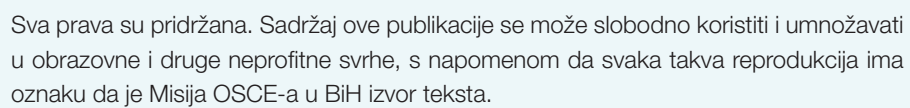


u Bosni i Hercegovini za period
od 2018. do 2021. godine



**ANALIZA SUDSKE PRAKSE U
PREDMETIMA DISKRIMINACIJE
U BOSNI I HERCEGOVINI ZA
PERIOD OD 2018. DO 2021. GODINE**

april 2023. godine



SAŽETAK.....	5
UVOD	7
I. METODOLOGIJA.....	10
II. KVANTITATIVNA ANALIZA	11
1. Raspodjela predmeta.....	11
2. Vrste tužilaca i tuženih.....	15
3. Oblici diskriminacije.....	19
4. Osnove diskriminacije	21
5. Oblasti diskriminacije	23
6. Pozivanje na međunarodnu sudsku praksu	25
7. Pozivanje na mehanizme Institucije ombudsmena.....	27
8. Trajanje postupka.....	31
9. Rezultati.....	33
III. KVALITATIVNA ANALIZA.....	35
1. Proceduralna pitanja i poboljšanja.....	35
1.1 Upravljanje predmetima i postupanje sa dokazima	35
1.2 Postupanje po pitanju nematerijalne štete.....	37
1.3 Primjena tereta dokazivanja.....	39
1.4 Postupanje u predmetima sistemske diskriminacije	42
2. Mobing	44
2.1 Analiza mobinga kao specifičnog oblika diskriminacije	44
2.2 Tumačenje pojma “ponavljanje”	45
2.3 Pitanja pravnog stajališta	47
VI. ZAKLJUČNE NAPOMENE	48
DODATAK.....	51



SAŽETAK

Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini (Misija) objavljuje ovaj izvještaj kako bi predstavila zaključke zasnovane na analizi sudske prakse u predmetima diskriminacije u Bosni i Hercegovini (BiH). Izvještaj obuhvata period od sredine 2018. do sredine 2021. godine, i nastavak je aktivnosti Misije u okviru praćenja rada pravosuđa u oblasti jednakosti i nediskriminacije od usvajanja Zakona o zabrani diskriminacije (ZZD, Zakon) 2009. godine.

S ciljem procjene postignutog napretka, kao i trenutnih trendova i izazova u primjeni Zakona, Misija je već objavila dva izvještaja na ovu temu, i to: **Analiza odgovora pravosuđa na izazove diskriminacije**, 2018. godine i **Procjena rada institucija BiH u borbi protiv diskriminacije**, 2019. godine. Osim toga, Misija je 2020. godine objavila izvještaj: **Diskriminacija u Bosni i Hercegovini: Percepcije, stavovi i iskustva javnosti**, s fokusom na stvarna iskustva diskriminacije među stanovništvom BiH.

Ovaj izvještaj fokusira se na primjenu Zakona u praksi sudova u BiH i to kao nastavak prethodno navedenih analiza sudske prakse. Izvještaj nije namijenjen da služi kao pregled diskriminacijskih trendova i problema u BiH i ne ispituje kako druge institucije u BiH odgovaraju na diskriminaciju. U ovom izvještaju su utvrđeni značajni novi trendovi u načinu na koji pravna zajednica u BiH koristi ZZD pred sudovima, i prikazuje potencijal koji ZZD može imati kada se pravilno primjenjuje. Ova analiza se fokusira na odgovore sudova u kontekstu postupaka diskriminacije pokrenutih prema ZZD-u. Analizom se prate i utvrđuju relevantni trendovi, ali se takođe naglašavaju neka od značajnih pitanja u primjeni suštinskih aspekata

ZZD-a, identificirajući slabosti i nedosljednosti u sudskoj praksi te uzimajući u obzir sveukupnost ishoda ovih postupaka pred sudovima. Ova pitanja su obrađena u četiri poglavlja:

Poglavlje I

predstavlja izvore koji su korišteni za prikupljanje podataka i sudskih odluka te metodologiju korištenu za analizu statističkih trendova u predmetima diskriminacije pred sudovima u BiH.

Poglavlje II

daje pregled kvantitativne analize utvrđenih trendova u sudskoj praksi u predmetima diskriminacije, uključujući ali ne ograničavajući se na raspodjelu predmeta između različitih sudova u BiH, vrste tužilaca i tuženih, ishode postupaka, oblike, osnove i oblasti diskriminacije, pozivanje na praksu međunarodnih sudova pri donošenju presuda, korištenje i pozivanje na Instituciju ombudsmena/ombudsmana za ljudska prava BiH (Institucija ombudsmena) i njene mehanizme te trajanje postupaka.

Poglavlje III

se fokusira na najspornija pitanja utvrđena u sudskoj praksi u predmetima diskriminacije, koja obuhvataju dokaze, teret dokazivanja, nematerijalnu štetu, sistemsku diskriminaciju, kao i pitanja tumačenja pojma mobinga.

Poglavlje IV

nudi zaključne napomene i preporuke sudovima i drugim institucijama u vezi povećanja stepena provedbe ZZD-a i njegove dosljedne primjene.¹

¹ Sudovi su pri donošenju odluka koristili i citirali prethodne analize Misije. Pogledajte, npr., Presudu Općinskog suda u Sarajevu, br. 65 0 Rs 693900 18 Rs, od 14. decembra 2020.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 541491 15 Rs, od 8. jula 2020.



UVOD

Od usvajanja 2009. godine, ZZD² se pokazao kao najvažniji instrument u pravnom okviru BiH za prevenciju i borbu protiv diskriminacije. Zakon propisuje obaveze zakonodavne, sudske i izvršne vlasti, kao i pravnih lica i pojedinaca koji vrše javna ovlaštenja da osiguraju, štite i stvaraju uslove za jednako postupanje.³ ZZD je izmijenjen i dopunjen 2016. godine kako bi se riješilo nekoliko prepoznatih nedostataka. Produženi su rokovi za pokretanje sudskih postupaka u slučajevima diskriminacije, a viktimizacija je definisana kao oblik diskriminacije. Pored toga, eksplicitna lista osnova za diskriminaciju je proširena na starosnu dob, invaliditet, seksualnu orijentaciju, rodni identitet i spolne karakteristike, a uključeno je i jasno pozivanje na diskriminaciju po povezanosti. Uključivanje ovih osnova osigurava zaštitu ne samo lica koja imaju ili se pretpostavlja da imaju gore navedene karakteristike već i zaštitu onih koji su s njima povezani. Osim toga, izmjene i dopune iz 2016. godine eksplicitno su prepoznale situaciono testiranje kao sredstvo za dokazivanje diskriminacije.⁴

Sistematska analiza sudske prakse u predmetima diskriminacije od strane nadležnih organa ključna je za procjenu efikasnosti ZZD-a, šireg antidiskriminacijskog pravnog okvira i kreiranja relevantnih politika u ovoj oblasti. Jedna od složenosti u ovoj oblasti je nepostojanje jedinstvenog sistema prikupljanja podataka o slučajevima diskriminacije između Institucije ombudsmena, pravosuđa i Ministarstva za ljudska prava i izbjeglice BiH (MLJPI). Uz slabo izvještavanje i slabo statističko prikupljanje slučajeva diskriminacije, nedostaje istraživanje javnih potreba kao i konzistentnost kako u primjeni ZZD-a, tako i u

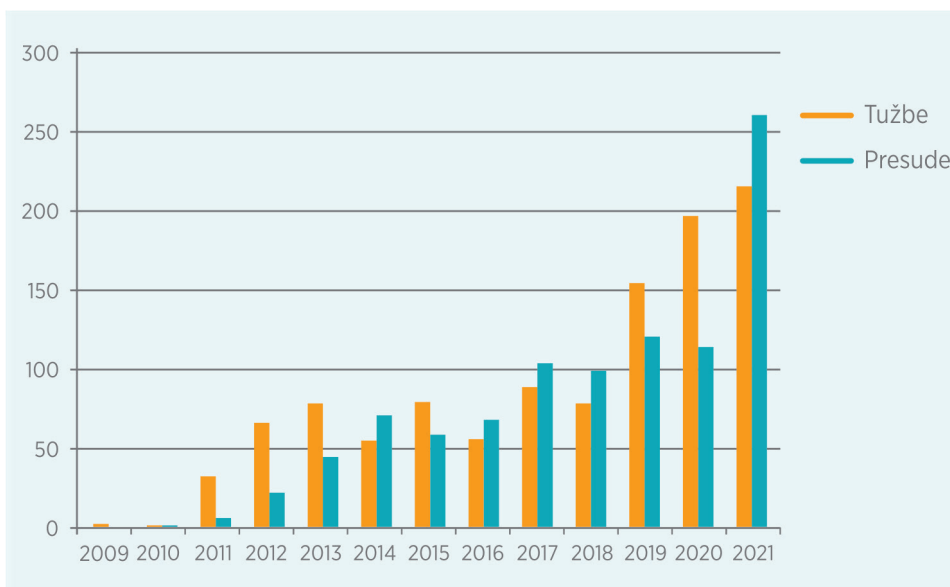
² Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, broj: 59/09 i 66/16

³ Pogledajte član 1 (2) ZZD-a. Zakon također proširuje obaveze zabrane diskriminacije na fizička lica

⁴ Pogledajte član 2 (1), član 4 (6), član 13, (1), član 15, (4) i član 18. ZZD-a

konsultacijama između gore navedenih institucija. Neadekvatna je i njihova saradnja sa organizacijama civilnog društva (OCD).

Istraživanje Misije o percepciji javnosti pokazuje još uvijek nizak nivo svijesti i razumijevanja antidiskriminacijskog pravnog okvira.⁵ Evidentan je i nedostatak povjerenja u institucije koje su zadužene za postupanje u predmetima diskriminacije.⁶ Prema istom istraživanju, većina onih koji dožive diskriminaciju, to ne prijave. Ipak, Misija je u izvještajnom periodu zabilježila porast broja predmeta diskriminacije (posebno onih koji su pokrenuti protiv organa i tijela vlasti) i to po broju podnesenih tužbi i donesenih presuda. Nadalje, podaci iz Sistema za automatsko upravljanje predmetima u sudovima (CMS) Visokog sudskog i tužilačkog vijeća (VSTV) BiH ukazuju da je u periodu od 2009. do 2021. godine doneseno više od hiljadu meritornih odluka primjenjujući odredbe ZZD-a, uključujući najmanje 973 presude, sa evidentnim porastom tokom godina (Grafikon 1).⁷



Grafikon 1: Ukupna raspodjela tužbi i presuda (podaci iz CMS-a)

⁵ Pogledajte, npr. OSCE, *Diskriminacija u Bosni i Hercegovini: Percepcija, stavovi i iskustva javnosti*, stranice 15 – 16 (dostupno na: <https://www.osce.org/files/f/documents/d/c/448855.pdf>)

⁶ Pogledajte, naprimjer, OSCE, *Diskriminacija u Bosni i Hercegovini: Percepcija, stavovi i iskustva javnosti*, 20. mart 2020. (dostupno na: <https://www.osce.org/files/f/documents/d/c/448855.pdf>); Svjetlana Ramić-Marković, *Rodno zasnovana diskriminacija u oblasti rada u Bosni i Hercegovini* (Helsinški parlament građana Banja Luka, 2022.)

⁷ Ovo je *minimalni* broj presuda, jer CMS baza podataka nije kompletna, posebno za ranije godine

Jedan od faktora koji su doprinijeli ovakvom povećanju mogao bi biti u kontinuiranim naporima relevantnih aktera da adresiraju problem nedostatka razumijevanja antidiskriminacijskog pravnog okvira.⁸

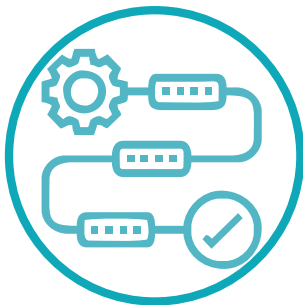
Izveštajni period je odabran kako bi predstavio nastavak na prethodne analize sudske prakse u predmetima diskriminacije: „*Analiza odgovora pravosuđa na izazove diskriminacije u Bosni i Hercegovini*”⁹ (period od 1. decembra 2009. do 31. maja 2017.) i „*Procjena rada institucija BiH u borbi protiv diskriminacije*”¹⁰ (period od 1. juna 2017. do 30. juna 2018.). Pored toga, Misija je predstavila sažetak i preporuke sa konferencije iz 2019. godine pod nazivom: „*10 godina borbe protiv diskriminacije u BiH*”.¹¹

⁸ Misija je odigrala važnu ulogu u zagovaranju primjene ZZZ-a kroz svoje kampanje za podizanje svijesti i inicijative za izgradnju kapaciteta. Od 2012. godine, u saradnji sa entitetskim centrima za edukaciju sudija i tužilaca, Misija redovno organizuje seminare, obuke, radionice i konferencije posvećene implementaciji ZZZ-a. Više od 1200 sudija i pravnih stručnjaka prisustvovalo je ovim događajima, koji su kasnije prošireni na način da su uključeni i advokati. Od 2021. godine, Misija je zajedno sa misijama OSCE-a u Srbiji i Skoplju pokrenula regionalnu saradnju u oblasti borbe protiv diskriminacije. Tri misije okupile su sudije i druge pravne stručnjake iz tri zemlje kako bi razgovarali o zajedničkim izazovima u primjeni antidiskriminacijskih zakona i identificirali najbolje prakse

⁹ *Analiza odgovora pravosuđa na izazove diskriminacije u Bosni i Hercegovini*, OSCE, 2018, (dostupno na: <https://www.osce.org/files/f/documents/4/e/400550.pdf>)

¹⁰ *Procjena rada institucija BiH u borbi protiv diskriminacije*, OSCE, 2019, (dostupno na: <https://www.osce.org/files/f/documents/4/f/414674.pdf>)

¹¹ *Sažetak, zaključci, zapažanja i preporuke*, OSCE, 2019, (dostupno na: <https://www.osce.org/files/f/documents/f/6/420149.pdf>)



METODOLOGIJA

U ovoj analizi su uzete u obzir 433 sudske odluke u **meritumu** (sa fokusom na presude) donesene u trogodišnjem periodu i to od sredine 2018. do sredine 2021. godine (pogledajte Tabelu 1). Cilj je bio obuhvatiti sve odluke koje su donesene u ovom periodu i koje su bile dostupne Misiji. Ovo uključuje presude donesene po posebnim tužbama za zaštitu od diskriminacije koje su predviđene članom 12. ZZD-a. Konačno, uključene su i presude u kojima su sudovi odlučivali po tužbama za zaštitu od diskriminacije primjenom antidiskriminacijskih odredbi drugih zakona osim ZZD-a, a to se uglavnom odnosi na odredbe entitetskih zakona o radu uz istovremena pozivanja na ZZD. U analizi su uzete u obzir sve presude donesene u izvještajnom periodu, a ne samo predmeti koji su okončani odlukom trećestepenog suda. Broj završenih predmeta ne bi bio ilustrativan zbog dužine postupka.

Misija se prvenstveno oslonila na podatke VSTV-a kako bi pripremila analizu statističkih trendova u predmetima diskriminacije pred sudovima u BiH. Ovo uključuje podatke iz elektronske baze podataka za automatsko upravljanje predmetima u sudovima, koja je poznata kao CMS i koja uključuje posebno označavanje predmeta koji spadaju pod ZZD. Kao rezultat neadekvatnog evidentiranja predmeta diskriminacije u CMS-u u ovom periodu, Misija je u procesu prikupljanja odluka uočila određene nedostatke: terenske kancelarije Misije prikupile su dodatnih 67 presuda za izvještajni period, a koje nisu bile evidentirane u statističkim podacima dostavljenim od VSTV-a, već su ih Misiji prijavili drugi (ne)vladini akteri.¹² Misija očekuje da će najnovije dopune šifarnika baze podataka CMS, koja je postala funkcionalna od 1. januara 2021. godine, učiniti buduće statistike mnogo pouzdanijim.¹³

¹² U svrhu stvaranja jedne cjeline, uzete su u obzir i sljedeće baze podataka: *Odjel za sudsku dokumentaciju i edukaciju* | *Odjel za sudsku dokumentaciju i edukaciju (pravosudje.ba)*; *Baza sudske prakse (pravosudje.ba)*

¹³ "Uputstvo za korištenje dopunjenog šifarnika Sistema upravljanja predmetima za postupke diskriminacije," Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH, 2021.



KVANTITATIVNA ANALIZA

Sljedeća analiza trendova u sudskoj praksi u predmetima diskriminacije u izvještajnom periodu fokusira se na niz faktora i indikatora. To uključuje:

- raspodjelu predmeta između sudova u BiH;
- vrste tužilaca i tuženih, oblike i osnovne diskriminacije;
- oblasti diskriminacije;
- pozivanja na praksu međunarodnih sudova koju su sudovi koristili u svojim presudama;
- korištenje i pozivanje na Instituciju ombudsmena i njene mehanizme;
- trajanje postupka, i;
- ishode.

Kako je većina ovih faktora praćena i u prethodnim analizama Misije, moguće je i uporediti rezultate u dužem vremenskom periodu.

1. Raspodjela predmeta

Kao što je vidljivo iz strukture predmeta (Tabela 1 i Grafikon 2), najveći broj presuda u izvještajnom periodu donijeli su sudovi u Federaciji Bosne i Hercegovine (FBiH) (312 predmeta). Slijedili su sudovi u Republici Srpskoj (RS) (104 predmeta) i Sud BiH (15 predmeta). Najmanje presuda zabilježeno je u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine (BD) sa samo 3 predmeta. Ovo u velikoj mjeri prati trendove utvrđene prethodnih

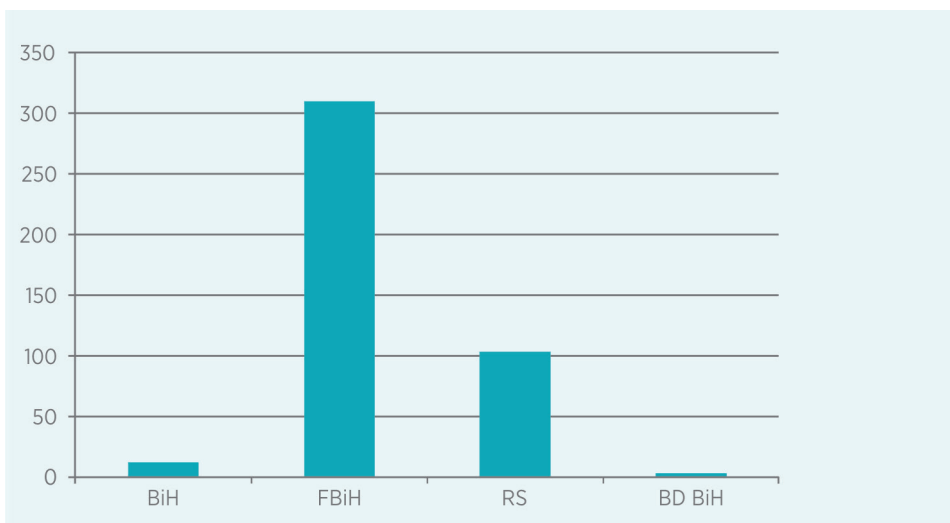
godina. Pored toga, došlo je do povećanja broja presuda u predmetima diskriminacije (Grafikon 1), što se nastavilo i u ranim fazama pandemije COVID-19 u toku 2020. godine. Sudska praksa u FBiH je mnogo raznovrsnija, a tužiocu su skloniji korištenju inovativnih sredstava zaštite od diskriminacije, kao što su kolektivne tužbe ili tužbe za zaštitu od viktimizacije. Ipak, ovo je imalo za posljedicu da sudska praksa u FBiH često nije konzistentna, kao što je vidljivo u Poglavlju III.

