

ПРИРАЧНИК ЗА ОБУКА НА СУДИИ

за антидискриминациското
законодавство

Лиля Фаркас, Migration Policy Group, Брисел
Симеон Петровски, Европски суд за човекови права, Стразбур



Публикација: Прирачник за обука на судии за анти-дискриминациското законодавство

Одговорно лице: Жанета Попоска

Автори Лила Фаркаш и Симеон Петровски

Превод: Весна Андоновска

Лектура: Елена Георгиевска

Дизајн, уредување и печат: Скенпоинт, Скопје

Тираж: 460 примероци

CIP - Каталогизација во публикација

Национална и универзитетска библиотека „Св. Климент Охридски“, Скопје

342.724:340.13(497.7)(035)

342.724:341.24(4-672EY)(035)

ФАРКАС, Лила

Прирачник за обука на судии за антидискриминациското законодавство
/ Лила Фаркас, Симеон Петровски. - Скопје : ОБСЕ, 2012. - 77, 76 стр.; 23 см

Насл. стр. на припечатениот текст: Handbook for training judges on
anti-discrimination law / Lilla Farkas, Simeon Petrovski. - Обата
текста печатени во спротивни насоки. - Текст на мак. и англ. јазик. -
Содржи и: Прилози

ISBN 978-608-4630-29-6

1. Петровски, Симеон [автор]. - I. Farkas, Lilla види Фаркас, Лила

а) Антидискриминација - Законодавство - Македонија - Прирачници

б) Антидискриминација - Правна регулатива - Европска унија - Прирачници

COBISS.MK-ID 91776778

Извршно Резиме



Извршно резиме

Намерата е овој прирачник да претставува едноставна алатка која на судиите ќе им даде основни насоки во идентификувањето на дискриминацијата и изрекувањето пресуди. За ситуации во кои е јасно дека станува збор за дискриминација, ќе биде потребно да се направи тежок избор околу изнаоѓањето на најдоброто решение. Дали случајот треба да се изнесе пред Комисијата за заштита од дискриминација, граѓански суд или судовите за работни спорови, полицијата, или пред трудовата инспекција, просветниот или пазарниот инспекторат? Дали преку медијацијата ќе се постигнат побрзи, помалку конфронтирачки и поефективни резултати? Дали помошта околу подготовката на преставката ќе се бара од некоја НВО или пак организација која нуди правна помош? Каков тип на докази може да се користат за да се докаже дискриминацијата? Дали постојат специфичен тип на докази за преставките за дискриминација? Каков тип на правни лекови се достапни во бројните различни постапки? Ова се комплексни прашања, а одговорите на овие прашања имаат далекусежни последици.

Оттаму, овој прирачник претставува една практична рамка која нуди помош за почетниците во оваа област. Прирачникот се фокусира на обезбедување на вештини и знаење за жртвите да идентификуваат противправни ситуации и како да се бараат правни лекови. Притоа, акцентот е ставен на праксата, а не на теоријата.

Зошто акцентот се става на праксата? Тоа се должи на една едноставна причина дека крајната цел на законот за спречување и заштита од дискриминација е справување со дискриминацијата во македонското општество со тоа што на жртвите на дискриминација им се овозможува да ја бараат правдата и да се обезбедат правни лекови за нерамноправниот третман. За да се постигне оваа цел, судиите мора да располагаат со практични алатки и совети за примена на законот за спречување и заштита од дискриминација во пракса.

Вработените во агенциите на прогонот, вклучително и судиите треба да имаат повеќе сознанија за правото на еднаков третман. Анкетите, меѓу кои и Евробарометарот, укажуваат на постоење на ниска свест за Законот за спречување и заштита од дискриминација. Бројот на случаи кои се изнесуваат пред судовите, комисиите за заштита од дискриминација или други надлежни органи е навистина мал.

Со законот во Македонија се обезбедува силна заштита од дискриминација. Сосема е природно жртвите на бесправното постапување да сакаат да имаат пристап до повисоко ниво на заштита. Меѓутоа, важно е да се има во предвид дека пристапот до овој тип на заштита не може да го добие секој во секое време. Тоа е применливо само за оние луѓе со кои сепостапувало неповолно за сметка на некоја карактеристика која вообичаено води кон дискриминација во одредени области.

Во исто време, дискриминацијата не се јавува само на индивидуално ниво. Честопати дискриминацијата е насочена кон групи или заедници, а исто така произлегува и од нерамноправни социјални структури. Директивите за недискриминација ги содржат најдобрите алатки за борба против дискриминацијата на индивидуално ниво. Сепак, доколку жртвите постапуваат заедно и ги вклучуваат и невладините организации, постои можност да се оспори структурната дискриминација.

Централно место во овој прирачник има делот кој се однесува на фактите:

- Кои факти може да одат во прилог на претставката за дискриминација (Основни информации во една претставка за дискриминација);
- Како да се претстават тие факти ('Чекорите три плус еден' за утврдување на дискриминацијата потпирајќи се на префрлањето на товарот на докажување); и
- Како да се собираат докази за да се поткрепат тие факти (Општи и конкретни докази).

Овој прирачник содржи едно корисно резиме на санкциите кои може да се изречат во случаите на дискриминација.

Покрај тоа што националниот закон за спречување и заштита од дискриминација е комплексен, основните прашања кои се поставуваат сега се јасни и едноставни. Униформната европска дефиниција за повеќето разни форми на дискриминација го олеснува идентификувањето на нееднаквиот третман или постапување. Слично на тоа, здраворазумскиот пристап кон заштитените лични карактеристики и постоењето на процедурални новини – како што се префрлањето на товарот на докажување и ставот на невладините организации – ги поедноставуваат предизвиците во врска со дискриминацијата.

Всушност, доколку и кога националниот закон изгледа премногу нејасен или премногу комплексен, корисно е да се потпреме на европското право и јуриспруденција за спречување на дискриминацијата при самото отпочнување на постапките, независно дали тие постапки се започнати пред судот, комисијата за заштита од дискриминација или управните органи. Дури и доколку претставката не е доставена директно во судот, сепак таа претставка може да биде упатена во судот по жалба или направен преглед од страна на некој управен орган, инспекторат или дури од комисијата за заштита од дискриминација. Аргументите кои се засноваат на европскиот закон за спречување на дискриминацијата може да се изнесат пред националните и меѓународните судски форуми, како што е Европскиот суд за човекови права.

Вовед



I. Вовед

Јазикот кој се користи во овој прирачник е едноставен, не се користени фусноти, а намерата е да се даде објаснување на основните законски концепти за оние кои не се специјализирани во областа. Читателите се воведуваат преку процесот на изнесување на случај, од собирањето на докази па сè до поднесувањето на преставка на национално ниво, и конечно до поднесувањето на апликација пред Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП). Тука се вклучени основни информации за упатување или повикување на европскиот закон за спречување на дискриминација на национално ниво, како и апликациите до ЕСЧП и улогата на националните правници во таквите постапки. Во прирачникот се дава објаснување за целта и основите на концептите кои се применуваат во европскиот закон за спречување на дискриминација, како и за релевантната јуриспруденција. Покрај тоа, прирачникот содржи и примери од некои земји-членки на ЕУ.

За да се задржиме на практичните аспекти, во прирачникот се дадени практични совети, опис на типични сценарија за примена на клучните концепти, дадени се примери кои се засноваат на домашната и европската судска пракса, и се укажува на лесен пристап до некои материјали за основни прашања кои може да се најдат на интернет. Прирачникот, исто така содржи листи за проверка кои треба да помогнат во носењето одлуки и за парничните постапки. Во прирачникот постојано се упатува на извори од интернет, и би сакале да ги охрабриме читателите да пребаруваат информации надвор од она на кое се укажува овде.

Прирачникот е составен од пет главни поглавја:

- Поголвјето II содржи основни информации за македонскиот и европскиот закон за спречување на дискриминацијата, како и клучните концепти;
- Поголвјето III се однесува на дефинициите на заштитените лични карактеристики, областите во кои се забранува дискриминација, правното значење на дискриминацијата и ситуации како дискриминацијата може да биде законска, како и специфични докази за дискриминација и правила кои на жртвите им олеснуваат да утврдат дискриминација;
- Поголвјето IV појаснува како поединци може да го користат законот за спречување и заштита од дискриминација со помош на невладините организации, синдикатите и специјализираните комисии за заштита од дискриминација. Исто така, ова поглавје се однесува на санкциите и правните лекови во граѓанското, административното и кривичното право, како и медијацијата;
- Поголвјето V содржи алатки кои овозможуваат да се направи упатување или повикување на европскиот закон за спречување на дискриминација во домашните и меѓународните постапки;
- Поголвјето VI содржи листа на прирачници на англиски јазик.

Бидејќи европскиот и националниот закон за спречување на дискриминација постојано се менуваат, овој прирачник може да послужи како основен водич. Прирачникот се фокусира на клучните концепти и инструменти, но вклучува и разни упатувања и линкови до извори кои се однесуваат на конкретни заштитени групи како и области. Примерите се дадени во жолтите полиња, корисните линкови се дадени во зелените полиња, практичните совети во розовите полиња, и типичните сценарија во портокаловите полиња.

Овој прирачник ја одразува судската пракса и толкувања за периодот до 30 октомври 2010. Авторот не презема одговорност за прецизноста на информациите кои може да се најдат во повеќето упатувања на надворешни извори и интернет линкови кои може да се најдат во текстот.

Во Прирачникот се користени следните основни извори на информации и упатувања:

- Wikipedia за дефинирање и детален опис на правни термини. Достапни на англиски јазик на http://en.wikipedia.org/wiki/Main_Page и исто така и на други јазици.
- Развојот на Законот за спречување на дискриминација во Европа: Споредба во 27 земји-членки на ЕУ (2009): компаративна анализа објавена од страна на Мрежата на правни експерти во областа на спречување на дискриминацијата и достапна на англиски јазик на <http://www.non-discrimination.net/content/media/Comparative%20EN.pdf>
- Тематски извештаи и Преглед на европскиот закон за спречување на дискриминацијата објавени од страна на Мрежата на правни експерти во областа на спречување на дискриминацијата, вклучително и детална правна анализа за дискриминација заснована на попреченост, религија и уверувања, индиректна дискриминација, структурна дискриминација на Ромите во државното образование, и значењето на домувањето и услугите според европското право, достапно на англиски, француски и германски јазик на <http://www.non-discrimination.net/en/publications?jsEnabled=1>

- Извештаи за земјите во однос на транспонирањето на директивите за спречување на дискриминацијата во националните закони и за преостанатите недоследности, резимеа на судската пракса, и извештаи за закони подготвени од страна на Мрежата на правни експери во областа на спречување на дискриминацијата, достапни на англиски јазик во делот 'Најнови документи' на <http://www.non-discrimination.net>
- Борба против дискриминацијата: Прирачник за обука: прирачник кој вклучува практични информации за основната структура на законот за спречување на дискриминацијата на 24 јазици и достапен на http://www.migpolgroup.com/publications_detail.php?id=192
- Стратешка парница за расната дискриминација во Европа: од принципи до пракса: прирачник за стратешка парница објавен од ERRC, Interights и MPG достапен на http://www.migpolgroup.com/publications_detail.php?id=198
- Активисти и застапници – програма за обука за правата на луѓе со попреченост: прирачник за застапување за правата на луѓето со попреченост објавен од страна на Националната конфедерација на луѓе со попреченост на Грција, достапен на http://www.edf-feph.org/Page_Generale.asp?DocID=13356&la=1&langue=EN
- Спречување на дискриминацијата во меѓународното право: Прирачник за практичари: меѓународен прирачник објавен од страна на Interights, достапен на <http://www.interights.org/handbook/index.htm>

Закон за спречување и заштита од дискриминација



II. Закон за спречување и заштита од дискриминација

Корисни линкови:

Веб страна на Комисијата за заштита од дискриминација во Македонија: <http://kzd.mk>

Пристап до европското право : <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>

Веб страна на Судот на правдата на Европската Унија каде предметите може да се најдат со користење на броевите кои се назначени во овој прирачник: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/accueil

Веб страна на Договорите на Советот на Европа <http://www.coe.int/lportal/web/coe-portal>

Европски суд за човекови права, каде што може да се најдат корисни информации за отпочнување на постапки, разни извештаи и релевантни документи: http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_EN

HUDOC, база на податоци на судската пракса на Европскиот суд на човекови права: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>

Пристап до веб страната на Комесарот за човекови права на Советот на Европа: http://www.coe.int/t/commissioner/default_en.asp

Европска комисија против расизам и нетолеранција (ECRI) при Советот на Европа, која ги следи проблемите со расизмот и дискриминацијата, подготвува извештаи и издава препораки за државите членки на Советот на Европа: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_EN.asp

Договори на Советот на Европа: <http://www.ECHR.coe.int/>

Типични сценарија:

Правото на Европската Унија е корисно кога се верува дека ќе обезбеди посилна и поопсежна заштита од дискриминацијата отколку националниот закон за заштита од дискриминација.

На пример, на него се упатува или повикува за да:

- попреченоста се дефинира во колку што е можно пошироки рамки;
- се обезбеди поширока заштита од дискриминација заради возраст како за постарите, така и за младите работници;
- се примени префрлањето на товарот на докажувањето во случаи на виктимизација;
- се прошири заштитата на придружна дискриминација врз основа на попреченост;
- се појасни дека заштитата се применува на дискриминирачки оглас за вработување без притоа да има апликација за работното место.

Судската пракса на Европскиот суд за човекови права обезбедува посилна заштита, и тоа:

- Конвенцијата е жив инструмент кој се развива преку толкувањето на нејзините одредби од страна на Европскиот суд за човекови права. Европскиот суд за човекови права ги има проширено своите права и применето на ситуации кои не биле предвидливи кога Конвенцијата била усвоена за прв пат (на пример, поимот приватен живот е многу нашироко дефиниран).
- Како резултат на таквото толкување, Европскиот суд за човекови права има утврдено дека забраната за дискриминација која е пропишана со член 14, покрај на набројаните основи во овој член, исто така се применува и за сексуална ориентација, возраст, националност, раѓање и имотна состојба.

A. Национална регулатива

Во државата, граѓаните имаат можност да поднесат таканаречено “Барање за заштита на човековите права и слободи” кога веруваат дека биле дискриминирани според основите кои се предвидени во Уставот (постапка пред уставниот суд).

Во Македонија посебниот закон за спречување и заштита од дискриминација беше усвоен во 2010¹ и примената на новиот Закон за спречување и заштита од дискриминација започна на 01.01.2011. Други правни лекови може да се најдат во разни закони.

Заштитатата преку кривичната постапка може да се отпочне или преземе врз основа на Член 417 од Кривичниот законик – Расна и друга дискриминација. Основи кои се опфатени со овој член се: расно и етничко потекло; основи кои недостасуваат се: попреченост, возраст, сексуална ориентација и религија или друго уверување. Корисно е да се напомене дека најпрво јавниот обвинител може да ја отпочне постапката. Откако оваа институција ќе оцени дека тие не можат да ја отпочнат постапката, граѓаните може да поднесат таканаречена ‚приватна кривична тужба‘.

Заштитата преку парнична постапка може да се отпочне согласно на Законот за работни односи. Неодамна изменетиот Закон за работни односи² ги опфаќа расата, уверувањата, попреченоста, возраста, сексуалната ориентација, и една неисцрпна листа – пол, здравствена состојба, членство во синдикат, социјално потекло, семејна состојба, имот, или други лични околности. Дискриминацијата е забранета во разни области: услови за вработување (критериуми и селекција); напредување во кариерата; стручна обука и квалификации; работни услови, еднаква плата и работнички права; разрешување; права за членство во асоцијации на работници и работодавачи, или во професионални организации. Се забранува било каква директна или индиректна дискриминација, како и виктимизација. Вознемирувањето, сексуалното вознемирување и мобинг треба да се сметаат за дискриминација. Законот за работни односи предвидува префрлање на товарот на докажување во постапките пред судот и дава можност за надомест на оштетно барање согласно на Законот за прекршоци.

Законот за социјална заштита, кој беше усвоен во јуни 2009, ги опфаќа расата, попреченоста и религијата. Со него се забранува директна или индиректна дискриминација, а забраната експлицитно се однесува на јавните и приватните институции за социјална заштита и постои префрлање на товарот на докажување. Сепак, не постојат одредби кои се однесуваат на вознемирување или мобинг. Правните лекови може да се бараат во граѓански парнични и прекршочни постапки. Кога државните инспекторати ќе откријат случаи на дискриминација, пропишана е можност за изрекување на парична казна во износ од 3000-5000 евра.

Б. ЕКЧП

Б.1. Вовед

Основан на 5 мај 1949 од 10 европски држави, Советот на Европа претставува меѓувладина организација, чија цел е да се создаде заедничка демократска и правна област ширум целиот континент, со што ќе се обезбеди почитување на основните вредности: човекови права, демократија и владеење на правото. Светот на Европа е различна институција од Советот на Европската унија или Европскиот совет, бидејќи тоа се институции на Европската унија. Советот на Европа, со седиште во Стразбур (Франција), сега го опфаќа речиси целиот европски континент, со 47 држави членки и повеќе од 800 милиони граѓани. Активностите се однесуваат на човековите права, демократијата, медиумите и комуникациите, здравјето, културата и културното наследство, образованието, јазикот, спортот и младите. Се состои од неколку институции: Комитет на министри (тело кое носи одлуки), Парламентарно собрание (тело во кое се дебатира), Европски суд за човекови права (тело кое носи пресуди), Конгрес на локални и регионални власти (консултативно тело) и Конференција на меѓународни НВОи. Едно од најголемите достигнувања, кое претставува и камен темелник на системот за човекови права и слободи, претставува Европската конвенција за човекови права. Конвенцијата беше потпишана на 4 ноември 1950 во Рим и стапи во сила во 1953. Неколку дополнителни протоколи беа усвоени до сега, и притоа одредени права беа додадени на Конвенцијата. Тие се обврзувачки за оние земји кои ги имаат потпишано и ратификувано. На пример, во јуни 2003, со Протоколот бр. 13 се вовеле укинувањето на смртната казна во сите околности. Во април 2005, со Протоколот бр. 12 се вовеле генерална забрана на дискриминацијата. Со Протоколот бр. 14, кој стапи во сила во јуни 2010, се вовеле помала судска формација (судија поединец) и се зајакна комисијата составена од тројца судии да носи пресуди во случаи кои се добро утврдени. Покрај тоа, како нов критериум за допуштеност се вовеле и „незначителната обесправеност“. Со Протоколот Бр. 11 од 1998 се направи трансформација на надзорниот систем, со што се создаде единствен суд со полно работно време во кој поединци може директно да се обратат.

Конвенцијата претставува меѓународен договор, со досега невиден опфат со кој државите членки на Советот на Европа ветуваат дека ќе ги гарантираат основните граѓански и политички права, не само на нивните граѓани, туку исто така и на секој кој потпаѓа под нивна јурисдикција. Во Дел I од Конвенцијата (член 2-19) поместена е листа на човекови права и слободи, чие почитување е конечно обезбедено од страна на Европскиот суд за човекови права. Конвенцијата ги гарантира особено: правото на живот, правото на правична судска постапка, правото на почитување на приватниот и семејниот живот, слободата на мислење, совест и вера, слободата на изразување, слободата на собирање и здружување и заштита на имотот. Покрај тоа, особена заштита се обезбедува од: тортура

1 Службен весник Бр.50/2010

2 Службен весник Бр. 16/2010

и нечовечно и деградирачко постапување или казнување, робување и присилна работа, смртна казна, произволен и незаконски притвор и дискриминација во уживањето на правата и слободите кои се утврдени со Конвенцијата. Освен што содржи каталог на граѓанските и политичките права и слободи, Европската конвенција за човекови права воспоставува и механизам за спроведување на обврските кои ги имаат прифатено државите договорнички. Во Дел II (член 19-51) се уредува Судот за човекови права, неговата структура, организација и јурisdикција. Правилата на судот е посебен документ со кој се регулира целата постапка во повеќе детали.

Европскиот суд за човекови права е меѓународен суд, кој е основан во 1959. Судот одлучува по жалби кои се поднесени од поединци (член 34) или држави (член 33), во кои се содржани жалбени наводи за повреда на граѓанските и политичките права кои се утврдени со Европската конвенција за човекови права. Пресудите на Европскиот суд за човекови права се обврзувачки за дадените држави, и како резултат на тие пресуди владите го менуваат законодавството и административната пракса во низа на повеќе области.

Бројот на судии е еднаков на бројот на држави членки на Конвенцијата (моментално 47). Судиите имаат својство на судија поединец и не ја претставуваат државата од која биле избрани. Мандатот на судиите е со траење од девет години без можност за повторен избор. Судиите ги разгледуваат предметите во четири разни формации: 1) судија поединец ги разгледува жалбите кои очигледно се недопуштени (член 27), 2) Комисија составена од тројца судии може да одлучува едногласно за допуштеноста и законските права на странката во предметот, кои веќе се опфатени со добро воспоставената судска пракса на Европскиот суд за човекови права (член 28), 3) и Совет од седум судии, кој одлучува со мнозинско гласање во врска со допуштеноста и законските права на странката во предметот (член 29), и 4) во посебни случаи, Големиот судски совет составен од 17 судии, кои разгледуваат предмети кои биле упатени до нив или откако Судскиот совет ја отстапил надлежноста (член 30) или кога било прифатено барање за префрлање на предметот на разгледување пред Големиот судски совет (член 43).

Следењето на пресудите на Европскиот суд на правдата во кои била утврдена повреда, претставува задача на Комитетот на министри, кој треба да обезбеди сигурност дека државите преземаат генерални мерки кои се неопходни за да се спречи понатамошна повреда (промена на законодавството, судската пракса, правилата на постапување). Покрај тоа, обезбедува сигурност дека на жалителите им се исплаќа обесштетувањето кое го има пресудено Европскиот суд за човекови права, и во одредени случаи преземањето на други конкретни мерки за да се даде сигурност дека пресудено е за целосен надомест (како што е повторно отворање на постапката, укинување на забраната или наредба за конфискација, доделување на дозвола за престој, итн.).

