

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
УНИВЕРЗИТЕТА УНИОН
У БЕОГРАДУ

ЗАБРАНА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ НА ОСНОВУ
СЕКСУАЛНЕ ОРИЈЕНТАЦИЈЕ И РОДНОГ ИДЕНТИТЕТА
-докторска дисертација-

Кандидаткиња: Меланија Јанчић

Менторка: Проф. др Виолета Беширевић

Београд, 2016. године

САДРЖАЈ

УВОД.....	5
Поглавље 1. ЉУДСКА ПРАВА.....	10
1.1. Појам и развој људских права.....	10
1.2. Остваривање и заштита људских права.....	23
1.2.1. Уставноправна заштита људских права.....	25
1.2.2. Омбудсман као специјализовани орган за заштиту људских права	34
Поглавље 2. ТЕОРИЈСКО-ПРАВНИ ПОЈАМ ЈЕДНАКОСТИ И ДИСКРИМИНАЦИЈЕ.....	38
2.1. Појам једнакости и дискриминације – теоријске поставке.....	38
2.2. Разлике у појмовном схватању дискриминације у правном систему САД-а и ЕУ.....	51
2.3. Појам једнакости у материјалном и формалном смислу.....	54
2.4. Једнакост као слобода и једнакост као људско достојанство.....	64
2.5. Позитивна дискриминација.....	77
Поглавље 3. ПОЗИТИВНО-ПРАВНИ ПОЈАМ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ.....	78
3.1. Појам дискриминације и правна регулатива забране дискриминације у Републици Србији.....	81
3.2. Правна регулатива забране дискриминације у упоредном праву.....	93
3.3. Појам дискриминације и правна регулатива забране дискриминације према међународним, регионалним и европским документима.....	106
3.3.1. Међународни документи.....	106
3.3.2. Документи Савета Европе.....	119
3.3.3. Судска пракса Европског суда за људска права.....	126
3.3.4. Правни акти Европске Уније.....	138
3.3.5. Џокцакартски принципи.....	150

3.3.6. Кратак осврт на међународне и регионалне документе у светлу српског општег антидискриминационог законодавства.....	154
Поглавље 4. ОСНОВИ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ И ЗАБРАНА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ НА ОСНОВУ СЕКСУАЛНЕ ОРИЈЕНТАЦИЈЕ И РОДНОГ ИДЕНТИТЕТА.....	156
4.1. Облици, основи и случајеви дискриминације у Републици Србији.....	156
4.2. Забрана дискриминације у упоредном праву.....	175
4.3. Забрана дискриминације – анализа домаћег и упоредног права.....	185
4.4. Појам сексуалне оријентације и родног идентитета.....	189
4.5. Појам и класификација ЛГБТ особа.....	211
4.6. Фактори који утичу на појаву дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета.....	219
4.7. Забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета у Републици Србији (са графичким приказом) и у упоредном праву.....	237
Поглавље 5. ПРАВА ЛГБТ ОСОБА КАО ОСНОВНА ЉУДСКА ПРАВА.....	249
5.1. Права призната ЛГБТ особама према законодавству Републике Србије и упоредно-правни приказ законодавства држава у Европи и САД-у.....	249
5.1.1. Право на поштовање приватног и породичног живота.....	249
5.1.2. Право на слободу мирног окупљања.....	261
5.1.3. Право на рад и запошљавање.....	276
5.1.4. Право на здравствену заштиту и промену пола.....	281
5.1.5. Правни статус транссексуалних особа након промене пола (право на промену личних података у матичним књигама и другим документима).....	290
5.1.6. Право на заснивање регистрованог, цивилног или фактичког партнерства, право на закључење брака, право на наслеђивање	

и право на заснивање породице путем усвојења детета или путем зачећа уз помоћ биомедицине.....	315
Поглавље 6. ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ НА ОСНОВУ СЕКСУАЛНЕ ОРИЈЕНТАЦИЈЕ И РОДНОГ ИДЕНТИТЕТА.....	352
6.1. Заштита од дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета у Републици Србији.....	352
6.1.1. Уставноправна заштита.....	352
6.1.2. Заштита предвиђена Законом о забрани дискриминације.....	355
6.1.3. Заштита предвиђена посебним законима	364
а) Заштита предвиђена Законом о јавном информисању и медијима.....	364
б) Заштита предвиђена Законом о електронским медијима.....	366
6.1.4. Кривично-правна заштита.....	367
ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА.....	374
ЛИТЕРАТУРА.....	381

УВОД

Материја забране дискриминације заузима један посебан део права људских права. У последњих неколико година ова област постаје све актуелнија међу правним теоретичарима, с обзиром на ширење каталога антидискриминационих основа и распрострањености у свим сферама друштвеног живота. Постаје и све обимнија, тако да неки аутори са правом говоре о антидискриминационом праву као посебној целини. Тако су и сексуална оријентација и родни идентитет као антидискриминациони основи тек од недавно нормирани у нашој држави и вредно је посветити им пажњу. С обзиром на то да су ти основи изричито прописани у Закону о забрани дискриминације, битно су промењена схватања о људским правима и у односу на ово конкретно питање. Уопштено прописивање забране дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета свакако да представља један важан и велики корак напред, који отвара пут за даљи развој и признавање права сексуалним мањинама, али никакао и довољан. Право људских права се постепено развија у смеру признавања појединих права овим мањинским групама које су у прошлости биле потпуно невидљиве, непримећене и несхваћене као адресати. Међутим, и поред постојања одређеног правног оквира за заштиту људских права сексуалних мањина, она се веома тешко остварују, а дискриминација се и даље у великој мери задржавасвуда у друштву и веома је тешко искоренити је, поготово као институционалну дискриминацију према овим мањинама. Механизми заштите се у пракси још увек веома слабо користе или због тога што жртве дискриминације нису упознате са постојањем таквих мера или због тога што немају поверења у институције које треба да обезбеде и пруже заштиту права. У нашој земљи се хомосексуализам и даље сматра друштвено неприхватљивим понашањем, па отуда и даље постоје предрасуде, стереотипи и заступањетрадиционалних патријархалних вредности и одржавају сена високом нивоу. Област забране дискриминације по наведеним основима представља још увек врло осетљиву тему у нашој земљи. Међутим, иако врло осетљиво и спорно, ово питање је важно како за разумевање самог концепта људских права и основних слобода на глобалном нивоу, тако и за разумевање начела једнакости, пре свега у

теоријском смислу, а затим и кроз функционисање и поштовање овог начела у пракси. Код нас, ова тема је још увек веома непожељна и изазива бројне бурне реакције разних слојева друштва, с обзиром да је праг толеранције према различитостима веома низак, а отпор према равноправности у пуном и правом смислу те речи веома снажан.

Питање забране дискриминације на основу сексуалне оријентације у Републици Србији није довољно нити систематски истражено у нашој теорији, те је потребно свестрано проучити и сагледати у којој мери и у којим областима права се заштита од овог вида дискриминације обезбеђује и да ли је она и колико ефикасна. Поред тога, упоредноправним методом се добија шира слика о статусу и механизмима заштите и њиховој ефикасности у другим земљама, те се може сагледати колико је наша земља у том погледу напредовала или можда назадовала. С обзиром на чињеницу да је наша држава потписница бројних обавезујућих међународних докумената којима се гарантује заштита од дискриминације, она има обавезу да обезбеди остваривање и реализацију таквих гаранција, те је стога потребно проучити на који начин су тумачене и у којој мери имплементиране. Треба имати у виду да се степен развоја и напретка једне земље мери и степеном толеранције према ономе што је различито од преовлађујућег модела понашања или схватања. Неретко је узрок нетрпељивости, дискриминације, страха и отпора према свему што је другачије од устаљеног, а поготово према лицима другачије сексуалне оријентације или родног идентитета управо непознавање односно недовољно познавање и разумевање ове проблематике и узрока овог феномена. Према томе, за очекивати је да ће и најмањи помак у бољем разумевању овог питања евентуално утицати на промену односа према сексуалним мањинама и ефикаснијој заштити њихових права. Стога, основна питања која ће бити научно анализирана у овој докторској дисертацији, као и главни циљ овог истраживања поред разјашњавања основних појмова, попут сексуалне оријентације и родног идентитета и начела, попут начела једнакости и забране дискриминације јесте истражити како законска забрана дискриминација на основу сексуалне оријентације и родног идентитета утиче на појаву дискриминације или евентуално њено смањење у друштву. Поставља се, затим, и питање да ли је довољно само

правно регулисати ову област да би се проблем дискриминације сузбио, отклонио, спречио и искоренио и да ли заправо експлицитна забрана дискриминације по овим основима доводи до једнакости сексуалних мањина са хетеросексуалном већином и какав утицај ова забрана има на право на једнакост, а без суштинског изједначења права ЛГБТ особа у осталим сферама друштвеног живота (у области породичног, брачног, родитељског, наследног права итд). Као још једно од питања које ће бити истражено јесте који то све фактори утичу на појаву дискриминације по ова два основа, као и на хомофобију и трансфобију у друштву.

Рад се састоји од седам поглавља. У првом поглављу ће бити обрађена материја права људских права, његовог појма, теоријске поставке и развој. Затим ће се пажња усмерити на постојеће механизме уставноправне заштите људских права, као и специјализованих органа за заштиту људских права, попут институције омбудсмана, имајући у виду нормативно стање и ефикасност такве заштите у нашој држави.

У другом поглављу ће бити обрађена теоријске поставке и анализа појма једнакости и дискриминације, затим научна расправа о значењу и садржини ових појмова конципираних у начело једнакости и начело забране дискриминације. Затим ће се анализа проширити и на врсте једнакости и теоријске расправе о материјалној и формалној једнакости, као и либералној и дигнитаристичкој теорији једнакости. Начело једнакости и људско достојанство су врховне и темељне вредности на којима почива целокупан систем људских права и њихове заштите и који прожима сва друга људска права, па тако и права сексуалних мањина. Наиме, признавање одређених права сексуалним мањинама јесте у складу са начелом једнакости и ставом да се сви људи рађају једнаки у достојанству и правима. Међутим, данашња пракса у појединим земљама, па тако и нашој, се са тим начелом коси, тако што припадници сексуалних мањина немају одређена права попут права на брак, на родитељство, на рад и једнаке шансе приликом запошљавања и друга, те се право на једнакост тумачи селективно и непотпуно.

Треће поглавље је посвећено позитивно-правном појму једнакости и дискриминације, које укључује и анализу позитивно-правних решења како у Републици Србији, тако и међународних правних аката и нормативно уређење у

оквиру права Европске уније. У оквиру овог поглавља биће обрађена и материја антидискриминационог права и трагања за његовим појмом.

Садржина четвртог поглавља се односи на облике и основе дискриминације кроз анализу домаћег и упоредног права, као и на појам сексуалне оријентације и родног идентитета. Ово поглавље обухвата и појам и класификацију ЛГБТ особа, а затим и анализу нормативног оквира материје забране дискриминације по овим основима у домаћем и упоредном праву. У овом поглављу ћу покушати да укажем на проблематичност самих појмова, као и да укажем на поједине недостатке у правној регулативи и предложим могућа легислативна решења *de lege ferenda*. Такође, покушаћу истраживањем да утврдим факторе који утичу на тренутно стање људских права сексуалних мањина.

Пето поглавље истражује сет права која су призната или би требало да буду призната сексуалним мањинама, као и приказ правних проблема са којима се ова популација сусреће са освртом на упоредно-правна решења других земаља. Поставља се питање на који начин припадници сексуалних мањина у Републици Србији могу да остваре своја људска права, имајући у виду да је забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета веома широко постављена у општем Закону о забрани дискриминације, те се тиме ствара неоснован привид да су им сва остала права ускраћена, иако их уживају и морају уживати већ на основу општег правила о једнакости које је зајемчено Уставом и међународним документима. Као један од проблема се јавља то да позитивноправно законодавство у нашој земљи не прати веома динамичне промене у овом домену права људских права и на тај начин долази до појаве дискриминације.

Шесто поглавље се бави питањем заштите од дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета како у Републици Србији, тако и пред Европским судом за људска права у Стразбуру, са посебним освртом на поступак, улогу и значај овог Суда.

Методолошки приступ који ће у раду бити заступљен јесте пре свега позитивноправни односно нормативно-догматски, с обзиром да би материју антидискриминационог права требало посматрати субстантивно као интеракцију

теорије и праксе. Од великог значаја јесте и компаративно-правни метод, јер на тај начин најбоље можемо да стекнемо увид у теорију и праксу других релевантних земаља. С обзиром на мултидисциплинарност теме, поједини методи других друштвених наука, попут историјског или социолошког, биће употребљени у појединим поглављима.

Поглавље 1. ЉУДСКА ПРАВА

У овом поглављу ће најпре веома сажето и конкретно бити обрађивана основна питања људских права, његовог појма и развоја односно покушаји дефинисања и изналажења решења за разјашњење појма људских права и шта она заправо представљају, имајући у виду као основно полазиште природноправну и позитивноправу теорију о људским правима. Веома кратко и сажето ћу се осврнути на класификацију људских права односно поделу на три генерације, али с обзиром да је главна тема рада област забране дискриминације, сматрам методолошки исправним да питање приказа и анализе појединачних људских права према генерацијама није потребно детаљно образлагати. Моје даље излагање биће усмерено на развој људских права, њихових правних зачетака, процес конституционализације, а затим и интернационализације људских права.

Како је тема ове докторске дисертације забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета, а чије појмовно дефинисање ће посебно бити обрађено у даљим поглављима, ово поглавље садржи и излагање о општем појму дискриминације и његовим битним елементима не укључујући дефинисање личних својстава. С обзиром на то да је начело једнакости један од битнијих елемената појма дискриминације, сматрам оправданим да се оно посебно истакне. Међутим, посебна пажња се посвећује и позитивно-правном одређењу појма дискриминације.

1.1. Појам и развој људских права

О појму људских права се до сада доста расправљало и до данас нема јединственог става нити прецизне дефиниције, већ само покушаја да до тог појма дођемо или да га ближе објаснимо. У правној литератури је најзаступљенија дефиниција у оквиру природноправне теорије, а то је да су људска права она права која сваки појединац има и ужива самим тим што је људско биће, а која заправо

претходе држави и старија су од ње¹. По том схватању, људска права се од стране државе као политичке заједнице морају гарантовати, поштовати и штитити, а не занемаривати и кршити². Људска права представљају читав сет различитих права која су универзалног карактера и за све једнака. Човек се рађа слободан, са свим правима и слободама које припадају и другим људима, док свим људима припада исти корпус људских права без обзира на то у којој држави живе, а која према томе ни не зависе од воље државне или неке друге власти³. Она су општа, недељива и припадају сваком човеку по основу самог рођења и као таква су неотуђива. У оквирима позитивноправне теорије о људским правима, било на нивоу унутрашњег или међународног правног поретка, она се дефинишу као скуп права и слобода сваког појединца, а која затим представљају саставни део правног поретка уношењем каталога у правна документа највише правне снаге као и међународне правне документе⁴. Међутим, *Гајин* је веома добро запазио да нам овакво одређење појма људских права не даје одговор на то шта она заправо јесу, већ нам само говори о самој садржини људских права. Он даље истиче да су у правном животу до сада настале три посебне теоријске идеје о појму и суштини људских права.

Прва теоријска идеја је настала из схватања и ставова Врховног суда Сједињених Америчких Држава кроз развој идеје о личној аутономији и праву на приватност, друга је настала у оквиру примене и тумачења Европске конвенције о људским правима, док је трећа теоријска идеја настала из праксе Уставног суда Немачке приликом примене и тумачења прва два члана Основног закона, који се тичу достојанства човека и општег права личности⁵. Етимолошко значење речи људска права заправо нам указује на то да она припадају човеку самим тим што је човек. Ако бисмо усвојили становиште према коме људска права припадају појединцу само зато што је човек, људско биће, а не на основу неких додатних заслуга или критеријума које је потребно испунити, онда то указује на њихов

¹Милосављевић, Б, Поповић, Д, 2009, *Уставно право, треће измењено и допуњено издање*, Београд, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, стр. 39.

²Милосављевић, Б, Поповић, Д, 2009.

³Гајин, С, 2012, *Људска права правно-системски оквир, друго издање*, Београд, стр. 15.

⁴Гајин, С, 2012а, стр. 16, 17.

⁵Више о томе, Гајин, С, 2012а.

универзалан карактер⁶. Имајући у виду овако тумачење људских права, *Jack Donnelly* говори о моралној универзалности људских права, што представља основно полазиште природноправне теорије о људским правима. Аутор такође истиче да су људска права су универзална и у једном другом смислу и говори о међународној нормативној универзалности људских права односно о томе да су људска права скоро свуда универзално прихваћена и призната, било теоријски, билокао одређени идеални стандарди. У овом смислу, људска права се заиста сматрају универзалним, барем у демократски уређеним државама, које су људска права правно признале и уредиле и обезбедиле мање или више ефикасне механизме заштите. Све државе редовно проглашавају своје прихватање и поштовање међународних норми о људским правима, а готово три четвртине држава на свету је преузело међународне правне обавезе како би имплементирале ова права тако што су постале чланице међународних конвенција о људским правима, а скоро све друге нације су на други начин изразиле прихватање и обавезаност њиховом садржином⁷. Међутим, ако полазимо од становишта природноправне теорије, људска права су урођена права сваког људског бића, при чему она нису позитивноправног, већ моралног пореклатако да их држава мора поштовати без обзира да ли је на то изричито пристала⁸. Дакле, људска права постоје независно од извора права односно правног документа којим су прокламована⁹, док позитивноправно признање људских права нема конститутивну, већ декларативну улогу, јер се тиме само потврђује оно што већ постоји и без формалног признања¹⁰. Такав приступ материји људских права додатно доприноси мешању и преплитању права и морала¹¹. С обзиром на постојање друштвеног плурализма, различитост традиција па самим тим и моралних вредности и начела у различитим друштвеним и државним уређењима, не бисмо смели да материју људских права тумачимо искључиво у светлу ове

⁶ Donnelly, J, 2003, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, second edition, Cornell University Press, pp. 1.

⁷ Donnelly, J, 2003.

⁸ Димитријевић, В, Поповић, Д, Папић, Т, Петровић, В, 2007, *Међународно право људских права*, Београд, стр. 39.

⁹ Димитријевић, В, Поповић, Д, Папић, Т, Петровић, В, 2007.

¹⁰ Гајин, С, 2012а, стр. 16.

¹¹ Симовић, Д, Аврамовић, Д, Југовић, С, 2013, Еволуција и преображаји људских права, *Теме часопис за друштвене науке*, 4, Универзитет у Нишу, стр. 1543.

теорије. Оно што представља морал у једној држави и друштву не значи да је морално и у другој, те како морал не представља извор права осим ако није инкорпориран у правним правилима, не би постојао правни основ приликом остваривања заштите људских права услед њиховог кршења. Према томе, када не би постојало позитивноправно упориште људских права које им кроз правну утемељеност и регулативу обезбеђује не само пуку декларацију и признавање него и механизме заштите, материја људских права би изгубила смисао, јер би могла да се крше без икакве одговорности и као таква остала би на нивоу недостижног циља и теоријског утопијског идеала којем свакако треба тежити. На пример, Универзална декларација о људским правима од 1948. године, иако у формалном смислу не представља међународни извор људских права и као таква је формално-правно необавезујућа, има велики значај имајући у виду да су њени творци тиме поставили минимум стандарда људског достојанства и равноправности људи, као и то да је представљала основни извор инспирације и модел по којој су рађени поједини уставни, међународни и регионални документи из области људских права, попут Европске конвенције за људска права и основне слободе. Основу појма људских права чини урођено достојанство сваког човека што је Универзалном декларацијом потврђено, а такође и саму срж овог појма представља и тежња да се људско достојанство свих људи заштити¹². Израда Универзалне декларације је уследила као реакција на масовно дерогирање елементарног људског права, права на живот, као и најстрашнијом повредом људског достојанства током Другог светског рата. Поред правног значаја, овај документ има и велику моралну улогу. Она намеће јаку моралну обавезу свим државама чланицама Уједињених нација, укључујући и оне које нису биле присутне када је Декларација 1948. године усвојена, да прате и имплементирају права садржана у њој, док у контексту УН, морална обавеза постаје и политичка обавеза како за све државе чланице појединачно тако и за УН као међународне организације, а како је пажљиво разрађена путем два Међународна пакта додељена јој је и правна обавеза за оне

¹²Разумевање људских права – приручник о образовању за људска права, 2005, Београдски центар за људска права, стр. 14 и 18 (<http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/04/razumevanje-ljudskih-prava.pdf>, 10. 11. 2015).

државе које их ратификују и имплементирају у домаће законодавство¹³. Универзална декларација је, дакле, неспорно извршила и морални и политички и правни утицај на развој и обликовање људских права широм света¹⁴. За људска права се каже да су сложена права, с обзиром на то да са једне стране имају моралну димензију због чега се и могу сматрати предржавним, природним правом односно морално утемељеним правима, а са друге стране своје пуно значење добија тек као политички фиксирана, јуридичка права¹⁵. Како то *Карл Фридрих* у свом делу *Конституционализам (ограничење и контрола власти)* истиче да извор људских права није нека врста природног права, које међутим може послужити као основа за њихову рационализацију и легитимацију, већ да су њихов извор народна воља изражена у уставу¹⁶. Он затим даље наводи да људска права нису природна, већ политичка, да су намењена да буду непрекршива и неутуђива, изузев у случају промене устава. Британски аутор *Браунли* износи схватање према коме људска права, која су првобитно представљала инструмент ограничења државне власти, данас представљају средство за манипулисање у циљу обезбеђивања легитимитета за употребу силе у светској политици¹⁷.

Људска права су темељ на којима почива свака правна држава у којој је основна претпоставка владавина права¹⁸. Устав Републике Србије гарантује неутуђива људска и мањинска права, а сврха тог јемства у највишем правном

¹³Walkate, J, 1998, *Torture: Zero Tolerance!* in Reflections on the Universal Declaration of Human Rights – A Fiftieth Anniversary Anthology, Hague, pp. 304. Видети и Morsink, J, 1999, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press, pp. 11 и 12.

¹⁴Више о томе: Robinson, M, 1998, *The Universal Declaration of Human Rights – The International Keystone of Human Dignity* in Reflections on the Universal Declaration of Human Rights – A Fiftieth Anniversary Anthology, Hague, pp. 254. Видети још и Perry J, Michael, 2013, The Morality of Human Rights, *San Diego Law Review*, Vol. 50, pp. 775; као и Haule R, R, 2006, Some Reflections on the Foundation of Human Rights – Are Human Rights an Alternative to Moral Values?, *Max Planck Yearbook of United Nations Law (UNYB)*, Vol. 10, pp. 383. Видети такође Iwanicki, J, 2003, *The Universal Declaration of Human Rights in the Supreme Court of Canada* in Philosophical Theory and the Universal Declaration of Human Rights, University of Ottawa Press, pp. 127.

¹⁵Lohmann, G, 2004, Глобална праведност, људска права и улога глобалног права, *часопис за политологију Политичка мисао*, Вол. 41, бр. 2, Загреб, стр. 95.

¹⁶Фридрих, К, 1996, *Конституционализам (ограничење и контрола власти)*, Подгорица, стр. 130 цитирано према Симовић, Д, Аврамовић, Д, Југовић, С, *op.cit.*, стр. 1548.

¹⁷Браунли, Ј, 2009, Политика људских права у односу на владину права, *Анали Правног факултета у Београду*, 4, Вол. 57, Београд, стр. 14-23.

¹⁸Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006, члан 3. гласи: „Владавина права је основна претпоставка Устава и почива на неутуђивим људским правима. Владавина права се остварује слободним и непосредним изборима, уставним јемствима људских и мањинских права, поделом власти, независном судском влашћу и повиновањем власти Уставу и закону”.

документу јесте да таква права служе очувању људског достојанства и остварењу пуне слободе и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву заснованом на начелу владавине права (члан 19). Наиме, демократија и демократско друштво не могу да постоје без признавања и поштовања људских права¹⁹, и тешко би је било замислити без поштовања људских права, иако се демократија сама по себи не своди на људска права²⁰. Међутим, овај став важи и обрнуто, па се постојање и поштовање људских права не може замислити без демократски уређеног друштва. Стога, можемо рећи да су људска права и демократија међусобно условљени и ограничени²¹. *Волфганг Бенедек* у свом чланку *За културу људских права на Балкану* истиче да су људска права, демократија и владавина права основни темељ европског друштва²². Међутим, поставља се питање да ли су ове вредности и начела заиста темељи сваког европског друштва, с обзиром да европско друштво као хомогена заједница не постоји већ постоји више европских друштава. Па свакако је да би требало да буду, иако смо нажалост сведоци примера да ипак не можемо тврдити да су људска права, демократија и владавина права основни темељи свих држава које су као чланице Савета Европе ипак припадници европског друштва. Људска права јесу или би барем требала да буду темељ сваког модерног и стабилног друштва и државног уређења, којем наша држава тежи и претендује да буде као потенцијална будућа чланица Европске Уније. Људска права данас заузимају једно од главних места у документима међународног и националног права односно конвенцијама, споразумима и уставима држава. Готово је незамисливо да постоји цивилизована и демократски уређена држава која не обезбеђује макар минимум гаранција људских права.

У правној теорији и науци се поставља питање коме људска права припадају односно ко су титулари људских права, да ли су то грађани, држављани или нека трећа категорија, а одговор иако се на први поглед чини јасно, једноставно и

¹⁹ Побрић, Н, 1998, Развој идеје људских права, поводом 50 година Универзалне декларације о правима човека, *Мост -Часопис за образовање, науку и културу*, 106-107, Мостар (<http://www.most.ba/01718/010.htm>).

²⁰ Димитријевић, В, 1989, Општи (међународни) стандарди људских права, *Зборник Правног факултета у Загребу*, год. 39, додатак броју 5-6, стр. 605.

²¹ Димитријевић, В, 1989.

²² Бенедек, В, 2002, *За културу људских права на Балкану у Култура људских права*, Београд, стр. 14.

недвосмислено, није баш једногласан. Достигнуће Француске револуције 1789. године је било у ослобађању од строге подељености друштва на сталеже и из које је потекла идеја о грађанину као бенефицијару људских права²³. Са друге стране, у Америци је долазило до интензивног мешања култура, традиција и обичаја и чинило се немогућим да се створи идеја о једној нацији, а да се круг бенефицијара ограничи само на грађане, тако да је била заступљена идеја о томе да су обухваћена сва лица која се налазе на територији под јурисдикцијом њихове јавне власти, становници и досељеници²⁴. Међутим, ограничавање титулара људских права само на грађане или држављане чини се неоправдано, с обзиром да постоје и категорије лица која су страна лица и лица без држављанства (апатриди). Тако и Устав Србије прописује да странци, у складу са међународним уговорима, имају у Републици Србији сва права зајемчена Уставом и законом, изузев права која по Уставу и закону имају само држављани Републике Србије (члан 17), али прописује и да су странцима гарантована одређена права која су резервисана само за страна лица, а од којих су изузети домаћи држављани, попут права на уточиште (члан 57). Правилније би било констатовати да су уживаоци људских права грађани државе, као и сва друга лица која се налазе под њеном јурисдикцијом²⁵. Титулари појединих права могу поред физичких лица да буду и организације, међу којима и оне са својством правног лица, попут политичке странке, невладине организације, верске организације, факултета итд²⁶.

Међутим, институционализација људских права није била подстакнута природноправном теоријом и њеним идејама, већ је овај процес настао као последица борбе за ограничење власти монарха, а започет је у Енглеској 1215. године доношењем Велике повеље слобода (*Magna Carta Libertatum*)²⁷. Тадашњи енглески краљ Јован без Земље је под притиском побуњеног племства био приморан да донесе ову Повељу²⁸, која се иначе представља и први уставни

²³ Гајин, С, 2012а, стр. 171, 173. Професор Саша Гајин се образложено определио за термин бенефицијар - стр. 170. У теорији се чешће срећу и други изрази попут корисник права, ималац права, уживалац права, титулар.

²⁴ Гајин, С, 2012а.

²⁵ Гајин, С, 2012а, стр. 179.

²⁶ Више о томе, Гајин, С, 2012а, стр. 182.

²⁷ Симовић, Д, Аврамовић, Д, Југовић, С, 2003, стр.1532.

²⁸ Симовић, Д, Аврамовић, Д, Југовић, С, 2003.

документ Енглеске²⁹. Повељом се краљ обавезао да од феудалаца не убира веће порезе без сагласности Општег савета краљевине, који је у то време представљао тело од којег ће касније постати парламент, затим да не хапси феудалце без претходне одлуке суда састављеног од људи истог статуса, да не ствара сметње слободној трговини и тако даље³⁰. Процес институционализације људских права који најпре почео 1215. године у Енглеској настављен је тек 1628. године доношењем Повеље о правима (*Petition of Rights*), *Habeas Corpus Act*-а 1679. године и Закона о правима (*Bill of Rights*) 1689. године, из тежње за даљим ограничавањем власти монарха и успостављањем ефикаснијег механизма заштите личне слободе и безбедности³¹. Што се тиче даљег развоја и каталога људских права у смислу правног признавања и утемељења и њихове кодификације, велику улогу су имале америчка и француска револуција, односно правни документи који су из тога произашли. Наиме, то су америчка Декларација о независности од 1776. године и француска Декларација о правима човека и грађанина од 1789. године. Америчка декларација о независности, коју су 4. јула 1776. године усвојили чланови Другог Континенталног Конгреса у Филаделфији, представља документ на основу којег су се енглеске насеобине у Северној Америци одвојиле од метрополе и поставши слободне одбиле су да признају власт британске круне³². Имајући у виду садржину текста Америчке декларације, може се утврдити да је циљ њеног доношења и усвајања превасходно циљ раскидање свих, па и политичких, веза са Енглеском и прокламовање независности тринаест колонија које су настојале да створе самосталну државу, што се и из самог назива Декларације види (*The Unanimous Declaration of the thirteen united States of America*). Томас Џеферсон, који је највише утицао на редакцију овог политичког документа, усвојио је становиште и природноправне идеје енглеског филозофа Џона Лока³³, који је тврдио да су

²⁹ Милосављевић, Б, 2011, *Увод у теорију уставног права*, Београд, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, стр. 14.

³⁰ Милосављевић, Б, 2011.

³¹ Симовић, Д, Аврамовић, Д, Југовић, С, 2003, стр.1533.

³² Милосављевић, Б, Поповић, Д, 2009, стр. 59.

³³ Филозофија Џона Лока се заснива на природноправној доктрини. Он је у XVII веку изложио теорију ограничене власти чији је основни циљ да обезбеди заштиту природних права која претходе установљавању друштвене организације, па тако политичком организовању друштва, према становишту Џона Лока, претходи природно стање у којем су људи неограничено слободни и

основна људска права право на живот, слобода и својина³⁴. У Декларацији о независности је својина замењена тежњом за срећом. Она гласи: „Ми сматрамо ове истине очигледним: да су сви људи створени једнаки, да су обдарени од стране њиховог Творца одређеним неотуђивим правима, међу којима су живот, слобода и тежња за срећом”. У циљу остваривања наведених права, људи међу собом установљавају владе које своју власт изводе из пристанка оних којима се влада, а уколико неки облик владавине постане штетан за постављене циљеве, народ има право да је промени или укине и установи нову владу³⁵. Декларацију о правима човека и грађанина је усвојила Француска Уставотворна скупштина убрзо по избијању Велике револуције 26. августа 1789. године, а настала је под утицајем француских мислилаца XVIII века, а пре свега Волтера, Монтескјеа и Жан Жак Русоа³⁶. Њен правни значај се огледа у њеном утицају на ширење идеја о људским правима кроз наглашавање њиховог значаја и чињеници да превазилазе националне оквире држава и као таква „важе за сва времена”³⁷. Она је уједно и први правни документ у Европи који прокламује основне слободе и права грађана, а темељи се на начелима слободе, једнакости и братства, а који су проглашени у француској револуцији. У њој је истакнуто да се људи рађају и остају слободни и једнаки у правима, штите се неотуђива права човека, слободно власништво односно својина, сигурност и отпор против угњетавања, а да сваки суверенитет почива у народу а не на краљу. Да би каталози људских права били што утицајнији и прихватљивији, они су се утврђивали политичким договором и то у форми основних политичких декларација, устава, закона и међународних уговора³⁸. Људска права су се и развила као противтежа државној власти³⁹. Њима се заправо ограничава моћ државне власти.

потпуно једнаки. А такво предржавно стање одликовала су три природна права: право на живот, слободу и својину (Симовић, Д, Аврамовић, Д, Југовић, С, 2003, стр.1534).

³⁴Милосављевић, Б, Поповић, Д, 2009, стр. 59.

³⁵Симовић, Д, Аврамовић, Д, Југовић, С, 2003, стр.1534.

³⁶Милосављевић, Б, Поповић, Д, 2009, стр. 59.

³⁷Стајић, Д, 1989, Слобода штампе и право на информисање као демократске тековине модерних друштава, *Архив за правне и друштвене науке*, 3, Београд, стр. 307.

³⁸Димитријевић, В, Поповић, Д, Папић, Т, Петровић, В, 2007, стр. 41.

³⁹Томушат, К, 2006, *Људска права између идеализма и реализма*, Београдски центар за људска права, Београд, стр. 59.

Људска права су почела веома касно да се уносе у уставе земаља, тако да је сам процес конституционализације људских права заправо почео крајем XVIII века. На тај начин људска права постају и правна категорија односно постају предмет уређења правним правилима, али истовремено постају и врста правног средства којим се државна власт и њена моћ ограничавају. Првенствено је то био случај у Сједињеним Америчким Државама 1791. године када је у Устав САД од 1787. године инкорпорирано десет уставних амандмана, а који су названи Повеља о правима (*Bill of rights*). Такође је у Француској донет Устав исте године који је у себи садржавао основна права⁴⁰. Текст Декларације о правима човека и грађанина је заправо интегрисан у француски Устав из 1791. године као његов уводни део, а први Устав Француске је садржавао и поједина нова људска права, као што су слобода кретања, слобода окупљања, право на слободно испољавање мисли, право на петицију и слободу културе, а која нису била обухваћена Декларацијом⁴¹. Људска права су морала да се прихвате као нужни састојак сваког националног уставног поретка⁴². Неки правни теоретичари, попут *Стојановића*, истичу да до праве каталогизације људских права долази заправо тек у Уставу Белгије од 1831. године, с обзиром на то да су људска права јасније и прецизније формулисана и да су претежно лишена апстрактних филозофских мисли⁴³. Поменути аутор истиче велики значај овог Устава, јер представља први устав којим се установљава одвојеност цркве од државе и захтева да закључењу црквеног брака увек претходи закључивање грађанског брака, затим се установљава право на слободно оснивање удружења, тајност писама, право на гоњење јавних функционера због дела учињених у служби и равноправност језика који се у Белгији користе. Данас, готово сваки устав има поглавље о људским правима, која чине обавезан део уставне материје. Људска права јесу темељ на којима се гради демократија, владавина права и правна држава. Међутим, у европско континенталним земљама људска права су, и поред тога што су унета у уставе, била само општа начела односно апстрактни захтеви чије је остварење зависило од воље законодавца који

⁴⁰Милосављевић, Б, Поповић, Д, 2009, стр. 142 и 143.

⁴¹Симовић, Д, Аврамовић, Д, Југовић, С, 2003, стр.1536.

⁴²Томушат, К, 2006, стр. 59.

⁴³Стојановић, Д, 1988, *Основна права у уставима европских држава и уставу СФРЈ*, докторска дисертација, Ниш, стр. 46 цитирано према Симовић, Д, Аврамовић, Д, Југовић, С, 2003, стр.1537.

треба да одреди услове за остваривање тих права као и њихову садржину⁴⁴. Важно је напоменути да тим правима није била гарантована судска заштита од евентуалних повреда учињених од стране државних органа, тако да је ситуација заправо таква да формално-правно сваки појединац има право на све, а да фактички неманишта, чим је ускраћен да оствари своја права преко суда у случају повреде⁴⁵. Са друге стране, англосаксонске земље, а пре свега Сједињене Америчке Државе и Енглеска, људска права прописују као конкретна права услед чије повреде постоји могућност заштите пред судом, што људским правима даје потпуно нови смисао⁴⁶. Када не би постојали ефикасни механизми правне заштите људских права и слобода, она би изгубила свој смисао, јер смо сведоци свакодневног кршења различитих права и слобода, а непостојање правне заштите би практично значило и њихово одрицање и непризнавање.

Идеја и концепт људских права се постепено развијају и временом каталог и обим људских права постаје све шири и богатији, тако да се јављају нова права и слободе које су предмет нормативне регулативе⁴⁷. Након периода између светских

⁴⁴ Милосављевић, Б, Поповић, Д, 2009, стр. 142.

⁴⁵ Милосављевић, Б, Поповић, Д, 2009.

⁴⁶ Милосављевић, Б, Поповић, Д, 2009.

⁴⁷ Развој људских права створио је потребу да се она на одређени начин класификују. Најзаступљенија класификација јесте груписање у три генерације људских права. Као главни критеријум је узет моменат њиховог међународног признавања (Рудић, М, 2001, *Људска права - Приручник за наставнике*, Београдски центар за људска права, Београд, стр. 13). На основу ове поделе, постоје људска права прве, друге и треће генерације. Права прве генерације су призната и набројана у документима грађанских револуција с краја 18. и почетка 19. века, а то су грађанска и политичка права (Димитријевић, В, Поповић, Д, Папић, Т, Петровић, В, 2007, стр. 59). Грађанска и политичка права се базирају на начелу слободе и тичу се односа појединца и државе. Права друге генерације обухватају економска, социјална и културна права. Она су настала на основу социјалистичке критике права прве генерације, а која је у име радничке класе извршена током 19. и 20. века (Димитријевић, В, Поповић, Д, Папић, Т, Петровић, В, 2007). Она захтевају активно деловање државе, која има обавезу да заштити и унапреди економски, социјални и културни положај појединца, како би се постигао виши ниво социјалне правде, а то често за државу значи и велика финансијска издвајања и оптерећења. Ова права су заснована на начелима једнакости и солидарности и њихов главни задатак јесте помоћ слабијим члановима друштвене заједнице (Рудић, М, 2001, стр. 17). Права друге генерације су програмског карактера и зависе од економске развијености државе и издвајања одређене, мање или веће, суме новца из буџета у ове сврхе. У трећу генерацију људских права спадају права призната након Другог светског рата, а то су права новијег датума као на пример право на здраву животну средину, право на развој, право на мир, право на самоопредељење и друга. Људска права треће генерације је у међународноправну терминологију унео *Карел Васак*, а представљају нову категорију, а постоје и они аутори који негирају да су права треће генерације уопште права, док им неки чак оспоравају и карактер људских права (Ракић-Водинелић, В, 1989, *Људска права треће генерације, преглед основних правних проблема, Зборник Правног факултета у Загребу*, год. 39, додатак броју 5-6, стр. 790 и 793).

ратова, а поготово после Другог светског рата долази и до процеса интернационализације људских права када људска права постају међународноправна категорија која се уређује инструментима међународног права. За време Другог светског рата светска и међународна јавност била је принуђена да без отпора и званичних протеста посматра како се у име ирационалних нацистичких и фашистичких идеја о чистоти аријевске расе немилосрдно крше људска права и достојанство људи у оквирима немачког Рајха и како се доносе закони вођени идејом о расним разликама а на основу којих се велики број људи најпре проглашава за грађане другог реда а затим и систематски истребљава⁴⁸. Наиме, након завршетка Другог светског рата је у оквирима међународне заједнице постало јасно да питање људских права није питање којим треба свака држава самостално да се бави, већ да се ово питање регулише и решава на вишем, међународном нивоу, с обзиром да је у то време сазревала свест о томе да сви људи без обзира на државу у којој живе уживају људска права⁴⁹. Проблематика људских права није карактеристична само за неку одређену земљу, већ је универзална, те стога и треба да буде предмет међународног права. Након ужасавајућих злочина извршених над Јеврејима, Ромима и хомосексуалцима почињених од стране политичке и војне елите нацистичке Немачке под вођством Адолфа Хитлера и фашистичке Италије и Јапана, покренути су бројни судски поступци против одговорних лица за најдрастичније кршење људских права током рата, а међу њима су најпознатији Нирнбершки процеси. Судски процеси у Нирнбергу су се касније показала као најважнији корак ка развоју међународног хуманитарног права, а који се уједно сматрају и првим суђењем за ратне злочине⁵⁰. Усвојени су и Нирнбершки принципи као сет смерница и упутстава за одређивање конститутивних елемената и правног појма ратног злочина, а тада су по први пут дефинисани ратни злочин, злочин против мира и злочин против човечности, а установљена је и индивидуална одговорност односно одговорност за сваку особу која учини дело које се по

⁴⁸Димитријевић, В, 1989, стр. 600.

⁴⁹Гајин, С, 2012а, стр. 136.

⁵⁰Rai, N, 2013, *Significance of Nuremberg Trial In the Development of International Humanitarian Law*, (https://www.academia.edu/9487869/Significance_of_Nuremberg_Trial_In_the_Development_of_International_Humanitarian_Law, 15.7.2015).

међународном праву сматра злочином⁵¹. Установљавање индивидуалне одговорности за ову врсту злочина је представљало преседан у међународном праву⁵². Током трајања Другог светског рата право на живот је најозбиљније прекршено на начин да је извршен холокауст над Јеврејима, који су били масовно депортовани до концентрационих логора где су на најсуровији начин убијани у гасним коморама и над којима је извршаван тзв. програм еутаназije који се спроводио под изговором наследних и неизлечивих менталних болести, а заправо је водило масовном истребљењу⁵³. *Agamben* се у свом истраживању бавио питањима врховне власти, голог живота и питањем уживања људских права у концентрационим логорима за време Другог светског рата. Овај аутор сматра да су концентрациони логори заправо представљали скривену биополитичку парадигму за вршење власти у политици Запада, а да је у модерној биополитици суверен тај који одлучује о вредности живота као таквог, те је реч или команда Фирера представљала право⁵⁴. *Agamben* је, такође, изнео схватање логора, не као историјске чињенице и аномалије која припада прошлости, него на неки начин као скривену матрицу за политички простор у којем сви ми и даље живимо⁵⁵.

На светском односно међународном нивоу, садржина људских права се све више проширује и уједначава. Бројни, а пре свега међународни документи, сведоче о значају постојања и поштовања људских права у цивилизованом свету и о важности прокламовања забране дискриминације по било ком основу. Најпре, ту се убрајају документи Уједињених нација, као што су Повеља Уједињених нација из 1945. године, Универзална декларација о правима човека из 1948. године, Међународни пакт о грађанским и политичким правима и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966. године. Повеља Уједињених нација за циљ има подстицање и унапређивање људских права и представља први међународни покушај да се каталогизирају основна људска права која признају све државе. Повељом се такође оснивају органи којима је у

⁵¹Rai, N, 2013.

⁵²Ishay R, M, 2008, *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, University of California Press, pp. 218.

⁵³Више о томе: Agamben, G, 1998, *Homo sacer, Sovereign Power and Bare Life*, Stanford University Press Stanford California, pp. 82.

⁵⁴Agamben, G, 1998, pp. 83 и 102.

⁵⁵Agamben, G, 1998, pp. 95.

надлежности да се старају о људским правима, а то су пре свега Генерална скупштина и Економски и социјални савет. Од посебног значаја су и документи Савета Европе, а то су Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода донета 1950. године (са свим протоколима који су у међувремену усвојени), затим Резолуција Савета Европе 1728 (2010). Што се тиче регулативе Европске Уније по питању забране дискриминације треба поменути следеће документе: Уговор о оснивању Европске заједнице из 1957. године, Уговор из Амстердама из 1999. године, Уговор из Лисабона потписан 2007. године, поједине директиве и Повељу Европске Уније из 2000. године.

1.2. Остваривање и заштита људских права

Да би појединац могао да остварује своја права и слободе, држава је у обавези да створи услове за њихово несметано уживање, као и да у случају кршења људских права и слобода створи ефикасне механизме правне заштите. Повеља Уједињених Нација у члану 1. ставу 3. као један од основних циљева ове светске организације истиче унапређивање и подстицање поштовања људских права и основних слобода. Најпре, мора постојати обавеза свих да поштују људска права и слободе, као и да у складу са начелом једнакости сви имају једнака права и једнак положај у остваривању и заштити својих права, и то без дискриминације по било ком основу⁵⁶. Уставом Републике Србије се јемче људска и мањинска права, која се непосредно примењују и законом се не може задирати у саму садржину тих права. Законодавац може законом прописати на који начин се поједина људска права могу остварити, али само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је тако нешто неопходно за остваривање права због саме његове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права (члан 18. став 2). Такође, непосредно се примењују и људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и

⁵⁶ Милосављевић, Б, Поповић, Д, 2009, стр. 171.

законима⁵⁷. Устав у члану 18. ставу 3. прописује да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење. Дакле, постоји обавеза да се људска права стално унапређују. Сврха уставног јемства неотуђивих људских и мањинских права јесте управо да се очува људско достојанство и оствари пуна слобода и једнакост сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву, заснованом на начелу владавине права (члан 19 Устава РС). Устав Републике Србије гарантује и прописује да се достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати (члан 20. став 2), што заправо значи да се каталог људских права и слобода може и треба стално проширивати, а никако сужавати. Устав (члан 22. став 2) такође предвиђа право грађана да се обратe међународним институцијама ради заштите својих права и слобода која су им Уставом загарантована.

Остваривање и заштита људских права се у нашој држави, како то наводи *Хасанбеговић*, одвија у атмосфери некажњивости, која ствара осећај правне несигурности и безвредности људских права као празних декларативних права⁵⁸. Многи случајеви учињене и извршене дискриминације остају некажњени и непроцесуирани, тако да се жртвама дискриминације право и правда заиста чине недостижним и схватају се само као теоријски идеал удаљен од стварног живота и без конкретне, практичне вредности. Дискриминација и кршење људских права и слобода не сме да се толерише ни на који начин, а поготово не на начин да гоњење и кажњавање починилаца изостане или буде неефикасно од стране надлежних државних органа. На питање зашто је у Србији правда недостижна, зашто је тако лоше стање у сфери остваривања и заштите људских права и слобода и зашто не

⁵⁷ Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006), члан 18. став 1, који гласи: „Људска и мањинска права зајемчена Уставом непосредно се примењују”, док став 2. истог члана гласи: „Уставом се јемче, и као таква, непосредно се примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима. Законом се може прописати начин остваривања ових права само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права”.

⁵⁸ Хасанбеговић, Ј, 2005, Остваривање и заштита људских права у Србији – нормативни оквир и правна сигурност, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, Год. 42, стр. 58.

постоји култура људских права, у правној теорији се среће одговор да је то зато што не постоје друштвене и правне претпоставке за остваривање и заштиту људских права, нема модерне демократске традиције и културе, постоји мањак политичке воље да се стање мења у јасно одређеном правцу, као и зато што постоје недостаци у институционалном и нормативном систему⁵⁹. Управо су државни органи ти који треба да предузму низ мера којима би створили предуслове и атмосферу за стварно и ефикасно уживање људских права и слобода. Веома значајну улогу у остваривању, заштити и унапређивању људских права и основних слобода имају и међународне и националне невладине организације, и то кроз своје деловање, едукацију и ширења свести о појединим питањима.

1.2.1. Уставноправна заштита људских права

Уставноправна заштита људских права у најширем могућем смислу представља заштиту људских права која се гарантује уставом⁶⁰. Овај вид заштите људских права може бити посредан и непосредан.

Устав Републике Србије (члан 22. став 1) прописује да свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале. Уставна заштита људских права и основних слобода се у нашој земљи остварује преко Уставног суда. Устав Србије дефинише Уставни суд као самосталан и независан државни орган који штити уставност и законитост и људска и мањинска права и слободе (члан 166. став 1). Дакле, његова основна улога јесте контрола уставности и законитости. На овај начин људска права се штите посредно, јер се пред Уставним судом не штити неко конкретно људско право, већ се заштита остварује у поступку контроле уставности и законитости. Контрола уставности и законитости значи да се из правног живота уклањају сви закони који нису у сагласности са уставом, као и сви прописи и подзаконски акти који нису у сагласности са уставом и законом. Поступак за оцењивање уставности или

⁵⁹Хасанбеговић, Ј, 2005, стр. 64.

⁶⁰ Пајванчић, М, 2011, *Уставна заштита људских права*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, стр. 3.

законитости општег акта може бити покренут на основу предлога овлашћеног предлагача или на основу решења⁶¹ Уставног суда о покретању поступка (члан 50. став 1. Закона о Уставном суду РС). Поступак за оцењивање уставности и законитости општих аката Уставни суд може да покрене и по сопственој иницијативи самостално, и то на основу одлуке коју доноси двотрећинском већином гласова свих судија (члан 50. став 2. Закона о Уставном суду РС). Свако коме је повређено право коначним или правноснажним појединачним актом, донетим на основу закона или другог општег акта, за који је одлуком Уставног суда утврђено да није у сагласности са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом, има право да тражи од надлежног органа измену тог појединачног акта, у складу са правилима поступка у коме је појединачни акт донет (члан 61. став 1. Закона о Уставном суду РС).

Непосредан вид уставне заштите људских права се остварује путем института уставне жалбе, посебног правног средства који је на располагању сваком појединцу коме је повређено или ускраћено неко људско право или слобода која је уставом зајемчена. Уставни суд Савезне Републике Немачке је кроз своју праксу одредио појам уставне жалбе тако што је стао на становиште да она представља специфично правно средство грађана према држави⁶². *Ракић-Водинелић* одређује уставну жалбу као специфично, изузетно правно средство заштите права човека, које у правном поретку држава континенталне Европе нема карактер субјективног права, а чак и у правним порецима у којима је уставна жалба тако нормативно формулисана да подсећа на субјективно право, услови за њену допуштеност су тако оштро постављени да она представља ексклузивно средство заштите права човека⁶³. Уставна жалба, према схватању *Ђурића*, представља посебно правно средство и посебан вид права на правну заштиту који се огледа кроз право на уставносудску заштиту Уставом прокламованих права које носиоци основних права и слобода

⁶¹ Закон о Уставном суду Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 109/2007, 99/2011 и 18/2013, члан 46. став 1. тачка 1. у којој је одређено да Уставни суд решењем покреће поступак за утврђивање неуставности, незаконитости или несагласности са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговором.

⁶² Ђурић, В, 2010, *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, стр. 25.

⁶³ Ракић-Водинелић, В, 1995, *Судска заштита права човека*, Права и слободе – међународни и југославенски стандарди, Београдски центар за људска права, Београд, стр. 118 и 121.

остварују⁶⁴. Ракић-Водинелић истиче да средство које је код нас познато као уставна жалба односно тужба представља комбинацију четири врсте правних и социјалних чинилаца насталих у различитим деловима света, као резултати различитих правних и социјалних традиција⁶⁵. Два чиниоца су правне природе, од којих је најутицајнији институт који представља један од традиционалних основа уставне жалбе *judicial review* установљен Уставом САД 1787. године, док други потиче из шпанске правне традиције познат као *amparo*. Оба ова елемента, која су довела до савременог облика уставне жалбе, представљају позитивно-правне институте, док су друга два социјални чиниоци оличени у резултатима Француске револуције на плану имплементације идеје о подели државних власти у нормативни систем⁶⁶ и модерна концепција уставног судства нормативно уобличена у Уставу Аустрије 1920. године и ширење те концепције на велики број европских земаља после Другог светског рата⁶⁷. До пре једне деценије, правни лек као што је уставна жалба постојао је у веома малом броју европских држава, да би у последњих десетак година била уведена у бројним државама Централне и Источне Европе⁶⁸. До увођења нових или експанзије већ постојећих правних механизма заштите уставних права и слобода у овим земљама долази, по мишљењу *Dannemann*-а, услед пораста свести о питањима људских права, које проистиче из злоупотребе службеног положаја и државне моћи од стране бивших режима у комбинацији са маневарским простором који су створиле радикалне промене које су се догодиле у политичком и уставном систему⁶⁹.

Ступањем на снагу новог Устава Републике Србије, 8. новембра 2006. године, у правном систему наше државе дошло је до значајних промена када је у питању Уставни суд и његова улога, па је тако по први пут уведен институт уставне жалбе⁷⁰. Устав Србије прописује одређене услове који морају бити испуњени да би

⁶⁴Ђурић, В, 2010, стр. 30.

⁶⁵Ракић-Водинелић, В, 1995, стр. 116.

⁶⁶Fix-Zamudio, H, 1991, *Judicial Protection of Human Rights in Latin America and the Inter-American Court of Human Rights*, Milan, pp. 411 цитирано према Ракић-Водинелић, В, 1995, стр. 117.

⁶⁷Ракић-Водинелић, В, 1995, стр. 117.

⁶⁸Dannemann, G, January 1994, Constitutional Complaints: The European Perspective, *The International and Comparative Law Quarterly*, 43 (1), Cambridge University Press, pp. 142.

⁶⁹Dannemann, G, January 1994.

⁷⁰Више о томе: Слијепчевић, Љ, 2009, Уставна жалба као заштита уставног права – право на суђење у разумном року, *Билтен судске праксе Окружног суда Нови Сад*, 15, стр. 149.

се изјавила уставна жалба. Према томе, уставна жалба може да се изјави против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту (члан 170. Устава РС). У овим случајевима, уставна жалба представља вид допунске заштите људских права, с обзиром да претходно морају да се исцрпе друга правна средства. Изузетак од овог правила јесте да ће уставна жалба бити дозвољена и у ситуацији када је повређено право на суђење у разумном року (члан 82. став 2. Закона о Уставном суду РС) односно када због неажурности судова судски поступак по тужби за заштиту људских права траје претерано дуго, што истовремено представља и повреду члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, која предвиђа право на суђење у разумном року. Уставна жалба се такође може изјавити у случају када је законом искључено право на судску заштиту људских и мањинских права (члан 82. став 1. Закона о Уставном суду РС). Уставна жалба је можда и један од најмоћнијих механизма правне заштите уставних права. Свако ко сматра да су му повређена основна људска права и слободе од стране јавних власти може да уложи уставну жалбу. У Немачкој, на пример, уставна жалба је изузетно важан ванредни правни лек, који може бити уложен против неке мере административног органа, судске пресуде или закона и веома често се користи од стране грађана. О томе нам говори податак да је Савезном Уставном суду Немачке од 1951. па до 2005. године поднето 157.233 представки, од чега су 151.242 представке биле уставне жалбе⁷¹.

Уставна жалба представља један од механизма који изузетно омогућава корекцију судских одлука у случају да се њима повређују уставом зајемчена права⁷². Управо због овога, како истиче аутор *Симовић* у свом чланку на ову тему, уставну жалбу као институт не треба оспоравати, иако постоји вишестепеност у суђењу због чега су теоретске шансе за доношење неуставних одлука веома мале.

⁷¹ Интернет страница Савезног Уставног суда Немачке (<http://www.bverfg.de/en/organization/verfassungsbeschwerde.html>, 10.10.2013).

⁷² Симовић, Д, 2012, Уставна жалба – теоријско-правни оквир, *Анали Правног факултета у Београду*, 1, год. LX, стр. 206, 207.

Он закључује да, у односу на одлуке редовних судова, Уставни суд не поступа као суд пуне јурисдикције јер, поступајући по уставној жалби, Уставни суд заправо не утврђује тачност и потпуност чињеничног стања нити преиспитује примену материјалног права од стране редовног суда на конкретан случај, већ искључиво одлучује о уставним питањима, односно о томе да ли је дошло до повреде уставом зајемчених права.

Када је реч о земљама у окружењу, искуства у Црној Гори поводом уставне жалбе су мало другачија. Наиме, институт уставне жалбе као супсидијерно правно средство је предвиђено Уставом Црне Горе, али се кроз праксу није показало као средство које у потпуности доприноси успешној заштити људских права и основних слобода⁷³, с обзиром на рестриктивну прописаност услова за поступање по уставној жалби (у време важења старог Устава из 1992. године) и имајући у виду да је у периоду од 1992. до 2001. године само у једном случају дошло до усвајања уставне жалбе⁷⁴. Рестриктивном прописаношћу услова за поступање по уставној жалби сходно Закону о Уставном суду Црне Горе од 2008. године са изменама из 2015. године⁷⁵, а што значи да се она може поднети тек након исцрпљивања свих делотворних правних лекова односно тек након што подносилац уставне жалбе исцрпи сва правна средства на која је имао право у складу са законом, игнорише се веома веома важан захтев да сва правна средства која треба претходно да се искористе морају бити делотворна, што у пракси често није случај⁷⁶. Тиме се Уставни суд Црне Горе практично онемогућава да поступа у случајевима када је узрок кршења права нечињење односно недonoшење акта или када су права прекршена неком фактичком радњом⁷⁷. Међутим, у националном извештају Уставног суда Црне Горе из 2013. године, истиче се да је Уставни суд Црне Горе,

⁷³Вукчевић, М, 2007, Уставно-судска заштита људских права у новом Уставу Црне Горе, *Зборник радова са регионалног саветовања Положај и улога Уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима у Милочеру*, Службени лист Републике Црне Горе, Подгорица, стр. 9.

⁷⁴Вукчевић, М, Ћупић, Д, 2011, Уставна жалба као средство заштите људских права и слобода (скица за црногорско друштво), *Зборник радова, Правни факултет у Источном Сарајеву*, стр. 215.

⁷⁵Члан 48. став 1. Закона о Уставном суду Црне Горе, *Сл. лист ЦГ*, бр. 64/2008, 46/2013 и 51/2013 прописује да се уставна жалба због повреде људских права и слобода зајемчених Уставом може поднети против појединачног акта државних органа, органа државне управе, органа локалне самоуправе или правног лица које врши јавна овлашћења, а након исцрпљивања свих делотворних правних средстава.

⁷⁶Горјанц Прелевић, Т (ур), 2011, *Људска права у Црној Гори 2010-2011*, Подгорица, стр. 66, 67.

⁷⁷Горјанц Прелевић, Т (ур), 2011.

као независна институција, вршећи своју надлежност постаје најјачи механизам заштите људских права и основних слобода у Црног Гори⁷⁸. Имајући у виду критике Закона о Уставном суду Црне Горе, црногорско законодавно тело је изгласало и донело нов Закон о Уставном суду⁷⁹, који доноси значајне промене и новине када се ради о условима за подношење уставне жалбе. Сходно законским одредбама, уставну жалбу може да поднесе свако физичко и правно лице, организација, насеље, група лица и други облици организовања који немају својство правног лица, ако сматрају да им је људско право или слобода зајемчени Уставом повређено појединачним актом, радњом или непоступањем државног органа, органа државне управе, органа локалне самоуправе, правног лица или другог субјекта који врши јавна овлашћења. Уставна жалба се такође може поднети након исцрпљивања делотворних правних средстава, која подразумевају да је подносилац уставне жалбе у поступку искористио сва правна средства на која је имао право у складу са законом, укључујући и делотворна и ванредна правна средства и друга посебна правна средства која могу довести до измене појединачног акта у корист подносиоца уставне жалбе, односно до престанка или исправљања радње, односно прекида непоступања државног органа, органа државне управе, органа локалне самоуправе, односно локалне управе, правног лица или другог субјекта који врши јавна овлашћења. Овом одредбом је проширен и круг активно легитимисаних подносилаца. Уведена је и једна новина која би требала да уставну жалбу учини ефикаснијим правним средством, као и сам поступак пред Уставним судом. Наиме, уставна жалба се може поднети и пре исцрпљивања делотворних правних средстава, ако подносилац уставне жалбе докаже да правно средство на које има право у конкретном предмету није или не би било делотворно. Овакво законско решење се сматра врло напредним и представља добар пример земљама у региону, поготово што је прописаност услова за изјављивање уставне жалбе прецизирана и проширена, а што би требало да доведе до позитивних резултата имајући у виду дужину трајања спорова и неефикасност правних поступака. И у односу на Закон о Уставном суду Србије, решења

⁷⁸ Национални извештај Црне Горе за Уставни суд Црне Горе, Подгорица, 2013, (<https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/downloads/landesberichte/LB-Montenegro-MS.pdf>), стр. 11.

⁷⁹ Закон о Уставном суду Црне Горе, *Сл. лист ЦГ*, бр. 11/2015, члан 68.

предвиђена црногорским законом су напреднија и прецизнија, те уставна жалба као правно средство постаје доступније и примењивије, с обзиром да у нашем законском тексту не постоје одредбе о подношењу уставне жалбе и пре него се претходно исцрпе сва делотворна правна средства. Међутим, велика мана оба закона је што не постоји одредба којом се прописује да се и права заштићена међународним уговорима могу штитити путем уставне жалбе⁸⁰. Према извештају о раду Уставног суда Црне Горе за 2014. годину, у тој години поднето је 772 уставне жалбе, док је у поступку за одлучивање по уставној жалби Уставни суд донео 283 одлуке и 460 решења (укупно 743), а од тога 25 одлука је о усвајању уставне жалбе, 258 одлука о одбијању уставне жалбе, 454 решења о одбацивању уставне жалбе и 6 решења о обустављању поступка по уставној жалби⁸¹. Узимајући у обзир новине које доноси нови Закон о Уставном суду може се очекивати да ће се у наредним годинама број усвојених уставних жалби повећавати.

Са друге стране, у Федерацији Босне и Херцеговине Уставни суд се показао као најјачи заштитник људских права, који у својим поступцима примењује норме садржане у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, као и друге норме међународног права које регулишу ову материју⁸². Пример Босне и Херцеговине је позитиван пример директног позивања на одредбе Европске конвенције од стране домаћих судова, у овом случају од стране Уставног суда у Босни и Херцеговини. За очекивати је да ће оваква пракса постати све чешћа и у Републици Србији од стране судова у свим инстанцама, с обзиром да Европска конвенција као међународни документ представља део унутрашњег права и има примат над законском регулативом, иако се ова чињеница приликом поступања српских судова неоправдано игнорише. И Европски суд за људска права у Стразбуру је у неким својим одлукама констатовао да у правном поретку Босне и Херцеговине постоји ефикасан правни лек у погледу заштите људских права гарантованих Европском конвенцијом, и то у виду апелације пред Уставним судом

⁸⁰Горјанц Прелевић, Т (ур), 2011, стр. 67.

⁸¹Извештај о раду Уставног суда у 2014. години, мај 2015, Подгорица, стр. 4, 5.

⁸²Галић, В, 2007, Положај и улога Уставног суда Босне и Херцеговине у примјени Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Зборник радова са регионалног саветовања Положај и улога Уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима у Милочеру*, Службени лист Републике Црне Горе, Подгорица, стр. 63.

Босне и Херцеговине, тако да је и цитирао неке одлуке Уставног суда у којима су, поводом апелације, нађене повреде права на правично суђење из члана 6. Европске конвенције и Протокола број 1 који иде уз Европску конвенцију⁸³. Имајући у виду ову оцену Европског суда за људска права о апелацији као ефикасном средству, што може представљати корак на сложеном и тешком путу ка успешнијој заштити људских права и слобода, ипак не можемо тврдити да је заштита људских права у потпуности успешна. Применом овог правног средства наилазимо и на одређене потешкоће. Уставни суд Босне и Херцеговине, дакле, има апелациону надлежност у питањима која су предмет Устава БиХ, када она постану предмет спора због пресуде било ког суда у Босни и Херцеговини, а у пракси се показало да је ова надлежност Уставног суда постала доминантна, те се на неки начин претворио у својеврсни жалбени суд⁸⁴. Оваква ситуација, међутим, доводи у питање поступање суда у разумном року, као и делотворност и ефикасност вршења основних функција тог суда, који би требао да решава само најсложеније спорове уставног ранга⁸⁵. Једно ефикасно правно средство у читавом правном систему није довољно за успешност целокупног система заштите људских права. Потребно је да систем у целини функционише ефикасно и да остала правна средства такође буду делотворна и ефикасна.

У Републици Хрватској Уставни суд је надлежан и има значајну улогу у заштити људских права и основних слобода, као и у поступку оцене сагласности закона са Уставом и сагласности других прописа са Уставом и законом⁸⁶. Стога, Уставни суд може поништити пропис односно поједине његове одредбе, узимајући у обзир све околности од важности за заштиту уставности и законитости, те имајући у виду посебно тежину повреде Устава или закона и интерес правне сигурности ако се њиме вређају људска права и основне слободе зајемчене Уставом или ако се њиме појединци, групе или удружења неосновано стављају у повољнији или неповољнији положај (члан 55. став 3). Свако лице је активно легитимисано за

⁸³Галић, В, 2007.

⁸⁴Симовић Н, М, Симовић, М, 2011, Улога Уставног суда Босне и Херцеговине у одбрани и даљњој изградњи европског идентитета у Босни и Херцеговини, *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, 7, год. 4, онлајн издање, стр. 14, (http://www.prf.unze.ba/anali_tekst.html).

⁸⁵Симовић Н, М, Симовић, М, стр. 14.

⁸⁶Уставни закон о Уставном суду Републике Хрватске, Народне новине, бр. 99/99 и 29/02.

подношење уставне тужбе ако сматра да му је појединачним актом органа државне власти, органа јединице локалне и подручне (регионалне) самоуправе или правног лица које има јавна овлашћења, а којим је одлучено о његовим правима и обавезама или о сумњи или оптужби због кривичног дела, повређено људско право или основна слобода зајемчена Уставом односно Уставом зајемчено право на локалну и подручну (регионалну) самоуправу након што буду исцрпљена сви остали предвиђени правни лекови, осим ако је прекршено право на суђење у разумном року (члан 62. став 1. и 2. и члан 63. став 1).

Што се тиче Републике Македоније, Уставом⁸⁷ је гарантована заштита индивидуалних права и слобода на неколико нивоа: 1) пре свега имамо судску заштиту слобода и права која су гарантовани Уставом, и то како пред редовним судовима, тако и пред Уставним судом Републике Македоније (члан 50. став 1. Устава РМ); 2) Устав затим предвиђа Сталну анкетну комисију за заштиту слобода и права грађана, чији наводи представљају основ за покретање поступка за утврђивање одговорности носилаца јавних функција као вид парламентарне контроле ових слобода и права (члан 76. став 4. и 5. Устава РМ) и најзад, 3) Устав предвиђа и Народног правобраниоца (омбудсмана) који треба да штити законска и уставна права грађана која су им повређена од стране органа државне управе или других органа или организација који имају јавна овлашћења (члан 77. став 2. Устава РМ). Уставни суд је у Македонији надлежан за заштиту права и слобода у поступку оцене уставности закона и уставности и законитости других прописа и општих аката, тако да суд може поништити или укинути општи акт којим се повређују права и слободе као и путем оцене коначног или правноснажног појединачног акта односно предузетог чињења чиме се повређују људска права и слободе⁸⁸. Још један добар пример примене института уставне жалбе и Европске конвенције јесте Словенија, у којој се, према аутору Рибичичу, Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода помиње у преко триста одлука Уставног суда Словеније, а одлуке Европског суда за људска права су

⁸⁷Устав на Република Македонија, пречишћен текст (www.mk/comp_includes/webdata/docume).

⁸⁸ Николовска, М, 2007, Положај и улога Уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима, *Зборник радова са регионалног саветовања Положај и улога Уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима у Милочеру*, Службени лист Републике Црне Горе, Подгорица, стр. 74.

цитиране у више од осамдесет одлука, а и сами подносиоци уставних жалби се све чешће позивају на одредбе Европске конвенције⁸⁹.

1.2.2. Омбудсман као специјализовани орган за заштиту људских права⁹⁰

Као специјализовани орган за заштиту људских права, а самим тим и заштиту од дискриминације, установљена је институција омбудсмана односно заштитника грађана⁹¹. Он представља један специфичан вид вансудске контроле управе и носилаца јавних функција у циљу обезбеђивања заштите права грађана, који у остваривању својих права најчешће долазе непосредно у контакт са органима управе⁹², а управо су то ситуације у којима највише долази до

⁸⁹Рибичич, Ц, 2007, Положај и улога Уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима – искуства Словеније, *Зборник радова са регионалног саветовања Положај и улога Уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима у Милочеру*, Службени лист Републике Црне Горе, Подгорица, стр. 80.

⁹⁰О Поверенику за заштиту равноправности као основном средству заштите од дискриминације ће детаљно бити изложено у поглављу које се тиче заштите од дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета, док ће поглавље о омбудсману садржати кратко излагање, с обзиром на важност ове институције у области заштите људских права.

⁹¹Институција омбудсмана је настала још 1809. године у Шведској, а омбудсман је био замишљен као повереник парламента који контролише управу која је тада била подређена краљу. Назив омбудсман је преузет из шведског језика и користи се и у многим другим језицима, међутим то није и једини назив за ову институцију (нпр. народни и грађански бранилац, парламентарни комесар, заштитник права грађана, пучки правобранилац). Институција омбудсмана се почела уводити и у друге земље након Другог светског рата, а сматра се за обавезну институцију у демократски уређеним државама и готово свуда у свету је присутна (Милосављевић, Б, 2010, *Управно право*, треће измењено и допуњено издање, Београд, стр. 347). Назив омбудсман потиче од старе шведске кованице *umbothsmathr*, која значи представник односно повереник који представља (Димитријевић, П, 2005, Институција омбудсмана у светлу нацрта Закона о омбудсману Републике Србије, *Правни живот, часопис за правну теорију и праксу*, 5-6, Београд, стр. 32). О историјату ове институције и њеном настанку и почецима видети више у Reif C, L, 2004, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Leiden, pp.5; Wieslander, B, 1994, *The Parliamentary Ombudsman in Sweden*, Bank of Sweden Tercentenary Foundation, pp. 13, у Reif C, L, 2004, pp. 5 и Ismail-Wahab, I, 1979, *The Swedish Institution of Ombudsman: an Instrument of Human Rights*, Liber Förlag, Stockholm, у Reif C, L, 2004, pp.5.

⁹²Пајванчић, М, 1990, Један аргумент у корист идеје о вансудској контроли управе, Међунаордни научни скуп „Омбудсман – заштитник права грађана” у Новом Саду, 16-17. октобар 1989. године, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3-4, стр. 142, цитирано према Кулић, Ж, 1995, Зашто нам треба омбудсман, *Правни живот, часопис за правну теорију и праксу*, 9, Београд, стр. 767. Према Радиновићу, институција омбудсмана је по својој природи државни орган *suigeneris* који има надлежност да врши јавну друштвену ванправну и неутралну контролу законом одређених јавних институција, а за циљ има јачање уставности, законитости, као и друштвене правде (Радиновић, Д, 2001, *Омбудсман и извршина власт*, Београд, стр. 41). Он истиче да се омбудсман у свом раду не ослања само на позитивно право, него и на интуитивно осећање које је засновано на моралним принципима правде и правичности који доприносе стабилности и легитимитету друштвеног поретка, јер позитивним правом не само да се не може предвидети свака могућа

дискриминације. Улога омбудсмана је да врши контролу рада органа управе и јавних служби, као и да штити права грађана од лошег, незаконитог и неодговарајућег поступања тих органа и служби⁹³, а представља и једини орган који осим законитости врши контролу и над целисходношћу рада органа управе и службеника⁹⁴. Омбудсман својим деловањем сасвим сигурно доприноси владавини права и правној сигурности и помаже у учвршћивању демократских вредности и представља један од механизма који су неопходни за одржавање равнотеже између носилаца законодавне и извршне власти⁹⁵.

Поред тога што штити права грађана, омбудсман се бори за јачање уставности и законитости, доприноси и већој демократизацији друштвених односа и потпунијем остваривању функција правне државе⁹⁶. Он нема овлашћење да доноси правно обавезујуће одлуке за органе јавне управе нити има овлашћење да њихове акте поништава или мења⁹⁷. Омбудсман се у новијим дефиницијама не сматра само за институцију која врши надзор над управом и штити грађане од лошег рада управе, већ која промовише и штити људска права и основне слободе грађана у њиховим односима са управом и другим органима јавне власти⁹⁸. Улога

животна ситуација, већ смо сведоци и да се применом позитивног права може догодити да се поступа неправедно и неправично.

⁹³Милосављевић, Б, 2010а, *Управно право*, треће измењено и допуњено издање, Београд, стр. 347.

⁹⁴Димитријевић, П, 2005, Институција омбудсмана у светлу нацрта Закона о омбудсману Републике Србије, *Правни живот, часопис за правну теорију и праксу*, 5-6, Београд, стр.32. Институција омбудсмана представља комбинацију правне (када покреће поступак) и политичке контроле (приликом отварања скупштинске расправе о министарској одговорности), стр. 31.

⁹⁵Јовановић, З, 2004, О неопходности увођења омбудсмана у наш правни систем, *Правни живот, часопис за правну теорију и праксу*, 9, Београд, стр. 1310. Више о самим овлашћењима омбудсмана видети на стр. 1303 и 1307.

⁹⁶Кулић, Ж, 1995, Зашто нам треба омбудсман, *Правни живот, часопис за правну теорију и праксу*, 9, Београд, стр. 768. Самим тим што врши контролу, омбудсман уједно и штити актуелну власт, јер јој вршећи контролу над њеним радом не оставља много простора за грешкама, па тиме истовремено доприноси и већем поверењу грађана у њу, док када критикује њен рад указује јој на грешке и пропусте и на тај начин јој помаже да се ослободи од несавесних и неодговорних појединаца.

⁹⁷Међутим, ако би омбудсман био надлежан да мења одлуке органа јавне управе, не би постојала нека разлика између функције омбудсмана и судова, те тада постојање једне такве институције вероватно не би било неопходно нити би имало сврху, а поред тога у том случају би било потребно увести право на жалбу на одлуке омбудсмана што би допринело знатном одуговлачењу поступака, а сам поступак би био компликованији и скуплији (Давинић, М, 2007, Значај институције омбудсмана за правни систем, *Правни живот, часопис за правну теорију и праксу*, 10, Београд, стр. 724).

⁹⁸Милосављевић, Б, 2001, *Омбудсман – заштитник права грађана*, Центар за антиратну акцију, Београд, стр. 72. У појединим земљама се поред омбудсмана који су надлежни за повреде права грађана у свим областима друштвеног живота (општи омбудсман), оснивају и омбудсмани према функционалном принципу односно који су надлежни само за поједина питања или области

промовисања и заштите људских права је веома значајна, а поготово указивање на области у којима веома често долази до дискриминације и кршења људских права.

Институција Заштитника грађана је регулисана Законом о заштитнику грађана Републике Србије (у даљем тексту ЗЗГ). Заштитник грађана, у складу са одредбама ЗЗГ, представља независни државни орган који штити права грађана и контролише рад органа државне управе, органа надлежног за правну заштиту имовинских права и интереса Републике Србије, као и других органа и организација, предузећа и установа којима су поверена јавна овлашћења⁹⁹. Својевремено је институција Заштитника грађана сматрана за вансудско средство контроле управе, у сврху заштите права појединаца својим контролним акцијама, док се данас схвата као државна институција за заштиту људских права односно заштиту права грађана од непримерених радњи управе¹⁰⁰. Заштитник грађана се такође стара о заштити и унапређењу људских и мањинских права и слобода (члан 1. став 2. ЗЗГ). Професор *Милосављевић* наглашава да је овим утврђена додатна надлежност Заштитника грађана и да разликује се од формулације из претходног става којим је установљена надлежност у области заштите права грађана, док се додатна надлежност пак огледа у старању о заштити и унапређењу људских и мањинских права и слобода¹⁰¹. У оквиру своје надлежности, заштитник грађана је овлашћен да контролише поштовање права грађана, утврђује повреде учињене

друштвеног живота или на заштиту појединих категорија становништва (специјализовани омбудсман), а разлика између њих је само у обиму надлежности (стр. 17 и 31).

⁹⁹ Члан 1. став 1. Закона о заштитнику грађана Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр.79/2005 и 54/2007. Под појмом грађанин, у смислу овог закона, подразумева се не само физичко лице које је домаћи држављанин, већ и свако физичко лице страни држављанин, као и свако домаће или страног правно лице о чијим правима и обавезама одлучују органи управе. Заштитник грађана је независан и самосталан у обављању послова из своје надлежности и нико нема право да на његов рад и поступање утиче, а за свој рад одговоран је Народној скупштини (чл. 2. ст. 1. и 3. ЗЗГ). Међутим, Уставом од 2006. године институција омбудсмана је подигнута на уставни ниво и представља уставни орган, а дефинисан је на исти начин као и у Закону.

¹⁰⁰ Милосављевић, Б, 2010б, *Коментар Закона о заштитнику грађана*, Службени гласник, Београд, стр. 46. Устав Србије прописује да Народна скупштина осим што бира и разрешава Заштитника грађана такође и надзире његов рад (чл. 99. ст. 2. тач. 5. Устава РС). Оваква регулатива није уобичајена у упоредноправној пракси, нарочито ако се има у виду да би се на тај начин могла угрозити независност Заштитника грађана (стр. 56).

¹⁰¹ У том смислу, поменути аутор сматра да би ове одредбе требало тумачити на начин да је поред основне улоге коју има Заштитник грађана, његова надлежност да предузима и друге мере којима се обезбеђује старање о заштити и унапређењу људских и мањинских права и слобода, као што су предлагање закона, подношење иницијатива за измену или допуну закона и других прописа, покретање поступка пред Уставним судом и друго.

актима, радњама или нечињењем органа управе, ако се ради о повреди републичких закона, других прописа и општих аката, а у његов делокруг спада и контрола законитости и правилности рада органа управе (члан 17. став 1. и 2. ЗЗГ)¹⁰². Као што је поменуто, Заштитник грађана има право да предлаже законе из своје надлежности, као и да Влади или Скупштини подноси иницијативу за измену или допуну закона и других прописа и општих аката, ако сматра да до повреде права грађана долази због недостатка у прописима као и иницијативу за доношење нових закона, других прописа и општих аката, ако сматра да је то од значаја за остваривање и заштиту права грађана (члан 18. став 1. и 2. ЗЗГ)¹⁰³. Дакле, према законским одредбама Заштитник грађана има само право предлагања закона, али не и право да предлаже друге прописе и опште акте, што се не чини оправданим и што би требало изменити односно допунити¹⁰⁴.

Веома значајно овлашћење које Заштитник грађана има, а које се тиче заштите људских права и слобода, јесте покретање поступка пред Уставним судом за оцену уставности и законитости закона, других прописа и општих аката (члан 19. ЗЗГ), што је нарочито битно када се таквим правним актом или одлуком на основу таквог правног акта крше основна људска и мањинска права и слободе или дискриминише одређено лице или група лица. И Закон о Уставном суду утврђује још једну од надлежности Заштитника грађана у одредби о уставној жалби коју у име лица које сматра да му је појединачним актом или радњом државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може на основу писменог овлашћења тог лица, изјавити друго физичко лице односно државни или други орган надлежан за праћење и остваривање људских и мањинских права и слобода (члан 83. став 2. Закона о Уставном суду РС), а с обзиром да је Заштитник

¹⁰² Међутим, заштитник грађана није овлашћен да врши контролу рада Народне скупштине, председника Републике, Владе, Уставног суда, судова и јавних тужилаштава (чл. 17. ст. 3. ЗЗГ).

¹⁰³ Влада и Скупштина су обавезни да разматрају те иницијативе (чл. 18. ст. 3. ЗЗГ). Ако се неким прописом уређују питања која су од значаја за заштиту права грађана, овлашћен је да у поступку припреме прописа Влади и Скупштини даје мишљење о предлозима закона и других прописа (чл. 18. ст. 4. ЗЗГ).

¹⁰⁴ Милосављевић, Б, 2010б, стр. 86.

грађана државни орган надлежан за заштиту људских права он би могао да буде у улози подносиоца уставне жалбе¹⁰⁵.

Поглавље 2. ТЕОРИЈСКО-ПРАВНИ ПОЈАМ ЈЕДНАКОСТИ И ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

2.1. Појам једнакости и дискриминације – теоријске поставке

Да бисмо разумели материју забране дискриминације и антидискриминационог права морамо најпре да разјаснимо и дефинишемо сам појам дискриминације. Наиме, поставља се питање какво понашање се сматра дискриминацијом и на који начин и којим правним средствима се борити против ње, али и заштитити уколико до ње дође. Да бисмо дошли до ваљаног одговора на питање дефиниције и садржине појма дискриминације можемо користити како теоријску грађу, тако и позитивно правно одређење овог појма. Претходно би било пожељно одредити етимолошко значење речи дискриминација, чиме полазимо од појма дискриминације које је дескриптивно. Реч дискриминација потиче од

¹⁰⁵ Милосављевић, Б, 2010б, стр. 88. Заштитник грађана је такође надлежан да јавно препоручи разрешење функционера који је одговоран за повреду права грађана, односно да иницира покретање дисциплинског поступка против запосленог у органу управе који је непосредно одговоран за учињену повреду и то ако из поновљеног понашања функционера или запосленог произилази намера да одбије сарадњу са Заштитником грађана или ако се утврди да је учињеном повредом грађанину причињена материјална или друга штета већих размера (чл. 20. ст. 1. ЗЗГ). Уколико се, пак, утврди да у радњама функционера или запосленог у органу управе има елемената кривичног или другог кажњивог дела, заштитник грађана има овлашћење да поднесе захтев или пријаву за покретање кривичног, прекршајног или другог одговарајућег поступка (чл. 20. ст. 2. ЗЗГ). Законом о заштитнику грађана је такође регулисан и сам поступак (чл. 24. и 25). Право да поднесе притужбу Заштитнику грађана има свако физичко или правно, домаће или страног лица које сматра да су му актом, радњом или нечињеним органа управе повређена права, али је пре подношења притужбе подносилац дужан да покуша да заштити своја права у одговарајућем поступку (чл. 25. ст. 1. и 3. ЗЗГ). Заштитник грађана неће поступати по притужби и неће покренути поступак све док не буду исцрпљена сва правна средства, осим ако би подносиоцу притужбе била нанета ненадокнадива штета или ако се притужба односи на повреду принципа добре управе, посебно некоректан однос органа управе према подносиоцу притужбе, неблаговремен рад или друга кршења правила етичког понашања запослених у органима управе (члан 25. став 4. и 5. ЗЗГ). Ову законску одредбу донекле одликује непрецизност, али је, према схватању појединих аутора, треба тумачити тако да се притужба подноси када су исцрпљена правна средства у једном поступку (нпр. општи управни поступак) а да могућност да се води други поступак нпр. пред судом (као што је управни спор против коначног решења) не спречава субјекта права да притужбу поднесе Заштитнику грађана (Ђорђевић, С; Миленковић, Д, Вељовић, Д, 2011, *Студија – Капацитети и потенцијали институције локалног омбудсмана у Србији (са истраживањем)*, Београд, стр. 26).

латинске речи *discriminare* која значи одвајати односно правити разлику, а временом добија негативан контекст па се користи за означавање неоправданог разликовања. Постоји мноштво различитих термина којима се означава дискриминација, као на пример неједнак третман, неоправдано разликовање, прављење разлике с обзиром на лична својства, кршење начела једнакости, неједнако поступање, неповољан третман, обесправљивање, стављање у гори или неповољнији положај, неоправдано привилеговање, повлашћивање, стављање у бољи положај и слично¹⁰⁶. Дискриминација претпоставља ограничавање или ускраћивање права и слобода на основу личног својства¹⁰⁷, које може бити стварно или претпостављено. *Vandenhole* истиче да не постоји универзално прихваћене дефиниције дискриминације¹⁰⁸.

Дискриминација представља једну веома сложену правну појаву, поготово ако имамо у виду да није свако прављење разлике међу појединцима с обзиром на њихова лична својства забрањено, с обзиром да постоје одређене ситуације када је она оправдана¹⁰⁹, па чак и легална те стога не представљају основ за покретање судског поступка. Дакле, дискриминација у правном смислу представља неправедно односно неоправдано и неједнако поступање према појединцу или групи, а које се заснива на неком личном својству.

Према једној од дефиниција дискриминација представља третирање или разматрање о прављењу разлике у корист или против лица или ствари на основу групе, класе или категорије којој то лице или ствар припада, а на основу индивидуалних заслуга¹¹⁰. Друго схватање појма дискриминације полази од моралног концепта дискриминације, који се примењује на радње, праксе и политике које задовољавају два услова, а то су да оне погрешно намећу релативно ограничавање или искључивање особе на основу њене припадности некој уочљивој

¹⁰⁶ Гајин, С, 2010, *Појам, облици и случајеви дискриминације*, у Антидискриминациони закони – водич, Центар за унапређивање правних студија, Београд, стр. 9.

¹⁰⁷ Гајин, С, 2012а, стр. 194.

¹⁰⁸ Vandenhole, W, 2005, *Non-discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Interesentia, Antwerpen, pp. 33.

¹⁰⁹ Петрушић, Н, Бекер, К, 2012, *Практикум за заштиту од дискриминације*, Београд, стр. 16.

¹¹⁰ Дефиниција преузета са интернет странице правних дефиниција и појмова <http://definitions.uslegal.com/d/discrimination/>, 10. 07.2015.

друштвеној групи, и то да погрешност лежи у чињеници да наметање ограничавања иде на рачун групе којој жртва припада¹¹¹.

Питање шта је заправо дискриминација поставља и ауторка *Witcher*, која сматра да специфична улога дискриминације у проузроковању штете захтева појашњење односно да је важно да разграничимо дискриминацију од већег феномена штете односно неповољности, који се може видети у обрасцима родне и расне неједнакости¹¹². Аутор *Thompson* истиче да се дискриминација најнеутралније може дефинисати као питање идентификовања разлика¹¹³. Једна од наизглед неколико генеричких дефиниција дискриминације је означава као процес или низ процеса којим се људи распоређују одређеним друштвеним категоријама са неједнаком расподелом права, ресурса, могућности и моћи и то је процес кроз који су одређене групе и појединци у неповољном положају и угњетавани¹¹⁴. Међутим, нејасно је да ли је намера да се дискриминација одреди као нешто што доживљавају одређене друштвене категорије или она представља сам процес распоређивања људи у те категорије, процес који је означен као дискриминативан, јер то указује да је разлог за угњетавање и неповољан положај приписив томе да ли је и како лични идентитет признат и категорисан¹¹⁵. Идеја да нека особа јесте или јединствена индивидуа или припадник једне или више друштвене категорије јасно представља лажну дихотомију, јер свако од нас је и једно и друго¹¹⁶.

Начело једнакости представља општи принцип уживања и остваривања свих људских права и заправо је инкорпорирано у свако људско право тиме што говори да су сви људи једнаки. Цео систем људских права се темељи управо на овом фундаменталном принципу. Основни услов за пуно остварење начела једнакости јесте владавина права, правна сигурност и једнака примена права на све¹¹⁷. И француска Декларација права човека и грађанина и америчка Декларација о независности прокламују одређене гаранције људских права и инкорпорирано је

¹¹¹Више о томе: <http://plato.stanford.edu/entries/discrimination/#ConDis>, 20.12.2015.

¹¹² *Witcher, S, 2013, Inclusive Equality – A vision for social justice*, Bristol, Policy Press, pp. 97.

¹¹³ *Thompson, N, 1998, Promoting Equality: Challenging Discrimination and Oppression in the Human Services*, Macmillan, pp. 9.

¹¹⁴ *Thompson, N, 1998, pp. 78.*

¹¹⁵ *Witcher, S, 2013, pp. 98, 99.*

¹¹⁶ *Witcher, S, 2013, pp. 113.*

¹¹⁷ *Поповић, Н, 2002, Људска права: норме и вредности у Култура људских права*, Београд, стр. 22.

начело једнакости. У француској Декларације се говори о једнакости у правном смислу, у смислу равноправности свих људи. С обзиром на то да једнакост представља камен темељац свих демократских држава и да је сама универзалност људских права базирана на премиси да су сви људи рођени „слободни и једнаки у достојанству и правима”, *Smith* истиче да је забрана дискриминације приликом уживања ових права неизбежна¹¹⁸.

Имајући у виду да данас практично сваки инструмент о људским правима садржи и одредбу о забрани дискриминације, а самим тим и неизбежност имплементирања таквих одредаба, могући су разни облици регулисања. Овај принцип се у бројним међународним документима наводи као индивидуално људско право на третман без икакве разлике, искључивања, ограничавања или давања првенства одређеним карактеристикама групе и чини основу свих заштита људских права које су пружене појединцима и наглашава се да појединци имају људска права само зато што су људска бића и ни из једног другог разлога¹¹⁹. Тако на пример, *Smith* запажа да поједини инструменти садрже општу забрану дискриминације, док други ограничавају ову забрану у мери која је потребна да би се осигурало једнако уживање права и слобода¹²⁰. Према овој ауторки, дискриминација се фокусира на негативне аспекте једнакости или на неједнакости могућности и неједнакости третмана¹²¹. *Khan* и *Rahman* су такође схватања да је принцип забране дискриминације у извесној мери последица принципа једнакости односно представља негативно испољавање принципа једнакости¹²². Они истичу да су једнакост и забрана дискриминације сами по себи спорни појмови који садрже велику неизвесност у вези са њиховим прецизним обимом и садржином, као и да не постоји дефиниција једнакости и дискриминације која је универзално прихваћена. Међутим, према *Moeckli*, појмови једнакости и забрана дискриминације су често употребљавани наизменично и описивани као позитивно или негативно исказивање

¹¹⁸ Smith, R, 2014, *Textbook on International Human Rights*, 6th edition, Oxford, Oxford University Press, pp. 194.

¹¹⁹ Doebbler, C. F. J, 2007, *Principle of Non-Discrimination in International Law*, Washington, CD Publishing, 2007, pp. 3.

¹²⁰ Smith, R, 2014.

¹²¹ Smith, R, 2014.

¹²² Khan, B. U, Rahman, M. M., 2012, *Protection of Minorities: Regimes, Norms and Issues in South Asia*, Cambridge Scholars Publishing, pp. 48.

истог принципа, међутим последњих година већи је нагласак на позитивној формулацији¹²³. Он истиче да овај терминолошки помак наглашава да једнакост у себи не садржи само негативну обавезу да се не дискриминише, него и обавезу да се распознају разлике између људи и да предузме позитивна акција како би се остварила права једнакост¹²⁴.

Принцип забране дискриминације, према *Doebbler*, у суштини значи да људска права сваког појединца морају бити подједнако поштована и уједињује сва људска права обезбеђујући да она важе за све особе без неоправданих изузетака¹²⁵. Међутим, *Doebbler* истиче да овај принцип не забрањује све облике дискриминације, али ставља терет на државу да оправда било који облик дискриминације према појединцу који је припадник одређене, углавном мањинске, групе, као и да обезбеди и осигура да су сви појединци једнаки пред законом, да уживају једнаку правну заштиту и да се третирају подједнако од стране друштва у целини¹²⁶. Иако ово не значи апсолутну једнакост, он објашњава да се од државе ипак захтева да се обезбеди општи степен једнакости за све појединце. Данас већина случајева дискриминације, примећује *Doebbler*, не укључује поступање државе или пропуштање државе да поступи на начин на који би отворено кршиле принцип забране дискриминације¹²⁷. Међутим, он наводи и да је уобичајено да државе не успевају да поступе и делују како би спречиле дискриминацију од стране приватних актера или исправиле дискриминацију која се дешава, иако није директно изазвана од стране државе¹²⁸. То се дешава управо због тога што људска права не обавезују недржавне, приватне актере, док уставне гаранције делују вертикално када је у питању однос између појединца и државе, а не хоризонтално између самих појединаца.

Принцип забране дискриминације је уско повезан за принципом једнакости, а који представља циљ принципа забране дискриминације и који се односи на широко право сваког појединца да буду третирани на исти начин и да им се пруже

¹²³ Moeckli, D, 2014, *Equality and Non-discrimination in International Human Rights Law*, 2nd edition, eds. Moeckli, D, Shah, S, Sivakumaran, S, Oxford University Press, pp. 158.

¹²⁴ Moeckli, D, 2014.

¹²⁵ Doebbler, C. F. J, 2007, pp. 1.

¹²⁶ Doebbler, C. F. J, 2007, pp. 1, 3.

¹²⁷ Doebbler, C. F. J, 2007, pp. 12.

¹²⁸ Doebbler, C. F. J, 2007.

исте могућности у друштву¹²⁹. Интер-амерички суд за људска права је препознао основно обележје принципа једнакости истичући да:

„Појам једнакости извире директно из јединства људског рода и повезан је са достојанством појединца. Овај принцип не може да се помири са тим да одређена група има право на привилегован третман због њене супериорности и једнако је непомирљиво са тим да се група окарактерише као инфериорна и да се третира непријатељски или на неки други начин да је изложена дискриминацији приликом уживања права која су пружена другима који нису тако класификовани. Недопустиво је да су људска бића изложена разликама у третману које нису у складу са њиховим јединственим и истоврсним карактеристикама”¹³⁰.

Реч „дискриминација” може да има два различита значења, прво које изражава уобичајену безазлену активност прављења избора у свакодневном животу, када нпр. причамо о дискриминишућим потрошачима када је у питању храна или уметност и то у смислу да доносимо критичке судове о томе, међутим, то није смисао ове речи у правном смислу, јер право се бави дискриминацијом само када је на неки начин опште прихваћено као неприхватљиво¹³¹. Према томе, друго значење се односи на ситуације када дискриминација постаје „морално неприхватљива” када има облик да се особа третира неповољније у односу на неке друге на основу чињенице која је „морално неважна”¹³². Критично питање о којем правни систем мора одлучити јесте када се чињеница сматра морално неважном, а правни системи често покушавају да класификују или да наброје чињенице које су морално неважне у одговарајући контекст¹³³. Данас постоји, како наводе *Ellis* и *Watson*, нека врста консензуса да су многе чињенице које су изван контроле појединца, као што су пол, раса и инвалидност, уопштено говорећи морално неважни основи за неповољније третирање људи у областима као што су

¹²⁹ Doebbler, C. F. J, 2007, pp. 4.

¹³⁰ Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, IACtHR Advisory Opinion No. OC4/84, Ser. A. No. 4, para. 55, 19 January 1984.

¹³¹ Ellis, E, Watson, P, 2012, *EU Anti-Discrimination Law*, 2nd edition, Oxford, Oxford University Press, pp. 2.

¹³² Feldman, D, 2002, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2002, 135-139.

¹³³ Ellis, E, Watson, P, 2012, pp. 2, 3.

образовање или на радном месту¹³⁴. Контрола, међутим, није непроменљив кључ приликом одлучивања овог питања, јер старост иако је изван контроле често може да се сматра морално важном за обављање посла (петогодишњак не може бити најбоља особа за пилота), а правни систем који забрањује дискриминацију мора бити свестан много различитих начина на који се дискриминација манифестује¹³⁵. Уопштено, забрана дискриминације одражава принцип да нико не би требао да буде изложен неправедном или мање повољном третману због личних карактеристика које у датом контексту нису од важности¹³⁶.

Професор *Гајин* право на једнакост схвата као особено правно јемство слободе појединца, имајући у виду да уживање тог права претпоставља једнаке гаранције свих осталих права и слобода односно правом признату могућност њиховог уживања и заштите, а без обзира на лично својство појединца¹³⁷. Овакво тумачење начела једнакост је свакако смислено, јер начело једнакости је уско повезано са слободом појединца, а повреда начела једнакости доводи нужно и до повреде слободе појединца. Професор *Живојин Перић* је истицао да су људи само законски, али не и фактички изједначени односно да фактички представљају неједнаке силе што је довело до борбе међу појединцима тако да су они јачи себи обезбедили бољи материјални положај, што није могло да не утиче и остави последице и на правну једнакост¹³⁸. Према овом аутору последица се огледа у томе да је богатији сталеж на тај начин могао да издејствује доношење закона који му дају повлашћенији положај у односу на сиромашнији сталеж, као и што припадници материјално богатије класе могу, а често у томе и успевају, да својим везама, богатством и утицајем у друштву избегне да се правни пропис односи и примени на њих. Овакав концепт нарушава и начело слободе, јер се они слабији и сиромашнији налазе у положају зависности у односу на богатије, а без једнакости нема ни слободе¹³⁹. Иако је прошло непуних сто година од када је публикован став професора Перића о начелу једнакости, готово се ништа није променило, чак је

¹³⁴ Ellis, E, Watson, P, 2012, pp. 3.

¹³⁵ Ellis, E, Watson, P, 2012.

¹³⁶ Khan, B. U, Rahman, M. M., 2012, pp. 48.

¹³⁷ Гајин, С, 2012а, стр. 186.

¹³⁸ Перић М, Ж, 1921, *О школама у праву*, Београд, стр. 6.

¹³⁹ Перић М, Ж, 1921.

попримило и облике флагрантних кршења начела једнакости без озбиљних последица. Имајући у виду висок степен корупције који је заступљен у српском друштву, па и међу правосудним органима, морам се сложити са њим да су људи једнаки само на папиру а фактички потпуно неједнаки, поготово у времену када су материјалне разлике између богатих и сиромашних превелике и када средњи сталез одумире и нестаје, те да је начело једнакости заправо један теоријски морално-правни идеал којем свакако треба тежити у што већој мери и од којег не треба одустајати.

Исто тако и професор *Водинелић* истиче да је једнакост субјеката у грађанскоправним односима, која је установљена грађанскоправном нормом, само правна, формална, јер свхра те норме и није да субјекти постану фактички једнаки, нити је то у бити могуће, али оно што јесте сврха норме је да субјекте правно изједначи и да фактичке разлике међу њима постану небитне у одређеном правном односу и да на њега не утичу, а тиме се они правно доводе у равноправан положај¹⁴⁰. Тако и аутори *Pojman* и *Westmorland* истичу да осим код апрстактних идеја, као што су бројеви, не постоји чиста једнакост односно једнакост *per se*, да су два објекта увек различита на овај или онај начин (чак су и две пинг понг лоптице направљене од различитих делова пластике и налазе се на различитим местима) и да две ствари, ако су једнаке, једнаке су с обзиром на одређено својства или својства (два дрвета су једнаке висине итд), тако да изјаве о једнакости морају увек одговорити на питање шта је једнако¹⁴¹.

За правника је фактичка једнакост ирелевантна, док оно што јесте значајно је постизање правне једнакости, неселективне примене начела једнакости пред законом и остваривање начела једнаког третмана без обзира на лична својства. Начело правне једнакости странака се, према *Водинелићу*, заправо тиче њиховог узајамног односа, док се начело једнакости пред законом тиче односа према закону, да он важи једнако за све и да међу њима не прави разлику с обзиром на њихова лична својства. Међутим, у грађанском праву постоје одступања од начела правне једнакости, тако што у појединим грађанскоправним односима једна страна има

¹⁴⁰Водинелић, В, 1991, *Грађанско право – уводне теме*, Београд, стр. 63.

¹⁴¹Williams, В, 1997, *The Idea of Equality*, in *Pojman P, L. and Westmoreland, R. (eds), Equality: Selected Readings*, Oxford University Press, New York, pp. 2.

надмоћ и власт над другом, јер јој грађанскоправна норма даје овлашћење да другој страни наређује или једнострано одређује модел понашања или пак да своју вољу спроведе без обзира на противљење друге стране (нпр. однос родитеља и детета), док је сврха норме у таквим случајевима да одреди границе до којих једнострано спровођење воље или издавање наредби може да иде¹⁴². Овим је направљена дистинкција и разграничење између начела правне једнакости и једнакости пред законом. Са друге стране, једнак третман појединаца посматрано са тачке гледиште датог правног правила не значи ништа друго до третирање тих појединаца у складу са тим правним правилом без обзира на његову садржину¹⁴³. Једнакост пред законом у смислу једнакости приликом примене правних правила јесте замена за нешто друго односно за тврдњу да би важећа правила требала да се спроведе и примењују у највећој могућој мери и што потпуније у складу са наведеном садржином норме¹⁴⁴.

Једна од карактеристика анти-дискриминативног права која захтева морално објашњење, према *Shin*, јесте да правни појам дискриминације има нарочито танак, формални карактер који му омогућава да покрије морално разноврсни спектар деловања и радњи¹⁴⁵. Он сматра да постоје два аспекта овог формалног карактера. Први аспект је да све док једна радња, укључујући у неким случајевима и њене последице, може да се опише да је била заснована на једном од набројаних фактора, она ће се на први поглед сматрати дискриминацијом, без обзира на то како је недопуштено разматрање могло проузроковати ту радњу. Правни концепт је формалан и у другом смислу, а то је да често може да буде неосетљив на моралне ставове онога ко врши радњу. Техничка структура правног концепта дискриминације је, како *Shin* објашњава, слабо формална у смислу да састоји само од везе између радње и једног од набројаних фактора. Овај аутор набраја које све радње спадају и могу се сматрати дискриминацијом. Па тако, дискриминација укључује: а) радње које су субјективно мотивисане непријатељским односом према

¹⁴²Водинелић, В, 2012, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, стр. 40.

¹⁴³Sadurski, W, 2008, *Equality and Legitimacy*, Oxford University Press, pp.96.

¹⁴⁴Sadurski, W, 2008.

¹⁴⁵ Shin, P, 2013, Is There a Unitary Concept of Discrimination in Hellman, D. and Moreau, C. (eds.), 2013, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 172.

појединцу због једног од набројаних основа; б) радње засноване на неразумном закључивању о квалитетима појединца, а који се заснива на томе да појединац има одређену набројану карактеристику; в) радње које одражавају неразумно уверење да појединци који имају одређену набројану карактеристику треба да се понашају у својству поседовања те карактеристике; г) радње засноване на статистички „рационалним” уверењима о понашању које може да се предвиди због тога што појединац поседује одређену набројану карактеристику; д) радње које имају значајно различите последице засноване на једном од набројаних фактора и њ) неуспех да се обезбеди афирмативна помоћ одређеним појединцима који поседују одређену набројану карактеристику¹⁴⁶. Централни морални проблем у вези са дискриминацијом под а) јесте да се подразумева да појединци који припадају нефаворизованим групама нису вредни и достојни тога да буду третирани на начин који би извршилац могао разумно да оправда, да су они изван моралног интереса и да је било какво разматрање њихових интереса подлеже личним приоритетима извршиоца¹⁴⁷. Стога, *Shin* сматра да оваква врста деловања изражава неједнако поштовање појединца у смислу разликовања група и класификација и због тога вређа идеал моралне једнакости особа, док су такве радње морално осуђујуће јер крше супстантиван принцип једнаког третмана. Радње сврстане под б) и в) су базиране на стереотипима, док се у радње под г) сврставају они случајеви у којима дискриминатор посматра набројане основе као врсту сурогата или замене за неку узајамно повезану особину која није набројана¹⁴⁸. Код радњи сврстаних под д) узимање у обзир набројане карактеристике не игра никакву улогу у мотивима и начелима деловања дискриминатора¹⁴⁹.

Морални проблем код оваквог типа деловања, објашњава *Shin*, није у вези са субјективним мотивима дискриминатора, већ са објективном оправданошћу радњи, чак и оних које имају бенигне мотиве, а које стварају различите утицаје узајамно повезане са набројаним основима. Појам различитог утицаја показује да правни концепт дискриминације испољава моралну забринутост не само код радњи са

¹⁴⁶ *Shin*, P, 2013.

¹⁴⁷ *Shin*, P, 2013, pp. 173.

¹⁴⁸ *Shin*, P, 2013, pp. 173, 175.

¹⁴⁹ *Shin*, P, 2013, pp. 177.

осуђујућим мотивима или које су засноване на осуђујућим уверењима, него и код наизглед неутралних радњи чије последице појачавају или су у паралели са историјским обрасцима неједнакости, барем када такве радње немају адекватно оправдање¹⁵⁰. Радње под њ) се односе на радње усмерене на особе са инвалидитетом приликом запошљавања, а које нису засноване ни на мотивима нити оправданошћу у смислу различитих последица, него у неуспеху послодавца да направи или прихвати разумне услове за квалификовану особу са инвалидитетом како би испунио захтеве и услове за слободно радно место¹⁵¹. Код правног појма дискриминације се, наглашава *Shin*, више ради о институционалном оправдању него о моралности радњи појединца¹⁵².

Дискриминацију као појаву карактерише једнодимензионалност у смислу да онај који врши дискриминацију односно дискриминатор посматра лице које дискриминише односно дискриминисаног само у једном сегменту и своди човека на само једну димензију и на само једно лично својство као суштинско и најважније¹⁵³. Свака индивидуа се састоји од низа личних својстава и као таква чини једну целину, једног човека који је потпун. При чину дискриминације, једно лице се своди и ограничава на само једно екстраховано, издвојено својство које се изузима од целине и целокупног бића и при чему се у потпуности игнорише целокупна личност човека у свим његовим аспектима¹⁵⁴. Човека треба посматрати као целину и свако својство узимати у обзир као скуп свих својстава који га чине ако желимо да имамо јасну и комплетну слику о том лицу. Једно од кључних обележја дискриминације јесте маргинализација праћена систематским обесправљивањем друштвених група или појединаца¹⁵⁵.

У многим контекстима реч дискриминација аутоматски има значење негативне процене одговарајућег поступка или праксе¹⁵⁶. Код било којег понашања

¹⁵⁰ Shin, P, 2013.

¹⁵¹ Shin, P, 2013, pp. 177, 178.

¹⁵² Shin, P, 2013, pp. 179.

¹⁵³ Водинелић, В, 2008, Грађанскоправна заштита од дискриминације, *Херетикус – часопис за преиспитивање прошлости*, 3-4, Вол. VI, стр. 22.

¹⁵⁴ Гајин, С, 2010, стр.14.

¹⁵⁵ Петровић, В, 2008, Повратак у историју – проучавање дискриминације у српској историографији, *Херетикус, часопис за преиспитивање прошлости*, 3-4, Вол. VI, стр. 349.

¹⁵⁶ Lippert-Rasmussen, K, 2006, The Badness of Discrimination, *Ethical Theory and Moral Practice*, 9, pp. 167.

које се квалификује као дискриминација услед неповољног третмана у једном аспекту, постоје можда и други аспекти у којима дискриминатор третира дискриминисано лице једнако са осталима¹⁵⁷.

Међутим, не представљају све врсте дискриминације кршење закона и правних прописа којима се забрањује дискриминација, а управо се у томе разликује појам дискриминације као појава од правног појма и значења дискриминације. За сам чин дискриминације питање намере није правно релевантно, јер одређено понашање се квалификује као дискриминаторно чак иако онај који је дискриминацију извршио (дискриминатор) није имао намеру да такво понашање испољи или када оно није ни било његов циљ¹⁵⁸.

Ellis и *Watson* наводе да право не може да ограничи забрану дискриминације на свесне или намерне радње засноване на предрасудама, јер оне сигурно нису једини начин на који настаје неповољност која почива на дискриминацији, а много случајева дискриминације јесте резултат традиционалних и неспорних начина на којима је друштво уређено и начина на основу којих оно функционише у пракси¹⁵⁹. Ако је морални основ закона који забрањује дискриминацију тај да постоји основно људско право да се буде третиран на исти начин као и друга људска бића, онда је, према *Holmes*, логично да циљ мора бити да се створи материјална једнакост¹⁶⁰. Није суштина, а ни сврха права и правних аката да створи материјалну једнакост свих људи, нити је то могуће, нити се то очекује, али оно што јесте суштински важно је да се обезбеди једнакост могућности и третирања упркос разликама, које су изван човекове контроле и утицаја.

Ту се поставља питање и предмет је академске и научне расправе која је граница докле је исправно да право може да иде зарад успостављања и обезбеђивања пуне једнакости. За постизање једнакости, како истичу *Ellis* и *Watson*, није довољно да се захтевају исти услови за све људе, било мушкарце или жене, било црнце или белце, због тога што су у пракси поједини делови заједнице

¹⁵⁷ Lippert-Rasmussen, K, Discrimination and Equality, in Marmor, A. (ed.), 2012, *The Routledge Companion to the Philosophy of Law*, Routledge, pp. 569.

¹⁵⁸ Петрушић, Н, Бекер, К, 2012, стр. 17.

¹⁵⁹ Ellis, E, Watson, P, 2012.

¹⁶⁰ Holmes, C. F, 2005, Anti-Discrimination Rights Without Equality, *MLR (Modern Law Review)*, 68, pp. 175.

кроз историју били толико неповољније третирани да не би били у могућности ни да се такмиче у трци¹⁶¹. Ове ауторке указују да постоји и један већи проблем при одлучивању у којој мери једнакост обухвата поштовање мањина и захтева признавање различитости, за разлику од идентитета третмана. С једне стране постоји формална једнакост која се огледа у Аристотеловом постулату да слични случајеви треба да се третирају слично, а различити случајеви различито, осим ако постоји објективан разлог да се не поступи тако (нпр. две особе са истим квалификацијама и искуством треба да буду исто плаћене, без обзира на различитости које могу да поседују)¹⁶². Ово се често односи на принцип „заслуге” и ове две ауторке сматрају да би појединци требали да буду награђени према својим заслугама, а не према стереотипним претпоставкама о њима на основу групе којој припадају. Овај принцип је наизглед једноставан, али поставља се питање како ће се проценити да су нпр. квалификације и искуство два појединца идентичне и на које тачно ситуације и одлуке се овај принцип може применити¹⁶³.

Како *Nussbaum* запажа да се једнакост и једнако поштовање не могу остварити или дуго опстати без могућности да се замисли ситуација особе која припада другачијој друштвеној групи и процени са становишта те особе¹⁶⁴, тако ја сматрам да се и случајеви дискриминације не могу посматрати изоловано и издвојено, већ би судије требало да, како *Nussbaum* каже, покушају да буду и делују пре свега као људска бића која теже да разумеју питања и проблеме у оквиру историјских и културних околности и да покушају да разумеју људске циљеве и интересе¹⁶⁵. Дакле, да би се суштина случајева дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета могли схватити, ситуација и проблем се морају сагледати из угла особе која такву дискриминацију трпи и практично се поставити у њихову ситуацију

Дискриминација на основу било којег основа којем је гарантована заштита значи ускраћивање, лишавање, ограничавање загарантованог права одређеном

¹⁶¹ Ellis, E, Watson, P, 2012, pp. 4.

¹⁶² Ellis, E, Watson, P, 2012, pp. 5.

¹⁶³ Ellis, E, Watson, P, 2012.

¹⁶⁴ Nussbaum, M. C, 2010, *From Disgust To Humanity, Sexual Orientation and Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 47.

¹⁶⁵ Nussbaum, M. C, 2010, Preface, pp xxi, 80.

појединцу или групи, а само због постојања тог основа, без обзира да ли неким другим појединцима или групама нису та права ускраћена, дакле другачији третман се односи на само ограничавање, ускраћивање односно лишавања права, без обзира на упоређивање и доказивање другачијег односно повлашћеног третмана других. Довољна је чињеница да је појединац неоправдано третиран неповољно због неког заштићеног антидискриминативног основа и да је због тога претпео негативну последицу.

2.2. Разлике у појмовном схватању дискриминације у правном систему САД и ЕУ

Разлике у појмовном одређењу дискриминације се темеље и на припадности различитим правним системима. Ниаме, ако посматрамо антидискриминационо право, оно се различито нормира у свакој држави, међутим, решења у државама које припадају европско-континенталном правном систему су мање више слична, поготово у оквиру Европске уније имајући у виду тежњу за хармонизацијом права држава чланица, као и држава које то претендују да постану. Највеће разлике се, стога, могу приметити између правног система САД-а и ЕУ.

Када говоримо о разликама у области забране дискриминације између европског и америчког права, *De Burca* наводи да постоје три специфичне врсте објашњења за различите путање европског и америчког антидискриминативног права, а прво могуће објашњење јесте културолошко и идеолошко¹⁶⁶. Наиме, она објашњава да се, с једне стране, уставни и политички систем САД-а, као и култура у којој је укоренен и који је створила, конвенционално сматра као систем који привилегује идеју индивидуалне слободе и који радије види примарну улогу државе у обезбеђивању услова за индивидуалном тежњом за слободом него у промовисању и подржавању било каквих одређених концепција добробити или једнакости¹⁶⁷. Међутим, са друге стране, Европски континент, као транснационални политички систем, шире посматрано, прихвата идеју да је главни аспект

¹⁶⁶ Burca, G. De, 2012, The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law, *The American Journal of Comparative Law*, 60 (1), pp. 5.

¹⁶⁷ Burca, G. De, 2012.

одговорности државе пружање и промовисање социјалног благостања народа¹⁶⁸. Друго могуће објашњење, како ауторка наводи, односи се на природу политичких и институционалних система. Сједињене Америчке Државе имају поларизован политички систем и оштре идеолошке поделе неретко доводе до застоја вези са социјалним програмима и политикама, укључујући афирмативну акцију и друге анти-дискриминативне програме¹⁶⁹. Политички систем Европске уније је, објашњава *de Burca*, много више дифузнији, као и веома технократски и деполитизован у важним областима. С обзиром на то да је већи део из области анти-дискриминативног права усвојен протеклих година од стране европских држава већ предвиђен законодавством ЕУ, може се рећи да консензус политике ЕУ и недостатак оштрих политичких подела на нивоу ЕУ помаже да се објасни глатко доношење и ширење анти-дискриминативног права у Европи¹⁷⁰.

Међутим, како у области анти-дискриминативног права доминирају директиве ЕУ, оне морају бити усвојене од стране националних законодавстава или имплементирани на неки други начин, тако да, према њеном мишљењу, тешко може да се тврди да национални политички системи у оквиру ЕУ функционишу на консенсуалан или деполитизован начин. Напротив, снажни конфликти када се ради о питањима расе, религије, имиграције и мултикултурализма доминирају у многим европским земљама. Треће могуће објашњење је пре свега временско односно може бити да оно сто се у почетку чини као оштра разлика између САД-а и ЕУ у тренутном стању анти-дискриминативног права и политике може да се објасни у великој мери чињеницом да су САД неколико деценија испред ЕУ по овом питању¹⁷¹. Другим речима, Европа још није искусила снажне друштвене и политичке негативне реакције које вероватно очекују амбициозан програм анти-дискриминативног права и политике, поготово у време економске кризе. Међутим чак и кад се анти-дискриминативно право ЕУ формално имплементира од стране

¹⁶⁸ Burca, G. De, 2012.

¹⁶⁹ Burca, G. De, 2012, pp. 6, 7.

¹⁷⁰ Burca, G. De, 2012, pp. 7.

¹⁷¹ Burca, G. De, 2012, pp. 7, 8.

држава чланица, оно нужно не резултира значајном променом било у политици било у пракси¹⁷².

Bell истиче да су потези судова у ЕУ и САД до сада више имали тенденцију да усвоје фиксни родни идентитет, него што су настојали да заштите од дискриминације на основу родне неусаглашености и није постојао политички моменат у обе јурисдикције како би се увела законодавна заштита за трансродне особе¹⁷³. Он такође наглашава да судови у САД и ЕУ нису одиграли значајну улогу у области дискриминације на основу сексуалне оријентације и да се већина прогресивних реформи по овом питању десила кроз законодавне иницијативе¹⁷⁴.

Постоје и одређене разлике и када се ради о поступању судова када одлучује о дискриминацији, с обзиром да у америчком праву постоје одређени стандарди судског преиспитивања, а која у европско-континенталном праву нису позната. У америчком праву, све до средине 1970-их година, дискриминација на основу расе и националности је захтевала најстрожији стандард судског преиспитивања (*strict scrutiny*¹⁷⁵) под клаузулом о једнакој заштити, док су сви други основи дискриминације подвргнути уобичајеном стандарду судског преиспитивања, који судови примењују када разматрају уставна питања, укључујући питање једнаке заштите (*rational review*¹⁷⁶)¹⁷⁷. Примена овог уобичајеног стандарда код дискриминације на основу сексуалне оријентације не значи да је свака таква дискриминација уставна, па је тако у случају *Romer v.*

¹⁷² *Burca, G. De, 2012, pp. 8.*

¹⁷³ Више о томе: *Bell, M, 2012, Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways in EU Equality Law, The American Journal of Comparative Law, 60 (1), pp. 127-145.*

¹⁷⁴ *Bell, M, 2012, pp. 133.*

¹⁷⁵ Овај стандард користе судови у Сједињеним Америчким Државама и део је хијерархије стандарда које судови користе како би утврдили и одмерили интерес владе у односу на уставно право или начело. Судови користе овај стандард у два случаја: када је повређено основно уставно право (поготово оно које је на листи права у *Bill of rights* или оно право које суд сматра да представља основно право заштићено клаузулама 14. Амандмана или када се радње и акције владе односе на *suspect classification* односно на оне групе које садрже низ критеријума због којих је врло вероватно да ће бити изложени дискриминацији, нпр. на основу раде или националног порекла.

¹⁷⁶ Судови примењују овај стандард када теже да утврде да ли је закон разумно у вези са легитимним интересом владе, било реално или хипотетички и да ли је легитиман интерес идентификован од стране суда циљ којем заправо влада тежи. Виши стандарди преиспитивања су *strict scrutiny* и *intermediate scrutiny*.

¹⁷⁷ *McColgan, A, 2014, pp. 43.*

*Evans*¹⁷⁸ из 1996. године Врховни суд САД-а донео одлуку да дискриминација на основу сексуалне оријентације подлеже под овај стандард преиспитивања, као и да је амандман на Устав државе Колорадо којим се забрањује било каква законодавна, извршна или судска акција како би се признали гејеви и лезбејке као заштићена категорија у сврху антидискриминативног законодавства прекршио клаузулу о једнакој заштити 14. Амандмана Устава САД¹⁷⁹. Већина у суду је сматрала да амандман намеће посебну врсту неповољног положаја у односу на такве особе, јер је хомосексуалцима ускраћена заштита коју други уживају или могу да захтевају без ограничења, као и да недостаје рационална веза са легитимним државним интересима¹⁸⁰. Проблем који се јавља код приступа америчких судова основима који нису заштићени вишим стандардима преиспитивања (*strict or intermediate scrutiny*), запажа *McColgan*, је тај да се уобичајеним стандардом *rational review*, који спада у најниже стандарде у хијерархији, пружа оскудна заштита¹⁸¹. Она такође сматра да проблем који може да се јави код многих набројаних (и ненабројаних) основа који су заштићени јесте да је ниво те заштите слично смањен кроз број основа који су заштићени. Питање које се поставља у контексту САД-а је да су све категорије у принципу доведене у питање да ли основ у одређеном случају ужива право на повећан ниво заштите, док се листа основа који подлежу већој уставној заштити није променила још од средине 70-их година, међу којима недостаје старост, ментални поремећај и сексуална оријентација, међутим оно што остаје нејасно јесте на основу чега се пружа или одбија већа заштита¹⁸².

2.3. Појам једнакости у материјалном и формалном смислу

Сам појам дискриминације можемо да повежемо са принципом једнакости, као њеном супротношћу. Професор *Владимир Водинелић* наглашава да, правно

¹⁷⁸ *Romer v. Evans* 517 US 620 (1996), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/620/case.pdf>, 16.04.2016.

¹⁷⁹ *McColgan*, A, 2014, pp. 43.

¹⁸⁰ *McColgan*, A, 2014, pp. 43, 44.

¹⁸¹ *McColgan*, A, 2014, pp. 45.

¹⁸² *McColgan*, A, 2014, pp. 46.

посматрано, дискриминација представља повреду људског права на једнакост¹⁸³. Људско је право, тврди професор *Водинелић*, да се не буде подвргнут дискриминацији ни због једног свог личног својства без оправданог и разумног разлога, а чак и тада да не буде дискриминисан непропорционално том разлогу. Забрана дискриминације се често изражава кроз начело једнакости и равноправности, тако што се дефинише као повреда начела једнакости. У научној литератури у којој се аутори баве питањем начела једнакости најзаступљенија је подела на формалну (*formal concept of equality*) и фактичку једнакост (*substantive equality*). Начело једнакости се, према холандској ауторки *Wentholt*, обично описује као право да се слични случајеви третирају подједнако, што се често схвата као формална једнакост у контексту Аристотеловог схватања једнакости, док стварна, фактичка једнакост се схвата шире од тога и обухвата и право да се различити случајеви третирају различито, односно неједнак третман случајева због њихове инхерентне неједнакости¹⁸⁴. Она сматра да је правни концепт начела једнакости сужен на формалну компоненту, међутим формални концепт начела једнакости има и своје недостатке, с обзиром да су преференцијални третмани дозвољени, али се не захтевају (нпр. послодавац који нема политику афирмативне акције не поступа у супротности са правним начелом једнакости, али послодавац који има политику афирмативне акције поступа у супротности са овим начелом ако се не креће и не остане у границама закона). У праву се за оправдање за изузетке од стандарда једнаког третмана захтева тест пропорционалности, што значи да средства која се примењују да би се постигао циљ који је оправдан морају бити одговарајућа и неопходна за постизање тог циља¹⁸⁵. Међутим, поменута ауторка наглашава да спровођење и испитивање овог теста није увек исто, јер не постоји један и једини оквир којег се разни национални и међународни судови придржавају и на који се позивају приликом решавања и поступања у случајевима дискриминације. Када се примењује преференцијални третман, не узимају се у обзир карактеристике појединца већ карактеристике одређене групе којој припадају (припадници

¹⁸³Водинелић, В, 2008, стр. 23.