NIVO	SUD	Sredina 2018.	2019.	2020.	Sredina 2021.	Σ	Σ
BiH	Sud BiH I	/	2	3	2	7	14
	Sud BiH II	/	/	2	2	4	
	Sud BiH III	1	/	/	2	3	
FBiH	Vrhovni sud	12	17	14	8	51	312
	Kantonalni sudovi	11	30	24	21	86	
	Općinski sudovi	16	37	49	73	175	
RS	Vrhovni sud	3	7	3	15	28	104
	Okružni sudovi	5	11	20	6	42	
	Osnovni sudovi	3	21	6	4	34	
BD	Apelacioni sud	1	/	/	1	2	3
	Osnovni sud	/	/	1	/	1	
	Σ	52	125	122	134	433	

Tabela 1: Ukupna raspodjela meritornih presuda

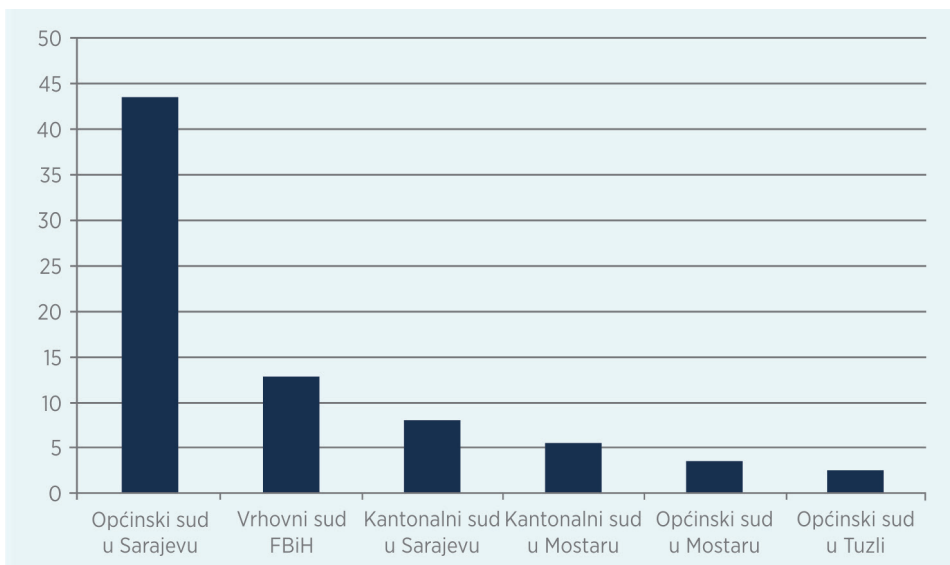
Mali broj presuda u BD u izvještajnom periodu ne čini se anomalijom, jer dosadašnja analiza sudske prakse za period 2015. – 2018. ukazuje na samo jedno proceduralno rješenje u BD za taj cjelokupan period.¹⁴ Donesene presude su od izuzetnog značaja jer se time ističu novi razvoji u BiH u oblasti diskriminacije na osnovu vjere (pogledajte Poglavlje II.4). Prilikom ovakvih poređenja, važno je imati na umu da je BD daleko najmanja jurisdikcija u BiH po broju stanovnika.

¹⁴ Pogledajte: Dženana Radončić i dr., *Kvadratura antidiskriminacijskog trougla u BiH: Zakonski okvir, politika i praksa 2016.–2018.* (Sarajevo: Analitika, 2018.), str. 13. Zanimljivo je da su u kratkom periodu nakon ovog analiziranog predmeta u Brčko distriktu donesene još tri presude



Grafikon 2: Raspodjela presuda u BiH u izvještajnom periodu

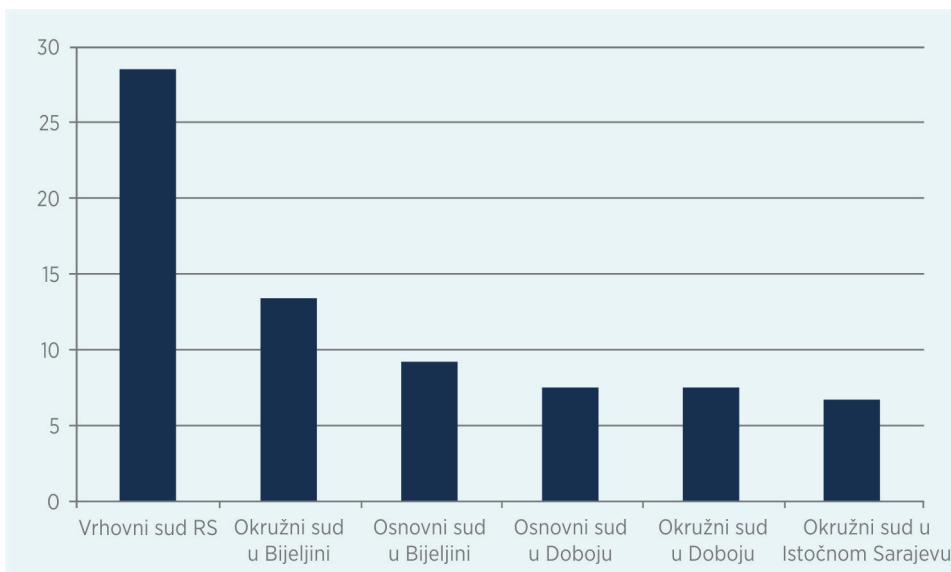
Što se tiče FBiH, najveći broj presuda su donijeli općinski i kantonalni sudovi u Sarajevu što čini više od polovine ukupnog broja (Grafikon 3). Ovo prati trend iz prethodno analiziranih perioda.¹⁵ Nesrazmjerno veliki broj predmeta pred ovim sudovima mogao bi objasniti i činjenicu da postupci u predmetima diskriminacije u prosjeku traju duže pred sudovima u Sarajevu nego pred drugim sudovima u FBiH (pogledajte Poglavlje II, 8).



Grafikon 3: Prvih šest sudova u FBiH po broju presuda (%)

¹⁵ Pogledajte: *Analiza odgovora pravosuđa ...*, str. 14; *Procjena rada institucija BiH...*, str. 21

U RS je ovakva teritorijalna nesrazmjernost u raspodjeli predmeta između sudova znatno manje izražena (Grafikon 4). Jedan od mogućih faktora koji objašnjava značajnu razliku u broju predmeta između RS-a i FBiH je postojanje tužbe *actio popularis* pred Ustavnim sudom RS-a (US RS). Ovim se svakom pojedincu omogućava da ospori opšte pravne norme zbog njihove navodne diskriminatorne prirode (član 120 (2). Ustava RS). Ovakav postupak se često koristi za osporavanje ustavnosti i zakonitosti diskriminatornih akata, bilo u vezi sa antidiskriminacijskim odredbama Ustava RS (član 10. Ustava RS) i/ili u odnosu na odredbe Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda (EKLJP). Ovaj procesni put, koji ne postoji na drugim nivoima u BiH, može biti “mač sa dvije oštrice” u slučajevima sistemske diskriminacije u RS. Kada US RS presudi da osporena odredba zakona ili podzakonskog akta nije diskriminatorna (u odnosu na Ustav RS i EKLJP), to bi moglo obeshrabriti tužioce da kasnije pokušaju, u redovnim postupcima, dobiti očitovanje da je primjena takve odredbe diskriminatorna na osnovu ZZD-a. Iako tužiocima nije onemogućeno da koriste takvo pravno sredstvo, njegova djelotvornost – u ovim okolnostima – nije evidentna.¹⁶ Ovo je problematično jer se obrazloženje US RS u predmetima diskriminacije pod jurisdikcijom apstraktne kontrole često iznosi sažeto, bez pozivanja na obavezujuću praksu međunarodnih sudova.



Grafikon 4: Prvih šest sudova u RS po broju presuda (%)

¹⁶ Uporedite, npr., Odluku Ustavnog suda RS, br. U-31/18 od 20. 12. 2018. i Presudu Osnovnog suda Doboj br. 85 0 Rs 072647 18 Rs, od 23. oktobra 2019., Presudu Okružnog suda Banja Luka, br. 71 0 Rs 286277 19 Rsž, od 6. marta 2020., i Presudu Vrhovnog suda RS, br. 71 0 Rs 286277 20 Rev, od 26. januara 2021. godine

2. Vrste tužilaca i tuženih

Odredba Zakona kojom se definiše oblast primjene jasno navodi da se Zakon odnosi na postupanje svih javnih tijela na svim nivoima vlasti, uključujući općinske institucije i tijela, pravnih lica s javnim ovlaštenjima, kao i na postupanje svih pravnih i fizičkih lica (član 6). Osim toga, ZZD predviđa mogućnost zaštite od diskriminacije u odnosu na sve prethodno navedene subjekte u postojećem (upravnom ili sudskom) postupku ili korištenjem posebnih tužbi za zaštitu od diskriminacije u parničnom postupku (članovi 11. i 12.). Konačno, Zakon predviđa detaljna pravila o mogućnostima podnošenja kolektivnih tužbi za zaštitu od diskriminacije (član 17).

Kao što se može vidjeti na Grafikonu 5, većina analiziranih predmeta odnosi se na tužbe koje je podnijelo više pojedinaca u istom postupku (44,9%). Ovo je moguće kada se predmeti odnose na isto pravno i činjenično stanje. Ove tužbe ne treba miješati sa kolektivnim tužbama po članu 17. ZZD-a, a koje su u izvještajnom periodu činile 1,9% slučajeva. Tužbe koje je podnijelo više pojedinaca odnose se na pitanje sistemske diskriminacije (pogledajte Poglavlje III, 1.4). Kako proizilaze iz istog uzroka, korištenje kolektivne tužbe kao proceduralnog sredstva za rješavanje mnogih od ovih slučajeva bila bi efikasnija strategija. Ovo bi bilo posebno korisno za ionako preopterećene sudove u Sarajevu jer bi se izbjegle nedosljednosti uočene u praksi sudova kada postupaju po istim pitanjima. Evidentna su poboljšanja u postupanju sudova po kolektivnim tužbama, i to jer se izgleda više ne suočavaju s problemima navedenim u ranijim izvještajima u vezi sa pravnim stajalištem.¹⁷

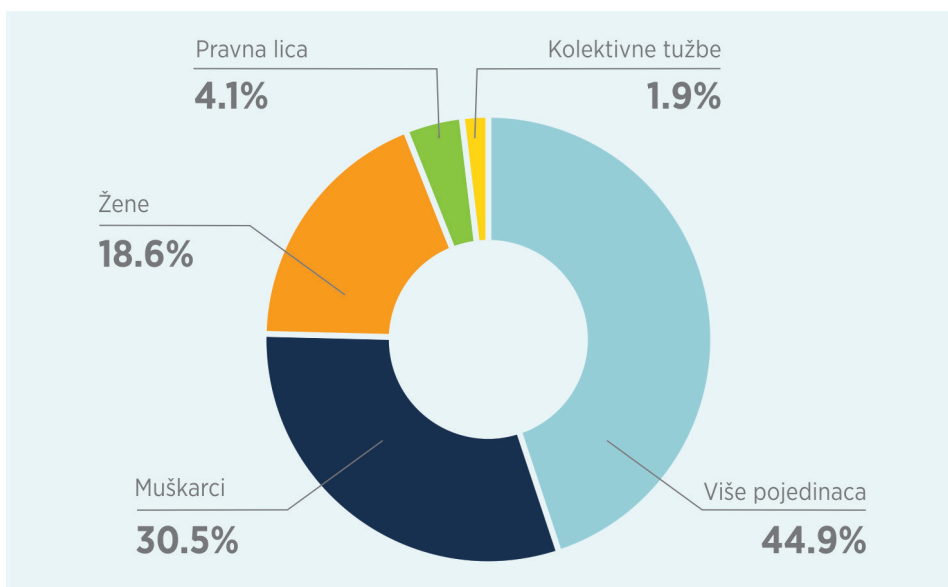
Dvije najznačajnije kolektivne tužbe u izvještajnom periodu podnijeli su Udruženje “*Vaša prava BiH*” i *Evropski centar za prava Roma* (ERRC), a indikativne su za postignuti napredak u primjeni i razumijevanju kolektivnih tužbi. Prva je završena pozitivnim ishodom u slučaju segregacije u školama u Srednjobosanskom kantonu u vezi sa tzv. sistemom “*dvije škole pod jednim krovom*” nakon više od deset godina parničnjenja i intervencije Ustavnog suda BiH.¹⁸ Druga tužba se odnosila na diskriminaciju Roma koji žive u naselju Banlozi u Zenici, i to u pogledu loših stambenih uslova, tačnije nemogućnosti pristupa tekućoj vodi.¹⁹ Za razliku od kolektivne tužbe koju je podnijelo Udruženje “*Vaša prava BiH*”, a koje se suočilo sa brojnim proceduralnim preprekama i nerazumijevanjem u vrijeme kada su se sudovi tek upoznavali sa ovom novom vrstom parničnih stranaka, ERRC se nije suočio sa proceduralnim problemima u tom pogledu i cijeli postupak okončan je

¹⁷ Pogledajte npr. Boris Topić, *Kolektivna tužba u sistemu zaštite od diskriminacije u BiH*, Analitika, 2014.

¹⁸ Pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 51 0 P 054522 21 Rev 2, od 10. septembra 2021. (Sud je naložio hitno uspostavljanje jedinstvenih integrisanih multikulturalnih škola za utvrđena područja sa jedinstvenim nastavnim planom i programom uz puno poštovanje prava djece na obrazovanje na njihovom maternjem jeziku)

¹⁹ Pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 43 0 P 178741 21 Rev, od 16. februara 2022. (sudovi su uvažili tužbu protiv Javnog preduzeća „Vodovod,” ali su je odbili u pogledu Grada Zenice)

– na tri sudske instance – nakon samo godinu i 11 mjeseci.²⁰ Ovo vrijedi uporediti sa statistikom prikazanom u Poglavlju II, 8. Ovim se ukazuje da se razumijevanje sudova za ovu vrstu postupka unapređuje i da su u mogućnosti efikasnije tumačiti Zakon u takvim slučajevima. Pored toga, kada se pregledaju presude u kojima su muškarci i žene individualni tužioci, muškarci kao tužioci (30,5%) su brojniji od žena (18,6%) u odnosu na ukupan broj presuda, što još jednom potvrđuje dosadašnje trendove nejednake zastupljenosti spolova.²¹ Konačno, može se primijetiti da se pravna lica pojavljuju kao tužioci u 4,1% predmeta diskriminacije obuhvaćenih ovom analizom. U BiH postoje različiti stavovi o zaštiti pravnih lica od diskriminacije; ZZD nudi zaštitu ovoj grupi, za razliku od antidiskriminacijskih odredbi Ustava RS.²²



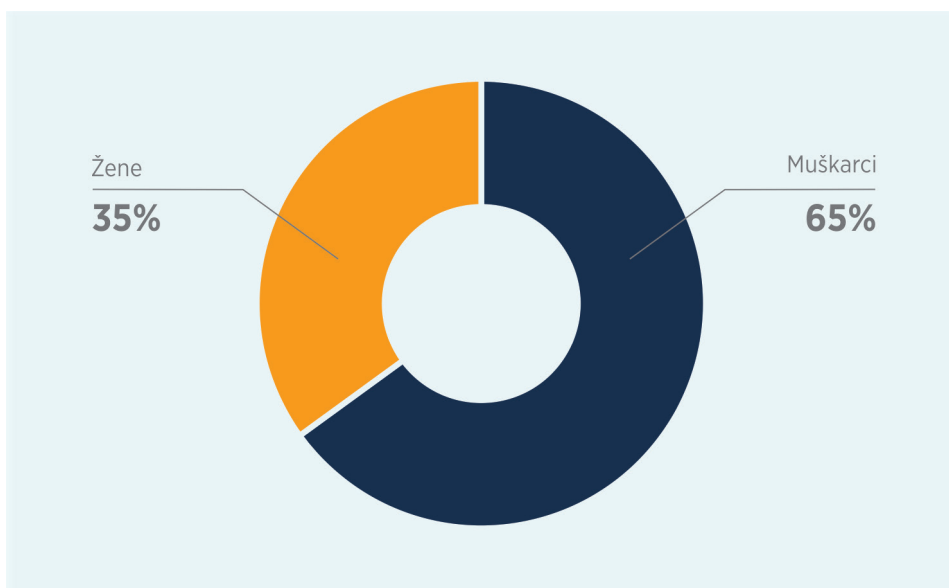
Grafikon 5: Vrste tužilaca u analiziranim predmetima (%)

²⁰ Treba napomenuti da su dvije kolektivne tužbe u izvještajnom periodu naišle na prepreke zbog navodnog nedostatka pravnog interesa za utvrđivanje diskriminacije kolektivnih ugovora koji više nisu na snazi. U oba slučaja, drugostepeni sudovi su ukinuli i poništili prvostepene odluke smatrajući da tužioci imaju pravni interes samo za utvrđivanje diskriminacije (deklarativna presuda), a takođe su naglasili prošireni subjektivni efekat takvog utvrđivanja za eventualne kasnije tužbe za (ne)materijalnu štetu. Pogledajte presude Kantonalnog suda Sarajevo, br. 65 0 Rs 686554 19 Rsž, od 2. septembra 2019. i br. 65 0 Rs 692142 19 Rsž, od 10. decembra 2020. Pogledajte i Presudu Općinskog suda Sarajevo br. 65 0 Rs 693900 18 Rs, od 14. decembra 2020.

²¹ Pogledajte: *Analiza odgovora pravosuđa...*, str. 16; *Procjena rada institucija BiH...*, str. 24

²² Pogledajte npr. Odluku Ustavnog suda RS, br. U-10/16, od 25. januara 2017.

Mobing je jedan od najčešće prisutnih – od svih ostalih – oblika diskriminacije, i u skladu sa ranije utvrđenim trendovima, tužioci su u ovim predmetima češće muškarci nego žene (Grafikon 6). Ne postoji razlog za vjerovanje da su žene manje podložne mobingu od muškaraca. Ustvari, podaci iz prethodnih analiza ukazivali su da su uopšteno žene u BiH češće izložene raznim vrstama diskriminacije od muškaraca.²³ Ostaje pitanje zašto je manje vjerovatno da će žene pokrenuti tužbe za zaštitu od diskriminacije. Ranije utvrđeni razlozi vrijede i dalje, naime ranjivim i marginalizovanim kategorijama žena bi moglo biti teže pristupiti sudovima, djelomično zbog strukture tržišta rada, porodičnih obaveza, nedostatka pristupa prevozu i ostalih ekonomskih barijera.²⁴

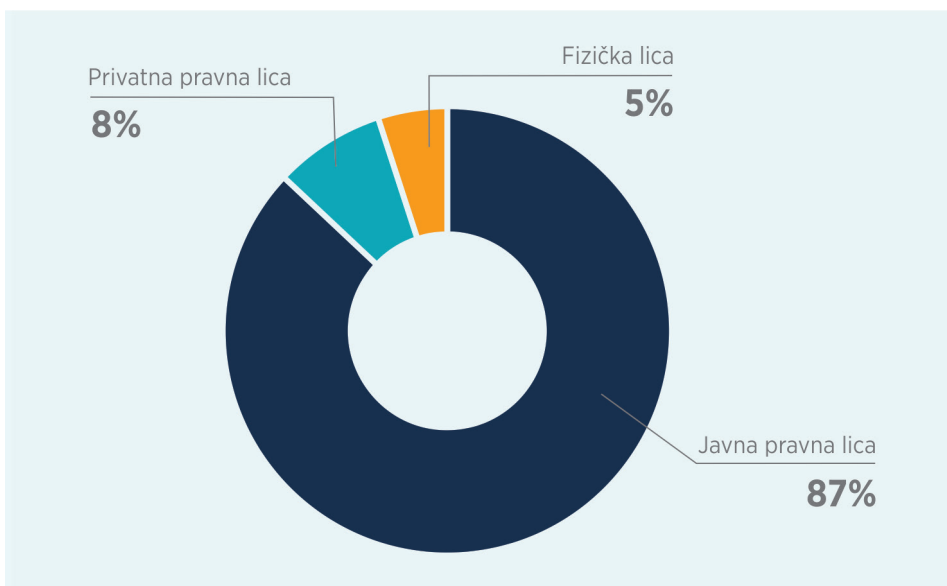


Grafikon 6: Spol tužioca u slučajevima mobinga (%)

²³ Pogledajte: *Analiza odgovora pravosuđa...*, str. 16; *Procjena rada institucija BiH...*, str. 24 (i citirani izvori)

²⁴ Statistika pokazuje da razlika među spolovima pri zapošljavanju u BiH u 25% slučajeva ide u korist muškaraca. Pogledajte: Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine, *Žene i muškarci u Bosni i Hercegovini*, 2022, str. 61

Najveći broj tuženih u analiziranim predmetima diskriminacije su i dalje pravna lica, što je u skladu sa zaključcima prethodno analiziranih perioda (Grafikon 7). Međutim, primjećen je značajan porast broja takvih tuženih (povećanje sa 67% na 95%).²⁵ Za potrebe ove analize, i za razliku od prethodnih zaključaka Misije, podaci su razvrstani kako bi se prikazalo da li je na strani tuženog javni ili privatni subjekt. Ovakvim razvrstavanjem podataka otkriveno je da u analiziranim predmetima diskriminacije javni subjekti čine ogromnu većinu tuženih. Podaci pokazuju da je mnogo manje vjerovatno da će pojedinci tražiti sudsku zaštitu od privatnih poslodavaca,²⁶ što može biti rezultat strukture tržišta rada, posebno za zaposlenike koji rade na osnovu zaključenih ugovora na određeno vrijeme, gdje rizik moguće odmazde poslodavca može biti značajan faktor zastrašivanja. Drugi faktori takođe mogu doprinijeti takvim strahovima. Ovo uključuje sistemsko nedovoljno korištenje (i nedostatak uspjeha pri korištenju) mehanizama kao što su privremene mjere osiguranja prema ZZD-u (član 14). Osim toga, nedostatak sudske prakse sa utvrđenom viktimizacijom – kao oblik diskriminacije prema onim koji prijavljuju ili učestvuju u postupcima diskriminacije (član 18. ZZD) – u kombinaciji sa problemima vezanim za dužinu trajanja postupka, posebno u slučajevima mobinga, obeshrabruje žrtve da naprave iskorak. Ovim se ističe potreba za sistemskim jačanjem antidiskriminacijske infrastrukture, kao što je usklađivanje i pojašnjenje mnogih međusobno povezanih proceduralnih pravila, kako bi se postojeća pravna sredstva učinili djelotvornijim.



