

Pitanja u oblasti diskriminacije otvorena kroz edukacije u Centrima za edukaciju sudija i tužilaca u RS i FBiH

Pripremile: Adela Čomić, Centar za edukaciju sudija i tužilaca u Federaciji BiH i Slađana Marić, Centar za edukaciju sudija i javnih tužilaca u Republici Srpskoj

Centar za edukaciju sudija i javnih tužilaca u Republici Srpskoj i Centar za edukaciju sudija i tužilaca u Federaciji BiH (dalje u tekstu Centri) u saradnji s Pravosudnom komisijom Brčko distrikta BiH organizuju, prema uputstvima i pod nadzorom Visokog sudskog i tužilačkog savjeta BiH, nastavu za početnu obuku lica koja se namjeravaju baviti profesijom sudije ili javnog tužioca, te pod nadzorom VSTV-a BiH organizuju stručno usavršavanje sudija i tužilaca.

Svake godine, *Centri* izrađuju godišnji program stručnog usavršavanja i početne obuke, obezbjeđujući sudijama i javnim tužiocima nastavu iz oblasti tumačenja i primjene materijalnih i procesnih zakona, etičkih standarda za sudije i tužioce, najnovijih naučnih i stručnih dostignuća u oblasti prava, sudske i tužilačke prakse drugih zemalja i drugih oblasti za koje se ukaže potreba.

Centri kroz seminare obezbjeđuju sudijama i tužiocima i održavanje i proširivanje njihovog znanja iz oblasti tehnike, kulture i društvenih odnosa, koje je neophodno za obavljanje njihove funkcije.

Izvršavajući svoje zakonske obaveze, *Centri* prate izmjene propisa, primjenu tih propisa kroz sudsku praksu, te potrebu sudija i tužilaca za organizacijom edukacija u pojedinim oblastima. Kao jedna od značajnijih tema u obuci sudija i javnih tužilaca, a takođe i onih koji pohađaju početnu obuku, pored ostalih mnogobrojnih tema, u poslednjih nekoliko godina pojavila se potreba za edukacijom iz oblasti diskriminacije. Ovo naročito zbog toga što je izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u evropskim integracijama, koji Evropska unija objavljuje svake godine, redovno naglašava zabrinutost u vezi primjene Zakona o zabrani diskriminacije BiH.

U ovom članku, govorimo o edukacijama iz 2017. i 2018. godini, sa akcentom na sporna pitanja koja su se pojavila kroz edukacije, a što su u principu sporna pitanja sudova u praksi, u primjeni prvenstveno važećeg Zakona o zabrani diskriminacije.

Seminari organizovani tokom 2017. i 2018. godine

Centri za edukaciju sudija i tužilaca su tokom poslednjih nekoliko godina organizovali niz seminara na temu zabrane diskriminacije. U 2017. godini zajedno sa Misijom OEBS/OSCE Misije u BiH organizovano je šest ovakvih seminara u cijeloj BiH za sudije i stručne saradnike na temu **Zakon o zabrani diskriminacije BiH**. U 2018. godini planirano je takođe održavanje ovih seminara. Do sada je obuke po ovom zakonu prošlo više od 300 sudija iz cijele BiH. Obuku su provodili pravni konsultanti Misije OEBS-a/OSCE-a u BiH i sudija Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine.

Polaznici su na ovim edukacijama upoznati sa međunarodnim ugovorima kojima je zabranjena diskriminacija, a to su: *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (ICCPR), Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (ICESCR), Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (CERD), Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW),*

a zatim sa *Direktivama Evropske unije*: “Direktiva o rasnoj jednakosti” – Direktiva Vijeća EU 2000/43/EC od 29. juna 2000. godine kojom se primjenjuje princip jednakog postupanja prema svim osobama bez obzira na rasno ili etničko porijeklo; “Direktiva o zapošljavanju” – Direktiva Vijeća EU 2000/78/EC od 27. novembra 2000. godine kojom se uspostavlja opći okvir za jednako postupanje u pogledu zapošljavanja i struke; Direktiva o jednakoj plaći” – Direktiva Vijeća EU 75/117/EC od 10. februara 1975. godine o usklađivanju zakona država članica u pogledu primjene principa jednake plaće za žene i muškarce; “Direktiva o ravnopravnosti spolova” – Direktiva Vijeća EU 2004/113/EC od 13. decembra 2004. godine kojom se primjenjuje princip jednakog postupanja prema ženama i muškarcima u pristupu i dobivanju dobara i usluga; “Direktiva o teretu dokazivanja” – Direktiva Vijeća EU 97/80/EC od 15. decembra 1997. godine o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije po osnovu spola; “Direktiva o jednakom postupanju pri zapošljavanju”-(prerađena) Direktiva 2006/54/EC Evropskog parlamenta i Vijeća EU od 5. jula 2006. godine o primjeni principa jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu zapošljavanja i struke.

