

Juni 2015. godine

Preporuke za unapređenje Zakona o zabrani diskriminacije

Sveobuhvatni zakonski okvir za zaštitu od diskriminacije u BiH, usvojen 2009. godine, donio je uglavnom sve ključne inovacije specifičnog parničnog postupka za zaštitu od diskriminacije koje su predviđene evropskim antidiskriminacijskim pravom. Novi instituti kakvi su prebacivanje tereta dokazivanja na tuženu stranu ukoliko tužilac uspije da demonstrira pretpostavku diskriminacije, mogućnost učešća trećih lica kao umješaca u postupku na strani tuženog, te kolektivna tužba koju udruženja, ustanove i druge organizacije koje imaju opravdan interes ili se bave zaštitom ljudskih prava mogu podnijeti u situacijama kada je postupanjem tuženog u pogledu više osoba povrijeđeno pravo na jednak tretman, svakako imaju značajan potencijal da unaprijede efektivnost sudske zaštite od diskriminacije i u Bosni i Hercegovini. No, prema dostupnim informacijama o broju sudskih postupaka povodom diskriminacije, taj potencijal nije iskorišten u dovoljnoj mjeri, imajući u vidu da se još uvijek tek manji broj žrtava odlučuje da potraži sudsku zaštitu. Na sličan način žrtve diskriminacije oklijevaju da se obrate i Instituciji ombudsmena za ljudska prava BiH. Takva situacija uslovljena je čitavim nizom faktora, među kojima značajno mjesto svakako zauzima zakonski okvir, čija pojedina rješenja nisu u najboljem interesu žrtava diskriminacije.

Zasnovan prevashodno na nizu studija Centra za društvena istraživanja Analitika,¹ te iskustvima i opservacijama naših partnera u ovom projektu,² ovaj policy memo ima za cilj da ukaže na ključne nedostatke koje bi trebalo otkloniti u okviru predstojećih aktivnosti vezanih za izmjene i dopune Zakona o zabrani diskriminacije (u daljem tekstu ZZD) i ponudi niz preporuka kako bi se to moglo učiniti. Preporuke su formulirane prevashodno iz perspektive najboljeg interesa žrtava diskriminacije i stimuliranja efektivnog korištenja mehanizma sudske i zaštite od strane Institucije ombudsmena za ljudska prava BiH.

Viktimizacija

1. Strah od negativnih posljedica prijavljivanja, odnosno pokretanja postupka za zaštitu od diskriminacije pred Institucijom ombudsmena za ljudska prava BiH ili sudovima, predstavlja jednu od suštinskih prepreka u ostvarivanju efektivne zaštite. Stoga bi bilo nužno da se viktimizacija, odnosno snošenje dodatnih negativnih posljedica usljed prijavljivanja diskriminacije, predvidi kao poseban oblik diskriminacije u članu 4 ZZD-a. Takva odredba bi dala dodatnu mogućnost zaštite žrtvama viktimizacije, te dodatno naglasila osudu i suštinsku neprihvatljivost takvog ponašanja.

¹ Vidjeti naročito: Adrijana Hanušić, *Ombudsmen u sistemu zaštite od diskriminacije u BiH: Analiza situacije i karakteristični problemi* (Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja, 2012), dostupno na: http://www.analitika.ba/sites/default/files/publikacije/analitika_-_izvjestaj_-_ombudsman_10maj2013_bhs.pdf (stranica posjećena 6. 7. 2015); Boris Topić, *Neiskorišteni potencijal: Uloga i značaj nevladinih organizacija u zaštiti od diskriminacije u Bosni i Hercegovini* (Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja, 2012), dostupno na: http://www.analitika.ba/sites/default/files/publikacije/analitika_-_izvjestaj_-_nvo_10maj2013_bhs.pdf (stranica posjećena 6. 7. 2015); Adrijana Hanušić, *Sudska zaštita od diskriminacije u Bosni i Hercegovini: Analiza zakonskih rješenja i prakse u svjetlu prvih predmeta u ovoj oblasti* (Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja, 2013), dostupno na: http://www.analitika.ba/sites/default/files/publikacije/Analitika%20-%20Izvjestaj%20-%20Sudska%20zastita%20od%20diskriminacije%2024april2013%20%28BHS%29_0.pdf (stranica posjećena 6. 7. 2015); Mario Reljanović, *Regulacija mobinga u Bosni i Hercegovini u kontekstu Zakona o zabrani diskriminacije* (Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja, 2015), dostupno na: http://analitika.ba/sites/default/files/publikacije/regulacija_mobinga_-_brief_web.pdf (stranica posjećena 6. 7. 2015).

