешниот работодавец“), во однос на тужбата на Г-ѓа Колман за конструктивно отпуштање.

## **Правен контекст**

### *Законодавство на Заедницата*

3 Директивата 2000/78 е усвоена врз основа на член 13 ЕЗ. Воведните забелешки 6, 11, 16, 17, 20, 27, 31 и 37 од преамбулата на Директивата го содржат следниот текст:

„(6) Повелбата на Заедницата за основните социјални права на работниците ја признава важноста на борбата против секоја форма на дискриминација, вклучувајќи ја потребата од

преземање на соодветни дејствија за социјална и економска интеграција на постарите лица и лицата со ментална и телесна попреченост.

...

(11) Дискриминацијата која се темели на религија или уверување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација, може да го поткопа постигнувањето на целите на Договорот за ЕЗ, особено достигнувањето на високо ниво на вработеност и социјална заштита, подигањето на животниот стандард и квалитетот на живот, економското и социјално единство и солидарност, како и слободното движење на лицата.

...

(16) Обезбедувањето мерки за приспособување кон потребите на лицата со ментална и телесна попреченост на работното место игра важна улога во борбата против дискриминацијата врз основа на ментална и телесна попреченост.

(17) Оваа Директива не наложува вработување, унапредување, одржување на работен однос или обука на лице кое не е компетентно, способно и достапно за извршување на основните функции на работното место или за посетување на соодветна обука, без да ја доведе во прашање обврската за обезбедување на разумно приспособување за лицата со ментална и телесна попреченост.

...

(20) Соодветни мерки треба да се преземат, односно ефективни и практични мерки за приспособување на работното место на потребите на лицата со ментална и телесна попреченост, на пример приспособување на просториите и опремата, планот за работно време, распределбата на задачи или обезбедувањето на обука или средства за интеграција.

...

(27 Во својата Препорака 86/379/ЕЕЗ од 24 јули 1986 година за вработување на лица со ментална и телесна попреченост во Заедницата [Службен весник на Европските заедници 1986 L 225, стр. 43], Советот воспостави насоки кои утврдуваат примери на позитивна акција за промовирање на вработување и обука на лица со ментална и телесна попреченост, и во својата Резолуција од 17 јуни 1999 година за еднакви можности за вработување за лицата со ментална и телесна попреченост ја потврди важноста од посветување на поголемо внимание на, меѓу другото, вработувањето, задржувањето, обуката и доживотното учење во однос на лицата со ментална и телесна попреченост.“

...

(31) Правилото на товар на докажување мора да се приспособи онаму каде што има случај на дискриминација *prima facie* и , за начелото на еднаков третман да се применува ефективно, товарот на докажување мора да се пренесе на тужениот кога се приложуваат докази за таква дискриминација. Меѓутоа, тужениот не треба да докажува дека тужителот застапува одредена религија или уверување, има одредена ментална или телесна попреченост, е на одредена возраст или има одредена сексуална ориентација.

...

(37) Во согласност со начелото на супсидијарност, утврдено во член 5 од Договорот за ЕЗ, целта на оваа Директива, имено создавањето на еднакво ниво на делување во рамките на Заедницата во однос на еднаквоста при вработувањето и изборот на професијата, не може доволно да се постигне од страна на земјите членки и заради тоа, поради обемот и дејството на предложената активност, може подобро да се постигне на ниво на Заедницата. Во согласност со начелото на пропорционалност, како што е утврдено во овој член, оваа Директива не го надминува она што е потребно за постигнувањето на таа цел.“

4 Член 1 од Директивата 2000/78 истакнува дека „целта на оваа Директива е да утврди општа рамка за борба против дискриминацијата врз основа на религија или уверување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација во однос на вработување и избор на професија, со цел во земјите членки да се применува начелото на еднаков третман“.

5 Член 2(1) до (3) од Директивата, насловен „Концепт на дискриминација“, истакнува:

„1. За целите на оваа Директива, „начелото на еднаков третман“ значи дека не смее да постои каква било директна или индиректна дискриминација врз која било од основите наведени во член 1.

2. За целите на став 1:

(а) директна дискриминација се смета дека се случила кога едно лице се третира, било или би било третирано понеповолно во однос на друго лице во споредлива ситуација, по која било од основите наведени во член 1.

(б) индиректна дискриминација се смета дека се случила кога навидум неутрална одредба, критериум или практика доведува лица од одредена религија или со одредено верско уверување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација во понеповолна состојба во однос на други лица, освен доколку:

(i) таквата одредба, критериум или практика е објективно оправдана со легитимна цел и средствата за постигнување на таа цел се соодветни и неопходни, или

(ii) во однос на лицата со одредена ментална и телесна попреченост, работодавецот или кое било друго лице или организација на кои се однесува оваа Директива, се обврзани, според националното законодавство, да ги преземат неопходните мерки во согласност со начелата содржани во член 5 со цел да се отстранат неповолностите предизвикани со таквата одредба, критериум или пракса.

3. Вознемирувањето се смета за форма на дискриминација во рамките на значењето на став 1 кога несакано однесување поврзано со која било од основите наведени во член 1 се случува со цел или ефект да го наруши достоинството на одредено лице и да создаде заплашувачка, непријателска, омаловажувачка, понижувачка или навредлива средина. Во тој контекст, концептот на вознемирување може да се дефинира во согласност со националните закони и практиката на земјите членки.

...“

6 Член 3(1) од Директивата 2000/78 предвидува:

„Во рамките на надлежноста пренесена на Заедницата, оваа Директива се однесува на сите

лица, како од јавниот така и од приватниот сектор, вклучувајќи јавни тела, во врска со:

...

(в) вработување и работни услови, вклучувајќи отпуштање и исплата;

...“

7 Член 5 од Директивата 2000/78, насловен „Разумно приспособување за лицата со ментална и телесна попреченост“, предвидува:

„ Со цел да гарантира почитување на начелото на еднаков третман во однос на лицата со ментална и телесна попреченост, треба да се обезбеди соодветно приспособување. Тоа значи дека работодавците треба да преземат соодветни мерки, кога е потребно во одреден случај, да им овозможат на лицата со ментална и телесна попреченост да имаат пристап, да учествуваат и да напредуваат во работата или да посетуваат обука, освен доколку таквите мерки не претставуваат непропорционален товар за работодавецот...“

8 Член 7 од Директивата 2000/78, насловен „Позитивна акција“, го содржи следниот текст:

„1. Со цел да обезбеди целосна еднаквост во пракса, начелото на еднаков третман не смее да ги спречи земјите членки да спроведуваат или усвојуваат конкретни мерки за да ги спречат или надоместат неповолностите поврзани со која било од основите наведени во член 1.

2. Во однос на лицата со ментална и телесна попреченост, начелото на еднаков третман не смее да го загрози правото на земјите членки да спроведуваат или усвојуваат одредби за заштита на здравјето и безбедноста на работното место или мерките насочени кон создавање или спроведување одредби или средства за заштита или унапредување на нивната интеграција во работната средина.“

9 Член 10 од Директивата 2000/78, под наслов „Товар на докажување“, предвидува:

„1. „Земјите членки ги преземаат неопходните мерки, во согласност со нивните национални судски системи, за да осигурат дека, во случаи кога лица кои се сметаат за оштетени поради неприменување на начелото на еднаков третман на нив претставуваат пред судот или друг надлежен орган факти од кои може да се претпостави дека се случила директна или индиректна дискриминација, тужениот е оној кој треба да докаже дека немало повреда на начелото на еднаков третман.

2. Став 1 не ги спречува земјите членки да воведуваат правила за докази кои се поповолни за тужителите.“

10 Во согласност со првиот став од член 18 од Директивата 2000/78, земјите членки се должни да усвојат закони, регулативи и административни одредби неопходни за усогласување со таа Директива најдоцна до 2 декември 2003 година. Меѓутоа, вториот став од член 18 истакнува:

„За да може да се земат предвид одредени специфични услови, на земјите членки може да им се одобри, доколку е неопходно, дополнителен период од три години од 2 декември 2003 година, односно вкупно шест години, за спроведување на одредбите од оваа Директива за

дискриминација врз основа на возраст и ментална и телесна попреченост. Во таков случај, тие за тоа ја известуваат Комисијата. Која било земја членка која ќе избере да го искористи овој дополнителен период ќе биде должна да ја известува Комисијата еднаш годишно за чекорите кои ги презема за справување со дискриминацијата врз основа на возраст и ментална и телесна попреченост и за напредокот кој го прави во насока на спроведувањето. Комисијата е должна да го известува Советот на годишно ниво.“

11 Бидејќи Обединетото Кралство на Велија Британија и Северна Ирска побарало таков дополнителен период за спроведување на Директивата, тој период за оваа земја членка истекувал на 2 декември 2006 година.

#### *Национално законодавство*

12 Законот против дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост од 1995 година („ДДА“) во суштина има за цел да ја направи дискриминацијата на лица со ментална и телесна попреченост во однос на, меѓу другото, вработувањето, незаконска.

13 Дел 2 од ДДА, кој ја уредува областа на вработувањето, беше изменет и дополнет, при транспонирањето на Директивата 2000/78 во правото на Обединетото Кралство, со Регулативи (Измени и дополнувања) на Законот против дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост од 1995 година, кои влегоа на сила на 2 октомври 2004 година.

14 Според дел 3А(1) од ДДА, со измените и дополнувањата со Регулативите од 2003 година („ДДА со измените и дополнувањата од 2003 година“):

„... едно лице дискриминира лице со ментална и телесна попреченост доколку-

(а) од причина поврзана со менталната и телесната попреченост на тоа лице, тој/таа го третира понеповолно во однос на други лица на кои таквата причина не се однесува, и

(б) тој/таа не може да покаже дека таквиот третман е оправдан.“

15 Дел 3А(4) од ДДА со измените и дополнувањата од 2003 година сепак утврдува дека третманот на лице со ментална и телесна попреченост не може да се оправда доколку претставува директна дискриминација во рамките на значењето на Дел 3А(5), според кој:

„Едно лице директно дискриминира лице со ментална и телесна попреченост доколку, врз основа на менталната или телесната попреченост на тоа лице, тој/таа го третира понеповолно во однос на друго лице без таква ментална и телесна попреченост чии релевантни околности, вклучувајќи ги неговите способности, се исти на, или незначајно различни од, оние на лицето со ментална и телесна попреченост.“

16 Вознемирувањето е дефинирано во Дел 3Б од ДДА со измените и дополнувањата од 2003 година на следниот начин:

„(1) ... лице подвргнува лице со ментална и телесна попреченост на вознемирување кога, од причина поврзана со менталната и телесната попреченост на тоа лице, тој/таа прибегнува кон несакано однесување чија цел или ефект е-

(а) повреда на достоинството на лицето со ментална и телесна попреченост, или

(б) создавање заплашувачка, непријателска, омаловажувачка, понижувачка или навредлива средина за тоа лице.

(2) Однесување ќе се смета дека го има ефектот од став (а) или (б) од поддел (1) единствено доколку, земајќи ги предвид сите околности, вклучувајќи го особено ставот на лицето со ментална и телесна попреченост, разумно може да се смета дека тоа има таков ефект.“

17 Според Дел 4(2)(г) од ДДА со измените и дополнувањата од 2003 година, незаконски е работодавец да дискриминира вработен со ментална и телесна попреченост преку негово отпуштање или изложување на друг вид на штета.

18 Дел 4(3)(а) и (б) од ДДА со измените и дополнувањата од 2003 година предвидува дека е незаконски за работодавец, во однос на вработување од негова страна, да врши вознемирување на лице со ментална и телесна попреченост кое тој го вработува или кое поднело барање за вработување до него.

### **Спор во главната постапка и прашања упатени за прелиминарна одлука**

19 Г-ѓа Колман работела за својот поранешен работодавец како правна секретарка од јануари 2001 година.

20 Во 2002 година, таа родила син кој страда од апнеични напади и конгенитална ларингомалација и бронхомалација. Состојбата на нејзиниот син изискува специјалистичка и посебна нега. Тужителот во главната постапка е негов примарен негувател.

21 На 4 март 2005 година, Г-ѓа Колман прифатила доброволно да го напушти работното место како технолошки вишок, со што договорот за вработување со нејзиниот работодавец бил раскинат.

22 На 30 август 2005 година, таа поднела тужба до Трибуналот за работни односи, Јужен Лондон, наведувајќи дека била предмет на неправично конструктивно отпуштање и дека била третирана понеповолно во однос на начинот на кој другите вработени се, биле или би биле третирани бидејќи, била примарен негувател на дете со ментална и телесна попреченост. Таа тврди дека таквиот третман бил причината поради која таа престанала да работи за својот поранешен работодавец.

23 Решението за упатување истакнува дека материјалните факти на предметот во главната постапка сè уште не се во целост утврдени, бидејќи прашањата упатени за прелиминарна одлука произлегле единствено како прелиминарно прашање. Трибуналот кој го врши упатувањето го одложил делот од тужбата кој се однесува на отпуштањето на Г-ѓа Колман, но одржал прелиминарно сослушување на 17 февруари 2006 година во однос на жалбата за дискриминација.

24 Прелиминарното прашање кое се поставило пред тој трибунал е дали тужителот во главната постапка може да го темели своето барање на националното право, конкретно оние одредби наменети за транспонирање на Директивата 2000/78, во однос на дискриминација од страна на нејзиниот поранешен работодавец поради фактот што била подвргната на понеповолен третман поврзан со менталната и телесна попреченост на нејзиниот син.

25 Очигледно е од решението за упатување дека, доколку толкувањето на Судот на

Директивата 2000/78 е спротивно на она на Г-ѓа Колман, нејзиното барање до трибуналот кој го врши упатувањето не може да биде успешно според националното право.

26 Од решението за упатување е исто така очигледно дека, според правото на Обединетото Кралство, кога има прелиминарно сослушување за одредено законско прашање, судот или трибуналот кој го сослушува предметот претпоставува дека фактите се онакви какви што ги прикажува тужителот. Во главната постапка, се претпоставува дека фактите на спорот се следните:

– Откако Г-ѓа Колман се вратила од породилното отсуство, нејзиниот поранешен работодавец одбил да ја прими на нејзиното постојно работно место, во околности кога на родители на дете без ментална и телесна попреченост би им било дозволено да се вратат на своите работни места;

– нејзиниот поранешен работодавец исто така одбил да ѝ одобри исто ниво на флексибилност во однос на работното време и исти работни услови како оние на нејзините колеги кои се родители на деца без ментална и телесна попреченост;

– Г-ѓа Колман била опишана како „мрзелива“ кога побарала слободни денови за да се грижи за своето дете, додека на родители на деца без ментална и телесна попреченост им биле одобрувани слободни денови;

– по формалната поплака која таа ја поднела против несоодветното однесување на кое била предмет не било соодветно постапено и таа се почувствувала принудена да ја повлече;

– погрдни и навредливи коментари биле давани за неа и нејзиното дете. Такви коментари не биле давани кога другите вработени барале слободни денови или флексибилно работно време за да се грижат за своите деца без ментална и телесна попреченост; и

– поради повременото доцнење на работа како резултат на проблеми поврзани со состојбата на нејзиниот син, ѝ било кажано дека ќе биде отпуштена доколку уште еднаш задоцни. Такви закани не биле давани на другите вработени со деца без ментална и телесна попреченост кои доцнеле од исти причини.

27 Бидејќи Трибуналот за работни односи од Јужен Лондон сметал дека предметот поднесен пред него се однесувал на толкувањето на правото на Заедницата, тој одлучил да ја одложи постапката и да ги упати следните прашања до Судот на правда за прелиминарна одлука:

„(1) Во контекст на забраната на дискриминацијата врз основа на ментална и телесна попреченост, дали [Директивата 2000/78] единствено штити од директна дискриминација и вознемирување на лица кои самите имаат ментална и телесна попреченост?

(2) Доколку одговорот на прашањето (1) погоре е негативен, дали [Директивата 2000/78] ги штити вработените кои, иако самите немаат ментална и телесна попреченост, се третирани понеповолно или се вознемирувани врз основа на нивната поврзаност со лице со ментална и телесна попреченост?

(3) Кога работодавец третира вработен понеповолно во однос на начинот на кој другите вработени се, биле или би биле третирани, и се утврди дека основата за таквиот третман на вработениот е тоа што вработениот има син со ментална и телесна попреченост за кој

се грижи, дали таквиот третман претставува директна дискриминација како повреда на начелото на еднаков третман утврдено со [Директивата 2000/78]?

(4) Кога работодавец вознемирува вработен, и се утврди дека основата за таквиот третман на вработениот е тоа што вработениот има син со ментална и телесна попреченост за кој се грижи, дали таквиот третман претставува вознемирување како повреда на начелото на еднаков третман утврдено со [Директивата 2000/78]?

### Прифатливост

28 Прифаќајќи дека прашањата поставени од страна на трибуналот кој го врши упатувањето се темелат на реален спор, холандската влада ја ставила под знак прашање прифатливоста на упатувањето за прелиминарна одлука поради тоа што, со оглед на фактот што се работи за прелиминарни прашања поставени на прелиминарно сослушување, сите факти сè уште не биле во целост утврдени. Таа истакнува дека, за целите на таквото прелиминарно сослушување, националниот суд или трибунал претпоставува дека фактите се онакви какви што ги прикажува тужителот.

29 Мора да се има на ум дека член 234 ЕЗ ја воспоставува рамката за однос на тесна соработка помеѓу националните судови или трибунали и Судот на правда врз основа на нивните различни функции. Јасно е од вториот став на тој член дека националниот суд или трибунал треба да одлучи во која фаза од постапката е соодветно тој суд или трибунал да упати прашање до Судот на правда за прелиминарна одлука (види Заеднички предмети 36/80 и 71/80 *Irish Creamery Milk Suppliers Association and Others* [1981] ECR 735, став 5, и Предмет C-236/98 *JämO* [2000] ECR I-2189, став 30).

30 Во предметот во главната постапка, трибуналот кој го врши упатувањето утврдил дека, доколку Судот на правда одлучи да не ја толкува Директивата 2000/78 во согласност со поднесоците на Г-ѓа Колман, нејзиниот предмет би бил неуспешен во однос на неговата суштина. Поради тоа, трибуналот кој го врши упатувањето одлучил, како што е дозволено според законодавството на Обединетото Кралство, да утврди дали таа Директива мора да се толкува дека се однесува на отпуштање на вработен во ситуацијата на Г-ѓа Колман, пред да утврди дали, всушност, Г-ѓа Колман навистина била жртва на неповолен третман или вознемирување. Оттука, прашањата упатени за прелиминарна одлука се темелеле на претпоставката дека фактите од предметот во главната постапка се онакви како во резимето во став 26 од оваа пресуда.

31 Кога, како во овој случај, Судот добива барање за толкување на правото на Заедницата кое не е јасно неповрзано со реалноста или предметот на главната постапка и ги има потребните информации за да даде соодветни одговори на прашањата поставени во врска со применливоста на Директивата 2000/78 на таквата постапка, тој мора да одговори на тоа барање без да е должен да ги земе предвид фактите како што се претпоставени од страна на судот или трибуналот кој го врши упатувањето, претпоставка која судот или трибуналот кој го врши упатувањето треба да ја верификува во иднина доколку е неопходно (види, во тој контекст, Предмет C-127/92 *Enderby* [1993] ECR I-5535, став 12).

32 Во тие околности, барањето за прелиминарна одлука мора да се смета за прифатливо.

## Прашања упатени за прелиминарна одлука

*Првиот дел од прашањето 1, и прашањата 2 и 3*

33 Со овие прашања, кои треба да се разгледаат заедно, трибуналот кој го врши упатувањето прашува, во суштина, дали Директивата 2000/78 и, конкретно, членовите 1 и 2(1) и (2)(а), мора да се толкуваат дека забрануваат директна дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост единствено во однос на вработен кој самиот има ментална и телесна попреченост, или дали начелото на еднаков третман и забраната на директна дискриминација подеднакво се однесуваат и на вработен кој самиот нема ментална и телесна попреченост но кој, како во постојниот предмет, е третиран понеповолно поради менталната и телесната попреченост на неговото дете, за кое тој ја обезбедува примарната нега поради природата на состојбата на неговото дете.

34 Целта на член 1 од Директивата 2000/78 е да утврди, во однос на вработување и избор на професија, општа рамка за борба против дискриминацијата врз основа на религија или уверување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација.

35 Член 2(1) од Директивата 2000/78 го дефинира начелото на еднаков третман како забрана на каква било форма на директна или индиректна дискриминација врз која било од основите наведени во член 1, вклучувајќи ја и менталната и телесната попреченост.

36 Според член 2(2)(а), директна дискриминација се смета дека се случила кога со едно лице се постапува, се постапувало или би се постапувало понеповолно во однос на друго лице во споредлива ситуација врз основ на, меѓу другото, ментална и телесна попреченост.

37 Член 3(1)(в) од Директивата 2000/78 предвидува дека оваа Директива треба да се применува, во рамките на овластувањата пренесени на Заедницата, на сите лица, како од јавниот така и од приватниот сектор, вклучувајќи јавни тела, во врска со вработување и работни услови, вклучувајќи отпуштање и исплата.

38 Оттука, од овие одредби од Директивата 2000/78 не произлегува дека начелото на еднаков третман кое таа има за цел да го гарантира е ограничено на лица кои самите имаат ментална и телесна попреченост во рамките на значењето на директивата. Спротивно, целта на Директивата, што се однесува до вработување и избор на професија, е борба против сите форми на дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост. Начелото на еднаков третман втемелено во Директивата во таа област не се однесува само на конкретна категорија на лица, туку на основите споменати во член 1. Таквото толкување е поткрепено со текстот на член 13 ЕЗ, кој ја сочинува правната основа на Директивата 2000/78 и кој на Заедницата ѝ ја пренесува надлежноста да презема соодветни дејствија за борба против дискриминацијата врз основа на, меѓу другото, ментална и телесна попреченост.

39 Вистина е дека Директивата 2000/78 вклучува голем број одредби кои, како што е очигледно од самиот нивен текст, се однесуваат единствено на лица со ментална и телесна попреченост. Така, член 5 предвидува дека, за да се гарантира усогласеност со начелото на еднаков третман во однос на лица со ментална и телесна попреченост, мора да се обезбеди разумно прилагодување. Тоа значи дека работодавците мора да преземат соодветни мерки, кога е потребно во конкретен случај, за да има овозможат на лицата со ментална и телесна попреченост да имаат пристап, да учествуваат и напредуваат во работата или да посетуваат обука, освен доколку таквите мерки не претставуваат непропорционален товар за работодавецот.

40 Член 7(2) од Директивата 2000/78 исто така предвидува дека, во однос на лицата со ментална и телесна попреченост, начелото на еднаков третман не смее да го загрози правото на земјите членки да спроведуваат или усвојуваат одредби за заштита на здравјето и безбедноста на работното место или мерките насочени кон создавање или спроведување одредби или средства за заштита или унапредување на нивната интеграција во работната средина.

41 Владите на Обединетото Кралство, Грција, Италија и Холандија сметаат, во однос на одредбите споменати во претходните два става и во воведните забелешки 16, 17 и 27 од Преамбулата на Директивата 2000/78, дека забраната на директна дискриминација утврдена со таа Директива не може да се толкува дека опфаќа ситуации како онаа на тужителот во главната постапка, бидејќи самиот тужител нема ментална и телесна попреченост. Единствено лицата кои, во споредлива ситуација во однос на други, се третираат понеповолно или се ставени во понеповолна положба поради карактеристики кои се својствени за нив може да се повикаат на оваа Директива.

42 И покрај тоа, мора да се забележи во тој поглед дека одредбите споменати во ставовите 39 и 40 од оваа пресуда се однесуваат конкретно на лица со ментална и телесна попреченост или поради тоа што се работи за одредби кое се однесуваат на мерки на позитивна дискриминација во корист на самите лица со ментална и телесна попреченост, или поради тоа што тие се посебни мерки кои би биле безначајни или би се покажале како непропорционални доколку не би биле ограничени единствено на лица со ментална и телесна попреченост. Така, како што е укажано во воведните забелешки 16 и 20 од преамбулата на Директивата 2000/78, предметните мерките имаат за цел да ги задоволат потребите на лицата со ментална и телесна попреченост на работното место и да го приспособат работното место на нивната попреченост. Таквите мерки, оттука, имаат конкретна цел да ја помогнат и унапредат интеграцијата на лицата со ментална и телесна попреченост во работната средина и, од таа причина, може единствено да се однесуваат на лица со ментална и телесна попреченост и на обврските наметнати врз нивните работодавци и, кога е соодветно, на земјите членки во однос на лицата со ментална и телесна попреченост.