Grafikon 7: Struktura tuženih (%)

²⁵ Pogledajte: *Analiza odgovora pravosuđa*, str. 17; *Procjena rada institucija BiH...*, str. 25 (pravna lica su činila 67% optuženika)

²⁶ Pogledajte npr. *Ramić-Marković, op.cit.*

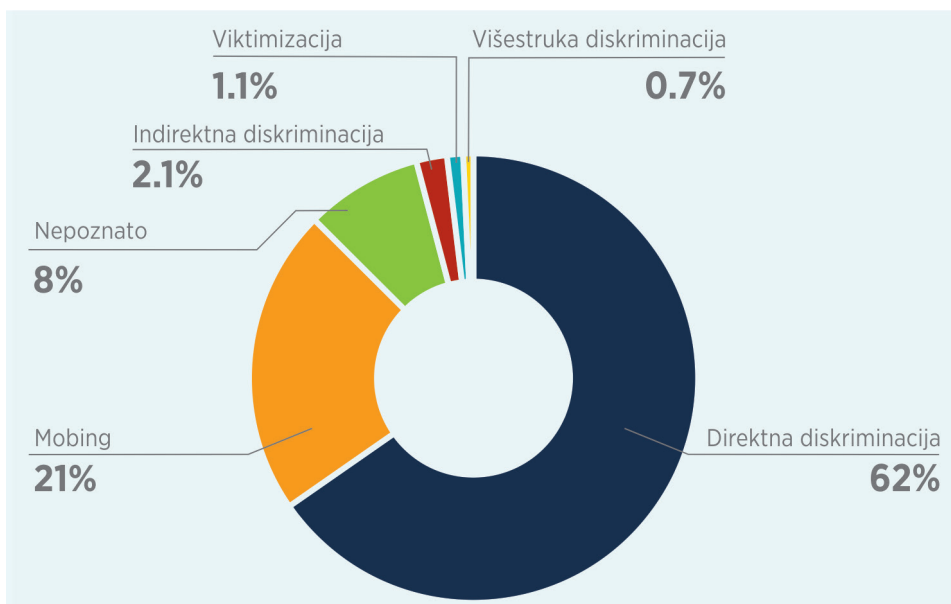
3. Oblici diskriminacije

U trenutku usvajanja 2009. godine, Zakon je predvidio dva osnovna oblika diskriminacije: direktnu i indirektnu diskriminaciju. Drugi oblici diskriminacije, uključujući uznemiravanje, seksualno uznemiravanje, mobing, segregaciju i podsticanje na diskriminaciju (uključujući izdavanje naloga, pomaganje drugima i poticanje na diskriminaciju), su također spomenuti. Izmjenama i dopunama iz 2016. godine dodat je teži oblik diskriminacije kao diskriminacija koja je počinjena po više osnova (višestruka diskriminacija), koja je počinjena više puta (ponovljena diskriminacija) ili koja postoji duže vrijeme (produžena diskriminacija). Osim toga, značajne su izmjene i dopune Zakona u pogledu odredbi o zaštiti od odmazde lica koja su prijavila ili učestvovala u postupku za zaštitu od diskriminacije i to uvođenjem viktimizacije kao novog oblika diskriminacije (član 18. ZZD-a). Stoga je jasno da je ZZD uspostavio antidiskriminacijski sistem vrlo širokog obima. To pokazuje uključivanje mobinga i viktimizacije kao posebnih oblika diskriminacije, iako nijedan ne zahtijeva pokazivanje veze sa zaštićenom osnovom (vidi Poglavlje II, 4.).

Analiza oblika diskriminacije prikazanih u presudama ukazuje na nastavak prethodnog trenda, naprimjer, učestalosti direktne diskriminacije i mobinga (Grafikon 8). Direktna diskriminacija se često smatra najozbiljnijim oblikom diskriminacije. Očekivalo bi se da, više od decenije nakon usvajanja ZZD-a, slučajevi navodne diskriminacije neće biti tako očigledni kako svijest javnosti o Zakonu raste i društvo napreduje. Moglo se očekivati da će, većim razumijevanjem diskriminacije kao pojma, građani BiH prestati s eksplicitnom direktnom diskriminacijom, a samim tim da bi se smanjio i broj slučajeva. Međutim, to nije primjećeno jer broj slučajeva direktne diskriminacije raste, dok broj slučajeva indirektno diskriminacije ostaje mali.²⁷ Očekivalo bi se da će rasti broj prijavljenih slučajeva indirektno diskriminacije kako građani postaju svjesni prava na zaštitu od diskriminacije prema ZZD-u, ali indirektna diskriminacija ostaje složena i manje je očigledna za otkrivanje nego direktni oblik. Analizirani slučajevi indirektno diskriminacije uključivali su slučajeve u kojima su naizgled neutralne odredbe lokalnih vlasti imale učinak neopravdanog davanja prednosti lokalnim preduzećima ili sportskim klubovima.²⁸ Primjetno je smanjenje broja slučajeva u kojima oblik diskriminacije uopće nije naznačen. Ovo je pozitivan pomak koji vjerovatno podrazumijeva veće poznavanje ZZD-a od strane tužilaca i njihovih pravnih zastupnika.

²⁷ Uporedite: *Analiza odgovora pravosuđa...*, str. 22 (direktna diskriminacija čini 68% slučajeva)

²⁸ Pogledajte, npr., Presudu Općinskog suda u Konjicu, br. 56 0 P 063396 19 P, od 25. jula 2019. (presuda koju je potvrdio Vrhovni sud FBiH 2022.); Presudu Općinskog suda Široki Brijeg br. 64 0 P 053541 19 P, od 30. juna 2020.



Grafikon 8: Vrste i oblici diskriminacije (%)

Kao što je navedeno u prethodnoj analizi, za neke od posebnih oblika diskriminacije se ili nikada ne podnose antidiskriminacijske tužbe (kao što je seksualno uznemiravanje) ili se podnose ali se uvijek svrstavaju pod neki drugi oblik.²⁹ To je slučaj kada se zaštita od uznemiravanja traži tužbom za mobing. Primjećeno je povećanje broja slučajeva mobinga u odnosu na prethodno analizirane periode.³⁰ U izvještajnom periodu zabilježena su četiri slučaja navodne viktimizacije, a jedan od slučajeva okončan je presudom sa pozitivnim ishodom.³¹ U izvještajnom periodu zabilježen je jedan slučaj teže diskriminacije (član 4 (6) ZZD), a odnosi se na nezakonita postupanja organa javne vlasti prema aktivistima pokreta „Pravda za Davida“ u Banjoj Luci. Osnovni sud u Banjoj Luci utvrdio je postojanje direktne i proširene diskriminacije, kao i uznemiravanja i segregacije.³²

²⁹ Analiza odgovora pravosuđa... str.20

³⁰ Uporedite: Analiza odgovora pravosuđa..., str. 22 (mobing čini 14% slučajeva)

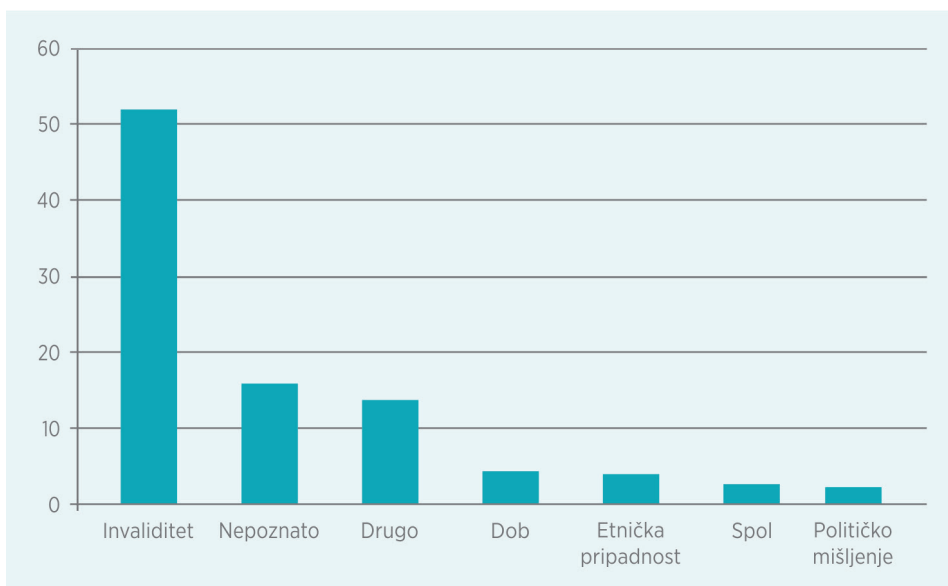
³¹ Pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 43 0 Rs 160655 20 Rev, od 15. jula 2021.

³² Pogledajte Presudu Osnovnog suda Banja Luka br. 71 0 P 323323 20 P, od 10. decembra 2020.

Neizvršenje presuda ostaje problem za pravni sistem BiH. Naprimjer, kao što je ranije spomenuto u izvještaju, u jednom slučaju koji se odnosi na segregaciju u obrazovanju postupak je završen 2021. godine,³³ iako presuda još uvijek nije izvršena.³⁴

4. Osnove diskriminacije

Zakonom iz 2009. godine definisana je diskriminacija uključivanjem određenog broja zaštićenih osnova i otvorene liste („kao i svaka druga okolnost“). Izmjenama i dopunama ZZD-a 2016. godine, niz dodatnih zaštićenih osnova je eksplicitno uključen (diskriminacija na osnovu rodbinske ili druge veze, invaliditeta, starosne dobi, seksualne orijentacije, rodnog identiteta i spolnih karakteristika), uz zadržavanje otvorene klauzule „kao i svaka druga okolnost“. Kombinacija oblika i osnova diskriminacije, kako je definisano ZZD-om, čini ga jednim od naprednijih zakona ove vrste u regionu.



Grafikon 9: Osnov diskriminacije (%)

³³ Pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 51 0 P 054522 21 Rev 2, od 10. septembra 2021.

³⁴ Postupak izvršenja u predmetima segregacije u školama u Hercegovačko-neretvanskom kantonu je još u toku, osam godina nakon Presude Vrhovnog suda FBiH. Općinski sud Mostar donio je inicijalno Rešenje o izvršenju u ovom predmetu 2015. (Rješenje br. 58 0 Ip 085653 15 Ip 2, od 16. septembra 2015.). Na ovo Rješenje uložena je žalba, a istom sudu je trebalo šest godina da donese odluku po žalbi, iako je izvršni postupak hitan. Pogledajte: Rješenje Općinskog suda u Mostaru, br. 58 0 Ip 085653, od 19. maja 2021. (uvažio zahtjev za izvršenje protiv Hercegovačko-neretvanskog kantona, ali ga je odbio u odnosu na škole, uz zaključak da nije u mjesnoj nadležnosti. Prenio je izvršenje na Općinski sud u Čapljini. Tužioci su se žalili na ovu odluku.)

U izvještajnom periodu, zabilježen je značajan broj presuda koje se odnose na invaliditet (52,1%) i starosnu dob (4,2%) kao osnove diskriminacije (Grafikon 9).³⁵ Analizirana sudska praksa u BiH pokazuje da se obje ove osnove najčešće vode u postupku kao direktni oblici diskriminacije. Relativna novina po pitanju diskriminacije na osnovu starosne dobi može se primijetiti u teškoćama koje sudovi imaju u konceptualnom rješavanju, pri čemu je svih deset tužbi podnesenih tokom izvještajnog perioda bilo odbačeno, i to obično uz zaključak da zapravo ne postoji različito postupanje na osnovu dobi.³⁶ Ovo možda nije najbolji okvir za ovo pitanje, jer tužioci obično ističu navodnu problematičnu razliku u postupanju prema osobama različite dobi, obično na štetu starijih lica. Drugim riječima, fokus u ovim slučajevima obično bi trebao biti na pitanju *opravdanosti* takvog različitog postupanja na osnovu dobi, gdje država može uživati značajan stepen slobodne procjene.³⁷

Takođe, povećan je broj predmeta koji se odnose na navodnu diskriminaciju na osnovu vjere, kao što su slučajevi koji se odnose na zabranu nošenja hidžaba i brade u Oružanim snagama BiH i pravosuđu. Ovo su složena pitanja koja još nisu u potpunosti riješena pred Evropskim sudom za ljudska prava (ESLJP),³⁸ a sve žalbe koje su ovdje uzete u obzir su odbačene u meritumu.³⁹ Očekuje se da će protiv ovih odluka biti uložena apelacija Ustavnom sudu BiH.⁴⁰

Još uvijek je veliki broj predmeta u kojima se zaštićena osnova ne može utvrditi, bilo zbog toga što tužilac u tužbenom zahtjevu nije naveo jasnu vezu s osnovom, i/ili zato što se ne može iščitati iz donošenja ili obrazloženja presude, a što je još problematičnije ako se tiče meritornih odluka.⁴¹ Poboljšanja u ovoj oblasti se očekuju nakon provedbe reformi

³⁵ Iako je mobing jedan od najčešćih oblika diskriminacije (Tabela 9), za isti nije potreban dokaz o povezanosti sa zaštićenim osnovom, tako da nije uključen ni u jedan od navedenih osnova, uključujući „Drugog/nepoznato“

³⁶ Pogledajte npr. Presudu Općinskog suda u Sarajevu, br. 65 0 P 807667 19 P, od 19. oktobra 2020.; Presudu Vrhovnog suda RS, br. 85 0 Rs 072708 21 Rev, od 29. septembra 2021.

³⁷ Pogledajte npr. *Šaltintytė v. Lithuania*, br. 32934/19, § 63, od 26. oktobra 2021.

³⁸ Pogledajte *Hamidović protiv Bosne i Hercegovine*, br. 57792/15, od 5. decembra 2017. (ESLJP je eksplicitno ograničio obim predmeta pred sudom, odnosno kažnjavanje *svjedoka* zbog odbijanja da postupi po sudskom nalogu da skine vjersku kapu prilikom svjedočenja, dodajući: „Javna debata koja je sada u toku u Bosni i Hercegovini o nošenju vjerskih simbola i odjeće od strane službenika u pravosuđu (...) nisu relevantni za predmetni slučaj.”)

³⁹ Pogledajte Presudu Općinskog suda Sarajevo, br. 65 0 P 652414 17 P, od 31. oktobra 2018.; Presudu Apelacionog suda Brčko distrikta br. 96 0 Rs 128286 21 Rsž, od 19. marta 2021.; Presudu Suda BiH br. S1 3 P 035228 21 Gž, od 19. aprila 2021.

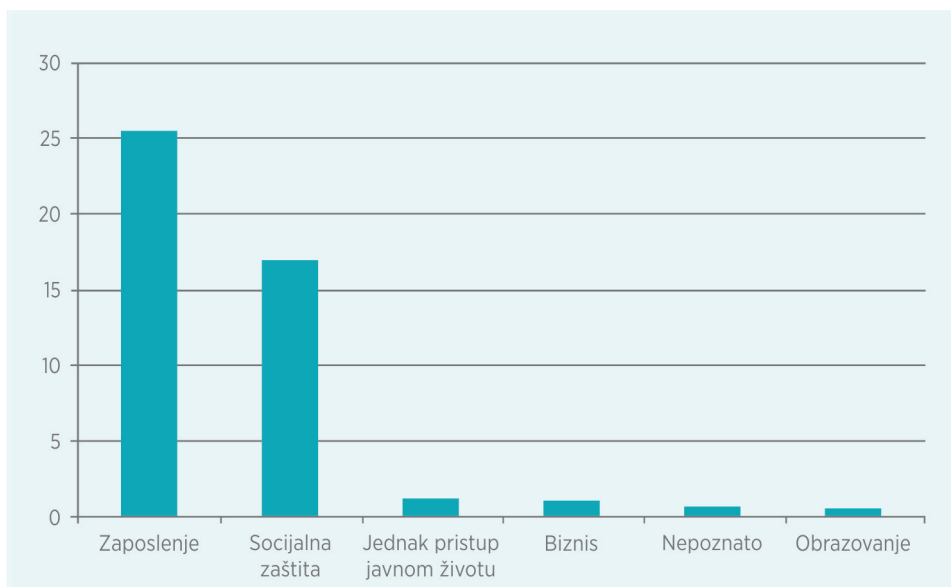
⁴⁰ Ustavni sud BiH je takođe nedavno postupao po sličnim žalbama u sklopu svoje apstraktne kontrole ustavnosti, iako isključivo u kontekstu člana 9. EKLJP (sloboda vjeroispovijesti i uvjerenja), te je uvažio zahtjeve. Pogledajte: Odluku Ustavnog suda BiH, br. U-8/17, od 30. novembra 2017.; Odluku Ustavnog suda BiH, br. U-9/21, od 2. decembra 2021.

⁴¹ Pogledajte npr. Presudu Vrhovnog suda RS, br. 80 0 Rs 085075 20 Rev 2, od 9. februara 2021. (sud je utvrdio postojanje neopravdanog različitog postupanja prema pojedincima, ali nije objasnio vezu sa bilo kojom zaštićenom osnovom u vezi s kojom se desilo različito postupanje). Pogledajte i Presudu Osnovnog suda u Kozarskoj Dubici, br. 79 0 P 008348 20 P, od 22. aprila 2021.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 768258 19 Rs, od 12. januara 2021. Uporedite: *Analiza odgovora pravosuđa...*, str. 19 (u 30% slučajeva nije se mogla utvrditi osnova diskriminacije)

u CMS bazi podataka i pratećih edukacija i podizanja svijesti planiranih za pravosuđe i službenike sudova, koji su prethodno navedeni.

5. Oblasti diskriminacije

U skladu sa općim pristupom, ZZD uvodi široku oblast primjene (član 6). Navodi se 15 oblasti primjene kao primjer, a ostavljena je otvorena lista u pogledu svih predmeta na koje se primjenjuje. Pored toga, u svakom tumačenju ZZD-a, sudovi moraju uzeti u obzir Protokol br. 12 EKLJP,⁴² koji predviđa da će uživanje *svih prava* utvrđenih zakonom biti osigurano bez diskriminacije i da niko ne smije biti diskriminisan od strane bilo kojeg javnog organa, bez ograničavanja obima odredbe na određenu oblast. Sa mogućim izuzetkom „učešća u kulturnom i umjetničkom stvaralaštvu,”⁴³ presude iz izvještajnog perioda obuhvataju slučajeve iz svih oblasti navedenih u ZZD-u, iako u nekim oblastima sudski postupci i dalje prevladavaju (Grafikon 10).



Grafikon 10: Prvih šest oblasti diskriminacije (%)

⁴² Pogledajte, npr. *Pudarić protiv Bosne i Hercegovine* [Komitet], br. 55799/18, § 27, od 8. decembra 2020. („(...) niti jedna odredba domaćeg zakona ne može se tumačiti i primjenjivati na način koji nije usklađen sa obavezama države prema Konvenciji ”)

⁴³ Pogledajte, međutim, Presudu Općinskog suda u Sarajevu, br. 65 0 P 567722 16 P, od 21. marta 2019. (nije sasvim jasno u tužbi ili obrazloženju suda)

Analiza ovog, kao i prethodnog izvještajnog perioda, pokazuje da je oblast u kojoj je diskriminacija najzastupljenija – ili možda ona koja će najvjerovatnije biti predmet sudskog postupka – jeste oblast zapošljavanja i rada koja čine 51 % svih presuda (Grafikon 10).⁴⁴ Kao što je ranije navedeno, razlozi za to – odnosno relativan nedostatak navike da se iniciraju predmeti diskriminacije, ali i značajno iskustvo u zaštiti radnih prava pred sudovima⁴⁵ – još uvijek postoje, što se vidi iz analize presuda koje vrlo često kombinuju uobičajene tužbe za zaštitu prava iz radnog odnosa sa tužbama za zaštitu od diskriminacije, pri čemu prve obično preovladavaju. Značajan porast broja predmeta može se primijetiti u širokoj oblasti socijalne zaštite, uključujući dodjelu socijalnih naknada, koji čine 34 % svih presuda. Za razliku od skoro svih drugih slučajeva, oni su povezani sa sistemskim pitanjem koje se odnosi na direktnu diskriminaciju lica sa invaliditetom (pogledajte Poglavlje III, 1.3).

