EU SUPPORT FOR RULE OF LAW

www.rolaw.mk

LUDWIG BOLTZMANN INSTITUTE Fundamental and Human Rights

REPUBLIC OF SLOVENIA MINISTRY OF THE INTERIOR

REPUBLIC OF CROATIA Ministry of Justice, Public Administration and Digital Transformation

CILC Center for International Legal Cooperation

Насоки како да се балансира помеѓу правата во случаи на дискриминација

Изготвено за Комисијата за спречување и заштита од дискриминација

Тамаш Кадар, Еквинет

Оваа публикација е финансирана од Европската Унија. За нејзината содржина одговорни се единствено авторот и Ludwig Boltzmann Gesellschaft – Институтот за основни и човекови права (LBI-GMR) и таа не мора нужно да ги одразува ставовите на Европската Унија.

Финансирано од Европска Унија

ЕУ со ТЕБЕ

Содржина

Содржина 2
1. Вовед 3
2. Клучни принципи на балансирање што ги применува ЕСЧП 5
3. Видови на балансирање 11
4. Практичен метод на балансирање – чекори во балансирањето 14
4.1 Законитост 14
4.2 Легитимна цел 16
4.3 Нужност и пропорционалност 17
5. Клучна судска пракса на ЕСЧП релевантна за телата за еднаквост 18
5.1 Слобода на вероисповед наспроти еднаквост 18
5.2 Слобода на изразување наспроти еднаквост 19
5.3 Семејни и права на малолетниците 23
5.4 Правно признавање на правата на ЛГБТИК лицата 29
6. Контролна листа, односно предупредувачки знаци дека е потребно балансирање 33
7. Анекс 35

Финансирано од Европска Унија

1. Вовед

Овие насоки се осмислени да се користат како интерна алатка на Комисијата за спречување и заштита од дискриминација (КСЗД), како помош при одлучување по случаи на дискриминација во кои е неопходно да се балансира помеѓу различните човекови права. Балансирањето е метод што го користат бројни уставни судови насекаде во светот за решавање на конфликтите помеѓу човековите права. Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП) исто така редовно го применува балансирањето со цел да ги одмерува човековите права едни наспроти други и наспроти спротивставените јавни интереси.

Во судската пракса на ЕСЧП балансирањето е истовремено и принцип на толкување на правото и формален тест. **Принцип на толкување** подразбира читање и разбирање на опсегот на правата и на нивните ограничувања на начин преку кој ќе се усогласуваат индивидуалните права со јавните интереси или со правата на другите. Тоа му помага на Судот да ја определи содржината и границите на едно право за да обезбеди правичност и човечко достоинство во сите случаи и да ги толкува правата во однос на другите права, а не изолирано. **Формалниот тест** опфаќа утврдување на спротивставените права и интереси и внимателно одредување на компаративна тежина на тие спротивставени интереси. Целта е да се дојде до оптимален заклучок, врз основа на прашањето дали мешањето во основното право, односно разликата во постапувањето, е оправдана, ако се земе предвид придобивката во заштитата на спротивставеното право или интерес во конкретните околности на случајот.

Случаите на дискриминација не се исклучок од оваа општа потреба од балансирање, бидејќи честопати бараат внимателно балансирање помеѓу правото да не се биде дискриминиран од една страна, а од другата страна други права или интереси на кои може да се повика лицето, како на пример слобода на изразување, слобода на мисла, совест и вероисповед, или јавното здравје, безбедноста и сигурноста, како и спречување на криминал. Иако и во двата случаи станува збор за внимателно балансирање на правата, постапката е донекаде различна кога правото на поединец или на група да не биде дискриминиран се спротивставува на правото на друг поединец (на пример, неговата слобода на изразување) или на размислувања поврзани со јавното добро (на пример, јавното здравје или безбедноста).

КСЗД веќе применува балансирање на спротивставени права и интереси во своето одлучување, вклучително и во случаи во кои правото на еднаквост и недискриминација мора да се одмери заедно со други заштитени права или легитимни интереси. Сепак, тоа балансирање не секогаш се спроведува преку изречна и структурирана методологија што јасно ги утврдува спротивставените права, ја оценува природата и тежината на

засегнатите интереси и објаснува зошто еден интерес треба да преовлада во конкретните околности на случајот. Оттаму, овие Насоки се надоврзуваат на веќе постоечката практика во КСЗД, и нудат посистематска рамка за спроведување и образложување на постапката на балансирање.

Во продолжение следат делови кои се замислени да дадат краток и прегледен увид во:

- некои од принципите што го раководат балансирањето;
- видовите балансирање што може да бидат потребни;
- практичните чекори во балансирањето на правата;
- клучната судска пракса на ЕСЧП која е релевантна за темата;

Насоките се засноваат на судската пракса на ЕСЧП и имаат за цел да им помогнат на вработените во КСЗД при истражувањето и одлучувањето по слични случаи, со тоа што ќе овозможат увид во практиката на Европскиот суд за човекови права во оваа област.

На крајот од документот е дадена основна контролна листа, по која следи анекс со дополнителни ресурси.

2. Клучни принципи на балансирање што ги применува ЕСЧП

Принципите развиени во судската пракса на ЕСЧП претставуваат важна рамка за толкување за КСЗД кога тие го применуваат домашното законодавство за еднаквост и недискриминација. Иако КСЗД не го применува начинот на оценување согласно принципите на Конвенцијата онака како што тоа го прави ЕСЧП, овие принципи може да се применат при нејзиното толкување на домашното право и да ѝ помогнат при оценување на случаите во кои правото на еднаквост и недискриминација е во корелација со други права или легитимни интереси. Во пракса, насоките ќе ѝ помогнат на КСЗД да ги утврди засегнатите права и нивниот опсег, да оцени дали ограничувањето или разликата во постапувањето е во согласност со легитимна цел и јасно да образложи дали постигнатата рамнотежа помеѓу правата во конкретниот случај е оправдана. Примената секогаш треба да се заснова на Уставот, на Законот за спречување и заштита од дискриминација и на другите применливи домашни законски акти, толкувани во согласност со меѓународните обврски во полето на човековите права, каде се вклучени и стандардите на ЕКЧП.

- **Нема хиерархија на правата** – ова е важно за секое балансирање, и не мора да значи дека треба да се воспостави хиерархија на правата. Како што е појаснето на ниво на ОН, човековите права не само што се универзални (важат за сите луѓе), туку се и неделиви, меѓузависни и меѓусебно поврзани, што значи дека една група права не може целосно да се ужива без другата и дека сите човекови права имаат еднаков статус како права и не може да се подредат во хиерархија[1]. За КСЗД, појдовната точка не треба да биде дека еднаквоста автоматски преовладува, на пример, над правото на изразување, вероисповед или слично. Најнапред мора да се утврдат спротивставените права, и нивната релевантност треба да се оцени во конкретните околности.

- **Практични и делотворни права** – Преку овој принцип ЕСЧП појаснува дека Конвенцијата не е наменета да гарантира теоретски или илузорни права, туку права што се практични и делотворни[2]. Овој принцип е релевантен и за КСЗД, бидејќи на овој начин може да ја зајакне својата положба во надзорот над практичната примена и спроведувањето на Законот за спречување и заштита од дискриминација, грижејќи се правата на хартија да се преточат во права во практиката.

[1] OHCHR. (без год.). *What are human rights?* (Што се човековите права) United Nations Human Rights: Office of the High Commissioner. https://www.ohchr.org/en/what-are-human-rights
[2] Став 192 од Скордино против Италија

- **Пропорционалност** – Европскиот суд за човекови права редовно ги балансира човековите права едни наспроти други и наспроти спротивставените јавни интереси и притоа ја издигна пропорционалноста на ниво на основен принцип на толкување на Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП). Сепак, важно е да се истакне дека односот помеѓу балансирањето и пропорционалноста, како и нивното дефинирање, честопати погрешно се разбираат. Како што вели Virgílio Afonso da Silva: „постојат најмалку два начини на погрешно разбирање на односот помеѓу балансирањето и тестот на пропорционалност. Првиот е да се тврди дека балансирањето е единственото нешто што е важно во тестот на пропорционалност. Вториот е да не се признае дека балансирањето во правната аргументација врши и други задачи, кои немаат никаква врска со тестот на пропорционалност. За да се расветли првата грешка треба да се покаже дека тестот на пропорционалност е повеќе од само балансирање, меѓу другото, затоа што тестот опфаќа и други (претходни) чекори, како што се тестовите на соодветност и на нужност. Разрешувањето на втората грешка бара да се покаже дека балансирањето е повеќе од тест на пропорционалност, бидејќи се применува во ситуации во кои тестот на пропорционалност воопшто не е потребен.[3]“ За КСЗД ова е еден од најважните принципи на работа. Кога домашното право дозволува оправдување на различно постапување, или кога остварувањето на друго право ја ограничува еднаквоста, КСЗД треба да испита дали мерката следи легитимна цел и дали употребените средства се соодветни, нужни и пропорционални на таа цел.