43 Оттука, фактот што Директивата 2000/78 вклучува одредби кои имаат за конкретна цел приспособување на потребите на лицата со ментална и телесна попреченост не води кон заклучокот дека начелото на еднаков третман втемелено во таа Директива мора строго да се толкува, односно, како забрана единствено на директна дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост и во однос исклучиво на лица со ментална и телесна попреченост. Понатаму, воведната забелешка 6 од преамбулата на Директивата, која се однесува на Повелбата на Заедницата за основните социјални права на работниците, се однесува како на општата борба против секоја форма на дискриминација, така и на потребата од преземање соодветни дејствија за социјална и економска интеграција на лицата со ментална и телесна попреченост.

44 Владите на Обединетото Кралство, Италија и Холандија исто така сметаат дека од пресудата во Предметот C-13/05 *Chacón Navas* [2006] ECR I-6467 следува дека опсегот *ratione personae* на Директивата 2000/78 мора строго да се толкува. Според италијанската влада, во *Chacón Navas*, Судот се одлучил за строго толкување на концептот на ментална и телесна попреченост и неговите импликации во работниот однос.

45 Судот го дефинирал концептот на „ментална и телесна попреченост“ во својата

пресуда во *Chacón Navas* и, во ставовите 51 и 52 од пресудата, одлучил дека забраната, во однос на отпуштање врз основа на ментална и телесна попреченост содржана во член 2(1) и 3(1)(в) од Директивата 2000/78, исклучува отпуштање врз основа на ментална и телесна попреченост кое, во однос на обврската за обезбедување на разумно приспособување за лицата со ментална и телесна попреченост, не е оправдано со фактот дека засегнатото лице не е компетентно, способно и достапно за извршување на основните функции на своето работно место. Меѓутоа, од ова толкување не произлегува дека начелото на еднаков третман дефинирано во член 2(1) од оваа Директива и забраната на директна дискриминација утврдена со член 2(2)(а) не може да се однесува на ситуација како онаа во постојниот предмет, кога неповолниот третман на кој тужениот тврди дека бил подвргнат се темели на менталната и телесна попреченост на неговото дете, за кое тој ја обезбедува примарната неџа поради природата на состојбата на детето.

46 Иако Судот образложил во став 56 од пресудата во *Chacón Navas* дека, во однос на текстот на член 13 ЕЗ, опсегот на Директивата 2000/78 не може да се прошири надвор од дискриминацијата врз основите наведени таксативно во член 1 од Директивата, како резултат на што лице кое било отпуштено од страна на својот работодавец единствено поради болест не може да биде опфатено со опсегот на општата рамка утврдена со Директивата 2000/78, тој сепак не одлучил дека начелото на еднаков третман и опсегот *ratione personae* на таа Директива мора да се толкува строго во однос на тие основи.

47 Што се однесува до целите на Директивата 2000/78, како што е очигледно од ставовите 34 и 38 од постојната пресуда, Директивата има за цел да утврди, во однос на вработување и избор на професија, општа рамка за борба против дискриминацијата врз една од основите споменати во член 1- вклучувајќи, особено, ментална и телесна попреченост- со цел во земјите членки да се применува начелото на еднаков третман. Од воведната забелешка 37 од Преамбулата на Директивата произлегува дека таа исто така има за цел создавање, во рамките на Заедницата, еднакво ниво на делување во однос на еднаквоста при вработување и избор на професија.

48 Како што тврдат Г-ѓа Колман, литванската и шведската влада и Комисијата, тие цели, и ефективноста на Директивата 2000/78, би биле поткопани доколку вработен во ситуација како онаа на тужителот не може да се повика на забраната на директна дискриминација утврдена со Член 2(2)1(а) од таа Директива кога е утврдена дека тој/таа бил/-а третиран понеповолно во однос на начинот на кој друг вработен е, бил или би бил третиран во споредлива ситуација, врз основа на менталната или телесна попреченост на неговото/нејзиното дете, и тоа е случај дури и кога самиот вработен нема ментална и телесна попреченост.

49 Во тој однос, од воведната забелешка 11 од Преамбулата на Директивата произлегува дека законодавството на Заедницата исто така е на став дека дискриминацијата врз основа на религија или уверување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација може да го поткопа постигнувањето на целите на Договорот, особено, во однос на вработувањето.

50 Иако, во ситуација како онаа во постојниот предмет, лицето кое е предмет на директна дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост не е лице со таква попреченост, останува фактот дека попреченоста, според Г-ѓа Колман, е основата за понеповолниот третман на кој таа тврди дека била жртва. Како што е очигледно од став 38 од оваа пресуда, Директивата 2000/78, која пропишува борба против сите форми на

дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост во полето на вработувањето и изборот на професија, се однесува не само на конкретна категорија на лица туку на основите наведени во Член 1.

51 Кога ќе се утврди дека вработен во ситуација како онаа во постојниот предмет е жртва на директна дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост, толкување на Директивата 2000/78 со кое се ограничува нејзината примена единствено на лица кои самите имаат ментална и телесна попреченост може да ја лиши Директивата од важен елемент на нејзината ефективност и да ја намали заштитата која таа има за цел да ја гарантира.

52 Во однос на товарот на докажување кој се применува во ситуација како онаа во постојниот предмет, треба да се напомене дека, според член 10(1) од Директивата 2000/78, земјите членки ги преземаат неопходните мерки, во согласност со нивните национални судски системи, за да осигурат дека, во случаи кога лица кои се сметаат за оштетени поради неприменување на начелото на еднаков третман на нив претставуваат пред судот или друг надлежен орган факти од кои може да се претпостави дека се случила директна или индиректна дискриминација, тужениот е оној кој треба да докаже дека немало повреда на начелото на еднаков третман. Според член 10(2), Член 10(1) не ги спречува земјите членки да воведуваат правила за докази кои се поповолни за тужителите.

53 Во предметот пред трибуналот кој го врши упатувањето, Г-ѓа Колман треба да утврди, во согласност со член 10(1), пред трибуналот, факти од кои може да се претпостави дека се случила директна дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост спротивна на Директивата.

54 Во согласност со Член 10(1) од Директивата 2000/78 и воведната забелешка 31 од Преамбулата на истата, правилата за товарот на докажување мора да се прилагодат кога постои *prima facie* случај на дискриминација. Во случај Г-ѓа Колман да воспостави факти од кои може да се претпостави дека се случила директна дискриминација, ефективната примена на начелото на еднаков третман тогаш налага товарот на докажување да се пренесе на тужениот, кој мора да докаже дека немало повреда на тоа начело.

55 Во тој контекст, тужениот може да го оспори постоењето на таква повреда така што ќе воспостави, со кои било законски расположливи средства, конкретно, дека третманот на вработениот бил оправдан со објективни фактори кои не се поврзани со дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост и со каква било поврзаност на вработениот со лице со ментална и телесна попреченост.

56 Во контекст на горенаведеното, одговорот на првиот дел од прашањето 1 и на прашањата 2 и 3 мора да биде дека Директивата 2000/78 и, конкретно, членовите 1 и 2(1) и (2)(а) од истата мора да се толкуваат да значат дека забраната на директната дискриминација утврдена со тие одредби не е ограничена само на лица кои самите имаат ментална и телесна попреченост. Кога работодавец третира вработен кој самиот нема ментална и телесна попреченост понеповолно во однос на начинот на кој друг вработен е, бил или би бил третиран во споредлива ситуација, и се утврди дека таквиот понеповолен третман на тој вработен се темели на ментална и телесна попреченост на негово дете, примарната грижа за кое ја обезбедува тој вработен, таквиот третман е спротивен на забраната на директна дискриминација утврдена со член 2(2)(а).

*Втор дел од прашање 1, и прашање 4*

57 Со овие прашања, кои треба да се разгледаат заедно, трибуналот кој го врши упатувањето прашува, во суштина, дали Директивата 2000/78 и, конкретно, членовите 1 и 2(1) и (3) од истата, мора да се толкуваат да значат забрана на вознемирување поврзано со ментална и телесна попреченост единствено во однос на вработен кој самиот има ментална и телесна попреченост, или забраната на вознемирување се однесува подеднакво на вработен кој самиот нема ментална и телесна попреченост но кој, како во постојниот предмет, е жртва на несакано однесување кое претставува дискриминација поврзана со ментална и телесна попреченост на неговото дете, за кое тој ја обезбедува примарната грижа поради природата на состојбата на детето.

58 Бидејќи, според член 2(3) од Директивата 2000/78, вознемирувањето се смета за форма на дискриминација во рамките на значењето на член 2(1), мора да се смета дека, од истите причини како оние утврдени во ставови 34 до 51 од оваа пресуда, таа Директива и, конкретно, членовите 1 и 2(1) и (3) од истата, мора да се толкуваат дека не се ограничени на забрана на вознемирување на лица кои самите имаат ментална и телесна попреченост.

59 Кога се утврдува дека несаканото однесување кое претставува вознемирување на вработен кој самиот нема ментална и телесна попреченост е поврзано со ментална и телесна попреченост на неговото дете, примарната грижа за кое ја обезбедува тој вработен, таквото однесување е спротивно на Директивата 2000/78 и, конкретно, на забраната на вознемирување утврдена со член 2(3) од истата.

60 Во тој однос, мора сепак да се има на ум дека, според самиот текст на Член 2(3) од Директивата, концептот на вознемирување може да се дефинира во согласност со националните закони и практики на земјите членки.

61 Во однос на товарот на докажување кој се применува во ситуации како онаа во главната постапка, мора да се напомене дека, бидејќи вознемирувањето се смета за форма на дискриминација во рамките на значењето на член 2(1) од Директивата 2000/78, истите правила како оние утврдени во ставовите 52 до 55 од оваа пресуда се однесуваат на вознемирувањето.

62 Оттука, како што е очигледно од став 54 од оваа пресуда, во согласност со член 10(1) од Директивата 2000/78 и воведната забелешка 31 од Преамбулата на истата, правилата за товарот на докажување мора да се прилагодат кога постои *prima facie* случај на дискриминација. Во случај Г-ѓа Колман да воспостави факти од кои може да се претпостави дека се случила директна дискриминација, ефективната примена на начелото на еднаков третман тогаш налага товарот на докажување да се пренесе на тужениот, кој мора да докаже дека немало вознемирување во околностите на постојниот предмет.

63 Во контекст на горенаведеното, одговорот на вториот дел од прашањето 1 и прашањето 4 мора да биде дека Директивата 2000/78 и, конкретно, членовите 1 и 2(1) и (3) од истата, мора да се толкуваат да значат дека забраната на вознемирување утврдена со тие одредби не е ограничена на лица кои самите имаат ментална и телесна попреченост. Кога се утврдува дека несаканото однесување кое претставува вознемирување на вработен кој самиот нема ментална и телесна попреченост е поврзано со ментална и телесна попреченост на неговото дете, примарната грижа за кое ја обезбедува тој вработен, таквото однесување е спротивно на забраната на вознемирување утврдена со Член 2(3).

## Трошоци

64 Бидејќи за страните на главната постапка овие постапки се дел од тужбата која е во тек пред националниот суд, одлуката за трошоците е прашање за тој суд. Трошоците за поднесување на забелешки до Судот, освен трошоците на тие страни, се неповратни.

Врз тој основ, Судот (Големиот судски совет) ја носи следната одлука:

**1. Директивата 2000/78/ЕЗ на Советот од 27 ноември 2007 година за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија и, конкретно, членовите 1 и 2(1) и (2)(а), мора да се толкуваат дека забраната на директна дискриминација утврдена со тие одредби не е ограничена само на лица кои самите имаат ментална и телесна попреченост. Кога работодавец постапува со вработен кој самиот нема ментална и телесна попреченост понеповолно во однос на начинот на кој со друг вработен се, бил или би било постапувано во споредлива ситуација, и се утврди дека таквиот понеповолен третман на тој вработен се темели на ментална и телесна попреченост на негово дете, примарната грижа за кое ја обезбедува тој вработен, таквото постапување е спротивен на забраната на директна дискриминација утврдена со член 2(2)(а).**

**2. Директивата 2000/78 и, конкретно, членовите 1 и 2(1) и 3 од истата, мора да се толкуваат дека забраната на вознемирување утврдена со тие одредби не е ограничена само на лица кои самите имаат ментална и телесна попреченост. Кога се утврдува дека несаканото однесување кое претставува вознемирување на вработен кој самиот нема ментална и телесна попреченост е поврзано со ментална и телесна попреченост на неговото дете, примарната грижа за кое ја обезбедува тој вработен, таквото однесување е спротивно на забраната на вознемирување утврдена со член 2(3).**

[Потписи]



# Дискриминација врз основ на сексуална ориентација





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

**СЛУЧАЈ Е.Б. против ФРАНЦИЈА**  
**(CASE OF E.B. v. FRANCE)**  
*(Жалба бр. 43546/02)*

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

22 јануари 2008 г.

*Оваа пресуда е конечна, но истата може да биде предмет на редакциски измени.*

**Во случајот Е.Б. против Франција (case of E.B. v. France),**

Европскиот суд за човекови права, заседавајќи во Големиот судски совет во состав:

Christos Rozakis, *Претседател,*

Jean-Paul Costa,

Nicolas Bratza,

Boštjan Zupančič,

Peer Lorenzen,

Françoise Tulkens,

Loukis Loucaides,

Ireneu Cabral Barreto,

Riza Türmen,

Mindia Ugrekhelidze,

Antonella Mularoni,

Elisabeth Steiner,

Elisabet Fura-Sandström,

Egbert Myjer,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

Sverre Erik Jebens, *суди,*

и Michael O'Boyle, *Заменик секретар,*

Расправајќи на затворена седница на 14 март 2007 г. и на 28 ноември 2007 г.,

Ја донесе следнава пресуда, усвоена на последниот од погоре наведените датуми:

## ПОСТАПКА

1. Случајот беше покренат со жалба (бр. 43546/02) против Република Франција поднесена до Судот, според членот 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основни слободи („Конвенцијата“) од страна на францускиот државјанин, г-ѓа Е.Б. (Ms E.B.) („жалителка“), на 2 декември 2002 г. Претседателот на Големиот судски совет го одобри барањето на жалителката да не се открива нејзиното име (Правило 47, став 3 од Правилата на Судот).

2. Жалителката наведува дека во секоја фаза од нејзиното барање за одобрение за посвојување таа била изложена на дискриминаторско постапување кое се заснова на нејзината сексуална ориентација и кое постапување преставувало вмешување во нејзиното право на почитување на нејзиниот приватен живот.

3. Жалбата беше доделена на Вториот оддел на Судот (Правило 52, ст. 1 од Правилникот на Судот). На 19 септември 2006 г., во рамките на тој Оддел, Судскиот совет, составен од следниве судии: Ireneu Cabral Barreto, Претседател, Jean-Paul Costa, Rıza Türmen, Mindia Ugrekhelidze, Antonella Mularoni, Elisabet Fura-Sandström, Dragoljub Popović, судии, и Sally Dollé, Секретар на одделот, одлучи надлежноста за случајот да ја предаде на Високиот судски совет и ниту една од странките не изнесе приговор во врска со ова (член 30 од Конвенцијата и Правило 72). Пред да ја предаде надлежноста Судскиот совет доби коментари на писмено поднесени од Prof. R. Wintemute од името на четири невладини организации – Fédération internationale des Ligues des Droits de l’Homme (FIDH) (Меѓународна федерација на лигите за човекови права); European Region of the International Lesbian and Gay Association (ILGA–Europe) (Европскиот регион на меѓународното здружение на хомосексуалци и лезбејки); British Association for Adoption and Fostering (BAAF) (Британското здружение за посвојување и згрижување); и Association des Parents et futurs parents Gays et Lesbiens (APGL) (Здружение на родители и идни родители хомосексуалци и лезбејки) – како трета страна (Правило 44, став 2). Овие согледувања беа вклучени во предметот кој му беше предаден на Големиот судски совет.

4. Составот на Големиот судски совет беше определен во склад со одредбите од членот 27, став 2 и ст. 3 од Конвенцијата и Правило 24.

5. Жалителката, но не и Владата, достави дополнителни поднесоци за правната заснованост.

6. Се одржа расправа во зградата на Судот за човекови права, во Стразбур, на 14 март 1994 г. (Правило 59, став 3).

Пред Судот настапија:

(а) *За Владата*

Г-ѓа Е. BELLIARD, Директор за правни прашања,  
Министерство за надворешни работи *Агент,*  
Г-ѓа А.-F. TISSIER, Раководител на одделението за човекови права,  
Г-ѓа М.-G. MERLOZ, Секретар задолжен за подготовка на документите, Одделение за  
човекови права,  
Г-ѓа L. NELIAZ, административен помошник, Биро за деца  
и семејство, Министерство за вработување,  
социјална кохезија и домување,  
Г-ѓа F. TURPIN, Секретар одговорен за составување на документите, Канцеларија за  
правни и спорни  
прашања, Министерство за правда, *Советници;*

(б) *за жалителката*

Г-ѓа С. MÉCARY, од Адвокатската комора на Париз, *Одбрана,*  
Г-дин R. WINTEMUTE, професор по право за човекови права,  
King's College, Универзитет Лондон,  
Г-дин H. Ytterberg, Омбудсман против дискриминација  
врз основа на сексуална ориентација во Шведска,  
Г-дин A. WEISS, *Советници;*

Судот ги сослуша обраќањата на г-ѓа С. Мécary и г-ѓа Е. Belliard.

## ФАКТИТЕ

### I. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАЈОТ

7. Жалителката е родена во 1961 г. и живее во Lons-le-Saunier.

8. Од 1985 г. работи како учителка во градинка, а од 1990 г. е во стабилна врска со жена, г-ѓа Р. (Ms. R), која е психолог.

9. На 26 февруари 1998 г., жалителката поднела барање до Одделот за социјални работи во Југа за одобрение за посвојување дете. Таа сакала да ја истражи можноста за меѓународно посвојување, особено од Азија, Јужна Америка и Мадагаскар. Таа ја навела нејзината сексуална ориентација и нејзината врска со нејзината партнерка, г-ѓа Р.

10. Во извештај од 11 август 1998 г., во извештајот на социо-воспитниот помошник и педијатриска сестра меѓу другото се наведува следново:

„Г-ѓа Б. и г-ѓа Р. не се сметаат себе си како двојка и г-ѓа Р. иако е засегната од барањето на нејзината партнерка за посвојување дете, таа не се чувствува обврзана од таквото барање.

Г-ѓа Б. смета дека таа ќе мора да ја исполни улогата и на татко и на мајка, а нејзината партнерка не бара никакви права во однос на детето, но ќе биде тука ако е потребно.

...

Г-ѓа Б. сака да посвои дете по нејзината одлука таа самата да не раѓа деца.

Таа претпочита на детето да му објасни дека детето има мајка и татко и дека сè што сака е детето да биде среќно, отколку да му каже да детето дека таа не сака да живее со маж.

...

Г-ѓа Б. таткото го замислува како стабилна личност која влева доверба и на која може да се потпре. Таа предлага на идното посвоено дете да му обезбеди ваква личност преку нејзиниот сопствен татко и нејзиниот зет. Но таа исто така вели дека детето ќе може да избере сурогат-татко од неговата средина (роднини на пријатели, наставник, пријател..)

...

### ЗАКЛУЧОК

„Со оглед на нејзината личност и професијата, г-ѓа Б. умее добро да слуша, таа е со отворени погледи и културна и е емотивно приемлива. Исто така го цениме нејзиниот јасен приод кон анализирањето на проблемите и нејзиниот начин на неа и воспитување на деца, како и нејзините емотивни капацитети.

Меѓутоа ако се земе предвид нејзиниот сегашен животен стил: немажена и живее со женски партнер, не бевме во можност да ја оцениме нејзината способност на детето да му даде претстава за семејството која се заснова на родителска двојка која ќе може да детето да му обезбеди стабилен и добро-прилагоден развој.

Мислење со резерви во однос на одобрение за посвојување на дете.“

11. На 28 август 1998 г., во нејзиниот извештај за разговорите кои ги имала со жалителката, психологот кој го разгледува барањето препорачала одобрението да се одбие со следниве формулации:

“ ...

Г-ѓа [В.] има многу лични квалитети. Таа е со топла душа, ја краси ентузијазам и делува заштитнички настроено кон другите.

Нејзините идеи за негување и воспитување на деца се чинат многу позитивни. Сепак остануваат неколку прашалници во однос на одреден број фактори кои се однесуваат на нејзиното минато, контекстот во кој би се грижела за детето и нејзината желба за дете.

Зарем таа всушност не настојува да го избегне „насилството“ на самиот чин на породување и загриженоста во однос на генетичките карактеристики на биолошкото дете?

Идеализацијата на детето и потценување на тешкотиите кои се својствени на обезбедувањето на дом: зарем не фантазира дека таа ќе може да го поправи минатото на детето?

Колку можеме да бидеме сигурни дека детето ќе најде стабилен татковски лик на кого може да му се верува?

Можностите за идентификација со лик на татко се доста нејасни. Да не заборавиме дека децата го формираат својот идентитет врз основа на сликата која ја имаат за двајцата родители. На децата им се потребни возрасни личности кои ќе ја преземат родителската улога: доколку родителот е сам, какво влијание ќе има тоа врз развојот на детето?

...

Не сакаме на никаков начин да ја потцениме самодовербата на г-ѓа [Б.], а уште помалку сакаме да сугерираме дека таа би била штетна за детето; она што го велите е дека сите студии за родителство покажуваат дека на детето му се потребни обата родители.

Натаму, кога ја прашавме дали би сакала да за неа да се грижел и да ја воспитува само еден од нејзините родители, г-ѓа Б. изјави дека таа тоа не би го сакала.

...

Остануваат одреден број на сиви зони, во однос на илузијата за директната перцепција на нејзината желба за дете: зарем не би било мудро ова барање да се одложи за да може да се спроведе темелна анализа на различните комплексни аспекти на ситуацијата?....“

12. На 21 септември 1998 г., технички службеник од службата за грижа за деца препорачал барањето за одобрение да се одбие, нагласувајќи дека жалителката не размислила доволно за прашањето на лице кое ќе ја исполни улогата на татко и маж и претпоставува дека таа самата лесно би можела да ја преземе улогата и на татко и на мајка, споменувајќи ја можната улога на нејзиниот татко и/или зет, кои живеат далеку, што значи дека средбите со детето би биле тешко остварливи. Службеникот исто така го поставува прашањето на присуство на г-ѓа Р. во животот на жалителката, забележувајќи дека тие одбиваат да се сметаат себе си како двојка и дека г-ѓа Р. во ниту еден момент не била инволвирана во планот за посвојување. Образложението за ваквото мислење завршува вака:

„Во случајов, се соочувам со многу несигурности во однос на многу важни прашања кои се однесуваат на психолошкиот развој на детето кое веќе се соочило со напуштање и целосна промена на културата и јазикот ...“

13. На 12 октомври 1998 г., психологот од службата за грижа за деца, кој бил член на одборот за посвојување, препорачал одобрението да се одбие врз основа на тоа што доделувањето на детето на жалителката би го изложило детето на одреден број на ризици во однос на формирањето на неговата личност. Тој меѓу другото се повикува на фактот што жалителката живее со девојка-партнер, но дека тие не се сметаат себе си за двојка, што покренува прашање на нејасна дури и прекутна ситуација која повлекува двосмисленост и ризик дека детето пред себе ќе има само мајчински модел. Психологот продолжува со следниве коментари:-

“ ...

Се чини како причините поради кои (жалителката) сака дете потекнуваат од компликувано лично минато со кое таа не расчистила, а кое се однесува на нејзината улога на родител-дете која се чини дека (жалителката) ја имала (во однос на една од нејзините сестри, заштита на нејзините родители) и се засноваат на емотивни тешкотии. Дали ова довело до чувство на безвредност или бескорисност кое таа се обидува да го надмине со тоа што сака да стане мајка?

Невообичаен однос кон мажите со тоа што мажите се отфрлени.

Во краен случај, како може отфрлањето на машката улога да не доведе до отфрлање на сликата на детето за самото себе? (Дете кое може да се посвои има биолошки татко чие симболично постење мора да се зачува, но дали е ова во рамките на способностите (на жалителката)? ...”

14. На 28 октомври 1998 г., претставникот во Одборот за посвојување од Семејниот совет за здружението на деца кои биле или се под грижа на државата препорачал одбивање на одобрението за посвојувањето, истакнувајќи го следново:

„... Од лично искуство на живот во згрижувачко семејство, сега потпирајќи се таквите искуствени сознанија, јас сум во состојба да ја ценам важноста на мешана двојка (маж и жена) при обезбедување на дом за едно дете.

Улогата на „мајката посвоител“ и на „таткото посвоител“ во секојдневната грижа и воспитување на детето се надополнуваат, иако се различни.

Тоа е рамнотежа која ќе биде нарушена од детето до степен чиј интензитет понекогаш ќе зависи од тоа како детето ќе ги искуси сознанието и прифаќањето на вистината за неговото потекло и минато.

