

# Разработка законодательства о равенстве в расколотых обществах: пример Боснии и Герцеговины

Аднан Кадрибашич<sup>1</sup>

## 1. Введение

Босния и Герцеговина (БиГ) провозгласила независимость от бывшей Югославии в 1991 году. В отличие от других республик бывшей Югославии, БиГ является многонациональным обществом,<sup>2</sup> и референдум, а затем и провозглашение независимости не были положительно восприняты всеми этническими группами. Провозглашение независимости привело к четырехлетней войне (1991–1995 гг.), которая негативно сказалась на реализации общепризнанных прав и свобод человека, гарантированных международным законодательством. Война завершилась после вмешательства международного сообщества и заключения Общего рамочного соглашения о мире в БиГ (также известного как Дейтонское соглашение).<sup>3</sup>

Наследие войны повлияло на продвижение равенства и ликвидации дискриминации в том смысле, что пришлось прилагать усилия для устранения препятствий на пути примирения. Несмотря на определенный прогресс, социальный разрыв между этническими группами в обществе был максимальным (если не считать военный период).<sup>4</sup> Согласно исследованию, проведенному Фондом «Открытое общество БиГ», 86% гражд-

---

1 Аднан Кадрибашич, магистр гуманитарных наук, является юридическим советником по согласованию внутреннего законодательства с международными и европейскими стандартами в области прав человека в Управлении гендерного равенства Боснии и Герцеговины. Имеет обширный опыт исследований в области антидискриминационных норм и прав человека в БиГ. Публиковал комментарии, разрабатывал законы, проводил обучение и предоставлял консультационные услуги, касающиеся борьбы с дискриминацией. Является членом редакционного совета журнала *International Journal of Rule of Law, Transitional Justice and Human Rights*.

2 Данные официальной переписи отсутствуют, но, по некоторым оценкам, основные этнические группы, проживающие в Боснии и Герцеговине, – это боснийцы (48%), сербы (37,1%), хорваты (14,3%) и другие национальности (0,6%), включая евреев, цыган и албанцев. Источник: Центральное разведывательное управление, Всемирная книга фактов, 17 января 2013 г.

3 *Общее рамочное соглашение о мире в Боснии и Герцеговине*, опубликованное по адресу: [http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content\\_id=379](http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=379).

4 Программа ООН по развитию в БиГ, *Социальная интеграция в Боснии и Герцеговине*, Доклад о человеческом развитии, ПРООН, 2007 г.

дан страны считают, что дискриминация является серьезной социальной проблемой, при этом национальность и вероисповедание воспринимаются как наиболее распространенные основания для дискриминации.<sup>5</sup>

В данной статье рассматривается текущее положение законодательства БиГ о равенстве и недопущении дискриминации и представлен анализ масштабов структурных препятствий на пути к равенству в расколотом обществе. Также показано, как определенные меры, которые были призваны обеспечить полное равенство групп, находившихся по разные стороны баррикад во время войны, по сути, привели к усугублению неравенства и дискриминации. Кроме того, статья ставит своей целью проанализировать принятие нового закона «О запрещении дискриминации», его содержание и применение для возбуждения судебного производства в случаях дискриминации, а также его потенциал для поддержки дальнейших усилий по обеспечению равенства. Также в ней обозначены остающиеся проблемы обеспечения равенства в Боснии и Герцеговине и исследуется, как новое законодательство о противодействии дискриминации может использоваться для разработки дальнейшей политики в области равенства, недопущения дискриминации и всеохватности.

## **2. Конституционные положения о равенстве и недопущении дискриминации**

Конституция БиГ является приложением к Дейтонскому соглашению от 1995 г. Она была подготовлена спустя несколько дней после подписания Дейтонского соглашения, чтобы обеспечить правовую основу для функционирования БиГ. Конституция положила начало основанию ограниченного централизованного государства с двумя довольно самостоятельными образованиями: Республики Сербская (РС) и Федерация БиГ (ФБиГ).<sup>6</sup> Почти все полномочия центрального правительства переданы этим двум территориальным образованиям. Центральное правительство, Совет министров БиГ и законодательный орган Парламентская ассамблея БиГ ведают иностранными делами, вопросами обороны и финансовой системы. Во всех других сферах государственные органы выполняют координирующую функцию, а территориальные образования самостоятельно обеспечивают регулирование прав во всех областях, за исключением тех, которые являются прерогативой центрального правительства.

Конституция гарантирует соблюдение прав человека, которое является одним из ее основополагающих принципов. В преамбуле Конституции провозглашается, что государство БиГ будет основываться на уважении человеческого достоинства, принципах свободы, равенства, мира, справедливости, терпимости и примирения, и что Конститу-

---

5 Фонд «Открытое общество», Босния и Герцеговина, *Доклад об общественном восприятии и опыта дискриминации*, 2012 г.

6 Несмотря на отсутствие объяснения того, что означает термин «территориальное образование», на практике территориальными образованиями являются два региональных правительства, которые имеют подуровни местного самоуправления – кантоны в ФБиГ и муниципалитеты в РС.

ция была составлена под влиянием документов в области прав человека.<sup>7</sup> Также в ней провозглашается, что и БиГ, и оба ее территориальные образования обязаны обеспечивать общепризнанные права человека и основные свободы на самом высоком уровне, однако подробное описание прав человека, которые документ гарантирует, в нем отсутствует. Вместо этого, в нем используется двойственный подход, который сочетает в себе прямое применение Европейской конвенции о защите основных прав и свобод человека и протоколов к ней (ЕКПЧ)<sup>8</sup> и простое перечисление прав человека.

Этот список начинается ссылкой на Статью II/2 и ЕСПЧ, но далее представлены переформулированные названия прав, перечисленных в тексте ЕКПЧ:

*Право на жизнь; право на то, чтобы не подвергаться пыткам или бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказаниям; право на то, чтобы не содержаться в рабстве или в подневольном состоянии или не заниматься принудительным или обязательным трудом; право на свободу и личную неприкосновенность; право на справедливое разбирательство по гражданским и уголовным делам, а также другие права, связанные с уголовным судопроизводством; право на частную и семейную жизнь, дом и тайну переписки, свободу мысли, совести и религии, свободу выражения мнений, мирных собраний и ассоциаций с другими людьми.<sup>9</sup>*

Также в Конституции пересказаны права, изложенные в Протоколе I к Европейской конвенции («право частной собственности и право на образование») и в Протоколе IV («право на свободу передвижения и выбора места жительства»).

Важно отметить, что этот список не является исчерпывающим, поскольку он начинается со слов «они включают в себя», и полный перечень прав, гарантированных непосредственно Конституцией БиГ, – это права и свободы, «изложенные в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней», которые, как заявлено в этом документе, «непосредственно распространяются на Боснию и Герцеговину».<sup>10</sup>

7 В преамбуле имеется четкая ссылка на Всеобщую декларацию прав человека, Международные пакты о гражданских и политических правах и об экономических, социальных и культурных правах и Декларацию о правах лиц, принадлежащих к национальным или этническим, религиозным и языковым меньшинствам.

8 Конституция БиГ, Статья II/2, которая гласит: «Права и свободы, закрепленные в Европейской конвенции о защите прав и основных свобод человека и протоколов к ней должны применяться непосредственно в Боснии и Герцеговине. Они имеют преобладающую силу над любыми другими законами».

9 Там же, Статья II/3.

10 Там же, Статья II/2.

Гарантом Конституции является Конституционный суд, который также выполняет апелляционную функцию, т. е. физические лица могут представлять туда свои апелляции. В соответствии с Конституцией, КС имеет право пересмотра решения любого другого суда БиГ.<sup>11</sup> Эта апелляционная юрисдикция является нововведением в системе конституционного права БиГ и предполагает введение отдельного конституционного действия, т. е. возможность пересматривать правовые акты и решения, если они нарушают права и свободы апелланта.

Центральное положение Конституции, связанной с недопущением дискриминации, занимает Статья II/4. В ней говорится:

*Реализация прав и свобод, предусмотренных настоящей статьёй или международными соглашениями, перечисленными в Приложении I к данной Конституции, должна быть надёжно гарантирована для всех граждан Боснии и Герцеговины без дискриминации по какому-либо признаку, в т.ч. по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства.*<sup>12</sup>

Данное положение, похоже, во многом зиждется на Статье 14 ЕКПЧ. Оно обеспечивает защиту от дискриминации по «какому-либо признаку», что означает, как и в случае Статьи 14 ЕКПЧ, что этот список, скорее, является открытым, нежели закрытым. При определении того, что подразумевается под дискриминацией в Статье II/4, и какие формы она может иметь, Конституционный суд БиГ часто ссылается на практику Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) в толковании Статьи 14 ЕКПЧ.<sup>13</sup>

11 Там же и Конституционный суд БиГ, апеллент Сулейман Тихич, Раздел 4/04, п. 110 и последующие.