Oblast koja je još uvijek u jednoj mjeri neodređena odnosi se na specifične kontekste diskriminacije među privatnim licima. Jedan značajan slučaj odnosi se na zabranu OCD koja zastupa LGBT interese da organizuje uličnu akciju na poznatom gradskom trgu u privatnom vlasništvu, i to uprkos činjenici da je predmetni trg inače otvoren za javnost i da se koristi za organizovanje okupljanja OCD koje zastupaju druge interese.⁴⁶ Žalba koju je dotična OCD kasnije dostavila Instituciji ombudsmena je odbijena, jer je Institucija ombudsmena dala jasan prioritet imovinskim pravima.⁴⁷ U ovom smislu, treba naglasiti važnu odluku Vrhovnog suda RS od 2. jula 2021. godine, kojom je utvrđeno da je opće isključivanje određenih identifikovanih lica, po osnovu njihovog navodnog nasilničkog karaktera, iz određenog broja objekata u *privatnom* vlasništvu jednog poduzeća na jednom lokalitetu (npr. tržni centar, hotel, bolnica i slično), obuhvaćeno okvirom ZZD-a. Tako je Vrhovni sud RS zaključio da „Čak i da su svi ti objekti vlasništvo prvotuženog, oni su (...) objekti u javnoj upotrebi, što znači da su dostupni svima pod jednakim uslovima i pristup i njihovo korištenje ne može se ograničiti na način kako su to tuženi učinili.”⁴⁸ Ostaje da se vidi kako će se ovo stajalište primijeniti u drugim sličnim kontekstima.

⁴⁴ Pogledajte: *Analiza odgovora pravosuđa...*, str. 14 (presude iz oblasti zapošljavanja činile su 64,4 % svih predmeta)

⁴⁵ Pogledajte: *Analiza odgovora pravosuđa...*, str. 15

⁴⁶ Pogledajte: OSCE, Uživanje slobode mirnog okupljanja u BiH: zapažanja iz monitoringa Misije OSCE-a u Bosni i Hercegovini, 2021, str. 18 (situacija se odnosila na pokušaj Sarajevskog otvorenog centra da održi uličnu akciju obilježavanja Međunarodnog dana vidljivosti transrodnih lica na trgu ispred BBI centra - tržnog centra u centru Sarajeva)

⁴⁷ Pogledajte, Institucija ombudsmena za ljudska prava, *Specijalni izvještaj o pravu na slobodu mirnog okupljanja* (Banja Luka: 2020.), str. 35 („Pravo vlasništva titularu garantuje da sa svojom stvari i koristima od nje čini što ga je volja te da svakoga drugoga od toga isključuje, ako to nije protivno pravima drugih ili zakonskim ograničenjima. (...) Zabranom upotrebe svoje nekretnine za promociju prava i vrijednosti koje ne podržava, [tuženik] je crpio ovlaštenja data vlasništvom nad spornom imovinom”)

⁴⁸ Pogledajte Presudu Vrhovnog suda RS, br. 92 0 P 045967 21 Rev 2, od 2. jula 2021.

Značajan napredak u ovoj oblasti odnosi se na moguće pojave diskriminacije u kontekstu zakonodavnih tijela.⁴⁹ Složen karakter ustavnog sistema BiH podrazumijeva niz sporazuma o podjeli vlasti, uključujući, pod određenim uslovima, zahtjev za zastupljenost tri konstitutivna naroda u zakonodavnim i drugim skupštinama na poziciji predsjedavajućeg ili zamjenika predsjedavajućeg. Kada jedini pripadnik konstitutivnog naroda koji je prisutan u skupštini nije imenovan na funkciju koju mora da zauzima pripadnik tog konstitutivnog naroda, postavlja se pitanje primjenjivosti ZZD-a u takvim slučajevima. Sudovi su prvobitno prihvatili da razmatraju takve zahtjeve u skladu sa ZZD-om,⁵⁰ međutim, čini se da je ovo stajalište promjenjeno.⁵¹ Umjesto toga, sudovi smatraju da zaštitu treba tražiti od same skupštine i Ustavnog suda FBiH korištenjem mehanizama za zaštitu vitalnog nacionalnog interesa. Međutim, nije jasno kako bi ovi konkretni tužioci mogli sami koristiti takve mehanizme ili u kojoj mjeri obaveze iz Protokola br. 12 EKLJP utiču na ovaj zaključak jer ni tužioci ni sudovi nisu razmotrili njegovu relevantnost.

6. Pozivanje na međunarodnu sudsku praksu

Uzimajući u obzir poseban status koje EKLJP ima u pravnom sistemu BiH – koja se direktno primjenjuje u BiH i ima prioritet nad svim ostalim zakonima⁵² te činjenicu da je antidiskriminacijska zaštita sadržana u glavnom tijelu Konvencije (član 14) i u Protokolu br. 12 – moglo bi se očekivati pozivanje na bogatu praksu ESLJP u analiziranim presudama. Slično tome, iako još nije formalno obavezujuća,⁵³ moglo bi se očekivati pozivanje na praksu Suda pravde Evropske unije (SPEU) s obzirom na direktan uticaj koji je antidiskriminacijsko zakonodavstvo EU imalo na izradu ZZD-a, a koji sadrži mnogo identičnih formulacija.⁵⁴ Međutim, analiza sudske prakse u izvještajnom periodu pokazuje da čak i u odlukama u meritumu postoji vrlo malo pozivanja na praksu ESLJP, odnosno drugih međunarodnih sudova ili tijela (Grafikon 11).

49 Pogledajte i Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 347422 13 Rs, od 2. oktobra 2014. (diskriminacija tužioca zbog neimenovanja u Ustavni sud FBiH zbog diskriminatornog ponašanja članova Doma naroda Parlamenta FBiH). U ovom predmetu je naknadno prihvaćen zahtjev za ponavljanje postupka. Pogledajte Odluku Kantonalnog suda Sarajevo, br. 65 0 Rs 347422 16 Rsvl, od 16. septembra 2020.

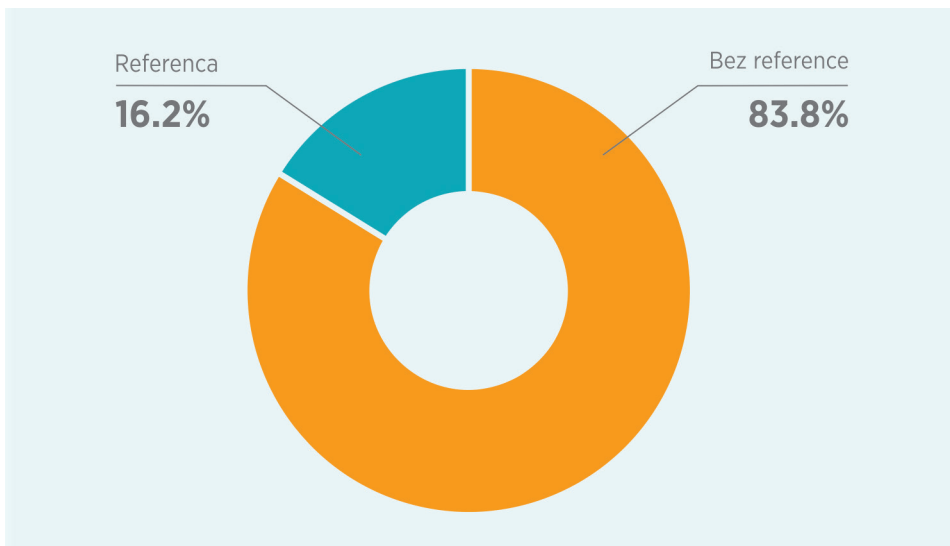
50 Pogledajte Presudu Općinskog suda Gradačac, br. 28 0 P 061436 17 P, od 12. februara 2018. (samo izabrani Hrvat u skupštini općine nije imenovan za predsjedavajućeg, iako je načelnik bio Bošnjak). Ova presuda je kasnije preinačena – pogledajte Presudu Kantonalnog suda Tuzla, br. 28 0 P 061436 18 Gž, od 15. decembra 2021.

51 Pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 25 0 P 050855 20 Rev, od 29. septembra 2020.

52 Pogledajte član II/2 Ustava BiH. Većina ostalih glavnih međunarodnih instrumenata o ljudskim pravima takođe je jasno navedena u Aneksu I Ustava, a direktno su primjenjivi kada se radi o diskriminaciji (član II/4. Ustava BiH)

53 Ipak, postoje primjeri kada su sudovi izričito ukazali na postojanje *zakonske obaveze* sudova u BiH da tumače domaći zakon, te da odlučuju o predmetima na osnovu domaćeg zakona, tumačeći zakon u skladu sa zakonom EU. Pogledajte Presudu Općinskog suda Sarajevo, br. 65 0 Rs 830307 20 Rs, od 15. juna 2021.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 830346 20 Rs, od 30. juna 2021.; Presudu Općinskog suda Sarajevo 65 0 Rs 830329 20 Rs, od 26. maja 2021.

54 Pogledajte: *Faris Vehabović i dr., Komentar Zakona o zabrani diskriminacije* (Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu: Sarajevo, 2010.), str.18



Grafikon 11: Pozivanje na sudsku praksu ESLJP ili SPEU pred sudovima u Bosni i Hercegovini (%)

Pozivanje na takvu sudsku praksu se navodi u samo 16,2% slučajeva. Od toga, urađeno je pet pozivanja na sudsku praksu SPEU,⁵⁵ iako je u jednom primjeru slučaj pogrešno pripisan ESLJP.⁵⁶ Od citirane sudske prakse ESLJP-a, većina pozivanja se odnose na stariju sudsku praksu,⁵⁷ a slučajevi se obično pozivaju na prilično površan način u svrhu ukazivanja na opća načela umjesto da se fokusiraju na predmete koji su relevantniji za činjenice u razmatranju. Postoje značajni izuzeci,⁵⁸ naime nekoliko presuda koje su se pozivale na nedavnu presudu ESLJP protiv Srbije,⁵⁹ i to u vezi sa

⁵⁵ Citirani predmeti: Presuda od 11. maja 1999., *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse i Wiener Gebietskrankenkasse*, C-309/97, ECLI:EU:C:1999:241; Presuda od 10. jula 2008., *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor rasismebestrijding protiv Firma Feryn NV*, predmet C 54/07, ECLI:EU:C:2008:397; Presuda od 19. novembra 1991., *Francovich i Bonifaci*, C-6/90 i C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428

⁵⁶ Pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 17 0 Rs 075491 19 Rev, od 11. novembra 2020.

⁵⁷ Predmeti koji su navedeni su: *Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen protiv Danske*, od 7. decembra 1976., Serija A br. 23; *Marckx protiv Belgije*, od 13. juna 1979., Serija A br. 31; *Rasmussen protiv Danske*, od 28. novembra 1984, Serija A br. 87; *Lithgow i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 9006/80 i 6 drugih, od 8. jula 1986.; *Glor protiv Švicarske*, br. 13444/04, ESLJP 2009.

⁵⁸ Pogledajte npr. Presudu Općinskog suda u Sarajevu, br. 65 0 P 801036 19 P, od 26. marta 2021.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 P 836039 20 P, od 30. aprila 2021.

⁵⁹ *Popović i drugi protiv Srbije*, br. 26944/13 i 3 druga, od 30. juna 2020. Ovdje ne postoji implikacija da se ishodi presuda koje se pozivaju na presudu ESLJP, smatraju ispravnim, već samo da se očekivalo pažljivo razmatranje takve važne sudske prakse. Ustvari, u predmetima koji se razmatraju, sudovi su se možda nekritički oslanjali na sudsku praksu ESLJP, ne uzimajući u obzir posebnosti konteksta u Srbiji koje je sam sud u Strazburu naglasio („[S]ud konstatuje u ovom kontekstu i u pogledu Zaključnih zapažanja Komiteta Ujedinjenih nacija za prava lica sa invaliditetom da su stavovi Komiteta, uprkos detaljnoj analizi stanja u Srbiji, Bosni i Hercegovini i Hrvatskoj, samo identifikovana potencijalna pitanja u vezi posljednjedvije zemlje”, § 79.)

diskriminacijom različitih kategorija lica sa invaliditetom, što je bilo od direktnog značaja za predmet koji je bio razmatran. To je slučajno dovelo do neujednačene sudske prakse pred istim sudom (Općinski sud u Sarajevu), jer su i druge sudije koji nisu bili upoznati sa ovom nedavnom praksom ESLJP – ali su u isto vrijeme postupali po vrlo sličnim predmetima – došli do potpuno drugačijih zaključaka. Pored toga, pažljivija analiza prakse međunarodnih sudova mogla bi pomoći sudovima u donošenju spornih zaključaka, kao što je stav da ne može postojati diskriminacija zbog udruživanja⁶⁰ ili doprinijeti u primjeni ispravne analize u nekom kontekstu, kao što je diskriminacija na osnovu dobi kao što je prethodno spomenuto.

Osim toga, vrijedi napomenuti da pregled sadržaja analiziranih presuda ukazuje da pozivanja na međunarodnu sudsku praksu nisu ujednačena pred sudovima u BiH, jer veliku većinu takvih pozivanja čine sudije Općinskog suda u Sarajevu. Ovo se može objasniti većim brojem presuda koje je donio navedeni sud (Grafikon 3).

Dok sudije imaju odgovornost da poznaju zakon, pravni zastupnici tužioca takođe snose određenu odgovornost za propuštanje da se pozovu na praksu međunarodnih sudova jer imaju pravo na to u cjelokupnom toku postupka. Ovo bi bilo korisno za tužioce, jer postoji posebna obaveza koja je propisana sudovima prema članu 6. EKLJP da, kada se tužioci eksplicitno pozivaju na sudsku praksu ESLJP, takve žalbe se razmatraju sa „posebnom strogoćom i pažnjom.“⁶¹ Međutim, ovakvi argumenti tužioca bi se trebali jasno navesti, a ne smatrati da se podrazumijevaju.⁶²

7. Pozivanje na mehanizme Institucije ombudsmena

Institucija ombudsmena ima poseban status u antidiskriminacijskom pravnom okviru BiH. Na to ukazuje i dodjeljivanje Instituciji ombudsmena uloge centralne institucije za zaštitu od diskriminacije u BiH, kako je navedeno u ZZD-u (član 7). U tom smislu, Institucija ombudsmena ima niz nadležnosti, uključujući mogućnost zaprimanja pojedinačnih i grupnih žalbi i izdavanja preporuka, kao i nadležnost za pripremu godišnjih i specijalnih izvještaja o pojavama diskriminacije.⁶³

⁶⁰ Pogledajte npr. Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 36 0 Rs 041722 19 Rev, od 22. avgusta 2019. Pogledajte, nasuprot tome, npr. *Guberina protiv Hrvatske*, br. 23682/13, ESLJP 2016.

⁶¹ Pogledajte npr. *Wagner i J.M.W.L. protiv Luksemburga*, br. 76240/01, § 96, od 28. juna 2007.

⁶² Pogledajte npr. *Svit Rozvag, TOV i drugi protiv Ukrajine*, br. 13290/11 i 2 druga, § 96, od 27. juna 2019.

⁶³ Pogledajte takođe, Adrijana Hanušić, *Ombudsmeni u sistemu zaštite od diskriminacije u BiH: Analiza situacije i karakteristični problem*, Analitika, 2012; Radončić, op.cit., str. 48-53

Jedan od prethodno navedenih izazova⁶⁴ su jasne obaveze koje proizilaze iz ZZD-a, odnosno obaveza sudova da „razmote preporuke ombudsmena” u skladu sa pravilima postupka kada ih stranka koristi kao dokaz u postupku.⁶⁵ Ovim bi se minimalno zahtijevalo od sudova da neposredno uzmu u obzir takve preporuke umjesto da ih ignorišu.⁶⁶ Ali i više od toga, od sudova bi se tražilo da navedu razloge za odbijanje ili prihvatanje nalaza Institucije ombudsmena ukoliko se oni u postupku predoče kao dokaz i u skladu sa zahtjevima iz obrazloženja odluke u članu 6. EKLJP.⁶⁷ Međutim, postoje snažne osnove za vjerovanje – uzimajući u obzir sistemsko tumačenje ZZD-a i važnu ulogu koja je eksplicitno data Instituciji ombudsmena – da preporuke treba uzeti kao odlučujuće za prebacivanje tereta dokazivanja u predmetima diskriminacije. Kako se time ne bi uticalo na konačan ishod postupka, takvo uplitanje u nezavisnost sudstva u donošenju odluka bilo bi proporcionalno ciljevima ZZD-a i uspostavljanju antidiskriminacijskog režima. Ipak, prebacivanje tereta dokazivanja na osnovu ovakvih preporuka se vrlo rijetko viđa u praksi.⁶⁸

Osim toga, sud je nedavno donio presudu kojom je, po prvi put, izričito osporena nadležnost Institucije ombudsmena u pogledu diskriminacije u određenim kontekstima. U presudi Suda BiH iz 2020. godine utvrđeno je da Institucija ombudsmena nema nadležnost u pogledu *privatnih* preduzeća (u ovom slučaju Institucija ombudsmena je dala preporuku), već može djelovati samo u vezi sa *javnim* organima.⁶⁹ Ovaj pravni zaključak je očito pogrešan sa stanovišta ZZD-a, koji se svakako mora uzeti kao *lex specialis* u ovom slučaju.

S obzirom na značajnu poziciju Institucije ombudsmena u sveobuhvatnom sistemu zaštite od diskriminacije u BiH, važan faktor koji treba uzeti u obzir je u kojoj mjeri su tužioci koristili ovaj mehanizam – prije ili tokom sudskog postupka – i koji je učinak korištenja ovog mehanizma.⁷⁰ Korištenje ovog mehanizma nije preduslov za pokretanje sudskog postupka u predmetima protiv diskriminacije. Ipak, imajući u vidu relativno duge

⁶⁴ Pogledajte Analizu odgovora pravosuđa..., str. 48-50; Procjenu rada institucija BiH..., str. 34-51

⁶⁵ Član 15 (9) ZZD-a

⁶⁶ To se vidi i u izvještajnom periodu. Pogledajte npr. Presudu Općinskog suda u Sarajevu, br. 65 O Rs 753816 19 Rs, od 30. aprila 2020.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 O P 803199 19 P, od 24. septembra 2020.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 O P 807667 19 P, od 19. oktobra 2020.

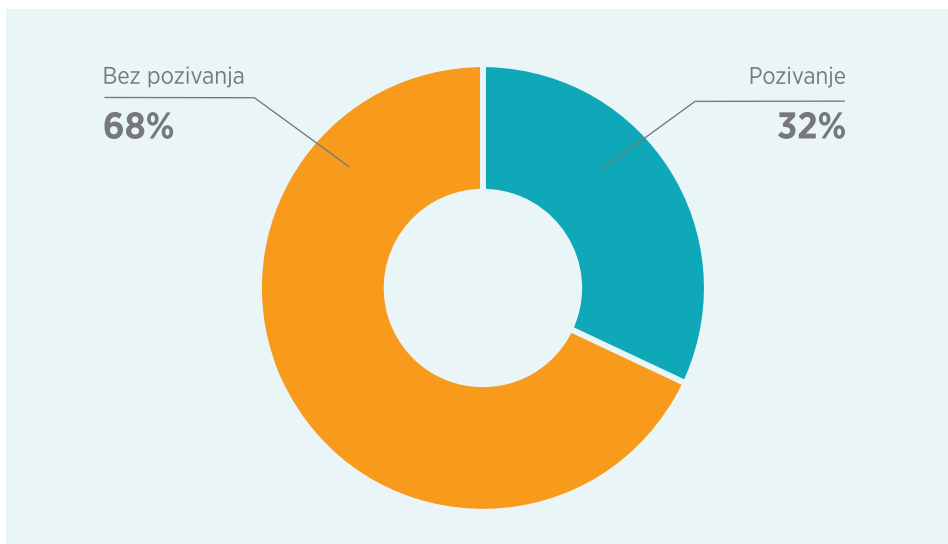
⁶⁷ Općenito o ovom zahtjevu, pogledajte npr. *Moreira Ferreira protiv Portugala (br. 2)* [Vv], br. 19867/12, § 84, od 11. jula 2017.