Затоа сметам дека е неопходно, во интерес на детето, да има силна рамнотежа меѓу „мајка посвоител“ и „татко посвоител“, кога се предвидува посвојување ...“

15. На 4 ноември 1998 г., претставникот на Одборот од Семејниот совет, присутен во име на Унијата здруженија на семејства за департманот (административна единица - *département* - UDAF), повикувајќи се на Конвенцијата за правата на детето од 20 ноември 1989 г., препорачал одобрението да се одбие врз основа на недостаток на татковски модел, при што додал:

„... Се чини невозможно да се создаде семејство и да се воспитува дете без целосната поддршка на овој партнер (P) за планот. Извештаите на психолозите и на социјалните служби јасно покажуваат дека таа воопшто нема интерес за плановите на Г-ѓа (B)...

Натаму, исто така не се задоволени материјалните услови за обезбедување на соодветен дом за детето. Ќе треба преселба во нов дом, ќе треба да се реши прашањето како да се поделат трошоците меѓу партнерите, чии планови се разликуваат барем во врска со ова.“

16. На 24 ноември 1998 г., раководителот на службата за грижа за децата исто така препорачал да се одбие барањето за одобрение, експлицитно подвлекувајќи дека

„Г-ѓа (B) живее со жена-партнер, која не се чини дека е дел од планот. Не е јасно дефинирано каква улога би имал овој партнер во животот на посвоеното дете.

Се чини дека нема простор за лице кое ќе ја исполни улогата на машки модел и кој реално ќе биде присутен во животот на детето.

Во вакви околности, постои ризикот детето во ова домаќинство да не ги најде различните семејни обележја кои се неопходни за развојот на неговата личност и добросостојба.“

17. Во писмо од 26 ноември 1998 г., на жалителката ѝ била доставена одлуката на

претседателот на Советот за департманот (*département*) со која се одбива одобрението за посвојување. Меѓу другите, наведени се и следниве причини:

„... при разгледување на кое било барање за одобрение за посвојување морам да ги земам предвид само интересите на детето и да обезбедам дека се исполнети сите релевантни заштитни услови.

Вашиот план за посвојување покажува недостаток на татковски модел или лице кое ќе ја исполни татковската улога и кој ќе може да поттикне добро прилагоден развој на посвоеното дете.

Натаму, местото кое Вашиот партнер би го имала во животот на детето не е доволно јасно: иако таа се чини дека не се противи на Вашиот план, таа истовремено се чини не е инволвирана, што би му отежнало на детето да ја утврди својата положба.

Следствено, сите претходни фактори се чини дека не обезбедуваат дека посвоеното дете ќе има достаточна структурирана семејна рамка во која би напредувало. ...”

18. На 20 јануари 1999 г., жалителката побарала од Претседателот на Советот за департманот (*département*) да ја преиспита одлуката со која се одбива барањето за одобрение за посвојување.

19. Службата за грижа за деца побарала клинички психолог да изготви психолошка оценка. Во нејзиниот извештај од 7 март 1999 г., составен после разговорот со жалителката, психологот заклучил дека „Г-ѓа Б има(ла) многу да понуди во смисла на обезбедување дом за детето (трпеливост – вредности – креативност - време)“, но психологот сметал дека посвојувањето би било преурането со оглед на големиот број на проблематични прашања (забуната меѓу став да не се биде строг и да се биде целосно либерален, непознавањето на влијанието на воведувањето на трето лице во структурата на домот).

20. На 17 март 1999 г., претседателот на Советот за департманот (*département*) на Јура го потврдил одбивањето да се даде одобрение за посвојување.

21. На 13 мај 1999 г., жалителката поднела барање до Управниот суд за Besançon да се понишат административните одлуки од 26 ноември 1998 г., и 17 март 1999 г. Таа исто така го оспорува начинот на кој се одвивал процесот на испитување на нејзиното барање за одобрување на посвојување. Таа истакнала дека многу луѓе кои се инволвирани во процесот воопшто не се сретнале со неа, вклучувајќи го и психологот од одборот за посвојување.

22. Со пресуда од 24 февруари 2000 г., Управниот суд ги поништил одлуките од 26 ноември 1998 г., и од 19 март 1999 г., нагласувајќи го следново:

„... претседателот на советот за департманот (*département*) на Јура ја засновал својата одлука и на „недостаток на татковски модел или лице кое ќе ја исполни татковската улога и кој ќе може да поттикне добро прилагоден развој на посвоеното дете“ и на „местото кое (нејзиниот) партнер би го имал во животот на детето“. Наведените причини сами по себе не се доволни за да оправдаат одбивање на одобрение за посвојување. Документите во предметот покажуваат дека г-ѓа Б. која има неспорни лични квалитети и склоност за грижа и воспитување на деца и која е учителка во градинка по професија и е добро интегрирана во нејзината социјална средина, нуди достаточни гаранции- од гледна точка на семејство, одгледување на деца и психолошка гледна точка- дека на посвоеното дете таа би му обезбедила соодветен дом. Г-ѓа Б., во околностите на случајот, со право бара укинување на одлуките со кои се одбива барањето за одобрение за посвојување....“

23. Департманот (*département*) на Jura поднел жалба против оваа пресуда. Апелациониот управен суд за Nancy со пресуда од 21 декември 2000 г., ја поништил одлуката на понискиот суд. Овој Суд утврдил прво дека „Б. тврди дека неа не ѝ бил испратен тестот за проценка на нејзината личност, но не наведува дека го побарала документот и дека нејзиното барање на таков тест било одбиено“ и дека 4-тиот став од член 63 од Законот за семејство и социјални работи „нема дејствие во смисла на тоа да спречи извештајот да се состави врз основа на сумарен преглед на главните точки од други документи. Оттука, фактот дека психологот го составил извештајот само врз основа на информации добиени од други луѓе кои работат на случајот и без да ги сослуша поднесоците на жалителка не го поништува процесот на проверки извршен во однос на барањето на г-ѓа Б. за одобрение за посвојување...“

24. Судот утврдил дека

„...причините за одлуките од 26 ноември 1998 г. и од 17 март 1999 г., кои се донесени по поднесено барање за повторно разгледување на одлуката на претседателот на советот за департманот (*département*) Jura со која се одбива барањето за одобрение за посвојување од г-ѓа Б., се отсуство на „обележја за идентификација“ поради недостаток на татковски модел или лице кое ќе ја исполни татковската улога и нејаснотијата на ангажманот на секој член на домаќинството во однос на посвоеното дете. Може да се види од документите во предметот и особено од доказите собрани во текот на разгледувањето на барањето на г-ѓа Б., дека земајќи го предвид нејзиниот животен стил и покрај нејзините несомнени лични квалитети и склоност кон воспитување деца, таа не ги обезбедила потребните заштитни услови - од гледна точка на семејството, грижа и воспитување на дете и од психолошката гледна точка - за посвојување на дете.... ;

... спротивно на тврдењата на г-ѓа Б., претседателот на советот за департманот (*département*) не го одбил нејзиното барање за одобрение врз основа на начелен став за нејзиниот избор на животен стил. Следствено и во секој случај, нема оправдување жалителката да тврди дека.... има повреда на барањата од членот 8 и чл. 14 од Конвенцијата....“

25. Жалителката се жалела во однос на материјално правни прашања. На 5 јуни 2002 г., Државниот совет (*Conseil d'Etat- врховен суд за управни прашања*) ја отфрлил нејзината жалба со пресуда во која е се наведуваат следните причини:

“... Во врска со основите за одбивање на одобрение на г-ѓа Б.:

...

Прво, фактот дека барањето на одобрение за посвојување на дете е поднесено од sameц, како што е дозволено со членот 343-1 од Граѓанскиот законик, не го спречува административниот орган да утврди во однос на грижата и воспитувањето на детето и психолошките фактори кои го овозможуваат развојот на личноста на детето, дали идниот родител -посвоител може да понуди- во нејзиниот круг на семејство и пријатели -татковски „модел или лице кое ќе ја исполни татковската улога“ кога барањето е поднесено од жена...; исто така, кога барањето за посвојување е поднесено од sameц кој е во стабилна врска со друго лице, кое неизбежно ќе треба да придонесе кон обезбедување за детето на соодветен дом во целите на погоре-наведените одредби, не го спречува органот да определи - дури и кога предметната врска не е законски обврзувачка- дали однесувањето или личноста на третото лице, разгледано врз основа

на објективни согледувања, ќе овозможи обезбедување на соодветен дом. Следствено, Апелациониот управен суд не го применил правото погрешно сметајќи дека двете основи врз кои барањето од г-ѓа (Б) за одобрување за посвојување поднесено од саец било одбиено- имено „отсуство на обележја за идентификација поради недостаток на „татковски модел или лице кое ќе ја исполни татковската улога“ и „нејаснотијата на ангажманот на секој член на домаќинството во однос на посвоеното дете“ – може да го оправдаат, според погоре споменатите одредби од уредбата од 1 септември 1998 г., одбивањето да се додели одобрение;

Второ, во однос на тврдењето на г-ѓа (Б) дека споменувајќи го нејзиниот „животен стил“ за да го оправда одбивањето на нејзиното барање за одобрение за посвојување, Апелациониот управен суд имплицитно упатува на нејзината сексуална ориентација, може да се види од документите поднесени до судовите во однос на фактите дека г-ѓа (Б) била во времето на разгледување на нејзиното барање во стабилна хомосексуална врска. Со оглед на тоа што таа врска морала да биде земена предвид при разгледувањето на потребите и интересите на посвоеното дете, судот не ја засновал неговата одлука ниту на начелен став во однос на сексуалната ориентација на жалителката, ниту ги повредил заедничките барања од членовите 8 и 14 од Европската конвенција за човекови права и основни слободи; ниту пак ги повредил одредбите од членот L. 225-2 од Кривичниот законик со кој се забранува дискриминација врз основа на сексуална ориентација.

Трето, сметајќи дека г-ѓа (Б), „земајќи го предвид нејзиниот животен стил и покрај нејзините несомнени лични квалитети и склоност кон воспитување деца, таа не ги обезбедила потребните заштитни услови - од гледна точка на семејството, грижа и воспитување на дете и од психолошката гледна точка - за посвојување на дете“, Апелациониот управен суд, кој не ги занемарил елементите поволни за жалителката во предметот, не ја нарушил содржината на предметот;

Од претходно кажаното следи дека нема оправдување г-ѓа (Б) да бара да се укина погоре наведената пресуда, која го содржи соодветниот образложение ...“

## II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ЗАКОНОДАВСТВО И ПРАКСА

### A. Домашно законодавство

#### 1. Граѓански законик

26. Релевантните одредби во предметниот период гласат:

##### Член 343

„Барање за посвојување може да поднесе венчана двојка која не е судски разведена и е во брак повеќе од две години или кои двајцата имаат повеќе од дваесет и осум години.“

##### Член 343-1

„Барање за посвојување може исто така да поднесе било кое лице над дваесет и осум години возраст. ...”

#### 2. Законик за семејство и социјални работи

27. Релевантните одредби во предметниот период гласат:

##### Член 63

„Децата кои се под грижа на државата може да ги посвојат или лица на кои им е доделено старателство од службите за грижа за деца, кога емотивните врски кои се воспоставени меѓу нив ја оправдуваат таквата мерка или лица на кои им е дадено одобрение за посвојување...”

Одобрението се доделува за период од пет години, во рок од девет месеци од поднесувањето на барањето, од страна на претседателот на советот за релевантниот департман (*département*) по претходно добиено мислење од одбор (за посвојување). ...”

##### Член 100-3

„Лицата кои сакаат да обезбедат дом за дете од странство во целите на негово посвојување поднесуваат барање за одобрување наведено во членот 63 од овој Законик.“

3. Уредба бр. 98-771 од 1 септември 1998 г. со која се воспоставуваат аранжманите за оценка на барањата за одобрение за посвојување на дете во грижа на државата

28. Релевантните одредби од Уредбата гласат:

##### Член 1

„Секое лице кое сака да добие одобрение споменато во првиот став од членот 63 и членот 100-3 од Законикот за семејство и социјални работи мора да поднесе барање за таа цел до претседателот на советот на департманот (*département*) каде е постојано населено...“

#### Член 4

„Пред да го даде одобрението, претседателот на советот за релевантниот департман (*département*) мора да се увери дека условите во кои барателот предлага на детето да му обезбеди дом, ги задоволуваат потребите и интересите на посвоеното дете од семејна и од гледна точка на чување и воспитување дете и од психолошка гледна точка.

За таа цел, тој ќе нареди испитување на ситуацијата на барателот ...“

#### Член 5

„Одлуката ја донесува претседателот на советот за релевантниот департман (*département*) по консултации со одборот за посвојување ...“

### Б. Меѓународни конвенции

#### 1. Нацрт Европска конвенција за посвојување на деца

29. Релевантните одредби од оваа нацрт Конвенција, која сега ја разгледува Комитетот на Министри на Советот на Европа, меѓу другото предвидуваат:

#### Член 7- Услови за посвојување

„1. Со закон се дозволува детето да биде посвоено:

а. од две лица од спротивен пол

i. кои се венчани еден со друг, или

ii. кога постои таква институција, стапиле во признаена граѓанска заедница (регистралирано партнерство);

б. од едно лице.

2. Државите имаат слобода да го прошират опфатот на оваа Конвенција во однос на двојки од ист пол кои се венчани или кои живеат во признаена граѓанска заедница (регистралирано партнерство). Државите исто така ја имаат слободата да го прошират опфатот на оваа Конвенција на двојки од различен пол или на двојки од ист пол кои живеат заедно и се во стабилна врска.“

#### 2. Меѓународна конвенција за правата на детето

30. Релевантните одредби од Конвенцијата за правата на детето донесена од Генералното собрание на Обедините нации на 20 ноември 1989 г, и која стапила во сила на 2 септември 1990 г., гласат:

#### Член 3

„1. Во сите активности кои се однесуваат на децата, без оглед дали ги спроведуваат јавните или приватните институции за социјална заштита, судовите, административните

органи или законодавните тела, од примарно значење се најдобрите интереси на детето.

2. Државите членки се обврзуваат на детето да му обезбедат таква заштитата и грижа која е неопходна за негово добро, имајќи ги предвид правата и обврските на неговите родители, законски старатели или другите поединци кои се правно одговорни за детето и за таа цел го преземаат сите потребни законодавни и административни мерки.

3. Државите членки се грижат институциите, службите и установите кои се одговорни за грижа и заштитата на децата да бидат во согласност со стандардите кои ги утврдиле надлежните органи, посебно во областа на сигурноста, здравјето во бројот и подобноста на персоналот, како и во стручниот надзор.“

#### Член 4

„Државите членки ги преземаат сите потребни законодавни, административни и други мерки за остварување на правата признати со оваа Конвенција. Во врска со економските, социјалните и културните права, државите членки преземаат такви мерки и максимално користејќи ги сите средства со кои располагаат и таму каде што е потребно во рамките на меѓународна соработка.“

#### Член 5

„Државите членки ќе ги почитуваат одговорностите, правата и должностите на родителите или, каде што е таков случајот, на членовите на поширокиот семејство или заедницата, како што е предвидено со локалните обичаи, на законските старатели или другите лица законски одговорни за детето, на начин кој е во согласност со развојот на способностите на детето, за да обезбедат упатства и да го насочат детето во остварување на неговите права кои се признати во оваа Конвенција.“

#### Член 20

„1. Детето кое е привремено или трајно лишено од семејната средина, или на кое заради негов најдобар интерес не му е дозволено да остане во тој круг, има право на посебна заштитата и помош од државата.

2. Државите членки во согласност со своите национални закони обезбедуваат алтернативна грижа за таквото дете.

3. Таквата грижа треба да опфати, меѓу останатото, сместување во друго семејство, кафалах спрема исламското право, посвојување или, ако е неопходно, сместување во соодветни установи за грижа на деца. При разгледување на решението треба да се обрне должно внимание на фактот дека е пожелен континуитет во подигањето на детето, како и на етничкото, верското, културното и лингвистичкото потекло на детето.“

#### Член 21

„Државите членки кои признаваат и дозволуваат систем на посвојување обезбедуваат да бидат решавачки најдобрите интереси на детето, и:

(а) обезбедуваат посвојувањето на детето да го одобрува само надлежен орган кој утврдува, во согласност со соодветните закони и постапки и врз основа на сите релевантни и сигурни информации, да се дозволи посвојувањето со оглед на положбата на детето во врска со родителите и законските старатели, и по потреба, заинтересираните лица свесно да даде согласност за посвојувањето врз основа на таков совет кој може да биде потребен;

(б) признаваат дека меѓународното посвојување може да се смета како алтернативна можност за грижа на детето, доколку детето не може да се смести во друго семејство или да биде посвоено, или ако за него не може да се води грижа на погоден начин во земјата на неговото потекло;

(в) обезбедуваат детето на кое се однесува меѓудржавното посвојување ужива заштита и стандарди еднакви на оние кои постојат во случај на посвојување во рамките на една земја;

(г) ги преземаат сите соодветни мерки во случај на меѓудржавно посвојување сместувањето да нема за поледица неоправдана финансиска корист за оние кои во тоа учествуваат;

(д) ги унапредуваат, каде тоа е погодно, целите на овој член со склучување на билатерални или мултилатерални аранжмани или спогодби и настојуваат, во таа рамка, сместувањето на детето во друга земја да го извршат надлежни органи или тела....“

### *3. Хашка конвенција од 29 мај 1993 г. за заштита на деца и соработка во однос на меѓународно посвојување*

31. Релевантните одредби од Хашката конвенција од 29 мај 1993 г. го предвидуваат следново:

#### **Член 5**

„Посвојување во рамките на Конвенцијата се остварува само доколку надлежните власти на државата примател:

- а) определиле дека идните родители посвоители се подобни и соодветни да посвојат;
- б) обезбедиле дека идните родители ги добиле соодветните совети какви што се неопходни; и
- в) определиле дека детето добило или ќе добие одобрение да влезе и постојано да престојува во таа држава.“

#### **Член 15**

„1. Доколку централниот орган на државата на приемот утврдил на задоволителен начин дека барателите се подобни и соодветни да посвојат дете, истиот ќе изготви извештај кој ќе вклучи информации за нивниот идентитет, подобност и соодветност за посвојување, минатото, претходна семејна и здравствена состојба, општествено

опкружување причините за посвојувањето, способноста за прифаќање на меѓународно посвојување, како и карактеристиките на децата за кои би сакале да бидат квалификувани да се грижат.

2. Извештајот ќе го достави до централниот орган на државата на потекло.“

## ПРАВОТО

32. Жалителката наведува дека таа била изложена на дискриминаторско постапување кое се заснова на нејзината сексуална ориентација и кое постапување преставувало вмешување во нејзиното право на почитување на нејзиниот приватен живот. Таа се повикува на членот 14, во врска со членот 8 од Конвенцијата, кои предвидува:

### Член 8

„1. Секој човек има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, домот и преписката.

2. Јавната власт не смее да се меша во остварувањето на ова право, освен ако тоа мешање е предвидено со закон и ако претставува мерка која е во интерес на државната и јавната безбедност, економската благосостојба на земјата, заштитата на поредокот и спречувањето на кривични дела, заштитата на здравјето и моралот, или заштитата на правата и слободите на другите, во едно демократско општество.

### Член 14

„Уживањето на правата и слободите, признати со оваа Конвенција, треба да се обезбеди без никаква дискриминација заснована врз пол, раса, боја на кожата, јазик, вера, политичко или кое и да е друго мислење, национално или социјално потекло, припадност на национално малцинство, материјална положба, потекло по раѓање или кој и да е друг статус.“

## A. ДОПУШТЕНОСТ

### A. Поднесоците на странките

#### 1. Жалителот

33. Жалителката изјави дека посвојувањето од хомосексуалци спаѓа во три различни категории: прво, тоа може да биде sameц кој бара посвојување во држава членка каде посвојувањето од страна на sameц е дозволено (дури иако само во исклучителни случаи), во кој случај било кој партнер што лицето го има не се стекнува со родителски права како резултат на посвојувањето (посвојување од поединец); второ, еден член од двојка од ист пол може да побара посвојување на детето на другиот партнер со цел двајцата партнери да имаат родителски права во однос на детето (посвојување од страна на втор родител); и на крајот двата члена на истополова двојка може заеднички да бараат да посвојат дете кое нема никаква претходна врска со ниту еден од партнерите, па така двајцата партнери едновременно

се стекнуваат со родителски права во однос на детето (заедничко посвојување). Жалителката нагласува дека побарала посвојување од поединец, што претставува поедноставна законска можност.

34. Таа ја нагласува важноста од добивање одобрение, кое во праксата е предуслов за посвојување дете од Франција или од странство.

35. Жалителката не тврди дека има право да посвои, кое – без оглед на сексуалната ориентација на идниот родител посвоител- не постои. Сепак, таа тврди дека членот 14 од Конвенцијата, во врска со членот 8 е применлив во дадениот случај. Прво, можноста или шансата да се поднесе барање за одобрение за посвојување спаѓа во опфатот на членот 8 и во однос на „приватен живот“, бидејќи се однесува на создавање на нов однос со друго лице и во однос на „семејниот живот“, бидејќи тоа претставува обид за создавање на семеен живот со детето кое се посвојува. Второ, сексуалната ориентација на лицето, што претставува елемент на неговиот приватен живот, следствено спаѓа во рамките на опфатот на членот 8.

## 2. Владата

36. Владата спори дека жалбата е допуштена со оглед на тоа што жалбата не спаѓа во опфатот на членот 8 од Конвенцијата и следствено не спаѓа ниту во опфатот на членот 14. Во секој случај, за разлика од случајот *Fretté (Fretté v. France, no. 36515/97, § 32, ECHR 2002-I)*, одбивањето на жалителката да ѝ се даде одобрение не се заснова, ниту експлицитно ниту имплицитно, на сексуалната ориентација на жалителката и затоа не може да претставува директна или индиректна дискриминација заснована на нејзината хомосексуалност.

37. Причината за одбивање на одобрението се раководи единствено од интересите на детето и се заснова на две основи: недостаток на лице кое ќе ја исполни татковска улога и нејаснотиите на залагањето и ангажманот на нејзината партнерка во однос на нејзините планови за посвојување.

38. Во однос на основата за недостаток на лице кое ќе ја исполни татковската улога, Владата истакнува дека многу стручни лица сметаат дека моделот на полова или сексуална разлика е важен фактор за идентитетот на детето и затоа е сосема разбирливо дека социјалните служба на департманот (*départements*) треба да го земат предвид недостатокот на обележја кои на детето ќе му овозможат да го креира својот идентитет потпирајќи се и на ликот на таткото. Владата цитира одлуки на домашните судови во поддршка на нејзиното тврдење дека и на кои било други хетеросексуални баратели во чиј семеен или круг на пријатели нема член од спротивниот пол би им било одбиено барањето врз истите основи.

39. Во однос на втората основа, Владата уште од почетокот тврди дека фактот што партнерката на жалителката не се чувствува обврзана со плановите за посвојување е утврден факт. Владата истакнува дека жалителката континуирано ја негира релевантноста на тој факт, додека пак сосема е легитимно да се земе предвид однесувањето на членовите на семејниот или кругот на пријатели на идниот родител посвоител, кога има планови во домот да се донесе дете. Без оглед на тоа што пристигањето на детето во домот не би произвело правни последици за партнерот, тоа сепак ќе ја смени рамнотежата на двојката која го прима детето и на семејната единица и минатото на посвоеното дете уште повеќе налага да се оцени цврстината на приодот на двојката кон било кој план за посвојување. Следствено, освен фактот што Р. би била неопходно инволвирана во секојдневниот живот на детето, немањето на никаков ангажман од нејзината страна може да се смета за извор на несигурност за детето, што пак резултира со ризикот детето да се најде во ситуација во која ќе се натпреварува со партнерката на жалителката за нејзиното внимание и време. Според тврдењата на Владата, таа основа не може да се каже дека е поврзана со сексуалната ориентација на жалителката,

како што впрочем тоа го потврдуваат одлуките на домашните судови.

40. Според гледиштето на Владата, околностите во конкретниот случај затоа многу се разликуваат од околностите во случајот *Fretté* (цитиран погоре) и треба да се нагласи дека француските административни и судски власти најголемо значење придале на она што преставува најдобар интерес на детето. Најдобрите интереси на детето се од суштинско значење во многу меѓународни инструменти кои се обврзувачки за Франција. Не постои право на дете или право на одобрување за посвојување на дете. Посвојувањето е мерка која се презема за заштита на детето и има за цел на детето да му обезбеди семејство. Единствената цел на постапката за одобрување е од многуте кандидати да се идентификува лицето кое на детето може да му обезбеди најсоодветен дом во секој поглед. Следствено, желбата за дете не смее да надвлее врз интересите на детето.