² Mediacentar Sarajevo, Prava za sve i Vaša prava BiH.

Detaljnija regulacija mobinga

2. Budući da fenomen mobinga ima čitav niz specifičnosti u odnosu na diskriminaciju, potrebno je detaljnije regulirati ovu problematiku, ne poistovjećujući je sa problematikom diskriminacije. S tim u vezi, naročito je važno osigurati preciznije zakonsko određenje, odnosno navesti konkretne radnje i postupke koji će se smatrati mobingom, kao i specifične vrste mobinga. Pored toga, potrebno je regulirati i pitanje pasivne legitimiranosti poslodavca u slučaju mobinga, na način da se izričito predvidi odgovornost poslodavca koji je propustio da zaštiti zaposlenog.

Razumno prilagođavanje

3. Kako bi Zakon o zabrani diskriminacije na pravi način reflektirao standarde sadržane u Konvenciji UN o pravima osoba sa invaliditetom, kao i one predviđene evropskim antidiskriminacijskim pravom, potrebno je izričito propisati da je razumno prilagođavanje obaveza kojom se osigurava jednako postupanje prema osobama sa invaliditetom, a ne kako Zakon (čl. 5 tč. f) trenutno propisuje, izuzetak od jednakog postupanja. Pored toga, potrebno je eliminirati relativizirajuću klauzulu prema kojoj poslodavci imaju obavezu razumnog prilagođavanja samo ako im "takve mjere ne nameću nesrazmjern teret".

Rokovi

4. Potrebno je revidirati rokove za ostvarivanje sudske zaštite od diskriminacije koji su predviđeni ZZD-om (subjektivni rok od tri mjeseca i objektivni rok od jedne godine), a koji su suviše kratki i kao takvi ne omogućavaju dovoljnu zaštitu žrtava diskriminacije. Takvi rokovi su prekratki i prema relevantnom standardu prava Evropske unije, kao i u odnosu na rješenja usvojena u drugim evropskim državama, uključujući i zemlje regiona. U aktuelnom zakonskom okviru u BiH, optimalno rješenje je potpuno ukidanje posebnih rokova i primjena općih zastarnih rokova i na ovaj vid zaštite, kako je predviđeno, npr., i u antidiskriminacijskim zakonima u Hrvatskoj i Srbiji. Druga opcija je da se u ZZD-u eksplicitno predvide znatno duži rokovi – npr. subjektivni rok od tri, i objektivni rok od pet godina. Pored toga što bi takvo rješenje bilo u najboljem interesu žrtava diskriminacije, produženjem rokova na bilo koji od navedenih regulatornih načina postigla bi se i bolja komplementarnost antidiskriminacijskih postupaka, u smislu da bi se otvorio dodatni prostor za primarno korištenje opcije zaštite pred Institucijom ombudsmena BiH, a potom, po potrebi, i pred nadležnim sudom.

5. Oslanjajući se na najbolju komparativnu praksu, potrebno je izričito normirati način računanja rokova zaštite u slučajevima kontinuirane diskriminacije. S tim u vezi, potrebno je eksplicitno utvrditi da se u takvim slučajevima rokovi računaju od dana posljednje radnje, a da se u slučajevima sistemske diskriminacije računanje rokova potpuno eliminira.