Evropski instrumenti koji zabranjuju diskriminaciju takođe su prezentovani učesnicima, a to su: *Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda*, odnosno njen član 14 koji ima dopunsku primjenu i Protokol 12 uz EKLJP kojim se uvodi samostalna primjena.

Naravno, diskriminacija je zabranjena i Ustavom Bosne i Hercegovine, te konkretno i Zakonom o zabrani diskriminacije BiH, kojim se uvodi pravo pojedinaca na konkretnu tužbu radi zaštite prava po osnovu diskriminacije. Naime, bez obzira što spor o pravu na jednako postupanje predstavlja građanskopravni spor, te iako se pravna zaštita za slučaj nejednakog postupanja mogla ostvarivati i prije donošenja Zakona o zabrani diskriminacije i to primjenom opštih odredaba Zakona o parničnom postupku, tek donošenjem Zakona o zabrani diskriminacije stvorene su pretpostavke za efikasnu sudsku zaštitu od diskriminacije.

Dileme i pitanja koje su se postavili na svim ovim seminarima, upravo se tiču vođenja tih sporova, a to su: ispitivanje postojanja ili nepostojanja diskriminacije kao prethodnog pravnog pitanja, tj. da li utvrđivanje postojanja diskriminacije kao prethodnog pravnog pitanja npr. u radnim sporovima, gdje je zbog nejednakog postupanja došlo do povrede nekog drugog prava, ima značaj pravno presuđene stvari, ili značaj zasnivanja *litispendencije*? Naime, ova odluka, kao i bilo koja druga odluka o prethodnom pravnom pitanju, shodno Zakonu o parničnom postupku ima značaj samo za tu parnicu. Međutim, ukoliko je u nekom drugom predmetu donesena odluka o postojanju diskriminacije kao glavnom pitanju i postala pravosnažna, ta odluka obavezuje sud u postupku u kojem se pitanje diskriminacije postavlja kao prethodno pitanje.

Sljedeće pitanje, kao važno za zaštitu u predmetima diskriminacije je pitanje tereta dokazivanja. U predmetima za zaštitu diskriminacije, teret dokazivanja je prebačen je na tuženu stranu, za razliku od uobičajenog parničnog postupka gdje je teret dokazivanja na tužiteljevoj strani. Ovo izaziva određene dileme u praksi kod sudija koji sude u ovim predmetima, koji se prvi put susreću sa ovakvim načinom dokazivanja, koji je uveden kao pravna stečevina Evropske unije. Naime, odredba o tzv. okretanju tereta dokazivanja predstavlja procesni instrument koji bi trebao povećati efikasnost antidiskriminacijske sudske zaštite. Međutim, na samim seminarima, sudije su otvorile pitanje urednosti tužbe u ovim predmetima odnosno šta konkretno znači odredba da je za tužitelja dovoljno da u tužbi učini vjerovatnim da je do diskriminacije došlo, imajući u vidu da tužitelj, za razliku od ostalih sporova nije dužan uz tužbu dostaviti i dokaze, jer naravno na njemu nije teret dokazivanja, što je izazvalo dodatno pitanje u smislu postojanja onog minimuma tj. vjerovatnosti da je do diskriminacije došlo. Jedan od zaključaka seminara u vezi s tim je sljedeći: „Vjerovatnost postoji ukoliko se u sudskom postupku odluka o postojanju diskriminacije čini izglednijom od odluke da diskriminacije

nije bilo, a ti izgledi se zasnivaju na dokazima na kojima se temelji postojanje vjerovatnosti da je došlo do diskriminacije.“^[75].

Zaključci koji su usvajani na ovim seminarima ranijih godina doprinijeli su da dođe do izmjena Zakona o zabrani diskriminacije, u smislu povećanja rokova za podnošenje tužbi za zaštitu diskriminacije.

Još jedno značajno pitanje o kojem se raspravljalo na edukacijama je razlika između posredne i neposredne diskriminacije.

Takođe, ne kao pitanje sporno u praksi, ali, svakako kao jedan od zaključaka većine provedenih edukacija, nametnula se neophodnost povećavanja javne svijesti o pojmu diskriminacije, jer se pred sudovima često pojavljuju tužbeni zahtjevi koji nemaju elemente diskriminacionog ponašanja, odnosno, stranke jako često same, bez punomoćnika, podnose tužbe za zaštitu od diskriminacije, zasnovane na ličnom osjećaju nepravde, bez stvarnih elemenata diskriminacionog ponašanja.