- **Нужност во демократско општество** – прашањето дали ограничувањето на некое човеково право е нужно во демократско општество е особено релевантно за примената на балансирање што ги вклучува членовите 8 до 11 од ЕКЧП (Право на почитување на приватниот и семејниот живот, Слобода на мисла, совест и вероисповед, Слобода на изразување и Слобода на собирање и здружување), вклучително и во врска со член 14[4]. Во вториот став на овие членови од Конвенцијата, „нужноста во демократско општество“ е основен тест кој помага да се одлучи дали ограничувањето на правото може да биде допуштено според Конвенцијата. Секој член наведува различни причини поради кои ограничувањето може да биде неопходно во демократско општество, на пример

[3] da Silva VA. Balancing may be everywhere, but the proportionality test is not (Балансирањето може да биде насекаде, но не тестот за пропорционалност). *Global Constitutionalism*. 2024;13(3):519-534. doi:10.1017/S2045381723000187 (https://www.cambridge.org/core/journals/global-constitutionalism/article/balancing-may-be-everywhere-but-the-proportionality-test-is-not/D1E4872DE2E2EF15EBDB66A5074AC399)

[4] Види и член 2(3)-(4) од Протоколот бр. 4 кон ЕКЧП за слободата на движење

во член 8 се наведува економската благосостојба на земјата, додека во член 10 се наведува територијалниот интегритет, што не го среќаваме во другите членови. КСЗД не го спроведува тестот во врска со вториот став на членовите 8 до 11 од ЕКЧП секогаш кога одлучува по претставка за дискриминација. Сепак, пристапот на ЕСЧП во такви случаи ќе ѝ помогне на КСЗД да даде подобри образложенија засновани на јавниот интерес или на правата на другите, особено во случаи кога се повикува на слободата на изразување, вероисповед, приватност или здружување, наспроти барањата за еднаквост.

- **Тест на правична рамнотежа** – „Тестот на правична рамнотежа“ што Судот го применува во случаите по Протоколот бр. 1 кон Конвенцијата (Заштита на сопственоста) е помалку строг од тестот на „нужност во демократско општество“ содржан во членовите 8 до 11 од Конвенцијата. Тој бара државата да покаже дека постигнала правична рамнотежа меѓу правото на лицето и јавниот интерес. Тоа нема да биде постигнато ако физичкото лице (или правното лице) мора да поднесе прекумерен товар, или ако нема или има малку процесни можности да го оспори лишувањето од тоа право. Важно е што Судот го применил тестот на правична рамнотежа и во случаи поврзани со други членови од Конвенцијата, вклучувајќи ги членовите 8 до 11. За КСЗД ова е корисно таму каде што случајот не може да се сведе на едноставно прашање дали едно право има предност пред друго. Наместо тоа, КСЗД треба да испита дали одлуката или праксата става непропорционален или прекумерен товар врз лицето или врз групата изложена на дискриминација.

- **Маргина на слободна процена** – Овој добро познат принцип, кој Судот често го применува, во суштина значи дека на државите им се остава определен простор на дискреција при примена на правата, особено за прашања од морална или културна природа. Во пресудата *Хендисајд против Обединетото Кралство* Судот појасни дека „поради нивниот непосреден и постојан контакт со виталните сили на нивните земји, државните органи во принцип се во подобра положба од меѓународниот судија да се произнесат во врска со точната содржина на тие барања[5]“. Важно е, сепак, што Судот укажува и дека оваа маргина на слободна процена не е неограничена и дека треба да оди рака под рака со „европскиот надзор“[6]. Во *С.А.С. против Франција*, каде што Судот пресуди дека забраната во Франција за носење бурка во јавност не ја повредува ЕКЧП, прифаќајќи го аргументот на Франција за „соживот “, исто така беше применета доктрината на

[5] Види став 48 од *Хендисајд против Обединетото Кралство*
[6] Став 49 од *Хендисајд против Обединетото Кралство*

маргината на слободна процена[7]. Овој принцип се однесува на државата во нејзиниот однос со ЕСЧП и не се однесува на КСЗД. Сепак, КСЗД може да ја користи судската пракса на ЕСЧП за да добие увид во широчината на оваа маргина и да разбере колку е широк просторот за постапување кој го имаат домашните органи во определена област.

- **Доктрина на „жив инструмент“** – ЕСЧП првпат се повика на овој принцип во случајот Тајрер против Обединетото Кралство во 1978 година, пред речиси 50 години. Во подоцнежната судска пракса доктрината е дополнително разработена на следниот начин: „[…] Конвенцијата е жив инструмент што мора да се толкува во смисла на сегашните услови и во согласност со развојот на меѓународното право, за да го одразува сè повисокиот стандард што се бара во областа на заштитата на човековите права, што налага поголема строгост при оценувањето на повредите на основните вредности во демократските општества.[…]“[8] Оваа доктрина е релевантна за КСЗД за да може да одговори на новите предизвици (како што е дискриминацијата преку автоматизирани системи или вештачката интелигенција) или на форми на дискриминација чија општествено-правна прифатеност и толкување значително се измениле со текот на годините.

- **Европски консензус** – донекаде поврзано со доктрините на маргината на слободна процена и на живиот инструмент, Судот ги зема предвид и заедничките европски стандарди и генерално е помалку склон да допушти широка маргина на слободна процена во случаи во кои се чини дека постои јасен европски консензус[9]. За КСЗД овој принцип може да помогне при толкување на насоката и опсегот на заштитата на човековите права кога домашното право остава простор за толкување, но не може да служи како замена за применливото национално право ниту да има предност над него.

- **Суштина на правото** – прашањето дали ограничувањето ја засега суштината на конкретното право може да биде елемент на балансирањето, и мешањето или ограничувањето по правило нема да биде прифатено освен ако не демонстрира почитување на суштината на правото. Тоа редовно се појавува во судската пракса на Судот уште од случајот *Belgian Linguistic* од 1968 година. Сепак, многу

[7] Види став 155 од *С.А.С против Франција*, но и критиката на тоа во ставовите 16 до 20 од заедничкото делумно издвоено мислење на судиите Nussberger и Jäderbloom, https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466

[8] *Демир и Бајкара против Турција* [ГС], бр. 34503/97, § 146, 12 ноември 2008. Види и *Очалан против Турција* [ГС], бр. 46221/99, § 163, 12 мај 2005, и *Селмуни против Франција* [ГС], бр. 25803/94, § 101, 28 јули 1999.

[9] Види, на пример, оценката на европскиот консензус во став 156 од *С.А.С против Франција* и критиката на мнозинската пресуда во став 16 од заедничкото издвоено мислење.

теоретичари - коментатори тврдат дека „преточувањето на апстрактната идеја за ‘суштината на правата‘ во судското расудување не е еднозначно[10]“, или дека „мора да се забележи дека сè уште недостига јасно разбирање на овој поим и на неговата практична корисност.“ Имено, идејата за суштината на основните права никогаш не била јасно определена во судската пракса, која, во суштина, во оваа област останува доста прагматична и без утврдени начела.“ При разгледување на случај, КСЗД би можела да одговори на прашањето дали прифаќањето на оправдувањето го лишува или го исполнува правото на еднаквост и недискриминација, или пак суштината на спротивставеното право.

- **Контекстуален пристап** – Овој принцип на толкување бара Конвенцијата да се толкува како целина и во склад со останатото меѓународно право[11]. За КСЗД е важно да се разбере дека домашните одредби против дискриминацијата треба да се читаат заедно со Уставот, со релевантните закони во таа област и со меѓународните стандарди. Тој исто така го свртува вниманието кон општествениот контекст на нееднаквоста.