### Б. Оценка на Судот

41. Судот, земајќи предвид дека жалителката во нејзината жалба се повикува на членот 14, во врска со членот 8, на почетокот повторно нагласува делка одредбите од членот 8 не гарантираат ниту право да се формира семејство, ниту право на посвојување (видете *Fretté*, цитирано погоре став 32). Ниту една од странките не го оспорува ова. Правото на почитување на „семеен живот“ не ја заштитува самата желба за формирање семејство; оваа одредба претпоставува дека веќе постои семејство (видете *Marckx v. Belgium*, пресуда од 13 јуни 1979 г., Series A no. 31, § 31), или во најмала мерка потенцијален однос меѓу на пример вонбрачно дете и неговиот биолошки татко (видете дете *Nylund v. Finland (dec.)*, no. 27110/95, ECHR 1999-VI), или однос кој произлегува од вистински брак, дури и кога сè уште не е целосно воспоставен семејниот живот (видете *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, пресуда од 28 мај 1985 г., Series A no. 94, § 62), или однос кој се формира преку законско и вистинско посвојување (видете *Pini and Others v. Romania*, nos. 78028/01 and 78030/01, § 148, ECHR 2004-V).

42. Право на посвојување исто така не е предвидено со домашното законодавство или со други меѓународни инструменти, како што е Конвенцијата за правата на детето, донесена од Генералното собрание на Обединетите нации на 20 ноември 1989 г. или Хашката конвенција од 29 мај 1993 г. за заштита на децата и соработка во однос на меѓународно посвојување (видете став 30 и ст. 31 погоре)

43. Сепак, Судот претходно сметал дека концептот на „приватен живот“ во рамките на значењето на членот 8 од Конвенцијата е сеопфатен концепт кој меѓу другото го опфаќа правото на воспоставување и развој на односи со други човечки битија (видете *Niemietz v. Germany*, пресуда од 16 декември 1992 г., Series A no. 251-B, p. 33, § 29), правото на „личен развој“ (видете *Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, § 47, ECHR 2001-I), или правото на само-определување, како такво (видете *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). Тоа ги опфаќа елементите како што се имињата (видете *Burghartz v. Switzerland*, пресуда од 22 февруари 1994 г., Series A no. 280-B, p. 28, § 24), родова идентификација, сексуална ориентација и сексуален живот, кои спаѓаат во личната сфера заштитена со членот 8 (видете на пример *Dudgeon v. the United Kingdom*, пресуда од 22 октомври 1981 г., Series A no. 45, стр. 18-19, § 41, и *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, пресуда од 19 февруари 1997 г., *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, стр. 131, § 36), и правото на почитување и на двете одлуки- да се има или да се нема дете (видете *Evans v. the United Kingdom [GC]*, no. 6339/05, § 71, ECHR 2007-...).

44. Во конкретниот случај може да се прифати дека предметната постапка не се однесува на посвојување на дете, како таква, туку на барање за одобрување за посвојување кое би

следело потоа. Затоа во случајот се покренува прашањето на постапка за добивање одобрение за посвојување, наместо прашањето на самото посвојување. Сепак, странките не спорат дека во праксата одобрението е предуслов за посвојување на дете.

45. Исто така треба да се забележи дека жалителката тврди дека е дискриминирана врз основа на нејзината јавно изразена хомосексуалност, што резултира во повреда на одредбите од членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 8.

46. Затоа од Судот не се бара да одлучи дали правото да се посвои, имајќи го предвид меѓу другото развојот на законодавството во Европа и фактот дека Конвенцијата е жив инструмент кој мора да се толкува во светлина на современите услови (видете конкретно, *Johnston and Others v. Ireland*, пресуда од 18 декември 1986 г., Series A no. 112, pp. 24-25, § 53), треба да спаѓа или не треба да спаѓа во рамките на опфатот на членот 8 од Конвенцијата земен сам по себе.

47. Во однос на членот 14, на кој се повикува во предметниот случај, Судот повторува дека тој само ги надополнува останатите материјални одредби од Конвенцијата и Протоколите кон истата. Тој сам по себе не може да постои затоа што произведува дејствие само во врска со „уживањето на правата и слободите“ кои се гарантирани со тие одредби (меѓу многуте други авторитативни мислењата видете *Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, § 85, ECHR 2003-VIII). Примената на членот 14 не мора да претпостави повреда на едно од материјалните права заштитени со Конвенцијата. Неопходно е, но и доволно е доколку фактите кои се разгледуваат спаѓаат во „опфатот“ на еден или повеќе членови од Конвенцијата (видете *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, цитирано погоре, § 71; *Karlheinz Schmidt v. Germany*, пресуда од 18 јули 1994 г., Series A no. 291-B, § 22; и *Petrovic v. Austria*, пресуда од 27 март 1998 г., Reports 1998-II, § 22).

48. Забраната на дискриминацијата гарантирана во членот 14 така оди над уживањето на правата и слободите кои Конвенцијата и Протоколите кон истата бараат секоја држава да ги гарантира. Тој исто така се применува и за оние дополнителни права кои спаѓаат во општиот опфат на било кој член од Конвенцијата, а кои државата доброволно се одлучила да ги гарантира. Ова начело е долго воспоставено во прецедентното право на Судот (видете го случајот („Во врска со подредени аспекти од законот за употребата на јазиците во образованието во Белгија) “*relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*” v. *Belgium*(Merits), пресуда од 23 јули 1968 г., Series A no. 6, § 9; *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, цитирано погоре, § 78; и *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 40, ECHR 2005-X).

49. Овој случај не се однесува на посвојување од двојка или од партнерот од ист пол на биолошкиот родител, туку само на посвојување од sameц. Додека од една страна членот 8 не содржи одредби за ова прашање, Судот забележува дека француското законодавство експлицитно им го доделува правото на самците да поднесат барање за одобрение за посвојување и ја утврдува постапката за оваа цел. Следствено, Судот смета дека фактите во овој случај несомнено спаѓаат во опфатот на членот 8 од Конвенцијата. Затоа, државата, која отишла и над нејзината обврска според членот 8, гарантирајќи такво право- можност која државата ја има според членот 53 од Конвенцијата- не може при примената на тоа право да спроведува мерки кои се дискриминаторски во рамките на значењето на членот 14 (видете *mutatis mutandis*, („Во врска со подредени аспекти од законот за употребата на јазиците во образованието во Белгија) *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”*, цитирано погоре).

50. Жалителката во конкретниот случај наведува дека во користењето на нејзиното право според домашното законодавство, таа била дискриминирана врз основа на нејзината сексуална ориентација. Ова последново е концепт опфатен со членот 14 од Конвенцијата

(видете *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, § 28, ECHR 1999-IX). Судот исто така истакнува дека во случајот *Fretté v. France* (цитиран погоре), на кој и двете странки експлицитно се повикуваат, жалителот се жали дека одбивањето на неговото барање за одобрение за посвојување имплицитно е засновано само на неговата сексуална ориентација. Судскиот совет утврдил дека е применлив членот 14 во врска со членот 8 (став 33).

51. Следствено во предметниот случај може да се примени членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 8.

52. Во вакви околности Судот го отфрла прелиминарниот приговор поднесен од Владата. Во светлина на поднесоците на странките, Судот исто така смета дека оваа жалба покренува сложени прашања и во однос на фактите и во однос на правото кои не може да се решат во оваа фаза на разгледување на жалбата, туку бараат разгледување на правната заснованост на случајот. Оттука, следи дека жалбата не може да се прогласи за очигледно неоснована во рамките на значењето на членот 35, став 3 од Конвенцијата. Не е утврдена ниту една друга основа за да се прогласи жалбата за недопуштена. Затоа истата мора да биде прогласена за допуштена.

## II. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 14 ВО ВРСКА СО ЧЛЕНОТ 8 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

### A. Поднесоците на странките

#### 1. Жалителот

53. Жалителката тврди дека одбивањето да ѝ се даде одобрение за посвојување се должи на нејзиниот 'животен стил', со други зборови тоа се должи на нејзината хомосексуалност. Според неа, ова може да се заклучи од разгледувањето на нејзиното барање и мислењето на одборот за посвојување. Таа исто така смета дека дел од пресудата донесена од Државниот совет (*Conseil d'Etat- врховен суд за управни прашања*) ги содржи истите формулации како и пресудата што ја донел во случајот *Fretté* (цитирано погоре) што покажува дека Државниот совет се раководел од дискриминаторски приод.

54. Во однос на основата за одбивање која се однесува на отсуството на лице кое ќе ја исполнува татковската улога, таа го наведува аргументот дека иако мнозинството на француски психоаналитичари веруваат дека на детето му е потребен двоен мајчински и татковски модел, нема емпириски докази за таквото верување, а ваквиот став го оспоруваат многу други психотерапевти. Натаму, во конкретниот случај, Владата не покажала дека има пракса на исклучување на самци - хетеросексуални жени кои немаат машки партнер.

55. Во однос на аргументот во однос на местото на нејзината партнерка во планот за посвојување и нејзиниот став кон истиот, жалителката тврди дека ова претставува незаконска основа. Членовите 343 и 343 -1 од Граѓанскиот законик предвидуваат дека посвојувањето е отворено за венчани двојки и самци: партнерите воопшто не се споменати и затоа не претставуваат странка во постапката за посвојување и немаат никаков правен статус штом ќе се посвои детето. Земајќи го предвид нејзиното право да подлежи на предвидливи законски правила, жалителката оспорува основа за одбивање на нејзиното барање, која нема основа во самиот закон.

56. Жалителката натаму нагласува дека таа и нејзината партнерка имале состанок со социјалниот работник и дека потоа разните службени лица инволвирани во разгледувањето на нејзиното барање за одобрение никогаш не побарале да се сретнат со нејзината партнерка. Требало да се преземат вакви чекори за да се оствари разговор со нејзината партнерка или

во спротивно оваа основа реално всушност служи како изговор за одбивање на нејзиното барање, единствено на основа на нејзината сексуална ориентација.

57. Жалителката тврди дека за разликата во постапувањето со неа нема никакво објективно и разумно оправдување. Потребни се особено сериозни причини за да се оправда разлика во постапувањето заснована на сексуална ориентација. Во овој случај нема такви причини.

58. Во однос на поделеноста на научната заедница (*Fretté*, став 42), потребни се особено сериозни причини за да се оправда разликата во постапувањето со хомосексуалците. Товарот на докажување на постоење на било какви научно засновани причини го има Владата и ако Владата во случајот *Fretté* и во овој случај не успеала да докаже дека има консензус на научната заедница, ова се должи на тоа што нема позната студија на оваа тема.

59. Жалителката го спори постоењето на „леgitимна цел“, затоа што прашањето кое се поставува во конкретниот случај не е здравјето на децата и Државниот совет (*Conseil d'Etat-vрховен суд за управни прашања*) не објаснил како може да биде загрозувано здравјето на детето. Таа тврди дека воопштено се наведуваат три ризици: прво, наводниот ризик детето да стане хомосексуалец, што покрај фактот што нема ништо лошо во однос на таквата евентуалност и фактот дека мнозинството на хомосексуалци имаат хетеросексуални родители, е концепт со предрасуди; второ, детето би било изложено на ризикот да има психолошки проблеми: таквиот ризик никогаш не бил докажан и неодамнешните студии покажуваат дека фактот што детето се чува и воспитува во семејство со хомосексуални родители не го прави детето склоно кон било какво пореметување; покрај тоа, правото на посвојување кое постои во одредени демократски земји покажува дека нема ризик за детето. На крајот, нема долгорочен ризик дека детето би страдало поради хомофобични предрасуди кон родителите и во секој случај, предрасудите на сексуалното мнозинство не претставуваат достаточна оправдување.

60. Таа истакнува дека практиката на административните власти била неконзистентна во Франција, каде одредени департмани (*départements*) повеќе не одбиваат да дадат одобрение на самци- хомосексуални баратели. Таа исто така истакнува дека граѓанските судови дозволуваат посвојување од истополовиот партнер на биолошкиот родител на детето.

61. Од пресудата во случајот *Fretté* (цитирано погоре став 41), во Европа има континуиран развој на правото во полза на посвојување од страна на истополови двојки, при што околу десет европски земји сега дозволуваат такво посвојување. Жалителката исто така се повикува на европскиот консензус со цел посвојувањето да им се овозможи на хомосексуалци-самци во државите членки на Советот на Европа, кои дозволуваат посвојување од страна на самци, освен во Франција каде одлуките се донесуваат на дискрециони основи. Истото важи и за земјите во Европа, каде развојот на прецедентното право е во полза на посвојување од страна на хомосексуалци во интересите на децата на кои им е потребен дом.

62. На крајот таа ги спори аргументите дека немало доволен број на деца за посвојување кој Судот го употребил во неговата пресуда во случајот *Fretté* (цитирано погоре ст. 42), наведувајќи го аргументот дека бројот на деца за посвојување во светот го надминува бројот на можни идни родители посвоители и дека овозможувањето одредена законска можност да стане достапна не треба да зависи од делотворната можност да се спроведе предметното право.

## 2. Владата

63. Владата истакнува дека одобрението за посвојување се издава на локално, а не на национално ниво, на ниво на претседател на советот за департманот (*département*), по добивање на мислење од одборот за посвојување на ниво на департманот (*département*). Во 2005 г., поднесени се 13.563 нови барања, од кои само 8% не биле одобрени (со помалку од

6% одбиени одобренија, и околу 2% повлечени барања). Во 2006 г., релевантните власти издале 4.000 визи на деца од странство кои биле посвоени. Владата изјави дека не може да поднесе статистички податоци во однос на сексуалната ориентација на барателите, со оглед на тоа што прибирањето или обработката на лични податоци за сексуалниот живот на одредено лице е забрането според француското законодавство.

64. Владата исто така тврди дека во конкретниот случај нема простор за ревидирање на наодите на Судот во пресудата во случајот *Fretté* (цитиран погоре), со оглед на тоа што сегашните услови не се сменети значително за да оправдаат отстапување од преседанот.

65. Во однос на националните законодавства, во Европа за ова прашање нема консензус и само девет од четириесет и шест држави -членки на Советот на Европа се движат кон посвојување од страна на истополови двојки, а одредени земји воопшто не дозволуваат посвојување од самци или истото го дозволуваат само во услови многу поограничени отколку условите во Франција. Натаму, таквото согледување треба да се квалификува со природата на тие закони и условите кои треба да се исполнат.

66. Заклучокот до кој дошол Судот во случајот *Fretté* во однос на поделеноста на научната заедница сè уште е валиден и денес. Владата го оправдува неподнесувањето на студии во кои се идентификуваат проблемите или разликите во развојот на деца кои ги чуваат и воспитуваат хомосексуални двојки со фактот што не е познат бројот на деца кои ги чуваат и воспитуваат хомосексуални двојки, а оценките се најразлични. Покрај сложеноста на различните ситуации кои може да се сретнат, постоечките студии не се достаточни темелни, затоа што се засноваат на малубројни примероци, во истите не се применува непристрасен приод и не се наведува профилот на засегнатите семејства со самохрани родители. Детските психијатари или психоаналитичари бранат различни теории, а мнозинството смета дека во домот е неопходен двоен мајчинско-татковски модел.

67. По случајот *Fretté* (цитиран погоре 42) сè уште има големи разлики во јавното мислење.

68. Владата потврди дека реалноста е дека бројот на барањата за посвојување е многу поголем од бројот на децата за посвојување. Меѓународните обврски на Владата, особено според членот 5 и чл. 15 од Хашката конвенција ја приморуваат да избираат кандидати врз основа на тоа кој е најподобен на детето да му обезбеди соодветен дом.

69. На крајот, Владата истакнува дека ниту една од шеесет и повеќе земји од каде Французите посвојуваат деца не одобрува посвојување од страна на истополови двојки. Меѓународното посвојување затоа може да остане целосно теоретска можност за хомосексуалците и покрај фактот што нивното домашно законодавство тоа го дозволува.

## Б. Оценка на Судот

70. Судот забележува дека во случајот *Fretté v. France* (цитирано погоре) Судскиот совет сметал дека одлуките да се одбие барањето за одобрување служеле за постигнување на легитимна цел, имено да се заштити здравјето и правата на децата кои би можеле да бидат инволвирани во постапката за посвојување (став 38). Во однос на тоа дали е оправдана разликата во постапувањето и откога забележал дека нема заедничка основа меѓу правните системи на државите-членки, Судскиот совет сметал дека е сосема природно националните власти да имаат широки дискрециони права кога од нив се бара да донесат одлуки за такви прашања, под услов да има судска ревизија (став 41). Имајќи ги предвид спротивставените интереси на жалителот и децата за посвојување и првенствената важноста на најдобрите интереси на децата, Судскиот совет забележува дека научната заедница е поделена во однос на можните последици доколку детето е посвоено од еден или повеќе хомосексуални

родители, потоа дека има големи разлики во мислењето и на национално и на меѓународно ниво, како и дека нема доволно деца за посвојување за да се задоволи побарувачката (став 42). Земајќи ги предвид широките дискрециони права кои им се оставаат на државите во оваа област и потребата да се заштитат најдобрите интереси на децата за да се постигне посакуваната рамнотежа, Советот сметал дека одбивањето да се одобри посвојувањето не го нарушува начелото на пропорционалност, дека следствено оправдувањето кое го дава Владата се чини објективно и разумно и дека разликата во постапувањето која е предмет на жалбата не е дискриминаторска во рамките на значењето на членот 14 од Конвенцијата (став 42 и ст. 43).

71. Судот забележува дека конкретниот случај исто така се однесува на прашањето како се постапувало со барање за одобрение за посвојување поднесено од sameц –хомосексуалец; сепак случајот се разликува од погоре цитираниот случај *Fretté* во однос на повеќе аспекти. Судот конкретно забележува дека иако од една страна основата за недостаток на лице кое би ја исполнило улогата на родител од спротивен пол се јавува во двата случаја, домашните административни власти не упатуваат, барем не експлицитно, на „изборот на животен стил на Е.Б.“. (видете *Fretté*, цитирано погоре став 32). Натаму, тие ги споменуваат квалитетите на жалителката и нејзините емотивни и капацитетите за чување и воспитување на деца, за разлика од случајот *Fretté* во кој за жалителот се вели дека имал тешкотии да ги замисли практичните последици на поместувањето кое го носи пристигнувањето на детето (став 28 и ст. 29). Натаму, во конкретниот случај домашните власти го зеле предвид ставот на партнерката на Е.Б., со која како што изјавила жалителката таа е во стабилен и траен однос, што преставува фактор кој не се јавува во жалбата поднесена од г-дин *Fretté*.

72. Во конкретниот случај Судот забележува дека домашните административни власти и потоа судовите кои ја разгледувале жалбата на жалителката, ја засновале нивната одлука да го одбијат барањето за одобрение врз две главни основи.

73. Во однос на основата која ја наведуваат домашните власти за недостаток на лице кое би ја исполнило мајчинската, односно татковската улога во домаќинството на лицето кое бара одобрение за посвојување, Судот смета дека ова само по себе не мора да покрене проблем. Сепак, во околностите на конкретниот случај може да се испита исправноста на таквата основа, чиј краен ефект е од жалителката да се бара да најде лице кое ќе ја исполни улогата на другиот пол во нејзиниот семеен или круг на пријатели, со што се јавува ризикот правото на самците да поднесат барање за одобрение за посвојување да стане неделотворно. Ова е релевантен аспект во овој контекст затоа што случајот не се однесува на барање за одобрение за посвојување поднесено од венчана или невенчана двојка, туку од sameц. Според мислењето на Судот, таа основа следствено може да доведе до произволно одбивање на барањето и може да послужила како изговор за одбивање на барањето на жалителката врз основа на нејзината хомосексуалност.

74. Натаму Судот забележува дека Владата, која го има товарот на докажување (видете *mutatis mutandis, Karner v. Austria*, no. 40016/98, §§ 41-42, ECHR 2003-IX), не можела да поднесе статистички информации за тоа колку често се користи оваа основа, а во врска со позната или јасно изразената сексуална ориентација на лицата кои поднесуваат барање за посвојување, што само по себе би можело да даде прецизна слика за административна пракса и да помогне да се утврди отсуство на дискриминација кога се употребува таквата основа.

75. Според мислењето на Судот, втората основа која ја користат домашните власти, а која се однесува на ставот на партнерката на жалителката бара поинаков приод. Иако таа се изјаснила како долгогодишен и стабилен партнер на жалителката, г-ѓа Р, таа не се чувствува обврзана од барањето на нејзината партнерка за посвојување на дете. Властите,

кои постојано инсистираат на оваа точка- експлицитно и давајќи причини- заклучиле дека жалителката не ги обезбедила потребните заштитни услови за посвојување на дете.

76. Прво треба да се забележи дека спротивно на тврдењата на жалителката, прашањето на ставот на нејзината партнерка, со која таа вели дека е во стабилна и долготрајна врска, е од интерес и е релевантен за оценувањето на нејзиното барање. Легитимно е властите да обезбедат дека се исполнети сите заштитни услови пред да дојде детето во семејството. Следствено, кога маж или жена барател, иако неженет/немажена, веќе има формирано дом со партнер, ставот на партнерот и улогата која партнерот/партнерката секако ќе ја има во секојдневниот живот на детето кое се придружува на веќе формиранитот дом бара целосно испитување во најдобар интерес на детето. Во најмала рака би било изненадувачки доколку релевантните власти, откако биле информирани дека де факто постои двојка, да се претвораат дека не се свесни за овој факт кога ги оценуваат условите во кои на детето ќе му се даде дом и неговиот иден живот во тој нов дом. Законската положба на лицето кое бара да посвои дете не е некомпатибилна со испитување на нејзината/неговата де факто ситуација и последователното откривање не на едно, туку две возрасни лица во домаќинството.

77. Судот натаму забележува дека членот 4 од Уредбата од 1 септември 1998 г. (видете став 28 погоре) бара претседателот на советот на релевантниот департман (*department*) на задоволителен начин да утврди дека условите во кои барателот предлага на детето да му обезбеди дом ги исполнуваат потребите на посвоеното дете од семејна, како и од гледна точка на чување и воспитување на дете и од психолошка гледна точка. Важноста на овие заштитни услови- за кои властите мора да утврдат дека се задоволително исполнети пред да дадат одобрение за посвојување на дете- исто така може да се забележи и во релевантните меѓународни инструменти, како што се Конвенцијата на ОН за правата на детето од 20 ноември 1989 г., Хашката конвенцијата од 29 мај 1993 г. или нацрт Европската конвенција за посвојување на деца (видете став 29 до ст. 31 погоре).

78. Според мислењето на Судот, нема докази за да се утврди дека предметната основа се засновала на сексуалната ориентација на жалителката. Сосема спротивно, Судот смета дека оваа основа, која нема никаква врска со сексуалната ориентација на жалителката, се потпира на едноставна анализа на познатата де факто ситуација и последиците кои истата би ги произвела за посвојувањето на детето.

79. Затоа жалителката не може да се смета дека била дискриминирана врз основа на нејзината сексуална ориентација во таа смисла.

80. Сепак овие две главни основи се дел од вкупна оценка на ситуацијата на жалителката. Затоа Судот смета дека тие не треба да се разгледуваат одвоено, туку заедно. Следствено, нелегитимноста на една од основите резултира со контаминирање на целата одлука.

81. Во однос на административната постапка, Судот забележува дека претседателот на советот за департманот (*department*) не ја засновал својата одлука само или главно на втората основа, туку на „сите“ инволвирани фактори - односно на двете основи- без при тоа да е возможно да се смета дека една од нив надвладува над другата основа или дека една од основите сама по себе е доволна за да го натераат претседателот да одлучи да го одбие одобрението (видете став 17).

82. Во однос на судската фаза, Апелациониот управен суд на Nancy забележува дека одлуката била заснована на две основи: недостаток на лице кое ќе ја исполни татковската улога и нејаснотијата на посветеноста на секој член на домаќинството. Судот натаму додава дека документите во предметот и заклучоците донесени по разгледувањето на барањето покажуваат дека животниот стил на жалителката не ги исполнува потребните заштитни услови за посвојување на дете, но спори дека претседателот на советот за департманот (*department*) одбил да даде одобрение врз основа на начелен став во однос на нејзиниот

животен стил имено нејзината хомосексуалност (виде став 24 погоре).

83. Следствено Државниот совет (*Conseil d'Etat- врховен суд за управни прашања*) сметал дека двете основи заради кои на жалителката и одбиено барањето за одобрение за посвојување се во согласност со законските одредби. Советот исто така смета дека упатувањето на „животниот стил“ може да се објасни со документите од предметот доставени до судовите во однос на фактите, кои покажуваат дека во времето на поднесување на нејзиниот барање, жалителката била во стабилна хомосексуална врска, но дека ова не може да се смета за одлука заснована на начелен став во однос на нејзината сексуална ориентација или како било каква друга форма на дискриминација (видете став 25 погоре).

84. Судот затоа забележува дека управните судови направиле сè да донесат одлука според која иако се зела предвид сексуалната ориентација на жалителката, истото не претставувало основа за предметната одлука и дека на истата не ѝ се приоѓа со непријателски начелен став.