Б.2. Дискриминација

Б.2.1. Член 14 од Конвенцијата

Членот 14 е последната одредба во каталогот права и слободи кои ги предвидува Конвенцијата. Оваа одредба ја предвидува забраната на дискриминација. Согласно истата,

„Уживањето на правата и слободите, предвидени со оваа Конвенција (погледнато е dogadeno), ќе биде обезбедено без никаква дискриминација заснована врз пол, раса, боја на кожата, јазик, вера, политичко или друго мислење, национално или социјално потекло, припадност на национално малцинство, материјална положба, потекло по раѓање или кој и да е друго слично.“

Ако се погледне повнимателно текстот на оваа одредба и начинот на кој истиот е формулиран, ќе се забележи дека истата има акцесорна, дополнителна улога, односно таа предвидува забрана на дискриминација само во однос на „уживањето на правата и слободите предвидени со Конвенцијата“. Судот нема да ги прифати за допуштени жалбените наводи за дискриминација доколку апликантите се повикуваат на оваа одредба изолирано. Успех е можен само доколку апликантот бара утврдување на повреда на членот 14 во врска (“in conjunction with”) со некоја друга супстанцијална одредба од Конвенцијата. Тоа значи дека оваа одредба има „паразитска“, поставеност во однос на останатите супстанцијални одредби од Конвенцијата. Таа не постои независно и нејзината примена е врзана со останатите права и слободи предвидени со Конвенцијата. Така, во предметот *Marckx v. Belgium* (1979), § 32, Судот ќе рече:

„Член 14 ги дојолнува останилите суштински одредби од Конвенцијата и Протоколите. Членот 14 не постои независно бидејќи оваа одредба има единствено ефект во врска со „уживањето на правата и слободите“ кои се заштитени со тие одредби.“

Сепак, тоа не значи дека членот 14 е мртва одредба без никаква улога во практичната имплементација на Конвенцијата. Судската практика потврдува дека Судот може да утврди повреда на членот 14 (во врска со некоја друга одредба) дури и во ситуација кога не постои повреда на самата таа одредба. Тоа значи дека иако членот 14 е од комплементарна природа, сепак истата има одредена автономност. Така на пример во предметот *Rasmussen v. Denmark* (1984), § 29, Судот рекол:

„Иако примената на Член 14 неопходно не подразбира повреда на (суисанцијалните) одредби – и дојој стиеен има авиономно значење – не може да има простиор за негова примена освен доколку дадениите факти не сфаќаат во оифајоит на една или повеќе од подоцнежните одредби”

Како што е кажано погоре во текстот, она што ја проширува примената на членот 14 во практиката е широка-та интерпретација која Судот ја дава во однос на правата и слободите предвидени со Конвенцијата. Преку оваа интерпретација многу права и слободи, кои експлицитно не се наведени во Конвенцијата, сепак не остануваат надвор од обемот на заштита која ја нуди членот 14. Во предметот *Okrisz v. Germany* (no. 59140/00, § 31), Судот го изнел следниот став:

„Член 14 влегува во игра секогаш кога “предметој на обесправеноста...преиспитува еден од модалитетите на осигурување на гаранцираното право”, или мерките за кои се поднесува жалба се “поврзани со осигурувањето на гаранцираното право”

Широкото толкување кое Судот го дава во однос на одредени права и слободи е највидливо во однос на правото на приватен живот предвидено во членот 8 од Конвенцијата. Така, ова право вклучува во себе и низа други подправа или аспекти на правото на приватен живот кои не се експлицитно наведени во Конвенцијата, но судската пракса ги искристализирала како составен елемент на правото на приватност.

“Поимот ‘приватен живот’ со значење на член 8 од Конвенцијата е широк концепт кој меѓу другото вклучува право на воспоставување и развивање на односи со други луѓе. Тука се оифајени елементи како што се имиња ... родова идентификација, сексуална ориентација и сексуален живот, кои сфаќаат во рамки на личната сфера која е заштитена со член 8 ... и правото на почитување на двеите одлука да се има или да не се има дете.” (*E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 43).

Во оваа смисла, според интерпретацијата на Судот, генералната забрана за вработување во приватниот сектор на лица кои во минатото соработувале со тајните државни служби претставува атак врз правото на приватен живот (*Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00). Исто така, и правото на употреба на моминското презиме (кое за апликантот било важно заради успешно вршење на адвокатската професија) спаѓа во делокругот на правото на приватност (*Ünal Tekeli v. Turkey*, no. 29865/96). Или, надвор од контекстот на правото на приватен живот, Судот прифатил дека должноста да се биде судија-поротник спаѓа во рамки на членот 4 од Конвенцијата (*Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02).

Сепак треба да се назначи дека членот 14 е отворен и истиот предвидува забрана на дискриминацијата не само по основите кои се таксативно наброени во овој член. Тоа оттаму што овој член, го обезбедува уживањето на правата и слободите, предвидени со оваа Конвенција без дискриминација заснована врз „кој и да е друг статус“. Тоа значи дека оваа одредба предвидува една отворена листа дискриминаторски основи, кои иако не се експлицитно споменати, сепак се дел од оваа одредба. Тоа доаѓа од судската пракса на Судот во која како дискриминаторски основи, покрај оние „заштитени“, основи кои се изречно наброени во членот 14 од Конвенцијата, се јавуваат уште и дискриминацијата заснована на основ на сексуалната ориентација, родова припадност, возраст, хендикеп и сл (за ова повеќе во делот посветен на дискриминаторските основи подолу).

Во ситуација кога има жалбен навод за повреда на членот 14 во врска со некоја друга одредба од Конвенцијата, Судот најчесто постапува на два начини:

- најпрво се занимава со испитување на жалбените наводи во однос на „главната“, одредба од Конвенцијата на која се повикува жалителот. Доколку Судот утврди повреда на оваа одредба, тој може да заклучи дека не е потребно да го испитува жалбениот навод во однос на членот 14 посебно (*Airey v. Ireland* (1979); *Dudgeon v. the United Kingdom* (1981); *Keegan v. Ireland* (1994); *Philis v. Greece* (no. 1) (1991); *Castells v. Spain* (1992); *Elsholz v. Germany* [GC], no. 25735/94; *Kroon and Others v. the Netherlands* (1994)) и

- да најде повреда на членот 14 (во врска со некоја друга одредба) и да не се занимава со „главната“, одредба (*Hoffmann v. Austria* (1993); *Burghartz v. Switzerland* (1994); *Gaygusuz v. Austria* (1996); *Mazurek v. France* (1997)).

Она што е заедничко кај одлучувањето е тоа што Судот ќе се впушти во испитување на жалбените наводи во однос на членот 14 од Конвенцијата

„само доколку постои јасна нееднаквост во почитувањето при уживањето на правото кое е во прашање, а иако преиспитува фундаментален аспект на предметој,” (*Airey v. Ireland*, 1979, § 30).

B.2.2. Генерална забрана на дискриминацијата: Член 1 на Протокол бр. 12

Членот 1 од Протоколот 12 од Конвенцијата предвидува дека „уживањето на секое право предвидено со закон (подвлеченото е додадено) ќе биде обезбедено без дискриминација врз било која основа како пол, раса, боја, јазик, религија, политичко или друго мислење, национално или социјално потекло, припадност на национално малцинство,

материјална положба, потекло по раѓање или друг статус. Никој не смее да биде дискриминиран од страна на јавен орган по било која основа наведена во став 1.

Очигледно е дека оваа одредба ги наведува истите дискриминаторски основи кои се наведени и во членот 14 од Конвенцијата. Сепак, оваа одредба содржи една суштествена разлика, а тоа е дека таа ја забранува дискриминацијата во уживањето на „секое право предвидено со закон..“ Оваа одредба има за цел проширување на забраната на дискриминација и нејзина генерализација не само во однос на основните права и слободи предвидени во Конвенцијата, туку и оние предвидени во домашното право. Во Коментарот на Протоколот бр. 12 донесен од Советот на Европа (Explanatory Report to Protocol No. 12) наведено е дека оваа одредба ја забранува дискриминацијата во уживањето на 1) сите поединечни права предвидени во домашното право, 2) било кое поединечно право кое произлегува од некоја обврска на јавната власт, 3) било кое право кое е резултат на дискреционите овластувања на државните власти и 4) било кое право кое ќе произлезе од некое сторување или несторување на државните органи. Оваа одредба се однесува не само на обврската на државите да спречат дискриминација сторена од страна на државните органи, туку и кога истата настанува во приватно-правните односи. Членот 1 од Протоколот бр. 12 нема за цел да го замени членот 14, туку само да ја надополни неговата примена имајќи ја притоа предвид веќе востановената практика на Судот. Тој не го укинува членот 14, кој продолжува и понатаму да се применува. Иако овие две одредби може да се поклопат, Судот е тој кој ја дава конечната интерпретација на жалбените наводи во светло на фактите на случајот. Сепак, останува заклучокот дека целта на членот 1 од Протоколот бр. 12 е да го отстрани „недостатокот“, на членот 14 предвидувајќи една генерална забрана на дискриминацијата во уживањето на било кое право, било тоа да е предвидено во Конвенцијата или не. Оваа одредба не предвидува некој нов принцип на толкување, нов стандард на заштита од дискриминацијата, туку само го проширува обемот на забраната предвиден иницијално со членот 14 од Конвенцијата. Може да се очекува дека кога едно лице ќе се жали за наводна дискриминација по двете одредби, Судот би се определил за примена на членот 14 доколку дискриминацијата се однесува на уживање на некое право или слободи предвидени во Конвенцијата. Спротивно, доколку се работи за наводна дискриминација во уживањето на право или слобода кое не е предвидено во Конвенцијата, наводите на дискриминација би се испитувале во однос на членот 1 од Протоколот бр. 12.

Во поткрепа на ова е предметот *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 27996/06 and 34836/06 кој засега е единствениот предмет во кој Судот утврдил повреда на членот 1 од Протоколот бр. 12. Се работи за апликација поднесена од двајца државјани на Босна и Херцеговина, едниот Ром, а другиот Евреин. Тие се жалеле пред Судот дека се дискриминирани по расна, односно етничка основа, поради тоа што не можеле, поради својата етничка припадност, да го остварат своето пасивно избирачко право, односно да се јават како кандидати за член на државниот Парламент и сојузното Претседателство. Ова било затоа што согласно Уставот на Босна и Херцеговина само припадници на трите конститутивни народи на Босна и Херцеговина (Срби, Хрвати и Бошњаци) можеле да се кандидираат за овие функции. Судот нашол повреда на членот 14, а во врска со уживањето на правото на слободни парламентарни избори предвидено во членот 3 од Протоколот бр. 1 на Конвенцијата (во однос на можноста да се кандидираат за член на Парламентот) и повреда на членот 1 од Протоколот бр. 12 (во однос на правото да се кандидираат за член на Сојузното Претседателство).

В. Директиви на Европската Унија

Европската Унија (ЕУ) има 27 земји-членки и четири главни институции кои ги извршуваат задачите на унијата. Советот на ЕУ ги усвои директивите за спречување на дискриминацијата, кои се главна тема на овој прирачник: Директивата за расна еднаквост и Рамковната директива за вработување. Европскиот парламент беше ангажиран во процесот на усвојување на други директиви во областа на спречување на дискриминацијата. Главната задача на Европската комисија е да предложи нови закони, како и да ги спроведува постоечкото европско право и да ги спроведува сродните политики. Судот на правдата на Европската Унија (ЕСЈ) дава толкувања на европското право.

ЕУ има моќ да носи закони и да презема други активности во одредени области, вклучително и за спречување на дискриминацијата. Со текот на годините, тие области се проширија од основните економски области на социјални и политички прашања. Земјите-членки подлежат на примарните европски закони, вклучително и на одредбите од договорите како што се договорите за еднаква плата и други делови од законодавството, како што се директивите за пол, раса, попреченост, и дискриминација базирана на возраст, религија или уверување и сексуална ориентација.

Една од најзначајните карактеристики на системот на ЕУ е дека тие закони имаат предност пред домашните закони во рамки на дадената област на компетентност. Ваквата ‘превласт’ на правото на ЕУ подразбира дека националните судови мораат да дадат предност (‘примат’) на правото на ЕУ пред недоследните домашни одредби. Оттаму, правниот систем на ЕУ има ‘наднационален’ карактер. Тоа значи дека за разлика на пример од Европската конвенција за човекови права (меѓународен договор со кој исто така се забранува дискриминацијата), законот за спречување на дискриминација на ЕУ не се разликува од домашното право, туку претставува неразделив дел од него и под одредени услови има директен ефект. Не само што националните судови можат да упатат на правото на ЕУ, туку тие имаат обврска да го применат. Поединци може да ги бараат своите права кои се дадени со правото на ЕУ пред домашните судови, доколку одредбата на која тие се повикуваат има директен ефект.

Одредени одредби за еднаквост од Договорите имаат директна примена во домашните судови и тие мора да се спроведуваат како против земји-членки, така и против поединци. Директивите исто така претставуваат дел од законодавството на ЕУ, но нивната примена во домашните судови е покомплексна. Тие ги обврзуваат земјите-членки да се постигне резултатот кој го предвидуваат, но оставен е период за транспонирање и избор на мерки за имплементација (форма и метод).

Пред 2000 година, Европската Унија донесе закони во областа на рамноправноста и спречувањето на дискриминацијата во врска со полот и националноста. Спречувањето на дискриминацијата врз основа на националноста беше од суштинско значење за заедничкиот пазар на труд кој требаше да се основа во Европа. Одредбата од договорот ја забранува дискриминацијата врз основа на националност за да се овозможи слободно движење на работниците (Член 45 од сегашниот Договор за функционирање на Европската Унија; поранешен член 39 од Договорот за основање на Европската заедница, Договор за ЕЗ). Прашањата во овој поглед го вклучуваа и законскиот услов за странски државјани кои се во својство на тужители пред националните судови да дадат гаранција за трошоците и исплатата на адвокатите, и правила со кои се дискриминираат работници кога се префрлаат на друго работно место од страна на добавувачите на услуги во други земји-членки. На пример, Европскиот суд на правдата пресуди дека одредбата од горенаведениот договор беше директно применлива во правните системи на земјите-членки за да се прогласи за неприменлива одредбата од францускиот закон за поморство со која се бара дека одреден дел од посадата на француски брод мора да биде со француско државјанство (ECJ Case C-212/99).

Принципот за еднаквост на мажите и жените, исто така се сметаше за важен за да се обезбеди дека правичната конкуренција помеѓу работодавачите во разни земји-членки не е нарушена заради разликите во регулативата за работни односи. Постои одредба во Договорот со која се предвидува еднаква плата за мажи и жени (Член 157 од сегашниот Договор за функционирање на Европската Унија, поранешен член 141 од Договорот за ЕЗ). Директивите кои се однесуваат на половата дискриминација ја опфаќаат и областа на работни односи. Тука спаѓаат директивите на советот за еднаква плата (75/117), еднаков третман во вработувањето (76/207), социјалната безбедност (79/7), товарот на докажувањето во случаи на сексуална дискриминација (97/80), работа со половина работно време (97/81) и отсуство на родител (96/34). Најновите делови од законодавството кои се однесуваат на половиот основ се следните:

- Директива на Советот 2004/113/ЕК од 13 декември 2004 за спроведување на принципот на еднаков третман на мажи и жени во пристапот до и обезбедувањето на добра и услуги:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:373:0037:0043:EN:PDF>

- Директива 2006/54/ЕС на Европскиот парламент и на Советот од 5 јули 2006 за спроведување на принципот на еднакви можности и еднаков третман на мажи и жени за прашања поврзани со вработувањето и професиите (recast):

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:en:PDF>

Со Член 19 од сегашниот Договор за функционирање на Европската Унија, поранешен Член 13 од Договорот за ЕЗ, Европската Унија добива посебни овластувања за борба против дискриминацијата на основ на пол, расно или етничко потекло, религија или уверување, возраст, попреченост или сексуална ориентација.

Покрај тоа, Советот има усвоено две директиви (во овој Прирачник на нив се упатува како на директиви за спречување на дискриминацијата), со кои земјите-членки се обврзуваат да воведат мерки за елиминација на дискриминацијата:

Директива на Советот 2000/43/ЕЗ од 29 јуни 2000 за спроведување на принципот на еднаков третман на лицата независно на расното или етничкото потекло (Директива за расна еднаквост)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:EN:HTML>

Директива на Советот 2000/78/ЕС од 27 ноември 2000 за воспоставување на општа рамка за еднаков третман во вработувањето и професиите (Рамковна директива за вработување):

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:EN:HTML>

Клучните концепти на директивите за спречување на дискриминацијата и други европски закони за рамноправност вклучуваат дефиниции за директна и индиректна дискриминација и вознемирување; забрана на дискриминација и инструкции за дисеминација; префрлање на товарот на докажување; разумно обезбедување на вработување за луѓето со попреченост; одбрана на правата на жртвите од страна на невладините организации и синдикатите; и ефективни и пропорционални санкции со кои се постигнува одвраќање, вклучително и надомест. Во овој прирачник ќе биде објаснета практичната примена на тие клучни концепти. ПЈРМ како земја кандидатка за членство во ЕУ го има моделирано својот закон за спречување и заштита од дискриминација врз основа на директивите на ЕУ за спречување на дискриминација.

III.1. Заштитени основи

Националниот закон за спречување и заштита од дискриминација е применлив за сите лица, што значи дека заштитата не е условена од државјанството, националноста или жителството. Законот е применлив на сите поединци и правни лица, како што се компании, јавни институции, локални совети, итн. Со законот се штитат разни основи од дискриминација кои се набројани во Член 3 (основ за дискриминација), и се повторуваат во член 5/3 во рамки на дефиницијата за дискриминација. Тука се опфатени расата и етничкото потекло, возраста, попреченостот, религијата, полот, јазикот, државјанството, социјалното потекло, личниот и социјален статус, имотната состојба, здравствената состојба, 'припадност на маргинализирана група' (дефиниција на таквата маргинализирана група во Член 5/11) и секој друг основ.

Повеќето европски држави се имаат одлучено да не ги дефинираат заштитените основи. Значителен број на држави се имаат одлучено да не ги ограничуваат своите нови закони за спречување на дискриминацијата на основите кои се наведени во европскиот закон за спречување на дискриминацијата. Други држави, меѓу кои и ПЈРМ имаат наведено една неисцрпна листа на основи, со тоа што на крајот е додадена фразата 'или било која друга околност'. Оттаму, основната загриженост за жртвите е: кој е заштитен и кој не е заштитен со законот за спречување и заштита од дискриминација?

Ова поглавје е посветено на личните карактеристики, или со други зборови на основите за дискриминација, врз основа на кои може да се поднесуваат претставки. Тука се содржани едноставни дефиниции, како и дефиниции од меѓународните договори.

Корисни линкови:

Брз и лесен извор: <http://en.wikipedia.org/wiki/Racism> и други поврзани веб страни за сексизам, дискриминација на основ на возраст, итн.

Дефиниции во извештаите за земјите ширум ЕУ: www.non-discrimination.net

Практичен совет:

Дефинирајте ги заштитените основи применувајќи општо, секојдневно значење на зборови како што се пол, раса, возраст, итн. Доколку имате сомнеж, следете ги толкувањата кои се содржани во националниот и меѓународниот закон.

Типични сценарија:

Во повеќето случаи лесно и јасно може да се дефинира заштитениот основ. Во некои држави етничкото потекло или попреченост може многу ограничено да се дефинираат, или пак некоја група да ја назначат како верска наместо етничка. Националните закони може да се поделат според тоа како се третираат транс-сексуалците, односно дали тие се штитат на основ на полот или сексуалната ориентација. Во некои национални закони може да се штити саентологијата и одредени верски убедувања на новото доба (new age) на основ на религија и уверување, додека пак кај други тоа не е така. Честопати е корисно да се оспоруваат ваквите дефиниции.

Раса и етничко потекло

Во овој основ спаѓаат раса, боја на кожа, национално или етничко потекло. Исто така, тука може да се вбројуваат Ромите, Циганите и Номадите. Етничките малцинства се идентификуваат како од нивна страна, така и од другите како луѓе кои имаат заедничка историја, култура и традиции, кои веројатно зборуваат на јазикот на малцинствата и се приврзаници на некоја малцинска религија. Една од линиите на поделба помеѓу расата и етничкото потекло се должината на времето кое одредена малцинска група го има поминато во државата. На пример, човек со турско етничко потекло може да се третира како припадник на етничко малцинство во Бугарија и за расно малцинство во Германија.

Во националните закони може да има преклопувања помеѓу расата и етничкото потекло од една страна, и националноста, јазикот, религијата и уверувањето од друга страна. Поимот 'раса' се дефинира во Меѓународната конвенција за елиминација на сите форми на расна дискриминација. Оваа меѓународна конвенција е потпишана и ратификувана од страна на ПЈРМ, и оттаму овде

“расна дискриминација” значи било какво разликување, исклучување, ограничување или претпочитање врз основа на раса, боја, потекло, или национално или етничко потекло. [our emphasis]

Националните закони имаат свои дефиниции, на пример во законите во Полска, Германија, Унгарија и Летонија се истакнува дека долгата споделена историја, културната традиција, заедничкото географско потекло или потекло, заедничкиот јазик и религија итн. претставуваат суштински карактеристики на една етничка група.

Расното и етничко потекло се помеѓу заштитените основи кои експлицитно се наведени во член 14 од Европската конвенција за човекови права.

Во предметот *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 146, Европскиот суд за човекови права го навел следното “расната дискриминација претставува особено неправеден тип на дискриминација” со “опасни последици”. Во предметот *Timishev v. Russia*, nos. 55762/00 and 55974/00, § 58 Европскиот суд за човекови права го изнел следното “ниедна разлика во постапувањето која се заснова исклучиво на или до одлучувачки степен на етничкото потекло на лицето не може да биде објективно оправдана во едно современо демократско општество кое се заснова на принципите на плурализам и почитување на различните култури”.

Во предметот *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 145 судот понатаму истакнува дека “властите треба да ги користат сите расположливи начини за борба против расизмот и расистичкото насилство, притоа зајакнувајќи ја демократската визија на општеството каде на различностите не се гледа како на закана, туку како на извор на збогатување ... онаму каде има сомневање дека расистичките ставови поттикнале насилнички акт, од особена важност е официјалната истрага да се води енергично и непристрасно, притоа земајќи ја предвид потребата континуирано да се нагласува осудувањето на расизмот и етничката омраза во општеството и да се одржува довербата на малцинствата во способноста на властите да ги заштитат од законите на расното насилство”.

Во предметот *Šečić v. Croatia*, no. 40116/02, каде Ром бил брутално претепан од група непознати припадници на *skinheads*, Судот утврдил отсуство на ефикасна истрага и утврдил повреда на членот 14 во врска со процедуралниот аспект на членот 3 од Конвенцијата наоѓајќи дека и во ситуација кога насилниот акт е сторен од приватни лица (не припадници на државните безбедносни служби) државата „има дополнителна должност да ги преземе сите разумни чекори за да се разоткрие некаков расистички мотив и да утврди дали или не етничката омраза и предрасуди можеби одиграле улога во настаните...”, Судот уште рекол дека „постапувањето на ист начин со случаи на насилството кое е предизвикано од расистички побуди како со случаите кои немаат расистички призив е како да се замижува пред специфичниот карактер на насилните дела кои се особено штетни за основните права”.

Во предметот *Timishev v. Russia*, апликантот бил Руски државјанин со Чеченско потекло кому руските власти му забраниле премин од Република Ингушија во Кабардино-Балкарија Република. Оваа забрана била заснована на усна наредба од висок воен офицер според која не требало да се дозволи премин на секој со Чеченско потекло. Апликантот успеал да го убеди Судот дека во конкретниот случај се работело за дискриминација по етничка основа, односно повреда на членот 14 во врска со членот 2 од Протоколот 4 од Конвенцијата (слобода на движење). Притоа, Судот посветил особено внимание токму на усната наредба, која со оглед на фактот дека етничкото потекло не било евидентирано во ниеден личен документ за идентификација, била клучна во докажувањето постоење дискриминација не само на оние кои навистина биле Чеченци, туку и на оние лица за кои можело да се претпостави (*perceived*) дека припаѓаат на таа етничка заедница. Според тоа, Европскиот суд за човекови права прифатил дека жалителот бил дискриминиран на основ на неговото етничко потекло.

Во предметите *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00 и *Oršuš and Others v. Croatia* [GC], no. 15766/03 Судот утврдил повреда на членот 14 во врска со членот 2 од Протоколот бр. 1 од Конвенцијата (право на образование) поради диспропорционалното сместување на Ромските деца во специјални училишта за деца со посебни потреби, односно во специјални одделенија во рамки на редовните училишта (види подолу во делот посветен на индиректната дискриминација). Судот утврдил дека ваквата сегрегација имала за последица неоправдана дискриминација на Ромите по етничка основа која и покрај тоа што исполнувала легитимна цел (подигнување на образовното ниво на Ромските ученици), сепак била непропорционална.

Во предметот *Bekos and Koutropoulos v. Greece* no. 15250/02, Судот нашол повреда на членот 14 во врска со членот 3 од Конвенцијата во однос на процедуралната обврска на Грција да спроведе ефикасна истрага за тоа дали нечовечното постапување со Грчки Роми од страна на полициски службеници, додека тие биле притворени поради сомневање дека извршиле кражба, било расистички мотивирано. Судот утврдил дека и покрај писмената изјава на еден од апликантите дека полицајците користеле расистички јазик против нив, извештајот на Грчкиот Хелсиншки Комитет според кој имало 30тина слични случаи на физичко малтретирање на Роми, како и извештаи на други меѓународни организации за наводна дискриминација на Ромите од страна на полицијата, властите не сториле се што можело разумно да се очекува да биде сторено со цел да се утврди вистината дали физичкото малтретирање било расистички мотивирано.