- **Позитивни и негативни обврски** – Конвенцијата генерално им наметнува на државите членки голем број негативни обврски, да се воздржат од определени дејствија и од мешање во човековите права наведени во неа. Наспроти тоа, позитивните обврски бараат конкретно дејствување, на пример донесување закони, спроведување истраги и слично. Пример за овие позитивни обврски може да се најде во *Федотова и други против Русија,* каде што Судот утврди повреда на член 8 од Конвенцијата, наоѓајќи дека тужената држава ја надминала својата маргина на слободна процена и не ја исполнила својата позитивна обврска да го обезбеди правото на подносителите на почитување на нивниот приватен и семеен живот (преку грижата подносителите да имаат на располагање посебна правна рамка што предвидува признавање и заштита на нивната истополова врска).

  Оценувањето дали државата ги исполнила своите негативни обврски може да спаѓа во мандатот на КСЗД. Иако оценувањето и одлучувањето дали се исполнети позитивните обврски на државата по правило го надминува мандатот на КСЗД, ако таа утврди недостатоци (на пример, ако не постои или не е соодветна

[10] Brucher Anaïs. (2025). Unpacking the uses of the ‘essence of rights’ in ECtHR case law: symbol, paradox and normative statement. (Разоткривање на употребата на „суштината на правата“ во судската пракса на Европскиот суд за човекови права: симбол, парадокс и нормативна изјава) Strasbourg Observers, https://strasbourgobservers.com/2025/07/11/unpacking-the-uses-of-the-essence-of-rights-in-ecthr-case-law-symbol-paradox-and-normative-statement/

[11] Ставови 66 до 68 од *Демир и Бајкара против Турција*, https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-89558

законската рамка), може да ги искористи своите овластувања за да даде препораки до носителите на одлуки во врска со политиките и законите.

3. Видови на балансирање

Како што е утврдено погоре, балансирањето помеѓу правата е клучна доктрина создадена од судиите во практиката на ЕСЧП и се применува широко, иако не во сите случаи по кои одлучува Судот. Балансирањето може да има различни форми и затоа опфаќа широк распон на различни постапки и ситуации.

Судот се повикува на балансирање за да донесе одлука во врска со она што го смета за **вертикален судир** меѓу спротивставените права на еден или повеќе поединци и општиот јавен интерес[12], и во **хоризонтално спротивставените** приватни интереси. Пример за второво од постарите предмети е *Фрет против Франција* (2002), каде што правото на подносителот - хомосексуалец да може да посвои дете беше ограничено од интересите на децата подобни за посвојување[13]. Пресудата беше донесена со само четири гласа наспроти три, а само 8 години подоцна, врз основа на слични факти, Судот пресуди во предметот *Е.Б. против Франција* дека ограничувањето на правото на хомосексуалниот подносител да посвои дете претставува повреда на член 14 во врска со член 8. Подносителот во Е.Б. изречно се повика на „континуираниот развој на правото во прилог на посвојување на двојки од ист пол по пресудата Фрет“[14]. Оттаму, овие две пресуди се корисна илустрација на принципите споменати погоре (на пример, европскиот консензус, доктрината на живиот инструмент и полето на слободна процена).

Од поновите предмети, Судот се сврте кон **балансирањето како тест** за да го определи и разреши тоа што го смета за судир меѓу спротивставени права што треба подеднакво да се почитуваат согласно Конвенцијата, при што правата на подносителот се претставени како спротивставени на правата на трето лице. Пример за ова е *Аксел Шпрингер против Германија*, каде што од Судот се бараше да се произнесе во случај што се однесува на судир меѓу правото на подносителот (издавачка куќа) на слобода на изразување и правото на почитување на приватниот живот на познат телевизиски актер[15]. Во *Еинарсон против Исланд*, Судот мораше да одлучува по предмет што се однесува на постапка за клевета поведена од јавна личност обвинета дека е „силувач“, при што Судот мораше да утврди дали е постигната правична рамнотежа помеѓу правото на подносителот на заштита на неговиот приватен живот согласно член 8 од Конвенцијата и правото на Х на слобода на изразување загарантирано со член 10.

[12] *Институт Ото Премингер против Австрија*, https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57897
[13] Став 42 од *Фрет против Франција*
[14] Став 61 од Е. Б против Франција
[15] *Аксел Шпрингер АГ против Германија*, види ги критериумите применети за балансирањето почнувајќи од став 89 натаму

Важно е што Судот смета дека определени права се „**апсолутни права“**, за кои не може да се балансира, бидејќи државата никогаш не смее да оправда мешање. На пример, постои изречен отпор кон примена на балансирање помеѓу правата во образложението на Судот за неговата судска пракса по член 3 кој се однесува на забрана на мачење, нечовечко и понижувачко постапување. Во *Гафген против Германија*, предмет кој се однесува на употребата на закани со мачење од страна на полициски службеник со цел да се добијат информации за местото каде се наоѓа грабнато дете, Судот наведе, на пример, дека: „Мачење, нечовечко или понижувачко постапување не смее да се примени ниту во околности во кои е загрозен животот на поединец. Нема отстапување ниту во случај на вонредна состојба во која е загрозен животот на нацијата. Член 3, кој е формулиран со недвосмислени зборови, признава дека секое човечко суштество има апсолутно, неотуѓиво право да не биде подложено на мачење или на нечовечко или понижувачко постапување под никакви околности, дури и во најтешките. Филозофската основа на апсолутната природа на правото од член 3 не допушта никакви исклучоци, оправдувачки фактори или балансирање на интереси, без оглед на однесувањето на засегнатото лице и на природата на делото за кое станува збор[16].“

Друга категорија на права во практиката на ЕСЧП се „**ограничените права“**, каде какво било мешање може да се прифати само ако јасно се вклопува во списокот на можни ограничувања предвидени со самиот член. На пример, член 2(2) (право на живот, во случаи на самоодбрана), или член 5 (право на слобода и безбедност, во случаи на законито апсење или притвор).

Последна, но еднакво важна е категоријата на „**квалификувани права**“ која ги опфаќа, на пример, членовите 8 до 11 од Конвенцијата и таа е од клучно значење за овие насоки, бидејќи токму во доменот на овие права може да се случи Судот да има потреба да примени балансирање на правата. Членот 14 за забрана на дискриминација не содржи внатрешна клаузула за ограничување на мешањето од страна на државата што се смета за „нужно во демократско општество“ заради наведените легитимни цели. Сепак, со оглед на придружната природа на член 14, кога тој се наведува во врска со квалификувано право, и тој самиот добива таков квалификуван карактер. Наспроти ова, Член 1 од Протоколот бр. 12 (Општа забрана на дискриминација, ратификуван од Северна Македонија во 2004 година) е самостојно право што ја проширува заштитата од дискриминација врз сите законски права и дејствија на органите на јавната управа. Иако во принцип тој не допушта мешање заради легитимни цели ниту дозволува исклучоци неопходни во демократско општество, во пракса функционира преку анализа на

[16] *Гафген против Германија*, став 107; види и: Башак Чали: Тест на балансирање: ЕСЧП, Макс Планк енциклопедија на меѓународното процесно право, https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e3426.013.3426/law-mpeipro-e3426#law-mpeipro-e3426-bibItem-76

балансирањето, со што се грижи за повреда да се смета само неоправдано и непропорционално различно постапување.

4. Практичен метод на балансирање – чекори во балансирањето

Откако ќе се утврди, согласно претходниот дел, дека засегнатите права во дадениот случај спаѓаат во категоријата на квалификувани права (и затоа може да подлежат на ограничувања), во балансирањето мора да се преземат три посебни чекори. Најважно е што овие чекори важат и во случаи на судир на правата, што го вклучува и правото да не се биде дискриминиран. Посложените случаи на судир помеѓу правата по правило ќе бараат поголемо внимание особено кон последниот дел од тестот, кога се оценува пропорционалноста на мешањето во конкретните права.

4.1 Законитост

Првиот чекор е оценката дали мешањето во некое право е „во согласност со законот“ (член 8(2)) или „пропишано со закон“ (член 9(2), 10(2), 11(2)) или подлежи на условите предвидени со закон (член 1 од Протоколот бр. 1). На основно ниво, тоа значи „формална законитост“, односно дека мешањето мора да има правен основ во домашното право.