12 В Приложении I перечислены следующие документы: Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него от 1948 г.; Женевские конвенции I-IV о защите жертв вооруженных конфликтов от 1949 г. и Женевские протоколы I-II к ним от 1977 г.; Конвенция о статусе беженцев от 1951 г. и Протокол к ней от 1966 г.; Конвенция о гражданстве замужней женщины от 1957 г.; Конвенция о сокращении безгражданства от 1961 г.; Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации от 1965 г.; Международный пакт о гражданских и политических правах от 1966 г. и Факультативные протоколы к нему от 1966 г. и 1989 г.; Пакт об экономических, социальных и культурных правах от 1966 г.; Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин от 1979 г.; Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 1984 г.; Европейская конвенция о предупреждении пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания от 1987 г.; Конвенция о правах ребенка от 1989 г.; Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей от 1990 г.; Европейская хартия региональных языков или языков меньшинств от 1992 г.; Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств от 1994 г.

13 См. дело AP-1093/07, на которое ссылается Конституционный суд. Дело о языках в Бельгии, решение от 23 июля 1968 г., Серия A, №6 (1979–1980 гг.).

Но несмотря на то, что Статья II/4 основана на Статье 14 ЕКПЧ, первая имеет более широкую сферу применения. Если Статья 14 ЕКПЧ предусматривает только право на недопущение дискриминации в отношении других прав, закрепленных в ЕКПЧ, то право на защиту от дискриминации, изложенное в Статье II/4, имеет отношение к осуществлению прав и свобод, перечисленных как в Статье II/3 Конституции БиГ, так и в международных соглашениях, указанных в Приложении I к ней. Это было подтверждено Конституционным судом в прецедентной практике, когда Суд пришел к выводу, что «Статья II(4) Конституции Боснии и Герцеговины обеспечивает более широкую защиту от дискриминации, нежели Статья 14 Европейской конвенции».<sup>14</sup>

Основная цель Дейтонского соглашения и прилагаемой к нему Конституции БиГ заключалась в том, чтобы остановить вооруженный конфликт и обеспечить мир, поэтому в нее были включены положения, которые создавали для представителей основных сторон конфликта механизм влияния на процесс принятия решений. Это было обеспечено путем резервирования мест в Палате народов, верхней палате Парламентской ассамблеи, а также для трех членов Президиума БиГ от определенных этнических групп.

В соответствии со Статьей IV/1 Конституции, Палата народов должна состоять из 15 делегатов, две трети которых являются представителями Федерации (включая пять хорватов и пять боснийцев) и одна треть представителями Республики Сербской (пять сербов);<sup>15</sup> а в состав Президиума БиГ должны входить три члена: один босниец и один хорват, каждый из которых избирается непосредственно от Федерации, и один серб, избираемый непосредственно от Республики Сербской.<sup>16</sup> Однако данное положение, направленное на обеспечение политического равенства боснийцев, хорватов и сербов, исключает участие всех остальных этнических групп в работе этих органов.

Это положение было оспорено в ЕСПЧ двумя гражданами БиГ, Дерво Сейдичем (представителем цыганского меньшинства) и Якобом Финчи (представителем еврейского меньшинства), которые заявили, что оно носит дискриминационный характер и нарушает ряд их прав, закрепленных в ЕКПЧ.<sup>17</sup> Большая палата Суда согласилась с тем, что положение носит дискриминационный характер.<sup>18</sup> Однако на сегодняшний день консенсуса по поводу внесения поправок в Конституцию достигнуть не удалось, и положение продолжает действовать.<sup>19</sup>

---

14 Конституционный суд БиГ, апелляция Сейфудин Токич, Раздел 44/01-1, п. 45.

15 См. выше сноску 8, Статья IV/1.

16 Там же, Статья V: Председательство.

17 *Сейдич и Финчи против Боснии и Герцеговины*, ЕСПЧ, иски №27996/06 и №34836/06. Истцы утверждали, что положения нарушают их права, предусмотренные Статьями 3, 13 и 14 ЕКПЧ, Статьей 3 Протокола №1 к ЕКПЧ и Статьей 1 Протокола №12 к ЕКПЧ.

18 Там же, Решение Большой палаты от 22 декабря 2009 г.

19 Закон, действовавший на 9 января 2013 г.

### 3. Законодательство о равенстве, действовавшее до 2009 года

Защита от дискриминации гарантируется многочисленными законами БиГ с 1993 года и обеспечивалась даже раньше, когда БиГ была республикой Социалистической Федеративной Республики Югославии. Во многие законодательные акты о гарантии определенных прав были включены общие положения, запрещающие дискриминацию.<sup>20</sup> Был принят ряд отдельных актов с положениями, направленными на обеспечение равенства определенных групп в обществе, прежде всего, населяющих страну народов, а также женщин,<sup>21</sup> меньшинств,<sup>22</sup> ветеранов вооруженных конфликтов и их семей и т. д.<sup>23</sup>

Закон «О гендерном равенстве в БиГ», принятый в 2003 году, стал первым законодательным актом, который не только запрещает дискриминацию, но и определяет различные формы дискриминации по признаку пола и сексуальной ориентации. В целом, его определения соответствуют Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин и обеспечивают защиту от дискриминации в доступе к любым гарантированным правам. В Законе представлен неполный перечень прав.<sup>24</sup> Статья 2 гласит, что полное равенство между мужчинами и женщинами должно быть гарантировано во всех сферах общественной жизни, включая, помимо прочего, образование, экономическую жизнь, занятость и труд, социальную и медицинскую защиту, спорт, культуру, общественную жизнь и средства массовой информации, независимо от семейного положения и экономического статуса человека в семье.

Данный Закон был первым законодательным актом БиГ, определившим как прямую, так и косвенную дискриминацию, а также другие формы дискриминации.<sup>25</sup> Также Закон запрещает и относит сексуальные домогательства, преследования по признаку пола и насилие по гендерному признаку к уголовным преступлениям.<sup>26</sup> Кроме того, он создает ряд прямых обязательств для других учреждений всех уровней управления и внедряет гендерную проблематику как подход к нормотворчеству.

---

20 Это предусмотрено трудовым законодательством, уголовными кодексами, законами об общественном вещании и т. д.

21 Закон «О гендерном равенстве в Боснии и Герцеговине», *Официальный вестник БиГ*, №16/03 и №102/09.

22 Закон «О правах национальных меньшинств», *Официальный вестник БиГ*, №12/03.

23 Закон «О правах ветеранов и их семей в Федерации БиГ», *Официальный вестник БиГ*, №33/04 и №56/05.

24 Сводный текст закона «О гендерном равенстве в Боснии и Герцеговине», Статьи 10-21.

25 Там же, Статья 4.

26 Там же, Статья 29: «Лицо, которое по признаку пола совершает насилие, преследование или сексуальные домогательства и ставит тем самым под угрозу благополучие, психическое здоровье или физическую неприкосновенность другого лица, наказывается штрафом или лишением свободы на срок от шести месяцев до пяти лет».

Несмотря на то, что целью закона «О гендерном равенстве в БиГ» было заявлено обеспечение гендерного равенства и недопущение дискриминации, Закон не содержит никаких процедурных положений, которые могли бы служить для жертв дискриминации руководством в поисках эффективной защиты их прав.<sup>27</sup> В результате, Закон получился не очень эффективным в защите от дискриминации.

Кроме того, высказывались разные мнения относительно того, как жертва дискриминации может обращаться за правовой защитой. До принятия Закона защита от дискриминации обеспечивалась только через Конституционный суд, который рассматривал случаи предполагаемого нарушения Статьи II/4 Конституции БиГ. Поскольку Конституционный суд БиГ уполномочен рассматривать отдельные случаи в апелляционном порядке, люди, для того, чтобы обратиться в Суд, должны были исчерпать все остальные средства правовой защиты, доступные в правовой системе БиГ. Как правило, люди были вынуждены обращаться в суды низшей инстанции в рамках гражданского производства, в котором было не до конца понятно, могут ли вообще эти суды рассматривать дело о дискриминации. Именно поэтому в большинстве таких случаев потерпевшие просили суды установить факт нарушения прав не вследствие дискриминации, а иски о дискриминации подавали, только когда обращались в Конституционный суд. На сегодняшний день Конституционный суд рассмотрел свыше 100 дел о дискриминации и установил факт ее наличия лишь в небольшом числе случаев, главным образом, касающихся занятости (например, увольнение беременных женщин, работников на больничном или инвалидов).

#### 4. Реформа антидискриминационного законодательства

В 2007 году, вдохновленная работой Европейской группы «Исходная линия» (Europe-wide Starting Line Group) по улучшению защиты от дискриминации,<sup>28</sup> организация из более чем 100 НПО БиГ провели по всей стране консультации касательно содержания и сферы применения будущего проекта Закона. После этих консультаций была сформирована группа экспертов для разработки проекта закона «О борьбе с дискриминацией» (проект закона «Об НПО»<sup>29</sup>). В конце 2007 года члены группы представили проект закона «об НПО» в парламентский Объединенный комитет по правам человека, правам детей, молодежи, и по вопросам иммиграции, беженцев, предоставления убежища и этики. Объединенный комитет и депутаты, входившие в его состав на тот момент, заявили, что поддержат проект данного Закона. Это согла-

---

27 В Статье 19 Закона говорится о судебной защите, но неясно, какие процедуры должны применяться.