⁶⁸ Pogledajte Presudu Općinskog suda u Travniku, br. 51 O P 122504 17 P, od 1. oktobra 2018. Prebacivanje tereta dokazivanja u ovom slučaju izvršeno je prvenstveno zbog preporuke Institucije ombudsmena. Istovremeno, ishod predmeta je i dalje bio negativan za tužioca, jer su tuženi mogli dokazati da je nisu diskriminirali. Pogledajte takođe: Presudu Kantonalnog suda u Novom Travniku, br. 51 O P 122504 18 GŽ, od 12. februara 2019. Međutim, Vrhovni sud FBiH je u istom predmetu ocijenio da tužilac nije pokazao ni vjerovatnoću diskriminacije. Pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 51 O P 122504 19 Rev, od 5. decembra 2019.

⁶⁹ Pogledajte npr. Presudu Suda BiH, br. S1 3 P 031618 19 P, od 9. januara 2020.

⁷⁰ Suštinska analiza je urađena u odjeljku IV.4 u donjem tekstu

vremenske okvire za pokretanje sudskog postupka,⁷¹ tužioci bi ih teoretski mogli koristiti ili alternativno ili u sekvencama, a u tom slučaju bi mogao postojati pokazatelj korištenja u presudi. Zaključci se u tom smislu mogu donijeti u pogledu pozivanja tužilaca u tužbenim zahtjevima na takav mehanizam te kasnijih pozivanja sudova u dijelu presuda u kojem se navode predložena dokazna sredstva.



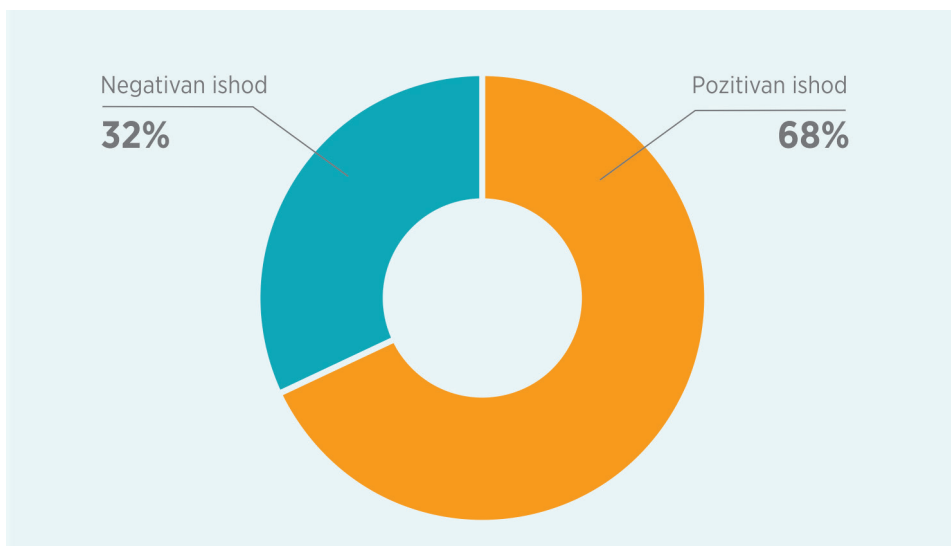
Grafikon 12: Pozivanje na mehanizme Institucije ombudsmena u prvostepenim presudama (%)

Uvidom u sve prvostepene presude donesene u trogodišnjem izvještajnom periodu (ukupno 220), pozivanja na mehanizme Institucije ombudsmena su uočena u 69 presuda (Grafikon 12). Nedostatak pozivanja na takve mehanizme mogao bi ukazivati da tužioci nisu smatrali korisnim koristiti ovu vrstu zaštite dodatno (ili prethodno) sudskom mehanizmu zaštite, ili da su je koristili bezuspješno te stoga nisu imali podsticaj da na to ukazuju u kasnijim postupcima pred sudovima.⁷² Evidentno je da je korištenje preporuka bilo rjeđe u izvještajnom periodu, ali u slučajevima u kojima su korištene, sudovi su prepoznali svoju obavezu da ih u postupku uzmu u obzir.⁷³

⁷¹ Pogledajte član 13(4) ZZZ-a (subjektivni rok od tri godine, a objektivni rok od pet godina)

⁷² Nedavna empirijska analiza u oblasti rodne diskriminacije u radu ukazuje na pad povjerenja u Instituciju ombudsmena. Pogledajte Ramić-Marković, op.cit., str. 31 i 33

⁷³ Pogledajte Presudu Kantonalnog suda Sarajevo, br. 65 0 Rs 222746 18 Rsž 3, od 22. marta 2019.; Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 58 0 Rs 092150 18 Rev, od 7. maja 2019. Međutim, nije problematično ako sudovi propisno razmotre preporuku Institucije ombudsmena, ali je na kraju odbace kao pogrešnu. Pogledajte npr. Presudu Općinskog suda u Sarajevu, br. 65 0 P 671754 17 P, od 4. jula 2018.



Grafikon 13: Ishod slučajeva u kojima je urađeno pozivanje na mehanizam Institucije ombudsmena (%)

Analizirajući sve presude koje se pozivaju na mehanizme Institucije ombudsmena, uočljiva je *korelacija* između pozivanja na ovaj mehanizam i pozitivnih ishoda postupaka (Grafikon 13). Iako se ne mogu izvući zaključci o uzročno-posljedičnoj vezi između korištenja mehanizama Institucije ombudsmena (općenito se podrazumijeva da mehanizmi uključuju izvještaje) i pozivanja na te mehanizme u presudama – posebno zato što obrazloženje sudova nije uvijek adekvatno – korelacija je još uvijek uočljiva. Posebno je značajno da u 93% slučajeva sa pozitivnim ishodom nije bilo pozivanja na preporuku Institucije ombudsmena donesenu po pojedinačnoj žalbi već na specijalni izvještaj.⁷⁴ Ovo može poslužiti kao nagovještaj tužiocima da više pažnje posvete ovom aspektu rada Institucije ombudsmena ali i Instituciji ombudsmena da više pažnje posvete ovoj vrsti aktivnosti (uključujući i zagovaranje) koja može biti relativno složena i dugotrajna, ali može imati veći autoritet i konkretniji uticaj.⁷⁵

⁷⁴ Većina predmeta u uzorku su prvostepene presude. U predmetima koji se razmatraju urađena su pozivanja na *Specijalni izvještaj o pravima lica sa invaliditetom, Institucija ombudsmena BiH*, 2010., dostupan na: https://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obnudsmen_doc2013020406303506bos.pdf, i *Specijalni izvještaj o (ne) poštovanju ljudskih prava i radnih prava u kompaniji "Boksit" Milići*, Institucija ombudsmena BiH, 2016., dostupan na: Final Report (ombudsmen.gov.ba). Općenite komentare Misije na ovakve izvještaje možete pogledati u: *Procjena rada institucija BiH...*, str. 45-46

⁷⁵ Ovo bi zahtijevalo i određena poboljšanja u metodologiji izrade ovakvih izvještaja, ali i više napora u njihovoj promociji, posebno u pravosuđu. Općenite komentare Misije na ovakve izvještaje pogledajte u: *Procjeni rada institucija BiH...*, str. 45-46

8. Trajanje postupka

Pretjerano dugotrajan postupak vjerovatno će dovesti u pitanje djelotvornost pravnog sredstva, što je relevantno kada se ispituju predmeti diskriminacije. Naprimjer, slučajevi koji se odnose na navodnu diskriminaciju u obrazovanju i vrste diskriminacije koje direktno utiču na fizički i mentalni integritet pojedinaca, kao što je uznemiravanje (seksualno i/ili na poslu), često su izuzetno dugotrajni. U takvim slučajevima, pretjerano dugotrajan postupak može dovesti do krajnje neefikasnog postupka. Jedan od načina da se ova zabrinutost ublaži mogla bi biti primjena privremenih mjera osiguranja iz člana 14. ZZD-a, ali kao što je navedeno, ovaj mehanizam se koristi vrlo rijetko. Čak i kada se koristi, rijetko je uspješan. Ustvari, to je bio jedan od razloga zašto ZZD izričito definiše postupke u predmetima diskriminacije kao „hitne,“ navodeći da sudovi imaju obavezu okončati ove postupke „u najkraćem mogućem roku“ (član 11 (4) i (5)).

Izazovno je donijeti opći zaključak ukoliko se fokusira isključivo na izvještajni period. Standardi utvrđeni EKLJP-om nalažu da se pri pravilnom računanju trajanja postupka mora uzeti u obzir njihovo *ukupno* trajanje, od trenutka podnošenja tužbe sudu do trenutka donošenja presude posljednjeg redovnog suda koji je uzeo u obzir djelotvoran pravni lijek. U BiH je ovo trećestepeni sud, jer je u ovim postupcima revizija uvijek dozvoljena (član 13 (2)). Uzimajući ovo u obzir, a imajući u vidu da u izvještajnom periodu nije bilo mnogo okončanih predmeta, uzorak je proširen na 67 novijih meritorno riješenih predmeta u FBiH i 31 takav predmet u RS. Iz ovog uzorka može se vidjeti da je prosječno trajanje postupaka u predmetima diskriminacije u FBiH bilo **4 godine i 3 mjeseca**, dok je prosječno trajanje takvih predmeta u RS bilo **3 godine i 2 mjeseca**. Ovo pokazuje da trajanje postupaka u predmetima diskriminacije varira između entiteta, što je takođe rezultat broja predmeta presuđenih u svakom entitetu (Grafikon 2). To je takođe pokazatelj da u mnogim takvim slučajevima neće biti ostvareno pravo na suđenje u razumnom roku.⁷⁶ Naravno, takav zaključak bi se morao donositi u svakom pojedinačnom slučaju, uzimajući u obzir faktore bitne za utvrđivanje moguće povrede ovog prava.⁷⁷

Prosječno trajanje postupaka u svim predmetima diskriminacije pred prvostepenim sudovima u BiH u izvještajnom periodu iznosi **1 godinu i 4 mjeseca**. Ovaj period je duži u

⁷⁶ Naprimjer, možemo vidjeti da se predmeti u FBiH rješavaju meritorno, u tri instance, nakon 1 godine i 2 mjeseca (pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 43 0 Rs 155123 19 Rev, od 18. februara 2019.), ali i predmeti konačno riješeni tek nakon više od 10 godina (pogledajte npr. Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 65 0 P 106515 19 Rev, od 2. jula 2019.; Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 51 0 P 054522 21 Rev 2, od 10. septembra 2021.)

⁷⁷ Ustavni sud BiH je u antidiskriminacijskom predmetu naveo da ukupno trajanje postupka od 2 godine i 5 mjeseci (pogledajte odluku br. AP-1742/14, od 16. marta 2016.) i 3 godine i 5 mjeseci (pogledajte Odluku broj AP-3174/17 od 19. septembra 2019. godine) nije povrijedilo pravo na suđenje u razumnom roku. U posljednjem primjeru posebna složenost predmeta je istaknuta kao opravdanje za utvrđivanje nepostojanja povrede. Međutim, utvrdio je da je postupak koji je trajao 4 godine i 10 mjeseci, 5 godina i 9 mjeseci (pogledajte Odluku br. AP-4474/20 od 23. septembra 2021. za oba predmeta), te 7 godina i 4 mjeseca (Odluku br. AP-2390/17 od 25. oktobra 2017. godine, Odluku broj AP-2443/18 od 11. marta 2020. godine) doveo do povrede prava. U prva dva predmeta, navedena u prethodnoj rečenici, postupak je još u toku, dok je u posljednjem pravosnažno okončan

odnosu na prethodno analizirani trogodišnji period gdje je prosječno trajanje procijenjeno na oko **1 godinu i 1 mjesec**.⁷⁸ Međutim, ova statistika će vjerovatno biti pogrešna iz perspektive pojedinačnih sudova, jer se podaci ne razvrstavaju zavisno od vrste predmeta ili lokacije suda, uzimajući na taj način u obzir potencijalnu preopterećenost sudova. Ova statistika uključuje, naprimjer, predmet riješen u meritumu nakon 5 mjeseci i 20 dana pred Općinskim sudom u Konjicu,⁷⁹ ali i predmet riješen u meritumu nakon 4 godine i 7 mjeseci pred Općinskim sudom u Sarajevu.⁸⁰ Dužina trajanja postupka pred Općinskim sudom u Sarajevu se može pripisati činjenici da ovaj sud ima najveći broj predmeta diskriminacije u FBiH (zapravo u BiH), dok Općinski sud u Konjicu nije među prvih šest (Grafikon 3).⁸¹

Očigledne su razlike među vrstama predmeta diskriminacije koji se razmatraju u ovom kontekstu. *Prosječno* trajanje predmeta mobinga pred prvostepenim sudovima u BiH u izvještajnom periodu je 2 godine i 2 mjeseca.⁸² Ovo je vrsta predmeta diskriminacije za koje je potrebno najviše vremena da se procesuiraju, jer su često činjenično najsloženiji i obično zahtijevaju saslušanje većeg broja svjedoka, pribavljanje nalaza vještaka itd. Istovremeno su ovo slučajevi u kojima bi se, zbog njihovog karaktera (stalno nefizičko uznemiravanje na radnom mjestu), posebno moralo voditi računa o hitnosti postupka. Čini se da će *ukupno* trajanje mnogih od ovih postupaka vrlo često dovesti do povrede prava tužioca na suđenje u razumnom roku.

Problem sa trajanjem postupaka je sistematičan i strukturalan u BiH i neminovno utiče i na slučajeve diskriminacije. Za adresiranje ovog problema neophodno je usvajanje relevantnog pravnog okvira koji nudi djelotvoran pravni lijek protiv povrede prava na pravično suđenje, kao i promjene u vođenju predmeta kako bi se ovi predmeti hitno procesuirali.⁸³

⁷⁸ Pogledajte: *Analiza odgovora pravosuđa...*, str. 18

⁷⁹ Presuda Općinskog suda u Konjicu br. 56 0 P 063396 19 P, od 25. jula 2019.

⁸⁰ Presuda Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 541491 15 Rs, od 8. jula 2020.

⁸¹ Međutim, treba napomenuti da ovo nije faktor koji država može upotrijebiti u svoju odbranu u pogledu trajanja postupka jer ima obavezu da svoj pravosudni sistem organizuje na način da sve predmete procesuiru u razumnom roku, bez obzira gdje je predmet pokrenut. Pogledajte npr.: *Comingersoll S.A. protiv Portugala* [GC], br. 35382/97, § 24, ESLJP 2000-IV

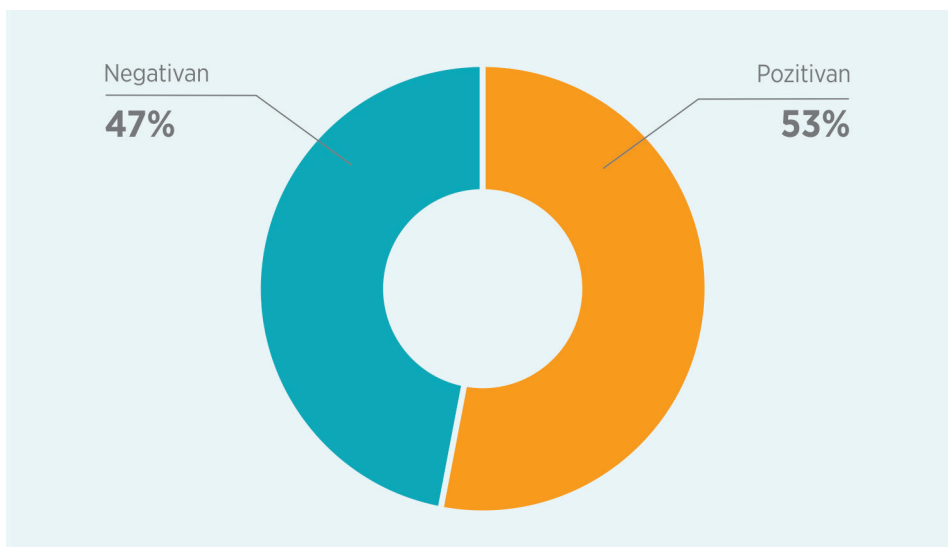
⁸² Predmeti u kojima je urađeno poništenje *nisu* uzeti u obzir za potrebe ove statistike. Ovo bi zahtijevalo da se kombinuje nekoliko perioda pred jednom instancom radi utvrđivanja ukupnog trajanja postupka pred tom instancom. Nepotrebno je reći da su ovo najproblematičniji predmeti sa aspekta trajanja postupka. Naprimjer, u jednom slučaju mobinga (sa jednim poništenjem), prvostepena presuda je donesena 6 godina i 4 mjeseca nakon podnošenja tužbe. Pogledajte Presudu Općinskog suda u Sarajevu, br. 65 0 Rs 222746 18 Rs 2, od 9. februara 2018. Pošto je presuda Vrhovnog suda FBiH donesena 2020. godine, ovaj postupak je trajao ukupno 8 godina i 5 mjeseci

⁸³ ESLJP je već utvrdio postojanje strukturalnog problema u tom pogledu, čija će korekcija zahtijevati donošenje opštih mjera u vidu relevantnog zakonodavnog okvira. Do sada su samo RS i BD BiH usvojili zakone koji se bave pitanjem trajanja postupka. Pogledajte: *Delić protiv Bosne i Hercegovine*, br. 59181/18, od 2. marta 2021. Republika Srpska i Brčko Distrikt usvojili su relevantne zakone. Pogledajte: Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku RS (Službeni glasnik RS, br. 99/20); Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku BD BiH (Službeni glasnik BD, br. 2/21)

9. Rezultati

Jedno od važnih pitanja koja se tiču efikasnosti pravnih lijekova u predmetima diskriminacije odnosi se na ishode postupaka. Ako u većini tužbeni zahtjevi u takvim predmetima budu odbijeni, a s obzirom na percepciju javnosti koja pokazuje da je diskriminacija široko rasprostranjena, to bi moglo ukazivati na postojanje strukturalnih problema u načinu na koji sudovi procesuiraju tužbe u važećem pravnom okviru ili u konačnici u načinu na koji tužioci i njihovi advokati (pogrešno) shvataju takve zakonske okvire. Problem bi mogao biti i u kombinaciji svih prethodno navedenih faktora.

Izazov predstavlja i pregled statistike o ovom pitanju. Najbolji pokazatelj bi samo obuhvatao *krajnje* ishode, odnosno predmete koji su prošli kroz cijeli niz pravnih lijekova. Međutim, takvi predmeti čine samo 22,5% od ukupnog broja razmatranih presuda. Kao što se vidi u prethodnom pododjeljku, rijetko se dešava da predmet prođe sve faze u tri godine (period koji je ovdje obuhvaćen). Ustvari, većina analiziranih predmeta su prvostepene presude i ne postoji garancija da će njihov ishod u žalbenom postupku ostati isti. Iz tog razloga, Misija je analizirala ishode u predmetima pred prvostepenim i trećestepenim instancama za izvještajni period (Grafikon 14 i Grafikon 15).

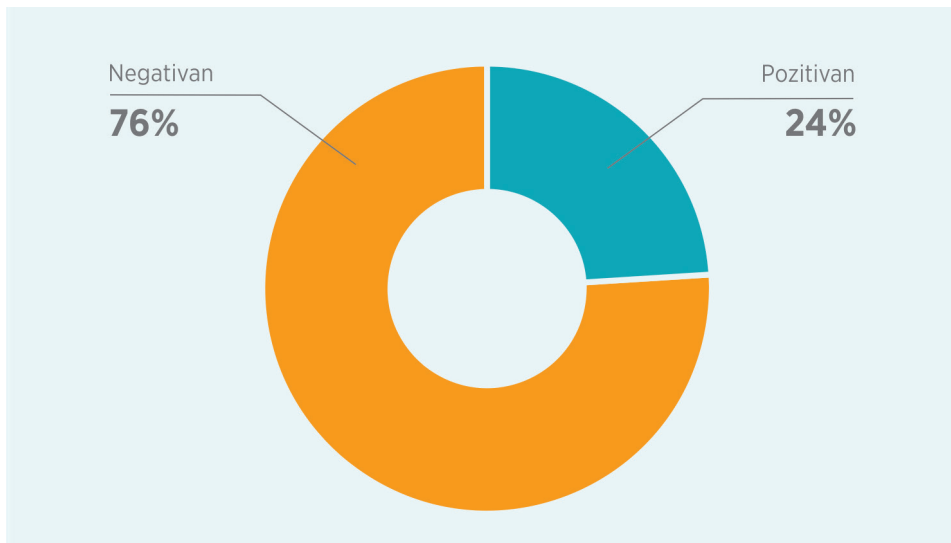


Grafikon 14: Ishod predmeta pred prvostepenim sudovima (%)

Podaci u Grafikonu 14 pokazuju visok procenat predmeta diskriminacije sa pozitivnim ishodom u prvom stepenu u BiH za izvještajni period.⁸⁴ Ovo takođe ukazuje na porast

⁸⁴ Većinu predmeta koji su uzeti u obzir karakteriše kombinacija različitih tužbi. Ishod se smatra pozitivnim ako je barem jedan tužbeni zahtjev usvojen (npr. ako je deklaratorni tužbeni zahtjev uvažen, ali je kompenzacijski odbijen)

presuda sa pozitivnim ishodom u odnosu na prethodne analizirane periode.⁸⁵ Treba napomenuti da je na ovu statistiku u velikoj mjeri uticao trend velikog broja presuda (sa pozitivnim ishodom) donesenih pred Općinskim sudom u Sarajevu koji je zabilježen u periodu od 2020. do sredine 2021. godine. Ovi predmeti se odnose na isto pitanje, odnosno na navodnu diskriminaciju koja postoji između različitih kategorija korisnika prema Zakonu o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice s djecom FBiH.⁸⁶ Ostaje da se vidi kako će se ovi predmeti rješavati u žalbenom postupku.