Сепак, практиката на Судот оди подалеку од тоа и бара и самиот закон да исполнува определени критериуми или стандарди, како што се достапност (луѓето мора да имаат можност да го знаат законот и како тој влијае врз нив), јасност или прецизност, и предвидливост на неговите последици (лицата мора да можат да ги предвидат последиците од своите постапки според законот). Освен тоа, законот мора да обезбеди заштита од произволност, и ако не го овозможија тоа, тогаш не го исполнува барањето за „квалитет на законот“ и не може да го задржи „мешањето“ во рамките на она што се смета за „нужно во демократско општество“[17].

[17] *Роман Захаров против Русија*, https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-159324, ставови 303 до 304

Презентацијата на професорката д-р. Ксенија Турковиќ, изготвена во рамки на истиов проект, дава корисен преглед на тестот на законитост:

Концептуален преглед на тестот на законитост

Поим на ЕСЧП	Клучни прашања	Се однесува на
Законитост	Постои ли основ (правни основи) во домашното право?	Сите права со клаузули за мешање
Квалитет на законот	Дали законот е пристапен, јасен и предвидлив?	Генерално, кај сите права кај кои законитоста е од значење
Заштита преку владеењето на правото	Дали законот штити од произволно мешање?	Универзално, како општ принцип на Конвенцијата

На пример, во *Л.Ф. против Унгарија*, Судот утврди дека повеќе органи на локалната самоуправа извршиле „инспекции“ во куќата на подносителот, но бидејќи за такви „инспекции“ немало правен основ, тие се сметаат за повреда на член 8 од Конвенцијата. Важно е што пресудата исто така потврдува дека овој наод го прави непотребно за Судот да испитува дали таа [„инспекцијата“] била преземена заради „легитимна цел“ и дали била „неопходна во демократско општество“[18]. Со други зборови, другите чекори од тестот на пропорционалност не се потребни, кога веќе отсуствува јасна законска основа.

[18] *Л.Ф. против Унгарија*, став 80

4.2 Легитимна цел

За да биде прифатливо, мешањето во правата од Конвенцијата мора да следи една или повеќе легитимни цели наведени во самите релевантни членови. Презентацијата на професорката Турковиќ дава корисен преглед на легитимните цели наведени во членовите 8 до 11 од Конвенцијата:

Легитимни цели

Наведени во членовите 8–11

- националната безбедност (8, 10, 11)
- територијалниот интегритет (10)
- јавната безбедност (8, 9, 10, 11)
- економската благосостојба на земјата (8)
- спречувањето нереди или кривични дела (8, 10, 11)
- здравјето или моралот (8, 9, 10, 11)
- правата и слободите на другите (8, 9, 10, 11)
- јавниот ред (9)
- угледот или правата на другите (10)
- спречувањето откривање информации добиени во доверба (10)
- одржувањето на авторитетот и непристрасноста на судството (10)

Овие категории на легитимни цели, кои понекогаш се донекаде апстрактни, потоа во секој предмет се преточуваат во конкретни цели. Поучен пример за ова е *Федотова и други против Русија*, каде што Судот ги испита сите три легитимни цели што ги изнесе Русија за да го оневозможи секој облик на законско признавање на истополовите двојки. „Заштитата на традиционалното семејство“ во принцип може да се прифати како легитимна цел, но потоа беше утврдено дека не може да го оправда отсуството на каков било облик на признавање и заштита за двојките од ист пол. Напротив, во овој предмет Судот не беше во состојба да ги прифати како легитимни цели ни „чувствата на мнозинството од руското население“ ни „заштитата на малолетниците од промовирање на хомосексуалноста“[19].

Севкупно, јасно е дека стереотипите и предрасудите (како што се ставовите на руското население за истополовите врски или, во друг случај, согледувањата на судиите за различната важност на сексуалноста во зависност од возраста и полот[20]) не може да претставуваат легитимни цели, бидејќи тие мора да бидат во склад со демократскиот плурализам и со човечкото достоинство. Во случаите во кои владата не може да

[19] *Федотова против Русија*, став 205 до 223
[20] *Карвалхо Пинто де Суса Мораис против Португалија*, https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-175659

демонстрира дека постои прифатлива легитимна цел, тестот автоматски завршува, без да се разгледува пропорционалноста на мерката.

4.3 Нужност и пропорционалност

Откако Судот ќе се увери во законитоста и во легитимната цел на мерката, тој преминува кон тестот на пропорционалност и кон оценката дали избраните средства за постигнување на легитимната цел се пропорционални и нужни за постигнување на таа цел. За да утврди дали различното постапување е пропорционално, судот мора да се увери дека:

- не постои друго средство за постигнување на таа цел што предизвикува помало мешање во правото. Со други зборови, дека претрпената неповолност е најниското можен степен на штета нужен да се постигне бараната цел;
- целта што треба да се постигне е доволно важна за да го оправда ваквиот степен на мешање[21].

Важно е што во предметите кои се разгледуваат во врска со член 14 мешањето, во основа, е различниот третман кој се заснова на лична карактеристика, и тестот на пропорционалност бара објективно оправдување за сите случаи на дискриминација[22].

Практиката на Судот ја нагласува релевантноста на доктрината на маргината на слободна процена во однос на интензитетот на тестот на пропорционалност: во случаите во кои Судот утврдува дека нема европски консензус или кога прашањето ја засега националната безбедност, веројатно е дека Судот ќе даде поголема флексибилност на државите членки. Слично на тоа, различното постапување во прашања што се сметаат дека се во сржта на личното достоинство, како што се разликите во областа на приватниот и семејниот живот, потешко се оправдуваат од оние што се однесуваат на поширок прашања од социјалната политика, особено кога тие имаат фискални импликации[23]. За тестот на пропорционалност е релевантно и тоа дека Судот утврди и некои основи на дискриминација како „сомнителни основи“, кај кои се потребни особено силни причини за да се оправда разликата во постапувањето[24].

[21] Прирачник за европското антидискриминациско право, издание од 2018 година; Агенција на Европската унија за основни права и Совет на Европа, 2018, стр. 93
[22] Спореди со антидискриминациското право на ЕУ, каде што објективното оправдување важи само за случаите на индиректна дискриминација – со посебно наведени исклучоци за случаите на директна дискриминација
[23] Прирачник за европското антидискриминациско право, издание од 2018 година; Агенција на Европската унија за основни права и Совет на Европа, 2018, стр. 93
[24] Види, на пример, *Валијанатос и други против Грција*, https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-128294, став 77

5. Клучна судска пракса на ЕСЧП релевантна за телата за еднаквост

Во овој дел е содржан избор од предмети по кои постапувал ЕСЧП во кои се врши балансирање на правата и кои може да бидат особено релевантни за телата за еднаквост. Со оглед на ограничувањата на овој документ, целта не е да се понуди сеопфатна анализа на сите релевантни случаи, туку да се добие увид во логиката на балансирањето што го врши Судот во некои од најрелевантните и најтипичните видови на судир.

5.1 Слобода на вероисповед наспроти еднаквост[25]

Слободата на вероисповед е основно човеково право, со силни одредби што го штитат, на пример, во **Меѓународниот пакт за граѓански и политички права** (МПГПП, член 18) и во **Европската конвенција за човекови права** (ЕКЧП, член 9). Сепак, овие извори на меѓународното право јасно пропишуваат дека слободата на вероисповед не е неограничена. Двете конвенции користат слична формулација, пропишувајќи дека слободата на вероисповед „*подлежи само на оние ограничувања што се пропишани со закон и што се неопходни во демократско општество во интерес на јавната безбедност, заради заштита на јавниот ред, здравјето или моралот, или заради заштита на правата и слободите на другите*“ (формулација од ЕКЧП).

Европскиот суд за човекови права преку својата судска пракса појасни дека слободата на вероисповед може законито да биде ограничена од државата, на пример кога станува збор за поставувањето верски симболи, како што е распетието, во училници на државните училишта (*Лауци и други против Италија*); носењето верски симболи или облека од страна на наставници, професори, студенти и ученици во училиште и на универзитет (*Дахлаб против Швајцарија* и *Лејла Сахин против Турција*); носењето верски симболи или облека во јавен простор (*С.А.С против Франција* и *Беласеми и Усар против Белгија*); и задолжителните часови по пливање за децата (*Османоглу и Кочабаш против Швајцарија*).