¹⁸⁴Wentholt, K, 1999, *Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality in Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Loenen, T. and Rodrigues, P. R. (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, Hague, pp. 53.

¹⁸⁵Wentholt, K, 1999.

националних мањина, жене, Роми итд)¹⁸⁶. *Wentholt* објашњава да код фактичког приступа начелу једнакости, преференцијални третман односно афирмативна акција не представља изузетак од дискриминације, већ представља саставни део начела једнакости и намеће успостављање једнакости као крајњи резултат. Начело једнакости које је својствено свим сувереним државама се изражава кроз чињеницу да су сви једнаки пред законом¹⁸⁷.

У неким правним системима, попут уставног права Сједињених Америчких Држава, идеја да једнакост заправо значи једнакост третмана представља полазну претпоставку, која се схвата да сви појединци треба да буду третирани једнако насупротив дискриминаторним ставовима или стереотипима о способностима или талентима група којима појединци припадају¹⁸⁸. Роналд Дворкин, наиме, прави разлику између права на једнаки третман, које представља право на подједнаку расподелу ресурса или прилика, шанси, и права на третман као према једнаким и равноправним, што би значило право да се буде третиран са истом бригом и поштовањем као и сви други чланови друштва, а које у појединим случајевима укључује право на једнак третман¹⁸⁹. Право на једнаке шансе и могућности не гарантује и једнак односно истоветан резултат, већ осигурава и обезбеђује да сви појединци имају једнак старт, једнако почетно место, не фаворизујући никога, без дискриминације, док је крајњи резултат ствар њихових способности, вештина, знања и сналажења. Дакле, сви појединци би требало да имају исте, једнаке шансе за успех и фер плеј борбу, а даље од њих самих зависи какав ће резултат бити, тако да различити резултат није у супротности са начелом једнакости јер су сви имали једнако полазиште.

Код питања једнакости и дискриминације, примењује се уобичајено правило: ситуација је дискриминативна или неједнака када се сличне ситуације третирају различито или када се различите ситуације третирају слично, међутим, *Smith* наглашава да за разлику од других аспеката људских права, примена *de jure*

¹⁸⁶Wentholt, K, 1999.

¹⁸⁷Барић, С, Винцан, С, 2013, Уставноправно начело једнакости и правно уређење истополних заједница, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 1, год. 50, стр. 87.

¹⁸⁸Sheppard, C, 1990, Equality in context: judicial approaches in Canada and the United States, *University of New Brunswick Law Journal*, 39, pp. 111-125, 113 цитирано према Барић, С, Винцан, С, 2013, pp. 88.

¹⁸⁹Dworkin, R, 1977, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, pp. 227 цитирано према Rabe, J, 2001, *Equality, Affirmative Action and Justice*, Books on Demand, Hamburg, pp. 39.

једнакости неће неминовно резултирати и довести до *de facto* једнакости¹⁹⁰. Појам једнакости као доследност третмана фокусира се више на процес него на резултат, па тако *Moeckli* сматра да је једнакост постигнута ако се појединци у упоредивој ситуацији третирају једнако, без обзира на исход¹⁹¹. Концепт забране дискриминације се, према овој ауторки, уобичајено утврђује само у односу на правна и политичка разматрања¹⁹². Међутим, данас, дискриминација се користи у пежоративном смислу за неправедно, неразумно, неоправдано и својевољно разликовање које се примењује на било који акт или радњу која појединцу оспорава једнакост третмана у односу на остале појединце само зато што припадају одређеној групи у друштву¹⁹³. Према *Sheinman*, дискриминација представља врсту неправде или неправедности¹⁹⁴. Ауторка *Holmes* је покушала да покаже да, као концептуално питање, антидискриминативна права нису норме о једнаком третману, јер не захтевају да се сви људи (можда у одређеној категорији) третирају једнако, с обзиром да оне дозвољавају различит третман, али забрањују различит третман само по неким основима¹⁹⁵.

Једнакост може да се формулише на различите начине, а одлука о томе који концепт једнакости користити, према *Moeckli*, није питање логике, него политичког избора, те у овом смислу, једнакост представља празну идеју, јер не одговара на питања ко су једнаки и шта чини једнак третман¹⁹⁶. Према њему, изазов је да се да суштина апстрактном појму једнакости кроз конкретне законске формулације којима би се разјаснило који облици неједнаког третмана су легитимни због заснованости на морално прихватљивим критеријумима, а који нису. Формална једнакост се односи на Аристотелову класичну максиму да једнаки морају да се третирају једнако или прецизније да се слични морају третирати слично¹⁹⁷.

¹⁹⁰ Smith, R, 2014, pp. 195.

¹⁹¹ Moeckli, D, 2014, pp. 158.

¹⁹² Smith, R, 2014, pp. 196.

¹⁹³ McKean, W. A, 1983, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, pp 10-11.

¹⁹⁴ Sheinman, H, 2013, *Two faces of discrimination in Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Hellman, D and Moreau, S. (eds.), Oxford, Oxford University Press, pp. 30.

¹⁹⁵ Holmes, E, March 2005, Anti-Discrimination Rights Without Equality, *Modern Law Review*, 68 (2), pp. 175.

¹⁹⁶ Moeckli, D, 2014, pp. 158.

¹⁹⁷ Moeckli, D, 2014.

Вредности на којима се темељи формална једнакост јесу либерални идеали државне неутралности и индивидуализма, односно идеја да држава не би требало да даје предност било којој групи и да људе треба третирати искључиво на основу њихових појединачних заслуга и без обзира на припадност групи¹⁹⁸.

Идеју једнакости прожима питање када се за два случаја може рећи да су слични, јер неизбежно је да закони и акти владе класификују људе у групе које се третирају другачије, а што је потпуно легитимно, јер је засновано на морално прихватљивим разлозима¹⁹⁹. Стога, поставља се питање које разлике у третирању су легитимне а које нису. С обзиром да се концепт једнакости не бави исходом, *Моекли* истиче да није битно да ли се две стране третирају једнако добро или једнако лоше, а недоследности у третману се могу показати само ако онај који се жали на такав третман може да пронађе особу у упоредивој ситуацији која је третирана повољније, а што у појединим ситуацијама може бити веома тешко изводљиво. Он још наводи и да заговорници концепта супстантивне, стварне једнакости признају да само формални концепт једнакости као правичност у поступању може заправо да очува постојеће обрасце дискриминације, али наглашава да постоје две варијанте стварне једнакости: једнакост могућности и једнакост резултата. Према једнакости у могућностима, *Моекли* истиче да се право једнакости може постићи ако се особе не само третирају једнако, него су им пружене и једнаке могућности, а захтева се да се уклоне препреке за напредак дискриминисаних група, међутим, оно нема за циљ да се постигне једнакост резултата, већ је нагласак на индивидуалним заслугама. Једнакост резултата, са друге стране, има за циљ да се постигне једнака расподела друштвених добара као што су образовање, запослење, здравствена заштита и политичка заступљеност, а признаје се да се уклањањем препрека не гарантује да ће дискриминисане групе заправо бити у могућности да искористе расположиве могућности²⁰⁰. Формална једнакост представља концептуални основ за захтеве једнакости пред законом и забране директне дискриминације, док концепт материјалне једнакости подржава

¹⁹⁸ Моекли, D, 2014, pp. 158, 159.

¹⁹⁹ Моекли, D, 2014, pp. 159.

²⁰⁰ Моекли, D, 2014.

забрану индиректне дискриминације²⁰¹. Мере афирмативне акције се могу оправдати на основу схватања стварне једнакости, док се ниједан правни систем не ослања само и искључиво на један приступ једнакости²⁰².

Током 20. века многе социјалистичке и комунистичке земље су имале за циљ постизање формалне једнакости, док се у западно-капиталистичком смислу једнакост често односи на једнакост могућности, а што значи да држава мора сваком појединцу да обезбеди једнаку шансу да учествује у друштву²⁰³. Ниједан од ових облика није постигнут и остварен у апсолутном смислу, а уместо тога државе теже једнакости тако што ће обезбедити једнаке могућности и помагати онима који су посебно рањиви, док једнакост у свом екстремном облику може обавезати државу да обезбеди једнак квалитет живота свим особама за које је одговорна²⁰⁴.

Према *Strand*, главни циљ правних инструмената који теже забрани дискриминације и једнакости јесте стварна, супстантивна једнакост, једнакост у пракси, за свако људско биће, а да су узрок дискриминације и неједнакости заправо хијерархије²⁰⁵. Принципи једнакости и забране дискриминације, наводи ова ауторка, стављају појединце у средиште, полазна тачка која се ослања на признање да сва људска бића, сви појединци имају право на иста права и слободе²⁰⁶. Норме о забрани дискриминације и једнакости и поготово начин на који се њима тежи постићи стварна једнакост, каже *Strand*, могу се посматрати као механизми заштите достојанства сваког људског бића на тај начин се ова два принципа могу сматрати деловима темеља слободе, правде и мира у свету. *Strand* истиче да друштво које је ствара и изграђено је на неједнакости и дискриминацији није друштво у којем људи мирно живе заједно, а да би се успоставила стварна једнакост, фокус мора бити на условима и ставовима који узрокују или одржавају дискриминацију и неједнакост, а друштво мора да прође кроз процес трансформације који омогућава да се укину

²⁰¹ Moeckli, D, 2014, pp. 160.

²⁰² Moeckli, D, 2014.

²⁰³ Doebbler, C. F. J, 2007, pp. 5.

²⁰⁴ Doebbler, C. F. J, 2007.

²⁰⁵ Strand, V. B, Non-discrimination and Equality as the Foundations of Peace, in Bailliet, C. M. and Mujezinovic Larsen, K. (eds.), 2015, *Promoting Peace Through International Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 229.

²⁰⁶ Strand, V. B, 2015, pp. 231.

хијерархије²⁰⁷. Морају се, такође, предузети активни кораци у борби против предрасуда и стереотипа, као и увести посебне привремене мере којима се настоји убрзати процес трансформације друштва, а како би се постигла стварна једнакост и мир, док цивилно друштво има централну улогу у борби за једнакост и отклањање дискриминације²⁰⁸.

Loenen примећује значајно проширење обима права на једнакост и забрану дискриминацију далеко од стриктно формалног према више материјалном појму права на једнакост, како у формулацији самих норми тако и приликом њихове примене²⁰⁹. *Loenen* говори о проширивању гледишта права на једнакост и као прво истиче да се број група које се користе правом на једнакост повећава, затим као други начин на који је обим права на једнакост и забрану дискриминације проширен се посматра у односу на проширивање одговорности државе за отклањање дискриминације²¹⁰. Као трећи начин она наводи појмовно, концептуално проширивање, с обзиром да постоји јасан развој од стриктно формалног ка више супстантивном схватању права на једнакост, како приликом формулација норми тако и приликом њихове примене. Ова ауторка даље истиче да се фокус премешта са једнакости у третману различитих група ка резултатима било каквог третмана на те особе односно групе, као и то да постоји две већа свест о томе да истински једнак третман може укључивати или чак захтева различит третман, те се преференцијални третман чини као један од легитимних облика за различит третман²¹¹.

McColgan, међутим, истиче да захтев да се слични случајеви третирају слично се често претвара у круто правило без изузетака не узимајући у обзир одређене личне карактеристике (нпр. расу или пол), а резултат оваквог правила може бити да се спречи да се усвоје мере које би могле да укину последице неповољног третмана у прошлости²¹². Ова ауторка радије даје предност

²⁰⁷ Strand, V. B, 2015, pp. 235, 236.

²⁰⁸ Strand, V. B, 2015, pp. 248.

²⁰⁹ Loenen, T, 2001, Towards a common standard of achievement? Developments in international equality law, *Acta Juridica*, p. 210.

²¹⁰ Loenen, T, 2001, pp. 209, 210.

²¹¹ Loenen, T, 2001, pp. 210, 211.

²¹² McColgan, A, 2014, *Discrimination, Equality and the Law*, Oxford, Hart Publishing, pp. 21.

материјалном него формалном приступу једнакости²¹³. Према *McColgan*, приступ дискриминацији који се заснива на основима типично захтева, као кључни елемент неправде, везу између наметања терета или лишавања бенефиција, с једне стране, и једне или више личних карактеристика појединца који се жали на дискриминацију²¹⁴. Неповољан, чак и различит, третман сам по себи није основ за жалбу, осим ако различито третирање није директно засновано на заштићеном основу или, у случајевима посредне дискриминације, је у вези са заштићеним основом²¹⁵. Овакавим приступом се тежи да се у пракси створе једнодимензионални подносиоци тужби који се идентификују с обзриом на једну карактеристику у сврху израде тужбе против дискриминације, док би обзирање на више од једне карактеристике угрозило шансе за успех у парници тако што би било теже убедити оне који испитују чињенице да је третман на који се подносилац жали био повезан са било којим једним или више одређених основа²¹⁶.

И формални и фактички концепт начела једнакости има своје позитивне и негативне стране. Ирска ауторка *Kimber* у свом раду на тему једнакости под називом *Equality or Self-determination* наводи које су то предности и мане ова два концепта начела једнакости²¹⁷. Дакле, позитивна страна формалног концепта се огледа у ефикасности и делотворности у борби против отворене и очигледне дискриминације и уклапа се у политички и правни оквир већине западних демократија. Недостаци овог концепта се огледају у нормативној неодређености, јер се гарантује доследност третмана, али не не придаје значај самој садржини тог третмана. Затим, формални концепт нам не даје одговор на питање ко је једнак, а ко није једнак, а који би служио у сврху примене овог концепта начела једнакости. Један од следећих недостатака је чињеница да се захтева поређење односно то да се цео концепт заправо ослања на поређење, што води томе да припадници непривилегованих група могу само да захтевају једнак третман какав привилеговане групе већ имају и то само у оном обиму у којем их уживају

²¹³ McColgan, A, 2014, pp. 36.

²¹⁴ McColgan, A, 2014, pp. 39.

²¹⁵ McColgan, A, 2014, pp. 59.

²¹⁶ McColgan, A, 2014, pp. 39.

²¹⁷ Kimber, J.M, C, 1996, *Equality or Self-determination*, Understanding Human Rights, London, Mansell Publishing, pp.268 према Mjöll Arnardóttir, O, 2003, *Equality and Non-discrimination under the European Convention of Human Rights*, Kluwer Law International, Hague, pp. 22.

припадници привилегованих група, иако потребе непривилеговане групе могу бити у потпуности другачије. Међутим, према схватању *Loenen*, оваква ситуација подразумева да различитости воде до искључивања, јер ако се не може пронаћи одговарајући компаратор или већ постојећи третман по којем би се упоређивало, формални приступ начелу једнакости подразумева да се стање социјално и економско неповољног положаја чак ни не квалификује као питање правне једнакости²¹⁸. Овим концептом се некритички прихватају преовлађујуће социјалне и политичке структуре²¹⁹, а поређење само по себи то захтева тако што чини да је преовлађујућа група у друштву мера свих ствари²²⁰. Ауторка *Kimber* сматра да се не посвећује пажња питању како стандарди доминантних група у друштву диктирају третман признат лицима која припадају другим групама²²¹. Са друге стране, код концепта фактичке једнакости признаје се да се мора поступати у складу са различитостима у циљу постизања стварне једнакости²²² и захтева се да се различитостима бави на одговарајући начин²²³. Поставља се питање који третман је потребан, а нормативна садржина одређује да је потребан онај третман који води стварној једнакости, тако да се целокупно питање приближава питању једнакости резултата којем се тежи²²⁴. Стављање фокуса на једнакост резултата отвара могућност за проузроковање индиректне дискриминације тако што различити резултати између група, без обзира на намеру, захтевају анализу једнакости и објективно оправдање²²⁵. Уопштено говорећи, овај приступ потврђује потребу да се одреагује на ефекте и последице дискриминације на неке групе људи које настављају да постоје упркос формалној једнакости²²⁶. Овај концепт начела једнакости одбацује концепт строгог индивидуализма према којем припадност

²¹⁸Loenen, T, 1994, Rethinking Sex Equality as a Human Right, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 12/3, pp. 253, 254 према Mjöll Arnardóttir, O, 2003, pp. 23.

²¹⁹Mjöll Arnardóttir, O, 2003, pp. 23.

²²⁰MacKinnon, C, 1989, *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge MA, Harvard University Press, pp. 220 према Mjöll Arnardóttir, O, 2003, pp. 23.

²²¹Kimber, J.M, C, 1996, pp.269-270 према Mjöll Arnardóttir, O, 2003, pp. 22.

²²²Mjöll Arnardóttir, O, 2003, pp. 24.

²²³Loenen, T, 1994, pp. 257 према Mjöll Arnardóttir, O, 2003, pp. 24.

²²⁴Kimber, J.M, C, 1996, pp.270-271 према Mjöll Arnardóttir, O, 2003, pp. 24.

²²⁵Loenen, T, 1999, *Indirect discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution*, pp. 199-201 in Loenen, T, Rodrigues R, Peter, 1999, *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, Hague, pp. 195 према Mjöll Arnardóttir, O, 2003, pp. 24.

²²⁶Mjöll Arnardóttir, O, 2003, pp. 25.

групи не игра никакву улогу и допушта се оправдање позитивних мера у циљу промовисања и постизања једнакости (афирмативна акција)²²⁷. Позитивне стране концепта фактичке једнакости, наводи Кимбер, огледају се у томе да није потребан одговарајући компаратор са којим би се поредило и идентификовало, као и то да третман који се захтева у складу са овим концептом начела једнакости није ограничен на третман који је већ признат другим групама²²⁸. Предност овог концепта је и у томе што је дозвољено да се афирмативна акција оправдава, а њене позитивне мере се не сматрају дискриминацијом, па се чак у одређеним околностима захтева од државе да такве позитивне мере усвоји или примени. Недостаци овог концепта начела једнакости, према *Kimber*, огледају се у томе што је и он нормативно неодређен када се ради о питању које различитости би требале бити оправдане и за које је потребно захтевати специјалан третман. Поставља се даље питање да ли се само биолошке или непроменљиве различитости узимају у обзир као и да ли се свака или било која различитост рачуна. Међутим, још увек постоји двосмисленост када се ради о садржини третмана који је у питању, с обзиром на то да се различитости могу тумачити као смислена и значајна основа за повољан специјалан третман у појединим аспектима, али и као основа за увредљиви специјални третман у неким другим аспектима²²⁹. Специјални третман, истиче *Kimber*, може да функционише као стигматизација група на које се третман односи и према томе долази до тога да се устаљује *status quo* у неједнаким ситуацијама, а постоји могућност да се устале и стереотипни погледи на групе које су другачије што заузврат може само да учврсти неповољности и недостатке. Разматрајући теоријска схватања начела једнакости, можемо закључити да начело једнакости ипак представља један недостижан идеал, чије значење и смисао имају мноштво различитих тумачења, имајући у виду и време и друштвене и политичке

²²⁷Mjöll Arnardóttir, O, 2003.

²²⁸Kimber, J.M, C,1996, pp. 271 према Mjöll Arnardóttir, O, 2003,pp. 25.

²²⁹Kimber, J. M, C, 1996, pp.272. Овај недостатак се не односи на правну двосмисленост. Пример за повољан специјалан третман се односи на заштитно законодавство којим ће се жене искључити из вршења одређених послова, док се као други пример наводи случај *Sears* из судске праксе САД у којем је утврђено да се недовољна заступљеност жена у боље плаћеним пословима у комисионој продаји оправдава аргументом да су жене генерално преферирале ниже плаћене, више сигурне и мање стресне послове у продаји.

прилике, те је у складу са тим тумачење овог начела и потребно сагледати и томе прилагодити.

2.4. Једнакост као слобода и једнакост као људско достојанство

Khaitan истиче да је поред демократије, владавине права и људских права, систем закона који регулишу и уређују дискриминацију постао кључ како неке државе себе дефинишу и управо ове карактеристике су постале ознаке за одређивање цивилизованог друштва, а да је тренутна дебата око значења и обима дискриминације, као и сврхе њеног регулисања у суштини правна, нормативна, а не логичка или лингвистичка²³⁰. Имплицитно признавање разлика између ова два модела лежи у идеји да право није конструисано од наших моралних веровања и схватања, али може, а понекад и треба, да та схватања преради и оплемени, што не значи да право и моралност морају да се преклапају, и добро је ако се не преклапају²³¹. Слажем се да би законодавац свакако требао да узме у обзир и морална схватања у одређеном друштву, али она не треба да буду ни водиља ни кочница приликом доношења закона, већ могу да буду нит која прожима поједине одредбе законског текста, међутим не на начин да друштво кроз правне норме због тога не напредује, него управо право мора да допринесе и редефинисању појединих моралних схватања у циљу постизања и промовисања вишег нивоа толеранције у односу на све припаднике друштвене заједнице.

Khaitan даље наводи да теоријски консензус око овог питања још увек није постигнут, док се теорије могу веома грубо сврстати у три широке категорије: егалитаристичка, либерална и дигнитаристичка. Према егалитаристичкој теорији, сматрају да једнакост представља најважнију вредност која подупире правну регулативу дискриминације²³². Заговорници либералне теорије сматрају да се обезбеђивање нормативне основе анти-дискриминативном праву најбоље може

²³⁰ Khaitan, T, 2015, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 4, 5.

²³¹ Khaitan, T, 2015, pp. 5, 6.

²³² Segall, S, 2012, What's so Bad about Discrimination, *Utilitas*, 24 (1), pp. 82; Shin, P, 2009, The Substantive Principle of Equal Treatment, *Legal Theory*, 15, pp. 149.

обавити путем (обимне) концепције слободе, аутономије или слободе воље²³³. Заступници дигнитаристичке теорије сматрају да се неправедност дискриминације огледа у кршењу личног достојанства²³⁴. Постоје, како истиче *Khaitan*, две заједничке теме у критикама које важе за сваку од ових теорија: прво, да могу да доведу до одређених нормативно непријатних исхода и друго, да нису у могућности да објасне поједине афирмисане аспекте постојећег права²³⁵. Овај аутор примећује да је непостојање јасног основа натерао поједине теоретичаре да се окрену плурализму, јер су препознали и признали да многе од ових идеја имају нешто за препоруку.

Као припадник схватања да све три теорије у области анти-дискриминативног права и да идеје на којима су те теорије поникле имају фундаменталне апстрактне идеале и начела као што су принципи једнакости, слободе и достојанства, који појединачно имају смисла посматрајући их као идеје теоријске мисли, а који у смислу одређивања појма дискриминације не могу да се посматрају сами за себе и да се појединачно екстрахују, већ искључиво као целина у својој међусобној повезаности, теорија плурализма ми се чини највише погодном. Међутим, наведени апстрактни идеали и идеје се морају конкретизовати и уобличити у конкретне форме. Према *Khaitan*, постоји неколико различитих питања у контексту анти-дискриминативног права која научници нису успели да разликују једно од других²³⁶. Прво питање које наводи захтева сврсисходно испитивање и трагање за општим оправдавајућим циљем дискриминативног права, јер се бави системским проблемима и питањима због чега уопште имамо систем дискриминативног права и шта је сврха ове области права, а друго питање се састоји од низа дистрибутивних потпитања: која права и обавезе право расподељује, коме и кад²³⁷?

²³³ Gardner, J, 1998, On Grounds of Her Sex(uality), *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, pp. 167; Moreau, S, 2010, What is Discrimination, *Philosophy and Public Affairs*, 38, pp. 143; Yoshino, K, 2011, The New Equal Protection, *Harvard Law Review*, 124, pp. 747.

²³⁴ Eidelson, B, Treating People as Individuals, in Hellman, D. and Moreau, S. (eds), 2013, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 203-227.

²³⁵ Khaitan, T, 2015, pp. 6, 7.

²³⁶ Khaitan, T, 2015, pp. 9.

²³⁷ Khaitan, T, 2015.

Grant истиче да је широко признато да формални приступ процени неједнакости није успео да елиминише утврђену структурну друштвену и економску неједнакост и да је потребан другачији приступ како би се ухватили у коштац са неједнакошћу и оставрили материјалну једнакост²³⁸. Он наводи и пример Уставног суда Јужне Африке који је, у настојању да имплементира приступ једнакости који би одговорио на историју апартејда и друштвену и економску неједнакост у јужноафричком друштву, одбацио формалну једнакост и у процесу је развоја материјалног тумачења једнакости које се базира на заштити људског достојанства²³⁹.

Међутим, критичари овог приступа су истакли да је концепт људског достојанства превише неодређен да би обезбедио стабилну основу за право једнакости, као и да промовише превише индивидуалистичку концепцију једнакости, док *Grant* тврди, имајући у виду развој у дефинисању људског достојанства у немачком и јужноафричком уставном праву, да је концепт достојанства укоренен у богатој традицији која је способна да подупре једнакост, која избегава прекомерни индивидуализам и у потпуности признаје узајамно дејство између појединачних потреба и потреба заједнице²⁴⁰.

Grant, међутим, указује на то да је основни аргумент у критици формалне једнакости његова немогућност да одговори на историјски неповољан третман који су претрпели они који су изложени дискриминацији, као и да препозна да последице различитог третмана као резултат могу у суштини бити повећане²⁴¹. Такође наводи и два разлога због којих би приступ једнакости који је базиран на достојанству био бољи него неки други приступ, а први је да он обезбеђује кохерентан приступ остваривању материјалне једнакости јер осигурава да се структурална дискриминација групе, као и то како дискриминација заправо утиче на живот појединаца у потпуности узима у обзир приликом одлучивања да ли је право на једнакост било прекршено и други је да је овакав приступ у складу са

²³⁸ Grant, E, 2007, Dignity and Equality, *Human Rights Law Review*, 7 (2), pp 299.

²³⁹ Grant, E, 2007.

²⁴⁰ Grant, E, 2007.

²⁴¹ Grant, E, 2007, pp. 320.

природом људских права која их чини повезаним и међусобно подржавајућим²⁴².

Hellman говори о два концепта дискриминације, када закони и друге радње владе неправедно дискриминишу, а то су дискриминација као кршење једнакости (када неправедност обухвата вредност једнакости) и дискриминација као кршење слободе (када неправедност обухвата вредност слободе)²⁴³. Стога, с једне стране закон дискриминише на недопустив начин када не третира људе једнако, а с друге стране закон дискриминише на недопустив начин када лишава неке особе, али не све, слободе на коју сви имају право. Она тврди да би као уставну концепцију неправедне дискриминације требало преферирати дискриминацију као кршење једнакости, с обзиром на то да дозвољава судовима да одлучују у случајевима на основу слабијих принципа, него када би се уважио концепт дискриминације као кршење слободе. Тада би за суд било од значаја питање да ли закон или политика третира једнако оне на које се закон односи, да ли их закон третира са једнаког бригом и поштовањем²⁴⁴.

Мање пожељан концепт јесте када се дискриминација схвата као кршење слободе, који захтева од судова да поставе питање да ли закон или политика крши слободу на коју сви имају право²⁴⁵. У случају *Lawrence v. Texas*²⁴⁶, Врховни суд САД је оборио тексашки закон који инкриминише истополни сексуални однос на основу тога што крши *due process* клаузулу²⁴⁷ 14. амандмана на Устав САД. *Hellman* даље наводи да услов да се људи третирају као једнаки или са једнаком бригом не захтева да се људи третирају исто²⁴⁸. Она објашњава да закони и политике праве разлику између људи на основу свих врста особина или критеријума и поставља се питање када се таква разлика у третирању може сматрати неоправданом

²⁴² Grant, E, 2007, pp. 328.

²⁴³ Hellman, D, Equality and Unconstitutional Discrimination in Hellman, D. and Moreau, S. (eds.), 2013, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 51.

²⁴⁴ Dworkin, R, 1977, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press, pp. 180.

²⁴⁵ Hellman, D, 2013, pp. 52.

²⁴⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.pdf>, 18.04.2016.

²⁴⁷ Ова клаузула 14. Амандмана, ратификованог 1868. године, значи да ниједна држава не би требало да лиши било коју особу живота, слободе и имовине, без поштеног одлучивања у судском поступку. Она представља обавезу свих нивоа америчке власти да делују у оквиру и у границама закона и да обезбеди поштене процесе.

²⁴⁸ Hellman, D, 2013, pp. 54.

дискриминацијом, а одговор је онда када таквим различитим третирањем не успе у третирању људи са једнаком бригом и поштовањем²⁴⁹.

Концепт недопуштене дискриминације базиран на једнакости описује право на једнаки третман од стране владе која то дугује својим грађанима или становницима, а што у својој суштини представља политичко право, иако може бити протумачено и као индивидуално право²⁵⁰. Право на једнак третман од стране владе, додаје *Hellman*, не само да је политичко право, него је и компаративно, а фокусира се на релативан третман било група било појединаца. За разлику од овог концепта, *Hellman* истиче да концепт дискриминације базиран на кршењу слободе није компаративан, дакле не захтева упоређивање, тако да закон или политика неоправдано дискриминишу када је повређена слобода на коју свака особа има право и стога се проблем не јавља када је једна особа неповољније третирана у односу на другу, без адекватног оправдања, већ се проблем јавља када је особи украђено неко право које јој припада. Као пример наводи се право истополних парова на брак истичући да је право на брак основно право појединца, али оно право које не подразумева обавезу за друге стране, већ само слободу и дозволу за имаоца права (*liberty right*), и због тога, оно такође укључује и димензију једнакости: група људи не може да се огради од тог основног права без неког јаког разлога²⁵¹. *Hellman* закључује да се недопуштена дискриминација базирана на кршењу слободе схвата као недопустива када се неки људи (али не остали) лишавају или им се оспорава основно право или када се неки људи (али не остали) лишавају права да направе одређене изборе без обзира на морално ирелевантне особине и у суштини она није компаративне природе²⁵².

Дакле, нагласак је на лишавању права, а не како је нека особа третирана у односу на друге. Компаративна концепција неоправдане дискриминације од стране државе је више у складу са циљем да уставна начела треба, колико год је то могуће,

²⁴⁹ Hellman, D, 2013.

²⁵⁰ Hellman, D, 2013, pp. 55.

²⁵¹ Nussbaum, M. C, 2010, pp. 154. *Nussbaum* не сматра да појединци имају право на склапање брака самим тим што су особе, већ сматра да држава може да одбије да венча било кога, али с обзиром на начин на који брак функционише у САД-у, сви људи имају право на брак па тако изведено из тога и људи који желе да се венчају са неким ко је истог пола (pp. 132).

²⁵² Hellman, D, 2013, pp. 57.

да установе оквир у којем би људи са различитим схватањима били у могућности да следе њихове сопствене концепције доброг и драгоценог живота²⁵³.

Moreau, за разлику од *Hellman*, тврди да је илузорно правити разлику између схватања базираног на једнакости и схватања базираног на слободи²⁵⁴. Она сматра да схватање базирано на слободи може да буде само један од облика схватања које је базирано на једнакости, тако што један од начина да се људи третирају са једнаком бригом и поштовањем јесте да се обезбеди да они имају једнаке слободе. Затим, *Moreau* тврди да чак и ако би постојао начин на који би могли да разликујемо ова два схватања неоправдане дискриминације, погрешно је тврдити да је схватање базирано на једнакости у суштини компаративно, а да схватање базирано на слободи није, јер сматра да оба схватања могу да буду изражена и на компаративан и некомпаративан начин²⁵⁵.

Fredman наводи да је забрана непосредне дискриминације, према којој је незаконито да се једна особа третира мање повољно него нека друга особа, традиционално заснована и оправдана на основима да унапређују либералне циљеве државне неутралности, индивидуализма и промовисање аутономије, да се неутралност изражава пре свега кроз појам формалне једнакости пред законом и да поврх тога кроз фокус на правичност као доследност, извучено из добро познате максиме да слични случајеви треба да буду третирани једнако²⁵⁶. Ова максима, наглашава *Fredman*, изражава саму суштину формалног приступа једнакости. Она истиче да индивидуализам представља други основни принцип либералног приступа праву једнакости, те да главну штету која је проузрокована дискриминацијом представља то што је особа изложена негативним последицама, штети, због тога што поседује стереотипне карактеристике засноване на деградирајућем схватању њене припадности групи уместо да буде третирана на основу њених индивидуалних заслуга и без обзира на њену припадности групи. Аутономија јој доприноси слободи да прави своје сопствене изборе у складу са

²⁵³ Hellman, D, 2013, pp. 60.

²⁵⁴ Moreau, S, In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination, in Hellman, D, Equality and Unconstitutional Discrimination, in Hellman, D and Moreau, S. (eds.), 2013, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 72-86.

²⁵⁵ Moreau, S, 2013.

²⁵⁶ Fredman, S, June 2001, Equality: A New Generation, *Industrial Law Journal*, 30 (2), pp. 154.

њеним схватањем доброг живота²⁵⁷.

Према *Moreau*, која придаје велику важност концепту достојанства објашњавајући неправду која је према њеном истраживању у средишту дискриминације, субјективан концепт достојанства, који се бави умањењем осећања појединца о сопственој вредности, није довољан како би третман био окарактерисан као неправедан²⁵⁸. Она истиче да се дискриминација, уопштено, најбоље може разумети као лишавање одређених бенефиција које су доступне другима, у оним околностима када је такав третман неправедан према њима²⁵⁹. Такође наводи да објективни концепт достојанства нема довољно садржаја да објасни тачну природу неправде учињене према појединцима који нису третирани са једнаком бригом и поштовањем, тако да неједнак третман је неправедан према појединцима када: а) је заснован на предрасудама и стереотипима, б) продубљује репресивне односе моћи, или в) оставља неке појединце без приступа основним добрима²⁶⁰.

O'Conneide признаје искушење за напуштањем једнакости као основног принципа антидискриминативног права и истиче да елиминисање неповољности које представљају и садрже лишавање достојанства или основних права може се показати као важније, него обезбеђивање свима потпуне једнакости у третману, иако правне норме о једнакости и забрани дискриминације садрже сложену разноврсност различитих врста неправди и понижавајућег третмана²⁶¹. Стога се норме о једнакости и забрани дискриминације могу посматрати као сложена конструкција различитих елемената: оне су настале како би спречиле поједине врсте одрицања људског достојанства, а не да гарантују једнакост могућности, али је њихова сврха такође да директно или индиректно је да измене друштвене структуре како би се обезбедила већа једнакост поштовања или статуса група које

²⁵⁷ Fredman, S, June 2001, pp. 155.

²⁵⁸ Moreau, S, 2004, The Wrongs of Unequal Treatment, *University of Toronto Law Review*, 54, pp. 291, 297, 313.

²⁵⁹ Moreau, S, 2004, pp. 293.

²⁶⁰ Moreau, S, 2004, pp. 296.

²⁶¹ O'Conneide, C, 2006, Fumbling Towards Coherence: The slow Evolution of Equality and Anti-Discrimination Law in Britain, *Northern Ireland Law Quarterly*, 57, pp. 60.

су у неповољном положају, с обзиром на то да је антидискриминативно законодавство редовно праћено променама у полицијској пракси, стамбеној и породичној политици и другим облицима пружања јавних услуга²⁶².

Ауторка *Fredman* истиче четири могућа циља једнакости²⁶³. Као први циљ она наводи да би једнакост требала да промовише поштовање једнаког достојанства и вредности за све, а тиме и отклонити стигму, стереотипе, понижавање и насиље услед припадности групи која није преовлађујућа односно мањинској групи²⁶⁴. Друго, требало би да обезбеди уважавање, позитивну афирмацију, као и остваривање идентитета у оквиру заједнице, затим као трећи циљ истиче да би требало да прекине неповољан третман у односу на мањинске групе и коначно би требало да обезбеди пуно учешће у друштву²⁶⁵.

Посматрано на веома уопштен начин, *Walsh* истиче да је једнакост однос између двоје или више људи или група људи, који се тиче појединог аспекта живота тих људи²⁶⁶. С обзиром на то да проучавање ове материје доводи до различитих концепата једнакости, научници из Центра за проучавање једнакости установили су широку категоризацију на основну једнакост, либерални егалитаризам и једнакост услова²⁶⁷. Према овој категоризацији, основна претпоставка код либералног егалитаризма јесте да ће увек постојати велике неједнакости између људи у погледу њиховог статуса, ресурса, посла и моћи, али улога идеје једнакости јесте да обезбеди фер основу како би се изашло на крај са овим неједнакостима тако што би се повећао минимум на који сви имају право и коришћењем једнаких могућности како би се регулисало надметање за предност. Радикална идеја једнакости услова има много амбициознији циљ, да елиминише главне и велике неједнакости у целини или барем да у значајној мери смањи тренутну скалу неједнакости тако што би се признало да једнакост има корене у променама и променљивим друштвеним структурама, а поготово у структурама

²⁶² O’Cinneide, C, 2006, pp. 61, 62.

²⁶³ Fredman, S, 2008, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford, Oxford University Press, pp. 179.

²⁶⁴ Fredman, S, 2008.

²⁶⁵ Fredman, S, 2008.

²⁶⁶ Walsh, J, 2006, Unfamiliar Inequalities, *The Northern Ireland Legal Quarterly*, 57 (1), pp. 156.

²⁶⁷ Walsh, J, 2006.

доминације и прогона²⁶⁸. Управо ове структуре, наглашава *Walsh*, стварају и континуирано репродукују неједнакости које либерални егалитаристи сматрају неизбежним.

За разлику од либералних егалитариста чији фокус је на правима и предностима појединаца и на томе како се ствари дистрибуирају, код једнакости услова пажња је на правима и предностима група и на томе како су људи повезани поготово путем односа моћи, али се наглашава утицај додатних фактора на човекове привидно слободне изборе и радње²⁶⁹. Приликом истраживања разлика између либералних и радикалних модела, *Walsh* разликује пет главних елемената једнакости: 1) поштовање и признавање, 2) моћ, 3) ресурсе, 4) рад и учење и 5) љубав, брига и солидарност, а сви ови елементи приказују кључне факторе који утичу на скоро свачију добробит или квалитет живота²⁷⁰. Међутим, она сматра да једнакост услова не захтева само толеранцију различитости, него и „критичку међу-културалност” која охрабрује припаднике различитих друштвених група да се укључе у дијалог међусобне подршке, али који је и критички и из којег сви могу да науче понешто, а који доводи до једнакости поштовања и признавања и који има за циљ социјалне услове под којима би људи имали велике изгледе за љубав, бригу и односе солидарности. Када се ради о моћи, објашњава *Walsh*, оно значи приближно једнако омогућавање свакој особи да утиче на одлуке које се тичу њиховог живота, како у оквиру формалног политичког система тако и широм друштва, а тада једнакост услова значи не само удаљавање од циљева смањења сиромаштва како би се постигла већа једнакост богатства и прихода, него такође обухвата и нематеријална добра, као што су право на доступне јавне услуге, а такође захтева и да свако има приступ облицима учења који доприносе њиховом сопственом развоју у најширем смислу. Либерална једнакости могућности значи да би људи требали да имају једнаке шансе да се такмиче и боре за социјалне погодности²⁷¹. Строжија форма једнакости могућности инсистира на томе да људи не би требало да буду фаворизовани или спутавани њиховим социјалним пореклом

²⁶⁸ Walsh, J, 2006, pp. 157.

²⁶⁹ Walsh, J, 2006.

²⁷⁰ Walsh, J, 2006, pp. 158.

²⁷¹ Walsh, J, 2006, pp. 167.

и да њихов успех у животу треба да зависи у потпуности од њиховог сопственог напора и способности, а са друге стране овакав приступ може довести до таквих закона и политика према којима би у одређеним контекстима људи требало да буду третирани различито како би достигли једнаку стартну позицију²⁷². Критички теоретичари жестоко тврде да се неједнакости не могу приписати разликама као таквима, него разликама које доводе до разлика²⁷³.

Finck истиче да је у правним системима људско достојанство²⁷⁴ настало као оправдавајуће средство за остваривање геј права, или кроз пресуде или кроз законодавство, а то се десило управо из разлога што не постоји устаљено значење достојанства у правној односно судској примени у већини националних правних система²⁷⁵. Њено истраживање је показало да, кроз правне поретке, достојанство треба да одрази промењене друштвено-културне ставове и поимања хомосексуалности (а понекад и о браку) и функција оваквог концепта јесте да се дозволи поновно тумачење права зарад остваривања геј права, али наглашавајући да достојанство ретко може бити основа за геј права. Став ове ауторке јесте да достојанство има веома важну улогу у еволуцији геј права управо због своје концептуалне флексибилности, међутим као концепт који нема прецизно правно значење склон је манипулацијама и може лако да се стави у разне правне контексте²⁷⁶. Хомосексуалне особе се све више сматрају за „потпуне људе” који имају једнака права, а достојанство служи као речник који преводи такве друштвено-културне промене у правне промене²⁷⁷.

²⁷² Walsh, J, 2006, pp. 168.

²⁷³ Walsh, J, 2006, pp. 180.

²⁷⁴ Више о схватању људског достојанства као уставног принципа западних земаља видети код: O'Mahony, C, 2012, There is no such thing as a right to dignity, *The International Journal of Constitutional Law*, 10 (2), pp. 555. O'Mahony такође истиче да је људско достојанство уведено у међународно право људских права као теоријска основа – основни принцип из којег се сматра да су сва права изведена и који на крају и оправдава наметање ограничења на државну власт (pp. 558, 559). Више о људском достојанству видети и: Shultziner, Doron, Carmi E., Guy, Spring 2014, Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers?, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, No. 2, pp. 461-490.

²⁷⁵ Finck, M, 2016, The role of human dignity in gay rights adjudication and legislation: A comparative perspective, *International Journal of Comparative Law*, 14 (1), pp. 27.

²⁷⁶ Finck, M, 2016, pp. 27, 28.

²⁷⁷ Finck, M, 2016, pp. 28.

Судија Врховног суда САД-а, Кенеди, у случају *Lawrence v. Texas*²⁷⁸ донео је одлуку да је тексашки закон, који инкриминише сексуалне интимне радње истополних парова, неуставан с обзиром да неоправдано ограничава слободу појединца, а питање које се расправљало пред Судом јесте пуноважност закона Тексаса према којем је кривично дело када су две особе истог пола укључене у одређено интимно сексуално понашање²⁷⁹. Судија Кенеди је изнео мишљење суда: „Слобода штити особу од неоправданих упада власти у стан или друга приватна места. У нашој традицији држава није свеprisутна у кући. И постоје и друге сфере живота и битисања, ван куће, где држава не би требала да има доминантно присуство. Слобода превазилази просторне границе. Слобода препоставља аутономију бића, која укључује слободу мисли, веровања, изражавања и одређеног интимног понашања. Овај случај обухвата слободу особе како у својим просторним тако и у више трансцедентним димензијама”²⁸⁰. Утврђујући да су хомосексуалне особе слободне да одлуче са ким да имају интимне односе, Суд је установио да право мора да третира гејеве и лезбејке на исти начин као и било којег другог одраслог грађанина, а у образложењу већине је изнето да оспоравање слободе избора интимних партнера ограничава њихово достојанство као слободне особе, имајући у виду да им слобода загарантована Уставом омогућава право да направе такав избор²⁸¹. У овом случају је Суд потврдио да су уследиле друштвене промене, у складу са којима се и тумачења суда мењају, приметивши да је дошло до пораста свести да слобода даје знатну заштиту одраслим особама приликом одлучивања

²⁷⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.pdf>, 18.04.2016. У случају се ради о томе да су у Хјустону, у Тексасу, полицијски службеници по пријави о унемиравању оружјем, послати на задатак и ушли у приватан стан у којем је живео Џон Лоренс, међутим, изгледа да се питање права полиције да уђе није довело у питање. Полицијски службеници су посматрали Лоренса и другог мушкарца, Тајрона Гарнера, током сексуалних радњи, након чега су ухапшени и преко ноћи задржани у притвору и оптужени и осуђени, описујући њихово дело као девијантан сексуални однос, наиме, анални секс са припадником истог пола односно мушкарцем, (pp. 562, 563). Остваривањем права на поновно суђење, Лоренс и Гарнер су оспоравали закон сматрајући да представља кршење клаузуле петог амандмана о једнакој заштити и сличне одредбе Устава Тексаса, међутим, овакве тврдње су биле одбијене, а затим је Апелациони суд одбацио аргументе и потврдио осуде (pp. 563). Врховни суд је прихватио да размотри случај как оби установио и расправио одређена питања и установио да су у то време подносиоци тужбе били одрасли и да су радње извршене у приватности и добровољно.

²⁷⁹ *Lawrence v. Texas*, pp. 562.

²⁸⁰ *Lawrence v. Texas*.

²⁸¹ *Lawrence v. Texas*, pp. 567.

како да воде свој приватни живот када се ради о сексу²⁸². *Nussbaum* коментарише да овакав став Врховног суда представља достигнуће моралне маште и да управо због тога што је право неодвојиво повезано са моралном маштом, овакав став представља и достигнуће у праву²⁸³. Овом пресудом је одбачено становиште и образложење на чијим основима је донета пресуда и практично је одлука у случају *Bowers v. Hardwick*²⁸⁴ укинута пресудом у случају *Lawrence v. Texas*.

Судија Врховног суда САД-а, такође Кенеди, у јуну 2013. године, узимајући у обзир људско достојанство, у случају *US v. Windsor* прогласио је неуставним федерални закон познатији као ДОМА (*DOMA – Defence of Marriage Act*²⁸⁵), према којем је предвиђено да када год се федерално законодавство служи термином супружник, он мора бити тумачен искључиво у односу на заједнице између мушкарца и жене, чак и онда када су истополни бракови признати на нивоу држава²⁸⁶. Врховни суд САД-а је већ узимао у обзир људско достојанство у случају

²⁸² *Lawrence v. Texas*, pp. 572.

²⁸³ Nussbaum, M. C, 2010, pp. 89.

²⁸⁴ *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/478/186/#annotation>, 18.04.2016. У овом случају се ради о томе да је тужени Хардвик, након што оптужен да је прекршио закон Џорџије који инкриминише содомију тако што је извршио ту радњу са другим одраслим мушкарцем у спавачој соби у својој кући, покренуо поступак пред Савезним окружним судом, оспоравајући уставност овог закона утолико што се њиме инкриминисала добровољна содомија. Суд је одобрио захтев да донесе одлуку да се тужба одбаци због пропуста да се наведе захтев. Апелациони суд је, након тога, укинуо одлуку и вратио на поновно суђење, тврдећи да је закон Џорџије прекршио основна права туженог, с обзиром да је његова хомосексуална активност приватно и интимно дружење које је изван домашаја државне регулативе. Имајући у виду да су други апелациони судови доносили пресуде супротне овој одлуци, Врховни суд је, у складу са већинским мишљењем на челу да судијом *White*, одлучио да прихвати захтев државног тужиоца *Bowers*-а да испита став да овај закон крши основна права хомосексуалаца и прихватио је став да је Апелациони суд погрешно, те је укинуо његову одлуку и на тај начин подржали закон Џорџије. Судија Врховног суда *Burger* је у издвојеном мишљењу истакао да „Одлуке појединаца у вези са хомосексуалним понашањем су биле предмет државне интервенције кроз историју западњачке цивилизације. Осуда оваквих пракси је чврсто укореењена у јудео-хришћанским моралним и етичким стандардима. Хомосексуална содомија је била главни злочин према римском праву”. *Nussbaum* је поводом ове одлуке навела да оно што је Хардвик радио у својој спавачој соби јесте заправо исто оно што су и милиони хетеросексуалаца, било венчаних било невенчаних, радили легално широм Америке (Nussbaum, M. C, 2010, pp. 82).

²⁸⁵ The Defense of Marriage Act (DOMA) (Pub.L. 104–199, 110 Stat. 2419, enacted September 21, 1996, 1 U.S.C. § 7 and 28 U.S.C. § 1738C), <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-104publ199/pdf/PLAW-104publ199.pdf>, 18.04.2016.

²⁸⁶ *United States v. Windsor*, 570 U.S. (2013), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-307/case.pdf>, 18.04.2016. Наиме, у овом случају се ради о две жене, Едит Виндзор (*Edith Windsor*) и Теа Спајер (*Thea Spyer*), које су тада имале пребивалиште у Њујорку, а које су се законито венчале у Онтарију, у Канади, 2007. године. Њих две су се вратиле у Њујорк, а држава Њујорк је признала њихов брак као важећи. Када је Спајер умрла 2009. године, она је целокупно своје имање оставила Едит, која је захтевала да буде изузета од пореза на непокретност на које има право као преживели

Lawrence v. Texas када је 2003. године прогласио за неуставан закон који инкриминише одређене сексуалне радње. Приликом проглашења ДОМА-е неуставним, суд је био става да историја доношења и текст овог закона показују да је уплитање у једнако достојанство истополних бракова, додељено од стране држава као израз њихове суверене власти, било више од споредног ефекта савезног закона, већ да је то била његова суштина, као и да овакво разлоковање понижава сам пар, чије моралне и сексуалне избор штити Устав, и чију везу је држава настојала да призна, а такође представља и понижење за десетине хиљада деце која су одгајана од стране истополних парова²⁸⁷. Даље у пресуди је истакнуто да је признавањем пуноважности истополних бракова који су склопљени у другим државама односно јурисдикцијама, а затим и одобравањем истополних заједница и бракова, Њујорк је настојао да пружи даљу заштиту и достојанство тој вези, и истополним парови који су желели да се венчају држава је дала законит статус, који је представљао далекосежно правно признавање интимног односа између две особе, односа који је држава сматрала да је вредан достојанства у заједници једнако са свим другим браковима и ово се одразило како на добро размотрена схватања заједнице о историјским коренима институције брака тако и на развојно разумевање значења једнакости²⁸⁸. Суд је донео одлуку да је ДОМА неуставна с обзиром на лишавање слободе појединца заштићене петим амандманом Устава, у оквиру које је садржана и забрана оспоравања једнаке законске заштите било ком лицу²⁸⁹. Ова одлука експлицитно изражава и повезана је са друштвеним променама, како *Finck* наводи²⁹⁰, с обзиром да се признаје да је до скоро било незамисливо да би хомосексуалци могли, како се у пресуди каже, да теже да имају исти статус и

супружник. Међутим, било јој је забрањено да то уради имајући у виду федерални закон ДОМА, који искључује истополне партнере из дефиниције супружника, с обзиром на то да је тај термин коришћен у федералним законима. Стога, Едит је платила све порезе, али је поднела тужбу како би оспорила уставност те одредбе. Окружни суд САД-а и Апелациони суд су донели одлуку да је тај део закона неуставан и да наложио Сједињеним Америчким Државама да Едит исплате поврат новца. Врховни суд је одобрио да преиспита ову одлуку и потврдио је пресуду у корист г-ђе Виндзор.

²⁸⁷ *United States v. Windsor*, 570 U.S. (2013), pp. 4, 21, 23.

²⁸⁸ *United States v. Windsor*, pp. 19, 20.

²⁸⁹ *United States v. Windsor*, pp. 25.

²⁹⁰ *Finck*, M, 2016, pp. 33.

достојанство као и мушкарац и жена у законитом браку²⁹¹. *Finck* истиче да су за одлучивање у овом случају били довољни једнакост и федерализам, међутим ови принципи су постојали и када је ДОМА први пут усвојена и тада нису били препрека њеним дискриминативним одредбама и да се чини да ослањање само на ове принципе није било довољно приликом одлучивања суда и да је достојанство заправо утврдило ту одлуку и поновно тумачење ових уставних вредности²⁹². У пресуди је истакнуто да је ограничавање законитог брака на хетеросексуалне парове, за који се вековима сматрало да је потребан и фундаменталан, у Њујорку и одређеним другим државама САД-а посматрано као неправедно искључивање²⁹³.

Када се сумирају случајеви *Lawrence* и *Windsor*, може се закључити да они представљају пример када су путем права хомосексуалне особе трансформисане у потпуне грађане, који су у стању да имају користи од истих слобода и права као и други, без могућности да буду дискриминисани на основу њихове сексуалне оријентације²⁹⁴.

2.5. Позитивна дискриминација

Иако се систем међународног права људских права базира на идеји да сва људска бића уживају исти сет основних права, *Moeckli* истиче да је ипак признато да понекад класификовање људи може бити оправдано: разлике у третману или исходу су допустиве докле год теже легитимном циљу на пропорционалан начин²⁹⁵. Он такође признаје да право на једнакост заиста може захтевати од држава да третира људе различито како би се превазишле историјски обрасци дискриминације и постигла пуна једнакост²⁹⁶.

Позитивна дискриминација је подложна злоупотребама, али такође има потенцијал да потпомогне стварну друштвену промену²⁹⁷. Концепт једнакости се по

²⁹¹ *United States v. Windsor*, pp. 13.

²⁹² *Finck*, M, 2016, pp. 33.

²⁹³ *United States v. Windsor*, pp. 14.

²⁹⁴ *Finck*, M, 2016, pp. 34.

²⁹⁵ *Moeckli*, D, 2014, pp. 157.

²⁹⁶ *Moeckli*, D, 2014.

²⁹⁷ *McColgan*, A, 2014, pp. 97.

својој природи донекле бави упоређивањем, јер разматрања да ли су особе третиране једнако или са једнаком бригом и поштовањем, да ли су им биле омогућене једнаке шансе или приступ напретку, сви захтевају одређену компаративну процену, која изазива концептуалне и практичне потешкоће²⁹⁸. Условљавање једнаког третмана на „сличност” функционише тако да се мање привилегованим актерима одобри приступ бенефицијама које уживају они који су привилегованији и то само до обима до којег мање привилеговани могу да докажу „истоветност односно једнакост” са онима који су више привилеговани²⁹⁹.

Поглавље 3. ПОЗИТИВНО-ПРАВНИ ПОЈАМ ЈЕДНАКОСТИ И ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

У случају да се начело једнакости прекрши или не испоштује у потпуности долази до неоправданог разликовања односно дискриминације по неком од бројних основа. Стога, Поред теоријско-правног одређења појма једнакости и норме позитивног права прописују начело једнакости и забране дискриминације како у оквиру домаћег законодавства тако и у оквиру међународних и европских правних докумената.

Иако многи међународни правни инструменти гарантују начело једнакости прокламујући да се сви људи рађају једнаки без обзира на лична својства, националну припадност, верска и политичка уверења, пол и слично, до дискриминације долази када ово базично начело не представља једнакост већ неједнакост, када дође до различитог третирања управо због присуства неког одређеног личног својства или неког другог основа. Услед учињене дискриминације лице није у ситуацији да ужива и оствари своја људска права и слободе која су тим чином повређена или ускраћена. Заправо, начело једнакости је уско повезано са начелом забране дискриминације, јер у сваком случају када дође до кршења начела једнакости долази и до дискриминације односно неједнаког третмана.

²⁹⁸ McColgan, A, 2014, pp. 101.

²⁹⁹ McColgan, A, 2014, pp. 102.

Дискриминација се јавља у сваком друштву и то услед тога што људска природа није савршена. Отуда се јавља и потреба за нормирањем ове материје. Међутим, проблем дискриминације није био познат ни у античком добу ни у средњем веку, јер овај проблем постаје правно релевантан тек са прихватањем и практичним остваривањем начела правне једнакости међу људима³⁰⁰. Ако посматрамо стање људских права кроз историју, можемо приметити да дискриминација није одувек била забрањена, тако да су у одређеним историјским раздобљима у развоју друштва неки облици дискриминације према одређеним категоријама становништва били широко друштвено прихваћени и уобичајени, као на пример дискриминација робова у периоду робовласништва, систем каста у Индији, апартхејд, расна сегрегација црних у Сједињеним Америчким Државама³⁰¹. Данас су овакви облици дискриминације и дискриминаторног понашања у потпуности неприхватљиви, и као такви изричито забрањени, како у националним законодавствима, тако и у многобројним међународним документима који регулишу материју људских права и основних слобода. Антидискриминационо законодавство помаже како друштвено маргинализованим и рањивим мањинским групама тако и држави на начин што пружа додатне правне механизме заштите у ситуацијама у којима су се општа правна средства показала неделотворним³⁰². Тако је из материје забране дискриминације настала читава једна нова материја у праву људских права, а коју данас веома често називамо антидискриминационо право. Међутим, материја антидискриминационог права, као што је аутор *Рашевић* истакао, не може се сврстати у посебну грану права, већ више као подграну права људских права, с обзиром да су предмет и метод регулисања ове материје одређени предметом и методом гране права којој припада а то је право људских права³⁰³. Да би се нека материја сматрала граном права потребно је да његове норме уређују исту врсту друштвених односа истоврсним методом, дакле да постоји посебан предмет и метод, јер као што је *Водинелић* у својој књизи навео грана права се

³⁰⁰ Вукасовић, П, 2008, Како препознати дискриминацију, интервју, *Херетикус, часопис за преиспитивање прошлости*, 3-4, Вол. VI, стр. 263.

³⁰¹ Петрушић, Н, Бекер, К, 2012, стр. 15.

³⁰² Вукасовић, П, 2008, стр.263.

³⁰³ Рашевић, Ж, 2013, *Колизии аспекти антидискриминационог права*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, стр. 22.

одређује као скуп норми које регулишу исту врсту друштвених односа истоврсним методом³⁰⁴.

Познато је да право не може да предвиди и нормира све животне ситуације и да на тај начин превентивно делује и на будуће потенцијалне ситуације, али може да нормира оне ситуације које су најчешће заступљене, као и да креира правило и критеријуме по којима ће се случајеви дискриминације препознавати. Оно што право мора да предвиди када се ради о дискриминацији је да нормира које се то ситуације могу сматрати дискриминацијом на један општији начин, а не конкретан, тако да и евентуалне будуће ситуације могу да буду подведене под такво правило, као и да се нормом гарантује и обезбеди ефикасна и делотворна правна заштита. С обзиром на то да право не може да се држи по страни и да не прати друштвене токове и трендове, законодавац такође мора да обрати пажњу и на друштвене прилике у којима се дискриминација нормира, на јавну друштвену свест и друштвену уређеност, али на начин да се искорењују предрасуде и традиционализам у негативном смислу, који вуче једно друштво уназад и да толерантност и сензибилност друштва на различитости буде постављена на виши ниво.

Ако је држава спремна и ако за то постоји политичка воља и храброст да се појединцу или групи пружи и обезбеди заштита од дискриминације, онда не морају ни да постоје општи антидискриминативни закони да би се осигурао правни основ за пружање заштите од дискриминације, довољно је да постоји општа уставна или законска гаранција права на једнакост. Тако је и Уставни суд Немачке у својој пракси истакао став да сексуална оријентације представља заштићени основ било кроз гаранције права на једнакост или кроз гаранције људског достојанства и права личности³⁰⁵. Међутим, добро је имати општи закон који забрањује дискриминацију, како би се тачно одредило шта се подразумева под тим појмом, у којим облицима се она манифестује, као и који су антидискриминативни основи и шта се под сваким основом подразумева и које понашање под њега потпада.

³⁰⁴ Водинелић, В, 1991, *Грађанско право – уводне теме*, Београд, стр. 75.

³⁰⁵ Случајеви 24 F 172/12; 24 F 250/12, 1 BvL 1/11; 1 BvR 3247/09, BvR 909/06; 2 BvR 1981/06; 2 BvR 288/07.

3.1. Појам дискриминације и правна регулатива забране дискриминације у Републици Србији

Појам једнакости је гарантовано у оквиру законског начела у Закону о забрани дискриминације на начин да су сви једнаки и уживају једнак положај и једнаку правну заштиту, без обзира на лична својства, док се на уставном нивоу начело једнакости своди на право на једнаку заштиту права. Дакле, говори се о општеприхваћеном начелу једнакости односно о томе да се сви људи без обзира на њихова лична својства третирају једнако пред законом. Устав Републике Србије гарантује једнакост свих пред Уставом и законом, као и једнаку законску заштиту без дискриминације³⁰⁶. Устав у члану 36. ставу 1. такође гарантује и једнаку заштиту права пред судовима и другим државним органима, имаоцима јавних овлашћења и органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе.

Устав Републике Србије из 2006. године садржи одредбе о забрани дискриминације и регулише ову материју тако што се свима гарантује једнакост пред Уставом и законом и прокламује да свако има право на једнаку законску заштиту без дискриминације (члан 22. став 1. и 2). Јасно је да у одредбама Устава заступљен концепт формалне једнакости. Међутим, Устав не дефинише појам дискриминације, али наводи који су то облици и основи за забрану дискриминације, па је тако према овом највишем правном документу забрањена свака дискриминација, било непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког и другог инвалидитета (члан 21. став 3). Можемо приметити да Устав не наводи таксативно све антидискриминационе основе понаособ, већ само неке од њих, за које је уставотворац сматрао да су најважнији и најчешћи, те их је стога било потребно посебно издвојити и навести. На основу оваквог уставног концепта закључујемо да је забрањена дискриминација по било ком основу, те се сваки основ који није изричито наведен може сврстати под ову

³⁰⁶Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006, члан 21. став 1, који гласи: „Пред Уставом и законом сви су једнаки” и члан 21. став 2, који гласи: „Свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације”.

категорију. Устав није у потпуности исцрпео садржину дискриминаторног понашања, тако да постоји могућност забране дискриминације и по другим основима који нису експлицитно набројани. Уношењем гаранција људских права у највиши правни акт једне политичке заједнице афирмише се принцип уставне демократије односно непосредно се изражава став да се уређење односа у тој заједници руководи начелом једнаке слободе сваког њеног члана³⁰⁷. Тиме се такође и ствара клима у којем начелно влада виши ниво правне сигурности.

Потребно је нагласити да није свака дискриминација односно свако прављење разлике међу појединцима или неједнако поступање засновано на неком личном својству забрањено. Да би неко понашање било окарактерисано као дискриминаторно и забрањено оно мора бити неоправдано. Тако и наш Устав има одредбу која одређује да се под дискриминацијом не сматрају посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају у односу на остале грађане (члан 21. став 4). Овакве мере се уводе као мере за исправљање последица раније дискриминације и називамо је позитивна дискриминација, која ће детаљније бити описана код облика дискриминације.

Многи важећи закони у Србији садрже дефиницију појма дискриминације и регулишу материју забране дискриминације у циљу њеног спречавања или сузбијања. У позитивном праву Србије је, поред Устава Републике Србије из 2006. године, материја забране дискриминације и заштите од дискриминације детаљније регулисана општим и основним антидискриминационим законом које је донет 2009. године под називом Закон о забрани дискриминације (у даљем тексту ЗЗД)³⁰⁸. Њиме се први пут законски дефинишу појмови као што су дискриминација, афирмативна акција и дискриминација одређених категорија лица³⁰⁹. Према одредбама овог Закона, појмови дискриминација и дискриминаторско поступање су дефинисани тако да означавају свако неоправдано прављење разлике или неједнако

³⁰⁷ Гајин, С, 2014, Чему људска права, из перспективе важећег и будућег уставноправног система Србије, *Правни записи*, 1, стр. 235.

³⁰⁸ Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, бр. 22/2009, који је ступио на снагу 18. априла 2009. године, осим одредаба чланова 28. до 40, који ће почети да се примењују од 1. јануара 2010. године.

³⁰⁹ Косановић, М; Гајин, С, Миленковић, Д, 2010, *Забрана дискриминације у Србији и раније друштвене групе*, Београд, стр. 16.

поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе, као и на чланове њихових породица, или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварним односно претпостављеним личним својствима (члан 2. став 1. тачка 1. ЗЗД). Закон такође у члану 4. предвиђа и општу забрану дискриминације прокламујући начело једнакости на начин да су сви једнаки и да уживају једнак положај и једнаку правну заштиту, без обзира на лична својства, док је свако дужан да поштује начело једнакости односно забрану дискриминације. До дискриминације и долази у оним ситуацијама у којима се лице ставља у неједнак положај управо због неког стварног или претпостављеног личног својства.

Закон о забрани дискриминације представља позитивно правни пропис са неколико мањкавости. Наиме, према тумачењу аутора *Владимира Ђурића*, норме Закона о забрани дискриминације одликују велики степен општости, до те мере да се поставља питање могућности њиховог спровођења³¹⁰. Он такође сматра да се у друштву јављају случајеви дискриминације у односима у којима посебни закони нису донешени и усвојени, а у општем Закону о забрани дискриминације такви случајеви нису довољно јасно опредељени, а норме о забрани дискриминације су веома уопштене, што ће додатно стварати проблеме приликом његове примене у пракси. Одредбе овог Закона јесу општег карактера, али и сам Закон представља општи закон у области забране дискриминације. Сматрам да би било сврсисходније да су, поред дефинисања и одређивања појма дискриминације, у Закону дефинисани и поједини појмови попут сексуалне оријентације и родног идентитета, како би се избегле све потешкоће у пракси приликом примене. На пример, Законом је забрањена дискриминација на основу сексуалне оријентације, али припадницима

³¹⁰ Ђурић, В, 2009, Забрана дискриминације, заштита мањина и афирмативна акција у ЕУ и Републици Србији, у *Право Републике Србије и право Европске Уније – стање и перспективе, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, свеска 1, стр. 329.

истополне сексуалне оријентације нису призната поједина права, попут права на склапање брака или партнерства или неког вида заједничког живота, што заправо представља дискриминацију на основу сексуалне оријентације. Иако би одредба о признавању права на склапање брака лицима истог пола посебним законом била у супротности са Уставом, поставља се питање тумачења и обима права која су одредбама Закона о забрани дискриминације загарантована. Право на склапање брака лицима истог пола је лимитирано Уставом Србије, те је и тумачење одредбе Закона о забрани дискриминације у том смислу ограниченог обима. Међутим, однос овог закона са другим посебним законима је више него јасан, с обзиром да важи правило да посебан закон дерогира општи (*lex specialis derogate legi generali*).

Као још један недостатак овог Закона, истиче Ђурић, огледа се у недовољно јасно формулисаним одредбама, с обзиром да је заступљен шири концепт дискриминације, тако да се поред директне и индиректне дискриминације предвиђају и узнемиравање и понижавајуће поступање, који се у појединим европским директивама сврставају у дискриминацију, као и други облици, попут повреде начела једнаких права и обавеза, позивање на одговорност, удруживање ради вршења дискриминације и говор мржње, које Закон није довољно прецизно одредио. Наиме, узнемиравање је у нашем Закону предвиђено као посебан облик дискриминације и као такав он такође потпада под општи појам дискриминације, само се приликом издвајања као посебног облика оно конкретизује и нарочито наглашава која врста понашања се сматра дискриминацијом и које последице такво понашање може да произведе по дискриминисано лице. Сматрам да је то само питање форме да ли ће се узнемиравање или неки други облик сврстати под општи појам дискриминације или посебан, јер и у појединим европским директивама³¹¹, у којима се овај облик сматра дискриминацијом, дате су посебне дефиниције и одређено је њихово значење. Према мом мишљењу, да оваква формулација

³¹¹ Из коментара о појединим одредбама Закона о забрани дискриминације који је Ђурић изнео није јасно са којим европским директивама је вршио поређење, али ако имамо у виду европске директиве које регулишу област забране дискриминације попут Директиве 2000/78/ЕЗ, 2000/43/ЕЗ, 2004/113/ЕЗ и 2006/54/ЕЗ не може се рећи да одређена врста понашања као што су узнемиравањ или сексуално узнемиравање потпадају у дефиницију општег појма дискриминације, већ су посебно извојени и ја их као такве тумачим као посебне облике дискриминације, док се у Директиви 2000/78/ЕЗ у члану 2. став 3. каже да се узнемиравање сматра обликом дискриминације.

приликом примене не доводи до разлика, јер без обзира на начин на који се један облик или понашање дефинише оно је ипак предвиђено и обезбеђена је правна заштита, тако да је фактички ситуација иста. Дакле, без обзира на форму резултат који добијамо је исти, одређено понашање је предвиђено правним актом, дефинисано и загарантована је правна заштита и начин нормирања не доводи до губитка права на остваривање и заштиту. Сматрам добрим решењем када се поједина врста понашања која се сматрају дискриминацијом конкретизују и посебно дефинишу, с обзиром на одређене специфичности које их карактеришу (нпр. код узнемиравања је веома битно да оно за циљ или последицу има повреду достојанства лица или групе лица, а нарочито ако се таквим понашањем ствара страх или непријатељско, понижавајуће и увредљиво окружење). Затим, анализирајући одредбе западно-европских законодавстава, не може се рећи да наш Закон по нечему заостаје за њима³¹². Закон Србије предвиђа више посебних и тежих облика дискриминације него закони других држава. С обзиром да Закон о забрани дискриминације представља један општи закон, није ни потребно да се његовим одредбама све дефинише до ситних детаља, с обзиром да постоје и посебни закони који такође дефинишу општи појам дискриминације, али и конкретније и прецизније формулишу поједине његове облике, који се тичу и карактеристични су за поједину област права. Такође, не могу да се сложим да поједини облици дискриминације попут говора мржње нису довољно јасно одређени, а поготово ако имамо у виду и законе других држава (попут Црне Горе), док га поједине државе и европске директиве уопште ни не регулишу као један од облика дискриминације (попут Немачке, Аустрије, Уједињеног Краљевства, Хрватске, Босне и Херцеговине). Такође и по питању говора мржње постоје посебни закони који дефинишу која врста понашања се сматра говором мржње (Закон о електронским медијима, Закон о јавном информисању и медијима, Кривични законик итд.). Евентуална побољшања би могла ићи у смеру допуњавања одредби, нпр. одредба о говору мржње би могла да буде употпуњена тиме да оно представља сваки облик изражавања идеја, информација и мишљења којима се не само распирује и подстиче дискриминација него и којима се онда правда, јер је код нас веома

³¹²Више о детаљној анализи у поглављу 3.2.5.

присутно да се дискриминација у било којем појавном облику оправдава, нарочито ако је извршена од стране моћног појединца или припадника државних институција и органа. Такође, одредбе би се могле допунити и смислу дефинисања и предвиђања сегрегације као облика дискриминације. Међутим, код нас централни проблем не представља недостатак дефинисања или допуњавања одредаба и појединих облика дискриминације, већ проблем представља примена одредаба Устава, међународних конвенција и закона. Ма како да је добар закон, ако се не примењује, он не представља никакву важност, јер суштина је да се обезбеди правилна примена одредаба и правична и ефикасна правна заштита сваком појединцу. Када једна држава жели озбиљно да се бави проблемом дискриминације и њеним сузбијањем и да се ефикасно против ње бори, она може свој правни основ пронаћи и у уставним и законским одредбама о једнакости, као што то ради Немачка односно немачки судови позивајући се на одредбу члана 3. Основног закона који регулише питање једнакости.

Поред свих ових недостатака, велики допринос овог Закона је у томе да је њиме установљен самосталан, независан и непристрасан државни орган у виду Повереника за равноправност, као посебан и додатни вид заштите од дискриминације, који има овлашћење да органима и лицима који врше дискриминацију изрекне одговарајуће мере, као и да обезбеди успешно спречавање, забрану и борбу против свих облика и случајева дискриминације³¹³.

Међутим, Закон о забрани дискриминације није једини који регулише ову материју и који садржи одредбе о забрани дискриминације³¹⁴. Тако и важећи Закон о раду (у даљем тексту ЗОР)³¹⁵ регулише забрану непосредне и посредне дискриминације лица која траже запослење, као и запослених с обзиром на неки од законом наведених дискриминационих основа, као што су пол, рођење, језик, раса,

³¹³Косановић, М; Гајин, С, Миленковић, Д, 2010, стр. 16 и 22.

³¹⁴Одредбе о забрани дискриминације садрже и Закон о раду, Закон о јавном информисању и медијима и то у оквиру забране говора мржње, затим Закон о електронским медијима који је заменио Закон о радиодифузији у оквиру сузбијања говора мржње, Закон о високом образовању у оквиру принципа високог образовања и права на високо образовање, Закон о здравственој заштити у оквиру начела правичности здравствене заштите, Закон о оглашавању у оквиру начела забране дискриминације и други закони.

³¹⁵Закон о раду Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, чл. 18.

боја коже, старост, трудноћа, здравствено стање, односно инвалидност, национална припадност, вероисповест, брачни статус, породичне обавезе, сексуално опредељење, политичко или друго уверење, социјално порекло, имовинско стање, чланство у политичким организацијама, синдикатима или неко друго лично својство. Сексуална оријентација је одредбама овог Закона изричито наведен основ, док је родни идентитет изостављен, иако је прилика за његово накнадно навођење постојала у поступку измена и допуна. Дискриминација у смислу овог закона је забрањена у односу на услове за запошљавање и избор кандидата за обављање одређеног посла, услове рада и сва права из радног односа, образовање, оспособљавање и усавршавање, напредовање на послу и на отказ уговора о раду (члан 20. став 1. ЗОР). Овај закон такође дефинише непосредну и посредну дискриминацију и набраја случајеве када је она забрањена у смислу овог закона. Међутим, Закон о раду прописује забрану дискриминације која се односи само на лица која траже посао и запослена лица, па самим тим се један од недостатака састоји у томе да Закон познаје само радни однос на одређено и неодређено време, тако да многе друге категорије лица која раде овим одредбама нису заштићене (лица ангажована по основу уговора и допунском раду, уговора о делу, уговора о привременим и повременим пословима, уговора о стручном оспособљавању и усавршавању, волонтери итд)³¹⁶. Овај пропуст је у два наврата могао да буде исправљен, прва прилика за то је био Закон о забрани дискриминације, а друга приликом измена и допуна Закона о раду, те на тај начин проширити круг лица који уживају заштиту од дискриминације. Према члану 22. ЗОР, дискриминацијом се не сматра прављење разлике, искључење или давање првенства у односу на одређени посао када је природа посла таква или се посао обавља у таквим условима да карактеристике повезане са неким од основа који су наведени у овом закону представљају стварни и одлучујући услов обављања посла и да је сврха да се тиме жели постићи оправдана.

³¹⁶Косановић, М; Гајин, С, Миленковић, Д, 2010, стр. 20.

Законом о јавном информисању и медијима из 2014. године³¹⁷ је забрањен говор мржње, односно идејама, мишљењем и информацијама, које се објављују у медијима не сме се подстицати дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог припадања или неприпадања некој раси, вери, нацији, полу, због њихове сексуалне опредељености ил другог личног својства, без обзира на то да ли је објављивањем учињено кривично дело. Закон о јавном информисању не одређује појам дискриминације, нити би то било оправдано и потребно. Међутим, сексуална оријентација је изричито наведена као основ, док је родни идентитет изостављен, али се увек може сврстати у одредницу и друга лична својства. Овај закон забрањује говор мржње и одређује шта је тим појмом обухваћено а тиче се области јавног информисања и медија, док говор мржње према Закону о забрани дискриминације³¹⁸ представља један од забрањених облика дискриминације. Ова два закона на веома сличан начин предвиђају које понашање је забрањено у оквиру говора мржње. Разлике се састоје у томе што се у Закону о јавном информисању и медијима наводе поједина лична својства, док Законом о забрани дискриминације то не чини али се њиме прецизира начин на који говор мржње може бити изражен, па тако се оно забрањује у јавним гласилима и другим публикацијама, на скуповима и местима доступним јавности, исписивањем и приказивање порука или симбола или на други начин., као и то да је подстицање дискриминације, мржње и насиља усмерено на лице или групу лица. Дакле, ова одредба је шире постављена у односу на одредбу Закона о јавном информисању и медијима. Овим посебним Законом је предвиђено и ослобађање од одговорности

³¹⁷ Закон о јавном информисању и медијима Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 83/2014 и 58/2015, члан 75. Претходно је на снази био Закон о јавном информисању РС, *Сл. гласник РС*, бр.43/2003, 61/2005, 71/2009, 89/2010 – одлука УС и 41/2011 – одлука УС, који је у члану 38. забрањивао говор мржње односно објављивање идеја, информација и мишљења којима се подстиче дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог припадања или неприпадања некој раси, вери, нацији, етничкој групи, полу или због њихове сексуалне опредељености, без обзира на то да ли је објављивањем учињено кривично дело. Велике разлике у формулацији одредаба не постоје, осим реда речи, тако да је ова одредба преузета из старог закона, осим тога што је припадање или неприпадање некој етничкој групи у одредбама новог Закона избачено, али с обзиром на то да постоји одредница и други основи оно се може сврстати у ту категорију, иако је увек боље изричито написати, тако да не видим разлог брисања овог основа, осим ако је у питању непажња законодавца.

³¹⁸ Члан 11. ЗЗД: „Забрањено је изражавање идеја, информација и мишљења којима се подстиче дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог личног својства, у јавним гласилима и другим публикацијама, на скуповима и местима доступним јавности, исписивањем и приказивањем порука или симбола и на други начин”.

тако да не постоји повреда забране говора мржње ако је информација део новинарског текста, а објављена је: 1) без намере да се подстиче на дискриминацију, мржњу или насиље против лица или групе лица, посебно ако је таква информација део објективног новинарског извештаја; 2) с намером да се критички укаже на дискриминацију, мржњу или насиље против лица или групе лица или на појаве које представљају или могу да представљају подстицање на такво понашање (члан 76). У делу Закона којим се регулише слобода јавног информисања забрањује се непосредна и посредна дискриминација уредника медија, новинара и других лица у области јавног информисања, нарочито према њиховој политичкој опредељености и уверењу или другом личном својству (члан 4. став 2). Законом нису дефинисани облици посредне и непосредне дискриминације, већ је то учињено општим Законом о забрани дискриминације. Примећујемо да је изричито наведен само један од антидискриминационих основа, вероватно јер се оно најчешће јавља у пракси, међутим одредницом друга лична својства обухваћени су и остали основи.

Закон о радиодифузији³¹⁹ је престао да важи, уместо којег је донет нов Закон о електронским медијима³²⁰. Овим Законом се не дефинише појам дискриминације, али се забрањује говор мржње, тако што се Регулатор стара да програмски садржај пружаоца медијске услуге не садржи информације којима се подстиче, на отворен или прикривен начин, дискриминација, мржња или насиље због расе, боје коже, предака, држављанства, националне припадности, језика, верских или политичких убеђења, пола, родног идентитета, сексуалне оријентације, имовног стања, рођења, генетских особености, здравственог стања, инвалидитета, брачног и породичног статуса, осуђиваности, старосне доби, изгледа, чланства у политичким, синдикалним и другим организацијама и других стварних, односно

³¹⁹Закон о радиодифузији Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр.2/2002, 97/2004, 76/2005, 79/2005 – др. закон, 62/2006, 85/2006, 86/2006 - испр. и 41/2009, садржавао је одредбу о сузбијању говора мржње у члану 21, тако што се Радиодифузна агенција стара да програми емитера не садрже информације којима се подстиче дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због различите политичке опредељености или због припадања или неприпадања некој раси, вери, нацији, етничкој групи, полу или због сексуалне опредељености.

³²⁰ Закон о електронским медијима, *Сл. гласник РС*, бр. 83/2014. Одредбама овог Закона Радиодифузна агенција је променила назив, тако да се сада зове Регулаторно тело за електронске медије, а скраћено Регулатор (чл. 5).

претпостављених личних својстава (члан 51). Разлика у односу на претходно важећи закон и ЗЗД је у начину на који се дискриминација, мржња или насиље подстиче, тако да се одредбама Закона о електронским медијима забрањује да програмски садржај не садржи информације (одредбама ЗЗД је наглашено да су то идеје, информације и мишљења) којима се подстиче оно на отворен или прикривен начин. Следећа разлика у односу на претходни Закон се односи на знатну проширеност антидискриминационих основа, а изричито су наведени и родни идентитет (што одредбама претходног закона није учињено) и сексуална оријентација. Законом о забрани дискриминације се прецизира начин на који се говор мржње може изразити, на шта сам већ указала.

Закон о оглашавању³²¹ предвиђа, међу општим правилима оглашавања, и забрану подстицања дискриминације. Према одредбама овог Закона, забрањено је да огласна порука, непосредно или посредно, подстиче дискриминацију по било ком основу, а посебно по основу уверења, националне, етничке, верске, родне или расне припадности, политичког, сексуалног или другог опредељења, друштвеног порекла, имовинског стања, културе, језика, старости, или психичког или физичког инвалидитета (члан 8). Сексуална оријентација је у овом Закону изричито предвиђена као антидискриминативни основ, међутим родни идентитет је изостављен, а листа основа затворена. Иако је Закон донет 2016. године, што је била прилика, а сматрам и неопходност с обзиром на обавезу хармонизације домаћег права са европским стандардима, пропустило се да се и родни идентитет унесе у листу основа. У претходном Закону о оглашавању из 2005. године³²², ни родни идентитет ни сексуална оријентација нису били предвиђени и набројани у листу основа за дискриминацију, међутим одредбама је била предвиђена одредница и друга лична својства тако да су се ова два основа могла сврстати у оквиру тога.

Закон о високом образовању³²³ обухвата једанаест принципа високог образовања на којима се заснива делатност³²⁴, а као један од њих се наводи

³²¹Закон о оглашавању, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016.

³²²Закон о оглашавању, *Сл. гласник РС*, бр. 79/2005 и 83/2014 – др. закон, члан 7.

³²³Закон о високом образовању, *Сл. гласник РС*, бр. 76/2005, 100/2007 – аутентично тумачење, 97/2008, 44/2010, 93/2012, 89/2013, 99/2014, 45/2015 – аутентично тумачење и 68/2015.

³²⁴Према Закону о високом образовању принципи високог образовања јесу: 1) академске слободе; 2) аутономија; 3) јединство наставе и научноистраживачког, односно уметничког рада; 4) отвореност

поштовање људских права и грађанских слобода, укључујући забрану свих видова дискриминације (члан 4). Законом се не одређује појам дискриминације, али се забрањује дискриминација лица приликом остваривања права на високо образовање. Што се тиче круга лица која имају право на високо образовање, обухваћена су сва лица са претходно стеченим средњим образовањем, без обзира на расу, боју коже, пол, сексуалну оријентацију, етничко, национално или социјално порекло, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, статус стечен рођењем, постојање сензорног или моторног хендикепа или имовинско стање (члан 8. став 1). Сексуална оријентација се изричито наводи овим Законом, док је родни идентитет изостављен (а прилика за додавање овог основа је постојала приликом последњих измена и допуна 2015. године), а листа антидискриминационих основа је затворена и таксативно наведена, па се поставља питање да ли би ширим тумачењем одредбе родни идентитет могао да се подведе под један од наведених основа, као што је нпр. пол.

Закон о здравственој заштити садржи укупно шест начела³²⁵, међу којима треба посебно издвојити и нагласити начело правичности здравствене заштите, које се остварује забраном дискриминације приликом пружања здравствене заштите по основу расе, пола, старости, националне припадности, социјалног порекла, вероисповести, политичког или другог убеђења, имовног стања, културе, језика, врсте болести, психичког или телесног инвалидитета (члан 20.). Листа основа је таксативно наведена и затворена, а сексуална оријентација и родни идентитет нису део ове листе. С обзиром на то да су последње измене и допуне овог Закона

према јавности и грађанима; 5) уважавање хуманистичких и демократских вредности националне и европске традиције и вредности културног наслеђа; 6) поштовање људских права и грађанских слобода, укључујући забрану свих видова дискриминације; 7) усклађивање са европским системом високог образовања и унапређивање академске мобилности наставног особља и студената; 8) учешће студената у управљању и одлучивању, посебно у вези са питањима која су од значаја за квалитет наставе; 9) равноправност високообразовних установа без обзира на облик својине, односно на то ко је оснивач; 10) афирмација конкуренције образовних и истраживачких услуга ради повећања квалитета и ефикасности високошколског система; 11) обезбеђивање квалитета и ефикасности студирања.

³²⁵ Закон о здравственој заштити, *Сл. гласник РС*, бр. 107/2005, 72/2009 – др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 - др. закон, 93/2014 и 96/2015. Начела садржана у Закону о здравственој заштити се налазе у четвртом поглављу, а она су: начело приступачности здравствене заштите, начело правичности здравствене заштите, начело свеобухватности здравствене заштите, начело континуираности здравствене заштите, начело сталног унапређења квалитета здравствене заштите и начело ефикасности здравствене заштите.

извршене 2015. године, те да је постојала прилика за допуњавање листе основа и у погледу сексуалне оријентације и родног идентитета, сматрам неоправданим што то тада није учињено, нити је додата одредница и друга лична својства. Допуна Закона у овом смислу је неопходна имајући у виду тенденцију сталне појаве и дефинисања нових антидискриминационих основа, које законодавац није имао у виду нити је евентуално могао имати у виду у време доношења закона.

У законодавству Републике Србије су такође предвиђена и кривична дела у вези са овом проблематиком. Наиме, у Кривичном законнику Србије³²⁶ су регулисана кривична дела против слобода и права човека и грађанина, а конкретније се тиче повреде равноправности (члан 128. КЗ), расна и друга дискриминација (члан 387. КЗ) у оквиру кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, као и изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости (члан 317. КЗ)³²⁷. Кривичним делом повреде равноправности је предвиђена казна затвора до три године оном козбог националне или етничке припадности, раси или вероисповести или због одсуства те припадности или због разлика у погледу политичког или другог убеђења, пола, језика, образовања, друштвеног положаја, социјалног порекла, имовног стања или неког другог личног својства, другоме ускрати или ограничи права човека и грађанина утврђена Уставом, законима или другим прописима или општим актима или потврђеним међународним уговорима или му на основу ове разлике даје повластице или погодности (став 1), а казна затвора од три месеца до пет година ако ово дело учини службено лице у вршењу службе (став 2). У оквиру кривичног дела о расној и другој дискриминацији, казниће се затвором од шест месеци до пет година онај ко на основу разлике у раси, боји коже, верској припадности, националности,

³²⁶ Кривични законик Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр, 107/2005 – испр, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014.

³²⁷ Став 1: „Ко изазива или распирује националну, расну или верску мржњу, или нетрпељивост међу народима или етничким заједницама које живе у Србији, казниће се затвором од шест месеци до пет година”, став 2: „Ако је дело из става 1. овог члана учињено принудом, злостављањем, угрожавањем сигурности, излагањем порузи националних, етничких или верских симбола, оштећењем туђих ствари, скрнављењем споменика, спомен-обележја или гробова, учинилац ће се казнити затвором од једне до осам година”, а став 3: „Ко дело из ст. 1. и 2. овог члана врши злоупотребом положаја или овлашћења или ако је услед тих дела дошло до нереди, насиља или других тешких последица за заједнички живот народа, националних мањина или етничких група које живе у Србији, казниће се за дело из става 1. затвором од једне до осам година, а за дело из става 2. затвором од две до десет година”.

етничком пореклу или неком другом личном својству крши основна људска права и слободе зајамчена општеприхваћеним правилима међународног права и ратификованим међународним уговорима од стране Србије (став 1), истом казном ће се казнити и онај ко врши прогањање организација или појединаца због њиховог залагања за равноправност људи (став 2)³²⁸. Затвором од три месеца до три годин казниће се онај ко шири или на други начин учини јавно доступним текстове, слике или свако друго представљање идеја или теорија које заговарају или подстрекавају мржњу, дискриминацију или насиље, против било којег лица или групе лица, заснованих на раси, боји коже, верској припадности, националности, етничком пореклу или неком другом личном својству (став 3). Кривичним закоником се појам дискриминације не дефинише, али се она забрањује односно кажњава казном затвора, тако је Закоником предвиђена и кривичноправна заштита од дискриминације. Иако ниједним кривичним делом није предвиђена изричита забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета, а због постојања одреднице и друга лична својства не можемо донети закључак да заштита од дискриминације по овим основима није гарантована. Од доношења Закона о забрани дискриминације, Кривични законик је неколико пута мењан и допуњаван, што је остављало простора да се сексуална оријентација и родни идентитет изричито пропишу као основи за забрану дискриминације, а такође је то била и прилика за увођење посебног кривичног дела злочина из мржње³²⁹, што би ниво заштите и сигурности лица повећало на виши ниво.

3.2. Правна регулатива забране дискриминације у упоредном праву

Област забране дискриминације је у земљама у региону такође регулисана и обухваћена општим антидискриминационим законом. На пример, Република

³²⁸Члан 387. став 3. КЗ РС: „Ко шири идеје о супериорности једне расе над другом или пропагира расну мржњу или подстиче на расну дискриминацију, казниће се затвором од три месеца до три године”. Став 5: „Ко јавно прети да ће, против лица или групе лице због припадности одређеној раси, боји коже, вери, националности, етничком пореклу или због неког другог личног својства, извршити кривично дело за које је запрећена казна затвора већа од четири године затвора, казниће се затвором од три месеца до три године”.

³²⁹Више о томе у поглављу 6.1.4. о кривично-правној заштити.

Хрватска је још 2008. године донела Закон о сузбијању дискриминације³³⁰ у којем је садржана законска дефиниција појма дискриминације. Њиме се осигурава заштита и промовисање једнакости као највише вредности уставног поретка те земље, затим се стварају претпоставке за остваривање једнаких могућности и уређује се заштита од дискриминације на основу расе или етничке припадности или боје коже, пола, језика, вере, политичког или другог уверења, националног или социјалног порекла, имовног стања, чланства у синдикату, образовања, друштвеног положаја, брачног или породичног статуса, старости, здравственог стања, инвалидитета, генетског наслеђа, родног идентитета, изражавања или полне оријентације (члан 1. став 1). Дакле, наведени су основи дискриминације и међу њима је уврштена и сексуална оријентација и родни идентитет, али ови појмови нису посебно дефинисани и одређени.

Према одредбама овог закона, дискриминацијом се сматра стављање у неповољнији положај било које особе по неком од дискриминационих основа, као и особе која је са њом повезана родбинским или другим везама, као и стављање неке особе у неповољнији положај на основу погрешне перцепције о постојању основа за дискриминацију (члан 1. став 2. и 3). Овакво законско одређење дискриминације је веома слично одређењу у домаћем Закону о забрани дискриминације, осим што је српски законодавац прецизирао шта све може да спада под прављење разлике и неједнако поступање (односно стављање у неповољнији положај како је то изражено у хрватском Закону), па тако оно обухвата искључивање, ограничавање или давање првенства и прецизирао на који начин дискриминације може да буде извршена (*на отворен или прикривен начин* а што заправо упућује на то да дискриминација може бити директна и индиректна). Разлике су више формулацијске природе, јер не видим основ да би тумачење ових одредаба приликом примене у пракси давало различите резултате.

Хрватским Законом су регулисани и поједини изузеци од забране дискриминације, а међу њима и мере афирмативне акције. Према одредбама овог Закона, изузетака има десет, па се стављање у неповољнији положај се не сматра дискриминацијом (члан 9. став 2): 1) када је такво поступање одређено законом

³³⁰Закон о сузбијању дискриминације Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 85/2008.

ради очувања јавног здравља, јавне сигурности, одржавања јавног реда и мира, превенције казних дела и заштите права и слобода других људи, затим ако су употребљена средства у демократском друштву примерена и нужна за постизање жељеног циља под условом да такво поступање не доводи до непосредне или посредне дискриминације на основу расне или етничке припадности, боје коже, вере, пола, националног и социјалног порекла, полне оријентације и инвалидитета;

2) у случају посебних мера привремене природе, које су нужне и прикладне за остваривање стварне једнакости друштвених група по неком од заштићених антидискриминационих основа, када је такво поступање засновано на одредбама закона, подзаконског акта, програма, мера или одлука у циљу побољшања положаја етничких, верских, језичких или других мањина или других група грађана или лица дискриминисаних по неком од основа (то су мере афирмативне акције)³³¹. Српски законодавац је уопштено формулисао изузетке, тако да се они углавном односе на мере афирмативне акције односно позитивну дискриминацију, те се посебне мере могу увести ради постизања пуне равноправности, заштите и напретка лица односно групе лица која се налазе у неједнаком положају. Поред уопштеног одређења појма дискриминације, хрватским Законом су дефинисани и поједини облици дискриминације о чему ће бити речи у поглављу 4.1.

У Федерацији Босни и Херцеговини је на снази Закон о забрани дискриминације из 2009. године³³², којим се успоставља оквир за остваривање истих права и могућности свим лицима у Босни и Херцеговини и уређује се систем заштите од дискриминације. Дискриминација се дефинише као свако различито поступање, укључујући свако искључивање, ограничавање или давање предности утемељено на стварним или претпостављеним основима према било којем лицу или групи лица на основу њихове расе, боје коже, језика, вере, етничке припадности, националног или социјалног порекла, везе са националном мањином, политичког или другог уверења, имовног стања, чланства у синдикату или другом удружењу,

³³¹У члану 9. Закона о сузбијању дискриминације Хрватске набројани су сви изузеци од забране дискриминације. Ја сам навела само ове две тачке јер ми се чине најбитнијим у вези са темом, док се остале тачке тичу мера социјалне политике, обављању професионалних активност и запошљавања, уговарања премија осигурања, у приступу добрима, услугама и спорту, старости, држављанства, уређивања права и обавеза у породичним односима.

³³²Закон о забрани дискриминације Федерације Босне и Херцеговине, *Сл. гласник БиХ*, бр. 59/09, чл. 1, ст. 1.

образовања, друштвеног положаја и пола, полног изражавања или оријентације, као и свака друга околност која има за сврху или последицу да било којем лицу онемогући или угрожава признавање, уживање или остваривање на равноправној основи права и слобода у свим областима јавног живота (члан 2. став 1. ЗЗД БиХ). Такође веома слична формулација као у српском ЗЗД уз прецизирање шта се све може сматрати различитим поступањем, осим што босанским Законом нису обухваћена и лица која су повезана родбинским везама или блиска лица, али је проширено на сваку другу околност која за сврху или последицу има онемогућавање или угрожававање признавања, уживања или остваривања права и слобода на равноправној основи у свим областима јавног живота.

Сексуална оријентација и родни идентитет су, сходно Закону БиХ, заштићени основи дискриминације, међутим нису законски дефинисани. Забрана дискриминације примењује се на све јавне органе као и на сва физичка или правна лица, како у јавном тако и у приватном сектору, у свим областима, а нарочито у области запослења, чланства у професионалним организацијама, образовања, обуке, становања, здравства, социјалне заштите, добара и услуга намењених јавности и јавним местима, затим обављања привредних активности и јавних услуга (члан 2. став 2. ЗЗД БиХ). Овај Закон предвиђа три облика различитог поступања, које се огледа у искључивању, ограничавању и давању предности³³³. Искључивање се схвата као онемогућавање уживања одређених права и слобода која припадају другим особама или групама, ограничавање се односи на ситуације када је уживање одређених права и слобода омогућено али не на исти начин и у истом обиму као и другим особама или групама, док се давање предности схвата као забрањено давање предности иако нису испуњени законски услови да се таква предност даје. Ако анализирамо одредбу овог Закона којом се дефинише дискриминација, можемо увидети да питање намере приликом утврђивања различитог поступања није битно, што је посебно значајно када се ради о доказивању постојања различитог поступања у случајевима посредне

³³³ Вехабовић, Ф; Измирлија, М, Кадрибашић, А, 2010, *Коментар Закона о забрани дискриминације са објашњењима и прегледом праксе у упоредном праву*, Центар за људска права Универзитета у Сарајеву, Сарајево, стр. 31.

дискриминације³³⁴. За све оне који на било који начин могу да утичу на начин како се остварују права или слободе постоји основна обавеза да то чине на једнак и равноправан начин без обзира на иједну стварну или претпостављену особину појединца или групе о чијем праву или слободи се одлучује³³⁵. Законом БиХ су дефинисани и поједини облици дискриминације (члан 3-5), али су регулисани и изузеци од принципа једнаког поступања односно да се законске мере и радње неће сматрати дискриминацијом када се свде на неповољно разликовање или различито поступање ако су засноване на објективној и разумној оправданости, а њима се остварује легитиман циљ ако постоји разуман однос пропорционалности између средстава која се користе и циља који се настоји реализовати, као и друге ситуације у којима се неједнако поступање неће сматрати дискриминацијом (члан 5. став 1). Такође дискриминацијом се неће сматрати мере које произлазе из спровођења или доношења привремених посебних мера осмишљених да се спрече или надокнаде штете које лица трпе, а које су одређене основима наведеним Законом, а нарочито за припаднике угрожених група попут лица са инвалидитетом, припадника националних мањина, жена, трудница, деце, омладине, старијих лица и других друштвено искључених лица, цивилних жртава рата, жртава у кривичним поступцима, расељених лица, избеглица и азиланата односно да се омогући њихово пуно учешће у свим областима живота³³⁶.

Црна Гора је 2010. године донела општи Закон о забрани дискриминације, који је последњи пут измењен и допуњен крајем марта 2014. године које су на снагу ступиле средином априла³³⁷. Овим Законом се забрањује сваки облик дискриминације по било ком основу, а у којем се појам дискриминације дефинише као свако неоправдано, правно или фактичко, непосредно или посредно прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање поступања према једном лицу, односно групи лица у односу на друга лица, као и искључивање,

³³⁴Веџабовић, Ф; Измирлија, М, Кадрибашић, А, 2010, стр. 33.

³³⁵Веџабовић, Ф; Измирлија, М, Кадрибашић, А, 2010.

³³⁶Законом БиХ је предвиђено укупно девет изузетака од дискриминације, тако да осим ова два наведена у тексту изузеци се односе и на област запошљавања и заснивања радног односа, старосну границу приликом прекдија радног односа или пензионисања, држављанство, уређивање права и обавеза у породичним односима. Могу се приметити поклапања са одредбама хрватског Закона о субијању дискриминације.

³³⁷Закон о забрани дискриминације Црне Горе, *Сл. лист Црне Горе*, бр. 46/2010, 18/2014.

ограничавање или давање првенства неком лицу у односу на друга лица које се заснива на неком од наведених дискриминационих основа (члан 2. став 1. и 2). Законом је изричито наведено да се свако прављење разлике, неједнако поступање или довођење у неједнак положај лица по основу родног идентитета или сексуалне оријентације сматра дискриминацијом, као и то да свако има право да свој родни идентитет или сексуалну оријентацију јавно изрази, док нико не може бити позван да се јавно изјасни о свом родном идентитету и сексуалној оријентацији (члан 19. став 1, 2. и 3).

Основни текст Закона од 2010. године није садржавао одређење појма сексуална оријентација и родни идентитет. Међутим, Закон је 2014. године претпео измене и допуне те се искористила прилика да се законски текст у овом смислу допуни и ови појмови дефинишу. Па тако, под родним идентитетом се подразумева сопствени родни доживљај који не мора зависити од пола који је утврђен и уписан приликом рођења, а родни идентитет тиче се сваког лица и не подразумева само бинарни концепт мушког или женског (члан 19. став 4). Под сексуалном оријентацијом, у смислу овог Закона, подразумева се емоционална и/или физичка привлачност или наклоност која може бити према лицима истог и/или различитог пола (члан 19. став 5). Закон Црне Горе је, ако узмемо у обзир претходно изложена законодавства, први и један од ретких који је дефинисао ове појмове и стога представља напредније решење у смислу лакшег и недвосмисленог тумачења приликом примене у пракси, нарочито имајући у виду недовољно познавање ових термина с обзиром да је њихово законско регулисање новијег датума. Закон о забрани дискриминације Црне Горе дефинише и поједине облике дискриминације, о чему ће касније бити детаљније изложено.

Савезна Република Немачка је усвојила општи Закон о једнаком третману (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*) још 14. августа 2006. године, који је претрпео последње измене у априлу 2013. године. Циљ и сврха овог Закона је да спречи или отклони дискриминацију на основу расе или етничког порекла, пола, религије или схватања односно веровања, инвалидитета, старости или сексуалне

оријентације³³⁸. Закон, на име, не садржи правну дефиницију сваког од наведених основа, а посебно се не наводи ни родни идентитет. Чак и на први поглед, можемо приметити да је набрајање основа за дискриминацију у немачком Закону ограничено и таксативно набројано, те су на овај начин многи основи остали изостављени, што у домаћем Закону није случај. У нашем Закону о забрани дискриминације основи су широко постављени, а остављено је и простора за евентуалне нове основе тако да листа није затворена. Имајући ово у виду, домаћи Закон је далеко шире и отвореније сачињен када су у питању заштићени основи, иако додуше са већим степеном општости, међутим то не значи да је стање људских права код нас боље него у Немачкој или да је сексуалним мањинама обезбеђена мања заштита. Да би стање људских права било на задовољавајућем нивоу одредбе закона се морају поштовати и примењивати, што код нас није увек случај.

Наведени антидискриминациони основи у немачком Закону представљају све основе који су наведени и инкорпорирани у њега из одредбе члана 13. Амстердамског уговора (*Amsterdam Treaty*)³³⁹, те стога представљају и минимум загарантованих права. Немачки Закон се ослања и на поједине Директиве Европске Заједнице, поготово на Директиву 2000/43/ЕЗ³⁴⁰ од 29. јуна 2000. године која се односи на забрану дискриминације на основу расе и етничког порекла и на Директиву 2004/113/ЕЗ од 13. децембра 2004. године која се односи на забрану дискриминације на основу пола³⁴¹, а које су обавезујуће за све државе чланице Европске Уније, а затим и на Директиву 2000/78/ЕЗ од 27. новембра 2000. године о успостављању општег оквира за једнак третман при запошљавању и занимању³⁴² као и на Директиву 2002/73/ЕЗ Европског парламента и Савета од 23. септембра 2002. године којом се мења Директива Савета 76/207/ЕЕЗ о спровођењу принципа

³³⁸ Члан 1. Закона о забрани дискриминације Савезне Републике Немачке (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*), доступан на немачком језику на <http://www.gesetze-im-internet.de/agg/>.

³³⁹ <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/EUAmsterdam-treaty.pdf>.

³⁴⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML>.

³⁴¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:373:0037:0043:en:PDF>.

³⁴² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:HTML>.

једнаког третмана мушкараца и жена у погледу приступа запошљавању, стручној обуци, унапређењу и условима рада³⁴³.

Међутим, Устав односно Основни закон Немачке (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*³⁴⁴) од 1949. године, последњи пут мењан крајем 2014. године, од централне је важности за разумевање правног оквира из области дискриминације у Немачкој³⁴⁵, док је целокупан први део Основног закона посвећен основним правима од којих централно место заузимају људско достојанство (члан 1), као најважнија и врховна вредност, и начело једнакости. Суштина гаранције права на људско достојанство јесте поштовање сваког људског бића као индивидуе, једноставно због његове или њене људскости, без обзира на друге карактеристике, а у складу са овим гледиштем судска пракса Савезног Уставног суда Немачке (*Bundesverfassungsgericht*) доследно наводи да сваки појединац треба да буде третиран не само као предмет државне акције, већ да буде поштован као субјекат и самим тим као циљ сам по себи³⁴⁶. Основни закон Немачке не дефинише појам дискриминације, већ су антидискриминациони основи набројани у оквиру права на једнакост. У члану 3. Основног закона Немачке свима је гарантовано начело једнакости односно једнакост пред законом, посебно истичући да мушкарци и жене имају иста и једнака права и да држава треба да промовише имплементацију начела једнакости и да учини даље кораке како би елиминисала дискриминацију. Сходно истом члану забрањена је дискриминација на основу пола, родитељства, расе, језика, порекла и земље порекла, вере или религијских или политичких мишљења, а нарочито на основу инвалидитета. Међу антидискриминационе основе није експлицитно сврстана сексуална оријентација нити родни идентитет, што не значи да нема никаквих гаранција у оквиру загарантованог права на једнакост и људско достојанство.

Савезни Уставни суд Немачке третира сексуалну оријентацију и идентитет, обухватајући и хомосексуалност и транссексуалност, као део људске личности која

³⁴³<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:269:0015:0020:EN:PDF>.

³⁴⁴<https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg/245216>.

³⁴⁵Mahlmann, M, 2014, *Report on Measures to Combat Discrimination - Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, Country Report 2013 – Germany*, pp. 3, доступан на интернет страници Европске мреже правних експерата у области забране дискриминације www.non-discrimination.net/law/national-legislation/country-reports-measures-combat-discrimination.

³⁴⁶Mahlmann, M, 2014.

је заштићена у оквиру гаранција за људско достојанство и уопштеног права на личност³⁴⁷. Неколико предмета о којима се пред овим Судом одлучивало јасно показују да сексуална оријентација у пракси има правну заштиту. Наиме, пресуда Савезног Уставног суда од 7. маја 2013. године³⁴⁸ тиче се спора о пореским олакшицама приликом заједничког разрезивања пореза на доходак, које се примењују само на хетеросексуалне супружнике, а не и на истополне регистроване партнере. Према овој пресуди, одговарајуће одредбе које регулишу разрезивање пореза су неуставне и представљају кршење општег права на једнакост пред законом и неоправдано доводе до дискриминације. Сходно томе, прописи се морају изменити ретроактивно до датума када је закон којим се истополним паровима дозвољава склапање регистрованог партнерства ступио на снагу.

Затим, следећи предмет пред Савезним Уставним судом тиче се питања да ли представља кршење начела једнакости ако закон предвиђа могућност за супружника у хетеросексуалном браку да усвоји дете као и усвојено дете другог супружника, а за партнера који живи у истополном регистрованом партнерству предвиђена је могућност да усвоји дете другог партнера, али не и усвојено дете другог партнера³⁴⁹. Суд је у овом случају одлучио да не постоји оправдани разлог за овакво различито третирање хетеросексуалних супружника и парова у истополном регистрованом партнерству. Овакво поступање, према оцени Суда, представља кршење начела једнакости садржано у члану 2. Основног закона.

Још једна пресуда Окружног суда сведочи о томе да дискриминација на основу сексуалне оријентације није у складу са начелом једнакости и као таква не сме бити оправдана. Пред Окружни суд *Berlin-Schöneberg (Amtsgericht Schöneberg, AG Schöneberg)* је изнето питање допуштености усвојења сада већ одраслих бивших хранјеника од стране истополних партнера који живе у цивилном партнерству³⁵⁰. Установљено је да забрана усвојења од стране цивилних партнера према одредбама немачког *BGB* и Закона о животном партнерству није у

³⁴⁷Mahlmann, M, 2014, pp. 29.

³⁴⁸BvR 909/06; 2 BvR 1981/06; 2 BvR 288/07, Mahlmann, M, 2014, pp. 14.

³⁴⁹1 BvL 1/11; 1 BvR 3247/09, Mahlmann, M, 2014, pp. 15.

³⁵⁰24 F 172/12; 24 F 250/12, Mahlmann, M, 2014, pp. 22.

сагласности са начелом једнакости и стога је неуставна, имајући у виду да је ово право признато само венчаним хетеросексуалним паровима.

Посебно интересантно решење представља садржина члана 19. немачког Закона о једнаком третману, којом је приликом издавања стамбеног простора дозвољен различит третман у циљу стварања и одржавања социјално стабилне структуре становника и хармоничне структуре насеља као и уравнотежено остваривање економских, социјалних и културних услова. Дакле, овакво прављење разлике и различито третирање се неће сматрати дискриминацијом према одредбама овог Закона. Међутим, посматрајући са становишта људских права оваква одредба отвара могућност њене злоупотребе и вршења дискриминације, имајући у виду да ће закуподавац моћи потпуно легално да одбије потенцијалног закупопримца нпр. на основу његовог етничког порекла сматрајући да би се тиме нарушила хармонија и социјално стабилна структура становника тог насеља, стварајући тиме делове града који су искључиво насељени досељеницима као врсту гета или тако што би за мигранте цена закупнине стамбеног простора била знатно већа у односу на Немце за стамбени простор једнаког и истог квалитета и величине. Ако одређени потенцијални закупопримац није немачког порекла не мора да значи да ће се понашати на другачији или неприхватљив начин и тиме угрозити социјалну стабилност. На овај начин се нарушава и начело једнакости које је загарантовано свима, и то не само и искључиво онима који су држављани Немачке већ свима који се налазе под њеном јурисдикцијом. Ова одредба такође повлачи и питање њене усклађености са Основним Законом. Веома је тешко доказати овакав вид дискриминације, јер се јако ретко дешава да закуподавац не изда стан због нечијег етничког порекла, расе или религијских веровања, већ се често користе неким другим изговорима. Забрана дискриминације у области становања се односи на оне власнике који дају у закуп више од педесет станова (члан 19. став 5). Федерална Антидискриминациона Агенција је вршила истраживање о стању дискриминације у области становања, а као резултат је добијено да су у просеку у 7% случајева лица која су се јавила као заинтересована за рентирање стана а која су припадала мигрантским структурама (што је било евидентно или због нагласка или због изражавања религијских веровања кроз

начин облачења попут Јевреја, муслимана итд) била чешће дискриминисана него лица која су припадала немачкој већини становништва³⁵¹. Немачки Закон у члану 20. даље предвиђа и друге ситуације у којима је различито третирање дозвољено. Дакле, различито третирање на основу религије, инвалидитета, старости, сексуалног идентитета или пола се не сматра кршењем забране дискриминације ако за то постоји објективан разлог. То је посебно случај ако се различито третирање односи на избегавање опасности, превенцију штете или друге сврхе сличне природе, затим ако се односи на потребу да се заштити приватни живот и лична сигурност, на одобравање посебних погодности а не постоји интерес за спровођење једнаког третмана и ако се односи на религију дотичног лица и оправдано је у односу на остваривање слободе вероисповести или у односу на право на самоопредељење верских заједница, њихових пратећих објеката без обзира на њихову правну форму и удружења која заједнички негују једну религију у складу са одговарајућим самопоштовањем.

Устав Аустрије који је донет 1930. године, а последњи пут мењан и допуњаван 2014. године, у члану 7. гарантује начело једнакости пред законом свим држављанима и све привилегије на основу рођења, пола, имовине, класе или вере су искључене и нико не сме бити дискриминисан ни на основу инвалидитета. Држава (федерација, покрајине и општине) се обавезује да обезбеди једнак третман лицима са инвалидитетом и лицима без инвалидитета у свим сферама свакодневног живота и залаже се за фактичку једнакост мушкараца и жена. Аустрија је на федералном нивоу донела Савезни закон о једнаком третирању (*Bundesgesetz über die Gleichbehandlung, Gleichbehandlungsgesetz - GIBG*) још 2004. године, а последње измене и допуне су усвојене 2015. године³⁵². Закон се састоји из пет делова и то 1) једнак третман жена и мушкараца у области рада, 2) једнак третман у области рада без обзира на етничку припадност, веру или уверење, старост или сексуалну оријентацију, 3) једнак третман без обзира на пол или етничку припадност у

³⁵¹ Müller, A, 2015, *Diskriminierung auf dem Wohnungsmarkt.Strategien zum Nachweis rassistischer Benachteiligungen (Discrimination in the housing market. Strategies for furnishing proof of racist discriminations)*, Истраживање Федералне Антидискриминационе Агенције Немачке и експертско мишљење, pp. 1, доступно на интернет страници Федералне Антидискриминационе Агенције http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/EN/publikationen/factsheet_engl_Diskriminierung_auf_dem_Wohnungsmarkt.pdf?__blob=publicationFile.

³⁵² http://www.jusline.at/Gleichbehandlungsgesetz_%28GIBG%29.html, 10.09.2015.

осталим областима и принципи регулисања једнаког третмана без обзира на етничку припадност у осталим областима, 4) принципи регулисања једнаког третмана без обзира на етничку припадност у пословном животу у области пољопривреде и шумарства и 5) завршне одредбе. У Закону појам дискриминације као појаве није дефинисан, већ су дефинисани поједини облици дискриминације који се јављају као појавни облици у сваком поглављу, попут директне и индиректне дискриминације, узнемиравања и сексуалног узнемиравања.

Вршећи анализу аустријског законског текста, антидискриминационих основа има свега пет који су експлицитно наведени, па се намеће питање да ли је круг основа тиме затворен или би ипак Закон требало тумачити екстензивније и наведену листу основа схватити само као општи оквир. Међутим, на покрајинском нивоу су такође донети закони који забрањују дискриминацију и чија листа основа је нешто прецизнија и проширенија. Према извештају о стању дискриминације за државу Аустрију можемо увидети да је у законима на покрајинском нивоу уврштен и инвалидитет, а у Бечкој покрајини су основи проширени и на материнство и родитељство, док све аустријске покрајине као антидискриминациони основ садрже сексуалну оријентацију³⁵³, а ниједан закон, ни на савезном ни на покрајинском нивоу, не наводи изричито родни идентитет. Савезни закон не садржи дефиницију сексуалне оријентације, као ни експлицитну одредбу којом се забрањује вишеструка дискриминација, међутим имајући у виду принцип *argumentum a minori ad maius* евидентно је да је такав облик дискриминације забрањен.

Уједињено Краљевство је усвојило Закон о једнакости (*Equality Act 2010*)³⁵⁴ 2010. године, а краљевски пристанак је добијен 8. априла 2010. године. Закон не садржи дефиницију појма дискриминација, али садржи дефиницију појединих његових појавних облика, међу којима су директна, индиректна и двострука дискриминација, узнемиравање, виктимизација. Закон у свом другом делу

³⁵³ Schindlauer, D, 2014, *Report on Measures to Combat Discrimination – Country Report 2013 - Austria*, pp. 16 и 17, доступан и на интернет страници Европске мреже правних експерата у области забране дискриминације <http://www.non-discrimination.net/law/national-legislation/country-reports-measures-combat-discrimination>.

³⁵⁴ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/notes>, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf, 10.09.2015.

експлицитно наводи заштићене антидискриминационе основе, па је дискриминација забрањена на основу старости, инвалидности, промене пола, брака или цивилног партнерства, трудноће и материнства, расе, вере или уверења, пола и сексуалне оријентације. За потребе овог истраживања осврћу се искључиво на забрану дискриминације на основу промене пола и сексуалне оријентације. Забраном дискриминације на основу промене пола обухваћена су лица која су предложена да се подвргну, пролазе кроз или су подвргнута процесу или делу процеса у циљу промене пола тог лица мењајући психолошке или друге особине пола (члан 7). Одредбама Закона предвиђена је забрана дискриминације на основу промене пола у случајевима одсуства са посла, тако да је транссексуално лице дискриминисано ако оно одсуствује са посла због промене пола а друго лице га третира неповољније него што би транссексуално лице третирало њега у случају одсутности због болести или повреде или одсутности из неког другог разлога, а није разумно да се транссексуално лице неповољније третира. Закон, наиме, појам сексуалне оријентације одређује као сексуалну оријентацију лица према лицима истог пола, лицима супротног пола или према лицима оба пола (члан 12).

Закон УК од свих претходно поменутих закона других држава у области антидискриминационог права једини на мало прецизнији и детаљнији начин регулише забрану дискриминације на основу промене пола и наводи изричито које су то ситуације у којима до дискриминације може доћи и у којима заштита од овог вида дискриминације може да се захтева. Овакве одредбе доводе до закључка да Закон не одликује велики степен општости, него ипак мало конкретније уређује ово питање. Међутим, иако је данас готово незамисливо да у УК постоји оправдање за вршење дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета, британско друштво није одувек било толерантно према лицима истополне сексуалне оријентације нити је оно увек представљало антидискриминациони основ. Наиме, тек 1967. године усвојен је Закон о сексуалним деликтима (*Sexual Offences Act*) према чијим одредбама хомосексуални чин у приватности није представљао кривично дело под условом да је био добровољан и да су учесници овог чина старији од 21 године³⁵⁵. Што се тиче дискриминације на основу сексуалне

³⁵⁵Sargeant, M, 2013, *Discrimination and the Law*, Routledge, New York, pp. 127.

оријентације у Уједињеном Краљевству, све од 2003. године па надаље се дискриминација по овом основу сматра незаконитом, док се пре доношења овог Закона од 2010. године промена пола као основ за дискриминацију третирао као питање дискриминације на основу пола³⁵⁶, као што и Европски суд правде питање и спорове о дискриминацији на основу родног идентитета сврстава под дискриминацију на основу пола.

3.3. Појам дискриминације и правна регулатива забране дискриминације према међународним, регионалним и европским документима

Ово поглавље је посвећено важећим међународним изворима права у области забране дискриминације, а који су универзалног и регионалног карактера. Међународни извори права људских права, укључујући и антидискриминационо право се базира на сагласности држава које свој формални пристапак и обавезност исказују приступањем или ратификацијом и имплементацијом у домаћи правни систем. Они могу бити у форми уговора, конвенције, повеље, пакта итд, али суштинске разлике ту нема, разлика је чисто терминолошке природе. Приликом анализе појединих најзначајнијих докумената нагласак ће, пре свега, бити на одредбама антидискриминационог права, а посебно имајући у виду правну регулацију забране дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета.

3.3.1. Међународни документи

Међународна регулатива и позитивно-правно утемељење права људских права датира још од усвајања Повеље Уједињених нација, која на глобалном нивоу представља и прве гаранције људских права и основних слобода. Повеља Уједињених нација³⁵⁷, као један од најбитнијих међународних докумената, садржи

³⁵⁶Sargeant, M, 2013.

³⁵⁷Повеља УН представља оснивачки уговор међународне организације Уједињене нације, која је усвојена у Сан Франциску 26. јуна 1945. године од стране 51 државе, међу којима је била и тадашња Југославија. Повеља је ступила на снагу 24. октобра 1945. године.

неколико циљева чијем остварењу се тежи. Поучени трагичним и катастрофалним искуством и последицама након Другог светског рата и ужасним примерима кршења људских права почињених холокаустом, Уједињене нације, па и сама Повеља су настале из потребе да се задовоље циљеви наведени у овом правном инструменту како би се обезбедио и одржао међународни мир и безбедност, да се у оквиру ове организације усклађују акције предузете зарад постизања свих ових заједничких циљева. Истакнута су два циља која су од суштинске важности за тему којом се бавимо. Наиме, као један од циљева у члану 1. став 1. тачка 2. наведено је поштовање начела једнакости и равноправности, односно као циљ се конкретно наводи: „развијање међу нацијама пријатељских односа заснованих на поштовању начела равноправности и самоопредељења народа и предузимање других одговарајућих мера ради учвршћења општег мира”.

Када је у питању дискриминација, у Повељи се не употребљава експлицитно та реч нити је ова појава дефинисана, али се регулишу људска права и слободе без обзира на особине, припадност итд. Већ у следећој тачки 3. истог члана се управо регулишу права и слободе као један од главних циљева Уједињених нација и наводи се „постизање међународне сарадње решавањем међународних проблема, економске, социјалне, културне или хуманитарне природе, и *унапређивање и подстицање поштовања права човека и основних слобода за све без обзира на расу, пол, језик или веру*” (нагласио аутор). Дакле, наведени су поједини заштићени антидискриминациони основи. Усвајањем Повеље Уједињених нација, одредбе о забрани дискриминације које се односе на свакога су постале признати део међународног права³⁵⁸. Сексуална оријентација и родни идентитет се у Повељи нити дефинишу нити наводе као део листе заштићених основа. Овај међународни документ одликује уопштеношћу и неодређеношћу, што се може приметити из наведених одредаба, које веома начелно пружају гаранције људских права без конкретизације.

Документ универзалног карактера који је уследио након Повеље јесте Универзална декларација о правима човека. Наиме, у оквиру Уједињених нација,

³⁵⁸ Weiwei, L, 2004, *Equality and Non-discrimination Under International Human Rights Law*, Norwegian centre for Human Rights, University of Oslo, Research Note 03, pp. 5.

од стране Генералне скупштине 10. децембра 1948. године усвојена је и прокламована Универзална декларација о правима човека, резолуцијом 217 А (III)³⁵⁹. Генерална скупштина Уједињених нација је Универзалну декларацију усвојила као резолуцију, што значи да она није правно обавезујући документ. Веома је распрострањено схватање да Универзална декларација представља део обичајног међународног права и да је, стога, као таква обавезујућа за све државе и на тај начин наставља да буде водич развоја међународног права људских права³⁶⁰. Међутим, без обзира на своју правну (не)обавезност, Универзална декларација је несумњиво извршила значајан утицај како на будуће међународне правне инструменте који су вођени идејама и циљевима утврђеним у Универзалној декларацији, тако и на унутрашње правне системе. Чак су и немачки судови у својим новијим одлукама признали стваралачки утицај Декларације на обичајна правила и судови су повремено и упућивали на Декларацију приликом разматрања наводних кршења права³⁶¹.

Ово је први пут у историји да документ за који се сматра да има универзалну вредност буде усвојен од стране међународне организације и да су људска права и слободе установљена толико детаљно³⁶². Усвајање Универзалне декларације је уследило након Другог светског рата и разарања великих размера која су задесила државе у свету и проистиче из јаке жеље да се након рата успоставе међународни мир и безбедност.

У Преамбули Универзалне декларације³⁶³ су установљени циљеви као и одређене вредности које је потребно поштовати и унапређивати. Као један од њих јесте да је признавање урођеног достојанства и једнаких и неотуђивих права свих чланова људске породице темељ слободе, правде и мира у свету, али такође и

³⁵⁹Текст Декларације доступан на <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.

³⁶⁰Brownlie, I, 1998, *The Principles of Public International Law*, 5th edition, Clarendon Press, pp. 575, видети и Crawford, J, 2012, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th edition, Oxford University Press, pp. 522.

³⁶¹Више о томе и на која све законодавства је Декларација имала утицаја видети у Hannum, H, 1995/96, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 26, pp. 294.