28 Группа «Исходная линия» представляла собой объединение более 400 неправительственных деятелей со всего Европейского Союза, которые продвигали принятие директив ЕС в области недопущения дискриминации.

29 С проектом Закона можно ознакомиться на местных языках по адресу: [http://www.bh-hchr.org/Saopstenja/Nactr\\_zakona.pdf](http://www.bh-hchr.org/Saopstenja/Nactr_zakona.pdf).

шение стало беспрецедентным случаем сотрудничества между избранными членами Парламентской ассамблеи БиГ и НПО.

Однако Комитет беспокоило, что проект закона «Об НПО» включал в себя обязанности Совета министров (правительства, состоящего из глав государственных министерств) БиГ, а стандартная законодательная процедура, которая требует формальной консультации с соответствующими министерствами, по его мнению, не была соблюдена.<sup>30</sup> Невзирая на отсутствие формальных препятствий для введения проекта закона «Об НПО» в законодательную процедуру, его продвижение затормозилось тем, что с министерствами, которые должны были отвечать за реализацию Закона, не были проведены ни официальные, ни неофициальные консультации. Комитет направил проект закона «Об НПО» в Министерство по правам человека и делам беженцев БиГ (МПЧБ) для дальнейших консультаций с соответствующими ведомствами. МПЧБ, среди прочего, отвечает за продвижение и защиту индивидуальных и коллективных прав и свобод человека в БиГ. Также оно отвечает за внедрение и координацию внедрения законов, регулирующих определенные права человека в БиГ. После этих консультаций Совет министров в своей Программе работы на 2008 год обязал МПЧБ подготовить проект закона «О борьбе с дискриминацией» к октябрю 2008 года. При этом Совет вообще не ссылался на проект закона «Об НПО».

#### ***а. Процесс разработки закона***

В мае 2008 года МПЧБ сформировал рабочую группу экспертов с целью подготовки проекта закона «О борьбе с дискриминацией».<sup>31</sup> Группа провела свое первое заседание в июне 2008 года. Перед встречей был выполнен сравнительный анализ десяти законов о борьбе с дискриминацией европейских государств, а также исследование потребностей БиГ с учетом международных стандартов. Эти исследования позволили рабочей группе лучше понять, как разрабатывалось антидискриминационное законодательство в других странах Европы, а также минимальные стандарты, которым должен соответствовать любой закон о противодействии дискриминации. На своем первом заседании рабочая группа рассмотрела полученные результаты и пришла к выводу, что необходимо приступить к разработке проекта нового законодательного акта, в котором будет учтен проект закона «Об НПО», но его содержание необходимо доработать, приняв во внимание уникальную административную структуру БиГ. Рабочая группа решила обеспечить в своем проекте комплексный подход.<sup>32</sup> В июле в Парламентской ассамблее БиГ состоялось всеобщее публичное обсуждение с участием

---

30 Проекты законов обычно разрабатываются Советом министров и предлагаются на рассмотрение Парламентской ассамблеи, и в большинстве случаев для контроля над исполнением законов назначаются министерства Совета министров.

31 В состав рабочей группы экспертов входили только представители министерства, а автор оказывал группе консультативную и техническую поддержку.

32 Рабочая группа решила назвать Закон «Законом о запрещении дискриминации».



более 100 представителей НПО, широкой общественности и разных учреждений. Экспертная рабочая группа представила основные цели будущего закона и попросила участников назначить членов экспертной рабочей группы, которые будут отвечать за подготовку проекта. Дополнительными членами рабочей группы стали представители Министерства труда и социальной защиты, Министерства юстиции, Миссии ОБСЕ в БиГ, НПО *Vasa Prava*, оказывающей бесплатную юридическую помощь, профсоюзов и религиозных общин.

Новая, гораздо более широкая рабочая группа решила, что ее основным принципом будет обеспечение соответствия проекта закона Директиве о расовом равноправии 2000/78/ЕС,<sup>33</sup> Директиве о равном обращении в сфере занятости 2002/73/ЕС<sup>34</sup> и Директиве о равноправии (с поправками),<sup>35</sup> а также с другими международными правовыми нормами. Несмотря на то, что БиГ не была членом ЕС, эти директивы были главным объектом внимания рабочей группы, вероятно, потому, что ЕС предусмотрел принятие законодательства об обеспечении эффективной защиты от дискриминации в качестве одного из требований подписания Соглашений об упрощении визового режима и возврате нелегальных мигрантов.<sup>36</sup> (Это критичное требование также было ключевым фактором утверждения проекта закона Парламентской ассамблеей).

При подготовке проекта закона рабочая группа столкнулась с рядом особых задач, решение которых вело к достижению этих целей. Поскольку Статья II/4 дает очень широкое определение дискриминации, рабочая группа соблюдала этот подход, чтобы включить в Закон все обязательства, закрепленные в международных соглашениях, являющихся приложениями к Конституции или ратифицированных БиГ.

Поскольку понятие дискриминации еще и по другим признакам, помимо пола (и формы, запрещенные законом «О гендерном равенстве в БиГ»), было для правовой системы БиГ чем-то новым, члены рабочей группы также столкнулись с проблемой определения основных понятий. Сложнее всего было составить перечень признаков, по которым дискриминация должна быть запрещена, определить объем защиты по

---

33 Директива Совета 2000/43/ЕС от 29 июня 2000 г., внедряющая принцип равного обращения к людям независимо от их расового или этнического происхождения.

34 Директива 2002/73/ЕС Европейского парламента и Совета от 23 сентября 2002 г. о внесении изменений в Директиву Совета 76/207/ЕЕС об осуществлении принципа равного обращения для мужчин и женщин в отношении доступа к рабочим местам, профессиональной подготовке и продвижению по службе, а также условий труда.

35 Директива 2006/54/ЕС Европейского парламента и Совета от 5 июля 2006 г. о реализации принципа равных возможностей и равного обращения с мужчинами и женщинами в вопросах занятости и профессиональной деятельности (в новой редакции).

36 Данное требование было частью «Дорожной карты по упрощению визового режима с Боснией и Герцеговиной», предложенной ЕС властям БиГ, чтобы установить безвизовый режим поездок для граждан БиГ.

закону и положения, касающиеся формирования и роли центрального института по борьбе с дискриминацией.

#### **б. Парламентские дебаты касательно закона «О запрещении дискриминации»**

К концу 2008 года, справившись с указанными выше проблемами, рабочая группа завершила проект законом:

*О запрещении дискриминации» и представила его на рассмотрение Совета министров БиГ. На 74-й сессии, состоявшейся 19 января 2009 года, Совет министров принял решение не обсуждать проект Закона и поручил Министерству по правам человека и делам беженцев «провести дополнительные консультации с представителями Миссии ОБСЕ в БиГ, Управления Верховного представителя, Института Уполномоченного по правам человека, а также правительства».<sup>37</sup>*

Это задержало процедуру принятия проекта Закона на четыре месяца. После консультаций с данными организациями и учреждениями Совет министров принял проект Закона и представил его в Парламентскую ассамблею БиГ.<sup>38</sup>

На дискуссию в парламенте в значительной степени повлияли обсуждения, которые были проведены в соседних странах, в частности, в Сербии и Хорватии, где на тот момент также рассматривались проекты антидискриминационных законов. Тогда в этих странах оппозиция к законам о борьбе с дискриминацией была значительно сильнее, чем в БиГ. Аргументы против проектов законов о борьбе с дискриминацией в Сербии и Хорватии, в основном ставшие результатом широкого освещения в средствах массовой информации, стали озвучиваться и в СМИ и Парламентской ассамблее БиГ.

В боснийском случае дебаты были подогреты открытым письмом Межрелигиозного совета БиГ к членам Парламентской ассамблеи, в котором говорилось:

*Если закон будет принят в обеих палатах парламента во втором чтении без поправок, он позволит гомосексуальным парам вступить в законный брак и усыновлять детей».<sup>39</sup>*

Однако, как отмечалось выше, поскольку внедрение антидискриминационного закона было одним из требований для предоставления безвизового режима со сторо-

---

37 Совет министров, протокол 74-й сессии, состоявшейся 19 января 2009 г.

38 Совет министров БиГ, 82-я сессия, состоявшаяся 1 апреля 2009 г.

39 Осмысление балканской специфики, «Религии Боснии объединяются против однополых браков», 3 июня 2009 г.

ны ЕС, ни один из членов парламента не выступил против принятия проекта этого Закона. Точнее, они выступили против некоторых элементов проекта, в частности, касающихся запрещенных признаков дискриминации и объема защиты. Эти аргументы были заслушаны в ходе парламентских дебатов, когда предлагались поправки. Несколько делегатов в Палате народов выступили против включения «сексуальной ориентации» как запрещенного признака и высказались за четкое исключение применения Закона к семейным отношениям (браку и усыновлению детей). Один из делегатов заявил:

*Я на стороне всех тех, кто может подвергаться дискриминации из-за того, кем они являются, и что они не в силах изменить. Но я боюсь, что этот закон может стать объектом злоупотреблений со стороны тех групп или отдельных лиц, которые сами выбирают, кем им быть.<sup>40</sup>*

Другой делегат заявил:

*[И] мне не нравятся эти причины, это гендерное выражение, сексуальная ориентация, я говорю об этом открыто. Я не хочу, чтобы они были в этом законе. Мне это не нравится, потому что, по-моему, это «другой статус», и мы можем отнести их к «другому статусу».<sup>41</sup>*

После парламентских прений по проекту Закона были сделаны поправки двух видов. Целью первой поправки<sup>42</sup> было исключение следующих признаков дискриминации: «семейное положение и экономический статус человека в семье, беременность или роды, возраст, состояние здоровья, инвалидность, генетический фонд, пол, сексуальная ориентация или выражение».<sup>43</sup> Было очевидно, что все остальные признаки были добавлены, чтобы замаскировать намерение убрать любой признак, касающийся сексуальной ориентации или гендерной идентичности.