85. Сепак, според мислењето на Судот значаен е фактот што хомосексуалноста на жалителката е толку застапена во образложенијата на домашните власти. Покрај нивните согледувања во однос на „животниот стил“ на жалителката, тие пред сè ја потврдуваат одлуката на претседателот на советот за департманот (*département*). Судот истакнува дека претседателот ја донел неговата одлука во светлина на мислењето кое го дал одборот за посвојување чии членови поединечно го дале своето мислење на писмено, главно препорачувајќи, со причини во поддршка на таквите препораки, дека барањето треба да се одбие врз двете предметни основи. Судот забележува дека начинот на кој се изразени одредени мислења навистина откриваат дека хомосексуалноста на жалителката бил одлучувачки фактор. Судот особено забележува дека во неговото мислење од 12 октомври 1998 г. психологот од Службата за грижа за деца препорачал одобрението да биде одбиено, меѓу другото упатувајќи на „невообичаен однос (на жалителката) кон мажите со тоа што мажите се отфрлени“ (видете став 13 погоре).

86. Судот забележува дека во одредени моменти токму нејзиниот статус на семец бил користен како основа за одбивање на одобрението за посвојување, а од друга страна законот експлицитно го предвидува правото на самците да поднесат барање за одобрени за посвојување. Ова особено јасно произлегува од заклучоците на психологот, која во нејзиниот извештај од 28 август 1998 г., за нејзините разговори со жалителката, навела, со прецизно упатување на случајот на жалителката, а не како општ коментар- со оглед на тоа што на нејзината забелешка и претходи изјава дека не сака на никаков начин да ја потцени самодовербата на жалителката, а уште помалку сака да сугерира дека таа би била штетна за детето- дека „сите студии за родителство покажуваат дека на детето му се потребни обата родители“ (видете став 11 погоре). На 28 октомври 1998 г., претставникот во одборот за посвојување од Семејниот совет за здружението на деца кои биле или се под грижа на државата препорачал одбивање на барањето за одобрение врз основа на тоа дека семејството-посвоител морало да биде составено од „мешана двојка (маж и жена)“ (видете став 14 погоре).

87. Во однос на систематско упатување на недостаток на лице кое би ја исполнило „татковската улога“, Судот не ја спори потребата ова прашање да се покрене, туку ја спори важноста која домашните власти му ја придаваат на ова прашање во контекстот на посвојување од страна на семец. Фактот што е легитимно овој фактор да биде земен предвид не треба да го доведе Судот со ситуација во која го занемарува претераното упатување на овој факт во околностите на предметниот случај.

88. Така, без оглед на сета претпазливост на Апелациониот управен суд на Nancy, како и потоа на Државниот совет (*Conseil d'Etat- врховен суд за управни прашања*) да го оправдаат земањето предвид на „животниот стил“ на жалителката, неизбежниот заклучок е дека

нејзината сексуална ориентација била постојано во фокус на разгледувањето на нејзиното барање и сеприсутна во секоја фаза на управната и судската постапка.

89. Судот смета дека упатувањето на хомосексуалноста на жалителката, ако не било експлицитно, тоа секако било имплицитно. Влијанието на јавно изразената хомосексуалност врз оценувањето на нејзиното барање е утврдено и земајќи го предвид погоре наведеното истата била одлучувачки фактор кој довел до одлуката да се одбие одобрението за посвојување (видете *mutatis mutandis*, *Salgueiro da Silva Mouta*, цитирано погоре, став 35).

90. Жалителката затоа страдала од разлика во постапувањето. Мора да се земе предвид целта која стои зад разликата во постапувањето и доколку целта била легитимна, во тој контекст треба да се разгледа дали разликата во постапувањето е оправдана.

91. Судот повторува дека во целите на членот 14, разликата во постапувањето е дискриминаторска доколку за неа нема објективно и разумно оправдување, што значи дека разликата не е направена за да се постигне „легитимна цел“ или дека нема „разумен однос на пропорционалност меѓу употребените средствата и целта која сака да се постигне“ (видете меѓу другото *Karlheinz Schmidt*, цитирано погоре, став 24; *Petrovic*, цитирано погоре, став 30; и *Salgueiro da Silva Mouta*, цитирано погоре, став 29). Кога се работи за прашањето на сексуална ориентација, потребни се особено убедливи и валидни причини за да се оправда разликата во постапување во однос на правата кои спаѓаат во опфатот на членот 8 (видете, *mutatis mutandis*, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 и 33986/96, § 89, ECHR 1999-VI; *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, nos. 31417/96 и 32377/96, § 82, 27 септември 1999 г.; и *S.L. v. Austria*, no. 45330/99, § 37, ECHR 2003-I).

92. Во врска со ова Судот забележува дека Конвенцијата е жив инструмент кој треба да се толкува во светлина на современите услови (видете меѓу другото *Johnston and Others*, цитирано погоре став 53).

93. Според мислењето на Судот, доколку причините изнесени за таквата разлика во постапувањето се засноваат само на согледувањата во однос на сексуалната ориентација на жалителката тоа би преставувало дискриминација според Конвенцијата (видете *Salgueiro da Silva Mouta*, цитирано погоре став 36).

94. Судот истакнува дека француското законодавство дозволува sameц да посвои дете (видете став 49 погоре), со што се отвора можноста за посвојување од страна на sameц - хомосексуалец, што не е спорно. Врз основа на одредбите од домашното законодавство, Судот смета дека причините изнесени од Владата не може да се сметаат за особено убедливи и валидни за да го оправдаат одбивањето на жалителката да ѝ се додели одобрение.

95. Судот на крајот забележува дека релевантните одредби од Граѓанскиот законик не се осврнуваат на прашањето на неопходноста од лице од спротивен пол кое би ја исполнило татковската или мајчинската улога, што во секој случај не зависи од сексуалната ориентација на sameцот -родител посвоител. Натаму, во овој случај, жалителката според пресудата на Државниот совет (*Conseil d'Etat- врховен суд за управни прашања*) поседувала „неспорни лични квалитети и склоност за грижа и воспитување на деца“, кои секако се во најдобар интерес на детето, што пак е клучен концепт во релевантните меѓународни инструменти (видете став 29 до ст. 31 погоре).

96. Имајќи го предвид погоре наведеното, Судот мора да подвлече дека одбивајќи го барањето за одобрение за посвојување поднесено од жалителката, домашните власти направиле разлика врз основа на согледувања поврзани со нејзината сексуална ориентација, разлика која според Конвенцијата не е прифатлива (видете *Salgueiro da Silva Mouta*, цитирано погоре ст. 36).

97. Следствено, имајќи ги предвид наодите изнесени во ставот 80 погоре, Судот смета дека предметната одлука не е компатибилна со одредбите од членот 14 во врска со членот 8.

98. Следствено се утврдува повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 8.

### III. ПРИМЕНА НА ЧЛЕНОТ 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

99. Членот 41 од Конвенцијата го предвидува следново:

„Кога Судот ќе оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на протоколите, и доколку внатрешното право на засегнатата Висока договорна страна овозможува само делумна репарација на штетата, тогаш доколку е тоа неопходно, Судот ќе му додели правична отштета на оштетениот“.

#### A. Штета

100. Жалителката истакнува дека без одобрението кое ѝ било одбиено за жалителката било законски невозможно да посвои дете од странство и практично невозможно да посвои дете од Франција. Дури и доколку француската Влада би реагирала брзо и би ѝ доделила одобрение, дискриминаторското одлагање би било со должина од девет до десет години. Таквото одлагање не е само психолошки товар и неправично, туку ги намалува и нејзините шанси еден ден да посвои дете поради нејзината возраст; таа имала триесет и седум години кога поднела барање за посвојување и би имала најмалку четириесет и шест години доколку конечно ѝ се одобри барањето. Следствено таа бара да ѝ се доделат ЕУР 50.000 за нематеријална штета.

101. Владата не се произнесе по ова прашање.

102. Судот смета дека жалителката мора да претрпела нематеријална штета која не би се надоместила со едноставно утврдување на повреда на членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата. Следствено, судејќи на непристрасни основи, Судот ѝ доделува ЕУР 10.000 како правична отштета.

#### B. Трошоци и надоместоци

103. Жалителката бара ЕУР 14.352 за адвокатски хонорари за периодот од поднесувањето на жалбата па сè до завршувањето на постапката (шеесет часа работа по тарифа од ЕУР 200 на час без ДДВ), како и ЕУР 176 за патни и трошоци за сместување кои настанале за присуство на усната расправа пред Големиот судски совет односно вкупна сума од ЕУР 14.528.

104. Владата не се произнесе по ова прашање.

105. Судот забележува дека според критериумите поставени со неговото прецедентно право. Судот мора да утврди дали бараните трошоци и надоместоци навистина настанале и дали биле неопходни, како и дали сумата е разумна (меѓу другите авторитативни мислења видете *Öztürk v. Turkey* [GC], no. 22479/93, § 83, ECHR 1999-VI). Применувајќи ги тие критериуми во предметниот случај, Судот смета дека сумата од ЕУР 14.528 која ја бара жалителката е разумна и истата сума ѝ ја доделува на жалителката.

#### B. Камата за неизвршување

106. Судот смета дека е соодветно стапката на камата за неизвршување да се заснова на најниската каматна стапка за позајмени средства на Европската централна банка, плус три процентни поени.

## ОД ОБИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. *Утврдува* едногласно дека жалбата е допуштена;
2. *Одлучи* со десет гласа за и седум гласа против дека има повреда на членот 14 во врска со членот 8 од Конвенцијата;
3. *Одлучи* со единаесет гласа за и шест гласа против
  - (а) дека тужената држава на жалителката треба да ѝ плати, во рок од три месеци, ЕУР 10.000 (десет илјади евра) за нематеријална штета и ЕУР 14.528 (четиринаесет илјади и петстотини дваесет осум евра) за трошоци и надоместоци, на што се додава било која сума за данокот кој жалителката треба да го плати на погорниот износ;
  - (б) дека од истекот на наведениот рок од три месеци сè до извршувањето ќе се засметува основна камата на наведениот износ по стапка еднаква на најниската каматна стапка за позајмени средства на Европската централна банка за периодот на неизвршување, плус три процентни поени;
4. Едногласно *го одбива* остатокот од барањето на жалителката за правична отштета.

Изготвена на англиски и на француски јазик и доставена на расправата во зградата на Судот за човекови права, Стразбур, на 22 јануари 2008 г.

Michael O'Boyle  
Заменик секретар

Christos Rozakis  
Претседател



## ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА COSTA, НА КОГО МУ СЕ ПРИКЛУЧУВААТ СУДИИТЕ TÜRMEŃ, UGREKHĒLIDZE И JOČIENĒ

(Превод)

1. Во случај како предметниот, од Големиот судски совет (кому надлежноста му беше доделена од Судскиот совет според членот 30 од Конвенцијата) може да се очекува да донесе водечка пресуда за „сериозно прашање“ кое влијае на толкувањето на Конвенцијата, во овој случај на членот 14 во врска со членот 8.

2. До онаа мерка до која Судот усвои начелен став, мислам дека можам истиот да го прифатам, но не сум воопшто сигурен дека во овој конкретен случај вмешувањето кое ѝ се припишува на тужената држава е докажано дека е спротивно на таквиот став или дека е некомпатибилно со одредбите од Конвенцијата. Ќе се обидам да објаснам што имам на ум.

3. Во однос на прашањето на начелото, главниот фокус на образложението на мнозинството – особено упатувајќи на претходната одлука на Судот во случајот *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal (Reports 1999-IX)* – е врз наводната дискриминација на жалителката затоа што нејзиното барање за одобрение за посвојување дете било одбиено наводно заради нејзината хомосексуална ориентација, а таа смета дека таквата дискриминација е неправична.

Во пресудата во случајот *Fretté v. France (Reports 2002-I)*, која со оваа пресуда се укинува (како што впрочем тоа може да го направи Големиот судски совет), мнозинството на Советот сметал дека таквата основа не е спротивна на членовите 14 и 8- или - да бидеме попрецизни- дека причините поради кои француските власти го одбиле барањето за одобрение за посвојување поднесено од жалителот кој бил хомосексуалец, биле оправдани (во најдобар интерес на детето кое најверојатно ќе се посвои).

Јас не го поддржав таквото образложение и иако гласав со мнозинството за утврдување дека нема повреда, тоа според моето гледиште се должи на фактот што членовите од Конвенцијата на кои се повикува жалбата не се применливи, затоа што Конвенцијата не го гарантираа правото на посвојување (но Советот не се согласи со моето образложение за оваа точка и тука нема уште еднаш да се осврнувам на тоа *-perseverare diabolicum*).

Во моето одвоено мислење, кон кое се приклучија моите колеги судија Jungwiert и судија Траја, истакнав дека францускиот Граѓански законик (од 1966 г.) дозволува посвојување од семец и не забранува на било кој начин посвојување од страна на хомосексуалец (или она што се сведува на истото, не го поставува условот барателот да биде хетеросексуалец). Затоа тогаш сметав – и не гледам причина сега да го сменам мислењето – дека одбивањето да се даде одобрение засновано само врз јавно искажаната или на утврдената хомосексуалност на предметниот барател би било спротивно и на Граѓанскиот законик и на Конвенцијата.

Подеднакво сум убеден дека пораката која што Судот им ја праќа на државите – членки е јасна: лицето кое бара посвојување не може да биде спречено тоа да го стори само заради неговата/нејзината хомосексуалност. Овој став можеби не го делат сите, заради

добри или не толку добри причини, но- со право или не – нашиот Суд, чија должност според Конвенцијата е да ја толкува и да ја спроведува Конвенцијата, смета дека како што на лицето не може да му се одземат родителските права само врз основа на хомосексуалност (*Salgueiro da Silva Mouta*), исто така на лицето не може да му се одбие барање за посвојување само врз основа на хомосексуалноста. Јас се согласувам.

4. Сепак, ако го напуштиме теоретското ниво и се осврнеме на конкретниот случај на жалителката- а дури и во пресуда која претендира да биде водечка пресуда, Судот ја има првенствената должност да се осврне на конкретниот случај пред него – јас не се согласувам. Предметот, разгледуван од домашните административни и судски власти, според мене јасно покажува дека одобрението било одбиено (и дека одбивањето се сметало за законско) заради две причини, кои може да се сумираат на следниов начин. Прво, дека не би имало машко лице кое би ја исполнило „татковската“ улога во семејниот и кругот на пријатели на г-ѓа Е.Б. Второ, жената со која таа била во стабилен однос во времето на поднесување на нејзиното барање не се чувствуваала обврзана од планот на нејзината партнерка за посвојување; иако таа можеби и не била против или не била непријателски настроена кон планот за посвојување, таа секако била индиферентна.

5. Според мене, првата од овие основи е незаконска според француското законодавство затоа што доколку законодавството дозволува sameц да посвои дете, тогаш е спротивно на законодавството да се бара тоа лице, без разлика дали се работи за маж или за жена, во неговиот семеен или круг на пријатели да има некој кој е од спротивниот пол а кој би ја исполнил „(татковската или мајчинската) улога“ (за да го искористам бирократско психолошкиот жаргон). Не може од sameц да се бара вештачки одново да изгради „дом“ со цел да може да искористи законски субјективно право; дали sameцот ќе мора да биде sameц само теоретски со цел да може да посвои дете?

Сепак забележувам дека колку и да е незаконска првата основа, истата не треба да се меша со хомофобична дискриминација. Без оглед на тоа дали г-ѓа Е.Б. била хомосексуалка или не, советот за Департманот (*department*) сепак ќе ја одбиел – или ќе можел да го одбие одобрението врз основа на недостаток на лице кое ќе ја исполни „родителската улога“ од спротивен пол. Затоа не е јасно дали дури и ова чудно образложение се заснова на сексуалната ориентација на жалителката или дали таквото образложение само по себе е достаточено за да го оправда заклучокот до кој дошло мнозинството, барем според нивното образложение.

6. Втората основа, во секој случај мене не ми се чини неразумна или непропорционална. Факт е дека г-ѓа Е.Б. живее со друго лице. Без оглед на полот и сексуалната ориентација на тоа лице, утврдено е и уште повеќе не е сериозно оспорено дека ова лице не го поддржува планот за посвојување. Во вакви услови, доколку било дадено одобрение и следствено граѓанските судови ѝ одобриле на г-ѓа Е.Б. да посвои дете малку е веројатно дека гаранциите кои ги бара француското законодавството ( од семејна и од гледна точка на чување и воспитување дете и од психолошка гледна точка – видете став 28 од пресудата), во најдобар интерес на детето, би биле исполнети и секако освен доколку не делува како четврта инстанца, Судот не е тој кој треба да донесе поинаква одлука.

7. Затоа се јавува чувствително правно прашање. Дали била одлучувачка првата основа (за која само што кажав дека не е дискриминаторска, барем што се однесува до сексуалната ориентацијата на жалителката)? Дали тоа било доволно да ја „контаминира“ предметната

административна одлука? Зарем не пореално да се смета дека во однос на конкретно барање поднесено од лице во специфична ситуација, властите имаат право да ги разгледаат и оценат сите фактори кои се однесуваат на таквата ситуација? Исто како што нашиот суд, кој не е четвртата инстанца, ниту е касациски суд кој ја разгледува заснованоста на некоја конкретна основа, тој смета дека не е потребно да се испитаат другите основи и се ограничува на заснованоста на првата основа за да ја укине одлуката и да го врати случајот. Сепак, со пресудата Судот го прави токму тоа.

Во врска со ова мојот став е поблизок до ставот на колегата, судија Mularoni, која во нејзиното издвоено мислење го критикува мнозинството затоа што утврдило дека хомосексуалната ориентација на г-ѓа Е.Б. била *одлучувачката* основа за добивање на нејзиното барање за одобрение. Јас, како и таа, сметам дека ваквото тврдење е прилично неоправдано.

8. Според моето мислење, Големиот судски совет можеше достоинствено да изјави дека одбивање од ваков вид не би можело да се заснова на хомосексуалност, без при тоа да се повреди членот 14 и членот 8 и така да донесе водечка пресуда, истовремено отфрлајќи ја жалбата на г-ѓа Е.Б. затоа што во овој случај нејзината хомосексуалност не бил факторот кој ја спречил да добие одобрение. Според мене, ова поблиску би одговарало на реалноста на случајот, барем онака како што јас го толкувам.

9. Затоа - во предметниот случај - јас не можам да се согласам со образложението на мнозинството и сметам дека Франција не ја повредила Конвенцијата.

## ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА ZUPANČIČ

Прашањето во одредени аспекти е прикриено, но клучното прашање во овој случај е дискриминацијата- врз основа на сексуалната ориентација на жалителката- во однос на привилегијата да посвои дете. Дека ова е привилегија е од суштинска важност за разгледувањето на случајот; ова значи- и мнозинството го прифаќа ова- дека не ги разгледуваме правата на жалителката во смисла на членот 8.

Разликата меѓу привилегија и право е суштинска. Дискриминацијата во смисла на нееднакво постапување се однесува на ситуации кои инволвираат права; таа не се применува на ситуации кои во суштина се однесуваат на привилегии. Ова се ситуации во кои доделувањето или недоделувањето на привилегијата му дава легитимна основа на органот кој одлучува, во овој случај административен орган, да ја искористи слободата на одлучување без страв дека ќе биде повредено правото на оштетеното лице.

Поедноставно кажано, теоретското начело според кое правото подлежи на судска постапка и според кој повредата на тоа право бара лек не се применува на ситуации во кои се доделува привилегија. Еден преувеличен пример за таква ситуација би била привилегијата да се добие одликување или награда, или други ситуации на специјален третман наменет само за оние кои тоа особено го заслужуваат.

Со други зборови би било „бизарно“ било кој да тврди дека тој требало да добие одредена награда, одредено одликување или одредена привилегија.

Има секако и неутрални ситуации како што се барања за именување на одредена позиција за која оштетеното лице е кандидат. Би можело на пример да се замисли ситуација во која кандидатот сакал да стане судија или нотар или бил кандидат за слична позиција, но од кои било причини бил одбиен. Дури и во таков случај би било невообичаено за Судот да разгледува одбивање да се додели одредена привилегија како прашање кое подлежи на критериумите за дискриминација.

Во конкретниот случај, прелиминарното прашање од суштинска важност е да се определи дали привилегијата на посвојување дете подлежи на критериумите за дискриминација според членот 14. Како што е погоре нагласено, мнозинството не е склоно кон тоа да ја смета привилегијата да се посвои дете како право.

Затоа не е доследно да се смета дека имало каква било повреда сè додека Судот опстојува на неговата позиција (која може да се оправда!) според која можноста за посвојување на дете јасно не претставува право и во најдобар случај тоа преставува привилегија. Тогаш се поставува прашањето каква слобода на одлучување има административниот орган при донесувањето на одлука во однос на привилегијата на посвојување на дете.

Од друга страна, дали може да се замисли Комитетот за доделување на Нобелова награда да биде обвинет за дискриминација затоа што никогаш не доделил Нобелова награда на научници од одредена раса или националност? За таквото тврдење секако би биле потребни статистички податоци. Статистичките докази навистина преовладуваат во случаите на дискриминација при вработување и слични случаи. Со други зборови, доколку во оваа конкретна ситуација, Европскиот суд за човекови права требало да утврди дека француските

административни власти систематски ги дискриминираат жените лезбејки кои сакаат да посвојат дете, прашањето би било многу појасно

Но тука разгледуваме поединечен случај во кој се тврди дека има дискриминација исклучиво врз основа на нејзина една единствена појава. Ова, како што истакнав, не му дозволува на Судот да заклучи дека во Франција има општ став на дискриминација против хомосексуалците кои сакаат да посвојат дете. Прашањето на систематска дискриминација во конкретниот случај воопшто не е разгледувано и најверојатно би било и невозможно да се допуштаат такви статистички податоци во поддршка на наводите. Сепак, доколку тоа би било можно, овој случај би се третираше целосно различно од она со кое се соочуваме сега.

Затоа Судот има обврска да извлече конзистентна линија на образложение врз основа на неговиот прелиминарен став, според кој привилегијата на посвојување дете во секој случај не претставува право.

Одделно прашање во истиот контекст е дали постапките кои довеле до негативен одговор на жената лезбејка биле такви за да докажат дискриминација. Се чини дека ова прашање ја опфаќа разликата врз која се заснова образложението на мнозинството.

Прашањето кое произлегува од ваков вид на образложение е дали во постапките - дури и во оние во кои се доделува не право, туку привилегија- не треба да има дискриминација. Во однос на управното право, разликата е меѓу одлука која е легитимно во рамките на надлежностите на управните органи и нивната легитимна слобода на одлучување од една страна и слободата на одлучување која навлегува во областа на произволно одлучување.

Одлуката е произволна кога не е заснована на разумни основи (материјален аспект) и на разумен процес на одлучување (процедурален аспект), па наместо тоа, истата произлегува од предрасуди, во овој случај предрасуда против хомосексуалците. Во правната теорија одамна е утврдено дека логиката на дискриминација не се применува за привилегии, но дека истата се применува за постапките во однос на кои се поставува прашањето на доделување или на недоделување на постапките.

Се изнесуваат наводи дека постапките предвидени со француското управно право се дискриминаторски во однос на конкретна жена -хомосексуалка, но тогаш се јавува прашањето дали ваквиот вид на дискриминаторска постапка сепак е компатибилна со легитимната слобода на одлучување која ја има управниот орган.

Се плашам дека во најголем број на случаи контроверзијата се состои токму овој вид на „контаминација“ на материјалното со процедуралното. Тука не можам повеќе да се задржам на ова<sup>16</sup>, но прашањето може да се постави на следниов начин. Доколку доделувањето на привилегии не претставува доделување на право, зарем тогаш не е точно дека оној која ја доделува привилегијата има право - *argumento a majori ad minus*- не само на слобода на одлучување, туку и на дискриминација во материјална и во процедурална смисла? Краткиот одговор на ова прашање би бил дека во јавната сфера- спротивно на целосно приватната област на награди признанија и слично - има одредени привилегии кои имаат својства кои ги прават прикладни да станат права, како што е посвојување на дете, или одредено лице да

<sup>16</sup> На ова прашање во големи детали се осврнувам во *The Owl of Minerva, Essays on Human Rights*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008, Глава 14, стр. 413-28.

биде земено предвид за јавна функција итн. Сигурно е дека до она мерка до која овој процес во кој привилегијата потенцијално „станува право“ е погоден од произволност, предрасуди и фриволност тогаш треба да се применува логиката на дискриминацијата.

Останатото е прашање на факти. Како и судија Loucaides, и јас не ја поддржувам теоријата за контаминација со постепена апсорпција која ја застапува мнозинството.

Има уште еден кончен аспект. Незастапуваната странка, чии интереси треба апсолутно да преовладеат во таква постапка, е детето чии идни најдобри интереси треба да се заштитат. Кога ќе се споредат со апсолутното право на ова дете, сите други права и привилегии ослабуваат. Доколку во однос на прашањата на старателство сметаме дека од првенствена важност треба да бидат најдобрите интереси на детето- наместо правата на биолошките родители- колкава тежина би имало ваквото тврдење во случаите како овој каде се работи за привилегиите на потенцијален родител – посвоител?

## ПОСЕБНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИИТЕ LORENZEN И JEBENS

Ние гласавме како и мнозинството во корист на утврдување на повреда на членот 14 од Конвенцијата во врска со членот 8 и воопштено може да се согласиме со образложението во пресудата. Сепак со следново сакаме да го појасниме нашето гласање.

Во предметниот случај, домашните власти, одбивајќи го барањето за одобрение за посвојување се потпреле на две основи кои француските судови во жалбената постапка ги прифатиле како легитимни: прво, недостаток на лице кое ќе ја исполни татковската улога во домаќинството на жалителката и второ индиферентниот однос на партнерката на жалителката. Целосно се согласуваме со образложението на пресудата (став 75 до ст. 78) дела втората основа е релевантен фактор кој треба да се земе предвид при одлучување по барањето. Што се однесува од првата основа, ние не сметаме дека оваа основа е ирелевантна или дискриминаторска сама по себе во случаи во кои барањето за посвојување го поднесува самец. Сепак, таа може да стане таква доколку се користи во комбинација со директно или индиректно упатување на сексуалната ориентацијата на барателот. Во врска со ова повторно се согласуваме со мнозинството дека и покрај обидите на националните судови да објаснат што се подразбира или што не се подразбира со упатувањето на „животниот стил“ на жалителката, не може да се заклучи дека нејзината сексуална ориентација не била реално важна за таа основа. Одбивањето да се додели одобрение следствено се заснова на една основа која е легитимна и на уште една основа која не е легитимна во околностите на предметниот случај и затоа одбивањето е дискриминаторско според Конвенцијата.

Следствено, во овој случај утврдена е повреда затоа што одбивањето да се даде одобрение за посвојување делумно се заснова на нелегитимни причини. Ова секако не значи дека на жалителката не можело да ѝ биде одбиено одобрението на основи кои се во согласност со Конвенцијата, на пример индиферентниот однос на нејзината партнерка. Малцинството смета дека одбивањето било оправдано и само врз таа основа и ние не ја исклучуваме можноста тоа да е така. Сепак, според нашето мислење - и ова всушност е аспектот во однос на кој најмногу се разидуваме со мнозинството- овој Суд ја нема задачата да донесува одлука за тоа прашање, за кое треба да одлучуваат само и единствено француските судови.

Со оглед на повеќе процедуралниот карактер на повредата, ние сметавме дека утврдувањето на повреда или доделување на мал износ за обесштетување би преставувало правична отштета во однос на било нематеријална штета која жалителката ја претрпела, но не сметавме дека е неопходно да се произнесеме со издвоено мислење по ова прашање.

## ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА LOUCAIDES

Јас не се согласувам со мнозинството во овој случај. Сметам дека одлуката на домашните власти на жалителката да ѝ го одбијат барањето за одобрение за посвојување дете е легитимна и спаѓа во рамките на нивните дискрециони права на одлучување.

Одлуката на домашните власти се заснова на две главни основи.

Прво, „отсуство на ’обележја за идентификација’ поради недостаток на татковски модел или лице кое ќе ја исполни татковската улога и нејаснотијата на посветеноста на секој член на домаќинството во однос на посвоеното дете“. Во врска со првата основа, се согласувам со мнозинството дека таа не е компатибилна со делотворното право на семејството да поднесе барање за одобрение за посвојување, право кое француското законодавство го признава и која треба да се отфрли како основа која не е применлива во предметниот случај.

Втората основа е поврзана со ставот на партнерката на жалителката, г-ѓа Р., која и покрај фактот што јасно се изразила како долгогодишна партнерка на жалителката не се чувствувала обврзана во однос на плановите за посвојување на жалителката. Оваа основа сама по себе легитимно може да ја оправда одлуката на домашните власти. Тоа мнозинството реално не го спори. Но она што мнозинството смета дека е погрешно е фактот што, како што вели мнозинството, „нелегитимноста на една од основите резултира со контаминирање на целата одлука“.

Лично јас не ја прифаќам оваа теорија за контаминација – теорија која е посоодветна за медицинските науки- од едноставна причина што секоја од основите која довела до одлуката е одвоена и автономна и нејзиното влијание на никаков начин не зависи, ниту е поврзана со влијанието на другата основа. Прво, доколку домашните власти сметале дека две основи требало да делуваат заедно, тие тоа би го кажале. Второ, доколку- како што смета мнозинството- сексуалната ориентација на жалителката, на која наводно имплицитно се упатува во образложението на една од основите, била вистинската причина за одбивање на одобрението, не гледам зошто властите би морале да ја споменат и другата основа.

Со оглед на тоа станува збор за одлуки на француските управни органи, треба да надополнам дека едно од основните начела на француското управно право е доколку административната одлука се заснова на повеќе основи доволно е една од основите да биде законски прифатлива со цел одлуката да биде полноважна.

Во секој случај, сметам дека образложението на домашните власти во целост е во склад со Конвенцијата.

Засегнатите органи не упатиле на сексуалната ориентација на жалителката како причина за нивното одбивање. Сепак, спротивно на моето гледиште, мнозинството смета дека „упатувањето на хомосексуалноста на жалителката, ако не било експлицитно, тоа секако било имплицитно“ и дека „утврдено е влијанието на јавно изразената хомосексуалност на жалителката врз оценувањето на нејзиното барање и ..... (истата) била одлучувачки фактор кој довел до одлуката да се одбие одобрението за посвојување.“ Читајќи ја пресудата на мнозинството имам чувство дека има постојан напор да се толкува одлуката на домашните власти како да се заснова на сексуалната ориентација на жалителката, иако ништо не било

кажано во оваа смисла и властите неколку пати јасно истакнале дека одлуката со која го одбиваат барањето не е донесена врз основа на „начелен став за нејзиниот избор на животен стил“, ниту „во светлина на сексуалната ориентацијата на жалителката“.

Како и да е, јас сметам дека дури и сексуалната ориентација на жалителката да била фактор во одбивањето на одобрието за посвојување од страна на властите, предметното одбивање не може да се каже дека не некомпатибилно со членот 8 во врска со членот 14, ако се земат предвид сите релевантни околности и значењето и дејствувањето на таквиот фактор во контекст на прашањето за кое требало да се донесе одлука.

Точно е дека членот 14 од Конвенцијата забранува дискриминација во уживањето на правата и слободите, признати со Конвенцијата врз која било основа како што е пол, раса, боја на кожата, јазик, вера, политичко или кое и да е друго мислење, национално или социјално потекло, припадност на национално малцинство, материјална положба, потекло по раѓање или кој и да е друг статус. Секако, сексуалната ориентација е област различна од полот, но дури и под претпоставката дека, сексуалната ориентација е опфатена со концептот „статус“ (а јас мислам дека не е опфатена со овој концепт), морам да го дадам ова појаснување кое според мене е неопходно во целите на овој случај. Може да има ситуации во кои е неопходна разлика во постапување врз основа на пол, вера, итн. или друг статус, доколку последиците од релевантниот статус влијаат на конкретното прашање кое се разгледува. На пример, верата на едно лице може да резултира со појави или практики кои произведуваат влијание кое е спротивно на интересите на децата на тоа лице, факт кој легитимно може да се земе предвид кога се работи за добросостојбата на децата. Типичен пример за ова е неодамнешниот случај на *Ismailova v. Russia*, во кој Првиот оддел ја донесе пресудата на 29 ноември 2007 г. Во овој случај жалителката се жали дека одлуките на домашните судови со која старателството на нејзините две деца се доделува на нивниот татко претставува повреда на членот 8 од Конвенцијата во врска со членот 14, бидејќи истите претставуваат дискриминација врз основа на нејзината вера. Судот, отфрлајќи ја жалбата на жалителката навел неколку инциденти кои настанале поради верските обреди на жалителката кои произлегуваат од нејзиното членство во одредена верска организација и кои имале негативно влијание врз децата. Судот го вели следново:

„Образложението на домашните судови покажува дека тие единственото се насочиле кон интересите на децата. Судовите не се потпреле на фактот што нивната мајка е членка на Јеховините сведоци, туку на верските практики на жалителката, во кои ги инволвирала и нејзините деца при што истите не ги заштитила. Според гледиштето на домашните судови, ова довело до социјални и психолошки реперкусии врз децата. Судовите сметале дека ова ќе има негативно влијание врз воспитувањето на децата. ...

Во такви околности, Судот мора да заклучи дека постоел разумен однос на пропорционалност меѓу употребените средства и легитимната цел која се сакало да се постигне...“

Во овој случај исто така сметам дека при одлучувањето што е во најдобра интерес на детето што треба да се посвои, домашните власти можеле легитимно да ја земат предвид хомосексуалноста и животниот стил на жалителката онакви какви што биле во дадените околности на случајот, односно фактот дека жалителката живее заедно со истополов партнер. Би можело да се додаде - врз основа на мнозинскиот приод, според кој двете причини кои

ги наведуваат властите ги сметаат како една основа – дека предметната партнерка дури не била заинтересираната да биде дел од планот за посвојување.

Верувам дека еротичниот однос со неговите неизбежни појавни форми и однесувањето на двојката една кон друга во домот би можел легитимно да се земе предвид како негативен фактор во средината во која се очекува да живее посвоеното дете. Во вакви околности навистина постоел реалниот ризик дека моделот и сликата за семејството во контекстот на кои детето треба да живее и да ја развива својата личност би била изместена. Оваа ситуација значително се разликува од ситуацијата во која барателот-хомосексуалец не живее со неговиот/нејзиниот партнер. И јас лично најверојатно би применил поинаков приод во однос на таков случај.

Ја цврсто верувам дека никој не може да се повика на неговата вера, пол или кој било друг статус со цел да ја искористи забраната на дискриминацијата како основа за изземање од дисквалификација во однос на конкретна активност поради негативните последици кои таквиот статус може да ги има во однос на конкретно прашање.

Хомосексуалците, како и сите останати, имаат право да бидат тоа што се и не треба да бидат цел на каква било дискриминација или било какво негативно постапување заради нивната сексуална ориентација. Сепак, тие како и сите останати со одредена карактеристична особеност, мораат да прифатат дека може да не се квалификуваат за одредени активности кои поради нивната природа и во одредени околности не се компатибилни со нивниот животен стил или карактеристични особености.

Затоа – засновајќи се на претпоставката прифатена од мнозинството дека една од причините која влијаела врз вкупната одлука да се одбие барањето за посвојување била сексуалната ориентација на жалителката- јас сметам дека во светлина на конкретните факти и околности на случајот легитимноста на предметното одбивање во секој случај не може да се стави под знак прашалник. Верувам дека постои разумен однос на пропорционалност меѓу употребените средства и легитимната цел која се сака да се постигне.

На крајот морам официјално да подвлечам дека со пресудата во овој случај се преиначува пресудата во случајот *Fretté v. France* (no. 36515/97). Напорите да се направи разлика меѓу предметниот случај и случајот *Fretté*, според моето мислење се неуспешни и непотребни, сè додека основното прашање во двата случаја, според пристапот на мнозинството, во суштина е исто.

Следствено, јас сметам дека во овој случај нема повреда.

## ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА MULARONI

(Превод)

Јас не го делаам мислењето на мнозинството во овој случај.

### ВО ОДНОС НА ДОПУШТЕНОСТА

Во однос на допуштеноста на жалбата, верувам дека е важно уште на почетокот да нагласам дека сметам дека жалбата е допуштена, но тоа се должи на причини различни од оние кои ги наведуваат моите колеги.

Во став 43 од пресудата Судот повторува дека концептот на приватен живот е сеопфатен и дека опфаќа многу права и можности. Толкувањето на член 8 од страна на институциите на Конвенцијата во голема мерка еволуирало. Неодамна, во две жалби во однос на техниките за вештачко оплодување, Судот експлицитно изјавил дека оваа одредба го заштитува правото да се почитуваат и двете „одлуки“ и да се има или да се нема деца (видете *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 71, ECHR 2007-..., и *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 66, ECHR 2007...).

Се прифаќа дека во двата случаја се работи за одлука да се има „биолошко“ дете. Сепак, не можам да заборавам дека со векови, посвојувањето, кое е постапка со долга традиција, која е позната во најголем дел од земјите во светот, било единствениот начин со кој двојките кои не можат да имаат деца можеле да основаат семејства со деца. Иако од една страна се прифаќа дека членот 8 не го гарантира правото на основање на семејство, таквото право сепак се гарантира со членот 12 од Конвенцијата. Иако „правото“ на посвојување не постои, во светлина на нашето прецедентно право, кое во текот на годините донело сè повеќе и повеќе права и можности во рамките на опфатот на членот 8, мислам дека време е Судот да утврди дека можноста поднесувањето на барање за посвојување на дете според домашното законодавство спаѓа во рамките на опфатот на членот 8. Следствено, членот 14 би бил применлив.

Мојот приод затоа ќе биде да запраам да го прогласувам предметот на жалбите поднесени од лица кои според домашното законодавство имаат право да поднесат барање за посвојување за некомпатибилен со одредбите од Конвенцијата. Според моето мислење, сите жалители кои се во иста лична ситуација во која или не можат или и особено тешко е да имаат деца треба да бидат заштитени со Конвенцијата на ист начин во однос на нивната легитимна желба да станат родители, без оглед дали ќе се одлучат за искористат техники на вештачко оплодување или ќе се одлучат да поднесат барање за посвојување во склад до одредбите од домашното законодавство. Не гледам дека има силни аргументи во корист на разлика во постапувањето.

Со сета почит кон моите колеги, врз основа на подолу објаснетите причини, сметам дека правното образложение во корист на прогласување на жалбата за допуштена е доста слабо; во него се повторуваат аргументите кои веќе се искористени за оваа цел во случајот *Fretté* (пресуда од 26 февруари 2002 г., бр. 36515/97, §§ 30-33).

Како што се право се истакнува во ставот 47 од пресудата, фактите од случајот мораат барем да спаѓаат во опфатот еден од членовите од Конвенцијата – во овој случај членот

8- а со цел да може да се примени членот 14. Доколку Судот не е подготвен да го измени старото прецедентно право кое сè уште се применува денес, според кое сите фази пред издавањето на одобрение за посвојување од страна на домашните судови не спаѓаат во областа на прашања кои ги разгледува Судот (за ова, меѓу другите авторитативни мислења видете *Pini and Others v. Romania*, nos. 78028/01 и 78030/01, §§ 140-42, ECHR-2004, и *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, пресуда од 28 јуни 2007 г., no. 76240/01, §§ 121-22), тешко ми е да разберам како Судот може да дојде до спротивниот заклучок дека право да се поднесе барање за одобрение за посвојување „несомнено“ спаѓа во рамките на опфатот на членот 8 од Конвенцијата (видете став 49 од пресудата).

Според мене не треба да го поставиме - и при тоа да не го одговориме- погрешното прашање, имено дали „правото“ на посвојување треба или не треба да спаѓа во рамките на опфатот на членот 8 од Конвенцијата сам по себе (видете став 46 од пресудата). Во домашното законодавство или во релевантните меѓународни инструменти не се признава право на посвојување и странките ова не го спорат. Од друга страна, треба да утврдиме - и ова мора апсолутно и јасно да се стори- дали можноста за посвојување на дете која ја предвидува домашното законодавството спаѓа или не спаѓа во рамките на опфатот на членот 8. Доколку одговорот е дека не спаѓа, тогаш како што и веќе претходно кажав не можам да сфатам како може да се заклучи дека правото да се поднесе барање за посвојување „несомнено“ спаѓа во рамките на опфатот на членот 8 и дека следствено се применува членот 14, во врска со членот 8. Искрено, ваквиот заклучок според мене е нелогичен.

Би додал дека приодот кој се следи во случајот *Fretté* има практично значење во смисла на тоа што овозможува жалби кои се однесуваат на прелиминарните фази во постапката за посвојување на дете кои ги поднесуваат хомосексуалците според членот 14, во врска со членот 8 да бидат прогласени за допуштени, додека оние жалби коишто ги поднесуваат хетеросексуалци кои се повикуваат само на членот 8 мораат да бидат отфрлени како жалби чиј предмет не е компатибилен со одредбите од Конвенцијата.

Сепак, се прифаќа дека во последните години толкувањето на членот 14 на Судот еволуирал во прилична мерка. Но сметам дека толкување кое води до прогласување на допуштеност кое води до дискриминација *a contrario* во постапувањето со жалбите не кореспондира со духот и словото на членот 14.

### *ВО ОДНОС НА ПОВРЕДАТА*

Во однос на правна заснованост не се согласувам ниту со образложението, ниту со заклучокот на мнозинството.

Судот забележал дека домашните административни власти и потоа судовите кои го разгледувале случајот на жалителката ги засновале нивните одлуки да го одбијат барањето за одобрение врз две главни основи: недостаток на лице кое ќе ја исполни татковската улога и нејаснотијата на посветеноста на секој член на домаќинството.

Во однос на првата основа, која се заснова на недостаток на лице кое ќе исполни татковската улога во домаќинството на жалителката, признавам дека имам сериозни сомнежи за компатибилноста на оваа основа со членот 14 од Конвенцијата. Конкретниот случај се однесува на барање за одобрение за посвојување кое не е поднесено од двојка,

туку од sameц. Според мене, одлуката дали на sameц да му се даде или да не му се даде можноста за посвојување на дете е во рамките на дискреционото право на одлучување на државата; сепак штом ќе се даде таквата можност, барањето sameцот во неговиот семеен и круг на пријатели да обезбеди лице од спротивниот пол кој ќе ја исполни мајчинската или татковската улога го носи ризикот правото на sameцот да поднесе барање за одобрение за посвојување да го направи неделотворно.

Сепак, сметам дека втората основа на која домашните власти ја засновале својата одлука, а која се однесува на ставот на партнерката на жалителката, бара поинаков приод. Иако таа изјавила дека е долгогодишен партнер на жалителката, г-ѓа Р., и која живее со жалителката, таа јасно се дистанцирала себеси од барањето за одобрение за посвојување. Властите кои постојано упатуваат на овој елемент – експлицитно и наведувајќи причини- заклучиле дека жалителката не ги исполнила заштитните услови во целите на посвојување на дете.

Членот 4 од Уредбата бр. 98-771 од 1 септември 1998 г. бара претседателот на советот на релевантниот департман (department) на задоволителен начин да утврди дека условите во кои барателот предлага на детето да му обезбеди дом ги исполнуваат потребите на посвоеното дете од семејна, како и од гледна точка на чување и воспитување на дете и од психолошка гледна точка. Важноста на овие заштитни услови- за кои властите мора да утврдат дека се задоволително исполнети пред да дадат одобрение за посвојување на дете- исто така може да се види и во релевантните меѓународни инструменти, како што се Конвенцијата на ОН за правата на детето од 20 ноември 1989 г., Хашката конвенцијата од 29 мај 1993 г. или нацрт Европската конвенција за посвојување на деца (видете став 28 до ст. 31 од пресудата).

Натаму, во домашното законодавство и во сите релевантни инструменти најголема важност се придава на најдобрите интереси на детето (*ibid.*), како што секогаш прифаќа и нагласува нашиот Суд во сите случаи кои се однесуваат на малолетници. Како и Државниот совет (*Conseil d'Etat- врховен суд за управни прашања*), и јас сметам дека во случаите во кои sameц кој поднесува барање за посвојување е во стабилна врска со друго лице, кое неизбежно ќе треба да придонесе кон обезбедување на соодветен дом за детето, управниот орган има право и должност да обезбеди – дури и кога врската не е правно обврзувачка – дека однесувањето или личноста на третото лице, разгледани врз објективни основи, овозможуваат обезбедување на соодветен дом. Државата има должност да обезбеди дека условите во кои на детето – кое многу често минало низ големи страдања и тешкотии во минатото- му се обезбедува дом се најдобрите можни услови.

Затоа сметам дека втората основа, сама по себе, е достаточна и релевантна причина на жалителката да ѝ се одбие барањето за одобрение за посвојување. Затоа не ја поддржувам теоријата за „контаминација“ која ја застапува мнозинството во ставовите 80 et seq. од пресудата. Во однос на овој елемент го дела мислењето изразено од судија Loucaides. Претпочитам да се задржам на законодавството на правните системи кои најдобро ги познавам, а според кои, кога одлуката е заснована на повеќе основи, доволно е една од тие основи да биде полноважна, со цел одлуката во целост да се смета за полноважна.

Треба да се додаде дека толкувањето од страна на мнозинството на заклучоците до кои дошле домашните судови е неоправдано: иако домашните судови постојано тврдат дека основата за одбивање на барањето за одобрување за посвојување не била хомосексуалноста на жалителката, мнозинството смета дека упатувањето на хомосексуалноста на жалителката

било ако не експлицитно, тогаш имплицитно и дека влијанието на ваквото упатување врз оценката на нејзиното барање е утврдено и претставувало одлучувачки фактор (видете став 89 од пресудата).

Сепак, токму жалителката е таа која ја декларирала својата хомосексуалност со оглед на тоа што во времето кога било разгледувано нејзиното барање таа била во стабилна хомосексуална врска. Не гледам ништо дискриминаторско во тоа што националните власти во нивните одлуки упатуваат на јавно декларираната хомосексуалност и врската на жалителката. Зарем не би било исто така релевантно да има упатување на личноста на хетеросексуалниот партнер кој живее со иден родител посвоител во стабилна врска и на неговиот став кон плановите на партнерот за посвојување? Јас не сметам дека има какви било валидни причини да се изнесат аргументи дека властите воопшто не требало да се осврнат на овие фактори. Детето требало да пристигне во домаќинство составено од две личности; затоа властите мора да ги земат предвид личноста и ставот на тие две лица.

Јас исто така не разбираам на кои основи може да се заклучи дека влијанието на хомосексуалноста на жалителката бил одлучувачки фактор, додека за разлика од случајот *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, домашните власти секогаш конкретно кажуваат дека основата за одлуката да се одбие барањето за одобрение за посвојување не се заснова на сексуалната ориентација на жалителката.

Со оглед на сите претходно наведени причини, сметам дека нема повреда на членот 14, во врска со членот 8.

**Предмет С-267/06**

**Тадао Маруко**

**(Tadao Maruko)**

**против**

**Пензиската институција на германскиот театар**

**(Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen)**

(Упатување за прелиминарна одлука од Баварскиот управен суд во Минхен (Bayerisches Verwaltungsgericht München))

(Еднаков третман при вработување и избор на професија – Директива 2000/78/ЕЗ – Наследни бенефиции според шемата за задолжителна професионална пензиска шема- Концепт на „исплата“ - Одбивање бидејќи засегнатите лица не биле во брак- Партнери од ист пол- Дискриминација врз основа на сексуална ориентација)

Резиме на пресудата

1. *Социјална политика – Еднаков третман при вработување и избор на професија – Директива 2000/78 – Опсег*

*(Член 141 ЕЗ; Директива 2000/78 на Советот)*

2. *Социјална политика – Еднаков третман при вработување и избор на професија – Директива 2000/78*

*(Директива 2000/78 на Советот, членови 1 и 2)*

1. Наследните бенефиции спаѓаат во опсегот на Директивата 2000/78 на Советот за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија кога бенефициите се плаќаат според професионална пензиска шема управувана од пензиски фонд за одредена категорија на работници, кога шемата потекнува од колективен договор кој има за цел да ги надополни бенефициите на социјално осигурување кои се плаќаат во согласност со општото националното законодавство, кога шемата е финансирана исклучиво од работниците и работодавците од засегнатиот сектор, без какво било финансиско учество на државата, и е наменета, според таквиот договор, за таа категорија на работници, и кога износот на бенефициите се одредува во однос на периодот на членство на работникот кој бил партнер на овластениот примател и на вкупниот износ на надомести платени од страна на тој работник.

Таквите бенефиции мора затоа да се класифицираат како исплати во рамките на значењето на член 141 ЕЗ и тој заклучок не е условен од фактот што пензискиот фонд е јавно тело или од фактот што членството во шемата, кое е услов за таквите бенефиции, е задолжително.

(види ставови 49-51, 53-57, 61, оперативен дел 1)

2. Комбинираните одредби од членовите 1 и 2 од Директивата 2000/78 за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија исклучуваат законодавство според кое, по смртта на животниот партнер, преживеаниот партнер не добива наследни бенефиции еднакви на оние кои се доделуваат на преживеан сопружник, иако, според националното право, животното партнерство ги става лицата од ист пол во ситуација која е споредлива со онаа на сопружниците, барем што се однесува до наследните бенефиции. Судот кој го врши упатувањето треба да утврди дека преживеаниот животен партнер се наоѓа во ситуација која е споредлива со онаа на сопружник кој има право на наследните бенефиции предвидени според професионалната пензиска шема раководена од засегнатиот пензиски фонд.