³⁶²<http://www.un.org/rights/50/carta.htm>, 31.08.2013.

³⁶³Више о природи, утицају и значају Преамбуле Универзалне декларације видети код Aggelen, J. van, 1999/2000, *The Preamble of the United Nations Declaration of Human Rights*, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 28:2.

развијање пријатељских односа, успостављање сарадње на решавању међународних проблема, подстицање друштвеног напретка и побољшање, поштовање и примена људских права и основних слобода без обзира на разлике међу људима. Овим међународним документом се изричито штите вредности као што су достојанство и једнакост свих људских бића, што представља темељ слободе, правде и мира у свету³⁶⁴. Као највиша тежња обичног човека наводи се стварање света у којем ће људска бића да уживају слободу говора и веровања, да буду слободна од страха и немаштине, с обзиром да је непоштовање и ниподаштавање права човека водило варварским поступцима који су вређали савест човечанства. Државе чланице су се такође обавезале да у сарадњи са Уједињеним нацијама обезбеде опште поштовање и примену људских права и основних слобода, док је опште разумевање ових права и слобода најважније за пуно остварење ове обавезе.

Универзална декларација о правима човека регулише материју забране дискриминације тако што већ на самом почетку у члану 1. прокламује и гарантује начело једнакости, истичући да се сва људска бића рађају једнака у правима и достојанству³⁶⁵. Универзалном декларацијом се свакоме гарантују сва права и слободе која су утврђена у њој и то без икаквих разлика у погледу расе, боје, пола, језика, вероисповести, политичког или другог мишљења, националног или друштвеног порекла, имовине, рођења или других околности (члан 2. став 1). Од свих личних својстава који су изричито наведени као основ за дискриминацију се не спомињу сексуална оријентација и родни идентитет, али се свакако могу уврстити међу заштићене основе кроз одредницу друге околности. Набројану листу основа који су заштићени свакако треба тумачити само као општи оквир и као примерице наведене основе.

Прописујући начело једнакости, члан 7. Декларације садржи два концепта, тако што се гарантује да су 1) сви једнаки пред законом и да 2) сви имају право на једнаку заштиту права без икакве дискриминације, а такође сви имају право на

³⁶⁴ Поповић, Н, 2002, стр 19.

³⁶⁵ Члан 1. Универзалне декларације гласи: „ Сва људска бића рађају се слободна и једнака у достојанству и правима. Она су обдарена разумом и свешћу и треба једни према другима да поступају у духу братства”.

једнаку заштиту против дискриминације којом се крши Декларација као и против сваког подстицања на овакву дискриминацију. Тумачећи члан 7. Декларације, Лиистиче да једнакост пред законом значи да сваки појединац има право на непристрасну примену закона, без обзира на то о којем закону се ради, док једнака заштита без дискриминације има много ширу примену и значи да би материјалне одредбе закона требале да важе за све подједнако, што уједно не значи да би сви требали да се третирају на потпуно исти начин, али не би требало да буду дискриминисани и третирани другачије на ирационалном и арбитарном основу³⁶⁶. Такође је свакоме гарантовано право на ефикасну заштиту од кршења основних права која су му призната уставом или законом од стране националних судова (члан 8). Поједини аутори сматрају да чланом 2. није установљено опште начело једнакости, већ се односи на једнакости у односу на права и слободе наведене у Декларацији³⁶⁷.

Универзална декларација је извршила велики морални утицај и представља и морално-правни основ људских права данас. А чињеница да је политички и морални значај Декларације од самог почетка надмашује њен конкретни правни значај позива на научна размишљања о симболичној димензији овог документа³⁶⁸.

Према *Yecies*, Уједињене нације се сусрећу са питањем да ли су закони који су дискриминативни на основу сексуалне оријентације уопште оправдани и да ли представљају недопустиво порицање права на једнаку заштиту предвиђену члановима 2. и 29. Универзалне декларације и поставља питање да ли је заштита против дискриминације на основу сексуалне оријентације уопште гарантована и уврштена међу одредбе Универзалне декларације, имајући у виду да Декларација охрабрује све државе чланице УН-а да штите одређена права, док је циљ да се државе чланице охрабре да штите права која људи природно поседују и која су основна да би се водио достојанствен живот³⁶⁹. Члан 29. Универзалне декларације предвиђа да свако има дужност према заједници која појединцу омогућава

³⁶⁶Weiwei, L, 2004, pp. 15.

³⁶⁷Weiwei, L, 2004, pp. 17.

³⁶⁸Bernstorff, Jochen von, 2008, The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in International Law, *The European Journal of International Law*, 19 (5), pp.903.

³⁶⁹Yecies, S, 2011, Sexual orientation, Discrimination and the Universal Declaration of Human Rights, *Chicago Journal of International Law*, 2, Vol. 11, pp. 789, 791.

слободно и пуно развијање његове личности (став 1), док у вршењу својих права и слобода свако може бити подвргнут само оним ограничењима која су предвиђена законом искључиво у циљу обезбеђења нужног признања и поштовања права и слобода других иу циљу задовољења правичних захтева морала, јавног реда и општег благостања у демократском друштву (став 2). Ова права и слободе ни у ком случају не могу се извршавати противно циљевима и начелима Уједињених нација (став 3). Члан 29. Универзалне декларације представља једну општу ограничавајућу клаузулу која државама даје могућност да ограниче обим права наведених у Декларацији. Стога, могуће је да се поједини теоретичари воде овом клаузулом и искористе је као разлог којим би се дискриминација на основу сексуалне оријентације и родног идентитета оправдала водећи се ставовима о заштити морала, што би по мом мишљењу било превише екстензивно тумачење и недопустиво имајући у виду сталну тежњу ка напретку у области људских права и проширивању листе загарантованих основа за забрану дискриминације, као и забрану сужавања и смањивања постигнутог нивоа заштите и гаранција људских права у демократском друштву. Имајући у виду ограничења предвиђена чланом 29, *Yecies* поставља питање да ли се њиме обезбеђује основа за утврђивање не само када нека права могу да се ускрате него и која права су из Универзалне декларације искључена³⁷⁰. Она истиче да према многим тумачењима одговор на ова питања треба да буде потврдан и да члан 29. треба да се тумачи у контексту културног релативизма, што значи да о пружању заштите појединим правима треба слободно да одлучују државе чланице појединачно, а да при томе уважавање морала, као најплеменитијег продукта културе, може да представља значајан и објективан државни интерес којим би се оправдавао диференцијални третман. Овакво тумачење је мало проблематично с обзиром на то да постоје поједине државе које се темеље на одређеним моралним начелима која свој основ проналазе у релгијских схватањима и тумачењима која не подржавају хомосексуалност и транссексуалност.

У свом раду, *Yecies* износи став да у земљама чији је правни систем заснован на религији, забрањивање дискриминације на основу сексуалне оријентације може

³⁷⁰*Yecies*, S, 2011, pp. 794.

да има ефекат подривања кохерентности и интегритета закона, нарочито ако се правни систем заснива на моралном систему вредности који забрањује или осуђује хомосексуалност³⁷¹. У земљама у којима религија и религијска схватања, тумачења и ставови имају примарно или барем доминантно место, дискриминација на основу сексуалне оријентације и родног идентитета ће се оправдати и одобрити, па тако у сукоб долазе религија и право на једнакост свих без дискриминације. Не сме се заборавити да секуларизам представља део европских вредности, иако и поред чињенице да је црква одвојена од државе постоје још увек поједине секуларне државе у којима је утицај цркве и религије веома снажан у креирању јавног мњења и схватања морала и вредности и на тај начин она посредно врши утицај или има одређену улогу на државну политику. Религија и институције које религију пропагирају би требало да уче своје припаднике вере толеранцији и једнакости, да пропагирају и дају позитивне примере таквом моделу понашања у којем ниједан члан заједнице не би требало да се осећа угрожено због доминације одређених религијских схватања који су у супротности са начелом једнакости и начелом забране дискриминације.

У раду поменуте ауторке поставља се питање да ли дискриминација на основу сексуалне оријентације може да се правда незнањем и да ли је она заправо неопходна зарад стабилности државе, чак и ако је она либерално уређена, подсећајући да не могу сва права да буду изнад државе и њеног политичког уређења игноришући религију, културу и политику. Међутим, сматрам да забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета ни на који начин не може да угрози или уруши стабилност једне државе, али итекако може да подстакне све њене припаднике да буду толерантнији и отворенији према свему што одступа од конвенционалних правила заступљених у појединим традиционалним и обичајним правилима и учине све напоре да њихов живот буде квалитетнији и успешнији без нарушавања права других који уистину представљају мањински део сваког друштва. Морам такође истакнути да хомосексуалност никако не представља одређену врсту каприца појединца нити модел понашања који се учи, стиче или мења, нарочито ако имамо у виду да је хомосексуалност

³⁷¹Yecies, S, 2011, pp. 808.

била присутна у људском друштву још од самих његових почетака и постанка човечанства.

Следећи веома значајни међународни документи универзалног карактера у борби против дискриминације, који су донети у оквиру Генералне скупштине Уједињених нација јесу Међународни пакт о грађанским и политичким правима и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, оба из 1966. године. Међународни пакт о грађанским и политичким правима је ступио је на снагу 23. марта 1976. године³⁷², када је потребних 35 држава депоновало инструменте о ратификацији или приступању³⁷³, док је Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима ступио на снагу 3. јануара 1976. године. Савезна Федеративна Република Југославија (СФРЈ) је ратификовала Међународни пакт о грађанским и политичким правима, као и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима законом од 30. јануара 1971. године³⁷⁴.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима обавезује све државе чланице Пакта да поштују и гарантују свим лицима која се налазе на њиховој територији и која потпадају под њихову надлежност, права призната овим Пактом без обзира на расу, боју, пол, језик, веру, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, имовно стање, рођење или сваку другу околност (члан 2. став 1). Државе чланице овог Пакта су преузеле обавезу да у складу са својим уставним поступком и одредбама овог Пакта предузму кораке који би омогућили усвајање таквих законских или других мера којима се могу остварити права која су Пактом призната, а која још нису ступила на снагу (члан 2. став 2). Међународни пакт о грађанским и политичким правима јемчи свакоме право на једнакост пред законом, као и право на подједнаку заштиту закона без

³⁷²Међународни пакт о грађанским и политичким правима је усвојен у Њујорку 16. децембра 1966. године резолуцијом Генералне скупштине 2200А (XXI), а отворен је за потпис, ратификацију и приступање 16. децембра 1966. године. Исто тако и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима.

³⁷³Информације доступне на интернет страници Канцеларије за људска и мањинска права Владе Републике Србије <http://www.ljudskaprava.gov.rs/index.php/yljudska-prava/konvencije/53-medunarodni-pakt-o-gradanskim-i-politickim-pravima>, 1.05.2014.

³⁷⁴Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 7/1971.

икакве дискриминације, те стога закон мора забрањивати сваку дискриминацију и обезбедити свим лицима подједнаку и успешну заштиту против сваке дискриминације, а нарочито у погледу расе, боје, пола, језика, вере, политичког и другог убеђења, националног или социјалног порекла, имовног стања, рођења или сваког другог стања (члан 26). Сексуална оријентација и родни идентитет ни у овом Пакту не заузимају изричито место у одредбама, али се могу сврстати под сваку другу околност или стање.

Једно од значајних тела Уједињених нација са надзорном функцијом јесте Комитет за људска права. У оквиру четвртог одељка, чланом 28. уставновљена је обавеза да се оснује Комитет за људска права, који би требао да се састоји од 18 чланова, који представљају националне стручњаке држава чланица са високим моралним карактеристикама и критеријумима и признатом компетентношћу у области људских права. Комитет је орган састављен од независних експерата који врше мониторинг над имплементацијом и применом Међународног пакта о грађанским и политичким правима од стране држава уговорница, а састаје се у Женеви или Њујорку три пута годишње³⁷⁵. Све државе уговорнице су обавезне да поднесу редовне извештаје Комитету о начину на који су права имплементирани, након чега Комитет прегледа сваки извештај и изражава своју забринутост и препоруке држави уговорници. Одредбама Пакта се омогућава Комитету право да разматра међудржавне тужбе, док према Првом опционом протоколу уз Пакт има надлежност да испитује индивидуалне тужбе у вези са наводним кршењем Пакта од стране државе уговорнице Протокола.

Године 1992. се пред Комитетом нашао случај Тунен против Аустралије³⁷⁶. Наиме, Николас Тунен је био мушкарац хомосексуалне оријентације из Тасманије, а обратио се Комитету за људска права 1991. године. У то време, Тасманија је била једина земља у Аустралији у којој су хомосексуални односи, чак и ако су добровољни и између одраслих и у приватности, били криминализовани, а забрана

³⁷⁵<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIntro.aspx>, 6.06.2014.

³⁷⁶*Toonen v. Australia*, Communication no. 488/1992, цео случај можете пронаћи на интернет страници библиотеке Универзитета у Минесоти - <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws488.htm>, 10.06.2014.

се оправдавала јавним здрављем и моралом³⁷⁷. Господин Тунен је тврдио да је таква одредба кршила његово право на приватност гарантовано чланом 17. Међународног пакта о грађанским и политичким правима, као и да је тиме прекршен члан 26. Пакта³⁷⁸. Овај случај, имајући у виду његове чињенице, у мноме подсећа на случај *Dudgeon v. United Kingdom* из 1981. године³⁷⁹. Као резултат његовог обраћања Комитету за људска права, господин Тунен је изгубио свој посао као генерални менаџер тасманијског Савета за ХИВ, с обзиром да је тасманијска Влада претила да ће повући финансирање Савета уколико Тунен не буде отпуштен. Комитет за људска права није разматрао овај случај све до 1994. године, али се коначно сагласио да тим да је због таквог законодавства у Тасманији Аустралија прекршила своју обавезу по уговору. Комитет је у овом случају изнео став да се под одредницом пол која је дефинисана у члану 2. став 1. и члану 26. Пакта треба сматрати и укључити и сексуална оријентација. Из овога закључујемо да је становиште Комитета било дасексуална оријентација потпада под пол и да је самим тим и антидискриминациони основ којем се обезбеђује правна заштита иако изричито није наведен. Као последица овакве одлуке и мишљења Комитета, Аустралија је донела закон којим се декриминализују хомосексуални односи у Тасманији и на тај начин се врши утицај на промену националних законодавстава у светлу признавања већег степена и поштовања људских права. Обраћање Тунена Комитету за људска права и подношење представке је на крају довело до историјске једногласне одлуке Комитета 4. априла 1994. године да је тасманијским законом прекршено право на једнаку заштиту и право на приватност њених грађана

³⁷⁷ Swannie, B, 2011, Toonen, 20 years on: Does the ICCPR have any purchase in Australian law?, *Alternative Law Journal*, 4, Vol. 36, pp. 269. Више о томе Joseph, S, 1994, Gay Rights Under the ICCPR – Commentary on Toonen v. Australia, *University of Tasmania Law Review*, 2, Vol. 13, pp. 392, 393, 394.

³⁷⁸ Члан 17. став 1. Међународног пакта о грађанским и политичким правима гласи: „Нико не може бити предмет самовољних или незаконитих мешања у његов приватни живот, у његову породицу, у његов стан или његову преписку, нити незаконитих повреда нанесених његовој части или његовом угледу”. Став 2. истог члана гласи: „Свако лице има право на заштиту закона против оваквих мешања или повреда”. Став 26. Пакта гласи: „Сва су лица једнака пред законом и имају право без икакве дискриминације на подједнаку заштиту закона. У том смислу, закон мора да забрањује сваку дискриминацију и да обезбеди свим лицима подједнаку и успешну заштиту против сваке дискриминације, нарочито у погледу расе, боје, пола, језика, вере, политичког или другог убеђења, националног или социјалног порекла, имовног стања, рођења или сваког другог стања”.

³⁷⁹ Више о томе: Sanders, D, 2002, Human Rights and Sexual Orientation in International Law, *International Journal of Public Administration*, 25 (1), pp. 28, 29.

као и Међународни пакт о грађанским и политичким правима³⁸⁰. Још од овог случаја из 1994. године, Комитет за људска права је у Извештају Високог комесара УН за људска права изнео став да закони који инкриминишу приватне и добровољне истополне односе између одраслих заправо крше право на приватност и право да се не буде дискриминисан и одбацио је аргумент да инкриминација може бити оправдана као разумна из разлога заштите јавног здравља или морала, истичући да примена кривичног законодавства у таквим околностима и ситуацијама није ни потребна ни пропорционална³⁸¹. Ова одлука, иначе прва одлука овакве врсте донета од стране неког међународног тела односно суда, створила је међународну основу за заштиту ЛГБТ права³⁸².

Комитет за људска права је 10. новембра 1989. године усвојио Општи коментар број 18 о забрани дискриминације³⁸³, у којем се забрана дискриминације, заједно са једнакошћу пред законом и једнаком заштитом без дискриминације сматра основним и уопштеним начелом које се односи на заштиту људских права. У Општем коментару се такође истиче да уживање права и слобода на равноправној основи не значи и идентичан третман у сваком случају, нарочито наводећи члан 6. став 5. којим се забрањује извршење смртне казне над лицем млађем од 18 година или над трудном женом. Међутим, у Коментару се разматра и међусобни однос између члана 2. којим се ограничава обим права која су заштићена од дискриминације на она права која су Пактом предвиђена, док се у члану 26. таква ограничења не наводе. Према мишљењу Комитета, члан 26. не само да већ садржи гаранције предвиђене чланом 2, него представља и аутономно право. Комитет жели и да укаже на то да принцип једнакости понекад захтева од држава уговорница да предузму мере афирмативне акције у циљу смањења или елиминисања услова који узрокују или помажу одржавању дискриминације која је

³⁸⁰Wilets D, J, fall 1994, Pressure from Abroad – U.N. human rights ruling strengthens hopes for U.S. gays and lesbians, *Human Rights*, Vol. 21, pp. 22.

³⁸¹Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights: Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, November 2011, pp. 6 (http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_English.pdf, 10.09.2015).

³⁸²Mittelstaedt, E, Summer 2008, Safeguarding the Rights of Sexual Minorities: The Incremental and Legal Approaches to Enforcing International Human Rights Obligations, *Chicago Journal of International Law*, 1, Vol. 9, pp. 361.

³⁸³<http://www.refworld.org/docid/453883fa8.html>, 10.09.2015.

Пактом забрањена. Тако на пример, у држави у којој општи услови одређеног дела становништва спречавају или умањују уживање људских права, држава треба да предузме конкретну акцију да се ти услови исправе, а таква акција може укључивати и одобравање делу популације одређеног преференцијалног третмана у односу на остатак становништва у појединим областима на одређено време. Комитет истиче да дискриминацију не представља свако прављење разлике у третману, ако су критеријуми за такво разликовање разумни и објективни и ако је циљ да се постигне сврха која је законита према Пакту.

Међународним пактом о економским, социјалним и културним правима од 1966. године све државе чланице се обавезују да гарантују да ће сва права која су у Пакту формулисана бити остваривана без икакве дискриминације засноване на раси, боји, полу, језику, вери, политичком мишљењу или каквом другом мишљењу, националном или социјалном пореклу, имовинском стању, рођењу или каквој другој околности (члан 2. став 2). Дакле, одредба је готово идентична одредби из Међународног пакта о грађанским политичким правима када је област забране дискриминације у питању. Пакт садржи веома значајан правни оквир за заштиту основних људских права, као што су одредбе које се односе на право на рад у праведним и задовољавајућим условима, социјалну заштиту, адекватан животни стандард, највише могуће стандарде физичког и психичког здравља, образовања и уживања користи од културне слободе и научног напретка, право на самоопредељење, на рад, право да се оснује и учлани у синдикат, право на социјалну сигурност и социјално осигурање, право на заштиту и помоћ породици, право да се учествује у културном животу. Одредбама оба Међународна пакта појам дискриминације није дефинисан, није одређено која врста понашања представља дискриминацију, али су набројани заштићени основи дискриминације.

Кључни међународни документи у области људских права не садрже појам дискриминације. Међутим, у члану 1. Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена од 1979. године и члану 1. Конвенције о елиминисању свих облика расне дискриминације од 1969. године дефинише се појам дискриминације, а сходно томе дискриминацију представља сваку разлику, искључење, ограничење или давање предности по бројним основима а које има за последицу или циљ да

угрози или онемогући признање, остварење или вршење, равноправно, људских права и основних слобода у политичком, економском, друштвеном, културном животу и у другим областима јавног живота. Једну од дефиниција дискриминације можемо пронаћи и у Препоруци број 7 (*General Policy Recommendation - GPR*) Европске комисије против расизма и нетолеранције у погледу опште политике у државним законима за борбу против расизма и расне дискриминације која је усвојена 13. децембра 2002. године. У Препоруци се дефинишу расизам, директна и индиректна расна дискриминација, с тим да је можемо употребити и када се ради о другим случајевима дискриминације односно о дискриминацији и по другим личним својствима. Расизам се, према томе, дефинише као уверење да својства као што су раса, боја коже, језик, вероисповест, националност или национално или етничко порекло оправдавају омаловажавање особе или групе особа или идеју о надмоћи особе или групе особа. Ову дефиницију можемо да подведемо и под општу дефиницију појма дискриминације, тако што би она представљала уверење да једно или више личних својстава оправдавају омаловажавање или понашање које означава супериорност појединца или групе људи над другим појединцима или групама лица. Сходно Препоруци, директна расна дискриминација представља свако различито третирање засновано на личним својствима као што су раса, боја коже, језик, вероисповест, националност или национално односно етничко порекло, а које нема никакво објективно и разумно оправдање. Различито третирање нема никакво објективно и разумно оправдање када се не тежи остваривању легитимног циља или ако не постоји разуман однос пропорционалности између средстава односно мере која се користи и циља који се намерава постићи. Индиректна расна дискриминација постоји када се ради о мери или случају који је у свом појавном облику неутралан, па се одређена правна норма, критеријум или пракса не могу лако довести у везу са неповољнијим положајем лица или група лица која припадају категорији лица која је због својстава као што су раса, боја коже, језик, вероисповест, националност или национално односно етничко порекло означена другачијом, осим када и ако таква мера или случај имају разумно и објективно оправдање. У Препоруци се значење израза различито поступање широко тумачи и

укључује свако разликовање, искључивање, ограничавање, давање предности или пак пропуштање било у прошлости, било у садашњости или будућности.

Промовисање и заштита свих људских права и основних слобода је суштински значајно за стварање инклузивног друштва за све, а толеранција према сексуалној оријентацији захтева политичку, економску, етичку и духовну визију за друштвени развој заснован на људском достојанству, људским правима, једнакости, поштовању, миру, демократији, узајамној одговорности и сарадњи и пуном поштовању према различитим религијским и етичким вредностима и културном пореклу људи³⁸⁴.

3.3.2. Документи Савета Европе

У оквиру Савета Европе, најстарије европске регионалне организације основане 1949. године³⁸⁵, донета је 1950. године Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, која је ступила на снагу 1953. године. Република Србија је 3. априла 2003. године постала 45-а држава чланица Савета Европе³⁸⁶, док је Европску конвенцију ратификовала 26. децембра 2003. године³⁸⁷. Европском конвенцијом, која представља један од најважнијих инструмената међународног права, штите се људска права и основне слободе сваког појединца који се налази под јурисдикцијом државе која је потписала и ратификовала Конвенцију. Значај Европске конвенције се огледа у томе што она представља део унутрашњег позитивног права, а обезбеђен је и систем судске заштите који је досупан појединцима под одређеним условима.

У преамбули Европске конвенције су установљени основни циљеви којима стреме државе уговорнице и око којих су се сагласиле приликом приступања Конвенцији. Творци Европске конвенције су, пре свега, имали у виду Универзалну

³⁸⁴Mooney Cotter, A, 2010, *Ask No Questions – An International Legal Analysis on Sexual Orientation Discrimination*, Routledge, pp. 52.

³⁸⁵Димитријевић, Д, Поповић, Д, Папић, Т, Петровић, В, 2006, *Међународно право људских права*, Београд, стр. 98.

³⁸⁶<http://www.coe.int/en/web/portal/serbia>, 20.04.2014.

³⁸⁷Сл. лист СЦГ, Међународни уговори, бр. 9/2003.

декларацију о људским правима Уједињених нација, чији је циљ да се осигура опште и стварно признање и поштовање права прокламованих у њој, што значи да им је основа и инспирација за састављање самог текста Конвенције била управо поменута Декларација и циљеви постављени у њој. То је и наглашено у преамбули Конвенције. Затим, циљ Савета Европе, као највеће и најважније регионалне организације, јесте постизање већег јединства између његових чланица, а као један од начина за испуњење тог циља јесте очување и развијање основних људских права и слобода. Европска конвенција је настала као документ који би стремио што потпунијем испуњењу свих ових циљева и што потпунијем остваривању и поштовању људских права и слобода и њиховој ефикаснијој заштити.

Европска конвенција је основни документ Савета Европе којим се забрањује дискриминација, али истовремено не садржи прецизну дефиницију дискриминације. Сам појам дискриминације је разрађиван кроз судску праксу Европског суда за људска права у Стразбуру.

Чланом 19. Европске конвенције је основан Европски суд за људска права са седиштем у Стразбуру, како би се обезбедила контрола над извршавањем обавеза које су државе преузеле Конвенцијом и протоколима који иду уз њу³⁸⁸. Суд је почео са радом 1961. године³⁸⁹. Првобитно су постојала два органа која су била установљена ради заштите права загарантованих Конвенцијом, Европска комисија за људска права³⁹⁰ и Европски суд за људска права. Међутим, 1994. године је усвојен Протокол 11 уз Европску конвенцију (ступио на снагу 1998. године), којим је Европска комисија за људска права укинута, а као нови стални орган установљен је Европски суд за људска права заменио рад претходна два органа³⁹¹. Након усвајања Протокола 11, Европски суд за људска права има задатак и да испитује услове за прихватљивост одређене представке, као и да решава предмете и одлучује о самој основаности конкретне представке³⁹². Недостаци у дотадашњем

³⁸⁸Етински, Р, 2004, *Међународно јавно право, друго издање*, Нови Сад, стр. 315.

³⁸⁹Милосављевић, Б, 2011, *Увод у теорију уставног права*, Београд, стр. 47.

³⁹⁰Задатак Европске комисије за људска права је био да испита услове за прихватљивост представке и да одлучи који ће случај бити достављен Суду на мериторно одлучивање.

³⁹¹Драшкић, М, 2006, *Породично право и права детета*, Београд, стр. 39.

³⁹²Европском конвенцијом су предвиђена два основна вида заштите људских права. Пре свега, Суду се може обратити свака држава уговорница која може да укаже на било коју повреду одредаба Конвенције или протокола уз њу, а која је учињена од стране друге државе уговорнице (тзв.

систему заштите људских права и основних слобода су се односили на да у Универзалној декларацији о људским правима, међународном документу који је претходио Европској конвенцији, није постојао ефикасан систем заштите, јер је представљала врсту апела на поштовање основних људских права и слобода и идеал којем су државе требале да теже, а не правно-обавезујући документ услед чијег би непоштовања државе могле бити кажњене³⁹³. Усвајање Европске конвенције, која има форму међународног и правно-обавезујућег документа у односу на државе потписнице, и стварање Европског суда за људска права уствари представља први озбиљнији корак у правцу институционализације заштите основних људских права и слобода на међународном нивоу³⁹⁴. Што се тиче улоге и значаја Европског суда за људска права, он пре свега има за циљ да унапреди поштовање људских права, постављањем одређених стандарда у овој области. С обзиром да је установљен Европском конвенцијом, његова основна улога јесте да обезбеди поштовање права и обавеза садржаних у Конвенцији, а које су државе уговорнице преузеле њеним ратификовањем³⁹⁵.

Европски суд за људска права је кроз своју судску праксу развио појам дискриминације на начин да је разликовање дискриминаторно ако за то не постоји објективно и разумно оправдање односно ако се не постиже легитимни циљ или ако нема разумног односа пропорционалности између коришћених средстава и циља који се жели остварити, док је приликом поступања у неким случајевима

међудржавни спорови). Са друге стране, постоје и појединачне представке коју може да поднесе појединац односно било које лице, невладине организације или групе лица које тврде да су им повређена права која су установљена Европском конвенцијом или протоколима уз њу. Међутим, да би Суд могао да узме одређени предмет и да по њему поступа мора бити испуњено неколико услова прихватљивости. Пре свега, сви унутрашњи правни лекови, који су предвиђени националним правом државе уговорнице, морају претходно бити исцрпљени, у складу са општепризнатим начелима међународног права, изузев правних лекова који нису доступни или једноставно нису ефикасни. Затим, представка мора да буде благовремена односно поднета у року од шест месеци од дана доношења спорне правноснажне одлуке. Појединачна представка не сме да буде анонимна, јер у супротном Суд по таквој представи неће поступати, као и ако је она у суштини иста са представком коју је Суд већ разматрао или ако је већ поднета некој другој међународној инстанци ради решавања, а не садржи у себи неке нове чињенице које могу бити релевантне за поступање. Ако Суд прогласи да је одређена представка неприхватљива, он ће је тада одбацити, што може да учини у било којој фази поступка.

³⁹³Мијовић, Љ, 2010, Утицај одлука Европског суда за људска права на правне системе држава чланица Вијећа Европе с посебним освртом на Босну и Херцеговину, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, 31/32, год. 32, стр. 233.

³⁹⁴Мијовић, Љ, 2010, стр. 234.

³⁹⁵Члан 19. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године.

одредио појам дискриминације тако што је право да се не буде дискриминисан у уживању права гарантованих Конвенцијом повређено и када државе без објективног и разумног оправдања пропусте да различито поступају према појединцима чије су ситуације значајно различите³⁹⁶.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода регулише одредбе о забрани дискриминације и гарантује свима уживање права и слобода предвиђених Конвенцијом без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, веза с неком националном мањином, имовно стање, рођење или други статус (члан 14). Наведени основи дискриминације нису таксативно изложени, већ само егземплифкативно, тако да је листа основа остала отворена. Као основи за дискриминацију се експлицитно не наводе сексуална оријентација и родни идентитет, али се наводи одредница и други статус под који може да се подведе и сексуална оријентација и родни идентитет, као и неки други основи који су изостављени у Конвенцији. Из садржине текста одредбе члана 14. јасно је да се ради о заштити од дискриминације само оних права предвиђених Конвенцијом, што резултира у томе да није могуће поднети тужбу због неједнаког третмана осим ако је у вези са једним од конкретних материјалних права. Овакво ограничење је донекле ублажено тиме што није потребно показати стварну повреду материјалног права³⁹⁷. Дакле, право на једнакост и забрану дискриминације у Конвенцији није установљено као опште право, већ се искључиво односи на право да се не буде дискриминисан у уживању људских права која су предвиђена одредбама Конвенције.

Резолуција 1728 (2010) је усвојена од стране Парламентарне скупштине Савета Европе 29. априла 2010. године, а кључна област коју регулише јесте дискриминација на основу сексуалне оријентације и родног идентитета. Резолуција нам даје ближе одређење појма сексуалне оријентације и родног идентитета. Парламентарна скупштина Савета Европе подсећа да сексуална оријентација обухвата хетеросексуалност, бисексуалност и хомосексуалност и да представља

³⁹⁶Етински, Р, 2006, Опште одредбе о забрани дискриминације у области људских права, *Правни живот*, 12, стр. 307.

³⁹⁷Weiwei, L, 2004, pp. 19.

дубоки део идентитета сваког људског бића, а да је хомосексуалност декриминализована у свим државама чланицама Савета Европе. Родни идентитет се односи на дубоко осећање и индивидуално искуство рода односно пола сваке особе. Резолуција такође дефинише трансродну особу као особу чији родни идентитет не одговара оном роду односно полу који је одређен рођењем.

Резолуција потврђује да се припадници сексуалних мањина, као и они који се баве заштитом људских права, суочавају са дубоко укоренењем предрасудама, нетрпељивошћу и широко распрострањеном дискриминацијом широм Европе. У већини земаља чланица Савета Европе се као проблем јавља и недостатак знања и разумевања сексуалне оријентације и родног идентитета, а што доводи до великог броја случајева кршења људских права. Највећи проблеми са којима се суочавају припадници сексуалних мањина јесу физичко и вербално насиље, а међу њима злочини из мржње и говор мржње, затим неправедно ограничавање слободе изражавања, окупљања и удруживања, кршење права на приватност и породични живот, кршење права на образовање, рад и здравље, као и редовна стигматизација. Са друге стране, трансродне особе су изложене дискриминацији и лишавању права у многим државама чланицама Савета Европе, а што подразумева дискриминаторне ставове и препреке приликом подвргавања третманима промене пола и законског признавања њиховог новог пола. Као једна од последица оваквог дискриминаторног понашања јесте висока стопа самоубистава трансродних особа, које једини излаз и решење проблема виде у томе. Овај податак је поражавајући за све земље чланице, као и за човечанство у целини. Много људи се и даље суочава са стигматизацијом због своје праве или претпостављене сексуалне оријентације или родног идентитета и због тога су онемогућени да уживају универзална људска права³⁹⁸.

У Резолуцији се истиче да сузбијање хомофобије и трансфобије захтева, пре свега, политичку вољу земаља чланица да доследно спроводе поштовање људских права и да предузму широк спектар иницијатива у том правцу, а истиче се и посебна одговорност парламента у иницирању и подржавању промена у законима и политикама земаља чланица. У Резолуцији се наводи читав низ предлога мера за

³⁹⁸*Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd edition, 2011, pp. 5.

борбу против дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета. Неке од мера које се предлажу и препоручују јесу увођење и развијање програма против дискриминације и програма за развијање свести који негују толеранцију, поштовање и разумевање ЛГБТ особа. Ове мере се посебно односе на јавне службенике, судство, припаднике полиције и оружаних снага, школе, медије, медицинске раднике и спортске кругове.

Комитет министара Савета Европе је 31. марта 2010. године усвојио Препоруку (2010)5 упућену државама чланицама у вези са мерама које је потребно предузети у борби против дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета ³⁹⁹. Комитет министара је приликом израде поменуте Препоруке имао у виду и подсетио да су људска права универзална и да припадају сваком појединцу и да постоји обавеза да се сваком човеку гарантује једнако достојанство и уживање људских права и слобода без икакве дискриминације у складу са Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и њеним протоколима. Исто тако се наглашава да су припадници ЛГБТ популације вековима били, а и даље јесу, изложени хомофобији, трансфобији и другим видовима нетолеранције и дискриминације, укључујући и маргинализацију, социјално искључивање и насиље, чак и унутар сопствених породица, а све због њихове сексуалне оријентације и родног идентитета. Због тога је потребно предузети специјалне мере како би се овим лицима обезбедило пуно уживање људских права. Такође се имала у виду и судска пракса Европског суда за људска права и других међународних институција, који сексуалну оријентацију сматрају за забрањени основ дискриминације и које су допринеле унапређењу заштите трансродних особа. Комитет министара подсећа да у складу са судском праксом Европског суда за људска права, било која разлика у поступању, да се не би сматрала дискриминаторном, мора да има објективно и разумно оправдање односно да се на тај начин постиже легитиман циљ и користе средства која су разумно сразмерна циљу којем се тежи. Имајући све ово у виду, Комитет министара предлаже државама чланицама да испитају постојеће законодавне и друге мере, да их стално

³⁹⁹ *Combating discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity – Council of Europe standards*, June 2011, Council of Europe, pp. 7.

разматрају и да прикупљају и анализирају релевантне податке у циљу праћења и отклањања сваке непосредне или посредне дискриминације на основу сексуалне оријентације или родног идентитета, затим да обезбеде да се законске и друге мере усвајају и делотворно примењују у борби против дискриминације по овим основима како би се обезбедило поштовање људских права лезбејки, гејева и бисексуалних и трансродних особа и промовисала толеранција према њима. Комитет даље предлаже државама чланицама да се постарају да жртве дискриминације буду упознатеса делотворним правним лековима пред националним властима и да им се обезбеди приступ тим правним лековима. У Препоруци се, затим, истиче да би мере за борбу против дискриминације требало да укључују, по потреби, санкције за кршење права и адекватну одштету за жртве дискриминације, као и да се у свом законодавству, политикама и пракси руководе начелима и мерама које су садржане у додатку ове препоруке. Државе чланице би требало да обезбеде да националне институције за заштиту људских права имају јасна овлашћења за решавање проблема дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета, а нарочито би требало да буду у стању да дају препоруке о законодавству, да утичу на подизање свести јавности, као и да, у мери у којој је то предвиђено домаћим законима, разматрају појединачне жалбе у вези са приватним и јавним сектором, да покрећу судске поступке или да у њима учествују.

Парламентарна скупштина Савета Европе је 29. априла 2010. године усвојила Препоруку 1915 (2010) која се односи на дискриминацију на основу сексуалне оријентације и родног идентитета⁴⁰⁰. Парламентарна скупштина сматра да Савет Европе има обавезу да јасно промовише поштовање и забрану дискриминације и да је у позицији да развија стандарде људских права, да пружа стручна мишљења и савете и да може да послужи као форум за дискусије о питањима која се тичу дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета⁴⁰¹. Парламентарна скупштина предлаже да Комитет министара Савета

⁴⁰⁰ *Combating discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity – Council of Europe standards*, June 2011, pp. 51.

⁴⁰¹ Више о томе: *Combating discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity – Council of Europe standards*, June 2011.

Европе надгледа примену препоруке од стране држава чланица по питању мера које треба да се предузму у борби против дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета.

У извештају Комитета министара о имплементацији Препоруке (2010)5 Комитета министара државама чланицама о мерама које је потребно предузети у борби против дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета у Србији се истиче да постоје многи докази који показују да ЛГБТ особе у Србији живе у друштву у којем су широко распрострањени и заступљени хомофобија, насиље и дискриминација, те да у таквим околностима они живе у страху, анксиозности и невидљиви су, како у приватној тако и у пословној сфери живота, што их чини најмаргинализованом социјалном групом у Србији⁴⁰². Наводи се такође да не постоји статистика случаја о дискриминацији и насиљу извршеном на основу сексуалне оријентације и родног идентитета, као ни системски приступ проблему као и преиспитивању ефикасности и спровођења одредаба у важећим антидискриминационим законима, као ни вршење анализа шта би све могло да се уради у областима које у законима нису предвиђене.

3.3.3. Судска пракса Европског суда за људска права

У судској пракси Европског суда за људска права чест је случај да се подносилац представке позива на повреду одређеног материјалног права а у вези са тим позива се и на повреду члана 14. због дискриминације. Када Европски суд разматра наводну повреду члана 14. Конвенције, то увек чини у вези са разматрањем повреде материјалног права⁴⁰³. Члан 14. Конвенције одликује, како то истиче Омејец, несамостална правна егзистенција, јер не постоји правна могућност да самостална повреда члана 14. односно самостална повреда забране дискриминације буде утврђена у конкретном случају у поступку пред Европским судом за људска права, а с обзиром да је поље примене овог члана ограничено само

⁴⁰²*Report on Implementation of the Recommendation CM/Rec (2010) 5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity in Serbia*, 2012/2013, Belgrade, pp. 4.

⁴⁰³*Handbook on European Non-Discrimination Law*, Luxembourg, 2011, pp. 60.

на материјална права предвиђена Конвенцијом и припадајућим протоколима његова природа је више инструменталног карактера⁴⁰⁴. Становиште о независној егзистенцији члана 14. Конвенције Суд је 1985. године потврдио у пресуди у ставу 71. приликом одлучивања у случају *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*⁴⁰⁵ поводом дискриминације на основу пола, расе и порекла, као и у случају *E.B. v. France*⁴⁰⁶ који се водио поводом дискриминације приликом усвојења, а на основу сексуалне оријентације и повреде права на поштовање приватног живота. Међутим, постоји и ситуација када члан 14. одликује аутономност, када Европски суд утврди кршење одредбе члана 14. односно када је држава испоштовала своје обавезе према члану који садржи материјално право и није утврђено његово кршење, али је истовремено дошло до кршења члана 14. у вези са тим материјалним правом⁴⁰⁷.

Веома се често дешава да се неће наставити даље са разматрањем приговора дискриминације када Суд сматра да је дошло до кршења материјалног права, јер се сматра да бисе таквим разматрањем испитивале двесуштински исте притужбе⁴⁰⁸. Пример за овакво поступање Суда је случај *Dudgeon v. United Kingdom*⁴⁰⁹, у којем је Суд одлучио да кривично гоњење за приватне хомосексуалне радње пунолетних мушкараца представља кршење права на приватност које је гарантовано чланом 8. Конвенције, те се није упустио у даље разматрање поводом кршења члана 14. Ово је пример када члан 14. одликује супсидијарност, с обзиром да се испитивање наводне повреде овог члана у вези са одређеним материјалним правом из Конвенције, сходно судској пракси Европског суда разматра након што се

⁴⁰⁴ Омејец, Ј, 2009, Забрана дискриминације у пракси Европског суда за људска права, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 5, стр. 886. Видети и Doty A, K, 2009, From Frette to E. B: The European Court of Human Rights on Gay and Lesbian Adoption, *Law & Sexuality: Rev. Lesbian, Gay, Bisexual & Transgender Legal Issues*, Vol. 18, pp. 123.

⁴⁰⁵ ЕСтHR, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, no. 9214/80; 9473/81; 9474/81, пресуда од 28. маја 1985, пара. 71. гласи: „Према утврђеној судској пракси Суда, члан 14. допуњује остале материјалне одредбе Конвенције и протокола. Он нема самосталну егзистенцију, с обзиром да има ефекта једино у вези са уживањем права и слобода зајемчених овим одредбама. Иако примена члана 14. не претпоставља нужно повреду тих одредби – и до те мере јесте самосталан – не може бити простора за његову примену, осим ако чињенице о којима је реч не потпадају у оквир једног или више каснијих”.

⁴⁰⁶ ЕСтHR, *E.B. v. France*, no. [43546/02](#), пресуда од 22. јануара 2008, пара. 47 и 48.

⁴⁰⁷ Омејец, Ј, 2009, стр. 888.

⁴⁰⁸ *Handbook on European Non-Discrimination Law*, 2011.

⁴⁰⁹ ЕСтHR, *Dudgeon v. the United Kingdom*, no. 7525/76, пресуда од 24. фебруара 1983.

претходно утврди да ли је дошло до повреде члана који садржи материјално право⁴¹⁰.

Сексуална оријентација и родни идентитет се кроз праксу Европског суда⁴¹¹, поред одредбе члана 14. подводе и под заштиту права на приватни и породични живот гарантованог чланом 8. Конвенције (на пример, пресуда од 22. октобра 1981. године за случај *Dudgeon v. the United Kingdom*). Европски суд за људска права је 1999. године у својој пресуди у случају *Mouta v. Portugal*⁴¹² потврдио да је сексуална оријентација основ за дискриминацију у смислу члана 14. Европске конвенције⁴¹³. У случају *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*⁴¹⁴, подносилац представке је 1983. године склопио брак са Ц.Д.С, са којом има ћерку, М. Он се 1990. године одвојио од своје жене и почео да живи у заједници са мушкарцем Л.Г.Ц. Његова жена је покренула бракоразводну парницу и крајем септембра 1993. године је донета пресуда о разводу брака. Током трајања бракоразводне парнице, постигнут је споразум о вршењу родитељског права над дететом у корист супруге, са правом подносиоца захтева на редовне контакте са ћерком, које није био у могућности да користи зато што његова супруга није поштовала договор. У марту 1992. године, подносилац захтева је тражио да се њему додели вршење родитељског права, с обзиром да његова супруга није испуњавала своје родитељске дужности у складу са споразумом. Суд за породична питања у Лисабону је у јулу 1994. године донео пресуду, којом је вршење родитељског права доделио подносиоцу захтева, с обзиром на то да је мајка та која се није показала подобном да пружи детету услове за складан и миран живот, као и то да у више наврата није успевала да испоштује одлуке суда. Ћерка је живела са подносиоцем захтева неколико месеци, када је наводно отета од стране његове бивше супруге. Подносилац захтева је отмицу пријавио и у току је кривични поступак у вези са

⁴¹⁰Омејец, Ј, 2009, стр. 890.

⁴¹¹Више о случајевима дискриминације на основу сексуалне оријентације пред Европским судом за људска права видети код Danisi, С, 2011, How far can the European Court of Human Rights go in the fight against discrimination? Defining new standards in its nondiscrimination jurisprudence, *International Journal of Constitutional Law*, 3-4, Vol. 9, pp. 802-806.

⁴¹² ECtHR, *Salgeiro de Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, пресуда од 21. децембра 1999. године.

⁴¹³*Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, second edition, Council of Europe, September 2011, pp. 37.

⁴¹⁴ ECtHR, *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, no. [33290/96](#), пресуда од 21. децембра 1999.

тим. Његова бивша супруга је уложила жалбу Апелационом суду у Лисабону, који је почетком јануара 1996. године преиначио одлуку нижег суда и поверио дете на старање мајци, уз право подносиоца захтева на редовне контакте са дететом, и тиме потврдио њихов првобитни споразум. Право подносиоца захтева на контакте са својом ћерком које му је пресудом Апелационог суда у Лисабону гарантовано, није никада испоштовано од стране његове бивше супруге. Стога је он поднео захтев Породичном суду у Лисабону за извршење пресуде Апелационог суда. Према члану 1905. Грађанског законика Португалије, у случају развода, старатељство над дететом, издржавање и услови плаћања треба да буду одређени споразумом између родитеља, који је подложен потврди суда. Ако изостане овакав споразум, суд одлучује на основу интереса детета, укључујући и дететов интерес у одржавању веома блиских односа са родитељем коме дете није поверено. Одређене одредбе Закона о старатељству се такође примењују. Наиме, када се један од родитеља не придржава споразума и одлуке имајући у виду дететову ситуацију, други родитељ може да затражи од суда извршење. Подносилац представке се жалио да је Породични суд у Лисабону базирао своју одлуку о поверавању детета и вршењу родитељског права од стране његове бивше супруге, а не њему, само на основу његове сексуалне оријентације, те је стога дошло до кршења члана 8. Конвенције, а у вези са чланом 14. Суд сматра да се одлуком Апелационог суда, којом је преиначена одлука Породичног суда, задире у право подносиоца представке на његов породични живот. Суд закључује да је постојала разлика у третману на основу сексуалне оријентације сходно члану 14. Конвенције, а поготово што је у образложењу пресуде Апелационог суда стајало да дете треба да живи у традиционалној португалској породици и да сматра да би дете било поверено мајци и да су околности другачије. Даље се у образложењу наводи да није задатак суда да одређује да ли је хомосексуалност болест или је само сексуална оријентација према лицима истог пола и да се у оба случаја сматра да она представља абнормалност и да деца не треба да одрастају у таквом окружењу. Европски суд за људска права је коначно одлучио да је постојало кршење члана 8. Конвенције а у вези са чланом 14, као и да доношење ове пресуде представља само по себи правично задовољење за причињену штету.

Иако у Конвенцији не постоји изричита прописаност сексуалне оријентације и родног идентитета као основа, она ипак уживају правну заштиту подвођењем под неку од одредаба Конвенције која садржи материјално право. Подразумева се да се изричитом прописаношћу не оставља простор за двосмисленост, али Конвенција ипак представља живи инструмент који треба тумачити у светлу данашњих прилика и који је, стога, подложен променама у тумачењу њених одредаба, које у смислу листе антидискриминационих основа којима се пружа правна заштита постаје екстензивније.

Протокол 12 уз Конвенцију, који је донет у Риму 4. новембра 2000. године, а ступио на снагу 1. априла 2005. године, регулише општу забрану дискриминације, међутим ни њиме се не дефинише појам дискриминације. Још у преамбули Протокола државе чланице Савета Европе позивају се на фундаментално начело према којем су сви једнаки пред законом и имају право на једну правну заштиту. Чланом 1. Протокола допуњава се односно проширује поље примене члана 14. Европске конвенције одредбом која се односи не само на забрану дискриминације у уживању права и слобода гарантованих Конвенцијом, него и на забрану дискриминације у уживању права и слобода гарантованих националним законодавством држава уговорница, као и одредбом да јавне власти неће ни према коме вршити дискриминацију у уживању свих права предвиђених законом по набројаним основима као у Конвенцији⁴¹⁵, који су само примерице наведени.

У Извештају са објашњењима уз Протокол 12⁴¹⁶ од 2000. године наводи се разлог због чега је листа антидискриминационих основа идентична као у Конвенцији а није проширена и на неке друге основе, као нпр. старост, сексуална оријентација или инвалидитет. Наиме, овакво решење се чинило прикладније у односу на изричито навођење одређених додатних основа, не због недостатка

⁴¹⁵Члан 1. став 1. Протокола 12 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода гласи: „Свако право које закон предвиђа оствариваће се без дискриминације по било ком основу као на пример полу, раси, боји коже, језику, вероисповести, политичком и другом уверењу, националном или друштвеном пореклу, повезаности с националном мањином, имовини, рођењу или другом статусу”, док став 2. истог члана гласи: „Јавне власти неће ни према коме вршити дискриминацију по основима као што су они поменути у ставу 1.”.

⁴¹⁶Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, pp. 5 (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce48>, 10.09.2015).

свести да су ти основи постали посебно значајни у данашњем друштву у поређењу са временом када се радило на садржини члана 14. Конвенције, него зато што се, са правне тачке гледишта, сматрало непотребно с обзиром да листа антидискриминационих основа није коначна и зато што би додавање било ког одређеног основа могло довести до неоправданих супротних тумачења у вези са дискриминацијом по основима који нису обухваћени. У Извештају са објашњењима и коментарима на његове одредбе се наводи да се додатни обим заштите из члана 1. односи на случајеве у којима се лице дискриминише: 1) у уживању било ког права која су посебно призната појединцу у националном праву државе уговорнице; 2) у уживању права које може произлазити из јасне обавезе органа јавне власти према националном праву односно када је јавна власт према националном праву обавезна да се понаша на одређени начин; 3) од стране органа јавне власти у вршењу дискреционог овлашћења (нпр. приликом давања одређених субвенција) и 4) било којом другим чињењем или нечињењем органа јавне власти (нпр. понашање полицијских службеника приликом контроле нереда). Овим протоколом се такође потврђују афирмативне мере које држава потписница Конвенције и чланица Савета Европе може да прописује односно потврђује да начело забране дискриминације не спречава државе потписнице да предузимају мере ради унапређивања пуне и стварне једнакости под условом да постоји објективно и разумно оправдање за такве мере. Дакле, државама уговорницама се дозвољава да спроводе политику афирмативне акције, али не постоји правна обавеза. Одредбе члана 1. и 2. Протокола се сматрају додатним члановима уз Конвенцију који се са члановима Конвенције међусобно допуњују.

Први случај у којем је Европски суд одлучио да је дошло до кршења члана 1. Протокола 12 уз Конвенцију био је Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине (*Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*)⁴¹⁷. На основу судске праксе Европског суда је сасвим јасно да свако разликовање или разлика у третману не представља дискриминацију. У пресудама Суда се истиче став да разлика у третману

⁴¹⁷ECtHR, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, nos. [27996/06,34836/06](#), пресуда од 22. децембра 2009, para. 53. Више о самом случају и коментару пресуде видети код Milanović, М, 2010, *Discrimination on the basis of ethnicity – elections in postconflict situations – Dayton Peace Agreement – Protocol 12 of the European Convention on Human Rights*, *The American Journal of International Law*, Vol. 104, pp. 636 -641.

представља дискриминацију ако нема објективно и разумно оправдање односно ако се тиме не постиже легитиман циљ или ако не постоји разуман однос пропорционалности између средстава која се примењују и циља који треба да се постигне (нпр. случај *Burden v. The United Kingdom*⁴¹⁸).

Приликом утврђивања постојања дискриминације и различитог поступања нису све разлике релевантне, те је потребно извршити поређење, тако да се подносилац представке пореди са другима који су у упоредивој ситуацији. У овој фази испитивања предмета настаје проблем, јер је веома тешко пронаћи релевантног компаратора са којим би се упоређивало. Не само да се клаузула забране дискриминације недоследно примењује од стране судија, него је у већини случајева, према *Cartabia*, сама структура теста дискриминације одговорна за непредвидиве исходе спорова⁴¹⁹. Она истиче да, иако забрана дискриминације представља једно од највреднијих начела наше правне цивилизације које је значајно допринело побољшању законског третмана рањивих група и исправљању неправди које су се догодиле у прошлости, оно не представља нити може да представља неутрално начело. Упоређивање људи није механичка активност, али захтева истицање одређене релевантне карактеристике која се мора узети у обзир приликом поређења, а проблем представља, како то увиђа *Cartabia*, чињеница да не постоје две особе које су једнаке или сличне у сваком погледу и смислу и, у исто време, сви људи су једнаки или слични само у неком погледу и сходно томе изјаве да не постоји дискриминација подразумева поређење две особе позивајући се на одређене критеријуме којим се утврђује релевантан аспект у којем су те особе сличне или различите, а управо избор релевантне карактеристике за поређење одређује исход пресуде.

⁴¹⁸ЕСтHR, *Burden v. The United Kingdom*, по. [13378/05](#), пресуда од 29. априла 2008, пара. 60: „Разлика у поступању је дискриминаторна ако не постоји објективно и разумно оправдање односно ако се тиме не постиже легитиман циљ или ако не постоји разуман однос пропорционалности између средстава који се употребљавају и циља чијем остварењу се тежи. Државе уговорнице уживају дискреционо право у процени да ли и у којој мери разлике у иначе сличним ситуацијама оправдавају различито поступање, а то поље слободне процене је обично широко када су у питању опште мере економске и социјалне стратегије”.

⁴¹⁹*Cartabia*, М, 2011, *The European Court of Human Rights: Judging non discrimination*, *International Journal of Constitutional Law*, 3-4, Vol. 9, pp. 812.

За доношење пресуде и мериторно одлучивање Суда кључно је доказати да је постојало објективно и разумно оправдање, јер се на тај начин долази до закључка да ли је различито поступање оправдано или представља дискриминацију, док терет доказивања пада на државу која је тужена и против које се поступак води. Приликом доказивања легитимног циља у случају различитог поступања тужена држава мора навести и природу легитимног циља чијем остварењу се тежи, а истовремено мора да докаже да постоји веза између легитимног циља којем се тежи и различитог поступања⁴²⁰. Европски суд истиче да државе уговорнице приликом примене члана 14. Конвенције и процене да ли и у којој мери разлике у иначе сличним ситуацијама оправдавају различито поступање уживају одређено поље слободне процене (*margin of appreciation*).

Поље слободне процене, која се према *Greer* типично описује као доктрина а не као принцип, односи се на маневарски простор који су правосудне институције у Стразбуру спремне да признају националним властима приликом испуњавања својих обавеза према Конвенцији⁴²¹ односно одређену дозу слободе у тумачењу приликом примене и поступања националних власти по одредбама Конвенције. Овај термин се не спомиње у самој Конвенцији, него се први пут појавио 1948. године у предлозима које је Европски покрет сачинио у вези са дебатом о врсти транснационалних институција за људска права, поступака и норми који би требало да буду створени у послератној Европи, а званично је усвојен први пут од стране Европске комисије за људска права у свом извештају од 1958. године у поступку који је Грчка покренула против Велике Британије због наводног кршења људских права током операција против побуњеника на Кипру (*Greece v. the United Kingdom (1956-57) 2 Y.B. 174*)⁴²². *Greer* истиче поједине недостатке односно да је за поље слободне процене карактеристична њена казуистичка, неједнака и углавном

⁴²⁰Rainey, B, Wicks, E, Ovey, C, 2014, *Jacobs, White & Ovey – European Convention on Human Rights*, sixth edition, Oxford University Press, pp. 580, 581.

⁴²¹Greer, S, 2010, The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?, *UCL Human Rights Review*, Vol. 3, pp. 2. Видети и Nozawa, J, 2013, Drawing the Line: Same-sex adoption and the jurisprudence of the ECtHR on the application of the “European consensus” standard under Article 14, *Merkourios – Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 29, Issue 77, pp. 67-70.

⁴²²Greer, S, 2010.

непредвидива природа, те да је приликом примене овог дискреционог права потребна већа јасноћа, кохеренција и конзистенција⁴²³.

Према *Benvenisti*, поље слободне процене је, својим принципијелним признањем моралног релативизма, у супротности са концептом универзалности људских права, јер ако се ова доктрина примењује либерално може доћи до озбиљног подривања и угрожавања међународног спровођења људских права које превазилази националне политике, као и кредибилитета међународне правосудне институције која је примењује, а недоследност његове примене у наизглед сличним случајевима због различите ширине поља слободне процене коју суд дозвољава може довести до двоструких стандарда од стране суда⁴²⁴. Међутим, оправданост се може пронаћи у томе што поље слободне процене обезбеђује Суду потребну флексибилност и омогућава му балансирање суверенитета држава чланица са њиховим обавезама по Конвенцији, имајући у виду да ће се Конвенција тумачити различито у различитим државама с обзиром на различите културне и правне традиције које су присутне у свакој држави чланици, те је веома тешко спроводити униформне европске стандарде људских права⁴²⁵.

Legg се бавио питањем оцене концептуалног аргумента да поље слободне процене доводи до релативизма о људским правима и дошао до закључка да такав аргумент погрешно тумачи природу универзалности људских права изостављајући неопходну легитимну материјализацију и остварење вредности коју универзалност захтева, па тако и разликовање стандарда људских права до ког је дошло због поља слободне процене које државе имају може бити компатибилно са универзалношћу људских права и заправо може обезбедити јаке концептуалне разлоге којима би се оправдало поље слободне процене⁴²⁶. Ширина поља слободне процене, према *Simor* и *Emmerson*, варира у зависности од фактора као што су природа конвенцијског

⁴²³ Greer, S, July 2000, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention of Human Rights*, Strasbourg, pp. 5.

⁴²⁴ Benvenisti, E, 1999, Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards, *International Law and Politics*, Vol. 31, pp. 844.

⁴²⁵ ECHR Reform, *Margin of Appreciation - An Overview of the Strasbourg Court's Margin of Appreciation Doctrine*, 2012 (<https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/echr-reform-margin-of-appreciation.pdf>, 15.09.2015).

⁴²⁶ Legg, A, 2012, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, pp. 66.

права о којем се ради, значај права за појединца, природа активности која се спроводи, степен мешања као и природа оправдања државе⁴²⁷. Долазимо до закључка да што је нижи ниво европског консензуса о појединим питањима и што је Суд мање у стању да то идентификује, то је поље слободне процене које је Суд спреман да одобри националним институцијама шире. Тако и *Омејец* разликује уско поље слободне процене које држава има у случајевима који се воде на основу осетљивијих основа дискриминације попут држављанства, вере или пола и широко поље слободне процене које се односи на систем социјалне сигурности⁴²⁸. Европски суд се често позива на поље слободне процене као на механизам за давање легитимитета пресудама и заобилажење потребе да се истакне морално образложење⁴²⁹. Доктрина о пољу слободне процене настоји да постигне правичну равнотежу између захтева општег интереса заједнице и јавног реда с једне стране, и захтевима заштите индивидуалних права и слобода с друге стране, а у контексту и у оквиру Конвенције, а у постизању такве равнотежеобим права државе да ограничи права и слободе појединца ће нужно бити одређен⁴³⁰.

У скорашњој судској пракси Европског суда о питању сексуалне оријентације употреба поља слободне процене није била уједначена и стална, што се може веома јасно приметити у два врло слична случаја као нпр. у случајевима *Frette v. France*⁴³¹, у којем је дискреционо право слободне процене коришћено и *E.*

⁴²⁷Simor, J, Emmerson, B (eds), 2000, *Human Rights Practice*, Sweet & Maxwell, London, para 1.084 цитирано према Greer, S, July 2000, pp. 4.

⁴²⁸Омејец, J, 2009, стр. 951, 952.

⁴²⁹Johnson, P, 2013, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge, без ознака странице.

⁴³⁰Tümay, M, 2008, The "Margin of Appreciation Doctrine" Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights, *Ankara Law Review*, 2, Vol. 5, pp.231.

⁴³¹ЕСтHR, *Frette v. France*, no. [36515/97](#), пресуда од 26. фебруара 2002. Подносилац представке је поднео захтев за усвојење и приликом првог разговора са психологом открио је своју хомосексуалну оријентацију. Захтев за усвојење је одбијен уз образложење да нема стабилну фигуру мајке, да његов начин живота не би могао да обезбеди довољне гаранције да ће детету обезбедити одговарајући дом и услове за подизање детета. Грађански законик садржи одредбу која дозвољава усвојење од стране брачног пара, који није судски разведен и који је у браку више од две године, или када оба супружника имају више од 28 година, али се такође усвојење може дозволити било ком лицу које има више од 28 година. Сходно судској пракси Европског суда, разлика у третману је дискриминаторска у смислу члана 14. ако не постоји објективно и разумно оправдање, односно ако нема легитиман циљ или не постоји пропорционалност између средстава и циља који је потребно постићи. Суд истиче да је Конвенција живи инструмент који је потребно тумачити у светлу тренутних услова и стања. Влада је тврдила да сексуална оријентација подносиоца представке није била разлог за одбијање захтева за усвојење, већ то да он није имао никакве блиске везе са било

*B. v. France*⁴³², у којем је оно изостављено⁴³³. У оба случаја се радило о одбијању издавања одобрења за усвојење детета, које је према одредбама француског Грађанског законика (*Code Civil*) било дозвољено сваком појединцу старијем од 28 година, а подносиоци представки су се жалили да је одбијање било засновано на њиховој сексуалној оријентацији и тиме дошло до кршења одредбе члана 14. у вези са чланом 8. Конвенције. Влада Француске је, у оба случаја, тврдила да јој је на располагању широко поље слободне процене како би се одредило усвојење имајући у виду начело најбољег интереса детета. У првом случају, Суд је изричито одобрио

каквом женском особом која би представљала фигуру мајке, као и да његовим начином живота није могао да обезбеди детету одговарајући дом и одрастање, а да су се једино водили интересом детета при одлучивању. Влада је сматрала да држава има широко поље слободне процене и да није на Суду да се понаша као национална власт и да категорички одлучује о питању одређујући појединачна решења. Стога, Влада тврди да није дошло до кршења члана 14. Конвенције, а у вези са чланом 8. Европски суд за људска права не сумња да је одбијање захтева за усвојење имало легитиман циљ, да би се заштитило здравље и права детета, али је потребно утврдити да ли постоји разумно оправдање за разлику у третману. Поље слободне процене које државе имају не сме да служи арбитрности. Образложење Владе се сматра објективним и разумним, а разлика у третману се не сматра дискриминаторском у смислу одредбе члана 14. Конвенције. Суд је одлучио да није постојало кршење члана 14. Конвенције, а у вези са чланом 8, али је једногласно донео одлуку да је постојало кршење члана 6. Конвенције, којим се гарантује право на правично суђење.

⁴³²ЕСЦНHR, *E.B. v. France*, no. [43546/02](#), пресуда од 22. јануара 2008. Е.Б. је фебруара 1988. године поднела захтев Центру за социјални рад за одобрење међународног усвојења детета, а у којем је навела своју сексуалну оријентацију и везу са својом партнерком, госпођом Р. Захтев за усвојење је одбијен, јер недостаје фигура оца на које ће дете моћи да се угледа и ослања у циљу добро прилагођеног развоја усвојеног детета, а није довољно јасно дефинисано које би место партнерка заузимала у дететовом животу, с обзиром да не делује као да би желела да буде укључена. Подносиатељка представке се жалила да је била дискриминисана због своје сексуалне оријентације, тврдећи да има право да њен приватан живот буде испоштован. Влада је закључила да је представка неприхватљива, а да одбијање одобрења за усвојење није било засновано, ни експлицитнони имплицитно, на сексуалној оријентацији и није могло довести дискриминације на основу сексуалне оријентације. Суд је, међутим, у претходним случајевима сматрао да је појам приватаног живота у смислу члана 8. Конвенције широк појам, који обухвата и право на заснивање и развој односа са другим бићима и право на лични развој. Подносиатељка је оспорила постојање „леgitимног циља“ с обзиром да Државни Савет није образложио на који начин би здравље детета могло бити угрожено. Она је навела да су три ризика била наведена: прво, наводни ризик да ће дете постати хомосексуалац, а који не постоји, имајући у виду да већина хомосексуалаца има хетеросексуалне родитеље, те је тај појам заснован на предрасудама; друго, да би дете било изложено ризику развијања психолошких проблема; тај ризик никад није био доказан, а скорашње студије показују да одрастање у истополној породици није изложило дете било каквом поремећају. Поред тога, право на усвојење које је постојало у одређеним демократским државама показује да није било таквих ризика по дете. Суд наводи да се овај случај ипак разликује у неколико аспеката од случаја *Frette*. У овом случају домаћи органи власти су узели у обзир и став партнерке Е.Б. са којом је у стабилном и трајном односу, што је фактор који се не појављује у представци господина *Frette*. Суд истиче да француски закон дозвољава самохраним лицима да усвоје дете, чиме се отвара и могућност усвајања од стране једног хомосексуалца, што није спорно. Суд сматра да је дошло до повреде члана 14. Конвенције, а у вези са чланом 8.

⁴³³Видети и Nozawa, J, 2013, pp. 70, 71.

широко поље слободне процене државе и водећи се аргументом о степену консензуса о овом питању установио да није дошло до кршења чланова Конвенције, док напротив у другом случају Суд никада није разматрао питање слободне процене и ослањајући се на аргумент да Конвенција представља живи инструмент уставновио да су права подносиоца представке предвиђена Конвенцијом прекршена. Ово је пример за стварање двоструких стандарда, како *Benvenisti* каже, међутим имајући у виду да је пресуда у случају *E.B. v. France* донешена шест година касније него пресуда у случају *Frette v. France* можемо је тумачити у светлу развоја и позитивног импулса у постављању виших стандарда људских права и у тумачењу одредаба Конвенције која, да поновим, представља живи инструмент и треба је тумачити у светлу садашњих прилика узимајући у обзир и промене у културним и моралних схватањима.

У Стразбуру је 24. јуна 2013. године сачињен Протокол 15 уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода, којим се у Преамбулу Конвенције додаје да Високе стране уговорнице, у складу са начелом супсидијарности, имају првенствену одговорност за обезбеђивање права и слобода гарантованих Конвенцијом и Протоколима уз њу, и да у ту сврху уживају поље слободне процене које је подвргнуто контролној надлежности Европског суда за људска права који је основан овом Конвенцијом (члан 1. Протокола 15).

У приказу повреда Конвенције по члановима и државама у периоду од 1959-2012. године можемо да приметимо да се веома мали број одлука односи на област забране дискриминације предвиђене чланом 14. Конвенције, свега 199 одлука од укупно 15.947, а од укупно 73 одлуке које се односе на Републику Србију свега две се односе на забрану дискриминације⁴³⁴.

Анализом антидискриминационих одредби предвиђених Конвенцијом, пре свега члана 14, и Протоколима закључујемо да сама текстуална садржина одредби не пружа много материјала за суштинско разумевање области забране дискриминације, него је за то највише заслужна судска пракса Европског суда за људска права кроз чије деловање, тумачење и образложења се ова област развија,

⁴³⁴ Violation by Article and by respondent State (1959-2012), http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2012_ENG.pdf, 12.09.2015.

конкретније одређујући поједине појмове и њену садржину, нарочито имајући у виду област забране дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета.

3.3.4. Правни акти Европске уније

Иако Република Србија још увек није постала чланица Европске уније, те стога њене норме и не представљају извор права, сматрам оправданим анализирање појединих докумената ЕУ који се тичу забране дискриминације, имајући у виду да је наша држава потписала Споразум о стабилизацији и придруживању Европској унији, да је од марта 2012. године стекла статус државе кандидата и да кроз хармонизацију унутрашњег права са правом ЕУ тежи да постане њен равноправни члан.

Основни циљ оснивања Европске заједнице је био стимулисање економског развоја кроз слободу кретања робе, капитала, људи и услуга, а у циљу омогућавања једнаких услова пословања између држава чланица. Уговор о оснивању Европске заједнице потписан у Риму 1957. године, а ступио на снагу 1958. године, садржавао је одредбу о забрани дискриминације на основу пола у области рада и запошљавања⁴³⁵. Смисао овакве одредбе је у томе да спречи државе чланице да међусобно стичу конкурентску предност нудећи ниже стопе плата или неповољније услове рада за жене⁴³⁶. Према одредбама Уговора, слобода кретања радника подразумева укидање било какве дискриминације на основу националне припадности радника држава чланица у области запошљавања, зараде и других услова рада и запошљавања (члан 48. став 2. Уговора о оснивању Европске заједнице). Затим, свака држава чланица треба да осигура, а потом и одржава примену начела да мушкарци и жене треба да примају једнаку зараду за једнак рад (члан 119. став 1). Сексуална оријентација и родни идентитет као основи нису уврштени у одредбе овог Уговора, већ само одредбе о забрани дискриминације на основу пола и националне припадности, али је веома важно да су

⁴³⁵*Handbook on European non-discrimination law*, 2011, Luxembourg, pp. 13, 14.

⁴³⁶*Handbook on European non-discrimination law*, 2011.

антидискриминационе одредбе чиниле садржину Уговора и норматвне регулативе Европске уније.

Уговором о Европској унији (*Treaty on European Union - TEU*)⁴³⁷, који је још познат под називом Уговор из Мастрихта, потписан 1992. године, уведене су неке значајне измене и допуне Уговора из Рима и успостављена је Европска унија. Овим Уговором су постављени и јасни циљеви, као што су стварање монетарне и економске уније, увођење јединствене валуте, заједничка спољна и безбедносна политика, заједничка одбрамбена политика, увођење „држављанства” ЕУ и сарадња у области правосуђа и полиције.

Међутим, за област људских права једна од важнијих одредаба овог Уговора јесте члан 6. Наиме, Унија је основана на принципима слободе, демократије, поштовања људских права и основних слобода и владавине права, принципима који су заједнички за све државе чланице (члан 6. став 1). Једна од обавеза и задатака Уније јесте да поштује основна права, као што су гарантована Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама потписане у Риму 4. новембра 1950. године, и која проистичу из уставних традиција држава чланица, као опште принципе права Европске заједнице (члан 6. став 2), уз поштовање националног идентитета држава чланица (став 3). Унија стога има дужност да обезбеди средства неопходна за постизање својих циљева и спровођење својих политика (став 4). Имајући у виду да је основни циљ оснивања Европске уније заправо економски интерес држава чланица, њихова економска интеграција тако што ће се установити заједничко тржиште, а не и питање заштите основних права и слобода с обзиром да је у то време већ постојала Европска конвенција као и систем заштите људских права установљен Конвенцијом у виду Европског суда у Стразбуру, можемо рећи да је овим чланом изричито речено да основна људска права ипак представљају основне принципе права Европске уније. Иако питање забране дискриминације није овим Уговором регулисано нити је појам дискриминације дефинисан, члан 6. представља један мали корак напред у

⁴³⁷ https://www.ip-rs.si/fileadmin/user_upload/Pdf/EU_consol_Treaty_of_EU.pdf, 15.09.2015.

препознавању заједничког интереса држава чланица у поштовању људских права и основних слобода, начела једнакости и борби против дискриминације⁴³⁸.

Уговором из Лисабона, који је потписан 2007. године, извршене су измене оснивачких уговора односно Уговора о Европској унији (Уговор из Мастрихта) и Уговора о функционисању Европске уније (*Treaty on Functioning of the European Union - TFEU*)⁴³⁹. У одредбама Уговора о Европској унији након имплементираних измена Лисабонским уговором наглашава се да је Европска унија основана на вредностима поштовања људског достојанства, слободе, демократије, једнакости, владавине права и поштовања људских права укључујући и права мањина и да су ове вредности заједничке за државе чланице у којима плурализам, забрана дискриминације, толеранција, правда, солидарност и начело једнакости између мушкараца и жена преовлађују (члан 2. ТЕУ). Оваква нова формулација експлицитно показује да су поштовање људског достојанства, људских права и једнакости заједничке вредности на којима се Унија заснива, као што експлицитно показује и то да поштовање људских права укључује и права припадника мањина. Ова одредба се може посматрати и у вези са чланом 21. Повеље Европске уније, која је део Лисабонског споразума, а којом се забрањује дискриминација по бројним основима, укључујући и сексуалну оријентацију. Повеља Европске уније постаје правно обавезујућа, са истим статусом као и Уговори, што представља јасно упућивање на забрану дискриминације на основу сексуалне оријентације.

Изменама се, такође, као циљеви Европске уније, наводе и борба против социјалне ексклузије и дискриминације и промовисање социјалне правде и заштите, једнакост између мушкараца и жена, солидарност међу генерацијама и

⁴³⁸Измене оснивачког уговора које су потом уследиле извршене су Уговором из Амстердама од 1997. године. Као циљеве и задатке Европске уније успостављањем заједничког тржишта и економске и монетарне уније и имплементирањем заједничких политика или активности наводи промовисање хармоничан, уравнотежен и одржив развој економских активности, висок ниво запошљавања и социјалне заштите, једнакост између мушкараца и жена, одржив раст и без инфлације, висок степен конкурентности и конвергенције економског учинка, висок ниво заштите и побољшање квалитета животне средине, подизање животног стандарда и квалитета живота, и економска и социјална кохезија и солидарност међу државама чланицама (члан 2). На предлог Европске комисије и након консултовања Европског парламента, Савет Европске уније може да предузима одговарајуће мере за борбу против дискриминације на основу пола, расног или етничког порекла, религије или вере, инвалидности, старости или сексуалне оријентације (члан 13).

⁴³⁹Уговором о функционисању Европске Уније су извршене измене Уговора из Рима и којим је његов назив промењен (звао се Уговор о оснивању Европске заједнице).

заштита права детета (члан 3. став 2. и 3. ТЕУ). Имајући у виду борбу против социјалног искључивања и дискриминације као један од циљева, Европска унија мора усвојити проактиван приступ у борби против дискриминације на основу сексуалне оријентације и ово не представља циљ сам по себи, већ је саставни део свих политика и активности Уније подложне утицају на права ЛГБТ популације. У члану 10. ТФЕУ се истиче да ће Унија у дефинисању и спровођењу своје политике и активности, имати за циљ да се бори против дискриминације на основу пола, расног или етничког порекла, религије или уверења, инвалидитета, старости или сексуалне оријентације. Овим чланом се уводи једнакост у односу и на сексуалну оријентацију у свим активностима Уније.

У члану 6. ТЕУ наводи се да Унија признаје сва права, слободе и начела која су истакнута у Повељи о основним правима Европске Уније, која треба да има исте правне вредности као и Уговори (став 1). Унија је дужна да приступи Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода⁴⁴⁰, а то приступање неће утицати на надлежности Уније како је дефинисано у Уговорима (став 2). Основна права, као што је загарантовано Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и како проистичу из уставних традиција заједничких државама чланицама, треба да представљају општа начела права Европске уније (став 3). Овај члан је базиран на некадашњем члану 6. ТЕУ али са значајним новинама.

Њиме се такође ствара обавеза и утире пут ка приступању Уније Европској конвенцији, са свим њеним тековинама које се тичу заштите сексуалних мањина. Уставновљено је да основна права, укључујући и права ЛГБТ популације, представљају општа начела права Европске уније, што значи да тумачење и примена свих правних мера Уније могу да се сматрају незаконитим ако би се прекршила основна права. Као последица тога, национални судови морају одредбама о забрани дискриминације као основном праву да дају пуно дејство у областима које су обухваћене у оквиру права Европске уније, што значи да све законске одредбе на националном нивоу које су јасно инкомпатибилне са основним начелом права Европске уније о забрани дискриминације морају бити стављена на

⁴⁴⁰Више о томе: Lock, T, September 2015, The Future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?, *European Constitutional Law Review*, 2, Vol. 11, pp. 239-273.

страну односно суспендована чак и у споровима између приватних лица. Начело забране дискриминације по одређеним основима представља само прецизирање општег начела права ЕУ о једнаком третману, те стога логичком анализом оно се такође односи и на дискриминацију на основу сексуалне оријентације у областима обухваћеним правом ЕУ.

Чланом 19. ТФЕУ наводи се да без обзира на остале одредбе Уговора и у границама овлашћења датих Унији, Савет, једногласном одлуком у складу са посебном законодавном процедуром и након добијања сагласности Европског парламента, може предузети одговарајуће мере зарад сузбијања дискриминације на основу пола, расног или етничког порекла, религије или уверења, инвалидитета, старости или сексуалне оријентације (став 1). Појам дискриминације није дефинисан Уговором нити је недвосмислено и изричито забрањено вршити дискриминацију, већ је предвиђено само да одређене мере за борбу против дискриминације могу да се предузимају, што значи да могу а и не морају. Сексуална оријентација као основ за забрану дискриминације јесте, поред фундаменталних и устаљених основа, наведена, међутим родни идентитет се нигде не спомиње и као такав није предвиђен⁴⁴¹. Оваква одредба у себи садржи дозу

⁴⁴¹Веома важан правни документ у области забране дискриминације на основу родног идентитета у оквиру Европске Уније јесте Резолуција о дискриминацији транссексуалних лица која је усвојена од стране Европског парламента 1989. године (Castagnoli, С, 2010, *Transgender Persons' Rights in the EU Member States*, Brussels pp. 11). Резолуција не представља правно обавезујући документ, али свакако има одређену политичку тежину. Овом Резолуцијом се позивају државе чланице да предузму одређене кораке у циљу заштите транссексуалних особа, као и да донесу законе у тој области како би се предвиђени циљ спровео до краја и у потпуности. Европски парламент позива државе чланице: 1) да донесу и усвоје законе о праву транссексуалних лица на промену пола ендокринолошким путем, пластичном хирургијом или козметичким третманима, затим да донесу законе о самој процедури и поступку и забрани дискриминације на основу родног идентитета; 2) да обезбеде да трошкови психолошких, ендокринолошких и козметичких третмана као и трошкови пластичне операције буду надокнађени од стране здравственог осигурања; 3) да обезбеде јавну помоћ транссексуалним лицима која су без своје кривице изгубила посао и/или смештај из разлога адаптације на нови пол, као и да оснују центре за давање савета и да пруже финансијску помоћ и подршку за организације самопомоћи; 4) да шире информације о проблемима са којима се сусрећу транссексуална лица, а поготово међу запосленима у социјалној служби, полицији, граничних и војних власти и затворских служби. Резолуцијом су, дакле, предвиђене одређене препоруке за предузимање конкретних мера држава чланица, а које се тичу транссексуалних лица и борбе против дискриминације на основу родног идентитета. С обзиром на њено правно дејство, оне не представљају обавезу држава чланица, али се свакако препоручује да се одредбе Резолуције узму у обзир и поступи и складу са њима, па макар и само у појединим сегментима. Европски парламент, затим, позива Савет Европе да донесе и усвоји конвенције за заштиту транссексуалних лица; Европску комисију и Савет да разјасне да директиве Европске заједнице које регулишу једнакост мушкараца и жена на радном месту такође забрањују дискриминацију према транссексуалним

флексибилности и ствар је воље и жеље, да ли ће се одговарајуће мере предузети као и које мере, а не питање обавезе зарад борбе против дискриминације. Поставља се питање због чега је предузимање одговарајућих мера установљено као могућност а не као обавеза, а као један од могућих одговора се намеће питање могућности контроле спровођења овакве обавезе. Чланом 67. ставом 4. ТФЕУ Унија се обавезује да олакша приступ правди кроз принцип узајамног признавања судских и вансудских одлука у грађанским стварима. Ова обавеза се односи на грађане Уније, а вероватно и на његове резиденте, а узајамно признавање одлука у грађанским стварима, у мери у којој се односи на приступ правди, може да се односи и на питања породичног права и брачног статуса, укључујући и питања која се тичу истополних парова.

Измене које су унете у оснивачке Уговоре путем Лисабонског уговора представљају веома важан корак, с обзиром да Повеља ЕУ постаје правно обавезујућа, да је установљена обавеза ЕУ да приступи Европској конвенцији, а основна права део општих принципа права Европске Уније, а у оквиру основних права уврштена је и област забране дискриминације.

Директива Савета ЕУ 2000/78/ЕЗ од 27. новембра 2000. године која се односи на успостављање општег оквира за једнак третман при запошљавању и занимању (*Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*⁴⁴²). Сврха ове Директиве је да постави општи оквир за борбу против дискриминације на основу религије или уверења, инвалидитета, старости или сексуалне оријентације у погледу запошљавања и занимања, са циљем да се у државама чланицама спроведе принцип једнаког третмана (члан 1). Примећујемо да је листа наведених заштићених основа

лицима; Европску комисију, Савет и државе чланице да осмисле лична документа која би била призната широм Заједнице и у којима би транссексуалност могла бити означена за време периода адаптације ако је тако затражено; Савет и државе чланице да, приликом хармонизације права на азил, признају прогон на основу транссексуалности као основ за азил; Комисију да обезбеди фондове и програме помоћи за даље истраживање и студије транссексуалности у области медицине; Комисију да подстакне државе чланице да усвоје специјалне мере за проналажење запослења транссексуалним лицима; на оснивање канцеларије у оквиру Комисије којој би се пријављивали случајеви дискриминације.

⁴⁴² Official Journal L 303, 02/12/2000 P. 0016 – 0022 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:HTML>, 20.09.2015).

затворена и да се родни идентитет не спомиње изричито, за разлику од сексуалне оријентације.

Међутим, Европски суд правде гаранције једнаког третмана проширује применом правила о забрани дискриминације на основу пола како би макар и делимично покрио проблем дискриминације којој су изложена трансродна лица (тако у случају *P. v. S. and Cornwall County Council* из 1996. године Суд правде је навео да начело једнаког третмана „мора бити проширено и на дискриминацију до које долази услед промене пола, која је у суштини заснована на полу дотичног лица, јер одбацити некога на основу тога што намерава да се подвргне или се подвргнула промени пола значи третирати је неповољно у поређењу са лицима оног пола којем се сматрало да припада пре операције)⁴⁴³. Принцип једнаког третмана у смислу ове Директиве значи забрану директне и индиректне дискриминације по било ком основу из члана 1. (члан 2. став 1). Појам дискриминације није конкретно дефинисан Директивом, али облици дискриминације јесу, а биће детаљније изложени у поглављу 4.1. У оквиру граница у области надлежности поверених Унији, ову Директиву треба примењивати на сва лица, како у јавном тако и приватном сектору, укључујући и јавна тела (члан 3)⁴⁴⁴. Директивом је државама чланицама дозвољено да уведе мере афирмативне акције (члан 7), али такође могу увести или оставити одредбе које су повољније за заштиту начела једнаког третмана од оних које су предвиђене овом Директивом, док њена имплементација ни под каквим околностима не треба да представља основ за смањење нивоа заштите против дискриминације од онекоју држава чланица у областима обухваћеним овом Директивом већ пружа (члан 8. став 1. и 2). Државе чланице имају обавезу да предузму неопходне мере како би се осигурало да сви закони, прописи и административне одредбе које су у супротности са

⁴⁴³ *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd edition, *op.cit.*, pp. 38, 39.

⁴⁴⁴ И то у односу на 1) услове за приступ запошљавању, samozapoшљавању или занимању, укључујући критеријуме избора и услове регрутовања у било којој грани делатности и на свим нивоима професионалне хијерархије, укључујући унапређење; 2) приступ свим врстама и свим нивоима професионалне оријентације, стручне обуке, напредне стручне обуке и преквалификације, укључујући практично радно искуство; 3) запошљавање и услове рада, укључујући отпуштање и плату; и 4) чланство и укључивање у организације радника или послодаваца, или у било коју организацију чији се чланови баве одређеном професијом, укључујући и бенефиције које обезбеђују такве организације.

начелом једнаког третмана буду укинута и све одредбе које су у супротности са начелом једнаког третмана а које су укључене у уговоре или колективне уговоре, интерна правила предузећа или правила која регулишу независна занимања и професије као и организације радника и послодаваца буду проглашене ништавним и неважећим или да се измене (члан 16).

Веома је значајно што је сексуална оријентација Директивом изричито сврстана као саставни део начела једнаког третмана и уврштена међу основе за забрану дискриминације, а такође је значајна чињеница да је створена обавеза усаглашавања националних законодавстава свих држава чланица са одредбама Директиве у области забране дискриминације.

Прва Директива Европске уније која се односи изричито и на лица која намеравају да се повргну или која су се подвргнула промени пола јесте Директива 2006/54/ЕЗ Европског парламента и Савета од 5. јула 2006 о примени принципа једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жена у области запошљавања и занимања (*Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast)*⁴⁴⁵). У уводном делу Директиве истиче се да Суд правде сматра да обим начела једнаког третмана за мушкарце и жене не може бити ограничен на забрану дискриминације засноване на чињеници да је лице једног или другог пола и с обзиром на сврху и природу права којанастоје да сезаштите, Директива се односи на дискриминацију по основу промене пола лица. Међутим, борба против дискриминације на основу сексуалне оријентације према праву Европске уније је тренутно ограничена само на област запошљавања.

Европски парламент је 18. јануара 2006. године усвојио и Резолуцију о хомофобији у Европи (*European Parliament resolution on homophobia in Europe*), при чему се хомофобија дефинише као ирационалан страх и аверзија према хомосексуалности као и лезбејкама, гејевима, бисексуалцима и трансродним лицима, а која је базирана на предрасудама и која је слична расизму, ксенофобији,

⁴⁴⁵ Official Journal of the European Union L 204 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32006L0054&from=EN>, 20.09.2015).

антисемитизму и сексизму⁴⁴⁶. Такође је узето у обзир да се хомофобија манифестује у приватној и јавној сфери у различитим формама, као што су говор мржње и подстицање дискриминације, исмевање и вербално, психолошко и физичко насиље, прогон и убиство, дискриминација кршењем начела једнакости и неправедна и неразумна ограничења права, која су често скривена иза оправдања базирана на јавном реду, верској слободи и праву на приговор савести⁴⁴⁷.

Европски парламент је усвојио још једну Резолуцију о хомофобији у Европи 26. априла 2007. године (*European Parliament resolution of 26 April 2007 on*

⁴⁴⁶ Резолуција Европског парламента о хомофобији у Европи од 18. јануара 2006. године (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0018+0+DOC+XML+V0//EN>).

⁴⁴⁷ Европски парламент је најпре имао у виду: 1) низ забрињавајућих догађаја који су се десили у бројним државама чланицама, што је пријављено од стране невладиних организација и медија, почев од забране геј параде па до употребе претећег језика или говора мржње од стране владајућих политичара и верских поглавара, неуспеха полиције да обезбеди адекватну заштиту или чак прекидања мирних демонстрација, затим насилних демонстрација од стране хомофобичних група и увођења промена у уставима да се изричито забране истополне заједнице; 2) затим да истополни партнери у неким државама чланицама не уживају сва права и заштиту као и брачни партнери различитог пола и стога трпе дискриминацију; 3) да притом у исто време све више земаља у Европи иде ка томе да осигура једнаке могућности, инклузију и поштовање, као и да обезбеди заштиту против дискриминације на основу сексуалне оријентације, изражавања рода и родног идентитета, као и признање истополних породица; 4) да је Комисија прогласила и утврдила своју обавезу да осигура и обезбеди поштовање људских права и основних слобода у оквиру Европске уније и да је образовала групу комесара који су одговорни за људска права; 5) да нису све државе чланице увеле у своје правне системе мере за заштиту права ЛГБТ особа, на шта су обавезне, као и да се не боре све државе чланице против дискриминације на основу сексуалне оријентације нити се промовише једнакост; 6) да су даље мере потребне како на нивоу Европске Уније тако и на националним нивоима да се искорени хомофобија и промовише слобода, толеранција и једнакост међу грађанима и правним системима. Имајући целокупну ову ситуацију и стање у виду, Европски парламент најстрожије осуђује било какву дискриминацију на основу сексуалне оријентације и позива: 1) државе чланице да ЛГБТ лицима осигурају заштиту од хомофобичног говора мржње и насиља, као и да обезбеде да истополни партнери уживају исто поштовање, достојанство и заштиту као и остатак друштва; 2) државе чланице и Комисију да чврсто осуде хомофобични говор мржње или подстицање на мржњу и насиље, као и да осигурају да се слобода демонстрација, која је гарантована свим уговорима људским правима, поштује у пракси; 3) Комисију да осигура да дискриминација на основу сексуалне оријентације у свим областима буде забрањена; 4) државе чланице и Комисију да направи корак напред у борби против хомофобије кроз едукацију, као на пример кампање против хомофобије у школама, на универзитетима и у медијима, као и административним, судским и законодавним средствима; 5) Комисију да осигура да све државе чланице уврсте у годишње извештаје о заштити основних права у Европској Унији комплетне и свеобухватне информације о учесталости хомофобичних злочина из мржње и насиља у државама чланицама; 6) Комисију да размотри увођење кривичних санкција у случајевима повреде директива; 7) државе чланице да предузму било које друге мере које се чине одговарајућим у борби против хомофобије и дискриминације на основу сексуалне оријентације, као и да промовишу и примене начело једнакости у својим друштвима и правним системима; 8) државе чланице да усвоје одговарајуће законодавство како би окончали дискриминацију са којом се суочавају истополни партнери у областима наслеђивања, имовине, права становања, пензија, пореза, социјалне заштите и тако даље и 9) да државе чланице коначно признају да су хомосексуална лица биле мете и жртве нацистичког режима.

homophobia in Europe) и понавља свој захтев Комисији да осигура да дискриминација на основу сексуалне оријентације у свим областима буде забрањена и позива на декриминализацију хомосексуалности широм света⁴⁴⁸. На основу поменуте Резолуције се сваке године 17. мај означава као Међународни дан против хомофобије. Европски парламент подсећа све државе чланице да се, у складу са судском праксом Европског суда за људска права, право на слободу окупљања може остварити чак и када се ставови оних који остварују ово право не поклапа са ставовима већине и да дискриминативне забране Парада поноса као и неуспех да се обезбеди одговарајућа заштита учесника Параде представљају кршење принципа заштићених Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода и стога се позивају надлежни органи, укључујући и локалне власти, да одобре Параде поноса и адекватно заштите учеснике. Парламент понавља свој позив свим државама чланицама да предложи законе којима би се превазишла дискриминација са којом се сусрећу истополни партнери и захтева од Комисије да се осигура слобода кретања свим особама у Европској унији без дискриминације.

Повеља о основним правима Европске уније (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*)⁴⁴⁹ донета је у Ници 7. децембра 2000. године. Пре свега, потребно је нагласити да се према Протоколу о примени Повеље о основним правима Европске уније на Пољску и Уједињено Краљевство (*Protocol (No. 30) on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom*) она не односи и не примењује на Пољску и Уједињено Краљевство⁴⁵⁰. Протокол се састоји од мало обимније преамбуле и свега два члана⁴⁵¹. У Преамбули Повеље се наводи да је Европска

⁴⁴⁸ Резолуција Европског парламента о хомофобији у Европи од 26. априла 2007. године (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+ТА+Р6-ТА-2007-0167+0+DOC+XML+V0//EN>).

⁴⁴⁹ Official Journal of the European Union C 83/02 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:C2012/326/02&from=EN>, 20.09.2015).

⁴⁵⁰ <http://www.lisbon-treaty.org/wcm/the-lisbon-treaty/protocols-annexed-to-the-treaties/676-protocol-on-the-application-of-the-charter-of-fundamental-rights-of.html>, 10.10.2015. Више о томе: Craig, P. P, 2012, *The Charter, the ECJ and national courts* in *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Ashiagbor, D, Countouris, N, Lianos, I. (eds.), Cambridge University Press, pp. 84-86.

⁴⁵¹ Члан 1. став 1. Протокола: „ Повељом се не проширује надлежност Европског суда правде ЕУ нити било ког другог суда или трибунала Пољске или УК, да утврђује да су закони, прописи или административне одредбе, поступци или мере Пољске или УК у супротности са основним правима, слободама и начелима која се њоме потврђују”. Члан 1. став 2: „Посебно, и ради

унија заснована на недељивим и универзалним вредностима људског достојанства, слободе, једнакости и солидарности и да почива на принципима демократије и правне државе. Повељом је свим лицима загарантовано право на једнакост у формалном смислу, тако што се истиче да су сва лица једнака пред законом (члан 20). Овај правни инструмент ЕУ такође прокламује општу забрану дискриминације.

Повељом је забрањена свака дискриминација заснована, нарочито, на полу, раси, боји, етничкој или социјалној припадности, генетским карактеристикама, језику, религији или уверењу, политичком или било којем другом мишљењу, припадности националној мањини, иметку, рођењу, инвалидности, старости или сексуалној оријентацији (члан 21. став 1). Сексуална оријентација се изричито и јасно наводи као основ за забрану дискриминације, док се родни идентитет експлицитно нигде у одредбама не спомиње. То, пак, не значи да је дискриминација по овом основу дозвољена. Наиме, листа антидискриминационих основа није затворена нити ограничена, већ је напротив отворена за убрајање и обухватање других основа који доводе до различитог поступања и третмана, а основи који су изричито наведени су само посебно истакнути и примерично наведени. Обим антидискриминационог основа „пол” у Повељи би тумачењем требало проширити и у складу са судском праксом Европског суда правде која се односи на забрану дискриминације на основу пола требало би применити и под њега подвести и дискриминацију на основу родног идентитета. Интересантно је то да ће се питање дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета када је у питању заштита на основу Европске конвенције подвести под одредбу којом се гарантује право на поштовање приватног и породичног живота, док ће се према Повељи ЕУ

избегавања сумње, ништа у Поглављу IV Повеље не ствара утужива права применљива на Пољску или УК осим уколико су Пољска и УК обезбедила таква права у својим националним законодавствима”. Члан 2: „У мери у којој се одредба Повеље односи на национално законодавство или праксу, примениће се на Пољску и УК само у оној мери у којој су права или начела садржана у тој одредби Повеље призната у праву или пракси Пољске или УК”.

подвести под забрану дискриминације на основу пола, иако и Повеља садржи гаранције права на поштовање приватног и породичног живота⁴⁵².

Повеља Европске уније предвиђа и гарантује свима судску заштиту услед повреде или ускраћивања неког људског права или слободе. Свако лице, коме су повређена права или слободе које су загарантоване правом Европске уније, има право да се обрати суду за помоћ и да његов захтев буде размотрен непристрасно, јавно и у разумном року од стране независног и непристрасног суда (члан 47. став 1. и 2).

Повељом се предвиђа које су то ситуације када је ограничавање остваривања људских права и основних слобода дозвољено. Наиме, свако ограничење остваривања права и слобода признатих Повељом мора бити предвиђено законом уз поштовање суштине тих права и слобода, а у складу са начелом пропорционалности ограничења могу бити допуштена само ако су неопходна и ако истински испуњавају циљеве општег интереса признатих од стране Уније или потребу да се заштите права и слободе других (члан 52. став 1). У Повељи је уређено и питање односа права загарантованих Европском конвенцијом и права гарантована Повељом као и њиховог обима и нивоа заштите. Дакле, у мери у којој ова Повеља садржи права која одговарају правима гарантованим Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, смисао и обим тих права ће бити исти као и оних зајамчених поменутом Конвенцијом, док ова одредба не спречава право ЕУ да обезбеди шири обим заштите (члан 52. став 3). Иако се обим заштите и корпуса права која су гарантована у оба ова правна документа донекле подударају, тумачења и исходи приликом њихове примене могу бити различити (као и код тумачења о забрани дискриминације на основу родног идентитета).

⁴⁵²Члан 7. Повеље основних права Европске Уније, који гласи: „Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке”.

3.3.5. Џокџакартски принципи

Џокџакартски принципи за примену међународног права људских права који се односе на сексуалну оријентацију и родни идентитет, донети су у новембру 2006. године од стране 29 уважених међународних експерата за људска права у Индонезији у граду Џокџакарта, по којем су и добили овај назив (*The Yogyakarta Principles*)⁴⁵³. Принципи су усвојени и промовисани на заседању Савета за људска права у Женеви крајем марта 2007. године. Потреба за стварањем и доношењем једног оваквог међународног документа јавља се услед изостављања изричитог навођења сексуалне оријентације и родног идентитета као могућих основа за дискриминацију односно изостављања експлицитне забране дискриминације по овим основима у другим претходним међународним документима о људским правима и основним слободама.

Принципи представљају универзални водич за људска права који афирмише повезивање међународних правних стандарда које све државе морају да поштују⁴⁵⁴. То значи да они у смислу међународног права немају обавезујући карактер, али ипак имају веома високу моралну и правну вредност и значај. У уводу Џокџакартских принципа наводи се да се сва људска бића рађају једнака у достојанству и правима и да су сва људска права универзална, међузависна, недељива и међусобно повезана, док се за сексуалну оријентацију и родни идентитет сматра да су саставни део достојанства сваког човека и човечанства и не смеју да буду основи за дискриминацију или злостављање. Многе државе сада имају законе и уставе којима се гарантују право на једнакост и забрана дискриминације, без разлике на основу пола, сексуалне оријентације или родног идентитета. Ипак, на озбиљну забринутост указују кршења људских права због нечије стварне или претпостављене сексуалне оријентације или родног идентитета. Као неки од примера кршења људских права наводе се убиства учињена од стране власти која не подлежу санкцијама у било ком судском или правном поступку, мучење и злостављање, сексуално злостављање и силовање (укључујући и

⁴⁵³ http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf, 20.09.2015.

⁴⁵⁴ Они обећавају другачију будућност у којој су сви људи рођени слободни и једнаки у достојанству и правима.

корективно силовање), кршење права на приватност, произвољно притварање, ускраћивање права на запошљавање и образовање и озбиљна дискриминација у односу на уживање других људских права. У данашње време смо сведоци да бројне државе чак дозвољавају друштвено насиље према припадницима сексуалних мањина укључујући и трансродналица, што ствара друштвену климу у којој је право на сигурност и слободу под знаком питања⁴⁵⁵.

Стога су међународна комисија правника и међународна служба за људска права, у име коалиције организација за људска права, предузели пројекат како би припремили и разрадили сет међународних правних принципа о примени међународног права када дође до кршења људских правана основу сексуалне оријентације и родног идентитета, како би се допринело већој јасноћи и доследности у обавезама држава по питању људских права. Џокцакартски принципи обухватају широк спектар стандарда људских права и њихове примене на питања која сетичу сексуалне оријентације и родног идентитета и потврђују примарну обавезу држава да имплементирају људска права, а сваки принцип је праћен детаљним препорукама за државе. Стручњаци, пак, наглашавају да сви имају одговорност да промовишу и штите људска права, док се ове додатне препоруке односе на друге, укључујући и систем људских права у оквиру Уједињених нација, националне институције које се баве људским правима, медије, невладине организације и финансијере. Они се такође слажу да Принципи рефлектују постојеће стање међународног права људских права у односу на питања која се тичу сексуалне оријентације и родног идентитета. Принципи потврђују и обавезујуће међународне правне стандарде са којима се све државе морају усагласити.

⁴⁵⁵ Средином априла 2014. године држава Брунеј је изгласала измене кривичног закона и тиме проширила опсег кривичних дела која за последицу имају санкцију осуде на смрт каменовањем, а као једно од њих јавља се и хомосексуалност, поред прељубе, силовања и проглашавања себе немуслиманом, док кривични закон који је тренутно на снази предвиђа за хомосексуални однос 10 година затвора (<http://queer.hr/38955/brunej-uvodi-smrtnu-kaznu-kamenovanjem-za-gej-seks/>, 20.06.2014). Одбор за људска права у оквиру Уједињених нација се поводом ове вести огласио и позвао државу Брунеј да одложи усвајање и ступање на снагу ових измена кривичног закона, те је крајем априла исте године примена ових законских измена стопирана на неко време (<http://queer.hr/38982/brunej-odgodio-usvajanje-smrtne-kazne-kamenovanjem-za-gej-osobe/>, 20.06.2014).

У преамбули Принципа се наводи да сва људска бића, без обзира на сексуалну оријентацију и родни идентитет, имају право на попутоно уживање свих људских права. Како би се остварило право на универзално уживање људских права, у првом принципу су дате неке од препорука државама. Државе, дакле, треба да оличавају принципе универзалности, међуповезаности, међузависности и недељивости људских права у свим својим националним уставима или другим одговарајућим законима и да обезбеде практичну реализацију универзалног уживања свих људских права. Државе су такође у обавези да измене одговарајуће законе, укључујући и кривично законодавство, како би се обезбедила конзистентност са универзалним уживањем људских права, као и да предузме и организује програме образовања и подизања свести, да промовише и унапреди пуно уживање свих људских права од стране свих лица, без обзира на сексуалну оријентацију или родни идентитет.

Други принцип регулише област забране дискриминације и права на једнакост. Према овом принципу, свако има право да ужива сва људска права без дискриминације на основу сексуалне оријентације или родног идентитета. Свакоме се гарантује право на једнакост пред законом и једнака законска заштита, без икакве дискриминације, без обзира на то да ли то утиче на уживање неког другог права, јер се законом мора забранити свака дискриминација и обезбедити свим лицима подједнака и ефикасна заштиту против сваке такве дискриминације.

Појам дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета је дефинисан Принципима и она укључује свако разликовање, искључивање, ограничавање или давање првенства које се базира на сексуалној оријентацији или родном идентитету (оваква формулација је коришћена и у домаћем ЗЗД), а што има сврху или ефекат поништавања или нарушавања једнакости пред законом или једнаке законске заштите или признавање, уживање и вршење свих људских права и основних слобода равноправно. Дискриминација заснована на сексуалној оријентацији или родном идентитету може бити, а најчешће и јесте, повезана са дискриминацијом заснованој на другим основима као што су пол, раса, старост, религија, инвалидност, здравље и економски статус. Уборби против дискриминације државе имају на располагању мноштво препорука

које су предвиђене Џокцакартским принципима. Неке од њих суобавеза државе да инкорпорира садржај начела једнакости и забране дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета у националним законодавствима односно у уставима и законима, као и да обезбеде ефикасно спровођење и реализацију ових принципа како би се припадницима ЛГБТ популације осигурало побољшање и унапређење положајаи како би се отклонила и спречила дискриминација којој су у великој мери изложени.

Након представљања и усвајања Принципа, више од 30 држава су оствариле позитивне кораке по питању сексуалне оријентације и родног идентитета, од којих чак 7 држава у својим изјавама и извештајима нарочито упућују на Џокцакартске принципе: Чешка, Швајцарска и нордичке државе попут Данске, Финске, Исланда, Шведске и Норвешке, описујући их као револуционарна и она која изражавају правно обавезујуће међународне стандарде које све државе морају да поштују⁴⁵⁶. Државама се препоручује да употребе и примене Принципе тако што ће их имплементирати или барем размотрити у јавним политикама, а те препоруке могу бити дате од стране Савета УН за људска права⁴⁵⁷, али и појединих држава⁴⁵⁸. Неке државе су препоруке прихватиле, неке су их одбациле, док неке нису ни на који начин реаговале нити одговориле. Пет држава је прихватило препоруку да примене Принципе, а то су Канада, Чиле, Чешка, Финска и Еквадор, који је то учинио прећутно, затим четири државе су одбациле препоруку: Малта, Сан Марино, Катар и Украјина, док је осам држава дало нејасне одговоре или уопште нису ни одговориле, а то су: Албанија, Доминиканска Република, Немачка, Краљевина Бутан, Перу, Србија, Тунис, Јемен⁴⁵⁹. Аутори Принципа предвиђају свет у којем

⁴⁵⁶ *Report on Launch of Yogyakarta Principles* (http://www.ypinaction.org/files/45/Report_on_Launch_of_Yogyakarta_Principles.pdf, 25. 09.2015).

⁴⁵⁷ Савет УН за људска права је међувладино тело у оквиру Уједињених Нација, који се састоји од 47 држава које су одговорне за јачање промоције и заштите људских права широм света. Савет је формиран од стране Генералне скупштине УН 15. марта 2006. године са основним циљем решавања ситуације кршења људских права и давање препорука о њима.

⁴⁵⁸ Ettlbrick L, P, Trabucco Zerán, A, September 2010, *The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development, A Study of November 2007 –June 2010 Final Report*, pp. 18, 19, 20 (http://www.ypinaction.org/files/02/57/Yogyakarta_Principles_Impact_Tracking_Report.pdf, 30.09.2015).

⁴⁵⁹ Ettlbrick L, P, Trabucco Zerán, A, September 2010, pp. 20-23. Холандија је препоручила да Србија примени Принципе као водич за нове политике у области ЛГБТ права, а одговор Србије је гласио:

националне владе сарађују и раде са међународним организацијама како би се обезбедила већа заштита ЛГБТ права, и на тај начин Принципи указују на тренд ка коришћењу недржавних актера како би наметнула међународне законе и норме на земље које нису наклоњене или се томе опиру⁴⁶⁰. И како *O'Flaherty* и *Fisher* истичу, а Принципи то и сами потврђују и сведоче, они представљају несавршен склоп рада и активности у одређеном тренутку ослањајући се на ограничену доступност информацијама и разумевању, а имајући то у виду Принципе треба схватити као рад у току при којем се мора толерисати текуће и искрено разматрање како би се они могли побољшати и усавршити⁴⁶¹.

3.3.6. Кратак осврт на међународне и регионалне документе у светлу српског општег антидискриминационог законодавства

Када извршимо упоредноправну анализу свих поменутих правно обавезујућих међународних и регионалних докумената о људским правима, примећујемо да појам дискриминације није дефинисан ни у једном од њих, док су одређени облици дискриминације наведени и дефинисани у појединим Директивама Европске уније о једнаком третману (директна и индиректна дискриминација, узнемиравање и инструкције за вршење дискриминације, а у неким и сексуално узнемиравање и виктимизација⁴⁶²). Домаћи Закон о забрани дискриминације дефинише појам дискриминације, као и поједине облике, на

„У вези са препоруком за имплементацију Цокцакартских принципа, Република Србија ће те принципе проучити и радити на побољшању позиције ЛГБТ популације”.

⁴⁶⁰Mittelstaedt, E, 2008, pp.366.

⁴⁶¹O'Flaherty, M, Fisher, J, 2008, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles*, *Human Rights Law Review*, 8 (2), pp.247, 248.

⁴⁶²Директну и индиректну дискриминацију и узнемиравање као облике дискриминације регулишу све четири Директиве, дакле Директива 2000/43/ЕЗ о примени принципа једнаког третмана лица без обзира на расно или етничко порекло, Директива 2000/78/ЕЗ о успостављању општег оквира за једнак третман у области запошљавања, Директива 2004/113/ЕЗ о примени принципа једнаког третмана мушкараца и жена у области запошљавања, Директива 2006/54/ЕЗ о примени принципа једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жене у области запошљавања. Давање инструкција за вршење дискриминације као облик дискриминације предвиђају Директиве 2000/43/ЕЗ и 2000/78/ЕЗ, док Директива 2004/113/ЕЗ и 2006/54/ЕЗ забрањују овај облик али само на основу пола. Сексуално узнемиравање као посебан облик дискриминације предвиђен је Директивама 2004/113/ЕЗ и 2006/54/ЕЗ. Виктимизација је забрањена Директивама 2000/43/ЕЗ и 2004/113/ЕЗ.

веома сличан начин као што је то учињено Директивама⁴⁶³. Затим, само у појединим документима изричито је регулисана забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације (попут Повеље о основним правима ЕУ и Директиве 2000/78/ЕЗ), а на основу родног идентитета дискриминација је забрањена само Директивом 2006/54/ЕЗ о примени принципа једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жена у области запошљавања и занимања и она се односи искључиво на дискриминацију у области запошљавања, дакле не постоји уопштена забрана по овом основу, док према одредбама домаћег Закона оба ова основа су уврштена међу забрањене.

Међутим, листа основа за забрану дискриминације није затворена и исцрпљена, већ се накнадно може проширивати, али се постојећа листа може екстензивније тумачити и поједине изостављене основе подводити под неке друге изричито наведене. Према томе, заштита од дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета није ускраћена без обзира на изричиту непрописаност у документима.

Судска пракса Европског суда за људска права у Стразбуру показује да ова институција обезбеђује заштиту од дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета и то чланом 8. Конвенције односно кроз одредбу о праву на поштовање приватног и породичног живота, а судска пракса Европског суда правде то чини кроз одредбу о забрани дискриминације на основу пола. Различито тумачење ова два суда не представља проблем у пракси, јер разлика се огледа само у тумачењу према ком антидискриминационом основу ће се заштита од дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета обезбедити. И поред ова два различита тумачења, судска заштита се може остварити и ова два основа кроз судску праксу ова два суда призната су као основи дискриминације и као основи које је потребно заштитити и пружити им гаранције. Суштинских разлика у овим случајевима нема, јер суштина заправо представља обезбеђивање и пружање успешне заштите од дискриминације, под који год основ да потпада (у случајевима када не постоји изричита прописаност забране дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета).

⁴⁶³Више о томе у поглављу 4.1.2.

Поглавље 4. ОСНОВИ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ И ЗАБРАНА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ НА ОСНОВУ СЕКСУАЛНЕ ОРИЈЕНТАЦИЈЕ И РОДНОГ ИДЕНТИТЕТА

4.1. Облици, основи и случајеви дискриминације у Републици Србији

Законом о забрани дискриминације Републике Србије, као општем и основном закону, регулисани су облици и основи дискриминације. Дискриминација у основи значи неоправдано прављење разлике односно неоправдано неједнако третирање и поступање у односу на стварно или претпостављено лично својство појединца или групе. Оно се, по својој садржини најчешће огледа у искључивању, ограничавању или давању предности, док се по својој природи може огледати у чињењу или нечињењу⁴⁶⁴. Закон о забрани дискриминације регулише и дефинише седам различитих облика дискриминације и дискриминаторског поступања, па се тако изричито наводе непосредна и посредна дискриминација, повреда начела једнаких права и обавеза, позивање на одговорност, удруживање ради вршења дискриминације, говор мржње и узнемиравање и понижавајуће поступање (члан 5. ЗЗД).

Први облик дискриминације јесте непосредна дискриминација, која се базира на идеји формалне једнакости⁴⁶⁵. Према одредбама ЗЗД, непосредна или директна дискриминација постоји ако се лице или група лица, због његовог односно њиховог личног својства, у истој или сличној ситуацији, било којим актом, радњом или пропуштањем, стављају или су стављени у неповољнији положај, или би могли бити стављени у неповољнији положај (члан 6). То су, према *Sargeant*, ситуације у којима постоји уопштена претпоставка да припадници одређене групе поседују или им недостаје одређена карактеристика⁴⁶⁶ односно лично својство. Забрана дискриминације регулисана је и Законом о раду Републике Србије, према којем непосредна дискриминација јесте свако поступање узроковано неким од законом наведених основа из члана 18. овог закона, којим се лице које тражи

⁴⁶⁴Гајин, С, 2010, стр. 10.

⁴⁶⁵Омејец, Ј, 2009, стр. 919.

⁴⁶⁶Sargeant, М, 2012, pp. 29, 30.

запослење, као и запослени, ставља у неповољнији положај у односу на друга лица у истој или сличној ситуацији (члан 19. став 1. ЗОР). Непосредна дискриминација је дефинисана и Директивом Савета Европске уније 2000/78/ЕЗ, а до ње долази када се једно лице третира неповољније него што се третира или се третирано или би се третирано у случајној ситуацији, а на основу религије или уверења, инвалидности, старости и сексуалне оријентације (члан 2. став 2. тачка а). Дефиниција непосредне дискриминације према важећем ЗЗД је шира од дефиниције дате Директивом, на начин што конкретније уређује начин на који може доћи до дискриминације, као и круг лица. Стога, вршење непосредне дискриминације се не ограничава само према појединцу, него и према групи лица, а у одредбама се изричито наводи и да она може бити извршена било којим актом, радњом или пропуштањем, што указује како на радње чињења тако и на радње нечињења.

Непосредна дискриминација представља типичан облик дискриминације, она је јасно уочљива и видљива и они који дискриминаторски поступају не крију своје поступке, већ често јавно бране своје акте позивајући се на заштиту одређених интереса и циљева⁴⁶⁷. Као један од примера у литератури наводи се пребијање хомосексуалних лица које јавно изражавају своје хомосексуално опредељење, а оправдава се бригом за ментално здравље нације и бригом за породицу и децу⁴⁶⁸, међутим вршење насиља и позивање на вршење насиља као модел понашања никад и никако не може да буде оправдан разлог ни у једној ситуацији, а нарочито не као оправдање за бригу породице и деце.

Приликом утврђивања дискриминације и доказивања неповољног третмана потребно је такво поступање према одређеном лицу упоредити са поступањем према другом лицу у сличној ситуацији, те је због тога потребан компаратор односно лице које се налази у чињенично сличним околностима као и жртва дискриминације, с тим да је међу њима основна разлика правно заштићени основ⁴⁶⁹. Међутим, у оквиру права Европске уније у области запошљавања, постоји изузетак

⁴⁶⁷Гајин, С, 2010, стр. 18.

⁴⁶⁸Гајин, С, 2010.

⁴⁶⁹Приручник о европском антидискриминационом праву, 2014, Немачка фондација за међународну правну сарадњу, Београд, стр. 30.

када није потребан одговарајући компаратор, а то је случај дискриминације услед трудноће, а што се показало и усталило у судској пракси Европског суда правде у случају *Dekker (Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV- Centrum) Plus, C-177/88 [1990]*, пресуда од 8. новембра 1990. године) да се штета претрпљена због трудноће сматра непосредном дискриминацијом на основу пола и компарација се не захтева⁴⁷⁰. У случајевима када не постоји стварни компаратор онда упоређивање, према *Macdonald*, може да буде извршено и помоћу хипотетичког компаратора у сличним околностима⁴⁷¹.

Дурги облик јесте посредна или индиректна дискриминација, која према Закону о забрани дискриминације, постоји ако се лице или група лица, због његовог односно њиховог личног својства, ставља у неповољнији положај актом, радњом или пропуштањем које је привидно засновано на начелу једнакости и забране дискриминације, осим ако је то оправдано законитим циљем, а средства за постизање тог циља су примерена и нужна (члан 7). Дакле, из одредаба Закона произлази да је приликом утврђивања постојања посредне дискриминације у конкретном случају потребно утврдити да ли је циљ законит и да ли су средства коришћена за постизање тог циља примерена и нужна, јер ако нису онда долази до посредне дискриминације. Посредна дискриминација је пре свега прикривена и невидљива, јер је привидно заснована на једнаком третману и начелу једнакости. Наиме, често се сматра да је доносилац овакве одредбе кроз наизглед неутралну одредбу имао намеру и циљ да појединим лицима или групама лица онемогући уживање одређених права⁴⁷². Међутим, код посредне дискриминације постојање намере није од значаја, тако да одговорност лица за вршење дискриминације постоји и у ситуацијама када намера није постојала.

Према Закону о раду, посредна дискриминација постоји када одређена наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса ставља или би ставила у неповољнији положај у односу на друга лица - лице које тражи запослење, као и

⁴⁷⁰ Приручник о европском антидискриминационом праву, 2014.

⁴⁷¹ Macdonald A. C. L, 2004, *Equality, Diversity and Discrimination: How to comply with the law, promote best practice and achieve a diverse workforce*, London, pp. 179.

⁴⁷² Вехабовић, Ф, Измирлија, М, Кадрибашић, А, 2010, стр. 36.

запосленог, због одређеног својства, статуса, опредељења или уверења из члана 18. овог закона (члан 19. став 2. ЗОР).

Према Директиви Савета ЕУ 2000/78/ЕЗ, индиректна дискриминација⁴⁷³ постоји када би наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса ставила лица одређене религије или уверења, одређене инвалидности, одређене старости или одређене сексуалне оријентације у нарочито неповољан положај у односу на друга лица, осим: а) ако је та одредба, критеријум или пракса објективно оправдана легитимним циљем и средствима за постизање тог циља која су неопходна и одговарајућа или б) када се ради о лицима са одређеним инвалидитетом, послодавац или било које лице или организација на које се ова Директива односи, дужни су, у складу са националним законодавством, да предузму одговарајуће мере у складу са принципима садржаним у члану 5.⁴⁷⁴ у циљу отклањања недостатака који су садржани утаквим одредбама, критеријуму или пракси (члан 2. став 2. тачка б). Дефиниције посредне дискриминације предвиђене домаћим законодавством и Директивом ЕУ су веома сличне, једино што је према одредбама важећег ЗЗД посредну дискриминацију могуће извршити и нечињењем односно пропуштањем.

Европски суд за људска права у Стразбуру је у пресудама појединих случајева, као на пример *Zarb Adami v. Malta* (2006)⁴⁷⁵, изнео став да „суд примећује да, уколико политика или општа мера има несразмерно штетне ефекте на групу људи, могућност разматрања да је она дискриминаторна не може бити искључена чак и ако није посебно усмерена ка тој групи”. У случају *Д. Х. и други против Чешке Републике* (2007)⁴⁷⁶, Европски суд је потврдио став који се ослања на дефиницију посредне дискриминације да „разлика у поступању може да поприми

⁴⁷³Више о случајевима индиректне дискриминације пред Европским судом правде видети код Ellis, E, Watson, P, 2012, *EU Anti-Discrimination Law, second edition*, Oxford University Press, pp. 148-156.

⁴⁷⁴Члан 5. Директиве односи се на разумно задовољавање потреба лица са инвалидитетом: „Како би се гарантовала сагласност са принципом једнаког третмана у односу на лица са инвалидитетом, обезбедиће се прихватљиви начини за задовољавање њихових посебних потреба. То значи да су послодавци дужни да предузму одговарајуће мере, када је то потребно у конкретном случају, како би се лицу са инвалидитетом омогућило да има приступ запошљавању, да учествује, или напредује у послу, или да прође обуку, уколико такве мере не би представљале несразмеран терет за послодавца. Овај терет се неће сматрати несразмерним ако се у довољној мери подупре мерама које постоје у оквиру политике дотичне државе чланице по питању заштите лица са инвалидитетом.”.

⁴⁷⁵ЕСЦПР, *Zarb Adami v. Malta*, no. [17209/02](#), пресуда од 20. јуна 2006, para. 80.

⁴⁷⁶ЕСЦПР, *D.H. and Others v. The Czech Republic*, no. [57325/00](#), пресуда од 13. новембра 2007, para. 184.

облик несразмерно штетног утицаја опште политике или мере која упркос свом неутралном изразу ипак дискриминише одређену групу лица’.

Приликом утврђивања посредне дискриминације је такође потребан компаратор, с тим да је природа компаративне анализе, према *Khaitan*, веома другачија него у случајевима непоредне дискриминације, с обзиром на то да она обухвата групе а не појединце, а тиме се избегава потреба проналажења појединца као одговарајућег компаратора⁴⁷⁷. Према овом аутору, као један од проблема који се јавља јесте одређивање релевантних група и унутар њих које две групе идентификовати и упоредити. Нпр, у случају дискриминације приликом запошљавања, да ли је релевантна група целокупна популација или само она група лица која је квалификована да изврши одређени посао у питању или се то једноставно односи на радну снагу послодавца. Затим, као проблем може да се јави и обим несразмерности који је потребан да би се сматрало посредном дискриминацијом⁴⁷⁸.

Трећи посебно наведен облик дискриминације јесте повреда начела једнаких права и обавеза, а који се заснива на идеји да свим људима припадају једанак права и обавезе, јер је закон једнак за све и сви су пред законом једнаки, без обзира на лична својства⁴⁷⁹. Начело једнакости је основно начело које прожима свако људско право. Према Закону о забрани дискриминације, повреда начела једнаких права и обавеза постоји ако се лицу или групи лица, због његовог односно њиховог личног својства, неоправдано ускраћују права и слободе или намећу обавезе које се у истој или сличној ситуацији не ускраћују или не намећу другом лицу или групи лица, ако су циљ или последица предузетих мера неоправдани, као и ако не постоји сразмера између предузетих мера и циља који се овим мерама остварује (члан 8. ЗЗД). Међутим, овај облик дискриминације је могуће сагледати са становишта права и са становишта обавеза⁴⁸⁰. Са становишта права, постоје три вида дискриминације који се огледају у законском привилеговању, ограничавању права и обесправљивању, док са становишта обавезе постоје такође три вида

⁴⁷⁷Khaitan, T., 2015, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, pp. 74, 75.

⁴⁷⁸Khaitan, T., 2015,.

⁴⁷⁹Гајин, С, 2010, стр. 19.

⁴⁸⁰Гајин, С, 2010.

дискриминације попут наметања обавезе коју друга страна нема, наметање неједнаких обавеза и наметање једнаких обавеза у корист само једне стране.

Анализом примера из праксе Повереника за равноправност можемо утврдити да се овај облик дискриминације најчешће врши према лицима на основу њиховог брачног и породичног статуса (као нпр. притужба удружења Ј. против града Јагодине због дискриминације у остваривању права на једнократну помоћ по основу рођења и брачног и породичног статуса из 2011. године, притужба М. П. против СО Сврљиг због дискриминације на основу брачног статуса и места пребивалишта из 2012. године, притужба М. Б против М. С. и Ц. због дискриминације на основу породичног статуса у области пружања услуга из 2012. године,) као и инвалидитета (као нпр. притужба Н. о. о. с. и. против Првог основног суда у Београду због дискриминације на основу инвалидитета у поступку пред органима јавне власти из 2012. године, притужба М. Ж. против ГО Нови Београд због дискриминације на основу инвалидитета у поступку пред органима јавне власти из 2012. године)⁴⁸¹.