U saradnji sa *Fondacijom Heinrich Böll Stiftung* organizovane su edukacije sudija i tužilaca na temu **“Antidiskriminaciono pravo: primjeri iz prakse i procesno dokazivanje diskriminacije”**. Oba *Centra* su realizovala po jednu edukaciju u 2017. godini.

Pojedinačno obrađene teme su bile: Etičko značenje – ljudsko dostojanstvo, prava i diskriminacija; Društveni uslovi diskriminacije, Pravni pojam, elementi i oblici diskriminacije; Test diskriminacije i raspodjela tereta dokazivanja diskriminacije, koje su prezentovali nezavisni konsultant iz Republike Hrvatske i profesorica sa Pravnog fakulteta u Nišu, dok je savjetnica za zaštitu i promovisanje ljudskih prava, Ureda Pučke pravobraniteljice Zagreb govorila o suzbijanju diskriminacije u Republici Hrvatskoj i ulozi pučkog pravobranitelja.

Pitanja koja su se pojavila tokom izlaganja kroz interaktivnu diskusiju, svakako su opet pravila o teretu dokazivanja kroz sudsku praksu, zatim kolektivna tužba. U tom smislu prezentovan je obrazac kolektivne tužbe, kako bi se učesnicima praktično predstavilo šta ista treba da sadrži.

U jednoj od ovih edukacija, diskutovano je na temu utvrđivanja (ne)postojanja diskriminacije na radnom mjestu te odnosu sudija prema zahtjevu za naknadu nematerijalne štete po osnovu diskriminacije i načinu utvrđivanja visine iste.

U prethodnim godinama, veoma je žustro diskutovano o ulozi institucije Ombudsmena za ljudska prava u sudskom postupku, odnosno, statusu preporuke kojim je ova institucija već utvrdila postojanje diskriminacije. Zakonom o zabrani diskriminacije BiH ove dileme su razriješene na način da je sud preporuku, ukoliko je ista izdata, dužan razmotriti.

Pored navedenog, svjesni da je Ombudsman za ljudska prava Bosne i Hercegovine centralni organ za zaštitu od diskriminacije, *Centri* za edukaciju sudija i tužilaca su se uključili u projekat „Jačanje kapaciteta institucije ombudsmena za ljudska prava u borbi protiv diskriminacije“, koji je zajednička inicijativa Evropske unije i Savjeta Evrope pod nazivom „Horizontalni instrument saradnje Evropske unije i Savjeta Evrope s ciljem pružanja podrške Zapadnom Balkanu i Turskoj“. Ovaj projekat u dijelu koji se odnosi na obuku sudija, implementira se kroz 4 dvodnevne edukacije u 2018. godini pod nazivom „**Zaštita od diskriminacije**“. Ovi seminari su bazirani na sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava o diskriminaciji po različitim osnovima. Edukatori za ove edukacije su: predstav-

[75] Goran Nezirović, sudija Vrhovnog suda FBiH

nici Ureda Zastupnika Republike Hrvatske pred Evropskim sudom za ljudska prava i predstavnicu Ustavnog suda BiH.

Pitanja koja su od značaja i koja se prezentuju na ovim seminarima su sljedeća: Zabranu diskriminacije prema EKLJP - struktura i pregled člana 14 EKLJP-a i Protokola br 12 uz EKLJP; Komparatori i obrazloženje diskriminacije, pregled relevantnih faktora za uspjeh sudskog postupka uz postojanje tvrdnji o diskriminaciji; Faktori diskriminacije kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava; Diskriminacija po osnovu invaliditeta kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava i u praksi u BiH; Diskriminacija po osnovu rase, etniciteta, boje kože, pripadnosti nacionalnoj manjini ili nacionalnog porijekla kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava i u praksi Evropskog suda za ljudska prava; Diskriminacija po osnovu dobi i vjeroispovjesti kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava i u praksi u BiH; Nasilje nad ženama (fizičko, seksualno psihičko i ekonomsko) - pregled Istambulske konvencije i sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava; Djelotvornost i primjena Istambulske konvencije u praksi (sprečavanje, zastupanje i mjere) Diskriminacija po osnovu seksualne orijentacije i rodnog identiteta kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava i u praksi u BiH.

Sva pitanja koja su otvorena kroz primjenu Zakona o zabrani diskriminacije BiH, otvaraju se i pred Sudom za ljudska prava u Strazburu u primjeni člana 14 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, odnosno Protokola 12 uz Konvenciju.

Prvo pitanje kroz edukaciju koje je značajno i koje se nameće je kada su ljudi različito tretirani, i da li svako različito tretiranje i postupanje pretpostavlja diskriminaciju. Naravno da ne, a uslovi koji moraju biti ispunjeni da se u situaciji kada se nejednako postupa isto ponašanje ne posmatra kao diskriminacija, takvo ponašanje mora zadovoljiti i sljedeće uslove, a to su: da je takvo nejednako postupanje imalo razumno opravdanje – legitiman cilj i da je postupanje države bilo proporcionalno cilju koji se želio postići.