Но эти делегаты и другие члены Парламентской ассамблеи БиГ не знали, что признак «сексуальная ориентация» был четко запрещенным признаком в правовой системе БиГ с 2003 года, когда был принят закон «О гендерном равенстве», и что в уголовных кодексах «сексуальная ориентация» также значителся как признак «нарушения равно-

---

40 Палата народов, стенограмма 30-й сессии от 15 июня 2009 г., делегат Божо Раич, стр. 20.

41 Там же, делегат Алма Коло, стр. 21.

42 Сделана партией «Хорватское демократическое сообщество».

43 Поправки, предложенные членами Хорватской демократической партии БиГ (ХДП БиХ) в Палате представителей, Объединенном комитете по правам человека, правам детей, молодежи, и по вопросам иммиграции, беженцев, предоставления убежища и этики и Конституционном комитете Палаты представители Парламентской ассамблеи БиГ, 10 июня 2009 г.

правия граждан».<sup>44</sup> Эта дискуссия была явно политически мотивированной. Само собой разумеется, что пол (закон «О гендерном равенстве»), инвалидность (трудовое законодательство, законы о правах инвалидов), состояние здоровья (трудовое законодательство, законы о правах в области здравоохранения), беременность и роды (закон «О гендерном равенстве») и возраст (трудовое законодательство, законы об образовании) также были уже признаны запрещенными признаками дискриминации в правовой системе БиГ.

Объединенный комитет по правам человека, правам детей, молодежи, и по вопросам иммиграции, беженцев, предоставления убежища и этики, которому было поручено рассмотреть все поправки, внесенные в законопроект, решил исключить следующие признаки из списка защищенных характеристик: «семейное положение и экономический статус человека в семье, беременность или роды, возраст, состояние здоровья, инвалидность, генетический фонд, пол, сексуальная ориентация или выражение».<sup>45</sup> Независимо от реакции общественности, НПО и международного сообщества, данная поправка была принята обеими палатами.<sup>46</sup>

Во второй поправке предлагалось, чтобы проект Закона содержал оговорку о том, что он не распространяется на брак «как этот термин определен в семейных кодексах»<sup>47</sup> и занятость и членство в религиозных организациях», которое регулируется религиозными доктринами». Эта поправка и еще один пункт, который был добавлен к Статье 24, были приняты и стали частью проекта Закона. Оба эти изменения будут рассмотрены ниже в анализе проекта Закона.

Однако в редакции закона, опубликованного в *Официальном бюллетене*, «сексуальная ориентация» и «сексуальное выражение» вновь включены в список запрещенных признаков. До сих пор ни одному из экспертов, которые отслеживали принятие закона, не удалось узнать, как это произошло; но никто не осмелился поднять этот вопрос, боясь, что это может привести к пересмотру опубликованной версии.

---

44 Например, Статья 145 Уголовного кодекса БиГ начиналась такими словами: «Лицо, которое из-за различий по признаку расы, цвета кожи, национального или этнического происхождения, вероисповедания, политических или иных убеждений, пола, сексуальной ориентации, языка, образования или социального статуса или социального происхождения отрицает или ограничивает гражданские права, предусмотренные Конституцией Боснии и Герцеговины, ратифицированными международными соглашениями, законодательством Боснии и Герцеговины, другими нормативными актами Боснии и Герцеговины или общим законом Боснии и Герцеговины, или любое лицо, которое из-за этих различий, или фактов биографии, или любого другого статуса предоставляет необоснованные привилегии или делает неоправданные одолжения физическим лицам...»

45 Объединенный комитет по правам человека, правам детей, молодежи, и по вопросам иммиграции, беженцев, предоставления убежища и этики, протокол 26-й сессии, состоявшейся 6 июля 2009 г.

46 Палата представителей, протоколы 33-й и 57-й сессий Палаты народов.

47 Статья 5 проекта Закона, вероятно, ссылается на законы территориальных образований: семейное право Федерации БиГ и семейное право РС.

## 5. Антидискриминационный закон от 2009 года

После многочисленных дискуссий и утомительных парламентских дебатов закон «О запрещении дискриминации» был принят в июле 2009 года и вступил в силу в августе 2009 года. Статья 1 Закона предусматривает, что он «обеспечивает основу для реализации равных прав и возможностей для всех граждан БиГ и определяет систему защиты от дискриминации». Однако лишь немногие другие его положения касаются этой гарантии. На самом деле, суть этого Закона прослеживается в самом его названии: это антидискриминационный закон и как таковой устанавливает механизм защиты от дискриминации. Это соответствует цели рабочей группы, члены которой в самом начале договорились о том, что разработать полноценный проект Закона о равенстве им не удастся, учитывая все особенности политической конъюнктуры, которые существовали на тот момент. Поэтому Закон реактивен по сути.

В то же время, текущая фрагментация защиты от дискриминации в правовой системе БиГ становится причиной многих проблем на практике. Если мы посмотрим на этот децентрализованный подход в свете сложности правовой системы, число возможных проблем возрастает в несколько раз. Уже были предприняты усилия, чтобы положения о равенстве по всей стране присутствовали в определенных областях законодательства. Это касается закона «О гендерном равенстве», закона «О правах членов национальных меньшинств», рамочных законов об образовании, закона «О выборах» и других законодательных актов. Тем не менее, не было принято ни одной попытки гармонизации подхода к равенству во многих аспектах жизни. Наиболее четко это прослеживается в отношении равенства при осуществлении экономических и социальных прав, которые были децентрализованы и распределены по 14 различным правовым системам.<sup>48</sup> Также это проявляется в положениях, направленных на достижение равенства, например, в положениях о беременности и родах, в положениях, касающихся прав инвалидов, защиты прав трудящихся и т. д.

### *а. Неисчерпывающий список запрещенных признаков*

Рабочей группе было сложно составить перечень запрещенных признаков дискриминации. Поскольку в статье Конституции представлен открытый и неисчерпывающий перечень запрещенных признаков, дискуссия сосредоточилась на признаках, которые точно должны быть запрещены. Как объяснялось выше, перечень признаков, предусмотренный Законом, был наиболее острой темой для обсуждения в процессе принятия. И хотя некоторые признаки были исключены из списка в Статье 2 Закона, важно отметить, что Закон запрещает дискриминацию со ссылкой на неисчерпывающий перечень признаков. Есть две вещи, гарантирующие, что список будет оставаться открытым. Он начинается со слова «включая» и заканчивается фразой «и все другие

---

48 Босния и Герцеговина имеет чрезвычайно децентрализованную правовую систему, в которой определенные права могут регулироваться 14 законодательными органами.

обстоятельства», и оба эти речевые средства призваны обеспечить, чтобы другие признаки не исключались.

Этот открытый список указывает на то, что авторы Закона ориентировались на другие международные стандарты, а не только на директивы ЕС. Перечень запрещенных признаков было более обширным в проекте Закона, разработанного рабочей группой, однако признак «сексуальная ориентация» был оспорен в ходе законодательной процедуры, а также был исключен ряд других признаков. Окончательный вариант Закона включает в себя признак «сексуальная ориентация», но отсутствуют другие признаки, например, возраст, рождение и инвалидности. Тем не менее, поскольку список является открытым, есть возможность охватить эти признаки на практике, тем более, что они определены как запрещенные признаки в других законодательных актах БиГ. Примечательно, что первое судебное решение, вынесенное по делу о дискриминации после принятия данного Закона, касалось дискриминации лиц с ограниченными возможностями.<sup>49</sup> Но все равно желательно, чтобы в будущих поправках к Закону была признана важность включения и других запрещенных признаков в перечень.

Кроме того, восприятие характеристик, связанных с запрещенным признаком, также является частью этого открытого списка. Закон не предусматривает никакого теста для определения других «обстоятельств» или других признаков, и определить новые признаки на практике может быть довольно трудно. Для решения этой проблемы можно было бы указать признаки, которые уже определены в ряде других законодательных актов, и/или признаки из международных юридически обязывающих документов, ратифицированных БиГ. Кроме того, правовая практика ЕСПЧ относительно толкования ЕКПЧ может быть одним из источников для определения защищенных признаков, потому что согласно букве Конституции ЕКПЧ применяется в БиГ напрямую и имеет преобладающую силу над любыми другими законами.<sup>50</sup>

## **б. *Запрещенные формы дискриминации***

Закон запрещает прямую и косвенную дискриминацию, притеснения, сексуальные домогательства, групповую травлю, изоляцию, распоряжения о дискриминации и подстрекательство к ней. Определения прямой и косвенной дискриминации в целом основаны на определениях, представленных в Декларации принципов равенства, и включают в себя необходимость выявления действия и лица для сравнения.<sup>51</sup> Эти

---

49 Случай касается отказа начальной школы в Мостаре принять ребенка с умственными нарушениями в обычный класс, хотя все медицинские обследования показали, что это окажет положительное влияние на его развитие.