Четврти облик дискриминације јесте позивање на одговорност лица која су на дискриминацију указала, која су затражила помоћ и заштиту од дискриминације или су сведочила у корист жртве дискриминације. Овакав облик дискриминације се назива и виктимизација и изричито је законом забрањена, а израз је потекао од речи „*victim*” која значи жртва⁴⁸². Према важећем Закону, дискриминација постоји ако се према лицу или групи лица неоправдано поступа лошије него што се поступа или би се поступало према другима, искључиво или углавном због тога што су тражили, односно намеравају да траже заштиту од дискриминације или због тога што су понудили или намеравају да понуде доказе о дискриминаторном поступку

⁴⁸¹ Више о чињеничном стању ових случајева видети на интернет страницама Повереника за равноправност <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/vi%C5%A1estruka-diskriminacija/pritu%C5%BEba-udru%C5%BEenja-j-protiv-grada-jagodine-zbog-diskriminacije-u-ostvarivanja-prava-na-jednokratnu-pomo>, <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/vi%C5%A1estruka-diskriminacija/pritu%C5%BEba-m-p-protiv-so-svrljig-zbog-diskriminacije-na-osnovu-bra%C4%8Dnog-statusa-i-mesta-prebivali%C5%A1ta>, <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/ostalo/pritu%C5%BEba-m-b-protiv-m-s-i-c-zbog-diskriminacije-na-osnovu-porodi%C4%8Dnog-statusa-u-oblasti-pru%C5%BEanja-usluga>, <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/invaliditet/pritu%C5%BEba-n-o-o-s-i-protiv-prvog-osnovnog-suda-u-beogradu-zbog-diskriminacije-na-osnovu-invaliditeta-u-postupku-pred-or>, <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/invaliditet/pritu%C5%BEba-m-%C5%BE-protiv-go-novi-beograd-zbog-diskriminacije-na-osnovu-invaliditeta-u-postupku-pred-organima-javne-vlasti>, 10.10.2015.

⁴⁸²Петрушић, Н, Бекер, К, 2012, стр. 37.

(члан 9. ЗЗД). Дакле, лице које тражи правну заштиту од дискриминације или је спремно да помогне другоме да своја права заштити је у оваквим случајевима стављено у положај жртве и тиме трпи неједнак третман⁴⁸³ и негативне последице. Овај облик дискриминације има два вида, а то су а) када је виктимизација усмерена на жртву дискриминације односно када се лице које је претрпело дискриминацију ставља у неједнак положај управо због тога што је затражило или намеравало да затражи правну заштиту од дискриминације и б) када је виктимизација усмерена на друга лица односно ако је лице које није претрпело дискриминацију спремно да помогне или већ помаже другом лицу да правну заштиту од дискриминације оствари⁴⁸⁴. Стога, забрана овог облика дискриминације уједно представља и услов без којег се не може успешно и активно борити за спречавање и укидање овог и свих осталих облика дискриминације⁴⁸⁵. Управо због тога да људи не би били обесхрабрани да пријаве и траже заштиту од дискриминације или да о њој сведоче, Закон је изричито забранио овај облик дискриминаторског понашања⁴⁸⁶. Оваква одредба би требало да олакша пријављивање случајева дискриминације, као и давање изјава сведока у корист жртава дискриминације, а пракса ће показати да ли је овим заиста олакшан пут ка ефикаснијој борби за укидање, спречавање, сузбијање или смањење нивоа дискриминације и колико су људи заиста спремни да овакве облике недозвољеног понашања пријављују и траже правну заштиту својих права.

Као пети облик, Закон такође предвиђа и забрану удруживања ради вршења дискриминације. Иако је слобода удруживања Уставом⁴⁸⁷ загарантовано људско право, у овом случају долази до њеног ограничавања како би се „спречила његова злоупотреба и онемогућило удруживање ради остваривања незаконитих циљева”⁴⁸⁸ и представља забрањен облик дискриминаторског понашања. Према Закону о забрани дискриминације, забрањено је удруживање ради вршења дискриминације,

⁴⁸³Гајин, С, 2010, стр. 20.

⁴⁸⁴Гајин, С, 2010.

⁴⁸⁵Миленковић, Д, 2010, стр. 29.

⁴⁸⁶Петрушић, Н, Бекер, К, 2012, стр. 37.

⁴⁸⁷Члан 55. став 1. Устава Републике Србије, који гласи: „Јемчи се слобода политичког, синдикалног и сваког другог удруживања и право да се остане изван сваког удружења”. Став 3. истог члана гласи: „, Забрањена су тајна и паравојна удружења”.

⁴⁸⁸Петрушић, Н, Бекер, К, 2012, стр. 38.

односно деловање организација или група које је усмерено на кршење уставом, правилима међународног права и законом зајемчених слобода и права или на изазивање националне, расне, верске и друге мржње, раздора или нетрпељивости (члан 10. ЗЗД). Закон такође наводи да се дискриминацијом не сматрају ограничења неопходна ради спречавања заговарања и вршења фашистичких, нацистичких и расистичких активности (члан 25. став 2. ЗЗД).

Чак и Устав Србије регулише ситуације у којима Уставни суд може да забрани неко удружење онда када је деловање удружења усмерено на насилно рушење уставног поретка, кршење зајемчених људских или мањинских права или изазивање расне, националне или верске мржње (члан 55. став 4. Устава РС). Тако је Уставни суд Србије у својој одлуци из 2011. године забранио деловање удружења „Национални stroj”⁴⁸⁹. Наиме, Републички јавни тужилац је поднео Уставном суду предлог за забрану ове нерегистроване организације за коју је тврдио да је тајна политичка организација чији су циљеви усмерени против Уставом загарантованих људских и мањинских права, начела грађанске демократије, забране дискриминације и европских принципа и вредности. Иако поменута организација није била уписана ни у регистар удружења ни у регистар политичких странака, утврђено је од стране Уставног суда да спада у тајно удружење и да је и оно и њено деловање забрањено по сили Устава. У својој одлуци Уставни суд је забранио упис ове организације у било који регистар као и свако будуће деловање и промовисање циљева и идеја „Националног строја” и изрекао обавезу да се утврди дужност свих државних органа и организација да у оквиру својих надлежности и овлашћења предузму мере у циљу спровођења ове одлуке. Дакле, довољно је да постоји група удружених појединаца који својим деловањем пропагирају и врше дискриминацију, изазивају верску, расну, националну и другу мржњу, нетолеранцију и нетрпељивост, а питање регистрације такве групе или организације није ни потребно, а није ни од значаја приликом забрањивања њиховог деловања. Мета честих напада од стране припадника формалних и неформалних група, које су основане са циљем вршења

⁴⁸⁹ Одлука Уставног суда од 2. јуна 2011. године, број предмета VIII 171/2008.

дискриминације и различитих облика насиља јесу сексуалне мањине⁴⁹⁰, а насиље које се врши над њима, у виду вербалног и физичког малтретирања до опште атмосфере у друштву, је готово свакодневно⁴⁹¹.

Шести облик забрањеног понашања јесте говор мржње. Слобода изражавања представља једно од основних људских права и слобода, које је Уставом зајемчено свима⁴⁹² али не сме да буде оправдање и параван за говор мржње. Слобода изражавања се законом може ограничити, ако је то неопходно ради заштите права и угледа других, чувања ауторитета и непристрасности суда и заштите јавног здравља, морала демократског друштва и националне безбедности Републике Србије (члан 46. став 2. Устава РС). Говор мржње представља изражавање које садржи поруке мржње или нетрпељивости према некој расној, националној, етничкој или верској групи или њеним припадницима, али у последње време говором мржње су обухваћени и припадници других група, те оно обухвата и нетрпељивост према полу, сексуалној оријентацији, различито политичко и друго мишљење или национално и друштвено порекло⁴⁹³. Говор мржње се дефинише и као говор који охрабрује, изражава, распирује и подстиче мржњу према групи појединаца које се разликују по одређеном својству или одређеним својствима као што су раса, етничка припадност, род, религија, националност или сексуална оријентација⁴⁹⁴.

Дефиниција говора мржње према Препоруци бр. Р (97) 20 Комитета министара државама чланицама, усвојене 30. октобра 1997. године⁴⁹⁵, подразумева све облике изражавања који шире, распирују, подстичу или правдају расну мржњу, ксенофобију, антисемитизам или друге облике мржње засноване на нетолеранцији, укључујући и нетолеранцију изражену у форми агресивног национализма и

⁴⁹⁰Гајин, С, 2010, стр. 22.

⁴⁹¹Радоман, М, 2012, Истраживање ставова ЛГБТ популације о сектору безбедности, *Филозофија и друштво* XXIII (1), стр. 161.

⁴⁹²Члан 46. став 1. Устава РС: „Јемчи се слобода мишљења и изражавања, као и слобода да се говором, писањем, сликом или на други начин траже, примају и шире обавештења и идеје”.

⁴⁹³Косановић, М, Гајин, С, Миленковић, Д, 2010, стр. 57.

⁴⁹⁴Herz, M, Molnar, P, 2012, *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, pp. 40.

⁴⁹⁵Доступна на српском језику на http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/Translations/Serbian/Rec%281997%29020&ExpMem_sb.pdf, 15.10.2015.

етноцентризма, дискриминације и непријатељства према мањинама, мигрантима и људима имигрантског порекла. Према дефиницији датој у Препоруци, говор мржње се односи на све облике изражавања, али усмерен је искључиво на мањине, мигранте и лица имигрантског порекла, међутим све чешће смо сведоци оваквог облика изражавања који је усмерен и на друге мањинске и рањиве друштвене групе, нарочито према припадницима ромске и ЛГБТ популације. Сматра се да треба да се испуне три услова да би одређено изражавање могло да се окарактерише као говор мржње, а то су намера, подстицање и штетна последица⁴⁹⁶.

Говор мржње има за циљ да изазове одређене негативне последице по одређено лице или групу лица, а у вези са одређеним личним својством или припадношћу одређеној групи, што може да се одрази кроз стварање презира, стигматизације или негативних стереотипа према одређеном лицу или групи, подстицање дискриминације, изазивање страха и несигурности итд⁴⁹⁷. Проблем се јавља код питања које групе се узимају у обзир, да ли су то све групе које су заштићене другим правним режимима, да ли само мањине или само оне мањине које су историјски биле дискриминисане и ако је тако да ли ће већина да прихвати закон којим се штите само мањине или оне мањине које су кроз историју биле дискриминисане или прогањане, а ако није тако да ли је неутралан закон склон неједнакој и увредљивој примени према мањинама⁴⁹⁸.

Према одредбама Закона о забрани дискриминације⁴⁹⁹, забрањено је изражавање идеја, информација и мишљења којима се подстиче дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лице због њиховог личног својства, у јавним гласилима и другим публикацијама, на скуповима и местима доступним јавности, исписивањем и приказивањем порука или симбола и на други начин (члан 11. ЗЗД).

Према Закону о радиодифузији, Радиодифузна агенција се стара да програми емитера не садрже информације којима се подстиче дискриминација,

⁴⁹⁶Говор мржње у медијима – Преглед и анализа случајева у домаћој и међународној пракси, април 2014, Републичка радиодифузна агенција, Београд, стр. 16.

⁴⁹⁷Косановић, М, Гајин, С, Миленковић, Д, 2010, стр. 57.

⁴⁹⁸Herz, M, Molnar, P, 2012, pp. 3.

⁴⁹⁹Говор мржње се такође регулише и одредбама Закона о јавном информисању, као и Закона о радиодифузији.

мржња или насиље против лица или групе лица због различите политичке опредељености или због припадања или неприпадања некој раси, вери, нацији, етничкој групи, полу или због сексуалне опредељеност (члан 21). Овај Закон, с обзиром на то да је посебан закон (*lex specialis*), забрањује изражавања говора мржње у програмима који се емитују и изричито се односи на област радиодифузије, док је одредбама ЗЗД-а, као општим законом, говор мржње регулисан односно забрањен на уопштен начин.

Према Закону о јавном информисању РС, забрањено је објављивање идеја, информација и мишљења којима се подстиче дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог припадања или неприпадања некој раси, вери, нацији, етничкој групи, полу или због њихове сексуалне опредељености, без обзира на то да ли је објављивањем учињено кривично дело (члан 38). Одредбе се дакле односе на област јавног информисања, па је, стога, и говор мржње забрањен у тој области, а не уопштено. Када је реч о тужби због повреде забране говора мржње, лице на које се као припадника групе лично односи информација којом би се подстицала дискриминација, мржња или насиље има право да поднесе тужбу суду против аутора информације и против одговорног уредника јавног гласила у коме је информација објављена, којом може да захтева забрану њеног поновног објављивања и објављивања пресуде на трошак тужених (члан 39. став 1. Закона о јавном информисању РС). Против аутора и одговорног уредника тужбу може поднети и свако правно лице чији је циљ заштита слобода и права човека и грађанина, као и организација чији је циљ заштита интереса претходно поменутих угрожених група (члан 39. став 2. ЗЈИ). Ако се информација којом би се подстицала дискриминација, мржња или насиље лично односи на одређено лице, правно лице односно организација може поднети тужбу само уз пристанак лица на које се информација односи (члан 39. став 3. ЗЈИ). Такође овај закон је предвидео и ослобађање од одговорности, па тако повреда забране говора мржње неће постојати ако је информација део научног или новинарског текста, а објављена је без намере да се подстиче дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица које су претходно наведене, а посебно ако је таква информација део објективног новинарског извештаја или ако је информација објављена са намером да се

критички укаже на дискриминацију, мржњу или насиље против лица или групе лица или на појаве које представљају или могу да представљају подстицање на такво понашање (члан 40. ЗЈИ).

Имајући у виду сажет преглед постојеће законодавне регулативе у области говора мржње, истиче се критика да је она недовољна и да не представља ефикасан инструмент у доношењу одлука да ли одређен случај треба подвести под говор мржње, јер закон садржи дефиницију говора мржње, али проблем се јавља код питања да ли се одређена радња може квалификовати као подстицање на нетрпељивост и дискриминацију⁵⁰⁰.

У нашој држави се говор мржње често употребљава према припадницима рањивих друштвених група као што су припадници ромске популације, као и према сексуалним мањинама, а нису изузете ни особе са инвалидитетом. Говор мржње јесте законско ограничење уставом загарантоване слободе говора које има за циљ да се заштите права и интереси других и важне друштвене вредности⁵⁰¹. Слобода говора никако не сме да буде параван за употребу говора мржње.

У Србији је 7. јуна 2011. године донета и прва пресуда за говор мржње, у овом случају за говор мржње на интернету, што постаје све чешћа појава и све већи проблем у савременом друштву, медијима и комуникацији. Наиме, Виши суд у Београду је усвојио тужбу коју је поднела Геј стрејт алијанса против дневних новина „*Press*”, којом се утврђује да текстови и коментари читалаца објављени 2. јула 2009. године на интернет сајту истоименог дневног листа представљају говор мржње према ЛГБТ популацији, као и да је овај лист допуштањем и омогућавањем да се наведени коментари поставе на сајт дискриминаторски поступао према овој популацији⁵⁰². Ово је прва пресуда у историји судства у Србији за говор мржње

⁵⁰⁰ *Говор мржње у медијима*, стр. 20.

⁵⁰¹ Више о томе: Петрушић, Н, Бекер, К, 2012, стр. 39, 40.

⁵⁰² <http://gsa.org.rs/2011/06/prva-presuda-zbog-govora-mrznje-protiv-lgbt-populacije-presuda-dnevnim-novinama-press-po-tuzbi-gej-strejt-alijanse/>, 10.08.2014. Геј стрејт алијанса је 14. јула 2009. године на основу Закона о забрани дискриминације и Закона о јавном информисању поднела тужбу против дневних новина „*Press*“ због тога што је ова медијска кућа на свом интернет издању *Pressonline* дозволила објављивање коментара читалаца на текст-чланак „Бићу геј икона“ који садрже говор мржње према ЛГБТ популацији. На наведени текст свако заинтересовано лице је могло да остави коментар, што је учинило око 85 особа. Огромна већина коментара је садржала најприземнија вређања, позиве на убиства, клање, претње да ће напасти на живот и имовину ЛГБТ особа међу којима су на пример: „...и никада баш никада нећу разумети ове изопачене људе“; „Морамо им

против ЛГБТ популације, али је од изузетног значаја и због тога што представља једну од првих пресуда изречених по основу Закона о забрани дискриминације.

Поводом одржавања Параде поноса заказане за 2. октобар 2011. године, Први основни суд у Београду донео је првостепену пресуду којом је утврђено да је тадашњи градоначелник Јагодине и председник парламентарне политичке партије Јединствена Србија извршио тежак облик дискриминације припадника ЛГБТ популације на основу сексуалне оријентације и тиме прекршио одредбе члана 11, 12, 13. и 21. Закона о забрани дискриминације од 2009. године⁵⁰³. Судски

стати на пут, то је болест и то треба лечити..., овакви треба да се затворе у гето...“; „Друже Тито врати се да пострелаш сву ову гамад!!!“, „него брате да ми то кољемо. и онако ће причати да смо их клали“; „Јадничак болестан је скроз..., али треба га одмах ставити у изолацију!!!!“; „мислим да људи попут овог геј субјекта не би требало да добијају толику минутажу на телевизији, ма не би требало да живе“; „Чекамо вас, биће свега..., значи, биће батина...“, итд.”. Како стоји у образложењу пресуде коју је након судског поступка и увида у доказе донео Виши суд у Београду (Суд) на челу са судијом Предрагом Васићем, „Коментари садрже вређање упућено ЛГБТ особама и такви коментари и мишљења подстичу мржњу и насиље према припадницима ЛГБТ популације и њихову дискриминацију, те уједно представљају говор мржње. Тужени (Пресс) је објављивањем оваквих коментара прекршио забрану изражавања идеја, информација и мишљења која представљају говор мржње, у конкретном случају према ЛГБТ особама, у јавним гласилима, а у складу са чланом 11. Закона о забрани дискриминације и чланом 38. Закона о јавном информисању. Такође, на сајту туженог стоји упозорење да је на њиховом порталу забрањен говор мржње, као и да такви коментари неће бити објављивани. И поред такве забране, коментари који у себи садрже говор мржње према ЛГБТ особама, објављени су од стране туженог“. Суд је изрекао и привремену меру у складу са чланом 44. Закона о забрани дискриминације којом је забранио објављивање наведених коментара на сајту Пресс-а. Такође, Пресс ће по пресуди Суда бити у обавези „да о свом трошку објави ову пресуду у целости, без икаквог коментара и без одлагања, а најкасније у другом броју дневне штампе од дана правоснажности пресуде“. Суд је такође одбацио приговор туженог (*Press*) о недостатку активне легитимације тужиоца (ГСА) и утврдио да „тужбу против аутора и одговорног уредника због повреде забране говора мржње може поднети и свако правно лице чији је циљ заштита слободе и права грађанина и да је ГСА удружење грађана чија је мисија заштита људских права ЛГБТ особа. Како је објављивањем коментара на сајту туженог извршена повреда забране говора мржње и поступано дискриминаторски, у конкретном случају према ЛГБТ особама, а Геј стрејт алијанса је организација која се бави заштитом права истих, она је и активно легитимисана у овом поступку“. Суд је наложио Пресс-у да Геј стрејт алијанси исплати судске трошкове али је одбацио захтев за исплату одштете. Међутим, иако свесна њеног значаја Геј стрејт алијанса не може у потпуности да буде задовољна овом пресудом. Ово се пре свега односи на дужину судског поступка у коме је, иако је вођен по хитном поступку и иако Закон о забрани дискриминације прописује кратке рокове, било потребно скоро две године да би се донела пресуда. ГСА је у међувремену подигла још једну тужбу против дневних новина Пресс због објављивања чланка у коме Саша Ђурчић, учесник реалити шоу-а „Парови“, вређа ЛГБТ популацију, као и против Хепи ТВ (*Happy TV*) због тога што је дозволила емитовање ових увреда. Такође, остаје бојазан да ли ће Апелациони суд потврдити правоснажност ове пресуде или ће, што је честа пракса у многим судовима када су у питању судски спорови по основу другачије сексуалне оријентације и родног идентитета, исту преиначити или ублажити.

⁵⁰³ <http://www.cks.org.rs/2011/11/presuda-draganu-markovicu-palmi-zbog-teskog-oblika-diskriminacije-lgbt-populacije/>, 20.01.2012. Судски поступак је покренут због дискриминације учињене изјавом Драгана Марковића Палме крајем августа 2011. године „Нисмо променили став, али ја нисам за насиље, нека буду мирне демонстрације, али не да се на улици показује нешто што је за мене болест

поступак⁵⁰⁴ је покренут крајем августа 2011. године тужбом због говора мржње, повреде равноправности, једнакости и због дискриминације која је учињена путем јавних гласила. Први основни суд у Београду је донео првостепену пресуду 26. октобра 2011. године у којој се утврђује постојање тешког облика дискриминације, а окривљеном је забранио да понавља извршену дискриминацију и да подносиоцима тужбе, тачније Геј стрејт алијанси, надокнади судске трошкове⁵⁰⁵. Ово је истовремено и прва пресуда поводом кршења поменутог Закона односно прва пресуда чији је антидискриминациони основ сексуална оријентација⁵⁰⁶. Ова одлука Првог основног суда у Београду је свакако охрабрујући потез у области заштите људских права и основних слобода која даје наду да се и убудуће може очекивати доследан став надлежних државних органа у погледу санкционисања сваког кршења закона и других прописа, без обзира на кога се закони односе, и да су према томе сви грађани Србије истински једнаки пред законом и да се третирају без дискриминације. Међутим, у даљем поступању у овом предмету, Апелациони суд у Београду је по жалби Марковићевог пуномоћника од 11. новембра 2011. године због повреде одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног праваукинуо првостепену пресуду Првог основног суда у Београду против Драгана Марковића Палме за тешку дискриминацију ЛГБТ популације и вратио предмет на поновно суђење⁵⁰⁷. У новембру 2013. године, Први основни суд у

– хомосексуалност’’ и „став Јединствене Србије и мој лични став је - ми смо против сваког скупа где хомосексуалци демонстрирају улицама Београда и желе да прикажу нешто што је болест да је нормално’’.

⁵⁰⁴ Број предмета је П-17987/2011, цитирано према чланку објављеном у извештају Иницијативе младих за људска права под називом: *Примена стандарда правичног суђења у правосудном систему Србије, Примена транзиционих закона у Србији 2012/2013. године*, мај 2013, Београд, стр. 46.

⁵⁰⁵ У образложењу судске пресуде се између осталог каже: „одредбом члана 13. Закона о забрани дискриминације одређен је тешки облик дискриминације као изазивање и подстицање неравноправности, мржње и нетрпеливости по основу сексуалне оријентације што представља тешки облик дискриминације посебно ако се ово врши путем јавних гласила, те у конкретном случају лично својство, односно сексуална оријентација, је од стране туженог (Марковића) приказана као болест и као нешто ненормално и то путем јавних гласила, чиме је извршена тешка дискриминација“ (<http://gsa.org.rs/2011/11/presuda-draganu-markovicu-palmi-zbog-teskog-oblika-diskriminacije-lgbt-populacije/>, 12.12.2012).

⁵⁰⁶ Јанчић, М, 2013, *Слобода мирног окупљања и забрана дискриминације*, Темида, 2, Виктимолошко друштво Србије, Београд, стр. 14.

⁵⁰⁷ У жалби је изнето да му тужба није уредно достављена од стране Првог основног суда и да није достављена њему лично или његовом пуномоћнику, већ члану његовог домаћинства, што је у супротности са одредбом из члана 136. Закона о парничном поступку. Иако је првостепени суд утврдио да је тужбу Драгану Марковићу Палми уредно доставио, Апелациони суд је након увида у

Београду је у поновљеном судском поступку по тужби Геј Стрејт Алијансе против Драгана Марковића Палме донео нову првостепену пресуду којом се тужба одбија као неоснована⁵⁰⁸. Овакво поступање српских правосудних органа је више него поражавајуће по друштвену свест и климу која се оваквим пресудама и ставовима суда ствара у Србији. На овај начин се оправдава говор мржње и даје подршка онима који га употребљавају и врше дискриминацију, што је охрабрујуће за постојеће као и потенцијалне дискриминаторе. Након оваквих пресуда не треба постављати питање због чега су насиљеи вршење дискриминације у нашој држави у свакодневном порасту.

Правна служба Геј Стрејт Алијансе је у септембру 2011. године поднела Првом основном суду у Београду још једну тужбу за говор мржње против функционера Демократске странке Србије и тадашњег одборника Скупштине града Београда Небојше Бакареца⁵⁰⁹ због његових ставова изнетих у тексту „Други октобар 2011” који је објављен 16. септембра 2011. године на интернет сајту магазина „Видовдан”⁵¹⁰. Први основни суд у Београду је донео првостепену

документацију која се тиче овог случаја донео решење о укидању пресуде и враћању на поновно суђење (<http://gsa.org.rs/2012/09/ukinuta-presuda-protiv-dragana-markovica-palme/>, 12.12.2012.).

⁵⁰⁸ Текст *Преиначена пресуда Драгану Марковићу Палми* (<http://www.gay-serbia.com/preinacena-presuda-draganu-markovicu-palmi-6533/>, 10.01.2014). У поменутом тексту се наводе поједини делови из образложења пресуде. У образложењу се, између осталог, каже да по оцени суда изјава Драгана Марковића Палме „садржи обележја дискриминаторног понашања, али не у обиму који је потребан да се наведена изјава и званично, од стране суда, утврди као акт дискриминације”, као и да је та изјава већ довољно санкционисана тиме што је Повереница за заштиту равноправности кроз своје саопштење на то указала. ГСА подсећа да је Марковић према Закону о забрани дискриминације тужен не само зато што је извршио дискриминацију, већ је сходно члану 13. тог закона он извршио тежак облик дискриминације јер је изазивао и подстицао неправедност, мржњу и нетрпељивост по основу сексуалне оријентације и пропагирао дискриминацију путем јавних гласила о чему су суду приложени јасни докази. У образложењу пресуде нашао и реченица која каже како „суд не треба да представља државни орган који ће утврђивати да је дошло до дискриминаторског понашања сваки пут када се нека од социјалних категорија наведених у Закону о забрани дискриминације нађе увређеном или по сопственом вредносном суду дискриминисаном”.

⁵⁰⁹ Број предмета П- 20182/2011.

⁵¹⁰ Неки од његових ставова изречени у претходно поменутом тексту због којих је и поднет тужбени захтев су следећи: „И хомосексуалци могу и треба, јавно и групно, да буду равнодушни спрема свог погрешног полног усмерења. Појединачно гледано, хомосексуалци не треба да буду равнодушни (што не значи да треба да се стиде) спрема свог стања, јер оно напросто није нормално и није одраз душевног и телесног здравља. Појединачно гледано сваком припаднику ЛГБТ групе је потребна помоћ, коју им нико не може наметнути. Помоћ психијатра, психолога... Такође, то што нешто није званично означено као болест, не значи да је одраз психичког здравља и не значи да није поремећај. Хомосексуалност јесте психички поремећај. Хомосексуалност сасвим сигурно није нормална, није здрава. За почетак треба реално да сагледају себе. Да се реше и стида и поноса. Да се суоче са собом и својим проблемима. И обавезно да потраже помоћ психолога или психијатра. Па где стигну. Друштво, са своје стране, треба да подстакне психологе и психијатре да се овим слободније баве,

пресуду 6. јула 2012. године којом је функционер ДСС-а осуђен за дискриминаторско понашање и тежак облик дискриминације ЛГБТ особа на основу чланова 11, 12, 13. и 21. Закона о забрани дискриминације, а такође је пресудом забрањено туженом да понавља извршену дискриминацију, као и да тужиоцу исплати судске трошкове. Ова пресуда је постала правоснажна у октобру 2012. године, а у образложењу те пресуде се између осталог каже да говор мржње „представља свака комуникација која омаловажава и застрашује особу или групу по основу као што је раса, боја коже, етничка и национална припадност, пол, сексуална оријентација, религија и друге карактеристике и која доприноси подстицању насиља и предрасуда према појединцу или групи“, као и да је „суштинска претња изражавању мишљења са елементима говора мржње у томе што порука са оваквим садржајем има за циљ да изазове одређене негативне последице по одређено лице или групу у зависности од њиховог личног својства“⁵¹¹. Суд се у образложењу одлуке осврнуо и на то да је веома важно санкционисати говор мржње при томе јасно указујући где престаје слобода говора а почиње говор мржње и сматрајући да свако ко јавно износи своје мишљење мора одговорно и са савешћу проценити где су границе између слободе говора и говора мржње, као и да је изнетим ставовима у спорном тексту Небојша Бакарећ прекршио забрану говора мржње представљајући истополну сексуалну оријентацију као болест и као нешто „ненормално“ и то путем јавних гласила. Припадници сексуалних мањина су често извргнути дискриминаторском третману путем дискриминаторских парола и графита, а управо такви графити стварају непријатељско окружење и застрашују припаднике ЛГБТ популације, креирајући атмосферу линча⁵¹².

У Резолуцији 1728 (2010) Савет Европе, чији члан је и Србија, изражава посебну забринутост имајући у виду говор мржње који користе одређени политички, верски и други лидери друштвених покрета, као и говор мржње у

без обзира на званичан став данашње психијатрије и психологије да хомосексуалност није болест”, објављено у тексту *Пресуда Небојши Бакарећу за тешку дискриминацију ЛГБТ популације* објављен на интернет страници Геј Стрејт Алијансе (<http://gsa.org.rs/2012/07/presuda-nebojsi-bakarecu-za-tesku-diskriminaciju-lgbt-populacije/>, 20.01.2014.).

⁵¹¹ Текст *Преиначена пресуда Драгану Марковићу Палми* (<http://www.gay-serbia.com/preinacena-presuda-draganu-markovicu-palmi-6533/>, 28.01.2014.).

⁵¹² Гајин, С, 2010, стр. 24.

медијима и на интернету. Парламентарна скупштина Савета Европе посебно истиче и наглашава да је највећа дужност свих органа власти не само да на ефикасан начин штите права која су кључни део инструмената људских права, него и да се уздрже од говора који би подстакао или могао да подстакне дискриминацију или мржњу засновану на нетолеранцији.

Седми облик дискриминације јесте узнемиравајуће и понижавајуће поступање. Према Закону о забрани дискриминације Републике Србије забрањено је узнемиравање и понижавајуће поступање које има за циљ или представља повреду достојанства лица или групе лица на основу њиховог личног својства, а нарочито ако се тиме ствара страх или непријатељско, понижавајуће и увредљиво окружење (члан 12. ЗЗД). Постоје два основна вида овог облика дискриминације, а то су вербално омаловажавање и узнемиравање када се према неком лицу дискриминаторски поступа коришћењем увредљивих речи у писаном или усменом облику, док је следећи вид невербално омаловажавање и узнемиравање гестовима и радњама⁵¹³. Да би неко понашање било окарактерисано као узнемиравање и понижавајуће поступање, потребно је да такво негативно понашање испољено према неком лицу или групи лица буде засновано на неком личном својству и да за циљ има повреду достојанства, а поготово ако се таквим понашањем у односу на та лица или групу лица ствара застрашујуће, непријатељско, понижавајуће или увредљиво понашање⁵¹⁴. Такође ову материју регулише и Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, по коме дискриминација постоји ако се према дискриминисаном очигледно понижавајуће поступа, искључиво или углавном због његове инвалидности⁵¹⁵.

Директивом Савета ЕУ 2000/78/ЕЗ се узнемиравање дефинише као облик дискриминације када се нежељено понашање у вези са неким од основа, као што су религија или уверење, инвалидност, старосно доба или сексуална оријентација у области запошљавања, одвија са циљем или има за последицу нарушавање достојанства лица и стварање застрашујућег, непријатељског, понижавајућег или

⁵¹³Гајин, С, 2010, стр 25.

⁵¹⁴Петрушић, Н, Бекер, К, 2012, стр. 41.

⁵¹⁵Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 33/2006, члан 6. став 4. тачка 2.

увредљивог окружења и у том контексту, концепт узнемиравања може бити дефинисан у складу са националним законима и праксом држава чланица (члан 2. став 3).

Неопходно је осврнути се и на Закон о спречавању злостављања на раду Републике Србије⁵¹⁶ и указати на поједине одредбе које су у вези са овим обликом дискриминације извршене искључиво на радном месту. У смислу овог закона, злостављање представља свако активно или пасивно понашање према запосленом или групи запослених код послодавца које се понавља, а које за циљ има или представља повреду достојанства, угледа, личног и професионалног интегритета, здравља, положаја запосленог и које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење, погоршава услове рада или доводи до тога да се запослени изолује или наведе да на сопствену иницијативу раскине радни однос или откаже уговор о раду или други уговор⁵¹⁷.

Посебан случај узнемиравајућег и понижавајућег поступања представља сексуално узнемиравање, које је експлицитно забрањено Законом о раду Републике Србије (члан 21. ЗОР). Законом о раду су дате дефиниције узнемиравања и сексуалног узнемиравања. Узнемиравање, у смислу овог закона, јесте свако нежељено понашање узроковано неким од дискриминаторних основа из одредаба овог закона⁵¹⁸ које има за циљ или представља повреду достојанства лица које тражи запослење, као и запосленог, а које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење. С друге стране, сексуално узнемиравање, у смислу овог закона, јесте свако вербално, невербално или физичко понашање које има за циљ или представља повреду достојанства лица које тражи запослење, као и запосленог у сфери полног живота, а које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење. Најчешће жртве сексуалног узнемиравања јесу особе женског пола, нарочито у ситуацијама у којима постоји однос

⁵¹⁶Закон о спречавању злостављања на раду Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2010.

⁵¹⁷Члан 6. став 1. Закона о спречавању злостављања на раду РС.

⁵¹⁸Дискриминаторни основи према Закону о раду јесу пол, рођење, језик, раса, боја коже, старост, трудноћа, здравствено стање односно инвалидност, национална припадност, вероисповест, брачни статус, породичне обавезе, сексуално опредељење, политичко или друго уверење, социјално порекло, имовинско стање, чланство у политичким организацијама, синдикатима или неко друго лично својство.

надређености према жртви, а које опет може бити испољено на вербалан или невербалан начин⁵¹⁹. Оба ова облика се односе на област рада и запошљавања.

Неки видови и облици дискриминације се квалификују као нарочито опасни за друштво, јер представљају тешко кршење начела једнакости који је смисао целокупног концепта забране дискриминације. Према томе, државни орган се, без обзира на то о којој врсти поступка правна заштите од дискриминације се ради, упућује на строжију правну реакцију и да строжије санкционише облике дискриминације које је законодавац оквалификовао као нарочито тешке⁵²⁰. У Закону о забрани дискриминације Републике Србије се као посебно тешки облици дискриминацијенаводи седам облика (члан 13). То су:

1. изазивање и подстицање неравноправности, мржње и нетрпељивости по основу националне, расне или верске припадности, језика, политичког опредељења, пола, *родног идентитета, сексуалног опредељења* (нагласио аутор) и инвалидитета;
2. пропагирање или вршење дискриминације од стране органа јавне власти и у поступцима пред органима јавне власти;
3. пропагирање дискриминације путем јавних гласила;
4. ропство, трговина људима, апартхејд, геноцид, етничко чишћење и њихово пропагирање;
5. дискриминација лица по основу два или више личних својстава (вишеструка или укрштена дискриминација);
6. дискриминација која је извршена више пута (поновљена дискриминација) или која се чини у дужем временском периоду (продужена дискриминација) према истом лицу или групи лица;
7. дискриминација која доводи до тешких последица по дискриминисаног, друга лица или имовину, а нарочито ако се ради о кажњивом делу код кога је претежна или искључива побуда за извршење била мржња, односно нетрпељивост према оштећеном која је заснована на његовом личном својству.

⁵¹⁹Гајин, С, 2010, стр. 25.

⁵²⁰Гајин, С, 2010, стр. 26.

У Закону о забрани дискриминације Републике Србије су наведени и дефинисани посебни случајеви дискриминације, као што су: дискриминација у поступцима пред органима јавне власти, дискриминација у области рада, дискриминација у пружању јавних услуга и коришћењу објеката и површина, забрана верске дискриминације, дискриминација у области образовања и стручног оспособљавања, дискриминација на основу пола, дискриминација на основу сексуалне оријентације, дискриминација деце, дискриминација на основу старосног доба, дискриминација националних мањина, дискриминација због политичке или синдикалне припадности, дискриминација особа са инвалидитетом и дискриминација с обзиром на здравствено стање⁵²¹.

4.2. Забрана дискриминације у упоредном праву

Забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета као посебни основи дискриминације срећу се у законодавствима земаља бивше Југославије, али и у појединим законодавствима држава чланица Европске уније попут Немачке, Аустрије и Уједињеног Краљевства уз одређена одступања која ће бити изложена у овом поглављу. Законодавном регулативном ових земаља се такође дефинишу и поједини облици дискриминације и у овом поглављу биће приказана упоредноправна решења.

Закон о сузбијању дискриминације Републике Хрватске⁵²² изричито предвиђа и забрану дискриминацију према родном идентитету, изражавању и полној оријентацији (члан 1), а дефинише неколико облика дискриминације. Најпре, непосредна дискриминација се законски одређује као поступање условљено неким од законом наведених основа којим се особа ставља или је била стављена или би могла бити стављена у неповољнији положај од друге особе у упоредивој ситуацији (члан 2. став 1), а посредна дискриминација постоји када наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса ставља или би могла ставити особе у

⁵²¹Чланови 15-27. Закона о забрани дискриминације Републике Србије.

⁵²²Закон о сузбијању дискриминације Републике Хрватске, *Народне новине* бр. 85 од 21. јула 2008. године. Закон је усвојен 9. јула 2008. године, а ступио је на снагу 1. јануара 2009. године.

неповољнији положај по законом наведеним основима у односу на друге особе у упоредивој ситуацији, осим ако се таква одредба, критеријум или пракса могу објективно оправдати легитимним циљем, а средства за њихово постизање су примерена и нужна (члан 2. став 2).

Хрватски законодавац је у облике дискриминације сврстао и узнемиравање и полно узнемиравање. Узнемиравање представља свако нежељено понашање узроковано неким од законом заштићених основа (из члана 1. става 1. овог Закона) које има за циљ или стварно представља повреду достојанства особе, а које узрокује страх, непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење (члан 3. став 1), док полно узнемиравање представља свако вербално, невербално или физичко нежељено понашање полне нарави које има за циљ или стварно представља повреду достојанства особе, које узрокује страх, непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење (члан 3. став 2). Законом је предвиђено да се под дискриминацијом сматра и подстицање на дискриминацију, као и пропуст да се особама са инвалидитетом, у складу са њиховим специфичним потребама омогући коришћење јавно доступних ресурса, учествовање у јавном и друштвеном животу и приступ радном месту и одговарајући услови рада прилагођавањем инфраструктуре и простора, коришћењем опреме и на други начин који не представља несразмеран терет за онога ко је дужан то да омогући (члан 4. став 1. и 2).

Следећи облик дискриминације који је Законом Хрватске забрањен јесте сегрегација, која представља присилно и системско раздвајање особа по неком од законом наведених и заштићених основа (члан 5). Сегрегација није ни предвиђена ни дефинисана одредбама домаћег Закона о забрани дискриминације. Законом о сузбијању дискриминације Хрватске предвиђено је и дефинисано неколико тежих облика дискриминације као што су дискриминација учињена према одређеној особи по више законом заштићених основа односно вишеструка дискриминација, затим дискриминација учињена више пута односно поновљена дискриминација, дискриминација која је учињена кроз дуже време односно продужена дискриминација и дискриминација која последицама посебно тешко погађа жртву дискриминације (члан 6).

Дакле, хрватски закон предвиђа четири тежа облика дискриминације у односу на домаће законодавство које познаје чак седам тежих облика, укључујући сва четири наведена облика и још три додатна. Хрватски законодавац је имао у виду и виктимизацију као облик дискриминације и је обезбеђена и заштита од виктимизације тако што се регулише да нико не сме да буде доведен у неповољни положај због тога што је у доброј вери пријавио дискриминацију, указао на дискриминацију, одбио налог за дискриминаторним поступањем или на било који начин учествовао у поступку вођеном поводом дискриминације (члан 7).

На веома сличан начин ово питање регулише и Федерација Босна и Херцеговина. Наиме, Законом о забрани дискриминације Босне и Херцеговине, усвојен јула 2009. године, предвиђена су два основна облика дискриминације, непосредна и посредна. Непосредна дискриминација представља свако различито поступање по неком од предвиђених основа односно свако деловање или пропуштање деловања када је неко лице или група лица доведена или је била или би могла да буде доведена у неповољнији положај за разлику од неког другог лица или групе лица у сличним ситуацијама, док посредна дискриминација подразумева сваку ситуацију у којој, наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса, има или би имала ефекат довођења неког лица или групе лица у неповољан или мање повољан положај у односу на друга лица (члан 3. став 1. и 2).

Законом БиХ су предвиђени и остали облици дискриминације и садржи одредбе о узнемиравању, полном узнемиравању, мобингу, сегрегацији, издавању налога другима за вршење дискриминације и помагање другима приликом дискриминације и подстицању на дискриминацију. Узнемиравање се сматра дискриминацијом у свакој ситуацији у којој понашање везано за један од наведених законских заштићених основа има за сврху или чији ефекат је повреда достојанства лица и стварање застрашујућег, непријатељског, деградирајућег, понижавајућег или увредљивог окружења (члан 4. став 1). Законом о забрани дискриминације БиХ изричито се регулише полно узнемиравање и мобинг, док је у Србији ова материја регулисана Законом о раду и Законом о спречавању злостављања на раду. У складу са одредбама поменутог закона у Босни и Херцеговини, полно узнемиравање представља сваки облик нежељеног вербалног, невербалног и физичког понашања

полне природе чији је циљ или ефекат повреда достојанства лица, посебно када ће се њиме створити застрашујући, непријатељски, деградирајући, понижавајући или увредљив амбијент (члан 4. став 2), док мобинг представља облик нефизичког узнемиравања на радном месту који подразумева понављање радњи које имају понижавајући ефекат на жртву чија је сврха или последица деградација радних услова или професионалног статуса запосленог (члан 4. став 3).

Следећи облик дискриминације, према одредбама босанског Закона, јесте сегрегација, која се дефинише као дело којим (физичко или правно) лице одваја друга лица на основу једног од набројаних законом заштићених основа, а у складу са законском дефиницијом дискриминације (члан 4. став 4)⁵²³, затим се као облик дискриминације наводи и издавање налога другима за вршење дискриминације и помагање другима приликом дискриминације⁵²⁴. Забрањује се и подстицање на дискриминацију, које представља свако заговарање националне, расне или верске мржње (члан 4. став 6). Законодавац Босне и Херцеговине није посебно нагласио и оквалификовао поједине облике дискриминације као теже облике, већ их је сврстао у остале облике поред два основна.

Занимљиво је направити упоредноправни преглед ситуације у нормативном оквиру Републике Црне Горе. У Закону о забрани дискриминације Црне Горе⁵²⁵ као општи основ дискриминације изричито се наводи и забрана дискриминације с обзиром на родни идентит и сексуалну оријентацију (члан 2. став 2), а изменама и допунама овог Закона од 2014. године ови појмови су посебно и дефинисани, те је наведено шта се сматра под родним идентитетом и сексуалном оријентацијом. Законом су дефинисани и основни облици дискриминације, па тако непосредна

⁵²³Под дискриминацијом у смислу одредаба Закона о забрани дискриминације Босне и Херцеговине, сматра се свако различито поступање, укључујући свако искључивање, ограничавање или давање предности утемељено на стварним или претпостављеним основама према било којем лицу или групи лица на основу њихове расе, боје коже, језика, вере, етничке припадности, националног или социјалног порекла, везе са националном мањином, политичког или другог уверења, имовног стања, чланства у синдикату или другом удружењу, образовања, друштвеног положаја и пола, полног изражавања или оријентације, као и свака друга околност која има за сврху или последицу да било којем лицу онемогући или угрожава признавање, уживање или остваривање на равноправној основи, права и слобода у свим областима јавног живота (члан 2. став 1. Закона о забрани дискриминације Босне и Херцеговине).

⁵²⁴Члан 4. став 5. Закона о забрани дискриминације Босне и Херцеговине гласи: „Издавање налога другима за вршење дискриминације и помагање другима приликом дискриминације сматра се обликом дискриминације”.

⁵²⁵Закон о забрани дискриминације Црне Горе, *Сл. лист Црне Горе*, бр. 46/2010, 18/2014.

дискриминација постоји ако се актом, радњом или нечињењем лице или група лица у истој или сличној ситуацији, доводе или су доведени или могу бити доведени у неједнак положај у односу на друго лице или групу лица по неком од законом предвиђених антидискриминационих основа, а посредна дискриминација постоји ако привидно неутрална одредба, прописа или општег акта, критеријум или пракса доводи или би могла довести лице или групу лица у неједнак положај у односу на друга лица или групу лица по неком од законских антидискриминационих основа, осим ако је та одредба, критеријум или пракса објективно и разумно оправдана законитим циљем, уз употребу средстава која су примерена и неопходна за постизање циља односно у прихватљиво сразмерном односу са циљем који се жели постићи (члан 2. став 3. и 4). Дискриминацијом се такође сматра и подстицање, помагање, давање, инструкција, као и најављена намера да се одређено лице или група лица дискриминишу по неком од основа (члан 2. став 5).

Као посебни облици дискриминације, према Закону Црне Горе, експлицитно се наводе узнемиравање и сексуално узнемиравање, сегрегација и говор мржње⁵²⁶. Узнемиравање неког лица или групе лица по једном или више основа, у смислу одредаба овог закона представља дискриминацију када нежељено понашање има за циљ или чија последица је повреда личног достојанства, изазивање страха, осећаја понижености или увређености или стварање непријатељског или понижавајућег окружења (члан 7. став 1). Сексуално узнемиравање представља и сматраће се дискриминацијом свако нежељено вербално, невербално или физичко понашање сексуалне природе којим се жели повредити достојанство неког лица или групе лица, односно којим се постиже такав учинак и којим се посебно изазива страх, ствара непријатељско или понижавајуће окружење и изазива осећај понижености или увређености (члан 7. став 2). Сегрегација се дефинише као сваки акт, радња

⁵²⁶У првобитном тексту Закона о забрани дискриминације Црне Горе пре измена и допуна од 2014. године као посебан облик дискриминације у члану 8. био је предвиђен и мобинг, који је представљао понашање на радном месту, којим једно или више лица систематски, у дужем временском периоду, психички злоставља или понижава друго лице вређањем, омаловажавањем, узнемиравањем и другим активностима и доводи то лице у неједнак положај по неком од дискриминаторних основа, што има за циљ угрожавање угледа, части, достојанства и интегритета, а може изазвати штетне последице менталне, психосоматске и социјалне природе или довести у питање професионалну будућност лица која је жртва мобинга. Овај члан је избрисан и избачен из важећег текста Закона.

или пропуштање да се изврши радња, којом се врши присилно или системско раздвајање или разликовање лица по неком од законом предвиђених основа (члан 9. став 1).

Изменама и допунама Закона Црне Горе од 2014. године уведен је и дефинисан говор мржње као облик дискриминације, тако да представља сваки облик изражавања идеја, тврдњи, информација и мишљења који шири, распирује, подстиче или правда дискриминацију, мржњу или насиље против лица или групе лица због њиховог личног својства, ксенофобију, расну мржњу, антисемитизам или остале облике мржње засноване на нетолеранцији, укључујући и нетолеранцију изражену у форми национализма, дискриминације и непријатељства против мањина (члан 9а). Ова одредба се у неколико нијанси разликује од одредбе у домаћем антидискриминационом законодавству. Наиме, у Закону о забрани дискриминације Србије забрањује се изражавање којим се подстиче дискриминација, мржња или насиље, док се у Закону Црне Горе забрањује изражавање којим се шири, распирује, подстиче или правда дискриминација, мржња или насиље, ксенофобија, антисемитизам, расна мржња итд, дакле спектар радњи које представљају говор мржње је шири и прецизнији у односу на одредбе домаћег Закона који је нешто општијег карактера. Затим, у српском Закону се примерично наводе и ситуације у којима се говор мржње може испољити па између осталог може се изразити у јавним гласилима, другим публикацијама, скуповима итд.

У Закону о забрани дискриминације Црне Горе је регулисано свега пет тежих облика. Под тежим обликом дискриминације, у смислу црногорског Закона, сматра се дискриминација учињена према истом лицу или групи лица по више законом набројаних дискриминаторних основа (вишеструка дискриминација), дискриминација учињена више пута према истом лицу или групи лица (поновљена дискриминација), затим продужена дискриминација односно дискриминација учињена у дужем временском периоду према истом лицу или групи лица, затим дискриминација учињена пропагирањем путем јавних гласила, исписивањем и истицањем садржаја и симбола дискриминаторске садржинена јавним местима и

као последњи облик наводи се дискриминација која има нарочито тешке последице по дискриминисано лице, групу лица или по њихову имовину (члан 20).

Немачки Закон о једнаком третману (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*) од 2006. године наводи сексуалну оријентацију као основ којем је гарантована законска заштита, док је родни идентитет изостављен. Закон познаје пет облика вршења дискриминације, па су у оквиру њега правно регулисане и дефинисане појаве директне и индиректне дискриминације, узнемиравање, сексуално узнемиравање и давање инструкција за вршење дискриминације. Директна дискриминација настаје када се једно лице третира или је било третирано или би се третирано неповољније него неко друго лице у упоредивој ситуацији а на основу неког од антидискриминационих основа наведених у одредбама овог Закона (члан 3. став 1). Индиректна дискриминација настаје када наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса би довела лице у одређени неповољнији положај у поређењу са другим лицима на основу било ког антидискриминационог основа наведеног у одредбама овог Закона, осим ако је та одредба, критеријум или пракса објективно оправдана легитимним циљем и ако су средства за постизање тог циља одговарајућа и неопходна (члан 3. став 2).

Узнемиравање се, у складу са одредбама немачког Закона, сматра дискриминацијом када нежељено понашање, а у вези са неким од наведених антидискриминационих основа, има за циљ нарушавање достојанства тог лица и стварање застрашујућег, непријатељског, понижавајућег, деградирајућег и увредљивог окружења (члан 3. став 3). Сексуално узнемиравање се сматра дискриминацијом када се нежељено понашање сексуалне природе, укључујући нежељене сексуалне радње или захтеве за вршење сексуалних радњи, физичког контакта сексуалне природе, коментаре сексуалне природе, као и нежељено приказивање или јавно излагање порнографских слика, дешава са циљем нарушавања достојанства тог лица, а поготово када се тиме ствара застрашујуће, непријатељско, понижавајуће, деградирајуће и увредљиво окружење (члан 3. став 4). Давање инструкција за вршење дискриминације према неком лицу по неком од набројаних основа сматра се дискриминацијом, а поготово када се инструкција даје запосленом да се понаша на начин којим дискриминише или може да

дискриминише неког другог запосленог (члан 3. став 5). Вишеструка дискриминација је такође забрањена законом.

Аустријски Савезни закон о једнаком третману (*Bundesgesetz über die Gleichbehandlung, Gleichbehandlungsgesetz - GIBG*) од 2004. године састоји се од пет делова, од тога пети представља завршне одредбе, а сваки од прва четири дела регулише облике дискриминације у односу на одређено лично својство. Директна дискриминација постоји када се једно лице третира или је било третирано или би се третирано неповољније у односу на неко друго лице у упоредивој ситуацији и то на основу свог пола (члан 5. став 1), етничке припадности, религије или уверења, старости или сексуалне оријентације (члан 19. став 1), брачног статуса или чињенице да одређено лице има деце, трудноће или материнства (члан 32. став 1). Индиректна дискриминација постоји када би наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса довела лице у одређени неповољнији положај у поређењу са другим лицима а на основу припадности одређеном полу (члан 5. став 2) или одређеној етничкој групи, религије или уверења, старости или сексуалне оријентације (члан 19. став 2), осим ако је та одредба, критеријум или пракса објективно оправдана легитимним циљем и ако су средства за постизање тог циља одговарајућа и неопходна. Дискриминацију представља и давање инструкција за вршење дискриминације (члан 5. став 3, члан 19. став 3, члан 32. став 3).

Као облике дискриминације аустријски законодавац предвиђа сексуално узнемиравање и узнемиравање. Дискриминација на основу пола постоји када је једно лице сексуално узнемиравано од стране послодавца, затим када је дискриминисано од стране послодавца тиме што је у случају сексуалног узнемиравања од стране трећих лица намерно пропустио да обезбеди адекватан правни лек на основу законских одредби, норми колективног права или уговора о раду, када је малтретирано од стране трећих лица у вези са његовим радним односом или ван радног односа (члан 6. став 1 и члан 46. став 1). Сексуално узнемиравање представља понашање сексуалне природе, којим се нарушава достојанство једног лица или има намеру да га наруши и које је за дотично лице непожељно, непримерено или увредљиво и ствара застрашујуће, непријатељско или понижавајуће радно окружење за то лице или има намеру да га створи или

околност, да дотично лице одбија или трпи понашање у сфери сексуалног живота од стране свог послодавца, претпостављеног или колеге/а, изричито или прећутно представља основ за доношење одлуке која утиче и има директне последице на приступ тог лица стручном оспособљавању, запослењу, даљем запошљавању, напредовању или награђивању или основ за доношење друге одлуке у вези са послом (члан 6. став 2). Дискриминацијом се сматра и нежељено, непримерено и увредљиво понашање које је у вези са једним од основа из члана 31. попут пола, укључујући и брачно стање и чињеницу да ли одређено лице има деце, трудноћу и материнство, или понашање које је у вези са сексуалним понашањем, а за циљ или последицу има повреду достојанства дотичног лица и стварање застрашујућег, непријатељског, понижавајућег, увредљивог или понижавајућег окружења за дискриминисаног односно лице према којем је оваква врста понашања усмерена (члан 35. став 1). Овај облик дискриминације заправо представља узнемиравање и сексуално узнемиравање. Такође дискриминацију представља и давање инструкција за вршење узнемиравања и сексуалног узнемиравања или уколико одбијање или трпљење узнемиравања или сексуалног узнемиравања од стране узнемираног лица представља основ за доношење одлуке која се тиче дотичног лица (члан 35. став 2). Узнемиравање као појавни облик је истоветно дефинисан као и сексуално узнемиравање, једино што код узнемиравања забрањено понашање није сексуалне природе (члан 7. став 2).

Закон о једнакости (*Equality Act 2010*) Уједињеног Краљевства од 2010. године предвиђа пет облика дискриминације, директну и индиректну дискриминацију, двоструку дискриминацију, узнемиравање и виктимизацију. Закон одређује директну дискриминацију тако што једно лице (А) врши дискриминацију према другом лицу (Б) када га због неког од заштићених основа третира неповољније него што третира или би третирао друга лица (члан 13. став 1). Закон у оквиру одредаба о директној дискриминацији разрађује овај облик и с обзиром на поједина заштићена лична својства, као што су старост, инвалидност, раса, укључујући и сегрегацију, затим брак и цивилно партнерство под условом да је лице Б супружник или цивилни партнер, пол, укључујући трудноћу и материнство. Старост је једино својство код којег се директна дискриминација може оправдати

постојањем легитимног циља и ако су средства за постизање тог циља била сразмерна. Индиректна дискриминација постоји када једно лице (А) врши дискриминацију према другом лицу (Б) када лице А према лицу Б примени одредбу, критеријум или праксу која је дискриминаторска а у вези са одређеним заштићеним својством лица Б, попут инвалидности, промене пола, брак и цивилно партнерство, раса, религија или уверење, пол и сексуална оријентација (члан 19. став 2. и 3). Одредба, критеријум или пракса су дискриминаторни у односу на одређено својство лица Б и а) када их лице А примени или би их применило према лицима која немају својство које има лице Б, затим б) ако би лице А ставило или ставља лица која имају исто својство као лице Б у нарочито неповољан положај у поређењу са лицима која то својство немају, в) ако лице А ставља или би ставило лице Б у неповољан положај и г) ако лице А не може да докаже постојање легитимног циља и да су средства за постизање тог циља била сразмерна (члан 19. став 2). Овакво законско одређење индиректне дискриминације је мало шире у односу на одредбе претходних законодавстава с обзиром на то да се односи и на лица која немају исто својство као и лице Б.

Следећи облик дискриминације предвиђен Законом УК јесте узнемиравање (*harassment*) које постоји када лице А узнемирава лице Б односно а) када је лице А укључено у нежељено понашање а које је у вези са одређеним заштићеним основом и б) када такво понашање има за циљ или последицу повреду достојанства лица Б или стварање застрашујућег, непријатељског, деградирајућег, понижавајућег или увредљивог окружења за лице Б (члан 26. став 1). Под узнемиравањем се сматра и сексуално узнемиравање и није посебно издвојено као облик сексуалног узнемиравања већ се и оно сматра узнемиравањем у општем смислу. Стога, лице А узнемирава лице Б и а) када је лице А укључено у нежељено понашање сексуалне природе и б) када такво понашање има за циљ или последицу повреду достојанства лица Б или стварање застрашујућег, непријатељског, деградирајућег, понижавајућег или увредљивог окружења за лице Б (члан 26. став 2). Узнемиравање постоји и када је лице А или друго лице укључено у нежељено понашање сексуалне природе или је оно везано за промену пола или пол, а циљ или последица су исти као у претходном ставу, као и када због тога што лице Б одбија односно

неприхвата или трпи такво понашање, лице А га третира неповољније него што би га третирано да није одбио или трпео то понашање (члан 26. став 3). Законом заштићени основи су старост, инвалидност, промена пола, раса, религија или уверење, пол и сексуална оријентација (члан 26. став 5). Приликом одлучивања да ли одређено понашање има за последицу стварање застрашујућег, непријатељског, деградирајућег, понижавајућег или увредљивог окружења морају се узети у обзир опажање узнемираваног лица (лица Б), друге околности случаја и да ли је разумно да такво понашање има такву последицу (члан 26. став 4). Законодавац је овом одредбом одредио, а тиме и знатно олакшао органима који овај Закон примењују и одлучују у случајевима дискриминације које су то чињенице и околности које морају бити узете у обзир и на које се мора обратити пажња приликом спора. Законодавац Уједињеног Краљевства је предвидео и виктимизацију као један од облика дискриминације који постоји када лице А нашкоди лицу Б зато што лице Б чини заштићено дело или зато што лице А верује да је лице Б то дело учинило или може да учини (члан 27. став 1). Под заштићеним делом се сматра покретање поступка на основу овог Закона, сведочење или давање информација у вези са поступцима на основу овог Закона, било која радња за потребе или у вези са овим Законом као и тврдња да је лице А или неко друго лице прекршило овај Закон (члан 27. став 2). Ове одредбе се односе само на ситуације у којима је лице коме се нашкодило појединац (члан 27. став 4). Иначе, антидискриминационо законодавство Уједињеног Краљевства предвиђа сексуалну оријентацију и промену пола као основе који уживају правну заштиту.

4.3. Забрана дискриминације - анализа домаћег и упоредног права

Ако извршимо упоредноправну анализу законодавстава држава које сам претходно изложила, а имајући у виду позитивноправна решења у законодавству Србије, можемо приметити неке разлике. На пример, у Закону о забрани дискриминације Хрватске и Црне Горе, регулисано је свега пет тежих облика дискриминације, док је у Закону о забрани дискриминације Србије регулисано седам таквих облика, а законодавство Босне и Херцеговине, Немачке, Аустрије као

ни Уједињеног Краљевства ни не садржи одредбе о тежим облицима дискриминације. Неки од тежих облика, тачније њих четири, готово су идентични па тако у законодавству Хрватске, Црне Горе и Србије као тежи облици дискриминације предвиђени су продужена, поновљена и вишеструка дискриминација, као и дискриминација која би довела до тежих последица по дискриминисаног, неког другог лица или имовину.

Имајући у виду законодавни оквир у области забране дискриминације у Хрватској, Босни и Херцеговини, Србији, Црној Гори и Уједињеном Краљевству, сексуална оријентација и родни идентитет (уз одређене термилошке разлике⁵²⁷) су изричито прописани и наведени као основи за дискриминацију, док се у законодавству Немачке и Аустрије забрањује дискриминација на основу сексуалне оријентације, а родни идентитет се међу заштићеним основима изричито не спомиње.

У законима свих седам држава садржане су одредбе о посредној и непосредној дискриминацији као основним облицима дискриминације, које су веома слично формулисане, са веома малим одступањима који приликом примене немају већег значаја. Стога, у законским одредбама скоро свих наведених држава ова два облика дискриминације обухватају како радње чињења тако и радње нечињења, осим у законским одредбама УК у којима се не прецизира којим радњама се одређено лице ставља у неповољнији положај. Такође, одредбама хрватског, немачког, аустријског закона и закона УК су обухваћене ситуације у којима се одређено лице дискриминише, дакле забрањено понашање је усмерено према појединцу, док су законима осталих држава обухваћене и групе лица. Оваква формулација хрватског, немачког и аустријског законодавца не доводи до недостатка заштите групе лица, с обзиром да се тумачењем долази до закључка да се ова одредба односи и на групе лица, јер групу лица заправо чине појединци којима је заштита обезбеђена. Међутим, у пракси би изостављање групе лица као активно легитимисаних могло да доведе до већих трошкова приликом покретања појединачних поступка, с обзиром да би активно легитимисано било свако

⁵²⁷ У Закону БиХ се говори о полном изражавању, а у Закону УК о промени пола (*gender reassignment*) као антидискриминационом основу.

појединачно лице а не група лица као један подносилац, тако да су разлике процедуралне и финансијске природе. Закони Хрватске и Србије су једини којима су обухваћена и лица која су у родбинским или другим везама са дискриминисаним лицем, па се дискриминацијом сматра и прављење разлике и стављање у неповољнији положај лица као и чланове њихових породица и њима блиска лица (према српском Закону), односно на лица која су у родбинским или другим везама (према хрватском Закону).

Узнемиравање као облик дискриминације предвиђен је одредбама закона у свих седам држава, са готово идентичним формулацијама, осим у Аустрији, где је овај облик предвиђен искључиво у области запошљавања и на радном месту. Сексуално узнемиравање као облик дискриминације предвиђено је општим законом о забрани дискриминације у Хрватској, Босни и Херцеговини, Црној Гори и Немачкој без већих термилошких и суштинских разлика са истоветним последицама које такво понашање проузрокује, док је у српском закону оваква одредба изостала, а у закону УК је предвиђен као подврста узнемиравања а није посебно издвојен као посебан облик. Такође је предвиђено и одредбама аустријског закона али искључиво у области запошљавања и на радном месту и то не само од стране послодавца, него и претпостављеног лица и колега, а дискриминацију представља и када послодавац не обезбеди адекватан правни лек приликом сексуалног узнемиравања запосленог од стране трећих лица. Законодавац Аустрије и УК није прецизирао на који начин може бити испољено овакво нежељено и забрањено понашање, док остала законодавства прецизирају да оно може бити вербално, невербално и физичко понашање сексуалне природе. Закони обе ове државе под (сексуалним) узнемиравањем сматра и стављање одређеног лица у неповољнији положај услед његовог одбијања или трпљења понашања сексуалне природе другог лица (у аустријском закону се прецизира и која лица га врше попут послодавца, надређеног или колеге) и тиме оваква одредба подразумева шири контекст и концепт него што је то учињено законима других држава.

Немачки законодавац је одредбу која регулише сексуално узнемиравање поставио шире изричито наводећи која врста нежељеног понашања сексуалне природе представља сексуално узнемиравање, па тако оно укључује нежељене

сексуалне радње или захтеве за вршење сексуалних радњи, физичког контакта сексуалне природе, коментаре сексуалне природе, као и нежељено приказивање или јавно излагање порнографских слика. Сексуално узнемиравање као забрањен облик понашања је у српском законодавном оквиру предвиђено и регулисано одредбама Закона о раду (члан 21. став 3), а не Законом о забрани дискриминације, и формулација је готово иста као у законодавствима Хрватске, БиХ и Црне Горе, с једном битном разликом, а то је да се домаћа одредба односи искључиво на лица која су запослена или траже запослење. Поље примене ове одредбе је стога доста уже, с обзиром на то да се односи на ситуације из сфере радног права и области запошљавања, а није уопштеног карактера и не обухвата остале сфере друштвеног живота, а што би свакако било боље решење.

Српским, немачким, аустријским законом као ни законом УК није обухваћена сегрегација као посебно дефинисан облик дискриминације, као што је то учињено у хрватском, босанском и црногорском законодавству, али је међу тешке облике дискриминације у закону Србије сврстан и забрањен апартхејд. Законом УК се у оквиру одредаба о директној дискриминацији помиње да неповољнији третман када се ради о раси као законом заштићеном основу укључује и сегрегацију једног лица од других, али се не дефинише нити издваја као посебан облик. Међутим, и ова три законодавства која овај облик предвиђају и забрањују садрже на први поглед сличне али опет значајно различите одредбе. Црногорски Закон садржи најшире и најпрецизније дефинисање сегрегације, обухватајући и радње чињења и радње нечињења, па се сегрегацијом сматра сваки акт, радња или пропуштање да се изврши радња, којима се врши присилно или системско раздвајање или разликовање лице по неком од законом заштићених антидискриминационих основа. Хрватски законодавац под сегрегацијом сматра свако присилно и системско раздвајање лица, дакле не и разликовање, нити се спомиње средство извршења. Аналогijом се закључује да би овај облик дискриминације могао бити учињен на било који начин, па самим тим и радњама чињења и нечињења јер је дефиниција уопштена и обухвата *свако*(нагласила ауторка) присилно и системско раздвајање.

Босански законодавац је код дефинисања и одређивања сегрегације као облика дискриминације нешто неодређенији, међутим прецизно одређује да потенцијални извршиоци могу бити како физичка тако и правна лица. Неодређеност одредбе се огледа у томе што се сегрегација дефинише као „дело којим (физичко и правно) лице одваја друга лица по неком од законом набројаних основа”, те није одређен ни начин извршења и изостављено је да одвајање мора бити присилно и системско, па се поставља питање да ли у пракси одвајање мора да буде присилно и системско да би се сматрало сегрегацијом. Овако формулисана одредба више указује на уопштenu дефиницију дискриминације која подразумева свако искључивање, ограничавање или давање предности, тако да сматрам да би ова одредба требала да буде допуњена у смислу да се одреди начин извршења.

Затим, једино босански Закон садржи одредбу о мобингу у општем закону који забрањује дискриминацију, док је у осталим државама овај облик забрањен одредбама радног законодавства. Међутим, и црногорски Закон је садржавао одредбу којом се забрањује мобинг све до измена и допуна Закона крајем марта 2014. године. Виктимизација као посебан облик дискриминације је предвиђена одредбама хрватског, српског и УК законодавства, с тим да српски закон не користи овај термин него је овај облик предвиђен као забрана позивања на одговорност, али суштински је смисао одредбе исти. Говор мржње као облик дискриминације предвиђен је само општим антидискриминационим законима Србије и Црне Горе, на чије разлике је указано у претходном поглављу 2.3.1.

4.4. Појам сексуалне оријентације и родног идентитета

Сексуална оријентација се дефинише као сексуална оријентација према лицима истог пола (хомосексуална оријентација), према лицима различитог пола (хетеросексуална оријентација) или према лицима оба пола (бисексуална оријентација)⁵²⁸. И Парламентарна Скупштина Савета Европе је усвојила

⁵²⁸ Gilroy-Scott, C, Dalglish, J, 2004, New Anti-Discrimination Legislation, *Legal Information Management*, Vol. 4, Issue 1, pp. 56.

Резолуцију 1728 (2010)⁵²⁹ у којој подсећа да је сексуална оријентација, било да је хетеросексуална, хомосексуална или бисексуална, неодвојив део идентитета сваког људског бића, као и да је хомосексуалност декриминализована у свим државама чланицама Савета Европе. Сексуална оријентација се дефинише и као емоционална и/или физичка привлачност или наклоност према лицима супротног пола (хетеросексуалност), према лицима истог пола (хомосексуалност), према лицима оба пола (бисексуалност) или према ниједном полу (асексуалност)⁵³⁰. Сексуална оријентација представља једну од четири компоненте сексуалности и карактерише је стално присутна емотивна, романтична, сексуална, љубавна привлачност у односу на лица одређеног пола⁵³¹. Остале три компоненте сексуалности јесу биолошки пол, родни идентитет (бити женско или мушко у психолошком смислу) и друштвена полна улога (одређене норме понашања друштвено прописане за припаднике женског и мушког пола)⁵³².

Сексуална оријентација се, за разлику од сексуалног понашања, односи на осећања и сопствени концепт (*self-concept*)⁵³³. Сексуална оријентација се односи на индивидуални осећај идентитета који се базира на привлачности, међусобним односима и на чланству у заједницама чији припадници деле такву врсту осећања и привлачности⁵³⁴. Хетеросексуалност, као доминантна сексуалност, углавном је неприметна, очигледна, одувек природна, док се истополна оријентација уобичајено посматра као изведена и мање развијена форма хетеросексуалности⁵³⁵. Некада се, у психолошком смислу, хомосексуалност објашњавала као фаза истраживања властите сексуалности током адолесценције⁵³⁶. Поставља се једно веома важно питање, да ли је хомосексуалност урођена као што је то и

⁵²⁹Резолуција 1728 (2010) је усвојена 29. априла 2010. године од стране Парламентарне Скупштине Савета Европе на 17. заседању.

⁵³⁰Хасанагић, Ј, Спол, род, родне улоге, родни идентитет и сексуална оријентација, у Спахић, А, Гаврић, С. (ур.), 2012, *Читанка ЛГБТ људских права, 2. допуњено издање*, Сарајево, стр. 45.

⁵³¹Живковић, Ј. (ур.), 2006, Чињенице о истополној оријентацији, *Читанка од А до Ш о лезбејским и геј људским правима*, Лабрис – организација за лезбејска људска права, Београд, стр. 17.

⁵³²Живковић, Ј. (ур.), 2006.

⁵³³Живковић, Ј. (ур.), 2006, стр. 18.

⁵³⁴Текст *What is sexual orientation?* објављен на интернет страници Америчке психолошке организације (<http://www.apa.org/topics/sexuality/orientation.aspx?item=2>, 15. фебруара 2014.).

⁵³⁵Савић, М, Сексуална оријентација и родни идентитет, у Гаврић, С, Хуремовић, Ј, Савић, М. (ур.), 2011, *Читанка лезбејских и геј људских права, прво босанскохерцеговачко издање*, Сарајево, стр. 45.

⁵³⁶Савић, М, 2011.

хетеросексуалност или је она пак стечена односно ствар избора сваке индивидуе. Након дугогодишњег периода у којем су хомосексуално опредељене особе без успеха покушавале да своју сексуалну оријентацију промене у хетеросексуалну, психолози широм света су сагласни са ставом да хомосексуалност код већине људи не представља њихов сопствени и свесни избор који је подложен промени по сопственом нахођењу⁵³⁷. Сексуална оријентација се једноставно у већини случајева испољава још у раном периоду адолесценције, знатно пре него што особе уопште почињу да имају своја прва сексуална искуства⁵³⁸.

Доказано је да се сексуална оријентација формира у раном животном добу и да није питање избора појединца нити је она подложна промени, а на њен настанак утичу комбинације генетских, биолошких и социолошких фактора⁵³⁹. Сексуална оријентација није исто што и сексуално понашање, јер појединци могу али не морају да изражавају сопствену сексуалну оријентацију у свом сексуалном понашању⁵⁴⁰. То заправо значи да се сексуална оријентација не може изабрати, али је могуће изабрати понашање које може, али не мора бити у складу са припадајућом сексуалном оријентацијом⁵⁴¹. Психоаналитична теорија Сигмунда Фројда о људској сексуалности се заснива на веровању да су људи бисексуални и да своју сексуалну оријентацију развијају у зависности од искуства са родитељима и другим значајним особама⁵⁴². Фројд верује да је хетеросексуалност нормалност, али за разлику од већине биолога свог времена на хомосексуалност не гледа као на поремећај и верује да хомосексуално лице не мора имати било какав поремећај. Његова се теза састоји од тога да постоји застој у развоју бисексуалности који се може десити услед различитих фактора, биолошких и срединских. Овакво схватање хомосексуалности је веома напредно у датом историјском контексту, али то није значило да каснији истраживачи прате Фројда. Предоминантно становиште

⁵³⁷ http://psychology.ucdavis.edu/faculty_sites/rainbow/html/facts_mental_health.html, у Живковић, Љ. (ур.), 2006, *Читанка од А до Ш о геј и лезбејским људским правима*, Лабрис – организација за лезбејска људска права, Београд, стр. 18.

⁵³⁸ Ibid.

⁵³⁹ Хасанагић, Ј, 2012. стр. 45.

⁵⁴⁰ Хасанагић, Ј, 2012.

⁵⁴¹ Хасанагић, Ј, 2012.

⁵⁴² Стојановић, Б, Геј идентитет, у Гаврић, С, Хуремовић, Л, Савић, М. (ур.), 2011, *Читанка лезбејских и геј људских права, прво босанскохерцеговачко издање*, Сарајево, стр. 69.

остаје на урођеној хетеросексуалности, док је хомосексуалност фобична реакција на особе супротног пола⁵⁴³.

Сексуална оријентација представља релативно нов основ за забрану дискриминације. Комитет УН за људска права је понекад тумачио забрану дискриминације на основу сексуалне оријентације рестриктивно⁵⁴⁴, па је тако у случају *Joslin v. New Zealand*⁵⁴⁵ из 1999. године по питању права хомосексуалних парова на брак одлучио да држава одбијањем признавања овог права хомосексуалним паровима није прекршила одредбе Међународног пакта о грађанским и политичким правима, истичући да они немају исто право на склапање брака као и хетеросексуални парови према одредби 23. Пакта која изричито гарантује право на брак мушкарцу и жени.

Хомосексуалност не представља ни медицински ни психијатријско-психолошки поремећај и већ дуго времена се третира као део нормалног спектра сексуалности код човека и животиња⁵⁴⁶. Хомосексуалност је такође веома дуг временски период сматрана за психолошки поремећај идентитета. Наиме, Америчка психијатријска организација је почев од 1952. године официјално класификовала хомосексуалност као менталну болест (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders - DSM-I*) односно тачније као социопатски поремећај личности, а чак и пре тога су психијатри и психолози сматрали да је хомосексуалност перверзија и девијантно понашање, али је сама идеја хомосексуалности као менталне болести била доста оспоравана⁵⁴⁷. Године 1973. Америчка психијатријска организација је уклонила хомосексуалност са званичне листе менталних поремећаја из Дијагностичког и статистичког приручника за менталне поремећаје (*The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Second Edition - DSMII*) након прегледа научне литературе и консултацијама са

⁵⁴³ Стојановић, Б, 2011.

⁵⁴⁴ Doebller, C. F. J, 2007, pp. 43.

⁵⁴⁵ *Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, Communication No. 902/1999, para. 8.2. - 9. (<https://www1.umn.edu/humanrts/undocs/902-1999.html>).

⁵⁴⁶ Југо, А, Геј идентитет, у Спахић, А, Гаврић, Ц. (ур.), 2012, *Читанка ЛГБТ људских права*, 2. допуњено издање, Сарајево, стр. 65.

⁵⁴⁷ Burroway, J, 2008, *Today In History: APA Removes Homosexuality from List of Mental Disorders*, (<http://www.boxturtlebulletin.com/2008/12/15/7128>, 16.02.2014.).

стручњацима из те области⁵⁴⁸. У оквиру Светске здравствене организације је 17. маја 1990. године донета десета ревизија Међународне класификације болести, повреда и узрока смрти (*The International Classification of Diseases*), када је и званично хомосексуалност избрисана са листе менталних болести⁵⁴⁹. Исте године Америчко удружење психолога је објавило да научни докази не показују успешност психотерапија за промену сексуалне оријентације и да она може да изазове много више штете него користи, са дубоким психолошким последицама⁵⁵⁰. Међутим, одбор за људска права и мањине у Конгресу латинско-америчке државе Бразил је средином јуна 2013. године одобрио закон који би омогућио психолозима да лече хомосексуалност и да је третирају као поремећај или патологију (*gay cure*), али је законодавац почетком јула 2013. године овај предлог закона повукао пре него што је требало да буде изгласан у парламенту и то када је постало сасвим јасно да неће моћи да прође гласање у скупштинској процедури⁵⁵¹. Оваквом мером се настојало да се психолозима укине забрана лечења хомосексуалности, која је установљена од стране Савезног савета за психологију и на снази је још од 1999. године⁵⁵². Савезни савет за психологију је позвао чланове бразилског парламента да гласају против оваквог закона.

Хрватска лекарска комора је 1973. године такође скинула хомосексуалност са листе менталних поремећаја⁵⁵³. Етички комитет Српског лекарског друштва се тек 2008. године јавно изјаснио да хомосексуалност није болест⁵⁵⁴ и на тај начин се сагласио са ставом Светске здравствене организације. Иако је медицински и научно доказано да се хомосексуалност не сматра болешћу, она у многим друштвеним срединама и даље представља врсту табу теме. Ситуација је таква, пре свега, због недовољне информисаности о самој појави хомосексуалности, али такође и због

⁵⁴⁸<http://www.psychiatry.org/lgbt-sexual-orientation>, 16.02.2014.

⁵⁴⁹<http://www.who.int/classifications/icd/en/>, 16.02.2013.

⁵⁵⁰Читанка од А до Ш о геј и лезбејским људским правима, 2006, стр. 21.

⁵⁵¹<http://www.politicalresearch.org/2013/06/28/brazilian-evangelical-lawmakers-push-gay-conversion-therapy-bill/#sthash.f406DgPB.dpbs> 22.04.2014.

⁵⁵²Више о томе на <http://www.reportageonline.com/2013/07/brazil-introduces-controversial-%E2%80%98gay-cure%E2%80%99/>, 22.04.2014.

⁵⁵³Јурчић, М, Повијест ЛГБТИQ активизма у Хрватској, у Гаврић, С, Хуремовић, Ј, Савић, М. (ур.), 2011, *Читанка лезбејских и геј људских права, прво босанскохерцеговачко издање*, Сарајево, стр. 94.

⁵⁵⁴Савић, М, Историја ЛГБТ активизма у Србији, у Гаврић, С, Хуремовић, Ј, Савић, М. (ур.), 2011, *Читанка лезбејских и геј људских права, прво босанскохерцеговачко издање*, Сарајево, стр. 107.

бројних стереотипа и предрасуда које преовлађују, на чијем отклањању се не ради довољно нити се улажу одговарајући напори у том правцу⁵⁵⁵. Стереотипи и предрасуде представљају ставове који се развијају и одржавају услед недостатака информација и незнања⁵⁵⁶. Реч стерео у преводу значи тврд, крут, чврст, тако да се право значење речи стереотип везује за начин мишљења човека да категоризује људе, предмете и догађаје по одређеним особинама, а најчешће се везује за устаљене, погрешне, ирационалне и полуистините тврдње о другима, што наравно додатно доприноси неразумевању и нетрпељивости међу припадницима различитих група људи, док предрасуде представљају ставове, појмове и мишљења која појединци и групе људи имају о другима, али и о себи⁵⁵⁷.

Док су предрасуде, стереотипи и дискриминација уско повезани и често коегзистирају приликом појединачног изражавања друштвених пристрасности, аутори *Al Ramiah* и *Hewstone* истичу да их социјални психолози третирају као посебне конструкције са јединственим својствима⁵⁵⁸. Према томе, предрасуда се карактерише као индивидуални став према групи, или евалуација групе, а стереотипи као веровање о карактеристикама и особинама групе, а дискриминација као понашање којим се фаворизује једна група и којим се намерно или ненамерно штети другој групи⁵⁵⁹. Поменути аутори наводе да сва ова три облика имају заједничко то да изоштравају идентитете групе и диференцијацију између група и могу довести до очувања статуса *quo*, нарочито ако долазе од стране припадника доминантних група. Сматра се да у корену дискриминације леже стереотипи и предрасуде, али се ниједан овај облик не може процењивати на основу објективно утврђених критеријума⁵⁶⁰. Дискриминација је повезана са низом других фактора као што су нормативне и социјално-структуралне карактеристике окружења, као и мотивација и могућности појединца да контролише предрасуде, док су последице

⁵⁵⁵ Више о томе: Добрић-Бранков, Т, 2010, *Дискриминација и насиље на основу сексуалне оријентације у оквиру вршњачких група*, Лабрис, Београд, стр. 35, 62, 63.

⁵⁵⁶ Добрић-Бранков, Т, 2010.

⁵⁵⁷ *Читанка од А до Ш о геј и лезбејским људским правима*, стр. 90.

⁵⁵⁸ Al Ramiah, A. and Hewstone, M, Discrimination Conditions, Consequences and ‘‘Cures’’, in Huddy, L; Sears, D; Levy, J. (eds.), 2013, *The Oxford Handbook of Political Psychology*, 2nd ed, Oxford, Oxford University Press, pp. 890.

⁵⁵⁹ Al Ramiah, A. and Hewstone, M, 2013.

⁵⁶⁰ Al Ramiah, A. and Hewstone, M, 2013, pp. 891.

дискриминације свеприсутне, кумулативне и дуготрајне⁵⁶¹. Иако је дискриминација на индивидуалном нивоу веома преовлађујућа и опасна, *Al Ramiah* и *Hewstone* сматрају да би било погрешно закључити да су појединци једини према којима се стварају предрасуде или да су за дискриминацију потребни појединци да би се изражавале предрасуде⁵⁶².

Дискриминација може да се деси и услед институционалних предрасуда, које су усвојене и донете од стране пристрасних/непристрасних друштвених актера и имају облик закона, обичаја и праксе која систематски рефлектује и ствара неједнакости базиране на групи у било ком друштву⁵⁶³. Афирмативна акција је установљена као моћно средство за решавање различитих исхода са којима су се људи кроз историју суочавали као последица улоге њихове припадности групи⁵⁶⁴. Међутим, неспорно је да таква политика изазива озбиљну забринутост за остале који нису бенефицијари⁵⁶⁵, а који сматрају да су такве политике дискриминативне према њима и може имати негативне импликације на односе између група, јер програм који има за циљ борбу против историјске и тренутне дискриминације може, иронично, имати резултат продубљивања предрасуда и непријатељства међу групама⁵⁶⁶. Основни начин да се промени дискриминативно понашање појединаца је, тврде *Al Ramiah* и *Hewstone*, спречити их друштвеним и правним санкцијама, међутим, проблем представља то што одређене мањинске групе, нарочито оне које трпе најгоре облике дискриминације и прогон (нпр. хомосексуалци или ромске заједнице у појединим земљама), нису законом признате као легитимне групе или, тамо где јесу признате, немају једнаку заштиту по свим питањима⁵⁶⁷.

Moreau истиче да се могу приметити барем два разлога због којих је ускраћивање бенефиција појединцу на основу стереотипа неправедна, а као прво, генерализацијом се не може један појединац описати прецизно, тако да је он лишен

⁵⁶¹ Al Ramiah, A. and Hewstone, M, 2013, pp. 892, 893.

⁵⁶² Al Ramiah, A. and Hewstone, M, 2013, pp. 910.

⁵⁶³ Henry, P. J., Institutional bias in J. F. Dovidio, M. Hewstone, P. Glick and V. M. Esses (eds.), 2010, *The Sage handbook of prejudice, stereotyping and discrimination*, London, Sage Publications, pp. 427.

⁵⁶⁴ Al Ramiah, A. and Hewstone, M, 2013, pp. 911.

⁵⁶⁵ Crosby, F. J., Iyer, A., Clayton, S. D. & Downing, R. A., 2003, Affirmative Action: Psychological data and the policy debates, *American Psychologist*, 58, pp. 93-115.

⁵⁶⁶ Al Ramiah, A. and Hewstone, M, 2013.

⁵⁶⁷ Al Ramiah, A. and Hewstone, M, 2013, pp. 912.

бенефиција на основу мишљења које се не односи на њега, те је онда ускраћивање арбитарно, а као друго, тај појединац је јавно дефинисан према слици коју је креирала друга група, уместо да му је било дозвољено да сам представи себе и своје околности на начин на који их он разуме и схвата, а што сужава његову аутономију⁵⁶⁸.

Хомосексуални однос је у нашој држави представљао кривично дело све до 1994. године, када је декриминализован. Наиме, у време социјалистичке Југославије хомосексуални чин код мушкараца се у члану 186. став 2. Кривичног закона ФНРЈ/ СФРЈ усвојеног тек 1953. године кажњавао затвором у трајању до једне године⁵⁶⁹. У Хрватској је мушки хомосексуални однос декриминализован 1977. године, када је на снагу ступио Кривични закон СР Хрватске, док су поред Хрватске то исто учиниле и Војводина, Словенија и Црна Гора⁵⁷⁰. Правна и фактичка ситуација у Босни и Херцеговини је веома слична. Према Кривичном закону бивше Социјалистичке републике Босне и Херцеговине од 1977. године, сексуални однос два мушкарца је био окарактерисан као противприродни блуд и кажњавао се затвором до једне године, док је женски полни однос потпуно изостављен из ове категорије⁵⁷¹. Коначна декриминализација мушког хомосексуалног понашања долази са доношењем нових кривичних закона у Федерацији Босне и Херцеговине 1996. године и Републици Српској 1998. године када се противприродни блуд као кривично дело избацује из оба закона, док нови Кривични закон Брчко Дистрикта из 2003. године такође не регулише ниједан облик кривичног гоњења на основу сексуалне оријентације⁵⁷². Последња земља у Европи која је декриминализовала сексуалне односе између пунолетних мушкараца, а који су били забрањени законом од 1889. године, јесте Северни Кипар чији парламент је 27. јануара 2014. године изгласао укидање одредбе кривичног закона која је омогућавала казну затвора од пет година за добровољан

⁵⁶⁸ Moreau, S, 2004, pp. 298, 299.

⁵⁶⁹ Јурчић, М, Повијест ЛГБТИQ активизма у Хрватској, у Спахић, А, Гаврић, С. (ур.), 2012, *Читанка ЛГБТ људских права, 2. допуњено издање*, Сарајево, стр. 89.

⁵⁷⁰ Јурчић, М, 2012, стр. 90.

⁵⁷¹ Гаврић, С, ЛГБТ активизам у Босни и Херцеговини, у Спахић, А, Гаврић, С. (ур.), 2012, *Читанка ЛГБТ људских права, 2. допуњено издање*, Сарајево, стр. 89.

⁵⁷² Гаврић, С, 2012.

хомосексуални однос, док се сексуални односи између жена чак и не помињу⁵⁷³. На пример, у Енглеској је за хомосексуалност била законом предвиђена смртна казна све до 1861. године⁵⁷⁴.

Родни идентитет се разликује од сексуалне оријентације. Родни идентитет се, према Џокцакартским принципима⁵⁷⁵, схвата као дубок субјективан осећај и индивидуални доживљај рода, које може а не мора да се поклапа са полом при рођењу, укључујући и лични осећај или доживљај сопственог тела (који може да подразумева и модификацију физичког изгледа тела или функција медицинским и хируршким путем) и других исказивања рода, укључујући облачење, говор и манире. Појам род се први пут појавио и употребио 1955. године када је Џон Мани (*John Money*) увео овај појам као теоретски концепт како би оправдао психолошки развој сексуалног идентитета у случају хермафордита⁵⁷⁶. У преамбули Принципа се наводи да сва људска бића без обзира на сексуалну оријентацију и родни идентитет имају право на попуно уживање свих људских права. Према званичном схватању Америчке психијатријске организације, родни идентитет представља унутрашњи осећај неке особе да буде мушко, женско или нешто друго, а род се изражава кроз начин на који особа изражава свој родни идентитет према другима кроз понашање, облачење, фризуру, говорне или телесне карактеристике⁵⁷⁷.

Родни идентитет подразумева сопствено родно одређење и изражавање, које не мора да зависи од пола који је уписан при рођењу, тако да је родни идентитет независан од биолошког пола неке особе⁵⁷⁸. Родни идентитет представља један од најосновнијих аспеката живота, а проблем се јавља када код неких особа урођена перцепција самог себе није у складу са полом одређеним на самом рођењу и такве

⁵⁷³<https://76crimes.com/76-countries-where-homosexuality-is-illegal/>, 20.08.2016.

⁵⁷⁴Текст *Мушка хомосексуалност* објављен на интернет страници Центра за квир студије <http://www.cks.org.rs/2012/04/muska-homoseksualnost/>, 28.07.2013.

⁵⁷⁵Џокцакартски принципи за примену међународног права људских права који се односе на сексуалну оријентацију и родни идентитет, донети су 2006. године у Индонезији од стране 29 међународних експерата за људска права. Они представљају универзални водич за људска права који афирмише повезивање међународних правних стандарда које све државе морају да поштују. Обећавају другачију будућност у којој су сви људи рођени слободни и једнаки у достојанству и правима. Интернет страница на којој се налази цео текст у оригиналној верзији http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf.

⁵⁷⁶Orobio de Castro, I, 1993, *Made to order: Sex/gender in a Transsexual Perspective*, Amsterdam, pp. 18.

⁵⁷⁷<http://www.apa.org/topics/sexuality/transgender.aspx>, 24.02.2014.

⁵⁷⁸Борић, Р (ур.), 2007, *Појмовник родне терминологије према стандардима Еуропске уније*, Центар за женске студије, Уред за равноправност сполова Републике Хрватске, Загреб, стр. 78.

особе се називају трансродним или транссексуалним особама⁵⁷⁹. Транссексуалност је психосексуални поремећај идентитета који се испољава на начин да одређена особа чврсто верује да припада другом полу без обзира на све спољне биолошке карактеристике једног пола којем припада, а које су јасно изражене и неспорне⁵⁸⁰. Код транссексуалних особа се јавља неподударност њиховог биолошког пола са психолошким полом и схватањем себе, па се често сусрећемо са фразом да су заробљени у погрешном телу. Транссексуалност се сматра поремећајем родног идентитета (медицинска шифра поремећаја родног идентитета јесте F64, а за транссексуалност F64.0) према десетој ревизији Међународне класификације болести (*ICD-10*)⁵⁸¹, која је званично прихваћена на 43. скупштини Светске здравствене организације у мају 1990. године, а у државама које су чланице Светске здравствене организације је у употреби од 1994. године⁵⁸². Према овој класификацији под транссексуалношћу се схвата жеља да се живи и буде прихваћен као особа супротног пола, а сопствени пол се обично доживљава нелагодно и неадекватно, док транссексуална особа жели да промени пол помоћу хируршког или хормонског третмана⁵⁸³.

Синдром транссексуалности је дуго времена био познат психолозима и односио се на „психо-сексуалну инверзију”, међутим „инверзија” се често употребљавала као синоним за хомосексуалност и тако је настала велика конфузија⁵⁸⁴. И дан данас се појава транссексуалности поистовећује са појавом хомосексуалности, иако су суштински две потпуно различите и независне појаве. Транссексуалност је упечатљив поремећај родног идентитета и оријентације родне

⁵⁷⁹ *Human rights and Gender Identity*, 2009, Issue Paper by Thomas Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights, Strasbourg, pp. 5 (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365>).

⁵⁸⁰ Драшкић, М, *Еволуција у јуриспруденцији Европског суда за људска права у погледу транссексуалних особа; еволуција и у Србији*, рад објављен на интернет страници Правног факултета у Београду, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/dramar/transseksualizam.pdf>, стр. 1.

⁵⁸¹ <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en/#F64>, 20.06.2014. Према овој класификацији у поремећаје родног идентитета (F64) се убрајају: 1) Транссексуализам (F64.0), 2) Трансвеститизам двоструке улоге (F64.1), 3) Поремећај родног идентитета у детињству (F64.2), 4) Остали поремећаји родног идентитета (F64.8) и 5) Поремећај родног идентитета, неодређен (F64.9).

⁵⁸² Павловић, С, *Анализа правног положаја трансродних и трансексуалних особа у Републици Србији*, у Гајин, С. (ур.), 2012, *Модел закона о признавању правних последица промене пола и утврђивања трансексуализма, Права транс особа – од непостојања до стварања законског оквира*, Београд, стр. 55.

⁵⁸³ <http://www.mkb10.rs/bolest/2572/transseksualizam#bigSearch>, 20.06.2014.

⁵⁸⁴ Benjamin, H, May 1967, pp. 107.

улоге односно представља поремећај хармоније и јединства психо-сексуалне личности, док се расцеп између психолошког и морфолошког пола се такође назива „психички хермафродитизам”, који је, међутим, само описни а не и оправдан научни термин⁵⁸⁵.

У великој мери, узрок транссексуалности је још увек загонетан и непрепознатљив, а *Benjamin* наводи да постоји четири евентуална узрока који упућују на то да транссексуалност може да има више од једног узрока⁵⁸⁶. Први и најосновнији могући узрок би био генетски, затим би исто један од основних узрока био неуроендокрине природе, трећи могући узрок би био *утискивање*, што заправо представља вид учења током критичног периода у развоју детета, а што је до сада доказано само код птица, и као четврти могући узрок јавља се условљавање у раном детињству као начин васпитања, што представља преовлађујућу теорију широко прихваћену међу психолозима⁵⁸⁷. Према овом аутору, истичу се четири разлога односно мотива која наводе транссексуалне особе да изврше трансформацију путем терапије и операције. Поред сексуалног, родног и социолошког мотива јавља се и правни мотив који је присутан међу свим транссексуалним особама, а он се односи на њихову жељу за променом њиховог правног статуса.

Не постоји консензус око питања да ли је трансродност заснована на медицинској науци⁵⁸⁸, а то можемо закључити и анализирајући судску праксу Европског суда за људска права.

Први значајнији случај пред Европским судом за људска права по овом питању био је *Rees v. the United Kingdom*⁵⁸⁹, у којем је Суд одлучио да није дошло до повреде члана 8. о праву на поштовање приватног и породичног живота, као ни члана 12. о праву на склапање брака и одбио захтев подносиоца представке, који је операцијом променио пол из женског у мушки, да се измени родни лист и да се

⁵⁸⁵ Benjamin, H, May 1967, pp. 109, 110.

⁵⁸⁶ Benjamin, H, May 1967, pp. 111.

⁵⁸⁷ Benjamin, H, May 1967, pp. 111, 112, 113.

⁵⁸⁸ Sabatello, M, 2011, pp. 46.

⁵⁸⁹ ECtHR, *Rees v. the United Kingdom*, no. 9532/81, пресуда од 17. октобра 1986.

прикаже пол који тренутно поседује а не који је имао рођењем. Подносилац представке је себе сматрао за мушкарца и истакао да га је и друштво прихватило као таквог и да изузев родног листа, у свим званичним документима стоји његово ново име и префикс „Господин” и да је тај раскорак између његовог очигледног пола и оног пола који је правно одређен изазива код њега непријатност и понижење, а што такође утиче и на одређена његова права и социјална давања попут права на брак, на пензију, на одређена запослења, упис на унивезитет итд⁵⁹⁰. Суд није уважио ниједан од ових аргумената тврдећи да одбијање да се измени родни лист или да се изда извод који се не поклапа са родним листом не представља мешање државе у приватни живот појединца и тиме дајући предност широком пољу слободне процене државе, док приликом утврђивања да ли позитивна обавеза државе постоји или не мора да се успостави правична равнотежа између општег интереса заједнице и интереса појединца⁵⁹¹. Суд је такође одбацио све аргументе подносиоца представке да владина политика представља кршење права на склапање брака. Водећи се одлуком Врховног суда Велике Британије *Corbett v. Corbett* (1971), пол, у сврху склапања пуноважног брака, одређује се подударношћу хромозомских, гонадних и гениталних тестова, док се значај родног листа по питању ништавости брака јавља једино приликом доказивања као потврда идентитета и пола особе⁵⁹². Мишљење Суда је да се право на брак гарантовано чланом 12. Конвенције односи на традиционални брак између особа различитог биолошког пола, а што је евидентно и из саме формулације члана 12. из којег се јасно види да главна брига да се заштити брак као основа породице⁵⁹³.

Следећи значајан случај који је изнет пред Европски суд јесте *Cossey v the United Kingdom*⁵⁹⁴, у којем је само поновљена одлука из претодно изложеног случаја. Наиме, Суд је одбио захтев подносиоца представке, која је операцијом променила пол из мушког у женски, да се њен родни лист измени како би могла да валидира њен брак са својим мушкарцем. Суд је такође одбацио тврдње да се њен

⁵⁹⁰ *Rees v. United Kingdom*, para. 17, 34, 40.

⁵⁹¹ *Rees v. United Kingdom*, para. 35, 37.

⁵⁹² *Rees v. United Kingdom*, para. 27.

⁵⁹³ *Rees v. United Kingdom*, para. 49.

⁵⁹⁴ ECtHR, *Cossey v. the United Kingdom*, no. 10843/84, пресуда од 27. септембра 1990.

случај разликује од претходног, *Rees v. United Kingdom*, сматрајући да је постојање партнера с којим би се брак склопио неважно и истичући: „да ли особа има право да склопи брак не зависи од постојања партнера у појединачном случају или жеље за браком, него од тога да ли он или она испуњавају опште критеријуме прописане националним законосавством”⁵⁹⁵. Уважавајући биолошки критеријум као одлучујући фактор, Суд је нагласио да „везаност за традиционални концепт брака обезбеђује довољан разлог за наставак усвајања биолошког критеријума за утврђивање пола особе у сврху брака и да је ово питање које спада у оквир надлежности државе уговорнице да националним законом регулише остваривање права на склапање брака”⁵⁹⁶.

Међутим, одређени помак у приступу Европског суда и и схватању пола искључиво према биолошким критеријума се може приметити већ 1992. године у случају *B. v. France*⁵⁹⁷. Подносилац представке је трансродна особа која је операцијом променила пол из мушког у женски. У овом случају су у суштини само поновљени аргументи из претходна два случаја, *Rees* и *Cossey*, а који се тичу потешкоћа са којима се суочава услед одбијања промене њених званичних идентификационих докумената и мешања у њен приватни живот. Међутим, за разлику од претходних случајева, она се подвргнула операцији промене пола у Мароку 1972. године а чији трошкови нису били покривени националним осигурањем, с обзиром на то да у Француској то није било могуће учинити све до 1979. године, када је само део трошкова могао да буде покривен од стране националног здравственог осигурања⁵⁹⁸. Такође, разликовао се и у томе што је негативан владин став и политика према трансродним појединцима су много више преовлађавали, јер иако се очекује да се родни лист ажурира током нечијег живота услед различитих животних околности, попут брака, усвојења, развода и смрти, у Француској није постојала опција да се измени пол особе који је забележен⁵⁹⁹. Подносиатељка представке је била принуђена да се служи својим именом. које је

⁵⁹⁵ *Cossey v. United Kingdom*, para. 32.

⁵⁹⁶ *Cossey v. United Kingdom*, para. 46.

⁵⁹⁷ ECtHR, *B. v. France*, no. 13343/87, пресуда од 25. марта 1992.

⁵⁹⁸ *B. v. France*, para. 11, 18.

⁵⁹⁹ *B. v. France*, para. 19, 52.

убележено у родном листу, у свим идентификационим документима, с обзиром да је према француском праву промена нечијег имена била могућа једино на основу судске одлуке и то само ако се докаже легитиман интерес који би могао да оправда промену, а трансродност се није сматрала легитимним интересом⁶⁰⁰. У случају *B. v. France* пред Европским судом за људска права, подносилац представке је истакао да је наука допринела разумевању узрока трансродности, тако што су тадашња истраживања показала да транссексуално понашање може бити уроковано хормоналним променама током трудноће односно уношењем одређених супстанци у одређеној фази трудноће или током првих дана живота или услед хромозомских аномалија⁶⁰¹. Суд је сматрао да је неоспорно да су се ставови променили и да је наука напредовала, али да и даље остаје непоуздано шта је суштинска природа транссексуализма, а с тим се и легитимност хируршке интервенције у таквим случајевима доводи у питање⁶⁰². Суд је одлучио да су оваква ограничења за подносиатељку представке проузроковала значајну непријатност која је достигла довољан ниво озбиљности да би се узело у разматрање у складу са чланом 8. Конвенције и сходно томе, имајући у виду и поље широке процене државе, правична равнотежа између општег интереса и интереса појединца није постигнута те је тиме прекршен члан 8. Конвенције⁶⁰³. Међутим, ово даље не значи да су одмах и наредне пресуде овог Суда ишле у овом правцу. Према томе, као што и ауторка *Sabatello* закључује, док је трансродним особама пружена предност научних и медицинских достигнућа, остваривање ових опција је значило губљење низ других основних људских права⁶⁰⁴.

У случају *X, Y and Z v. the United Kingdom*⁶⁰⁵, Европски суд је одбио заједнички захтев породице коју чине биолошка мајка, *Y*, затим дете, *Z*, које је зачето вештачком оплодњом анонимним донором и партнер мајке, *X*, трансродно лице које је променило пол из женског у мушки, сматрајући да су ова три лица живе у *de facto* породици, иако подносилац *X* није могао да буде уписан као отац

⁶⁰⁰ *B. v. France*, para. 22.

⁶⁰¹ *B. v. France*, para. 46, 47.

⁶⁰² *B. v. France*, para. 48.

⁶⁰³ *B. v. France*, para. 62, 63.

⁶⁰⁴ *Sabatello*, M, 2011, pp. 74.

⁶⁰⁵ ECtHR, *X, Y and Z v. the United Kingdom*, no. 21830/93, пресуда од 22. априла 1997.

детета⁶⁰⁶. Енглеско право дефинише пол лица на основу биолошких критеријума на рођењу и не признаје да се пол може променити оперативним путем, а као резултат овакве одредбе, транссексуалном лицу које је променило пол из женског у мушки није дозвољено да се венча са женом нити да се може сматрати оцем детета⁶⁰⁷. Према тада важећем закону (*The Human Fertility and Embryology Act 1990*), када невенчана жена роди дете уз помоћ биомедицине, а у процес је укључен и њен мушки партнер, оцем детета се у правном смислу сматра он, а не донор⁶⁰⁸. Иако су обе процедуре, операција промене пола и вештачка оплодња, биле финансиране од стране државе, а у складу са националним правом је правно признато очинство над дететом, већина судија је одобрила држави поље широке слободне процене⁶⁰⁹. Суд је одбацио тврдње подносилаца представке да би правно непризнавање новонасталог мушкарца као оца могло да има утицаја на дететов осећај личног идентитета и сигурности, уз напомену да новонастали мушкарац није био спречен да се понаша и делује као отац у друштвеном смислу, иако није биолошки отац и истакао да би поред тога могао заједно са женом да се поднесе захтев за заједничко пребивалиште што се тиче детета, чиме би аутоматски било поверено вршење родитељског права према енглеском праву⁶¹⁰. Суд је подсетио да се појам породичног живота не ограничава само на породице засноване на браку, већ може

⁶⁰⁶ *X, Y and Z v. the United Kingdom*, para. 37. У овом случају, први подносилац X је транссексуалац, који је променио пол из женског у мушки. Од своје четврте године живота осећа се сексуално нелагодно у свом телу и прибегава понашању као мушкарац, а што је проузроковало да у адолесценцији пати од суицидалне депресије. Он живи у стабилној и трајној заједници са женом која је други подносилац Y, а након што су започели заједнички живот он се подвргао операцији промене пола. Трећи подносилац представке је Z, којег је Y родила уз помоћ артифицијелне инсеминације путем донора. Међутим, када су се пријавили за артифицијелну инсеминацију, било је одбијено. Они су наводили да у студији која је обухватала 37 деце која су одгајана од стране транссексуалних или хомосексуалних родитеља или неговатеља не постоји ниједан доказ ненормалне сексуалне оријентације или неког другог дефекта (Green, R, 1978, Sexual identity of 37 children raised by homosexual or transsexual parents, *American Journal of Psychiatry*, 135, pp. 692-697). Након тога, етички комитет је дао сагласност да им обезбеди ту врсту третмана и затражили су од X да призна себе као оца детета. Након рођења детета, покушали су да упишу дете под заједничким именом, али господину X није било дозвољено да се упише као отац детета и то поље је остављено непопуњено, иако је детету додељено његово презиме. Коју годину касније истекао му је уговор о раду, а једина пословна понуда коју је примио је била од стране Универзитета у Боцвани, који би му обезбедио и смештај и бесплатно образовање за примаоце издржавања запосленог. Одлучио је да не прихвати посао с обзиром да се под лицима које примају издржавање сматрају само супружници и биолошко или усвојено дете.

⁶⁰⁷ *X, Y and Z v. the United Kingdom*, para. 20.

⁶⁰⁸ *X, Y and Z v. the United Kingdom*, para. 21.

⁶⁰⁹ *X, Y and Z v. the United Kingdom*, para. 39.

⁶¹⁰ *X, Y and Z v. the United Kingdom*, para. 50.

да обухвата и друге *de facto* заједнице, међутим њихова заједница не може да се изједначи ни са лезбејским паром, јер први подносилац *X* у друштву живи као мушкарац, с обзиром да се подвргао операцији промене пола, иако се према детету од његовог рођења понашао као отац у сваком смислу и био је укључен у комплетан процес артифицијеле инсеминације⁶¹¹. Осим чињенице да је *X* по рођењу регистрован као женско и стога не постоји правна могућност да склопи брак са *Y* или да буде уписан као отац детета, њихова ситуација се не разликује од традиционалног појма породичног живота⁶¹². Стога Суд сматра да су подносиоци представке у сличној позицији као било која друга породица када из неког разлога лице које врши улогу оца није регистровано као таква, те је схватања да није основано да ће се деца и породице у таквим ситуацијама посебно стигматизовати⁶¹³. У свом образложењу Суд је истакао да „не постоји заједнички европски стандард који признаје родитељска права транссексуалцима” и „иако је технологија медицински потпомогнутог зачећа доступна у Европи већ неколико деценија, многа питања поготово она у вези са очинством остају предмет расправе”⁶¹⁴ и донео одлуку да није дошло до повреде члана 8. Конвенције односно права на приватни живот подносилаца представки и да не постоји потреба да се представка узме у разматрање по питању дискриминације у складу са чланом 14. Конвенције.

Тек 2002. године се Европски суд за људска права одважио да направи револуционарни помак приликом одлучивања у вези са проблемима транссексуалних особа и то у случајевима *Christine Goodwin v. the United Kingdom* и *I. v. the United Kingdom*⁶¹⁵ у којима су подносиоци представке мушкарци који су

⁶¹¹ *X, Y and Z v. the United Kingdom*, para. 36.

⁶¹² *X, Y and Z v. the United Kingdom*, para. 35.

⁶¹³ *X, Y and Z v. the United Kingdom*, para. 49.

⁶¹⁴ *X, Y and Z v. the United Kingdom*, para. 44.

⁶¹⁵ ECtHR, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, no. 28957/95, пресуда од 11. јула 2002 and ECtHR, *I. v. the United Kingdom*, no. 25680/94, пресуда од 11. јула 2002. У првом случају, подносиатеља представке након операције промене пола трпи сексуално малтретирање од стране својих колега са посла и у вези са тим покушала је да покрене поступак, али неуспешно, с обзиром да је правно и даље сматрана за мушкарца. Након тога, отпуштена је из радног односа из разлога повезаних са њеним здрављем, али се заправо наводи да је прави разлог био то што је она транссексуалац. Међутим, почела је да ради код новог послодавца, који је услед броја националног осигурања био у могућности да јој уђе у траг и да сазна све о њеним претходним послодавцима од

променили пол у женски. У оба случаја су поново изнешене тврдње да је држава прекршила њихово право на поштовање приватног живота, право на склапање брака и одредбу о забрани дискриминације, за који Суд није сматрао да је потребно посебно разматрати. По осталим питањима Суд је једногласно донео одлуку да прихвата оптужбе и недвосмислено одступио од биолошког критеријума одређивања пола који су у претходним одлукама били једино приватљиви и којих се до сада држао. С обзиром да је „Конвенција пре свега систем заштите људских права, Суд мора узети у обзир промењено стање у оквиру тужене државе и уопште у оквиру држава уговорница и да одговори на свако еволутивно приближавање стандардима који треба да се постигну”, као и „да су се од усвајања Конвенције догодиле значајне друштвене промене када је реч о институцији брака, као и драматичне промене услед напретка и развоја медицине и науке у области трансексуалности”⁶¹⁶. Суд се осврнуо и узео у обзир и извојену одлуку судије *Thorpe* у случају *Bellinger v. Bellinger* у којој је истакао да „основи за одлуку у случају *Corbett v. Corbett* нису више тако чврсти, заузимајући став да приступ ограничен само на биолошки критеријум више није био прихватљив у светлу научне, медицинске и друштвене промене”⁶¹⁷. Према томе, у ова два случаја Суд се одлучио за приступ трансродности који се базира на основу више критеријума а не искључиво на биолошком критеријуму и нагласио да „док је и даље случај да трансексуална особа не може да стекне све биолошке карактеристике новог пола, све софистициранијим хируршким захватима и врстама хормонске терапије, главни непроменљиви биолошки аспект родног идентитета јесте хромозомски елемент”⁶¹⁸ и да „Суду није очигледно да хромозомски елемент, међу свим другим, мора неминовно имати пресудан значај приликом правног приписивања родног идентитета трансексуалним особама”⁶¹⁹. Суд је става да „тужена држава не може

којих је могао добити информације које се тичу ње, а такође неће ни имати право на старосну пензију одређену према старосној граници за жене (60 година), него ће морати и даље да уплаћује доприносе док не достигне старосну границу за мушкарце (65 година).

⁶¹⁶ *I. v. the United Kingdom*, para. 54, 80.

⁶¹⁷ *Bellinger v. Bellinger*, Appeals Court, EWCA Civ 1140, no. B1/2000/3493, Judgement of 17 July 2001, Concurring Opinion of Lord Justice Thorpe, para. 155, 160 (<http://www.pfc.org.uk/caselaw/Bellinger%20v%20Bellinger%20Appeal.pdf>).

⁶¹⁸ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, para. 82

⁶¹⁹ *I. v. the United Kingdom*, para. 62.

више да тврди да ово питање спада у оквире њеног поља слободне процене, осим у смислу одговарајућих средстава за постизање признавања неког права које је заштићено Конвенцијом⁶²⁰ и да „с обзиром да не постоје значајни фактори јавног интереса који би превагнули над интересом овог појединачног подносиоца представке за постизање правног признавања њене промене пол, Суд је закључио да сада правична равнотежа која је својствена Конвенцији одлучно нагиње у прилог подносиоца представке и стога је дошло до кршења права на поштовање приватног живота у смислу члан 8. Конвенције”⁶²¹. Што се тиче остваривања права на брак, Суд сматра да „остваривање права на склапање брака доводи до друштвених, личних и правних последица”⁶²², али и да иако је „тачно да се прва реченица члана 12. Конвенције изричито односи на право мушкарца и жене да склопе брак, Суд није убеђен да се у време овог случаја и даље може претпоставити да се оваква формулација односи на утврђивање пола искључиво на основу биолошког критеријума (као што је сматрао и судија *Ormrod J.* у случају *Corbett v. Corbett*)”⁶²³, већ да „постоје и други важни фактори – прихватање стања поремећаја родног идентитета од стране медицинских стручњака и здравствених власти у оквиру држава уговорница, обезбеђивање третмана, укључујући операцију како би се појединац што је више могуће прилагодио роду којем осећа да припада као и претпоставка транссексуалне особе о друштвеној улози новог пола⁶²⁴. Иако критеријуми за одређивање пола детета на рођењу нису били дефинисани законом,

⁶²⁰ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, para. 93.

⁶²¹ *I. v. the United Kingdom*, para. 73.

⁶²² *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, para. 99.

⁶²³ У случају *Corbett v. Corbett* (1971. године), судија *Ormrod* је одлучио да ће се пол за ту сврху утврдити применом хромозомских гонадних и гениталних тестова где су они подударни и без обзира на било коју хируршку интервенцију. Употреба биолошких критеријума за утврђивање пола је одобрена од стране Апелационог суда у предмету *P. против Тан* (1983. године) и дата им је шира примена, када је суд био мишљења да је лице рођено као мушкарац било правилно осуђено према закону који кажњава мушкарце који живе од проституције, без обзира на чињеницу да је оптужени био подвргнут терапији промене пола. Према одлуци у случају *Corbett v. Corbett* брак између транссексуалаца који је променио пол из мушког у женски такође може бити проглашен за ништав, с обзиром да транссексуалац није био способан да конзумира брак у контексту редовног и потпуног сексуалног односа (*Christine Goodwin v. the United Kingdom*, para. 21). Суду није јасно да хромозомски елемент, поред свих осталих, мора неминовно да има пресудан значај за потребе правног приписивања полног идентитета за транссексуална лица. Суд зато није убеђен да стање медицинске науке или научних сазнања пружа било какав одлучујући аргумент у погледу правног признавања транссексуалних лица (*Christine Goodwin v. the UK*, para. 82, 83).

⁶²⁴ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, para. 100.

пракса матичара је била да се искључиво користе биолошки критеријуми (хромозомски, гонадни и генитални) утврђени од стране судије *Ormrod* у горе поменутом случају *Corbett v. Corbett*. Закон из 1953. године предвиђа корекцију у случају административних грешака или чињеничне грешке матичара. Званичан став је да се измена може извршити само ако се грешка догодила у време регистрације рођења. Чињеница да може постати очигледно у каснијем животу неког лица да се њен или његов психолошки пол не поклапа са биолошким критеријумима, не подразумева да је првобитни упис фактичка грешка. Само у случајевима када је очигледна грешка и генитални пол детета погрешно идентификован или где се биолошки критеријуми нису подударали, може да се изврши промена у првобитном упису⁶²⁵.

У овом случају, као и у многим другим, промена пола је изведена од стране националне здравствене службе, које препознаје стање полне дисфорије и обезбеђује, између осталог, промену пола операцијом, са циљем да се што је ближе могуће асимилира полу којем трансексуално лице осећа да припада, а ако је држава одобрила лечење и операцију за ублажавање стања трансексуалног лица, финансирала или помогла у финансирању операција и заиста дозвољава вештачку оплодњу жене, која живи са женом која је постала мушкарац, (као што је показано у случају *X, Y and Z v. the United Kingdom*), изгледа нелогично да одбије признање правних последица исхода до којег води лечење⁶²⁶. Европски суд је такође сматрао да нечија немогућност да биолошки заснује породицу не одузима право на склапање брака⁶²⁷, али је такође приметио да се у члану 9. Повеље ЕУ о основним правима без икакве сумње намерно одступило од текста члана 12. Конвенције тако што се уклонило упућивање на мушкарца и жену, а што је значило и проширивање

⁶²⁵ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, para. 24, 25.

⁶²⁶ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, para. 78. Суд даље наводи да „Иако је и даље случај да трансексуално лице не може стећи све биолошке карактеристике додељеног пола (*Sheffield and Horsham v. UK*), Суд примећује да развојем софистициране хирургије и врстама хормонских третмана, главни непроменљиви биолошки аспект полног идентитета јесте хромозомски елемент. Међутим, познато је да хромозомске аномалије могу настати природно (нпр. у случајевима интерсексуалних услова у којима се не подударају биолошки критеријуми на рођењу) и у овим случајевима, нека лица морају припадати једном полу или другом како изгледа најпогодније у околностима појединачног случаја” (para. 82).

⁶²⁷ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, para. 98, *I. v. the United Kingdom*, para. 78.

права на склапање брака⁶²⁸. У образложењу Суда се наводи да „У случају *Sheffield and Horsham v. the UK*, судска пресуда је ставила акценат на недостатак заједничког Европског приступа око тога како да одговори на последице које правно признавање промене пола може да произведе у другим областима права као што су брак, усвојење, приватност или заштита података. У складу са принципом супсидијарности, заиста је примарно за државе уговорнице да одлуче о мерама неопходним за обезбеђивање права из Конвенције у њиховој надлежности и да, у оквиру домаћих правних система, реше реалне проблеме који су настали правним признавањем пост-оперативног родног статуса, у ком погледу државе уговорнице морају имати широко поље слободне процене. Суд, сходно томе, придаје мањи значај недостатку доказа заједничког европског приступа решавању правних и практичних проблема који се јављају, него према јасном и неспорном доказу континуиране тежње у корист не само повећане друштвене прихватљивости транссексуалних лица него и законског признавања новог родног идентитета постоперативних транссексуалних лица”⁶²⁹. Суд је даље објаснио „да није природно тврдити да транссексуалне особе након операције промене пола нису лишене права на склапање брака, с обзиром на то да им, према закону, остаје само могућност да се венчају са особом супротног пола у односу на њихов претходни пол. У овом случају, подносилац представке живи као жена, у вези је са мушкарцем и само би желела да се венча са мушкарца. Она нема могућност да тако нешто и уради. Суд сматра да она, стога, може да тврди да је сама суштина њеног права на склапање брака повређено”⁶³⁰. Наглашава се такође да је „сама суштина Конвенције је поштовање људског достојанства и људске слободе. Поготово према члану 8. Конвенције, у којем је појам личне аутономије важан принцип, заштита се даје личној сфери сваког појединца, укључујући и право на утврђивање детаља свог идентитета као индивидуалног људског бића”⁶³¹.

⁶²⁸ Члан 9. Повеље ЕУ гласи: „Право на склапање брака и право на заснивање породице треба да буде гарантовано у складу са националним законима који регулишу оставаривање ових права”.

⁶²⁹ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, para. 85.

⁶³⁰ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, para. 101, *I. v. the United Kingdom*, para. 81.

⁶³¹ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, para. 90.

Европски суд за људска права у Стразбуру је само поновио и даље разрадио овакав став приликом одлучивања у случају *Van Kück v. Germany*⁶³². У овом случају се ради о мушкарцу који је операцијом променио пол у женски, а представку је поднео тврдећи да је немачки суд одбио њен захтев за накнаду медицинских трошкова насталих поводом хормонске терапије и операције промене пола без правичног саслушања (а што је у супротности са чланом 6. Конвенције о праву на правично суђење), затим да немачки суд није поштовао њен сексуални идентитет и њено право на приватност с обзиром на то да је своју одлуку донео на основу погрешно тумачених чињеница и сматрао „разне епизоде у њеној прошлости као обелодањивање мушкости не узимајући у обзир све напоре да се потисне осећај другачијег идентитета”⁶³³ и тиме учинио дискриминацију. Европски суд је нагласио да је „концепт приватног живота широк појам који није подложен исцрпној дефиницији” и да „он обухвата физички и психички интегритет особе”, као и да „може понекад да обухвати и аспекте физичког и друштвеног идентитета појединца”⁶³⁴. Сходно томе, Суд је одлучио да су родна идентификација, име, сексуална оријентација и сексуални живот, као и нечије право на лични развој и право на заснивање и развој односа са другим људима и са спољашњим светом заштићени чланом 8. Конвенције и закључује „да је сама суштина Конвенције поштовање човековог достојанства и човекове слободе и да се заштита обезбеђује праву транссексуалних особа на лични развој и на физичку и моралну сигурност”⁶³⁵. С обзиром на то да је немачки суд кривио подносиоца представке да је намерно изазвао своје стање транссексуалитета, Европски суд је сматрао да је терет који је био на подносиоцу представке да докаже неопходност медицинског третмана, укључујући и операцију промене пола, у једном од најинтимнијих сфери приватног живота, био несразмеран и да су немачке власти прекорачиле своје поље слободне процене⁶³⁶. Стога, Суд је закључио да је дошло до повреде права на приватни живот гарантованог чланом 8. Конвенције и по први пут навео да и

⁶³² ECtHR, *Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, пресуда од 12. јуна 2003.

⁶³³ *Van Kück v. Germany*, para. 67.

⁶³⁴ *Van Kück v. Germany*, para. 67.

⁶³⁵ *Van Kück v. Germany*, para. 67.

⁶³⁶ *Van Kück v. Germany*, para. 80, 81, 82, 85.

нечија сексуална оријентација спада у антидискриминативне основе који заслужују специјалну заштиту у складу са чланом 14. Конвенције⁶³⁷.