(види ставови 69, 73, оперативен дел 2)

### ПРЕСУДА НА СУДОТ (Големиот судски совет)

1 април 2008 година (\*)

(Еднаков третман при вработување и избор на професија – Директива 2000/78/ЕЗ – Наследни бенефиции според шемата за задолжителна професионална пензиска шема- Концепт на „исплата“- Одбивање бидејќи засегнатите лица не биле во брак- Партнери од ист пол- Дискриминација врз основа на сексуална ориентација)

Во Предметот C-267/06,

УПАТУВАЊЕ за прелиминарна одлука според член 234 ЕЗ, од страна на Баварскиот административен суд во Минхен (Германија), со одлука од 1 јуни 2006 година, примено во Судот на 20 јуни 2006 година, во постапката

**Тадао Маруко**

против

**Пензиската институција на германскиот театар,**

СУДОТ (Големиот судски совет),

составен од V. Skouris, Претседател, P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts и L. Bay Larsen, Претседатели на Советите, K. Schieman, J. Makarczyk, P. Kūris, J. Klučka (судија-известител), A. Ó Caoimh, P. Lindh и J.-C. Bonichot, судии,

Општ застапник: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

Записничар: J. Swedenborg, Администратор,

во однос на писмената постапка и по сослушувањето на 19 јуни 2007 година,

земајќи ги предвид коментарите поднесени во име на:

– Г-дин Маруко, од страна на H. Graupner, R. Wintemute и M. Bruns, адвокати,

- Пензиската институција на германскиот театар, од страна на С. Draws и Р. Rammert, во својство на застапници, асистирани од А. Bartosch и Т. Grupp, адвокати,
- холандската влада, од страна на С. Wissels, во својство на застапници,
- Владата на Обединетото Кралство, од страна на V. Jackson, во својство на застапник, и од страна на Т. Ward, адвокат,
- Комисијата на Европските заедници, од страна на J. Enegren и I. Kaufmann-Bühler, во својство на застапници,

по сослушувањето на Мислењето на Општиот застапник на седницата на 6 септември 2007 година,

ја донесе следната

## Пресуда

1 Упатувањето за прелиминарна одлука се однесува на толкувањето на член 1, член 2(2) (а) и (б)(i) и член 3(1)(в) и (3) од Директивата 2000/78/ЕЗ на Советот од 27 ноември 2000 година за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија (Службен весник на Европските заедници 2000 L 303, стр. 16; „Директивата 2000/78“ или „Директивата“).

2 Упатувањето беше извршено во постапката помеѓу Г-дин Маруко и Пензиската институција на германскиот театар („ВддБ“) во врска со одбивањето на именуваната институција да го признае правото на Г-дин Маруко на пензија за вдовец предвидена според задолжителната професионална пензиска шема на која неговиот починат животен партнер бил член.

## Правен контекст

### *Право на Заедницата*

3 Воведните белешки 13 и 22 од преамбулата на Директивата 2000/78 истакнуваат:

„(13) Оваа Директива не се однесува на шеми за социјално осигурување и социјална заштита, бенефициите од кои се сметаат за приход во рамките на значењето кое му е дадено на тој поим за целите на примена на член 141 од Договорот ЕЗ, ниту на каков било вид на плаќање од страна на Државата заради обезбедување пристап до вработување или одржување на вработувањето.

...

(22) Оваа Директива не ги доведува во прашање националните закони за брачна состојба и бенефициите кои произлегуваат од истата.“

4 Член 1 од Директивата 2000/78 предвидува:

„Целта на оваа Директива е да утврди општа рамка за борба против дискриминацијата врз основа на религија или уверување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална

ориентација во однос на вработувањето и изборот на професијата, со цел во земјите членки да се применува принципот на еднаков третман.“

5 Според Член 2 од Директивата:

„1. За целите на оваа Директива, „начелото на еднаков третман“ означува дека не смее да има каква било директна или индиректна дискриминација врз основа на причините кои се наведени во член 1.

2. За целите на став 1:

(а) директна дискриминација се смета дека се случила кога едно лице се третира, било или би било третирано понеповолно во однос на друго лице во споредлива ситуација, врз која било од основите наведени во член 1;

(б) индиректна дискриминација се смета дека се случила кога очигледно неутрална одредба, критериум или практика, би ставила лица од одредена религија или уверување, метална и телесна попреченост, возраст или сексуалната ориентација, во неповолна положба во однос на други лица, освен доколку:

(i) таквата одредба, критериум или практика е објективно оправдана со легитимна цел и средствата за постигнување на таа цел се соодветни и неопходни.

...“

6 Член 3 од Директивата го содржи следниот текст:

„1. Во рамките на овластувањата пренесени на Заедницата, оваа Директива се однесува на сите лица, како од јавниот така и приватниот сектор, вклучувајќи и јавни органи, во однос на:

...

(в) вработување и работни услови, вклучувајќи отпуштање и исплата;

...

3. Оваа Директива не се однесува на исплати од каков било вид од страна на државни шеми или слично, вклучувајќи ги шемите за државно социјално осигурување или социјална заштита.

...“

7 Според првиот став од член 18 од Директивата 2000/78, земјите членки имаат обврска да ги усвојат законите, регулативите и административните одредби неопходни за усогласување со оваа Директива најдоцна до 2 декември 2003 година или, во однос на одредбите кои се однесуваат на колективните договори, тие може да го доверат спроведувањето на Директивата на социјалните партнери. Меѓутоа, во тој случај, земјите членки треба да се погрижат дека, најдоцна до 2 декември 2003 година, социјалните партнери ги имаат воведено неопходните мерки преку договор, при што земјите членки се должни да ги преземат сите неопходни мерки за да им овозможат во кое било време да бидат во состојба да ги гарантираат резултатите кои ги наложува оваа Директива. Покрај тоа, тие се должни да ја известат Комисијата на

Европските заедници за таквите мерки.

### *Национално право*

Закон за регистрирани животни партнери

8 Став 2 од Законот за регистрирани животни партнери (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft) од 16 февруари 2001 година (BGBl. 2001 I, стр. 266), со измените со Законот од 15 декември 2004 година (BGBl. 2004 I, стр. 3396, „Законот за регистрирани животни партнери“), предвидува:

„(1) Две лица од ист пол воспоставуваат партнерство кога ќе изјават, лично и во присуство на обајцата/обете, дека сакаат да живеат заедно во доживотно партнерство (како животни партнери). Изјавите не може да се дадат условно или на одреден временски период. Изјавите влегуваат на сила во моментот кога се даваат пред надлежниот орган.

(2) Полноважно партнерство не може да се воспостави:

1. со малолетно лице или лице кое е веќе во брак или кое веќе живее во партнерство со трето лице;
2. помеѓу роднини по нагорна и надолна линија;
3. помеѓу браќа или сестри од иста мајка и татко, иста мајка или ист татко;
4. кога, во момент на воспоставување на партнерството, партнерите одбиваат да ги прифатат должностите согласно став 2.

...“

9 Став 2 од Законот за регистрирани животни партнери предвидува:

„Животните партнери мора да се почитуваат и да се грижат еден за друг и заеднички да се посветат на доживотната заедница. Секој од нив ќе прифати одговорности во однос на другиот.“

10 Според став 5 од тој Закон:

„Животните партнери се должни соодветно да придонесуваат кон заедничките потреби на партнерството преку својата работа и имот. Втората реченица од став 1360, став 1360а и став 1360б од Граѓанскиот закони, и вториот потстав од став 16, се применуваат по аналогија.“

11 Став 11(1) од тој Закон предвидува:

„Со исклучок на одредбите кои го предвидуваат спротивното, животниот партнер се смета за член од семејството на другиот животен партнер.“

Законодавство во однос на пензии за вдовици или вдовци

12 Со Законот за регистрирани животни партнери, германското законодавство ги вовеле измените на Книга VI од Кодексот за социјална заштита- законски шеми за старосна пензија (Sozialgesetzbuch VI – Gesetzliche Rentenversicherung).

13 Став 46 од Книга VI, во верзијата на сила од 1 јануари 2005 година („Кодексот за социјална заштита“), предвидува:

„(1) Вдовици или вдовци кои не се премажиле/прежениле имаат право, по смртта на сопругникот, на мала пензија за вдовици или вдовци, под услов осигурениот сопругник да бил осигурен за општиот квалификационен период. Таквото право се ограничува на максимален период од 24 календарски месеци од датумот на смртта на осигуреникот.

...

(4) За да се утврди правото на пензија на вдовец или вдовица, воспоставувањето на животното партнерство се смета за еднакво на воспоставувањето брак, животното партнерство за еднакво на брак, преживеаниот партнер за еднаков на вдовец или вдовица и животниот партнер за еднаков на сопругник. Раскинувањето или прекинувањето на ново партнерство се смета за еднакво на, соодветно, прекинување или поништување на нов брак.

14 Книга VI содржи други слични одредби<sup>94</sup> за третирањето на животното партнерство за еднакво на бракот, конкретно став 47(4), став 90(3), став 107(3) и став 120д(1).

Колективен договор за германските театри

15 Став 1 од Колективниот договор за германските театри (Tarifordnung für die deutschen Theater) од 27 октомври 1937 година (Reichsarbeitsblatt 1937 VI, стр. 1080; „Колективниот договор“) предвидува:

„1) Кое било правно лице кое управува со театар (оператор на театар) на територијата на Германија мора да склучи, во име на театарските работници вработените во театарот, осигурување за старосна и наследна пензија, во согласност со следните одредби, како и да му достави на секој вработен во театарот писмено известување за склученото осигурување.

(2) Во договор со засегнатите германски министри, Министерот за народно просветлување и пропаганда назначува осигурителна институција и ги утврдува условите на осигурување (прописите). Тој исто така го утврдува и датумот по кој мора да се склучи осигурувањето потребно според овој Договор.

(3) За целите на овој Договор, театарски работници се лица кои, според Законот за Културната комора на Рајхот и соодветното применливо законодавство, се задолжителни членови на Театарската комора на Рајхот (сценски оддел), конкретно: продуценти, актери, водачи на оркестар, режисери, сценаристи, хорски директори, наставници, сценски менаџери, суфлери и лица на слични позиции, технички персонал (како што се работници зад сцената, лица задолжени за сцена и костими и оние на слични позиции, до степенот до кој се одговорни во своите оддели), заедно со уметничките директори, членовите на хорот, танчарите и фризерите.“

16 Став 4 од Колективниот договор предвидува:

„Операторот на театар и театарските работници покриваат по една половина од осигурителните премии. Операторот на театарот мора да ги уплати осигурителните премии на осигурителната институција.“

Прописи на Пензиската институција на германскиот театар

17 Ставови 27, 32 и 34 од Прописите на Пензиската институција на германскиот театар предвидуваат:

„Став 27 – Природа на пензијата и општи услови

(1) Правото на пензија произлегува од случувањето на следните настани: неспособност за работа или инвалидност, рано пензионирање, достигнување на нормалната возраст за пензионирање и смрт.

(2) Во пракса, институцијата е должна да исплати...во форма на наследни бенефиции... пензија за вдовица (ставови 32 и 33), пензија за вдовец (став 34)... доколку, веднаш пред случувањето на настан од кој произлегува право на бенефиции, осигуреното лице било задолжително осигурено, доброволно осигурено или реосигурено, и доколку е исполнет квалификациониот период...

...

Став 32 – Пензија за вдовица

(1) Сопругата на осигуреното или пензионирано лице, доколку сè уште во брак со него на денот на неговата смрт, има право на пензија за вдовица.

...

Став 34 – Пензија за вдовец

(1) Сопругот на осигуреното или пензионирано лице, доколку сè уште во брак со неа на денот на нејзината смрт, има право на пензија за вдовец.

...’

18 Став 30(5) од Прописите на Пензиската институција на германскиот театар ја утврдуваат постапката за утврдување на износот на пензија во однос на кој се пресметува наследната пензија.

### **Главна постапка и прашања упатени за прелиминарна одлука**

19 На 8 ноември 2001 година, според став 1 од Законот за регистрирани животни партнери во неговата првична верзија, Г-дин Маруко склучил животно партнерство со креатор на театарски костими.

20 Животниот партнер на Г-дин Маруко бил член на Пензиската институција на германскиот театар од 1 септември 1959 година и продолжил да плаќа доброволни придонеси на институцијата и во текот на периодот кога не бил обврзан како член.

21 Животниот партнер на Г-дин Маруко починал на 12 јануари 2005 година.

22 Со писмо од 17 февруари 2005 година, Г-дин Маруко поднел барање до Пензиската институција на германскиот театар за пензија за вдовец. Со одлука од 28 февруари 2005 година, Пензиската институција на германскиот театар го одбила неговото барање со образложение дека нејзините прописи не предвидуваат такво право за преживеаните животни партнери.

23 Г-дин Маруко покренал тужба пред Баварскиот управен суд во Минхен, судот кој го врши упатувањето. Според Г-дин Маруко, одбивањето од страна на Пензиската институција на германскиот театар е спротивно на начелото на еднаков третман, со оглед на тоа што, од 1 јануари 2005 година, германското законодавство ги става животното партнерство и бракот на исто рамниште, конкретно со воведувањето на став 46(4) во Кодексот за социјална заштита. Одбивањето да му се признае правото на лице чиј животен партнер починал на наследни бенефиции под истите услови како на преживеан сопружник претставува дискриминација врз основа на сексуалната ориентација на тоа лице. Според мислењето на Г-дин Маруко, животните партнери се третираат понеповолно од сопружниците, иако, како и сопружниците, тие мора меѓусебно да се поддржуваат и да се грижат еден за друг, се обврзуваат на доживотна заедница и ги прифаќаат одговорностите на другиот. Правилата кои се однесуваат на имотот на животни партнери во Германија се исти како и оние кои се однесуваат на имотот на сопружници.

24 Судот кој го врши упатувањето бара да дознае, прво, дали пензиската шема која ја управува Пензиската институција на германскиот театар може да се смета за еквивалентна на шема за социјално осигурување во рамките на значењето на член 3(3) од Директивата 2000/78 и дали таа шема е надвор од опсегот на таа Директива. Тој истакнува дека фактот што членството во Пензиската институција на германскиот театар е законска обврска и фактот што таквото членство во никој случај не смее да биде предмет на преговори во ниту една театарска компанија е индикација за таквата еднаквост. Меѓутоа, судот кој го врши упатувањето понатаму напоменува дека, надвор од работниот однос, театарските работници имаат можност да продолжат доброволно да плаќаат придонеси во пензиската шема; дека шемата се темели на начелото на капитализација; дека театарската компанија и осигуреното лице плаќаат по половина од придонесите; и дека Пензиската институција на германскиот театар раководи и управува со своите активности автономно, без каква било вклученост од страна на сојузното законодавство.

25 Судот кој го врши упатувањето истакнува дека, со оглед на структурата на Пензиската институција на германскиот театар и одлучувачкото влијание кое театарските компании и осигурените лица го имаат врз нејзиното работење, се сомнева дека Пензиската институција на германскиот театар управува со пензиска шема еквивалентна на државната шема за социјално осигурување, во рамките на значењето на член 3(3) од Директивата 2000/78.

26 Судот кој го врши упатувањето бара да дознае, второ, дали наследните бенефиции во прашање може да се сметаат за „исплата“ во рамките на значењето на член 3(1)(в) од Директивата 2000/78, што би ја оправдало примената на Директивата. Судот кој го врши упатувањето истакнува дека, како општо правило, во контекст на судската пракса на Судот, бенефициите кои се плаќаат на преживеаните се опфатени со концептот на „исплата“. Според судот кој го врши упатувањето, на таквото толкување не влијае фактот што наследните бенефиции во прашање не се исплаќаат на работодавецот, туку на преживеаниот партнер, бидејќи правото на такви бенефиции е придобивка која произлегува од членството на работникот во пензиска шема управувана од Пензиската институција на германскиот театар, при што бенефициите за преживеаниот партнер на работникот произлегуваат од работниот однос помеѓу работодавецот и засегнатиот работник.

27 Трето, судот кој го врши упатувањето бара да дознае дали комбинираниите одредби од член 1 и Член 2(2)(а) од Директивата 2000/78 ги исклучуваат одредбите од прописите како оние на Пензиската институција на германскиот театар, според кои лице чиј животен

партнер починал не добива наследни бенефиции еднакви на оние кои им се достапни на преживеаните сопружници, иако, како и сопружниците, животните партнери живеат во формално утврдена доживотна заедница која се темели на меѓусебна поддршка и помош.

28 Според судот кој го врши упатувањето, бидејќи постојниот предмет спаѓа во опсегот на Директивата 2000/78 и вклучува дискриминација, Г-дин Маруко може да се повика на одредбите од Директивата.

29 Судот кој го врши упатувањето додава дека, за разлика од хетеросексуалните двојки кои склучуваат брак и, доколку дојде до тоа, имаат право на наследни бенефиции, за осигуреното лице и барателот во главната постапка било невозможно, поради нивната сексуална ориентација, да го задоволат условот во однос на брак од кој зависи правото на такви бенефиции согласно пензиската шема управувана од Пензиската институција на германскиот театар. Според мислењето на судот кој го врши упатувањето, можно е комбинираниите одредби од член 1 и 2(2)(а) од Директивата 2000/78 да ги исклучат одредбите како оние од Прописите на Пензиската институција на германскиот театар според кои правото на такви бенефиции е ограничено на преживеани сопружници.

30 Доколку комбинираниите одредби од член 1 и 2(2)(а) од Директивата 2000/78 ги исклучуваат одредбите како оние во прописите на Пензиската институција на германскиот театар, судот кој го врши упатувањето бара да дознае, четврто, дали се дозволува дискриминација врз основа на сексуална ориентација во контекст на воведната забелешка 22 од Преамбулата на оваа Директива.

31 Судот кој го врши упатувањето напоменува дека содржината на таа воведна забелешка не е одразена во диспозитивот на Директивата 2000/78. Тој се прашува дали таквата воведна забелешка може да го ограничи опсегот на Директивата. Судот кој го врши упатувањето смета дека, со оглед на значењето на начелото на еднаков третман на правото на Заедницата, широко толкување на воведните забелешки на Директивата не е соодветно. Во тој однос, судот кој го врши упатувањето бара да дознае дали, во предметот пред него, одбивањето од страна на Пензиската институција на германскиот театар да исплати наследни бенефиции на лице чиј животен партнер починал претставува дискриминација која се дозволува иако се базира на сексуална ориентација.

32 Петто, судот кој го врши упатувањето бара да дознае дали, во согласност со Предметот C-262/88 *Barber* ([1990] ECR I-1889), правото на наследни бенефиции е ограничено на временски периоди по 17 мај 1990 година. Судот кој го врши упатувањето истакнува дека одредбите од националното право кое е предмет на главната постапка се опфатени со член 141 ЕЗ и дека директно повикување на тој член е можно единствено во однос на бенефиции кои се плаќаат за периоди на вработување по 17 мај 1990 година. Судот кој го врши упатувањето упатува во тој однос на Предметот C-200/91 *Coloroll Pension Trustees* ([1994] ECR I-4389).

33 Во тие околности, Баварскиот управен суд во Минхен одлучил да ја одложи постапката и да ги упати следните прашања до Судот за правда за прелиминарна одлука:

„1. Дали е задолжителна професионална пензиска шема, како што е шемата во прашање во овој предмет, управувана од Пензиската институција на германскиот театар, слична на државните шеми споменати во член 3(3) од Директивата 2000/78 на Советот?

2. Дали бенефициите кои една задолжителна професионална пензиска шема ги исплаќа

на преживеаните во форма на пензија за вдовица/вдовец може да се толкуваат како исплата во рамките на значењето на Член 3(1)(в) од Директивата 2000/78...?

3. Дали Член 1 во врска со член 2(2)(а) од Директивата 2000/78...ги исклучува прописите со кои е уредена дополнителна пензиска шема според која регистриран партнер не добива, по смртта на својот партнер, наследни бенефиции еднакви на оние достапни за сопружници, иако, како и сопружниците, регистрираните партнери живеат во доживотна заедница на меѓусебна соработка и помош?

4. Доколку одговорите на претходните прашање се потврдни: Дали е Воведната забелешка 22 од Преамбулата на Директивата 2000/78 дозволува дискриминација врз основа на сексуална ориентација?

5. Дали правото на наследни бенефиции би било ограничено на периоди по 17 мај 1990 година во контекст на судската пракса во *Barber* [цитиран погоре]?’

## Прашања упатени за прелиминарна одлука

### *Прво, второ и четврто прашање*

34 Со првото, второто и четвртото прашање, кои е соодветно заедно да се одговорат, судот кој го врши упатувањето бара да дознае, во суштина, дали наследните бенефиции кои се плаќаат согласно професионална пензиска шема, како онаа управувана од Пензиската институција на германскиот театар, се опфатени со опсегот на Директивата 2000/78.

### Заклучоци поднесени до Судот

35 Што се однесува до првото и второто упатено прашање, Пензиската институција на германскиот театар смета дека шемата која таа ја управува е законска шема за социјално осигурување и дека наследните бенефиции кои се предмет на главната постапка не може да се сметаат за „исплата“ во рамките на значењето на член 3(1)(в) од Директивата 2000/78. Таквите бенефиции се оттаму надвор од опсегот на таа Директива.

36 Во поткрепа на таквиот став, Пензиската институција на германскиот театар истакнува, меѓу другото, дека таа е тело уредени со јавен закон и е дел од сојузната државна администрација, како и дека пензиската шема која е предмет на главната постапка е задолжителна шема која се темели на закон. Пензиската институција на германскиот театар додава дека Колективниот договор има законска сила и е интегриран, заедно со Прописите на Пензиската институција на германскиот театар, во спогодбата за унификација од 31 август 1990 година и дека задолжителното членство се однесува на сите категории на работници општо. Наследните бенефиции кои се предмет на главната постапка не се директно поврзани со конкретен работен однос, туку со општи прашања на социјална политика. Тие не зависат директно од истекот на периоди на вработување и износот не е утврден врз основа на последна плата.

37 Комисијата смета, од друга страна, дека наследните бенефиции кои се предмет на главната постапка спаѓаат во опсегот на Директивата 2000/78, бидејќи се исплаќаат врз основа на работниот однос помеѓу лицето и неговиот работодавец, последица на што е задолжителното членство на работникот во Пензиската институција на германскиот театар. Износот на бенефициите се утврдува врз основа на периодот на осигурување и платените

придонеси.

38 Што се однесува до четвртото упатено прашање, Г-дин Маруко и Комисијата напоменуваат дека содржината на воведната забелешка 22 од Преамбулата на Директивата 2000/78 не е одразена во ниту една одредба од диспозитивот на Директивата. Според Г-дин Маруко, доколку законодавното тело на Заедницата имало за цел да ги исклучи сите бенефиции условени од граѓански статус од опсегот на Директивата 2000/78, содржината на таа воведна забелешка би била предмет на конкретна одредба од диспозитивот на Директивата. Според Комисијата, таквата воведна забелешка единствено истакнува дека Европската унија нема доволна надлежност во прашања поврзани со граѓанскиот статус.

39 Пензиската институција на германскиот театар и Владата на Обединетото Кралство сметаат, меѓу другото, дека воведната забелешка 22 од преамбулата на Директивата 2000/78 содржи јасен и општ исклучок и дека го утврдува опсегот на Директивата. Директивата не се однесува на одредби од националното право поврзани со граѓанскиот статус или на бенефиции кои се условени од таков статус, како што се наследните бенефиции кои се предмет на главната постапка.

Одговор на Судот

40 Јасно е од член 3(1)(в) и (3) од Директивата 2000/78 дека Директивата се однесува на сите лица, како од јавниот така и од приватниот сектор, вклучувајќи јавни тела, во врска со, меѓу другото, условите на плаќање, и дека не се однесува на исплати од каков било вид од страна на државни шеми или слично, вклучувајќи државни шеми за социјално осигурување и социјална заштита.

41 Опсегот на Директивата 2000/78 мора да се сфати- во контекст на одредбите толкувани во врска со воведната забелешка 12 од Преамбулата на Директивата- дека ги исклучува шемите за социјално осигурување и социјална заштита, бенефициите од кои не се еквивалентни на „исплата“ во рамките на значењето дадено на тој израз за примена на член 141 ЕЗ, или на исплати од каков било вид од страна на Државата со цел обезбедување пристап до вработување или одржување на вработувањето.

42 Оттука, мора да се утврди дали наследните бенефиции кои се доделуваат според професионална пензиска шема, како онаа управувана од Пензиската институција на германскиот театар, може да се сметаа за еквивалентни на „исплата“ во рамките на значењето на член 141 ЕЗ.

43 Член 141 ЕЗ предвидува дека „исплата“ значи вообичаена основна или минимална плата и каков било друг надомест, во готовина или натура, кој работникот го добива директно или индиректно, врз основа на неговиот работен однос, од страна на работодавецот.