50 См. выше сноску 8.

51 Хотя Декларация принципов равенства и не является источником международного права, она выражает нравственный и профессиональный консенсус по ряду стандартов в области равенства и недопущения дискриминации между экспертами в области прав человека и равенства. См. Equal Rights Trust, *Декларация принципов равенства*, Лондон, 2008 г.

определения относятся к действиям, которые уже были совершены, существуют в настоящее время и/или могут произойти в будущем.

Закон не определяет понятие «множественной дискриминации», и перечень признаков его не подразумевает. Это можно считать одной из проблемных особенностей Закона, а также это может вызвать трудности при доказательстве множественной дискриминации в ходе рассмотрения дел в суде.

Определения прямой и косвенной дискриминации схожи с определениями, представленными в Декларации принципов равенства, однако определения изоляции и подстрекательства к дискриминации основаны на Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации.

Термин «групповая травля», также определяемый как форма дискриминации, похоже, не упоминается ни в одном из международных документов, подписанных БиГ. Он определяется как постоянное притеснение на рабочем месте, которое, однако, не включено ни в один список запрещенных признаков и обозначает «унижение человеческого достоинства, особенно посредством создания пугающей, враждебной, унижающей человеческое достоинство, издевательской или агрессивной среды».

Акты дискриминации, подпадающие под категорию насилия в отношении женщин или насилия по признаку пола, также определяются в Законе «О гендерном равенстве в БиГ» как преступные деяния.<sup>52</sup> За сексуальные домогательства, притеснения по признаку пола и бытовое насилие предусмотрено наказание в виде лишения свободы от шести месяцев до пяти лет. В последние годы в центре внимания было предотвращение и судебное преследование бытового насилия, и были приняты специальные законы, в которых определены функции других учреждений. Ежегодно в стране проводятся судебные разбирательства примерно по 600 случаям бытового насилия, но большинство приговоров предполагают условный срок и редко тюремное заключение.<sup>53</sup> На сегодняшний день было вынесено лишь несколько приговоров по делам о сексуальных домогательствах, но число таких случаев постепенно возрастает. Одно из самых последних судебных решений предусматривает один год тюремного заключения за длительные словесные сексуальные домогательства на рабочем месте. Однако полной информации о распространенности сексуальных домогательств или преследований по признаку пола, равно как и статистических данных о числе случаев нет.

---

52 См. выше сноску 24, Статья 29.

53 Четвертый и пятый Периодические доклады Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (КЛДЖ) по Боснии и Герцеговине, май 2011 г.

## в. Сфера применения закона

Запрещение дискриминации распространяется на все регулируемые законом права. При таком определении сфера применения закона широка, но также зависит от прав, которые уже должны существовать в правовой системе.<sup>54</sup> Сфера применения определяется для отражения общего запрета дискриминации в Протоколе №12 ЕКПЧ.<sup>55</sup>

Одной из сложностей, с которой столкнулись в процессе разработки проекта Закона, было определение сферы его применения. Основная трудность заключалась в том, что БиГ имеет сложную политико-правовую структуру с многоуровневым правительством, уполномоченным по-разному определять права и доступ к ним, поэтому некоторые права гарантируются в одной части страны и не обеспечиваются в другой ее части.<sup>56</sup> Однако Конституция могла быть единственным ориентиром для определения того, что именно Закон подразумевает под «гарантированными правами», поскольку в ней перечислены только некоторые права, а не полный их спектр. Соответственно, рабочей группе сначала нужно было провести дискуссии для включения перечня прав и свобод человека собственно в текст проекта Закона.

К сожалению, в Законе эта дилемма осталась нерешенной, потому что в дополнение к применению уже упомянутого принципа «общего запрета дискриминации», были определены и сферы применения принципа недопущения дискриминации. Эти сферы были подчеркнуты в Статье 2, в которой перечислены признаки дискриминации, однако они были дополнительно нечетко определены в Статье 6.<sup>57</sup>

54 Закон «О запрещении дискриминации», Статья 2, в которой определяется предмет дискриминации: «чтобы не допустить или поставить под угрозу признание, пользование или осуществление прав и свобод во всех сферах общественной жизни».

55 Там же, Статья 1 — Общее запрещение дискриминации: «Реализация любого установленного законом права должна обеспечиваться без дискриминации по какому-либо признаку, например, по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, вероисповедания, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или иного статуса».

56 В недавнем решении Конституционного суда БиГ (дело U 12/09) говорится о дискриминации, связанной с дифференцированной оплатой отпуска по уходу за ребенком женщинам из разных частей БиГ, работающих в государственных учреждениях, вопреки Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин и закону «О гендерном равенстве в БиГ». Это дело касалось нового законодательного акта, регулирующего право на декретный отпуск с сохранением заработной платы для служащих государственных учреждений, который послужил причиной того, что женщины стали получать разную оплату в зависимости от территориального образования, в котором они проживали.

57 См. выше сноску 54, Статья 6: «... во всех сферах, особенно: в сфере занятости, членства в профессиональных организациях, образования, профессиональной подготовки, обеспечения жильем, здравоохранения, социальной защиты, товаров и услуг народного потребления, и в общественных местах наряду с осуществлением хозяйственной деятельности и предоставлением государственных услуг».



## г. Разрешенные случаи неравного обращения

### и. Оправданная дискриминация

Стараясь определить общее правило для оправдания разного обращения, авторы Закона в первых двух пунктах Статьи 5 предусмотрели тест для определения того, в каких случаях разное обращение не должно считаться дискриминационным.<sup>58</sup> Для этого «неблагоприятное различие или разное обращение» должно иметь «объективное и разумное оправдание» и служить «законной цели», а также должно быть «адекватное соотношение между используемыми средствами и поставленными целями». Этот тест для проверки справедливости может быть применен только к действиям, которые обычно считаются прямой или косвенной дискриминацией, поскольку эти формы дискриминации приводят к разному обращению, как это определено законом.

### ii. Случаи послабления действия Закона

Остальная часть Статьи 5 посвящена перечислению исключений из принципа равного обращения.<sup>59</sup> Перечень исключений, похоже, лишен внутренней логики и предус-

58 Там же, Статья 5: «Правовые меры и действия не считаются дискриминационными, если они сводятся к неблагоприятным различиям или разному обращению, которым есть объективное и разумное оправдание. Такие меры не считаются дискриминационными, если они служат законной цели, и если адекватное соотношение между используемыми средствами и поставленными целями...»

59 Там же, п. 2:

«а) Они отталкиваются от реализации или принятия временных специальных мер, направленных на предотвращение или возмещение нанесенного человеку ущерба, и от признаков, указанных в Статье 2, особенно для представителей таких уязвимых групп, как инвалиды, члены национальных меньшинств, женщины, включая беременных, дети, молодежь, пожилые люди и другие социально изолированные лица, гражданские жертвы войны, жертвы в уголовных процессах, перемещенные лица, беженцы и лица, ищущие убежища; т. е. для обеспечения возможности их полноценного участия во всех сферах жизни;

б) Они основаны на особенностях, связанных с признаками, указанными в Статье 2 Закона, когда при определенных обстоятельствах, в связи с характером конкретной профессиональной деятельности или условиями, в которых она осуществляется, такие признаки представляют собой подлинное и определяющее требование с точки зрения выбора рода занятия. Данное исключение подлежит периодическим пересмотрам;

в) Они основаны на различии, исключении или предпочтении, касающихся занятости сотрудника любого учреждения, которые осуществляются в соответствии с доктринами, основными предположениями, догмами, верованиями или учениями реальных конфессий или религий, при этом каждое различие, исключение или предпочтение не должно задевать религиозные чувства членов этой конфессии или религии;

г) Они определяют максимальный возраст, наиболее подходящий для прекращения рабочих отношений, а также определяют достижение определенного возраста как условие для выхода на пенсию;

матривает исключения, связанные с трудоустройством в религиозных учреждениях; позитивные меры для социально отчужденных групп; обоснованно предъявляемые профессиональные ограничения; исключения в интересах ребенка; разумное приспособление; и исключения, возникающие из семейного права и прав и обязанностей граждан. Каким образом были выбраны эти исключения, непонятно, поэтому они вызывают трудности, т. к. не могут рассматриваться в суде.