Попреченост

Попреченостот не се дефинира во европскиот закон за спречување на дискриминацијата. Европскиот суд на правдата има одлучено дека ‘болеста само по себе’ не претставува попреченост, но дека во контекст на Рамковната директива за вработување тоа мора да се разбере како ‘ограничување кое резултира во одредени физички, душевни или психолошки нарушувања и кои го спречуваат учеството на даденото лице во професионалниот живот’ (ECJ Case C-13/05 *Chacón Navas*).

Теориите за ‘попреченост’ како основ за дискриминација се поделени помеѓу медицинскиот и социјалниот модел на попреченост. Дефинициите во националните закони особено се потпираат на медицинскиот модел. Во Активнисти и застапници – програма за обука за правата на луѓето со попреченост тие модели се опишуваат на следниот начин:

Во основа, со медицинскиот модел се тврди дека обесправеноста со која се соочуваат луѓето со попреченост во секојдневниот живот е директна последица на нивната попреченост. Таквата попреченост може да биде парализација, слепило, глувост, или интелектуална попреченост итн. Со други зборови, со овој модел ‘проблемот’ со попреченоста се поставува во самото лице со попреченост. проблемот е попреченоста на тоа лице. [...]

Со социјалниот модел се тврди дека попреченоста има мала поврзаност со обесправеноста со која се соочуваат овие луѓе. Според социјалниот модел ‘попреченостот’ е таканаречена ‘социјална конструкција’. Тоа значи дека ние сметаме дека општеството е тоа кое ја ‘создава’, или креира попреченоста така што за почетна основа се зема стандардот за ‘телесна способност’ од кој неопходно се разликува стандардот за ‘онеспособеност’. Или кажано накратко: општеството е тоа кое ја создава ‘попреченоста’ преку негативните ставови, стигматизацијата, предрасудите и што е важно кога секогаш за почетна основа се зема стандардот за ‘нормален човек’. Оттаму, според овој модел, здравствената попреченост како таква не е таа која ја предизвикува ‘попреченоста’. [our emphasis]

За повеќе детали на оваа тема, Попреченоста и законот за спречување на дискриминација во Европската Унија: Анализа на законот за дискриминација на основ на попреченост во и надвор од областа вработување е достапна <http://www.non-discrimination.net/content/media/Disability%20non-discrimination%20law.pdf>

Попреченоста не е вклучена во листата на заштитени основи кои конкретно се наведени во член 14 од Европската конвенција за човекови права. Меѓутоа, тоа не значи дека попреченоста излегува од опфатот на оваа одредба. Во неколку околности, Европскиот суд за човекови права има потврдено дека попреченоста спаѓа во опфатот на оваа одредба под доменот на “друг статус” каде забраната за дискриминација се применува.

Во предметот *Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, Европскиот суд за човекови права има утврдено дека жалителот, кој бил дијабетичар, може да се смета како лице со попреченост, независно од фактот што таа состојба е класифицирана како ‘мала’ попреченост во националниот закон. Жалителот бил обврзан да плати данок како надомест за тоа што не бил во можност да служи воен рок. За да биде ослободен од овој данок, тој или требало да има попреченост кој достигнувала степен од 40% (што се сметало за еднакво на онеспособеност на еден екстремитет), или свесно да се противи на тоа. Попреченоста на жалителот била од таква природа што за него било утврдено дека тој не е способен да служи војска, но неговата попреченоста не го достигнувала прагот на сериозност што било неопходно за да тој биде ослободен од данок според националниот закон. Тој се понудил да работи во државната служба, но бил одбиен. Европскиот суд за човекови права открил дека државата постапувала со жалителот на споредлив начин како со оние кои не го служеле воениот рок без валидно оправдување. Тоа претставувало дискриминирачко постапување бидејќи жалителот се нашол во различна положба (дека тој одбил да служи војска, но бил подготвен и способен да работи во државна служба), и затоа државата требало да направи исклучок од постојните правила.

Предметот на *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, се однесувал на домашното законодавство, според кое не било казниво да се изврши самоубиство, но доколку се помогне на друг да изврши самоубиство се сметало за кривично дело. Жалителката тврдела дека со таквиот закон се вршела дискриминација врз оние, како и таа самата, кои не можеле заради неспособност да си го одземат животот без нечија помош. Нејзиниот приговор бил фокусиран на фактот дека со неа се постапувало на ист начин како со други лица чија положба била потполно различна. Таа тврдела дека применливиот закон е дискриминирачки бидејќи лицата со попреченост биле спречени да го остварат своето право да извршат самоубиство. Судот се согласил со домашните судови во тврдењето дека заради тоа што релевантното законодавство не креирало право на извршување самоубиство во домашното право, нејзиното тврдење било погрешно.

Европскиот суд за човекови права ги има разгледувало наводите за дискриминација врз основа на попреченост во други предмети, но притоа не утврдил повреда поради различни причини. Во предметот *Zehnalová and Zehnal v. the Czech Republic* (dec.), no. 38621/97 и *Botta v. Italy* (1998), жалителите – кои користеле инвалидски колички – имале жалбени наводи дека биле дискриминирани врз основа на нивната попреченост во врска со нивното право на

почитување на нивниот приватен живот бидејќи повеќето јавни објекти и приватниот објект за капачи на плажите не биле опремени со рампи за пристап на лицата со попреченост. Европскиот суд за човекови права одлучил дека член 8 од Конвенцијата не бил применлив, и затоа не го земал предвид член 14 во врска со жалбата.

Возраст

Возраста не се дефинира во европскиот закон за спречување на дискриминацијата. Заштитата се применува на сите возрасти, вклучително и на старите и на младите луѓе. Возраста е заштитен основ во однос на вработувањето, кое во праксата ги исклучува луѓето под 16 годишна возраст, но генерално не постои горна граница за возраста.

За повеќе детали прочитајте Дискриминација според возраста и европското право достапна на http://www.non-discrimination.net/content/media/Age%20discrimination%20and%20European%20Law_en.pdf

Како и за попреченоста, Европскиот суд за човекови права утврдил дека “возраста” е вклучена помеѓу “другите состојби”. Во предметот *Schwizgebel v. Switzerland*, no. 25762/07, 47-годишна самохрана мајка тврдела дека била одбиена да посвои дете. Националните власти ја засновале својата одлука на разликата во возраста на жалителката и детето, и фактот дека посвојувањето ќе претставува значително финансиско оптоварување, земајќи предвид дека жалителката веќе имала едно дете. Европскиот суд за човекови права утврдил дека со неа се постапувало поинаку за разлика од помладите жени кои се пријавувале за посвојување врз основа на нејзината возраст. Меѓутоа, непостоењето на воедначеност помеѓу државите во однос на границите за прифатлива возраст за посвојување, на државата и дозволила да примени голема маргина во одлучувањето. Покрај тоа, разгледувањето од страна на националните власти за возрастната разлика не било применето произволно, туку разгледувањата се засновале на најдобриот интерес на детето и финансиското оптоварување за жалителката заради второто детето. Според тоа, Европскиот суд за човекови права утврдил дека разликата во постапувањето била оправдана.

Религија или уверување

Религијата и уверувањето не се дефинираат во европскиот закон за спречување на дискриминација. Овие термини може да најдат примена во разни религиозни или филозофски верувања, позадини, погледи или пак во ниедно од нив (од деисти до атеисти) доколку личните ставови или убедувања се кохерентни и содржат одреден степен на важност, убедливост и сериозност. Тоа значи дека жртвата не мора да припаѓа на ‘етаблирана’ црква за да биде заштитена на основ на религија или уверување. Европскиот суд за човекови права има работено на предмети поврзани со религија и уверување, и затоа неговата судска пракса може да се покаже како корисна.

Во предметот *Hoffmann v. Austria* (1993) жалителката, која била Јеховин сведок, тврдела дека австриските судови ги прекршиле нејзините права од член 8 и 9 и член 14 во врска со член 8 бидејќи тие одбиле да ѝ доделат старателство за нејзините деца, туку старателството го доделиле на нејзиниот сопруг. Притоа, тие навеле дека таткото подобро ќе ги заштити интересите на децата бидејќи Јеховините сведоци одбивале да овластат трансфузија на крв и бидејќи децата можеле да бидат етикетирани како ‘социјални отпадници’ како резултат на нивната вера. Европскиот суд за човекови права одлучил дека домашните судови со одлуката ја дискриминирале жалителката во однос на нејзините права од член 8 врз основа на нејзината религија. Во последниот контекст, судот утврдил дека разликата која се засновала на верата не била оправдана со никаква легитимна цел. Европскиот суд за човекови права одлучил дека „и покрај можните аргументи за спротивното, разликата која во основа се базира на верата не е прифатлива. Оттаму Судот не може да утврди дека постоел разумен однос на пропорционалност помеѓу средствата кои се применети и намерата која се сакала да се постигне; од таа причина постои повреда на член 8 во врска со член 14”.

Во предметот *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, според законот во Грција на оние кои биле кривично осудени им било забрането да се приклучат на професијата овластен сметководител, бидејќи кривичната пресуда значела недостиг на чесност и доверливост кои се неопходни за вршење на таа улога. Жалителот бил кривично осуден заради тоа што одбил да носи воена униформа за време на служењето воен рок. Тој така постапил бидејќи бил припадник на Јеховини сведоци, а тоа е верска група која е посветена на пацифизмот. Европскиот суд за човекови права утврдил дека не постоела причина да им се забранува на луѓето да ја вршат таа професија онаму каде кривичната осудителна пресуда не била поврзана со прашањата на доверливост или чесност. Европскиот суд за човекови права одлучил дека за разлика од друг вид на кривична осуденост, пресудата заради одбивање да се носи воена униформа на верски или филозофски основ не може да подразбира било каква нечесност за која има веројатност дека ќе ја поткопа способноста на жалителот да ја врши таа професија. Оттаму, било утврдено дека жалителот бил дискриминиран на основ на неговата религија, како повреда на член 14 кој се разгледува во врска со член 9 од Конвенцијата.

Предметот *Milanović v. Serbia*, no. 44614/07 се однесувал на непостоењето на ефективна истрага за жалбените наводи на жалителот, кој бил еден од водечките членови на Хре Кришна Хинду заедницата во Србија, дека во периодот помеѓу 2001 и 2007, тој бил изложен на серија на физички напади од членовите на локалниот огранок на крајно десничарската организација наречена Образ. Секој инцидент бил пријавуван во полицијата. Полицијата презела некои чекори за истрагата, но не успеала да ги идентификува сторителите. Подоцна, јавниот обвинител поднел формално барање до Уставниот суд да ги забрани осомничените организации, особено заради нивното поттикнување на расна и верска омраза ширум Србија. Во своите извештаи, полицијата забележала дека жалителот бил член на 'верска секта' и дека имал 'чуден изглед'. Исто така, било забележано дека повеќето од нападите се случувале околу поголемите православни верски празници. Покрај тоа што била утврдена повреда на процедуралната обврска на државата договорничка да спроведе ефективна истрага согласно на условите пропишани со член 3 од Конвенцијата, Европскиот суд за човекови права сметал дека е неприфатливо тоа што и покрај тоа што биле свесни дека напаѓачите на жалителот веројатно припаѓале на една од неколкуте крајно десничарски организации, властите дозволиле истрагата да трае повеќе години без притоа да преземат соодветни мерки за да се идентификуваат и кривично гонат сторителите. Тоа што полицијата го навела во своите извештаи, притоа упатувајќи на верата и изгледот на жалителот, значело дека тие немале сомненија во однос на тоа дали тој бил вистинска жртва во однос на неговата вера. Од таа причина, Судот одлучил дека имало повреда на член 14 разгледуван заедно со член 3.

Во предметот *Leyla Şahin v. Turkey*, no. 44774/98, жалителката е студентка на која не ѝ бил дозволен пристап на писмениот испит на еден од предметите кој го проучувала бидејќи носела муслиманска шамија на главата. Последователно, универзитетските власти на истиот основ одбиле таа да се запише на курсот, или да ја примат на разни предавања и писмени испити. Исто така, факултетот издал предупредување дека таа ги крши универзитетските правила за облекување и ја суспендирале од универзитетот еден семестар заради тоа што учествувала во еден неовластен собир кој се собрал да протестира против нив. Европскиот суд за човекови права утврдил дека регулативата за носење на муслиманска шамија на глава не биле насочени против верската припадност на жалителката, туку меѓу другото ја следеле легитимната цел за заштита на јавниот ред и права и слободи на другите, и очигледно е дека имале намера да го зачуваат секуларниот карактер на образовните институции. Во поглед на маргината на одлучување на државата, таквата регулатива може да се смета како "неопходна во едно демократско општество". Според тоа, Европскиот суд на правдата не нашол повреда на член 14 во однос на член 9 од Конвенцијата.

Сличен бил пристапот во предметите *Köse and Others v. Turkey*, no. 37616/02 и *Dahlab v. Switzerland*, no. 42393/98, кои се однесувале на кодексот за облекување со кој се забранувало носење на шамии на глава од страна на девојчињата и наставничките во училиштата.

Во предметот *Kosteski v. "the former Yugoslav Republic of Macedonia"*, no. 55170/00, кој е единствениот предмет во кој Европскиот суд за човекови права ги разгледувал законските права на жалителот за жалба во однос на член 14, жалителот бил парично казнет затоа што без дозвола земал слободен ден од работа за да го прослави Бајрам, муслимански верски празник. Уставниот суд ја одбил жалбата на жалителот пред Уставниот суд бидејќи тој одбил да обезбеди некаков доказ во врска со неговите верувања. Последователно, било заклучено дека жалителот не бил дискриминиран со барањето кое му било доставено да се утврдат објективните факти. Жалителот тврдел дека тој е единственото лице од муслиманска вероисповед од кого било побарано да ја докаже неговата верска припадност. Европскиот суд за човекови права истакнал дека жалителот се изнесол со тврдење за одредена привилегија или ослободување на кое тој немал право освен доколку тој не бил припадник на дадената вера. Покрај тоа, наведено е дека онаму каде вработениот барал да се повика на одредено ослободување, тоа не претставувало опресија или не било во судир со слободата на свест да се бара одреден степен на основаност на неговото барање.

За повеќе детали на оваа тема, прочитајте Религија и уверување: дискриминација при вработување – законот во ЕУ, достапно на <http://www.nondiscrimination.net>.

Сексуална ориентација

Независно дали личноста е хомосексуалец, бисексуалец или хетеросексуалец. Зависно од земјата за која станува збор, транссексуалците може да бидат заштитени на овој основ или на основ на пол/род. Синдикатот Unison го објаснува овој основ на следниот начин (Прирачник за застапниците за еднаквост, <http://www.unison.org.uk/acrobat/18781.pdf>)

Секоја личност има своја сексуална ориентација и полов идентитет. Луѓето се привлекуваат според сексуалната ориентација. Повеќето луѓе ги привлекуваат луѓе од спротивниот пол (хетеросексуалци), но проценето е дека околу 10% од луѓето ги привлекуваат луѓе од истиот пол (лезбејки или хомосексуалци) или други луѓе независно од нивниот пол (бисексуалци). Вашиот полов идентитет е вашето внатрешно чувство или вашиот сопствен род. За повеќето луѓе тоа одговара на полот кој бил одреден при раѓањето – машки или женски. За малцинството луѓе (транссексуалци), нивниот полов идентитет не одговара на полот кој им бил одреден при раѓањето. Некои транссексуалци го менуваат своето име и лични податоци и живеат постојано како да се од полот со кој се идентификуваат.

Во предметот *Wązowski and Others v. Poland*, no. 1543/06 жалителите биле членови на една НВО која спроведувала кампања за правата на хомосексуалците. Тие тврделе дека било повредено нивното право на мирен собир според член 11 заедно со член 14 бидејќи им било забрането да организираат јавен марш за подигање на свеста за правата на хомосексуалците. По поднесувањето на нивното барање за дозвола да се одржи маршот, националниот весник објавил интервју со градоначалникот на Варшава, каде тој експлицитно навел дека „пропагандата за хомосексуалноста нема еднакво значење со остварувањето на сопственото право на собир“. Во својата пресуда, Европскиот суд за човекови права истакнал дека властите имале дадено дозвола на други групи да одржуваат демонстрации. Уште позначајно, Судот истакнал дека изјавата на градоначалникот која била дадена додека сè уште се чекало на одговор на барањето на жалителите за дозвола, може да се смета дека претставува давање инструкции на вработените лица, чии кариери зависеле од градоначалникот, да го забранат маршот. Европскиот суд за човекови права одлучил дека тоа е повреда на член 14 заедно со член 11.

Во предметот *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02 националните властите го одбиле барањето за посвојување од страна на лезбејка која живеела со својата партнерка. Европскиот суд за човекови права утврдил дека сексуалната ориентација на жалителката имала одлучувачка улога во одбивањето на властите да ѝ дозволат да посвои дете, што претставувало дискриминачки третман во споредба со други поединци кои имале право на посвојување согласно на националниот закон. Недостигот на улога на татко во домаќинството, што било основа за одлуката на властите да го одбијат нејзиното барање за посвојување, како и начинот на кој тоа било напишано, имено нејасноста во врска со партнерката на жалителката, биле доволни за Европскиот суд за човекови права да заклучи дека одлуката на властите примарно се засновала на фактот дека таа била во врска и живеела со друга жена. Оттаму, Судот за човекови права утврдил дека дискриминацијата била извршена на основ на сексуална ориентација.

Во неколку предмети, Европскиот суд за човекови права одлучил дека постоењето на закон според кој за кривично дело се смета доколку лицето се впушти во машки хомосексуални врски под 18 годишна возраст, додека пак прагот на полнолетност за хетеросексуални врски бил утврден на помала возраст, претставува повреда на член 14 од Конвенцијата во врска со член 8 (*Sutherland v. the United Kingdom* (1997); *S.L. v. Austria* (2003); *B.B. v. the United Kingdom* (2004)).

Пол/род

Независно дали личноста е маж, жена или транссексуалец. Европскиот суд на правдата има одлучено дека дискриминацијата врз транссексуалец претставува дискриминација врз основа на пол (*Case C-13/94 P. v S.*).

Општото правило кое Европскиот суд на правдата го има развиено во својата судска пракса е дека директната дискриминација која се заснова на пол не може никогаш да биде оправдана. Меѓутоа, индиректната дискриминација може да биде објективно оправдана доколку (а) применетата мерка одговара на оригиналната потреба, (б) мерките се соодветни на постигнувањето на нивните цели и (в) мерките се неопходни за таа цел (*Case C-170/84, Bilka*). Најзначајната судска пракса се однесува на (i) вработување, (ii) мајчинство, (iii) индиректна дискриминација и работа со половина работно време и (iv) социјалната помош. Европскиот суд на правдата беше активен во своите заложби да се стави крај на индиректната дискриминација врз жените на пазарот на работна сила. Како одговор на оспорувањето од страна на мажите, судот има поставено лимити за афирмативни мерки за да се поправи структурната дискриминација врз жените.

Во предметот *Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02 (види подолу во текстот во делот посветен на индиректната дискриминација) апликантот тврдел дека начинот на кој се составуваат листите за судии поротници во Малта и условите под кои едно лице може да биде ослободено од оваа обврска биле дискриминаторски ставајќи ги мажите во понеповолна позиција во однос на жените. После 26 години служба како судија поротник, апликантот бил казнет со парична казна поради тоа што одбил да ја извршува оваа обврска. Во постапката во која тој настојувал да докаже дека постои дискриминаторска практика на штета на мажите, домашните органи, иако прифаќајќи дека статистичките податоци кои тој ги приложил упатувале на заклучок дека навистина постои тренд мажите да бидат предоминантно ангажирани на оваа функција, го одбиле неговото барање дека се работи за практика која диспропорционално ги погодува повеќе мажите од жените. Судот, за разлика од нив, потпирајќи се на статистичките податоци, според кои повеќе од 95% од судиите поротници ангажирани во Малта во претходните пет години биле мажи, нашол повреда на членот 14 во врска со членот 4 од Конвенцијата.

Предметот *Ünal Tekeli v. Turkey*, no. 29865/96 се однесува на одбивањето на националните власти да ѝ дозволат на жалителката да го задржи само своето моминско презиме по стапувањето во брак. Европскиот суд за човекови права истакнал дека Турција е единствената држава во која со закон се наметнува презимето на мажот да биде презиме на двајцата брачни другари. Понатаму, Судот се изјаснил за важноста на еднаквоста на половите во системот на Советот на Европа, генерално во меѓународното право и помеѓу државите членки. Притоа Судот заклучил дека не постоела разумна оправданост да се спречи жалителката да го задржи само моминското презиме по стапувањето во брак, а која како адвокатка била препознатлива по нејзиното моминско презиме. Европскиот суд за човекови права утврдил дека таа била дискриминирана на основ на нејзиниот пол. Во сличен предмет, Европскиот суд за човекови права утврдил дека жалителите биле дискриминирани на основ на пол бидејќи швајцарските власти одбиле да им дозволат да го регистрираат презимето на сопругата како презиме на семејството (*Burghartz v. Switzerland* (1994)).

Во друг предмет, Европскиот суд за човекови права утврдил дека надоместот кој се исплаќал на мајките за нивното породилно отсуство, но не и на татковците не претставувало дискриминација на основ на пол (судот одлучил дека разликата во третманот според закон на основ на пол била оправдана) (*Petrovic v. Austria* (1998)).

Наводите за дискриминација на основ на пол биле разгледувани во предметите *Rasmussen v. Denmark* (1984) and *Mizzi v. Malta*, no. 26111/02 кои се однесувале на воведување на временско ограничување во националното законодавство за претпоставениот татко да го оспори неговото татковство за дете кое е родено во текот на бракот, додека пак жените можеле да отпочнат таква постапка во секое време. Европскиот суд за човекови права утврдил дека разликата во третманот помеѓу мажите и жените била оправдана.

Дискриминација која се заснова на „друг статус“ на жртвата

Во предметот *Gaygusuz v. Austria* (1996) жалителот бил турски државјанин кој живеел и работел во Австрија. Бенефициите за невработени лица не му биле доделени на основ на тоа дека тој не бил австриски државјанин. Жалителот тврдел дека не постои објективно и разумно оправдување за ваквиот различен третман. Европскиот суд за човекови права одлучил дека жалителот имал законски престој во Австрија и редовно ги плаќал придонесите во фондот за осигурување на невработени лица. Во отсуство на било кој друг основ за да се одбие неговото барање да добие бенефиции, Европскиот суд за човекови права заклучил дека тој фактички бил во слична позиција со австриски државјани во однос на неговото право на одредени бенефиции. Различниот третман заради националноста не се засновал на било какво разумно или објективно оправдување.

Слично, во предметот *Luczak v. Poland*, no. 77782/01 апликант бил француски сточар кој долги години живеел во Полска и кој се жалел бидејќи не му било дозволено да биде регистриран во посебен режим на социјално осигурување кое било „отворено“, само за полски државјани. Судот утврдил дека тој бил во слична положба со полските сточари бидејќи имал уредно регулиран постојан престој во Полска, редовно и уредно ги плаќал јавните давачки спрема државата, исто како и домашните државјани. При тоа, тој и претходно бил дел од генералното социјално осигурување на Полска. На тој начин, Судот ги изедначил фактичките врски со државата и исполнувањето на јавните обврски, од една страна, со државјанството, од друга страна

Во предметот *Chassagnou and Others v. France*, nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, 24/041999, Европскиот суд за човекови права меѓу другото утврдил повреда на член 1 од Протоколот 1 во врска со член 14 во поглед на фактот дека според применливите закони, малите земјопоседници биле обврзани да ги пренесуваат своите права на лов на нивното земјиште на асоцијацијата на ловци, така што сите ловци во областа би можеле да ловат на нивната земја. Од друга страна, таков услов не постоел во однос на сопствениците на големи парцели земјиште, кои можеле да ја користат земјата како што сакаат. Европскиот суд за човекови права утврдил постоење на дискриминација која се засновала на различен третман на малите и големите земјопоседници.