Иако некои од овие пресуди предизвикаа големи контроверзии и критики, тие јасно укажуваат дека Судот не ја смета слободата на вероисповед за неограничено право и дека во определени, добро образложени случаи, судот прифаќа воведување и примена на ограничувања од државата, вклучително и заради обезбедување еднаквост за определени заштитени групи. Важно за овие насоки е што, иако Судот на крајот го прифати ограничувањето на слободата на вероисповед во случајот *С.А.С против*

[25] За дополнителни случаи види го информативниот лист на Судот во врска со слободата на вероисповед: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Freedom_religion_ENG

Франција, тој изречно *не* ја прифати еднаквоста меѓу жените и мажите како оправдување за забраната на носењето бурка што го покрива целото лице во јавниот простор[26].

Особено интересен случај на судир меѓу слободата на вероисповед, од една страна, и еднаквоста за ЛГБТИК лицата, од друга страна, е предметот *Ладел и Мекферлан против Обединетото Кралство*. Подносителите – матичарка од службата за регистрирање на родени, умрени и венчани, како и советник во служба за доверливо сексуално и партнерско советување – кои биле посветени верници од христијанска вера, тврдеа дека домашното право не го заштитило соодветно нивното право да ги изразат своите верски уверувања. Двајцата се жалеле дека биле отпуштени затоа што одбиле да извршат определени работни задачи за кои сметале дека би значеле попустливост кон хомосексуалноста, практика што ја сметале за некомпатибилна со своите верски уверувања. Судот утврди дека нема повреда на член 9 толкуван самостојно ниту во врска со член 14. Тој оцени, меѓу другото, дека не може да се каже дека националните судови не постигнале правична рамнотежа кога ги потврдиле одлуките на работодавците да поведат дисциплински постапки. Во секој од случаите, работодавецот спроведувал политика на недискриминација кон корисниците, а правото да не се биде дискриминиран врз основа на сексуална ориентација исто така е заштитено со Конвенцијата (и во случајов на тоа право му беше дадена предност пред слободата на вероисповед).

Интересен облик на судир може да се појави доколку се спротивстави: од една страна недоведување во прашање на верувањата и автономијата на работодавец чиишто убедувања се засноваат на вероисповед и, од друга страна, интересот на вработените да не бидат дискриминирани поради нивната вероисповед. Сепак, оваа тема и дискусија го надминуваат опсегот на овие насоки, но интересно е да се забележи дека Судот на правдата на ЕУ, толкувајќи го член 4(2) од Директивата 2000/78/ЕЗ, утврди дека католичко здружение не смее да отпушти вработен единствено поради тоа што тој ја напуштил Католичката црква (предмет C-258/24).

5.2 Слобода на изразување наспроти еднаквост[27]

Член 10 од ЕКЧП ја штити слободата на изразување како клучно право од Конвенцијата. Сепак, слично на слободата на мисла, совест и вероисповед, слободата на изразување не е неограничена. Особено, говорот на омраза е динамично поле на правото, и во последниве години расте вниманието кое се посветува на дефинирањето и

[26] Став 118 до 119 од пресудата
[27] За дополнителни случаи види го информативниот лист на Судот за говорот на омраза: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Hate_speech_ENG

забранувањето на говорот на омраза и на меѓународно и на национално ниво, и ова не може да се каже дека не е поврзано со растот на онлајн говорот на омраза.

На ниво на **ОН**, **Планот за дејствување од Рабат** на практичен начин прави разграничување помеѓу „три вида изразување: изразување што претставува кривично дело; изразување што не е казниво согласно кривичното право, но може да биде предмет на граѓанска тужба или управни санкции; и изразување што не повлекува кривични, граѓански или управни санкции, но сепак буди загриженост од аспект на толеранција, култура на однесување и почитување на правата на другите“.

Меѓународните дефиниции на говорот на омраза (на ниво на ОН, Советот на Европа и ЕУ) имаат важни сличности, меѓу кои:

- опфаќаат елементи како што се поттикнување или подбуцнување на омраза и насилство;
- по правило се темелат на основите раса, етничко потекло или вероисповед, иако некои одат подалеку и го прошируваат опсегот на дефиницијата и на други основи или статус;
- ја нагласуваат важноста на слободата на изразување и предизвикот на балансирањето на ова основно право со заштитата на групите и поединците од говор на омраза;
- не упатуваат и не прават разлика меѓу можните автори на изјавите или изразувањето што претставува говор на омраза.

Истовремено, овие дефиниции на говор на омраза се разликуваат, на пример, по прашања како што се:

- изречното споменување на поттикнувањето на дискриминација;
- потребата од намерно однесување (во споредба, на пример, со Рамковната одлука на Советот на ЕУ со ЕКРИ ОПП бр. 15);
- толкувањето на и реакциите кон мислењата за историски факти (во споредба, на пример, со Рамковната одлука на Советот или ЕКРИ ОПП бр. 15 со Општиот коментар бр. 34 на Комитетот за човекови права на ОН за слободата на мислење и изразување).

ЕСЧП применува два главни пристапи во случаите на говор на омраза: пристапот на исклучување од заштита на Европската конвенција, пропишан со член 17 (забрана за злоупотреба на правата), кога спорните изјави претставуваат говор на омраза и ги негираат основните вредности на Конвенцијата; и пристапот на поставување ограничувања на заштитата, пропишан со член 10 став 2 од Конвенцијата (овој пристап

се применува кога односниот говор, иако е говор на омраза, нема капацитет да ги уништи основните вредности на Конвенцијата).

Судската пракса на ЕСЧП покажува дека за Судот да прифати ограничувања на слободата на изразување, говорот за кој станува збор мора навистина да поттикнува или да потпалува дискриминација, омраза или насилство. Судот по правило ги зема предвид следниве елементи при анализата на случаите на наводен говор на омраза:

- статусот на авторот на наводниот говор на омраза;
- статусот на лицата кон кои е насочен;
- целта (намерата) на авторот на изјавата;
- содржината на изразувањето;
- формата, ширењето и можното влијание на изјавата;
- природата и обемот на санкциите;
- доследноста во ставовите на државите.

Подолу е даден краток список случаи на говор на омраза од практиката на ЕСЧП во кои слободата на изразување се судира со правото на еднаков третман, особено по основ на сексуална ориентација:

- ***Вејделанд и други против Шведска***

  Случајот беше во врска со осудителната пресуда против подносителите од 2005 година за делење на околу 100 летоци во средно училиште, што судовите ги оцениле како навредливи за хомосексуалците. Според подносителите, пресудата од шведскиот Врховен суд за агитација против национална или етничка група претставува повреда на нивната слобода на изразување. Судот заклучи дека нема повреда на член 10 (слобода на изразување) од Конвенцијата, бидејќи шведските органи го сметале за основано мешањето во остварувањето на правото на подносителите на слобода на изразување во демократско општество заради заштита на угледот и правата на другите. Судот утврди, меѓу другото, дека спорните изјави се сериозни и штетни тврдења, дури и ако не биле непосреден повик на вршење на дела од омраза. Судот дополнително нагласи дека дискриминацијата врз основа на сексуална ориентација е исто толку сериозна како и дискриминацијата врз основа на раса, потекло или боја на кожата.

  И оваа насока на Судот дискриминацијата врз основа на сексуална ориентација да се испитува со иста строгост како и случаите на расна дискриминација, и наодот дека слободата на изразување може да биде

ограничена дури и кога говорот за кој станува збор не повикува изречно на дела од омраза, може да се покажат како многу релевантни за оценувањето и балансирањето на правата од страна на КСЗД во домашните случаи.

- ***Ленис против Грција***

  Овој случај се однесува на објавување од страна на подносителот – кој во времето на настаните бил митрополит на Грчката православна црква за Калаврита и Егијалија – на хомофобична статија на неговиот личен блог во декември 2015 година, кога грчкиот Парламент требало да расправа за предлог-закон за воведување граѓански партнерства за истополови двојки, како и на неговото последователно гонење и осудување за поттикнување на омраза и дискриминација. Судот ја прогласи апликацијата за недопуштена како некомпатибилна со *ratione materiae* на одредбите од Конвенцијата. Во конкретниот случај, Судот, меѓу другото, забележал дека не било повредено правото на подносителот на слобода на изразување заштитено со Конвенцијата, бидејќи неговите ставови биле одговорни за предизвикување на дискриминација и омраза. Освен тоа, иако критиката на определен стил на живот од морални или верски причини сама по себе не е исклучена од заштитата според член 10 од Конвенцијата, кога изјавите одат дотаму што на ЛГБТИ лицата им ја негираат човечката природа и се придружени со подбуцнување на насилство, тогаш мора да се земе предвид примената на член 17 (забрана за злоупотреба на правата) од Конвенцијата. Имајќи ги предвид природата и формулацијата на изјавите во спорната статија, контекстот во кој биле објавени, нивниот потенцијал да доведат до штетни последици и причините што ги утврдија грчките судови, кои внимателно ги оценија доказите пред нив и применија балансирање во кое го земаа предвид правото на подносителот на слобода на изразување, Судот утврди дека изјавите настојувале да го оддалечат член 10 од Конвенцијата од неговата вистинска цел. Освен тоа, изјавите се однесуваа непосредно на прашања од голема важност за современото европско општество – заштита на достоинството и човечката вредност на луѓето без оглед на нивната сексуална ориентација.