Припадници сексуалних мањина су у великој мери дискриминисани у различитим сферама друштвеног живота и то не само код нас, већ и широм Европе и света, трпе нетолеранацију и насиље, док су им основна људска права повређена, „укључујући и право на живот, право на психички интегритет и право на здравље”⁶³⁸. Да би се уопште разумео концепт родног идентитета, веома је важно да се најпре направи разлика између појма пола и рода, јер се ова два појма често поистовећују и мешају, па се тако појам родног идентитета категорише тако да потпада под сексуалну оријентацију, а то су уствари два различита концепта. Чак и у правним оквирима неких земаља чланица Савета Европе се ова два појма поистовећују и родни идентитет се поклапа са сексуалном оријентацијом⁶³⁹. Пол се првенствено односи на биолошку разлику између мушкарца и жене и представља биолошку категорију, док се појму рода поред тог биолошког елемента додаје и друштвени аспект при прављењу разлике између полова, тако да род представља социолошку односно друштвену категорију⁶⁴⁰. Појам родног идентитета нам даје могућност да разумемо да пол који је одређен при рођењу не мора да да буде у складу са урођеним родним идентитетом које дете развије кад одрасте, тако да се оно односи на дубоки лични осећај унутрашњег и индивидуалног осећаја укључујући и лични осећај тела и другог начина изражавања рода (облачење, говор, манири)⁶⁴¹. Већини људи која су правно дефинисана као мушкарац или жена ће бити одређен мушки или женски родни идентитет, док код трансродних особа то није случај⁶⁴². Овакве особе не развијају такав одговарајући родни идентитет и могу пожелети да промене свој правни, друштвени и физички статус или део њега како би одговарао њиховом родном идентитету⁶⁴³. Модификација телесног изгледа или функције облачењем, медицинским, хируршким или другим видом промене је

⁶³⁷ *Van Kück v. Germany*, para. 86, 90.

⁶³⁸ *Human rights and Gender Identity*, 2009, pp. 5.

⁶³⁹ *Human rights and Gender Identity*, 2009, pp. 7.

⁶⁴⁰ *Human rights and Gender Identity*, 2009, pp. 6.

⁶⁴¹ *Human rights and Gender Identity*, 2009.

⁶⁴² *Human rights and Gender Identity*, 2009.

⁶⁴³ *Human rights and Gender Identity*, 2009.

често део личног искуства рода од стране трансродних особа⁶⁴⁴. Многе међунаордне и националне медицинске класификације намећу трансродним особама дијагнозу менталног поремећаја, која итекако представља препреку за потпуно уживање људских права⁶⁴⁵. Прва земља у свету која је донела одлуку да транссексуалност више не сматра психичким поремећајем и менталном болешћу и да трансексуалне особе не сматра особама са психичким проблемима јесте Француска⁶⁴⁶.

Припадници сексуалних мањина егзистирају у свим културама, друштвима као и свим деловима света, тако да појава хомосексуалности није нова, постојала је кроз читаву историју и историјски развој сваког друштва, па можемо рећи да су они стални део универзалног људског постојања⁶⁴⁷. Иако су трансродне особе егзистирале кроз историју, можемо рећи да је трансексуалност на неки начин појава савременог друштва, јер је таквим особама, захваљујући развоју науке, технологије и научним достигнућима у области медицине, омогућена интервенција на телу како би се извршила хируршка промена пола⁶⁴⁸.

4.5. Појам и класификација ЛГБТ особа

Термин ЛГБТ је, како наводи *Cruells* и *Coll-Planas*, скован 1990-их година с циљем да се створи политички савез између друштвених група које, с једне стране, себе сматрају посебним, али с друге стране трпе дискриминацију која произлази из уобичајених разлога⁶⁴⁹. Да бисмо пронашли корене овог савеза између гејева, лезбејки, бисексуалаца и транс особа, ови аутори истичу да треба да се вратимо у 1970-е године, у време у којем су сами себе поставили као врсту групе односно кластера који је водио ка одређеном степену заједничке акције и заузврат ка томе да постану потенцијална мета односно циљ јавне политике.

⁶⁴⁴*Human rights and Gender Identity*, 2009.

⁶⁴⁵*Human rights and Gender Identity*, 2009.

⁶⁴⁶Савић, М, 2011, стр. 82.

⁶⁴⁷Мршевић, З, Људска права и сексуална оријентација, у Рашевић, М, Зорица, М. (ур.), 2007, *Померамо границе*, Институт друштвених наука, Београд, стр. 188.

⁶⁴⁸Мршевић, З, 2012, Пресуде Европског суда за људска права у Стразбуру у корист трансексуалних особа, *Страни правни живот*, 2, стр. 333.

⁶⁴⁹Cruells, M; Coll-Planas, G, , 2013, Challenging equality policies: The emerging LGBT perspective, *European Journal of Women's Studies*, 20 (2), pp. 124.

Појам односно скраћеница ЛГБТ се најчешће користи као ознака сексуалних мањина, а такође је прихваћена широм света. ЛГБТ популација означава и обухвата лезбејке, геј, не и трансродне особе, а све чешће је у употреби и шири термин *LGBTIQ* који још додатно обухвата и интерсексуална и квир (queer) лица, док се у новијој терминологији почиње употребљавати *LGBTIQPA+* (који обухвата и пансексуална и асексуална лица⁶⁵⁰). Лезбејке су жене које емоционално и сексуално привлаче особе истог пола односно жене, док израз геј представља хомосексуална особа било којег пола, али се најчешће употребљава за мушке припаднике хомосексуалне популације, дакле мушкарце које емотивно и сексуално привлаче мушкарци⁶⁵¹. Бисексуална особа је особа коју емотивно и сексуално привлаче особе оба пола, а таква особа не мора да има сексуална искуства са оба пола, а уопште и није неопходно да има сексуална искуства да би се као таква дефинисала⁶⁵². Према критеријуму сексуалне привлачности особе које се класификују као бисексуалне су оне које покажу привлачност према оба пола, односно према партнерима истог и различитог пола или оне чија привлачност је заснована на другим критеријумима осим пола партнера (што се понекад назива родно слепило), а мерила за привлачност се често користе за испитивање адолесцената, који могу имати ограничено сексуално искуство и сексуалне идентитете који још увек нису у потпуности формиран⁶⁵³. Ауторка *Robinson* истиче да многи људи који осећају бисексуалну привлачност никада не поступају према оваквим својим осећањима нити икада развију бисексуални идентитет⁶⁵⁴. Према другом критеријуму, сексуалном понашању, особе се сматрају бисексуалним ако су у њиховој сексуалној историји били укључени и партнери истог пола и партнери различитог пола, док се према критеријуму сексуалног идентитета, класификација бисексуалних особа обухвата само оне особе које саме себе идентификују на овај

⁶⁵⁰ Пансексуалност представља сексуалну/емотивну привлачност или жељу према људима свих родних идентитета и полова, док асексуалност представља одсуство сексуалне оријентације или недостатак интересовања и жеље за сексом.

⁶⁵¹ http://www.kontra.hr/cms/index.php?option=com_content&view=article&id=42%3Arjek-lgbtiq-pojmova&Itemid=56&lang=hr, 21.04.2014.

⁶⁵² <http://labris.org.rs/saznajte-vise/terminologija/>, 21.04.2014.

⁶⁵³ Robinson, M, Bisexual People, Thatcher, A. (ed.), 2014, *The Oxford Handbook of Theology, Sexuality, and Gender*, Oxford, Oxford University Press, pp. 640.

⁶⁵⁴ Robinson, M, 2014, pp. 641.

начин⁶⁵⁵. Поједини гејеви и лезбејке се аутују као бисексуалне особе, што је довело до схватања бисексуалности као прелазног идентитета⁶⁵⁶.

Термин трансродна особа подразумева особе које имају родни идентитет другачији од пола који им је приписан по рођењу, а подразумева и оне особе које осећају да морају, које воле и бирају, кроз одећу, додатке, понашање, обрасце говора, козметику или модификације на телу, да се представљају другачије од онога што се очекује од родне улоге по рођењу, па се те особе не идентификују са ознакама мушко или женско⁶⁵⁷. Трансродним особама се сматрају особе чији је родни идентитет или родно изражавање идентитета другачије од традиционалних, друштвено дефинисаних улога и норми⁶⁵⁸. У трансродне особе се убрајају транссексуалци и трансвестити⁶⁵⁹.

Дефиниција трансродног је контроверзна, а све више се користи као кишобран термин како би се описали појединци чији родни идентитет или изражавање није у складу са конвенционалним очекивањима мушкости или женствености, а у складу са овим термин трансродан обухвата не само физичко-психолошке карактеристике феномена транссексуалности, него такође и различите сексуалне оријентације трансродних појединаца, од хетеросексуалне до геј и лезбејске, укључујући и недостатак идентификације са било којом од ових сексуалних оријентација⁶⁶⁰. Нечије искуство да постоји несклад између родног идентитета и анатомског пола (изузев уобичајене сексуалне конфузије који многи обично осећају, поготово током адолесценције) може да се догоди у различитим стадијумима живота⁶⁶¹. Аутор *Green* разликује две врсте транссексуалних особа, праве односно примарне и секундарне транссексуалце⁶⁶². Код примарних транссексуалаца, конфликт се јавља још у раном детињству и односи се готово увек

⁶⁵⁵ Robinson, M, 2014.

⁶⁵⁶ Robinson, M, 2014, pp. 642.

⁶⁵⁷ <http://labris.org.rs/saznajte-vise/pojmovnik/>, 10.07.2014.

⁶⁵⁸ Борић, Р. (ур.), 2007, *Појмовник родне терминологије према стандардима Еуропске уније*, Центар за женске студије, Уред за равноправност сполова Републике Хрватске, Загреб, стр. 94.

⁶⁵⁹ Борић, Р. (ур.), 2007.

⁶⁶⁰ Sabatello, M, 2011, Advancing Transgender Family Rights through Science: A Proposal for an Alternative Framework, *Human Rights Quarterly*, 33, pp. 45.

⁶⁶¹ Sabatello, M, 2011.

⁶⁶² Green, R, 2006, Parental Alienation Syndrome and the Transsexual Parent, *International Journal of Transgenderism*, 9 (1), pp. 9.

на оне мушкарце који су било изразито женствени још од најранијег доба, који нису доживљавали сексуално узбуђење кроз облачење у женску одећу и који су били или асексуални или су их сексуално привлачили искључиво мушкарци, тако да су питања брака и деце била мање уобичајена. Међутим, код друге врсте транссексуалаца овај конфликт се јавља нешто касније, понекад и након склапања брака и онога што се чини конвенционалном хетеросексуалном везом и односи се на оне који имају фетиш крос-дресинга (*cross-dressing*).

Интерсексуалност представља биолошку недефинисаност пола као искључиво мушког или женског⁶⁶³ односно интерсексуалне особе су рођене са хромозомским хормоналним нивоима или са гениталним карактеристикама које не одговарају стандарду мушке или женске категорије за сексуалну или репродуктивну анатомију, а овај термин је заменио термин хермафродит⁶⁶⁴. Квир (*queer*) представља термин који се користи како би се у једној речи описала и обухватила целокупна хомосексуална, бисексуална, трансродна, транссексуална и интерсексуална заједница, као и хетеросексуалне особе које себе не виде или живе свој живот ван конвенционалних и хетеро-патријархалних норми и устаљених модела понашања⁶⁶⁵. Термин квир је раније имао негативну конотацију и употребљаван је у енглеском језику као погрдан назив за нехетеросексуалне особе⁶⁶⁶.

Аутори *Butler* и *Rubin* заступају шире гледиште рода, тумачећи га као систем моћи у смислу који иде изван разлика и неједнакости између жена и мушкараца⁶⁶⁷. Посматрајући у оквиру овога, аутор *Borrillo* истиче да су хомофобија и трансфобија облици сексизма који се не тичу само ЛГБТ особа него такође и друштва у целини и има ефекат понављања разлика и неједнакости између жена и мушкараца⁶⁶⁸. Са ове тачке гледишта, нормативни род је, према *Cruells* и *Coll-*

⁶⁶³ <http://zenskasoba.hr/podrucja-rada/lgbtiq-seksualne-i-rodne-manjine/pojmovi/>, 21.04.2014.

⁶⁶⁴ <http://labris.org.rs/saznajte-vise/terminologija/>, 21.04.2014.

⁶⁶⁵ <http://zenskasoba.hr/podrucja-rada/lgbtiq-seksualne-i-rodne-manjine/pojmovi/>, 21.04.2014.

⁶⁶⁶ <http://labris.org.rs/saznajte-vise/terminologija/>, 21.04.2014.

⁶⁶⁷ Butler, J, 2001 [1990], *El genero en disputa. El feminismo y la subversion de la identidad*, Mexico, Paidós in Cruells, M; Coll-Planas, G, 2013, pp. 126; Rubin, G, 1989 [1984]), *Reflexionando sobre el sexo: Notas para una teoria radical de la sexualidad* in Vance, C. (ed.) *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina*, Madrid, Talasa in Cruells, M; Coll-Planas, G, 2013, pp.126.

⁶⁶⁸ Borrillo, D, 2001 [2000], *Homofobia*, Barcelona, Bellaterra in Cruells, M; Coll-Planas, G, 2013.

Planas, систем који одваја и конструише људе као мушкарце и жене на основу биолошких карактеристика, стављајући их у неједнаке и комплементарне положаје⁶⁶⁹. Они истичу да овај приступ омогућава много дубље разумевање да родни систем није ограничен на само две категорије односно на жене и мушкарце, него да обухвата сазвежђе сложених међусобно повезаних историјских положаја (жене, крос дресери, интерсексуалци, лезбејке, транс мушкарци итд). Аутор *Botha* и *Cameron* истиче да сексуална оријентација појединца није само опис жељеног пола његовог или њеног сексуалног партнера или индикација жељене еротичке активности, сексуална оријентација је питање идентитета⁶⁷⁰.

Транссексуалност се дефинише као екстремни облик полне дисфорије, када једна особа поседује спољне карактеристике једног пола, а истовремено чврсто верује да припада другом полу⁶⁷¹. Синдром полне дисфорије означава осећање нелагодности, које се јавља услед неподударности између сопственог родног идентитета и полне улоге, са једне стране и биолошког пола односно примарних и секундарних полних карактеристика са друге стране⁶⁷². Транссексуалност се још дефинише и као потпуна психичка идентификација са другим полом који је супротан властитом телу⁶⁷³. Термин трансексуалност (са једним с) се још давне 1949. године први пут појавио у медицинској литератури⁶⁷⁴, а приписује се америчком сексологу Дејвиду Колдвелу (*David Cauldwell*) да га је први увео у литературу и употребио у свом чланку „*Psychopathia Transsexualis*” исте године⁶⁷⁵. Термин са једним с су активисти транс организација сматрали за једини прихватљив и противили су се употреби термина који у себи садржи два слова с, а разлог томе је била чињеница да трансексуалност (термин са два слова с) са медицинског аспекта спада у менталне поремећаје, међутим употреба термина са

⁶⁶⁹ Cruells, M; Coll-Planas, G, 2013, pp. 127.

⁶⁷⁰ Botha, K, Cameron, E, 1994, Sexual Orientation, *South African Human Rights Yearbook*, 5, pp. 285.

⁶⁷¹ Драшкић, М, 1994, Правно нормирање трансексуалитета у упоредном праву, *Правни живот, часопис за правну теорију и праксу*, 11-12, година XLIII, књига 413, стр. 1864.

⁶⁷² Драшкић, М, 1994.

⁶⁷³ Hans-Georg, K, 1986, Transsexualismus und Intersexualität: Rechtliche Aspekte, *Medizinrecht*, 4, pp. 173 према Радишић, Ј, 2004, *Медицинско право*, Београд, стр. 104.

⁶⁷⁴ Orobio de Castro, I, 1993, pp. 7.

⁶⁷⁵ Hausman, B, 1995, *Changing Sex: Transsexualism, Technology, and the Idea of Gender*, Duke University Press, pp. 119.

једним словом с никада није заживела⁶⁷⁶. Термин трансвестит је још 1910. године први употребио немачки сексолог Магнус Хиршфелд (*Magnus Hirschfeld*), који је касније основао Берлински институт на којем су се обавиле прве операције промене пола⁶⁷⁷. Термин трансвестит се првобитно користио како би се описали крос-дресери (*cross-dressers*), док се данас сматра застарелим и пејоративним односно погрдним⁶⁷⁸. Крос-дресери су особе које носе одећу, накит и шминку која није традиционално и стереотипно везана са њиховим анатомским полом и које немају намеру нити жељу да свој пол промене⁶⁷⁹. Овај термин се много чешће везује за мушкарце и не мора нужно да осликава сексуалну оријентацију или родни идентитет⁶⁸⁰. Међутим, појединци су почели себе да описују као трансродне особе, а многи људи који су се раније идентификовали као транссексуални преферирали су употребу термина трансродан уместо транссексуалан, док су и многи трансвестити учинили исто, иако је термин крос-дресер који означава трансвестита постао посебно омиљен током 1990-их година⁶⁸¹. Скоро три деценије па све до почетка 1990. године крос-дресери су прихватили медицински термин трансвестит, али су покушавали да га дестигматизују и замене неким термином који није медицински⁶⁸². До средине 1990. године термин трансвестит је за многе постао термин крос-дресер, који се сматрао за немедицински и мање стигматизујући термин⁶⁸³. Термин транссексуалност није нашао ширу примену у медицинској науци све до раних 50-их година, када се транссексуалност као медицински синдром клинички разликовао од трансвеститизма⁶⁸⁴. *Cauldwell* у свом чланку „Психопатија трансексуалности” (*„Psychopathia Transsexualis”*) дефинише трансексуалност као патолошки поремећај који је узроковао менталну болест

⁶⁷⁶ Симић, Ј, 2012, Медицинскоправни аспекти трансексуалности – У сусрет признавању правних последица промене пола у Србији, *Правни записи*, 2, стр. 305.

⁶⁷⁷ <http://www.cks.org.rs/2011/12/kratka-istorija-transrodnosti/>, 18.06.2014.

⁶⁷⁸ *Glossary of Gender and Transgender Terms*, January 2010, Fenway Health, pp. 16. Овај речник родних и трансродних појмова доступан је на http://www.fenwayhealth.org/site/DocServer/Handout_7-C_Glossary_of_Gender_and_Transgender_Terms__fi.pdf.

⁶⁷⁹ *Glossary of Gender and Transgender Terms*, January 2010, pp. 5, 6.

⁶⁸⁰ *Glossary of Gender and Transgender Terms*, January 2010.

⁶⁸¹ Ekins, R, King, D, 2006, *The Transgender Phenomenon*, Sage Publications, pp. 18.

⁶⁸² Ekins, R, King, D, 2006, pp. 30.

⁶⁸³ Ekins, R, King, D, 2006.

⁶⁸⁴ Hausman, B, 1995, pp. 119.

услед које особа жели да живи као припадник супротног пола⁶⁸⁵. Он у уводу антологије „Трансвеститизам... Мушкарац у женској хаљини” из 1956. године наводи следеће: „Сви транссексуалци, односно сви они који желе да промене свој пол, су заправо увек и трансвестити. Када не би било тако, они не би желели да се трансформишу у припаднике пола којем не припадају. С тим у вези, није прикладно тврдити да промена пола није могућа”⁶⁸⁶. Неки доктори тврде да је за транссексуалне особе најбољи третман психотерапија, јер не приватају транссексуалност као право стање сматрајући те особе за граничне личности које пате од озбиљне заблуде, док су други схватања да је психотерапија у потпуности бескорисна и да је једини одговарајући третман операција промене пола⁶⁸⁷. Заговорници психотерапије или приступање операцији промене пола тек након што се све остале опције покажу неуспешнима, дакле операција као крајњи метод лечења, износе став да је операција неповратна и да би услед евентуалне погрешне процене и одлуке изазвала велику психолошку штету, док на пример холандски психијатар Ван Емде Боас сматра да би транссексуалне особе требале пре приступања оперативном захвату да живе у жељеном полу око две године као нека врста теста реалног живота⁶⁸⁸.

Сматра се да појава транссексуалности средином двадесетог века зависи од развоја и достигнућа у ендокринологији и пластичној хирургији као технолошкој и дискурзивној пракси, док професорица *Hausman* потврђује ту тезу да је развој и напредак у медицинској технологији и пракси био кључан за установљавање и стварање неопходних услова за појаву потребе за променом пола, која се схватала као најважнији показатељ транссексуалне субјективности⁶⁸⁹. Она такође наводи да традиционално, и културни критичари и клинички лекари, умањују утицај медицинске технологије на транссексуалну субјективност и потребу за променом пола. Сложила бих се са њеном тезом да једноставно нису постојали захтеви транссексуалних особа за променом пола све док то медицински није било могуће извршити, тако да су напредак и научна и технолошка достигнућа у медицинској

⁶⁸⁵Hausman, B, 1995.

⁶⁸⁶Hausman, B, 1995.

⁶⁸⁷Orobio de Castro, I, 1993, pp. 9.

⁶⁸⁸Orobio de Castro, I, 1993.

⁶⁸⁹Hausman, B, 1995, pp. 2.

науци и пракси били заиста једни од најглавнијих фактора за то. *Hausman*, тврдећи да је транссексуалност феномен 20. века који треба да се посматра кроз призму специфичних техничких достигнућа у медицини, такође заступа став да је транссексуалност, као и хомосексуалност, једна врста доживљаја идентитета који је резултат одређених друштвених и културних услова. Према њеним речима, транссексуалност није аналогна хомосексуалности као сексуалност која се схвата као предмет истраживања или као доживљај да се буде сексуална мањина, а оно што разликује транссексуалност од хомосексуалности јесте његов специфичан концептуални и суштински однос са медицинском доктрином и праксом. Транссексуалне особе сматрају себе посебном популацијом у оквиру медицине разликујући себе од хомосексуалних особа и трансвестита, наглашавајући да њихов проблем није сексуална девијантност него да је то стање које је отклоњиво доступном медицинском технологијом ⁶⁹⁰. Захтевајући промену пола, транссексуалне особе разликују и раздвајају себе од хомосексуалних особа и трансвестита. Транссексуалне особе описују као особе које су заробљене у погрешном телу, као жене заробљене у телу мушкарца и обрнуто, а ту идеју је први употребио немачки писац и теоретичар 20. века који је био хомосексуално оријентисан Карл Хајнрих Улрихс како би описао хомосексуалност⁶⁹¹, што се данас заправо употребљава и користи када причамо о транссексуалцима.

У хрватској традиционалној култури познате су жене под називом вирцине односно жене које су одгајане у родној улози мушкарца, док су своја полна обележја жене скривале, обављале су традиционално мушке послове и припадале искључиво мушком друштву које их је прихватало као мушкарце⁶⁹². Вирцине су такође познате и у Црној гори, као и Албанији, где се још називају и бурнеша.

Транссексуалне особе се суочавају са бројним проблемима у свакодневном животу, почев од предрасуда којима су изложени, стигматизације, па чак и насиља које трпе на основу свог тренутног или претпостављеног родног идентитета, затим дискриминације приликом остваривања медицинске помоћи и здравствене заштите или неке друге врсте услуга, емоционално и психичко насиље код куће, бруталност

⁶⁹⁰Hausman, B, 1995, pp. 4.

⁶⁹¹Hausman, B, 1995, pp. 116.

⁶⁹²Борић, Р. (ур.), 2007, стр. 78.

полицејских служби и органа, као и насиље и малтертирање на улицама⁶⁹³. Према истраживањима у пројекту *Transgender Europe's Transrespect versus Transphobia Worldwide*, убијено је преко 750 транс особа у 51 држави у периоду између 2008. и 2011. године⁶⁹⁴. Ово је заиста узнемирујућ податак, имајући у виду да им је на тај начин због њиховог родног идентитета ускраћено најосновније људско право, а то је право на живот. Ни Србија није земља у којој се овакви случајеви не дешавају⁶⁹⁵.

4.6. Фактори који утичу на појаву дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета

Ауторка *Malik* истиче да се либералне демократије боре да помире три важна циља која уживају посебан уставноправни статус, а то су слобода вероисповести, слобода говора и једнакост, а појава једнакости и забране дискриминације као важних уставних вредности, као и проширење заштићених антидискриминативних основа и на сексуалну оријентацију, указује на могућност конфликта или у најмању руку тензије између ових циљева⁶⁹⁶. Она такође истиче да постоји широко распрострањено запажање јавности да повећање заштите једнакости кроз људска права и антидискриминативне законе води до повећања „конфликата” међу различитим друштвеним групама. Иако нови Закон УК о једнакости од 2010. године третира све антидискриминативне основе, расу, пол, религију и уверење, сексуалну оријентацију, инвалидност и старост, на исти начин, али, према *Malik*, и даље није јасно да сви они уживају исти степен легитимитета у ширем друштву⁶⁹⁷. Она сматра да установљене норме о једнакости, као нпр. расној или полној једнакости, могу уживати виши степен друштвеног консензуса у поређењу са друштвеним нормама о једнакости на основу сексуалне оријентације и

⁶⁹³*Transforming Health International Rights-Based Advocacy for Trans Health*, Open society foundations, pp. 11, (<http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/transforming-health-20130213.pdf>, 20.06.2014.).

⁶⁹⁴*Transforming Health International Rights-Based Advocacy for Trans Health*.

⁶⁹⁵ Случај Мерлинка, убиство Вјерана Миладиновића званог Мерлинка, познатог београдског трансвестита, (<http://www.gayecho.com/Trans.aspx?id=3576> и <http://www.gayecho.com/Trans.aspx?id=3577>).

⁶⁹⁶ Malik, M. 2011, Religious Freedom, Free Speech and Equality: Conflict or Cohesion?, *Res Publica*, 17 (1), pp. 22.

⁶⁹⁷ Malik, M. 2011, pp. 25.

иако је правна норма којом дискриминација на основу сексуалне оријентације треба да буде забрањена добро установљена, и даље постоји висок степен различитости схватања на ову тему. *Malik* је става да расправа око тога како разрешити ове конфликте, као и резултирајући преговори између група треба да се воде у оквиру кључних политичких и правних институција, док су цивилно друштво и медији такође важни актери у оквиру овог процеса⁶⁹⁸. Она такође сматра да морамо препознати разлике у оквиру група, као и да будемо у предострожности око ризика штете према угроженим појединцима од угњетавања у оквиру група.

Аутор *Clucas* сматра да питање садржине права на слободу вероисповести постаје неупитно: све што је битно јесте да довољан број људи енергично тврди да запошљавање или унапређење сексуално активне или претходно сексуално активне геј особе или геј особе која је у цивилном партнерству представља кршење њиховог права на слободу вероисповести⁶⁹⁹.

Према најновијем званичном извештају Агенције ЕУ за фундаментална права (*European Union Agency for Fundamental Rights - FRA*) из 2016. године, јавни функционери у Аустрији, Хрватској, Мађарској и Словачкој су тврдили да предрасуде засноване на религијским веровањима могу да буду главна баријера за промоцију једнакости ЛГБТ особа, а поготово због тога што црква и религијске организације имају значајан политички утицај⁷⁰⁰. Испитаници у другим земљама укључујући Ирску, Малту и Пољску су рекли да католичка црква чини напоре да промовише боље разумевање ЛГБТ питања. Поједини званичници у Француској и Холандији су такође навели да тумачења и интерпретације ислама могу да имају негативан утицај на права ЛГБТ особа.

Малта је иначе, према годишњем извештају *ILGA- Europe*⁷⁰¹ из 2016. године, као и према мапи која осликава правну ситуацију и политику у области људских

⁶⁹⁸ Malik, M. 2011, pp. 40.

⁶⁹⁹ Clucas, R, 2012, Religion, Sexual Orientation and the Equality Act 2010: Gay Bishops in the Church of England Negotiating Rights Against Discrimination, *Sociology*, 46 (5), pp. 946.

⁷⁰⁰ *Professionally speaking: challenges to achieving equality for LGBT people*, 2016, European Union Agency for Fundamental Rights, Luxembourg, pp. 30.

⁷⁰¹ The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association.

права на националном нивоу када се ради о ЛГБТИ особама у Европи⁷⁰², означена као држава која је највише напора учинила на овом пољу (88%), чак предњачи и у односу на Белгију (82) и УК (81%)⁷⁰³. Тиме је Малта званично постала земља у којој је најбоље бити ЛГБТ особа у Европској Унији, иако је познато да спада у оне државе у којима је католичка црква веома јака и са високим процентом верника, док је као најгора означена Литванија, а када се ради о читавој Европи онда најгоре место заузима Азербејџан. Према мапи *ILGA- Europe*, Србија је означена као држава која је учинила одређене напоре (32%), иако су знатно више учиниле Хрватска (67%) и Црна Гора (45%). Улога коју религијске институције имају у вези са једнакошћу ЛГБТ особа зависи од специфичне историје укључивања цркве у друштвена и политичка питања у свакој земљи⁷⁰⁴. Нпр, у Румунији, јавни функционери и стручњаци у образовању су истакли да се православна црква опире променама за постизање равноправности ЛГБТ особа. У неким земљама, као нпр. Бугарска, Грчка и Словачка, јавни званичници су тврдили да поједини политичари нису ради да подрже политику равноправности ЛГБТ особа, страхујући да би то могло да утиче на њихов положај и репутацију у политици и да би отворена подршка равноправности ЛГБТ особа од стране јавних функционера и политичара захтевала много храбрости.

Према извештају Комитета за хомосексуалне прекршаје и проституцију у Великој Британији (*Committee on Homosexual Offences and Prostitution* познатији као *Wolfenden Report* према Џону Волфендену који је председавао Комитетом) из 1957. године⁷⁰⁵, у 1953. години је не мање од 2.267 мушкараца кривично гоњено за кажњиве хомосексуалне прекршаје⁷⁰⁶. У извештају је наведено и да су оптужени осуђени на казну затвора у чак половини ових случајева у којима је дело било извршено у приватности са одраслом особом која је дала свој пристанак.

⁷⁰² ILGA-Europe Rainbow Map, May 2016, http://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/side_a_rainbow_europe_map_2016_a3_small.pdf.

⁷⁰³ *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe*, 2016, ILGA- Europe, Brussels, pp. 115.

⁷⁰⁴ *Professionally speaking: challenges to achieving equality for LGBT people*, 2016, pp. 31.

⁷⁰⁵ *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, 1957, Cmnd. 247, Appendix I, Table II.

⁷⁰⁶ Cretney, S, 2006, *Same Sex Relationships: From 'Odious Crime' to 'Gay Marriage'*, Oxford, Oxford University Press, pp. 1.

Парламент Уједињеног Краљевства је већ 2004. године у име једнакости и социјалне правде усвојио Закон о цивилном партнерству (*Civil Partnership Act*)⁷⁰⁷, који је ступио на сагу 5. децембра 2005. године, а којим су признате истополне везе аналогне хетеросексуалним везама. У време када су хомосексуални односи представљали кривично дело, истиче *Cretney*, нико није могао ни да замисли да ће кроз 50-ак година један овакав закон бити усвојен, али је било евидентно да ни закон који овакве односе кажњава затвором и са оволиким бројем осуђених лица неће моћи вечно да опстане⁷⁰⁸. Интересантно је како се ситуација у друштвеним схватањима и односима у УК променила, док у неким државама чланицама ЕУ и државама централне и источне Европе, укључујући и Србију, и дан данас влада негативан став према хомосексуалним заједницама и висок степен хомофобије. Друштвена и политичка клима у појединим државама чланицама ЕУ, попут Мађарске, иако су признале и озакониле истополна цивилна партнерства и даље је пуна предрасуда и хомофобије, док поједине државе попут Пољске уопште нису усвојиле ниједан закон који би се тицао права ЛГБТ особа и истополних партнерстава⁷⁰⁹. У даљем тексту ћу се осврнути на факторе који су довели до оваквог обрта ситуације у УК и промене ставова у ширем друштвеном контексту у овој земљи, а који ће се испоставити да нису искључиво правне природе. Иако је неспорно да је судска пракса Европског суда за људска права имала велики значај и извршила утицај на промену националних законодавстава, а поготово у УК⁷¹⁰, поједини фактори који су довели до драстичних промена у друштвеном и политичком схватању хомосексуалности су били део здравствене политике која се тицала заштите јавног здравља.

Наиме, Волфенденев Комитет је изражавао забринутост не само у вези са хомосексуалношћу, него такође и у вези са проституцијом и другим „уличним прекршајима” и стога може бити да најмоћнији фактор који је утицао на одлуку владе да покрене испитивање није закон који се односи на хомосексуалност него

⁷⁰⁷ Civil Partnership Act (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/contents>, 15.03.2016).

⁷⁰⁸ Cretney, S, 2006, pp. 2.

⁷⁰⁹ Више о томе видети: Uitz, R, 2012, Lessons from Sexual Orientation Discrimination in Central Europe, *The American Journal of Comparative Law*, 60, pp. 235-264.

⁷¹⁰ Више о томе видети: Clucas, R, 2012, Religion, Sexual Orientation and the Equality Act 2010: Gay Bishops in the Church of England Negotiating Rights Against Discrimination, *Sociology*, 46 (5), Sage Publication, pp. 939.

јавна забринутост око онога што је у Волфенденовом извештају описано као „видљиво и очигледно присуство” великог броја проститутки на улицама у деловима Лондона и у неколико провинцијских градова (параграф 229. извештаја), а што је такође лоше утицало и на туристички промет⁷¹¹. У извештају се такође наводи да хомосексуалност није, упркос широко распрострањеном уверењу, својствена само појединим професијама или друштвеним класама, нити је као што се понекад претпоставља, својствена интелектуалцима, већ докази показују да она постоји међу свим позивима и свим нивоима друштва (параграф 36)⁷¹². Комитет је дао препоруку да хомосексуалне радње учињене у приватности између сагласних одраслих мушкараца треба да престане да буде кривично дело и прошло је десет година од како препорука Комитета имала ефекта кроз Закон о сексуалним преступима (*Sexual Offences Act*) од 1967. године, као и изразио веровање да да би наглашавање личне и приватне природе моралног и неморалног односа нагласило личну и приватну одговорност појединца за своја сопствена дела: а то је „одговорност која се по правилу може очекивати да зрео починилац има без претње законском казном”⁷¹³. Постоје, наиме, два фактора истиче *Cretney*, која нису директно повезана са правом, а која могу да допринесу обајшњењу због чега је парламент био убеђен да усвоји законодавство које дозвољава истополним кохабитантима да буду у истој правној позицији као венчани парови⁷¹⁴. Први фактор јесте идентификовање ХИВ вируса 1981. године, а који узрокује АИДС, а статистике показују да су у Европи и Северној Америци у то време велика већина оболелих од АИДС-а били хомосексуални или бесексуални мушкарци и постојала је јака потврда корелација између инфекције АИДС-ом и промискуитета који је у то време био повезан са стереотипом хомосексуалца који тражи партнера за секс на јавним местима.

Овога пута, право би могло да обезбеди институцију која би, као брак, међу четири или пет посто човечанства које је искључиво хомосексуалне оријентације охрабрила стабилност и верност у дуготрајном љубавном партнерству са једном

⁷¹¹ Cretney, S, 2006, pp. 5.

⁷¹² Cretney, S, 2006, pp. 6.

⁷¹³ Cretney, S, 2006, pp. 7, 9.

⁷¹⁴ Cretney, S, 2006, pp. 13.

особом⁷¹⁵. Постоји још једна чињеница која може бити релевантна, а то је да се чини да Волфенден није имао никакве сумње у то да је сексуална активност између одраслих мушкараца била неморална, а оваква схватања су заправо имала своје корене у традицији која је оснажена и обојена религијским схватањима да треба да постоји обавезна веза између сексуалне активности и прокреације⁷¹⁶. Оваква веза, морам да нагласим, и даље је веома присутна у друштвеним и политичким схватањима у великом броју земаља. Међутим, *Cretney* наводи да развој контрацептивних средстава и пилула, као и метода асистираних репродукције прекида сваку везу између прокреације и сексуалне активности, јер ако се хетеросексуалним паровима не може забранити брак само зато што немају намеру и не могу да имају деце онда је тешко тврдити да је неспособност истополних парова да имају децу а да су оба партнера биолошки родитељи довољно оправдање да се њихова веза правно призна.

Чини се, како наводи *Eekelaar*, да је криминализација хомосексуалних радњи скоро у потпуности подржавана друштвеним оправдањима⁷¹⁷. Аутор даље објашњава да када се повело питање о увођењу истополних бракова у Енглеској и Велсу, влада је једноставно рекла да је током консултација у вези са давањем дозволе да се цивилна партнерства одигравају у верским објектима, идентификовала жељу да се изједначи приступ истополним паровима грађанском браку⁷¹⁸, док је Црква Енглеске остала при томе да је отпор оваквом предлогу заснован на „убеђењу да последице такве промене не би биле корисне за друштво у целини”⁷¹⁹. Са друге стране, Краљевски колеџ психијатара је подржао предлог, а подршка је заснована на многим истраживањима која су показала да припадници ЛГБ заједнице значајно више пате од менталних болести него остатак заједнице и да такав неједнак третман доприноси томе⁷²⁰.

⁷¹⁵ Cretney, S, 2006, pp. 14.

⁷¹⁶ Cretney, S, 2006.

⁷¹⁷ Eekelaar, J, 2014, Perceptions of Equality: The Road to Same-Sex Marriage in England and Wales, *International Journal of Law, Policy and The Family*, 28, pp. 5.

⁷¹⁸ Equal civil marriage: A Consultation, Government Equalities Office, March 2012, para. 1.4 and Ministerial Foreward према Eekelaar, J, 2014, pp. 10.

⁷¹⁹ A Response to the Government Equalities Office Consultation ‘Equal Civil Marriage’ from the Church of England, para. 8 према Eekelaar, J, 2014.

⁷²⁰ Eekelaar, J, 2014. Комплетан текст Royal College of Psychiatrists, Consultation Response, June 2012
видети на

Због тога што је склоност ка истом полу и даље стигматизована у Америци, веровање да је сексуална оријентација избор начина живота (узрок који се може контролисати), према ауторима *Reyna, Wetherell, Yantis* и *Brandt*, указује на то да су гејеви и лезбејке одговорни за оно што многи виде као девијантно понашање и стога би требало да им се ускрате подршка и социјална давања⁷²¹. Они сматрају да су приписивања сексуалне оријентације изрази постојећих предрасуда о моралном карактеру гејева и лезбејки и њихове способности или спремности да подрже важне друштвене вредности, а што ће се испољити у предвиђању противљења политикама које намеравају да створе праведније околности за гејеве и лезбејке, као и да ће се веровање да гејеви и лезбејке крше одређене вредности испољити у виду одбијања права и привилегија које одражавају те вредности, па тако нпр. особа која верује да гејеви и лезбејке подривају традиционалну породицу је нарочито склона да се противи праву гејева и лезбејки на брак и усвајање у поређењу са другим правима⁷²². Тако на пример, особа која верује да сексуална оријентација није ствар избора (да се не може контролисати), али верује да она резултира понашањем које подрива важне друштвене норме, може и даље да буде против права гејева, док обрнуто, особа која верује да је сексуална оријентација ствар избора, али да гејеви и лезбејке подржавају важне вредности би могла да подржава права гејева⁷²³.

Теорија атрибуције односно приписивања, према *Lewis*, сугерише да су људи спремнији да подрже права ЛГБ особа ако их не сматрају одговорним за своју сексуалну оријентацију, а морална осуда хомосексуалности може да доведе до веровања да је хомосексуалност ствар избора и противљења ЛГБ правима, док прихватање ЛГБ права може водити веровању о биолошкој основи хомосексуалности односно његовој урођености⁷²⁴. Према његовом схватању, Американци који верују да су хомосексуалци рођени такви ће пре подржати

<http://www.rcpsych.ac.uk/pdf/RCPSYCH%20submission%20to%20Equal%20Civil%20Marriage-a%20consultation.pdf>

⁷²¹ Reyna, C; Wetherell, G; Yantis, C; Brandt, M, 2014, Attributions for sexual orientation vs. stereotypes: how beliefs about value violations account for attribution effects on anti-gay discrimination, *Journal of Applied Social Psychology*, 44, pp. 289.

⁷²² Reyna, C; Wetherell, G; Yantis, C; Brandt, M, 2014, pp. 290.

⁷²³ Reyna, C; Wetherell, G; Yantis, C; Brandt, M, 2014, pp. 291.

⁷²⁴ Lewis, G, 2009, Does Believing Homosexuality Is Innate Increase Support for Gay Rights, *The Policy Studies Journal*, 37 (4), pp. 669.

права ЛГБ особа него они који верују да је хомосексуалност избор или резултат нечијег одрастања. Већина истраживања о вези између ова два веровања сугерише да приписивање хомосексуалности биолошким узроцима води саосећајнијој перцепцији ЛГБ особа⁷²⁵, јер људи се углавном противе кажњавању других због разлога који је ван њихове контроле, док они који верују да је хомосексуализам избор обично осуђују такав избор као неморалан⁷²⁶. Међутим, и религија утиче на схватање појединца о хомосексуалности тако што повећава шансе да појединац схвата хомосексуалне односе као грех или као злочин против природе, што доводи до закључка да су грешни акти појединца ствар његовог избора и стога као грех, тешко да хомосексуалност може да се схвата као нешто што је засновано на генетици или је детерминистички, тако да се посматрајући хомосексуалност као грех претпоставља да је оно заправо избор који може да се контролише⁷²⁷. Религијски и политички конзерватизам повећава могућност моралне осуде хомосексуализма, а што повећава шансе за веровање да је то ствар избора⁷²⁸. Хетеросексуалне особе са позитивнијим ставовима према лезбејкама и геј мушкарцима, наводе *Hubbard* и *Hegarty*, верују да је хомосексуалност непроменљива, да нису дискретна социјална категорија и да хомосексуалност постоји у свим културама и свим временским периодима⁷²⁹.

Endsjø истиче да, иако већина религија има проблема да ускладе и помире њихова сопствена веровања са основним принципима људских права, неколицина хришћанских цркава су истакнуте у ономе што они тврде да је одлучна подршка људским правима, док истовремено раде против њих⁷³⁰. Он сматра да проблем не представља искључиво заразна мржња појединих цркава према ЛГБТ особама, јер право на слободу вероисповести оставља слободу било којој верској заједници да пренесе било какву поруку пуну мржње докле год је она заснована на теологији,

⁷²⁵ Такође видети и: Herman, D, 1997, *The Anti-gay Agenda: Orthodox Vision and the Christian Right*, The University of Chicago Press, Chicago, pp. 5.

⁷²⁶ Lewis, G, 2009.

⁷²⁷ Haider-Markel, D; Joslyn, M, Summer 2008, Beliefs About the Origins of Homosexuality and Support for Gay Rights: An Empirical Test of Attribution Theory, *Public Opinion Quarterly*, 72 (2), pp. 295.

⁷²⁸ Lewis, G, 2009, pp. 673.

⁷²⁹ Hubbard, K, Hegarty, P, 2014, Why is the History of Heterosexuality Essential? Beliefs About the History of Sexuality and Their Relationship to Sexual Prejudice, *Journal of Homosexuality*, 61, pp. 471.

⁷³⁰ Endsjø, D. Ø., June 2005, Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Rights and the Religious Relativism of Human Rights, *Human Rights Review*, 6 (2), pp. 106.

док такве цркве користе своје теолошке ставове како би рedefeинисали правни појам који изворно нема никакве везе са било каквом религијском традицијом. *Endsjø* указује на то да проблем представља то што прихватају људска права, док истовремено нападају основна људска права ЛГБТ особа у покушају да утичу на друштво у целини, а тај покушај да се спроведу нечија веровања кроз средства грађанског права, чак и на људе изван икакве верске заједнице, превазилази свако право на верску слободу, а поред тога према члану 18. ставу 2. Међународног пакта о грађанским и политичким правима представља и кршење слободе поштовања и праксе, а стога и слободе савести оних који нису верници. Иако, како наводи овај аутор, многе цркве ипак тврде да је појединац створен као ЛГБТ особа, оне и даље инсистирају да се полна и сексуална ограничења дефинисана кроз хетеросексуални брак и даље примењују.

Католичка црква као верска заједница има право да хомосексуалност дефинише као „зло”, што је и урадила у званичном документу Конгрегације за доктрину вере од 3. јуна 2003. године под називом Разматрања у вези са предлозима за правно признавање заједница хомосексуалних особа, истичући „да је одобрење или легализација зла нешто далеко другачије од толерисања зла”⁷³¹. Црква је у истом овом документу разјаснила „да су сексуални односи људски када и уколико изражавају и промовишу узајамну помоћ полова у браку и када су отворени за пренос новог живота”. Проблем се јавља, како је то уочио *Endsjø*, када црква чини да ово буде основа за поучавање политичара католика да се, на пример, противе било каквом правном признавању истополних парова, без обзира на то да ли су ови парови католици или не. То, према мом мишљењу, значи да за цркву нису сви људи једнаки, да нису сви верници исти, да се човек не поштује самим тим што је људско биће, већ у складу са његовим карактеристикама и личним особинама, а што представља лицемерје, јер би црква кроз религију требала да пропагира једнакост и толеранцију међу људима, а не да продубљује разлике, а поготово не да директно или индиректно врши утицај на политику и да своје ставове намеће свима кроз законе који се доносе. Посматрајући из перспективе људских права, најозбиљнија последица, према *Endsjø*, није начин на који многе цркве подржавају

⁷³¹ *Endsjø*, D. Ø., June 2005, pp. 107, 108.

раширену дискриминацију и нападе на ЛГБТ особе⁷³². Он објашњава да изузимање ЛГБТ права из ширег контекста људских права, где с правом и припадају, значи релативизам самог концепта људских права, јер када једном постане прихваћено да постоје одређене групе које услед одређених религијских или културних предрасуда не испуњавају услове да буду заштићене под велом људских права, нико не може да спречи друге од изузимања права других група због предрасуда које постоје у другим религијама и културама. Предрасуде су укоренење толико дубоко да сама идеја да су ЛГБТ права заиста повезана са људским правима још увек није чак ни замислива за већину у већини западних земаља, укључујући већину политичара, а што у великој мери представља и питање незнања⁷³³. Ако се људска права схватају на начин да је могуће изузети основна права одређеним групама само због културних и религијских предрасуда традиционално утемељених у хришћанском Западу, онда то, запажа *Endsjø*, значи да је принцип универзалности уклоњен из људских права и да су људска права преображена у сет правила која једино рефлектују историјски западњачке вредности⁷³⁴.

Католичка црква се жестоко противи признавању других сексуалних оријентација, осим хетеросексуалне, описивајући хомосексуалност као грех, а то се, како истичу *Knill, Preidel* и *Nebel*, односи на пружање могућности од стране државе да истополни парови региструју своје заједнице и склопе грађански брак а што представља кршење природног права и традиционалних хришћанских породичних вредности⁷³⁵. У католичкој вери, света веза брака између мушкарца и жене представља сакрамент и основу за породице и друштво, а њена функција и циљ јесу да се осигура опстанак човечанства⁷³⁶. Међутим, за протестантске хришћане, став цркве по овом питању је мање јасно, с обзиром на то да разне протестантске конфесије нужно не категоризују институцију брака као верски сакрамент или хомосексуализам као грех⁷³⁷. Аутори *Turner* и *Stayton* истичу да су

⁷³² *Endsjø, D. Ø.*, June 2005, pp. 108.

⁷³³ *Endsjø, D. Ø.*, June 2005, pp. 109.

⁷³⁴ *Endsjø, D. Ø.*, June 2005, pp. 109, 110.

⁷³⁵ *Knill, C; Preidel, C. and Nebel, K.*, 2014, Brake rather than Barrier: The Impact of the Catholic Church on Morality Policies in Western Europe, *West European Politics*, 37 (5), pp. 849.

⁷³⁶ *Knill, C; Preidel, C. and Nebel, K.*, 2014, pp. 850.

⁷³⁷ *Graf, F. W.*, 2010, *Der Protestantismus. Geschichte und Gegenwart*, C.H. Beck, Munich према *Knill, C; Preidel, C. and Nebel, K.*, 2014, pp. 850.

верске вође у јединственој позицији да трансформишу, информишу и утичу на друштвено схватање и разумевање сексуалности и религије – кроз проповедања, свештеничку бригу о појединцима и породицама и кроз учешће у локалним заједницама, медије и политику⁷³⁸.

Када се ради о трансродним особама, у исламу, на пример, највиша вредност је да муслимани морају да буду задовољни оним што је бог створио у њима и да не треба да покваре своје првобитне природно створене карактеристике, што је и описано у Курану, као и то да се промене нечије природе које човек направи описују као план сатане⁷³⁹. Међутим, и Куран признаје постојање транссексуалаца, па тако описујући етички код жена у вези са друштвеним сусретима са особама супротног пола, Куран им налаже да чувају своју невиност од свих мушкараца, осим оних у оквиру законитог породичног круга и мушких слуга без сексуалних жеља и страсти, а који су некада заправо представљали харемске евнухе (кастриране мушкарце)⁷⁴⁰. *Ishak* и *Haneef* наводе да према појединим ученим теолошким тумачима овакве мушке слуге су се сматрале женственим мушкарцима који нису имали осећања ни страсти према женама, а они су заправо сматрани транссексуалцима, а који су носили назив *mukhannath*⁷⁴¹. Међутим, за разлику од веровања, ови аутори истичу да исламска традиција не осуђује све *mukhannath*, јер је флексибилна по питању транссексуалаца биолошке врсте, у смислу гласа и телесних карактеристика. Наглашавајући ово, аутор *Ibn Hajar* сматра да се пророчка осуда ограничава на оне који намерно одступају од свог пола који им је одређен рођењем и не проширује се на оне који урођено пате од неке врсте абнормалности које се односе на понашање⁷⁴². Уместо тога, он истиче да се њима мора пружити подршка да се поново прилагоде својим додељеним родним улогама.

⁷³⁸ Turner, Y, Stayton, W, April 2014, The Twenty-First Century Challenges To Sexuality and Religion, *Journal of Religion and Health*, 53 (2), pp. 485.

⁷³⁹ Ishak, M. S. B. H; Sikandar, S, Haneef, S, April 2014, Sex Reassignment Technology: The Dilemma of Transsexuals in Islam and Christianity, *Journal of Religion and Health*, 53 (2), pp. 523, 524.

⁷⁴⁰ Ishak, M. S. B. H; Sikandar, S, Haneef, S, April 2014, pp. 521.

⁷⁴¹ Ishak, M. S. B. H; Haneef, S. S. S, April 2014, pp. 524.

⁷⁴² Ibn Hajar; Ibn Ali, A, 1985, Fath al-Bari. Beirut: Ihya al-Turath al-Arabi in Ishak, M. S. B. H; Haneef, S. S. S, April 2014, pp. 524.

Поставља се питање какав је став ислама о медицинској интервенцији у сврху исправљања сексуалне абнормалности⁷⁴³.

И док модерни правници, како износе *Ishak* и *Haneef*, оправдавају овакву врсту медицинске интервенције када се ради о интерсексуалцима односно хермафродитима, они оспоравају њен легитимитет у случају феминизираних појединаца, углавном због тога што се у првом случају она сматра као легитиман медицински разлог, док се у последњем случају она сматра као козметичка примораност са злом намером да се пркоси божијим етичко-правним императивима. Према овим ауторима, расправа се одвија око оправданости медицинског третмана транссексуалаца. Са једне стране, противници, који представљају већину, заступани од стране сунитских правника истичу неколико разлога за противљење на основу тога а) што би то представљало уплитање у нечију природу коју је бог створио⁷⁴⁴ заједно са искомским злим делом сатане, б) што је крајњи циљ да се промени друштвена сексуална улога у односу на ону која је створена од бога, в) што се углавном врши са намером да се сакрије нечији прави идентитет и стога представља врсту преваре а што је забрањено исламским правом (Пророкова изрека је да свако ко обмањује не припада њиховој заједници), г) с обзиром да операција подразумева онемогућавање једног органа са намером да се он замени са козметичким, оно је сродно кастрацији која је забрањена и д) не само да није неопходно са медицинске тачке гледишта, с обзиром да се не прибегава медицинским односно правним разлозима већ козметичким, него такође постоје и компликације постоперативне или хормоналне терапије и стога је забрањена у исламу на основу пророчког едикта о незаконитости самоповређивања нечије неприкосновене личности⁷⁴⁵.

Са друге стране, *Ishak* и *Haneef* наводе да су заговорници става да регулисано спровођење медицинске интервенције промене пола може бити толерисано из неколико разлога: а) иако је незаконита, постаће допуштена због

⁷⁴³ Ishak, M. S. B. H; Haneef, S. S. S, April 2014, pp. 525.

⁷⁴⁴ И поједини хришћански противници операције промене пола код трансродних особа истичу да верују да је лоше за људе да на овакав начин мењају своје тело, јер су тела дата од Бога таква каква јесу. Видети: Cornwall, S, Intersex and Transgender People, in Thatcher, A. (ed.), 2014, *The Oxford Handbook of Theology, Sexuality and Gender*, Oxford, Oxford University Press, pp. 667.

⁷⁴⁵ Ishak, M. S. B. H; Haneef, S. S. S, April 2014, pp. 526.

страховите потребе транссексуалаца а на основу добро познате правне максиме „потреба поништава забрану”⁷⁴⁶, б) оно не представља уплитање у нечију урођену природу коју је бог створио, него лек односно третман за психо-патолошко стање транссексуалне особе⁷⁴⁷. Неоспорно је да ће постојати тензије између људског права на избор рода и етичко-правног аспекта, па тако из перспективе људских права, оно представља дилему с обзиром да се односи на право особе да изабере род и захтева се поштовање избора аутономије, док са становишта религијско-етичких вредности, светост човековог живота, са аспекта тела и душе, представља важан идеал у области морала и етике и с обзиром на то да живот дар од бога, он се мора одржати у мери која је разумно могућа и све мере се морају предузети како би се он сачувао⁷⁴⁸.

У Сједињеним Америчким Државама, верска припадност има посебно јак утицај: јевреји, либерални протестанти и људи који нису религиозно привржени имају најлибералније ставове, делимично због тога што многе њихове верске традиције нису систематски осуђивале хомосексуално понашање последњих година, док католици и умерени протестанти нагињу ка томе да имају умерени али генерално толерантне ставове, за разлику од евангелистичких протестаната који имају најконзервативније ставове, који одражавају њихова теолошка веровања и званичне ставове верских деноминација и конгрегација о хомосексуалности⁷⁴⁹. Студија која је обухватила податке из скандинавских земаља, тачније Норвешке и Шведске, показала је да су пол, редовно учешће у верским активностима, политичка идеологија, образовање, затим да ли је испитаник живео у главном граду и ставови према родној једнакости били од важности за креирање ставова према истополним браковима, док старост и примања нису били значајни показатељи⁷⁵⁰.

⁷⁴⁶ Mawlawi, F. 2011, www.malawi.net према Ishak, M. S. B. H; Haneef, S. S. S, April 2014, pp. 526.

⁷⁴⁷ Mawlawi, F. 2011.

⁷⁴⁸ Ishak, M. S. B. H; Haneef, S. S. S, April 2014, pp. 531.

⁷⁴⁹ Olson, L. R; Cadge, W; Harrison, J. T, June 2006.

⁷⁵⁰ Jakobsson, N; Kotsadam, A; Jakobsson, S. S, 2013, Attitudes Towards Same-Sex Marriage: The Case of Scandinavia, *Journal of Homosexuality*, 60 (9), pp. 1349. Иако и Норвежани и Швеђани јасно подржавају истополне бракове, Швеђани су знатно позитивнији него Норвежани.

Да религија има моћну улогу у структурирању ставова о истополним заједницама потврђују и аутори *Olson, Cadge* и *Harrison*⁷⁵¹.

С обзиром да већина верских заједница осуђује хомосексуалност, можемо предвидети да би религија могла да има негативан ефекат на физичко и психичко здравље припадника ове мањинске групе⁷⁵². Тако и аутор *Afshar* истиче да је ментално здравље детета које је геј такође у опасности ако га уче да је хомосексуалност грех и да као такав представља опасност и претњу и за децу и здравље и за друштво у целини, међутим хомосексуалност представља и претњу улози религије на живот не само као неморално понашање само по себи, него и као део све веће секуларизације друштва⁷⁵³. Религија и верске заједнице, дакле, страхују и од могуће све веће секуларизације друштва, и то не само у формалном смислу одвајања цркве од државе (што је и остварено у већини држава), него и у фактичком смислу односно да ће се променом става према хомосексуалности у смеру либерализације и њеног ширег прихватања људи све више отуђити од вере и цркве, и то из два разлога. Као прво, „страх” да ће доћи до отуђења се јавља с обзиром на то да млади креирају религијска схватања на основу својих личних искустава и како то аутор *Shipleу* истиче „да је „моја религија,, заправо нијансирана и флуидна, инкорпорирајући друштвене норме и религијска учења као лични израз религиозности”⁷⁵⁴. Као друго, можемо приметити да се ЛГБТ особе као и они који имају висок ниво толеранције према ЛГБТ особама и њиховим правима неће идентификовати као религиозне или барем не претерано наклоњене религији имајући у виду негативан третман припадника сексуалних мањина кроз историју а од стране религиозних људи и верских институција⁷⁵⁵.

⁷⁵¹ Olson, L. R; Cadge, W; Harrison, J. T, June 2006, pp. 340.

⁷⁵² Rosario, M; Yali, A. M; Hunter, J. and Gwadz, M. V, 2006, Religion and Health Among Lesbian, Gay and Bisexual Youths: An Empirical Investigation and Theoretical Explanation in *Sexual orientation and mental health: Examining identity and development in lesbian, gay, and bisexual people*, American Psychological Association, pp. 118.

⁷⁵³ Afshar, A, March 2006, The Anti-gay Rights Movement in the United States: The Framing of Religion, *Essex Human Rights Review*, 3 (1), pp. 65, 66, 68, 78.

⁷⁵⁴ Shipley, H, 2015, Religious Freedom and Sexual Orientation: Equality Jurisprudence and Intersecting Identities, *Canadian Journal of Women and the Law*, 27, pp. 278.

⁷⁵⁵ Више о томе: Rosario, M; Yali, A. M; Hunter, J. and Gwadz, M. V, 2006, pp. 119. Видети и: Whitehead, A. L, June 2013, Religious Organizations and Homosexuality: The Acceptance of Gays and Lesbians in American Congregations, *Review of Religious Research*, 55 (2), pp. 300 (на страни 305 су

Имајући у виду да верске институције поседују одређену дозу страха од веће секуларизације и смањења броја верника, поставља се питање због чега их то онда не наведе да промене или макар неутрализују ставове према хомосексуалности и на тај начин задрже постојећи број верника или пак повећају њихов број. Овај конфликт односно тензије које се константно јављају између религије и схватања хомосексуалности и транссексуалности нису специфичне само за одређено подручје или одређено друштво. Напротив, постоје у свим друштвима, чак и оним која су више либералнијих схватања према овим појавама и чак и у оним земљама у којима су пружене одређене гаранције ЛГБТ правима, само је питање колики утицај има религија на општу, друштвену и законодавну политику у поједином друштву. На пример, хришћанство у Сједињеним Америчким Државама представља веома значајну компоненту у америчкој култури и животу људи⁷⁵⁶. Међутим, иако је веома често да се религија повезује са конзервативним вредностима⁷⁵⁷, ипак поједине верске заједнице, које не спадају у групу фундаменталних верских припадника и противника појединих либералних идеја, почињу да мењају своју политику и да прихватају ову појаву или барем да постају више инклузивно оријентисани према припадницима хомосексуалне заједнице⁷⁵⁸. Поједина недавна истраживања показују да демографски фактори као што су образовање, пол и старост имају значајан утицај на јавно мњење о хомосексуалности, као што утиче и то у којој мери појединци имају личне контакте са гејевима и лезбејкама и ставови према традиционалном моралу, а такође и религија односно верска припадности, понашање и уверења појединаца имају јасан и сталан утицај на њихово мишљење о хомосексуалности⁷⁵⁹.

изложени резултати студије која показује у којој мери су гејеви и лезбејке који су у озбиљним везама прихваћени у верским заједницама у САД).

⁷⁵⁶ Afshar, A, March 2006, pp. 68.

⁷⁵⁷ Shipley, H, 2015, pp. 278.

⁷⁵⁸ Afshar, A, March 2006, pp. 76.

⁷⁵⁹ Olson, L. R; Cadge, W; Harrison, J. T, June 2006, Religion and Public Opinion about Same-Sex Marriage, *Social Science Quarterly*, 87 (2), pp. 342. Видети и: Bramlett, B. H, 2012, The Cross-Pressures of Religion and Contact with Gays and Lesbians, and Their Impact on Same-Sex Marriage Opinion, *Politics and Policy*, 40 (1), pp. 13.

Изгледа да сексуална оријентација лежи дубоко у структури људске личности, на начин који је пресудан за њихову тежњу ка срећи⁷⁶⁰. Исход у случају *Romer*, као и у *Lawrence*, је представљао победу за „политику хуманости”, политику која је заснована на једнаком поштовању и на покушају да се превазиђу стереотипи и да се искрено суочи са стварним животима групе и њених припадника⁷⁶¹. *Nussbaum* је добро истакла да остваривање право на брак људи не морају да доказују и показују да су добри људи, с обзиром на то да осуђеници, разведени родитељи који не плаћају издржавање за дете, људи који су били осуђивани за насиље у породици, наркомани, силоватељи, убице, расисти и други могу и имају основно уставно право да склопе брак све докле год желе да се венчају за особу различитог пола⁷⁶². Она истиче два питања која се морају имати у виду приликом испитивања аргумената против истополних бракова, а прво је да ли сваки аргумент заиста оправдава правно ограничење истополног брака или само ставове појединих људи о моралном и религијском неодобравању, а друго је да ли сваки аргумент оправдава свој закључак или да ли постоји разлог да се аргумент види као рационализација дубљег облика анксиозности и аверзије⁷⁶³. Први и најраспрострањенији приговор истополном браку, према *Nussbaum*, јесте да је он неморалан и неприродан и овакви аргументи се типично настали на секташки и доктринарни начин, који се односи на религиозне текстове, што може да буде добар разлог за припаднике одређених религија да се не упуштају у истополни брак, али је недовољан разлог да буду нелегални у плуралистичком друштву⁷⁶⁴. Други приговор који ова ауторка истиче се базира на томе да је главна сврха брака прокреација и одгајање деце и штитити институцију која служи оу ове сврхе и подржавати потенцијално прокреативне бракове је легитиман јавни интерес, па се поставља питање да ли то значи да постоји и и јавни интерес у ограничавању брака на само оне случајеве када може доћи до прокреације. Она даље закључује да се сви морамо сложити да су прокреација, заштита и сигурно одгајање деце важни јавни интереси и сврха, међутим није јасно да смо икада мислило да ови значајни

⁷⁶⁰ Nussbaum, M. C, 2010, pp. 121.

⁷⁶¹ Nussbaum, M. C, 2010, pp. 123.

⁷⁶² Nussbaum, M. C, 2010, pp. 129.

⁷⁶³ Nussbaum, M. C, 2010, pp. 141.

⁷⁶⁴ Nussbaum, M. C, 2010, pp. 142.

циљеви најбоље остварују ограничавањем брака само на оне који су потенцијално способни за размножавање. Међутим, чак и ако се мислило овако, објашњава *Nussbaum*, није се ништа предузело, па тако брак никада није био ограничен само за оне који су плодни или они који су у оним годинама када могу да буду плодни, тако да је веома тешко објаснити, у смислу интереса државе који се тиче прокреације, зашто брак између две хетеросексуалне особе од 70 година треба да буде дозвољен, а брак између два мушкарца или две жене да буде забрањен – штавише с обзиром на то да много истополних парова имају и подижу децу. Понекад се овај аргумент испољава и на другачији начин а то је да се брак тиче заштите деце, а деца најбоље одрастају у дому са једним татом и једном мамом, тако да је легитиман јавни интерес да се подржи институција која испуњава ову сврху, а то је хетеросексуалан брак, мада остаје нејасно због чега је то разлог да се забрани истополни брак⁷⁶⁵. Психолошке студије су показале да деца најбоље одрастају када имају љубав и подршку и чини се да домаћинства са два родитеља то свакако боље раде него она са једним родитељем, међутим *Nussbaum* наводи да не постоје докази да су хетеросексуални парови бољи у томе од истополних парова. Присутан је широко распрострањен осећај да ови резултати нису исправни, да живот у неморалној атмосфери мора бити лош по дете, али тај осећај се ослања на верске осуде првог аргумента, а када се добробит детета процењује на верско неутралан начин, онда не постоји разлика⁷⁶⁶. Такође, засигурно не постоје докази да би признавање истополног брака смањило број парова који бирају традиционалан брак и који одгајају децу у оквиру такве институције брака⁷⁶⁷. Трећи аргумент је да би државним одобравањем истополног брака, нечега што многи људи верују да је зло, натерало те људе да га одобре, иако то представља кршење њихове савести⁷⁶⁸. Четврти аргумент, позивајући се опет на легитимну јавну сврху, фокусира се на потешкоће са којима се традиционални брак суочава у друштву, а мисли се на повећање стопе развода и доказа да су деца запостављена због недостатка родитељске подршке, тако да говори о потреби да се одбрани традиционални брак

⁷⁶⁵ Nussbaum, M. C, 2010, pp. 143.

⁷⁶⁶ Nussbaum, M. C, 2010.

⁷⁶⁷ Nussbaum, M. C, 2010.

⁷⁶⁸ Nussbaum, M. C, 2010, pp. 144.

а не да се он подрива тако што ће ова институција бити отворена за оне који немају никакву забринутост за традиционалну сврху брака⁷⁶⁹. Међутим, у великом броју случајева, истополни парови имају и одгајају децу, а брак им, као и другим родитељима, омогућава јасан оквир права и обавеза, као и сигурност, легитимитет и друштвени положај за њихову децу и оне државе које су легализовале истополне бракове спадају у оне са најнижом стопом развода⁷⁷⁰.

Истополни парови желе да склопе брак из веома сличних разлога као и хетеросексуални парови: да искажу љубав и приврженост, да добију верско одобрење њихове заједнице, да добију право на одређене повластице и веома често да имају и подижу децу⁷⁷¹.

Приликом законодавне промене у националном контексту морају се узети у обзир друштвене и културне промене које се дешавају, а не да се игноришу, јер правне норме и правни и законодавни систем једне државе одражава стање демократске, цивилизацијске и друштвене свести у једној земљи. Промене се дешавају, често веома брзо, у зависности од друштва и евидентне су у готово сваком друштву, а право мора ићи у корак са тим променама и новим правима која еволуирају услед друштвено-културног напретка које право треба да обликује у правну норму. Дакле, неминовно је да се друштвено-културалне промене одражавају и на промене у праву, као и на промене у тумачењима судова, а што је евидентно из образложења судских одлука. Друштвено-културалне промене се одражавају или су пропраћене и променама у моралним схватањима једног друштва, а с обзиром да се моралне норме веома често провлаче и кроз правне норме, подразумева се да ће такве промене да се одразе и на промене у праву и правним правилима и актима. Тако се и судска пракса Европског суда за људска права, о којој сам говорила у претходном поглављу, мењала у складу са друштвеним променама како у тумачењу тако и у променама које су се догодиле.

⁷⁶⁹ Nussbaum, M. C, 2010, pp. 145.

⁷⁷⁰ Nussbaum, M. C, 2010.

⁷⁷¹ Nussbaum, M. C, 2010, pp. 147.

4.7. Забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета у Републици Србији (са графичким приказом) и упоредном праву

У Републици Србији је свака дискриминација забрањена Уставом, али се сексуална оријентација и родни идентитет изричито не наводе као дискриминациони основ. Према одредбама важећег Устава из 2006. године, сви су једнаки пред Уставом и законом и свако има право на једнаку законску заштиту без дискриминације (члан 21. став 1). Такође, Устав забрањује сваку дискриминацију, непосредну или посредну и то по било ком основу, а нарочито се наводи забрана дискриминације по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог убеђења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета (члан 21. став 2).

Прва држава у свету чији устав садржи изричиту одредбу у којој је сексуална оријентација наведена као основ за дискриминацију јесте Португалија. Оваква одредба у Уставу Португалије је свакако светли пример и велики корак напред у поштовању људских права сексуалних мањина. Устав Португалије је усвојен 2. априла 1976. године, а ступио је на снагу 25. априла исте године, међан је допуњаван више пута до сада, док су последње измене и допуне уследиле 2005. године, када је ревидиран. Наиме, Устав Португалије, са изменама и допунама из 2005. године, садржи одредбу о начелу једнакости у којој је прокламовано да нико не треба да буде привилегован, фаворизован, изложен предрасудама, лишен права или изузет од неке обавезе на основу свог порекла, пола, расе, језика, места порекла, религије, политичких или идеолошких уверења, образовања, економске ситуације, социјалних услова или сексуалне оријентације⁷⁷². Дакле, сексуална оријентација као дискриминациони основ је сведена на конституционални ниво и постаје уставна категорија садржана у правном акту највишег ранга и снаге.

Међутим, Португалија није и једина држава са уставном одредбом такве садржине. Устав Малте такође садржи одредбу која изричито наводи сексуалну

⁷⁷² Члан 13. став 2. Устава Португалске Републике, доступан на интернет страници Светске организације за интелектуалну својину, (http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=179405, 21.04.2014.).

оријентацију као основ за дискриминацију. Држава Малта је у сфери признавања и поштовања људских права сексуалних мањина отишла и корак даље, те у уставну одредбу која забрањује дискриминацију унела и родни идентитет као дискриминациони основ. Наиме, Устав Малте је ступио на снагу 21. септембра 1964. године, али је последњи пут ревидиран 17. априла 2014. године, када су ова два основа изричито унесена у одредбе као уставна категорија. Устав Малте у четвртом поглављу који регулише основна права и слободе појединаца гарантује свакоме основна права и слободе, а посебно право на живот, слободу, сигурност, уживање права на имовину и заштиту права, затим слободу савести, изражавања и мирног окупљања и организовања, као и поштовање приватног и породичног живота и то без обзира на расу, место порекла, политичка уверења, боју, веру, пол, *сексуалну оријентацију и родни идентитет* (нагласио аутор) под условом да се тиме не крше права и слободе других и под условом да то није противно јавном интересу⁷⁷³. Тиме је Малта постала прва земља у Европи која Уставом штити права трансродних лица⁷⁷⁴.

Код нас је, поред Устава Републике Србије из 2006. године, материја забране дискриминације и заштите од дискриминације детаљније регулисана општим законом који је Народна скупштина усвојила 2009. године, а то је Закон о забрани дискриминације, који је ступио на снагу 07. априла 2010. године. Забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета је изричито забрањена овим Законом и ова два основа се налазе на листи посебно и изричито набројаних антидискриминационих основа⁷⁷⁵. У даљим одредбама поменутог

⁷⁷³ Члан 32. Устава Малте, (<http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8566>, 22. 04.2014.).

⁷⁷⁴ <http://queer.hr/38964/malta-postala-prva-zemlja-u-europi-koja-ustavom-stiti-prava-trans-osoba/>, 21. 04. 2014. године.

⁷⁷⁵ Члан 2. Закона о забрани дискриминације РС. Сексуална оријентација и родни идентитет су изричито набројани као основи за забрану дискриминације тако да члан 2. став1. тачка 1. гласи: изрази „дискриминација“ и „дискриминаторско поступање“ означавају свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе као и на чланове њихових породица, или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварним, односно претпостављеним личним својствима.

Законa сексуална оријентација се означава као приватна ствар сваког појединца као и то да нико не може да буде позван да се јавно изјасни о својој сексуалној оријентацији⁷⁷⁶. Закон такође регулише и ситуацију када се неко лице ипак јавно изјасни о својој сексуалној оријентацији и наводи се да свако има право да се изјасни о томе, а да је дискриминаторско понашање због таквог изјашњавања забрањено (члан 21. став 2. ЗЗД).

У правном систему Републике Србије постоји неколико посебних закона који регулишу материју забране дискриминације, а који истовремено изричито као антидискриминациони основ напомињу сексуалну оријентацију као лично својство. Наиме, то су Закон о раду, Закон о високом образовању, Закон о радиодифузији, Закон о јавном информисању.

Проширење спектра људских права и забрана дискриминације и на нормативном нивоу, између осталог, и с обзиром на сексуалну оријентацију и родни идентитет, представља значајан корак напред у сфери поштовања принципа једнакости, људских права и политичке воље да се ниво свести и толеранције подигне на један виши ниво. Сходно томе, поставља се питање да ли је и свест људи и друштва уопште достигла исти ниво као и политичка структура у погледу уважавања и превазилажења природних и друштвених различитости људи. Код нас, чини ми се, још увек не постоји воља и спремност, како надлежних државних органа и институција тако и великог дела популације, да се у већој мери толерише и прихвати различитост, а нарочито она која се тиче различитог сексуалног опредељења или родног идентитета. Праг толеранције различитости у нас је још увек прилично низак. Неспремност друштва да се озбиљније ухвати у коштац са овом врстом проблема у области заштите људских права и забране дискриминације се огледа у резултатима који су поражавајући за цивилизовано и демократско друштво данашњице, а то су пре свега бројни примери вршења насиља, како физичког тако и вербалног, стигматизације најгоре врсте, извргавање порузи и вређање људског достојанства припадника сексуалних мањина и толерисања, а често и оправдавања, дискриминаторског поступања и понашања.

⁷⁷⁶Члан 21. став 1. Закона о забрани дискриминације РС.

Забрана дискриминације по основу сексуалне оријентације и родног идентитета спада у спектар новијих људских права, чија се заштита тешко остварује јер се дискриминација тешко искорењује, поготово у земљама у којима је дуго владао строго партијархално уређење и у којима се традиционалне вредности тешко мењају, каква је и наша земља. Због тога је процес борбе против дискриминације дуготрајан и захтева много воље, напора и труда како се не би игнорисало постојање дискриминације овог типа, односно како би се проблем уочио и признало његово постојање. Посебно је потребно много рада на заштити и реализацији права сексуалних мањина. Као пример истрајне и упорне борбе против дискриминације, пре свега можемо навести богату праксу Европског суда за људска права, за разлику од праксе наших домаћих судова, с обзиром да је код нас, од ступања на снагу Закона о забрани дискриминације 2009. године, донет веома мали број правноснажних пресуда из области забране дискриминације на основу сексуалне оријентације. Међутим, постоји и пример у судској пракси Републике Хрватске чији Општински суд у Риједи је донео пресуду 11. јануара 2011. године којом је жупник Фрањо Јурчевић осуђен на условну казну од три месеца затвора због подстицања дискриминације током одржавања Параде поноса у Београду 2010. године.

Дискриминација сексуалних мањина се простире и изван националних граница, с обзиром да многе земље ускраћују улазак хомосексуалцима на основу тога да они представљају претњу по јавно здравље и морал, па чак и у западним демократијама, попут САД и Канаде, где постоји прогресивно законодавство о људским правима, ЛГБТ особе се суочавају са дискриминацијом и кршењем њихових основних људских права⁷⁷⁷. Проблем дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета, дакле, није проблем који је пристуан искључиво у земљама које немају дугу традицију поштовања и неговања људских права, него је проблем који превазилази националне границе и присутан је у свим земљама широм света, па чак и оним које важе за земље са високом стопом толеранције. Тако нпр. у Латинској Америци се раширена дискриминација и насиље на основу

⁷⁷⁷ Ibhawoh, B, 2014, Human Rights for some: Universal human rights, sexual minorities and the exclusionary impulse, *International Journal*, 69 (4), pp. 620.

сексуалне оријентације делимично приписује преовлађујућој мачо култури, па су ЛГБТ особе редовно убијане, хапшене, мучене, силоване и малтретиране, док локална полиција и судови појачавају или игноришу дискриминацију⁷⁷⁸. Поједине студије показују да је проблем толико озбиљан да стотине ЛГБТ особа траже азил ван њихових матичних земаља како би избегли бруталност и дискриминацију, док су овакви добро документовани трендови такође евидентни у Африци и на Блиском истоку, где се хомосексуалност кажњава дугорочним казном затвора, па чак и смртном казном⁷⁷⁹.

У погледу едукације, веће информисаности и заштите људских права, посебно значајну улогу имају невладине организације које се баве заштитом људских права и основних слобода и забраном дискриминације тако што заступају жртве пред државним органима и јавно изражавају антидискриминационе ставове и то кроз разне врсте извештаја, анализа, кампања, организовањем скупова, издавањем разних публикација и слично. Оне на тај начин настоје да заштите циљеве и интересе различитих интересних група, као и да подигну ниво свести и толеранције у друштву на што је могуће виши ниво. Дискутабилно је да ли у нашој држави и у нашем друштву постоји, односно да ли постоји у довољној мери, воља и спремност како надлежних државних органа тако и великог дела популације да се разлике и различитости прихвате, а поготово ако се ради о различитом сексуалном опредељењу или родном идентитету, с обзиром да је праг толеранције у тој области код нас нажалост на изузетно ниском нивоу⁷⁸⁰. То се може закључити и из редовног годишњег извештаја Поверенице за заштиту равноправности за 2010. годину⁷⁸¹, у којем се истиче се да је дискриминација на основу сексуалне оријентације заправо веома распрострањена у Србији и да постоји изузетно велика присутност хомофобије, предрасуда и нетрпељивости у друштву. Без обзира што постоји добар антидискриминациони правни оквир, ЛГБТ особе се и даље суочавају са дискриминацијом, насиљем, узнемиравањем, шиканирањем, претњама, говором

⁷⁷⁸ Ibhawoh, B, 2014.

⁷⁷⁹ Ibhawoh, B, 2014.

⁷⁸⁰ Више о томе: Јанчић, М, јун 2013, Слобода мирног окупљања и забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације, *Темиде, часопис о виктимизацији, људским правима и роду*, 2, стр. 149.

⁷⁸¹ Редован годишњи извештај повереника за заштиту равноправности, 2011. године, стр. 47.

мржње, али и са спорошћу и неефикасношћу надлежних државних органа и институција у пружању одговарајуће правне заштите. У извештају се још наводи да би чак половина грађана одбацила своје ближње ако би знали да су они хомосексуално опредељени и да већина њих сматра да је хомосексуалност болест, док је став 69% грађана да се држава питањем дискриминације и њеног сузбијања не бави у довољној мери. Највећи број притужби које су упућене Повереници за заштиту равноправности јесу оне које се односе на сексуалну оријентацију, а затим на националну припадност и етничко порекло. Према подацима из најновијег редовног годишњег извештаја Поверенице за заштиту равноправности за 2013. годину, представници органа јавне власти сматрају да су највише дискриминисане сиромашне особе, затим Роми, особе са менталним и физичким инвалидитетом и сексуалне мањине⁷⁸². У 2013. години је због дискриминације на основу сексуалне оријентације поднето укупно 25 притужби, што представља много већи број поднетих притужби у односу на претходну годину, када је било поднето само осам⁷⁸³. Анализом резултата истраживања јавног мњења 2013. године се дошло до податка да су припадници сексуалних мањина високо на листи највише дискриминисаних особа, као и да постоје значајне предиспозиције да се дискриминација према овој групацији и даље врши⁷⁸⁴. Чак 49% испитаних грађана сматра да је хомосексуалност болест коју треба лечити, 82% грађана не жели ЛГБТ особе у својој породици, док једна четвртина грађана сматра да друштво не треба да се бави њиховим проблемима⁷⁸⁵.

И истраживање Цесида и Геј стрејт алијансе од марта 2010. године показују да 56% грађана Србије мисли да је хомосексуалност опасна по друштво, а 5% би чак применило насиље према хомосексуално опредељеном делу популације⁷⁸⁶. И поред овакве статистике, око 65% становништва не подржава вршење насиља према сексуалним мањинама, а чак 60% сматра да би насиље требало да буде санкционисано. Ипак, према истраживању око 20% грађана оправдава насиље

⁷⁸²Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2013. годину, март 2014. године, Београд, стр. 33.

⁷⁸³Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2013. годину, март 2014, стр. 84.

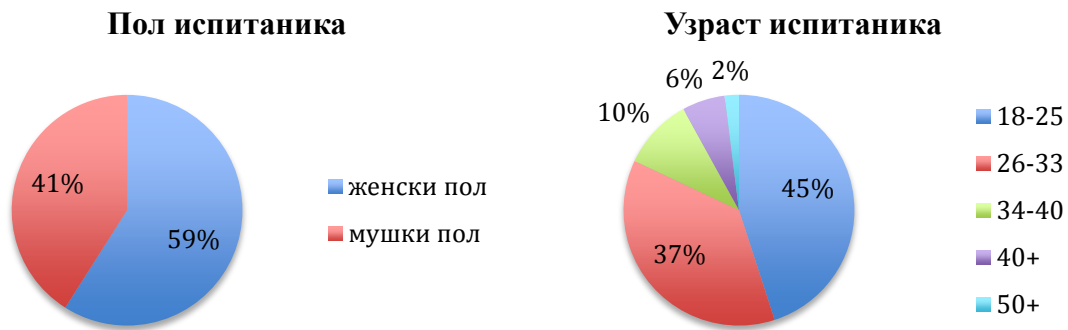
⁷⁸⁴Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2013. годину, март 2014.

⁷⁸⁵Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2013. годину, март 2014.

⁷⁸⁶<http://www.gay-serbia.com/srbija-uporno-homofobicna-4042/>, 20.01.2012.

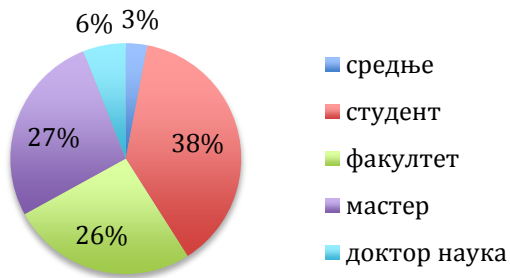
према ЛГБТ особама, а 38% хомосексуалност сматра за измишљотину са запада која ће да уништи породицу и српску традицију. Ово истраживање је извршено на репрезентативном узорку од 1405 испитаника.

Графички приказ резултата сопственог научног истраживања⁷⁸⁷ на тему забране дискриминације на основу сексуалне оријентације и хомосексуализма имајући у виду општи оквир антидискриминационог законодавства

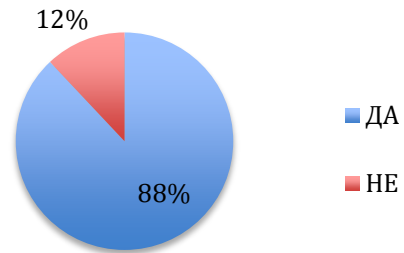


⁷⁸⁷Истраживање је спроведено анонимно и највећим делом електронским путем и путем друштвених мрежа или лично, међу студентима основних и мастер студија правног и политиколошког смера. Узорак је био 124 испитаника, од којих је 59% испитаника женског пола, а 41% мушког пола. Упитник се састојао од низа питања у вези са сексуалном оријентацијом и забраном дискриминације по овом основу, тачније колико су испитаници заправо упознати са постојањем Закона о забрани дискриминације код нас као и са тим да је дискриминације на основу сексуалне оријентације забрањена, затим колико су упознати са правима ЛГБТ популације у земљама Западне Европе као и мишљење испитаника о угрожености ЛГБТ права у Србији и о потреби и спремности увођења и нормирања појединих права. Обухваћено је и питање да ли одобравају насиље које се врши према припадницима ЛГБТ популације као и спремности да насиље пријаве, затим да ли сматрају да је хомосексуалност болест као и да ли је оно урођено или стечено, да ли познају особе хомосексуалне оријентације и да ли подржавају одржавање Параде поноса у нашој држави. Детаљније о самом упитнику и његовој садржини видети на https://docs.google.com/forms/d/1NvhE9JLyy3CrxH_U6yqJMBp98LgaXHLAuSA9P1vYGTm/edit.

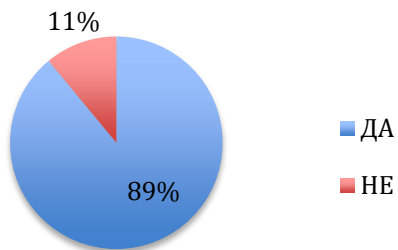
Образовање испитаника



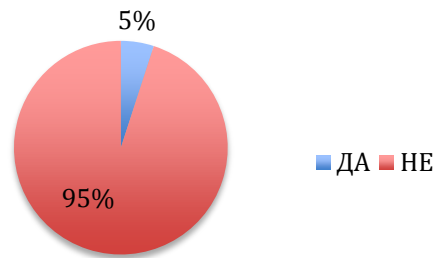
Да ли вам је познато да у Србији постоји Закон о забрани дискриминације



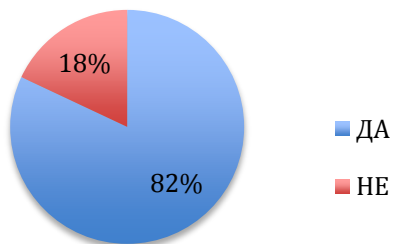
Да ли вам је познато да је дискриминација на основу сексуалне оријентације законом забрањена



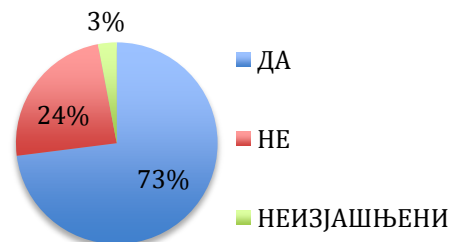
Да ли одобравате насиље према припадницима ЛГБТ популације



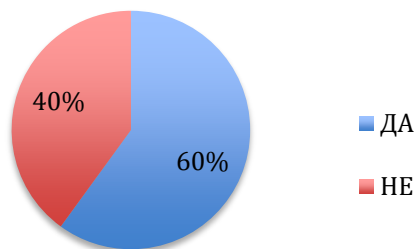
Да ли бисте пријавили случај насиља над ЛГБТ популацијом



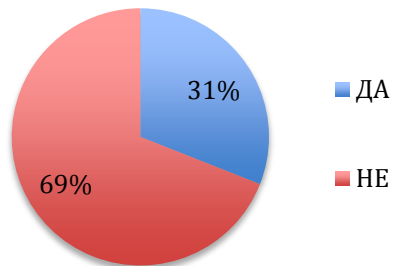
Да ли познајете некога ко је хомосексуалне оријентације



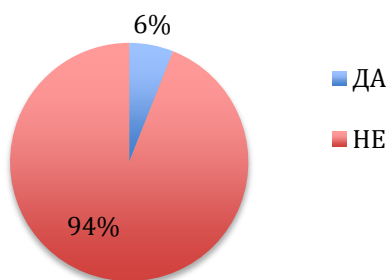
Да ли сматрате да су ЛГБТ популацији у Србији угрожена права и да су у ложијем положају од осталих



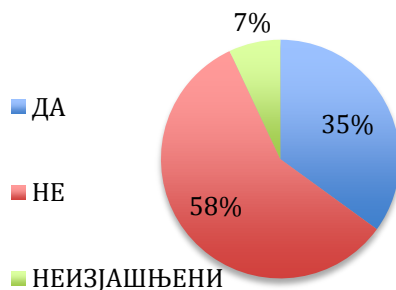
Да ли сматрате да је хомосексуална оријентација болест



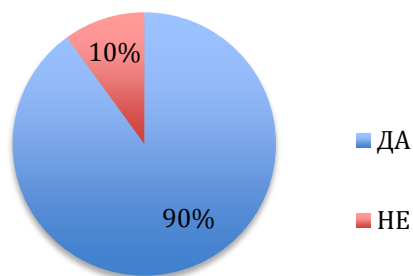
Да ли сматрате да хомосексуална лица потичу из породице прикривених хомосексуалаца



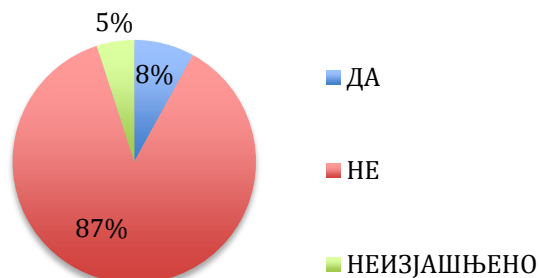
Да ли подржавате одржавање Параде поноса



Да ли вам је познато да готово све земље западне Европе признају неки облик заједничког живота лица истог пола, а неке и право на усвојење детета

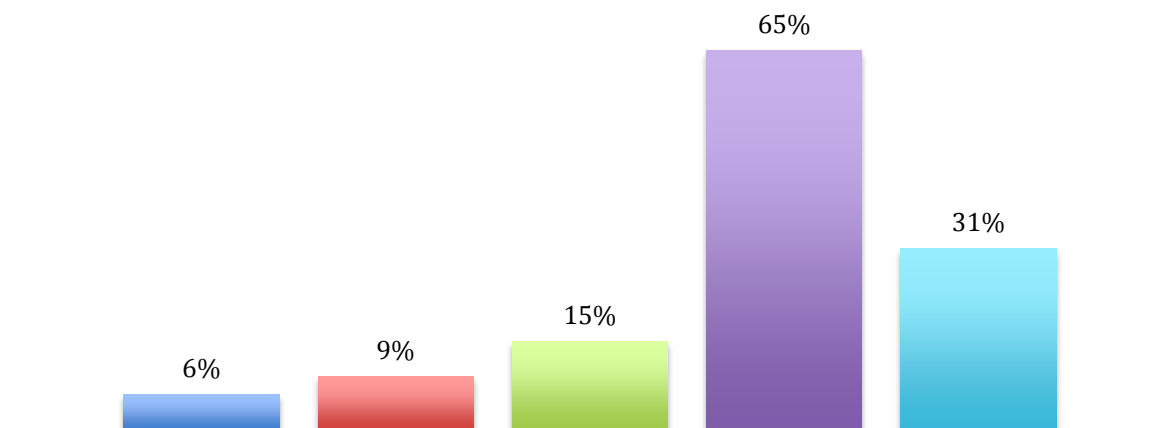


Да ли сматрате да би признавањем истих права ЛГБТ лицима као и хетеросексуалцима ваш живот био погоршан, угрожен и ваша етичка уверења уздрмана

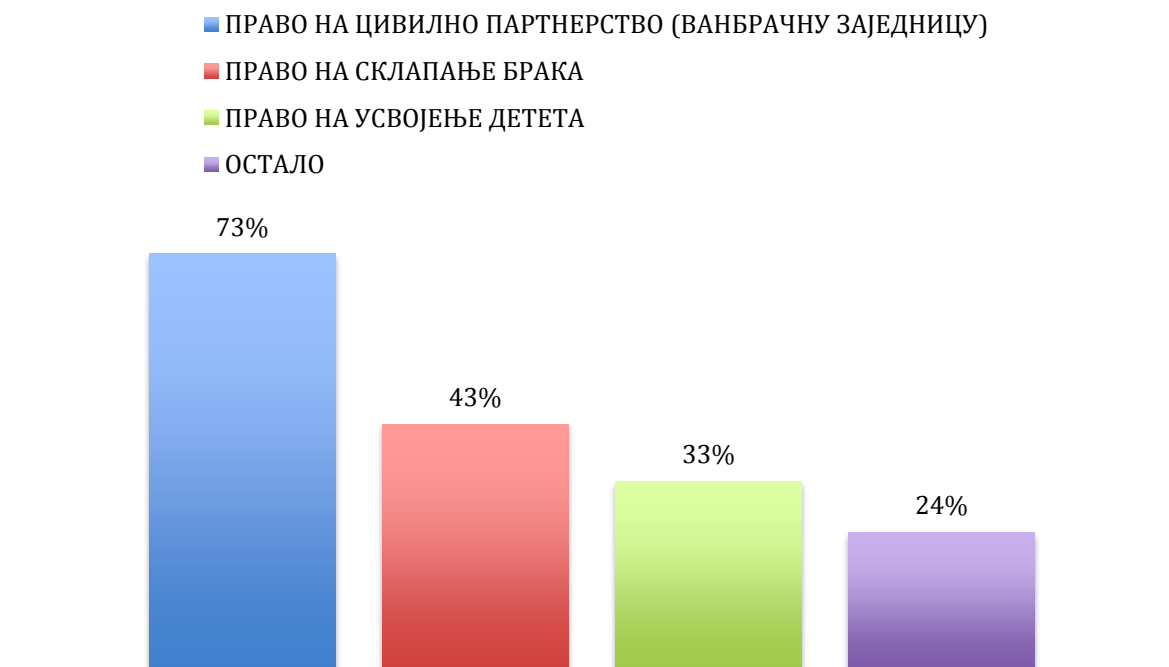


Како су постали хомосексуалци ако су рођени од хетеросексуалних родитеља

- НЕМАР, НЕПАЖЊА И НЕДОВОЉНИ НАДЗОР ЊИХОВИХ РОДИТЕЉА
- ЛОШ УТИЦАЈ СРЕДИНЕ
- РАДОЗНАЛОСТ
- УРОЂЕНО
- НА ДРУГИ НАЧИН



Да ли сматрате да је потребно да се ЛГБТ популацији признају нека права као и хетеросексуалним особама



Научним истраживањем које сам спровела у периоду од почетка марта 2014. године до краја јуна 2014. године сакупила сам одговоре дате од стране 124 испитаника, од којих је 59% испитаника женског пола, а 41% мушког пола. Од укупног броја испитаника 45% је узраста од 18 до 25 година, 37% је узраста од 26 до 33 година, 10% је узраста од 34 до 40 година, 6% је узраста 40 и више година, а свега 2% је узраста 50 и више година. Што се тиче степена образовања испитаника, 3% има средње образовање, 38% су студенти, 26% има факултетско образовање, 27% имају диплому мастера, а 6% испитаника су доктори наука. Резултати истраживања показују да је чак 88% испитаника упознато са чињеницом да у Републици Србији постоји Закон о забрани дискриминације, док 89% зна да је дискриминација на основу сексуалне оријентације законом забрањена. На питање да ли одобравате насиље према припадницима ЛГБТ популације, свега 5% испитаника је одговорило позитивно и одобрава насиље, док је 95% одговорило да насиље не подржавају. Чак 73% од укупног броја испитаника познаје некога ко је хомосексуално оријентисан. Према истраживању, насиље над ЛГБТ популацијом би пријавило 82% испитаника, а 18% не би ни пријавило ни реаговало. Резултати

даље показују да 60% испитаника сматра да су припадницима ЛГБТ популације у Србији угрожена права и да су у лошијем положају од осталих, док 40% сматра да им права нису угрожена нити да им је положај лошији. Статистика показује да 31% сматра да је хомосексуална оријентација болест, док 69% сматра да није, затим 6% испитаника сматра да лица хомосексуалне оријентације потичу из породице прикривених хомосексуалаца, док је 94% одговорило негативно. Од укупног броја од 124 испитаника, 6% сматра да су хомосексуална лица постала услед немара, непажње и недовољног надзора родитеља, 9% сматра да је разлог тога лош утицај средине, 15% сматра да је су хомосексуално оријентисани услед радозналости, док је 65% испитаника сматрало да је то урођено, а у осталих 31% се сврставају они који сматрају да лица постају хомосексуална услед сопствене одлуке, нагона, тренда, новца, слободе избора или да им је то наметнуто⁷⁸⁸. Одржавање Параде поноса подржава 35% испитаника, док се 58% томе противи, а 7% није на ово питање одговорило. Даље истраживање показује да је 90% испитаника упознато са тим да готово све земље западне Европе признају неки облик заједничког живота лица истог пола (било у облику цивилног партнерства било брак), а неке чак и право на усвајање деце, док 10% са тим није упознато. Међутим, 8% сматра да би њихов живот био погоршан, угрожен а њихова етичка уверења уздрмана признавањем истих права припадницима ЛГБТ популације која су призната и хетеросексуалним лицима, а 87% сматра да им ни најмање живот не би био угрожен, с обзиром да успех у животу зависи од њих самих и од њиховог рада, залагања и резултата у раду а не од осталих фактора, док се 5% испитаника није изјаснило. На питање да ли је потребно да се припадницима ЛГБТ популације признају нека права као и хетеросексуалним лицима⁷⁸⁹, 73% је одговорило да би требало озаконити право на цивилно партнерство односно ванбрачну заједницу, затим 43% је одговорило да би им требало признати право на склапање брака, а 33% сматра да треба да имају право на усвојење детета, у осталих 24% спадају

⁷⁸⁸ Испитаници су на ово питање које је гласило *Како су постали хомосексуална лица ако су рођена од стране хетеросексуалних родитеља* могли да заокруже више одговора одједном.

⁷⁸⁹ Испитаници су на ово питање могли да заокруже више одговора одједном, а понуђени одговори су били право на цивилно партнерство односно ванбрачну заједницу, право на склапање брака и право на усвојење детета.

испитаници који сматрају да не треба да имају икаква права, затим да треба да имају право на породичну пензију и право на наслеђивање.

Поглавље 5. ПРАВА ЛГБТ И ТРАНСРОДНИХ ОСОБА КАО ОСНОВНА ЉУДСКА ПРАВА

5.1. Права призната ЛГБТ особама према законодавству Републике Србије и упоредно-правни приказ законодавства држава у Европи и САД-у

5.1.1. Право на поштовање приватног и породичног живота

Право на поштовање и заштиту приватног живота, а што се једном речју може назвати правом на приватност, према ужем и уобичајеном схватању, обухвата заштиту од нежељеног публицитета, док према другом ширем схватању, право на приватност се изједначава са личном аутономијом појединца односно са његовом слободом да неометано одређује начин свог живота⁷⁹⁰. У најопштијем смислу, приватност се одређује као сфера приватног живота, право човека да живи на начин на који жели и да је при томе заштићен од јавности, затим право на успостављање различитих врста односа са другим људима, ради развијања и задовољења сопствене личности⁷⁹¹. Право на приватност представља једно од основних људских права и слобода, а под аспект права на приватност потпада и право на сексуалну оријентацију. Суштина овог права јесте да појединцу обезбеди заштиту од државне моћи и прекомерног задирања државе и њених органа у живот појединаца⁷⁹².

Право на породични живот обухвата право појединаца да живе заједно и да развијају међусобне односе, а овим правом се обезбеђује заштита блиских међусобних личних веза од произвољног мешања државних власти и задирања у

⁷⁹⁰Петровић, В. (ур.), 2011, стр. 125.

⁷⁹¹Више о томе: Шурлан, Т, 2014, Међунаордноправна заштита права на приватност, *Српска правна мисао, часопис за правну теорију и праксу*, 47, год. 20, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, стр. 51.

⁷⁹²: Шурлан, Т, 2014, стр. 48.

сферу овог права⁷⁹³. Нема сумње да држава треба да има одређени утицај приликом регулисања међусобних породичних односа и ова питања не могу у потпуности да се лише утицаја државе, из разлога што се породични односи не тичу само односа између два одрасла лица већ се тичу или могу да се тичу и њихове деце, чији животи, одрастање, образовање и будућност не могу да буду искључиво приватна ствар њихових родитеља и чланова породице⁷⁹⁴. Међутим, чак и ако би се породични односи тicali само одраслих лица, држава би требала да интервенише тако што би усвојила правне норме како би се избалансирале евентуалне разлике које могу да проишају из породичних односа (на пример, разлика у образовном, социјалном, економском и другом статусу)⁷⁹⁵. Право на породични живот укључује и право транссексуалних особа на промену пола⁷⁹⁶, као и измену податка о полу у документима након извршене операције промене пола. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, као и многи други међународни инструменти који регулишу област људских права не дефинишу појам породице, већ је Европски суд за људска права то чинио кроз своју судску праксу одлучујући у конкретним случајевима тумачећи одредбу члана 8. Конвенције о поштовању права на приватни и породични живот⁷⁹⁷. Европски суд за људска права у великом броју предмета не ограничава појам породичног живота из члана 8. само на породице које су засноване на браку, него може да обухвати и друге фактичке односе, а да би се неки однос сматрао породичним животом важни су многи фактори попут тога да ли неки пар живи заједно, трајање везе, да ли имају децу и томе слично⁷⁹⁸. Породичан живот не обухвата само социјалне, културне или моралне односе, него и одређене материјалне односно финансијске обавезе, као на пример обавеза издржавања, наследна права и ограничења и питање располагања

⁷⁹³ Ђорац, С, 2014, Домен примене права на породични живот у пракси Европског суда за људска права, *Страни правни живот*, 1, стр. 294, 295.

⁷⁹⁴ Свејић Јанчић, О, 2013, Privacy and Autonomy in Serbian Family Law, *International Journal of the Jurisprudence of Family*, Volume 4, pp. 59.

⁷⁹⁵ Свејић Јанчић, О, 2013.

⁷⁹⁶ Шурлан, Т, 2014, стр. 59.

⁷⁹⁷ Више о томе: Драшкић, М, 2006, *Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права*, Ново породично законодавство, стр. 97, Зборник радова са саветовања, Крагујевац, 16-17. октобар.

⁷⁹⁸ Роагна, И, 2012, *Заштита права на поштивање приватног и породичног живота према Европској конвенцији о људским правима*, Савет Европе, Стразбур, стр. 29.

између блиских сродника, док се одредба члана 8. Конвенције не сме тумачити на начин да се државе обавезују да признају верске бракове или да успостављају посебан режим за ванбрачне партнере у сврхе права на наслеђивање⁷⁹⁹.

Право на приватност појединаца може бити угрожена на више начина, односне не само од стране државе и државних органа, већ и од стране целокупног друштва, како приватних компанија тако и других појединаца⁸⁰⁰. Такође, право на приватност бива угрожено и од стране демократских и веома развијених земаља са позивом на принцип заштите националне безбедности⁸⁰¹. Међутим, држава је у обавези да се уздржи од мешања и задирања у приватност појединаца, јер нико не сме да буде изложен незаконитом и произвољном мешању у уживање права на приватност, а то је тзв. негативна обавеза државе, али исто тако има и позитивну обавезу односно обавезу да обезбеди и пружи заштиту приватности и обезбеди правни оквир и делотворну заштиту од напада појединаца, што подразумева активно учешће државних органа⁸⁰². Држава треба да тежи да обезбеди правну заштиту, сигурност и правду за све, спречавајући насиље, експлоатацију и неправду у свим областима, а посебно када се ради о праву на приватни и породични живот⁸⁰³.

Устав Републике Србије не садржи изричиту одредбу о праву на поштовање приватног и породичног живота и не пружа гаранције и заштиту права на приватни и породични живот, него јемчи неповредивост физичког и психичког интегритета, стана, писама и других средстава комуницирања. У Србији је право на приватност први пут нормирано Уставом из 1835. године, што је и у тадашње време представљало велики напредак⁸⁰⁴. Устав Књажевства Србије из 1835. године познатији као Сретењски устав је регулисао питање поштовања приватног живота, али се није користио том терминологијом. Тумачењем члана 117. главе 11. који гласи: „Сваки Србин има право бирати начин живљења свог по својој вољи, само

⁷⁹⁹Роагна, И, 2012.

⁸⁰⁰ Димитријевић, В, Поповић, Д, Папић, Т, Петровић, В, 2006, стр. 203.

⁸⁰¹ Шурлан, Т, 2014, стр. 52.

⁸⁰² Димитријевић, В, Поповић, Д, Папић, Т, Петровић, В, 2006, стр. 203.

⁸⁰³ Свејић Јанчић, О, 2013, pp. 59.

⁸⁰⁴ Стојановић, Д, Устав Србије од 1888. и људска права, Фира А, Марковић Р. (ур.), 2010, *Два века српске уставности: зборник радова са научног скупа одржаног 11-12. марта 2010, Београд: САНУ*, стр. 217-284 према Шурлан, Т, 2014, стр. 49.

који није на обштенародну штету”⁸⁰⁵, долазимо до закључка да он заправо регулише право на поштовање приватног живота и то на веома либералан и савремен начин.

Право на поштовање приватног и породичног живота је зајемчено и међународним правним документима. Тако и Универзална декларација о људским правима прописује да нико не сме бити изложен произвољном мешању у приватни живот, породицу, стан или преписку, нити нападима на част и углед и да свако има право на заштиту закона против оваквог мешања или напада⁸⁰⁶. Затим, Међународни пакт о грађанским и политичким правима јемчи да нико не може да буде предмет самовољних или незаконитих мешања у његов приватни живот, у његову породицу, стан или преписку, нити незаконитих повреда које су нанете његовој части или угледу и да свако има право на законску заштиту против таквог мешања или напада⁸⁰⁷. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода у оквиру члана 8. јемчи свакоме право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке, док се јавне власти неће мешати у вршење овог права осим ако то није у складу са закономима неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Када је регулатива Европске Уније у питању, право на приватност је нормирано Повељом о основним правима у Европској Унији из 2000. године, која гарантује свакоме право да се поштује приватни и породични живот, дом и комуницирање⁸⁰⁸.

Право на приватност је зајемчена и Цокцакартским принципима. Наиме, принцип шест гарантује свакоме, без обзира на сексуалну оријентацију или родни идентитет, право на приватност без арбитрарног и незаконитог мешања, укључујући и право на породични живот, дом и преписку као и право на заштиту од незаконитих напада на част и углед. Право на приватност подразумева и право

⁸⁰⁵<http://mojustav.rs/wp-content/uploads/2013/04/Sretenjski-ustav-iz-1835.pdf>, 12.09.2014.

⁸⁰⁶Члан 12. Универзалне декларације о људским правима.

⁸⁰⁷Члан 17. Међународног пакта за грађанска и политичка права.

⁸⁰⁸Члан 7. Повеље о основним правима у Европској Унији, која након усвајања Лисабонског споразума 2009. године постаје обавезујућа за све државе ЕУ од 2010. године, објављивањем у Official Journal of the European Union, C 83/389, 30.3.2010.

избора да се открију или неоткрију подаци који се тичу нечије сексуалне оријентације или родног идентитета, као и одлуке и изборе у вези са сопственим телом и добровољне сексуалне и друге односе са другима. Држава би требало да предузме многе препоручене мере, а најпре је потребно да:

1. предузме све неопходне законодавне, административне и друге мере како би се осигурало право свакоглица, без обзира на сексуалну оријентацију или родни идентитет, да ужива право на приватност, интимне одлуке и људске односе укључујући и добровољне сексуалне активности између лица која имају одређен број година потребан за сагласност за такву врсту односа, без икаквог арбитрерног мешања државе;

2. укине све законе који криминализују добровољне сексуалне односе лица истог пола која имају довољан број година потребан за сагласност, као и да обезбеди да се исти број година за сагласност предвиди како за истополне тако и за хетеросексуалне односе;

3. обезбеди да се кривичне и друге законске одредбе које имају општу примену не примењују да би *de facto* криминализовали добровољне сексуалне активности између лица истог пола која су старија од година које су потребне за сагласност;

4. укине било који закон који забрањује или криминализује изражавање родног идентитета, укључујући изражавање кроз облачење, говор или манире или закон који оспорава појединцу могућност да промени своје тело као начин изражавања родног идентитета;

5. ослободи све оне који се налазе у притвору или су осуђени на основу кривичне пресуде, ако је њихова казна у вези са добровољним сексуалним активностима између лица која су старија од година предвиђених за сагласност или су у вези са родним идентитетом;

6. осигура и обезбеди право свим лицима да бирају када, коме и како ће да открију информације које се односе на њихову сексуалну оријентацију или родни идентитет, као и заштиту свим лицима од произвољног или нежељеног откривања таквих података или од претње да ће такви подаци бити откривени другим лицима.

Међутим, проблем у остваривању права на поштовање приватног и породичног живота јавља се услед савременог развоја науке, компјутеризоване обраде података и високотехнолошког развоја који је између осталог довео до невиђених могућности задирања и мешања у најинтимније сфере човековог живота и његов морални интегритет и личност⁸⁰⁹. У време брзог протока и доступности информација на интернету, а нарочито путем друштвених мрежа, као и злоупотреба тих информација, право на приватност личности и података постаје веома угрожена категорија.

Пракса Европског суда за људска права је показала да се право на поштовање приватног и породичног живота тумачи на један шири начин, с обзиром да је овом одредбом обухваћена и сексуална оријентација, као и права транссексуалних лица. Сексуална оријентација и сексуални односи пунолетних лица спадају у сферу најинтимнијих односа којисе тичу приватног живота. Па тако када се пред овим Судом покрене поступак на основу представке која садржи наводе о дискриминацији на основу сексуалне оријентације или родног идентитета, предмет ће се решавати у оквиру одредбе члана 8. и права на поштовање приватног и породичног живота (на пример у случају *Dudgeon v. UK* из 1981. године). Претходно поменути случај пред Европским судом за људска права представља један од првих случајева у којем је установљена повреда права на приватни живот хомосексуалне особе у складу са чланом 8. Конвенције⁸¹⁰. Европска конвенција својим одредбама не јемчи право на склапање брака хомосексуалним особама, него је то право изричито резервисано за мушкарца и жену. Ово се такође односи и на заснивање породице, тако да под породицом не сматра истополне парове. Конвенција прокламује право на склапање брака тако што мушкарци и жене одговарајућег узраста имају право да ступеу брак као и да заснивају породицу у складу са унутрашњим законима који уређују вршење овог права⁸¹¹. Упркос оваквој регулативи, хомосексуалним лицима се Конвенцијом обезбеђује заштита права у

⁸⁰⁹Димитријевић, В, Поповић, Д, Папић, Т, Петровић, В, 2006, стр. 203 и Гутић, С, 2010, Право на приватност у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, *Страни правни живот*, 2, стр. 338.

⁸¹⁰Крстић, И, 2006, *Право на поштовање приватног и породичног живота, члан 8. Европске конвенције о људским правима*, Београд, стр. 25.

⁸¹¹Члан 12. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

оквиру права на поштовање приватног и породичног живота, као и у оквиру одредбе о забрани дискриминације.

У случају *Dudgeon v. the UK*⁸¹² подносилац представке се у мају 1976. године обратио Комисији за људска права тврдећи да је полицијском истрагом претрпео неоправдано мешање државе у његов приватан живот, чиме је прекршен члан 8. Европске конвенције⁸¹³ који се тиче заштите права на приватни живот појединца. Такође је навео да је био жртва дискриминације на основу члана 14. Конвенције. Комисија је представку прогласила допуштеном и истакла да законска забрана вршења хомосексуалних радњи од стране мушкараца старијих од 21 године представља повреду права на приватни живот. Комисија такође сматра да нема потребе да се испита питање да ли је том забраном прекршен и члан 14. у вези са чланом 8. Суд није спорио да је мешање у приватни живот било у складу са законом, а затим је утврђено да је циљ мешања заправо био заштита морала и права других, јер је општи циљ таквог законодавства био да се заштите морални стандарди који постоје у Северној Ирској. Суд је тиме прихватио став Комисије и Владе, према коме је сврха законодавства да пружи заштиту рањивим и угроженим категоријама друштва од утицаја хомосексуалности, пре свега младима. Остало је још да се утврди да ли је мешање заиста било неопходно у демократском друштву. Овај појам неопходности има у себи два обележја, а то су толеранција и широкоумност. Међутим, у односу на период када је закон донет, у већини земаља чланица Савета Европе више се не сматра да хомосексуалне радње треба да буду

⁸¹²ЕЦтHR, *Dudgeon v. The United Kingdom*, no. 7525/76, пресуда од 24. фебруара 1983. Подносилац представке је господин *Dudgeon*, који је држављанин УК тачније Северне Ирске и хомосексуалне је оријентације. Право Северне Ирске је предвиђало да су хомосексуалне радње мушкараца учињене у јавности или приватности кривично дело за које је прописана казна затвора до две године. Међутим, хомосексуалне радње учињене од стране жена нису никад биле сматране кривичним делом. У Енглеској и Велсу су изменама кривичног законодавства декриминализоване хомосексуалне активности између одраслих и сагласних мушкараца, учињене у приватности и нису се даље сматрале кривичним делом. Крајем јануара 1976. године полиција је извршила претрес стана господина Џефрија, на основу налога у складу са Законом о злоупотреби дроге, којом приликом су нађена приватна писма, преписка и дневник који је водио подносилац представке, описујући хомосексуалне радње и који су му том приликом одузети и након чега је дуго био испитиван о садржају заплетењеног материјала односно о његовом сексуалном животу.

⁸¹³Члан 8. став 1. Европске конвенције гласи: „Свако има право на поштовање свог приватног породичног живота, дома и преписке“, док став 2. гласи: „Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других“.

санкционисане кривичним законодавством, јер сада постоји више разумевања и толеранције за хомосексуално понашање. Из тога произлази да Суд не може да превиди промене у вези са овим питањем које су се догодиле у националним законодавствима земаља чланица Савета Европе. Не постоје докази који би ишли у прилог ставу да је то штетно по морални стандард у Северној Ирској нити да постоји било какав јавни захтев да се поводом ове материје закон строжије спроводи. У оваквим околностима, Суд сматра да је неодржив став да постоји горућа друштвена потреба да се хомосексуалне радње сматрају кривичним делом нити да за то има довољно оправдања, а да притом само постојање таквих законских одредаба може да има штетне ефекте на живот особе хомосексуалне оријентације. Наравно да то спада у задатке државе и националних власти да одреде ближе сам тај појам и да је то ствар слободне процене у сваком конкретном случају, али разлози изложени од стране Владе нису били довољни да би се оправдало одржавање таквог закона на снази, с обзиром да оно има општи и апсолутни карактер и инкриминише хомосексуалне радње учињене у приватности између одраслих мушкараца који су способни да дају сагласност за такве радње. Стога је Суд одлучио да је постојала повреда члана 8. Конвенције и да је том приликом већ одлучено о ширем питању од оног што је предвиђено чланом 14. Конвенције тако да нема потребе да се посебно одлучује о евентуалној повреди тог члана. У фебруару 1983. године Суд је на основу члана 50. Конвенције одлучио и о правичном задовољењу. Наиме, подносилац представке је тврдио да је као последица постојећег закона, за који је Суд утврдио да је у супротности са чланом 8. Конвенције, претрпео током година знатну штету и то у виду психолошке штете, предрасуда у погледу његовог односа са породицом и друштвом, неиспуњавања личних потенцијала, повреде угледа и губитак способности за зараду. Осим новчане накнаде, подносилац представке је затражио од Владе и формалну изјаву да ако се буде пријавио за запослење у цивилној служби у Северној Ирској неће бити дискриминисан по основу своје сексуалне оријентације или због тога што је овај захтев поднео Комисији. Међутим, Суд је једногласно одлучио да се захтев за правично задовољење, којим подносилац представке тражи изјаву од Уједињеног

Краљевства да убудуће неће бити дискриминисан по основу своје сексуалне оријентације приликом запошљавања, прогласи неприхватљивим.

У случају *Lustig – Prean and Beckett v. the United Kingdom*⁸¹⁴, подносиоци представки су покренули поступак пред Европским судом, истичући да истрага у вези са њиховом сексуалном оријентацијом као и отпуштање представљају кршење права на поштовање приватног живота из члана 8. Европске конвенције, а држава је признала да је дошло до мешања у њихов приватни живот, да би касније истакла њихово отпуштање не може никако да представља мешање у приватни живот, ако су знали за званичну политику. Европски суд сматра да целокупна истрага војне полиције, као и отпуштање из службе представља непосредно мешање у приватни живот подносилаца представки, а да би мешање државе било оправдано, оно мора да буде у складу са законом, што подносиоци представки нису оспоравали, али и да има циљ који је легитиман и неопходан у демократском друштву. Држава оправдава своју политику неопходношћу да се одржи морал, борбена моћ и спремност припадника оружаних снага⁸¹⁵.

Ако постоји опасност по оперативну ефикасност оружаних снага, став Суда је да држава има право да постави одређена ограничења када је у питању право на

⁸¹⁴ЕСтHR, *Lustig – Prean and Beckett v. the United Kingdom*, nos. 31417/96 and 32377/96, пресуда од 27. септембра 1999. Подносиоци представке су *Lustig – Prean* и *Beckett*, припадници Краљевске морнарице Уједињеног Краљевства⁸¹⁴. *Lustig – Prean* је унапређен на положај односно у чин поручника бојног брода прве класе, а *Beckett* је био запослен као самостални механичар-оружар, а који поседује способност да постане натпросечни вођа. Убрзо се сазнало за њихову хомосексуалну оријентацију, што они нису негирали током истраге војне полиције о наводима о њиховој сексуалној оријентацији. Иако су њихови надређени имали само речи хвале о њима и њиховом раду, лојалности и посвећености, одлучено је да буду отпуштени из морнарице, а на основу њихове сексуалне оријентације. Подносиоци представки су поднели захтев за правну ревизију одлука о отпуштању због њихове сексуалне оријентације, тврдећи да политика Министарства одбране против хомосексуалних особа представља кршење одредаба Европске конвенције о људским правима. Министарство одбране је тврдило да је вођење такве политике неопходно зарад очувања морала и ефикасности у оружаним снагама. Виши суд је одбацио захтев за правну ревизију, а у основној пресуди се истиче да су професионални досијеи подносилаца представки заиста изванредни и да није утврђено да је њихова сексуална оријентација имала икаквог утицаја на њихов рад или дисциплину, али исто тако и да став министра није незаконит, иако не делује убедљиво. Апелациони суд је такође одбацио жалбу подносилаца представки. Иако је 1967. године донет Закон о сексуалним преступима у којем је предвиђена декриминализација хомосексуалних аката, у Закону о војсци и ваздухопловству из 1955. године и Закону о дисциплини у морнарици из 1957. године овакве радње и даље су представљале кривично дело.

⁸¹⁵ С једне стране, држава је у својим поднесцима наводила да нема доказа да су понашање, досијеи или сексуална оријентација подносилаца представки на било који начин утицали на њихов рад и постигнуте резултате или на рад њихових колега. С друге стране, држава је и даље тврдила да приступање хомосексуалаца у оружане снаге има негативне ефекте на морал и оперативност војске.

приватни живот појединца, али никако не би требало да им онемогући остваривање тог права. Међутим, постојање ризика по оперативну ефикасност мора се употпунити и образложити конкретним примерима. Суд сматра да је у овим случајевима мешање државе било изузетно тешко и озбиљно. као и то да је отпуштање из службе искључиво због сексуалне оријентације, без обзира на професионални досије и понашање подносилаца представки, имало врло значајан ефекат на њихово професионално бављење овим послом као и на будуће каријере. Суд закључује да држава није дала уверљиве разлоге у корист своје званичне политике према хомосексуалцима у оружаним снагама, као ни оправдање за отпуштање, те да је дошло до кршења члана 8. Европске конвенције.

У случају *Smith and Grady v. the United Kingdom*⁸¹⁶, подносиоци представки су покренули поступке за судско преиспитивање одлуке о отпуштању из оружаних снага и навели да је политика Министарства одбране против хомосексуалних лица у оружаним снагама ирационална и да се тиме крше одредбе Конвенције. Министарство одбране је тврдило да је таква политика неопходна да би се сачувао и одржао морал и ефективност припадника оружаних снага. Виши суд је одбацио захтев за судско преиспитивање одлуке, а нешто касније Апелациони суд је одбацио жалбе које су уложили подносиоци представке. Према Закону о сексуалним кривичним делима из 1967. године хомосексуалне радње између два одрасла и сагласна мушкарца (који имају 21 или више година) су се сматрале кривичним делом. Ове радње се сматрале кривичним делом и сходно Закону о војсци и ваздухопловству из 1995. године и Закону о морнарици из 1957. године. Подносиоци представке су се жалили на то да је истрага о њиховој хомосексуалности и њиховом отпуштању из Краљевског ваздухопловства само на основу сексуалне оријентације, а у складу са политиком Министарства одбране,

⁸¹⁶ЕСЦHR, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, пресуда од 25. јула 2000. Први подносилац представке је госпођа *Smith*, која се почетком априла 1989. године прикључила Краљевском ваздухопловству као медицинска сестра по уговору на девет година. У међувремену сазнало се за њену сексуалну оријентацију након чега је признала да је лезбејка. Уследила су даља испитивања у којима су јој постављана најинтимнија питања која су се тичала њених претходних и тренутних веза, након чега је добила отказ из оружаних снага. Други подносилац је господин *Grady*, такође запослен у Краљевском ваздухопловству и био је оцењен највишим оценама. Када се сазнало за његову хомосексуалну оријентацију, донета је одлука да се он отпусти.

представљала кршење њиховог права на приватни живот гарантованог чланом 8. Конвенције. Такође су се жалили и на постојање кршења члана 13. Конвенције с обзиром да нису имали на располагању ефикасан правни лек пред националним органима за кршење одредаба Конвенције. Европски суд не види разлог да сумња да је таква политика креирана да би обезбедила оперативну ефикасност или да су истраге биле у сврху установљавања да ли је особа у питању била хомосексуалац на коју би се односила та правила, али такође сматра да Влада није понудила довољно убедљиве и утемељене разлоге како би оправдала даље вршење истраге о сексуалној оријентацији, након што су и сами признали своју хомосексуалност надлежним органима у оружаним снагама. Суд налази да ни истраге ни отпуштање на основу сексуалне оријентације нису оправдани, имајући у виду одредбу члана 8. став 2. Конвенције, тако да Суд закључује да је постојало кршење члана 8, као и члана 13. Конвенције.