44 Како што Судот веќе одлучил (види Предмет С-109/91 *Ten Oever* [1993] ECR I-4879, став 8, и Предмет С-7/93 *Beune* [1994] ECR I-4471, став 21), фактот што одредени бенефиции се исплаќаат по прекилот на работниот однос не значи дека не претставуваат „исплата“ во рамките на значењето на Член 141 ЕЗ.

45 Така, Судот прифатил дека наследна пензија предвидена со професионална пензиска шема, утврдена со колективен договор, спаѓа во опсегот на член 141 ЕЗ. Судот истакнал дека фактот што таквата пензија, по дефиниција, не се исплаќа на работникот туку на

преживеаниот, не може да влијае на таквото толкување бидејќи, како придобивка која произлегува од членството на сопружникот на преживеаниот во шемата, таквата пензија се акумулира за преживеаниот како резултат на работниот однос помеѓу работодавецот и сопружникот на преживеаниот и се исплаќа на преживеаниот поради работниот однос на неговиот сопружник (види *Ten Oever*, ставови 12 и 13; *Coloroll Pension Trustees*, став 18; Предмет C-147/95 *Evrenopoulos* [1997] ECR I-2057, став 22; и Предмет C-379/99 *Menauer* [2001] ECR I-7275, став 18).

46 Покрај тоа, со цел да се оцени дали старосна пензија-во однос на која, доколку се случи, како во постојниот предмет, се пресметува пензијата на преживеаниот- спаѓа во опсегот на член 141 ЕЗ, Судот истакнал дека, од критериумите за идентификување на пензиска шема кои тој ги усвоил врз основа на ситуациите претставени пред него, еден критериум кој би можел да се покаже како одлучувачки е дали старосната пензија му се исплаќа на работникот поради работниот однос помеѓу него и неговиот поранешен работодавец, односно, критериумот за работен однос, врз основа на текстот на тој член (види, во тој контекст, *Beune*, став 43; *Evrenopoulos*, став 19; Предмет C-366/99 *Griesmar* [2001] ECR I-9383, став 28; Предмет C-351/00 *Niemi* [2002] ECR I-7007, ставови 44 и 45; и Заеднички предмети C-4/02 и C-5/02 *Schönheit and Becker* [2003] ECR I-12575, став 56).

47 Несомнено, тој критериум не може да се смета за исклучив, поради фактот што пензиите кои се исплаќаат според законските шеми за социјално осигурување може да претставуваа, делумно или целосно, исплата во однос на работа (*Beune*, став 44; *Evrenopoulos*, став 20; *Griesmar*, став 29; *Niemi*, став 46; и *Schönheit and Becker*, став 57).

48 Меѓутоа, прашањата поврзани со социјалната политика, државните организации, етиката, па дури и буџетот како фактор кој би можел да влијае врз воспоставувањето на шема од страна на националното законодавство, не може да преовладаат доколку пензијата се однесува само на конкретна категорија на работници, доколку е директно поврзана со работниот стаж и доколку нејзиниот износ се пресметува врз основа на последната плата (*Beune*, став 45; *Evrenopoulos*, став 21; *Griesmar*, став 30; *Niemi*, став 47; и *Schönheit and Becker*, став 58).

49 Што се однесува до задолжителната професионална пензиска шема управувана од Пензиската институција на германскиот театар, мора да се напомене, прво, дека таа произлегува од Колективниот договор кој, според информациите обезбедени од страна на судот кој го врши упатувањето, имал за цел дополнување на бенефициите на социјално осигурување кои се исплаќаат според општото национално законодавство.

50 Второ, заеднички став е дека шемите се финансирани исклучиво од работниците и работодавците од секторот во прашање, без какво било финансиско учество на Државата.

51 Трето, јасно е од документите поднесени до Судот дека шемата е наменета, според став 1 од Колективниот одговор, за театарските работници вработени во театрите во Германија.

52 Како што истакнал Општиот застапник во точка 70 од неговото Мислење, признавањето на правото на наследни бенефиции изискува од сопружникот на лицето кое треба да ја добие пензијата да бил/била член на Пензиската институција на германскиот театар пред неговата/нејзината смрт. Таквото членство е задолжително за театарските работници вработени во германските театри. Таквото членство го стекнуваат и голем број лица кои сакаат да станат доброволни членови на Пензиската институција на германскиот театар и е можно доколку

засегнатите лица може да покажат дека претходно биле вработени од страна на театар во Германија одреден број месеци.

53 Таквите задолжителни и доброволни членови така формираат одредена категорија на работници.

54 Понатаму, што се однесува до критериумот дека пензијата мора да биде директно поврзана со должината на исполнетиот работен стаж, мора да се напомене дека, според став 30(5) од Прописите на Пензиската институција на германскиот театар, износот на старосната пензија, врз основа на која се пресметуваат наследните бенефиции, се утврдува во однос на периодот на членство на работникот, како логична последица на структурата на професионалната пензиска шема во прашање која покрива два вида членство, како што е наведено во ставовите 52 и 53 од оваа пресуда.

55 Износот на старосната пензија не е утврден со закон; наместо тоа, во согласност со став 30(5) од Правилата на Пензиската институција на германскиот театар, таа се пресметува врз основа на вкупниот износ на придонесите платени во текот на членството на работникот, со примена на фактор на индексирање.

56 Произлегува дека, како што истакнал Општиот застапник во точка 72 од неговото Мислење, пензијата на преживеаниот во главната постапка произлегува од работниот однос на животниот партнер на Г-дин Маруко и мора, оттаму, да се класификува како „исплата“ во рамките на значењето на член 141 ЕЗ.

57 Тој заклучок не е засегнат од фактот што Пензиската институција на германскиот театар е јавно тело (види, во тој контекст, *Evrenopoulos*, ставови 16 и 23) или од фактот што членството во шемата од кое произлегува правото на наследните бенефиции кои се предмет на главната постапка е задолжително (види, во тој контекст, Предмет С-50/99 *Podesta* [2000] ECR I-4039, став 32).

58 Што се однесува до значењето на воведната забелешка 22 од Преамбулата на Директивата 2000/78, таа воведна забелешка истакнува дека Директивата не ги исклучува националните закони за брачна состојба и бенефициите кои произлегуваат од истата.

59 Несомнено, граѓанскиот статус и бенефициите кои произлегуваат од таквиот статус се во надлежност на земјите членки и правото на Заедницата не ја намалува таквата надлежност. Сепак, мора да се потсетиме дека при спроведувањето на таквата надлежност, земјите членки се должни да го почитуваат правото на Заедницата и, конкретно, одредбите кои се однесуваат на недискриминација (види, по аналогија, Предмет С-372/04 *Watts* [2006] ECR I-4325, став 92, и Предмет С-444/05 *Stamatelaki* [2007] ECR I-3185, став 23).

60 Бидејќи наследните бенефиции како оние кои се предмет на главната постапка се идентификувани како „исплата“ во рамките на значењето на член 141 ЕЗ и спаѓаат во опсегот на Директивата 2000/78, од причините наведен во ставовите 49 до 57 од оваа пресуда, воведната забелешка 22 од Преамбулата на Директивата 2000/78 не може да влијае врз примената на Директивата.

61 Во такви околности, одговорот на првото, второто и четвртото прашање мора да биде дека наследните бенефиции доделени според професионална пензиска шема, како онаа управувана од Пензиската институција на германскиот театар, спаѓаат во опсегот на

Директивата 2000/78.

*Трето прашање*

62 Со своето трето прашање, судот кој го врши упатувањето бара да дознае дали комбинираниите одредби од членови 1 и 2 од Директивата 2000/78 го исклучуваат законодавството како она кое е предмет на главната постапка според кое, по смртта на животниот партнер, преживеаниот партнер не добива наследни бенефиции еднакви на оние кои се доделуваат на преживеан сопружник, иако, како и сопружниците, животните партнери живеат во формално склучена доживотна заедница која се темели на меѓусебна поддршка и помош.

Коментари поднесени до Судот

63 Г-дин Маруко и Комисијата сметаат дека одбивањето да се доделат наследните бенефиции кои се предмет на главната постапка на преживеани животни партнери претставува индиректна дискриминација во рамките на значењето на Директивата 2000/78, бидејќи две лица од ист пол не може да стапат во брак во Германија и, како резултат, не може да се квалификуваат за такви бенефиции, правото на кои е резервирано за преживеаните сопружници. Според нивното мислење, сопружниците и животните партнери се во споредлива правна ситуација која оправдува одобрување на такви бенефиции на преживеаните животни партнери.

64 Според Пензиската институција на германскиот театар, не постои уставна обврска за бракот и животното партнерство да се третираат подеднакво што се однесува до правото во однос на социјално осигурување или пензии. Животното партнерство е институција *sui generis* и претставува нова форма на граѓански статус. Од германското законодавство не произлегува дека постои каква било обврска за доделување еднаков третман на животните партнери од една страна и сопружниците од друга.

Одговор на Судот

65 Во согласност со член 1 од Директивата 2000/78, целта на оваа Директива е борба против, во однос на вработување и избор на професија, одредени форми на дискриминација, вклучувајќи врз основа на сексуална ориентација, за целите на примена на начелото на еднаков третман во земјите членки.

66 Според член 2 од Директивата 2000/78, „начелото на еднаков третман“ значи дека не смее да има каква било директна или индиректна дискриминација врз која било од основите наведени во член 1 од Директивата. Според член 2(2)(а) од Директивата 2000/78, директна дискриминација се случила кога едно лице се третира понеповолно од друго лице во споредлива ситуација, врз која било од основите наведени во Член 1 од Директивата. Член 2(2)(б)(i) истакнува дека индиректна дискриминација се случила кога навидум неутрална одредба, критериум или практика доведува лица од одредена религија или со одредено верско убедување, ментална и телесна попреченост, возраст или сексуална ориентација во понеповолна состојба во однос на други лица, освен доколку таквата одредба, критериум или практика е објективно оправдана со легитимна цел и средствата за постигнување на таа цел се соодветни и неопходни.

67 Јасно е од информациите приложени во налогот за упатување дека, од 2001 –годината кога влегол на сила Законот за регистрирани животни партнери, во својата прва верзија-

Сојузна Република Германија го сменила својот правен систем така што дозволила лица од исто пол да живеат во формално склучена доживотна заедница на меѓусебна поддршка и помош. Со изборот да не им се дозволи на тие лица да склучат брак, кој останува резервиран единствено за лицата од различен пол, земјите членки создале посебен режим за лицата од ист пол, животно партнерство, условите на кое постапно се изедначувале со оние кои се применуваат на бракот.

68 Судот кој го врши упатувањето забележува дека Законот од 15 декември 2004 година придонел кон постапната хармонизација на режимот воведен за животно партнерство со оној применлив на бракот. Со тој закон, германското законодавство вовело измени и дополнувања на Книга VI од Кодексот за социјална заштита-законска старосна пензиска шема, со додавање на, меѓу другото, четврт став на став 46 од таа Книга, од кој е јасно дека животното партнерство треба да се третира како еквивалентно на бракот во однос на пензијата за вдовица/вдовец спомената во таа одредба. Аналогни измени и дополнувања беа извршени на други одредби од Книга VI.

69 Судот кој го врши упатувањето смета дека, во однос на хармонизацијата помеѓу бракот и животното партнерство, кое тој го смета за постапно движење кон признавање на еднаквоста, како последица на правилата воведени со Законот за регистрирани животни партнери и, особено, на измените и дополнувањата извршени со Законот од 15 декември 2004 година, животното партнерство, иако не е идентично на бракот, ги става лицата од ист пол во ситуација споредлива со онаа на сопругниците што се однесува до наследните бенефиции кои се предмет на главната постапка.

70 Меѓутоа, судот кој го врши упатувањето смета дека правото на наследни бенефиции е ограничено, според одредбите од Прописите на Пензиската институција на германскиот театар, на преживеани сопругници и не се одобрува на преживеани животни партнери.

71 Во таков случај, животните партнери се третираат понеповолно од преживеаните сопругници во однос на правото на наследни бенефиции.

72 Доколку судот кој го врши упатувањето одлучи дека преживеаните сопругници и преживеаните животни партнери се во споредлива ситуација во однос на наследните бенефиции, законодавството како она кое е предмет на главната постапка мора, како резултат, да се смета дека претставува директна дискриминација врз основа на сексуална ориентација, во рамките на значењето на членовите 1 и 2(2)(a) од Директивата 2000/78.

73 Од погоре изнесеното произлегува дека одговорот на третото прашање мора да биде дека комбинираниите одредби од членовите 1 и 2 од Директивата 2000/78 го исклучуваат законодавството како она кое е предмет на главната постапка според кое, по смртта на животниот партнер, преживеаниот партнер не добива наследни бенефиции еднакви на оние кои се доделуваат на преживеан сопругник, иако, според националното право, животното партнерство ги става лицата од ист пол во споредлива ситуација со онаа на сопругниците во однос на наследните бенефиции. Судот кој го врши упатувањето треба да утврди дали преживеан животен партнер е во ситуација споредлива со онаа на сопругник кој има право на наследните бенефиции предвидени според професионалната пензиска шема управувана од Пензиската институција на германскиот театар.

#### *Петто прашање*

74 Со своето петто прашање, судот кој го врши упатувањето бара да дознае дали, во

случај Судот да одлучи дека Директивата 2000/78 го исклучува законодавството како она кое е предмет на главната постапка, правото на наследни бенефиции кое е предмет на главната постапка мора временски да се ограничи, конкретно на периоди по 17 мај 1990 година врз основа на судската пракса во *Barber*.

Коментари поднесени до Судот

75 Пензиската институција на германскиот театар смета дека предметот по кој се донела пресуда во *Barber* се разликува, фактички и правно, од предметот во главната постапка, како и дека на Директивата 2000/78 не може да ѝ се даде ретроактивно дејство со одлука дека Директивата се применувала на датумот пред истекот на периодот одобрен на земјите членки за нејзино транспонирање.

76 Комисијата сметка дека нема потреба да се дава одговор на петтото прашање. Таа смета дека предметот по кој се донела пресуда во *Barber* се разликува, фактички и правно, од предметот во главната постапка и напоменува дека Директивата 2000/78 не содржи одредба која го исклучува начелото на недискриминација врз основа на сексуална ориентација. Комисијата истакнува дека во предметот по кој се донела пресуда во *Barber*, како различен од постојниот предмет, фокус бил ставен на финансиските последици од свежо толкување на Член 141 ЕЗ. Комисијата истакнува дека, фактот што Законот за регистрирани животни партнери не влегол на сила до 1 август 2001 година и откако германското законодавство вовело, од 1 јануари 2005 година, еднаков третман помеѓу животното партнерство и бракот, во однос на правилата за социјално осигурување, професионалните пензиски шеми нема да се соочат со финансиски потешкотии доколку ја земат предвид таквата еднаквост.

Одговор на Судот

77 Јасно е од судската пракса дека Судот може, по исклучок, земајќи ги предвид сериозните потешкотии кои неговата пресуда би можела да ги создаде во однос на минати настани, да биде поттикнат да ја ограничи можноста за сите засегнати лица кои се потпираат на толкувањето кое Судот го дава на одредба како одговор на упатување за прелиминарна одлука. Такво ограничување може да дозволи само Судот, при самото донесување на одлука по бараното толкување (види, меѓу другото, *Barber*, став 41, и Предмет C-292/04 *Meilicke and Others* [2007] ECR I-000, став 36).

78 Ништо во документите пред Судот не предлага дека финансиската рамнотежа на шемата управувана од Пензиската институција на германскиот театар може ретроактивно да биде нарушена доколку ефектите од оваа пресуда не се временски ограничени.

79 Од горе изнесеното произлегува дека одговорот на петтото прашање мора да биде дека нема потреба од временско ограничување на ефектите на оваа пресуда.

### Трошоци

80 Бидејќи за страните на главната постапка овие постапки се дел од тужбата која е во тек пред националниот суд, одлуката за трошоците е прашање за тој суд. Трошоците за поднесување на забелешки до Судот, освен трошоците на тие страни, се неповратни.

Врз тој основ, Судот (Големиот судски совет) ја носи следната одлука:

1. **Наследните бенефиции кои се доделуваат според професионална пензиска шема како онаа управувана од Пензиската институција на германскиот театар спаѓаат во опсегот на Директивата 2000/78/ЕЗ на Советот од 27 ноември 2000 година за воспоставување на општа рамка за еднаков третман при вработување и избор на професија.**
2. **Комбинираните одредби од членовите 1 и 2 од Директивата 2000/78 исклучуваат законодавство како она кое е предмет на главната постапка според кое, по смртта на животниот партнер, преживеаниот партнер не добива наследни бенефиции еднакви на оние кои се доделуваат на преживеан сопружник, иако, според националното право, животното партнерство ги става лицата од ист пол во ситуација која е споредлива со онаа на сопружниците, барем што се однесува до наследните бенефиции. Судот кој го врши упатувањето треба да утврди дали преживеаниот животен партнер се наоѓа во ситуација која е споредлива со онаа на сопружник кој има право на наследните бенефиции предвидени според професионалната пензиска шема раководена од Пензиската институција на германскиот театар.**

[Потписи]

---

# Содржина

|  |            |
|--|------------|
| <b>ПРЕДГОВОР</b> .....   | <b>4</b>   |
| <b>ВОВЕД</b> .....   | <b>6</b>   |
| <b>ДИСКРИМИНАЦИЈА ВРЗ ОСНОВ НА РАСА И ЕТНИЧКА ПРИПАДНОСТ</b> .....           | <b>8</b>   |
| <b>СЛУЧАЈ Д.Х. И ДРУГИ ПРОТИВ РЕПУБЛИКА ЧЕШКА</b> .....                      | <b>10</b>  |
| ПОСТАПКА .....   | 11         |
| ФАКТИТЕ .....  | 13         |
| ПРАВОТО .....  | 51         |
| ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА ZUPANČIČ .....                                    | 80         |
| ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА JUNGWIERT .....                                   | 81         |
| ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА BORREGO BORREGO .....                             | 87         |
| ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА ŽIKUTA .....                                      | 90         |
| ПРИЛОГ .....   | 93         |
| <b>ФИРМА ФЕРИН</b> .....   | <b>94</b>  |
| ПРЕСУДА .....  | 96         |
| ПРАВЕН КОНТЕКСТ .....  | 96         |
| СПОР ВО ГЛАВНАТА ПОСТАПКА И ПРАШАЊА УПАТЕНИ ЗА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА .....     | 98         |
| ПРАШАЊА УПАТЕНИ ЗА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА .....                                 | 101        |
| ТРОШОЦИ .....  | 104        |
| <b>ДИСКРИМИНАЦИЈА ВРЗ ОСНОВ НА ПОЛ И РОД</b> .....                           | <b>106</b> |
| <b>СЛУЧАЈ ЗАРВ АДАМИ ПРОТИВ МАЛТА (ZARV ADAMI V. MALTA)</b> .....            | <b>108</b> |
| ПОСТАПКА .....   | 109        |
| ФАКТИТЕ .....  | 109        |
| ПРАВОТО .....  | 113        |
| ПОСЕБНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА BRATZA .....                                       | 127        |
| ПОСЕБНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА GARLICKI .....                                     | 132        |
| ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА CASADEVALL .....                                  | 134        |
| <b>БЕЛГИСКАТА ОРГАНИЗАЦИЈА НА ПОТРОШУВАЧИ ТЕСТ АШАТС АСБЛ И ДРУГИ</b> .....  | <b>136</b> |
| ПРЕСУДА .....  | 139        |
| ПРАВЕН КОНТЕКСТ .....  | 139        |
| ТРОШОЦИ .....  | 146        |
| <b>ДИСКРИМИНАЦИЈА ВРЗ ОСНОВ НА РЕЛИГИЈА ИЛИ УВЕРУВАЊЕ</b> .....              | <b>147</b> |
| <b>СЛУЧАЈ THLIMMENOS V. GREECE</b> .....                                     | <b>149</b> |
| ПОСТАПКА .....   | 151        |
| ФАКТИ .....  | 152        |
| ПРАВО .....  | 155        |
| <b>ДИСКРИМИНАЦИЈА ВРЗ ОСНОВ НА ВОЗРАСТ</b> .....                             | <b>165</b> |
| <b>СЛУЧАЈ ШВИЦГЕБЕЛ ПРОТИВ ШВАЈЦАРИЈА (SCHWIZGEBEL V. SWITZERLAND)</b> ..... | <b>167</b> |
| ПОСТАПКА .....   | 168        |
| ФАКТИТЕ .....  | 168        |
| ПРАВОТО .....  | 180        |
| <b>ВЕРНЕР МАНГОЛД</b> .....  | <b>186</b> |

|   |            |
|---|------------|
| ПРЕСУДА .....   | 189        |
| ПРАВЕН КОНТЕКСТ .....   | 189        |
| ГЛАВНА ПОСТАПКА И ПРАШАЊА УПАТЕНИ ЗА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА .....  | 195        |
| ПРИФАТЛИВОСТ НА УПАТУВАЊЕТО ЗА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА .....  | 198        |
| РАЗГЛЕДУВАЊЕ НА ПРАШАЊАТА УПАТЕНИ ЗА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА .....  | 199        |
| ТРОШОЦИ .....   | 204        |
| <b>ФЕЛИКС ПАЛАСИОС ДЕ ЛА ВИЉА .....</b>   | <b>206</b> |
| ПРЕСУДА .....   | 209        |
| ПРАВЕН КОНТЕКСТ .....   | 210        |
| СПОР ВО ГЛАВНАТА ПОСТАПКА И ПРАШАЊА УПАТЕНИ ЗА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА .....                                  | 216        |
| ПРАШАЊА УПАТЕНИ ЗА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА .....  | 219        |
| ТРОШОЦИ .....   | 224        |
| <b>ДИСКРИМИНАЦИЈА ВРЗ ОСНОВ НА МЕНТАЛНА И ТЕЛЕСНА ПОПРЕЧЕНОСТ .....</b>                                   | <b>225</b> |
| <b>СЛУЧАЈ ГЛОР ПРОТИВ ШВАЈЦАРИЈА (GLOR V. SWITZERLAND) .....</b>  | <b>227</b> |
| ПОСТАПКА .....  | 228        |
| ФАКТИТЕ .....   | 229        |
| ПРАВОТО .....   | 235        |
| <b>СОНИА ЧАКОН НАВАС .....</b>  | <b>248</b> |
| ПРЕСУДА .....   | 251        |
| ПРАВЕН И РЕГУЛАТОРЕН КОНТЕКСТ .....   | 251        |
| ГЛАВНА ПОСТАПКА И ПРАШАЊА УПАТЕНИ ЗА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА .....  | 255        |
| ПРИФАТЛИВОСТ НА УПАТУВАЊЕТО ЗА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА .....  | 257        |
| ПРАШАЊА .....   | 258        |
| ТРОШОЦИ .....   | 261        |
| <b>С. КОЛМАН .....</b>  | <b>263</b> |
| ПРЕСУДА .....   | 266        |
| ПРАВЕН КОНТЕКСТ .....   | 266        |
| СПОР ВО ГЛАВНАТА ПОСТАПКА И ПРАШАЊА УПАТЕНИ ЗА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА .....                                  | 271        |
| ПРИФАТЛИВОСТ .....  | 273        |
| ПРАШАЊА УПАТЕНИ ЗА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА .....  | 274        |
| ТРОШОЦИ .....   | 280        |
| <b>ДИСКРИМИНАЦИЈА ВРЗ ОСНОВ НА СЕКСУАЛНА ОРИЕНТАЦИЈА .....</b>  | <b>282</b> |
| <b>СЛУЧАЈ Е.Б. ПРОТИВ ФРАНЦИЈА (CASE OF E.B. V. FRANCE) .....</b>   | <b>284</b> |
| ПОСТАПКА .....  | 285        |
| ФАКТИТЕ .....   | 286        |
| ПРАВОТО .....   | 296        |
| ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА COSTA, НА КОГО МУ СЕ ПРИКЛУЧУВААТ СУДИИТЕ TÜRMEŇ, UGREKHĚLIDZE И JOŇIENĚ ..... | 312        |
| ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА ZUPANĆIĆ .....   | 315        |
| ПОСЕБНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИИТЕ LORENZEN И JEBENS .....  | 318        |
| ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА LOUCAIDES .....  | 319        |
| ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА MULARONI .....   | 322        |
| <b>ТАДАО МАРУКО .....</b>   | <b>326</b> |
| ПРЕСУДА .....   | 328        |
| ПРАВЕН КОНТЕКСТ .....   | 328        |
| ГЛАВНА ПОСТАПКА И ПРАШАЊА УПАТЕНИ ЗА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА .....  | 333        |
| ПРАШАЊА УПАТЕНИ ЗА ПРЕЛИМИНАРНА ОДЛУКА .....  | 336        |
| ТРОШОЦИ .....   | 342        |
| <b>СОДРЖИНА .....</b>   | <b>344</b> |