Grafikon 15: Ishod predmeta pred trećestepenim sudovima (%)

Znatno različiti trendovi su zabilježeni pred trećestepenim sudovima (Grafikon 15).⁸⁷ Ovo potvrđuje dosadašnje trendove da većina tužbi za zaštitu od diskriminacije pred sudovima u BiH na kraju bude odbijena.⁸⁸ Teško je procijeniti sa preciznošću da li ovo ukazuje na neke sistemske probleme koji bi mogli uticati na efikasnost pravnog sredstva, potencijalno nerealna očekivanja tužioca ili pogrešno tumačenje antidiskriminacijskih standarda iz ZZD-a. To bi zahtijevalo duboku kvalitativnu analizu kako bi se uočio bilo kakav opravdan razlog. Međutim, neki faktori koji doprinose ovakvoj praksi mogu se dobiti iz analize u sljedećem odjeljku, kao što je nesklad između percepcije diskriminacije u društvu, a kako je utvrđeno raznim empirijskim analizama, u odnosu na sudske ocjene tužbi koje su podnijeli tužioci.

⁸⁵ Pogledajte *Analizu odgovora pravosuđa...*, str. 17 (31,8% tužbi je uvaženo)

⁸⁶ Službene novine FBiH, br. 36/99, 54/04, 39/06, 14/09, 40/16 i 45/18

⁸⁷ U ovom kontekstu, ishod se smatra pozitivnim ako sud uvaži pozitivnu presudu nižeg suda, ili ako poništi negativnu presudu nižeg suda

⁸⁸ Druga nedavna analiza sudske prakse u pogledu antidiskriminacije na sličan način naglašava vrlo nizak stepen pozitivnih ishoda u ovim predmetima na zadnjem stepenu, za koji se procjenjuje da je manji od 20%.



KVALITATIVNA ANALIZA

U ovoj analizi dostupne prakse sudova za trogodišnji period od sredine 2018. do sredine 2021. godine, Misija se fokusira samo na najspornija pitanja utvrđena u sudskoj praksi u predmetima diskriminacije, pri tome ne ulazeći u detalje u vezi sa drugim problematičnim aspektima primjene jer su mnogi već istaknuti u prethodnim izvještajima Misije ili drugih aktera.⁸⁹ Dakle, analiza će se fokusirati na glavna pitanja utvrđena u vezi sa samim postupkom (pitanja dokazivanja, tereta dokazivanja, nematerijalne štete i sistemske diskriminacije) i pitanja tumačenja pojma mobinga.

1. Proceduralna pitanja i poboljšanja

Detaljna analiza presuda iz izvještajnog perioda ukazuje na niz važnih proceduralnih poboljšanja, kao i na komplikacije u praksi kojima se stvaraju izazovi sudovima u efikasnoj primjeni ZZD-a. Pitanja od interesa na koje se ovdje treba fokusirati odnose se na: 1. upravljanje predmetima i postupanje sa dokazima, 2. postupanje po pitanju nematerijalne štete, 3. primjenu tereta dokazivanja i 4. postupanje u slučajevima sistemske diskriminacije.

1.1 Upravljanje predmetima i postupanje sa dokazima

Jedan od izazova koji su evidentni u složenijim predmetima diskriminacije je često loše upravljanje sudova u predmetima diskriminacije u ranim fazama postupka, uključujući i kod početne analize tužbi. Naime, dozvoljava se procesuiranje tužbenih zahtjeva koji su zbunjujući i nekoherentni, a da bi ih najviši sudovi odbacili zbog proceduralnih

⁸⁹ Pogledajte: Slavica Čindrak i Zvezdana Antonović, *Sudska praksa u predmetima diskriminacije*, Visoko sudsko i tužilačko vijeće, 2022, str. 10.

nepravilnosti koje proizilaze iz najranijih faza postupka.⁹⁰ Štetno je za efikasnost sudskih postupaka ako tužioci moraju objediniti svoje tužbe nakon višegodišnjih parnica i nakon što su prošli nekoliko nivoa sudova, a zatim da moraju pokrenuti postupak iz početka. Iako je možda sporniji, jer dovodi u očiglednu tenziju obavezu efikasnog upravljanja predmetima i neutralnu ulogu suda u parničnom postupku, moglo bi se reći da bi se isti zaključak mogao primijeniti i na odluku sudova o odbijanju tužbenog zahtjeva. To je zato što je svakom objektivnom posmatraču jasno da tužioci nisu čak ni učinili vjerovatnim postojanje diskriminacije, što je standard niži od onog koji se obično zahtijeva u parnicama (pogledajte sljedeći pododjeljak). Ustvari, većina presuda s negativnim ishodom ne sadrži detaljnu analizu proporcionalnosti kakva bi se očekivala nakon prebacivanja tereta dokazivanja, već zaključak da postojanje diskriminacije nije učinjeno vjerovatnim. Ovakav zaključak, donesen nakon višegodišnjeg parničenja, mogao bi se izbjeći detaljnijim sagledavanjem tužbi u početnim fazama postupka, gdje je neostvarivanje ovog niskog standarda ponekad evidentno u najočiglednijim slučajevima.⁹¹ Tužiocima se takođe može ukazati da je njihova dužnost prema članu 15. ZZD-a da učine vjerovatnim da je došlo do diskriminacije.⁹²

Postupanje sudova sa dokazima u predmetima diskriminacije je pitanje od najveće važnosti. Stav sudova je da je nekim vrstama dokaza, a posebno svjedočenju žrtve, ili ozbiljno umanjena važnost ili nema nikakve vrijednosti u postupku.⁹³ Ponekad sudovi potpuno ignorišu takve dokaze.⁹⁴ Prema zakonima o parničnom postupku, svaki dokaz koji iznese tužilac treba da bude predmet pažljive analize i suštinske procjene sudova. U nekim predmetima, evaluacija nije pravilno izvedena i dokazi su isključeni bez odgovarajućeg opravdanja.⁹⁵ U ovakvim predmetima, tužioci ne moraju dokazivati diskriminaciju, već je samo učiniti vjerovatnom. Misija primjećuje da se u postupcima za zaštitu od diskriminacije uglavnom koriste tradicionalna dokazna sredstva, a ne statistika ili situaciono testiranje.

⁹⁰ Pogledajte npr. Presudu Vrhovnog suda RS, br. 92 0 P 045967 18 Rev, od 20. septembra 2018.; Presudu Vrhovnog suda RS, br. 92 0 P 045948 18 Rev, od 22. maja 2019.; Presudu Vrhovnog suda RS, br. 92 0 P 046082 19 Rev, od 2. oktobra 2019.; Presudu Okružnog suda Bijeljina br. 80 0 P 097102 19 Gž, od 8. juna 2020.; Presudu Vrhovnog suda RS, br. 80 0 P 052394 21 Rev, od 12. maja 2021. Pogledajte i raspravu u presudi Općinskog suda u Sarajevu, br. 65 0 Rs 698842 18 Rs, od 30. aprila 2021.

⁹¹ Ovo neće uvijek biti slučaj, posebno kada će zaključak o vjerovatnoći postojanja diskriminacije zavisići od svjedočenja navodne žrtve ili svjedoka, jer u većini parnica postoji vrlo malo pokazatelja u koje svrhe se navodni svjedoci pozivaju, ili zapravo prirode njihovog svjedočenja

⁹² Nedavno su dva istaknuta praktičara primijetila da pravni kvalitet tužbi i nemar sudova u pogledu adekvatne kontrole u ranim fazama postupka dovode do kasnijih odugovlačenja postupaka. Pogledajte: Čindrak i Antonović, str. 60-61

⁹³ Pogledajte npr. Presudu Općinskog suda u Sarajevu, br. 65 0 Rs 732951 18 Rs, od 17. oktobra 2019.; Presudu Općinskog suda u Zenici br. 43 0 Rs 165528 18 Rs, od 17. maja 2019.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 181396 19 Rs 2, od 15. jula 2020.

⁹⁴ To je bio jedan od razloga da Ustavni sud BiH ukine Presudu Vrhovnog suda RS br. 71 0 P 184192 17 Rev, od 22. novembra 2018. Pogledajte Odluku Ustavnog suda BiH, br. 1198/19, od 23. juna 2021., stav 46

⁹⁵ Za primjere dobre prakse pogledajte Presudu Općinskog suda u Sarajevu, br. 65 0 Rs 697329 18 Rs, od 6. januara 2021.; Presudu Kantonalnog suda Sarajevo br. 65 0 Rs 497933 19 Rsž, od 10. marta 2020. (iz ovog razloga ukida se nižestepena presuda); Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 65 0 Rs 494073 21 Rev, od 28. oktobra 2021.

1.2 Postupanje po pitanju nematerijalne štete

ZZD predviđa posebne tužbe za zaštitu od diskriminacije za nadoknadu materijalne ili nematerijalne štete nastale diskriminacijom (član 12 (1) c)).⁹⁶ U ovom kontekstu može se uočiti niz složenosti, *inter alia*, u načinu utvrđivanja obima i visine štete, da li različiti oblici diskriminacije zahtijevaju različite pristupe, te da li su u svakom slučaju za utvrđivanje štete potrebna vještačenja. U praksi je u ovom pogledu evidentan nizak nivo konzistentnosti, a što dovodi do neizvjesnosti u primjeni ZZD-a. Zbog malog broja pravosnažnih presuda kojim se dosuđuje naknada nematerijalne štete donesenih u izvještajnom periodu, za ovu analizu uzete su u obzir i presude donesene u prethodnom izvještajnom periodu (tj. od donošenja ZZD-a 2009. do sredine 2018. godine).

Pitanje koje predstavlja poseban izazov tiče se odlučivanja sudova kod naknade nematerijalne štete. Posebno je zabrinjavajući stav pojedinih sudova da diskriminacija kao takva ne podrazumijeva nikakvu štetu za žrtvu i da žrtve uvijek moraju dokazivati postojanje konkretne štete (netrivijalne težine), uglavnom putem izvođenja vještačenja.⁹⁷ Ovaj stav je u suprotnosti sa standardima ljudskih prava koji proizilaze iz EKLJP. Naime, ESLJP dosljedno smatra da zaključak o postojanju diskriminacije, u bilo kojem njenom obliku, *uvijek* predstavlja napad na jednakost i ljudsko dostojanstvo. Zbog zaključaka sudova da se takva diskriminacija desila, treba *automatski* pretpostaviti postojanje (netrivijalne) štete.⁹⁸ Ne postoji konceptualni prostor za utvrđivanje da se diskriminacija desila, već da se desila bez štetnih posljedica ili su efekti bili isuviše trivijalni da bi opravdali nematerijalnu štetu. Pitanje koje je takođe predmet rasprave je da li tužilac treba dalje dokazivati obim takve štete. Korištenje vještačenja u nekim vrstama diskriminacije (kao što je mobing) može poslužiti u svrhu dokazivanja obima štete, ali ne i samog njenog postojanja.⁹⁹ Pribjegavanje nalazu vještaka kod dokazivanja obima štete u drugim oblicima diskriminacije ne izgleda uvijek opravdano. Stoga treba pohvaliti praksu pojedinih sudova koji dosuđuju nematerijalnu štetu na osnovu sopstvene procjene štete za koju se pretpostavlja da postoji.¹⁰⁰ Ustvari, Vrhovni sud FBiH je smatrao da se u predmetima koji

⁹⁶ Ova tužba se može podnijeti pojedinačno (pogledajte npr. Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 64 0 P 040340 17 Rev, od 19. jula 2018.), u kombinaciji s drugim (posebno jednom deklaratornom), ili se koristiti nakon utvrđivanja diskriminacije (pogledajte npr. Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 58 0 P 101740 19 Rev 2, od 17. oktobra 2019.)

⁹⁷ Za karakteristične slučajeve pogledajte Presudu Suda BiH, br. S1 3 P 000681 18 Rev, od 22. maja 2018.; presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 P 796066 19 P, od 7. januara 2021.; Presudu Suda BiH br. S1 3 P 032745 21 Rev, od 8. juna 2021.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 P 828375 20 P, od 16. jula 2021.

⁹⁸ Pogledajte npr. *Konstantin Markin protiv Rusije* [Vv], br. 30078/06, § 168, ESLJP 2012 (izvodi); *Hulea protiv Rumunije*, br. 33411/05, § 45, 2. oktobar 2012; *Guberina protiv Hrvatske*, br. 23682/13, § 112, ESLJP 2016.

⁹⁹ Pogledajte npr. Presudu Vrhovnog suda RS, br. 71 0 Rs 275020 20 Rev, od 11. marta 2021.

¹⁰⁰ Pogledajte npr. Presudu Kantonalnog suda Mostar, br. 58 0 Rs 161030 17 Rsž 2, od 24. aprila 2019.; Presudu Kantonalnog suda Zenica br. 43 0 Rs 160655 20 Rsž, od 25. februar 2020.; Presudu Osnovnog suda u Banjoj Luci br. 71 0 P 323323 20 P, od 10. decembra 2020.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 P 800192 19 P, od 30. oktobra 2020.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 P 869508 20 P, od 15. juna 2021. Pogledajte i Čindrak i Antonović, op.cit., str. 103 (odobranje primjene principa pravičnosti u ovim slučajevima)

se tiču nematerijalne štete zbog direktne diskriminacije „ova šteta, njena visina i nastanak ne dokazuju vještačenjem nego se za njenu cijenu i visinu uzimaju u obzir okolnosti svakog pojedinog slučaja.”¹⁰¹ Jasno je da se ovakvo sagledavanje ne bi moglo primijeniti na pitanje materijalne štete.¹⁰²

Među dostupnim slučajevima (pogledajte *Dodatak*), primjetan trend je opći nedostatak temeljitog obrazloženja kada se radi o pitanju pravednog zadovoljenja. Često je nejasno pozivanje na sudsku praksu bez navođenja detalja. Ponekad se sudovi pozivaju na praksu u predmetima klevete ili smrti bliskog srodnika,¹⁰³ ali bez daljeg objašnjavanja povezanosti takve sudske prakse sa određenom štetom koja nastaje zbog povrede principa jednakosti i ljudskog dostojanstva diskriminacijom (različitih vrsta). To je evidentno u praksi nekih sudova¹⁰⁴ kada primjenjuju standardnu analizu nematerijalne štete u predmetima diskriminacije – sa posebnim zaključcima i dosuđivanjem nematerijalne štete za pretrpljene duševne boli zbog umanjenja životne aktivnosti, povrede ugleda i časti, te pretrpjenog straha – pri čemu drugi sudovi imaju kompletniji pristup u ovim slučajevima imajući u vidu njene specifične karakteristike.¹⁰⁵ Takav različit pristup dovodi i do različitog fokusa sudskih vještaka u dostavljenim nalazima i mišljenjima kada su angažirani u predmetima diskriminacije.

Prepoznavanje postojanja štete zbog diskriminacije i dodjelu adekvatne nadoknade nematerijalne štete ne treba posmatrati odvojeno, već kao dio velikog napora ZZD-a da osigura ciljeve zbog kojih je utemeljen, tj. *“okvir za ostvarivanje jednakih prava i mogućnosti svim licima u Bosni i Hercegovini”* (član 1 (1) ZZD). Dakle, stav nekih sudova da je primarna svrha ZZD-a pružanje pravne zaštite putem deklaratornih presuda, a ne naknada štete ili objavljivanje presuda po ZZD-u (član 12 (1)c) i d)) ne izgleda utemeljen.¹⁰⁶ Ovo se mora posmatrati u smislu obaveze koja je navedena u relevantnom zakonu EU – koji se pokazao kao osnova za pripremu ZZD-a, i u svakom slučaju je nešto s čim bi se zakonski okvir za borbu protiv diskriminacije u BiH trebao uskladiti, s obzirom na cilj BiH

¹⁰¹ Pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 17 0 Rs 075491 19 Rev, od 11. novembra 2020. Kao što je navedeno u prethodnim citiranim predmetima, ovaj stav ne slijede svi sudovi

¹⁰² Pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 56 0 P 063396 20 Rev, od 10. februara 2022.

¹⁰³ Pogledajte npr. Presudu Općinskog suda Mostar br. 58 0 Rs 092150 14 Rs 2, od 4. novembra 2016. (potvrđena na reviziji)

¹⁰⁴ Pogledajte npr. Presudu Općinskog suda u Tuzli, br. 32 0 Rs 179659 13 Rs, od 19. oktobar 2015. (potvrđena na reviziji 2017.); Presudu Općinskog suda u Tešnju br. 39 0 Rs 044374 16 Rs, od 15. maja 2017. (potvrđena na reviziji 2018.)

¹⁰⁵ Pogledajte npr. Presudu Općinskog suda u Mostaru, br. 58 0 Rs 092150 14 Rs 2, od 4. novembra 2016. (potvrđena na reviziji 2019.); Presudu Suda BiH br. S1 3 P 022056 17 Gž, od 15. decembra 2017. (konačna); Presudu Vrhovnog suda RS, 71 0 Rs 275020 20 Rev, od 11. marta 2021.

¹⁰⁶ Pogledajte npr. Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 17 0 P 072167 21 Rev, od 2. novembra 2021. (tužilac se žalio da ga je odbijanje zahtjeva za naknadu nematerijalne štete i objavljivanje presude lišilo djelotvorne pravne zaštite od diskriminacije). Međutim, tužioci moraju izričito podnijeti zahtjev za naknadu nematerijalne štete prema članu 12 (1) c) – pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 51 0 P 114969 18 Rev, od 24. aprila 2018.

ka EU integracijama – da države članice u slučajevima diskriminacije propisuju sankcije koje moraju biti *efikasne, proporcionalne i odvraćajuće* čak i kada ne postoji žrtva koja se može identifikovati (kao u slučajevima kolektivnih tužbi).¹⁰⁷

Svakako, jasno je da se čisto simbolična sankcija ne može smatrati usklađenom sa antidiskriminacijskim zakonom EU.¹⁰⁸ Osim toga, to ne bi bilo usklađeno sa praksom ESLJP koja, pored priznanja države da postoji kršenje ljudskih prava, zahtijeva dosuđenje adekvatne pravične satisfakcije za ukidanje statusa tužioca kao žrtve. Zapažena praksa sudova u BiH – da ne dosuđuju nikakve ili vrlo niske odštete – dovodi u pitanje efikasnost postupka za zaštitu od diskriminacije u cjelini.