У случају *Sutherland v. the United Kingdom*⁸¹⁷, подносилац представке жалио се на то да одређивање минимума од осамнаест година за мушкарце, а шеснаест година за жене, за законите хомосексуалне односе, представља кршење права на поштовање приватног живота гарантованог чланом 8. Конвенције, као и да кршење тог члана представља дискриминацију у складу са чланом 14. Конвенције. Наиме, када је имао дванаест година почео да је да буде свестан своје сексуалне привлачности према дечацима. Са четрнаест година покушао је да излази са девојкама, али кроз искуство је схватио да може да има испуњену везу само са лицем мушког пола. Његов први хомосексуални сусрет је био када је имао шеснаест година са хомосексуалном особом његових година. Према Закону о сексуалним кривичним делима из 1956. године, хомосексуални однос са другим лицем је представљало кривично дело. Према истом закону из 1967. године такве радње не би представљале кривично дело ако су се лица сагласила и дала пристанак и ако су напунила 21 годину. Међутим, за жену је било потребно да има 16 година како би могла да да пристанак. Крајем фебруара 1994. године Доњи дом британског парламента је одбио амандман којим би се снизио минимални број година потребан за пристанак за мушке хомосексуалне односе на 16 година, али је

⁸¹⁷ECtHR, *Sutherland v. the United Kingdom*, no. 25186/94, пресуда од 27. марта 2001.

прихватио амандман којим се минимални број година смањује са 21 на 18 година. Влада је предложила закон којим би се даље смањио минимални број година потребан за давање пристанка са 18 на 16 година, који је великом већином прихваћен у Доњем дому парламента, али је одбијен од стране Горњег дома. Након тога, закон којим би се изједначио минималан број година потребан за давање пристанка је поново уведен средином децембра 1998. године и одобрен је од стране Доњег дома, да би средином априла 1999. године био одбијен од стране Горњег дома. Крајем јануара 2000. године поново је изнесен пред Доњи дом и изгласан је, да би коначно средином априла исте године био усвојен и од стране Горњег дома. Закон о изменама и допунама Закона о сексуалним кривичним делима (*The Sexual Offences (Amendment) Act 2000*) који изједначава минималан број година је добио краљевски пристанак крајем новембра 2000. године и ступио је на снагу 8. јануара 2001. године. Подносиоци представке су сходно овом амандману затражили од Суда да представку скине са листе предмета. Влада је такође сматрала да је предмет поступка решен и затражила је да се представка скине са листе предмета и случајева. Заступник подносиоца представке је обавестио суд да је Влада исплатила подносиоцу представке све трошкове. Суд је затим једногласно донео одлуку да представку скине са листе случајева.

И овај случај пред Европским судом за људска права у Стразбуру јасно показује да и Велика Британија (као и многе друге - указано је већ и на случај Аустрије, а потом и Француске), као чланица Савета Европе и потписница Европске конвенције о људским правима, врло озбиљно схвата своје међународне обавезе и поштује одлуке Европског суда, мењајући своје национално законодавство након одлуке Суда о повреди људских права, што недвосмислено говори о снажаном утицају који Суд врши на законодавство земаља уговорница Конвенције.

Када се ради о родном идентитету, правима и третману транссексуалних лица, судска пракса Европског суда у овој области се односила на стање транссексуалних лица након извршене операције промене пола, као и на ситуације када им је забрањено да изврше промену имена или да изврше промену података у

званичним документима након операције, да склопе брак⁸¹⁸, да стекну право на старосну пензију у складу са годинама предвиђеним за одређени пол. Суд је у неким предметима закључио да нема логике да држава не призна све правне последице које резултирају услед извршене операције промене пола, с обзиром да сама држава дозвољава вршење ових оперативних захвата, па чак и финансијски помаже њено извршење⁸¹⁹.

Ако се анализира пракса Европског суда за људска права, може се приметити да се ставови Суда у погледу тумачења члана 8. Европске конвенције који регулише право на приватни и породични живот базирају на великом степену уважавања конкретне друштвене реалности, а не само на формалном поштовању националног законодавства држава чланица Конвенције⁸²⁰. Међутим, у оним земљама у којима се не јавља потреба за изменама домаћег права, национални судови ће у великој мери морати да поштују и уважавају ставове Европског суда за људска права и да ће приликом тумачења националног права, у границама признатог поља слободне процене које имају конкретне домаће власти, посебну пажњу посвећивати ставовима и аргументима Суда а све у циљу хармонизације са европским правом које се обликује кроз праксу овог Суда⁸²¹.

5.1.2. Право на слободу мирног окупљања

Слобода мирног окупљања представља једно од основних људских права и може да се посматра као један посебан вид слободе изражавања и то као начин изражавања одређене идеје. Да би неко окупљање потпадало под гарантовану слободу мирног окупљања мора се разликовати од окупљања које је присутно у свакодневном животу човека, а што спада у приватни живот⁸²². Када окупљање грађана излази из сфере приватног живота појединца онда је под посебном

⁸¹⁸Крстић, И, 2006, *Право на поштовање приватног и породичног живота – члан 8. Европске конвенције о људским правима*, Београд, стр. 28.

⁸¹⁹Крстић, И, 2006.

⁸²⁰Цвејић Јанчић, О, јул-децембар 2006, *Право на поштовање приватног и породичног живота*, *Архив за правне и друштвене науке*, 3-4, стр. 1959.

⁸²¹Цвејић Јанчић, О, јул-децембар 2006, стр. 1960.

⁸²²Објављено у Јанчић, М, јун 2013, *Слобода мирног окупљања и забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације*, *Темида, часопис о виктимизацији, људским правима и роду*, 2, стр. 149-169.

заштитом државе, јер је таква врста окупљања усмерена на јавно деловање⁸²³. Уставом, законима, међународним документима и другим правним прописима се гарантује слобода мирног окупљања, али се такође прописују и одговарајућа ограничења слободе мирног окупљања грађана односно ситуације у којима и када је дозвољено и оправдано ограничити је.

Устав Републике Србије из 2006. године прокламује у члану 54. слободу мирног окупљања и његове одредбе поводом овог питања су усклађене са међународним стандардима који су садржани у међународним документима. Устав прописује да се слобода мирног окупљања може законом ограничити само ако је то неопходно ради заштите јавног здравља, морала, права других или ради безбедности Републике Србије. Ова материја односно поступак остваривања права на мирно окупљање је такође регулисан новим Законом о јавном окупљању⁸²⁴, који је донет 2016. године. Стари Закон о окупљању грађана⁸²⁵ је имао одређене недостатке, јер, како истиче *Николић*, није био усаглашен са Уставом, као ни међународним документима, а 2010. године је Венецијанска комисија заједно са ОЕБС-ом донела Заједничко мишљење о овом Закону у којем су изнете бројне примедбе у погледу проширења важности Закона на странце, затим укидања одредби којима се окупљање отежава, прецизнијег одређивање места за одржавање скупа и начина пријављивања скупа и тако даље⁸²⁶. Према важећем Закону, мирно окупљање је слободно и свако има право да организује окупљање и да у њему учествује (став 2). Уставни суд Републике Србије је на 9. седници одржаној 9.

⁸²³ Димитријевић, В, Поповић, Д, Папић, Т, Петровић, В, 2007, стр. 249, 250.

⁸²⁴ Закон о јавном окупљању, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016.

⁸²⁵ Закон о окупљању грађана Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 51/92, 53/93, 67/93 и 48/94, *Сл. лист СРЈ*, бр. 21/2001 - СУС и *Сл. гласник РС*, бр. 101/2005 – др. закон. Према члану 9. оспореног Закона надлежни орган ће привремено забранити одржавање јавног скупа који је усмерен на насилно мењање Уставом утврђеног поретка, нарушавање територијалне целокупности и независности Републике Србије, кршење Уставом зајемчених слобода и права човека и грађанина, изазивање и подстицање националне, расне и верске нетрпеливости и мржње. Према члану 11. истог закона надлежни орган може јавни скуп да забрани и ради спречавања ометања јавног саобраћаја, угрожавања здравља, јавног морала или безбедности људи и имовине. Управо угрожававање безбедности људи и имовине је често представљало основ за забрану мирног окупљања ЛГБТ особа у нашој држави односно за забрану одржавања Параде поноса, из разлога што надлежни органи нису могли да контролишу насиље које је усмерено на учеснике Параде од стране навијачких и десничарских група (Косановић, М, Гајин, С, Миленковић, Д, 2010, стр. 126.).

⁸²⁶ Николић, О, *Забрана дискриминације ЛГБТ популације и слобода окупљања и удруживања у: Рабреновић, А. и Ћеранић, Ј. (ур.), 2012, Усклађивање права Републике Србије са правним тековинама ЕУ: приоритети, проблеми, перспективе*, Београд, стр. 143.

априла 2015. године у предмету оцене уставности закона утврдио да Закон о окупљању грађања у целини није у складу са одредбама Уставом (предмет ПУз-204/2013)⁸²⁷, с обзиром на то да је Закон донет у време важења Устава од 1990. године и последњи пут мењан 2005. године и да се више није мењао нити усклађиво након доношења новог Устава од 2006. године. До овакве одлуке Уставног суда дошло је услед постојања неколико спорних питања. Прво се односи на очигледну разлику између законске формулације разлога због којих се јавни скуп може забранити и Уставом утврђених основа за ограничење слободe окупљања⁸²⁸. Чланом 54. ставом 4. Устава Републике Србије предвиђено је да слобода окупљања може да се ограничи законом само ако је то неопходно ради заштите јавног здравља, морала, права других или безбедности РС, док се у Закону о окупљању грађања не наводе ова Уставом утврђена ограничења, већ се наводе ограничења из члана 43. става 2. Устава Републике Србије. од 1990. године, на основу којег је Закон и донет. Стога, утврђено је да постоји формална несагласност Закона са Уставом, као и са чланом 11. ставом 2. Европске конвенције. Друго спорно питање се односи на питање да ли постоји уставни основ да се остваривање зајемчене слободe окупљања, као и могућност њеног ограничења, уреди законом на различит начин у зависности од тога из ког разлога се ограничава⁸²⁹. Треће спорно питање односи се на сагласност Закона са уставним начелом о судској заштити гарантованих права и слобода, са уставним начелом судске контроле законитости управе, као и сагласности са Уставом загарантованог права на правно средство⁸³⁰.

⁸²⁷ <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/12012/?NOLAYOUT=1>, 15.09.2016.

⁸²⁸ Уставни суд је указао да различите формулације не морају аутоматски значити да законске одредбе у материјалноправном смислу нису сагласне са Уставом, али само ако не воде проширивању уставних основа допуштеног ограничења слободe окупљања.

⁸²⁹ Уставни суд сматра да поједини уставни основи ограничења ове слободe могу захтевати ближе законске уређење, али да прописани разлог за ограничење мора да буде у непосредној вези са уставним основом ограничења, из разлога што за законско ограничење зајемчене слободe или права није довољно да Устав допушта ограничење, већ до ограничења може доћи само у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму који је неопходан да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права.

⁸³⁰ Уставни суд сматра да из уставних одредаба не произлази да има уставноправног основа да се законом, у зависности од тога из ког разлога се у конкретном случају ограничава слобода окупљања, пропише различит поступак одлучивања о забрани јавног скупа (привремена забрана из члана 9. Закона и забрана из члана 11. Закона која нема привремени карактер), а који суштински представља основ за различито уређивање поступка заштите зајемчене слободe. Уставним

Уставни суд посебно истиче да право на правно средство подразумева не само прописаност правног средства за заштиту одређених права, већ и његову делотворност, а што значи да реално омогућава ефективну заштиту права због чијег пружања је предвиђено, те стога сматра да остваривање зајемчене слободе окупљања укључује и то да се јавни скуп одржи управо у време за које је пријављен, те да се зато пре тог времена мора учинити извесним и правно неспорним да ли има основа за ограничење ове слободе⁸³¹. Четврто спорно питање јесте питање уставноправне заснованости Законом датог овлашћења јединицама локалне самоуправе да својим актом одреде простор примерен за одржавање јавног скупа.

Према новом Закону о јавном окупљању, Јавно окупљање се дефинише као окупљање више од 20 лица ради изражавања, остваривања и промовисања државних, политичких, социјалних и националних уверења и циљева, других слобода и права у демократском друштву (члан 3. став 1), као и други облици окупљања којима је сврха остваривање верских, културних, спортских, забавних и других интереса (члан 3. став 2). Законом је одређено да окупљање није дозвољено на месту на којем, због карактеристика самог места или његове намене, прети опасност од наступања угрожавања безбедности људи и имовине, јавног здравља, морала, права других или безбедности Републике Србије (члан 6. став 1), а под

одредбама је дато овлашћење законодавцу да уређујући одређени поступак, може предвидети и одређене специфичности уколико оне имају легитимно и разумно оправдање управо у различитости уставних основа за забрану јавног скупа, али према оцени Уставног суда, нема уставноправног утемељења да те специфичности имају за последицу различиту правну заштиту слободе окупљања. Анализирајући одредбе Закона, судска заштита зајемчене слободе окупљања обезбеђена је када надлежни орган привремено забрани јавни скуп, али да се овај поступак не односи на случајеве из члана 11. Закона, у којима је решењем надлежног органа одржавање пријављеног јавног скупа забрањено ради спречавања ометања јавног саобраћаја, угрожавања здравља, јавног морала или безбедности људи и имовине. У тим случајевима, предвиђено је само право жалбе у управном поступку, против првостепеног решења Министарства. Стога, Уставни суд наглашава да начело судске контроле законитости управе из члана 198 став 2. Устава изричито утврђује да законитост коначних управних аката подлеже преиспитивању од стране суда, било у поступку у управном спору, било у неком другом, прописаном судском поступку.

⁸³¹ Ово се посебно односи на одредбу члана 11. оспореног Закона којим се прописује рок од најкасније 12 сати пре времена за које је скуп заказан, као рок у коме је надлежни првостепени орган дужан да донесе решење. Одредбама Закона није није прописан рок у коме је орган дужан да решење достави сазивачу, није прописан краћи рок за жалбу против првостепеног решења, нити рок у коме је другостепени орган дужан да одлучи о жалби, из чега следи да се примењују општи рокови предвиђени Законом о општем управном поступку, дакле рок од 15 дана од дана достављања решења.

местом се сматра простор испред здравствене установе, школе, предшколске установе, као и простор испред објеката од стратешког и посебног значаја за одбрану и безбедност РС (члан 6. став 2). Оваква формулација одредбе може довести до тога да ће грађанима бити отежано да се јавно окупе како би изразили незадовољство, протест или мишљење у вези са остваривањем својих социјалних, политичких или економских циљева. Окупљање, такође, није дозвољено на местима на којима се одржавањем окупљања крше људска и мањинска права и слободе других, угрожава морал или на местима која су затворена за јавност (члан 6. став 3). Чланом 8. је прецизирано да окупљање није дозвољено онда када постоји угрожавање безбедности људи и имовине, јавног здравља, морала, права других или безбедности РС; када су циљеви окупљања усмерени на позивање и подстицање на оружани сукоб или употребу насиља, на кршење људских и мањинских слобода и права других односно на изазивање или подстицање расне, националне, верске или друге неравноправности, мржње и нетрпељивости; затим када наступи опасност од насиља, уништавања имовине или других облика нарушавања јавног реда у већем обиму и ако је оно супротно закону. Новине овог Закона се огледају у одређивању обавеза организатора окупљања, а које нису биле предвиђене претходним Законом⁸³². Још једна новина јесте та да је рок за доношење решења којим се не дозвољава одржавање окупљања најкасније 96 часова пре пријављеног времена за почетак скупа (члан 15. став 2), док је претходним законом овај рок је износио 12 сати, као и поштрење новчаних казни за правна и физичка лица као организаторе окупљања (чланови 20-23). Против поменутог решења је дозвољена жалба у року од 24 часа од пријема, а надлежни органи су у обавези да о њој одлуче без одлагања, а најкасније у року од 24 часа од пријема жалбе (члан 16. став 1. и 2).

Што се тиче међународног правног оквира поводом слободе мирног окупљања међу најзначајнијима јесу Универзална декларација о људским правима

⁸³² Члан 11. Закона о јавном окупљању од 2016. године: „Организатор окупљања дужан је да: 1) ангажује редарску службу и обезбеди одржавање мирног окупљања на начин да се онемогући избијање насиља и недолично понашање учесника током трајања окупљања, као и приликом доласка и одласка учесника скупа са места окупљања; 2) води и надзире окупљање и организује и усмерава рад редара; 3) омогући несметан пролазак возилима хитне помоћи, полиције и ватрогасним возилима; 4) поступи по наређењима надлежног органа; 5) прекине окупљање ако наступи непосредна опасност за безбедност људи и имовине и о томе одмах обавести полицију”.

из 1948. године, Европска конвенција о људским правима и основним слободама из 1950. године, као и Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године. Универзална декларација прокламује и гарантује свакоме слободу мирног окупљања и удруживања⁸³³. Европска конвенција о људским правима и основним слободама такође јемчи да свако има право на слободу мирног окупљања и удруживања, а да се за вршење ових права неће постављати никаква ограничења, осим оних која су прописана законом и која су неопходна у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала или ради заштите права и слобода других⁸³⁴. Међународни пакт о грађанским и политичким правима садржи одредбе којима признаје право мирног окупљања и одређује предмет њеног ограничења⁸³⁵. Право на слободу мирног окупљања и удруживања је гарантована и Џокцакартским принципима, па тако 20. принцип свакоме јемчи право на слободу мирног окупљања и удруживања, укључујући и мирне демонстрације, без обзира на сексуалну оријентацију или родни идентитет, као и право да формирају, без дискриминације, удружења која су заснована на сексуалној оријентацији или родном идентитету, као и удружења која дистрибуирају информације и олакшавају међусобну комуникацију или се залажу за права лица различитих сексуалних оријентација и родног идентитета. У оквиру предложених мера, држава би требала да предузме све неопходне законодавне, административне и друге мере како би обезбедила право на мирно окупљање, удруживање, организовање и заступање око питања која се тичу сексуалне оријентације и родног идентитета, као и да обезбеди

⁸³³ Члан 20. став 1. Универзалне декларације о људским правима (1948) гласи: „Свако има право на слободу мирног окупљања и удруживања”.

⁸³⁴ Члан 11. став 1. Европске конвенције о људским правима и основним слободама (1950) гласи: „Свако има право на слободу мирног окупљања и слободу удруживања са другима, укључујући право да оснива синдикат и учлањује се у њега ради заштите својих интереса”, док став 2. гласи: „За вршење ових права неће се постављати никаква ограничења, осим оних која су прописана законом и неопходна у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Овим се чланом не спречава законито ограничавање вршења ових права припадницима оружаних снага, полиције или државне управе”.

⁸³⁵ Члан 21. Међународног пакта о грађанским и политичким правима (1966) гласи: „Признаје се право мирног окупљања. Вршење овог права може само да буде предмет ограничења наметнутих у складу са законом, а која су потребна у једном демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности, јавног реда или ради заштите јавног здравља или морала или права и слобода других лица”.

правно признање таквим организацијама и групама без дискриминације на основу сексуалне оријентације или родног идентитета. Затим, потребно је да држава обезбеди да се појмови јавни ред, јавни морал, јавно здравље и јавна безбедност не користе како би се ограничило остваривање права на мирно окупљање и удруживање искључиво због тога што афирмише различите сексуалне оријентације или родне идентитете. Следећа препорука државама јесте да ни под којим условима не омета остваривање права на мирно окупљање и удруживање на основу сексуалне оријентације или родног идентитета, као и да лицима које остварују ова права обезбеди пружање адекватне полицијске или друге физичке заштите против насиља или узнемиравања. Од изузетне важности је и препорука да држава треба да обезбеди обуку и програме за подизање свести надлежним органима који примењују и извршавају закон као и другим значајним званичницима како би се омогућило да такву заштиту и пруже.

Данас се у Републици Србији не тако ретко суочавамо са ситуацијама у којима се крше људска права и основне слободе, као и са изазовима њихове потпуне и ефикасне примене и заштите, иако су прокламована и заштићена ратификованим међународним документима и позитивним законодавством. Ово посебно важи за забрану дискриминације на основу сексуалне оријентације, остваривање слободе мирног окупљања припадника ЛГБТ популације и заштиту припадника ове мањинске групе. Анализирајући праксу појединих земаља, уочила сам да ово није проблем који се јавља само у нашој земљи, већ је такође присутан и у другим земљама, поготово у оним у којима је традиционално патријархално наслеђе још увек доста укорењено. Људска права и слободе се без обзира на свеопште прихватање основних и универзалних вредности ипак крше и то се дешава систематски и масовно и веома је распрострањено, мање или више, у свим деловима света. Да ли је такво стање пораз и неуспех државе, друштва или сваког појединца понаособ?

Параде поноса као јавни скупови који се већ деценијама организују у земљама широм света и Европе, а поготово у државама западне Европе, а које у тим градовима представљају културне манифестације и туристичке атракције, заправо за собом носе поруке којима се промовише једнакост, равноправност,

толеранција и борба против дискриминације⁸³⁶. Међутим, раније није било тако. Борба за људска права припадника ЛГБТ популације и борба против хомофобије у свету, конкретније у Сједињеним Америчким Државама датира још од 1969. године⁸³⁷ и није била нимало једноставна и лака, а чини ми се да у многим државама у свету та борба и даље траје, као што је то пример и код нас. Застава дугиних боја, која је симбол борбе ЛГБТ популације за људска права, први пут је била истакнута чак девет година касније, односно 1978. године на протестима у Сан Франциску, граду који представља ЛГБТ престоницу Америке, а могло би се рећи и света⁸³⁸. Из разговора са новинарком и предавачем на Универзитету у Аризони, Сузан Грин (*Susan Green*) у документарном филму о ЛГБТ људским правима сазнајемо да се борба за људска права сексуалних мањина везује за бар Стоунвол (*Stonewall Inn*) на Гринвич Вилиџу (*Greenwich Village*) у Њујорку, који је био место окупљања ЛГБТ популације. Они су наилазили на мноштво проблема, с обзиром да их је полиција стално хапсила и злостављала, те су дошли на идеју да подигну побуну јер нису више могли да трпе малтретирање и тортуру. Овај протест је трајао три дана, људи су били по читавој четврти, а протесту су се прикључили и случајни пролазници и они који су то гледали икоји су се у том моменту нашли ту, улице су биле препуне. Већ наредне, 1970. године организована је Парада поноса у Њујорку, на којој су припадници ЛГБТ популације поносно показали да су као и сви остали и од тада се параде поноса у знак сећања на овај догађај организују и одржавају широм света. Од тог периода почиње да се води дебата о истополним браковима и о пружању заштите сексуалним мањинама од стране државе. Од 1969. године када је избила побуна у бару Стоунвол, у Немачкој хомосексуалност није више кривично дело и од тада почиње борба за права ЛГБТ популације. Занимљиво је да су у Немачкој, још у време Вајмарске републике од 1919. до 1933. године и доласка Хитлера на власт, припадници ЛГБТ популације уживали поштовање својих права и то углавном у великим градовима. Међутим, Кривични законик

⁸³⁶Мршевић, З, 2009, Слобода јавног окупљања између политике и међународног права, *Страни правни живот*, 2, стр. 315.

⁸³⁷Документарни филм о људским правима у Србији: *Лгбт и људска права у Србији – 2. епизода*, емитован крајем октобра 2011. године, (<https://www.youtube.com/watch?v=v8Hz2u378V8>, 13.11.2015).

⁸³⁸*Лгбт и људска права у Србији – 2. епизода*, 2011.

Немачке је у том периоду садржавао параграф 175 према којем је хомосексуалност сматрана за противприродни блуд, апрогони и кажњавања ЛГБТ особа почели су тек за време владавине Адолфа Хитлера, када су Јевреји, Роми и припадници ЛГБТ популације били прогоњени и хапшени⁸³⁹. Параграф 175, који је преузет из пруског Кривичног законика, гласио је: „Противприродни блуд, почињен између лица мушког пола или између људи и животиња, кажњив је казном затвора, а такође им могу бити одузета грађанска и политичка права”⁸⁴⁰.

У нашој држави и претежно хомофобичном друштву, ситуација поводом остваривања права на мирно окупљање није баш охрабрујућа. Први покушај одржавања Параде поноса у Београду догодио се 2001. године, а који је резултирао вандализмом, бруталним насиљем и пребијањем припадника ЛГБТ популације⁸⁴¹ који су били учесници Параде. За такве немиле догађаје нико није позван на одговорност⁸⁴². Припадници сексуалних мањина су тада желели да тиме обележе Међународни дан поноса хомосексуалаца и лезбејки⁸⁴³.

Други покушај организовања Параде је био у септембру 2009. године. Подсећам да је крајем марта исте године усвојен је и Закон о забрани дискриминације, који изричито као основ за забрану дискриминације у члану 21. предвиђа и сексуалну оријентацију⁸⁴⁴. Упркос свим обећањима представника

⁸³⁹ *Лгбт и људска права у Србији – 2. епизода*, 2011.

⁸⁴⁰ Bruns, M., 2012, *Die strafrechtliche Verfolgung homosexueller Männer in der BRD nach 1945* објављено у § 175 StGB Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer, Berlin, pp. 26.

⁸⁴¹ Посебно питање је наравно у име којих вредности (да ли у име очувања партијархалног морала, традиционалних породичних вредности и слично) се може правдати наносење огромне материјалне штете, поред већ поменутих људских жртва, у једној и онако сиромашној земљи безобзирним уништавањем исте, јер ће нанета штета ипак морати да се накнади из буџета, и да ли такве рушилачке вредности дели већина грађана. Чини се да је тиме дат врло лош пример младима, да уместо да чувају и изграђују своју земљу они је немилосрдно и некажњено уништавају. Да ли је то патриотизам и испољавање љубави према својој земљи или слабост државе да обезбеди неговање и вредновање стваралачких, креативних способности својих чланова, а посебно младе генерације?

⁸⁴² *Лгбт популација у Србији – стање људских права и друштвени положај*, Извештај Заштитника грађана Републике Србије, 2011, Београд, стр. 7. Физички су били нападнути и новинари, као и случајни пролазници који су се у то време нашли на улицама Београда, тако да је на тај начин фактички прекинута Парада.

⁸⁴³ *Људска права у Југославији 2001, право, пракса и правна свест у Савезној Републици Југославији и међународни стандарди људских права*, извештај Београдског центра за људска права, 2002, Београд, стр. 284.

⁸⁴⁴ Овај члан је изазвао оштре критике и одјек у јавности, а нарочито реакцију појединих политичких партија и њених представника, као и реакцију Српске православне цркве. Српска православна црква је чак, након јавне расправе о овом Закону, захтевала да се предлог овог закона

полиције да ће окупљање ЛГБТ популације бити заштићено, а насиље спречено, из Министарства унутрашњих послова је стигло решење којим се из безбедносних разлога локација скупа премешта. Организатори су решење МУП-а схватили као индиректну забрану уредно пријављеног јавног скупа и донели одлуку да Параде неће ни бити. Сматрајући да су им тиме грубо прекршена Уставом загарантована права и слободе, а пре свега слобода мирног окупљања, организатори Параде поноса поднели су уставну жалбу Уставном суду Републике Србије, који је у својој одлуци од 22. децембра 2011. године усвојио уставну жалбу организатора Параде поноса⁸⁴⁵.

У одлуци Уставног суда⁸⁴⁶ (УЖ-5284/2011) се констатује да су надлежни државни органи забраном Параде прекршили Устав Републике Србије односно да је подносиоцу уставне жалбе, а то је удружење „Парада поноса Београд”, повређено право на судску заштиту, право на правно средство и слобода мирног окупљања грађана која је загарантована и домаћом правном регулативом и међународним уговорима које је наша држава усвојила и ратификовала. Уставни суд је такође усвојио захтев за накнаду нематеријалне штете, док је захтев за накнаду материјалне штете одбацио. Београдски центар за људска права, који је заступао организаторе Параде пред Уставним судом РС, наводи да је ова одлука посебно значајна јер пружа могућност подношења захтева за накнаду штете због забране односно отказивања јавног скупа⁸⁴⁷. Одлука Уставног суда иако усваја уставну жалбу организатора Параде и на први поглед се чини као позитиван напредак, заправо даје само привид праведног и коректно образложеног пресуђивања. Наиме, Суд је истом одлуком одбацио уставну жалбу неколико

повуче из скупштинске процедуре, што је и учињено (*Људска права у Србији 2009, право, пракса и међународни стандарди људских права*, стр. 57). Оваквим поступањем Српска православна црква је јасно показала да, не само да може, већ да стварно и утиче на законодавну власт, на сам рад Скупштине и процедуру доношења законских прописа. Овај чин је очекивано изазвао изузетну медијску пажњу, као и пажњу и незадовољство грађана и бројних организација из невладиног сектора, тако да је после неколико дана предлог поново враћен у скупштинску процедуру и коначно усвојен 26. марта 2009. године.

⁸⁴⁵ http://www.bgcentar.org.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=885:ustavni-sud-je-odlucio-da-su-zabranom-povorke-ponosa-2009-vlasti-prekrstile-ustav-republike-srbije&catid=58:saoptenja&Itemid=71, 28.12.2011.

⁸⁴⁶ Текст пресуде доступан на <http://www.ustavni.sud.rs/Storage/Global/Documents/Misc/Uz-5284-2011.pdf>, 22. 07. 2014..

⁸⁴⁷ http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2011&mm=12&dd=30&nav_category=12&nav_id=569993, 30.12.2011.

појединаца који су такође сматрали да су наведена права повређена. Поставља се питање шта се овим одбацивањем хтело постићи, имајући у виду да према Уставу „свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право” (члан 22. став 1. Устава Србије), као и да према Закону о уставном суду *свако лице* има право да поднесе уставну жалбу када сматра да му је одређено право повређено (члан 81. став 1). Забраном Параде, како истиче *Триповић*, није повређено само право организатора на мирно окупљање, него и свих оних који су том скупу желели да присуствују и да у њему учествују⁸⁴⁸, с обзиром на то да је мирно окупљање грађања слободно (члан 54. став 1. Устава), а законом се може ограничити само ако је то неопходно ради заштите јавног здравља, морала, права других или безбедности Републике Србије (члан 54. став 4). Затим, ни у једном делу образложења пресуде није разјашњено да ли је забрана Параде било оправдана⁸⁴⁹, нити се стало у одбрану права свих на мирно окупљање, што показује веома слабу моћ односно неспремност Уставног суда да своје поступке води веома темељно и да својом праксом ствара правне ставове који би утицали на евентуалну промену у друштвеном и законодавном контексту. Доносећи одлуку у којој потврђује да организатори Параде нису имали ефикасан и делотворан правни лек, с обзиром да је рок за жалбу на решење којим је јавни скуп забрањен истицао тек након што је Парада требала да буде одржана, јер закон није прецизирао жалбене рокове (те су коришћена општа правила која важе за изјављивање жалбе)⁸⁵⁰, Уставни суд покушава да пребаци одговорност са надлежних органа указујући тиме на законске недостатке, а због којих на крају испаштају сви грађани с обзиром да се накнада штете исплаћује из буџета. Задатак суда је, наводи *Триповић*, такође био да утврди да ли су надлежни органи предузели све мере како не би дошло до угрожавања безбедности, јер држава има обавезу да заштити све грађане, с обзиром на то да располаже монополом физичке принуде, али у одлуци, с једне стране, стоји да су надлежни органи учинили све што је било неопходно, док са друге стране није садржано ништа што указује на

⁸⁴⁸ Триповић, Б, 2013, *Како свима да се свидим?*, <http://pescanik.net/kako-svima-da-se-svidim/>, 15.09.2016.

⁸⁴⁹ <http://pescanik.net/kako-svima-da-se-svidim/>, 15.09.2016.

⁸⁵⁰ <http://pescanik.net/kako-svima-da-se-svidim/>, 15.09.2016.

озбиљан процес утврђивања чињеница о извештају полиције о безбедности. Што се тиче повреде начела забране дискриминације, Уставни суд је одлучио да је тврдња да је забрана јавног скупа последица дискриминације на основу сексуалне оријентације уставноправно неутемељена, имајући у виду да су надлежни органи забранили све јавне скупове заказане за тај или претходни дан, а чији су сазивачи били лица или организације које заступају супротне ставове и идеје. Овакав став и образложење суда сматрам неприхватљивим и неозбиљним, али и као недостатак снаге да се ухвати у коштац са појавом дискриминације на основу сексуалне оријентације. Сасвим је очигледно да је позадина забране јавног скупа ове врсте сексуална оријентација и да је последица дискриминације, а потенцијално угрожавање безбедности само врста изговора надлежних органа, јер свака значајнија фудбалска утакмица или дерби представљају итекако безбедносни ризик, али ниједна до сада није отказана. обавезе.

Дужност је извршне власти да обезбеди слободу мирног окупљања и заштиту свих грађана подједнако од било ког вида насиља и дискриминације. Закони ће бити ефикасни само уколико се примењују у складу са сврхом и циљем због којег су донети и само на тај начин неће остати мртво слово на папиру. Уосталом, шта вреде добри, квалитетни и савремени закони ако се они не примењују, а поготово ако их не примењују државни органи којима је то дужност, као ни ако се кршење закона од стране грађана, који су такође дужни да поштују законе своје земље, не санкционише.

Трећи покушај одржавања Параде у Београду је био 10. октобра 2010. године и представља прву одржану Параду поноса у Србији након претходна два неуспешна покушаја организовања 2001. и 2009. године⁸⁵¹. Позитивном исходу тадашње Параде поноса је у многome допринела спремност припадника полицијских снага да се благовремено и озбиљније позабаве обезбеђивањем и гарантовањем безбедности и сигурности учесника Параде и одржавањем самог јавног скупа. Овог пута Парада је добила подршку од стране државних институција као и већине политичких партија, па се може рећи да политичка воља није изостала. Како се наводи у извештају Београдског центра за људска права из 2010.

⁸⁵¹Петровић, В. (ур.), 2011, стр. 308.

године, политичка подршка је више била мотивисана потребом да се у Србији обезбеде предуслови за процес европских интеграција и олакша њен пут ка равноправном чланству у Европској Унији, него што је Парада схватана, као што би иначе требало, као скуп којим се жели истаћи и промовисати начело једнакости, равноправности, толеранције, људских права и забране дискриминације⁸⁵². Међутим, и поред свих напора да се спречи вандализам, причињена је значајна материјална штета која је процењена на преко милион евра⁸⁵³. Прво основно тужилаштво у Београду је након тога подигло први оптужни предлог против изгредника, те је Први основни суд у Београду донео и прве пресуде због ометања службеног лица у обављању службене делатности током одржавања Параде поноса⁸⁵⁴.

Почетком октобра 2011. године је требала да буде одржана Парада поноса, али је овога пута била изричито забрањена под изговором да српско друштво није спремно за одржавање догађаја такве врсте, као и да у држави постоје много већи проблеми којима би требало посветити пажњу. Чињеница је да у држави заиста има и других крупних проблема, али то не може и не треба да буде изговор за пасивно понашање надлежних државних органа и њихов негативан приступ појединим друштвеним темама и проблемима. Држава која је ратификовала одређене међународне конвенције једноставно мора да испуњава све обавезе које је њима преузела и мора примењивати одредбе на које се обавезала, а у супротном за то мора бити предвиђена и примењена одговарајућа санкција. Када државни органи не примењују и не спроводе правне прописе, они тим чином шире јасну али потпуно погрешну поруку свим грађанима да ни они не морају да их поштују и да се понашају у складу са њима и да правна регулатива у држави постоји само формално.

⁸⁵²Петровић, В. (ур.), 2011, стр. 309.

⁸⁵³Посебно питање је наравно у име којих вредности (да ли у име очувања партијархалног морала, традиционалних породичних вредности и слично) се може правдати наношење огромне материјалне штете, поред већ поменутих људских жртва, у једној и онако сиромашној земљи безобзирним уништавањем исте, јер ће нанета штета ипак морати да се накнади из буџета, и да ли такве рушилачке вредности дели већина грађана. Чини се да је тиме дат врло лош пример младима, да уместо да чувају и изграђују своју земљу они је немилосрдно и некажњено уништавају. Да ли је то патриотизам и испољавање љубави према својој земљи или слабост државе да обезбеди неговање и вредновање стваралачких, креативних способности својих чланова, а посебно младе генерације?

⁸⁵⁴Извештај Београдског центра за људска права, Београд, 2011, стр. 314.

Парада поноса, која је била заказана за 6. октобар 2012. године⁸⁵⁵ је забрањена од стране надлежних државних органа из наводно безбедносних разлога. Парада поноса која је била заказана за 28. септембар 2013. године је такође забрањена из истих разлога, као и сви остали скупови најављени и планирани тог дана (као да то чини оправданим забрану Параде уз стварање привида да дискриминација није учињена). Решење о забрани овог скупа донето је само дан раније, чиме су сви правни лекови предвиђени Законом о окупљању грађана учињени неделотворним⁸⁵⁶. Следећа по реду Парада поноса је била заказана за 31. мај 2014. године, али је организациони одбор Параде одлучио да је одложе због елементарне непогоде и стравичних поплава које су задесиле Србију у том периоду⁸⁵⁷. По питању поштовања слободе мирног окупљања је постигнут некакав напредак, ако узмемо у обзир да је парада крајем септембра 2015. године одржава, као и да је прошла без инцидената.

Слобода мирног окупљања заиста представља један од предуслова за настанак и опстанак модерног демократског друштва. Она је основ комуникације између појединаца који имају сличне или исте интересе или политичка уверења и кроз слободу мирног окупљања изражавају одређене идеје и боре се за признавање појединих права, испуњење заједничких циљева и на тај начин користе и своју слободу изражавања и учествују у јавном животу⁸⁵⁸. Веома је важно да се омогући што успешнија и потпунија имплементација одредаба којима се ова област нормира, што значи да није довољно да се само донесу и усвоје одређена решења и документи којима се одређена права регулишу. То првенствено значи да је потребно да се правном регулативом изгради и уреди што ефикаснији систем остваривања и заштите људских права и основних слобода, као и забране дискриминације који би довео до успешног спречавања вршења дискриминације и сваког вида насиља према различитим маргинализованим мањинским групама односно њеним припадницима. Подједнако је важно изградити и јасну и ефикасну

⁸⁵⁵Више о томе: *Годишњи извештај о стању људских права ЛГБТ особа у Србији за 2012. годину*, мај 2013, Београд, стр. 32, 33.

⁸⁵⁶*Људска права у Србији 2013, право, пракса и међународни стандарди људских права*, 2014, Београд, стр. 49.

⁸⁵⁷<http://parada.rs/>, 6.06.2014.

⁸⁵⁸Димитријевић, В, Поповић, Д, Папић, Т, Петровић, В, 2007, стр. 249.

казнену политику у односу на одговорна лица, с циљем да се сваком појединцу обезбеди једнака могућност и шанса за миран и достојанствен живот без обзира на различитости.

Веома значајну улогу у домену остваривања људских права и основних слобода и успостављању одређених стандарда њихове заштите, како би се унапредило њихово поштовање и допринело усаглашавању законодавстава у земљама чланицама Савета Европе⁸⁵⁹ са постигнутим стандардима има Европски суд за људска права у Стразбуру. Када се ради о остваривању и заштити слободе мирног окупљања, анализирају случај Алексејев против Русије (*Alekseyev v. Russia*⁸⁶⁰). У овом случају, подносилац представке је тврдио да му није био обезбеђен ефикасан правни лек на наводну повреду његовог права на мирно окупљање, као и да се власт у Москви понашала дискриминаторски⁸⁶¹, Сматрао је да забрана Параде није била у складу са законом и да није тежила никаквом легитимном циљу нити је била неопходно у демократском друштву. Влада Русије је оспоравала тај аргумент наводећи да су власти деловале законито и у оквиру поља слободне процене када су одлучивале да забране догађај те врсте, позивајући се на разлоге безбедности и заштите јавног реда и мира, с обзиром да се ниједном

⁸⁵⁹ Србија је постала чланица Савета Европе 3. априла 2003. године, а након усвајања декларације о независности Црне Горе од 3. јуна 2006, а у складу са чланом 60. Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, Комитет министара је на свом 967. састанку усвојио декларацију о наставку чланства Србије из Заједнице држава Србија и Црна Гора у Савету Европе и продужавању обезбеђивања дужности и обавеза. Више на http://www.coe.org.rs/def/tdoc_sr/serbia_and_coe/?conid=26.

⁸⁶⁰ ECtHR, *Alekseyev v. Russia*, no. 4916/07, 25924/08, 14599/09, пресуда од 21. октобра 2010.

⁸⁶¹ Он је 2006. године у Москви организовао Параду поноса, како би скренуо пажњу јавности на дискриминацију сексуалних мањина у Русији, са намером да се промовише поштовање људских права и основних слобода и да се позову сви на толеранцију према ЛГБТ особама. Тим поводом се градоначелник Москве огласио обавештавајући јавност да се никаква Парада неће одржати ни на који начин, да ће бити забрањена и да ће сваки покушај поступања противно одлукама власти бити најстрожије кажњен. Изнео је и свој став да хомосексуалност сматра за нешто неприродно. Власт је одбила да изда дозволу за одржавање јавног скупа позивајући се на јавни ред, превенцију нереда и заштиту здравља, морала и права и слобода других. Подносилац представке је на одлуку градоначелника поднео тужбу суду, који ју је одбио, позивајући се на одредбе Закона о окупљању, с обзиром на то да су власти одговорне за обезбеђивање сигурности и безбедности скупа. Алексејев је потом поднео жалбу другостепеном суду, која је одбијена са образложењем да је првостепена пресуда била законита и оправдана с обзиром на све околности случаја. И 2007. године када су покушали да организују Параду догодила се идентична ситуација, која се такође завршила пред судом са истим исходом и последицом, а затим и наредне године, с тим да су и поред истог сценарија успели да одрже окупљање у трајању од десет минута. Након свега тога подносилац представке се обратио Европском суду за људска права у Стразбуру, сматрајући да му је прекршено право односно слобода мирног окупљања која је гарантована чланом 11. Европске конвенције.

другом мером није могло адекватно одупрети безбедносном ризику који је постојао, као и да би се заштитио морал, јер промовисање хомосексуализма није у складу са религијским схватањима већине становништва. Суд, међутим, налази да је неспорно да је забраном одржавања Параде поноса постојало мешање власти у уживању слободе мирног окупљања загарантоване чланом 11. ставом 1. Европске конвенције. Суд у свом образложењу наводи да држава није успела да спроведе правилну и адекватну процену безбедносног ризика за учеснике у тим догађајима, као и за јавни ред и мир, те стога донео одлуку да је постојала повреда члана 11. Конвенције и да сама забрана није била неопходна у демократском друштву. Како се подносилац представке жалио и на кршење члана 13. Конвенције који регулише право на делотворни правни лек и члана 14. Конвенције који уређује област забране дискриминације, Суд је такође једногласно установио да је постојала повреда и ових чланова.

5.1.3. Право на рад и запошљавање

Једна од области јавног живота у којој су лица хомосексуалне оријентације највише изложене дискриминацији јесте област рада и запошљавања. Овакво стање нам показује и најновији извештај Поверенице за заштиту равноправности за 2013. годину. Наиме, према мишљењу више од трећине испитаних грађана, области у којима се дискриминација најчешће јавља јесу рад и запошљавање, а што се поклапа са стварном сликом и подацима из праксе ове институције с обзиром да се управо највећи број поднетих притужби у 2013. години односи на дискриминацију у области рада и запошљавања⁸⁶². Посматрано са гледишта позитивног права, забрана дискриминације у области рада и запошљавања је изричито забрањена и по основу сексуалне оријентације. Важеће одредбе Закона о раду регулишу ову материју и експлицитно забрањују посредну и непосредну дискриминацију како

⁸⁶²Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2013. годину, март 2014, Београд, стр. 27.

лица која траже запослење тако и лица која су већ запослена, и то по разним наведеним основима, укључујући и сексуалну оријентацију⁸⁶³.

Што се тиче законодавног оквира у домаћем праву, Закон о раду није једини акт којим се ова материја регулише и којим се забрана дискриминације на раду и у вези са радом забрањује. Наиме, акт највише правне снаге такође садржи одредбу којом се јемчи право на рад и право на слободан избор рада⁸⁶⁴. Према Уставу, свима су под једнаким условима доступна сва радна места и свакоме се гарантује право на поштовање достојанства своје личности на раду, безбедни и здрави услови рада, потребна заштита на раду, ограничено радно време, дневни и недељни одмор, плаћени годишњи одмор, правична накнада за рад и на крају правна заштита за случај престанка радног односа, а ових права се нико не може одрећи⁸⁶⁵.

И Закон о забрани дискриминације Републике Србије, као општи закон у овој области, регулише материју дискриминације у области рада. И поред одредбе у којој је прокламовано начело једнакости, Закон садржи посебну одредбу у овој области. Према одредбама овог Закона, забрањена је дискриминација у области рада односно нарушавање једнаких могућности за заснивање радног односа или уживање под једнаким условима свих права у области рада⁸⁶⁶. Закон такође садржи и одредбу о кругу лица којима је гарантована заштита од дискриминације у области рада и запошљавања. У складу са овим, заштиту од дискриминације уживају лица која су у радном односу, лица која обављају привремене и повремене послове или послове по уговору о делу или другом уговору, лица на допунском раду, лица које обављају јавну функцију, припадници војске, лице које тражи посао, студенти и ученици на пракси, лица на стручном оспособљавању и усавршавању без

⁸⁶³Члан 18. Закона о раду РС, који гласи: „Забрањена је непосредна и посредна дискриминација лица која траже запослење, као и запослених, с обзиром на пол, рођење, језик, расу, боју коже, старост, трудноћу, здравствено стање, односно инвалидност, националну припадност, вероисповест, брачни статус, породичне обавезе, *сексуално опредељење*, политичко или друго уверење, социјално порекло, имовинско стање, чланство у политичким организацијама, синдикатима или неко друго лично својство”.

⁸⁶⁴Члан 60. став 1. и 2. Устава Републике Србије.

⁸⁶⁵Члан 60. став 3. и 4. Устава Републике Србије.

⁸⁶⁶Члан 16. став 1. ЗЗД РС, који гласи: „Забрањена је дискриминација у области рада, односно нарушавање једнаких могућности за заснивање радног односа или уживање под једнаким условима свих права у области рада, као што су право на рад, на слободан избор запослења, на напредовање у служби, на стручно усавршавање и професионалну рехабилитацију, на једнаку накнаду за рад једнаке вредности, на правичне и задовољавајуће услове рада, на одмор, на образовање и ступање у синдикат, као и на заштиту од незапослености”.

заснивања радног односа, волонтери и свака друга лица која по било ком основу учествује у раду⁸⁶⁷. Из садржине овог члана можемо да приметимо да је круг лица која уживају заштиту од дискриминације веома широк и обухвата сваки вид радног односа и учествовања у раду. Закон садржи и афирмативне мере, тако што се дискриминацијом не сматра прављење разлике, искључење или давање првенства због особености одређеног посла код кога лично својство лица представља стварни и одлучујући услов обављања посла, ако је сврха која се тиме жели постићи оправдана, као и предузимање мера заштите према појединим категоријама лица као што су жене, труднице, породиље, родитељи, малолетници, особе са инвалидитетом и други⁸⁶⁸.

И у оквиру Цокцакартских принципа регулисано је право на рад и свакоме се јемчи право на пристојан и продуктиван рад, као и правичне и задовољавајуће услове рада, без дискриминације на основу сексуалне оријентације или родног идентитета⁸⁶⁹. Држава би требала да предузме низ мера које су у Принципима предложене како би се овај принцип остварио. Наиме, држава треба да предузме све потребне законодавне, административне и друге мере за отклањање и забрану дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета у јавним и приватним установама, укључујући и могућност стручног усавршавања, запослења, унапређења, отпуштања, услова запошљавања и накнада. Држава би, затим, требала да елиминира сваку дискриминацију на основу сексуалне оријентације или родног идентитета како би се осигурале једнаке могућности запошљавања и напредовања у свим областима јавног рада, укључујући све ниво државних служби и службе запошљавања на јавним функцијама, укључујући службу полиције и војске, као и обезбедити одговарајућу обуку и програме за подизање свести у борби против дискриминаторних ставова.

Без обзира на јасну, недвосмислену и изричиту одредбу која забрањује сваку дискриминацију, у пракси је ситуација мало другачија у односу на законодавни оквир, па су случајеви дискриминације у области рада и запошљавања учестали и многобројни. Транссексуална лица су веома често дискриминисана приликом

⁸⁶⁷Члан 16. став 2. ЗЗД РС.

⁸⁶⁸Члан 16. став 3. ЗЗД РС.

⁸⁶⁹Принцип 12 Цокцакартских принципа – право на рад.

запошљавања на начин који им онемогућава да добију запослење за које су квалификована, поготово када транссексуалност већ постаје евидентна и када тело трпи драстичне промене у фази узимања хормонске терапије, а када их послодавци одбијају, најчешће под другим изговорима⁸⁷⁰. Ова лица, уколико су запослена, изложена су понижавању, подсмевању, вређању на радном месту од стране својих колега, а нису ретки случајеви и да добију отказ због свог родног идентитета⁸⁷¹. У домаћој судској пракси, 14. новембра 2012. године Апелациони суд у Новом Саду је донео прву правноснажну пресуду (ГЖ 3144/2012) по основу Закона о забрани дискриминације за тешку дискриминацију на основу сексуалне оријентације извршену на радном месту⁸⁷². Наиме, тужилац је био неколико месеци жртва дискриминације од стране једног од његових колега у једној приватној фирми у Вршцу, у којој су били запослени⁸⁷³. Овакво понашање његовог колеге је почело након што је из тужиоачевог мобилног телефона прочитао приватне поруке и на тај начин сазнао за његову сексуалну оријентацију, након чега је трпео вређања у дужем периоду. У образложењу пресуде се истиче да су речи „педер” и „педерчина” изрази који у српском језику имају значење негативног, омаловажавајућег, обезвређујућег и увредљивог означавања мушке особе истополне сексуалне оријентације, као и да упућивање таквих речи без обзира на повод представља узнемиравајуће и понижавајуће поступање које има за циљ повреду достојанства на основу личног својства. Суд је установио да је овакво понашање представља поновљену и продужену дискриминацију, дакле тежак облик дискриминације. Правноснажном пресудом Апелационог суда наложено је да се оштећеном исплати 180 хиљада динара за претрпљене душевне болове због повреда права личности, угледа и части, као и да се надокнаде судски трошкови у износу од 99 хиљада динара. Увидом у чињенично стање, сматрам да је овим путем прекршено и право на приватни живот, имајући у виду начин на који се сазнало за тужиоачеву сексуалну оријентацију.

⁸⁷⁰Павловић, С, 2012, стр. 65.

⁸⁷¹Павловић, С, 2012.

⁸⁷² <http://www.pravniportal.com/mobing-iz-ugla-sudske-prakse/>, 10.02.2014.

⁸⁷³ <http://gsa.org.rs/2013/01/prva-pravosnazna-presuda-za-tesku-diskriminaciju-na-radnom-mestu-po-osnovu-seksualne-orijentacije/>, 10.02.2014.

И у судској пракси Европског суда за људска права постоје случајеви дискриминације на основу сексуалне оријентације који су уско повезани са облашћу рада и запошљавања. Наиме, у случају Смит и Грејди против Уједињеног Краљевства (*Smith and Grady v. the UK*)⁸⁷⁴ из 1999. године, подносиоци представке су били припадници Краљевског ваздухопловства, а отпуштени су из војне службе искључиво због своје хомосексуалне опредељености. У то време, у Уједињеном Краљевству је политика Министарства одбране налагала да се хомосексуалницица искључе из оружаних снага. Подносиоци представке су се наравно позивали на кршење права на приватност гарантованог чланом 8, а у вези са чланом 14. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. Суд је донео одлуку којом је потврдио да је постојало кршење права на приватност гарантованог чланом 8. Конвенције. Слична је ситуација и у предмету Ластиг-Прејн и Бекет против Уједињеног Краљевства (*Lustig-Prean and Beckett v. the UK*)⁸⁷⁵ из исте године. Обојица подносилаца представке су били запослени у Краљевској ратној морнарици и жалили су се да је њихово отпуштање из службе узроковано искључиво њиховом хомосексуалном опредељеношћу, те да је тиме прекршено право на приватност из члана 8. Конвенције. Суд је сматрао да Влада Велике Британије није понудила довољно убедљиве и озбиљне разлоге којима би оправдала своје поступање и отпуштање подносилаца представке и утврдио да је члан 8. Конвенције био прекршен. Иако су се у оба случаја подносиоци представке позивали на кршење права на приватност имајући у виду њихову хомосексуалност, евидентно је да је на овај начин прекршено и право на рад и запошљавање, с обзиром да је њихово лично својство, које ни на који начин не може да утиче на ефикасно и одговорно извршење послова и задатака, било једини разлог њиховог отпуштања из оружаних снага.

Европски суд правде је у случају *P v S and Cornwall County Council* заузео став да отпуштање радника из разлога у вези са променом пола представља дискриминацију која је заснована углавном на полу дотичне особе и њеној намери

⁸⁷⁴ЕЦтHR, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, пресуда од 25. јула 2000.

⁸⁷⁵ЕЦтHR, *Lustig – Prean and Beckett v. The United Kingdom*, nos. 31417/96 and 32377/96, пресуда од 27. септембра 1999.

да се подвргне или која се већ подвргнула промени пола и да толерисање овакве дискриминације представљало непоштовање достојанства и слободе на коју особа има право, а Суд има обавезу да обезбеди заштиту⁸⁷⁶. Чини се да овај случај и овакво становишта Суда представља усамљену одлуку, с обзиром на то да се у каснијим случајевима вратио традиционалном схватању полне дискриминације и одбио да уврсти и дискриминацију на основу сексуалне оријентације⁸⁷⁷.

5.1.4. Право на здравствену заштиту и промену пола

Аутор *Benjamin* је пре скоро непуних педесет година истакао контроверзност транссексуалности и промене пола упркос његовом признавању и прихватању у појединим круговима⁸⁷⁸. Тако је након њега и *O'Donovan* пре тридесетак година истакао да је оваква врста оперативног захвата врло контроверзна и да се критике базирају на два става⁸⁷⁹. Први, да је прикладност операције којом се здраво тело доводи у склад са захтевима психичког поремећаја веома спорна. односно парадоксална употреба технике лечења и други, да је дугорочна корист операције за пацијента такође веома спорна. Међутим, транссексуалне особе су фенотипски потпуно нормални припадници оног пола у којем су рођени и код њих не постоји физичка двосмисленост као код интерсексуалних особа, тако да њихов недостатак није физичке него психолошке природе с обзиром да они не могу да се идентификују са полом којем њихово тело припада, већ се идентификују са супротним полом⁸⁸⁰. Иако се транссексуалност класификује као врста психолошког поремећаја, ипак се показало да такво стање не одговара ни на једну врсту психијатријског лечења, тако да је оно навело транссексуалне особе да потраже хируршку интервенцију⁸⁸¹ како би адаптирали

⁸⁷⁶ Case C-13/94 (1996), тачка 21, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994CJ0013&from=EN>, 20.03.2016.

⁸⁷⁷ Bell, M, 2004, A Hazy Concept of Equality, *Feminist Legal Studies*, 12, Kluwer Academic Publishers, pp. 223, 224.

⁸⁷⁸ Benjamin, H, May 1967, Transvestism and Transsexualism in the Male and Female, *The Journal of Sex Research*, 3 (2), pp. 107.

⁸⁷⁹ O'Donovan, O, Spring, 1983, Transsexualism and Christian Marriage, *The Journal of Religious Ethics*, 11 (1), pp. 136.

⁸⁸⁰ O'Donovan, O, Spring, 1983.

⁸⁸¹ Исто тако и Benjamin, H, May 1967, pp. 115.

своја тела родном идентитету којем сматрају да припадају. Постоје опречне тврдње око тога до које мере се побољшања у психолошком и социјалном благостању могу очекивати од промене родне улоге, а *O'Donovan* даље истиче да секундарне полне карактеристике нове родне улоге могу одржати једино уз помоћ интензивне хормоналне терапије која може допринети или проузроковати друга озбиљна стања⁸⁸². Студије показују висок ниво склоности ка депресији код транссексуалних особа након операције промене пола, а узнемирујућа мањина међу пацијентима има жељу да се врати у своју првобитну родну улогу, док се такође јављају и забрињавајуће импликације на физичко здравље пацијента⁸⁸³.

Овај аутор подсећа да је случај *Corbett v. Corbett*⁸⁸⁴, који је први случај пред судом УК који је одлучивао о полу појединца и представља преседан у вези са статусом транссексуалних особа у УК, у великој супротности према много цитираној пресуди Врховног суда Њу Џерзија (*New Jersey*) у случају *MT v. JT*. (1976)⁸⁸⁵, у којој се износи став да пол у свом биолошком смислу не би требало да буде искључив стандард и да је ефекат операције био да пол и гениталије више не буду у нескладу⁸⁸⁶. Комбинација родне идентификације са датим полом и физичке способности да има сексуални однос у тој полној улози би требало да буде довољно да надјача хромозомске факторе, а Суд је био импресиониран чињеницом да је сексуални однос могао да се одигра и да се одиграо у новој улози, а што је указало на такав ниво подударности између рода и анатомије који не може тек тако бити занемарен и истакао да је заправо сексуална способност појединца оно што мора да буде испитано⁸⁸⁷. Суд није мучило то што је физичка способност постигнута вештачки и није имао сумње у то да је мушком транссексуалцу заправо операцијом дато женско тело, већ је суд видео своју улогу у томе дајући правно дејство свршеном чину⁸⁸⁸. Ова висока процена техничких достигнућа је, истиче

⁸⁸² O'Donovan, O, Spring, 1983.

⁸⁸³ O'Donovan, O, Spring, 1983.

⁸⁸⁴ *Corbett v. Corbett (otherwise Ashley)*, [1970] 2 WLR 1306 (http://www.vanuatu.usp.ac.fj/courses/LA306_Family_Law/Cases/Corbett_v_Corbett.html).

⁸⁸⁵ *MT v. JT*, 140 NJ Super. 77 - NJ: Superior Court of New Jersey, Appellate Division, пресуда од 22. марта 1976, https://scholar.google.com/scholar_case?case=16151905477157446342, 19.04.2016.

⁸⁸⁶ O'Donovan, O, Spring, 1983, pp. 138.

⁸⁸⁷ *MT v. JT*, 140 NJ Super. 77, para. 87.

⁸⁸⁸ *MT v. JT*, 140 NJ Super. 77, para. 90.

O'Donovan, једна од значајних тачака супротности са британском одлуком, која би разматрала само дату биолошку ситуацију пре оперативне интервенције. У ситуацији у којој се могу десити везе које личе на брак без деце у свим важним аспектима, осим у томе да пар не чине мушкарац и жена него припадници истог пола, *O'Donovan* поставља питање да ли би, ако би таква заједница могла постојати, била брак и на први поглед постоје само два разлога због којег би одговор на ово питање могао да буде негативан⁸⁸⁹. Први може да буде потреба за јавним прихватањем ако би се таква заједница конституисала као брак, а други може да буде у вези са термилошким ограничењима у оквиру којих се реч брак одувек употребљавала. У оба случаја, како наводи овај аутор, одговор може да гласи да црква може да промени ове ствари када би хтела, или тако што би одобрила јавно прихватање таквим заједницама или тако што би проширила употребу речи брак, јер ако су разлози за дефинисање брака као хетеросексуалног заправо разлози друштвене и лингвистичке традиције, онда не постоји ништа непроменљиво поводом тога. Међутим, постојала су два елемента традиционалног учења о хомосексуалности која су указала на недостатке: као прво, учење да је генитална интимност у хомосексуалним односима погрешна из разлога што су генитални органи створени за спајање са различитим полом, а као друго, учење да хомосексуална партнерства не могу да буду бракови, јер су она нужно без деце⁸⁹⁰.

Транссексуална особа, за разлику од хомосексуалне, жели да буде посвећена само онаквој заједници мушкараца и жене какву црква сматра браком и намерава да буде у браку у потпуности као припадник одговарајућег пола⁸⁹¹. Једино је питање да ли је могуће да се транссексуална особа прихвати као особа која припада претпостављеном полу, а не оном у којем је рођена⁸⁹². На ово питање је судија Врховног суда *Ormrod* дао негативан одговор у пресуди *Corbett v. Corbett* сматрајући да би право требало да усвоји прва три докторска критеријума, односно хромозомске, гонадне и гениталне тестове и ако су сва три подударна, онда да се према томе утврди пол у сврху брака и да се игнорише било каква хируршка

⁸⁸⁹ O'Donovan, O, Spring, 1983, pp. 140.

⁸⁹⁰ O'Donovan, O, Spring, 1983, pp. 141.

⁸⁹¹ O'Donovan, O, Spring, 1983, pp. 144.

⁸⁹² O'Donovan, O, Spring, 1983.

интервесија⁸⁹³. Међутим, прва теза ове пресуде јесте да биолошке, односно хромозомске, гонадне и гениталне, карактеристике пола нису само изоловани саставни делови у оквиру целине нечије сексуалности, него они сами обухватају целину који утврђују који је пол особе кад год је важно да се буде прецизан по овом питању, а у пресуди су се биолошке карактеристике посматрале изоловано од четвртог критеријума који је психолошки и од петог који се односи на секундарне полне карактеристике и судија није желео да се бави начинима на које друштво може да прихвати транссексуалну особу, нпр. издавањем докумената који би показивали претпостављени пол⁸⁹⁴. Друга теза пресуде је полни статус у браку не може да се утврди само друштвеним критеријумима, с обзиром на то да је биолошка различитост полова битна за брак и трећа теза је да се нечији биолошки пол мора процењивати на основу дате полне морфологије и у складу са тим судија је донео одлуку да операција подносиоца представке не може да утиче на њен стварни пол⁸⁹⁵.

Пресуда у случају *M.T. v. J.T.* је заснована на два начела, као прво у супротности са првом тезом из *Corbett* пресуде, овде се износе тврдње против приоритетног статуса биолошких критеријума када се ради о сексуалном идентитету, с обзиром на то да се биолошки и психолошки фактори морају подударати пре него што се каже да је нечији пол недвосмислен, а као друго у супротности са трећом тезом из *Корбет* пресуде, износе се тврдње против приоритетног статуса природног тела при утврђивању гениталија пацијента, с обзиром на то да би се успешна хируршка промена морала узети у обзир када се размата како би требао да се опише пол постоперативне транссексуалне особе⁸⁹⁶. Грешка код пресуде у *Corbett* случају је била, не нужно у ономе што је судија мислио о полу *April Ashley*, него у чињеници да су такве мисли постале јавна политика, јер друштво нема ништа од тога да зна који је прави пол особе, већ је

⁸⁹³

Corbett

v.

Corbett

(http://www.vanuatu.usp.ac.fj/courses/LA306_Family_Law/Cases/Corbett_v_Corbett.html).

⁸⁹⁴ O'Donovan, O, Spring, 1983.

⁸⁹⁵ O'Donovan, O, Spring, 1983.

⁸⁹⁶ O'Donovan, O, Spring, 1983, pp. 147.

довољно прихватити здраво за готово родну улогу коју та особа има⁸⁹⁷.

Да право на здравствену заштиту треба да се спроводи и реализује без икакве дискриминације гарантује нам, поред Устава и Закона о забрани дискриминације, који на уопштен начин регулишу материју забране дискриминације и јемче свима право на једнакост, још и Закон о здравственој заштити, који садржи начело правичности здравствене заштите⁸⁹⁸ као једно од шест законских начела. Начелом правичности здравствене заштите се заправо прокламује забрана дискриминације приликом пружања здравствене заштите по основу расе, пола, старости, националне припадности, социјалног порекла, вероисповести, политичког или другог убеђења, имовног стања, културе, језика, врсте болести, психичког или телесног инвалидитета. Оваква законска одредба експлицитно не садржи сексуалну оријентацију и родни идентитет као антидискриминациони основ, али не садржи га ни имплицитно с обзиром да је круг наведених основа таксативно набројан и не оставља простора за тумачење. Ипак, могли бисмо у оквиру поглавља *Људска права и вредности у здравственој заштити* пронаћи одговор. Наиме, сваки грађанин има право да здравствену заштиту остварује уз поштовање људских права и вредности, односно има право на физички и психички интегритет и на безбедност његове личности, као и на уважавање његових моралних, културних, религијских и филозофских убеђења⁸⁹⁹.

Право на промену пола подразумева право сваког појединца да се родно идентификује и да има могућност приступа свим одговарајућим медицинским третманима, терапијама и интервенцијама промене пола уколико преферирани пол није у складу са биолошким полом приписаним при самом рођењу. Ово право исто тако подразумева и право да се након извршене операције промене пола буде признат као припадник оног пола којем осећа да припада и којем након операције и припада, да има право да промени лична документа, као и право на заштиту података о личности⁹⁰⁰. Изменама и допунама Закона о здравственом осигурању

⁸⁹⁷ O'Donovan, O, Spring, 1983, pp. 153.

⁸⁹⁸ Члан 20. Закона о здравственој заштити РС.

⁸⁹⁹ Члан 25. Закона о здравственој заштити РС.

⁹⁰⁰ Васић, В, Тулић, С, 2012, *Не толериши нетолерацију. Упознај своја права и користи их! Водич за ЛГБТ особе*, Сарајево, стр. 25.

које су ступиле на снагу 1. јануара 2012. године омогућено је право на промену пола из медицинских разлога о трошку државе односно на терет обавезног здравственог осигурања. Наиме, осигураним лицима се обезбеђује најмање 65% од цене здравствене услуге из средстава здравственог осигурања за промену пола из медицинских разлога⁹⁰¹. Стручно мишљење о испуњености услова за укључивање осигураног лица у процес промене пола из медицинских разлога, које се даје на основу медицинске документације а на захтев осигураног лица, даје Комисија за лечење трансродних поремећаја коју образује Републички фонд⁹⁰². На основу медицинске документације осигураног лица Комисија утврђује да ли су испуњени критеријуми и стандарди за промену пола из медицинских разлога које је утврдила републичка стручна комисија за област лечења трансродних поремећаја⁹⁰³. На основу стручног мишљења Комисије, изабрани лекар упућује осигурано лице у одговарајућу здравствену установу терцијарног нивоа ради промене пола из медицинских разлога⁹⁰⁴. Одредба о делимичном финансирању трошкова операције промене пола је од великог значаја за сва трансродна лица, која су желела да се подвргну операцији промене пола а нису била у финансијској могућности, с обзиром да комплетан процес трансформације траје и по неколико година и подразумева предоперативна медицинска испитивања и анализе, укључујући ендокринологе, психијатре и хирурге, хормонске терапије, које нису нимало јефтине, па према томе ни подједнако доступне свим појединцима. На овај начин им је омогућено да остваре своја основна људска права, а то су право на здравствену заштиту и право на сопствени родни идентитет.

Операције промене пола се у Србији врше у Београду, у Гинеколошко– акушерској клиници „Народни фронт” и у Клиничком центру Србије, али се врше и у појединим приватним клиникама у Београду (нпр. Центар за гениталну

⁹⁰¹Члан 45. став 1. тачка 4. алинеја 4. Закона о здравственом осигурању РС, *Сл. гласник РС*, бр.107/2005, 109/2005 - испр., 57/2011, 110/2012 – одлука УС и 119/2012.

⁹⁰²Члан 42а став 1, 2. и 4. Правилника о начину и поступку остваривања права из обавезног здравственог осигурања РС, *Сл. гласник РС*, бр.10/2010, 18/2010 - испр, 46/2010, 52/2010 - испр, 80/2010, 60/2011 – одлука УС и 1/2013.

⁹⁰³Члан 42а став 3. Правилника о начину и поступку остваривања права из обавезног здравственог осигурања.

⁹⁰⁴Члан 42б став 1. Правилника о начину и поступку остваривања права из обавезног здравственог осигурања.

реконструктивну хирургију и општа болница *Medical Centar*). Први хируршки захват на транссексуалном пацијенту у бившој Југославији обављен је још давне 1931. године⁹⁰⁵, док је прва операција промене пола у Србији извршена 1989. године од стране др Саве Перовића, једног од најпознатијих и најеминентнијих лекара и стручњака у тој области⁹⁰⁶. У документарном филму „Погрешно тело” у разговору са садашњим врхунским докторима који врше операцију промене пола у Србији, као што су др Душан Станојевић, гинеколог и хирург, др Мирослав Ђорђевић, уролог и хирург и др Александар Милошевић, уролог, долазимо до податка да је потребно минимум три до пет операција када се пол мења из женског у мушки, док је за промену пола из мушког у женски потребно извршити једну до две операције. Операција промене пола представља веома сложену интервенцију која се састоји из три фазе. Прва фаза представља фазу консултације са психијатром, која траје отприлике око годину дана, а ако је потребно обавиће се консултације и са психологом. Друга фаза представља хормонску терапију, која траје од девет месеци до годину дана пре саме операције промене пола, а након операције траје доживотно. Трећа фаза обухвата оперативне захвате⁹⁰⁷. Приликом вршења овог типа операције обавезно се одстрањују репродуктивни органи, те на овај начин транссексуална особа која жели да се подвргне хируршкој промени пола бива подвргнута и принудној стерилизацији⁹⁰⁸. Имајући у виду да су овакве хируршке интервенције, као метод лечења, неповратне, а производе трајне последице на могућност добијања потомства, *Симић* доводи у питање везу између лечења транс особа и аутономије воље пацијента с обзиром на услове који се постављају као обавезни приликом подвргавања оваквој врсти операције⁹⁰⁹.

Међутим, поставља се питање да ли је заиста потребна стерилизација или нека друга врста медицинске интервенције да би се особа класификовала као припадник једног или другог пола⁹¹⁰. У вези са овим питањем, постоје две пресуде

⁹⁰⁵ Драшкић, М, 1994, стр. 1863.

⁹⁰⁶ <http://www.rts.rs/page/tv/sr/story/21/RTS+2/985090/Promena+polo+-+Pogre%C5%A1no+telo+.html>, документарни филм РТС-а под називом „Погрешно тело”, интервју са лекаром Савом Перовићем, 16.06.2014.

⁹⁰⁷ Гајин, С, 2012б, стр. 57.

⁹⁰⁸ Више о томе: Гајин, С, 2012б, стр. 57.

⁹⁰⁹ Симић, Ј, 2012, стр. 308.

⁹¹⁰ https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365#P101_20803, 20.06.2014.

националних судова у којима је изнет став да то није потребно. Наиме, 27. фебруара 2009. године аустријски Виши управни суд је донео одлуку да обавезна операција није предуслов за промену пола као и имена⁹¹¹. Радило се заправо о томе да је трансродна жена, која је претрпела и прошла све промене осим операције гениталија и живела као жена у свим друштвеним односима, доказала пред судом да услед њене посебне пословне ситуације не би било погодно да оде неколико месеци на боловање, колико би јој било потребно када би се подвргнула операцији промене пола, као и то да није могла да остави своју породицу финансијски необезбеђену⁹¹². Стога је суд истакао да законодавац мора да укине овакав захтев, с обзиром да суд није у могућности да докаже било какву потребу за оваквим специфичним захтевом који се односе на транссексуалне жене. Друга пресуда из децембра 2005. године односи се на Немачку, чији је Савезни Уставни суд указао у пресуди да се хируршка интервенција као предуслов за правну промену пола све више сматра проблематичном или неодрживом међу експертима и тиме је практично ове захтеве за принудном стерилизацијом и извршењем операције промене пола прогласио неуставним⁹¹³.

Да би транссексуалне особе постали родитељи морају поседовати полне жлезде, које се приликом операције промене пола ваде, што значи да транссексуалне особе након хируршке интервенције промене пола не могу постати родитељи природним путем. Једино решење за то јесте, наводи др Душан Станојевић, да се пре операције јајне ћелије или сперматозоиди замрзну, а да се касније, у моменту када би транссексуалне особе пожелеле да имају своју децу, њихове замрзнуте јане ћелије или сперматозоиди искористе ради оплодње на неки од могућих начина, односно да могу постати родитељи на неки други начин, попут вантелесне оплодње или правним путем, односно усвојењем. Према речима др Зорана Ракића, психијатра и сексолога, из истоименог документарног филма, транссексуалне особе су након извршене операције промене пола хетеросексуални, док су веома ретки случајеви да буду хомосексуално оријентисани.

⁹¹¹ https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365#P101_20803.

⁹¹² https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365#P101_20803.

⁹¹³ https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365#P101_20803, пресуда се налази у оригиналу на интернет страници Уставног суда Савезне Републике Немачке (http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20051206_1bvl000303.html, 20.09.2014.).

И Црна Гора је усвојила измене и допуне Закона о здравственом осигурању 2012. године и такође уврстила операцију промене пола у обавезно здравствено осигурање уз финансијско учешће државе. Осигураним лицима се из средстава обавезног здравственог осигурања обезбеђује чак 80% од цене здравствене услуге за операцију промене пола из медицинских разлога⁹¹⁴. Ако извршимо анализу законских одредби о промени пола у позитивном праву Србије и Црне Горе, приметимо да је заједничко то, што је операцију промене пола, према оба поменута Закона, могуће извршити само из медицинских разлога, што подразумева претходно утврђивање да ли се заиста ради о поремећају родног идентитета и да ли заиста постоји оправдана потреба за вршењем трансформације у виду оперативног захвата и хируршке промене пола.

Ако се осврнемо на законодавну регулативу земаља у окружењу, можемо приметити да је наше законодавство у области приступа оперативним захватима промене пола на завидном нивоу и да идемо корак напред у односу на друге земље. Наиме, у Босни и Херцеговини не постоји могућност медицинске промене пола јер оваква процедура није дефинисана законом, нити се у оквиру постојећих здравствених установа таква врста оперативног захвата обавља, те такође не постоји ни могућност финансирања комплетних или барем дела трошкова интервенције од стране државе и обавезног здравственог осигурања⁹¹⁵. Транссексуалне особе из Босне и Херцеговине долазе у Србију како би били подвргнути операцији промене пола и углавном се ради о особама женског пола које желе да постану мушкарци⁹¹⁶. Иста је ситуација и у Хрватској, где није предвиђена могућност издвајања средстава из буџета државе зарад финансирања трошкова медицинске интервенције приликом промене пола.

⁹¹⁴Члан 166 став 1. Закона о изменама и допунама Закона о здравственом осигурању Црне Горе, *Сл. лист Црне Горе*, бр. 14/2012 од 7. марта 2012. године.

⁹¹⁵Васић, В, Тулић, С, 2012, стр. 25.

⁹¹⁶<http://www.gayecho.com/trans.aspx?id=16819&grid=2050&page=1>, 11.04.2013.

5.1.5. Правни статус транссексуалних особа након промене пола (право на промену личних података у матичним књигама и другим документима)

Након извршене операције промене пола, транссексуалне особе се често сусрећу са разним проблемима, најчешће административне природе, који се тичу њиховог правног статуса, а највише проблема се јавља код права на промену личног имена и личних података у матичним књигама и другим личним документима, попут личне карте, возачке дозволе, пасоша, радне књижице, издавање диплома. Ова врста проблема даље може да проузрокује и друге проблеме, попут ускраћивања права на закључење брака, права на старосну пензију итд. Оно што је најважније за живот транссексуалних особа након хируршке промене пола јесте постојање тачно утврђене процедуре и омогућавање да своје личне документе промене у складу са новонасталом ситуацијом. Подаци које је потребно променити када је реч о нашој држави јесу најпре ознака пола, јединствени матични број грађана, с обзиром да се из њега може закључити пол и лично име, што не мора увек да буде случај с обзиром да постоје имена која могу поседовати оба пола (Саша, Вања итд) и када се из имена не може утврдити да ли је особа мушког или женског пола. У важећем Закону о матичним књигама експлицитно је наведено и набројано која се све врста података уписује у матичне књиге, а то су чињеница рођења, брака, смрти и друге законом предвиђене чињенице и промене у вези са њима⁹¹⁷.

У Србији не постоји законодавни оквир нити има регулисане процедуре за промену личних докумената након извршене операције промене пола, али пак у већим градовима се она одобрава без неких већих проблема. Из разговора са службом матичара у Новом Саду добила сам информацију да се сваки поднети захтев за променом ознаке пола и личног имена одобрава без икакве дискриминације, али су то за сада веома ретки случајеви. Иако се промена ове врсте података врши без дискриминације и проблема, тансексуалне особе су ипак изложене непријатности, поготово што просторије матичара (такав случај је на

⁹¹⁷Члан 2. став 3. Закона о матичним књигама Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 20/2009.

пример у Новом Саду) могу да приме и по три клијента истовремено, с тим данису издвојени и изоловани чак ни параваном, те сви остали могу и да чују и да виде о коме и о чему се ради. Пошто и сама процедура подношења захтева за промену података о полу у матичним књигама спада у веома интимну и личну сферу живота појединца, сматрам да заиста нико не би требао да буде присутан у просторији осим клијента и матичара, поготово имајући у виду заштиту података о личности.

У последњих шест година у Новом Саду је захтев за промену података о полу поднело две особе, док је у последњих 12 година било свега три до четири случаја. На питање да ли има више захтева којим се тражи измена ознаке пола из мушког у женски или обрнуто, одговор је био да се подједнако тражи промена ознаке оба пола, а да су особе које су то захтевале најчешће у средњим 20-им годинама. Процедура промене података у матичним књигама врши се на основу члана 31. Закона о матичним књигама у оквиру поглавља 4, који регулише исправке у матичним књигама. Члан 31. се тиче грешака у матичним књигама које се уоче након закључења уписа, када матичар може да их исправи само на основу решења надлежног органа односно општинске или градске управе⁹¹⁸. Захтев за промену ознаке пола у матичним књигама подноси се према месту рођења особе⁹¹⁹ која подноси захтев, док се промена личног имена врши тек након извршене промене ознаке пола. Захтев за промену личног имена се подноси према месту пребивалишта подносиоца захтева⁹²⁰. Право на промену личног имена има свако лице које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање⁹²¹.

⁹¹⁸Члан 31. Закона о матичним књигама РС гласи: „Грешке у матичним књигама које су уочене после закључења уписа, матичар може исправити само на основу решења надлежног органа из члана 6. става 1. и 4. овог закона”. Члан 32. Закона гласи: „Поступак исправке грешке води се по службеној дужности или на захтев странке, односно лица које за то има непосредан и на закону заснован правни интерес, у складу са прописом којим се уређује општи управни поступак”.

⁹¹⁹Надлежни за вршење исправке у матичној књизи рођених налазе законски основ у члану 49. Закона о матичним књигама, који гласи: „Чињеница рођења уписује се у матичну књигу рођених у чијем саставу је насељено место рођења детета”.

⁹²⁰Подношење захтева за промену личног имена регулише Породични закон Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр.18/2005 и 72/2011 - др. закон у оквиру поглавља 11 који садржи одредбе о промени личног имена односно члана 350. који регулише стварну и месну надлежност приликом промене личног имена. Члан 350. став 1. гласи: „Захтев за промену личног имена подноси се општинској управи на чијем подручју подносилац захтева има пребивалиште, односно боравиште”, док став 2. гласи: „Општинска управа која прихвати захтев за промену личног имена дужна је да о томе обавести надлежног матичара ради уписа промене личног имена у матичну књигу рођених и венчаних и орган који води евиденцију о пребивалишту грађана”.

⁹²¹ Члан 346. став 1. Породичног закона РС.

Да би се извршила исправка односно промена ознаке пола у матичним књигама, потребно је да подносилац захтева достави извод из матичне књиге рођених, уверење о држављанству, као и комплетну медицинску документацију којом се доказује извршена операција промене пола, а надлежност је установљена за градску управу за опште послове матичног подручја на којем је лице рођено. Пракса матичне службе у Новом Саду је да се забелешка о промени пола уписује само у изворник матичне књиге рођених и никад се не уписује у извод из матичне књиге рођених, јер је он свима доступан. Увид у матичне књиге, као и списе на основу којих је извршен упис у матичне књиге, дозволиће се лицу на које се ти подаци односе, члану његове уже породице, усвојитељу или старатељу, а другим лицима на начин и под условима утврђеним законом који уређује заштиту података о личности и законом који уређује права на приступ информацијама од јавног значаја⁹²². Када се ради о промени јединственог матичног броја грађана, транссексуалне особе не наилазе на веће проблеме и потешкоће, с обзиром да надлежни органи полицијских управа поништавају постојећи ЈМБГ подносиоца захтева и на основу новог исправљеног извода из матичне књиге рођених додељују нови јединствени матични број⁹²³. С обзиром да родни идентитет спада у најинтимнији део живота неке особе, подаци о промени пола би требали да буду тајни. Закон о заштити података о личности обезбеђује заштиту података о личности сваком физичком лицу, без обзира на држављанство и пребивалиште, расу, године живота, пол, језик, вероисповест, политичко и друго уверење, националну припадност, социјално порекло и статус, имовинско стање, рођење, образовање, друштвени положај или друга лична својства⁹²⁴. Овај Закон дефинише и нарочито осетљиве податке, који представљају податке који се односе на националну припадност, расу, пол, језик, вероисповест, припадност политичкој странци, синдикално чланство, здравствено стање, примање социјалне помоћи, жртву насиља, осуду за кривично дело и сексуални живот, а они се могу обрађивати само на основу слободно датог пристанка лица, осим када законом није

⁹²²Члан 41. Закона о матичним књигама РС.

⁹²³Павловић, С, 2012, стр. 63.

⁹²⁴Члан 1. став 2. Закона о заштити података о личности Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 97/2008, 104/2009 – др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012.

дозвољена обрада ни уз пристанак⁹²⁵. Закон не наводи родни идентитет односно податак о промени пола као нарочито осетљив податак, а што оно без икакве сумње јесте, па би га у том смислу требало допунити.

Међутим, од значаја је поменути одлуку Уставног суда од марта 2012. године (УЖ-3238/2011)⁹²⁶ којом је усвојио уставну жалбу подносиоца и утврдио да је општинска управа одређене општине, пропустивши да одлучи о захтеву за промену података о полу, повредила Уставом загарантовано право на достојанство и слободан развој личности, као и право на поштовање приватног и породичног живота гарантованог Европском конвенцијом. Подносилац је, наиме, поднео уставну жалбу против радње Народне скупштине, што је Уставни суд одбацио, и других државних органа због повреде уставом гарантованог права на достојанство и слободан развој личности (члан 23. Устава), затим због повреде уставног начела забране дискриминације (члан 21. Устава) и повреде конвенцијског права на поштовање приватног и породичног живота (члан 8. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода). У време покретања поступка је на снази увелико био Закон о забрани дискриминације којим се разрађује уставно начело и изричито забрањује дискриминација на основу родног идентитета, те сматрам да је подносилац уставне жалбе требао да се позове и на одредбе овог закона. Подносилац уставне жалбе сматра да, тиме што је Народна скупштина пропустила да нормира област правног признања прилагођавања пола, постоји повреда наведених права, а позивајући се на судску праксу Европског суда за људска права образложио је да нечињење Народне скупштине може бити предмет одлучивања Уставног суда у поступку о уставној жалби. Уставни суд је утврдио да се уставна жалба може изјавити и против појединачне радње законодавног органа, те да таква појединачна радња може настати и нечињењем Народне скупштине.

⁹²⁵Члан 16. став 1. Закона о заштити података о личности РС.

⁹²⁶Текст одлуке доступан на <http://www.ustavni.sud.rs/Storage/Global/Documents/UstavneZalbe/%D0%A3%D0%B6-3238-2011.pdf>, 15.09.2016. Чињеница је да је подносиоцу уставне жалбе дијагностификован поремећај полног идентитета и крајем децембра 2010. године се подвргао операцији прилагођавања пола, али је захтев подносиоца уставне жалбе за правну промену пола одбачен због стварне ненадлежности. Поводом овог случаја је Министарство за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу дало мишљење у којем се наводи да је сходно важећем Закону о матичним књигама није могуће извршити исправку податка о полу и упутило је подносиоца да може да покрене ванпарнични поступак.

Међутим, пропуштање, Суд сматра да пропуштање законодавног органа да донесе одређени закон или уреди и допуни одређено правно питање не представља појединачну радњу нечињења, с обзиром на то да се доношењем и усвајањем закона уређује правна област на општи начин прописујући опште правне норме. Уставни суд изгледа није узео у обзир чињеницу да је Србија земља у којој се још од 1980-их година веома успешно обављају операције промене пола, као и то да се од 1. јануара 2012. године операција промене пола из медицинских разлога финансира из средстава обавезног здравственог осигурања, те се јавља неопходност регулисања и нормирања ове области, како би се транссексуалним лицима омогућило правни основ за правну промену пола без икаквих административно-правних потешкоћа. Дакле, друштвена реалност у Србији већ више од 25 година намеће потребу да се законске одредбе Закона о матичним књигама ускладе, али је законодавац избегавао да ту реалност сагледа, што доводи до правне несигурности ових лица у погледу многих других права, а пре свега у породичноправним односима и права на старосну пензију. Последица тога је да је правни статус транссексуалних лица и даље нерешен, тако да правна промена пола зависи искључиво од воље надлежних органа да ли ће правну промену пола подвести под неки од постаојећих правних основа, што је свакако недопустиво. Што се тиче питања исцрпљености редовног правног пута за изјављивање уставне жалбе, Уставни суд се сложио да чињеницом да изјављивање жалбе Министарству као другостепеном органу не би задовољило стандард ефикасног и делотворног правног средства, имајући у виду да се Министарство већ изјаснило по овом питању у свом мишљењу. Затим, упућивање подносиоца да у ванпарничном поступку пред надлежним судом покрене поступак за утврђивање садржине исправе такође указује на неефикасно и неделотворно правно средство, с обзиром на то да се у овом случају уопште не ради о тој ситуацији. Приликом заузимања оваквог става Суд се осврнуо и на то да је у судској пракси редовних судова у Србији донето бар једно решење којим се суд огласио стварно ненадлежним да поступа по предлогу за доношење решења којим би била утврђена промена пола у ванпарнично поступку (решење Трећег општинског суда у Београду ЗР-273/05 од 12. маја 2005. године), али и на судску праксу Европског суда за људска права.

Уставни суд је оценио да је неспорно да је према важећим прописима општинска управа једини надлежни орган који може извршити упис и промену података у матичну књигу рођених, венчаних или умрлих. Став суда је био да у недостатку изричитог законског уређења о упису промене података о полу у матичној књизи рођених, одредбе Закона о матичним књигама треба тумачити на начин да се упис промене података о полу може извршити аналогном применом законских одредаба које уређују упис чињенице рођења и свих осталих података, укључујући и пол, који се у матичну књигу уписује за лице рођено у здравственој установи. То значи да је за промену података о полу у матичној књизи довољна документација здравствене установе о извршеној хируршкој интервенцији промене пола. Уставни суд је такође сматрао да није потребно да посебно оцењује наводе о повреди уставног начела забране дискриминације, имајући у виду да је већ претходно оценио и утврдио повреду права на достојанство и слободан развој личности, као и конвенцијског права на поштовање приватног и породичног живота. Сматрам да би било од великог значаја да је Уставни суд својом одлуком одлучио да се радило о повреди начела забране дискриминације, али у свом поступању увек избегава да се дотакне питања дискриминације. Овом одлуком наложено је општинској управи, као стварно надлежној за одлучивање о захтеву за упис промене података о полу, да у року од 30 дана од достављања одлуке одлучи о захтеву за промену података о полу у матичној књизи рођених. Подносилац уставне жалбе је истакао и захтев да се ова одлука Уставног суда односи и на лица која нису поднела уставну жалбу, ако се налазе у истој правној ситуацији, али се законска одредба на коју се позвао примењује у случају када се предмет уставне жалбе односи на више лица, што овде није био случај. Међутим, имајући у виду да је утврђена повреда права подносиоца такве природе да извесно указује на то да се и друга лица могу наћи у истој правној ситуацији, Уставни суд је оценио да се ова одлука, као мера отклањања штетних последица, односи и на та лица и одлучио да је достави Министарству како би упознао првостепенне органе који решавају у управном поступку у области матичних књига са ставовима Суда. Уставни суд је, такође, сходно одредбама Закона о Уставном суду, упутио писмо Народној скупштини како би указао на све аспекте проблема недостатка правне регулативе у оваквим случајевима. Иако је од

доношења одлуке Уставног суда до данас прошло четири године, стање по питању правне празнине у случајевима правне промене пола је непромењено, што указује на изразиту неефикасност и незаинтересованост законодавног органа да заштити права овог дела популације.

И пракса Повереника за заштиту равноправности указује на висок ниво трансфобије и тежак положај трансродних и транссексуалних лица у српском друштву. Наиме, Повереница је 24. фебруара 2012. године је донела мишљење (бр. 297/2011) да је Правни факултет Универзитета у Београду, одбацивши захтев М.Ђ. да се због промене имена, након промене пола из мушког у женски, која је наступила после стицања дипломе, изврши „исправка“ дипломе и изда нова диплома у којој ће бити наведено њено ново име, „извршио посредну дискриминацију на основу њеног личног својства – пола, забрањену чланом члана 7. Закона о забрани дискриминације”. Сматрам да је у овом случају, што је истакнуто у образложењу мишљења, учињена дискриминација на основу промене пола (а не пола), што се подводи под дискриминацију на основу родног идентитета, с обзиром на то да је одбацивање захтева да се изврши исправка дипломе последица извршене хируршке интервенције промене пола. Правни факултет Универзитета у Београду се позивао на то да „накнадна промена имена или презимена није основ за исправку јавне исправе“, да се дипломе издају на основу података из службене евиденције, а да се након удаје и промене презимена приликом запошљавања предаје диплома одређеног факултета на име и презиме које је било у време студирања, док се идентитет доказује другом јавном исправом (изводом из књиге венчаних), а „не издавањем нове високошколске јавне исправе“, да је диплома јавна исправа и да, као и свака друга јавна исправа, није правни акт, те није подложна „исправкама“, будући да се под појмом „исправка“ подразумева исправка техничких грешака у правним актима. Из овога очигледно произлази да Правни факултет није размотрио могућност да по „захтеву за исправку дипломе“ подносиоци притужбе изда нову диплому са њеним новим именом, иако је управо то била суштина њеног захтева. Разматрајући све околности случаја, Повереница је изнела мишљење да Правни факултет није извршио непосредну дискриминацију, имајући у виду да је о захтеву подносиоцике одлучио

примењујући правила једнака за све, у складу са својом уобичајеном праксом. Међутим, позивајући се на одлуку Европског суда за људска права, у мишљењу се наводи да је извршена посредна дискриминација, с обзиром да до ње долази и онда када се лица која се налазе у битно различитим ситуацијама не третирају различито, изузев ако за то постоји објективно и разумно оправдање. Повереница такође сматра да није допуштено да се једнако третирају особе које су промениле име због промене пола и особе које су промениле име из других разлога, те да није постојала сразмера између предузетих радњи и последица. Стога, она је издала препоруку да Правни факултет Универзитета у Београду предузме без одлагања све потребне мере које ће омогућити подносиоцима и другим особама које су после стицања дипломе промениле име због промене пола да им се на њихов захтев издају нове дипломе и друге јавне исправе, чије је издавање у надлежности факултета, као и да о тим мерама обавести Повереницу.

Још један случај пред Повереницом за заштиту равноправности је од значаја за ову област, када је 3. априла 2015. године донела мишљење (бр. 07-00-1/2015-02) у поступку поводом притужбе удружења грађана Е, поднете у име и уз сагласност мајора М.В, иначе трансродног лица, против Војске Републике Србије, Министарства одбране РС и министра Братислава Гашића због дискриминације на основу родног идентитета. Утврђено је да је министар одбране, поступајући по предлогу начелника Генералштаба Војске Србије уз наводе Управе за људске ресурсе Генералштаба да је код М.В. „установљена психијатријска дојагноза која може узроковати штетне последице по углед Војске Србије”, донео наредбу о престанку професионалне војне службе у којој су ти наводи поновљени. Повереница констатује да предмет овог поступка није испитивање да ли је поступак за престанак службе спроведен у складу са законом, него испитивање да ли је изношењем оваквих навода извршена дискриминација на основу родног идентитета. Министар одбране се није изјаснио поводом навода, док се надлежни старшина Генералштаба изјаснио да је у питању „техничко административна грешка”, што је у образложењу мишљења Поверенице означено као неприхватљиво, јер у такве грешке спадају правописне, интерпункцијске, словне и друге типографске и техничке грешке, те се истиче да се у овом случају ради о

недвосмислено израженом негативном вредносном суду, заснованом на стереотипима и предрасудама. Она оцењује да изношење оваквог става представља акт дискриминације, а посебну тежину има то што је став изнет у документима органа Војске Србије и Министарства одбране, чија је уставна и законска дужност да стриктно поштују начело забране дискриминације и начело равноправности свих. Утврђено је и да је прекршена одредба члана 12. Закона о забрани дискриминације, којом је прописана забрана узнемиравања и понижавајућег поступања које има за циљ или представља повреду достојанства лица или групе лица на основу њиховог личног својства, а нарочито ако се тиме ствара страх или непријатељско, понижавајуће и увредљиво окружење. У мишљењу Поверенице се препоручује да Генералштаб Војске Србије и Министарство одбране упуте М.В. писано извињење, као и да предузму мере за смањење трансфобије, повећање толеранције и спречавање дискриминације према трансродним војним лицима и лицима запосленим у Министарству одбране. Овим она указује на лош друштвени положај транс особа, које су изложене веома високом степену дискриминације, нетолеранције и отвореног насиља и чије је поштовање људских права дуго било игнорисано и занемативано, иако су проблеми са којима се суочавају озбиљни и специфични. Имајући у виду судску праксу Европског суда за људска права по овом питању, чине ми се потпуно невероватним наводи Генералштаба Војске Србије и Министарства одбране о томе да је „*установљена психијатријска дијагноза која може узроковати штетне последице по углед Војске Србије*“, а нарочито због тога што је Србија већ чланица Савета Европе, што би требала да прати друштвене и правне промене проистекле из судске праксе Европског суда за људска права и што званична политика државе Србије иде у смеру придруживања Европској унији.

Црна Гора је отишла корак даље када се ради о правном положају транссексуалних особа, јер је поред издвајања финансијских средстава из буџета државе у сврху покривања трошкова оперативног захвата промене пола, законски нормирала и процедуру за правну промену пола односно предвиђа да се промена

ознаке пола уписује у матичне књиге рођених⁹²⁷. Република Хрватска је изменама Закона о државним матицама⁹²⁸ 2013. године омогућила транссексуалним особама да промену ознаке пола упишу у матичну књигу рођених, а у регулативи су отишли и велики корак напред дозвољавајући транссексуалним особама да изврше правну промену пола и без претходног хируршког захвата. У другом поглављу Закона о државним матицама, које се тиче врста државних матица тачно су наведени подаци који се уписују у матичну књигу рођених. Промена пола, промена личног имена, имена или презимена, као и матични број грађана и лични идентификациони број, уписују се у матичну књигу рођених као накнадни упис и белешка⁹²⁹. Промена пола се као измена податка у темељном (основном) упису уписује у матичну књигу рођених на основу решења надлежног органа, док се решење о упису промене пола у матичну књигу рођених доноси на основу мишљења надлежног органа о промени пола или о животу у другом родном идентитету у складу са медицинском документацијом надлежног лекара или здравствене установе⁹³⁰. Накнадни уписи и белешке су допуне и измене основног уписа, а односе се на чињенице које су настале или су постале познате након извршеног основног уписа⁹³¹. О правној промени пола односно о промени ознаке пола у матичној књизи рођених без претходно обављене хируршке интервенције нам говори део одредбе који се односи на промену пола у матичној књизи рођених на основу мишљења надлежног органа о животу у другом родном идентитету. Хрватска је донела и нови правилник којим се трансродним особама омогућава да изврше промену пола у личним документима и пре операције промене пола или без икаквих хируршких интервенција⁹³². Оне у том случају морају да добију позитивно мишљење о промени пола у личним документима од Националног здравственог већа, а на основу медицинске документације⁹³³.

⁹²⁷Члан 6. став 1. тачка 2. Закона о матичним регистрима Републике Црне Горе, *Сл. лист Црне Горе*, бр.47 од 7. августа 2008, 41/10.

⁹²⁸Закон о државним матицама Републике Хрватске, *Народне новине*, бр.96/93, 76/13.

⁹²⁹Члан 9. став 1. тачка б, алинеја 1, 8 и 10 Закона о државним матицама Републике Хрватске.

⁹³⁰Члан 9а став 1. Закона о државним матицама Републике Хрватске. Став 2. гласи: „Начин прикупљања медицинске документације из става 1. овог члана те утврђивање увјета и претпоставки за промјену спола и живота у другом родном идентитету, прописат ће се посебним прописом”.

⁹³¹Члан 38. Закона о државним матицама.

⁹³²Павловић, С, 2012, стр. 60.

⁹³³Павловић, С, 2012, стр. 60.

Дански парламент је 11. јуна 2014. године усвојио закон који је ступио на снагу 1. септембра исте године, а којим се више не предвиђа нити је неопходна дијагноза поремећаја родног идентитета или било које друге психолошке процене или мишљења као предуслов за законско остваривање преферираног пола, а такође су из закона уклоњени предуслови медицинске интервенције, обавезне хируршке интервенције, као и обавезне стерилизације⁹³⁴. Од септембра 2014. године овом новом процедуром за остваривање жељеног пола, транссексуална особа је једина која ће доносити одлуку без било каквих претходних услова које намеће држава и њени надлежни органи, што у потпуности поједностављује и саму процедуру законске промене пола као и положај транссексуалних особа⁹³⁵. Дакле, трансродне особе ће бити у могућности да правно промене пол и без претходне клиничке и медицинске дијагнозе поремећаја родног идентитета, подношењем пријаве за правну промену пола⁹³⁶.

Као што сам већ напоменула, у Федерацији Босне и Херцеговине не постоји могућност медицинске промене пола, али је са друге стране законом омогућено транссексуалним особама да промене ознаку пола у матичним књигама, као и издавање нових личних докумената у складу са новим полом⁹³⁷. Наиме, Закон о матичним књигама Федерације Босне и Херцеговине, који ступио на снагу 11. маја 2012. године⁹³⁸, као и Закон о матичним књигама Републике Српске, изричито регулишу да се промена пола уписује у матичну књигу рођених⁹³⁹. Упис промене пола у матичну књигу рођених врши се само на основу правноснажног решења кантоналног министарства надлежног за место у којем се налази пребивалиште лица које је променило пол⁹⁴⁰. Занимљиво је да Закон о матичним књигама Федерације Босне и Херцеговине садржи одредбу о забрани дискриминације, те је

⁹³⁴<http://lgbt.ba/danska-uvodi-zakonsku-promjenu-spola-bez-preduvjeta-klinicke-dijagnoze/>, 18.06.2014.

⁹³⁵<http://lgbt.ba/danska-uvodi-zakonsku-promjenu-spola-bez-preduvjeta-klinicke-dijagnoze/>.

⁹³⁶<http://lgbt.ba/danska-uvodi-zakonsku-promjenu-spola-bez-preduvjeta-klinicke-dijagnoze/>.

⁹³⁷Васић, В, Тулић, С, 2012, стр. 25, а о самој процедури промене пола у Босни и Херцеговини на страни 26.

⁹³⁸<http://doznajemo.com/2012/08/09/prema-novom-zakonu-izvodi-iz-maticnih-knjiga-u-federaciji-bosne-i-hercegovine-su-trajni/>, 20.06.2014.

⁹³⁹Члан 12. став 1. тачка 6. Закона о матичним књигама Федерације Босне и Херцеговине, *Сл. новине Федерације БиХ*, бр. 37/2012 и члан 12. став 1. тачка 3. Закона о матичним књигама Републике Српске, *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 111/09 и 43/13.

⁹⁴⁰Члан 44. Закона о матичним књигама Федерације Босне и Херцеговине.

тако забрањен сваки облик дискриминације на основу пола, вероисповести, расне и етничке припадности, боје коже, језика, националног или социјалног порекла, образовања и социјалног статуса код уписа и издавања извода и уверења о чињеницама и подацима из матичних књига, вођења управног поступка у вези са чињеницама које се уписују у матичне књиге и о другим питањима уређеним законом⁹⁴¹. Примећујемо да није изричито наведена сексуална оријентација нити родни идентитет као антидискриминациони основ, иако је из претходно наведених одредби евидентно да су проблеми транссексуалних особа у одређеној мери препознати и у складу са тим регулисана је процедура промене пола у матичним књигама. У Закону о матичним књигама Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, који је почео да се примењује 1. априла 2012. године, није предвиђено још увек да се промена пола уписује у матичне књиге⁹⁴², те се, као и у нашој држави, промена пола може уписивати у матичне књиге као накнадна исправка грешака, односно након закључења уписа⁹⁴³.

Шведска је донела Закон о признавању промене пола још 1972. године, што је сврстава у земље која је међу првима донела закон у овој области и регулисала питање правног положаја транссексуалних особа⁹⁴⁴. Закон је претрпео промене 2013. године, када је парламент Шведске (*Riksdag*) усвојио измене и допуне закона (22. маја 2013. године, које су ступиле на снагу 1. јула 2013. године), а којима се омогућава транссексуалним лицима да изврше правну промену пола и без претходне обављене хируршке или било које медицинске интервенције⁹⁴⁵. Особа може да поднесе захтев и да јој се призна да је другог пола у односу на онај који је назначен у регистру, ако испуни одређене услове, односно ако докаже да дужи временски период осећа да припада другом полу, ако се већ неко време представља

⁹⁴¹Члан 4. Закона о матичним књигама Федерације Босне и Херцеговине.

⁹⁴²Члан 8. Закона о матичним књигама Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, *Сл. гласник Брчко дистрикта БиХ*, бр. 58/11 .

⁹⁴³Промена пола у матичним књигама би могла да потпада под члан 27. став 2. Закона о матичним књигама Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, који гласи: „Исправке грешака у матичним књигама које нису резултат очигледне грешке матичара исправљају се по захтјеву странке”, док став 3. гласи: „Исправке грешака из ставова 1 и 2 овог члана могу се извршити само на основу рјешења”.

⁹⁴⁴ Sweden Gender Recognition Act (1972:119) доступан на енглеском језику на http://tgeu.org/Sweden_Gender_Recognition_Act, 20.06.2014.

⁹⁴⁵ <http://www.changelingaspects.com/PDF/requirement%20of%20being%20sterile%20to%20change%20your%20legal%20gender%20maker.pdf>, 21.06.2014.

у складу са тим родним идентитетом, ако може да се очекује да ће и у будућности да живи у складу са тим родним идентитетом и ако има најмање 18 година (члан 1). Са друге стране, особа може захтевати признање да је другог пола од оног који је назначен на рођењу и ако докаже да има урођену девијацију у сексуалном развоју и да је промена пола конзистентна развоју родног идентитета и да је она најконзистентнија физичком стању подносиоца захтева (члан 2). Захтев могу да поднесу само лица која имају регистровано пребивалиште у Шведској и ако се не налазе у регистрованом партнерству (члан 3). У вези за захтевом за признавање пола, може се добити и одобрење односно дозвола за операцију промене пола односно гениталија како би што више личиле на гениталије другог пола и то само ако се испуне услови за признавање пола (члан 4). У вези за захтевом за признавање пола из члана 1. може да се добије дозвола за одстрањивање полних жлезда и то само ако се испуне услови за признавање пола(члан 4а). Када се лицу одобри признавање пола, лице на коју се оваква одлука односи може на сопствени захтев добити дозволу за одстрањивање полних жлезда. Ако подносилац захтева још није напунио 23 године, дозвола ће се одобрити само ако постоје изузетне околности. Управни Апелациони суд у Шведској је навео у својој пресуди, која је постала правноснажна 10. јануара 2013. године, да је захтев да се буде стерилан како би се извршила правна промена пола у супротности са чланом 8. и 14. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода⁹⁴⁶.

Савезна Република Немачка је донела још у септембру 1980. године Закон о промени личног имена и о утврђивању полне припадности у посебним случајевима (*Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlecht zugehörigkeit in besonderen Fällen*) који се скраћено назива и Закон о транссексуалцима (*Transsexuellengesetz* или скраћеница *TSG*)⁹⁴⁷, а који се тиче транссексуалних особа и њиховог правног положаја. Закон о транссексуалцима је претрпео последње измене и допуне крајм јула 2009. године. Измене су се односиле на услове за правну промену пола. Први део односно прво поглавље

⁹⁴⁶ <http://www.changelingaspects.com/PDF/requirement%20%20removed%20of%20being%20sterile%20to%20change%20your%20legal%20gender%20maker.pdf>.

⁹⁴⁷ Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz - TSG), <http://www.buzer.de/gesetz/6253/a86928.htm>, <http://www.gesetze-im-internet.de/tsg/BJNR016540980.html>, 20.06.2014.

закона се односи на промену имена, а чланом 1. ставом 1. су предвиђени услови под којима се промена може извршити. Наиме, особа може да промени име подношењем захтева суду, а предвиђена су три услова која морају бити испуњена: а) ако то лице више не осећа да припада полу који је назначен у родном листу односно матичној књизи рођених, већ осећа да припада другом полу и најмање три године живи у складу са тим осећањем; в) ако се са великом вероватноћом може претпоставити да се осећање припадности другом полу више неће мењати и г) ако је немачки држављанин или странац који има уобичајено пребивалиште у Немачкој (азиланти, стране избеглице, странци чије право државе чији је држављанин не познаје сличну регулативу по овом питању а поседују неограничено право боравка или дозволу боравка која се може продужавати).

Ово је такозвано *мало решење проблема* које закон предвиђа, на основу кога се, под одређеним претходно наведеним условима, дозвољава промена имена⁹⁴⁸. Према овом закону успостављена је стварна надлежност искључиво за окружне судове и то према месту пребивалишта подносиоца захтева односно према месту уобичајеног боравка⁹⁴⁹. Суд ће одобрити захтев за промену имена, након што прибави мишљење два вештака, који су на основу свог образовања и професионалног искуства упознати са посебним проблемима транссексуализма и који морају да буду независни један од другог. У својим мишљењима потребно је да дају мишљење и заузму став о томе да се ли према сазнањима медицинске науке може утврдити да постоји велика вероватноћа да се осећање припадности подносиоца захтева неће више мењати⁹⁵⁰. Ако је одлука, којом се промењено име подносиоца захтева, правноснажна, онда се подаци о промењеном имену не смеју објавити или истраживати без сагласности подносиоца захтева, осим ако то захтевају посебни разлози јавног интереса или се ако се докаже да постоји правни интерес (члан 5. став 1). Бивши супружник, родитељи, деде и бабе и потомци подносиоца захтева су обавезни да наведу ново име само ако је оно потребно за вођење јавних књига и регистара, док се ова одредба не односи на децу коју је

⁹⁴⁸ Prantl, H., 2011, Das gefühlte Geschlecht, *Süddeutsche Zeitung*, <http://www.sueddeutsche.de/politik/verfassungsgericht-kippt-transsexuellengesetz-das-gefuehlte-geschlecht-1.1052344>, 21.06.2014.

⁹⁴⁹ Члан 2. став 1. и 2. немачког Закона о транссексуалцима.

⁹⁵⁰ Члан 4. став 3. немачког Закона о транссексуалцима.

подносилац захтева усвојио након правноснажности одлуке којом је име промењено (члан 5. став 2). Одлука, којом је промењено име подносиоца захтева, може се укинути подношењем захтева суду, ако се поново осећа да припада другом полу од оног који је назначен у матичној књизи рођених (члан 6. став 1). Одлука, којом је име подносиоца захтева промењено, неће производити дејство:

1. ако се по протеклу од 300 дана од правноснажности одлуке о промени имена подносиоцу захтева роди дете, а одлука неће производити дејство од дана рођења детета или
2. ако након истека 300 дана од правноснажности одлуке о промени имена подносилац захтева призна дете које је рођено или се родитељство утврдисудским путем, и то од дана када признање почне да производи дејство односно од дана правноснажности судске одлуке којом је утврђено родитељство или
3. ако подносилац захтева закључи брак у складу са одредбама Грађанског законика о склапању брака.

Друго поглавље немачког Закона о транссексуалцима се односи на утврђивање полне припадности. Члан 8. Закона предвиђа да, на захтев лица којесе више не осећа као припадник пола који је назначен у матичној књизи рођених на рођењу, већ осећа припадност другом полу и које најмање три године живи у складу са тим осећањем, суд може утврдити да лице припада другом полу, ако:

1. су испуњени сви услови наведени у члану 1. ставу 1. тачке 1-3;
2. се лице не налази у браку (ова тачка је укинута одлуком Савезног Уставног суда 9. августа 2008. године)⁹⁵¹;
3. ако је лице трајно неспособно за оплодњу и размножавање;
4. ако се лице подвргло оперативном захвату промене спољашњих сексуалних карактеристика односно операцији промене пола, којом се постиже да изгледа као припадник другог пола.

⁹⁵¹ Диспозитив одлуке Савезног Уставног суда Немачке 1 BvL 10/05 на немачком језику доступан на <http://www.buzer.de/gesetz/8333/a156066.htm>, док се комплетан текст одлуке налази на интернет страници Савезног Уставног суда Немачке http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20080527_1bv1001005.html, 25.06.2014.

Ово се још назива и *велико решење проблема*, када се не мења само име него се такође мења и ознака пола у матичним књигама⁹⁵². Савезни Уставни суд у Немачкој је донео одлуку 11. јануара 2011. године⁹⁵³, којом је утврђено да одредба члана 8. став 1. тачка 3. и 4. Закона о транссексуалцима, којим се захтева од подносиоца захтева да је трајно неспособан за оплодњу односно стерилан и да се претходноподвргнуо оперативном захвату промене пола, није у сагласности са чланом 2. став 1. и 2. а у вези са чланом 1. ставом 1. Основног закона⁹⁵⁴. Одлуком Савезног Уставног суда у Немачкој је утврђено да се члан 8. став 1. тачке 3. и 4. не примењује све док на снагу не ступи ново законодавно правило.

Велика Британија је 2004. године усвојила закон (*The Gender Recognition Act 2004*) који омогућава транссексуалним особама да остваре правну промену пола и измену ознаке пола у матичној књизи рођених и који детаљно регулише процедуру и поступак. Законом се тражи од подносиоца захтева да две године живи у складу са стеченим или жељеним новим полом пре него што се изда потврда о промени пола⁹⁵⁵. Од транссексуалних особа се не захтева да су се подвргле операцији промене пола, иако се извршена операција промене пола прихвата као доказ. То значи да транссексуалне особе у Великој Британији могу да изврше правну промену пола у свим личним и идентификационим документима без претходно извршене промене пола оперативним путем. У члану 1. овог Закона захтев за издавање потврде о признавању пола може да поднесе лице сваког пола које има најмање 18 година и то ако живи у складу са другим полом или је променило пол у

⁹⁵² Prantl, H, 2011, Das gefühlte Geschlecht, *Süddeutsche Zeitung*, <http://www.sueddeutsche.de/politik/verfassungsgericht-kippt-transsexuellengesetz-das-gefuehlte-geschlecht-1.1052344>, 21.06.2014.

⁹⁵³ Диспозитив одлуке Савезног Уставног суда Немачке 1 BvR 3295/07 на немачком језику доступан на <http://www.buzer.de/gesetz/9618/index.htm>, док се комплетан текст одлуке налази на интернет страници Савезног Уставног суда Немачке http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110111_1bvr329507.html, 25.06.2014.

⁹⁵⁴ Члан 2. став 1. Основног закона Савезне Републике Немачке (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) гласи: „Свако има право на слободан развој своје личности, све док не крши права других и док се не огреши о уставне одредбе и морални закон”. Став 2. истог члана гласи: „Свако има право на живот и телесни интегритет. Слобода личности је неповредива. У ова права се сме задирати само на основу разлога предвиђеног законом”. Члан 1. став 1. Основног закона гласи: „Достојанство човека је неповредиво. Дужност је свих државних органа да га поштују и штите”. Текст Основног закона Савезне Републике Немачке доступан је на интернет страници Парламента Савезне Републике Немачке (Bundestag) <http://www.bundestag.de/grundgesetz>, 25.07.2014.

⁹⁵⁵ The Gender Recognition Act 2004 (Закон о признавању промене пола Велике Британије), <http://www.transgenderni.com/Gender-Recognition-7644.html>, 20.06.2014.

складу са законом земље или територије ван Велике Британије. Чланом 2. и 3. је регулисано да ће се оваква потврда одобрити и издати ако лице докаже да има или је имала полну дисфорију, да је живело у складу са другим полом у периоду од две године пре него што је захтев поднет, да намерава да настави да живи у складу са другим полом све до смрти и да испуни следеће услове односно дужни су да поднесу две врсте извештаја. Наиме, захтев мора да садржи или извештај регистрованог лекара из области полне дисфорије и извештај још једног регистрованог лекара који може али не мора да буде из те области или извештај овлашћеног психолога из области полне дисфорије и извештај још једног регистрованог лекара који може и не мора да је буде те области. Ако се транссексуална особа налази у браку или у цивилном партнерству односно ванбрачној заједници у време подношења захтева за издавање потврде о промени пола, може добити само привремену потврду о промени пола⁹⁵⁶. Привремена потврда о промени пола се издаје да би омогућила подносиоцу и његовом супружнику или ванбрачном партнеру да окончају брак или ванбрачну заједницу⁹⁵⁷. Када се брак или ванбрачна заједница оконча, подносиоцу ће се издати стална и пуна потврда о промени пола. Подносиоцу се издаје привремена потврда о промени пола на период од шест месеци и у том периоду је потребно да се брак или разреши или поништи или да у оквиру тог период супружник умре⁹⁵⁸.

Велика Британија је донела Закон о хомосексуалним браковима (*Marriage (SameSex Couples) Act 2013*) 2013. године, који је добио пристанак односно сагласност краљице 17. јула 2013. године⁹⁵⁹, а који предвиђа како могућност склапања истополних бракова тако и могућност конвертовања цивилног партнерства у брак. То даље омогућава транссексуалним лицима која су у браку да добију сталну потврду о промени пола без даље потребе да се такав брак оконча. Одредба која уређује ово питање још није ступила на снагу, али се планира почетак њене примене већ крајем 2014. године. Да би транссексуална особа у Великој

⁹⁵⁶ Члан 4. став 3. Закона о признавању промене пола Велике Британије.

⁹⁵⁷ A general guide for all users Gender Recognition Act 2004, pp. 3, <http://hmctsformfinder.justice.gov.uk/courtfinder/forms/t455-eng.pdf>, 20.06.2014.

⁹⁵⁸ Члан 5. став 2. Закона о признавању промене пола Велике Британије.

⁹⁵⁹ Booth, P, 2013, Same Sex Marriage in the United Kingdom – An Introduction to the Legal Change in the Legal Provisions of Marriage in the United Kingdom, *Pravo i politika*, 2, година VI, Fakultet za evropske pravno-političke studije, Novi Sad, pp. 7.

Британији променила ознаку пола у возачкој дозволи или у пасошу, није потребно да је почела хормонску терапију или да је била подвргнута било каквој операцији. Све што је потребно јесте законом прописана изјава и писмо лекара у којој наводи да је особа транссексуални мушкарац односно *female-to-male transsexual person* (особа која је у матичним књигама уписана као женско при рођењу, али се представља и живи као мушко) који трајно живи као мушко или да је особа транссексуална жена односно *male-to-female transsexual person* (особа која је у матичним књигама уписана као мушко при рођењу, али се представља и живи као женско) која трајно живи као женско⁹⁶⁰. Међутим, промена пола у возачкој дозволи или пасошу не подразумева правну промену пола, која се заправо врши променом пола у изводу из матичне књиге рођених, док се и матична књига рођених у којој је првобитна ознака пола чува и и даље постоји⁹⁶¹.

Португалија је 2010. године донела Закон о родном идентитету⁹⁶², који је ступио на снагу 15. марта 2011. године, који регулише процедуру правне промене пола и имена у грађанским регистрима. Чланом 2. је предвиђено да захтев могу поднети португалски држављани којима је установљен поремећај родног идентитета. Уз захтев мора да се приложи и следећа документација: пријава за промену пола, лични идентификациони број и име које жели да има након промене пола, затим извештај који се сачињен од стране мултидисциплинарног тима из области клиничке сексологије а који морају потписати најмање један доктор и један психолог, а којим се доказује дијагноза поремећаја родног идентитета односно транссексуалност. Рок за одлучивање о захтеву је осам дана.

Према овом закону, развод, стерилизација, хормонска терапија или операција промене пола транссексуалне особе нису услов да би се званично извршила правна промена пола, већ је једино неопходна медицинска дијагноза. Португалски закон је у потпуности усклађен и са Џокцакартским принципима тачније трећим принципом који гарантује свакоме право да било где пред законом

⁹⁶⁰ The Gender Recognition Act 2004 (Закон о признавању промене пола Велике Британије), <http://www.transgenderni.com/Gender-Recognition-7644.html>, 20.06.2014.

⁹⁶¹ The Gender Recognition Act 2004.

⁹⁶² Portuguese Gender Identity Law, Law No. 7/2011 of 15th March 2010 доступан на енглеском језику на http://tgeu.org/Portugal_Gender_Identity_Law, док се оригинални текст закона на португалском језику налази на <http://www.dre.pt/pdf1sdip/2011/03/05200/0145001451.pdf>, 20.06.2014.

буде признат као личност, а да особе различите сексуалне оријентације и родног идентитета треба да уживају правну способност у свим аспектима живота. У Принципима се даље наводи да је лично дефинисана сексуална оријентација и родни идентитет сваке особе саставни део њене личности и један од основних аспеката самоопредељења, достојанства и слободе и да нико неће бити приморан да се подвргне медицинској процедури, укључујући и операцију промене пола, стерилизацију или хормонску терапију, као услов за правно признање његовог родног идентитета. И на крају се у трећем принципу наводи да никакав статус, као на пример брачни или родитељски, не сме да се користи како би се спречило правно признање родног идентитета неке особе и да нико не сме да буде изложен притиску да сакрије, потисне или покрене своју сексуалну оријентацију или родни идентитет.

Аргентина је 2012. године усвојила Закон о родном идентитету⁹⁶³. Овај закон гарантује свим лицима право на признање њиховог родног идентитета, право на слободан развој личности у складу са својим родним идентитетом, право да буде третиран у складу са својим родним идентитетом и поготово да се идентификује у складу са својим родним идентитетом у документима којима се доказује идентитет односно који приказују лично име, фотографију и ознаку пола (члан 1). Овај закон такође дефинише родни идентитет, који се схвата као унутрашњи и индивидуални начин на који лица доживљавају свој пол, који може али и не мора да одговара полу који је одређен при рођењу, укључујући и лични доживљај тела (члан 2). То може да подразумева и модификацију телесног изгледа или функција кроз фармацеутске, оперативне или друге начине односно оне које лице изабере слободно. То, такође, подразумева и друге видове изражавања рода као што је облачење, начин говора и гестикулације. Сва лица која захтевају да им се пол у регистрима измени, као и њихово име и фотографија, морају да испуне следеће услове: да докажу да су напунили 18 година, да уз захтев наведу да потпадају под заштиту овог закона и да наведу ново име под којим желе да буду регистровани. Ни у једном случају није потребно да се докаже да су били подвргнути комплетној

⁹⁶³ Закон о родном идентитету Аргентине (Argentina Gender Identity Law (2012)) доступан на енглеском језику http://tgeu.org/Argentina_Gender_Identity_Law, 22.06.2014.

или делимичној хируршкој интервенцији гениталија, хормонској терапији или неком другом психолошком или медицинском третману (члан 4). Аргентина спада у оне земље које од транссексуалних особа не захтевају да претходно изврше операцију промене пола или да су под хормонском терапијом како би извршили правну промену пола. Ако се, међутим, ради о лицима млађим од 18 година, захтев морају да поднесу њихови законски заступници, а захтев мора да садржи експлицитну сагласност лица у чије име се подноси захтев, имајући при томе у виду дететове развојне способности и најбољи интерес детета, који је изражен у Конвенцији УН о правима детета (*Convention on the Rights of the Child*)⁹⁶⁴ и у Закону о свеобухватној заштити права девојчица, дечака и адолесцената (члан 5). Ако су сви услови испуњени, приступиће се измени ознаке пола и имена и издаће се нови извод из матичне књиге рођених имајући у виду ове измене, као и нова лична карта односно идентификациони документ (члан 6). Предвиђена процедура за правну промену пола је лична, слободна и не захтева учешће било каквог посредника или адвоката (члан 6).

Крајем 2010. године Покрет за геј права на Малти је израдио предлог Закона о родном идентитету, како би се проблеми транссексуалних лица свели на минимум и како би им се олакшала сама процедура правне промене пола и избегли дугачки, скупи и стресни судски процеси. Важећим законом односно изменама Грађанског законика из 2004. године предвиђена је процедура која захтева да свако ко жели да промени пол у личним документима мора да поднесе захтев суду и да не буде у браку или ванбрачној заједници, док је заправо на суду да процењује да ли лице заиста трајно припада полу којем тврди да припада⁹⁶⁵. Међутим, постоје бројне препреке финансијске природе, с обзиром на чињеницу да трошкови предоперативних интервенција као и сама операција промене пола нису покривени обавезним здравственим осигурањем, и не постоји могућност да се промена пола обави у држави, него заинтересована лица морају да путују у иностранство, што повећава укупне трошкове⁹⁶⁶. Проблематична је одредба важећег закона која захтева

⁹⁶⁴Члан 3. Конвенције УН о правима детета која је усвојена 20. новембра 1989. године од стране Генералне скупштине УН (резолуција 44/25), а ступила је на снагу 2. септембра 1990. године.