  Ова е случај што го отсликува пристапот на Судот во ситуации во кои говорот на омраза е толку очигледно неодбранлив (на пример, дехуманизирачки, го поткопува достоинството на луѓето) што повикувањето на слободата на изразување треба да се смета за

злоупотреба на правото загарантирано со Конвенцијата. Во случаи како овој или како следниот случај од Исланд, и КСЗД мора да спроведе балансирање. Сепак, Комисијата треба да има предвид дека во определени околности, на пример кога изразувањето во основа претставува тежок говор на омраза, дехуманизира и ја поткопува суштината на достоинството на луѓето, повикувањето на слободата на изразување може да се третира како несериозно барање и да се отфрли.

- ***Лилиендал против Исланд*** (одлука за допуштеност)

  Овој случај се однесува на осудителната пресуда и паричната казна изречени на подносителот поради хомофобични коментари што ги дал како одговор на онлајн статија. Подносителот тврдел пресудата е повреда на неговото право на слобода на изразување. Судот се произнесе дека претставката на подносителот во која се повикува на член 10 (слобода на изразување) од Конвенцијата е очигледно неоснована и ја отфрли како недопуштена. Тој утврди дека коментарите на подносителот претставуваат говор на омраза во смисла на неговата судска пракса. Судот го прифати, меѓу другото, наодот на исландскиот Врховен суд дека коментарите биле „сериозни, исклучително навредливи и со предрасуди“ и дека одлуката што првично ја поттикнала расправата, а се однесувала на мерки за зајакнување на образованието во училиштата во врска со лезбејски, геј, бисексуални и трансродови прашања, не оправдувала толку остра реакција. Затоа Судот се произнел дека одлуките на домашните судови во случајот, донесени по опсежно балансирање помеѓу правото на подносителот на слобода на изразување и правата на родовите и сексуалните малцинства, биле разумни и оправдани.

5.3 Семејни и права на малолетниците

Група предмети се однесува на ситуации во кои правата на семејството и на малолетниците се чини дека се судираат со правото на еднаков третман по определени основи, по правило по основ на сексуална ориентација или родов идентитет (но повремено и по други основи, како што е вероисповедта). Судејќи според неговата пракса, Судот не го прифаќа лесно генералното повикување на заштита на семејството и на малолетниците кога го спроведува своето балансирање на правата.

- ***Расмусен против Данска***

  Во овој случај татко се жалеше на рокот на застарување што го спречувал да го оспори татковството. ЕСЧП утврди дека тоа претставува различно

постапување врз основа на пол, но дека тоа е оправдано. Тоа било направено со легитимна цел да му се обезбеди на детето сигурност и извесност во поглед на неговиот статус, преку спречување на татковците да ја злоупотребат можноста да го оспорат татковството подоцна во животот. Бидејќи Државите членки на ЕКЧП се разидувале во пристапот кон ова прашање, ЕСЧП ѝ овозможи на државата поширока маргина на слободна процена, наоѓајќи дека различното постапување било оправдано.

Од друга страна, во случајот *Мици против Малта* од 2006 година Судот утврди, врз основа на слични факти, дека крутата примена на рокот на застарување, во комбинација со одбивањето на Уставниот суд да допушти исклучок, резултирало со дискриминација врз основа на пол.

Затоа, кога применува балансирање помеѓу правата во слични случаи, КСЗД треба да има предвид дека правата на децата, иако се силно заштитени и прифатени како легитимна цел, не добиваат автоматски предност.

- ***X и други против Австрија***

Овој случај се однесува на претставката на две жени кои живеат во стабилна хомосексуална врска против одбивањето на австриските судови на едната партнерка да ѝ го признаат правото да го посвои синот на другата партнерка, без да се раскинат правните врски на мајката со детето (посвојување од страна на вториот родител). Подносителките тврдеа дека не постои разумно и објективно оправдување за тоа да се дозволи посвојување на детето на едниот партнер од страна на другиот партнер кај хетеросексуалните парови, без оглед дали се во брак или не, а истовремено да се забрани посвојување на детето на едниот партнер од страна на другиот партнер кај хомосексуалните парови. Судот утврди повреда на член 14 (забрана на дискриминација) во врска со член 8 (право на почитување на приватниот и семејниот живот) од Конвенцијата, поради разликата во постапување кон подносителките во споредба со вонбрачните хетеросексуални парови во кои едниот партнер сака да го посвои детето на другиот партнер. Судот понатаму утврди дека нема повреда на член 14 во врска со член 8 кога состојбата на подносителките се споредува со онаа на брачен пар во кој едниот брачен другар сака да го посвои детето на другиот. Судот утврди, меѓу другото, дека разликата во постапувањето кон подносителките и хетеросексуален пар во вонбрачна

врска во кој едниот партнер сака да го посвои детето на другиот била заснована на сексуалната ориентација на првата и третата подносителка. Не биле изнесени уверливи причини што би докажале дека таквата разлика во постапувањето е неопходна заради заштита на семејството или заради заштита на интересите на детето. Истовремено, Судот нагласи дека Конвенцијата не ги обврзува државите да го прошират правото на посвојување од страна на вториот родител и врз вонбрачни парови.

КСЗД треба да има предвид дека, иако Европската конвенција можеби не ги обврзува државите да прошират определени права врз двојки кои живеат во вонбрачна врска, таа не допушта разликување (и понеповолен третман) на двојките од ист пол во рамки на оваа група.

- ***Каос Гл против Турција***

  Овој случај се однесува на одземање на сите примероци од еден број на списание кое го издавало здружение за културни истражувања и солидарност за геј и лезбејски лица. Здружението-подносител се жалеше, меѓу другото, на тоа одземање и на кривичната постапка поведена против претседателот на здружението и главниот уредник на списанието. Судот утврди повреда на член 10 (слобода на изразување) од Конвенцијата. Тој оцени, меѓу другото, дека основот „заштита на јавниот морал“, на кој се повикувале властите, бил недоволен за да го оправда налогот за одземање и конфискацијата на сите примероци од тој број на списанието во траење од повеќе од пет години. Судот прифати дека мерките преземени за да се спречи пристапот на определени групи лица – вклучително малолетници – до оваа публикација можеле да одговараат на итна општествена потреба. Сепак, тој нагласи дека домашните органи не се обиделе да спроведат поблага превентивна мерка од одземањето на сите примероци од тој број, на пример можеле да прибегнат кон забрана на продажбата на списанието на лица под 18-годишна возраст или кон барање за посебно пакување на списанието на кое би било истакнато предупредување за малолетници.

  Овој случај уште еднаш покажува дека, иако правата на малолетниците се силно оправдување за ограничување на определени права од Конвенцијата, тие не може да се применуваат паушално, без да се оцени пропорционалноста на ограничувањето.

- ***Баев и други против Русија***

Случајот се однесуваше на претставка поднесена од тројца активисти за правата на геј лицата против закон донесен во Русија со кое се забранува промоцијата на хомосексуалноста, познат и како „закон за геј-пропаганда“ (преку низа на законски измени – последен пат во 2013 година – „промовирањето на нетрадиционални сексуални односи“ меѓу малолетници беше утврдено како прекршок казнив со парична казна). Како протест против овие закони, подносителите одржаа демонстрации во периодот од 2009 до 2012 година. Потоа беа огласени за виновни за прекршоци и им биле изречени парични казни. Подносителите се жалеле на забраната да даваат јавни изјави во врска со идентитетот, правата и општествениот статус на сексуалните малцинства, тврдејќи дека таа е дискриминаторска. Судот утврди повреда на член 10 (слобода на изразување) од Конвенцијата и повреда на член 14 (забрана на дискриминација) од Конвенцијата во врска со член 10. Тој оцени, меѓу другото, дека иако законите за кои станува збор биле насочени првенствено кон заштита на малолетниците, нивните граници не биле јасно определени, а нивната примена била произволна. Освен тоа, самата цел на законите и начинот на кој тие биле формулирани и применети во случајот на подносителите биле дискриминаторски и, севкупно, не служеле на никаков легитимен јавен интерес. Напротив, со донесувањето на такви закони, органите ја зајакнале стигмата и предрасудите и ја охрабриле хомофобијата, што е некомпатибилно со вредностите на демократско општество.