Во предметот *Mazurek v. France* (2000), жалителот, кој бил вонбрачно дете, тврдел дека со националниот закон му се наметнувал горен праг на имотот на неговата мајка кој тој можел да го наследи, што не било така за деца родени во брачна заедница. Европскиот суд за човекови права утврдил дека разликата во третманот, која се засновала единствено на фактот дека тој бил вонбрачно родено дете, не била оправдана бидејќи така се казнувале децата кои немале контрола врз околностите поврзани со нивното раѓање.

Повеќекратна дискриминација

Една жртва на дискриминација може да биде заштитена на повеќе од еден основ: таа може да биде жена од муслиманското етничко малцинство, постар член на Растафаријанството, Ром со попреченост, итн.

Жртвите може да се чувствуваат дека дискриминацијата од која страдаат се должи на комбинација на заштитени основи и дека тоа не може да се опфати само со еден од тие основи. На пример, тоа може да биде случај доколку една Ромка од муслиманска вероисповед која е вработена во Бугарија смета дека тоа што не ја унапредуваат се должи на основи кои претставуваат комбинација од нејзината религија, етничко потекло и пол. Загрижува тоа што таа може нема да успее да ја утврди дискриминацијата само на основ на религијата, или етничкото потекло или полот, или пак како комбинација од два основи.

Според националниот закон не постои можност да се тврди дека постои повеќекратна дискриминација бидејќи различните основи се заштитени до различен степен и/или со различни делови од законодавството, и затоа жртвите мораат да направат избор. Тие може да се одлучат за оној основ за кој нивното тврдење може да биде најсилно и да преземат активности само на тој основ. Или, тие може да поднесат претставка за повеќекратна дискриминација. Во Македонија каде листата на заштитени основи не е ограничена, повеќекратната дискриминација може да потпадне под клаузулата ‘било кој друг основ или карактеристика’.

Реален, претпоставен или сроден основ

Во повеќето случаи, на жртвата јасно ѝ се кажува на кој основ се соочува со дискриминација: 'ние не даваме услуги на Номади' (етничко потекло или раса), 'извинете, без кучиња водачи овде' (попременост), 'се бараат млади девојки за работа' (повеќекратна дискриминација на основ на пол и возраст).

Меѓутоа, исто така постојат и примери кога жртвите чувствуваат дека се направени претпоставки за некој заштитен основ, но тоа не е јасно наведено. Дискриминацијата врз основа на претпоставен основ – независно дали тоа е така во реалноста – е еднакво забрането со европскиот закон. Доколку за некој вработен се претпоставува дека е хомосексуалец, Евреин, муслиман или дека некоја жена е бремена и од таа причина не го добива работното место, не добива вработување или добива отказ, заштитата може да се бара согласно на европскиот закон. Притоа не е важно дали тој/таа навистина е хомосексуалец, Евреин, муслиман или дали таа е бремен

Трибуналот за жалби во врска со работни односи во Обединетото Кралство ја отфрли претставката за вознемирување која ја имаше поднесено еден маж кој не бил хомосексуалец и за кој лицата кои го вознемирувале знаеле дека не е хомосексуалец, но и покрај тоа бил изложуван на хомофобична злоупотреба. Трибуналот заземал став дека подносителот на претставката не бил изложен на вознемирување врз основа на неговата актуелна сексуална ориентација. Апелациониот суд ја поништил одлуката на трибуналот и одлучил така заради фактот што вознемирувањето се вршело врз основа на неговата сексуална ориентација, во смисла дека тоа било засновано на или поврзано со неговата реална или замислена сексуална ориентација, и дека тоа било доволно таквата претставка да се разгледува во рамки на опфатот на применливите законски одредби (*English v Thomas Sanderson Blinds Ltd*, Апелациони суд, 19 декември 2008, [2009] IRLR 206, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2008/1421.html>).

Исто така, постојат други примери кога пријатели, роднини или колеги на жртвата која има реална или претпоставена заштитена карактеристика страдаат од дискриминација заедно со или преку жртвата. На пример, доколку на еден пар од едно етничко малцинство не им е дозволено да влезат во некој бар заедно со нивните пријатели од мнозинската заедница, пријателите страдаат од дискриминација која се заснова на сродно расно или етничко потекло, или со други зборови 'на основа на ...'.

Европскиот суд за правда има одлучено дека забраната за директна дискриминација и вознемирување од Рамковната директива за вработување не е ограничена само на оние луѓе кои самите биле онеспособени. Таа забрана се проширува и за вработена жена чие дете е со попременост и која е примарниот негувател на своето дете (ECJ Case C-303/06 Coleman).

III.2. Во кои области се забранува дискриминацијата?

Во ППРМ, опфатени се и јавниот и приватниот сектор, како и јавниот живот (т.е. граѓански и политички права, како што е еднаквоста пред законот).

Заштитата од дискриминација не е условена од националноста, државјанството или жителството. Во повеќето држави, и физичките и правните лица се заштитени од дискриминација. Во Законот за спречување и заштита од дискриминација присутна е индиректната одговорност. Меѓутоа, прашањето поврзано со трети страни, во оваа фаза на законска пракса зависи од карактерот на односот со правното лице кое е вклучено и одлуката на судот.

Во Европа, заштитата од дискриминација во обезбедувањето на добра и услуги е главно ограничена на оние добра и услуги кои им се достапни на јавноста. Притоа, се појавија најразлични начини за да се направи разграничување помеѓу јавно и приватно достапни добра.

Платата ги вклучува сите бенефиции кои произлегуваат од работниот однос како дел од надоместот кој се исплаќа. Тука се опфатени работата според договор, воената служба и функција пропишана со закон. Исто така, опфатено е вработувањето во јавниот и приватниот сектор. Недостиг на заштита за сите вработени лица и за лицата кои вршат самостојна дејност.

Лице кое врши самостојна дејност се дефинира како независен работник кој работи независно од работодавачот, наспроти вработено лице кое е подредено на и зависи од работодавачот. Лицата кои вршат самостојна дејност главно се концентрирани во одреден број на професии како што се земјоделство, малопродажба, градежништво и во областа на правото и сметководството. Исто така, опфатено е и членството и вклученоста во синдикати и работнички совети, комори и медицински асоцијации.

Значењето на ‘услуги’ исто така не е јасно, но со сигурност вклучува услуги кои се обезбедуваат за надомест и веројатно тука не спаѓаат услугите кои се достапни проватно. Сите аспекти на домувањето: продажба и изнајмување на имот, распределба на закупот и управување со изнајмениот имот во јавниот и приватниот сектор, кредити за домување и институции за згрижување.

Меморандумот за објаснување кон предлогот за Директивата за расна еднаквост истакнува дека ‘социјални привилегии’ вклучува бенефиции од економски или културен карактер кои се доделуваат во земјите-членки или од јавните институции или приватни организации. Примерите кои се дадени во Меморандумот за објаснување вклучуваат олеснувања за користење на јавен превоз, намалени цени за посета на културни или други настани, и субвенционирани оброци во училиштата за деца од семејства со ниски приходи.

За повеќе детали на оваа тема прочитајте:

Забрана за расна и етничка дискриминација во пристапот до услуги според правото на ЕУ во Преглед на европскиот закон за спречување на дискриминација 10/2010

Права на домување и расна дискриминација во Преглед на европскиот закон за спречување на дискриминација 10/2009, кое исто така е достапно на www.non-discrimination.net/en/publications.

Области заштитени со Македонскиот закон за заштита од дискриминација, анти-дискриминациските директиви на ЕУ и ЕКЧП

ДИРЕКТИВИТЕ НА ЕУ	МАКЕДОНСКОТО ЗАКОНОДАВСТВО	ЕКЧП
(а) услови за пристап до вработување, до вршење самостојна дејност и до занимање, вклучително и критериуми за селекција и вработување, независно од дејноста и на сите нивоа од професионалната хиерархија, вклучително и унапредувањето	(1) Вработување и работни односи	1) Права и слободи кои се утврдени со Конвенцијата (во однос на член 14) 2) Права и слободи кои се утврдени со закон (генерална забрана за дискриминација/ член 1 од Протокол бр. 12)
(б) пристап до сите типови и до сите нивоа на стручни инструкции, стручна обука, напредна стручна обука и преквалификација, вклучително и практично работно искуство		
(в) вработување и работни услови, вклучително отказ и плата		
(г) членство во и вклученост во организација на работници и работодавачи, или било која организација чии членови вршат одредена професија, вклучително и бенефициите кои ги обезбедува таквата организација	(8) Членство во и вклученост во синдикати, политички партии, НВОи, фондации, и други организации кои се засноваат на членство	
(д) социјална заштита, вклучително социјално осигурување и здравствена заштита	(3) Социјално осигурување, вклучително и социјална заштита, пензиско и инвалидско осигурување, здравствено осигурување и здравствена заштита	
(ѓ) социјални привилегии		
(е) образование	(2) Образование	
(ж) пристап до и снабдување на добра и услуги кои се јавно достапни, вклучително и домување	(7) Пристап до добра и услуги (5) Домување	
	(10) “Други области предвидени со закон”	

III.3. Клучни концепти

A. Што се подразбира со дискриминација? Каков тип на постапување се забранува?

Во секојдневниот живот, зборот дискриминација честопати се користи наизменично со правда, неправичност, нерамноправност или недостиг на еднакви можности. Дискриминацијата не се однесува на овие морални и филозофски вредности, туку во законот дискриминацијата се подразбира во многу потесна смисла. Дискриминацијата не значи било каква правда, повреда на (човекови) права или бесправно постапување, и заштитата од дискриминација се применува само за оние кои споделуваат некоја заштитена карактеристика. Уште повеќе, законот може да обезбеди правила според кои наводното неправично, неправедно или нерамноправно постапување се оправдува. Бидејќи дискриминацијата може да се оправда во одредени примери, таа може да не изгледа морално правична или праведна, но сепак е законска.

Принципот за недискриминираност подразбира постоење на еднаков третман на поединец или група независно од одредени лични карактеристики, или со други зборови, нивниот заштитен основ. Еднаквиот третман подразбира дека слични ситуации треба да се третираат подеднакво (работник со попреченост и работник без попреченост треба да добиваат еднаква плата за истата работа), а ситуации кои се различни треба да се третираат на различен начин (треба да се прават разумни прилагодувања за да му се овозможи на работникот со попреченост да ја заврши својата работа). Принципот за недискриминираност, исто така се применува за да се обезбеди заштита од услови или правила кои навидум не се однесуваат на заштитениот основ, но кои даваат ефекти со кои систематски се обесправуваат луѓето кои ја имаат таа карактеристика.

Дискриминацијата може да се состои од однесување кај кое постои намера да се дискриминира (на пример, вработените над 50 годишна возраст се прогласени за технолошки вишок бидејќи трошокот за нив е поголем и се претпоставува дека работат многу понеефикасно и дека многу почесто се разболуваат) или пак практики кои може да имаат дискриминирачки ефект (на пример, кога од вработените во јавниот сектор, вклучително и од техничкиот кадар се бара да имаат одлични познавања од јазик, што има штетен ефект врз одредени расни и етнички малцинства).

Согласно на Член 9 од Законот за спречување и заштита од дискриминација во Македонија дискриминација значи секоја активност со која една личност директно или индиректно повикува на, охрабрува, дава инструкции или поттикнува друга личност да врши дискриминација.

Дискриминацијата не се јавува само на ниво на поединец. Честопати, дискриминацијата е насочена кон групи и заедници и исто така произлегува од нееднакви социјални структури. Директивите за спречување на дискриминацијата ги даваат најдобрите алатки за борба против дискриминацијата на ниво на поединец. Меѓутоа, ако жртвите работат заедно и притоа ги вклучат невладините организации, постои можност да се оспори структурната дискриминација.

Структурната дискриминација која произлегува од националните правила, според кои на работодавачите им се дозволува да ги отпуштат вработените на возраст од 65 години и повеќе со причина дека ќе се пензионираат, беше оспорена пред домашен суд од страна на Age Concern England, НВО која застапувала една група на интереси. Случајот стигнал пред Европскиот суд на правдата, кој одлучил дека ова прашање потпаѓа под опфатот на Рамковната директива за вработување, со која на земјите членки им се наметнува товарот да ја утврдат легитимноста на вработувањето, пазарот на работна сила или политиките за стручна обука, вклучително и политики за задолжителна возраст за пензионирање со висок стандард на докажување. Од тогаш, возраста за пензионирање е предмет на многу други спорови кои се упатуваат на толкување во Европскиот суд за правда, а исто така и предмет на дебата во многу земји-членки на ЕУ. (ECJ Case C-388/07 Age Concern England).

1. Директна дискриминација

Директната дискриминација е вообичаена во Европа и релативно е лесно да се забележи. Дефиницијата за директна дискриминација во ПЈРМ е проблематична, бидејќи се мешаат дефинициите од Директивата со она што може да се најде во меѓународните договори. Новиот Закон за спречување и заштита од дискриминација во Член 6/1 ја дефинира директната дискриминација како дискриминација на било кој основ, кога еден човек добива понеповолен третман, или постои одредено разликување, исклучување или ограничување кое резултира во или може да резултира во лишување, нарушување или ограничување на еднаквото признавање или уживање на човековите права и основни слободи во споредба со третманот кој се дава на друго лице или кој може да го добива во иста или слична состојба.

Корисни линкови:

Националниот закон за спречување и заштита од дискриминација анализиран и спореден во детали со останатите земји-членки во Развојот на законот за спречување на дискриминација во Европа: споредба на 27 земји-членки на ЕУ: <http://www.non-discrimination.net/content/media/Comparative%20EN.pdf>

Практичен совет:

Честопати, тестот 'ако не беше' ќе ви помогне да ја идентификувате директната дискриминација. Да не беше мојата попреченост, дали ќе ме третираа на овој начин? Дали нееднаквиот третман е заради мојата возраст?

Дали можете да идентификувате дека зад нееднаквиот третман стои некаква намера за дискриминација? Тогаш поголема е веројатноста тоа да биде директна дискриминација.

БЕЛЕШКА: директната дискриминација некогаш може да биде законска!

Типични сценарија:

- Работното место не се добива заради некоја заштитена карактеристика;
- Дискриминирачки огласи за вработување;
- Тешкотии при запишување во училиште на деца со пречки во развојот или деца од етнички малцинства;
- Барови, ресторани или продавници кои не дозволуваат влез на расна основа или пак неприлагодување на просториите за пристап на луѓето во инвалидски колички;
- Агенциите за недвижности или сопствениците на имот не изнајмуваат на припадници на етнички и расни малцинства;
- Разлика во платите: кај одредени земји-членки статистичките податоци покажуваат дека мажите од малцинските групи заработуваат помалку од мажите од мнозинската група, а жените од малцинската група заработуваат уште помалку од жените од мнозинската група;
- Ограничувања за носење на верска облека или симболи;
- Вработените на возраст над 50 години се технолошки вишок;
- Возраста за задолжително пензионирање е поставена на 58, 60 или 65 години;
- Расна сегрегација за социјалните станови и во образованието.

Директна дискриминација според ЕКЧП

Конвенцијата не дава дефиниција на директната дискриминација. Сепак, во предметот *Willis v. United Kingdom*, no. 36042/97 Судот рекол:

“Член 14 од Конвенцијата обезбедува заштитата од дискриминација, односно различно постапување, без објективно и разумно оправдување, на лица кои се наоѓаат во релевантни слични положби”

Покрај оваа т.н. позитивна дефиниција, каде се бара еднакво третирање на лица во слична положба, во праксата на Судот се јавува и уште едно толкување на директната дискриминацијата, а кое се однесува на ситуации кога лица во различна положба треба да бидат третирани различно до ниво кое е потребно тие да имаат услови да го уживаат правото и слободата во прашање. Во овие случаи значи, може да стане збор за дискриминација доколку лица во различна положба добијат ист третман. Така, во предметот *Thlimmenos v. Greece* Судот утврдил дека:

“Правото да не се биде дискриминиран... иста така е повредено кога државите без објективно и разумно оправдување не успеваат да постапуваат различно со лица чија положба значително се разликува”.

Во овој предмет на апликантот не му било дозволено да се зачлени во здружението на овластени сметководители затоа што своевремено бил осуден поради „нелојалност,, (insubordination) поради тоа што тој, како Јеховин сведок, одбил да носи воена униформа во време на воениот рок. Судот утврдил дека ова здружение, одбивајќи ја апликацијата на жалителот по овој основ не направило дистинкција меѓу него и останатите осудени лица, имајќи предвид дека неговата осуда се заснова исклучиво на неговите религиозни чувства. Судот заклучил дека тоа што

апликантот не бил третиран различно од останатите осудени лица и покрај тоа што неговата осуда била базирана на неговите верски чувства и како таква, различна од осудата на другите лица, тој бил предмет на дискриминација која била непропорционална и не исполнувала никаква легитимна цел.

Од овие дефиниции јасно произлегува дека кога станува збор за директната дискриминација нееднаквиот третман е во центарот на вниманието. Тоа сепак не значи дека секоја форма на нееднаков третман претставува дискриминација. Во *Belgian Linguistics case* (1968), Судот рекол дека членот 14 не бара од државите да го забрани секој различен третман на своите граѓани. Напротив, во одредени ситуации различниот третман се наметнува како легитимна потреба со цел да се надминат одредени разлики кои постојат во општеството. Она што е важно во однос на дискриминацијата е да се работи за нееднаков третман на лица кои се наоѓаат во споредлива положба. Нееднаквиот третман може да биде проблематичен од аспект на забраната за дискриминација само доколку лица кои се наоѓаат во иста или слична положба со некои други лица се третираат на понеповолен начин од своите компаратори. Кога зборуваме за различен третман на лица во споредлива положба, треба да се потенцира дека таа компарација се прави во однос на одредена карактеристика на лицата по кои тие се разликуваат меѓу себе. Во предметот *Kjeldsen v. Denmark* (1976), Европскиот суд за човекови права потенцираше дека со Член 14 се забранува “дискриминаторско постапување за кое основа или причина претставува лична карактеристика („статус”) по која лицата или група на лица се разликуваат помеѓу себе.”

Компаратор е лице кое е со релативно идентичен статус со лицето кое се жали дека е предмет на дискриминаторска практика, а единствената разлика меѓу нив е одредена карактеристика поради која лицето, предмет на опсервација, е различно третирано од својот компаратор. Во предметот *Fredin v. Sweden* Судот рекол “За да биде успешно тврдењето за повреда на член 14, мора да се утврди, меѓу другото, дека положбата на наводната жртва може да се смета дека е слична на положбата на лицата со кои се постапувало подобро”.

Во практиката во принцип не е тешко да се лоцира ваквиот компаратор. Сепак, товарот на докажување и идентификување компаратор паѓа на жалителот, односно оној кој тврди дека е жртва на дискриминација. Од судската пракса на Судот:

- Брачни и вонбрачни другари во однос на стекнување на одредени економски и социјални права (*Munoz Diaz v. Spain*);
- Странски државјанин (Мароканец) не е во идентична положба со домашните државјани во однос на можноста да биде екстрадиран од државата во која бара азил (поради тоа што бил осуден за кривично дело). Иако Судот утврдил дека апликантот е во слична положба, во однос на можноста за екстрадиција, со државјаните на државите членки на Европската Унија (кои исто така како и домашните државјани неможеле да бидат екстрадирани поради ЕУ регулатива која ја гарантира слободата на движење на оваа категорија граѓани), сепак утврдил дека ваквиот различен третман е оправдан (*Moustaquim v. Belgium*);
- Лица во крвно сродство (во предметот две сестри) не се во иста положба со брачните и вонбрачните другари (кои исто така живеат во иста семејна заедница) во однос на правото на стекнување сопственост по пат на наследување на имот стекнат за време на заедничкиот живот во заедницата. Ова оттаму што бракот и граѓанското партнерство претставуваат посебни заедници во кои се стапува доброволно и свесно и кои создаваат одредени договорни права и обврски кои не постојат меѓу крвните сродници (*Burden v. UK*);
- Адвокатите, кои биле обврзани, согласно домашната регулатива, на почетокот на својата кариера, да даваат адвокатски услуги *pro bono*, не може да се поистоветат со останатите професии (нотари, сметководители) за кои *pro bono* обврската не постоела (*Van der Mussele v. Belgium*).

Според европското право, директна дискриминација е кога со еден човек се постапува понеповолно отколку со друг човек, кога тој човек е или би бил третиран во споредлива ситуација врз основа на неговата/нејзината заштитена карактеристика.

Компанијата Firma Feryn која е специјализирана за продажба и монтирање на врати имала објавено огласи за вработување. Во текот на едно интервју на радио, директорот изјавил дека компанијата барала да вработи само монтери од белгиско потекло бидејќи клиентите биле колебливи да им дозволат на странци монтери да влезат во нивните домови. Националната комисија за заштита од дискриминација (основана да им помага на жртвите на дискриминација) започнала законска постапка против компанијата, тврдејќи дека таквата изјава во јавност претставувала директна дискриминација. Во својата одлука за толкување на законот, Европскиот суд на правдата потврдил дека Директивата за расна еднаквост е применлива за дискриминирачки огласи за вработување. Исто така, било наведено дека треба да се применат санкции и покрај тоа што не може да се идентификува жртва (ECJ Case C-54/07 Feryn).

Директната дискриминација може да биде очигледна како во случајот Feryn или прикриена (очигледна или прикриена дискриминација). Едно типично сценарио за прикриена дискриминација е кога баровите или клубовите имаат политика каде влез е дозволен само на оние кои имаат членство, но тоа членство не се доделува на неутрален начин од аспект на расата.

Неодамна, Европскиот суд за правда идентификуваше директна дискриминација во случаи каде формално неутрален критериум всушност ја засега само една група – по својата природа или врз основа на правило кое има сила на закон.

Законот во Германија дозволува паровите од ист пол да формираат партнерства, но не и да стапат во брак. Г-дин Маруко го надживеал својот животен партнер, кој си имал плаќано надомест за пензиско осигурување во пензискиот фонд. Г-дин Маруко поднесол барање до фондот за да ја добива пензијата од својот партнер, но бил одбиен од страна на фондот. Во својата одлука за толкување на законот, Европскиот суд на правдата одлучил дека Рамковната директива за вработување е применлива во дадениот случај. Исто така, судот одлучил дека партнерите од ист пол кои се во партнерство се наоѓале во споредлива ситуација со сопружници кога станува збор за исплата на пензијата од страна на фондот на партнерот кој е сè уште жив (Case C-267/06 Maruko). Оваа одлука на судот веќе е применета од страна на германскиот федерален суд за работни спорови во друг случај (Az: 3 ATR 20/07, 14.01.2009).

Директната дискриминација може да биде законска кога европскиот закон дозволува исклучок кон генералниот принцип за недискриминираност, но различни исклучоци се применуваат за разни заштитени основи. Тоа значи дека кога нееднаквиот третман ќе се идентификува како директна дискриминација, потребно е да се провери дали некој исклучок е применлив на дадениот случај пред да се преземе некакво постапување.

Генерално, најтешко може да се оправда расната или етничката директна дискриминација, додека пак директната дискриминација која се заснова на попреченост или на возраст може многу полесно да се оправда. Исклучоците за принципот на еднаков третман кои се дозволени според Директивата на недискриминираност во голема мерка се прифатени во националниот закон. Во некои случаи, постои сомневање дека тие исклучоци се многу поопсежни од она што го дозволуваат директивите.