Mjesna nadležnost

6. S ciljem efikasnije zaštite žrtava diskriminacije i olakšavanja njihovog pristupa pravdi potrebno je, umjesto aktuelne nadležnosti prema sjedištu tuženog, Zakonom propisati izboru mjesnu nadležnost suda koji je za žrtve najpovoljniji, što predviđaju i antidiskriminacijski zakoni u zemljama regije. Time bi se eliminirale potencijalne tehničke, pa i finansijske prepreke pristupu sudu s ciljem zaštite od diskriminacije, što je posebno značajno za pripadnike socijalno ugroženih i marginaliziranih grupa.

Troškovi postupka

7. Obaveza plaćanja sudskih taksi, snošenja troškova eventualnog vještačenja, te generalni princip parničnog postupka prema kojem stranka koja izgubi spor snosi i neophodne troškove druge strane, u skladu sa postignutim uspjehom u sporu, predstavljaju nezanemariv teret za žrtve diskriminacije i značajnu prepreku efektivnom korištenju sudske zaštite od diskriminacije. Kako bi se stimulirala primjena ZZD-a, a po uzoru na iskustva država članica Evropske unije, potrebno je predvidjeti oslobađanje ili barem značajno smanjenje sudskih taksi i u postupcima za zaštitu od diskriminacije.

Amicus curiae

8. Potrebno je proširiti mogućnosti pružanja podrške žrtvama diskriminacije u postupcima zaštite od diskriminacije kroz uvođenje instituta *amicus curiae* (prijatelja suda), pored već postojećeg instituta umješaka na strani žrtve diskriminacije. Na taj način sam sud bi bio u poziciji da nezavisno angažira treća lica u postupku, a s ciljem razjašnjenja pojedinih instituta, davanja mišljenja ili prezentiranja odgovarajućih informacija, statističkih podataka itd. To bi bilo naročito značajno u aktuelnom trenutku u BiH, imajući u vidu još uvijek nedovoljno iskustvo sudija u oblasti zaštite od diskriminacije. Treba istaći i to da je *amicus* usvojen i prakticiran kao značajan institut antidiskriminacijskog prava u nizu evropskih zemalja (npr. u Litvaniji i Rumuniji), a ne bi bio novost ni u pravnom sistemu BiH, imajući u vidu da već postoji u postupku pred Ustavnim sudom BiH.

Kolektivna tužba i uloga nevladinih organizacija

9. Potrebno je eliminirati uslov dopuštenosti kolektivne tužbe koji od tužioca zahtijeva dokazivanje vjerovatnosti da je postupanjem tuženog povrijeđeno pravo većeg broja lica na jednako postupanje. Na taj način jasno bi se istaklo da je utvrđivanje vjerovatnosti diskriminacije prema većem broju lica predmet dokaznog postupka a ne, kako to aktuelna zakonska odredba predviđa, predmet ocjene o dopuštenosti tužbe.

10. Kako bi se razriješile procesne nedoumice u pogledu odnosa između individualnih i kolektivne tužbe, potrebno je nedvosmisleno odrediti da pokretanje kolektivne tužbe ne utječe na tok parnica pokrenutih po individualnim tužbama. Bilo bi poželjno uvesti odredbu po kojoj bi, ako je tužilac član grupe a tuženi osoba za koju je utvrđeno da je diskriminatorno postupala prema toj grupi, sud u individualnoj parnici bio vezan utvrđenjem postojanja diskriminacije prema konkretnoj grupi. U tom slučaju, u individualnoj parnici ne bi trebalo ponovo odlučivati o odgovornosti tuženog.

11. Potrebno je brisati ograničavajuće odredbe o potrebi postojanja opravdanog interesa na strani aktivno legitimiranih subjekata za podnošenje kolektivne tužbe. Umjesto toga, zakon bi trebalo da propiše da kolektivnu tužbu mogu da podnesu udruženja, organizacije i tijela koja se bave zaštitom ljudskih prava ili prava određene grupe. Na taj način bi se eliminirao neodređeni i arbitrarni kriterij opravdanog interesa, koji u ovom kontekstu potencijalno ograničava značaj i domet kolektivne tužbe.

Dokazivanje diskriminacije: primjena situacionog testiranja

12. Potrebno je predvidjeti odredbu kojom bi se dobrovoljnim ispitivačima diskriminacije – osobama koje metodom opažanja na terenu utvrđuju postojanje diskriminatornih radnji, dala aktivna legitimacija da podnesu tužbu za zaštitu od diskriminacije, te eksplicitno dozvolila upotreba situacionog testiranja kao metoda dokazivanja vjerovatnosti diskriminacije.