Također značajno je bilo da se iskristališe šta je to posredna diskriminacija, uzimajući u obzir da je neposredna jednostavnija i lakše dokaziva, dok posredna diskriminacija postoji kada su propisi ili pravila naizgled neutralni, pa je nužno isto podrobnije sagledati.

Značajno je bilo objasniti učesnicima zašto je bilo nužno uvesti Protokol 12 o zabrani diskriminacije, kada već postoji član 14 Konvencije koji takođe štiti od diskriminacije, pa je ukazano na to da dok član 14 Konvencije zabranjuje diskriminaciju u pogledu uživanja „prava i sloboda priznatih Konvencijom“, član 1 Protokola br. 12 proširuje obim zaštite na „*sva prava predviđena zakonom*“. On na taj način uvodi generalnu zabranu diskriminacije, i omogućuje pojedincima da se obraćaju, ne samo zbog diskriminacije u pogledu uživanja prava iz Konvencije, već zbog diskriminacije u uživanju prava iz domaćih zakona. U tu svrhu, prezentovana je presuda *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*, broj 27996/06 i 34836/06, VV presuda od 22. decembra 2009., koja upravo pokazuje to, da da nije bilo Protokola 12 Sejdić i Finci ne bi mogli tražiti zaštitu po članu 14 Konvencije.

Značajno za utvrđivanje samog postojanja diskriminacije u sudskim postupcima je utvrđivanje komparatora, odnosno koje se to osobe mogu upoređivati u procesu dokazivanja.

Aktivna diskusija, vodila se o standardu „učini vjerovatnim“ i shodno tome, prebacivanju tereta dokazivanja. Zaključeno je da se, uprkos praksi da građani nerijetko podnose tužbe koje su teško razumljive, neophodno je, a iz same tužbe proizlazi da je vjerovatno učinjena diskriminacija, jer u suprotnom, veoma je teško i sudu odlučiti, a teško je i tuženoj strani dostaviti adekvatan odgovor na tužbu. Vezano za ovo pitanje, javilo se i pitanje vraćanja tužbe na uređenje. Ukoliko je tužba teško razumljiva, ali nije nerazumljiva i ispunjava formalne uslove, zaključak je da je treba

pokušati vratiti stranci na uređenje, a ne odbacivati odmah. Ukoliko stranka i drugom pokušaju ne učini vjerovatnom diskriminaciju u tužbenom zahtjevu, onda je treba smatrati nerazumljivom.

Također, pojavilo se pitanje kako ocijeniti situaciju kada su u sukobu dva konvencijska prava, kakva je na primjer u situaciji kada osoba potpuno usvoji dijete i ne želi da ono ima biološke veze sa roditeljima, odnosno polaže pravo, a na drugoj strani, dijete ima pravo da sazna da je usvojeno i ko su mu biološki roditelji. U tom smislu diskutovano je o presudama Evropskog suda za ljudska prava u sličnim slučajevima i jednoglasno je usaglašeno da se situacija uvijek cijeni od slučaja do slučaja, ovisno od toga čije je pravo jače.

Centar za edukaciju sudija i tužilaca u FBiH u 2017. godini, je ostvario saradnju sa Sarajevskim otvorenim centrom, u okviru koje je realizovan seminar „**Antidiskriminaciono i krivično pravo: suzbijanje nasilja nad LGBT osobama, iskustva u Bosni i Hercegovini i regiji**“, a ista saradnja će se nastaviti i u 2018. godini.

Ova edukacija obuhvatila je razumijevanje LGBT-i terminologije, predrasude i stereotipe kao uzroke diskriminacije i krivičnih djela počinjenih iz mržnje te prezentaciju zadokumentovanih slučajeva diskriminacije i nasilja zasnovanog na osnovu seksualne orijentacije i rodnog identiteta u Sarajevskom otvorenom centru. Također, obuhvaćena su i krivična djela počinjena iz mržnje na osnovu seksualne orijentacije i rodnog identiteta – kroz praksu domaćih i Suda u Strazburu.

Posebna pitanja u pogledu dokazivanja diskriminacije, odnosila su se na zastupanje pripadnika LGBT-i zajednice, odnosno, nizak stepen utuživanja diskriminacije zbog niske društvene svijesti o samom postojanju diskriminacije pripadnika LGBT-i zajednice.

Iz prezentovanog, bez obzira na dosadašnji broj edukacija, proizlazi da u sudskoj praksi još uvijek postoji niz dilema kada je u pitanju suđenje u ovim predmetima, i da je potrebna i dalja edukacija.