⁹⁶⁵Falzon, N, December 2010, *A Proposed Gender Identity Act for Malta*, pp. 18.

⁹⁶⁶Falzon, N, December 2010, pp. 20.

од тужиоца да се подвргне детаљном прегледу од стране стручњака којег је именовано суд, како би се утврдило да је лице заиста било подвргнуто неповратној промени пола, што практично значи да комплетна релевантна медицинска документација и потврде, као и сведочења лекара специјалисте који је извршио операцију промене пола није довољна⁹⁶⁷. Пракса суда је била да од лица, која су већ променила пол оперативним путем, захтева детаљан и комплетан физички преглед, како спољашњи тако и интерни, заједно са прегледима психијатра⁹⁶⁸. Према праву Малте, свако рођење се уписује у матичне књиге, које су отворене за јавност, осим када се ради о усвојењу, те је предвиђено да свако може да тражи копију матичне књиге рођених или копију извода из матичне књиге рођених било ког лица⁹⁶⁹. С обзиром на то да се податак о промени пола односно белешке и напомене уписују у изворник матичне књиге рођених, овај податак се не приказује у изводу из матичне књиге рођених, али се налази у матичној књизи рођених⁹⁷⁰. Трећа лица могу, без сагласности појединца или барем прећутне сагласности, добити приступ детаљима који се тичу нечије прошлости по питању пола и промене пола, као и подацима да је неко путем судске пресуде исправио и изменио име и пол у односу на онај који је изворно наведен у матичној књизи рођених⁹⁷¹. Оваква одредба на најтежи могући начин крши основна људска права, а нарочито право на приватност и право на заштиту података о личности. Предлог новог закона је поједноставио ову процедуру тако што уместо судског поступка уводи директну административну процедуру, помоћу којеће приватност и подаци о историјату пола неког лица бити заштићени⁹⁷². При томе, операција промене пола није предуслов за прихватање захтева за измену личних докумената од стране надлежних органа, већ се у обзир узима то како се лице осећа, како себе доживљава и како се понаша и представља. Према предлогу новог закона, уз захтев ће бити потребно да се приложи и оверена копија матичне књиге, јасна и недвосмислена изјава подносиоца захтева да пол не одговара полу који је назначен на рођењу, као и спецификацију пола који особа

⁹⁶⁷Falzon, N, December 2010, стр. 21.

⁹⁶⁸Falzon, N, December 2010.

⁹⁶⁹Falzon, N, December 2010, стр. 30.

⁹⁷⁰Falzon, N, December 2010.

⁹⁷¹Falzon, N, December 2010.

⁹⁷²Falzon, N, December 2010.

жели да се упише у регистар⁹⁷³. Као још једна новина, предлогом закона се предвиђа успостављање регистра трансродних особа који би био сличан регистру усвојења⁹⁷⁴.

Међутим, Малта је у априлу 2015. године донела нов закон који се тиче родног идентитета, родног изражавања и полних карактеристика (*Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*)⁹⁷⁵, у којем су садржане и дефиниције појединих појмова. Према одредбама овог закона, родно изражавање се односи на манифестацију родног идентитета сваке особе, као и/или на онај родни идентитет који је спознан од стране других особа, док се родни идентитет односи на унутрашње и индивидуално осећање рода сваке особе, а које може или не може да одговара полу у којем се особа родила, укључујући и лични осећај тела (које може да укључује, ако представља слободан избор, модификације телесног изгледа и/или функција на медицински, хируршки или други начин) и друго изражавање рода, укључујући име, облачење, говор и манире (члан 2). Да су решења овог закона веома напредна можемо видети у члану 3. ставу 1, којим се свим грађанима Малте изричито гарантује право на признавање њиховог родног идентитета, право на слободан развој њихове личности у складу са њиховим родним идентитетом, право да их третирају у складу са њиховим родним идентитетом, а нарочито да буду идентификовани на тај начин у документима из којих се може видети њихов идентитет, као и право на телесни интегритет и физичку аутономију. Одредбама закона је уређено да родни идентитет појединца треба да се поштује у сваком тренутку, као и то да ни у ком случају не сме да буде погођена права, односи и обавезе проистекле из родитељства или брака, затим права која проистичу из наслђивања, укључујући и свако тестаментарно располагање у корист те особе и било које обавезе и права стечена пре промене родног идентитета, као и свако лично или стварно право већ стечено од стране трећих лица или било која привилегија или хипотекарно право повериоца стечено пре промене родног идентитета особа (члан 3. став 2. и 3). Значајна је и одредба према којој од особе не треба да се захтева да обезбеди доказ хируршког захвата тоталне или делимичне гениталне промене пола,

⁹⁷³ Falzon, N, December 2010, pp. 41.

⁹⁷⁴ Falzon, N, December 2010, pp. 45.

⁹⁷⁵ <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12312&l=1>, 9.08.2016.

хормоналне терапије или било којег другог психијатријског, психолошког или медицинског третмана да би имао користи од права на родни идентитет (члан 3. став 4). Право је сваког малтешког грађанина да захтева од управника јавних регистра промену регистрованог пола, као и имена (члан 4. став 1). Ове информације или копија оригиналног извода из матичне књиге рођених односно документа о рођењу може се издати уз сагласност особе на коју се тај документ односи или ако нема сагласности онда на захтев суда узимајући у обзир разлог због чега се јавила потреба за тим информација или приказивањем тог документа, када је суду довољно то да је издавање овог документа или информације неопходно како би се одбранило или заштитило право или легитиман интерес особе која захтева ове информације или копију документације, а након узимања у обзир свих релевантних околности, судска разматрања треба да преовладе над правом на приватност особе на коју се информације односе (члан 4. став 7). Доступност комплетној документацији о рођењу је ограничена само и искључиво на особу која је напунила 18 година и на коју се односи или на захтев суда (члан 8. став 1). Међутим, закон садржи и прекршајне одредбе, па ће се свако ко свесно открије особу која је имала користи од одредаба овог закона или је увреди или опсује, након осуде казнити новчаном казном од хиљаду до пет хиљада еура, а свако ко прекрши одредбе овог закона казниће се након осуде новчаном казном од петсто до хиљаду еура (члан 11. став 1. и 3.). Закон садржи и одредбе из области антидискриминативног права, тако да јавне службе имају обавезу да осигурају да се елиминише незаконита дискриминација на основу сексуалне оријентације, родног идентитета, родног изражавања и полних карактеристика, а такође морају да промовишу једнакост могућности за све, без обзира на сексуалну оријентацију, родни идентитет, родно изражавање и полне карактеристике (члан 13. став 2).

У Србији је 2012. године сачињен Модел закона о признавању правних последица промене пола и утврђивања транссексуализма, који пре свега дефинише транссексуалност као родни несклад који се утврђује на основу налаза и мишљења конзилијума од три лекара са посебном лиценцом и специјализацијом за утврђивање родног несклада⁹⁷⁶. Модел Закона, затим, забрањује непосредну или

⁹⁷⁶Гајин, С, 2012b, стр. 123.

посредну дискриминацију, узнемиравање и понижавајуће поступање, као и друге облике дискриминације на основу промене пола и транссексуалности, док органи јавне власти и запослени у њима имају дужност да поштују достојанство личности лица које је у поступку признавања правних последица промене пола. Модел закона такође предвиђа и дужност медицинских радника да штите живот, здравље, приватност и достојанство лица које мења пол или коме се утврђује транссексуалност, а све у складу са принципима лекарске етике, начелима хуманости, традицијом медицинске професије и стандардима савремене медицине. Модел закона је предвидео и признавање свих правних последица промене пола, а нарочито оних које се тичу личних докумената и брачног и породичног права, као и то да лице које је променило пол или чија је транссексуалност утврђена, има право да захтева упис чињенице о новом полу и новог имена у евиденцијама о личним подацима грађана и личним документима, достављањем потребне медицинске документације. Промена пола односно транссексуалност је приватна ствар лица које је пол променило односно чији је транссексуалност утврђен, уз дужност свих да приватност тог лица поштују, а такво лице има право на заштиту своје приватности и личних података који представљају посебно осетљиве податке о личности. Модел закона је уредио питања из области брачних односа и родитељска права и обавезе, установљавајући право на склапање брака лицу које је променило пол са лицем супротног пола, док се брачна заједница лица које је променило пол може на основу сагласности супружника превести у регистровану истополну заједницу у складу са законом којим се уређује регистрација истополних заједница. Ако је лице које је променило пол родитељ, оно и даље задржава сва права и обавезе које је имало према детету и пре промене пола, док сама чињеница промене пола односно утврђивања транссексуализма не утиче на права у брачним и породичним односима као ни на одлуке надлежног органа о вршењу родитељског права или старатељства детета.

У Србији је 2013. године израђен још један модел закона који је бави питањима родног идентитета под називом Модел закона о родном идентитету⁹⁷⁷. Овим Моделом закона уређује се право на изражавање родног идентитета, забрана дискриминације по основу родног идентитета, права лица са родном дисфоријом, начин остваривања и начин заштите тих права, оснивање регистра лица којима је извршена промена ознаке пола у документима, надзор над спровођењем овог закона, као и друга питања у вези са правима и дужностима лица са родном дисфоријом. Модел закона такође дефинише поједине термине који се тичу ове области, те се тако род дефинише као појам који означава друштвено успостављене улоге, положаје и статусе жена и мушкараца у јавном и приватном животу, а из којих услед друштвених, културних и историјских разлика проистиче дискриминација заснована на биолошкој припадности одређеном полу. Родни идентитет означава унутрашњи и лични доживљај лица на који оно схвата свој род и који може, али не мора да се поклапа са полом приписаним по рођењу, укључујући ту и лични доживљај сопственог тела, као и друге начине родног изражавања, као што су одевање, начин говора, гестикулација и слично. Транссексуалност или родна дисфорија означава осећај дубоког, унутрашњег несклада измеђубиолошког пола лица и његовог родног идентитета, утврђен од странелекара психијатријске струке, који се може, али не мора отклањатимедицинским путем (хормонско-хируршки третман). Модел закона о родном идентитету предвиђа и установљава право транссексуалних лица на здравствену заштиту из средстава фонда обавезног здравственог осигурања, право на обавештење и пристанак и слободно одлучивање о свему што се тиче њиховог живота и здравља, забрану стерилизације, право на заштиту личних података, право на промену докумената и ознаке пола, промену имена и јединственог матичног броја грађанина, затим права из радног односа, право на пензијско осигурање, на брачни и породични живот, имовинска и друга права. Да ли ће неки од ова два модела закона наићи на разумевање парламентарних политичких

⁹⁷⁷ <http://www.transserbia.org/trans/transseksualnost/543-model-zakona-o-rodnom-identitetu>, 20.06.2014. Ауторке поменутог Модела закона су Славољупка Павловић, правница Гејтен-ЛГБТ, др Јелена Симић из Центра за унапређивање правних студија, проф. др Зорица Мршевић (Институт друштвених наука) уз консултације са Миланом Ђурићем, Јеленом Видић и тимом Гејтен-ЛГБТ. На сајту је доступан текст Модела закона о родном идентитету.

структура који имају доминантну и пресудну улогу у доношењу одлука и да ли ће ући у скупштинску процедуру за сада још увек није извесно, али би усвајање оваквог закона било од епохалног значаја и у знатној мери би допринело побољшању правног статуса транссексуалних лица у Србији. Најпре би им била обезбеђена одређена правна сигурност и заштита државе, били би поштеђени кршења основних људских права и свих непријатности везаних за то, као што је, на пример, непотребно одбијање и одуговлачење поступака промене ознаке пола и личног имена у личним и идентификационим документима. За сада је њихов правни положај нерешен и једино чему могу да се надају, осим усвајању неког од ова два модела закона, јесте да ће наићи на разумевање и добро расположење запослених у надлежним органима којима се обраћају у сврху реализовања својих основних људских права.

Када се ради о правној промени пола, чак двадесет држава у Европи захтева да се изврши стерилизација као предуслов за покретање поступка признања промене пола (Француска, Белгија, Швајцарска, Италија, Малта, Кипар, Грчка, Црна Гора, Турска, Руска Федерација, Украјина, Азербејџан, Румунија, Грузија, Словачка, Чешка Република, Финска, Норвешка, Летонија и Луксембург⁹⁷⁸. Неке земље у Европи, као што су: Исланд, Шведска, Велика Британија, Немачка, Естонија, Холандија, Пољска, Белорусија, Аустрија, Португалија, Шпанија, Хрватска и Данска (почев од 1. септембра 2014. године када је ступио на снагу закон којим је предвиђено да се принудна стерилизација више неће захтевати као предуслов за правну промену пола), не захтевају принудну стерилизацију, као услов за правну промену пола⁹⁷⁹. Међутим, постоје и државе у Европи које немају законску регулативу нити уређено питање правног признавања промене пола. Међу те државе спадају: Литванија, Јерменија, Молдавија, Бугарска, Македонија, Албанија, Косово, Србија, Босна и Херцеговина, Словенија, Мађарска, Сан Марино, Монако, Андора, Лихтенштајн и Ирска⁹⁸⁰. У Ирској од 27. јуна 2013. године постоји Нацрт Закона о правном признању промене пола (*draft Legal*

⁹⁷⁸ Мапа права транссексуалних особа у Европи, http://www.tgeu.org/sites/default/files/Trans_Rights_Map_2014.pdf, 28.06.2014.

⁹⁷⁹ http://www.tgeu.org/sites/default/files/Trans_Rights_Map_2014.pdf.

⁹⁸⁰ http://www.tgeu.org/sites/default/files/Trans_Rights_Map_2014.pdf.

Recognition of Gender Bill – Zappone Proposal), који не предвиђа стерилизацију као услов за правну промену пола, већ само подношење захтева, тако што ће се попунити законом прописана изјава и назначити родни идентитет, назначавајући да подносилац захтева има намеру да трајно живи као припадник тог родног идентитета, и на крају, потребно је означити и ново лично име које подносилац захтева жели у будуће да користи⁹⁸¹.

5.1.6. Право на заснивање регистрованог, цивилног или фактичког партнерства, право на закључење брака, право на наслеђивање и право на заснивање породице путем усвојења детета или путем зачећа уз помоћ биомедицине

Теоријски, лица истог пола имају три могућности односно опције када је у питању ступање у одређени вид заједнице живота, а фактичка и правна ситуација зависи од законодавства сваке појединачне државе. Наиме, они имају могућност да ступе у а) фактичку односно неформалну нерегистровану заједницу (цивилно партнерство), која је лишена свих формалности заснивања овакве заједнице; б) затим им на располагању стоји заснивање регистрованог партнерства, које се склапа пред државним надлежним органом; в) и на крају, имају могућност да закључе брак, са свим правима и обавезама које су признате брачним супружницима, са изузетком права на усвојење детета, које неке држава и даље не признају истоплоним брачним партнерима.

Да би се једна заједница сматрала неформалном, у неким земљама морају ипак бити испуњени одређени услови, иако у већини земаља није потребна посебна процедура да би се правно признали кохабитациони партнери, па самим тим ни услови ни поступак за излазак из овакве заједнице⁹⁸². Неке земље предвиђају регистрацију и за неформалне заједнице, али их то не чини регистрованим партнерством самим тим што постоји оваква обавеза, јер се као релевантно узима

⁹⁸¹Köhler, R, Recher, A, Ehrst, J, December 2013, *Legal Gender Recognition in Europe, Toolkit*, pp. 55, 69.

⁹⁸²Waaldijk, K, Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners: Comparative analysis, in Waaldijk, K.(ed.), December 2004, *MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries*, Paris, pp. 40.

начин на који је она настала, те се не сматра регистрованим партнерством ако заједница не настаје самим чином регистрације (на пример Исланд⁹⁸³, све до 2010. године када је регистровано партнерство замењено браком). У већини земаља се за истополне партнере у неформалној заједници предвиђа незнатно мање правних последица него за хетеросексуалне партнере у заједници, а највише разлика се јавља у области родитељског права⁹⁸⁴.

Друга могућност за истополне партнере јесте да заснују регистровано партнерство. Регистровано партнерство представља правну институцију која је мање или више изједначена са браком, па се према томе може окарактерисати као облик партнерства између два лица, која настаје актом регистрације тог партнерства и из које следе бројна права и обавезе⁹⁸⁵. Правна правила која се односе на регистровано партнерство се највише односе на услове које морају да испуне два лица која желе да своје партнерство региструју, затим на саму процедуру заснивања и престанка регистрованог партнерства и на правне последице које из њега произлазе⁹⁸⁶. У многим земљама је регистровано партнерство предвиђено само за лица истог пола, док Француска, Белгија и Холандија не ограничавају ово право само на лица истог пола, већ се оно односи и на лица различитог пола која не желе да склопе брак⁹⁸⁷.

Трећа опција за лица истог пола јесте склапање брака пред надлежним државним органом или у верској форми, док су предвиђена права и обавезе углавном изједначена са правима и обавезама хетеросексуалних брачних партнера.

Када се ради о праву на ступање у одређени вид заједнице живота у нашој држави, правни положај хомосексуалних лица је знатно другачији и лошији у односу на правни положај хетеросексуалних лица. У великом броју европских земљама, а поготово у земљама чланицама Европске уније, предвиђен је неки вид (или више облика истовремено, на пример у Холандији) заједнице живота за истополне партнере. Облик заједнице живота који се правно признаје истополним партнерима може бити у виду ванбрачног партнерства, регистрованог партнерства

⁹⁸³Waaldijk, K.,December 2004.

⁹⁸⁴Waaldijk, K.,December 2004.

⁹⁸⁵Waaldijk, K.,December 2004.

⁹⁸⁶Waaldijk, K.,December 2004.

⁹⁸⁷Waaldijk, K.,December 2004.

и брачне заједнице. У нашој држави не постоји регулатива која би установила и обезбедила правно признавање неког од облика заједнице живота лица истог пола. Међутим, Комисија за израду Грађанског законика Владе Републике Србије је у Преднацрту Грађанског законика, у делу који је посвећен породичним односима, предвидела да ће се заједница живота лица истог пола уредити посебним законом⁹⁸⁸. То представља један опрезан наговештај да би у будућности могло или требало да дође до регулисања права лица истог пола која произилазе из заједничког живота, а да ли ће и када бити створени одговарајући услови, пре свега политичка воља а можда и захтеви из Брисела поводом преговора око приступања Европској Унији, да би таква регулатива заиста могла да буде припремљена и усвојена, за сада остаје широко отворено питање.

Тренутна правна регулатива у Србији не садржи никакве одредбе којима би се сексуалним мањинама признала нека од ових права, нити постоји посебан закон који регулише ову област. Наиме, Породични закон не садржи одредбе којима би се обезбедио равноправан положај лицима истог пола када су у питању брачни односи. Напротив, Породични закон из 2005. године дефинише брак као законом уређену заједницу живота жене и мушкарца, а ванбрачну заједницу као трајнију заједницу живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи⁹⁸⁹. Међутим, и Европски суд за људска права је својом одлуком у случају Козак против Пољске (*Kozak v. Poland*)⁹⁹⁰ од 2. марта 2010. године (али и осталим одлукама по том питању) заузео став да уставна дефиниција брака као заједница мушкарца и жене не може да оправдава дискриминацију истополних партнера.

Иако је Породични закон донет пре Устава из 2006. године, ни Устав из 2006. није допринео побољшању положаја лица истог пола, јер је изричито предвиђено да се брак закључује на основу слободно датог пристанка мушкарца и жене пред државним органом⁹⁹¹, а тиме се затвара сваку могућност проширења права на склапање брака и на лица истог пола, узимајући у обзир да је право на

⁹⁸⁸Преднацрт Грађанског законика Републике Србије – трећа књига, Породични односи, јун 2011, Београд, члан 4, стр. 12.

⁹⁸⁹Члан 3. став 1. и члан 4. став 1. Породичног закона Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр.18/2005 и 72/2011 - др. закон.

⁹⁹⁰ЕСтНР, *Kozak v. Poland*, по. 13102/02, пресуда од 2. марта 2010.

⁹⁹¹Члан 62. став 2. Устава Републике Србије.

склапање брака *само* између лица различитог пола постало уставна категорија. Што се тиче признавања права која би произилазила из фактичке или регистроване заједнице живота лица истог пола (ванбрачне заједнице), Устав не предвиђа никаква уставна ограничења за такву регулативу, пошто је у члану 62. ставу 5. Устава регулисано да се ванбрачна заједница изједначава са браком, у складу са законом. Другим речима, законом би се могла уредити и ванбрачна заједница лица истог пола и на тај начин признати им одређена права из области брачних односа.

У ранијем Уставу Републике Србије из 1990. године, за разлику од важећег Устава из 2006. године, нису биле предвиђене никакве уставно-правне препреке за склапање брака између лица истог пола, пошто у том погледу тај Устав садржи само одредбу да се брак и односи у браку уређују законом⁹⁹². То значи да је законом, бар што се тадашњег Устава тиче, право на склапање брака могло бити проширено и на лица истог пола.

Исто је случај и са Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама из 2003. године⁹⁹³, која је важила све до доношења важећег Устава Републике Србије из 2006. године, а која је предвиђала да се јемчи право на склапање брака на основу слободно датог пристанка *будућих супружника (нагласио аутор)*, као и да се склапање, трајање и раскид брака заснивају на равноправности супружника⁹⁹⁴. Преме томе, Повеља не садржи полне одреднице супружника, они би могли бити и лица истог као и лица различитог пола, те је у том смислу напреднија од садашњег Устава Србије, јер не предвиђа ограничења у тумачењу израза „супружници”. Осим тога, Повељом је било предвиђено и право сваког лица на поштовање приватног и породичног живота, дома и тајности преписке⁹⁹⁵, што је такође могао да буде основ за признавање одређених права лицима истог пола, између осталог, и у области брачног и породичног живота. Садашњи Устав

⁹⁹²Члан 29. став 2. Устава Републике Србије из 1990. године, који гласи: „Брак и односи у браку и породици уређују се законом”. Устав је усвојен 28. септембра 1990. године, *Сл. гласник РС*, бр. 1/90.

⁹⁹³Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама државне заједнице Србија и Црна Гора, *Сл. лист СЦГ*, бр. 6/2003) усвојена је на седници Већа грађана и Већа република Савезне скупштине од 28. фебруара 2003. године.

⁹⁹⁴Члан 25. став 1. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама државне заједнице Србија и Црна Гора.

⁹⁹⁵Члан 24. став 1. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама државне заједнице Србија и Црна Гора.

Србије, међутим, не садржи одредбу о праву на поштовање приватног и породичног живота, тако да је и то ограничавајући фактор који обезбеђује одређени простор конзервативним снагама друштва да се, позивајући се на Устав, супротставе изједначењу брачне или ванбрачне заједнице лица истог и лица различитог пола, што значи да би било потребно мењати одредбе садашњег Устав и изменити одредбе које ограничавају могућности за признавање брачних права која су призната супружницама различитог пола и партнерима истог пола.

У Србији је 2012. године у оквиру невладиних организација, а у сарадњи са Центром за унапређивање правних студија, Лабриса⁹⁹⁶ и АИРЕ Центра⁹⁹⁷ израђен Модел закона о регистрованим истополним заједницама. Модел закона дефинише регистровану истополну заједницу односно регистровано партнерство као заједницу живота два пунолетна лица истог пола (две жене или два мушкарца), која су регистровала свој партнерски однос пред надлежним органом јавне власти (члан 2)⁹⁹⁸. Ова врста партнерства се заснива на одређеним начелима, као што су начело равноправности, поштовање достојанства и међусобног помагања и уважавања регистрованих партнера, док се такође и родни идентитет партнера поштује и штити (члан 3. став 1. и 2). Модел закона забрањује сваку дискриминацију, било непосредну било посредну, на основу регистрованог партнерства и сексуалне оријентације партнера (члан 3. став 3). Прописује се и заштита од насиља у породици, тако да сваки од партнера у оквиру регистрованог партнерства има право на заштиту од насиља у породици, док регистровани партнери и бивши регистровани партнери имају статус члана породице и уживају исту заштиту од насиља у породици као што је уживају и супружници односно бивши супружници (члан 4. став 1. и 2).

Моделом закона о регистрованим истополним заједницама су предвиђени и одређени услови потребни за регистрацију истополних заједница, која се

⁹⁹⁶Лабрис је организација за лезбејска људска права, основана у Београду 1995. године.

⁹⁹⁷Аире центар (The AIRE Centre - Advice on Individual Rights in Europe) је организација која се бави давањем бесплатних правних савета у области Европског права о људским правима као и о праву Европске Уније, са седиштем у Лондону.

⁹⁹⁸Гајин, С. (ур.), 2012, *Модел закона о регистрованим истополним заједницама*, Центар за унапређивање правних студија, Београд, стр. 68.

региструје давањем изјава воља два лица истог пола пред матичарем (члан 5), а у циљу остваривања заједнице живота (члан 6). Истополна заједница не може да се региструје ако постоје неке од сметњи, слично брачним сметњама за склапање пуноважног брака (члан 7. став 1), као што су неспособност за расуђивање једног од лица, малолетство, затим ако се једно од лица већ налази у регистрованој истополној заједници или браку, затим крвно сродство у правој линији или у побочној линији до четвртог степена сродства односно у првом степену праве линије тазбинског сродства, затим ако између лица постоји однос усвојења, старатељства или хранитељства. Потребна је још и слободна воља будућих регистрованих истополних партнера односно одсуство мана воље (принуда, претња, заблуда). Још један од услова је да један од будућих партнера има држављанство Републике Србије (члан 7. став 2). Моделом закона о регистрованим истополним заједницама установљавају се и међусобна права и обавезе истополних партнера, као што су право на поштовање приватног и породичног живота, право на одржавање личних односа са малолетном децом другог регистрованог партнера са којима их везује посебна блискост, али имају и обавезу да се међусобно помажу и пружају сву потребну негу и помоћ у случају болести и да се узајамно издржавају. За регистроване партнере важи режим заједничке имовине, а имају и могућност да склопе уговор о посебном имовинском режиму. Регистрованим истополним партнерима се признаје и право наслеђивања под истим условима као и супружницима, затим право на пореске олакшице, сва законом одређена права из пензијског, здравственог и социјалног осигурања као и супружницима, права у случају болести, права у току кривичног поступка и извршења кривичних санкција. Модел закона о регистрованим истополним партнерствима до данас није наишао да зелено светло за стављање на дневни ред у Народној скупштини и изгласавање и усвајање закона који би правно признао истополне заједнице и самим тим уредио правни положај лица истог пола штитећи њихова људска права.

Осим Републике Србије, право на склапање заједнице живота у било ком облику није признато лицима истог пола ни у Федерацији Босни и Херцеговини ни у Републици Црној Гори. У Црној Гори је на снази уставна забрана истополних бракова, у складу са одредбом да брак може бити закључен само уз слободан

пристанак жене и мушкарца⁹⁹⁹. Устав Републике Српске не садржи дефиницију брака, већ ће се брак и односи у браку и породици уредити законом¹⁰⁰⁰, а исто тако и Устав Федерације Босне и Херцеговине не садржи одредбе о браку и дефиницији брака.

Устав Републике Хрватске¹⁰⁰¹ није све до јануара 2014. године дефинисао ни брачну ни ванбрачну заједницу, већ је било препуштено да се оне дефинишу и уреде посебним законом, што значи да Устав није забрањивао истополне брачне или ванбрачне заједнице. Међутим, након државног референдума одржаног 1. децембра 2013. године, на којем је одлучено да се Устав допуни одредбом која дефинише брак као животну заједницу жене и мушкарца¹⁰⁰², забрана склапања брака између лица истог пола је постала уставна категорија. Имајући у виду одредбе до недавно важећег Обитељског закона Хрватске, различитост полова је представљало претпоставку за склапање брака, док се брак дефинисао, као и у Уставу, као законом уређена животна заједница жене и мушкарца¹⁰⁰³. Исто је предвиђено и новим Обитељским законом, чије су одредбе које регулишу ово питање ступиле на снагу 1. септембра 2014. године¹⁰⁰⁴. Садржина одредби се ни у чему не разликују од одредаба претходног Обитељског закона¹⁰⁰⁵. Дакле, брачна заједница, као и ванбрачна, резервисана је само за лица различитог пола. Наиме, ванбрачна заједница, сходно одредбама Обитељског закона, дефинише се као животна заједница неударе жене и неожењеног мушкарца која траје најмање три

⁹⁹⁹Члан 71. став 1. Устава Црне Горе, *Сл. лист Црне Горе*, бр. 1/2007 од 25.10.2007. године.

¹⁰⁰⁰Члан 36. став 2. Устава Републике Српске. Устав Републике Српске са амандманима, *Сл. гласнику Републике Српске*, бр. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 31/03, 98/03 и 115/05.

¹⁰⁰¹ Устав Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 56/90, 135/97, 8/98 – прочишћени текст, 113/2000, 124/2000 – прочишћени текст, 28/2001, 41/2001 – прочишћени текст, 55/2001 – исправак, 76/2010, 05/2014 – одлука Уставног суда број SuP-O-1/2014 од 14. јануара 2014.

¹⁰⁰² Одлука Уставног суда Републике Хрватске, број SuP-O-1/2014 од 14. јануара 2014. године, доступна на интернет страници Уставног суда Републике Хрватске - <http://www.usud.hr/uploads/Odluka%20u%20povodu%20okon%20kon%20C4%8Danja%20postupka%20nadzora%20nad%20ustavno%20A1%20C4%87u%20i%20zakonito%20A1%20C4%87u%20provo%20C4%9Ienja%20dr%20C5%BEavnog%20referenduma%20odr%20C5%BEanog%201.12.2013.pdf>, 1.07.2014.

¹⁰⁰³ Обитељски закон Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. [116/03](#), [17/04](#), [136/04](#), [107/07](#), [57/11](#), [61/11](#), [25/13](#)), члан 5.

¹⁰⁰⁴ Члан 12. и члан 23. став 1. тачка 1. Обитељског закона Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 75/2014, 83/2014.

¹⁰⁰⁵ Обитељски закон Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. [116/03](#), [17/04](#), [136/04](#), [107/07](#), [57/11](#), [61/11](#) и [25/13](#).

године или краће ако је у њој рођено заједничко дете или ако је настављена склапањем брака¹⁰⁰⁶. Међутим, у Хрватској се лицима истог пола ипак обезбеђују одређена права, те им је тако дозвољено да ступају у истополне заједнице у виду нерегистроване кохабитације, али без могућности регистрације. Истополне заједнице су првобитно биле регулисане Законом о истополним заједницама, који их је дефинисао као животну заједницу две особе истог пола које нису у браку, ванбрачној заједници или другој истополној заједници, а која траје најмање три године и која се темељи на начелима равноправности партнера, међусобног поштовања и помагања и емотивној везаности партнера¹⁰⁰⁷. Овим Законом је истополним партнерима било признато и право на издржавање, као и на стицање заједничке имовине. Истовремено се забрањивала свака дискриминација, било посредна или непосредна на основу истополне заједнице као и на основу чињенице хомосексуалне оријентације, док се подстицање неке друге особе на дискриминацију такође сматра дискриминацијом¹⁰⁰⁸. Директном дискриминацијом се сматра свако поступање којим се особа која је члан истополне заједнице ставља или је била стављена у неповољнији положај од друге особе у сличној ситуацији на темељу чињенице да је члан истополне заједнице, а индиректна дискриминација постоји када одређена наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса особу која је члан истополне заједнице на темељу те чињенице ставља или би ставила у неповољнији положај у односу на друге особе¹⁰⁰⁹.

Међутим, у Хрватској је сачињен Предлог новог закона (Закон о животном партнерству особа истог пола) којим се регулишу права и обавезе лица истог пола која су засновала животну заједницу. Предлог Закона о животном партнерству особа истог пола је 2. јула 2014. године добио једногласну подршку Одбора за законодавство у Сабору Хрватске. Закон је 15. јула 2014. године усвојен у скупштинској процедури¹⁰¹⁰, те је на овај начин политичка структура у Хрватској показала спремност да и припаднике сексуалних мањина прихвати као грађане

¹⁰⁰⁶Члан 11. став 1. Обитељског закона Републике Хрватске.

¹⁰⁰⁷Члан 2. Закона о истополним заједницама Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 116/2003.

¹⁰⁰⁸Члан 21. став 1. и 2. Закона о истополним заједницама Републике Хрватске.

¹⁰⁰⁹Члан 21. став 3. и 4. Закона о истополним заједницама Републике Хрватске.

¹⁰¹⁰ Закон о животном партнерству особа истог пола Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 92/2014.

истог ранга и омогући им знатно боље услове живота и колико толико да њихов правни положај изједначи са правним положајем лица различитог пола. Према одредбама Закона о животном партнерству, оно се дефинише као *заједница породичног (обитељског) живота* (нагласио аутор) две особе истог пола које су скопиле партнерски однос пред надлежним телом, у складу са Законом¹⁰¹¹. С обзиром да овим законом није предвиђено да лица истог пола могу да усвајају децу нити је извесно да би евентуално и хтели да их имају, а да се партнери у смислу породичног права и праксе Европског суда за људска права не сматрају породицом, оваква дефиниција да је животно партнерство заједница породичног живота је неуобичајена и ствара забуну. Да ли је намера законодавца била да изврши промену дефиниције породице, коју заправо чине родитељи и деца (брачна, ванбрачна, усвојена) или нешто друго, остаје нам да видимо након почетка примене овог закона. Поред формалног (регистрованог) животног партнерства, Закон дефинише и појам неформалног животног партнерства и то као животну заједницу две особе истог пола, које нису склопиле животно партнерство, ако животна заједница траја најмање три године и ако удовољава претпоставкама које су прописане за ваљаност животног партнерства¹⁰¹². Законом се забрањује и сваки облик дискриминације, посредне и непосредне, на основу склопљеног животног партнерства, сексуалне оријентације и родног идентитета¹⁰¹³. Неповољно поступање на основу статуса животног партнерства у вези са приступом свим услугама, како на тржишту тако и у јавном сектору, представља облик дискриминације и као такав је забрањен¹⁰¹⁴.

Оно што разликује Закон о животном партнерству особа истог пола од претходног јесте да се животно партнерство, за разлику од неформалне и нерегистроване кохабитације, мора склопити пред матичарем (члан 7. став 1. тачка 3). Ако извршимо анализу форме склапања животног партнерства лица истог пола и форму склапања брака лица различитог пола сходно важећим законима у Републици Хрватској, можемо да приметимо да је грађанска форма предвиђена у

¹⁰¹¹Члан 2. Закона о животном партнерству особа истог пола Републике Хрватске.

¹⁰¹²Члан 3. став 1. Закона о животном партнерству особа истог пола Републике Хрватске.

¹⁰¹³Члан 6. став 2. Закона о животном партнерству особа истог пола Републике Хрватске.

¹⁰¹⁴Члан 71. став 1. Закона о животном партнерству особа истог пола Републике Хрватске.

оба случаја, док је црквена форма која је изједначена са грађанском резервисана само за лица различитог пола¹⁰¹⁵.

За склапање животног партнерства у Хрватској су предвиђени и одређени услови, као што је истоветност полова, пристанак за заснивање партнерстава и да је животно партнерство склопљено пред матичарем (члан 7. став 1. тачка 1-3 Закона). Уколико ти услови нису испуњени сматраће се да партнерство није ни склопљено, а право на тужбу за утврђивање постојања или непостојања животног партнерства има свако правно заинтересовано лице и Центар за социјални рад (члан 7. став 2. и 3). Поред услова за постојање животног партнерства, предвиђени су и одређени услови за његову пуноважност. То су заправо сметње за склапање животног партнерства, које одговарају брачним сметњама када се ради о условима за склапање пуноважног брака. Чињенице које ометају склапање пуноважног животног партнерства су малолетство односно да лице није млађе од осамнаест година, да није лишено пословне способности, односно ако јесте, да се његов старатељ сагласи са склапањем животног партнерства, или ако он одбије да да сагласност, уз дозволу ванпарничног суда, затим да будући истополни партнери нису у крвном сродству у правој линији или у побочном сродству до четвртог степена, да ниједно од њих није у браку или животном партнерству (члан 8 – 11. Закона). Уколико неки од ових услова није испуњен, животно пратнерство неће бити пуноважно и може се тражити његов поништај (члан 12. Закона). Законом се истополним партнерима признају међусобна лична дејства, која се признају и брачним друговима, као на пример право на поштовање приватности и породичног живота, обавеза узајамног помагања и пружања неге, право на промену презимена, исти процесно-правни положај који се признаје брачним друговима и друго, право на издржавање, право на заједничку имовину, право на склапање уговора о имовини, право на остваривање родитељског старања у односу на дете животног партнера, право на наслеђивање, право на одређене пореске олакшице и ослобођење, право на породичну пензију, право на обавезно здравствено осигурање преко животног партнера, право на плаћено одсуство ради склапања животног

¹⁰¹⁵Члан 6. Обитељског закона Републике Хрватске, који предвиђа да се брак склапа сагласном изјавом жене и мушкарца у грађанском или верском облику.

партнерства и друго (чланови 37 – 70. Закона). У погледу права на наслеђивање, Закон о животном партнерству предвиђа да се на животне партнере примењују одредбе закона којима је уређено право наслеђивања, при чему је животни партнер у праву наслеђивања изједначен са брачним другом, а деца над којом има партнерско старање изједначена су са његовом децом (члан 55. Закона). Ове одредбе представљају прилично напредно и модерно решење, којим се Хрватска сврстава у земље које поштују људска права припадника ЛГБТ популације и готово у потпуности реализују одредбе о забрани дискриминације.

Словачка је 4. јуна 2014. године усвојила амандман на Устав из 1992. године, који је ступио на снагу 1. септембра 2014. године, а којим је у Устав уведена нова одредба о браку као заједници живота жене и мушкарца (члан 41. Устава Словачке)¹⁰¹⁶. Тиме је индиректно конституисана забрана истополних заједница и бракова. С обзиром да је Словачка држава чланица Европске Уније, у којој постоји тренд правног признавања што ширег дијапазона права за лица истог пола, оваква одредба на нивоу Устава је заиста изненађујућа и представља велики корак уназад у области забране дискриминације и признавања и заштите људских права.

Савезна Република Немачка је 16. фебруара 2001. године донела Закон о регистрованом животном партнерству (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*), који је ступио на снагу 1. августа 2001. године, а последње промене претрпео је 20. јуна 2014. године. Измене Закона су ступиле на снагу и почеле да се примењује 27. јуна 2014. године¹⁰¹⁷. Животно партнерство могу да заснују два лица истог пола, која пред матичарем лично и истовременим присуством изјаве да желе да склопепартнерство једно са другим (члан 1. став 1). Животно партнерство је предвиђено само за лица истог пола. Матичар треба животне партнере појединачно да пита да ли желе да заснују животно партнерство и када одговоре потврдно на ово питање, матичар је дужан да изјави да је животно партнерство од тада засновано, док се заснивање може обавити у присуству до два

¹⁰¹⁶ https://www.constituteproject.org/constitution/Slovakia_2014.pdf?lang=en, 4.09.2016. Република Словачка је донела Устав 3. септембра 1992. године, а исти је мењан 14. јула 1998. године, 14. јануара 1999. године и 4. јуна 2014. године. Све до измена из 2014. године Устав није садржавао одредбе о браку и породици.

¹⁰¹⁷ <http://www.buzer.de/gesetz/4371/b11658.htm>, 3.07.2014.

сведока (члан 1. став 2). Животно партнерство неће производити дејство ако је склопљено са лицем које је малолетно или у браку или је већ са другим лицем засновало животно партнерство, затим између лица која се налазе у правој линији сродства, између рођене браће и сестара и полубраће и полусестара и онда ако животно партнерство приликом заснивања животног партнерства није био сагласан са тим и ако су животно партнерство приликом заснивања животног партнерства сагласни да не желе да се оно заснива на обавезама које су предвиђене односно на обавези да једно друго негују и подржавају и да једно за друго снесу одговорност (члан 1. став 3). Законом је животним партнерима дато право да одреде заједничко име (члан 3), затим је установљена и обавеза међусобног издржавања кроз рад и у складу са могућностима (члан 5), затим предвиђен је режим заједничке имовине, као и право да склапају уговоре о имовини и право да усвоји дете животног партнера. Ако у оквиру животног партнерства један родитељ врши самостално родитељско право, његов животно партнер има овлашћење да, у сагласности са родитељем који самостално врши родитељско право, суодлучује о стварима из свакодневног живота детета (члан 9. став 1). Породични суд може ово овлашћење да ограничи или укине када је то неопходно зарад добробити детета (члан 9. став 3). Међутим, поменуто овлашћење неће постојати ако су животно партнерство привремено растављени (члан 9. став 4). Животно партнерство има право да, у случају опасности од одлагања, предузима све правне радње које су неопходне за добробит детета, а родитељ који врши родитељско право мора одмах о томе бити обавештен (члан 9. став 2). Ако животно партнерство самостално усваја дете, потребна је сагласност другог животног партнера (члан 9. став 6)¹⁰¹⁸. Животно партнерство може сам да усвоји дете свог животног партнера (члан 9. став 7), док им заједничко усвојење није омогућено. Животно партнерство се сматра чланом породице другог животног партнера (члан 11). Закон о регистрованом животног партнерству у Немачкој омогућава истополним животним партнерима право на наслеђивање, а

¹⁰¹⁸ Према § 1749 Грађанског законика Савезне Републике Немачке (*Bürgerliches Gesetzbuch*), Породични суд може на захтев усвојиоца да замени сагласност односно пристанак, који не може да буде замењен ако су правни интереси другог партнера и породице усвојења у супротности. Текст Законика у оригиналној верзији на немачком језику доступан је на <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, 5.07.2014.

преживели животни партнер има иста права као и преживели брачни партнер¹⁰¹⁹. Преживели животни партнер оставиоца је законски наследник поред сродника првог наследног реда, када му припада $\frac{1}{4}$ заоставштине, поред сродника другог наследног реда и поред баба и деда када му припада $\frac{1}{2}$ заоставштине (члан 10. став 1). Ако не постоје сродницини у првом ни у другом наследном реду, нити бабени деде, онда преживели животни партнер наслеђује целокупну заоставштину (члан 10. став 2). Ако је приликом расподеле заоставштине дошло до поделе имовине и ако се на наслеђе као законски наследници поред преживелог животног партнера позивају једно или двоједеце оставиоца онда заоставштину наслеђују преживели животни партнер и свако дете на једнаке делове (члан 10. став 2). Преживели животни партнер се искључује из наслеђа ако су у време смрти оставиоца били испуњени услови за укидање животног партнерства и ако је укидање захтевао оставилац или се са њиме сагласио или ако је поднео захтев за укидање животног партнерства из разлога који су везани за личност другог животног партнера (разлог је предвиђен чланом 15. ставом 2. тачком 3), а тај захтев је био основан (члан 10. став 3). Животни партнери такође могу да саставе заједнички тестамент (члан 10. став 4). За ништавост тестаента се примењују одредбе Грађанског законика које се односе на брачне partnere. Ако је оставилац пре смрти путем тестаента преживелог животног партнера искључио из наслеђа, он има право да потражује од наследника половину вредности законских наследних делова на име нужног дела, док се одредбе нужног дела које се односе на брачне partnere примењују и на животне partnere (члан 10. став 6).

Од европских земаља које су још признале истополним лицима иста или слична права која су призната брачним партнерима различитог пола у виду истополних заједница, регистрованог партнерства или кохабитације јесу: Холандија од 1998. године, Шпанија (почев од 1998. у Каталонији), Француска од 1999. године, Белгија од 2000. године, Немачка од 2001. године, Финска од 2002. године, Луксембург од 2004. године, Италија само у одређеним општинама и градовима почев од 2004. године у Тоскани, Андора и Велика Британија од 2005.

¹⁰¹⁹ Thorn, K, The German Law on Same-sex Partnerships, у Boele-Woelki, K, Fuchs, A. (ed.), 2003, *Legal recognition of Same-sex Couples in Europe*, Intersentia, pp. 91.

године, Чешка и Словенија од 2006. године, Швајцарска од 2007. године, Мађарска од 1996. године омогућава фактичке заједнице, а од 2009. године регистровано партнерство, Аустрија од 2010. године регистровано партнерство, Ирска и Лихтенштајн од 2011. године¹⁰²⁰, Малта од априла 2014. године. Одлука малтешких власти да у парламенту изгласају овакву законску регулативу представља заиста револуционаран потез, с обзиром да је на Малти право на развод брака омогућено тек 2011. године, а већ три године касније се лицима истог пола Законом о цивилним заједницама од априла 2014. године (*Act No. IX of 2014* односно *Civil Unions Act 2014*) признаје право да заснивају истополне заједнице, са истим правима која су призната брачним партнерима, укључујући и право да истополни партнери усвајају децу (члан 9. и 12)¹⁰²¹.

Аустрија је од 2003.године омогућила лицима истог пола право на *de facto* заједницу односно нерегистровано партнерство, након пресуде Европског суда за људска права (*Karner v. Austria*¹⁰²²), а у оквиру које имају иста права као и лица различитог пола која живе у ванбрачној заједници¹⁰²³. Да судска пракса Европског суда за људска права има велики значај и утицај на национална законодавства уређених држава које поштују своје међународне обавезе и настоје да обезбеде владавину права и правну сигурност својих грађана, показује нам ова пресуда. У овом случају, подносилац представке тврдио је да му пресудом Врховног суда Аустрије није признато право да наследи право закупа након смрти његовог партнера¹⁰²⁴, а што је довело до дискриминације на основу сексуалне оријентације и повреде члана 14, а у вези са чланом 8. Конвенције. Након тога, закуподавац је покренуо поступак против њега за раскид уговора о закупу, али је суд одбио ту

¹⁰²⁰Cvejić Jančić, O, 2014, Family Law Protection of Same-Sex Partners – Comparative Overview, *Coming-out for LGBT Psychology in the current international scenario*, pp. 122, <http://www.lgbtpsychology.org/ebook1.pdf>.

¹⁰²¹Текст закона доступан на <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/97242/115304/F336358434/MLT97242.pdf>, 20.07.2016.

¹⁰²²ЕСтHR, *Karner v. Austria*, no. 40016/98, пресуда од 24. јула 2003.

¹⁰²³Гајин, С, 2012с, стр. 18, 19.

¹⁰²⁴Подносилац представке је био у хомосексуалној вези са господином В. са којим је живео у стану који је изнајмио његов партнер, док су трошкове за стан делили и сносили заједнички. Међутим, партнер подносиоца представке је открио, након две године њихове везе, да је инфициран вирусом ХИВ-а, што није довело до окончања њихове везе већ, напротив, господин Карнер га је неговао када је вирус узнапредовао у наредне две године. Партнер подносиоца представке је преминуо, након што га је именовано за свог наследника.

тужбу, имајући у виду Закон о закупу који је омогућавао члановима породице да наследе право закупа, а што је такође применљиво и на истополне партнере. Окружни грађански суд у Бечу је одбио жалбу закуподавца, с обзиром да је сврха Закона о закупу била да заштити лица која су ванбрачно живела заједно дуже време од изненадног бескућништва, а што се односило како на хетеросексуалне, тако и на истополне парове. Међутим, Врховни суд је сматрао да термин „животни сапутник” у смислу Закона о закупу¹⁰²⁵ треба тумачити у времену у којем је закон донет и усвојен, односно 1974. године, када је намера законодавца била да се из ових одредби изоставе лица истог пола. Године 2000. господин Карнер је преминуо, о чему је суд обавештен, као и о томе да се његова мајка одрекла права да наследи имовину. Влада Аустрије је затим затражила да се представка скине са листе предмета Суда имајући у виду чињеницу да је подносилац представке преминуо и да није било других наследника који би желели да наставе са поступком¹⁰²⁶. Суд је у овом случају сматрао да представка садржи једно веома важно питање, које је од општег значаја и интереса не само за Аустрију, него и за све остале државе потписнице Конвенције истогаје одбио захтев тужене државе и наставио са мериторним решавањем спора. Подносилац представке је истакао да је био жртва дискриминације на основу своје сексуалне оријетнације. Влада је прихватила став да је подносилац представке био различито третиран на основу

¹⁰²⁵Поглавље 14. Закона о закупу регулише право на закуп у случају смрти. Члан 1. гласи: „Право на закуп у случају смрти власника или закупца не престаје”. Члан 2. гласи: „ У случају смрти главног закупца стана, лица наведена у члану 3, будући да имају право да наследе право закупа, треба тако и да учине, уз искључење осталих лица која имају право да наследе непокретност, осим ако су обавестили закуподавца у року од 14 дана од смрти главног закупца да не желе да наставе право закупа”. Члан 3. гласи: „ Право да наследе право закупа у смислу члана 2. треба да имају и: брачни друг, животни сапутник, сродници у правој линији, укључујући и усвојену децу, и браћу и сестре бившег закупца, у зависности од тога колику потребу за смештајем наведене особе имају и ако су већ живела у стану са закупцем као чланови истог домаћинства. За потребе ове одредбе, животни пратилац означава особу која је живела у стану са бившим закупцем до његове смрти најмање три године, учествујући у финансијским потребама домаћинства као у браку, животни пратилац се сматра да је живео у стану три године уколико се он или она преселио у стан заједно са бившим закупцем од самог почетка”.

¹⁰²⁶Члан 37. став 1. Конвенције гласи: „Суд у свакој фази поступка може одлучити да скине представку са листе предмета ако се на основу околности може закључити: а. да подносилац представке не намерава да даље учествује у поступку; или б. да је предмет решен; или в. да из сваког другог разлога који Суд утврди није више оправдано наставити са испитивањем представке. Међутим, Суд наставља с испитивањем ако је то потребно ради поштовања људских права установљених Конвенцијом и протоколима уз њу”. Члан 37. став 2. гласи: „Суд може одлучити да представку врати на своју листу предмета ако сматра да околности то оправдају”.

своје сексуалне оријентације када је у питању право наслеђивања права на закуп стана, али да је разлика у третману имала објективно и разумно оправдање, с обзиром на то да је циљ законске одредбе био очување традиционалног схватања породице. Суд може да прихвати као аргумент да заштита традиционалног схватања породице начелно представља убедљив и легитиман разлог који би могао да оправда разлику у третману, али да би таква разлика у третману била оправдана она мора да буде сразмерна. Као што Врховни суд Аустрије није понудио било какве разлоге који би оправдали овакво дискриминаторно поступање и непризнавање овог права истополним паровима, тако ни Влада није поднела довољно убедљиве и основане разлоге за овако уско тумачење предметне законске одредбе. Стога је Суд одлучио да је дошло до дискриминације на основу сексуалне оријентације и повреде члана 14. заједно са чланом 8. Конвенције.

Регистровано партнерство, које је омогућено само лицима истог пола, уведено је у Аустрији 1. јануара 2010. године, са истим финансијским последицама које се односе на брак, односно и истополни партнери уживају одређене повластице попут пореских ослобођења, права из области социјалне заштите, док се једине разлике тичу родитељког права¹⁰²⁷. Истополни партнери имају обавезу издржавања у случају раскида, а у случају смрти једног партнера други има приступ његовом пензионем фонду¹⁰²⁸.

Велики број европских земаља је признало и легализовало истополне бракове, а то су Холандија, која је прва земља у Европи која је законски признала хомосексуалне бракове и то 2001. године, затим Белгија 2003. године, Шпанија 2005. године, Норвешка и Шведска 2009. године, Исланд и Португалија 2010. године и Данска 2012. године¹⁰²⁹, Француска 2013. године и Енглеска и Велс 2013. године, Луксембург и Шкотска 2014. године.

Данска је још 1. октобра 1989. године легализовала истополне заједнице и тиме постала прва земља у свету која је законски дозволила истополне заједнице¹⁰³⁰.

¹⁰²⁷ Гајин, С, 2012с.

¹⁰²⁸ Гајин, С, 2012с.

¹⁰²⁹ Crowley, L, 2013, *International and European Developments in Family Law 2013*, The International Survey of Family Law, pp. 28.

¹⁰³⁰ Мршевић, З, 2009, *Истополне заједнице и деца, Становништво*, 1, вол. 47, Институт друштвених наука, стр. 24.

Наиме, регистрована истополна партнерства су легализована Законом о регистрованом партнерству (*Lov om registreret partnerskab*) од 7. јуна 1989. године, а који је ступио на снагу 1. октобра 1989. године. Бискупи Државне Лутеранске цркве су 27. октобра 1997. године једногласно одлучили и одобрили благослов хомосексуалним партнерима у оквиру њиховог светилишта¹⁰³¹. Регистровано партнерство је у погледу финансијских и родитељских права било скоро идентично браку, а од 1. јула 2010. године је дозвољено и заједничко усвојење детета¹⁰³². Од 15. јуна 2012. године у Данској је уведен родно неутрални концепт брака и лицима истог пола омогућено је склапање истополног брака, чиме се укида Закон о регистрованим партнерствима као и право на заснивање нових регистрованих партнерстава, али са могућношћу конвертовања регистрованог партнерства у брак¹⁰³³. У Данској је истополним партнерима дозвољено да склопе брак у цркви од 2012. године, када је измењен дански Закон о браку (*Act No. 532* од 12. јуна 2012. године а који је ступио на сагу 15. јуна 2012. године), а сврха овог закона је била да омогући свима односно свим члановима Евангелистичке Лутеранске цркве у Данској да се венчају у цркви, без обзира на сексуалну оријентацију¹⁰³⁴. Одредбама овог закона је укинута забрана склапања истополних бракова у цркви, али свештеници могу да одбију да обављају церемонију истополног брака из теолошких разлога, у ком случају морају да обезбеде замену¹⁰³⁵.

Холандија је амандманом члана који регулише и дефинише брак у оквиру Грађанског законика, усвојила измене Законом од 21. децембра 2000. године, који је ступио на снагу 1. априла 2001. године, а који омогућава лицима истог пола право да склопе брак и да усвоје децу¹⁰³⁶. Грађански брак између лица истог пола у Холандији је регулисан у Књизи 1 Грађанског законика (*Burgerlijk Wetboek*) и почев од 1. априла 2001. године измењен је члан 30. став 1. који сада гласи тако да

¹⁰³¹ http://www.religioustolerance.org/hom_dane.htm, 6.07.2014.

¹⁰³² Гајин, С, 2012в, стр. 15.

¹⁰³³ Свејић Јанчић, О, 2014, pp. 119.

¹⁰³⁴ Holdgaard, M, 2013, *Important Recent Developments in Danish Family Law*, The International Survey of Family Law, pp. 85.

¹⁰³⁵ Holdgaard, M, 2013.

¹⁰³⁶ Waaldijk, K, Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in the Netherlands, in Waaldijk, K. (ed.), December 2004, *MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries*, Paris, pp. 137.

брак могу да склопе двалица различитог пола или истог пола¹⁰³⁷. Овим законом је истополним партнерима установљено право да усвоје децу, било да су у браку, регистрованом партнерству или неформалној заједници¹⁰³⁸. Постоје само две правне разлике између истополног брака и хетеросексуалног брака, а оне се тичу међудржавног усвојења које је резервисано само за хетеросексуалне парове и правне претпоставке очинства, тако да за дете које је рођено у браку између жене и мушкарца оцем се сматра муж мајке, па према томе ово правило не важи и код истополних бракова између две жене¹⁰³⁹. Међутим, од 2002. године уведено је ново правило када је дете рођено у браку између две жене, обе жене добијају аутоматски заједничко вршење родитељског права, осим ако је мушкарац признао дете за своје, пре његовог рођења¹⁰⁴⁰. У Холандији је од 1. јануара 1998. године, поред овог закона који је легализовао истополне бракове, уведена могућност заснивања регистрованог партнерства и не ограничава се само за лица истог пола, већ га исто тако могу заснивати и лица различитог пола и скоро све процедуре и последице које пролазе из брака, примењују се и на регистровано партнерство¹⁰⁴¹. Постоје веома мале разлике између брака и регистрованог партнерства, а могуће је, у веома једноставном поступку, да се свако регистровано партнерство конвертује у брак и обрнуто. Разлика између брака и регистрованог партнерства се састоји у начину престанка регистрованог партнерства, које може престати споразумом односно ако постоји међусобна сагласност истополних партнера о томе, што није случај када се ради о престанку брака¹⁰⁴². У Холандији постоји и могућност ступања у неформалну заједницу, иако ниједан закон не регулише ово питање, али су од 1979. године први пут признате у законима које регулишу неку другу област права, на пример у области која регулише право закупа¹⁰⁴³.

У праву Белгије се не користи израз регистровано партнерство већ законска заједница, која је за лица истог пола омогућена законом (*Loi instaurant la cohabitation légale*) од 23. новембра 1998. године, који је ступио на снагу 1. јануара

¹⁰³⁷Waaldijk, K, 2004.

¹⁰³⁸Waaldijk, K, 2004.

¹⁰³⁹Waaldijk, K, 2004.

¹⁰⁴⁰Waaldijk, K, 2004.

¹⁰⁴¹Waaldijk, K, 2004.

¹⁰⁴²Waaldijk, K, 2004.

¹⁰⁴³Waaldijk, K, 2004.

2000. године, а којим се установљава право на потпомогнуту оплодњу и истополним партнерима¹⁰⁴⁴. Овакве заједнице могу да заснују лица раличитог пола, лица истог пола па чак и блиски сродници, као што су браћа и сестре и родитељ и дете¹⁰⁴⁵. Једина ограничења односно сметње могу бити неспособност за расуђивање једног или оба кохабитациона партнера и да нису у браку односно некој другој законској заједници¹⁰⁴⁶. Између кохабитаната не постоји обавеза издржавања било током трајања заједнице било у случају прекида, али имају обавезу да доприносе трошковима заједничког живота у складу са својим могућностима¹⁰⁴⁷. Првобитно, преживели кохабитациони партнер није имао наследна права и није се сматрао наследником све до закона од 28. марта 2007. године, када је преживелом партнеру омогућено да има право плодуживања на заједничком стану као и на намештају у њему, а примењују се одредбе које се односе на преживелог супружника¹⁰⁴⁸. Преживелом кохабитационом партнеру такође припада право на заштиту породичног стана¹⁰⁴⁹. Овакве заједнице престају смрћу или склапањем брака једног или оба кохабитациона партнера, као и изјавом једног или оба кохабитанта пред органом који је надлежан за регистрације¹⁰⁵⁰. Када се ради о неформалним *de facto* заједницама, оне нису регулисане ниједним законом, али се *de facto* признају, изричито или прећутно, у бројним законима који регулишу неке друге области права¹⁰⁵¹. Између њих не постоји обавеза кохабитације, немају обавезу међусобног издржавања за време и након њиховог заједничког живота нити морају да доприносе трошковима заједничког живота, немају право наслеђивања и може престати у сваком моменту без икаквих формалности¹⁰⁵². У Белгији су дозвољени истополни бракови законом (*Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et*

¹⁰⁴⁴De Schutter, O, Waaldijk, K, Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Belgium, in Waaldijk, K. (ed.), December 2004, *MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries*, Paris, pp. 50.

¹⁰⁴⁵De Schutter, O, Waaldijk, K, 2004.

¹⁰⁴⁶Sosson, J, 2010, *Recent Evolutions (or Revolutions) in Belgian Family Law*, The International Survey of Family Law, pp. 52.

¹⁰⁴⁷Sosson, J, 2010.

¹⁰⁴⁸Sosson, J, 2010.

¹⁰⁴⁹Sosson, J, 2010.

¹⁰⁵⁰Sosson, J, 2010.

¹⁰⁵¹De Schutter, O, Waaldijk, K, 2004, pp. 50.

¹⁰⁵²Sosson, J, 2010, pp. 52.

modifiant certaines dispositions du Code civil) од 13. фебраура 2003. године, а који је ступио на снагу 1. јуна 2003. године¹⁰⁵³. За склапање истополног брака предвиђени су исти услови као и за склапање брака између лица различитог пола. То значи да између истополних партнера не постоје било која сметња у погледу сродства, одсуство бигамије, испуњење услова који се тичу година (захтева се узраст од 18 година осим ако лице није добило одобрење суда да склопи брак и у нижем узрасту), пословна способност и одговарајућа сагласност¹⁰⁵⁴. Истополни брак производи иста дејства као и хетеросексуални брак, иста међусобна права и обавезе између супружника, иста правила се примењују на имовину, престанак брака разводом или смрћу и иста права када се ради о наслеђивању¹⁰⁵⁵. Међутим, постоји и одређени изузетак када се ради о родитељском праву, па тако претпоставка брачног очинства није примењива када је брак склопљен између лица истог пола, али им је омогућено право да усвајају децу законом од 18. маја 2006. године¹⁰⁵⁶.

У Шведској је уведено регистровано партнерство за лица истог пола Законом о регистрованим партнерствима (*Lag (1994:1117) om registrerat partnerskap*) који је ступио на снагу 1. јануара 1995. године¹⁰⁵⁷. Закон је усвојен да би изричито омогућио истополним паровима да легализују своју везу, како би се већина законских права и обавеза које имају хетеросексуални брачни партнери примењивала и на њихову везу¹⁰⁵⁸. Према правилу о једнаком третману садржаном у Закону о регистрованом партнерству, правне последице регистрованог партнерства су исте као и правне последице брака и све одредбе у шведском праву које се односе на брачне супружнике односе се, *mutatis mutandis*, и на регистроване partnere, осим уколико је изричито предвиђено да се нека одредба неће на њих примењивати¹⁰⁵⁹. Од 1974. године у Шведској постоји законодавство које

¹⁰⁵³De Schutter, O, Waaldijk, K, 2004, pp. 50.

¹⁰⁵⁴Sosson, J, 2010, pp. 52.

¹⁰⁵⁵Sosson, J, 2010.

¹⁰⁵⁶Sosson, J, 2010.

¹⁰⁵⁷ Ytterberg, H, Waaldijk, K, Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Sweden, in Waaldijk, K. (ed.), December 2004, *MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries*, Paris, pp. 170.

¹⁰⁵⁸Ytterberg, H, Waaldijk, K, 2004, pp. 171.

¹⁰⁵⁹Ytterberg, H, Waaldijk, K, 2004.

обезбеђује лицима различитог пола минималну заштиту за финансијски слабију страну у оквиру кохабитације, а почев од 1. јануара 1998. године слично законодавство је предвиђено и за лица истог пола у неформалној кохабитацији, док је 1. јула 2003. године донет јединствен Закон о кохабитацији, који се односи и на заједнице партнера различитог пола и на заједнице партнера истог пола, за чије заснивање није потребна никаква регистрација или сличне формалности¹⁰⁶⁰. Све што је неопходно да би се овај закон примењивао на њих јесте да живе у кохабитацији одређено време које законом није прописано, затим да нису у браку или у регистрованом партнерству, да деле заједничко домаћинство, а законске одредбе се тичу заједничког домаћинства и предмета домаћинства. Међутим, 1. маја 2009. године шведско законодавство уводи полно неутрални концепт брака, тако да брак може бити закључен између мушкарца и жене, као и између два мушкарца и између две жене и претходна терминологија која је спомињала мушкарца и жену замењује сетермином супружници¹⁰⁶¹. Циљ овакве промене је био да се не уводе посебна правила и одредбе које се тичу истополних бракова, него да се истим правилима обухвате сви бракови, било хетеросексуални било хомосексуални¹⁰⁶². Овом реформом породичног законодавства је Закон о регистрованом партнерству укинут као непотребан, тако да од 1. маја 2009. године у Шведској није више могуће регистровати истополно партнерство. Међутим, претходно регистрована партнерства остају валидна и на снази као регистрована партнерства, осим ако се истополни партнери не одлуче да регистровано партнерство конвертују у брак, у једноставном управном поступку када неће бити потребно да се испитује постојање брачних сметњи¹⁰⁶³. Као алтернатива овом решењу, истополни партнери могу да се одлуче за церемонију склапања брака односно да се венчају на уобичајени начин¹⁰⁶⁴. Ако је регистровано партнерство регистровано у иностранству оно ће се признати под одређеним условима које прописује међународно приватно право, с тим да оваква регистрована партнерства

¹⁰⁶⁰Ytterberg, H, Waaldijk, K, 2004.

¹⁰⁶¹Jänterä – Jareborg, M, 2010, Sweden: The Same-Sex Marriage Reform with Special Regard to Concerns of Religion, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht (FamRZ)*, 18, pp. 1505.

¹⁰⁶²Jänterä – Jareborg, M, 2010.

¹⁰⁶³Jänterä – Jareborg, M, 2010.

¹⁰⁶⁴Jänterä – Jareborg, M, 2010.

није могуће конвертовати у брак¹⁰⁶⁵. У септембру 2009. године, четири месеца након што је на снагу ступио нов полно неутрални концепт брака, највише одлучујуће тело Шведске цркве односно Генерални Синод је одлучио, убедљивом већином, да ће се обављати и црквена венчања истополних парова¹⁰⁶⁶. Од новембра 2009. године постоји могућност за лица истог пола да склопе брак у оквиру цркве¹⁰⁶⁷.

У Норвешкој је истополним лицима омогућено право на заснивање регистрованог партнерства Законом о регистрованим партнерствима хомосексуалних парова (*Partnerskapsloven*) од 30. априла 1993. године, а који је ступио на снагу 1. августа 1993. године. Овај Закон представља прву законодавну регулативу у Норвешкој која је истополним партнерима омогућила да формализују своје везе са скоро идентичним правима и обавезама које имају брачни партнери¹⁰⁶⁸. Иако се овај вид заједнице не назива браком, већина одредби у Закону о браку се примењивала на регистровано партнерство¹⁰⁶⁹ и након регистрације уживали су иста права као и брачни партнери, чак и наследна права у случају смрти једног од партнера¹⁰⁷⁰. Међутим, Норвешка такође има законску регулативу у погледу истополних бракова. Наиме, Закон о браку (*Lov om ekteskap*) усвојен је 4. јула 1991. године, а ступио је на снагу 1. јануара 1993. године, а дозвољавао јесамо бракове лица различитог пола¹⁰⁷¹. Међутим, према Закону о браку из 2008. године (усвојен 17. јуна 2008. године, а ступио на снагу 1. јануара 2009. године) измењени су услови за склапање брака у погледу пола¹⁰⁷². Пре ступања на снагу овог закона, одредбе о усвојењу се нису односиле на регистроване partnere, већ само на брачне

¹⁰⁶⁵ Jänterä – Jareborg, M, 2010.

¹⁰⁶⁶ Jänterä – Jareborg, M, 2010, pp. 1507.

¹⁰⁶⁷ Jänterä – Jareborg, M, 2010. У периоду између новембра 2009. године и маја 2010. године склопљено је око 50 истополних бракова у цркви у Шведској. До овог датума, ниједна друга верска заједница у Шведској није вршила обред склапања истополног брака.

¹⁰⁶⁸ Asland, J, Waaldijk, K, Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Norway, in Waaldijk, K. (ed.), December 2004, *MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries*, Paris, pp. 156.

¹⁰⁶⁹ Asland, J, Waaldijk, K, December 2004.

¹⁰⁷⁰ Asland, J, Hambro, P, 2009, *New Developments and Expansion of Relationships Covered by Norwegian Law*, The International Survey of Family Law, pp. 376, 377.

¹⁰⁷¹ Asland, J, Hambro, P, 2009.

¹⁰⁷² Закон о браку Норвешке доступан на енглеском језику на интернет страници <http://www.regjeringen.no/en/doc/Laws/Acts/The-Marriage-Act.html?id=448401>, 6.07.2014.

партнере различитог пола¹⁰⁷³. Брак, сходно Закону о браку, могу склопити два лица различитог пола или двалица истог пола¹⁰⁷⁴. Слична је ситуација као и у Шведској, јер од ступања Закона о браку на снагу није више могуће заснивати регистровано партнерство, али постоји могућност да се партнерство конвертује у брак, док ће дотадашња заснована регистрована партнерства, која нису конвертована у брак, остати на снази¹⁰⁷⁵. Изменама Закона о биотехнологији предвиђено је право регистрованих, као и венчаних лезбејских парова да приступе медицински асистираној репродукцији под истим условима као и хетеросексуални партнери, тако да ће се партнерки или супружници биолошке мајке признати ко-матерински статус у складу са Законом о добробити детета, ако се сагласи са фертилизацијом, ако је она обављена у овлашћеној здравственој установи у Норвешкој или у иностранству и ако је идентитет донора познат¹⁰⁷⁶. Ово правило се односи на случајеве односно на децу рођену након 1. јануара 2009. године¹⁰⁷⁷. Пре овог датума, једина могућност за партнерку или супружницу биолошке мајке да се утврди родитељство јесте кроз усвојење детета биолошке мајке¹⁰⁷⁸. Након измена Закона о усвојењу истополним паровима је омогућено да усвајају децу¹⁰⁷⁹. Законом од 19. децембра 2008. године (ступио на снагу 1. јануара 2009), кохабитационим партнерима је омогућено и законско наслеђивање, као и доживотно плодуживање над имовином након смрти једног од партнера а све до смрти преживелог партнера (*uskifte*), тако да се подела те имовине одлаже и преживели партнер задржава целокупну имовину¹⁰⁸⁰. Ово правило се односи на partnere који су имали, имају или очекују да имају заједничко дете, док се партнери који немају заједничке деце могу осигурати сачињавањем тестаментa¹⁰⁸¹. Право на *uskifte* је ограничено на одређену имовину и укључује заједничко место становања, предмете домаћинства, као и друго домаћинство које су заједнички користили (нису укључени предмети

¹⁰⁷³ Asland, J, Hambro, P, 2009, pp. 377.

¹⁰⁷⁴ Члан 1. Закона о браку Норвешке.

¹⁰⁷⁵ Asland, J, Hambro, P, 2009, pp. 377.

¹⁰⁷⁶ Asland, J, Hambro, P, 2009, pp. 378.

¹⁰⁷⁷ Asland, J, Hambro, P, 2009.

¹⁰⁷⁸ Asland, J, Hambro, P, 2009.

¹⁰⁷⁹ Asland, J, Hambro, P, 2009.

¹⁰⁸⁰ Asland, J, Hambro, P, 2009.

¹⁰⁸¹ Asland, J, Hambro, P, 2009.

који су служили за личну употребу једног од партнера, аутомобил који је углавном коришћен у пословне сврхе, акције, банковни рачуни), али се може проширити да обухвата и друге ствари или тестаментом или уз сагласност других оставиоцевих наследника¹⁰⁸². Преживели партнер који ужива *uskifte* постаје одговоран за дугове оставиоца. Ако преживели партнер заснује кохабитацију и она траје више од две године или кохабитанти очекују заједничко дете, наследници умрлог партнера могу да траже поделу имовине која је у *uskifte* режиму.

У Финској је лицима истог пола омогућено да заснују регистровано партнерство, а које је резервисано само за истополне партнере и то Законом о регистрованом партнерству (*Laki rekisteröidystä parisuhteesta*) 950/2001 од 9. новембра 2001. године, а који је ступио на снагу 1. марта 2002. године¹⁰⁸³. Финска није легализовала истополне бракове, тако да за сада лица истог пола немају могућност склапања брака већ само заснивања регистрованог партнерства. Закон установљава веома слична права као и брачним партнерима, осим право на презиме и усвајање деце¹⁰⁸⁴. Иначе, 2004. године у Финској је донет нов Закон о забрани дискриминације који забрањује директну и индиректну дискриминацију и малтретирање на основу година, етничке и националне припадности, држављанства, језика, религије, вере, мишљења, здравља, инвалидности, сексуалне оријантације и било ког другог основа који је везан за особу¹⁰⁸⁵. Затим је 2006. године у парламенту усвојен закон који омогућава вештачку оплодњу како за жене које нису ни у браку ни у ванбрачној заједници нити у било којој другој врсти заједнице, тако и за лезбејске парове, иако су и пре усвајања закона бројне клинике обезбеђивале ову врсту третмана за лезбејске парове, док је сурогат материнство и даље нелегално¹⁰⁸⁶. За истополне парове, од 2009. године, постоји могућност међународног усвојења детета¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸² Asland, J, Hambro, P, 2009.

¹⁰⁸³ Hiltunen, R, Waaldijk, K, Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Finland, in Waaldijk, K. (ed.), December 2004, *MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries*, Paris, pp. 80.

¹⁰⁸⁴ <http://seta.fi/your-rights-in-finland/lgbti-milestones-in-finland/>, 6.07.2014.

¹⁰⁸⁵ Hiltunen, R, Waaldijk, K, December 2004.

¹⁰⁸⁶ Hiltunen, R, Waaldijk, K, December 2004.

¹⁰⁸⁷ Hiltunen, R, Waaldijk, K, December 2004.

Исланд је такође једна од земаља која је регистровано партнерство заменила правом на склапање брака¹⁰⁸⁸. Закон о регистрованом партнерству на Исланду је на снази од 27. јуна 1996. године¹⁰⁸⁹, а овакав вид заједнице је био могућ све до 27. јуна 2010. године, када је ступио на снагу закон којим се легализују истополни бракови и уводи родно неутрална дефиниција брака и одредбе у брачном праву¹⁰⁹⁰. Закон који регулише истополне бракове установљава иста права истополним као и хетеросексуалним паровима, а када се ради о верској церемонији склапања истополних бракова, законом је предвиђено да цркве односно свештеници одлучују о томе, дозвољавајући им, али не обавезујући их да обављају церемонију склапања истополних бракова¹⁰⁹¹.

У Француској је омогућено заснивање регистрованог партнерства које се назива уговор о грађанској солидарности (*PACS – pacte civil de solidarite*) Законом о уговору грађанске солидарности од 15. новембра 1999. године (*Loin° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité*), који је последњи пут мењан 30. марта 2011. године¹⁰⁹². Овај Закон је инкорпориран у Грађански законик Француске¹⁰⁹³. Могућност закључења уговора о грађанској солидарности је доступна како лицима различитог пола тако и лицима истог пола¹⁰⁹⁴, под условом да су пунолетни¹⁰⁹⁵. Ове измене Грађанског законика су представљале велико изненађење с обзиром да су француски судови пре ових измена константно

¹⁰⁸⁸Cvejić Jančić, O, 2014, pp. 119.

¹⁰⁸⁹Fridriksdóttir, H, Waaldijk, K, Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Iceland, in Waaldijk, K. (ed.), December 2004, *MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries*, Paris, pp. 122.

¹⁰⁹⁰<http://jurist.org/paperchase/2010/06/iceland-parliament-approves-same-sex-marriage-legislation.php>, 6.07.2014.

¹⁰⁹¹Cvejić Jančić, O, 2014, pp. 119.

¹⁰⁹²Закон је доступан на француском језику на http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=0F15B99854A4FE47659F950BE42DF000.tpdjo05v_3?cidTexte=LEGITEXT000005628705&dateTexte=vig, 7.07.2014.

¹⁰⁹³Borrillo, D, Waaldijk, K, Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in France, in Waaldijk, K. (ed.), December 2004, *MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries*, Paris, pp. 94.

¹⁰⁹⁴Cvejić Jančić, O, 2014, pp. 120.

¹⁰⁹⁵Члан 515-1 Грађанског законика Француске (Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune). Code Civil, XXIX édition, 2010, LexisNexis, Litec, Paris, приредио Laurent Leveneur.

одбијали да признају било какву правну заштиту истополним партнерима¹⁰⁹⁶. Међутим, 23. априла 2013. године је усвојен закон којим се уводе измене у Грађанском законнику Француске, уводи се члан 143. који прокламује да брак могу склопити два лица различитог или истог пола и уводи родно неутралну дефиницију брака¹⁰⁹⁷. Тиме се легализују истополни бракови и уводи могућност усвојења детета¹⁰⁹⁸. Овај закон, затим, предвиђа да сваки супружник има право да као уобичајено име узме име другог супружника, што значи да своје име може заменити и узети презиме другог супружника или своје додати презиме другог супружника. Овом одредбом је стављен крај на обичај који је дотада постојао, по коме је жена могла да узме презиме мужа, тако што ће њиме заменити своје или га додати свом презимену, док је муж имао право само да дода женино презиме¹⁰⁹⁹. Брак се може склопити само у грађанској форма, која је уведена у Француској још од 1789. године као једина валидна форма брака, док свештеницима није дозвољено да обављају церемонију црквеног брака ако брак претходно није склопљен у грађанској форми. Матичар, као државни орган надлежан за склапање брака, не може одбити да учествује у поступку склапања грађанског брака, позивом на приговор савести, која је иначе француским Уставом дозвољена, јер је у питању државни орган који мора да примењује закон једнако за све, без личне умешаности¹¹⁰⁰. Све до ступања на снагу одредби које легализују истополне бракове, заједничко усвојење детета је било резервисано само за хетеросексуалне брачне партнере. Новим одредбама Грађанског законика је истополним партнерима омогућено усвојење¹¹⁰¹. Посматрано са правног становишта, ове законске одредбе представљају природан ток ствари, с обзиром на то да је 2008. године Француска проглашена, од стране Европског суда за људска права, као држава која крши

¹⁰⁹⁶Cvejić Jančić, O, 2014, pp. 120.

¹⁰⁹⁷Centre de droit de la famille (Universite Jean Moulin), 2013, *A Chronicle of French Family Law*, The International Survey of Family Law, pp. 121. Усвајање овог закона је наишло на многобројне протесте широм Француске, с обзиром на то да се истополним партнерима омогућава не само право на склапање брака, већ и право на усвајање детета.

¹⁰⁹⁸Cvejić Jančić, O, 2014, pp. 120.

¹⁰⁹⁹Centre de droit de la famille (Universite Jean Moulin), 2013, *A Chronicle of French Family Law*, The International Survey of Family Law, pp. 121.

¹¹⁰⁰Tetard, S, Requirement for registrars to celebrate marriage between same-sex couples, у Atkin, B. (ed.), 2014, *A Chronicle of French Family Law*, The International Survey of Family Law, pp.139, 140.

¹¹⁰¹Centre de droit de la famille (Universite Jean Moulin), 2013, *A Chronicle of French Family Law*, The International Survey of Family Law, pp. 124.

људска права, одбијајући жени која је била у лезбејској вези са другом женом право да усвоји дете¹¹⁰² (случај *E.B. v. France*). Када се ради о медицински асистираној репродукцији, она је и даље омогућена само хетеросексуалним паровима, али се истовремено у литератури потавља питање, по ком основу се медицински асистирана репродукција може ускратити истополним брачним партнерима или лицима која нису у браку, с обзиром да важећи закон не поставља брак као услов за ову медицинску интервенцију¹¹⁰³.

Словенија је у јулу 2006. године увела истополна регистрована партнерства, која се дозвољавају само лицима истог пола, а партнерима омогућава право на пензију и имовину другог партнера, али им је право на наслеђивање ускраћено¹¹⁰⁴. Приступство церемонији заснивања партнерства, која може да се одржи само у државној просторији, ограничено је на саме partnere и матичара који регистрацију врши¹¹⁰⁵. Уставни суд Словеније је у јулу 2009. године заузео став да је забрана да се регистровани партнери међусобно наслеђују неуставна и остављен је рок од шест месеци да парламент усвоји одређене измене¹¹⁰⁶. Након тога је 16. јуна 2011. године усвојен закон који би омогућио истополним паровима да склопе брак, као и право да усвоје партнерово дете, али је овај закон одбачен након националног референдума одржаног у марту 2012. године¹¹⁰⁷.

У Великој Британији је 2004. године донет Закон о цивилном партнерству (*Civil Partnership Act 2004*), а којим је омогућено лицима истог пола да региструју своје партнерство¹¹⁰⁸. Цивилно партнерство је дозвољено само истополним паровима и то кроз грађанску церемонију регистрације, док је изменама закона из 2011. године створена могућност да се она изврши и у религијским објектима¹¹⁰⁹. Цивилним партнерима су обезбеђена слична права и одговорности као и брачним партнерима, а уживају потпуно иста имовинска права, права и олакшице у области

¹¹⁰²Свејић Јанчић, О, 2014, pp. 120.

¹¹⁰³Centre de droit de la famille (Universite Jean Moulin), 2013, *A Chronicle of French Family Law*, The International Survey of Family Law pp. 126.

¹¹⁰⁴Гајин, С, 2012в, стр. 19.

¹¹⁰⁵Гајин, С, 2012в,

¹¹⁰⁶Гајин, С, 2012в,

¹¹⁰⁷Гајин, С, 2012в,

¹¹⁰⁸<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/notes/division/1/1>, 13.07.2014.

¹¹⁰⁹<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/notes/division/1/1>, 13.07.2014.

пензијског осигурања и социјалних права, право на издржавање као и право на стицање родитељског права када се ради о партнеровој деци, исто као и хетеросексуални партнери у браку¹¹¹⁰. Услови за заснивање цивилног партнерства јесу да су партнери старији од 16 година (ако имају 16 или 17 година, потребна је сагласност родитеља или старатеља сваког партнера, осим у Шкотској где се бракови и цивилна партнерства могу заснивати са 16 година без сагласности родитеља), да су истог пола, да се већ не налазе у регистрованом партнерству или браку и да се не налазе у забрањеним степенима сродства¹¹¹¹. Да би засновали цивилно партнерство, они морају матичару да пријаве намеру заснивања партнерства и након 15 дана могу да заврше процес регистрације. Прва регистрација цивилног партнерства у Великој Британији је била 21. децембра 2005. године¹¹¹². Међутим, 2013. је усвојен Закон о истополним браковима (*Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*), а краљевско одобрење је добијено 17. јула 2013. године¹¹¹³. Законом се легализују бракови склопљени између лица истог пола, а који ће бити законити само у Енглеској и Велсу¹¹¹⁴. Законом је уведена грађанска форма брака, али је дозвољено и религијским институцијама да одлуче да ли ће да спроводе црквену церемонију брака или не, али нико не може да буде натеран да спроводи црквену церемонију брака истополних лица¹¹¹⁵. Закон предвиђа да су истополни бракови изједначени, у погледу дејстава, са браковима између мушкарца и жене. Важно је нагласити да се овим законом не укида даља могућност заснивања регистрованог партнерства за лица истог пола, али им је омогућено да конвертују своје регистровано партнерство у брак, ако то желе¹¹¹⁶. Као што сам већ претходно споменула, Закон садржи одредбе којима се дозвољава правна промена пола без разрешења постојећег брака, као што је то раније било предвиђено и представљало један од услова за извршење правне промене пола¹¹¹⁷. Код истополних лезбејских бракова не постоји правна претпоставка брачног очинства, већ постоје други

¹¹¹⁰Booth, P, 2013, pp. 10.

¹¹¹¹Booth, P, 2013, pp. 11.

¹¹¹²Booth, P, 2013.

¹¹¹³I Booth, P, 2013, pp. 13.

¹¹¹⁴<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/notes/division/1/3>, 13.07.2014.

¹¹¹⁵<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/notes/division/1/1>, 13.07.2014.

¹¹¹⁶<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/notes/division/1/1>.

¹¹¹⁷<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/notes/division/1/1>.

начини када ће се други партнер сматрати родитељем¹¹¹⁸. Шкотска је такође легализовала истополне бракове (*Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014*), који је усвојен у Парламенту 4. фебруара 2014. године, а краљевско одобрење је добијено 12. марта 2014. године¹¹¹⁹.

Шпанија је 2005. године, након Холандије и Белгије, постала трећа држава на свету која је легализовала истополне бракове, а закон је оспораван пред Уставним судом Шпаније¹¹²⁰, који је изнео став да Устав треба схватати као „живо дрво”¹¹²¹ и да прогресивно тумачење дозвољава да се устав прилагоди реалности модерног живота¹¹²². Међутим, Суд даље истиче да хомосексуалне особе имају избор, који пре правне реформе нису имали, да се венчају са особом истог пола, на такав начин да се поштовање њихове сексуалне оријентације одражава на институцију брака, као и да њихово појединачно право на склапање брака такође укључује и поштовање њихове сопствене сексуалне оријентације, а као резултат изједначења права на склапање брака представља корак напред ка гарантованом личном достојанству и слободном развоју нечије личности¹¹²³. Уставни суд Шпаније је у свом образложењу навео да је, имајући у виду компаративно право, на увођење истополних бракова у тренутни концепт брака утицало и консолидовано изједначавање, последњих неколико година, хетеросексуалних и истополних бракова у разним западним правним системима и да заузврат, Суд је може да буде изолован од друштвене стварности, с обзиром да постоје и квантитативни подаци у званичним статистикама које потврђују да у Шпанији постоји широка друштвена прихваћеност бракова између истополних партнера, који постепено врше своје право на склапање брака још од 2005. године¹¹²⁴. Суд је такође навео да институција брака прописује као партнерство између две особе без обзира на њихову сексуалну

¹¹¹⁸ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/schedule/4/part/2>, 13.07.2014.

¹¹¹⁹ <http://www.legislation.gov.uk/asp/2014/5/introduction/enacted>, 13.07.2014.

¹¹²⁰ *Constitutional Court Judgment*, no. 198/2012 of November 6, доступна на <http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/restrad/Pages/ICC1982012en.aspx>, 12.04.2016.

¹¹²¹ Став Уставног суда Шпаније је базиран на идеји да је Устав „живо дрво” (у Канади се развило у доктрину “*living tree*”), а која је изнета 1930. године у одлуци Врховног суда Канаде у случају *Privy Council, Edwards v. Attorney General for Canada* (http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1929/1929_86.html, 12.04.2016).

¹¹²² *Constitutional Court Judgment*, para. 9.

¹¹²³ *Constitutional Court Judgment*, para. 9.

¹¹²⁴ *Constitutional Court Judgment*, para. 9.

оријентацију, а што доказују већ утврђени кораци предузети у упоредном праву и европско праву људских права у вези са признавањем истополних парова и да овакав напредак показује да постоји нова „слика” брака, која постепено постаје све више уобичајена иако још увек не у потпуности стандардна, а која нам дозвољава да тумачимо појам брака, са становишта западњачког упоредног права, као плуралну концепцију¹¹²⁵. Имајући све ово у виду, као и судску праксу Европског суда за људска права у овој области, а поготово гледајући из перспективе брака као основног права, Суд је донео одлуку да закон којим се легализују истополни бракови у Шпанији није неуставан¹¹²⁶. Након овога, у Шпанији су истополни бракови легализовани Законом о изменама и допунама којим се врше измене одредаба Грађанског законика (*LEY 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en material de derecho a contraer matrimonio*, објављен у Службеном гласнику 2. јула 2005. године), а који је ступио на снагу 3. јула 2005. године¹¹²⁷. Законом се за истополне парове установљава право на склапање брака, усвајање деце, право да се међусобно наслеђују и друга права, чиме се њихов правни статус у потпуности изједначава са статусом хетеросексуалних парова¹¹²⁸. Овим законом се уводи родно неутрални концепт брака, тако да се терминологија у брачном праву мења, те се термини муж и жена замењују термином супружник, а такође се врше измене и у терминологији родитељског права, па се уместо термина отац и мајка користи термин родитељ¹¹²⁹. Супружници су дужни да живе заједно, обавезни су на верност и узајамно помагање и једнаки су у правима и обавезама¹¹³⁰. Законом је омогућено да истополни парови, без обзира на то да ли су венчани или не, усвајају децу, с тим да ако нису венчани свако од њих може индивидуално да усвоји дете, а ако су венчани онда могу заједнички да усвоје као пар¹¹³¹. Међутим, пре овог закона неколико регионалних закона о партнерствима су дозвољавали истополним паровима заједничко усвојење, на пример у Баскији (*Ley 2/2003, de 7*

¹¹²⁵ *Constitutional Court Judgment*, para. 9.

¹¹²⁶ *Constitutional Court Judgment*, para. 11.

¹¹²⁷ Bazan, J, September 2009, *Report on the Impact of Spanish Same-sex Marriage Act in the National Law*, Madrid, pp. 6.

¹¹²⁸ Bazan, J, September 2009.

¹¹²⁹ Bazan, J, September 2009, pp. 8.

¹¹³⁰ Bazan, J, September 2009.

¹¹³¹ Bazan, J, September 2009.

mayo, reguladora de las parejas de hecho) и Навари (*Ley Foral 6/2000, de 3 de Julio, para la igualdad juridical de las parejas estables*)¹¹³². Према Закону о асистираној репродукцији из 2006. године (*Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*), терминологија је такође неутрално конципирана, тако да се користи израз родитељски пар уместо муж и жена, па самим тим се изричито не одређује пол партнера¹¹³³. У складу са одредбама тог закона, свака жена има могућност да се подвргне асистираној репродукцији без обзира на брачни статус или сексуалну оријентацију, а то подразумева да лезбејке, бисексуалке и транссексуалне жене могу, исто као и хетеросексуалне жене, да се служе овом медицинском технологијом¹¹³⁴. Сурогат материнство као вид заснивања породице је незаконито у Шпанији, те Закон о асистираној репродукцији садржи одредбу према којој је сваки уговор о сурогацији ништав без обзира на то да ли је непрофитне природе¹¹³⁵. Када је дете усвојено од стране истополног брачног пара или ако је биолошко дете једног партнера усвојено од стране другог партнера, оба родитеља имају право на родитељско одсуство¹¹³⁶. Удовац или удовица који су били у истополном браку имају једнака права као и удовац или удовица који су били у хетеросексуалном браку¹¹³⁷.

И пред Уставним судом Португалије се поставило питање уставности одредаба којима су истополни бракови легализовани, а који је усвојене 2010. године, пет година након Шпаније. Устав Португалије из 1976. године, који је 2005. године седми пут ревидиран, садржи одредбу и браку и породици којом се регулише да свако има право да оснује породицу и да се венча под условима пуне једнакости, као и да законом треба да се регулишу предуслови за ступање у брак и дејства брака као и његов престанак смрћу или разводом, без обзира на облик у којем је склопљен¹¹³⁸. У њему је такође садржана одредба о забрани

¹¹³² Martin-Casals, M, Ribot, J, 2008, *The Postmodern Family and the Agenda for Radical Legal Change*, The International Survey of Family Law, pp. 418.

¹¹³³ Bazan, J, September 2009, pp. 9.

¹¹³⁴ Bazan, J, September 2009, pp. 12.

¹¹³⁵ Bazan, J, September 2009.

¹¹³⁶ Bazan, J, September 2009.

¹¹³⁷ Bazan, J, September 2009.

¹¹³⁸ Члан 36. став 1. и 2. Устава Португалије (<http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1696/file/5b9c1103a855967f0d5979c86a02.htm/preview>, 13.04.2016.)

дискриминације на основу сексуалне оријентације (члан 13. став 2.). Међутим, и пре него што је ове одредбе усвојене, питање питање уставности одредбе Грађанског законика која се односи на брак, а у вези са истополним браковима, а односи се на лезбејски пар којем је Апелациони суд у Лисабону потврдио одлуку првостепеног суда којом је одбијен њихов захтев за склапање брака¹¹³⁹. Наиме, одлуком 359/2009 Уставног суда Португалије у предмету 779/07 је установљено да одредба 1577. и 1628. Грађанског законика (*Código Civil*)¹¹⁴⁰ из 1966. године није неуставна, закључујући да је концепт брака у време доношења Грађанског законика, а имајући у виду тадашњу друштвену стварност и правни контекст, подразумевао хетеросексуални принцип и да није на Уставном суду, већ је задатак на законодавству да одредбе о браку прилагоди историјским моментима, као и да уврштавање сексуалне оријентације као антидискриминативни основ у Устав не значи и наметање обавезе да се регулишу истополни бракови¹¹⁴¹. Након што је усвојен закон који регулише истополне бракове, поставило се питање његове уставности¹¹⁴². Суд је донео одлуку 121/2010 којом је установио да истополни бракови не крше Устав и да стога није утврђено да су измењене одредбе Грађанског законика неуставне. Суд је изнео да у стварности, нормативна одредба чија уставност се испитује нема последицу да се нека особа лиши или да му се

¹¹³⁹ Ruling no. 359/2009 (Case no. 779/07), <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20090359.html>, 13.04.2016).

¹¹⁴⁰ Члан 1577. дефинише брак као уговор између две особе различитог пола које намеравају да оснују породицу кроз пуну заједницу живота у складу са одредбама овог закона (члан 40. измена и допуна *DL n.º 496/77, de 25 de Novembro* на португалском језику, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=781&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=). Након 2010. године ова одредба је измењена и дефинише брак као уговор између две особе које намеравају да оснују породицу кроз пуну заједницу живота у складу са одредбама овог закона (члан 2. измена и допуна *Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio*, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1249&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=). Члан 1628. регулише ништаве бракове, а у тачки е. истог члана у ништаве бракове спада и брак закључен између лица истог пола (*Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro*, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=775&artigonum=775A1628&n_versao=1&so_miolo=, а изменама из 2010. године ова тачка је у члану 4. укинута, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1249&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=, 13.04.2016.).

¹¹⁴¹ Ruling no. 359/2009, para. 10, 11, 12, 15. Видети и: Villaverde, J. M. L, And the Story Comes to an End: The Constitutionality of Same-Sex Marriages in Spain, in Sáez, M. (ed.), 2015, Chapter 2, *Same Sex Couples - Comparative Insights on Marriage and Cohabitation*, Springer, pp. 25-37.

¹¹⁴² Ruling no. 121/2010 (Case no. 192/2010), <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20100121.html>, 13.04.2016.)

ограничи основно право да склопи или не склопи брак¹¹⁴³, да Устав Португалије садржи институционалну гаранцију брака, али и да таква гаранција не може да буде важнија од основних права¹¹⁴⁴, као и то да, с обзиром да се по Уставу захтева да се одредбе о концепту брака тумаче у складу са Универзалном декларацијом о људским правима, она не може да служи као могућност рестриктивног тумачења Устава, с обзиром да предност треба да има обезбеђивање шире заштите¹¹⁴⁵. Уставни суд Португалије је нагласио да је друштвена реалност у области брака и породице у процесу значајних и брзих промена, а које имају и правне последице, као и да суд такву реалност мора узимати у обзир приликом одлучивања¹¹⁴⁶. У Португалији је, дакле, усвојен Закон о истополним браковима (*Lei Nº9/2010 de 31 de Maio - Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*) 11. фебруара 2010. године, а објављен је од стране председника републике 17. маја 2010. године¹¹⁴⁷. Закон је ступио на снагу 05. јуна 2010. године¹¹⁴⁸. Истополни брачни партнери имају иста права као и хетеросексуални брачни партнери када се ради о имовинским правима, наследним и пореским правима¹¹⁴⁹. За сада, истополним брачним партнерима није дозвољено да усвајају децу као брачни парови, а ни усвојење које је обављено у некој другој земљи неће бити признато у Португалији. Међутим, задржано је право појединца да усвоји дете¹¹⁵⁰.

У Луксембургу је у јуну 2014. године усвојен закон који легализује истополне бракове и којим им се омогућава и право на усвојење деце, али је закон ступио на снагу тек 1. јануара 2015. године¹¹⁵¹. Уведена је одредба којом брак могу да закључе два лица различитог или истог пола (члан 143. Грађанског законика Луксембурга – *Code Civil*). Право да усвоји дете има свака особа старија од 25 година, када се ради о непотпуном усвојењу (члан 344), док код потпуног усвојења

¹¹⁴³ *Ruling no. 121/2010*, пара. 18.

¹¹⁴⁴ *Ruling no. 121/2010*, пара. 19.

¹¹⁴⁵ *Ruling no. 121/2010*, пара. 20, 21.

¹¹⁴⁶ *Ruling no. 121/2010*, пара. 22.

¹¹⁴⁷ Текст закона је доступан на http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_civil/CodeCivil_PageAccueil.pdf,

15.09.2016. Законик је последње промене претпрео 1. септембра 2016. године.

¹¹⁴⁸ <http://portugalgay.pt/politica/parlamento07x.asp>, 14.07.2014.

¹¹⁴⁹ <http://lisbon.angloinfo.com/information/family/marriage-partnerships/civil-unions/>, 14.07.2014.

¹¹⁵⁰ <http://lisbon.angloinfo.com/information/family/marriage-partnerships/civil-unions/>.

¹¹⁵¹ <http://time.com/2896992/luxembourg-approves-same-sex-marriage/>, 14.07.2014.

право да поднесе захтев за усвојење имају два супружника (члан 367), што значи да право имају и супружници у истополном браку.

Примећујем да у многим европским земаља постоји тренд увођења родно неутралног концепта и дефиниције брака, тако што се уместо термина муж и жена користи термин супружник, односно ни хетеросексуални ни истополни парови се не проглашавају за мужа и жену, већ се проглашавају супружницима. Оваква концепција брака уствари значи признавање права лицима истог пола да склапају брак.

Најважнија судска одлука која се тиче легализације истополног брака у у свих 50 држава САД-а јесте одлука Врховног суда САД-а у случају *Obergefell v. Hodges* из 2015. године. Врховни суд се крајем јуна 2015. године још једном осврнуо на достојанство, истичући да истополне особе захтевају једнако достојанство, на шта по Уставу имају право и укинуо је одлуку шестог обласног Апелационог суда САД-а¹¹⁵². Укратко, ради се о томе да се у државама Мичиган, Кентаки, Охајо и Тенеси брак дефинише као заједница између једног мушкарца и једне жене, а 14 истополних парова и 2 мушкарца чији су истополни партнери преминули поднели су тужбе федералним окружним судовима у њиховим матичним државама, тврдећи да су званичници тужених држава прекршили 14. Амандман тиме што су им ускратили право на склапање брака или су им ускратили пуно признавање бракова који су законито склопљени у другој држави¹¹⁵³. Окружни суд у свакој држави је донео одлуку у корист тужилаца, али је Апелациони суд укинуо такву пресуду, наводећи да држава нема уставну обавезу да дозволи истополне бракове или да призна истополне бракове који су склопљени ван те државе. Врховни суд је прихватио да испита и размотри овај случај и судија Кенеди је изнео став да Устав омогућава слободу свима у оквиру свог домашаја, слободу која укључује и одређена специфична права која дозвољавају особама, у оквиру законите области, да дефинишу и изразе свој идентитет, а тужиоци су у овом случају тежили да пронађу ту слободу тако што би се венчали за особу истог

¹¹⁵² *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/case.pdf>, 25. 04. 2016.

¹¹⁵³ *Obergefell v. Hodges*, pp. 1 (Према 14. Амандману од државе се захтева да призна истополне бракове који су пуноважно склопљени ван те државе).

пола и што би се њихови бракови сматрали законитим под истим условима као и бракови између особа различитог пола¹¹⁵⁴. Разматрјући судску праксу, Суд је донео закључак да је право на склапање брака фундаментално право инхерентно слободи особе и да сходно клаузулама 14. Амандмана истополни парови не могу бити лишени овог права и ове слободе, тако да је одлучио да истополни парови могу да уживају ово основно право на брак као одговор на правно питање да ли Устав штити право истополних парова на брак¹¹⁵⁵. Тужени су тврдили да би одобравање истополним паровима да се венчају угрозило брак као институцију тако што би водило ка мањем броју хетеросексуалних бракова и тако што би се тиме раздвојила веза између природног зачећа и брака, иако нису пружили никакав основ за овакав закључак¹¹⁵⁶. Врховни суд је у овој одлуци сматрао да истополни парови могу да остваре основно право на брак у свим државама, а самим тим и да не постоји законит основ према којем би држава одбила да призна законито склопљени истополни брак у другој држави само на основу његовог истополног карактера¹¹⁵⁷.

Требало би споменути и случај *Goodridge v. Department of Public Health*¹¹⁵⁸, у којем је судски оспоравано одбијање да се добије дозвола за склапање брака истополном пару, а резултирало је тиме да је Масачусетс постала прва држава у САД-у у којој је постигнута брачна једнакост. Врховни суд Масачусетса је донео одлуку да забрана да појединац има заштиту, повластице и обавезе из грађанског брака само због тога што би се особа венчала са особом истог пола крши Устав Масачусетса, уз образложење да такво изузимање није у складу са уставним принципима поштовања личне аутономије и једнакости пред законом, истичући да су свесни да оваква одлука обележава промену у историји брачног права¹¹⁵⁹. И у *In Re Marriage Cases*, Врховни суд Калифорније је одлучио да истополни парови не могу више да буду искључени из институције брака, с обзиром да им се тиме

¹¹⁵⁴ *Obergefell v. Hodges*, pp. 1, 2.

¹¹⁵⁵ *Obergefell v. Hodges*, pp. 22, 25.

¹¹⁵⁶ *Obergefell v. Hodges*, pp. 26.

¹¹⁵⁷ *Obergefell v. Hodges*, pp. 28.

¹¹⁵⁸ *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003), http://www2.law.columbia.edu/faculty/franke/Gay_Marriage/Goodridge%20Decision%20edited%20Fundamental%20Right.pdf, 19.04.2016.

¹¹⁵⁹ *Goodridge v. Dept. of Public Health*, pp. 969, 949, 948.

оспорава једнако достојанство и поштовање¹¹⁶⁰.

Посебно интересантан случај из праксе америчких судова, а у вези са признавањем права на склапање истополног брака јесте случај *Baskin v. Bogan*¹¹⁶¹ из 2014. године пред Апелационим судом САД-а (*United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*). У овом случају, судије Познер, Вилијамс и Хамилтон су потврдиле пресуде окружних судова о поништавању закона Индијане и Висконсина којим није призната валидност истополног брака, без обзира на то да ли су били закључени у тим државама или и државама у којима су они законити. Најпре су дали образложење и детаљну анализу питања да ли се забраном истополних бракова оспорава једнака заштита пред законом, с обзиром на то да су Индијана и Висконсин, одбијајући да дозволе такве бракове или да признају такве бракове који су склопљени у другим државама од стране резидената ове две државе, извршили дискриминацију према хомосексуалним особама лишавајући их права које ове државе гарантују хетеросексуалним особама односно права да се венча за невенчану пунолетну особу по свом избору¹¹⁶². Истакли су да нема сумње да је сексуална оријентација, основ за дискриминацију, непроменљива (а вероватно и урођена) карактеристика, пре него избор (што је потврдила и Америчка психијатријска асоцијација), међутим ниједна од ових држава нису тврдили другачије¹¹⁶³. Међутим, у образложењу се наводи да је штета која се проузрокује

¹¹⁶⁰ *In re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757 (2008), pp. 9, <http://www.courts.ca.gov/documents/S147999.pdf>, 23.04.2016.

¹¹⁶¹ *Baskin v. Bogan*, No. 14-2386 (7th Cir. 2014), http://pdfserver.amlaw.com/nlj/usca7_ssm_20140904.pdf, 25.04.2016.

¹¹⁶² *Baskin v. Bogan*, pp. 8, 9.

¹¹⁶³ *Baskin v. Bogan*, pp. 9. Индијана је правдала одбијање да се дозволи истополни брак само на једном основу, наиме владин једини циљ да се брак одреди као правни однос односно однос регулисан законом (за разлику од кохабитације, које је чисто уговорног карактера) јесте унапређење бриге о деци, а притом није тврдила да би признавање истополног брака угрозило конвенционалан брак (pp. 15). Такође је циљ био да се каналише ненамеравано и непланирано зачеће у правни режим који би захтевао од биолошког оца да преузме родитељску одговорност, а с обзиром да хомосексуални секс не може да резултира ненамераваним рађањем онда држава ни нема интерес да призна или пружи заштиту истополном браку, а самим тим се игнорисао и институт усвојења, које је дозвољено и омогућено хомосексуалним паровима (pp. 16, 20, 23). Висконсин је у своју одбрану изнео исте ставове као Индијана, дакле разлоге непланираних рађања, али није даље образлагала нити проширивала ову тематику, али је навела четири аргумента против оваквог брака: 1) ограничавање брака само за хетеросексуалне особе је традиционално, а традиција је оправдан основ за ограничавање законских права, 2) последице дозвољавања истополог брака се не могу предвидети и стога држави треба да буде дозвољено да буде опрезна, 3) одлуку да ли да се дозволе

хомосексуалним особама (и њиховој усвојеној деци) тиме што им се ускраћује право на склапање брака знатна, као и да је управо због тога што хомосексуалност није добровољно стање и због тога што су хомосексуалне особе међу највише стигматизованим, несхваћеним и дискриминисаним мањинама у историји света, понижавање њихове сексуалне оријентације, непосредно путем ускраћивања права на брак истополним паровима, извор сталне патње хомосексуалне заједнице¹¹⁶⁴. У пресуди се наводи да постоји свест о томе да се негативни ставови многих Американаца поводом одобравања и прихватања истополних бракова неће променити ако се посматра краткорочно, међутим побољшаће се статус оваквих бракова у очима других Американаца и посматрајући дугорочно може се десити да поједини противници оваквог брака преобрате тако што би се показало да су истополни венчани парови у значајним аспектима, поготово по питању бриге о њиховој усвојеној деци, баш као и други венчани парови¹¹⁶⁵. Врховни суд је истакао да је евидентно да је неоснована забрана истополног брака од стране владе заправо ускраћивање једнаке заштите пред законом¹¹⁶⁶, што је уједно и закључак у овом случају.

Поглавље 6. ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ НА ОСНОВУ СЕКСУАЛНЕ ОРИЈЕНТАЦИЈЕ И РОДНОГ ИДЕНТИТЕТА

6.1. Заштита од дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета у Републици Србији

6.1.1. Уставноправна заштита

Када је реч о уставноправној заштити забране дискриминације, па и уопштено о правној заштити, постављају се два кључна питања. Прво питање је

или забране истополни бракови треба препустити демократском процесу, односно законодавству и гласачком телу и 4) истополни брак је по својим последицама сличан нескривљеном разводу, који како држава тврди чини брак крхким и непоузданим (pp. 26, 27).

¹¹⁶⁴ *Baskin v. Bogan*, pp. 10, 11.

¹¹⁶⁵ *Baskin v. Bogan*, pp. 11.

¹¹⁶⁶ *Baskin v. Bogan*, pp. 13.

питање доступности уставне и законске правне заштите, па и доступности саме правде појединцу коме су прекршена одређена људска права односно конкретније дискриминисаном лицу или жртви дискриминације. Друго питање је у чему се заправо та заштита састоји, на који начин одређено лице може своја права да заштити и колико ће евентуална заштита бити ефикасна и задовољавајућа. Када говоримо о ефикасности правне заштите и правосуђа говоримо заправо и о суђењу односно окончању поступка у разумном року, чиме се домаћи судски систем не може похвалити. Када то кажемо, имамо у виду чињницу да је пред Европским судом за људска права покренут велики број поступака против Србије, који се воде управо због кршења основног људског права на ефикасну правну заштиту. Доношење одлуке у разумном року представља један од главних елемената права на правично суђење¹¹⁶⁷. И сам Устав Републике Србије гарантује свакоме право на независтан, непристрасан и законом већ установљен суд који ће правично и у разумном року да расправи и да одлучи о његовим правима, обавезама и оптужбама против њега (члан 32. став 1).

Устав Републике Србије прописује да свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале (члан 22. став 1). Право на судску правну заштиту представља једно од основних људских права. У ситуацији када ефикасна правна заштита изостане, долази до тога да правне заштите заправо и нема, а тада се читав концепт заштите људских права и основних слобода руши и губи се смисао правне сигурности и постојања права на правну заштиту. Право на суђење односно окончање поступка у разумном року представља такође и једно од начела грађанског процесног права. Начело окончања поступка у разумном року као и процесна економија подразумевају читав низ обавеза суда да о одређеном захтеву странке коначно одлучи у разумном року и да поступак спроведе са што мањим утрошком времена, рада и трошкова чему је такође и странка обавезна да допринесе¹¹⁶⁸. Када неки судски поступак траје

¹¹⁶⁷Петровић, В. (ур.), 2011, *Људска права у Србији 2010, право, пракса и међународни стандард и људских права*, Београдски центар за људска права, Београд, стр. 112.

¹¹⁶⁸Више о томе: Ракић-Водинелић, В, Познић, Б, 2010, *Грађанско процесно право шеснаесто измењено и допуњено издање*, Савремена администрација, Београд, стр. 127.

неразумно дуго, то практично значи да је појединцу онемогућена судска заштита када му је одређено право повређено или ускраћено.

У Републици Србији је донет Закон о заштити права на суђење у разумном року¹¹⁶⁹, чија примена би требало да доведе до значајног побољшања у погледу заштите права на суђење у разумном року, као и да спречи повреду овог права. Према одредбама овог Закона, право на суђење у разумном року има свака странка у судском поступку, укључујући и извршни поступак, затим сваки учесник по закону којим се уређује ванпарнични поступак, а оштећени у кривичном поступку, приватни тужилац и оштећени као тужилац само ако су истакли имовинско-правни захтев, осим јавног тужиоца (члан 2). Поступак за заштиту овог права почиње подношењем приговора (члан 6) председнику суда пред којим се води поступак(члан 8), док ће странка, уколико се утврди да је суд одговоран због одуговлачења судског поступка, моћи да истакне захтев за правично задовољење које се огледа у праву на новчано обештећење, праву на објављивање писмене изјаве Државног правобранилаштва којом се утврђује да је странци било повређено ово право и праву на објављивање пресуде којом се утврђује да је странци било прекршено ово право (члан 23). Новчано обештећење признаје се у висини од 300 до 3000 евра у динарској противвредности на дан исплате по средњем курсу Народне банке Србије (члан 30). Међутим, Законом се не прецизира колики је разуман рок, али предвиђа мерила на основу којих ће се вршити процена (члан 4).

Право на суђење у разумном року је гарантовано и Европском конвенцијом, а члан 6. став 1. прокламује да свако током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом образованим на основу закона. Уставна жалба, иако представља веома значајно и ефикасно правно средство за заштиту људских права, има ограничену ефикасност код заштите од дискриминације, с обзиром да се она може поднети само ако дође до повреде људског права односно у овом случају до дискриминације услед

¹¹⁶⁹ Закон о заштити права на суђење у разумном року, *Сл. гласник РС*, бр. 40/2015. Овај Закон је почео да се примењује од 1. јануара 2016. године.

појединачног акта или радње државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење, а не услед дискриминаторског понашања приватног лица, док је свакако могуће поднети је услед повреде права на суђење у разумном року (па и у судском поступку који се води поводом заштите од дискриминације)¹¹⁷⁰. О уставној жалби као механизму заштите људских права је претходно већ детаљније написано.

6.1.2. Заштита предвиђена Законом о забрани дискриминације

Да би у потпуности дошло до примене начела једнакости и забране дискриминације, неопходно је да се успостави делотворан и ефикасан правни лек, систем превенције, као и систем правне заштите услед повреде одредаба о забрани дискриминације. Апсолутно је недовољно да постоји само прописаност заштите у закону или другом правном акту којима се заштита прокламује и гарантује, ако не постоји начин да се те одредбе и примене и људска права и основне слободе заштите на најделотворнији могући начин. Услед недостатка оваквог вида правне заштите и без успостављања контроле поштовања свих наведених принципа у правној односно судској пракси, као и без обезбеђивања извршења судских одлука, ова начела представљају само мртва слова на папиру која обезвређују и негирају комплетан систем људских права и основних слобода.

У складу са одредбама Закона о забрани дискриминације, свако има право да га надлежни судови и други органи јавне власти Републике Србије ефикасно штите од свих облика дискриминације (члан 3. став 1). Овај закон прописује различите механизме правне заштите, а неки од њих су потпуно нови у правном систему Републике Србије. Тако је Законом уведен поступак заштите пред Повереником за заштиту равноправности. Повереник за заштиту равноправности је индивидуалан, самосталан, независан и специјализован државни орган који је надлежан за спречавање и заштиту од свих облика, врста и случајева дискриминације и унапређење заштите и остваривања равноправности¹¹⁷¹. Овај посебан државни орган је установљен Законом о забрани дискриминације.

¹¹⁷⁰ Рељановић, М, Матић, М, Илић, Г, 2010, *Приручник за примену антидискриминационог законодавства*, Београд, стр. 148.

¹¹⁷¹ Петрушић, Н, Бекет, К, 2012, *Практикум за заштиту од дискриминације*, Београд, стр. 59.

Надлежности и овлашћења Повереника за заштиту равноправности су бројна и тачно су наведена члану 33. Закона о забрани дискриминације.

Повереник за заштиту равноправности је најпре задужен да прима и разматра притужбе због повреда одредаба Закона о забрани дискриминације, да даје мишљења и препоруке у конкретним случајевима, а надлежан је и за изрицање мера у складу са Законом. Подносиоцу притужбе Повереник пружа информације о његовом праву и могућности покретања судског или другог поступка заштите, а може да му препоручи и поступак мировања. Повереник је, затим, надлежан да подноси тужбе због повреде права из Закона у своје име а уз сагласност и за рачун дискриминисаног лица, уколико поступак пред судом по истој ствари није већ покренут или правноснажно окончан (члан 33. став 1. тачка 3. ЗЗД Србије). Ово је једно изузетно значајно овлашћење односно надлежност повереника за успешније остваривање права на заштиту од дискриминације, посебно ако жртва дискриминације нема довољно знања или могућности да поступак заштите самостално покрене и ту заштиту оствари. Услед повреде неког права из Закона, Повереник може да поднесе и прекршајну пријаву. Такође има обавезу да подноси годишњи и посебан извештај Народној скупштини о стању у области заштите равноправности.

Веома важно овлашћење дато Поверенику јесте упозоравање јавности на најчешће, типичне и тешке случајеве дискриминације. Замисао законодавца је највероватније била да се овим путем и на овакав својеврстан начин врши едукација и јачи утицај на промену свести појединаца и друштва у односу на ову појаву. Сматрам да је ово један од начина да се јавно говори на тему дискриминације и њене заштите, јер у данашње време присутност информација у медијима представља један врло значајан начин креирања одређених ставова као и моделирање свести популације. Ова тема је заиста од есенцијалне важности за сваког појединца у сваком друштву, а један од начина да се нешто промени на боље је да се о томе јавно прича и коментарише, да се предрасуде настале из незнања и неупућености у одређену проблематику искорене тако што ће информације бити доступније.

Међу надлежностима Повереника за заштиту равноправности је и праћење спровођења закона и других прописа, а овлашћен је и да иницира доношење или измену прописа ради спровођења и унапређивања заштите од дискриминације, као и да даје мишљење о одредбама нацрта закона и других прописа које се тичу забране дискриминације. Повереник у свом раду треба да успоставља и одржава сарадњу са органима надлежним за остваривање равноправности и заштиту људских права на територији аутономне покрајине и локалне самоуправе. Последња наведена законска надлежност Повереника је да органима јавне власти и другим лицима препоручује мере за остваривање равноправности. Овако широко постављене надлежности Повереника би требало да омогуће успешне механизме у борби против дискриминације и њеног спречавања¹¹⁷².

Закон даје могућност лицу које сматра да је претрпело дискриминацију да покрене поступак пред Повереником. Поступак пред Повереником за заштиту равноправности покрене се притужбом, за коју није прописана посебна законска форма. Притужбу може да поднесе свако физичко или правно лице или група лица ако сматрају да им је неким актом, радњом или пропуштањем извршена дискриминација по било ком основу¹¹⁷³. Притужба се подноси писмено, али изузетно се може поднети и усмено на записник. Подносилац притужбе је ослобођен обавезе плаћања таксе или било које друге накнаде¹¹⁷⁴, тако да је ова врста поступка потпуно бесплатна, што би требало да омогући ширу примену и доступност ове врсте заштите лицима која су дискриминисана.

Иако Закон изричито не наводи шта све треба једна притужба да садржи и како треба да изгледа, пракса Повереника је да неће поступати по анонимној притужби, тако да она мора бити потписана¹¹⁷⁵. Подносилац притужбе је дужан да уз притужбу поднесе и приложи доказе о претрпљеном акту дискриминације¹¹⁷⁶. Притужбу могу још поднети и организација која се бави заштитом људских права

¹¹⁷² Миленковић, Д, 2010, *Водич кроз Закон о забрани дискриминације*, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, стр. 48.

¹¹⁷³ Петрушић, Н, Бекет, К, 2012, стр. 65.

¹¹⁷⁴ Члан 35. Закона о забрани дискриминације Републике Србије гласи: „Лице које сматра да је претрпело дискриминацију подноси Поверенику притужбу писмено или, изузетно, усмено у записник, без обавезе плаћања таксе или друге накнаде”.

¹¹⁷⁵ Петрушић, Н, Бекет, К, 2012, стр. 66.

¹¹⁷⁶ Члан 35. став 2. Закона о забрани дискриминације Републике Србије.

или неко друго лице и то у име и уз сагласност лица чије је право повређено¹¹⁷⁷. Повереник даље доставља притужбу лицу против кога је поднета и то у року од 15 дана од дана пријема притужбе¹¹⁷⁸, како би му се омогућило да се са притужбом упозна и изјасни о наводима из притужбе. Повереник ће поступати по притужби само уколико поступак пред судом по истој ствари није већ покренут или правноснажно окончан. У закону је регулисано неколико ситуација када Повереник неће поступати по притужби, а то ће бити ако је очигледно да нема повреде права на коју подносилац указује, ако је у истој ствари већ поступао а нису пронађени нови докази, као и ако утврди да је због протеча времена од учињене повреде немогуће постићи сврху поступања¹¹⁷⁹.

По пријему притужбе Повереник утврђује чињенично стање увидом у поднете доказе и узимањем изјаве од подносиоца притужбе, лица против којег је притужба поднета, који се о наводима притужбе може изјаснити у року од 15 дана од дана њеног пријема, као и од других лица¹¹⁸⁰. Пре него што предузме друге радње у поступку, Повереник ће најпре да предложи спровођење поступка мирења¹¹⁸¹. Повереник ће у року од 90 дана од дана подношења притужбе дати мишљење о томе да ли је дошло до повреде одредаба овог закона и о томе ће обавестити подносиоца и лице против којег је поднета притужба¹¹⁸². Ако Повереник на основу прикупљених чињеница утврди да је извршена дискриминација и да је дошло до повреде законских одредаба, заједно са мишљењем препоручује лицу против којег је поднета притужба начин отклањања повреде права¹¹⁸³ односно шта је потребно дискриминатор да предузме како би се отклониле последице повреде права и спречило даље дискриминаторно поступање. Лице коме је препорука упућена је дужно да по препоруци поступи и отклони повреду права у року од 30 дана од дана пријема препоруке и да о томе обавести Повереника¹¹⁸⁴. Мишљење и

¹¹⁷⁷Члан 35. став 3. Закона о забрани дискриминације Републике Србије.

¹¹⁷⁸Члан 35. став 4. Закона о забрани дискриминације Републике Србије.

¹¹⁷⁹Члан 36. Закона о забрани дискриминације Републике Србије.

¹¹⁸⁰Члан 37. Закона о забрани дискриминације Републике Србије.

¹¹⁸¹Члан 38. Закона о забрани дискриминације Републике Србије.

¹¹⁸²Члан 39. став 1. Закона о забрани дискриминације Републике Србије.

¹¹⁸³Члан 39. став 2. ЗЗД Републике Србије.

¹¹⁸⁴Члан 39. став 3. ЗЗД Републике Србије.

преорука морају да садрже образложење, које садржи чињенично стање, правну оцену, мотиве и разлоге за доношење мишљења и препоруке одређене садржине¹¹⁸⁵.

Питање је шта се дешава у случају да лице против којег је поднета притужба и коме је упућена препорука у законском року не поступи по препоруци и не отклони повреду права. Повереник у том случају има овлашћење да му изрекне меру опомене и остави нови рок од 30 дана да отклони повреду права¹¹⁸⁶. Мера опомене се изриче решењем против којег није дозвољена посебна жалба¹¹⁸⁷. Ако поменуто лице ни у новом року не отклони повреду, Повереник може о томе да обавести јавност¹¹⁸⁸, тако што се јавно објављује да је одређено лице дискриминаторно поступало, у чему се дискриминација огледала, које радње су биле препоручене као и то да по препоруци није поступило¹¹⁸⁹. Овакво обавештење се објављује на сајту Повереника за заштиту равноправности и у једним дневним новинама са дневним тиражом¹¹⁹⁰.

Законом о сузбијању дискриминације Републике Хрватске предвиђено је да послове органа надлежног за сузбијање и спречавање дискриминације обавља омбудсман односно заштитник грађана (пучки правобранитељ)¹¹⁹¹. Наведеним Законом није образован и успостављен нови орган надлежан за сузбијање дискриминације као што је то урађено код нас увођењем институције Повереника

¹¹⁸⁵Петрушић, Н, Бекет, К, 2012, стр. 72.

¹¹⁸⁶Члан 40. ЗЗД Републике Србије.

¹¹⁸⁷Члан 40. ЗЗД Републике Србије.

¹¹⁸⁸Члан 40. ЗЗД Републике Србије.

¹¹⁸⁹Петрушић, Н, Бекет, К, 2012, стр. 72.

¹¹⁹⁰Петрушић, Н, Бекет, К, 2012.