Исклучоци за директна дискриминација во европскиот закон

ТИП НА ИСКЛУЧОК	ОСНОВ	ПРИМЕР
Основни и определувачки услови за професионалност (GDOR)	Сите основи	Може да биде законски само да се вработи црн актер да ја игра улогата на Отело или кинески готвач во еден автентичен кинески ресторан.
Афирмативни мерки	Сите основи	Квота за луѓе со попреченост при вработувањето, дополнителни часови за јазик за малцински расни или етнички групи, финансиски иницијативи за да се промовира вработување на помлади и/или постари работници.
Работодавачи со обичај или етос кој се заснова на религија или уверување	Религија или уверување	Законски е да се вработи само припадник на одредена црква да биде директор на верско училиште.
Вооружените сили или други специфични професии не се опфатени	Попреченост и возраст	Националниот закон може да предвиди дека е законски да не се вработува лице над одредена возраст или со одредена попреченост како војник.
Семејни бенефиции	Сексуална ориентација	Законски е да се исклучат партнери од ист пол од семејни бенефиции доколку паровите од ист пол можат исто така да стапат во брак во земја членка.
Здравје и безбедност	Попреченост	Законски е да не се вработи лице со попреченост кое бара работа доколку со вработувањето на тоа лице неизбежно ќе дојде до кршење на регулативата за пожар.
Исклучоци поврзани со возраста	Возраст	Може да биде законски да се стават максимални ограничувања за возраст за вработување за одредени професии. БЕЛЕШКА: овој исклучок подлежи на голем број на случаи пред Европскиот суд на правдата, вклучително и условите за максимална и минимална возраст за пилоти и пожарникари.
Јавна безбедност, јавен ред, кривични дела, заштита на здравјето, заштита на правата и слободите на други	Попреченост, возраст, сексуална ориентација, религија или уверување	Националниот закон може да дозволи матичарот кој дава изводи за родени, умрени и венчани да биде отпуштен доколку одбива да склучи брак на партнери од ист пол на основа на неговите верски убедувања.

Забележете дека колку што се погенерални исклучоците кои се наведени при крајот на табелата, толку повеќе тоа може да доведе до пресуди кои се специфични за историскиот и политичкиот контекст на дадена земја.

Националните дефиниции за директна дискриминација споделуваат некои општи карактеристики, што значи дека секогаш треба да ги разгледате аспектите 3+1 кога планирате законска постапка во било која земја (види подолу).

Заеднички елементи на директната дискриминација во националните закони

ЕЛЕМЕНТ НА НАЦИОНАЛНАТА ДЕФИНИЦИЈА	ПРИМЕР
Постои потреба да се покаже понеповолен третман.	Не ме вработија. Јас добивам пониска плата. Вчера вечер не можев да влезам во барот. Осигурителната компанија одби да ми издаде полиса.
Постои потреба да се најде 'компаратор', т.е. друго лице во слична ситуација, но со спротивставена карактеристика која вообичаено ја споделуваат припадниците на мнозинството.	Јас имам попреченост, тој нема. Јас сум лезбејка, тој е хетеросексуалец. Јас сум припадник на Сикхизмот, таа е бела Британка.
Постои можност да се користи компаратор од минатото или хипотетички компаратор, или да се спореди третманот со еден идеален минимален стандард на третман.	Поранешен вработен кој заработувал повеќе за истата работа. Во случаите на еднаква плата, лице кое е вработено на исто ниво од сличен работодавач може да служи како компаратор. Ниеден човек не треба да се третира така заради почит кон човечкото достоинство.
Генерално, директната дискриминација не може да се оправда освен врз основ на возраст.	Види на пример, спорови пред Европскиот суд за правда за условот за максимална и минимална возраст.

Вашите шанси може да се намалат доколку не успеете да идентификувате соодветен компаратор. На пример, во случаите на дискриминација заради возраст може да се покаже тешко да се идентификуваат вистинските возрастни групи за да се докаже нееднаквиот третман. Во случаите на расна, етничка и религиозна дискриминација може да биде важно да се избегнуваат споредби со други малцински расни, етнички или верски поединци или групи наместо со поединец или група од мнозинството. Во случаите на повеќекратна дискриминација, најдобар компаратор може да не биде лицето кое припаѓа на мнозинската група од секој поглед. Изнаоѓањето на најдобриот компаратор зависи од социјалните ставови кон различни малцински групи. На пример, најдобар компаратор за Ромката од муслиманска вероисповед во јужна Бугарија која се обидува да ја докаже етничката дискриминација може да биде Турчинка со муслиманска вероисповед наместо Бугарка со христијанска вероисповед.

Во некои држави, дискриминацијата може да се утврди во споредба со еден идеален минимален стандард на третман, на пример однесување со почит кон човечкото достоинство.

2. Индиректна дискриминација

Според член 6/2, индиректна дискриминација на било кој дискриминирачки основ постои кога една наводно неутрална одредба, критериум или пракса го става лицето или групата во одредена обесправена положба во споредба со други лица, освен доколку таквата одредба, критериум или пракса не се објективно оправдани со легитимна цел, а начините за постигнување на таа цел се соодветни и неопходни.

Корисен линк:

Ограничувања и потенцијал на концептот за индиректна дискриминација кој изобилува со практични примери, табели и графикони кои може да ви помогнат да разберете како концептот на индиректна дискриминација се применува во пракса. Достапно на http://www.non-discrimination.net/content/media/limpot08_en.pdf

Практичен совет:

Запрашајте се зошто пракса која изгледа ОК на прв поглед ги обесправува едни луѓе повеќе од други. Дали луѓето кои имаат заштитен основ се диспропорционално застапени помеѓу оние кои се обесправени? Може ќе станете свесни за намерата за дискриминација, но генерално индиректната дискриминација се однесува на ефектот на одредена пракса, а не на намерата која стои зад тоа. Имајте на ум дека НЕ е неопходно да се докаже постоењето на намера за дискриминација за да се утврди постоењето на дискриминирачко правило или пракса.

Типични сценарија за индиректна дискриминација:

- Услов за познавање на јазик кое всушност не е неопходно за да се пополнат пониските позиции (обично, јазикот на лицата кои не се државјани на земјата и кои можеби припаѓаат на малцинска раса или на државјани на земјата кои можеби припаѓаат на малцинска етничка група им служи како посредно средство);
- Несоодветно високи услови за стручни или академски квалификации;
- Генерална забрана за занимање или активност која е само типична за луѓе кои споделуваат одредена заштитена карактеристика (гатачи, собирачи на старо железо, улична уметност или улична трговија);
- Услов за вработување е отслужен воен рок (може на овој начин да се дискриминираат некои религии);
- Кодекс за облекување.

Индиректна дискриминација во Европската конвенција за човекови права

Исто како и директната дискриминација, Конвенцијата не ја предвидува, ниту дефинира индиректната дискриминација. Сепак, Судот ја препознава индиректната дискриминација при што во центарот на вниманието не е нееднаквиот третман, туку ефектите од таквиот третман кои луѓе во различна положба, различно ги чувствуваат. Така „разликата во усојтајувањето може да биде во форма на нејпропорционални иприсрасни ефекти на генералната иполика или мерка, која искажана на неутрален начин, врши дискриминација на жрупа.“ (*D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], No. 57325/00; Opuz v. Turkey, No. 33401/02; Zarb Adami v. Malta, No. 17209/02*).

Веројатно првиот предмет во кој Судот го прифатил постоењето на индиректната дискриминација е *Hugh Jordan v. the United Kingdom, no. 24746/94*. Во овој предмет, според апликантот, околностите под кои неговиот син бил убиен од безбедносните сили на Велика Британија упатувале на постоење дискриминација по верска припадност. Имено, апликантот се жалел дека огромно мнозинство од убиените лица во Северна Ирска во периодот помеѓу 1969 и 1994 година биле млади лица припадници на католичката заедница, за разлика од протестантите, чиј број бил незначителен. Во одбрана на таквиот аргумент приложил и статистички податоци кои упатувале на таквиот тренд. Владата го негирала ваквото тврдење истакнувајќи дека непрецизните статистички податоци се недоволен доказ за изведување било каква аналогија во убиствата или уште повеќе различен третман. Судот, и покрај тоа што не ги прифатил статистичките податоци како веродостоен доказ, сепак рекол дека „Кога една генерална политика или мерка има непропорционални пристрасни ефекти врз одредена група, не е исклучено дека тоа може да се смета за дискриминирачки и покрај тоа што не е конкретно наменето или насочено кон таа група,“

Подоцна, во предметот *Zarb Adami v Malta (2006)* Судот ја надополнил дефиницијата на индиректната дискриминација велејќи дека „дискриминација која ипоиенцијално е сироиивна на Конвенцијата може да ироизлезе не само од законска мерка, туку иста иака и од *de facto* ситиуација“.

Според домашното законодавство на Малта, судија поротник можел да биде секој Малтешки полнолетен државјанин кој го владеел Малтешкиот јазик и е со добар карактер. Од оваа обврска можеле да бидат ослободени, меѓу другото, оние лица кои се грижат за семејството. Судот утврдил дека вака поставените законски услови за вршење на функцијата судија поротник се неутрални по својата природа. Сепак, својата пресуда ја засновал на статистички податоци според кои имало над 4 илјади судии поротници мажи, наспрема само 5 судии поротници жени. Во процентуален износ тоа значело дека повеќе од 95% од судиите поротници во Малта биле мажи, иако повеќе од полнолетните граѓани биле жени. Оттука, Судот заклучил дека начинот на кој се составуваат листите за судии поротници во Малта и условите под кои едно лице може да биде ослободено од оваа обврска биле дискриминаторски ставајќи ги мажите во понеповолна позиција во однос на жените. Тој не го прифатил аргументот на државата дека ваквата практика била условена од

традиционалните вредности на Малтешкото општество во кое жените биле тие кои се грижеле за семејството и фактот дека кај адвокатите постоела пракса повеќе да бараат иземање на судиите-поротници жени. Значи во овој предмет, не била проблематична некоја законска одредба, туку една практика чии резултати влијаеле во насока на дискриминација на мажите во однос на жените.

Имајќи ги предвид овие предмети, може да се заклучи дека првиот елемент при анализата на овој посложен вид дискриминација е постоењето на навидум неутрална одредба, критериум или практика кои, иако се применуваат подеднакво на сите, сепак со оглед на последиците кои ги произведуваат, доведуваат поединци или припадници на одредена група (според одредена карактеристика) во понеповолна положба во споредба со други лица (компаратори). Вториот елемент кој треба да се утврди е постоењето диспропорционално штетни последици за поединецот или припадниците на групата од примената на таквите, навидум неутрални одредби, критериуми или практика. И токму тука е суштинската разлика помеѓу директната и индиректната дискриминација. Акцентот кај оваа втората е ставен на постоењето штетни последици од одредена легислатива или практика, а не на нееднаквиот третман. Значи фокусот на вниманието е поместен во насока на различните ефекти во праксата. Овој вид дискриминација, со оглед на својата специфика, е потешко да се докаже и најчесто, како основна алатка се користат статистичките податоци кои доколку се веродостојни, репрезентативни и уверливи може да послужат како основа, ако не и како суштествен доказ за утврдување постоење индиректна дискриминација. За доказната сила на статистичките податоци ќе стане повеќе збор во делот кој се однесува на практичните аспекти и доказите кои може да се користат во постапката за утврдување индиректна дискриминација. Секако, на крајот на анализата и кај овој вид дискриминација доаѓа тестот на пропорционалност според кој ќе треба да се утврди дали ваквата одредба, критериум или практика е објективно оправдана, односно дали постои некоја легитимна цел и дали мерките кои се предмет на опсервација се соодветни и неопходно потребни за нејзино постигнување.

Општата дефиниција за индиректна дискриминација во европското право е: кога една наводно неутрална одредба, критериум или пракса ги става луѓето кои споделуваат заштитена карактеристика во одредена обесправена положба во споредба со други луѓе.

Во некои земји членки важат особено строги услови за вработување во јавниот сектор во однос на одлично познавање на националниот јазик, вклучително и зборување и пишување. Како резултат на тоа, постои значителна незастапеност на расните и етничките малцинства во јавниот сектор не само на повисоките позиции, туку и на пониските позиции за кои генерално се потребни мали или пак воопшто не се потребни вештини за пишување.

Она што генерално може да се види како индиректна дискриминација честопати е засновано на закон бидејќи европскиот закон дозволува еден општ исклучок на дефиницијата наведена погоре врз основа на целта на одредбата, критериумот или праксата. Со овој општ исклучок се поставува прашањето зошто одредена одредба, критериум или пракса биле усвоени, која била целта? Исто така се поставува прашањето дали начинот, моделот, решението кое се користи за таа пракса е неопходно и соодветно? Или дали може целта да се постигне на некој друг начин?

Во случаи кога се опосрува условот за познавање на јазик потребно е да откриете зошто бил наметнат таквиот услов. Дали со тоа се обезбедува сигурност дека најдобрите јавни услуги ќе бидат достапни за сите граѓани? Дали наметнувањето на условот за познавање на јазик претставува единствениот начин да се постигне обезбедување на најдобрите јавни услуги? Дали постојат други начини на кои тоа можело да биде направено? Дали најдоброто познавање на јазик е неопходно за сите работни места за да се обезбедат најдобри јавни услуги?

Индиректната дискриминација е законска доколку одредбата, критериумот или праксата може објективно да се оправдаат со легитимна цел, а начинот на постигнување на таквата цел е соодветен и неопходен. Тоа треба да го докажат обвинетите, но исто така корисно е за жртвите да проверат дали тоа што тие сметаат дека е дискриминација е всушност законски предвидено. Во праксата, постојат најразлични јурисдикции во кои може да се одлучи дека одреден тип на индиректна дискриминација е законска според европскиот закон. Меѓутоа, постојат одредени принципи кои ограничуваат кои се прифатливи јурисдикции:

- Само буџетски (финансиски) разгледувања никогаш не можат да послужат како објективна оправданост за дискриминација.
- Целта на таквата пракса не смее да биде поврзана со дискриминација и не е доволно само генерализирање.
- Пропорционалноста подразбира дека преземената конкретна мерка за постигнување на легитимна цел треба да биде соодветна за постигнување на таквата цел.
- Пропорционалноста исто така подразбира дека обвинетиот треба да покаже дека друга мерка со помал или без штетен ефект не би била ефективна.

Како ќе се примени овој тест на нашиот пример?

Доколку целта на условот за познавање на јазик е да се обезбедат најдобрите јавни услуги за сите граѓани, се чини дека тоа не е поврзано со дискриминација заснована на расно или етничко потекло. Меѓутоа, постојат бројни потенцијални погодни начини на кои оваа цел можела да биде постигната, вклучително и услов кој се однесува на академски квалификации, времетраење и разновидност на професионалното искуство и познавање на странски јазици или јазик на малцинствата, зависно од видот на јавна услуга за која станува збор. Комбинација од вакви услови изгледа особено соодветна. Исто така, јасно е дека за работни места во јавниот сектор кои не зависат од познавање на јазик, во принцип овие алтернативни критериуми за селекција ќе бидат дури и посоодветни отколку услов за познавање на јазик.

Како се применува ова во пракса?

Во предметот *D.H. and Others v. the Czech Republic* како апликанти се јавиле Роми кои биле исклучени од редовниот образовен процес и запишани во специјални училишта за деца со посебни потреби. Тие се жалеле дека ваквиот третман бил поради нивната етничка припадност и дека консеквентно биле предмет на дискриминација спротивно на членот 14, а во врска со правото на образование предвидено во член 2 од Протокол бр. 1. Тие не се жалеле дека самиот школски систем на селекција на учениците бил експлицитно и намерно насочен кон изолација на Ромите, но сметале дека начинот на кој тој се спроведувал во практиката довел до тоа несразмерно висок број Ромски ученици да се запишуваат во овие училишта. Сместувањето во овие училишта се вршело врз основа на т естови со кои се утврдувала интелектуалната способност на децата. Исти тестови биле применети на сите ученици кои потенцијално можеле да бидат запишани во овие училишта. Иако неутрални по својата природа, во праксата овие тестови се покажале исклучително тешки за децата Роми. Како последица на тоа, ромските ученици добивале понеквалитетно образование од она во редовните училишта што резултирало со отежнат пристап во средните училишта и ограничени можности за вработување. Потпирајќи се на статистички податоци, Судот утврдил дека особено висок процент од сите деца запишани во овие училишта биле Роми. Така, според статистичките податоци доставени од апликантите, околу 50 до 56% од сите деца запишани, во таа област од Чешка, во овие специјални училишта биле Роми, додека пак тие претставувале само 2% од вкупниот број деца запишани во училиштата во Чешка. Податоците од меѓународни организации сугерирале дека помеѓу 50% и 90% од Ромите во цела држава посетувале настава во вакви специјални училишта. Ваквите податоци биле доволни за Судот да заклучи дека Ромите биле „диспропорционално погодени,“ имајќи го предвид нивното учество во вкупната популација во државата. Судот не го прифатил аргументот на државата дека ваквата практика имала за цел да помогне во подигнувањето на образовното ниво на Ромите, кое било ниско со оглед на потешкотиите кои Ромите ги имале во совладувањето на чешкиот јазик и отсуството на предшколско образование. Исто така, за Судот било ирелевантно што ваквата практика не била тенденциозна, односно дека не постоела намера кај властите Ромите да бидат посебно таргетираны со примената на ваквите тестови. На крај за Судот исто така било ирелевантно дека родителите на Ромските ученици се согласиле со ваквата практика со оглед на тоа што родителите немале доволно информации да донесат правилна и разумна одлука и уште повеќе, непостоела можност поединец да се откаже од правото на образование.

Слично, во предметот *Oršuš and Others v. Croatia* Судот нашол повреда на членот 14 во врска со членот 2 од Протоколот бр. 1 од Конвенцијата со оглед на фактот што доминантно Роми биле запишувани во специјални одделенија формирани во рамки на редовните училишта, како последица, согласно тврдењето на Хрватската Влада, дека нивното ниво на познавање на хрватскиот јазик, било исклучително ниско.

3. Вознемирување

Според член 7, вознемирувањето или деградирачкото однесување претставува кршење на достоинството на личноста или на група на лица кое произлегува од дискриминаторски основ и кое има цел или ефект на нарушување на достоинството на личноста и создавање на заплашувачка, непријателска или застрашувачка средина, пристап или пракса.

Практичен совет:

Заборавете на компараторите кога размислувате за вознемирување. Концентрирајте се на чувствата кои кај вас ги предзвикува таквиот третман. Проверете дали за таквото однесување може да се каже дека го нарушило вашето достоинство како човечко суштество и создава деградирачка средина.

Типични сценарија:

- Сексистички, расистички или хомофобични шеги или приказни кои се раскажуваат на работното место;
- Постери, е-маил пораки, обична пошта или графити со слична содржина.

Според европскиот закон, вознемирувањето претставува непожелно однесување поврзано со заштитен основ со цел или ефект да се наруши достоинството на човекот и да се создаде заплашувачка, непријателска, деградирачка или навредлива средина. Дури и доколку целта не е да се вознемирува, создавањето на непријателска средина со која се нарушува достоинството на личноста (ефект) е доволно да се утврди постоење на вознемирување.

Постојат одредени недоречености во националните закони во однос на дефинирањето на 'деградирачка средина' бидејќи тоа може да биде субјективна работа: она што за еден човек претставува деградирачка средина може да не им изгледа деградирачки на други луѓе кои ја немаат таа заштитена карактеристика.

Исто така, може да биде тешко да се одлучи кој е одговорен за вознемирувањето, што честопати го прават колегите на работното место. Во вакви случаи, земјите-членки предвидуваат одговорност на работодавачот, а некои дури за работодавачите предвидуваат специјална обврска да спречуваат вознемирување и да ги поправат работите. Јавните органи и институции како што се болници, училишта или локални совети имаат обврска да се справуваат со вознемирувањето кое го вршат нивните вработени, во спротивно тие ќе ја сносат одговорноста според граѓанското право.

До сега, само еден случај на вознемирување има стигнато пред Европскиот суд на правда, во кој станува збор за мајка која е примарниот негувател на своето дете кое има пречки во развојот. Вознемирувањето вклучувало: етикетирање на мајката како 'мрзелива' кога таа побарала слободни денови за да се грижи за својот син, и покрај тоа што слободни денови им се доделувале на родителите чии деца немале пречки во развојот; несоодветни и навредувачки коментари за неа и за нејзиното дете, додека останатите вработени земале слободни денови да се грижат за своите деца кои немале пречки во развојот без притоа да предизвикуваат такви коментари; и закани дека ќе биде отпуштена кога од време на време доцнела на работа заради состојбата на нејзиното дете, додека пак за другите родители не биле упатувани такви закани (ECJ Case C-303/06 Coleman).

Повеќето земји членки ги имаат транспонирано директивите за недискриминаност за да се опфатат повеќе области во националниот закон. На овој начин, говорот на омразата може да се смета за вознемирување во Романија и Бугарија, каде комисиите за заштита од дискриминација ги прогласија за виновни весниците, градоначалниците и политичарите за говор на омраза на локално и национално ниво. Тоа исто така може да биде релевантно во контекстот во Македонија.

4. Виктимизација

Во член 10 од Законот за спречување и заштита од дискриминација, виктимизацијата се наведува како форма на дискриминација и ги опфаќа лицата кои пријавуваат дискриминација, лицата кои поднесуваат претставки, како и сведоците.

Практичен совет:

Заборавете на компараторите која мислите на виктимизација – според европскиот закон тоа не ви е потребно. Дали виктимизацијата е поврзана со претставка за дискриминација? Виктимизацијата која не е поврзана со претставка за дискриминација може да биде нашироко распространета, но таа не се штити според европскиот закон за спречување на дискриминација.

Како виктимизација се опишува било која спротивставена мерка преземена од страна на организација (вклучително и работодавачи и јавни институции) или од страна на поединец како одмазда за заложбите да се спроведе правото на еднаков третман. Највообичаен пример е кога вработениот се жали на нееднаков третман, а работодавачот одговара со тоа што му дава отказ или не му дава унапредување.

Директивите за недискриминираност ја дефинираат виктимизацијата како една форма на незаконска дискриминација: тоа е сопернички третман или сопернички последици како реакција на приговор или на постапка која има за цел да се спроведе постапување согласно на принципот за еднаков третман. Земјите-членки имаат обврска да обезбедат заштита од виктимизација во своите национални правни системи.

Стјуардеса во една авиокомпанија се пожалила на менаџментот дека била дискриминирана на основ на нејзината раса. Авиокомпанијата го разгледала приговорот, но пропуштиле да ја информираат стјуардесата за исходот од дисциплинската постапка. Всушност, останало нејасно кои мерки авио компанијата ги преземала против престапникот. Одбивањето на стјуардесата да учествува во 'медјацијата' со престапникот, за менаџментот значело нејзино одбивање да соработува, и дека тоа е причина да не биде обновен нејзиниот договор за работа. За холандската комисија за заштита од дискриминација (ЕТС) тоа претставувало јасен случај на виктимизација. Во спорот со кој се оспорувал нејзиниот отказ од работа, судијата пресудил против авиокомпанијата и одлучил дека приговорите за дискриминација треба да се решаваат на навремен и транспарентен начин и дека секогаш на подносителот на приговор треба да му се дадат повратни информации, на пример за дисциплинската постапка против престапникот. Комисијата за спречување на дискриминација и судијата дошле до заклучок дека работодавачот не воспоставил транспарентни процедури за справување со приговори за дискриминација. Комисијата за заштита од дискриминација утврдила кршење на законот за еднаков третман, додека пак граѓанскиот суд едноставно упатил на општа одредба од граѓанскиот законик со значење дека работодавачот требал да се осигура дека работните услови се безбедни (добар работодавач), што вклучува обезбедување на работни односи во кои нема дискриминација и постојат транспарентни процедури за приговори (ЕТС Opinion 2010-52, 29 March 2010, <http://www.cgb.nl/node/15109/volledig>; Haarlem District Court, Judgment of 27 April 2010, LJN: BM5906 <http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=BM5906>).