Одно из наиболее проблематичных исключений касается прав, возникающих из семейного законодательства.<sup>60</sup> Данное исключение было добавлено во время парламентских дебатов и отражает аналогичное положение п. 2 Статьи 10 закона «О предупреждении дискриминации в Хорватии». Как было отмечено выше, парламентские дебаты в Хорватии оказали сильное влияние на дебаты в БиГ, которое наряду с давлением со стороны Межрелигиозного совета и привело к принятию этой поправки. Ее цель состояла в отмене принципа недопущения дискриминации гомосексуалистов относительно доступа к правам, возникающим из семейного за.<sup>61</sup> Поправка была внесена, чтобы предотвратить судебные разбирательства на основании этого Закона, связанные с оспариванием положения о противоположном поле, как требование разрешения на заключение брака, или подачу однополыми парами исков о дискриминации в рамках процедуры усыновления.<sup>62</sup> Несмотря на то, что в Европе нет консенсуса по этому вопросу, в последние годы ЕСПЧ имел несколько прецедентов, например, в деле *Е. Б. против Франции*,<sup>63</sup> которые могут на определенном этапе поставить под во-

---

д) Они основаны на правах и обязанностях граждан в порядке, предусмотренным законом;

е) Они основаны на обеспечении разумного приспособления для того, чтобы гарантировать соблюдение принципа равного обращения в отношении лиц с ограниченными возможностями. Работодатели должны, учитывая особенности каждого конкретного случая, принимать соответствующие меры, чтобы человек с инвалидностью имел доступ к обучению, участвовал в нем или имел возможность карьерного роста, если такие меры не ложатся на работодателя необоснованным бременем;

ж) Создание для человека менее выгодного положения при определении его прав и обязанностей в семье, предусмотренных законодательством, особенно для защиты прав и интересов детей, должно иметь законную цель, служить защитой общественной морали и способствовать укреплению института брака в соответствии с положениями семейного права.

з) При установлении трудовых отношений, членства в организации, или при совершении действий в соответствии с проповедями или учениями официально признанных церквей и религиозных общин в БиГ, или других общественных или частных организаций, действующих согласно Конституции и законов, если того требуют религиозные учения, убеждения или цели».

60 Там же, п. 2(ж).

61 В частности, право вступать в брак, право на усыновление и право наследования.

62 В семейном праве БиГ брак и сожителство определяются как «союз между женщиной и женщиной». Подобным образом, ребенок может быть усыновлен только супружеской парой и совместно проживающей парой, а одинокий родитель (независимо от его сексуальной ориентации) может получить только опеку над ребенком (неполное усыновление).

63 *Е. Б. против Франции* [2008] ЕСПЧ 43546/02, 22 января 2008 г.

прос исключения, связанные с семейным правом, в БиГ. В любом случае это исключение отменяет действие Закона, если любые положения семейного права в местных судах оспариваются как дискриминационные. Закон ставит положения семейного права выше принципа недопущения дискриминации.

На сегодняшний день данное исключение не было оспорено в судебном порядке; это важно сделать, тем более, что есть прецеденты, на которые можно было бы опереться.

## 6. Приведение Закона в исполнение

Закон установил новую судебную процедуру для дел, касающихся борьбы с дискриминацией, и новые правила, учитывающие особый характер судопроизводства по делам о дискриминации. Закон опирается на гражданские процессуальные кодексы, существующие в правовой системе БиГ, а процедура разбирательства по делам о дискриминации соответствует установленным этими кодексами общим правилам. Однако есть несколько исключений из общего правила, например, связанные с бременем доказывания, коллективными жалобами и использованием статистических данных; эти исключения были сделаны для удовлетворения особого характера судопроизводства по делам о дискриминации. Правила распространяются только на случаи дискриминации, рассматриваемые на основании гражданско-процессуальных кодексов, а не на дела, слушание по которым происходит в Конституционном суде.

В соответствии с Законом, любой человек, который считает, что стал объектом дискриминации, может подать иск в ближайший городской суд. Новые процедурные правила рассмотрения дел о дискриминации основаны на рекомендациях, приведенных в директивах ЕС о дискриминации, и устанавливают упрощенный стандарт доказывания в случаях дискриминации.

Статья 15(1) Закона гласит:

*Если лицо или группа лиц предоставляют в рамках разбирательства в соответствии со Статьей 12 настоящего Закона факты, подтверждающие утверждение о нарушении запрета дискриминации, предполагаемый правонарушитель обязан доказать, что принцип равного обращения или запрещения дискриминации не был нарушен.*

Это положение переложило бремя доказывания с истца на ответчика, который обязан доказать, что дискриминации не было. Это нововведение в гражданском судопроизводстве БиГ, которое, по общему правилу, предполагает, что истец должен предоставить факты и доказать каждый элемент предполагаемого нарушения, при этом ответчик может оставаться пассивным. Если истец не имеет возможности достать доказательство, суд нарушений не признает. В соответствии со Статьей 15(2), бремя доказывания может быть переложено на основании статистических данных,

а Статья 15(3) предусматривает, что в случае непредоставления разумного приспособления бремя доказывания лежит на ответчике.

Также эти положения устанавливают судебную защиту от дискриминации, которая обеспечивает прямой доступ жертв к механизмам защиты. Это способствует повышению правовой определенности и облегчает доступ к правосудию.

По имеющимся данным, первый судебный процесс на основании Закона был инициирован специалистами по борьбе с дискриминацией Vasa Prava, НПО, предоставляющей бесплатную юридическую помощь, и решение суда первой инстанции, который признал факт дискриминации, привело к разбирательству, начатому этой НПО. В общей сложности с подачи специалистов по борьбе с дискриминацией Vasa Prava было возбуждено более 20 дел. Программа парламентской поддержки Агентства США по международному развитию (USAID) на основании усилий Vasa Prava, связанных с инициированием судопроизводства, опубликовала оценку реализации Закона, дав несколько рекомендаций соответствующим парламентским комитетам.<sup>64</sup> В оценке был сделан вывод о том, что Закон имеет потенциал обеспечения защиты жертв дискриминации, и что суды правомочны рассматривать дела на основании этого Закона.<sup>65</sup> Что еще более важно, некоторые случаи имели стратегическое значение и привели к разработке новых ответных мер в сфере нормотворчества. Одним из примеров является дело о «двух школах под одной крышей»,<sup>66</sup> которое послужило толчком для принятия Министерством образования и науки Федерации БиГ новых стандартов, внедряющих руководящие принципы школьной интеграции.

Также Закон оказался ценным в сложных делах, инициированных до его вступления в силу. Определения дискриминации, представленные в Законе, помогли, например, разобраться с проблемой невключения детей с ограниченными возможностями в систему начального образования, отказа в назначении квалифицированного специалиста директором начальной школы по причине того, что этим специалистом была монахиня католической церкви, а также с проблемой изоляции детей в начальных школах по признаку их этнической принадлежности.

И все же в целом число случаев рассмотрения в судах дел о дискриминации на сегодняшний день остается небольшим. Одной из причин может быть нехватка инициа-

---

64 Кадрибашич, А. *Оценка реализации закона «О запрещении дискриминации в Боснии и Герцеговине»*, Программа парламентской поддержки Агентства США по международному развитию, 2012 г.

65 Компетенция судов расширилась, когда юридические вузы включили в свою ежегодную программу двухдневный модуль, посвященный Закону.

66 Дело о двух школах в одном здании. В одну школу ходили хорваты, а в другую боснийцы. Суд пришел к выводу, что, заставляя детей учиться в разных классах и переставляя школьные перемены, чтобы дети разных национальностей не могли встречаться друг с другом, школа создала ситуацию этнической сегрегации, поэтому суд распорядился, чтобы школы внесли изменения в эти правила.

тив по содействию защите, обеспечиваемой Законом. Недавний опрос показал, что хотя 86% респондентов считают дискриминацию очень актуальной социальной проблемой, всего 36% осведомлены о существовании Закона, и только 25% имеют хоть какое-то представление о его содержании.<sup>67</sup> Кроме того, похоже, что многие правозащитные НПО не до конца понимают, какие изменения могут принести судебные разбирательства по делам о дискриминации.

## 7. Институциональная реакция на неравенство и дискриминацию

Несмотря на то, что Закон делает важный акцент на защите от дискриминации, его целью было не только привлечь к ответственности нарушителей, но и создать механизм для выявления моделей дискриминации, а также упреждающих действий со стороны центрального института Уполномоченного по правам человека и в определенной степени МПЧБ.

Закон назначил существующий институт Уполномоченного по правам человека БиГ («Институт») главным учреждением по предотвращению дискриминации. Институт был основан в 2002 году<sup>68</sup> в соответствии с Парижскими принципами,<sup>69</sup> и его мандат включает в себя мероприятия, предписанные соответствующими директивами ЕС о равенстве и предложенные в Общеполитической рекомендации №2 Европейской комиссии по борьбе с расизмом и нетерпимостью (ЕКРН).<sup>70</sup>

В соответствии с положениями Закона, Уполномоченный по правам человека БиГ выполняет функцию главной структуры по борьбе с дискриминацией. Важно отметить, что роль Уполномоченного по правам человека не включает в себя разрешение дел о равенстве и дискриминации, а предусматривает оказание помощи жертвам, инициирование расследования и предоставление рекомендаций, которые не являются юридически обязывающими.

Также Институт имеет значительные обязанности, связанные с повышением уровня информированности общественности о дискриминации и борьбой с предрасудками и стереотипами. Сразу после принятия Закона Институт создал отдел по ликвидации всех форм дискриминации. В 2011 году Институт опубликовал свой

67 См. выше сноску 5.