¹¹⁹¹Члан 12. став 1. Закона о сузбијању дискриминације Републике Хрватске гласи: „Послове средишњег тијела надлежног за сузбијање дискриминације обавља пучки правобранитељ”. Ставом 2. истог члана прописане су надлежности заштитника грађана односно пучког правобранитеља, а оне су следеће: да заприма пријаве свих физичких и правних лица; да физичким и правним лицима која су поднела притужбу због дискриминације пружа потребна обавештења о њиховим правима и обавезама и могућностима судске и друге заштите; да, ако није започет судски поступак, испитује појединачне пријаве и предузима радње из своје надлежности потребне за отлањање дискриминације и заштиту права дискриминисаног лица; да упозорава јавност о појавама дискриминације; да уз пристанак странка спроводи поступак мирења уз могућност склапања вансудског поравнања; да подноси кривичне пријаве у вези са случајевима дискриминације надлежном државном тужилаштву; да прикупља и анализира статистичке податке о случајевима дискриминације; да у свом годишњем извештају, а по потреби и у ванредном извештају, извештава Хрватски парламент (сабор) о појавама дискриминације, као и да спроводи истраживања у области дискриминације, да даје мишљења и препоруке и да предлаже Влади Републике Хрватске одговарајућа законска и стратешка решења. Поједине од наведених послова обављају посебни заштитници грађана (правобранитељи) када је то утврђено посебним законом (члан 13).

за заштиту равноправности. Ситуација у области заштите од дискриминације је идентична у Федерацији Босне и Херцеговини. Наиме, главни орган надлежан за заштиту од дискриминације јесте Омбудсман за људска права Босне и Херцеговине¹¹⁹². Ни у Црној Гори Законом о забрани дискриминације није установљен посебан орган који би био надлежан у области заштите од дискриминације, већ је за те послове надлежан Заштитник људских права и слобода¹¹⁹³. Међутим, у Црној Гори је предвиђен инспекцијски надзор над спровођењем Закона о забрани дискриминације у области рада и запошљавања, заштите на раду, здравствене заштите, образовања, грађевинарства, саобраћаја, туризма и у другим областима, а који врше инспекцијски органи надлежни за те области¹¹⁹⁴. У нашој земљи, надзор над спровођењем Закона о забрани

¹¹⁹²Члан 7. став 1. Закона о забрани дискриминације Босне и Херцеговине. У ставу 2. истог члана регулисане су надлежности Омбудсмана за људска права Босне и Херцеговине, а она су следећа: да заприма појединачне и групне жалбе у вези с дискриминацијом; да физичким и правним лицима која су поднела жалбу због дискриминације даје потребна обавештења о њиховим правима и обавезама, те могућностима судске и друге заштите; да поводом жалбе може одлучити да не прихвати жалбу или да покрене поступак истраживања; да предлаже покретање поступка медијације у складу с одредбама Закона о медијацији; да прикупља и анализира статистичке податке о случајевима дискриминације; да подноси годишњи, а према потреби и ванредне извештаје о појавама дискриминације Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине, Парламенту Федерације Босне и Херцеговине, Народној скупштини Републике Српске и Скупштини Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине; да информисе јавност о појавама дискриминације; да на властиту иницијативу, спроводи истраживања у области дискриминације; да даје мишљења и препоруке с циљем спречавања и сузбијања дискриминације, те предлаже одговарајућа законска и друга решења надлежним институцијама у Босни и Херцеговини; има право да покрене и учествује у поступку за заштиту од дискриминације запрекршаје прописане овим законом; да прати законодавство и даје савете законодавним и извршним органима; да подиже свест о питањима везаним за расизам и расну дискриминацију у друштву; да унапређује политике и праксе које имају за циљ да осигурају једнако поступање. Чланом 7. ставом 4. прописано је да Омбудсман за људска права Босне и Херцеговине пружа помоћ лицима или групама лица која се обраћају међународним телима за заштиту од дискриминације у давању упутстава, савета, консултација у току поступка, предлога и препорука.

¹¹⁹³Члан 21. Закона о забрани дискриминације Црне Горе. Овим чланом прописане су надлежности Заштитника људских права и слобода, а оне су следеће: да подносиоцу притужбе који сматра да је дискриминисан од стране физичког или правног лица даје потребна обавештења о његовим правима и обавезама као и могућностима судске и друге заштите; да спроводи поступак мирења, уз пристанак лица које сматра да је дискриминисано и органа, другог физичког или правног лица за које оно сматра да је извршило дискриминацију, уз могућност закључивања вансудског поравнања у складу са законом којим се уређује поступак посредовања; да информисе јавност о значајнијим појавама дискриминације; да по потреби врши истраживања у области дискриминације; да води посебну евиденцију о поднетим притужбама у вези са дискриминацијом; да прикупља и анализира статистичке податке о случајевима дискриминације и да предузима активности ради подизања свести о питањима у вези са дискриминацијом.

¹¹⁹⁴Члан 32. Закона о забрани дискриминације Црне Горе.

дискриминације врши министарство надлежно за људска и мањинска права¹¹⁹⁵, док је у Федерацији Босни и Херцеговини за вршење надзора надлежно Министарство за људска права и избеглице Босне и Херцеговине¹¹⁹⁶.

У одредбама Закона о забрани дискриминације Републике Србије је предвиђена и судска заштита. Закон је омогућио свакоме коме је повређено право дискриминаторским поступањем да поднесе тужбу суду уз сходну примену одредаба Закона о парничном поступку¹¹⁹⁷. Судски поступак у спору за заштиту од дискриминације је хитан, а ревизија као ванредни правни лек је увек дозвољена¹¹⁹⁸. Тужилац има на располагању неколико ствари које може тужбом да захтева. Наиме, он може тужбом да тражи: а) забрану извршења радње од које прети дискриминација, забрану даљег вршења радње дискриминације односно забрану понављања радње дискриминације; б) може затим, да тражи утврђење да је тужени дискриминаторски поступао према тужиоцу или неком другоме; в) извршење радње ради уклањања последица дискриминаторског поступања; г) накнаду материјалне и нематеријалне штете и најзад, г) објављивање пресуде донете поводом тужбе¹¹⁹⁹.

Тужилац затим, има право да уз тужбу, у току поступка као и по окончању поступка, све док извршење не буде спроведено, захтева од суда да привременом мером спречи дискриминаторско поступање ради отклањања опасности од насиља или веће ненадокнадиве штете¹²⁰⁰. У предлогу за издавање привремене мере мора да буде учињено вероватним да је мера потребна да би се спречила опасност од насиља због дискриминаторског поступања, спречила употреба силе или настанак ненадокнадиве штете, а суд је дужан да о томе без одлагања донесе одлуку, а најкасније у року од три дана од дана пријема предлога¹²⁰¹.

Законом о забрани дискриминације су такође предвиђене и казнене одредбе у случају учињеног прекршаја. Санкције које су Законом предвиђене јесу новчане казне за службено односно одговорно лице у органу јавне власти, затим за правно

¹¹⁹⁵ Члан 47. ЗЗД Републике Србије.

¹¹⁹⁶ Члан 9. Закон о забрани дискриминације Босне и Херцеговине.

¹¹⁹⁷ Члан 41. став 1. и 2. ЗЗД Републике Србије.

¹¹⁹⁸ Члан 41. став 3. и 4. ЗЗД Републике Србије.

¹¹⁹⁹ Члан 43. ЗЗД Републике Србије.

¹²⁰⁰ Члан 44. став 1. ЗЗД Републике Србије.

¹²⁰¹ Члан 44. став 2. и 3. Закона о забрани дискриминације Републике Србије.

лице или предузетнике, као и за одговорно лице у правном лицу или за физичко лице или здравственог радника које је извршило неку од радњи које представљају законом предвиђени и забрањени основ дискриминације¹²⁰². Ако правно лице или

¹²⁰²Члан 50. Закона о забрани дискриминације Републике Србије гласи: Новчаном казном од 10.000 до 50.000 динара казниће се за прекршај службено лице, односно одговорно лице у органу јавне власти ако поступи дискриминаторски. Новчаном казном од 10.000 до 100.000 динара казниће се за прекршај правно лице, односно предузетник, ако на основу личног својства лицу које обавља привремене и повремене послове, лицу на допунском раду, студенту и ученику на пракси, лицу на стручном оспособљавању и усавршавању без заснивања радног односа, односно волонтеру, нарушава једнаке могућности за заснивање радног односа или уживање под једнаким условима свих права у области рада (члан 51. став 1. Закона), док је ставом 2. овог члана за одговорно лице у правном лицу, односно у органу јавне власти, као и за физичко лице за учињени прекршај предвиђена новчана казна од 5.000 до 50.000 динара.

Чланом 52. став 1. Закона предвиђено је да ће се новчаном казном од 10.000 до 100.000 динара казниће за прекршај правно лице, односно предузетник, ако у оквиру своје делатности, на основу личног својства лица или групе лица, одбије пружање услуге, за пружање услуге тражи испуњење услова који се не траже од осталих лица или група лица, односно ако у пружању услуге неоправдано да првенство другом лицу или групи лица, док ће се новчаном казном од 5.000 до 50.000 динара казнити се за исти прекршај одговорно лице у правном лицу, односно у органу јавне власти, као и физичко лице.

Новчаном казном од 10.000 до 100.000 динара казниће се за прекршај правно лице односно предузетник, власник, односно корисник објекта у јавној употреби или корисник јавне површине, ако лицу или групи лица на основу њиховог личног својства онемогући приступ тим објектима, односно површинама (члан 52. ст. 2. Закона).

Ставом 3. и 4. члана 52. Закона предвиђена је новчана казна од 5.000 до 50.000 динара за исте прекршаје учињене од стране одговорног лице у правном лицу, односно у органу јавне власти, као и од стране физичког лица.

Чланом 53. ставом 1. је предвиђена новчана казна од 5.000 до 50.000 динара за прекршај одговорног лице у органу јавне власти ако поступи противно начелу слободног испољавања вере или уверења, односно ако лицу или групи лица ускрати право на стицање, одржавање, изражавање и промену вере или уверења, као и право да приватно или јавно изнесу, односно поступе сходно својим уверењима, док је за исти прекршај учињен од стране правног лица или предузетника предвиђена новчана казна у износу од 10.000 до 100.000 динара. Ако је пак тај прекршај учињен од стране одговорног лица у правном лицу или физичког лица, износ предвиђене новчане казне износи од 5.000 до 50.000 динара.

Чланом 55. је предвиђено да ће се новчаном казном од 10.000 до 100.000 динара казнити за прекршај правно лице које ускрати право или призна погодности с обзиром на пол, односно експлоатише лице или групу лица с обзиром на пол, као и предузетник ако ускрати право или призна погодности с обзиром на пол, односно врши физичко и друго насиље, експлоатацију, изражава мржњу, омаловажава, уцењује и узнемирава лице или групу лица с обзиром на пол. За исти прекршај казниће се одговорно лице у правном лицу, односно у органу јавне власти, као и физичко лице и то новчаном казном од 5.000 до 50.000 динара.

У члану 57. став 1. предвиђено је да ће се новчаном казном од 10.000 до 100.000 динара казнити за прекршај правно лице или предузетник ако дискриминише дете, односно малолетника према брачном, односно ванбрачном рођењу, јавно позива на давање предности деци једног пола у односу на децу другог пола или прави разлику према имовном стању, професији и другим обележјима друштвеног положаја, активностима, израженом мишљењу или уверењу његових родитеља, односно старатеља и чланова породице, а ставом 2. предвиђена је новчана казна од 5.000 до 50.000 динара ако је прекршај учињен од стране одговорног лица у правном лицу односно у органу јавне власти или од стране физичког лица.

Члан 58. став 1. предвиђа новчану казну од 10.000 до 100.000 динара за прекршај који учини правно лице или предузетник ако занемарује или узнемирава лице на основу старосног доба у

предузетник позове лице или групу лица да се јавно изјасне о својој сексуалној оријентацији, односно ако спречи изражавање њихове сексуалне оријентације, у складу са овим законом, казниће се новчаном казном од 10.000 до 100.000 динара за учињени прекршај, али ако овај прекршај учини одговорно лице у правном лицу, односно у органу јавне власти, као и физичко лице предвиђена је новчана казна у износу од 5.000 до 50.000 динара¹²⁰³.

Као што је претходно поменуто, и у земљама у окружењу, као што су Хрватска, Црна Гора и Босна и Херцеговина, донети су закони којим се забрањује дискриминација, с тим да је у Хрватској 2014. године донет и Закон о животном партнерству особа истог пола¹²⁰⁴, а чијим ступањем на снагу престаје да важи Закон о истополним заједницама од 2003. године. Затим, у Словенији је донет Закон о регистрацији истополне партнерске скупности (2005). Овим законима се признају одређена породичноправна дејства заједницама лица истог пола, под условима предвиђеним законом, док ни у једној од осталих држава бивше Југославије питање признавања породичноправних дејстава истополних заједница није до сада регулисано.

пружању здравствених или других јавних услуга, док је ставом 2. предвиђена новчана казна од 5.000 до 50.000 динара за исти прекршај учињен од стране одговорног лица у правном лицу, односно у органу јавне власти, као и од стране физичког лица.

Чланом 59. ставом 1. предвиђа се да ће се новчаном казном од 10.000 до 100.000 динара казнити се за прекршај правно лице или предузетник ако дискриминише лице или групу лица због њихових политичких убеђења или припадности, односно неприпадности политичкој странци, а ставом 2. казниће се одговорно лице у правном лицу, односно у органу јавне власти, као и физичко лице новчаном казном од 5.000 до 50.000 динара.

Члан 60. став 1. предвиђа да ће се новчаном казном од 10.000 до 100.000 динара казнити за прекршај правно лице или предузетник ако лицу или групи лица на основу њиховог личног својства неоправдано одбије пружање здравствених услуга, постави посебне услове за пружање здравствених услуга који нису оправдани медицинским разлозима, одбије постављање дијагнозе и ускрати информације о тренутном здравственом стању, предузетим или намераваним мерама лечења или рехабилитације, као и ако их узнемирава, вређа и омаловажава у току боравка у здравственој установи, док став 2 . предвиђа новчану казну од 5.000 до 50.000 динара за исти прекршај учињен од стране одговорног лица у правном лицу, односно у органу јавне власти, као и од стране здравственог радника.

¹²⁰³ Члан 56. став 1. и 2. ЗЗД Републике Србије.

¹²⁰⁴ Закон о животном партнерству особа истог пола Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 92/14.

6.1.3. Заштита предвиђена посебним законима

а) Заштита предвиђена Законом о јавном информисању и медијима

Важно је нагласити да је одредба о забрани дискриминације на основу сексуалне оријентације изричито унета и у Закон о раду, Закон о јавном информисању и медијима и Закон о радиодифузији.

Одредбама Закона о јавном информисању и медијима је забрањен говор мржње, а изричито се као основ наводи и сексуална опредељеност, али не и родни идентитет, иако листа антидискриминативних основа није затворена остављајући простора да се под друга лична својства подведе и родни идентитет. Наиме, идејама, мишљењем, односно информацијама, које се објављују у медијима не сме се подстицати дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог припадања или неприпадања некој раси, вери, нацији, полу, због њихове сексуалне опредељености или другог личног својства, без обзира на то да ли је објављивањем учињено кривично дело¹²⁰⁵. Законом је такође предвиђено покретање парничног поступка тужбом због повреде забране говора мржње. Право на подношење тужбе суду има лице које је лично повређено објављивањем информације, односно записа, као и и правно лице чија делатност има за циљ заштиту људских права у случају повреде забране говора мржње и права и интереса малолетника (ако се информација или запис односе на одређену особу, тужбу може поднети само уз његов пристанак), а може да је поднесе против одговорног уредника медија у коме је информација, односно запис објављен¹²⁰⁶. Тужбом може да захтевати да суд привременом мером, најдуже до правноснажног окончања поступка, забрани одговорном уреднику да поново објави исту информацију, односно запис, али мора учинити вероватним да постоји конкретна опасност да ће информација, односно запис бити поново објављен, као и да би се поновним објављивањем информације, односно записа повредило његово право

¹²⁰⁵Члан 75. Закона о јавном информисању и медијима РС.

¹²⁰⁶Члан 102. и 103. Закона о јавном информисању и медијима РС.

или интерес из садржине тужбеног захтева ¹²⁰⁷. Уз тужбу и предлог за привремену забрану поновног објављивања информације, може се захтевати да надлежни суд запрети одговорном уреднику да ће платити примерени новчани износ тужиоцу ако поступи противно одлуци суда ¹²⁰⁸. По захтеву тужиоца, суд налаже одговорном уреднику да правноснажну пресуду објави без коментара и без одлагања, о свом трошку, а најкасније у другом наредном броју новина, односно у другој наредној радио или телевизијској емисији од дана када је пресуда постала правноснажна ¹²⁰⁹. Постоји могућност и ослобађања од одговорности услед повреде забране говора мржње, али само у законом одређеним случајевима. Према одредбама овог Закона, не постоји повреда говора мржње ако је информација део новинарског текста, а објављена је без намере да се подстиче на дискриминацију, мржњу или насиље против лица или групе лица које су претходно наведене, посебно ако је таква информација део објективног новинарског извештаја или с намером да се критички укаже на дискриминацију, мржњу или насиље против наведених лица или групе лица на појаве које представљају или могу да представљају подстицање на такво понашање ¹²¹⁰. Законом је предвиђена и могућност истицања одштетног захтева, тако да лице на које се односи информација чије је објављивање у складу са овим законом забрањено, а које због њеног објављивања трпи штету, има право на накнаду материјалне и нематеријалне штете, као и лице којем није објављен одговор, исправка или друга информација чије је објављивање наложено одлуком надлежног суда, а које због необјављивања трпи штету, док одговорност за штету сnose новинар односно одговорни уредник, затим успостављена је објективна одговорност издавача, као и солидарна

¹²⁰⁷Члан 104. став 1. и 2. Закона о јавном информисању и медијима РС. Садржина тужбеног захтева регулисана је чланом 101. који гласи: „Ако се објављивањем информације, односно записа повређује претпоставка невиности, забрана говора мржње, права и интереси малолетника, забрана јавног излагања порнографског садржаја, право на достојанство личности, право на аутентичност, односно право на приватност, у складу са одредбама овог закона, тужбом се може захтевати:

- 1) утврђивање да је објављивањем информације, односно записа повређено право, односно интерес;
- 2) пропуштање објављивања, као и забрана поновног објављивања информације, односно записа;
- 3) предаја записа, уклањање или уништење објављеног записа (брисање видео записа, брисање аудио записа, уништење негатива, одстрањење из публикација и слично)“.

¹²⁰⁸Члан 105. Закона о јавном информисању и медијима РС.

¹²⁰⁹Члан 120. Закона о јавном информисању и медијима РС.

¹²¹⁰Члан 76. Закона о јавном информисању и медијима РС.

одговорност новинара, одговорног уредника и издавача¹²¹¹. Одредбама овог Закона предвиђене су и казнене одредбе за привредне преступе и прекршаје.

б) Заштита предвиђена Законом о електронским медијима

Закон о електронским медијима предвиђа одредбе које се тичу забране говора мржње, а изричито се наводи и основ сексуалне оријентације и родног идентитета, за разлику од претходно важећег Закона о радиодифузији којим није било изричито предвиђен родни идентитет. Сходно њима, Регулаторно тело за електронске медије (Регулатор) се стара да програмски садржај пружаоца медијске услуге не садржи информације којима се подстиче, на отворен или прикривен начин, дискриминација, мржња или насиље због расе, боје коже, предака, држављанства, националне припадности, језика, верских или политичких убеђења, пола, родног идентитета, сексуалне оријентације, имовног стања, рођења, генетских особености, здравственог стања, инвалидитета, брачног и породичног статуса, осуђиваности, старосне доби, изгледа, чланства у политичким, синдикалним и другим организацијама и других стварних, односно претпостављених личних својстава¹²¹². Законом су предвиђене мера које Регулатор може да изрекне пружаоцу медијске услуге, а то су опомена, упозорење, привремена забрана објављивања програмског садржаја односно може му одузети дозволу, због повреде законом прописаних обавеза које се односе на програмски садржај, као и због повреде услова који су садржани у дозволи или одобрењу за пружање медијске услуге у складу са одредбама овог закона¹²¹³. Опомена се изриче пружаоцу медијске услуге који повреди законом прописане обавезе које се односе на програмски садржај, упозорење се изриче ако пружалац медијске услуге изврши тешку повреду ових обавеза, док се привремена забрана објављивања програмског садржаја изриче ако пружалац медијске услуге изврши нарочито тешку повреду ових обавеза¹²¹⁴. Приликом изрицања ових мера

¹²¹¹Члан 112, 113, 114. и 115. Закона о јавном информисању и медијима РС.

¹²¹²Члан 51. Закона о електронским медијима РС.

¹²¹³Члан 28. став 1. Закона о електронским медијима РС.

¹²¹⁴Члан 29. став 1- 3. Закона о електронским медијима РС.

Регулатор има дужност да изричито наведе обавезу коју је пружалац медијске услуге повредио, као и да му наложи да предузме мере у циљу отклањања повреде¹²¹⁵. Законом су предвиђене и казнене одредбе за привредне преступе и прекшаје.

6.1.4. Кривично-правна заштита

У правном систему Републике Србије предвиђена је и кривично-правна заштита од дискриминације¹²¹⁶ и то на два нивоа.

Први ниво заштите се остварује на општи начин, увођењем кривичног дела учињеног из мржње, које представља отежавајућу околност приликом одмеравања казне и као таква је регулисана у општем делу Кривичног законика, у глави IV која се односи на казне, односно у поглављу 2. главе IV Кривичног законика који је посвећен одмеравању казне.¹²¹⁷

Други ниво заштите је регулисан инкриминисањем посебних кривичних дела, у посебном делу Кривичног законика, у глави 14 која је посвећена кривичним делима против слободе и права човека и грађанина, и то увођењем кривичног дела повреда равноправности¹²¹⁸ и кривичног дела злостављање и мучење¹²¹⁹, а затим и у глави 34 која је посвећена кривичним делима против човечности и других добара заштићених међународним правом, и то кривичним делом расна и друга дискриминација¹²²⁰.

Наиме, у децембру 2012. године у Кривични законик је уведена одредба о злочину из мржње односно омогућено је да извршиоци кривичних дела која су учињена из мржње буду строжије санкционисани, а са циљем да санкција не буде само репресивна него и превентивна и да се на тај начин спречи даље вршење

¹²¹⁵Члан 29. став 5. Закона о електронским медијима РС.

¹²¹⁶Кривични законик Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – исправка, 107/2005 - исправка, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014.

¹²¹⁷Члан 54а КЗРС.

¹²¹⁸Члан 128. КЗРС.

¹²¹⁹Члан 137. КЗРС.

¹²²⁰Члан 387. КЗРС.

злочина из мржње¹²²¹. Злочин из мржње заправо представља кривично дело чије извршење је мотивисано мржњом према одређеном лицу само зато што је другачији¹²²². Овај злочин такође има сврху да се на посредан начин пошаље порука одређеној социјалној групи којој жртва злочина припада или другим групама које се идентификују или би могле да се идентификују са том групом, иако је злочин извршен према тачно одређеном лицу¹²²³.

У Кривичном законнику је злочин из мржње уведен као посебна околност за одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње односно представља отежавајућу околност. Тако је Закоником прописано да ако је неко кривично дело учињено из мржње због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица, ту околност ће суд ценити као отежавајућу околност, уколико она није прописана као обележје кривичног дела¹²²⁴. Дакле, у случају када је извршење одређеног кривичног дела мотивисано мржњом, сексуална оријентација¹²²⁵ и родни идентитет су експлицитно наведени као законски основи, што проширује могућност потпунијег остварења кривично-правне заштите. Сматрам да би овај вид заштите био далеко ефикаснији када би злочин мржње био непосредно инкриминисан односно наведен као посебно кривично дело кажњиво казном затвора, а не само као отежавајућа околност приликом одмеравања казне.

¹²²¹ Брошура за грађане, 2013, *Злочин из мржње*, Уџош Комитет правника за људска права, Београд, стр. 2.

¹²²² Брошура за грађане, 2013, стр. 1.

¹²²³ Триповић, М, 2011, *Експанзија мржње: основна обележја масовних злочина мржње*, *Темиде – часопис о виктимизацији, људским правима и роду*, 4, година 14, стр. 39.

¹²²⁴ Члан 54а КЗРС.

¹²²⁵ Неколико догађаја која су се десила у Сједињеним Америчким Државама је довело до тога да се у науци у појам злочин из мржње уведе и насиље и злочини извршени према припадницима сексуалних мањина, првенствено услед постојања многобројних предрасуда према њима. Један од догађаја који се десио јесте и убиство једног младића у америчкој држави Вајоминг. „Младић се звао Метју Вејн Шепард, а убијен је у октобру 1998. године када је имао свега 21 годину. У ноћи између 6 и 7. октобра 1998. у једном клубу у једном месту у Вајомингу, упознао се са двојицом других младића, који су му понудили превоз у свом камионету, када им је Шепард између осталог рекао и то да је он „геј“. Ова двојица су га међутим, напали, опљачкали, тукли пиштољем по глави, иживљавали се над њим више сати и на крају конопцем везали за ограду у једном забаченом руралном подручју, оставили га да умре у хладној ноћи, јер је било око нуле. Читавих 18 сати касније, пронашао га је један случајни пролазник, бициклиста, који је прво мислио да је у питању лутка страшила закачена за ограду. Шепард је пренешен у болницу, где није долазио к свести и где је умро 12. октобра”. Више о томе: Ћирић, Ј, 2011, *Злочини мржње – америчко и балканско искуство*, *Темиде – часопис о виктимизацији, људским правима и роду*, 4, година 14, стр. 22.

Прописивање у закону није довољно да би се ова врста злочина односно кривичних дела смањила или у потпуности спречила, али свакако представља један корак напред у заштити људских права и слобода.

Прва држава у Европи која је увела термин злочина из мржње јесте Хрватска, и то Кривичним законом (Казненим законом) који је усвојен 2006. године, а дефинише се као свако кривично дело из овога Закона, почињено из мржње према особи због њене расе, боје коже, пола, полне оријентације, језика, вере, политичког или другог уверења, националног или социјалног порекла, имовине, рођења, образовања, друштвеног положаја, узраста, здравственог статуса или других особина¹²²⁶. Ова одредба Казненог закона Хрватске је први пут примењена у пракси 2007. године након напада на Параду поноса која се одржавала у Загребу, којом приликом је нападач осуђен на казну затвора у трајању од 14 месеци¹²²⁷. Међутим, Хрватска је усвојила нов Казнени закон 2011. године¹²²⁸, у којем је једна цела глава (глава једанаест) посвећена кривичним делима против људских права и основних слобода (казнена дјела против људских права и темељних слобода). Измене и допуне Казненог закона Републике Хрватске уследиле су 2012. године када је термин злочина из мржње допуњен са неколико изричито наведених дискриминационих основа, попут родног идентитета. Сходно томе, злочин из мржње се дефинише као кривично дело почињено због расне припадности, боје коже, вероисповести, националног или етничког порекла, инвалидитета, пола, полног опредељења или родног идентитета друге особе, док ће се такво поступање сматрати отежавајућом околношћу ако законом није прописана тежа казна¹²²⁹. Казненим законом је предвиђен основни облик кривичног дела изазивања нереди за које је прописана казна затвора до три године за оног ко учествује у групи која насиљем према другим особама или стварима или претњом да ће починити насиље угрожава јавни ред или подстиче групу лица на насиље¹²³⁰. Ако се претходно поменуто кривично дело почини из мржње и то према већем броју особа уз употребу оружја или опасног оруђа или ако се доведе у опасност

¹²²⁶Брошура за грађане, 2013, стр. 5.

¹²²⁷Брошура за грађане, 2013.

¹²²⁸Казнени закон Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 125/11, 144/12.

¹²²⁹Члан 87. став 1. тачка 21. Казненог закона Републике Хрватске.

¹²³⁰Члан 324. став 1. Казненог закона Републике Хрватске.

живот или тело друге особе или је довело до знатне имовинске штете, предвиђена је казна затвора од шест месеци до пет година¹²³¹. Изменама и допунама из 2012. године је уведено и кривично дело јавно подстицање на насиље и мржњу за које је предвиђена казна затвора до три године за оног ко путем штампе, радија, телевизије, рачунарског система или мреже, на јавном скупу или на други начин подстиче или јавности учини доступним летке, слике или друге материјале којим се позива на насиље или мржњу усмерену према групи лица или припаднику групе због њихове расне, верске, националне или етничке припадности, порекла, боје коже, пола, полног опредељења, родног идентитета, инвалидитета или каквих других особина¹²³². Казна затвора од шест месеци до пет година је предвиђена за оног ко организује или води групу од три или више лица ради вршења претходно наведеног кривичног дела, док је за учествовање у групи ради вршења истог кривичног дела предвиђена казна затвора до једне године¹²³³.

Законодавац је Кривичним закоником Србије такође прописао одређена кривична дела и кривичне санкције услед угрожавања или повреде људских права. Једно од кривичних дела које је релевантно када говоримо о дискриминацији, а прописано је Кривичним закоником јесте повреда равноправности у оквиру кривичних дела против слобода и права човека и грађанина. Кривичним закоником је прописана казна затвора до три године оне које због националне или етничке припадности, раси или вероисповести или због одсуства те припадности или због разлика у погледу политичког или другог убеђења, пола, језика, образовања, друштвеног положаја, социјалног порекла, имовног стања или неког другог личног својства, другоме ускрати или ограничи права човека и грађанина утврђена Уставом, законима или другим прописима или општим актима или потврђеним међународним уговорима или му на основу ове разлике даје повластице или погодности¹²³⁴. Међутим, Законик је предвидео и тежи облик овог кривичног дела односно извршење кривичног дела од стране службеног лица. У складу са тим, ако наведено кривично дело изврши службено лице у вршењу службе, прописана је

¹²³¹Члан 324. став 2. Казненог закона Републике Хрватске.

¹²³²Члан 325. став 1. Казненог закона Републике Хрватске.

¹²³³Члан 325. став 2. и 3. Казненог закона Републике Хрватске.

¹²³⁴Члан 128. став 1. Кривичног законика Републике Србије, *Сл. гласник RS*, бр.85/2005, 88/2005 – исправка, 107/2005 - исправка, 72/2009, 111/2009, 121/2012 I 104/2013.

казна затвора од три месеца до пет година¹²³⁵. Одредба о повреди равноправности у нашем Кривичном закону не предвиђа изричито сексуалну оријентацију и родни идентитет као основ за изрицање кривичне санкције у ситуацији када дође до њене повреде.

Упоредно-правно гледано, Република Хрватска у оквиру свог Казненог закона такође садржи одредбу о повреди равноправности. Изменама и допунама овог закона које су уследиле 2012. године уведено је ово кривично дело. Према тој одредби је предвиђена казна затвора до три године оне које на основу разлике у раси, етничкој припадности, боји, коже, полу, језику, вери, политичком или другом уверењу, националном или социјалном пореклу, имовини, рођењу, образовању, друштвеном положају, брачном или породичном статусу, старости, здравственом стању, инвалидитету, генетском наслеђу, изражавању родног идентитета, полном опредељењу или другим особинама ускрати, ограничи или условљава другом право на стицање добара и примање услуга, право на обављање делатности, право на запошљавање и напредовање или оне које на основу те разлике даје другоме повластице или погодности¹²³⁶. Иста казна у истом трајању ће се изрећи и оне које прогони појединце или организације због њиховог залагања за равноправност људи¹²³⁷. Сексуална оријентација и изражавање родног идентитета су изричито наведени као дискриминациони основи, што је веома значајно за концепт људских права у законодавству једне државе, а што би свакако требало додати и у наш Кривични законик, не остављајући простор за евентуално тумачење да ли сексуална оријентација и родни идентитет уопште потпадају у основ дискриминације.

У Кривичном закону Републике Србије је предвиђено и кривично дело злостављање и мучење које може да буде инспирисано дискриминацијом¹²³⁸. Ово дело је такође прописано као основни и као тежи облик. Казна затвора до једне године је предвиђена за оног ко злоставља другог или према њему поступа на начин да вређа људско достојанство, али ако је починилац кривичног дела

¹²³⁵Члан 128. став 2. КЗ РС.

¹²³⁶Члан 125. став 1. Казненог закона Републике Хрватске.

¹²³⁷Члан 125. став 2. Казненог закона Републике Хрватске.

¹²³⁸ Више о томе: Рељановић, М, Матић, М, Илић, Г, 2010, *Приручник за примену антидискриминационог законодавства*, Београд, стр. 96.

службено лице у вршењу службе онда је припрећена казна затвора од три месеца до три године¹²³⁹. Казна затвора од шест месеци до пет година предвиђена је када неко применом силе, претње или на други недозвољени начин другоме нанесе велики бол или тешке патње са циљем да од њега или од трећег лица добије признање, исказ или друго обавештење или да се он или неко треће лице застраши или незаконито казни или ако то учини из друге побуде засноване на било каквом облику дискриминације¹²⁴⁰. Тежи облик који је закоником прописан јесте када је дело извршено од стране службеног лица у вршењу службе, а за које је предвиђена казна затвора од једне до осам година¹²⁴¹.

Законодавним оквиром у области кривичног права у нашој држави је предвиђено кривично дело расне и друге дискриминације у оквиру кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом. Кривичним закоником је прописана казна затвора од шест месеци до пет година онеме ко на основу разлике у раси, боји коже, верској припадности, националности, етничком пореклу или неком другом личном својству крши основна људска права и слободе зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права и ратификованим међународним уговорима од стране Србије, а иста казна затвора ће бити изречена и онеме ко врши прогањање организација или појединаца због њиховог залагања за равноправност људи¹²⁴². Затворска казна у трајању од три месеца до три године је прописана за оног ко шири или на други начин учини јавно доступним текстове, слике или свако друго представљање идеја или теорија које заговарају или подстрекавају мржњу, дискриминацију или насиље, против било којег лица или групе лица, заснованих на раси, боји коже, верској припадности, националности, етничком пореклу или неком другом личном својству¹²⁴³. Истом казном затвора ће се казнити и ако неко јавно прети да ће, против лица или групе лица због припадности одређеној раси, боји коже, вери, националности, етничком пореклу

¹²³⁹Члан 137. став 1. и 3. КЗ РС.

¹²⁴⁰Члан 137. став 2. КЗ РС.

¹²⁴¹Члан 137. став 3. КЗ РС.

¹²⁴²Члан 387. став 1. и 2. КЗ РС.

¹²⁴³Члан 387. став 4. КЗ РС.

или због неког другог личног својства, извршити кривично дело за које је запрећена казна затвора већа од четири године¹²⁴⁴.

Ни у једном од наведених посебних кривичних дела у Кривичном законнику Републике Србије се изричито не наводе сексуална оријентација и родни идентитет као основи дискриминације (осим у општем делу Законика код кривичних дела учињених из мржње, у смислу отежавајуће околности за одмеравање казне), али се они могу подвести под друга лична својства и на тај начин обезбедити правну заштиту услед учињене дискриминације. С обзиром на чињеницу да су измене и допуне Кривичног законика Републике Србије недавно уследиле, 2013. године, што је била прилика да се сексуална оријентација и родни идентитет изричито регулишу као могући основи дискриминације, не видим ниједан довољно оправдан разлог, ако он уопште постоји, због којег то није учињено тада. То нам можда такође говори о неспремности државе да се снажније и отвореније супротстави појавама нетолеранције различитости, која се још увек, не тако ретко, испољава међу одређеним припадницима друштва. Може се чак поставити питање није ли то и уступак тим конзерватвним снагама које се супротстављају сваком напретку и прогресу и који бурно и насилно реагују на сваку промену која није у складу са њиховим традиционалним ставовима и вредностима.

¹²⁴⁴Члан 387. став 5. КЗ РС.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

У овој докторској дисертацији разматра се питање забране дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета са упоредноправним прегледом, затим утицај изричитих антидискриминативних одредби на појаву дискриминације, као и фактори који утичу на дискриминацију у одређеном друштву.

Да бисмо разумели концепт забране дискриминације, најпре је потребно дефинисати дискриминацију и једнакост у правном смислу речи, а затим те појмове разрадити. Анализа научних теоријских достигнућа у области антидискриминативног права у циљу трагања за појмом једнакости и дискриминације, води до закључка да не постоји једногласност око тога шта заправо представља дискриминацију. Дакле, не постоји једна и општеприхваћена научна дефиниција, већ мноштво различитих теоријских одређења имајући у виду сложеност саме дискриминације. Постоји одређен степен сагласности око тога да дискриминација представља неоправдано разликовање на основу одређеног личног својства, међутим не постоји сагласност око тога да ли је за постојање и доказивање дискриминације неопходно вршити упоређивање, као и то шта се крши чином дискриминације. Поједини теоретичари сматрају да се концепт дискриминације базира на једнакости, док има и оних који, попут *Moreau*, истичу да је у средишту дискриминације неправда. Она, наиме, припада групи теоретичара који када се ради о дискриминацији придају важност концепту достојанства. За разлику од оваквог одређења, поједини теоретичари, међу којима се истиче *Hellman*, сматрају да дискриминација заправо представља кршење слободе и да она настаје када је одређеној особи ускраћено право које јој припада.

Сумирајући разматрања ових појмова многих светских теоретичара у области антидискриминативног права, појам дискриминације се своди на то да дискриминација на основу било којег основа којем је гарантована заштита значи ускраћивање, лишавање, ограничавање загарантованог права одређеном појединцу или групи, а само због постојања тог основа, без обзира да ли неким другим појединцима или групама нису та права ускраћена. Другачији третман се, дакле,

односи на само ограничавање, ускраћивање односно лишавања права, без обзира на упоређивање и доказивање другачијег односно повлашћеног третмана других. Довољна је чињеница да је појединац неоправдано третиран неповољно због неког заштићеног антидискриминативног основа и да је због тога претпео негативну последицу. Суштина дискриминације је у стварање мишљења о одређеној особи, не на основу њених заслуга, него на основу неког личног својства или припадности групи са претпостављеним својствима.

Што се тиче нормативног оквира антидискриминативног права, уставне, законске и конвенцијске дефиниције су веома сличне, а разлике су у томе да ли одређена лична својства, конкретније сексуалну оријентацију и родни идентитет, прописују изричито или преко одреднице и друга својства. Међутим, изричито ненавођење не би требало да утиче на ниво загарантованих права и њихове заштите односно на функционисање и поштовање начела забране дискриминације и начела једнакости у пракси. Ако је држава спремна и ако постоји политичка воља и храброст да се појединцу или групи обезбеди заштита од дискриминације, онда није неопходно усвајање општих антидискриминативних закона у циљу постојања правног основа за пружање заштите од дискриминације. Довољно је да постоји општа уставна или законска гаранција права на једнакост. Иако је једнакост појам са веома широким значењем, питање је које правило тумачења је потребно применити, екстензивно или рестриктивно. Присталица сам екстензивнијег тумачења овог појма, поготово када начело једнакости доводимо у везу са начелом забране дискриминације. Тако је Уставни суд Немачке у својој пракси истакао став да сексуална оријентације представља заштићени основ било кроз гаранције права на једнакост или кроз гаранције људског достојанства и права личности¹²⁴⁵. Међутим, пожељно је имати општи закон који забрањује дискриминацију, како би се тачно одредило шта се подразумева под тим појмом, у којим облицима се она манифестује, као и који су антидискриминативни основи, шта се под сваким основом подразумева и које понашање под њега потпада.

¹²⁴⁵ Случајеви 24 F 172/12; 24 F 250/12, 1 BvL 1/11; 1 BvR 3247/09, BvR 909/06; 2 BvR 1981/06; 2 BvR 288/07.

Када се ради о прописаности сексуалне оријентације и родног идентитета као антидискриминативних основа, Уставом Републике Србије од 2006. године нису изричито набројани. Већина држава садржи доста суженије навођење основа за забрану дискриминације него што се то чини законом. Иако је уобичајено да сексуална оријентација и родни идентитет нису изричито набројани у уставима држава, изузетак представљају Малта и Португалија. Наиме, у Уставу Португалије и Малте, сексуална оријентација је изричито наведена, што представља значајан помак у свести уставотворца о потреби свеобухватније заштите права ЛГБТ популације. Законом о забрани дискриминације Републике Србије од 2009. године изричито се забрањује дискриминација на основу сексуалне оријентације и родног идентитета, а велики број држава је такође усвојио овакав општи закон. Такође, судови који право примењују, својом судском праксом разрађују даље начело забране дискриминације. У оквиру Европске уније донете су бројне директиве којима се забрањује дискриминација по овим основима, а даље Европски суд правде ближе одређује његово значење. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода не садржи ова два основа у антидискриминативним одредбама, међутим Европски суд за људска права је у својим пресудама изнео став да је Конвенција живи инструмент и да је треба тумачити у светлу тренутних услова. Стога је праксом овог суда потврђено да су сексуална оријентација и родни идентитет заштићени антидискриминативни основи.

Код нас, без обзира на поједине ситне нормативне помаке, ова тема је још увек веома непожељна и изазива бројне бурне реакције разних слојева друштва, с обзиром да је праг толеранције према различитостима веома низак, а отпор према равноправности у пуном и правом смислу те речи веома снажан. Примећујем да је делимично узрок овакој ситуацији и лошој атмосфери у којој преовлађује насиље ипак и страховито лоша економска и социјална стварност у којој се различити видови незадовољства, укључујући насиље и вандализам, усмеравају ка питањима за која се верује да ће довести до подршке знатнијег дела становништва које је некритички привржено традиционалним вредностима, које су у напредном свету одавно и потпуно превазиђене. Знатан утицај на појаву дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета и отпор према признавању ЛГБТ права

имају како политика владајућих елита, тако и религијска схватања и тумачења од стране верских великодостојника, иако за такве ставове немају ниједно рационално објашњење. Приликом научног истраживања у погледу истополних бракова и декриминализације хомосексуалних радњи у појединим државама, као што су Велика Британија, долазим до закључка да су понекад јавни интереси ипак преовладајући у односу на политичке и индивидуалне интересе доносиоца политичких одлука и законодавних решења, па тако нпр. очување јавног здравља нације ипак има предност над стереотипима и предрасудама које владају о ЛГБТ особама.

Веома важно питање је и питање заштите људских права и заштите од дискриминације. Не можемо очекивати да се заштита људских права и забране дискриминације успешно спроводи у пракси судова, органа управе и других државних органа све док саме судије и други запослени надлежни за доследну имплементацију, превенцију, надзор и заштиту људских права заправо не разумеју саму суштину забране дискриминације, а што се у пракси и показало кроз судску праксу некажњавања. Тиме се практично подржава таква врста девијантног понашања која је испољена кроз толеранцију дискриминације и која у друштву постаје не само прихватљива него и модел понашања. Веома је значајно и сматрам неопходним првенствено увести едукацију у вртићима, школама, факултетима, кроз курсеве и друге врсте радионица, кроз наставно-образовне планове и програме који ће у себи укључивати област забране дискриминације, затим путем медија, као и на друге начине утицати да се степен толеранције и свест о различитостима у нашем друштву подигне. И данас је веома често да наставници и професори и даље уче децу у школама, па и студенте на појединим факултетима, да је хомосексуалност болест, а на такав начин се само ствара нетрпељивост и нетолеранција према одређеним мањинским групацијама у друштву, које понекад доводе и до насиља према њима, што представља велики пораз државе, али и свих нас. Говор мржње се још увек може чути на нашим телевизијским екранима, без икаквих коментара или санкција, на који начин се оставља порука појединцима да могу да се понашају насилно вређајући и примењујући силу према онима који су другачији. Оваква ситуација доводи до значајног пада нивоа сигурности грађана у

сваком погледу, и физичком и правном. Дакле, највећи проблем у нашем друштву представља неометано остваривање права од стране припадника сексуалних мањина као рањивих друштвених група и обезбеђивање доследне примене правних норми у оквиру постојећих механизма заштите. Овај корак такође представља и један од услова за процес интеграција и приступање Европској Унији, чему Република Србија тежи.

Иако је у Републици Србији још 2009. године усвојен Закон о забрани дискриминације, који је по својој природи општег карактера, стање по питању људских права и забране дискриминације није много унапредовало у ових седам година. Законом је успостављено и образовано потпуно ново тело које је надлежно за заштиту од дискриминације, а то је Повереник за заштиту равноправности и представља један од могућих видова заштите од дискриминације. Међутим, Повереник нема овлашћење да изриче санкције, тако да, попут Заштитника грађана, делује искључиво снагом свог ауторитета. Припадници сексуалних мањина су у Републици Србији једна од најмаргиналнијих и најугроженијих група када је у питању остваривање низа права која им припадају. Сексуална оријентација и родни идентитет нису у већини важећих закона нити у Уставу изричито наведени као основи дискриминације. Према томе потребно је и Устав и законе у том смислу допунити и изричито прописати сексуалну оријентацију и родни идентитет или изражавање родног идентитета као антидискриминационе основе како се не би остављао простор за другачије тумачење. Такође, законски није регулисана процедура промене личних података, тачније ознаке пола, имена и јединственог матичног броја грађана, у матичним књигама нити у другим личним документима за лица која су променила пол. На тај начин, трансродним лицима је практично онемогућено или пак, прилично отежано да новонасталу ситуацију након извршене операције промене пола ускладе са правном ситуацијом и остваре своје право на правну промену пола. Иако је 2009. године донет нов Закон о матичним књигама, оваква врста поступка није регулисана нити је прописан правни основ за правну промену пола у званичним документима. С обзиром да је од тада прошло седам година не видим ниједан довољно оправдан разлог због којег

Закон о матичним књигама до сада није допуњен овим одредбама када се заиста јавља потреба у животу трансродних лица.

За разлику од наше државе, када се ради о правима припадника ЛГБТ популације добар пример представља суседна Република Хрватска, која је још 2003. године *Zakonom o istospolnim zajednicama* нормирала ову област људских права. Међутим, од дана усвајања Закона о сузбијању дискриминације 2009. године до данас, усвојен је и *Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola* (Закон о животном партнерству особа истог пола), којим је престало важење закона из 2003. године и што представља значајан корак напред у погледу проширења спектра права сексуалних мањина. Тиме је лицима истог пола омогућено да склапају животна партнерства и остварују одређени вид заједнице живота. Тренутна друштвена и политичка клима у Републици Србији не делује охрабрујуће да ће у наредним годинама лицима истог пола бити омогућено ступање у било какав вид заједнице живота. За остваривање било каквог напретка у том смислу било би потребно изменити експлицитну уставну одредбу о забрани дискриминације тако што би се укључили и основи сексуалне оријентације и родног идентитета у ову одредбу. Поред тога, потребно је изменити и садашњу уставну одредбу којом се дефинише право на закључење брака, према којој се брак закључује на основу слободно датог пристанка мушкарца и жене пред државним органом. У будућем уставу та одредба би могла да гласи да се брак закључује на основу слободно датог пристанка два лица пред државним органом. Међутим, за тако нешто за сада нема много изгледа, па би за почетак велики напредак представљало и изједначење заједнице живота лица истог пола са заједницама живота лица различитог пола.

Борба против хомофобије и трансфобије у српском друштву представља један врло мукотрпан посао, с обзиром на дубоко укорењене предрасуде према ЛГБТ лицима, и с обзиром на чињеницу да је сваки покушај промоције и унапређења остваривања читавог низа права чији су они титулари осујећен жестоки и насилним отпорима конзервативних и екстремистичких група и појединаца, који насиљем одговарају на све што им се не допада и што се не уклапа у њихове стереотипе. Велики проблем настаје и услед поражавајућих изјава поглавара Српске православне цркве, која заправо много одмаже у борби против

нетолеранције и хомофобије у Србији, нарочито приликом покушаја остваривања права на мирно окупљање. Црква треба да помаже у просветљењу народа и верника, да шири толеранцију и утиче на смирење насиља, агресије и говора мржње и сама избегавајући говоре и поруке који могу да допринесу распламсавању рушилачких нагона и стварању тензија у друштву, чији резултат могу да буду тешке људске жртве и огромне материјане штете, чију цену на крају сви плаћамо, а не да буде фактор који утиче на ширење било какве дискриминације у друштву.

За разлику од Републике Србије, велика већина земаља западне Европе је увела у своја законодавства одређена права која су загарантована припадницима сексуалних мањина и која се доследно спроводе и штите. Многе државе су промениле своје национално законодавство након судских поступака који су вођени пред Европским судом за људска права против њих. Овај суд је својим одлукама извршио, а и даље врши значајан утицај на промену, усаглашавање и прилагођавање одређених законских решења и прописа, пре свега, у земљама чланицама Савета Европе. Међутим, пракса овог суда је исто тако од великог значаја и за многе друге, ваневропске земље, које помно прате рад овог Суда и настоје да усагласе своја национална законодавства са његовим ставовима. Она је од великог значаја и за модернизовање правних правила, као и ставова који су традиционално опстајали у друштву и законодавству појединих земаља. Судска пракса овог Суда се заиста показала као кључни фактор за побољшање положаја ЛГБТ популације, као и за боље разумевање људских права и упорну борбу против дискриминације уопште.

ЛИТЕРАТУРА

I Уџбеници и монографије

1. Agamben, Giorgio: *Homo sacer, Sovereign Power and Bare Life*, Stanford University Press, Stanford California, 1998
2. Bazan, Jose-Luis: *Report on the Impact of Spanish Same-sex Marriage Act in the National Law*, Madrid, September 2009
3. Бенедек, Волфганг: *За културу људских права на Балкану у Култура људских права*, Београд, 2002
4. Blaker Strand, Vibeke: *Non-discrimination and Equality as the Foundations of Peace, in Promoting Peace Through International Law*, Marcela Bailliet, Cecilia and Mujezinovic Larsen, Kjetil (eds.), Oxford University Press, 2015
5. Brownlie, Ian: *The Principles of Public International Law*, 5th edition, Clarendon Press, 1998
6. Bruns, Manfred: *Die strafrechtliche Verfolgung homosexueller Männer in der BRD nach 1945 in § 175 StGB Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer*, Berlin, 2012
7. Vandenhoe, Wouter: *Non-discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Interesentia, 2005
8. Вехабовић, Фарис; Измирлија, Мидхат и Кадрибашић, Аднан: *Коментар Закона о забрани дискриминације са објашњењима и прегледом праксе у упоредном праву*, Центар за људска права Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2010
9. Villaverde, José María Lorenzo: *And the Story Comes to an End: The Constitutionality of Same-Sex Marriages in Spain* in Chapter 2 Same Sex Couples - Comparative Insights on Marriage and Cohabitation, Sáez, Macarena (ed.) Springer, 2015
10. Водинелић, Владимир: *Грађанско право – уводне теме*, Београд, 1991
11. Водинелић, Владимир: *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2012

12. Гајин, Саша: *Појам, облици и случајеви дискриминације, у Антидискриминациони закони – водич*, Центар за унапређивање правних студија, Београд, 2010
13. Гајин, Саша: *Људска права правно-системски оквир, друго издање*, Београд, 2012
14. Горјанц-Прелевић, Теа: *Људска права у Црној Гори 2010-2011*, Подгорица, 2011
15. Graf W, Friedrich: *Der Protestantismus. Geschichte und Gegenwart*, C.H. Beck, Munich, 2010
16. Greer, Steven: *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention of Human Rights*, Strasbourg, July 2000
17. Димитријевић, Војин, Поповић, Драгољуб, Папић, Татјана, Петровић, Весна: *Међународно право људских права*, Београд, 2006
18. Димитријевић, Војин, Поповић, Драгољуб, Папић, Татјана, Петровић, Весна: *Међународно право људских права*, Београд, 2007
19. *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, second edition, Council of Europe, September 2011
20. Добрић-Бранков, Т: *Дискриминација и насиље на основу сексуалне оријентације у оквиру вршњачких група*, Лабрис, Београд, 2010
21. Doebbler F.J., Curtis: *Principle of Non-Discrimination in International Law*, CD Publishing, 2007
22. Donnelly, Jack: *Universal Human Rights in Theory and Practice*, second edition, Cornell University Press, 2003
23. Драшкић, Марија: *Породично право и права детета*, Београд, 2006. године
24. Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977
25. Ђурић, Владимир: *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2010
26. Eidelson, Benjamin: *Treating People as Individuals* in Hellman, Deborah and Moreau, Sophie (eds), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013

27. Ellis, Evelyn and Watson, Philippa: *EU Anti-Discrimination Law, second edition*, Oxford University Press, Oxford, 2012
28. Ekins, Richard; King, Dave: *The Transgender Phenomenon*, Sage Publications, 2006
29. Етински, Родољуб: *Међународно јавно право, друго издање*, Нови Сад, 2004
30. Ismail-Wahab, Ibrahim: *The Swedish Institution of Ombudsman: an Instrument of Human Rights*, Liber Förlag, Stockholm, 1979
31. Ishay R, Micheline: *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, University of California Press, 2008
32. Iwanicki, Jack: *The Universal Declaration of Human Rights in the Supreme Court of Canada in Philosophical Theory and the Universal Declaration of Human Rights*, University of Ottawa Press, 2003
33. Johnson, Paul: *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge, 2013
34. Kimber J.M, Cliona: *Equality or Self-determination*, Understanding Human Rights, London, Mansell Publishing, 1996
35. Lippert-Rasmussen, Kasper: *Discrimination and Equality* in The Routledge Companion to the Philosophy of Law, Marmor, Andrei (ed.), Routledge, 2012
36. Legg, Andrew: *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 2012
37. Loenen, Titia: *Indirect discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution*, in Loenen, Titia, Rodrigues R, Peter (eds.), *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, Hague, 1999
38. Macdonald A. C, Lynda: *Equality, Diversity and Discrimination: How to comply with the law, promote best practice and achieve a diverse workforce*, London, 2004
39. MacKinnon, Catherine: *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1989
40. Милосављевић, Богољуб: *Омбудсман – заштитник права грађана*, Центар за антиратну акцију, Београд, 2001

41. Милосављевић, Богољуб и Поповић М, Драгољуб: *Уставно право, треће измењено и допуњено издање*, Београд, 2009
42. Милосављевић, Богољуб: *Управно право, треће измењено и допуњено издање*, Београд, 2010
43. Милосављевић, Богољуб: *Коментар Закона о заштитнику грађана*, Службени гласник, Београд, 2010
44. Милосављевић, Богољуб: *Увод у теорију уставног права*, Београд, 2011
45. Mjöll Arnardóttir, Oddny: *Equality and Non-discrimination under the European Convention of Human Rights*, Kluwer Law International, Hague, 2003
46. Moeckli, Daniel: *Equality and Non-discrimination in International Human Rights Law second edition*, Moeckli, Daniel; Shah, Sangeeta and Sivakumaran, Sandesh (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2014
47. Mooney Cotter, Anne-Marie: *Ask No Questions – An International Legal Analysis on Sexual Orientation Discrimination*, Routledge, 2010
48. Moreau, Sophie: *In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination* in Hellman, Deborah and Moreau, Sophie (eds), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013
49. Morsink, Johannes: *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press, 1999
50. McKean A, Warwick: *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983
51. McColgan, Aileen: *Discrimination, Equality and the Law*, Hart Publishing, 2014
52. Николић, Оливер: *Забрана дискриминације ЛГБТ популације и слобода окупљања и удруживања у Усклађивање права Републике Србије са правним тековинама ЕУ: приоритети, проблеми, перспективе*, Рабреновић, А. и Ћеранић, Ј. (ур.), Београд, 2012
53. Nozawa, Junko: *Drawing the Line: Same-sex adoption and the jurisprudence of the ECtHR on the application of the ‘European consensus’ standard under Article 14*, Merkourios – Utrecht Journal of International and European Law, Vol. 29, Issue 77, 2013

54. Nussbaum C., Martha: *From Disgust to Humanity, Sexual Orientation and Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010
55. Крстић, Ивана: *Право на поштовање приватног и породичног живота – члан 8. Европске конвенције о људским правима*, Београд, 2006. године
56. Khaitan, Tarunabh: *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015
57. Khan Uddin, Borhan and Rahman Mahbubur, Muhammad: *Protection of Minorities: Regimes, Norms and Issues in South Asia*, Cambridge Scholars Publishing, 2012
58. Köhler, Richard; Recher, Alecs; Ehrst, Julia: *Legal Gender Recognition in Europe, Toolkit*, December 2013
59. Orobio de Castro, Ines: *Made to order: Sex/gender in a Transsexual Perspective*, Amsterdam, 1993
60. Пајванчић, Маријана: *Уставна заштита људских права*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2011
61. Перић М, Живојин: *О школама у праву*, Београд, 1921
62. Петрушић, Невена и Бекер, Косана: *Практикум за заштиту од дискриминације*, Београд, 2012
63. Поповић, Ненад: *Људска права: норме и вредности у Култура људских права*, Београд, 2002. године
64. Rabe, Johan: *Equality, Affirmative Action and Justice*, Books on Demand, Hamburg, 2001
65. Радиновић, Драган: *Омбудсман и извршина власт*, Београд, 2001. године
66. Радишић, Јаков: *Медицинско право*, Београд, 2004. године
67. Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth, Ovey, Clare: *Jacobs, White & Ovey – European Convention on Human Rights*, sixth edition, Oxford University Press, 2014
68. Ракић-Водинелић, Весна: *Судска заштита права човека, Права и слободе – међународни и југославенски стандарди*, Београдски центар за људска права, Београд, 1995

69. Ракић-Водинелић, Весна и Познић, Боривоје: *Грађанско процесно право шеснаесто измењено и допуњено издање*, Савремена администрација, Београд, 2010
70. Ramiah, Ananthi Al and Hewstone, Miles: *Discrimination Conditions, Consequences and "Cures"* in *The Oxford Handbook of Political Psychology*, 2nd ed., Huddy, Leonie; Sears O., David and Levy S., Jack (eds.), Oxford University Press, Oxford, December 2013
71. Рашевић, Живорад: *Колизиони аспекти антидискриминационог права*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2013
72. Reif C, Linda: *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Leiden, 2004
73. Robinson, Margaret: *Bisexual People* in *The Oxford Handbook of Theology, Sexuality, and Gender*, Thatcher, Adrian (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2014
74. Robinson, Mary: *The Universal Declaration of Human Rights – The International Keystone of Human Dignity* in *Reflections on the Universal Declaration of Human Rights – A Fiftieth Anniversary Anthology*, Hague, 1998
75. Rosario, Margaret; Yali, Ann Marie; Hunter, Joyce and Viorst Gwadz, Marya: *Religion and Health Among Lesbian, Gay and Bisexual Youths: An Empirical Investigation and Theoretical Explanation* in *Sexual orientation and mental health: Examining identity and development in lesbian, gay, and bisexual people.*, American Psychological Association, 2006
76. Рудић, Марија: *Људска права - Приручник за наставнике*, Београдски центар за људска права, Београд, 2001
77. Sadurski, Wojciech: *Equality and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2008
78. Sargeant, Malcolm: *Discrimination and the Law*, Routledge, New York, 2013
79. Simor, Jessica, Emmerson, Ben (eds.), *Human Rights Practice*, Sweet & Maxwell, London, 2000

80. Smith K.M, Rhona: *Textbook on International Human Rights sixth edition*, Oxford University Press, Oxford, 2014
81. Стојановић, Драган: *Основна права у уставима европских држава и уставу СФРЈ*, докторска дисертација, Ниш, 1988. године
82. Sheinman, Nanoch: *Two faces of discrimination in Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Hellman, Deborah and Moreau, Sophia (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2013
83. Shin S., Patrick: *Is There a Unitary Concept of Discrimination in Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Hellman, Deborah and Moreau, Sophia (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2013
84. Thompson, Neil: *Promoting Equality: Challenging Discrimination and Oppression in the Human Services*, Macmillan, 1998
85. Томушат, Кристијан: *Људска права између идеализма и реализма*, Београдски центар за људска права, Београд, 2006. године
86. Falzon, Neil: *A Proposed Gender Identity Act for Malta*, Malta Gay Rights Movement, December 2010
87. Fix-Zamudio, H: *Judicial Protection of Human Rights in Latin America and the Inter-American Court of Human Rights*, Milan, 1991
88. Fredman, Sandra: *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, Oxford, 2008
89. Фридрих, Карл: *Конституционализам (ограничење и контрола власти)*, Подгорица, 1996
90. *Handbook on European non-discrimination law*, Luxembourg, 2011
91. Hausman, Bernice: *Changing Sex: Transsexualism, Technology, and the Idea of Gender*, Duke University Press, 1995
92. Hellman, Deborah: *Equality and Unconstitutional Discrimination in Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Hellman, Deborah and Moreau, Sophia (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2013
93. Henry, P. J: *Institutional bias* in The Sage handbook of prejudice, stereotyping and discrimination, Dovidio F, John; Hewstone, Miles; Glick, Peter and Esses M, Victoria (eds.), London, 2010

94. Herz, Michael, Molnar, Peter: *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, 2012
95. Herman, Didi: *The Anti-gay Agenda: Orthodox Vision and the Christian Right*, The University of Chicago Press, Chicago, 1997
96. Castagnoli, Cristina: *Transgender Persons' Rights in the EU Member States*, Brussels, 2010
97. Cornwall, Susannah: *Intersex and Transgender People*, in Thatcher, Adrian (ed.), *The Oxford Handbook of Theology, Sexuality and Gender*, Oxford, Oxford University Press, 2014
98. Craig, P. Paul: *The Charter, the ECJ and national courts in The European Union after the Treaty of Lisbon*, Ashiagbor, Diamond, Countouris, Nicola, Lianos Ioannis (eds.), Cambridge University Press, 2012
99. Crawford, James: *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th edition, Oxford University Press, 2012
100. Cretney, Stephen: *Same Sex Relationships: From 'Odious Crime' to 'Gay Marriage'*, Oxford University Press, Oxford, 2006
101. Walkate, Jaap: *Torture: Zero Tolerance!* in *Reflections on the Universal Declaration of Human Rights – A Fiftieth Anniversary Anthology*, Hague, 1998
102. Wentholt, Klaartje: *Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality* in *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Loenen, Titia and Rodrigues R., Peter (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, Hague, 1999
103. Wieslander, Bengt: *The Parliamentary Ombudsman in Sweden*, Bank of Sweden Tercentenary Foundation, 1994
104. Williams, Bernard: *The Idea of Equality*, in Pojman P, Louis and Westmoreland, Robert (eds), *Equality: Selected Readings*, Oxford University Press, New York, 1997
105. Witcher, Sally: *Inclusive Equality – A vision for social justice*, Policy Press, Bristol, 2013

II Чланци и публикације у зборницима

1. Aggelen, Johannes van: *The Preamble of the United Nations Declaration of Human Rights*, Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 28:2, 1999/2000, pp. 129-144
2. Asland, John; Waaldijk, Kees: *Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Norway* in MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries, Paris, December 2004, pp. 155- 167
3. Asland, John; Hambro, Peter: *New Developments and Expansion of Relationships Covered by Norwegian Law*, The International Survey of Family Law 2009 Edition, 2009, pp. 375-384
4. Afshar, Ahoura: *The Anti-gay Rights Movement in the United States: The Framing of Religion*, Essex Human Rights Review, Vol. 3, No. 1, March 2006, pp. 64-79
5. Барић, Сања, Винџан, Сања: *Уставноправно начело једнакости и правно уређење исполних заједница*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, 1, год. 50, 2013, стр. 81-113
6. Bell, Mark: *A Hazy Concept of Equality*, Kluwer Academic Publishers, Feminist Legal Studies, 12, 2004, pp. 223-231
7. Bell, Mark: *Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways in EU Equality Law*, The American Journal of Comparative Law, 60 (1), 2012, pp. 127-146
8. Benjamin, Harry: *Transvestism and Transsexualism in the Male and Female*, The Journal of Sex Research, Vol. 3, No. 2, May 1967, pp. 107-127
9. Benvenisti, Eyal: *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, International Law and Politics, Vol. 31. 1999, pp. 843-854
10. Bernstorff, Jochen von: *The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in*

- International Law*, The European Journal of International Law, 19 (5), 2008, pp. 903-924
11. Booth, Penny: *Same Sex Marriage in the United Kingdom – An Introduction to the Legal Change in the Legal Provisions of Marriage in the United Kingdom*, Pravo i politika, br. 2, god. VI, Fakultet za evropske pravno-političke studije, Novi Sad, 2013, pp. 7-16
 12. Borrillo, Daniel, Waaldijk, Kees: *Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in France* in MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries, Paris, December 2004, pp. 93-107
 13. Botha, Kevan and Cameron, Edwin: *Sexual Orientation*, South African Human Rights Yearbook, Vol. 5, 1994, pp. 281-293
 14. Bramlett H., Brittany: *The Cross-Pressures of Religion and Contact with Gays and Lesbians, and Their Impact on Same-Sex Marriage Opinion*, Politics and Policy, Vol. 40, No. 1, 2012, pp. 13-42
 15. Браунли, Јан: *Политика људских права у односу на владавину права*, Анали Правног факултета у Београду, 4, Вол. 57, Београд, 2009. године, стр. 14-22
 16. Burca, Grainne de: *The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 60, No. 1, 2012, pp. 1-22
 17. Водинелић, Владимир: *Грађанскоправна заштита од дискриминације*, Херетикус – часопис за преиспитивање прошлости, Вол. VI, број 3 – 4, 2008, стр. 22-45
 18. Вукасовић, Предраг: *Како препознати дискриминацију*, интервју, Херетикус, часопис за преиспитивање прошлости, 3-4, Вол. VI, 2008, стр. 263-268
 19. Вукчевић, Младен, Ћупић, Данило: *Уставна жалба као средство заштите људских права и слобода (скица за црногорско друштво)*, Зборник радова, Правни факултет у Источном Сарајеву, 2011, стр. 212-231

20. Вукчевић, Младен: *Уставно-судска заштита људских права у новом Уставу Црне Горе*, Зборник радова са регионалног саветовања Положај и улога Уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима у Милочеру, Службени лист Републике Црне Горе, Подгорица, 2007, стр. 7-11
21. Гаврић, Саша: *ЛГБТ активизам у Босни и Херцеговини*, Читанка ЛГБТ људских права, 2. допуњено издање, Сарајево, 2012, стр. 111-117
22. Гајин, Саша: *Чему људска права, из перспективе важећег и будућег уставноправног система Србије*, Правни записи, 1, 2014, стр. 235-240
23. Галић, Валерија: *Положај и улога Уставног суда Босне и Херцеговине у примјени Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Зборник радова са регионалног саветовања Положај и улога Уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима у Милочеру, Службени лист Републике Црне Горе, Подгорица, 2007, стр. 54-74
24. Gardner, John, *On Grounds of Her Sex(uality)*, Oxford Journal of Legal Studies, 18, 1998, pp. 167-187
25. Gilroy-Scott Clare, Dalglis James: *New Anti-Discrimination Legislation*, Legal Information Management, Vol. 4, Issue 1, 2004, pp. 56-59
26. Grant, Evadné: *Dignity and Equality*, Human Rights Law Review, Vol. 7, Issue 2, 2007, pp. 299-329
27. Green, Richard: *Sexual identity of 37 children raised by homosexual or transsexual parents*, American Journal of Psychiatry, 135, 1978, pp. 692-697
28. Green, Richard: *Parental Alienation Syndrome and the Transsexual Parent*, International Journal of Transgenderism, 9 (1), 2006, pp. 9-13
29. Greer, Steven: *The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?*, UCL Human Rights Review, Vol. 3, 2010, pp. 1-14
30. Гутић, Славица: *Право на приватност у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода*, Страни правни живот број 2/2010, Београд, стр. 335-347

31. Давинић, Марко: *Значај институције омбудсмана за правни систем*, Правни живот, часопис за правну теорију и праксу, 10, Београд, 2007, стр. 717-727
32. Dannemann, Gerhard: *Constitutional Complaints: The European Perspective*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 43, No. 1, Cambridge University Press, January 1994, pp. 142-153
33. Danisi, Carmelo: *How far can the European Court of Human Rights go in the fight against discrimination? Defining new standards in its nondiscrimination jurisprudence*, International Journal of Constitutional Law, 3-4, Vol. 9, 2011, pp. 793-807
34. Димитријевић, Војин: *Опти (међународни) стандарди људских права*, Зборник Правног факултета у Загребу, год. 39, додаток броју 5-6, 1989. године, стр. 599-607
35. Димитријевић, Предраг: *Институција омбудсмана у светлу нацрта Закона о омбудсману Републике Србије*, Правни живот, часопис за правну теорију и праксу, 5-6, Београд, 2005, стр. 29-48
36. Драшкић, Марија: *Правно нормирање транссекуалитета у упоредном праву*, Правни живот, часопис за правну теорију и праксу, година XLIII, број 11-12/1994, књига 413, Београд, 1994, стр. 1863-1879
37. Драшкић, Марија: *Еволуција у јуриспруденцији Европског суда за људска права у погледу транссексуалних особа; еволуција и у Србији*, рад објављен на интернет страници Правног факултета у Београду, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/dramar/transseksualizam.pdf>, стр. 1-26
38. Драшкић, Марија: *Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права*, Ново породично законодавство, Зборник радова са саветовања 16. и 17. октобра 2006. године, Крагујевац, 2006, стр. 93-134
39. Ђурић, Владимир: *Забрана дискриминације, заштита мањина и афирмативна акција у ЕУ и Републици Србији, у Право Републике Србије и право Европске Уније – стање и перспективе*, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу, свеска 1, 2009, стр. 317-355

40. Eekelaar, John: *Perceptions of Equality: The Road to Same-Sex Marriage in England and Wales*, International Journal of Law, Policy and The Family, Vol. 28, 2014, pp. 1-25
41. Endsjø, D. Ø.: *Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Rights and the Religious Relativism of Human Rights*, Human Rights Review, 6 (2), June 2005, pp. 102-110
42. Етински, Родољуб: *Опште одредбе о забрани дискриминације у области људских права*, Правни живот, 12/2006, Београд, стр. 301-325
43. Ibhawoh, Bonny: *Human Rights for some: Universal human rights, sexual minorities and the exclusionary impulse*, Sage Publications, International Journal, Vol. 69, No. 4, 2014, pp. 612-622
44. Jakobsson, Niklas; Kotsadam, Andreas and Støre Jakobsson, Siri: *Attitudes Towards Same-Sex Marriage: The Case of Scandinavia*, Journal of Homosexuality, Vol. 60, Issue 9, 2013, pp. 1349-1360
45. Јанчић, Меланија: *Слобода мирног окупљања и забрана дискриминације*, Темида, часопис о виктимизацији, људским правима и роду, број 2/2013, Виктимолошко друштво Србије, Београд, 2013, стр. 149-168
46. Jänterä – Jareborg, Maarit: *Sweden: The Same-Sex Marriage Reform with Special Regard to Concerns of Religion*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht (FamRZ) 18/2010, pp. 1505-1508
47. Јовановић, Зоран: *О неопходности увођења омбудсмана у наш правни систем*, Правни живот, часопис за правну теорију и праксу, 9, Београд, 2004, стр. 1303-1313
48. Joseph, Sarah: *Gay Rights Under the ICCPR – Commentary on Toonen v. Australia*, University of Tasmania Law Review, 2, Vol. 13, 1994, pp. 392-411
49. Југо, Адмир: *Геј идентитет*, Читанка ЛГБТ људских права, 2. допуњено издање, Сарајево, 2012, стр. 65-73
50. Јурчић, Марко: *Повијест LGBTIQ активизма у Хрватској*, објављено у Читанка лезбејских и геј људских права, прво босанскохерцеговачко издање, Сарајево, 2011, pp. 93-102

51. Јурчић, Марко: *Повијест ЛГБТИQ активизма у Хрватској*, Читанка ЛГБТ људских права, 2. допуњено издање, Сарајево, 2012, стр. 89-101
52. Knill, Christoph; Preidel, Caroline and Nebel, Kerstin: *Brake rather than Barrier: The Impact of the Catholic Church on Morality Policies in Western Europe*, *West European Politics*, Vol. 37, No. 5, 2014, pp. 845-866
53. Кулић, Живко: *Зашто нам треба омбудсман*, Правни живот, часопис за правну теорију и праксу, 9, Београд, 1995, стр. 765-779
54. Lewis B, Gregory: *Does Believing Homosexuality Is Innate Increase Support for Gay Rights*, *The Policy Studies Journal*, Vol. 37, No. 4, 2009, pp. 669-693
55. Lippert-Rasmussen, Kasper: *The Badness of Discrimination*, *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 9, Springer, 2006, pp. 167-185
56. Loenen, Titia: *Rethinking Sex Equality as a Human Right*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 12/3, 1994, pp. 253-270
57. Loenen, Titia: *Towards a common standard of achievement? Developments in international equality law*, *Acta Juridica*, 2001, pp. 197-214
58. Lohmann, Georg: *Globalna pravednost, ljudska prava i uloga globalnoga prava, časopis za politologiju Politička misao*, Vol. 41, br. 2, Zagreb, 2004, pp. 94-102
59. Lock, Tobias: *The Future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*, *European Constitutional Law Review*, 2, Vol. 11, September 2015, pp. 239-273
60. Malik, Maleiha: *Religious Freedom, Free Speech and Equality: Conflict or Cohesion?*, Springer, *Res Publica*, Vol. 17, Issue 1, 2011, pp. 21-40
61. Martin-Casals, Miquel; Ribot, Jordi: *The Postmodern Family and the Agenda for Radical Legal Change*, *The International Survey of Family Law 2008 Edition*, 2008, pp. 411-436
62. Мијовић, Љиљана: *Утицај одлука Европског суда за људска права на правне системе држава чланица Вијећа Европе с посебним освртом на Босну и Херцеговину*, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, год. 32, број 31/32, Бања Лука, 2010, стр. 233-247

63. Milanović, Marko: *Discrimination on the basis of ethnicity – elections in postconflict situations – Dayton Peace Agreement – Protocol 12 of the European Convention on Human Rights*, The American Journal of International Law, Vol. 104 (4), 2010, pp. 636-641
64. Mittelstaedt, Emma: *Safeguarding the Rights of Sexual Minorities: The Incremental and Legal Approaches to Enforcing International Human Rights Obligations*, Chicago Journal of International Law, 1, Vol. 9, Summer 2008, pp. 353-386
65. Moreau, Sophie: *The Wrongs of Unequal Treatment*, University of Toronto Law Review, Vol. 54 (3), 2004, pp. 291-326
66. Moreau, Sophie: *What is Discrimination*, Philosophy and Public Affairs, 38, 2010, pp. 143-179
67. Мршевић, Зорица: *Људска права и сексуална оријентација*, Померамо границе, Институт друштвених наука, Београд, 2007, стр. 187-205
68. Мршевић, Зорица: *Слобода јавног окупљања између политике и међународног права*, Страни правни живот 2/2009, Београд, 2009, стр. 315-345
69. Мршевић, Зорица: *Исполне заједнице и деца*, Становништво број 1/2009, вол. 47, Институт друштвених наука, Београд, 2009, стр. 23-47
70. Мршевић, Зорица: *Пресуде Европског суда за људска права у Стразбуру у корист транссексуалних особа*, Страни правни живот 2/2012, Београд, 2012, стр. 332-352
71. Николовска, Милица: *Положај и улога Уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима*, Зборник радова са регионалног саветовања Положај и улога Уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима у Милочеру, Службени лист Републике Црне Горе, Подгорица, 2007, стр. 74-78
72. O'Donovan, Oliver: *Transsexualism and Christian Marriage*, The Journal of Religious Ethics, No. 1, Vol. 11, Spring 1983, pp. 135-162

73. Olson R., Laura; Cadge, Wendy and Harrison T., James: *Religion and Public Opinion about Same-Sex Marriage*, Social Science Quarterly, Vol. 87, No. 2, June 2006, pp. 340-360
74. O'Mahony, Conor: *There is no such thing as a right to dignity*, The International Journal of Constitutional Law, Vol. 10, No. 2, 2012, pp. 551-574
75. Омејец, Јасна: *Забрана дискриминације у пракси Еуропског суда за људска права*, Зборник Правног факултета у Загребу, 5, 2009, стр. 873-979
76. O'Flaherty, Michael, Fisher, John: *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles*, Human Rights Law Review, 8 (2), 2008, pp. 207-248
77. O'Conneide, Colm: *Fumbling Towards Coherence: The slow Evolution of Equality and Anti-Discrimination Law in Britain*, Northern Ireland Law Quarterly, Vol. 57, 2006, pp. 57-101
78. Павловић, Славољупка, *Анализа правног положаја трансродних и трансексуалних особа у Републици Србији*, у Модел закона о признавању правних последица промене пола и утврђивања трансексуализма, Права транс особа – од непостојања до стварања законског оквира, Саша Гајин (ур), Београд, 2012, стр. 50-73
79. Пајванчић, Маријана: *Један аргумент у корист идеје о вансудској контроли управе*, Међународни научни скуп „Омбудсман – заштитник права грађана”, Нови Сад, 16-17. октобар 1989, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3-4, 1990, стр. 141-144
80. Perry J, Michael: *The Morality of Human Rights*, San Diego Law Review, Vol. 50, 2013, pp. 775-812
81. Петровић, Владимир: *Повратак у историју – проучавање дискриминације у српској историографији*, Херетикус, часопис за преиспитивање прошлости, 3-4, Вол. VI, 2008, стр. 349-357
82. Побрић, Нурко: *Развој идеје људских права, поводом 50 година Универзалне декларације о правима човека*, Мост - Часопис за образовање, науку и културу број 106-107, Мостар, 1998, <http://www.most.ba/01718/010.htm>, без ознаке страница

83. Радоман, Марија: *Истраживање ставова ЛГБТ популације о сектору безбедности*, Филозофија и друштво XXIII (1), 2012, стр. 150-171
84. Ракић-Водинелић, Весна: *Људска права треће генерације, преглед основних правних проблема*, Зборник Правног факултета у Загребу, год. 39, додаток броју 5-6, 1989, стр. 789-813
85. Reyna, Christine; Wetherell, Geoffrey; Yantis, Caitlyn and Brandt J., Mark: *Attributions for sexual orientation vs. stereotypes: how beliefs about value violations account for attribution effects on anti-gay discrimination*, Journal of Applied Social Psychology, 44, 2014, pp. 289-302
86. Рибичич, Цирил: *Положај и улога Уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима – искуства Словеније*, Зборник радова са регионалног саветовања Положај и улога Уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима у Милочеру, Службени лист Републике Црне Горе, Подгорица, 2007, стр. 78-89
87. Sabatello, Maya: *Advancing Transgender Family Rights through Science: A Proposal for an Alternative Framework*, Human Rights Quarterly, Vol. 33, 2011, pp. 43-75
88. Савић, Марија: *Сексуална оријентација и родни идентитет*, Читанка лезбејских и геј људских права, прво босанскохерцеговачко издање, Сарајево, 2011, стр. 41-51
89. Савић, Марија: *Историја ЛГБТ активизма у Србији*, објављено у Читанка лезбејских и геј људских права, прво босанскохерцеговачко издање, Сарајево, 2011, стр. 102-111
90. Sanders, Douglas: *Human Rights and Sexual Orientation in International Law*, International Journal of Public Administration, 25 (1), 2002, pp. 13-44
91. Segall, Shlomi: *What's so Bad about Discrimination*, Utilitas, 24, 2012, pp. 82-100
92. Симић, Јелена: *Медицинскоправни аспекти транссексуалности – У сусрет признавању правних последица промене пола у Србији*, Правни записи, 2, 2012, стр. 299-322

93. Симовић Н, Миодраг, Симовић, Милена: *Улога Уставног суда Босне и Херцеговине у одбрани и даљњој изградњи европског идентитета у Босни и Херцеговини*, *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, 7, год. 4, 2011, стр. 9-27
94. Симовић, Дарко: *Уставна жалба – теоријско-правни оквир*, *Анали Правног факултета у Београду*, број 1/2012, година LX, Београд, 2012, стр. 203-223
95. Симовић, Дарко; Аврамовић, Драгутин и Југовић, Сретен: *Еволуција и преображаји људских права*, *Теме часопис за друштвене науке*, 4, Универзитет у Нишу, 2013, стр. 1527-1553
96. Слијепчевић, Љуба: *Уставна жалба као заштита уставног права – право на суђење у разумном року*, *Билтен судске праксе Окружног суда Нови Сад*, број 15, 2009, стр. 149-154
97. Sosson, Jehanne: *Recent Evolutions (or Revolutions) in Belgian Family Law*, *The International Survey of Family Law 2010 Edition*, 2010, pp. 51-62
98. Стајић, Дубравка: *Слобода штампе и право на информисање као демократске тековине модерних друштава*, *Архив за правне и друштвене науке*, 3/1989, Београд, стр. 307-312
99. Стојановић, Бобан: *Геј идентитет*, *Читанка лезбејских и геј људских права*, прво босанскохерцеговачко издање, Сарајево, 2011, стр. 67-71
100. Стојановић, Драган: *Устав Србије од 1888. и људска права*, Фира А, Марковић Р. (ур), *Два века српске уставности: зборник радова са научног скупа одржаног 11-12. марта 2010*, САНУ, Београд, 2010, стр. 217-284
101. Sheppard, Colleen: *Equality in context: judicial approaches in Canada and the United States*, *University of New Brunswick Law Journal*, 39, 1990, pp. 111-125
102. Shin, Patrick: *The Substantive Principle of Equal Treatment*, *Legal Theory*, 15, 2009, pp. 149-172
103. Shipley, Heather: *Religious Freedom and Sexual Orientation: Equality Jurisprudence and Intersecting Identities*, *Canadian Journal of Women and the Law*, Vol. 27, 2015, pp. 248-283

104. Shultziner, Doron; Carmi E., Guy: *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers?*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, No. 2, Spring 2014, pp. 461-490
105. Shuhaimi Bin Haji Ishak, Mohd.; Sikandar, Sayed and Haneef, Shah: *Sex Reassignment Technology: The Dilemma of Transsexuals in Islam and Christianity*, *Journal of Religion and Health*, Vol. 53, Issue 2, April 2014, pp. 520-537
106. Schutter, Olivier De; Waaldijk, Kees: *Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Belgium* in MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries, Paris, December 2004, pp. 49-65
107. Swannie, Bill; Toonen, 20 years on: *Does the ICCPR have any purchase in Australian law?*, *Alternative Law Journal*, 4, Vol. 36, 2011, pp. 269-270
108. Tetard, Stessy: *Requirement for registrars to celebrate marriage between same-sex couples*, y "A Chronicle of French Family Law" (pp. 127-146), y *The International Survey of Family Law*, 2014 Edition, Atkin, Bill (general ed.), 2014, pp. 139-140
109. Трипковић, Милена: *Експанзија мржње: основна обележја масовних злочина мржње*, Темида – часопис о виктимизацији, људским правима и роду број 4, година 14, Београд, 2011, стр. 37-53
110. Tümay, Murat: *The "Margin of Appreciation Doctrine" Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights*, *Ankara Law Review*, 2, Vol. 5, 2008, pp. 201-235
111. Turner, Yolanda and Stayton, William: *The Twenty-First Century Challenges To Sexuality and Religion*, *Journal of Religion and Health*, Vol. 53, Issue 2, April 2014, pp. 483-497
112. Thorn, Karsten: *The German Law on Same-sex Partnerships*, y *Legal recognition of Same-sex Couples in Europe* (Boele-Woelki, Katharina and Fuchs, Angelika (eds.)), Intersentia, 2003, pp. 84-98

113. Тирић, Јован: *Злочини мржње – америчко и балканско искуство*, Темида – часопис о виктимизацији, људским правима и роду број 4, година 14, Београд, 2011, стр. 21-36
114. Ћорац, Сандра: *Домен примене права на породични живот у пракси Европског суда за људска права*, Страни правни живот број 1/2014, Београд, стр. 293-309
115. Uitz, Renata: *Lessons from Sexual Orientation Discrimination in Central Europe*, The American Journal of Comparative Law, 60, 2012, pp. 235-264
116. Finck, Michèle: *The role of human dignity in gay rights adjudication and legislation: A comparative perspective*, International Journal of Comparative Law, Vol. 14, No. 1, 2016, pp. 26-53
117. Fredman, Sandra: *Equality: A New Generation*, Industrial Law Journal, Vol. 30, No. 2, June 2001, pp. 145-168
118. Fridriksdóttir, Hrefna; Waaldijk, Kees: *Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Iceland* in MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries, Paris, December 2004, pp. 121-135
119. Haider-Markel, Donald; Joslyn, Mark: *Beliefs About the Origins of Homosexuality and Support for Gay Rights: An Empirical Test of Attribution Theory*, Public Opinion Quarterly, 72 (2), Summer 2008, pp. 291-310
120. Hans-Georg, Koch: *Transsexualismus und Intersexualität: Rechtliche Aspekte*, Medizinrecht, 4, 1986, pp. 259-265
121. Hannum, Hurst: *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 26, 1995/96, pp. 287-397
122. Хасанагић, Јасмина: *Спол, род, родне улоге, родни идентитет и сексуална оријентација*, у Читанка ЛГБТ људских права, 2. допуњено издање, Сарајево, 2012, стр. 42-47

123. Хасанбеговић, Јасминка: *Остваривање и заштита људских права у Србији – нормативни оквир и правна сигурност*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, Год. 42, Сплит, 2005, стр. 55-65
124. Haule R, Romuald: *Some Reflections on the Foundation of Human Rights – Are Human Rights an Alternative to Moral Values?*, Max Planck Yearbook of United Nations Law (UNYB), Vol. 10, 2013, pp. 367-395
125. Hiltunen, Rainer; Waaldijk, Kees: *Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Finland* in MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries, Paris, December 2004, pp. 79-91
126. Holdgaard, Marianne: *Important Recent Developments in Danish Family Law*, The International Survey of Family Law 2013 Edition, 2013, pp. 83-89
127. Holmes, Elisa: *Anti-Discrimination Rights Without Equality*, Modern Law Review, Vol. 68, No. 2, March 2005, pp. 175-194
128. Hubbard, Katherine and Hegarty, Peter: *Why is the History of Heterosexuality Essential? Beliefs About the History of Sexuality and Their Relationship to Sexual Prejudice*, Journal of Homosexuality, 61, 2014, pp. 471-490
129. Cartabia, Marta: *The European Court of Human Rights: Judging non discrimination*, International Journal of Constitutional Law, 3-4, Vol. 9, 2011, pp. 808-814
130. Цвејић Јанчић, Олга: *Право на поштовање приватног и породичног живота*, Архив за правне и друштвене науке, број 3-4, Београд, јул-децембар 2006, стр. 1929-1963
131. Свејић Јанчић, Олга: *Privacy and Autonomy in Serbian Family Law*, International Journal of the Jurisprudence of Family, Volume 4, 2013, pp. 59-85
132. Свејић Јанчић, Олга: *Family Law Protection of Same-Sex Partners – Comparative Overview*, у међународној књизи у електронском издању Coming-out for LGBT Psychology in the current international scenario, ISBN: 978-989-96996-1-8, <http://www.lgbtpsychology.org/ebook1.pdf>, pp. 116-124

133. Centre de droit de la famille (Universite Jean Moulin): *A Chronicle of French Family Law*, The International Survey of Family Law 2013 Edition, Atkin, Bill (general ed.), 2013, pp. 127-146
134. Clucas, Rob: *Religion, Sexual Orientation and the Equality Act 2010: Gay Bishops in the Church of England Negotiating Rights Against Discrimination*, Sage Publication, Sociology, Vol. 46, No. 5, 2012, pp. 936-950
135. Crosby J., Faje, Iyer, Aarti, Clayton D, Susan. & Downing A., Roberta: *Affirmative Action: Psychological data and the policy debates*, American Psychologist, 58, 2003, pp. 93-115
136. Crowley, Louise: *International and European Developments in Family Law 2013*, The International Survey of Family Law, 2013, pp. 1-37
137. Cruells, Marta; Coll-Planas, Gerard: *Challenging equality policies: The emerging LGBT perspective*, European Journal of Women's Studies, Vol. 20 (2), 2013, pp. 122-137
138. Шурлан, Тијана: *Међунаордноправна заштита права на приватност*, Српска правна мисао, часопис за правну теорију и праксу, година 20, број 47, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2014, стр. 47-73
139. Waaldijk, Kees: *Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners: Comparative analysis*, in MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries, Paris, December 2004, pp. 37-47
140. Waaldijk, Kees: *Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in the Netherlands*, in MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries, Paris, December 2004, pp. 137-153

141. Walsh, Judy: *Unfamiliar Inequalities*, The Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 57, No. 1, 2006, pp. 156-186
142. Wilets D, James: *Preassure from Abroad – U.N. human rights ruling strengthens hopes for U.S. gays and lesbians*, Human Rights, Vol. 21, fall 1994, pp. 22-43
143. Whitehead L., Andrew: *Religious Organizations and Homosexuality: The Acceptance of Gays and Lesbians in American Congregations*, Review of Religious Research, Vol. 55, Issue 2, June 2013, pp. 297-317
144. Yecies, Sharon: *Sexual orientation, Discrimination and the Universal Declaration of Human Rights*, Chicago Journal of International Law, 2, Vol. 11, 2011, pp. 789-812
145. Yoshino, Kenji: *The New Equal Protection*, Harvard Law Review, 124, 2011, pp. 747-803
146. Ytterberg, Hans; Waaldijk, Kees: *Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Sweden* in MORE OR LESS TOGETHER: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries, Paris, December 2004, pp. 169-185

III Остале публикације

147. *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe*, ILGA- Europe, Brussels, 2016
148. Борић, Рада (уредница): *Појмовник родне терминологије према стандардима Еуропске уније*, Центар за женске студије, Уред за равноправност сполова Републике Хрватске, Загреб, 2007. године
149. Брошура за грађане: *Злочин из мржње*, Усом Комитет правника за људска права, Београд, 2013. године
150. Васић, Владана и Тулић, Сацида: *Не толериши нетолерацију. Упознај своја права и користи их! Водич за ЛГБТ особе*, Сарајево, 2012. године

151. *Violation by Article and by respondent State* (1959-2012),
http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2012_ENG.pdf
152. Гајин, Саша (уредник): *Модел закона о признавању правних последица промене пола и утврђивања транссексуализма*, Београд, 2012. године
153. Гајин, Саша (уредник): *Модел закона о регистрованим истополним заједницама*, Центар за унапређивање правних студија, Београд, 2013. године
154. *Glossary of Gender and Transgender Terms*, Fenway Health, January 2010,
http://www.fenwayhealth.org/site/DocServer/Handout_7-C_Glossary_of_Gender_and_Transgender_Terms__fi.pdf
155. *Говор мржње у медијима – Преглед и анализа случајева у домаћој и међународној пракси*, Републичка радиодифузна агенција, Београд, април 2014. године
156. Ђорђевић, Снежана; Миленковић, Дејан и Вељовић, Драган: *Студија – Капацитети и потенцијали институције локалног омбудсмана у Србији (са истраживањем)*, Београд, 2011. године
157. Живковић, Љиљана (ур.): *Чињенице о истополној оријентацији*, Читанка од А до Ш о лезбејским и геј људским правима, Лабрис – организација за лезбејска људска права, Београд, 2006. година
158. Ettelbrick L., Paula, Trabucco Zerán, Alia: *The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development, A Study of November 2007 – June 2010 Final Report*, September 2010,
http://www.ypinaction.org/files/02/57/Yogyakarta_Principles_Impact_Tracking_Report.pdf
159. Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,
<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce48>
160. ECHR Reform, *Margin of Appreciation - An Overview of the Strasbourg Court's Margin of Appreciation Doctrine*, 2012

<https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/echr-reform-margin-of-appreciation.pdf>

161. Извештај Заштитника грађана Републике Србије: *Лгбт популација у Србији – стање људских права и друштвени положај*, Београд, 2011. године
162. Извештај Иницијативе младих за људска права под називом: *Примена стандарда правичног суђења у правосудном систему Србије, Примена транзиционих закона у Србији 2012/2013. године*, мај 2013. године, Београд
163. Извештај о раду Уставног суда у 2014. години, Подгорица, мај 2015. године
164. ILGA-Europe Rainbow Map, May 2016, http://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/side_a_rainbow_europe_map_2016_a_3_small.pdf
165. Issue paper Human rights and Gender Identity, Council of Europe Commissioner for Human Rights, Strasbourg, 2009
166. Косановић, М; Гајин, С; Миленковић, Д: *Забрана дискриминације у Србији и рањиве друштвене групе*, Програм Уједињених нација за развој, Канцеларија у Србији, Београд, 2010. године
167. *Људска права у Југославији 2001, право, пракса и правна свест у Савезној Републици Југославији и међународни стандарди људских права*, извештај Београдског центра за људска права, Београд, 2002. године
168. *Људска права у Србији 2009, право, пракса и међународни стандарди људских права*, извештај Београдског центра за људска права, Београд, 2010. године
169. *Људска права у Србији 2010, право, пракса и међународни стандарди људских права – извештај Београдског центра за људска права*, Београд, 2011. године
170. *Људска права у Србији 2013, право, пракса и међународни стандарди људских права*, Београд, 2014. године
171. Mahlmann, Matthias: *Report on Measures to Combat Discrimination - Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, Country Report 2013 – Germany*, 2014, доступан на интернет страници Европске мреже правних експерата у области забране

- дискриминације www.non-discrimination.net/law/national-legislation/country-reports-measures-combat-discrimination
172. Миленковић, Дејан: *Водич кроз Закон о забрани дискриминације*, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, 2010. године
173. Müller, Annekathrin: *Diskriminierung auf dem Wohnungsmarkt.Strategien zum Nachweis rassistischer Benachteiligungen (Discrimination in the housing market. Strategies for furnishing proof of racist discriminations)*, 2015, Истраживање Федералне Антидискриминационе Агенције Немачке и експертско мишљење, доступно на интернет страници Федералне Антидискриминационе Агенције http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/EN/publikationen/factsheet_engl_Diskriminierung_auf_dem_Wohnungsmarkt.pdf?__blob=publicationFile.
174. *Национални извештај Црне Горе за Уставни суд Црне Горе*, Подгорица, 2013, <https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/downloads/landesberichte/LB-Montenegro-MS.pdf>
175. *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије – трећа књига, Породични односи*, Београд, јун 2011. године
176. *Приручник о европском антидискриминационом праву*, Немачка фондација за међународну правну сарадњу, Београд, 2014
177. Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, IACtHR Advisory Opinion No. OC4/84, Ser. A. No. 4, 19 January 1984
178. *Professionally speaking: challenges to achieving equality for LGBT people*, European Union Agency for Fundamental Rights, Luxembourg, 2016
179. Rai, Neetij: *Significance of Nuremberg Trial In the Development of International Humanitarian Law*, 2013, https://www.academia.edu/9487869/Significance_of_Nuremberg_Trial_In_the_Development_of_International_Humanitarian_Law
180. *Разумевање људских права – приручник о образовању за људска права*, Београдски центар за људска права, 2005. године,

<http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/04/razumevanje-ljudskih-prava.pdf>

181. Редован годишњи извештај повереника за заштиту равноправности, 2011. године
182. Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2013. годину, Београд, март 2014. године
183. Рељановић, Марио; Матић, Марина и Илић, Горан: *Приручник за примену антидискриминационог законодавства*, Београд, 2010. године
184. *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, 1957
185. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights: Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, November 2011, (http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_English.pdf)
186. *Report on Launch of Yogyakarta Principles* (http://www.ypinaction.org/files/45/Report_on_Launch_of_Yogyakarta_Principles.pdf)
187. Report on Implementation of the Recommendation CM/Rec (2010) 5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity in Serbia, Belgrade, 2012/2013
188. Роагна, Ивана: *Заштита права на поштивање приватног и породичног живота према Европској конвенцији о људским правима*, Савет Европе, Стразбур, 2012
189. Schindlauer, Dieter: *Report on Measures to Combat Discrimination – Country Report 2013 - Austria*, 2014, доступан на интернет страници Европске мреже правних експерата у области забране дискриминације <http://www.non-discrimination.net/law/national-legislation/country-reports-measures-combat-discrimination>
190. *Transforming Health International Rights-Based Advocacy for Trans Health*, Open society foundations,

<http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/transforming-health-20130213.pdf>, 20. 06. 2014.

191. *Combating discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity – Council of Europe standards*, Council of Europe, June 2011
192. Weiwei, Li: *Equality and Non-discrimination Under International Human Rights Law*, Norwegian centre for Human Rights, University of Oslo, Research Note 03/2004

IV Домаћи извори права

193. Закон о високом образовању, *Сл. гласник РС*, бр. 76/2005, 100/2007 – аутентично тумачење, 97/2008, 44/2010, 93/2012 и 89/2013, 99/2014, 45/2015 – аутентично тумачење и 68/2015
194. Закон о електронским медијима, *Сл. гласник РС*, бр. 83/2014
195. Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, бр. 22/2009
196. Закон о здравственој заштити, *Сл. гласник РС*, бр. 107/2005, 72/2009 – др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012 и 45/2013 - др. закон, 93/2014 и 96/2015
197. Закон о здравственом осигурању РС, *Сл. гласник РС*, бр. 107/2005, 109/2005 - испр., 57/2011, 110/2012 – одлука УС и 119/2012
198. Закона о заштити података о личности Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 97/2008, 104/2009 – др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012
199. Закон о заштитнику грађана Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 79/2005 и 54/2007
200. Закон о јавном информисању Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 43/2003, 61/2005, 71/2009, 89/2010 – одлука УС и 41/2011 – одлука УС
201. Закон о јавном информисању и медијима Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 83/2014 и 58/2015
202. Закон о јавном окупљању, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016
203. Закон о матичним књигама Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 20/2009

204. Закон о оглашавању, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016
205. Закон о окупљању грађана Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 51/92, 53/93, 67/93 и 48/94, „Службени лист СРЈ”, број 21/2001 - СУС и „Службени гласник РС”, број 101/2005 – др. закон
206. Закон о радиодифузији Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 2/2002, 97/2004, 76/2005, 79/2005 – др. закон, 62/2006, 85/2006, 86/2006 - испр. и 41/2009
207. Закон о раду Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014
208. Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 33/2006
209. Закон о спречавању злостављања на раду Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2010
210. Закон о Уставном суду Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 109/2007, 99/2011 и 18/2013
211. Кривични законик Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр, 107/2005 – испр, 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013 и 108/2014
212. Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама државне заједнице Србија и Црна Гора, *Сл. лист СЦГ*, бр. 6/2003
213. Породични закон Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005 и 72/2011 - др. закон
214. Правилник о начину и поступку остваривања права из обавезног здравственог осигурања РС, *Сл. гласник РС*, бр. 10/2010, 18/2010 - испр, 46/2010, 52/2010 - испр, 80/2010, 60/2011 – одлука УС и 1/2013
215. Сретењски устав, <http://mojustav.rs/wp-content/uploads/2013/04/Sretenjski-ustav-iz-1835.pdf>
216. Устав Републике Србије из 1990. године, *Сл. гласник РС*, бр.1/90
217. Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006

V Извори права страних земаља

218. **Аргентина:**

а) Argentina Gender Identity Law (2012) - Закон о родном идентитету Аргентине, http://tgeu.org/Argentina_Gender_Identity_Law

219. **Аустрија:**

а) *Bundesgesetz über die Gleichbehandlung, Gleichbehandlungsgesetz – GIBG* (Савезни закон Аустрије о једнаком третирању), http://www.jusline.at/Gleichbehandlungsgesetz_%28GIBG%29.html

220. **Босна и Херцеговина:**

а) Закон о забрани дискриминације Федерације Босне и Херцеговине, *Сл. гласник БиХ*, бр. 59/09

б) Закон о матичним књигама Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, *Сл. гласник Брчко дистрикта БиХ*, бр. 58/11

в) Закон о матичним књигама Републике Српске, *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 111/09 и 43/13

г) Закон о матичним књигама Федерације Босне и Херцеговине, *Сл. новине Федерације БиХ*, бр. 37/2012

д) Устав Републике Српске, *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 31/03, 98/03 и 115/05

221. **Велика Британија:**

а) *Equality Act 2010* (Закон УК о једнакости), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/notes>, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf

б) *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* (Закон о истополним браковима), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/notes/division/1/1>

в) *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014* (Закон о браку и цивилном партнерству Шкотске из 2014. године), <http://www.legislation.gov.uk/asp/2014/5/introduction/enacted>

г) *The Gender Recognition Act 2004* (Закон о признавању промене пола Велике Британије), <http://www.transgenderni.com/Gender-Recognition-7644.html>

д) *Civil Partnership Act 2004* (Закон о цивилном партнерству Велике Британије), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/notes/division/1/1>

222. Македонија:

а) Устав на Република Македонија, пречишћен текст www.mk/comp_includes/webdata/docume

223. Малта:

а) Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act, <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12312&l=1>

б) Устав Малте, <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8566>

224. Немачка:

а) *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG* (Закон о забрани дискриминације), <http://www.gesetze-im-internet.de/agg/>

б) *Bürgerliches Gesetzbuch* (Грађански законик Савезне Републике Немачке) <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>,

в) *Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz - TSG)* односно Закон о транссексуалцима <http://www.buzer.de/gesetz/6253/a86928.htm>, <http://www.gesetze-im-internet.de/tsg/BJNR016540980.html>

г) *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* (Закон о регистрованом животном партнерству), <http://www.buzer.de/gesetz/4371/b11658.htm>

д) *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Основни закона Савезне Републике Немачке), <http://www.bundestag.de/grundgesetz>

225. **Норвешка:**

а) *Lov om ekteskap* (Закон о браку Норвешке),
<http://www.regjeringen.no/en/doc/Laws/Acts/The-Marriage-Act.html?id=448401>

226. **Португалија:**

а) *Lei N°9/2010 de 31 de Maio - Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo* (Закон о истополним браковима у Португалији)
<http://portugalgay.pt/politica/parlamento07x.asp>

б) *Portuguese Gender Identity Law, Law No. 7/2011 of 15th March 2010*,
на енглеском језику на http://tgeu.org/Portugal_Gender_Identity_Law, а
оригинални текст закона на португалском језику на
<http://www.dre.pt/pdf1sdip/2011/03/05200/0145001451.pdf>

в) Устав Португалске Републике,
http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=179405

227. **САД:**

а) *The Defense of Marriage Act (DOMA)*, (Pub.L. 104–199, 110 Stat. 2419, enacted September 21, 1996, 1 U.S.C. § 7 and 28 U.S.C. § 1738C),
<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-104publ199/pdf/PLAW-104publ199.pdf>

228. **Француска:**

а) *Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité*
(Закон о уговору грађанске солидарности од 15. новембра 1999. године),
http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=0F15B99854A4FE47659F950BE42DF000.tpdjo05v_3?cidTexte=LEGITEXT000005628705&dateTexte=≡vig

б) *Code Civil* (Грађански законик Француске) из 1804. године, XXIX édition, LexisNexis, Litec, Paris, приредио Laurent Leveneur, 2010. године

229. **Хрватска:**

- а) Закон о државним матицама Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 96/93, 76/13
- б) Закон о животном партнерству особа истог пола Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 92/14
- г) Закона о истополним заједницама Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 116/2003
- д) Закон о сузбијању дискриминације Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 85/2008
- ђ) Казнени закон Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 125/11, 144/12
- е) Обитељски закон Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13
- ж) Уставни закон о Уставном суду Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 99/99 и 29/02
- з) Устав Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 56/90, 135/97, 8/98 – прочишћени текст, 113/2000, 124/2000 – прочишћени текст, 28/2001, 41/2001 – прочишћени текст, 55/2001 – исправак, 76/2010, 05/2014 – одлука Уставног суда број SuP-О-1/2014 од 14. јануара 2014

230. Црна Гора:

- а) Закон о изменама и допунама Закона о здравственом осигурању Црне Горе, *Сл. лист ЦГ*, бр. 14/2012
- б) Закон о забрани дискриминације Црне Горе, *Сл. лист ЦГ*, бр. 46/2010, 18/2014
- в) Закон о матичним регистрима Републике Црне Горе *Сл. лист ЦГ*, бр. 47 од 7. августа 2008, 41/10
- г) Закон о Уставном суду Црне Горе, *Сл. лист ЦГ*, бр. 64/2008, 46/2013 и 51/2013
- д) Устав Црне Горе, *Сл. лист ЦГ*, бр. 1/2007

231. Шведска:

a) *Sweden Gender Recognition Act (1972:119)*,
http://tgeu.org/Sweden_Gender_Recognition_Act

VI Међународни извори права и правни акти Европске уније

232. Директива Савета ЕУ 2000/78/ЕЗ (*Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:HTML>
233. Директива Савета ЕУ 2000/43/ЕЗ, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML>
234. Директива 2006/54/ЕЗ Европског парламента и Савета од 5. јула 2006 о примени принципа једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жена у области запошљавања и занимања (*Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast)*), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32006L0054&from=EN>
235. Директива Савета ЕУ 2002/73/ЕЗ, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:269:0015:0020:EN:PDF>
236. Директива Савета ЕУ 2004/113/ЕЗ, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:373:0037:0043:en:PDF>
237. Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода и протоколи („Службени лист СЦГ”, Међународни уговори, број 9/2003)
238. Конвенције УН о правима детета, 1989
239. Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским политичким правима („Службени лист СФРЈ”, број 7/1971)
240. Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, 1966

241. Повеља о основним правима Европске уније (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:C2012/326/02&from=EN>
242. Повеља Уједињених Нација
243. Повеља о основним правима Европске Уније (Службени гласник ЕУ - Official Journal of the European Union, С 83/389, 30.3.2010)
244. Протокол о примени Повеље о основним правима Европске уније на Пољску и Уједињено Краљевство (*Protocol (No. 30) on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom*), <http://www.lisbon-treaty.org/wcm/the-lisbon-treaty/protocols-annexed-to-the-treaties/676-protocol-on-the-application-of-the-charter-of-fundamental-rights-of.html>
245. Резолуција Европског парламента о хомофобији у Европи од 18. јануара 2006. године (*European Parliament resolution on homophobia in Europe*) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0018+0+DOC+XML+V0//EN>
246. Резолуцију о хомофобији у Европи 26. априла 2007. године (*European Parliament resolution of 26 April 2007 on homophobia in Europe*), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0167+0+DOC+XML+V0//EN>
247. Резолуција Савета Европе 1728 (2010)
248. Уговор о оснивању Европске заједнице
249. Уговор о Европској унији (*Treaty on European Union – TEU*), https://www.ip-rs.si/fileadmin/user_upload/Pdf/EU_consol_Treaty_of_EU.pdf
250. Уговор о функционисању Европске уније (*Treaty on Functioning of the European Union - TFEU*)
251. Уговор из Амстердама,
<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/EUAmsterdam-treaty.pdf>
252. Уговор из Лисабона
253. Универзална декларација о правима човека, <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

254. Резолуција Европског парламента о хомофобији у Европи од 18. јануара 2006. године, доступна на интернет страници <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0018+0+DOC+XML+V0//EN>
255. Резолуција Европског парламента о хомофобији у Европи од 26. априла 2007. године, доступна на интернет страници <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0167+0+DOC+XML+V0//EN>
256. Џокџакартски принципи, http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf

VII Судске одлуке домаћих и иностраних судова

257. *Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, Communication No. 902/1999, <https://www1.umn.edu/humanrts/undocs/902-1999.html>
258. Одлука Уставног суда Србије бр. предмета УЖ-5284/2011, <http://www.ustavni.sud.rs/Storage/Global/Documents/Misc/Uz-5284-2011.pdf>
259. Одлука Уставног суда Србије бр. предмета IУз-204/2013, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/12012/?NOLAYOUT=1>
260. Одлука Уставног суда Републике Србије од 2.06.2011, број предмета VIIU 171/2008
261. Одлука Уставног суда Републике Србије од 8.03.2012, број предмета УЖ-3238/2011, <http://www.ustavni.sud.rs/Storage/Global/Documents/UstavneZalbe/%D0%A3%D0%B6-3238-2011.pdf>
262. Одлука Савезног Уставног суда Немачке 1 BvL 10/05, доступна на интернет страници Савезног Уставног суда Немачке http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20080527_1bvI001005.html, страници приступљено 25. 06. 2014.
263. Одлука Савезног Уставног суда Немачке 1 BvR 3295/07, доступна на интернет страници Савезног Уставног суда Немачке

VIII Судске одлуке Европског суда за људска права у Стразбуру

278. ECtHR, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, no. 9214/80; 9473/81; 9474/81
279. ECtHR, *Alekseyev v. Russia*, nos. 4916/07, 25924/08 and 14599/09
280. ECtHR, *B. v. France*, no. 13343/87
281. ECtHR, *Burden v. The United Kingdom*, no. 13378/05
282. ECtHR, *Van Kück v. Germany*, no. 35968/97
283. ECtHR, *Dudgeon v. The United Kingdom*, no. 7525/76
284. ECtHR, *D.H. and Others v. The Czech Republic*, no. 57325/00
285. ECtHR, *E.B. v. France*, no. 43546/02
286. ECtHR, *Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02
287. ECtHR, *I. v. the United Kingdom*, no. 25680/94
288. ECtHR, *Karner v. Austria*, No. 40016/98
289. ECtHR, *Kozak v. Poland*, no. 13102/02
290. ECtHR, *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98
291. ECtHR, *Lustig – Prean and Beckett v. The United Kingdom*, no. 31417/96 and 32377/96
292. ECtHR, *Rees v. the United Kingdom*, no. 9532/81
293. ECtHR, *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96
294. ECtHR, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, nos. 27996/06, 34836/06
295. ECtHR, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96
296. ECtHR, *Sutherland v. the United Kingdom*, no. 25186/94
297. ECtHR, *Frette v. France*, no. 36515/97
298. ECtHR, *H.G. and G.B. v. Austria*, nos. 11084/02 and 15306/02
299. ECtHR, *X, Y and Z v. the United Kingdom*, no. 21830/93
300. ECtHR, *Cossey v. the United Kingdom*, no. 10843/84
301. ECtHR, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, no. 28957/95

IX Судска пракса америчких судова

302. *Baskin v. Bogan*, No. 14-2386 (7th Cir. 2014),
303. *Bellinger v. Bellinger*, Appeals Court, EWCA Civ 1140, no. B1/2000/3493, Judgement of 17 July 2001, Concurring Opinion of Lord Justice Thorpe,
304. *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986),
305. *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003),
306. *In re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757 (2008), pp. 9,
307. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003),
308. MT v. JT, 140 NJ Super. 77 - NJ: Superior Court of New Jersey, Appellate Division
309. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015),
310. *Romer v. Evans* 517 US 620 (1996),
311. *United States v. Windsor*, 570 U.S. (2013),

X Интернет извори

312. Интернет страница Организације Уједињених нација <http://www.un.org/rights/50/carta.htm>, страници приступљено 31. 08. 2013.
313. Интернет страница Савезног Уставног суда Немачке <http://www.bverfg.de/en/organization/verfassungsbeschwerde.html>, страници приступљено 10. 10. 2013.
314. Интернет страница Савета Европе (*Council of Europe*), <http://www.coe.int/en/web/portal/serbia>, страници приступљено 20. априла 2014.
315. Интернет страница Канцеларије за људска и мањинска права Владе Републике Србије, <http://www.ljudskaprava.gov.rs/index.php/yu/ljudska-prava/konvencije/53-medunarodni-pakt-o-gradanskim-i-politickim-pravima>, страници приступљено 1. 05. 2014.

316. Интернет старница Организације Уједињених нација - <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIntro.aspx>, страници приступљено 6. 06. 2014.
317. Интернет страница библиотеке Универзитета у Минесоти - <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws488.htm>, страници приступљено 10. 06. 2014.
318. <http://www.gayecho.com/trans.aspx?id=16819&grid=2050&page=1>, страници приступљено 11. 04. 2013.
319. <http://queer.hr/38955/brunej-uvodi-smrtnu-kaznu-kamenovanjem-za-gej-seks/>, страници приступљено 20. 06. 2014.
320. <http://queer.hr/38982/brunej-odgodio-usvajanje-smrtne-kazne-kamenovanjem-za-gej-osobe/>, страници приступљено 20. 06. 2014.
321. Интернет страница Геј Стрејт Алијансе - <http://gsa.org.rs/2011/06/prva-presuda-zbog-govora-mrznje-protiv-lgbt-populacije-presuda-dnevnim-novinama-press-po-tuzbi-gej-strej-t-alijanse/>, страници приступљено 10. 09. 2014.
322. Интернет страница Геј Стрејт Алијансе - <http://gsa.org.rs/2013/01/prva-pravosnazna-presuda-za-tesku-diskriminaciju-na-radnom-mestu-po-osnovu-seksualne-orijentacije/>, страници приступљено 10. 02. 2014.
323. Интернет страница Центра за квир студије - <http://www.cks.org.rs/2011/11/presuda-draganu-markovicu-palmi-zbog-teskog-oblika-diskriminacije-lgbt-populacije/>, страници приступљено 20.01.2012
324. Интернет страница Геј Стрејт Алијансе, <http://gsa.org.rs/2012/09/ukinuta-presuda-protiv-dragana-markovica-palme/>, страници приступљено 12. 12. 2012.
325. <http://www.gay-serbia.com/preinacena-presuda-draganu-markovicu-palmi-6533/>, страници приступљено 10. 01. 2014.
326. Интернет страница Геј Стрејт Алијансе, <http://gsa.org.rs/2012/07/presuda-nebojsi-bakarecu-za-tesku-diskriminaciju-lgbt-populacije/>, страници приступљено 20. 01. 2014.

327. Интернет страница Америчке психолошке организације <http://www.apa.org/topics/sexuality/orientation.aspx?item=2>, страници приступљено 15. 02. 2014.
328. Интернет страница Америчке психијатријске организације (*American Pshychological Association - APA*) <http://www.psychiatry.org/lgbt-sexual-orientation>, страници приступљено 16. 02. 2014.
329. Интернет страница Америчке психијатријске организације (*American Pshychological Association - APA*), <http://www.apa.org/topics/sexuality/transgender.aspx>, страници приступљено 24. 02. 2014.
330. Burroway, Jim: *Today In History: APA Removes Homosexuality from List of Mental Disorders*, 2008, интернет страница <http://www.boxturtlebulletin.com/2008/12/15/7128>, страници приступљено 16. 02. 2014.
331. Интернет страница Светске здравствене организације <http://www.who.int/classifications/icd/en/>, страници приступљено 16. 02. 2013.
332. <http://www.gay-serbia.com/srbija-uporno-homofobicna-4042/>, страници приступљено 20. 01. 2012.
333. Интернет страница Центра за квир студије <http://www.cks.org.rs/2012/04/muska-homoseksualnost/>, страници приступљено 28. 07. 2013.
334. <http://www.mkb10.rs/bolest/2572/transseksualizam#bigSearch>, страници приступљено 20. 06. 2014.
335. <http://queer.hr/38964/malta-postala-prva-zemlja-u-europi-koja-ustavom-stiti-prava-trans-osoba/>, страници приступљено 21. 04. 2014.
336. Интернет страница хрватске лезбејске групе Контра, http://www.kontra.hr/cms/index.php?option=com_content&view=article&id=42%3Arjek-lgbtiq-pojmova&Itemid=56&lang=hr, страници приступљено 21. 04. 2014.

337. Интернет страница организације за лезбејска људска права Лабрис <http://labris.org.rs/saznajte-vise/terminologija/>, страници приступљено 21. 04. 2014.
338. Интернет страница организације за лезбејска људска права Лабрис <http://labris.org.rs/saznajte-vise/pojmovnik/>, страници приступљено 10. 07. 2014.
339. Интернет страница центра за сексуална права Женска соба, <http://zenskasoba.hr/podrucja-rada/lgbtiq-seksualne-i-rodne-manjine/pojmovi/>, страници приступљено 21. 04. 2014.
340. Интернет страница Центра за квир студије, Кратка историја трансродности, <http://www.cks.org.rs/2011/12/kratka-istorija-transrodnosti/>, страници приступљено 18. 06. 2014.
341. <http://www.gayecho.com/Trans.aspx?id=3576>, страници приступљено 1. 08. 2013.
342. <http://www.gayecho.com/Trans.aspx?id=3577>, страници приступљено 1. 08. 2013.
343. Интернет страница на којој је доступан документарни филм о људским правима у Србији: *Лгбт и људска права у Србији – 2. епизода* <https://www.youtube.com/watch?v=v8Hz2u378V8>
344. Интернет страница Београдског центра за људска права: http://www.bgcentar.org.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=885:ustavni-sud-je-odlucio-da-su-zabranom-povorke-ponosa-2009-vlasti-prekrsile-ustav-republike-srbije&catid=58:saoptenja&Itemid=71, страници приступљено 28. 12. 2011.
345. <http://www.parada.rs/index.php/sr/istorijat>, страници приступљено 22. 12. 2011.
346. Интернет страница Организације за лезбејска људска права *Лабрис* - <http://www.labris.org.rs/lokal/parada-ponosa-beograd-2011-parada-slobode-i-gradjanske-hrabrosti.html>, страници приступљено 20. 01. 2012.
347. <http://parada.rs/>, страници приступљено 06. 06. 2014.

348. Интернет страница Радио Телевизије Србије
<http://www.rts.rs/page/tv/sr/story/21/RTS+2/985090/Promena+pola+-+Pogre%C5%A1no+telo+.html>, документарни филм РТС-а „Погрешно тело”, страници приступљено 16. 06. 2014.
349. Интернет страница Савета Европе,
https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365#P101_20803, страници приступљено 20. 06. 2014.
350. Интернет страница Уставног суда Савезне Републике Немачке
http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20051206_1bv1000303.html, страници приступљено 20. 09. 2014.
351. <http://lgbt.ba/danska-uvodi-zakonsku-promjenu-spola-bez-preduvjeta-klinicke-dijagnoze/>, страници приступљено 18. 06. 2014.
352. <http://doznajemo.com/2012/08/09/prema-novom-zakonu-izvodi-iz-maticnih-knjiga-u-federaciji-bosne-i-hercegovine-su-trajni/>, страници приступљено 20. 06. 2014.
353. <http://www.changelingaspects.com/PDF/requirement%20%20removed%20of%20being%20sterile%20to%20change%20your%20legal%20gender%20maker.pdf>, страници приступљено 21. 06. 2014.
354. A general guide for all users Gender Recognition Act 2004, страна 3,
<http://hmctsformfinder.justice.gov.uk/courtfinder/forms/t455-eng.pdf>, страници приступљено 20. 06. 2014.
355. <http://www.transserbia.org/trans/transseksualnost/543-model-zakona-o-rodnom-identitetu>, страници приступљено 20. 06. 2014.
356. Интернет страница организације TGEU (*Transgender Europe*), мапа права транссексуалних особа у Европи,
http://www.tgeu.org/sites/default/files/Trans_Rights_Map_2014.pdf, страници приступљено 28. 06. 2014
357. http://www.religioustolerance.org/hom_dane.htm, страници приступљено 6. 07. 2014.
358. <http://seta.fi/your-rights-in-finland/lgbti-milestones-in-finland/>, страници приступљено 6. 07. 2014.

359. <http://jurist.org/paperchase/2010/06/iceland-parliament-approves-same-sex-marriage-legislation.php>, страници приступљено 6. 07. 2014.
360. <http://lisbon.angloinfo.com/information/family/marriage-partnerships/civil-unions/>, страници приступљено 14. 07. 2014.
361. https://www.constituteproject.org/constitution/Slovakia_2014.pdf?lang=en, 4.09.2016.
362. <http://pescanik.net/kako-svima-da-se-vidim/>, 15.09.2016.
363. <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en#/F64>, 20.06.2014.
364. <http://www.sueddeutsche.de/politik/verfassungsgericht-kipt-transsexuellengesetz-das-gefuehlte-geschlecht-1.1052344>, чланак под називом *Das gefühlte Geschlecht* аутора Heribert Prantl, страници приступљено 21. 06. 2014.
365. <http://queer.hr/4079/virdzine-zene-koje-ne-zive-svoje-rodne-identitete/>, страници приступљено 21. 04. 2014.
366. <http://gsa.org.rs/2011/11/presuda-draganu-markovicu-palmi-zbog-teskog-oblika-diskriminacije-lgbt-populacije/>, 12.12.2012.
367. <https://76crimes.com/76-countries-where-homosexuality-is-illegal/>, 20.08.2016.
368. <http://www.politicalresearch.org/2013/06/28/brazilian-evangelical-lawmakers-push-gay-conversion-therapy-bill/#sthash.f406DgPB.dpbs>, страници приступљено 22. 04. 2014.
369. <http://www.pravniportal.com/mobing-iz-ugla-sudske-prakse/>, 10.02.2014.
370. <http://www.reportageonline.com/2013/07/brazil-introduces-controversial-%E2%80%98gay-cure%E2%80%99/>, страници приступљено 22. 04. 2014.
371. <http://definitions.uslegal.com/d/discrimination/>, 10. 07. 2015
372. <http://plato.stanford.edu/entries/discrimination/#ConDis>, 20. 12. 2015
373. <http://www.rcpsych.ac.uk/pdf/RCPSYCH%20submission%20to%20Equal%20Civil%20Marriage-a%20consultation.pdf>
374. http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_civil/CodeCivil_PageAccueil.pdf, страници приступљено 15.09.2016.