5. Инструкции за вршење дискриминација

Соред член 9, дискриминација значи секоја активност со која една личност директно или индиректно предизвикува, охрабрува, дава инструкции или поттикнува друго лице да врши дискриминација.

Со двете директиви за недискриминираност се забранува давање на инструкции за вршење дискриминација. На пример, тука спаѓаат сопственици на ноќни клубови кои им даваат инструкции на вратарите да не дозволуваат влез на посетители врз основа на нивната раса или сопственици на имот кои на агенциите за недвижности им даваат инструкции да не го издаваат или продаваат нивниот имот на етнички малцинства. Тука исто така спаѓаат примери кога работодавачите им даваат инструкции на агенциите за привремено вработување да не им праќаат вработени кои се над одредена возраст.

Општинската агенција за вработување не ги упатувала апликациите за работа од кандидати кои се од одредено етничко потекло или возраст доколку работодавачот укажал дека не сака да вработи такви луѓе. Кога бил запрашан за ваквата пракса, менаџерот на агенцијата одговорил дека нивниот метод на работа е определен според барањата на работодавачите. Тој експлицитно ги споменал работодавачите кои кажале дека нема да прифаќаат кандидати кои биле над 50 годишна возраст или кои имаат турско потекло. Тој верувал дека е беспредметно да се игнорираат таквите барања бидејќи изложувањето на кандидатите на неизбежното одбивање ќе биде само обесхрабрување за нив. Општината спровела една интерна истрага на барање на една НВО која вршела мониторинг на случајот, но било заклучено дека не се случила дискриминација бидејќи бројот на постари луѓе и имигранти кои биле упатени од страна на агенцијата за вработување бил доволен (25%). Националната комисија за заштита од дискриминација дошла до поинаков заклучок. Било утврдено дека општината е виновна за дискриминација бидејќи вработувањето на одреден дел од лицата кои бараат работа и кои припаѓаат на заштитените групи не може да претставува оправданост за директната дискриминација која се вршела врз нив. Исто така било утврдено дека агенциите за вработување се одговорни да ги повикаат работодавачите да дадат објаснување за давањето инструкции за дискриминација (Мислење на холандската комисија за заштита од дискриминација 2009-40 од 13 мај 2009).

6. Услов за обезбедување на разумно отстранување на пречки во просторот за луѓето со попреченост

Во македонскиот закон содржани се две одредби кои се однесуваат на лицата со попреченост и нивното прилагодување во просторот. Најпрво, во член 5/12 вклучена е дефиниција од член 5 на Рамковната директива за вработување. Потоа, во член 8/2 се наведува дека недостигот на разумно отстранување на ограничувања во просторот за луѓе со ментална и телесна попреченост се дефинира како дискриминација.

Со Рамковната директива за вработување на работодавачите им се наметнува обврска 'да преземаат соодветни мерки, каде што е потребно во одреден случај, за да на лицето со попреченост му се овозможи пристап, да учествува и да напредува во вработувањето, и да добива обуки, освен доколку таквите мерки не претставуваат диспропорционално оптоварување за работодавачот'. Таквото оптоварување не е диспропорционално кога тоа е доволно поткрепено со мерки кои постојат во рамки на политиката за луѓе со попреченост во дадената земја-членка.

Обврската за разумно отстранување на пречки за луѓето со попреченост честопати подлежи на ограничувањето дека не треба да создава 'диспропорционално оптоварување' за работодавачот. Типот и трошоците за разумно отстранување на пречките за луѓето со попреченост може да се разликува од еден до друг вид на попреченост. На пример, за луѓето со ментална попреченост може да биде потребна само кратка обука на работното место за रहेње на производи на рафтовите, додека пак на еден вработен кој има нарушувања во слухот може да му се потребни пишани белешки или е-маил пораки за да комуницира. Директивата укажува на трите критериуми кои треба да се земат во предвид кога се одредува дали одредено отстранување на пречки е разумно (Дел 21 од Преамбулата). Тестот составен од три дела се заснова на:

1. потребните финансиски и други трошоци;
2. сразмерот и финансиските ресурси на организацијата или компанијата;
3. можноста да се добие јавно финансирање или некаква друга помош.

Еден универзитетски студент кој користел инвалидска количка поднел претставка против својот универзитет дека немало разумно отстранување на сите пречки во просторот што би му овозможило пристап до сите предавања, испити, библиотеки и други студентски простории. Тој исто така се пожалил дека универзитетот не ги има спроведено општите одредби на законот за градежна средина. Од универзитетот објасниле дека ги преземале сите соодветни мерки за да му се овозможи на студентот колку што е можно повеќе да учествува. На барање на студентот, универзитетот направил разни прилагодувања, вклучително и поставување на рампа и посебни маси во салата за предавања, и обезбедување на лична помош на студентот во библиотеката. Холандската комисија за заштита од дискриминација назначила експерт да истражи колкава е усогласеноста на инфраструктурата со законот, и било заклучено дека универзитетот не направил грешка. Исто така, Европскиот суд за правда утврдил дека универзитетот имал направено неколку разумни отстранувања на пречки и дека дополнителната мерка која била побарана од студентот (целосен пристап до библиотеката и посебната читална) не била пропорционална на инвестицијата која била барана да се вложи од страна на универзитетот. Како резиме, не постоела повреда на еднаквиот третман (ETC Opinion, 2010-11 of 27 January 2010, <http://www.cgb.nl/node/15039/volledig>).

Слично на македонското законодавство, судовите во Бугарија одлучиле дека пропушт да се обезбеди разумно отстранување на пречки во просторот претставува директна дискриминација. Покрај тоа, бугарскиот закон оди подалеку од обврската за разумно отстранување на пречки во просторот како што е формулирано во Рамковната директива за вработување, и на јавните власти им наметнува апсолутна обврска да ја направат инфраструктурата да биде достапна за луѓето со попреченост.

Бугарскиот врховен суд ја прифаќа како апсолутна позитивната обврска на јавните власти да градат инфраструктура која е достапна за луѓето со попреченост.

На 30 јуни 2008, Врховниот касациски суд донел пресуда против општина Пловдив, втор по големина град во Бугарија, а јавните власти биле прогласени за одговорни за дискриминација врз жена со попреченост. Таа отпочнала судска постапка за пристапноста на јавните места за луѓето со попреченост, меѓу кои спаѓала и таа. Таа тврдела дека генералното постоење на непристапни јавни објекти и превоз ја лишува од можност да ужива во социјалниот живот. Таа не упатила на некој конкретен инцидент, туку на севкупната непристапност во градските објекти и инфраструктура за луѓето со физичка попреченост. Врховниот суд одлучил дека законската обврска на властите да ги елиминираат сите пречки за луѓето со попреченост е апсолутна. За тужителот судот пресудил надомест во износ од 5 250 евра за нематеријална штета за социјална изолираност и лишување од правото на професионална и лична исполнетост. Покрај тоа, судот издал наредба за властите да го поправат пропуштот околу обезбедувањето на пристап без пречки до јавните објекти и превозни средства за луѓето со попреченост, како и да се воздржуваат од такви прекршоци во иднина (Врховен касациски суд, Одлука Бр. 556 од 30 јуни 2008).

Б. Дали дискриминацијата може некогаш да се оправда?

Во Законот за спречување и заштита од дискриминација постои една општа одредба во која се наведува дека различниот третман на лицата врз основа на карактеристики кои се однесуваат на било која од дискриминациските основи нема да се смета за дискриминација кога споменатите карактеристики заради природата на занимањето или активностите поради условите во кои се одвива тоа занимање, претставуваат суштинско и определувачко барање, под услов целта да е легитимна, а таквиот услов не го пречекорува потребното ниво за реализација.

Членовите во Законот за спречување и заштита од дискриминација не содржат специфични одредби за исклучок на работодавачите кои имаат етос кој се заснова на религија или уверување. Меѓутоа, членот 8 од Законот за работни односи насловен “Исклучоци од забрана за дискриминација” може да биде доволен за да се исклучат црквите, верските заедници и групи. Во Законот за спречување и заштита од дискриминација овој исклучок е темелно разработен во член 14/3-5.

Потребно е да се истакне дека припадници на религии кои се соодветно запишани во регистар (истото важи за невладини организации, политички партии, синдикални организации и други организации) кога постапуваат во согласност со своите уверувања нема да се смета за дискриминација (член 14/5).

Законот за служба во Армијата на Република Македонија предвидува разни ограничувања за возраста, додека пак попреченоста претставува основ за губење на статус на воено лице. Луѓето со попреченост се спречени да стапат во Армијата бидејќи општата и специфична здравствена и физичка состојба претставуваат неизбежен предуслов³. Во случаи кога попреченоста била причинета за време на вршење на служба во армијата – тоа лице ќе го изгуби статусот на воено лице.

Во Законот за спречување и заштита од дискриминација постои одреден исклучок кој се заснова на националноста во смисла на државјанство, која се потпира на член 3(2) од директивите. Законот за спречување и заштита од дискриминација обезбедува заштита за странски државјани и лица без државјанство⁴; меѓутоа во член 14 јасно се наведува следното: различниот третман на лица кои не се државјани на Република Македонија, во врска со правата и слободите, а кои непосредно произлегуваат од државјанството на Република Македонија, нема да се смета за дискриминација.

Во Законот за спречување и заштита од дискриминација постојат три одредби во кои се предвидуваат исклучоци во врска со „бремена жена или мајка“ (член 15/1); за образовните потреби на лицата со инвалидитет (т.е. луѓето со попреченост); и генерално за „*йосебнаѝа зашѝиѝа на ... луѓето со инвалидитетѝ*“ (член 15/7).

Во Законот за спречување и заштита од дискриминација постојат две одредби со кои се исклучува дискриминацијата на основ на минималната возраст во однос на професионалните квалификации и напредување во кариерата (член 14/18) како и на основ на максималната возраст во однос на селекцијата при вработување, цитат: „... *заради йоѝребиѝе од рационални временски оѓраничувања йоврзани со йензионирање йредвидени со закон...*“.

Во врска со заштитата на правата и слободите на другите, Законот за спречување и заштита од дискриминација предвидува еден исклучок кој се однесува на „...*слободата на ѝвороиѝ, јавен насѝаѝ, мислење и јавно информирање...*“ (член 14/7).

Постоење на објективното оправдување според ЕКЧП: Тест на пропорционалност

Во рамки на ЕКЧП, постоењето на можност за оправдување на дискриминаторското постапување е достапна како за директната, така и за индиректната дискриминација. Во предметот *Marckx v. Belgium* Судот рекол „разликата е дискриминаторска доколку не постои објективно и разумно оправдување“, односно, доколку не се следи одредена легитимна цел или доколку нема разумен сооднос на пропорционалност помеѓу средствата кои се применети и намерата која се сака да се реализира,. Тоа значи дека оправдувањето за нееднаквиот третман на лица во слична или идентична положба ќе мора да се разгледува во контекст на целите и ефектите на мерката која е предмет на опсервација, имајќи ги притоа предвид принципите на едно демократско општество. Ваквиот нееднаков третман не е доволно само да е насочен кон исполнување на една легитимна цел, туку исто така употребените средства мора да бидат пропорционални на целта која се сека да се постигне. Дали во еден конкретен случај ќе има објективно и разумно прифатливо оправдување за нееднаквиот третман на лица во иста положба се утврдува од случај до случај. Притоа, како што е случај со анализата на жалбените наводи за наводна повреда на некои од супстанцијалните права и слободи предвидени во членовите 8-11 од Конвенцијата, така и при примена на концептот на недискриминација согласно членот 14 или членот 1 од Протоколот бр. 12 од Конвенцијата, Судот го применува принципот на маргина на одлучувањето (*margin of appreciation*) според која државите имаат одредена слобода во уредувањето на одредени прашања, на начин кој најмногу одговара на нивниот општествено правен и економски систем. Се работи за принцип кој е длабоко вкоренет во јуриспруденцијата на Судот. Во предметот *Petrović v. Austria* Судот рекол дека:

“Државиѝе доѓворнички уживааѝ одредена марѓина на одлучување коѓа йроценувааѝ дали и до кој сѝеѝен разликиѝе во инаку слични сѝтуаѝии го ойравдувааѝ различноѝ йреѝман со закон. Оѝеѓоѝ на марѓинаѝа на одлучување ќе варира согласно на околностиѝе, йредеѝнаѝа ѝема и йозаѓинаѝа; во ѝоѝ йоѓлед еден од релеванѝниѝе фактори може да биде йосѝоењето или нейосѝоењето на заедничка основа йомеѓу законѝиѝе на државиѝе доѓворнички (евройски сѝандард)...“

Од ова произлегува дека доколку постои одреден консензус меѓу државите договорнички за одредено прашање, односно доколку одредено прашање е регулирано на сличен начин во доминантен број држави-членки на Советот на Европа, во тој случај многу ќе биде мала, ако воопшто и може да стане збор за постоење на било каква, маргината на дискреционо одлучување на некоја држава тоа прашање да го реши на поинаков начин. Или кажано поинаку, во ситуација кога оваа маргина е „тесна,“ („*narrow*“), Судот применува повисок степен на контрола дали нееднаквиот третман е оправдан. Во предметот *Frette v. France* Судот ќе каже:

3 Член 25 од Законот за служба во Армијата на Република Македонија

4 Член. 3

„Оваа маргина на одлучување, сепак, не може да се толкува како доделување на арбитрарна моќ на државата, и одлучајта на властите останува да биде предмет на разгледување на Судот за тоа дали таква одлука е во согласност со барањата пропишани со член 14 од Конвенцијата.“

Легитимна цел

Погоре споменавме дека првиот чекор во примената на тестот на пропорционалност се однесува на тоа дали мерката која е предмет на опсервација е насочена кон исполнување одредена легитимна цел. Постоенето на легитимна цел е првиот елемент кој е неопходен во оправдувањето на една мерка за која се претпоставува дека е дискриминаторска. Тоа значи дека откако ќе се утврди постоењето на еднаква третман на лица во слична, споредлива положба, следно што е потребно е да се понуди одредена легитимна цел која таквиот различен третман настојува да ја постигне. Од практиката на Судот, како легитимни цели кои државите ги истакнувале во различни предмети, се издвојуваат: ефективна имплементација на политиката за поттикнување на јазично единство на две најголеми јазични заедници во државата (Belgian Linguistic case), поттикнување и развој на традиционалните семејни вредности (Marckx v. Belgium); заштита на пазарот на работна сила и јавниот ред и мир (Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom); заштита на националната сигурност, јавната безбедност, економската благосостојба на државата, како и правата и слободите на останатите луѓе (Sidabras and Džiautas v. Lithuania); заштита на здравјето и правата на децата (Hoffmann v. Austria). Во предметот Rasmussen v. Denmark, таткото се жалел дека домашното право предвидувало за мажите, за разлика од жените, рок во кој може да бараат оспорување на татковството. Судот утврдил дека навистина станува збор за различен третман меѓу мажите и жените (различен третман заснован на полот) во однос на постоењето на законски рок за поведување судска постапка за оспорување на татковството, но дека таквото решение има за цел обезбедување сигурност и стабилност на децата. Тоа затоа што ваквиот рок ги спречува евентуалните злоупотреби од оспорување на татковството, а што може негативно да се одрази врз статусот на децата. Во Dudgeon v. UK предмет на опсервација била националната легислатива според која било казниво доброволното стапување на возрасни хомосексуалци во сексуални односи. Судот утврдил дека ваквата регулатива, самата по себе, претставува повреда на правото на почитување на приватниот живот на апликантот, со оглед на тоа што сексуалниот живот на поединецот влегува во рамките на правото на приватен живот предвиден со членот 8 од Конвенцијата. Сепак, Судот прифатил дека заштитата на јавниот морал претставува легитимна цел која државата може да се стреми да ја обезбеди. Во предметот Darby v Sweden (1990), лицата нерезиденти во Шведска биле задолжени да плаќаат црковен данок и покрај тоа што не припаѓале на таа црква, а лицата со регулиран престој, кои исто така не припаѓале на црквата, можеле да бидат ослободени од оваа обврска. Судот не го прифатил аргументот на Шведската Влада дека само поради административни проблеми, ваква можност не постоела за нерезидентите.

Пропорционалност

Постоенето на легитимна цел не е доволно за да се оправда нееднаквиот третман на лица во иста положба. Потребно е да се докаже дека постои реална врска помеѓу таквата цел и различниот третман кој е оспоруван од страна на жртвата на наводната дискриминација. Тестот на пропорционалност завршува со анализа дали постои „разумен однос на пропорционалност помеѓу средствата кои се применети и намерата која се бара да се постигне.“ Во Belgian Linguistic case, Судот рекол „Конвенцијата не забранува разлики во постапувањето кои се темелат на објективна проценка на суштински различни фактички околности и кои бидејќи се засноваат на јавен интерес поттикнува правичен баланс помеѓу заштитата на интересите на заедницата и почит за правата и слободите кои се штитат со Конвенцијата.“

Тестот на пропорционалност се сведува на проверка дали мерката на која е подложен жалителот во остварувањето на некоја легитимна цел е ексцесивна, односно дали таквата цел можела да се постигне со примена на некоја поблага мерка. Доколку е тоа така, тогаш голема е веројатноста дека различниот третман е дискриминаторски, односно неоправдан. Додека докажувањето дека постои легитимна цел во примената на наводно дискриминаторската мерка е обврска на тужениот (односно државата во постапката пред Судот), докажувањето на отсуство на пропорција меѓу таа мерка и целта која се сака да се постигне е обврска на жалителот. Судот ќе ја осуди употребата на диспропорционални мерки со чија примена доаѓа до арбитрерно нееднаков третман на субјектите на правото.

Како пример на диспропорционално ограничување на правото на почитување на приватниот живот е предметот Sidabras and Džiautas v. Lithuania, nos. 55480/00 and 59330/00 во кој Судот утврдил дека генералната забрана за вработување на лица, поранешни КГБ агенти, во приватниот и јавниот сектор е диспропорционално на целта која таквата мерка се стремела да ја постигне, имено заштита на националната сигурност. Судот сметал дека ваквата забрана за вработување во приватниот сектор била ексцесивна.

Анти-дискриминационото законодавство на ЕУ

Европскиот закон на обвинетите им дава ограничени можности да докажуваат дека нивното однесување е законско, покрај тоа што се однесувале понеповолно кон жртвите. Меѓутоа, пред судските постапки да стигнат до фазата кога се разгледува одбраната на оправданоста, жртвите имаат обврска са подготват prima facie случај – како што е објаснето подолу во Поглавјето III.3.B.

Директната дискриминација може да се оправда врз основа на специфични исклучувања за основот. Индиректната дискриминација може да се оправда врз основа на еден генерален тест. Пропустот да се направи разумно прилагодување на просторот може да се оправда со примена на финансиски тест составен од три дела. Вознемирувањето, виктимизацијата и давањето инструкции за вршење дискриминација не може да се оправдаат.

В. Што се афирмативни мерки?

Националниот закон во Македонија предвидува преземање на позитивно постапување во однос на етничкото потекло, попреченоста и возраста (млади луѓе). Тоа не се предвидува за религијата или уверувањето, староста (постари луѓе) или сексуалната ориентација. Главен инструмент на мерките за позитивно постапување во врска со лицата со попреченост претставува Законот за вработување на инвалидни лица. Главните цели се интегрирање на инвалидните лица во работната средина и нивната безбедност на работното место. Во однос на постапувањето поврзано со возраста (млади луѓе), тоа се прави врз основа на владини одлуки.

Член 13 од Законот за спречување и заштита на дискриминација содржи посебна одредба која е насловена Афирмативни мерки, а тој термин соодветствува со терминот 'позитивно постапување'. Овој член опфаќа мерки во корист на: (1) лице, група на лица или заедница, со цел да се елиминираат или да се намалат фактичките нееднаквости; и (2) маргинализирани групи со иста цел.

Во Директивите за недискриминираност конкретно се наведува дека позитивното постапување (афирмативни мерки) претставува оправданоста за нееднаквиот третман. Вообичаено, припадниците на мнозинските групи ги оспоруваат таквите афирмативни мерки, бидејќи чувствуваат дека тие се соочуваат со незаконска дискриминација како резултат на афирмативните мерки кои се направени на начин на кој ќе се подобри состојбата на заштитените групи. На пример, мажите ги оспоруваа афирмативните мерки кои беа подготвени во некои земји-членки за да се унапредуваат еднаквите можности за жените.

Европскиот суд на правдата дозволува давање автоматска преференца на заштитен основ во ограничени околности и само онаму каде кандидатите се смета дека имаат еднакви заслуги по направената индивидуална проценка. Ефектот на судската пракса на Европскиот суд на правдата е да се намали опсегот на позитивно постапување (афирмативни мерки) во случаите кои се однесуваат на полова еднаквост/дискриминација.

За повеќе информации на оваа тема, прочитајте:

Вон формалната еднаквост, достапно на http://www.non-discrimination.net/content/media/Beyond%20formal%20equality%20-%20Positive%20action%20under%20Directives%202007_en.pdf и

Еднакви права наспроти специјални права? Заштита на малцинствата и забрана на дискриминацијата, достапно на http://www.non-discrimination.net/content/media/Equal%20rights%20versus%20special%20rights%20-%20Minority%20protection%20and%20the%20prohibition%20of%20discrimination_en.pdf

Случајот C-476/99 Lommers на Европскиот суд на правдата се однесува на правилата на работодавачот во јавниот сектор, според кои субвенционирани места во детската градинка биле отворени само за жени, освен во вонредни ситуации. Европскиот суд на правдата утврдил дека ситуациите на жени вработени лица и мажи вработени лица се споредливи и оттаму постоела јасна разлика во третманот. Европскиот суд на правдата проверил дали таа мерка е допуштена со европскиот закон. Судот одлучил дека во принцип оваа мерка спаѓала во категоријата мерки кои се направени со цел да се елиминираат причините за намалените можности за жените да добијат пристап до вработување и кариера. Европскиот суд на правдата забележал дека било кое отстапување од индивидуалното право на еднаков третман мора да одговара на принципот на пропорционалност. Клучните факти кои судот ги истакнал биле недоволниот број на места во детската градинка кои се достапни за сите жени на кои им се потребни, расположливоста на алтернативни места за детските градинки на релевантниот пазар на услуги и фактот дека тие места може да се доделат на мажи во вонредни ситуации. Заклучокот бил дека оваа шема била во согласност со европското право; меѓутоа, тоа би било случај само доколку исклучокот за 'вонредни ситуации' бил направен со цел да им овозможи на мажите кои се грижеле за своите деца да добијат пристап до место во детските градинки под исти услови како и жените.

Жртвите кои имаат заштитена карактеристика може да се соочат со случаи кога е дискутабилно дали мерките всушност претставуваат реално позитивно постапување (афирмативни мерки). На пример, мерките кои се означени како афирмативни мерки може да послужат како оправданост да се постави повисоко ограничување на бројот на вработени од етничките малцинства кои се вработуваат или дека за вработувањето кои им се нуди на инвалидни лица може да се исплаќа дискриминирачка плата. Доколку таквите мерки всушност ја обесправуваат заштитената група, тие ќе се сметаат за дискриминирачки и не можат да се квалификуваат како исклучок кон забраната за дискриминација.