68 Закон «Об уполномоченном по правам человека Боснии и Герцеговины», *Официальный вестник БиГ*, № 19/02 и №32/06.

69 Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций, *Принципы, касающиеся статуса национальных учреждений (Парижские принципы)*, Резолюция №48/134 от 20 декабря 1993 г.

70 Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью, *Общеполитическая рекомендация №2 о специализированных органах по борьбе с расизмом, ксенофобией, антисемитизмом и нетерпимостью на национальном уровне*, принятая 13 июня 1997 г.

первый доклад о проявлениях дискриминации.<sup>71</sup> Цель состояла в том, чтобы информировать Совет министров БиГ и Парламентскую ассамблею БиГ о сообщениях касательно дискриминации, полученных Институтом после принятия Закона, и рекомендовать внесение законодательных поправок. Кроме того, доклад был направлен на информирование общественности о дискриминации и неравенстве в БиГ. Уполномоченный по правам человека пришел к выводу, что необходимо провести мощную кампанию для повышения осведомленности людей о существовании Закона, и отметил дисбаланс между восприятием дискриминации и малым количеством обращений в Институт. Также Уполномоченный по правам человека заключил, что необходимо создать механизм приведения других законов в соответствие с этим Законом.

Однако в докладе показано, что Институт в основном занимается делами, которые могут быть переданы в суд. Таким образом, Уполномоченный по правам человека играет роль посредника, а не института по правам человека, который решает системные проблемы в области дискриминации. Кроме того, неясно, информирует ли Институт истцов о доступных возможностях судебного разбирательства.

В докладе, опубликованном в октябре 2012 года аналитическим центром Analitika, отслеживаются препятствия, мешающие Институту обеспечивать людям эффективную защиту от дискриминации.<sup>72</sup> Основные препятствия связаны с реактивной ролью Уполномоченного по правам человека; поэтому в докладе рекомендуется использовать упреждающий подход к продвижению Закона и его механизмов защиты, а также повышать осведомленность общественности о существовании дискриминации в стране.

Вместе с Уполномоченным по правам человека МПЧБ отвечают за контроль реализации Закона и управление центральной базой данных по делам о дискриминации. МПЧБ была поставлена задача принять Положения о методах сбора данных по делам о дискриминации, которые определяют содержание и формат вопросника для сбора данных и регулируют другие связанные с этим вопросы. На момент написания статьи Положения готовились к публикации, хотя рабочая группа была создана в 2010 году. Поэтому практически невозможно оценить реализацию Закона или изменения, которые он должен был принести.

Кроме того, МПЧБ не удалось сыграть упреждающую роль в обеспечении равенства и недопущении дискриминации, и оно не публиковало ежегодные доклады, которые оно должно подготавливать согласно Закону. Министерство пока не сделало ничего для продвижения Закона среди общественности или специалистов. Кроме того, оно

---

71 Институт уполномоченного по правам человека Боснии и Герцеговины, *Доклад о проявлениях дискриминации*, февраль 2011 г.

72 Ганушич, А., *Уполномоченный по правам человека в системе защиты от дискриминации в БиГ: анализ ситуации и характерных проблем*, Analitika, Сараево, 2012 г.

не выполнило возложенную на него задачу разработки норм в области обеспечения равенства и исключения дискриминации.

Также, похоже, что организации гражданского общества, хотя они, безусловно, и сделали больше, чем МПЧБ, предпринимают недостаточно усилий для продвижения Закона или его использования как инструмента для правозащитной деятельности. Одним из немногих событий стала публикация Комментария к Закону Центром по правам человека Университета Сараево,<sup>73</sup> где предприняты попытки растолковать Закон как для профессионалов, так и для общественности. На сегодняшний день существует несколько дополнительных инициатив, направленных на реализацию Закона, включая проект Equal Rights Trust под названием «Расширение возможностей гражданского общества для борьбы с дискриминацией и неравенством в БиГ», а также проекты Фонда «Открытое общество» в БиГ и правозащитной группы Civil Rights Defenders. Миссия ОБСЕ в БиГ через свои отделения на местах распространила листовки с основной информацией о Законе для НПО и учреждений по работе с населением. Кроме того, в 2011 и 2012 годах Миссия обучила 150 судей и прокуроров вопросам применения Закона.

В начале 2013 года на основании рекомендаций USAID<sup>74</sup> Совместный комитет по правам человека, правам детей, молодежи, и по вопросам иммиграции, беженцев, предоставления убежища и этики<sup>75</sup> принял новый подход к контролю над осуществлением Закона и поручил МПЧБ предпринять дополнительные меры для продвижения Закона и даже инициировать процесс утверждения плана действий. Также Объединенный комитет заявил, что он имеет все полномочия для рассмотрения полностью нового проекта закона и принятия решения по поводу того, необходимо ли согласовывать его с остальными антидискриминационными законами.

## 8. Квоты и преференциальный режим обращения

Действующий правовой режим оставил без внимания несколько важных элементов равенства. Это особенно важно для БиГ как для страны с переходной экономикой. В некоторых случаях существующие законы не соответствуют международным стандартам относительно того, в каких случаях может применяться дифференцированный режим обращения. Но более тревожно то, что они, наоборот, привели к дискриминации по разным признакам. В следующем разделе мы рассмотрим, как квоты и преференциальный режим обращения повлияли на принцип равенства в БиГ.

---

73 Вехабович, Ф., Кадрибашич, А. и Измирля, М., *Комментарий к закону «О запрещении дискриминации»*, Центр по правам человека Университета Сараево, 2010 г.

74 См. выше сноску 64.

75 Объединенный комитет по правам человека, правам детей, молодежи, и по вопросам иммиграции, беженцев, предоставления убежища и этики, протокол 19-й сессии, состоявшейся 17 января 2013 г.

Квоты всегда были одним из самых популярных способов, с помощью которых законодатели БиГ пытались добиться равенства. Есть квоты на рабочие места в сфере государственной службы, на руководящие должности, в вооруженных силах, полиции и судебной системе. Кроме того, некоторые законы предусматривают применение «преференциального режима обращения» в отношении доступа к занятости, здравоохранению, образованию и ресурсам для разных групп населения исключительно на основании их статуса,<sup>76</sup> а не потребностей. Из-за практического применения квот и преференций люди, которые не принадлежат к этим группам, оказались в менее выгодном положении, что может привести к дискриминации. Закон «О запрещении дискриминации» не в состоянии решить проблемы, созданные вездесущими квотами в правовой системе. Единственный новый стандарт, который был введен Законом, – это тест на проверку справедливости разного обращения, но введение этого теста в положения о квотах и преференциальном режиме обращения зависит от руководящих работников разных уровней управления.

Дейтонское соглашение, который включало в себя Конституцию БиГ в качестве одного из приложений, ввело механизмы обеспечения паритета сторон вооруженного конфликта по этническому признаку.<sup>77</sup> Таким образом, в политической системе БиГ можно выявить элементы теории консоциального разделения власти.<sup>78</sup>

Механизмы разделения властных полномочий и обеспечения паритета обнаруживаются во всей политической системе страны, включая, в частности, выборы на пост президента и в законодательный орган, а также назначение на должности в исполнительной ветви власти. Основной регуляторный механизм, применяемый для разделения власти и контроля паритетности, – это этнические квоты или квоты для «населяющих страну народов» (боснийцев, хорватов и сербов), а все остальные группы остаются за пределами этих договоренностей. Этнические группы, которые официально признаны как населяющие страну народы, также различаются по своим демографическим характеристикам, и применяемый принцип паритетности можно считать «избыточным предоставлением дополнительной гарантии защиты»<sup>79</sup> или «непропорциональностью в пользу меньшинств».<sup>80</sup>

---

76 К примеру, для ветеранов войны и членов их семей, безработных, представителей населяющих страну народов и т. д.

77 См. преамбулу к Конституции БиГ, которая содержит фразу: «боснийцы, хорваты и сербы как населяющие страну народы (наряду с другими народами), а также граждане Боснии и Герцеговины».

78 Современная форма демократии, разработанная шведским политологом Арендом Лейпхартом (р. 1936 г.), в соответствии с которой многие национальности могут мирно сосуществовать в рамках одного государства. Также известна как «консоциальная демократия». Однако следует отметить, что «консоциальная демократия» не признана официальной моделью демократии в Боснии и Герцеговине.

79 Theodor, H., Antoine, M., Hinrich, R. (eds.), *La société de concordance, approche comparative*, Actes du Symposium organisé par le Goethe-Institut sur «La régulation démocratique des conflits dans les sociétés plurales», Beyrouth, Libr. orientale, 1986, pp. 23–24.

80 Арендт, Л. «Консоциальная демократия: примеры Бельгии и Нидерландов», в издании под редакцией Theodor, H., Antoine, M., Hinrich, см. выше сноску 79, стр. 40.