Слично на *Каос Гл против Турција* погоре и на *Комисијата против Унгарија* (на Судот на правдата на ЕУ) подолу, овој случај може да ѝ помогне на КСЗД во примена на балансирањето, кога се наведува заштита на малолетниците како оправдување за ограничување на правата на сексуалните малцинства. Како што покажуваат случаите, самото повикување на заштита на правата на малолетниците не е доволно без да се оцени пропорционалноста на мерката, нејзините последици врз правата на другите, или без таа да се спореди со вредностите на демократското општество.

- ***Османоглу и Кочабаш против Швајцарија***

Овој случај се однесуваше на одбивањето на родителите-муслимани да ги пуштаат своите ќерки, кои сè уште не влегле во пубертет, да присуствуваат на задолжителни часови по пливање (за момчиња и девојчиња заедно) кои биле дел од школската наставна програма, и на одбивањето на

органите на државата да им го оправдаат отсуството на девојчињата. Подносителите тврдеа дека барањето да ги испратат своите ќерки на мешани часови по пливање е спротивно на нивните верски уверувања. Судот утврди дека нема повреда на член 9 од Конвенцијата, наоѓајќи дека со давањето предност на обврската на децата да ја следат целосната училишна програма и на нивната успешна интеграција пред приватниот интерес на подносителите да се оправда отсуството на ќерките од мешаните часови по пливање од верски причини, швајцарските органи не го надминале значителната маргина на слободна процена која во случајов им припаѓа, а се однесува на задолжителното образование. Судот забележа, меѓу другото, дека тука во прашање е правото на подносителите да ја изразуваат својата вера и дека одбивањето на органите да им одобрат ослободување од часовите по пливање претставува мешање во слободата на вероисповед, при што тоа мешање било пропишано со закон и имало легитимна цел (заштита на учениците од странско потекло од каков било облик на општествена исклученост). Судот нагласи дека училиштето игра посебна улога во процесот на општествената интеграција, особено кога станува збор за деца од странско потекло. Тој забележа дека интересот на децата за целосно образование, што ја олеснува нивната успешна општествена интеграција согласно локалните обичаи и норми, има предност над желбата на родителите нивните ќерки да бидат ослободени од мешаните часови по пливање, и дека интересот на децата да посетуваат часови по пливање не е само да научат да пливаат, туку пред сè да учествуваат во таа активност заедно со сите други ученици, без исклучоци поради потеклото на децата или верските или филозофските уверувања на нивните родители. Судот забележа и дека органите им понудиле на подносителите многу флексибилни решенија за да го намалат влијанието кое би го имало присуството на нивните ќерки на мешаните часови по пливање врз верските уверувања на нивните родители, како што е давањето можност нивните ќерки да носат буркини. Тој забележа и дека постапката во конкретниот случај била пристапна и им овозможила на подносителите да се испита основаноста на нивното барање за ослободување на децата од часовите.

Овој случај е интересен за КСЗД бидејќи го илустрира сеопфатното балансирање што Судот треба да го спроведе и, посредно, да го бара од државата. Во овој случај, швајцарските органи веројатно не би можеле да се потпрат на општо повикување на правата на малолетниците без да спроведат инклузивна и пристапна постапка и без да дадат сеопфатно

објаснување на причините за одлуката да се ограничи слободата на вероисповед на родителите.

- ***Салгеиро да Силва Мута против Португалија***

  Подносителот – хомосексуалец што живее со друг маж – бил спречен од својата поранешна сопруга да ја посетува својата ќерка, спротивно на договорот постигнат при нивниот развод. Иако првостепениот суд му доделил старателство врз ќерката, апелациониот суд ја поништил оваа одлука и старателството и го доделил на мајката, а на подносителот само право за контактирање со ќерката, што тој не можел да го оствари. Апелациониот судот навел две причини за доделување на старателството на мајката, а тоа биле интересите на детето и фактот дека подносителот е хомосексуалец и живее со друг маж. Подносителот се жалеше на неоправдано мешање во неговото право на почитување на приватниот и семејниот живот, загарантирано со член 8 од Конвенцијата, и на дискриминација спротивна на член 14 од Конвенцијата. Тој тврдел и дека, спротивно на член 8, апелациониот суд го принудил да ја крие својата хомосексуалност кога се гледа со неговата ќерка. Судот утврди повреда на член 14 (забрана на дискриминација) во врска со член 8 (право на почитување на приватниот и семејниот живот) од Конвенцијата. Одлуката на португалските судови во голема мера се засновала на фактот дека подносителот е хомосексуалец и дека „детето треба да живее во традиционално португалско семејство“. Таквото разликување, засновано на размислувања поврзани со сексуалната ориентација, не е прифатливо согласно Конвенцијата.

- ***Комисијата против Унгарија (предмет C-769/22)***

  Иако овој случај е на Судот на правдата на Европската унија, а не на ЕСЧП, треба да се наведе тука поради неговата пионерска природа. Во 2021 година Унгарија направи измени на поголем број домашни закони „во интерес на заштитата на децата“. Сепак, неколку од измените во суштина имаа за последица забрана или ограничување на пристапот до содржини чијшто определувачки елемент е прикажувањето или промовирањето на отстапување од самоидентитетот што одговара на полот утврден при раѓањето, на промената на полот или на хомосексуалноста. Иако ја потврдува маргината на слободна процена на државата, Судот утврди дека тоа мора да се остварува во склад со Повелбата за основните права на ЕУ, особено во склад со забраната на дискриминација врз основа на пол

или сексуална ориентација. Судот утврди, меѓу другото, повреда на правото на човечко достоинство, на забраната на дискриминација врз основа на пол или сексуална ориентација, на почитувањето на приватниот и семејниот живот и на слободата на изразување и информирање. Конечно, за прв пат Судот утврди и одделна повреда на член 2 од Договорот за Европската унија, во кој се наведени вредностите врз кои се заснова Унијата и кои се заеднички за сите држави членки, и наведе дека законот е спротивен на самиот идентитет на Унијата како заеднички правен поредок во општество во кое преовладува плурализам, нагласувајќи дека Унгарија не може основано да се повика на својот национален идентитет и суверенитет како оправдување за донесување закон што ги повредува тие вредности.

5.4 Правно признавање на правата на ЛГБТИК лицата[28]

Оваа категорија содржи случаи во кои од Судот се бараше да одлучи дали ограничувањето на правното признавање на родот или на истополовите партнерства има прифатливо оправдување. Забележително е дека постигнувањето на консензус во Европа, кој по правило превагнува кон правното признавање на родот и кон заштита на истополовите парови, одигра централна улога во анализата на Судот во овие случаи.

- ***Кристин Гудвин против Обединетото Кралство***

  Подносителката се жалеше на отсуството на законско признавање на нејзиниот променет род, а особено на постапувањето кон неа во контекст на вработувањето и на нејзините права на пензија и социјално осигурување, како и на нејзината неможност да стапи во брак. Во конкретниот случај, Судот утврди повреда на член 8 (право на почитување на приватниот и семејниот живот) од Конвенцијата, поради јасниот и постојан меѓународен тренд кон зголемено општествено прифаќање на транссексуалните лица и кон законско признавање на новиот сексуален идентитет на транссексуалните лица по операција. „Бидејќи не постојат значајни фактори од јавен интерес што би се одмериле наспроти интересот на оваа подносителка да добие правно признавање на промената на својот род, Судот дојде до заклучок дека поимот на

[28] За дополнителни случаи види ги информативните листови на Судот за прашањата поврзани со сексуалната ориентација и за прашањата поврзани со родовиот идентитет: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Sexual_orientation_ENG и https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_gender_identity_eng

правично балансирање, својствен за Конвенцијата, сега решително натежнува во нејзина корист“.