Со Директивите за недискриминираност, на земјите-членки им се дозволува да преземаат афирмативни мерки за да се обезбеди целосна еднаквост во пракса, што значи дека им е дозволено да одржуваат и усвојуваат специфични мерки за спречување или за надомест за обесправеноста која се однесува на заштитената група. Тоа е спротивно на Конвенцијата за елиминација на сите форми на расна дискриминација, а притоа сите земји-членки се потписнички на оваа конвенција и со тоа афирмативните мерки стануваат задолжителни. Оваа разлика може да се покаже за релевантна во пракса доколку жртвата тврди дека дискриминацијата од која страда таа или нејзината група може да се поправи само преку задолжителни афирмативни мерки.

III.4. ДОКАЖУВАЊЕ НА СЛУЧАЈОТ: СПЕЦИФИЧНИ ДОКАЗИ И ТОВАР НА ДОКАЖУВАЊЕ

Корисни линкови:

Поправање на балансот на моќ во случаите на дискриминација: префрлање на товарот на докажување, Преглед на европскиот закон за спречување на дискриминација 4/2006, достапно на http://www.migpolgroup.com/publications_detail.php?id=173

Дискриминацијата може да се утврди во текот на било која законска постапка. Во граѓанските и работните спорови, општо правило е дека секоја од страните го носи товарот на докажување на фактите кои ги тврди и кои се надева дека ќе донесат поволен исход. Генерално, претставка за дискриминација до граѓански суд или суд за работни спорови мора да се докаже дека е поверојатна, отколку не. Во управните и кривичните предмети, вообичаено властите треба да ги истражат и утврдат фактите до различен степен на сигурност. Комисиите за заштита од дискриминација или спроведуваат административни постапки или спроведуваат истрага за претставките според сопствените интерни правила.

Жртвите имаат најактивна улога во граѓанските и работните спорови, и вообичаено тие имаат поактивна улога во управните постапки во споредба со кривичните предмети. Стандардот на докажување е највисок во кривичните постапки бидејќи на обвинетите може да им бидат изречени сериозни санкции, вклучително и казна затвор. Токму затоа во кривичните постапки една претставка за дискриминација мора да се докаже вон секое разумно сомнение. Во пракса, дискриминаторската намера на сторителот мора да биде утврдена во кривичните предмети. Дури и во случаи кога предметот го разгледува комисијата за заштита од дискриминација или случајот е упатен на медијација, колку посилни се доказите на жртвата, во толку подобра позиција се наоѓа самата жртва.

Вообичаени докази во сите видови на постапки претставуваат исказите на сведоците, разни документи или општи сознанија. Во сите постапки жртвите имаат обврска да ги обезбедат сите докази кои ги имаат на располагање. Во повеќето случаи, дискриминацијата се утврдува со користење на писмени и усни изјави на обвинетите кои може да се докажат преку сведоците или преку документи или пак работи кои се однесуваат на општи сознанија.

Во Германија, изјавата на еден работодавач дека компанија која вработува премногу странци клиентите ја сметаат за 'лош бизнис', било причина за претпоставката дека последователното отпуштање на вработен се засновало на неговата етничка припадност (Регионален суд за работни спорови Бремен, 1 Sa 29/10 од 29 јуни 2010).

Во Унгарија, големиот процент на ромски деца во одредено училиште судовите го сметаат за нешто што е општо познато (Debrecen Appeals Court Judgment No. 13.P.21.660/2005).

Директивите за недискриминираност дефинираат различни типови на дискриминација. Независно на типот на дискриминација, кога поднесуваат претставка жртвите треба да обезбедат информации на комисиите за заштита од дискриминација, судовите, полицијата, клиентите, просветните инспекторати или други управни органи за следното. Основни информации во претставката за дискриминација

ПРАШАЊА	ОДГОВОРИ
1. Кој?	Вратарот
2. Направи што?	Одби да не пушти да влеземе
3. На кого?	На мене и на моите пријатели
4. Кога?	Ден/месец/година. Мора да беше околу 23.00 часот
5. Каде?	Бар Бар
6. Како?	Ни кажаа дека треба да бидеме членови ако сакаме да влеземе
7. Кој е резултатот од лошото постапување?	Не можевме да влеземе во Бар Бар и се почувствувавме понижени кога видовме како сите други влегуваат
8. Кој е одговорен за лошото постапување?	Вратарот, сопственикот или работодавачот на вратарот, или сите тие
9. Кој бил сведок на лошото постапување?	Ние бевме група од петмина и имаше и други клиенти и случајни минувачи, и се разбира вратарот
10. Дали постојат документи, статистички податоци или експертски мислења за да се докаже тврдењето?	Не, но мојот пријател направи снимка со својот телефон од луѓето кои влегуваа и потоа направивме тест на нашата ситуација. За прв пат слушнавме нешто такво како членство. На факултетот исто така имавме слушнато дека други африкански студенти биле вратени од ова место.
11. Која е заштитената карактеристика на жртвата: раса или етничко потекло, возраст, попреченост, сексуална ориентација, религија или уверување? Дали е реална, претпоставена, поврзана, повеќекратна?	Четворица од нас сме црни африкански студенти + еден пријател е од тука
12. Која е контролната група или група со која ќе се спореди третманот од кој страдала жртвата? Белешка: Не постои потреба да се идентификува компаратор во случаи на вознемирување, виктимизација или давање инструкции да се врши дискриминација, или пропуст да се обезбедат соодветни услови во просторот. Во некои земји-членки дискриминацијата може да се утврди преку споредба со еден идеален минимален стандард на третман, на пример однесување со почитување на човечкото достоинство.	Секој друг посетител или клиент, и ниеден од нив не е црн африканец
13. Дали овој случај потпаѓа под опфатот на (европскиот) закон за спречување и заштита од дискриминација?	Да, ние веруваме дека ова потпаѓа под Директивата за расна еднаквост: пристап до услуги кои се достапни на јавноста

А. СПЕЦИФИЧНИ ДОКАЗИ

Постојат најразлични докази кои може да им олеснат на жртвите на дискриминација да го формираат своето тврдење, вклучително и статистички податоци, тестирање на ситуацијата, прашалници, аудио и видео снимки, мислења на вешти лица и заклучоци изведени од посредни докази.

1. Тестирање на ситуацијата

Тестирањето на ситуацијата честопати се користи да се откријат дискриминирачките практики, како што е одбивање на пристап во барови, ресторани или пристап до вработување. Исто така, тестирањето на ситуацијата се користи за да се открие различен третман во пристапот до изнајмени станови или пак пристап до верски училишта. Примената на тестирањето на ситуацијата се рашири ширум Европската Унија со текот на годините. Обединетото Кралство и Холандија веќе долго време се запознаени со оваа техника, но во Белгија, Бугарија, Република Чешка, Данска, Финска, Франција, Унгарија, Летонија, Словачка и Шведска се повообичаено станува да се врши тестирање на ситуацијата за случаите. Во Унгарија, систематската примена на тестирањето доведе до значајни победи за спречување на широко распространетата дискриминација врз Ромите. НВОи и комисиите за заштита од дискриминација во Австрија, Кипар и Италија започнуваат со примена на тестирањето на ситуацијата.

Еден апликант кој сакал да изнајми стан, а имал имигрантско потекло се сомневал дека е дискриминиран. Двајца пријатели Швеѓани се одлучиле да аплицираат исто така во агенцијата за недвижности. На нив двајца им била дадена шанса да го видат станот, но не и на нивниот пријател имигрант. Иако овој тест не бил одлучувачки, сепак помогнал да се докаже целиот случај. За случајот било одлучено во полза на тужителот и за тоа била пресудено и исплата на отштета (Göteborg District Court, dom meddelad 2007-11-06 (mål nr T13077-05).

Во Данска и Обединетото Кралство, новинарите исто така се служат со тестирање на ситуацијата за да дојдат до одредени откритија и потоа да известуваат за тоа. Тестирањето за ситуацијата е утврдено со закон само во Унгарија, Франција и до одреден степен во Белгија. Во други земји-членки, овие работи се разгледуваат врз основа на општиот закон за докажување.

Дефиниција на тестирањето на ситуацијата во унгарскиот закон

... во врска со однесувањето на наводниот вршител на дискриминација, Комисијата за еднаков третман ќе стави во идентична ситуација лица кои се различни од аспект на [заштитен основ], но се слични од аспект на други карактеристики, и ќе го испита постапувањето на наводниот вршител на дискриминација во однос на тие лица од аспект на почитувањето на еднаквиот третман (Член 13(1) од одлуката на Владата 362/2004 за Комисијата за еднаков третман и за деталниот Деловник).

За повеќе информации во врска со тестирањето на ситуацијата, прочитајте:

Докажување на случаи на дискриминација: улогата на тестирањето на ситуацијата, достапно на http://www.migpol-group.com/publications_detail.php?id=172

2. Процедура со примена на прашалник

Во неколку земји-членки, националните закони обезбедуваат друга алатка која може да го олесни пристапот до информации кои се неопходни за да се утврди prima facie случај – процедура со примена на прашалник. Пред да се поднесе формален приговор или да се отпочне законска постапка, жртвите имаат можност или обврска да контактираат со наводниот вршител на дискриминација и да побараат појаснување за неговото/нејзиното однесување. Одговорите кои се даваат во таквиот прашалник – или пак недавањето на одговори во прашалникот – на судовите им овозможува да извлечат заклучоци во врска со дискриминацијата.

Во Ирска, Трибуналот за заштита од дискриминација се служи со процедурата за примена на прашалник. Лице кое верува дека има доживеано дискриминација, според дел 76 од актите има право да му се обрати на писмено на лицето кое го/ја дискриминира/а, со барање за одредени информации. Законски пропишаната форма на прашалникот (Формулари EE.2 и ES.1) може да се добие во Трибуналот или пак може да се преземе од нивната веб страна. Законски пропишаниот формулар за одговор на лицето кое го добива прашалникот му дава можност да ја каже својата верзија на случувањата. Овој формулар може да се добие во Трибуналот (Формулар EE.3 и ES.2) или да се преземе од нивната веб страна. Во актите се наведува дека директорот може да извлече заклучоци како што е соодветно од она што лицето не успеало да одговори или пак заради давање на лажни, грешни или несоодветни информации. Примерок од овој прашалник може да се најде на http://www.equalitytribunal.ie/uploadedfiles/AboutUs/ee_2.pdf

Иако процедурата за користење на прашалник не е формализирана во други земји-членки, општите правила за докажување на жртвите им даваат можност да се служат со било кои докази, вклучително и одговори од наводниот вршител на дискриминација на писменото барање на информации за неговото/нејзиното однесување. Еден детален одговор, исто така може да даде веродостојно објаснување за самата жртва и да се убеди жртвата дека не страдала од дискриминација.

3. Статистички податоци како докази

Во Директивите за недискриминираност се споменуваат статистичките податоци како докази и начин кој дава можност да се утврди индиректната дискриминација. Генерално, националните закони не предвидуваат дека статистичките податоци се еден вид на доказ, но дозволуваат нивна употреба.

Во праксата, жртвите имаат утврдено дискриминација со користење на статистички податоци особено во случаи кои се однесуваат на нееднаква плата засновано на полот, колективно прогласување за технолошки вишок заради возраст и сегрегација базирана на етничка припадност. Меѓутоа, во повеќето случаи статистичките податоци не се достапни и статистичките докази не се предуслов за утврдување на индиректна дискриминација. Користењето на статистичките податоци помага да се префрли фокусот од жртвата поединец на структурните нееднаквости кои се поосежни. Може да биде од помош доколку жртвата знае дека постојат многу други луѓе кои ја споделуваат истата судбина, но не сакаат да отпочнат постапка против вршителот на дискриминација. Користењето на статистичките податоци може да помогне да се утврдат обрасци за дискриминација врз други луѓе за да се докаже сопствениот случај.

Во случајот C-167/97 Seymour-Smith and Perez, Европскиот суд на правдата укажал дека условите за добивање на одредени права на вработување или привилегии ќе претставуваат *prima facie* случај на индиректна дискриминација доколку расположливите статистички податоци укажуваат дека значително мал процент на жени отколку мажи биле во можност да го исполнат овој услов.

Германските судови редовно дозволуваат статистички податоци да се изнесуваат како докази при утврдувањето на индиректната дискриминација. Групите кои се споредуваат се формираат за секој случај поединечно согласно на општите принципи на законот за еднаквост. Судската пракса доследно покажува дека групите кои во суштина се еднакви треба да добиваат еднаков третман. Зависно од конкретниот контекст се применуваат различни критериуми за да се утврди дали групите се суштински еднакви или не. Не постои утврдена судска пракса за специфична квантитативна мерка за утврдување на диспропорционален ефект на одлуката за една група во споредба со друга група. Генерално се користат статистички податоци за општеството доколку такви податоци има на располагање. Во спротивно, се пресметуваат статистички податоци кои се релевантни за поединечни случаи. Групите кои треба да се споредуваат се одредуваат според личниот опсег на правилото кое се оспорува. На пример, доколку се спори за некој колективен договор, секој кој е обврзан со тој договор претставува дел од таа релевантна група. Доколку се оспоруваат упатствата за селекција при вработување, релевантната група е составена од кандидати за работното место, иако се спори дали сите кандидати треба да се земат во предвид или само оние кандидати кои имаат доволно квалификации.

Во Ирска, веројатноста е дека судовите ќе се потпрат на статистичките податоци кои ги има изнесено жртвата. Кога за конкретен случај нема статистички податоци на располагање, судовите се потпираат на статистичките

податоци на работодавачот. Кога се собираат статистички податоци или кога тие податоци се бараат од обвинетите, потребно е да се земат во предвид неколку основни прашања:

- Дали временскиот период е доволно долг за да се покаже диспропорционалното влијание?
- Кој е најдобриот опсег на статистичките податоци (вработени на возраст од 50 години и повеќе или вработени на возраст од 55 години и повеќе во споредба со вработени на возраст под 30 години или под 28 години)?
- Дали групите кои се споредуваат се наоѓаат во суштински слична состојба?

Унгарската Комисија за еднаков третман честопати се потпира на статистичките податоци во врска со претставки кои се однесуваат на недобивање на работно место врз основа на возраста во случаи кога во исто време се вработуваат голем број на лица. Во случај каде жртвата приговара дека не била избрана за даденото работно место заради возраста (51 година), Комисијата побарала статистички податоци за возраста на нововработените лица, како и за возраста на сите лица кои се вработени на истото работно место. Комисијата утврдила дека компанијата вработила неколку лица над 35 и 40 годишна возраст, и дека најстарото лице на таа позиција имало 47 години. Врз основа на тоа, Комисијата ја отфрлила претставката. Тука треба да се истакне дека ограничувањата за возраста во групите кои се споредуваат треба да бидат особено внимателно избрани во такви случаи, бидејќи вработени лица на возраст од околу 35 години може да не бидат споредливи со жртва која е на возраст од 51 година (<http://www.egyenlobanasmod.hu/zanza/453-2008.pdf>).

4. Други типови на докази

Другите типови на докази вклучуваат аудио и видео снимки доколку тоа е дозволено со закон или со судската пракса, исказ во претходна постапка од страните, прикажување на некоја типична тенденција, мислења на сведоци вешти лица, изведени заклучоци од посредни докази и изјави за јавноста кои се објавени или емитувани.

Законот за заштита од дискриминација во Романија овозможува користење на аудио и видео снимки. Во пракса, управувачкиот одбор на комисијата за заштита од дискриминација на Романија, т.е. Националниот совет за спречување на дискриминација (NCCD), можат да прифатат било какви докази кои се релевантни за случајот за време на сослушувањата и пред да се донесе одлуката. Тоа е исклучок од вообичаената граѓанска постапка и додека NCCD ваквите докази ги смета за непроблематични, сè уште има голема потреба да се едуцираат судиите во тој поглед. Внатрешните процедурни правила на NCCD подразбираат дека изнесувањето и побивањето на доказите треба да се случува истовремено, доколку постои можност за тоа.

Во Италија, парниците за институционална дискриминација може да се поткрепат со изјави на владини функционери во кои се откриваат недоследности помеѓу пишаните политики и усните изјави. На пример, тоа може да се примени во случаи каде воспоставувале политики на наводно 'етнички неутрална' основа со употреба на нејасни термини како што се 'населби на номадските заедници', но владините претставници ги споменале директно Ромите во интервјуата кои се објавени на официјалните веб страници.

Во Унгарија, Комисијата за еднаков третман најчесто назначува експерт за претставки кои се однесуваат на еднаква плата за еднаква работа, и во таквите случаи честопати е неопходна специјална техничка анализа за да се оцени дали две различни (или неидентични) позиции може да се сметаат за еднаква работа. Друга област во која честопати е неопходна специјална експертиза се случаите поврзани со образованието. На пример, во еден случај експертот беше назначен да оцени дали условите во училиштето ги исполнуваат законските барања за да се утврди дали локалниот совет ги прекршил своите обврски кон децата со мала попреченост во учењето (<http://www.egyenlobanasmod.hu/zanza/103-2009.pdf>).

5. Правила кои овозможуваат пристап до документи и обезбедување на искази од сведоци пред судскиот претрес

Честопати жртвите се одвраќаат од поднесување претставка за некое дискриминаторско постапување или пракса од страв дека доказите за кои знаат дека постојат нема да бидат достапни или пак дека сведоците нема да сведочат. Иако не може

да се даде гаранција дека сведоците ќе дадат информации за случувањата кои се идентични на сеќавањето на жртвата, корисно е да се провери дали тие ќе се согласат да сведочат пред да започне судската постапка. Покрај тоа, може да се преземат чекори за да се олесни пристапот до документи кои во спротивно не се достапни за жртвата пред или за време на постапката. Во праксата, комисиите за заштита од дискриминација, управните органи или полицијата може да бидат многу поефективни во обезбедувањето на документи кои одат во прилог на случајот на жртвата. Процедурата за користење на прашалници или некој друг сличен обид може исто така да го олеснат пристапот до информации.

Во текот на постапката, обвинетите имаат обврска да ги обезбедат бараните документи. Некои управни органи и полицијата можат да направат претрес во просториите на обвинетите за да обезбедат документи. Во една пресуда за случај во Франција се прикажува следното: 'обвинетиот не може да тврди дека доказите на тужителот се несоодветни доколку тој не успеал да ги обезбеди документите кои се бараат од страна на судот. Последица на правото да се добие пристап до доказите на спротивната страна е тоа што пропустот да се направи тоа го префрла товарот на докажување на обвинетиот' (IBM v Buscail, Court of Appeal, Montpellier, no. 0200504, 25 March 2003).

Законот за заштита од дискриминација во Романија ги обврзува сите јавни и приватни агенции кои поседуваат релевантна документација да ја споделат со комисијата за заштита од дискриминација (NCCD), во спротивно ќе им биде изречена административна парична казна. Меѓутоа, слична одредба не е достапна во однос на тужителот кога се подготвува за судскиот предмет. Доколку тужителот се одлучи да поднесе претставка до судот наместо до NCCD, само судот може да побара документи и судскиот налог ќе се заснова на општите правила на граѓанската постапка.

Б. Докажување на случајот: споделен или префрлен товар на докажување

Член 38 од македонскиот Закон за спречување и заштита од дискриминација предвидува префрлање на товарот на докажување.

Европскиот суд на правдата многу рано сфати дека жртвите 'може да бидат лишени од било кои ефективни начини за спроведување на принципот на еднаков третман пред националните судови доколку ефектот од изнесувањето на доказите за очигледна дискриминација не е да му се наметне товарот на докажување на обвинетиот дека неговата/нејзината пракса всушност не е дискриминаторска' (ECJ Case C-109/88 Danfoss). Овој принцип, кој за прв пат беше формулиран во судската пракса, беше потоа усвоен во европскиот закон и служи како основа за докажување на дискриминацијата согласно на Директивите за недискриминираност.

Директивите за недискриминираност го предвидуваат префрлањето на товарот на докажување: кога жртвите пред судот или друг надлежен орган ќе утврдат факти од кои може да се претпостави дека имало директна или индиректна дискриминација, обвинетиот е оној кој треба да докаже дека немало кршење на принципот на еднаков третман. Во националните закони може да се воведат поповолни правила, но префрлањето на товарот на докажување не се применува во кривичните постапки. Земјите членки, исто така можат да ја исклучат примената и во управните постапки и судски инквизиторни постапки кога државен орган ги истражува фактите за случајот. Франција не дозволува префрлање на товарот на докажување во управните постапки, додека пак Португалија го исклучува од постапките во судовите кои спроведуваат истраги. Иако сите земји-членки на ЕУ сега обезбедуваат префрлање на товарот на докажување во случаите на дискриминација, кај одреден број на држави постојат сомненија за недоследности во однос на одредбите од директивите.

Типични сценарија

Товарот на докажување може да се префрли во случаи на директна и индиректна дискриминација, како и за тврдења кои вклучуваат давање инструкции за вршење дискриминација. Вознемирувањето и разумното обезбедување на соодветен простор се исто така опфатени, но не е јасно дали ова правило исто така се применува за виктимизација.

Европскиот суд на правдата и последователниот европски закон за заштита од дискриминација бараа начин да се обезбеди ефективна заштита од дискриминација преку префрлањето на товарот на докажување. Тоа не значи дека жртвите не мора да го убедат судот дека тие имаат случај. Најпрво, тие мора да подготват *prima facie* случај, или со други зборови да го убедат судот за веројатноста дека тие страдале од дискриминација. Товарот на докажување потоа се префрла на обвинетиот, кој мора да покаже дека дискриминацијата немала улога во третманот или последиците за кои се приговара. Доколку обвинетиот не е во можност да даде објективни причини за третманот кои не се поврзани со дискриминацијата, обвинетиот ќе биде одговорен за кршење на законот за спречување и заштита од дискриминација.

Товарот на докажување не се префрла во кривични предмети и генерално во случаи каде властите или судовите се одговорни за спроведување на истрага за фактите. Или со други зборови, товарот на докажување мора да се префрли во граѓанските судови и судовите за работни спорови, но не и во било која друга постапка. Меѓутоа, жртвите во овие постапки се советуваат да ги обезбедат основните релевантни информации.

1. Prima facie случаи со кои се воспоставува претпоставка за дискриминација

Европскиот суд на правдата одлучи дека постои prima facie случај кога било покажано дека платата на логопедите била значително помала од платата на фармацевтите, и дека логопеди бидеј речиси исклучиво жени додека пак фармацевти биле претежно мажи. Оваа информација била доволна за да се префрли товарот на докажување (Case C-127/92 Enderby).

Изјави со кои работодавачот јавно дава до знаење дека нема да вработува лица со одредено етничко или расно потекло може да даде факти од таков тип што може да доведат до претпоставка за дискриминаторна политика за вработување. Оттаму, работодавачот е оној кој ќе треба да изнесе докази дека не бил прекршен принципот на еднаков третман, што може да се направи, меѓу другото, преку прикажување дека актуелната пракса за вработување не кореспондира со дадените изјави (Case C-54/07 Feryn).

Законот за еднаков третман во Унгарија го вклучува концептот на претпоставка дека е извршена дискриминација, кое се заснова на идејата дека утврдувањето на заштитениот основ и самата обесправеност создава доволно силно сомнение за дискриминација за да се префрли товарот на докажување. Ова е многу поополно за жртвата отколку решението кое е применето во директивите бидејќи во унгарскиот систем причинската врска помеѓу заштитениот основ и обесправеноста не треба да се утврдува на ниеден начин.

За да се направи тестот дали да се префрли товарот на докажување потребно е жртвата само да ја поткрепи основаноста на приговорот, наместо да го докажува своето тврдење. Таквото поткрепување на основаноста на приговорот подразбира пониско ниво на сигурност: ако жртвата утврди факти од кои може да се претпостави дека (i) постоело страдање од обесправеност и (ii) дека жртвата поседува заштитена карактеристика (реална или претпоставена), и тогаш товарот на докажување се префрла.