Как отмечалось выше, Большая палата ЕСПЧ признала дискриминационный характер положений о введении квот для выборов членов Президиума БиГ и Палаты народов Парламентской ассамблеи БиГ.<sup>81</sup> Суд постановил, что Конвенция не обязывает полностью отказаться от механизма разделения властных полномочий, свойственного для БиГ, но существуют и другие механизмы разделения власти, которые не приводят автоматически к полному исключению представителей других сообществ. Хотя решение ЕСПЧ было опубликовано в декабре 2009 года, пока не было достигнуто соглашение о том, как изменить будущие механизмы разделения власти, чтобы согласовать их с этим решением. Пока что складывается впечатление, что политические партии склоняются к созданию системы, которая будет направлена на паритет, но не будет просто исключать сообщества, «не относящиеся к населяющим страну народам», не нарушая положения ЕКПЧ.

В январе 2013 года были с одобрением встречены поправки к Конституции кантона Сараево (одного из 10 кантонов Федерации Боснии и Герцеговины) как шаг в направлении реализации решения ЕСПЧ. Эти поправки узаконили совет «других» наряду с советом «населяющих страну народов» в Ассамблее кантона. Отныне группы «других» могут избирать одного из трех заместителей председателя Ассамблеи кантона Сараево. Это решение может наделить «других» правом влиять на принятие решений в Ассамблее кантона Сараево, что является значительным достижением, если учитывать тот факт, что эта Ассамблея уполномочена принимать кантональные законы, бюджеты и нормы, а также назначить членов правительства кантона.

Квоты применяются не только как инструмент обеспечения паритета в разделении власти, но и в самых разных сферах, которые необязательно являются элементами демократических систем. Подсчитать количество подобных положений в разных законах очень сложно, но они присутствуют в большинстве законов, регулирующих вопросы назначения на должности и трудоустройства. Что касается назначений, паритет, как правило, достигается за счет квот или преференциального режима обращения, а в сфере трудоустройства он обычно обеспечивается одними преференциями.

Назначение члена Института уполномоченного по правам человека можно рассматривать в качестве примера разделения власти, не связанного с моделью или теорией консociальной демократии:

*«Уполномоченный по правам человека назначается из числа трех населяющих страну народов (боснийцев, сербов и хорватов), что не исключает возможность назначения уполномоченного по правам человека из числа «других» народов.<sup>82</sup>*

---

81 См. выше сноску 17.

82 См. выше сноску 68, Статья 8.

Хотя это положение автоматически не исключает сообщества, не относящиеся к населяющим страну народам, все три действующих на данный момент уполномоченных по правам человека были назначены как члены одного из трех населяющих страну народа. Уполномоченные по правам человека не отвечают за работу разных ведомств, между ними нет никакой иерархии, и они должны совместно подписывать все решения, принимаемые Институтом. В целом, Институт номинально является независимым, но эта договоренность о разделении власти все равно приводит к вынужденному паритету групп в любом учреждении по правам человека и имеет эффект исключения сообществ, не относящихся к населяющим страну народам.

Законы, регулирующие наем на работу государственных служащих, можно рассматривать в качестве примера того, как преференциальный режим обращения был введен в систему занятости, которая в иных случаях основывается на квалификации кандидатов. Все эти законы содержат положения, которые касаются национального состава государственных служащих, в частности, предусматривается, что структура государственных служащих «должна в целом отражать национальную структуру» населения в соответствии с данными последней переписи. Ни в одном из этих законов не говорится, как должно применяться это положение, что создает широкий простор для действий по усмотрению и разного толкования. Только в одном законе, регулирующем вопросы трудоустройства в местном сообществе,<sup>83</sup> прописан тест для проверки ситуаций, в которых допускается преференциальный режим обращения. Если два кандидата наберут одинаковое количество баллов, предпочтение может быть отдано кандидату от недостаточно представленного населяющего страну народа. Можно считать, что этот тест приведен в соответствие с доводами Европейского суда (ЕС) в деле *Каланке*,<sup>84</sup> *Маршалла*<sup>85</sup> и *Абрахамссона*.<sup>86</sup> Любой другой преференциальный режим обращения может считаться дискриминационным.

По поводу законной цели этих исключений специалисты пришли к общему выводу, что здесь была попытка обеспечить равное участие населяющих страну народов и их представленность в сфере гражданской службы; в противном случае уполномоченные по правам человека вряд ли бы сочли квоты пропорциональными, в частности, потому что они исключают все сообщества, не относящиеся к населяющим страну народам.

К сожалению, подобные положения можно найти в других законах, регулирующих, например, доступ к рабочим местам для семей военнослужащих, погибших во время

---

83 Закон «О государственной службе в административных органах округах Брчко», Статья 26.

84 *Каланке против Вольного ганзейского города Бремена*, ЕС, С-450/93 [1995] Сборник решений Европейского суда №1-305.

85 *Маршалл против земли Северный Рейн-Вестфалия*, ЕС, С-409/95 [1997] Сборник решений Европейского суда №1-636.

86 *Абрахамссон против Фогельквист*, ЕС, С-407/98 [2000] Сборник решений Европейского суда №1-5539.

войны, для ветеранов войны, а также доступа к образованию для детей военнослужащих, погибших во время войны; эти законы не содержат никаких гарантий того, что данные положения будут использоваться только для достижения равенства, и что они не будут приводить к дискриминации.

Все эти положения могут быть оспорены, по крайней мере, в частных судебных исках в соответствии с Законом, но, похоже, на данный момент отсутствует реальная политическая воля, чтобы оценить успех и обоснование некоторых из этих положений в целях обеспечения равенства для всех. Оценка данных норм может быть выполнена с помощью предусмотренных законом «О запрещении дискриминации» теста для проверки допустимости применения разного обращения, но пока этот вопрос не обсуждался и не рассматривался. Кроме того, эти положения не были испытаны в судебном процессе. Та же проблема существует в отношении квот в других механизмах разделения власти, которые следуют той же логике положений, уже признанных ЕСПЧ дискриминационными.

Обеспечение равенства всех лиц и групп в правовой системе является важной задачей для любого общества. Опыт БиГ показывает, как трудно гарантировать равенство посредством квот и преференций, особенно если законодатели при рассмотрении прав отдельных групп не способны признать потребности других меньшинств.

## 9. Выводы

Закон:

*О запрещении дискриминации» открыл новую главу в сфере обеспечения равенства и недопущения дискриминации в БиГ. Он сосредоточил в себе все стандарты, которые были разработаны на протяжении многих лет в сравнительном праве, и его можно считать «путеводной звездой» правовой системы БиГ, если говорить о будущих законодательных изменениях.*

Один из уроков, который был вынесен из процесса разработки законопроекта, заключается в том, что без жестких условий, поставленных Европейским Союзом для регулирования сферы обеспечения равенства и недопущения дискриминации, этот Закон не соответствовал бы международным стандартам. Примечательно, что даже под давлением международных организаций и общественности парламентарии пытались максимально сузить силу и сферу применения Закона. Аналогично этому, как и ожидалось, наблюдается сильное сопротивление внедрению проблематики равенства и недопущения дискриминации в других областях права.

Закон «О запрещении дискриминации» оказался полезным в судопроизводстве. Хотя количество разбирательств по-прежнему остается небольшим, они привлекли внимание законодателей к проблеме дискриминации и привели к разработке новых стратегий борьбы с неравенством. Что еще более важно, эти первые дела продемонстрировали огромный потенциал судебных разбирательств, связанных с дискриминацией.

В правовой системе БиГ есть много положений, направленных на обеспечение равенства, но, похоже, между ними отсутствует координация и преемственность. Как видно из некоторых примеров разделения власти, этот несогласованный подход привел к дискриминации в отношении определенных групп, и БиГ является одной из стран, Конституция которых до сих пор открыто дискриминирует меньшинства.

Необходимо провести гораздо более объемную работу для достижения равенства и искоренения дискриминации. Нынешний подход, скорее, является реактивным, нежели упреждающим. Нет никаких институциональных инициатив, которые могли бы оценивать равенство и распространенность дискриминационной практики в стране, и по случаям дискриминации сбор и публикация данных не проводились.

Одной из возможных инициатив может быть принятие общего плана действий по обеспечению равенства и недопущению дискриминации, который позволит решить текущие проблемы и внедрить стратегический и скоординированный подход. В этом направлении уже реализуется несколько хороших инициатив, например, План действий по гендерным вопросам Боснии и Герцеговины<sup>87</sup> и Планы действий, направленные на решение проблем цыган,<sup>88</sup> основанные на упреждающем подходе, но всеобъемлющий стратегический документ по-прежнему отсутствует. Без такого документа любая новая инициатива может оставаться несогласованной, и не будет учитываться проблематика равенства и недопущения дискриминации. Поэтому будет интересно следить за развитием событий после Выводов, сделанных Объединенным комитетом по правам человека, правам детей, молодежи, и по вопросам иммиграции, беженцев, предоставления убежища и этики, касательно согласования законодательства с законом «О запрещении дискриминации» и за принятием плана действий по борьбе с дискриминацией.

---

87 Совет министров БиГ, *План действий по гендерным вопросам Боснии и Герцеговины*, 2006 г.

88 Совет Министров БиГ, *План действий, направленный на решение проблем цыган*, 2008 г.