- ***Х против Поранешна југословенска Република Македонија***

  Случајот се однесуваше на отсуството на делотворна и достапна постапка за правно признавање на родовиот идентитет на подносителот. Подносителот, трансродов маж, се обидел да ја смени родовата одредница, но домашните органи не овозможиле јасна и предвидлива постапка за тоа. Судот го разгледа случајот во контекст на член 8 од Конвенцијата и нагласи дека правото на почитување на приватниот живот го опфаќа и родовиот идентитет како еден од најинтимните аспекти на приватниот живот на едно лице. Оценувајќи дали државата ги исполнила своите позитивни обврски согласно член 8, Судот испитал дали е постигната правична рамнотежа меѓу општиот интерес и интересите на поединецот (државата тврдела дека „тоа би предизвикало многу практични проблеми и за засегнатите лица и за другите[29]“). Судот утврдил дека постојната правна рамка не предвидува јасна, транспарентна, и предвидлива постапка за правно признавање на родот, притоа заклучувајќи дека органите не постигнале правична рамнотежа меѓу спротивставените интереси и утврдил повреда на член 8.

  За КСЗД тоа е релевантен домашен пример за тоа како функционира тестот на правична рамнотежа кога државата се повикува на поширок јавен интерес, а во прашање е индивидуално право. При оценка на околностите, тоа што е релевантно за да се утврди дали е постигната правична рамнотежа се практичните последици по поединецот, постоењето соодветни процесни заштитни механизми, правната сигурност и ранливоста.

- ***Валијанатос и други против Грција***

  Овој случај се однесува на „граѓанските партнерства“ во Грција воведени со закон од 2008 година, насловен „Реформи во областа на семејството, децата и општеството“, кој предвидува законски утврден облик на партнерство што им овозможува на засегнатите лица да ја регистрираат својата врска во пофлексибилна правна рамка од онаа што ја предвидува бракот. Подносителите се жалеле дека законот предвидува граѓански партнерства само за хетеросексуални парови, што автоматски ги

[29] Став 57 од Х против Поранешна југословенска Република Македонија

исклучува истополовите парови од опфатот на законот. Нивната поплака е дека со тоа Грција вовела дистинкција што, според нивното мислење, претставува дискриминација. Судот утврдил дека има повреда на член 14 (забрана на дискриминација) во врска со член 8 (право на почитување на приватниот и семејниот живот) од Конвенцијата. Тој особено се осврна на европскиот консензус, посочувајќи дека од 19-те држави потписнички на Конвенцијата што дозволуваат некаков облик на регистрирано партнерство различно од брак, Литванија и Грција се единствените што го резервираат исклучиво за хетеросексуални двојки. Судот утврдил дека грчката држава не успеала да докаже дека забраната за истополови двојки да стапуваат во такви партнерства е неопходна за остварување на легитимните цели на кои се повикува законот за воведување граѓански партнерства (признавање на паровите што живеат заедно а не се во брак и можноста засегнатите лица да ја регистрираат својата врска во пофлексибилна правна рамка од онаа што ја предвидува бракот). Дури и ако се претпостави дека намерата на законодавецот била да ја зајакне правната заштита на децата родени во вонбрачна заедница и посредно да ја зацврсти институцијата брак, останува фактот дека граѓанските партнерства претставуваат облик на граѓанско партнерство што ги исклучува двојките од ист пол, а истовремено им дозволува на хетеросексуалните парови, без оглед дали имаат деца, законски да уредат бројни аспекти од нивната врска. Судот не бил убеден дека остварувањето на наведените цели преку законско уредување на граѓанските партнерства претпоставува исклучување на истополовите парови од неговиот опсег. Законодавецот можел да вклучи посебни одредби што ќе се однесуваат конкретно на децата родени надвор од брак, а истовремено да овозможи за истополовите парови општа можност за стапување во граѓанско партнерство.

За КСЗД, оваа пресуда уште еднаш нагласува дека согласно Европската конвенција, не е доволно државата да се повика на заштитата на малолетниците или на институцијата брак во ситуации во кои тоа ги става во понеповолна положба двојките од ист пол, и во кои нема уверливи докази дека помалку рестриктивни мерки не би можеле да ја постигнат истата цел.

- ***Бухуцеану и други против Романија***

  Овој случај покрена прашања слични на Федотова против Русија (разгледан погоре), во врска со отсуството на каков било облик на правно

признавање и заштита на истополовите парови. Судот потврди дека негативните ставови на хетеросексуалното мнозинство не може да преовладаат над интересот на подносителите нивните врски да бидат признаени, и дека признавањето на истополови партнерства не би ѝ наштетило на институцијата брак, бидејќи хетеросексуалните парови и понатаму би можеле да стапуваат во брак.

Севкупно, ниту еден од аргументите што ги изнела Владата за да го оправда ограничувањето на законски признаените партнерства само на хетеросексуални парови не можел да превагне над интересот на подносителите да биде признаена нивната врска. Затоа Судот утврдил дека има повреда на член 8 од Конвенцијата.

- ***Мајмулахин и Маркив против Украина***

Слично на Федотова и Бухуцеану, и овој случај се однесува на законското признавање и заштита на истополовите парови. Судот се произнесе дека државата не дала никакво оправдување за различното постапување кон истополовите парови. Уште повеќе, широко формулираната цел за заштита на традиционалното семејство не може сама по себе да се прифати како валидна основа што го оправдува одбивањето на каков било облик на правно признавање и заштита на двојките од ист пол.

6. Контролна листа, односно предупредувачки знаци дека е потребно балансирање

Овој дел содржи краток (и неисцрпен) список на можни предупредувачки знаци дека ќе биде потребно балансирање.

- **Судир на правата и интересите на различни групи определени со заштитени карактеристики** (на пример, верници наспроти ЛГБТИК лица). За друга комбинација на основи, види го предметот на Судот на правдата на ЕУ C-518/22 AP Assistenzprofis, во кој Судот утврди дека ангажирањето личен асистент за помош на лице со попреченост во секојдневниот живот може да се ограничи на лица од истата возрасна група
- **Користење на јавниот морал или јавниот ред или јавната безбедност како оправдување/легитимна цел** (на пример, во случаи во кои се ограничува носењето верски обележја)
- **Повикување на најдобриот интерес на детето без суштинска анализа или во комбинација со стереотипни сфаќања за тоа што е прифатливо и погодно за развојот на децата**
- **Повикување на јавното мислење или традицијата како оправдување/легитимна цел**
- **Повикување на верската неутралност како оправдување/легитимна цел**
- **Повикување на заштита на традиционалните семејства како оправдување/легитимна цел**
- **Повикување на стереотипите како оправдување/легитимни цели**
- **Повикување на слободата на изразување во случаи што може да се квалификуваат како говор на омраза**
- **Остри јавни осуди за прашања што ги засегаат правата на групи или лица со заштитени карактеристики**
- **Повикување на слободата на вероисповед во случаи што се однесуваат на прашања како што се образование на децата или вработување на или пружање услуги на ЛГБТИК лица**
- **Повикување на слободата на деловно работење и слично во контекст во кој деловните одлуки (како работодавец или давател на услуги) негативно влијаат**

врз некое лице или група со заштитени карактеристики (на пример, ЛГБТИК лица или лица припадници на определена религиозна група)

7. Анекс

- Европска конвенција за човекови права, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG
- План за дејствување на ОН од Рабат за забрана на заговарање на национална, расна или верска омраза што претставува поттикнување на дискриминација, непријателство или насилство, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Rabat_draft_outcome.pdf
- da Silva VA. Balancing may be everywhere, but the proportionality test is not. (Балансирањето може да биде насекаде, но тестот за пропорционалност не е) *Global Constitutionalism*. 2024;13(3):519-534. doi:10.1017/S2045381723000187 (https://www.cambridge.org/core/journals/global-constitutionalism/article/balancing-may-be-everywhere-but-the-proportionality-test-is-not/D1E4872DE2E2EF15EBDB66A5074AC399)
- Тематски информативни листови на ЕСЧП, достапни на веб-страницата на Судот: https://www.echr.coe.int/factsheets
- Прирачник за европското антидискриминаciско право, издание од 2018 година; Агенција на Европската унија за основни права и Совет на Европа, 2018: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf
- Водич за член 14 од Европската конвенција за човекови права и за член 1 од Протоколот бр. 12 кон Конвенцијата, https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_14_art_1_protocol_12_eng