Ovo pokazuje da ovaj Zakon nije samo dio odštetnog prava koji se tiče pojedinačnih tužioca, već je usmjeren na zaštitu i ostvarivanje ciljeva i interesa šire zajednice.¹⁰⁹

1.3 Primjena tereta dokazivanja

Jedan od načina ostvarivanja sistemskih ciljeva ZZD-a, spomenutih u prethodnom pododjeljku, jeste kroz rekonceptualizaciju različitih proceduralnih pravila u predmetima diskriminacije, uključujući i ona koja se odnose na teret dokazivanja. Vrlo brzo nakon usvajanja ZZD-a 2009. godine, ovo se pokazalo kao jedno od najspornijih pitanja u primjeni, a što je zahtijevalo da se izmijene relevantne odredbe člana 15 Zakona. Izmijenjena odredba člana sada predviđa da se teret dokazivanja prebacuje na drugu stranu kada tužioci “na osnovu njima raspoloživih dokaza učine vjerovatnim da je došlo do diskriminacije.” Kao što je navedeno u prethodnim izvještajima,¹¹⁰ ova odredba na sličan način stvara zabunu i probleme u primjeni, jer se pozivanje na „dokaze“ u citiranoj odredbi često uzimalo kako bi se od tužioca zahtijevalo da dokaže diskriminaciju u početnim fazama postupka u skladu sa općim pravilima o teretu dokazivanja prema entitetskim zakonima o parničnom postupku. Zadržavanje pozivanja na “činjenice” (kao što je bio slučaj u Zakonu iz 2009.) umjesto na “dokaze” (kao što je dodano u izmjenama

¹⁰⁷ Pogledajte Presudu od 10. jula 2008., *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor rasmebestrijding protiv Firma Feryn NV*, predmet C 54/07, ECLI:EU:C:2008:397, st. 39-40. Član 15. Direktive 2000/43 stoga nameće državama članicama obavezu da u svoje državne pravne sisteme uvedu mjere koje su *dovoljno efikasne* da se postigne cilj te direktive i da se osigura da se može pouzdati u iste pred domaćim sudovima kako bi sudska zaštita bila stvarna i efikasna

¹⁰⁸ Pogledajte Presudu od 25. aprila 2013., *Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, C 81/12, ECLI:EU:C:2013:275, § 64. Stoga možemo smatrati problematičnom, ako ne i kontradiktornom, poziciju suda da je dosuđena nematerijalna šteta niske vrijednosti zaista simbolična, ali ipak odvraćajuća. Pogledajte Presudu Općinskog suda Goražde, br. 45 O P 030377 15 P, od 29. jula 2016. (potvrđena na reviziji 2017.)

¹⁰⁹ Prethodno citirana sudska praksa Suda EU pokazuje da se adekvatnost sankcija može utvrditi ne samo u pogledu dosuđene štete, već i putem objavljivanja i širenja presuda. Međutim, prema ZZD-u, zahtjevi za objavljivanje su vrlo ograničeni (član 12.(1) d)), tako da važnost nadoknade štete dobiva poseban značaj za adekvatnost antidiskriminacijskih sankcija

¹¹⁰ Pogledajte *Analizu odgovora pravosuđa...*, str. 44-48; *Procjenu rada institucija BiH...*, str. 28-30

i dopunama iz 2016.) moglo je doprinijeti da se izbjegne takva zabuna u primjeni i možda da se odredba približi razumijevanju prema relevantnom zakonu EU i praksi ESLJP-a koji koriste terminologiju "*prima facie*."¹¹¹ Ustvari, sa ovim proceduralnim pravilima naklonjenim tužiocima moglo se očekivati da će većina odluka s negativnim ishodom biti fokusirana na opravdanje različitog tretmana lica u sličnim situacijama, a ne na preliminarno pitanje da li je utvrđena vjerovatnoća diskriminacije. Međutim, to još uvijek nije slučaj.¹¹²

Misija primjećuje dosljednije pozivanje na standarde koji se odnose na teret dokazivanja iz ZZD-a tokom izvještajnog perioda. Ipak, i dalje postoje slučajevi u kojima se standardi ZZD-a zanemaruju ili se ne uzimaju u obzir na propisan način.¹¹³ Osim toga, još uvijek postoji određena nedosljednost u formulisanju jedinstvenog i usklađenog pristupa u cijeloj zemlji, kao što je evidentno i kod vrhovnih sudova gdje različita vijeća često nisu usklađena. Neka vijeća u Vrhovnom sudu FBiH evidentno nameću kombinaciju pozivanja na opći pristup teretu dokazivanja na način kako se koristi u redovnim građanskim parnicama – u nekim slučajevima zahtijevajući od tužioca pozitivan dokaz diskriminacije – zajedno sa naknadnim pozivanjem na tekst iz Zakona uz napomenu da diskriminacija nije učinjena vjerovatnom.¹¹⁴ U drugim slučajevima, presude istog suda usvajaju usklađeniji pristup kojim se od tužioca traži da dokaže „pretežnu vjerovatnoću“ diskriminacije, nakon čega se teret dokazivanja prebacuje na tuženog, koji potom mora dokazati „sa određenim stepenom sigurnosti“ da diskriminacija nije počinjena.¹¹⁵ Međutim, navedeni stav nije bio u potpunosti jasan i nije se dosljedno primjenjivao.

¹¹¹ Pogledajte Presudu od 10. marta 2005, *Vasiliki Nikoloudi protiv Organismos Tilepikinionion Ellados AE*, C 196/02, ECLI:EU:C:2005:141, st. 74-75; Presudu od 17. jula 2008., *S. Coleman protiv Attridge Law i Steve Law*, C 303/06, ECLI:EU:C:2008:415, § 54

¹¹² Posmatrajući samo negativne presude trećestepenih sudova, može se primijetiti da su u 68% takvih slučajeva sudovi odbili reviziju jer su smatrali da tužioci nisu pokazali ni vjerovatnoću diskriminacije. Za izuzetak pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 46 0 Rs 077157 19 Rev, od 18. novembra 2019. (tužilac je uspio prebaciti teret dokazivanja, ali je tuženik dokazao da nije bilo diskriminacije)

¹¹³ Pogledajte npr. Presudu Kantonalnog suda Zenica, br. 43 0 Rs 139960 17 Rsž, od 7. marta 2018. (sud tvrdi da tužilac nije dokazao diskriminaciju na osnovu člana 123. Zakona o parničnom postupku FBiH), potvrđeno je Presudom Vrhovnog suda FBiH, br. 43 0 Rs 139960 18 Rev, od 7. avgusta 2018.; Presudu Općinskog suda u Travniku br. 51 0 Rs 166168 19 Rs, od 11. juna 2021.; Presudu Vrhovnog suda RS, br. 71 0 Rs 287219 20 Rev, od 20. maja 2021.; Presudu Vrhovnog suda RS, br. 85 0 Rs 072179 20 Rev, od 23. novembra 2021.

¹¹⁴ Pogledajte npr. Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 32 0 P 309011 18 Rev, od 31. jula 2018.; Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 68 0 Rs 040884 18 Rev, od 7. februara 2019.; Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 58 0 Rs 161030 19 Rev, od 5. decembra 2019.; Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 17 0 Rs 072157 20 Rev, od 19. maja 2020. Za sličan stav u RS pogledajte Presudu Vrhovnog suda RS, br. 92 0 Rs 026821 19 Rev 2, od 9. juna 2020.

¹¹⁵ Pogledajte npr. Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 64 0 Mal 037350 18 Rev, od 6. marta 2018.; Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 65 0 P 235888 18 Rev, od 19. jula 2018.; Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 53 0 Rs 062542 18 Rev, od 20. novembra 2018.; Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 65 0 P 106515 19 Rev, od 2. jula 2019.; Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 56 0 Rs 055091 21 Rev, od 27. avgusta 2021. Ipak, i ovdje postoji nedosljednost. Tako je u jednom predmetu Vrhovni sud FBiH smatrao da je, nakon prebacivanja tereta dokazivanja, tuženik morao sa "prevladavajućom vjerovatnoćom" pokazati da nije bilo diskriminacije. Pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 39 0 Rs 044374 18 Rev, od 5. aprila 2018.

Bilo je pokušaja da se to ispravi novim standardom koji je naveden u jednoj od nedavnih presuda Vrhovnog suda FBiH. Dakle, pitanja koja se sa sigurnošću moraju dokazati su da tužilac „posjeduje karakteristike na osnovu kojih se smatra da je diskriminisan“ i da su se „postupci tuženih, zbog kojih je podnio tužbu, zaista i desili, odnosno postojanje radnje ili mjere tuženog i da je tom mjerom ili radnjom pogođen.“ Pitanja koja se moraju dokazati sa stepenom pretežne vjerovatnoće su „diskriminirajući osnov i različito postupanje u odnosu na komparatora.“¹¹⁶ Ovakav stav je problematičan, a posebno očekivanje da tužilac „sa stepenom sigurnosti“ treba da dokaže diskriminaciju. Iako je „sigurnost“ stepen dokazivanja koji se čini previsokim za bilo koju parnicu, a kamoli za predmet diskriminacije, tvrdnju da tužitelj mora sa stepenom sigurnosti dokazati da se navodni čin diskriminacije dogodio, teško je uskladiti sa formulacijom iz člana 15. ZZD-a, odnosno opću svrhu standarda koji se odnosi na prebacivanje tereta dokazivanja u predmetima diskriminacije. Ustvari, u dva nedavna slučaja u kojima je Ustavni sud BiH ukinuo presude Vrhovnog suda RS, Ustavni sud BiH je naglasio da se prema članu 15. ZZD-a „činjenice ne trebaju dokazivati sa stepenom sigurnosti, kao što je to obično obaveza onoga koji snosi teret dokazivanja“.¹¹⁷ Osim toga, nejasno je zašto je usvojena kvalifikacija „prevladavajuća“ (ili čak „velika“¹¹⁸) vjerovatnoća, imajući u vidu formulaciju u ZZD-u koja se odnosi samo na „vjerovatnoću“ bez ikakvih kvalifikatora, kao i na zahtjev ESLJP koji se odnosi na *prima facie* slučajeve.¹¹⁹ Međutim, treba napomenuti da je ove kvalifikacije do sada primjenjivao samo Vrhovni sud FBiH, odnosno neka od vijeća ovog suda, a da nisu primjenjivani u drugim sudovima u BiH. Praksu ovih sudova treba pohvaliti iako ukazuju na određen stepen neujednačenosti u praksi odnosno u primjeni ZZD-a.

Poseban izazov koji se pojavio u ovom kontekstu je postupanje prema odredbama o prebacivanju tereta dokazivanja kada se navodi da je diskriminacija sadržana u odredbama zakona i drugih općih pravnih akata. Sudovi u FBiH i RS su usvojili neprihvatljiv nivo formalizma i odupirali su se pozivu da prebace teret dokazivanja nakon što su utvrdili da su zakoni ili podzakonski akti vjerovatno diskriminatorni. Naime, u izvještajnom periodu, Ustavni sud BiH je tako ukinuo četiri presude vrhovnih sudova FBiH i RS zbog pogrešne primjene člana 15. ZZD-a koji se odnosi na teret dokazivanja u konkretnom kontekstu.¹²⁰ Vrhovni sudovi oba entiteta su hitno reagovali nakon ovih odluka Ustavnog

¹¹⁶ Pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 43 0 P 171233 21 Rev, od 9. marta 2022.

¹¹⁷ Pogledajte Odluku Ustavnog suda BiH, br. 1198/19, od 23. juna 2021., paragraf 46.; Odluku Ustavnog suda BiH, br. AP-190/19, od 23. juna 2021., paragraf 40

¹¹⁸ Pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 43 0 P 178741 21 Rev, od 16. februara 2022.

¹¹⁹ Pogledajte *Oršuš protiv Hrvatske* [V], br. 15766/03, § 150, od 16. marta 2010. Sličan stav zauzeli su i sudovi EU. Pogledajte npr. presudu od 25. aprila 2013., *Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, C 81/12, ECLI:EU:C:2013:275, str. 55-58

¹²⁰ Pogledajte Odluku Ustavnog suda BiH, br. 3174/17, od 19. septembra 2019.; Odluku Ustavnog suda BiH, br. AP-166/18 od 15. jula 2021. Odluku Ustavnog suda BiH, br. AP-190/19 od 23. juna 2021. Odluku Ustavnog suda BiH, br. 1198/19, od 23. juna 2021.

suda BiH i pravilno primijenili relevantne odredbe ZZD-a.¹²¹ Ustvari, može se smatrati da je postignut napredak u vezi sa sistemskom diskriminacijom, o kojem se govori u sljedećem pododjeljku, u svjetlu nove senzibilnosti u odnosu na diskriminaciju koja proizilazi iz samih općih pravnih akata.

1.4 Postupanje u predmetima sistemske diskriminacije

Tokom izvještajnog perioda, postupanje prema sistemskoj diskriminaciji predstavlja veliki napredak u sudskoj praksi u predmetima diskriminacije. Ovo se odnosi na situacije navodne diskriminacije koja proizilazi iz zakona. Ovo se posebno odnosi na predmete u kojima se navodi evidentno razlikovanje lica sa istim vrstama invaliditeta na osnovu porijekla invaliditeta (kao što su ratni vojni invalidi i civilne žrtve rata, čiji je invaliditet nastao kao posljedica rata, u odnosu na lica čiji je invaliditet nastao u drugim kontekstima), u skladu sa Zakonom o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice s djecom FBiH.¹²² Tužiocima navode da ih sam Zakon stavlja u nepovoljniji položaj u pogledu obima i visine naknada, i to onih koje se odnose na invaliditet, prava na njegovu i pomoć od drugog lica i prava na ortopedске dodatke. Nakon što je pred Općinskim sudom u Sarajevu podnesen niz tužbi u kojima se navodi ova vrsta diskriminacije, upućen je zahtjev Vrhovnom sudu FBiH da riješi sporna pravna pitanja koja su se pojavila, a to su: a) da li su sudovi u parničnom postupku nadležni da odlučuju o postojanju sistemske diskriminacije; b) da li sudovi u takvim postupcima mogu odlučivati o traženim naknadama (u skladu sa pravilima upravnog postupka), i c) da li sud u parničnom postupku može utvrditi prava i naknade koje nisu regulisane osporenim zakonom.¹²³

Prvo pitanje je najvažnije za svrhu ove analize jer se odnosi na područje primjene ZZD-a i nadležnosti sudova u primjeni zakona. Općenito, predmeti u kojima se navodi da su odredbe zakona diskriminatorne predstavljali bi argument da su te odredbe iz tog razloga takođe neustavne.¹²⁴ Međutim, odlučivanje o neustavnosti je nadležnost koja isključivo pripada ustavnim sudovima koji takvu odluku mogu donositi bilo apstraktnom ili konkretnom kontrolom ustavnosti. Traženje apstraktne kontrole ustavnosti je veoma ograničeno na nivou BiH i FBiH i nije otvoreno za individualne tužioce. Ovo nije slučaj u RS, gdje je *actio popularis* dozvoljen pred US RS. U slučaju konkretne kontrole ustavnosti, svaki sud, na zahtjev stranaka ili na vlastitu inicijativu, može (i nedvosmisleno

¹²¹ Pogledajte Presudu Vrhovnog suda RS, br. 71 0 P 184192 21 Rev 2, od 27. septembra 2021.; Presudu Vrhovnog suda RS, br. 82 0 P 012368 21 Rev 2, od 11. avgusta 2021.; Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 51 0 P 054522 21 Rev 2, od 10. septembra 2021.

¹²² Službene novine FBiH br. 36/99, 54/04, 39/06, 14/09, 40/16 i 45/18. Problem je nastao zbog izmjena i dopuna iz 2009.

¹²³ Pogledajte član 61. Zakona o parničnom postupku Federacije BiH (Službene novine FBiH, br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15)

¹²⁴ Ustvari, pošto Ustav BiH i EKLJP koja je njegov dio (član II/2 Ustava BiH), jasno predviđaju zabranu diskriminacije, nije moguće da sam zakon (ili njegove odredbe) bude diskriminatoran, a da nije u isto vrijeme neustavan

mora) obustaviti postupak i zatražiti od nadležnog ustavnog suda da donese odluku da li je odredba koja treba da se primjenjuje neustavna.¹²⁵ Postoji i grupa predmeta u kojima tužioci navode da su diskriminirani, obično u okviru drugih postupaka, zbog primjene diskriminatornih odredbi zakona, ali sudovi ne zahtijevaju konkretnu kontrolu ustavnosti. Ukoliko žalbe tužioca ne budu uspješne i ako ostanu pri svojim zahtjevima kasnije u apelaciji pred Ustavnim sudom BiH, sud može u žalbenom postupku utvrditi neustavnost diskriminatorne odredbe i tražiti od nadležnih zakonodavnih tijela da usklade osporeni zakon sa Ustavom BiH.¹²⁶ U predmetima koji se razmatraju, Građanski odjel Vrhovnog suda FBiH donio je odluku da su sudovi bili nadležni da utvrde postojanje sistemske diskriminacije u parničnom postupku po ZZD-u (a samim tim i donesu deklaratornu presudu po članu 12 (1) a). Pored toga, oni bi takođe mogli da nalože usvajanje mjera za uklanjanje diskriminacije ili njenih efekata ili da nalože nadoknadu štete (prema članu 12, (1), b) i c)). Međutim, sud je naglasio da u takvim postupcima redovni sudovi ne mogu odlučivati o usklađenosti osporenog zakona ili njegovih odredbi sa Ustavom BiH ili EKLJP, jer ova nadležnost pripada isključivo Ustavnom sudu BiH.¹²⁷ Ovo u praksi omogućava individualnim tužiocima da dobiju pravo utvrđivanja diskriminatornog karaktera zakona (ili njegovih odredbi) i da dobiju nadoknadu štete, a da se validnost tog zakona ne dovodi u pitanje u odnosu na druge zakone.

Ostaje da se vidi da li je ovakav način suočavanja sa sistemskom diskriminacijom, a koja proizlazi iz samih zakona, najefikasniji način za postizanje ciljeva ZZD-a. U izvještajnom periodu, Općinski sud u Sarajevu donio je 130 presuda u predmetima u kojima se navodi diskriminacija prema osporenom zakonu, a čini se da je još više predmeta u fazi rješavanja. Iako sve tužbe proizlaze iz istog izvora i u suštini sadrže iste ili slične navode, pojedinačne presude nisu ujednačene i evidentna je razlika u sudskoj praksi u pogledu istih pitanja. Ono što je najvažnije, diskriminatorne odredbe zakona su i dalje u potpunosti na snazi, iako su sudovi u nekim presudama usvojili zahtjev iz člana 12 (1) b) ZZD-a i naložili FBiH da preduzme korake za otklanjanje diskriminacije u zakonu koji se razmatra.¹²⁸ Kao što je ranije navedeno, kolektivna tužba je mogla biti efikasniji put, imajući u vidu mogućnost proširenog subjektivnog učinka presuda u

¹²⁵ Nije jasno da li bi se takva odluka mogla koristiti kao osnov za ostvarivanje nadoknade štete. Pogledajte član 65. Pravila Ustavnog suda BiH (Službeni glasnik BiH, br. 94/14). Međutim, pogledajte i raspravu u presudi Suda BiH, br. S1 3 P 003293 12 Rev, od 24. decembra 2012. (primjena člana 67. Pravila je bila na snazi u to vrijeme)

¹²⁶ Pogledajte npr. Odluku Ustavnog suda BiH, br. AP-369/10, 24. 5. 2013. Međutim, Ustavni sud BiH u svojoj apelacionoj nadležnosti nema ovlaštenje da takve odredbe poništi, koje ostaju na snazi sve dok se eventualno ne izmijene

¹²⁷ Pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 65 0 P 829615 20 Spp, od 15. decembra 2020. Sud je dao negativan odgovor i na pitanje b), jer redovni sudovi u parničnom postupku ne mogu donositi odluke koje bi se inače donosile u upravnom postupku. Međutim, evidentni su problemi u tumačenju ovog mišljenja između različitih sudija Općinskog suda u Sarajevu. Uporedite npr. Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 P 816224 19 P, od 20. maja 2021. godine i Presudu Općinskog suda u Sarajevu, br. 65 0 P 797645 19 P, od 28. aprila 2020.

¹²⁸ Pogledajte npr. Presudu Općinskog suda u Sarajevu, br. 65 0 P 869508 20 P, od 15. juna 2021. (još nije konačna)

takvom slučaju (pogledajte raspravu u Odjeljku III). Na kraju, ovakav pristup tumačenju ZZD-a do sada je usvojen samo u FBiH, a izgleda da se suočava sa izazovima u RS.¹²⁹

2. Mobing

Mobingom se smatra oblik nefizičkog uznemiravanja na radnom mjestu, koji podrazumijeva ponavljanje radnji koje imaju ponižavajući efekat na žrtvu čija je svrha ili posljedica degradacija radnih uslova rada ili profesionalnog statusa zaposlenog. (član 4 (3)).

Mobing ostaje jedan od najčešćih oblika diskriminacije u postupcima pred sudovima u BiH (Grafikon 8). Ipak, praksa pokazuje različite izazove za sudove kako u pogledu materijalnog tako i proceduralnog aspekta. Čini se da je ovo područje sa značajnim stepenom neujednačenosti u praksi. Što se tiče materijalnog aspekta, to je vidljivo u spajanju analize primijenjene u pogledu općih oblika diskriminacije sa mobingom kao posebnim oblikom diskriminacije, analizom konstitutivnog elementa „ponavljanja“ i pitanjem pravnog stajališta. U vezi sa proceduralnim aspektom, glavni izazovi se odnose na primjenu ZZD-a ili relevantnih entitetskih zakona o radu u slučajevima mobinga što može uticati na primjenu različitih proceduralnih pravila, kao što su rokovi.