Primjena procesnih normi

13. Imajući u vidu da je jedan od osnovnih principa ZZD-a olakšavanje položaja žrtve diskriminacije, potrebno je uvesti izričitu odredbu prema kojoj se specifična procesna pravila predviđena Zakonom primjenjuju ne samo u okviru posebnih antidiskriminacijskih postupaka, već i u postupcima u kojima se o diskriminaciji odlučuje kao o incidentalnom pitanju.

Status preporuka Institucije ombudsmena za ljudska prava BiH u sudskom postupku

14. Potrebno je eksplicitno predvidjeti obavezu pružanja posebnog, jasnog i detaljnog obrazloženja suda u slučaju odstupanja od preporuke Institucije ombudsmena za ljudska prava BiH u istom slučaju diskriminacije. Takvim rješenjem, koje je poznato i u komparativnoj praksi (npr. u Austriji i Holandiji), postigla bi se bolja harmonizacija postupka pred Institucijom ombudsmena i onog pred sudom, te dodatno osnažio autoritet Institucije ombudsmena za ljudska prava BiH kao centralne institucije za zaštitu od diskriminacije.

Promotivna uloga Institucije ombudsmena za ljudska prava BiH

15. Potrebno je precizirati i detaljnije regulirati nadležnost Institucije ombudsmena BiH u domenu promocije zabrane diskriminacije. Trenutna odredba Zakona o zabrani diskriminacije koja nadležnost Institucije ombudsmena u ovoj oblasti određuje u kontekstu “podizanja svijesti o pitanjima vezanim za rasizam i rasnu diskriminaciju” (čl. 7, st. 2, tč. f) preusko je formulirana i ne odgovara potrebama jačanja promotivne dimenzije zaštite od diskriminacije.

Interni antidiskriminacijski akti

16. Izvještaji Institucije ombudsmena BiH, kao i analize organizacija civilnog društva ukazuju na to da javne institucije i druga pravna lica u pravilu nemaju interne propise o postupanju u slučaju različitih oblika diskriminacije i mobinga unutar samih institucija. Ovaj nedostatak otežava efikasnu zaštitu žrtava diskriminacije, naročito s obzirom na činjenicu da je diskriminacija u pristupu pravima koja građani ostvaruju putem javnih institucija među najčešćim slučajevima diskriminacije. Stoga bi bilo nužno propisati odgovarajuću obavezu javnih institucija i drugih pravnih lica da pravilnicima o postupanju u slučaju diskriminacije i mobinga osiguraju efikasne interne procedure zaštite.

Ova publikacija je objavljena uz podršku američkog naroda preko Američke agencije za međunarodni razvoj (USAID). Autori ove publikacije su odgovorni za njen sadržaj i stavovi koji su u njoj izneseni ne odražavaju stavove USAID-a ili Vlade Sjedinjenih Američkih Država, niti Fonda otvoreno društvo BiH i Analitike – Centra za društvena istraživanja.



USAID
OD AMERIČKOG NARODA



Fond
otvoreno društvo
Bosna i Hercegovina

Policy memo je objavljen u okviru projekta “Jednakost za sve: Koalicija organizacija civilnog društva protiv diskriminacije”, koji u partnerstvu implementiraju Mediacentar Sarajevo, Analitika – Centar za društvena istraživanja, Prava za sve i Vaša prava BiH. Projekat finansiraju USAID i Fond otvoreno društvo BiH.



Analitika - Centar za društvena istraživanja je nezavisna, neprofitna, nevladina organizacija, koja se bavi istraživanjem i razvojem javnih politika u širem smislu. Misija Analitike je da na osnovu kvalitetnih istraživanja i odgovarajuće ekspertize ponudi relevantne, inovativne i praktične preporuke usmjerene na promoviranje inkluzivnih i boljih javnih politika, kao i na ukupno unapređenje procesa njihovog donošenja.