2.1 Analiza mobinga kao specifičnog oblika diskriminacije

Kao specifičan oblik diskriminacije (član 4. ZZD), mobing se konceptualno ne uklapa u standardne oblike diskriminacije. To stvara probleme u praksi sudova. Nije potreban dokaz o povezanosti sa jednim od zaštićenih osnova diskriminacije.¹³⁰ Slično tome, nije potreban dokaz o postojanju različitog postupanja. Uprkos činjenici da je ovo neophodan element za tipičan slučaj diskriminacije, u praksi se ne primijenjuje na neke posebne oblike diskriminacije. Naprimjer, u slučajevima seksualnog uznemiravanja ne bi bila legitimna odbrana ako tuženi tvrdi da nije bilo različitog postupanja, a samim tim ni diskriminacije, jer su i svi ostali zaposlenici bili seksualno uznemiravani. Iako bi dokaz o postojanju različitog postupanja bio legitiman i zapravo neophodan konceptualni korak

¹²⁹ Sličan pokušaj da se dobije pravo na utvrđivanje diskriminatorne prirode odredbe Zakona o željeznicama RS (diskriminacija na osnovu dobi) sudovi u RS su odbili, smatrajući da nije u njihovoj nadležnosti da donose pravo na utvrđivanje (sudovi su razmatrali da li se odredba, takva kakva jeste, različito i proizvoljno primjenjivala u pojedinačnim slučajevima, što je posebno pitanje). Pogledajte Presudu Okružnog suda Banja Luka, 71 0 Rs 286277 19 Rsž, od 6. marta 2020. Međutim, pogledajte i raspravu o odlukama Ustavnog suda BiH u Odjeljku IV.1. o teretu dokazivanja

¹³⁰ Međutim, pogledajte Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 46 0 P 077695 20 Rev, od 3. marta 2020., gdje je sud izričito tražio pokazivanje obje veze (ali i motiv!) u slučaju mobinga. Pogledajte i Presudu Općinskog suda Sarajevo br. 65 0 P 800192 19 P, od 30. oktobra 2020.

prije analize opravdanosti općih oblika diskriminacije, u takvim posebnim slučajevima ne bi bio potreban.

Ista logika bi se trebala primijeniti i na slučajeve mobinga, ali ono što je evidentno u mnogim slučajevima je da sudovi primjenjuju uobičajenu analizu koja se koristi za druge oblike diskriminacije, uključujući potrebu za dokazivanjem (ili bolje rečeno vjerovatnost) različitog postupanja.¹³¹ Dakle, u tipičnom slučaju, činjenica da je tuženi koristio vulgaran jezik prema svim zaposlenicima, a ne samo i konkretno prema tužiocu, bila je presudna za zaključak da se mobing ne može utvrditi.¹³² Iz navedenog je jasno da se različito postupanje ne smije smatrati konstitutivnim elementom ovog oblika diskriminacije i treba pohvaliti stav sudova koji odbacuju takav zahtjev.¹³³ Ipak, ako se ovo uzme u obzir, to bi moglo poslužiti kao informacija za analizu sudu o kvalifikaciji pojedinih spornih radnji kao potencijalnih djela mobinga.

2.2 Tumačenje pojma “ponavljanje”

Još jedan izazov koji vrijedi spomenuti odnosi se na konstitutivni element ovog oblika diskriminacije, a to je neophodnost ponavljanja radnje. Ni u ZZD-u niti u entitetskim zakonima o radu nisu navedene smjernice za tumačenje ovog pojma, što je dovelo do neujednačene sudske prakse i usvajanja problematičnih pojmova. Jedno od takvih spornih pravnih shvatanja je da djela mobinga moraju trajati: a) najmanje šest meseci i b) dešavati se najmanje jednom sedmično (za neke sudove)¹³⁴ ili najmanje dva puta sedmično (za druge sudove).¹³⁵ Poučno je u ovom kontekstu pozvati se na nedavnu presudu ESLJP-a u predmetu protiv Crne Gore u kojoj aplikant nije dobio zaštitu od uznemiravanja na radu (definisano kao „mobing“ u domaćem pravu Crne Gore) jer su

¹³¹ Pogledajte npr. Presudu Vrhovnog suda RS, br. 92 0 Rs 045650 17 Rev, od 17. maja 2018.; Presudu Kantonalnog suda Novi Travnik br. 46 0 Rs 077157 17 Rsž, od 13. februara 2019.; Presudu Vrhovnog suda RS, br. 92 0 Rs 050479019 Rev, od 9. oktobra 2019.; Presudu Vrhovnog suda RS, br. 95 0 Rs 050479 19 Rev, od 9. oktobra 2019.; Presudu Općinskog suda u Zenici br. 43 0 Rs 165528 18 Rs, od 17. maja 2019.; Presudu Kantonalnog suda Novi Travnik br. 51 0 P 122504 18 Gž, od 12. februara 2019.; presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 51 0 P 122504 19 Rev, od 5. decembra 2019.; Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 17 0 Rs 072157 20 Rev, od 19. maja 2020.; Presudu Kantonalnog suda Bihać, br. 22 0 Rs 042773 20 Rsž, od 4. septembra 2020.

¹³² Pogledajte npr. Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 733140 18 Rs, od 20. oktobra 2020.

¹³³ Pogledajte npr. Presudu Okružnog suda Banja Luka br. 71 0 Rs 275020 19 Rsž, od 7. maja 2020.; Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 65 0 Rs 494073 21 Rev, od 28. oktobra 2021.

¹³⁴ Pogledajte npr. Presudu Općinskog suda u Zenici br. 43 0 Rs 160655 18 Rs, od 15. novembra 2019.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 732951 18 Rs, od 17. oktobra 2019.; Presudu Kantonalnog suda Zenica br. 43 0 Rs 160655 20 Rsž, od 25. februara 2020.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 803624 19 Rs, od 9. decembra 2020; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 733140 18 Rs, od 20. oktobra 2020.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 541491 15 Rs, od 8. jula 2020.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 652912 17 Rs, od 9. novembra 2020; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 181396 19 Rs 2, od 15. jula 2020.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 761289 19 Rs, od 15. februara 2021.

¹³⁵ Pogledajte npr. Presudu Okružnog suda Bijeljina br. 83 0 Rs 036815 19 Rsž, od 10. marta 2020.; Presudu Okružnog suda Bijeljina br. 80 0 Rs 107264 21 Rsž, od 2. aprila 2021.

sudovi u Crnoj Gori tražili dokaz o incidentima koji su se dešavali svake sedmice tokom šest mjeseci. Nakon što je utvrdio da se djela mobinga mogu svrstati u okvir člana 8. EKLJP (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života), jer mogu uticati na fizički i psihički integritet lica, Sud je konstatovao sljedeće:

„Uprkos slobodnoj procjeni koju države članice uživaju u osmišljavanju mehanizama zaštite u pogledu djela uznemiravanja na radu, Sud smatra da je teško prihvatiti adekvatnost takvog pristupa u ovom slučaju. Sud smatra da žalbe o maltretiranju treba detaljno ispitati od slučaja do slučaja, u svjetlu posebnih okolnosti svakog slučaja i uzimajući u obzir cjelokupni kontekst. Drugim riječima, mogu postojati okolnosti u kojima su takvi incidenti rjeđi od jednom sedmično u periodu od šest mjeseci i još uvijek predstavljaju maltretiranje, ili okolnosti u kojima su takvi incidenti češći, a ipak ne predstavljaju maltretiranje.”¹³⁶

Ovakav stav je bez sumnje tačan i mora poslužiti za tumačenje ZZD-a i relevantnih odredbi zakona o radu u BiH.¹³⁷ Zapravo, ovaj stav već ima osnovu u sudskoj praksi najviših sudova, uprkos tome što se ne poštuje. Nedavnom odlukom Ustavnog suda BiH, uvažavajući obrazloženje Vrhovnog suda FBiH, doneseno je sljedeće:

“U vezi s apelacionim navodima da nema kontinuiteta u navodnoj diskriminaciji naspram tužiteljice, Ustavni sud zapaža da se Vrhovni sud bavio i ovim pitanjem, te da iz obrazloženja osporene odluke proizlazi da zakonskom definicijom (član 4. stav 3. Zakona o zabrani diskriminacije) nije određeno koliko puta ili u kojem vremenskom periodu se radnje mobinga trebaju ponoviti, tako da se u svakom pojedinačnom slučaju mora procjenjivati da li se radi o kontinuiranom ponašanju koje je proizvelo neku od navedenih posljedica koje se mogu okarakterizirati kao mobing na radu, pri čemu je te revizione prigovore ocijenio kao neosnovane.”¹³⁸

¹³⁶ Špadijer protiv Crne Gore, br. 31549/18, § 95, novembar 2021.

¹³⁷ U tom kontekstu pogledajte: *Pudarić protiv Bosne i Hercegovine* [Komitet], br. 55799/18, 8. decembar 2020. („[Sud] ponavlja da se nijedna pravna odredba domaćeg zakona ne bi trebala tumačiti i primjenjivati na način koji nije u skladu sa obavezama država prema Konvenciji... posebno ako bi to bilo u suprotnosti sa zabranom diskriminacije i šire sa principima koji su temelj Konvencije”)

¹³⁸ Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP-577/20, od 5. oktobra 2021., § 53, pozivajući se na Presudu Vrhovnog suda FBiH, br. 17 O P 044231 19 Rev, od 21. novembra 2019.

2.3 Pitanja pravnog stajališta

Što se tiče pravnog stajališta, postoji nedostatak konzistentnosti sudova da li bi se mogao tužiti direktni počinilac ili bi strana čija se odgovornost traži bio samo poslodavac. Sukob je rezultat određene nedosljednosti između ZZD-a i entitetskih zakona o radu, gdje se zakoni o radu obično tumače na način da onemogućavaju pasivno držanje direktnog počinitelja,¹³⁹ dok se ZZD smatra više popustljivim.¹⁴⁰ Jedan od razloga za ovu nedosljednost je očigledna nesigurnost u pogledu odnosa ZZD-a i drugih zakona. Imajući u vidu da ZZD nije okvirno zakonodavstvo kao uz obaveze usklađivanja koje proizilaze iz člana 24. ZZD, uvijek treba da prevlada primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva, što bi podrazumijevalo i prioritet u primjeni ZZD-a u svim slučajevima sukoba. Ovo će biti važno i u slučajevima primjene rokova za tužbe, koji su različiti u zakonima o radu i ZZD-u, kao i potencijalnoj potrebi iscrpljivanja internih pravnih lijekova kod poslodavca prije korištenja mehanizama zaštite prema ZZD-u.¹⁴¹

Očigledno je da sudska praksa u BiH nije usklađena i stoga je sklona stvaranju pravne nesigurnosti. Usvajanje novog Zakona o zaštiti od uznemiravanja na radu RS, koji posebno reguliše uznemiravanje na radnom mjestu,¹⁴² vjerovatno će stvoriti dodatnu zabunu u njegovoj primjeni jer je nekoliko njegovih komponenti u kontradiktornosti sa postojećim zaštitama od takvog uznemiravanja u entitetskom zakonu o radu i ZZD-u.¹⁴³

¹³⁹ Pogledajte npr. Presudu Vrhovnog suda RS, br. 92 0 Rs 050479019 Rev, od 9. oktobra 2019. (ZZD ima prioritet u odnosu na entitetski zakon o radu po ovom pitanju); Osnovni sud Banja Luka, br. 71 0 Rs 275020 17 Rs, od 26. septembra 2019.; Presudu Okružnog suda Banja Luka br. 71 0 Rs 275020 19 Rsž, od 7. maja 2020.; Presudu Vrhovnog suda RS, br. 71 0 Rs 275020 20 Rev, od 11. marta 2021. Međutim, postoje slučajevi u kojima se smatra da samo direktni počinioци mogu biti tuženi. Pogledajte Presudu Općinskog suda u Travniku, br. 51 0 Rs 166168 19 Rs, 11. juna 2021.

¹⁴⁰ Pogledajte npr. Presudu Općinskog suda Sarajevo, br. 65 0 Rs 723211 18 Rs, od 8. juna 2020.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 652912 17 Rs, od 9. novembra 2020.; Presudu Općinskog suda Sarajevo br. 65 0 Rs 698842 18 Rs, od 30. aprila 2021.; Pogledajte i Presudu Vrhovnog suda RS, br. 85 0 Rs 057239 17 Rev, od 15. marta 2018. (ZZD ima prioritet u odnosu na suprotne zakone)

¹⁴¹ Pogledajte npr. Presudu Općinskog suda u Mostaru, br. 58 0 Rs 171070 15 Rs, od 21. maja 2018.; Presudu Općinskog suda Sarajevo br. 65 0 Rs 662455 17 Rs, 10. septembar 2019.; Presudu Općinskog suda Sarajevo br. 65 0 Rs 805760 19 Rs, od 12. februara 2021.; Presudu Općinskog suda Sarajevo br. 65 0 Rs 726681 18 Rs, od 12. februara 2021. U svim navedenim slučajevima ZZD je dobio prioritet u odnosu na oprečni zakon o radu u pogledu blagovremenosti tužbe

¹⁴² Službeni glasnik RS, br. 90/21

¹⁴³ Za popustljiviju sudsku praksu u ovom pogledu pogledajte Presudu Kantonalnog suda u Zenici, br. 44 0 Rs 026000 17 Rsž, od 30. oktobra 2018.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 662455 17 Rs, od 10. septembra 2019.; Presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Rs 805760 19 Rs, od 12. februara 2021.



ZAKLJUČNE NAPOMENE

Analiza sudske prakse iz izvještajnog perioda ukazuje na povećanje broja tužbi i presuda donesenih po ZZD-u. Teritorijalno područje u kojem se u najviše slučajeva poziva na ZZD ostaje entitet FBiH. Tačnije, Općinski sud u Sarajevu i Kantonalni sud u Sarajevu procesuiraju veliku većinu predmeta diskriminacije. Značajno opterećenje u pogledu broja predmeta ogleda se u njihovom relativno sporom procesuiranju. U ovom trenutku treba napomenuti da i dalje postoji potreba za unapređenjem procesuiranja predmeta diskriminacije i da bi se karakteristike CMS-a trebale u potpunosti koristiti kako bi se dobile tačni statistički podaci o najnovijim naprecima u predmetima diskriminacije.

Navedeni trendovi pokazuju očigledno povećanje svijesti o ovom pravnom instrumentu. Međutim, empirijski podaci i dalje sugeriraju da većina žrtava diskriminacije ne pribjegava sudskoj zaštiti od diskriminacije. Brojna strukturalna pitanja potencijalno umanjuju povjerenje građana u ovo pravno sredstvo. Naprimjer, pojedinci mogu odustati od sudskog postupka u vezi sa diskriminacijom zbog dugotrajnosti procesuiranja predmeta i, shodno tome, zbog historijski niskog procenta presuda u korist tužioca. Postoji i opće nedovoljno korištenje privremenih mjera osiguranja ili postupaka za zaštitu od viktimizacije.

Ograničeno pozivanje, u obrazloženju sudova, na bogatu i obavezujuću praksu ESLJP ili mjerodavnu praksu SPEU-a, naglašava potrebu za daljom edukacijom sudija. To bi se moglo postići razvojem novih edukativnih alata. Slično, rijetko pozivanje na mehanizme Institucije ombudsmena u sudskim postupcima može ukazivati na pad povjerenja u ovu instituciju, o čemu svjedoče navedeni empirijski podaci. Međutim, pozitivno razmatranje specijalnih izvještaja Institucije ombudsmena ukazuje da bi možda trebalo staviti veći akcenat na ovakve rezultate kao i na veću potrebu zagovaranja tih izvještaja kod potencijalnih tužioca i advokata.

Određeni trendovi u antidiskriminacijskoj praksi su ustaljeni, kao što je dominantan broj slučajeva diskriminacije u vezi sa zapošljavanjem, ili veća učestalost muškaraca na strani tužioca u odnosu na žene. Ovo može ukazivati na potrebu za daljim djelovanjem, posebno zagovaranjem za korištenje postojećih pravnih mehanizama, kao i jačanjem kapaciteta pružalaca besplatne pravne pomoći. Pozitivni rezultati u nekoliko kolektivnih tužbi visokog profila ukazuju na veliki potencijal instrumenta kolektivne tužbe, ali i na njegovo kontinuirano nekorištenje. Ovo je posebno evidentno u vezi sa stotinama skoro identičnih slučajeva pokrenutih u vezi sa strukturalnim problemom diskriminacije lica sa invaliditetom koji su potencijalno mogli biti riješeni kolektivnim tužbama. Zapravo, sudska praksa koja se odnosi na sistemsku diskriminaciju jedan je od najvažnijih pomaka u primjeni Zakona u ovom periodu, ali takođe naglašava postojeće probleme.

Nesklad u sudskoj praksi evidentan je u nekoliko oblasti, posebno u onim koje se odnose na mobing, različitom pristupu utvrđivanju postojanja štete u slučajevima diskriminacije i dodjeli nematerijalne štete, te kontinuiranim nedosljednim pristupima pitanju tereta dokazivanja.

Diskriminacija ostaje izazov u bh. društvu. Uprkos institucionalnom i zakonodavnom napretku u antidiskriminacijskom okviru, ostaje još mnogo toga da se uradi. Ovo se posebno odnosi na provedbu ZZD-a, njegovu dosljednu primjenu i rješavanje praktičnih pitanja identifikovanih u ovom izvještaju. Misija će nastaviti pratiti sudsku praksu u predmetima diskriminacije, podržavati edukaciju pravnih stručnjaka i prenositi međunarodne standarde i najbolje prakse u vezi sa principom jednakosti i nediskriminacijom.

DODATAK

Sudska praksa u predmetima diskriminacije o nadonkadi nematerijalne štete (sa fokusom na predmete okončane na trećoj instanci) je deficitarna, čak i kada analizu ne ograničimo na izvještajni period (2018-2021). Kao što je navedeno u Odjeljku III.9, postoji nizak stepen predmeta diskriminacije sa pozitivnim ishodom, ali čak i u slučajevima u kojima su tužbeni zahtjevi (djelomično) usvojeni, tužioci često ili nisu podnosili zahtjeve ili su im zahtjevi bili odbijeni prema članu 12 (1) c) ZZD-a.

Br.	Predmet	Vrsta	Iznos
1.	Vrhovni sud FBiH, 43 O Rs 113133 16 Rev, 15. avgust 2016.	Direktna diskriminacija	2,000 BAM
2.	Vrhovni sud FBiH, 68 O P 017561 17 Rev 2, 11. juli 2017.	Direktna diskriminacija	4,000 BAM
3.	Vrhovni sud FBiH, 45 O P 030377 17 Rev, 14. decembar 2017.	Mobing	1,000 BAM
4.	Vrhovni sud FBiH, 32 O Rs 179659 17 Rev, 23. oktobar 2017.	Mobing	13,910 BAM
5.	Sud BiH, S1 3 P 022056 17 Gž, 15. decembar 2017.	Mobing	9,600 BAM
6.	Vrhovni sud FBiH, 65 O Rs 400752 17 Rev, 15. mart 2018.	Mobing	4,000 BAM
7.	Vrhovni sud FBiH, 39 O Rs 044374 18 Rev, 5. april 2018.	Mobing	3,100 BAM
8.	Vrhovni sud FBiH, 58 O Rs 092150 18 Rev, 7. maj 2019.	Mobing	5,000 BAM
9.	Vrhovni sud FBiH, 17 O P 044231 19 Rev, 21. novembar 2019.	Mobing	3,000 BAM
10.	Vrhovni sud FBiH, 65 O P 106515 19 Rev, 2. juli 2019.	Mobing	5,000 BAM
11.	Vrhovni sud FBiH, 58 O P 101740 19 Rev 2, 17. oktobar 2019.	Direktna diskriminacija	10,000 BAM
12.	Vrhovni sud FBiH, 17 O Rs 075491 19 Rev, 11. novembar 2020.	Direktna diskriminacija	2,500 BAM (2x)
13.	Vrhovni sud FBiH, 65 O Rs 494073 21 Rev, 28. oktobar 2021.	Mobing	5,000 BAM
14.	Vrhovni sud RS, 71 O Rs 275020 20 Rev, 11. mart 2021.	Mobing	3,000 BAM
15.	Vrhovni sud FBiH, 65 O Rs 315819 20 Rev, 10. juni 2021.	Mobing	5,000 BAM
16.	Vrhovni sud FBiH, 43 O Rs 160655 20 Rev, 15. juli 2021.	Viktimizacija	2,000 BAM