Доколку основаноста на случајот била потврдена, обвинетиот има право да докаже

- а) дека околностите кои се потврдени од страна на жртвата или actio popularis не постои; или
- б) дека се придржувал или не бил обврзан да се придржува на условот за еднаков третман.

Во директивите не се користи намерата при дефинирањето на дискриминацијата. Тоа е нерелевантно за утврдување на дискриминацијата, што значи дека не треба да биде утврдено од страна на жртвата. Меѓутоа, доколку жртва на дискриминација започне кривична постапка, тогаш намерата на сторителот ќе биде во центарот на вниманието и товарот на докажување не се префрла.

Во одредени ситуации може да биде проблематично да се пронајде соодветен 'компаратор'. Доколку судот смета дека споредбата е несоодветна, може да донесе одлука против жртвата. Покрај тоа, судот може да ја спореди жртвата со група или поединец кои исто така се соочуваат со дискриминација. Тоа може да се случи доколку една наводна жртва на етничка или верска дискриминација се споредува со друга малцинска заедница, а не со мнозинската заедница. На пример, во една земја-членка каде 85% од граѓаните се Католици и само 5% се Евреи, Муслимани и Протестанти, веројатно е дека било која жртва од малцинската религија треба да се споредува со Католик. Судот, исто така може да споредува некое лице со тежок инвалидитет и лице со умерен инвалидитет, наместо со лице кое нема инвалидитет. Покрај тоа, може да постојат случаи каде нема соодветен компаратор според кој ќе може да се одмери третманот. Честопати тоа се јавува во случаите на повеќекратна дискриминација. Директивите за недискриминираност дозволуваат хипотетички компаратори. Меѓутоа, нема потреба да се идентификува компаратор во случаи на вознемирување, виктимизација или давање инструкции за вршење дискриминација, или пропуст да се обезбедат разумни услови во просторот. Во некои земји-членки дискриминацијата може да се утврди при споредба со идеален минимален стандард на третман, на пример однесување со почитување на човечкото достоинство.

2. Примена на одбрана на оправданоста од страна на обвинетите

Доколку товарот на докажување е префрлен, потребни се уверливи докази за да се направи ослободување од товарот на докажување. Во предметот *Campbell Catering Ltd v. Aderonke Rasaq*, Ирскиот суд за работни спорови укажал дека доказите мора да бидат цврсти и уверливи за да успешно се побие претпоставката за дискриминација. 'Иако Судот не е обврзан да ги примени правилата и законските принципи за докажување на факти како што тоа би го направил друг суд, не може да се дозволат докази за кои се знае од нечиво кажување или од гласини при побивањето на сведочење кое е дадено под заклетва' (Трибунал за еднаквост 2004 EED048).

Повеќето оправдувања за дискриминаторското однесување се економски или пазарно засновани. Меѓутоа, мора да се направи разлика помеѓу економските оправдувања за директна дискриминација и објективно дадените економски оправдувања кои одат заедно со заложбите направени со најдобра намера за да се постигне правична пракса. На пример, Европскиот суд на правдата не дал тежина на аргументите во однос на повисоките трошоци за обезбедување на еднаква плата помеѓу мажите и жените за владите, националните економии, или приватните претпријатија (Case C-43/75 Defrenne).

Во однос на сексуалната дискриминација, Европскиот суд на правдата има утврдено неколку специфични можни оправдувања во областа на работните односи. Судот има укажано дека еден работодавач може да оправда одредено барање или услов само доколку се покажало дека е важно за исполнувањето на специфични задачи. Исто така, било истакнато дека мобилноста не може да се користи независно како индикатор или показател за квалитетот на работата. Разликите во платата кои се засноваат на различната обученост може да се оправдаат преку прикажување на нивната важност за вршење на одредени специфични задачи. Европскиот суд на правдата исто така има предложено дека за разликите во платата, кои се базираат на бараните години работен стаж, нема потреба од оправданост (Case C-109/88 Danfoss). Исто така, дозволена е и друга можна оправданост за разликата во платите – потребата на работодавачот да ги зголеми платите за да привлече кандидати заради состојбата на пазарот на работна сила (Case C-127/92 Enderby).

Обвинетите, исто така може да тврдат дека принципот на слобода за склучување на договор треба да преовладува пред одредбите со кои се промовира еднаквоста. Доколку поединци имаат склучено договор да работат за пониска плата или во полоши услови, владите или другите судски власти не можат да се вмешуваат во тоа. Европскиот суд на правдата одлучил дека одредбите за еднаква плата во ЕУ преовладуваат пред слободата на склучување договор – еднаквата плата е заштитена дури и доколку поединечните и колективните договори предвиделе нееднаков надомест (Case C-43/75 Defrenne).

Европскиот суд за човекови права одлучил дека правото да не се дискриминира на основа на расното или етничкото потекло не може да се одрекне дури и доколку родителот се согласил на образование на своето дете во специјализирано училиште, тоа дете има нормален развој (DH and Other v the Czech Republic, пресуда од 13 ноември 2007).

3. Побивање на одбраната на оправданоста

Жртвите треба да ги побиваат доказите кои ги изнесува обвинетиот како дел од одбраната на оправданоста. Тие треба да се осигураат дека судот тесно ги формулира исклучоците и ја проверува неопходноста, адекватноста и пропорционалноста на одредбите, критериумите или практиките во случаите на индиректна дискриминација како што беше укажано погоре. Жртвите треба да се осигураат дека обвинетите се повикани да покажат дека нивната одбрана на оправданоста може да даде одговор на прашањата кои произлегуваат од дефиницијата за исклучоци според европскиот закон.

Чекорите ‘три плус еден’ за да се утврди дискриминација потпирајќи се на префрлањето на товарот на докажувањето

3+1 ЧЕКОРИ	ШТО ДА СЕ НАПРАВИ ВО ПРАКСА
<p>+1. Случајот потпаѓа под опфатот на европскиот закон за заштита од дискриминација и на него се применува префрлањето на товарот на докажувањето.</p> <p>БЕЛЕШКА: Товарот на докажување не се префрла во кривични и некои управни постапки. Генерално, во кривичните предмети намерата за дискриминација мора да се докаже вон секое разумно сомнение.</p>	<p>Проверете ги Областите кои се опфатени со директивите за недискриминираност во полето погоре.</p> <p>Одлучете каков тип на постапка сакате да отпочнете.</p>
<p>1. Прво, жртвата мора да утврди убедлив случај на дискриминација кој на прв поглед изгледа веродостоен (prima facie случај). Или со други зборови жртвата мора да покаже дека тој/таа страдала од негативен третман или лошо влијание како последица на заштитената карактеристика.</p>	<p>Пополнете ги Основните информации за преставката за дискриминација во полето погоре.</p> <p>Проверете ги овие информации во однос на дефинициите за дискриминација. Во нашиот пример, вратарот е одговорен за директната расна дискриминација, а сопственикот за давање инструкции за вршење дискриминација врз основа на раса.</p> <p>Кои докази се достапни? На пример, сведоци и видео снимки.</p> <p>Кои докази треба да се обезбедат? На пример, политика за членство, лиценца за работа, или кодекс за однесување.</p> <p>Дали може да се соберат други докази? На пример, дали жртвите и нивните пријатели можат да направат тестирање на ситуацијата во Бар Бар? Дали тие ќе сведочат пред судот ако е потребно?</p>
<p>2. Доколку жртвата успее во докажувањето на prima facie случајот на дискриминација, потоа согласно на Директивите за недискриминираност товарот на докажување се префрла на обвинетиот. Ако се префрли товарот на докажување, тогаш обвинетите мора да обезбедат докази со кои се оправдува дискриминациското постапување или да покажат дека prima facie случајот е неоснован, во спротивно тие ќе се сметаат за одговорни за дискриминација. Таквата оправданост мора да покаже дека дозволените исклучоци според европскиот закон се применливи за случајот.</p>	<p>Кои исклучоци се релевантни? Случајот претставува (инструкција за) директна расна дискриминација. Тоа значи дека ќе се применуваат Исклучоците за директна дискриминација (види погоре).</p> <p>Дали можат обвинетиот(-ите) успешно да се потпрат на применливите исклучоци? Во пракса, сопствениците на баровите можат да тврдат дека жртвите не постапувале согласно на кодексот на облекување, дека таа вечер барот бил резервиран за приватна забава или само за членовите, или дека жртвите не се однесувале соодветно: тие биле пијани или се однесувале на бунтовен начин. Независно која е одбраната за оправданоста, тоа мора да остане во рамките на ограничувањата на применливите исклучоци кои се содржани во директивите за недискриминираност. Обвинетите имаат право да обезбедат детални докази во прилог на нивната одбрана, така што ќе изгледа многу поверојатно отколку не.</p>
<p>3. Жртвата мора да ги побие аргументите кои ги изнесува обвинетиот како дел од својата одбрана на оправданостата.</p>	<p>На пример, жртвата мора да покаже дека ниеден од Исклучоците за директна дискриминација не се применливи, дека на видео снимката е прикажано дека на никој друг не му била побарана членска карта или покажува како останатите посетители биле облечени, или дека домашниот закон не дозволува барови во кои може да доаѓаат само членови.</p>

V. Пракса на Европскиот суд за човекови права во однос на доказите и товарот на докажување

Дискриминацијата не се манифестира отворено, ниту пак може едноставно да се идентификува. Докажувањето на дискриминацијата е тешко, дури и кога нееднаквиот третман се заснова на некоја карактеристика на поединецот или групата. Тоа е така затоа што различниот третман или не се манифестира на експлицитен начин или тој се поврзува, на вештачки начин, со некои други фактори кои ја прикриваат дискриминацијата. Дискриминацијата е тешко да се докаже поради постоењето спротивставени интереси меѓу жалителот и наводниот сторител на дискриминацијата.

Токму поради тешкотиите карактеристични за процесот на докажување на дискриминацијата, принципот на поделба на товарот на докажување помеѓу двете страни вклучени во процесот, наводната жртва и сторителот на дискриминацијата, е присутен и во судската пракса на Судот. Според овој принцип, доколку наводната жртва успее да ја докаже презумпцијата на дискриминација, односно да го стори веројатно постоењето на дискриминација, во таков случај товарот на докажување паѓа на страната на сторителот дека не постоела дискриминација. Ваквото префрлање на товарот на докажување е исклучително важно во процесот на докажување на индиректната дискриминација каде треба да се докаже дека едно правило или практика (начин) на однесување имало непропорционално негативни последици врз одреден поединец или група.

Судот е тој кој врз основа на целокупниот доказен материјал ќе одлучи дали постои дискриминација и дали истата е оправдана. Судот ќе ги прифати како утврдени оние тврдења кои се:

„Иоддржани со слободната оценка на сите докази, вклучително и такви заклучоци кои може да произлезат од фактите и однесоциите на странките ... [Д]оказите може да следуваат од коезистенцијата на доволно силни, јасни и складни заклучоци или слични неоспорени заклучоци кои произлегуваат од други факти. Покрај тоа, ситејениот на убедливост кој е неопходен за да се дојде до одреден заклучок и, во врска со тоа, распределбата на товарот на докажување, се својствено поврзани со специфичноста на фактите, природата на жалбениот навод и правото од [ЕКЧП] за кое стана збор, (Nachova and Others v. Bulgaria [GC], nos. 43577/98 и 43579/98; Timishev v. Russia, nos. 55762/00 и 55974/00; D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00).

Притоа, значајно е да се истакнат два моменти: прво, врз основа на домашното право се утврдува кои докази се дозволени и второ, правилото на префрлање на товарот на докажување, во принцип, не се применува во сферата на кривичното право каде државата ги гони сторителите на кривични дела кои се мотивирани од расистички побуди. Ова е поради тоа што се применува поинаков стандард на докажување при утврдувањето на кривичната одговорност, од една страна, и поради тоа што е неприфатливо да се бара сторителот да докажува дека тој/таа не бил мотивиран од дискриминаторски побуди. Така во предметот *Nachova and Others v. Bulgaria* (2005), Големият судски совет рекол дека *“таквиот претставител ќе значи да се побара од тужената држава да докаже неоспорено на одреден субјективен став од страна на гадено лице.”*

Оттука станува јасно дека принципот *affirmanti incumbit probatio*, односно тој кој тврди нешто треба и да го докаже тоа, не се применува ригорозно во постапката за утврдување дискриминација.

“Во одредени околности, кога гадените случувања целосно или во голем дел се познати исклучиво само на властите, товарот на докажувањето може да се смета дека паѓа на властите кои треба да обезбедат задоволувачко и убедливо објаснување” (D.H. and others v. the Czech Republic).

Постоењето предрасуда или намера да се дискриминира не треба да се докажува. Следно, не треба да се докажува дека одредено правило или практика на однесување (кај индиректната дискриминација) е со намера да резултира со дискриминација. Тоа значи дека дури и во ситуација една мерка да е донесена и да се применува со цел да даде позитивни резултати, доколку истата произведува резултати кои се штетни за одредена група, во таков случај може да постои дискриминација. Како илустрација, во предметот *D.H. and Others v. the Czech Republic* Владата истакнала дека системот на специјални училишта имал за цел да им помогне на Ромските деца да ги надминат потешкотиите кои се јавиле поради ниското ниво на познавање на Чешкиот јазик и слабиот пред-школски систем на образование. Сепак, Судот утврдил дека е ирелевантно дали таквата политика била насочена против Ромските деца. Она што било важно е да се утврди дека постојат диспропорционално негативни последици по Ромите имајќи го предвид нивното процентуално учество во вкупната популација, а не дали постоела намера тие да бидат дискриминирани.

Докази за постоење дискриминација

Како што веќе споменавме, не е лесно да се докаже дискриминацијата. Тоа е така затоа што често пати не постојат или е тешко да се обезбедат докази во прилог на дискриминацијата. Тоа доаѓа особено до израз кај индиректната дискриминација каде треба да се докаже постоењето диспропорционален ефект од примената на едно правило или практика.

Во предметот *Timishev v. Russia* (види повеќе во делот посветен на дискриминацијата по основ на раса или етничка припадност), усната наредба на високиот воен офицер била доволна за Судот да заклучи дека се работи за дискриминација заснова на етничката припадност на апликантот.

Статистичките податоци може да играат значајна улога во поткрепа на презумпцијата на дискриминација. Улогата на статистичките податоци станува уште позначајна кога станува збор за индиректната дискриминација. Во минатото ставот на Судот бил дека статистичките податоци не се доволни во поткрепа на тврдењето дека една практика, со оглед на нејзините последици, може да се смета за дискриминаторска (*Hugh Jordan, cited above, § 154*). Сепак, како што судската пракса се развивала така и ставот на Судот еволуирал по ова прашање. Така, во предметот *Hoogendijk v. the Netherlands* Судот рекол дека:

„кога жалителот може да покаже, врз основа на неоспорна официјална статистика, постоење на prima facie индикација дека конкретно правило – кое иако е формулирано на неутрален начин – фактички е јасно дека засега поголем процент на жени од мажи, штоаш останува на иужената влада да покаже дека тоа се должи на објективни фактори кои не се поврзани со било каква дискриминација на основ на пол. Доколку тоа владата докажување, дека разликата во влијанието за мажите и жените не е дискриминациска во пракса, не се префрли на иужената влада, во праксата ќе биде крајно тешко за жалителите да ја докажат индиректната дискриминација“.

Во предметот DH and Others Големиот судски совет дополнително дека „кога останува збор за процена на влијанието од мерката или праксата врз поединец или група, статистичките податоци кои ги клучниот преглед изгледале веродостојни и значајни, ќе бидат доволни за да истребавуваат prima facie доказ кој се бара од жалителот да го обезбеди. Меѓутоа, што не значи дека индиректната дискриминација не може да се докаже без статистички докази,“

Не секогаш е можно постоењето дискриминација (особено индиректната дискриминација) да се докажува со статистички податоци. Тоа ќе зависи од конкретните околности на секој случај посебно. Во случајот Oršuš and Others v. Croatia апликантите се жалеле дека биле дискриминирани по етничка основа (со оглед на тоа дека жалителите биле Роми) со оглед на тоа што во одделни училишта се формирале посебни одделенија каде наставната програма била намалена во однос на програмата во редовните одделенија. Во овие училишта доминантно биле запишувани Роми што според апликантите упатувало дека се работи за индиректна дискриминација. Владата ја бранела ваквата политика дека овие ученици биле запишувани во овие посебни одделенија поради ниското ниво на познавање на хрватскиот јазик. Овие ученици, наводно, откако ќе достигнат одредено познавање на хрватскиот јазик, биле повторно запишувани во редовна настава. Судот утврдил, спротивно на D.H. and others предметот, дека статистичките податоци се доволни да укажат на постоење prima facie презумпција на индиректна дискриминација со оглед на фактот дека во едно училиште 44% од учениците биле Роми, додека 73% од нив биле запишувани во овие специјални одделенија (кои биле составени претежно од Роми), додека пак во друго училиште 10% биле Роми од кои 36% посетувале настава во ваквите одделенија. Ваквите неконзистентни податоци упатувале на отсуство на некоја генерална политика на запишување на Ромите во овие специјални одделенија. Сепак фактот дека критериумот на ниско познавање на хрватскиот јазик, како предуслов за запишување во овие одделенија, бил применет само на Ромите, според Судот бил доволен показател дека се работело за презумпција на нееднаков третман заснован на етничката основа на апликантите. Во отсуство на објективно оправдување, Судот нашол повреда на членот 14 во корелација со членот 2 од Протокол 1 (правото на образование) од Конвенцијата.

Во други случаи пак, како prima facie доказ за постоењето дискриминација може да послужат и извештаи на релевантни меѓународни и национални организации и невладини организации. Предметот Oruz v. Turkey е токму во таа насока каде Судот утврдил постоење дискриминација по основ на пол врз основа на извештаи и анализи на Amnesty International и на Комитетот на Обединетите Нации за елиминација на дискриминацијата против жените, според кои домашното насилство против жените претставувало сериозен проблем во Турција. Имено, се работи за предмет во кој Судот утврдил дека Турската држава пропуштила да преземе неопходни мерки да ги заштити апликантот и нејзината мајка од насилството на нејзиниот сопруг кое на крајот резултирало со смрт на мајката. Државата не презела ништо и покрај тоа што властите имале доволно сериозни индикации и информации дека тие може да бидат жртви на семејно насилство. Тој исто така утврдил дека ваквиот индолентен однос на државата, односно отсуството на адекватна заштита на апликантот и нејзината мајка бил резултат на дискриминацискиот однос со оглед на фактот дека се работело за жени.

Во други случаи пак постоењето дискриминација може да се утврдува врз основа на изјави на сведоци и друг материјал. На пример во предметот Nachova and Others v. Bulgaria [GC], nos. 43577/98 and 43579/98 се работело за убиство на двајца Роми (кои во тој момент биле на отслужување на воениот рок) од страна на припадници на воената полиција поради сомнение дека извршиле кражба на производи од воената кантина. Меѓу повеќето докази кои биле доставени (како на пример извештаи на меѓународни организации дека во Бугарија постоела честа практика според која полициски службеници биле ослободувани од обвинение кога се работи за Роми како наводни жртви на нечовечно постапување), апликантите се повикале на изјава на очевидец кој изјавил дека непосредно по убиството на двајцата Роми, сторителот на делото се обратил кон него со зборовите “вие проклети Цигани”. За Судот, ваквата изјава, и покрај тоа што претставувала сериозен доказ на говор на омраза, била доволна да може да заклучи beyond reasonable ground дека државата била одговорна за расистичко мотивирано убиство. Сепак, Судот нашол дека државата не ја исполнила својата процедурална обврска предвидена во членот 2 од Конвенцијата според која таа била должна да спроведе ефикасна истрага во поглед на постоењето евентуална расистичка мотивација кај сторителот на делото заснована на етничката припадност на жртвите. При тоа, Судот утврдил дека надлежните власти воопшто не ја провериле веродостојноста на изјавата на овој очевидец, ниту сослушале некој од останатите очевидци на оваа околност, ниту било каква изјава во врска со ова била земена од сторителот на делото. Притоа Судот рекол дека “...било кој доказ за расистичка вербална навреда која била изречена од припадници на органите на прогонот во врска со операција која вклучува примена на сила против лица од етничко или друго малцинство е особено релевантен за истражувањето дали се случило или не се случило незаконско насилство мотивирано од омраза. Кога таквите докази ќе бидат разоткриени во истражувањето, мора да се проверат и – доколку се потврдат – треба да се преземе темелно разгледување на сите факти за да се разоткријат било какви можни расистички мотиви ...”

Слично, но сега во однос на членот 3 од Конвенцијата, во предметот Bekos and Koutropoulos v. Greece (2005) меѓу клучните докази била заверена писмена изјава од страна на еден од апликантите дека полициските службеници употребиле расистички јазик против апликантите во моментите кога применувале физичка сила врз нив.

Како можат поединци да го спроведат законот?



IV. КАКО МОЖАТ ПОЕДИНЦИ ДА ГО СПРОВЕДАТ ЗАКОНОТ?

Процедури за спроведување на правото на еднаков третман

Судски постапки	Вон-судски постапки
Граѓански судови	Правобранител и Комисија за спречување и заштита од дискриминација
Судови за работни спорови	Трудов инспекторат
Управни судови	Пазарен инспекторат и просветен инспекторат
Кривични судови (јавно обвинителство или полиција)	
МЕДИЈАЦИЈА	ПОМИРУВАЊЕ

Во државата, процедурите за вработување во јавниот и приватниот сектор се разликуваат. Во приватниот сектор, согласно на Законот за работни односи (член 181), првиот чекор (во рок од 8 дена) е да се информира работодавачот и притоа да му се даде можност да ги исправи работите. Доколку тоа не се направи во следните 8 дена, работникот може да поднесе тужба против работодавачот (во следните 15 дена). Овој последен временски рок е директно применлив во случај на отказ и одбивање на пристап до вработување заради дискриминација.

Медијацијата претставува еден необврзувачки инструмент кој судиите го имаат на располагање.

Законот за спречување и заштита од дискриминација предвидува три нивоа на правни лекови: а) административна – постапка пред Комисијата за заштита од дискриминација, б) парнична постапка пред редовните судови (членови 34 и 35); и в) прекршочна постапка (членови 42-45).

Административната постапка е регулирана со членовите 25-29; таа постапка е бесплатна за подносителот на претставката. Комисијата дава мислење и препораки во рок од 90 дена по поднесувањето на претставката. Доколку не се постапи по даденото мислење, Комисијата може да поведе постапка пред надлежен орган (управен или судски).

Слично на македонското законодавство, во Романија една жртва на дискриминација може да одбере помеѓу поднесување на претставка пред националната комисија за заштита од дискриминација и/или да поднесе граѓанска тужба во судот освен доколку станува збор за кривично дело бидејќи во тој случај се применува кривичниот законик. Двете места (националната комисија за заштита од дискриминација и граѓанските судови) не се исклучуваат взаемно и тужителот може да се одлучи да ги користи истовремено, што во праксата создава проблеми за страните, за комисијата за заштита од дискриминација и за судството. Покрај тоа, постапувањето пред комисијата за заштита од дискриминација не го одложува периодот на застареност (временско ограничување) за поднесување на тужба пред граѓанскиот суд.

IV.1. ЗАСТАПУВАЊЕ НА ЖРТВИТЕ

Корисни линкови:

Законски статус: практичните искуства на унгарската организација во Преглед на европскиот закон за заштита од дискриминација 5/2007, достапен на англиски на http://www.non-discrimination.net/content/media/07lawrev5_en.pdf

Според член 93 од Законот за работни односи во Македонија само синдикалните организации може да се ангажираат околу застапувањето, врз основа на одобрение дадено од подносителот на тужбата. Во однос на сите останати судски постапки, никој друг не може да постапува. Дури и народниот правобранител мора да ја запре својата постапка со самото отпочнување на судската постапка (Закон за народен правобранител, член 23). Во Законот за спречување и заштита од дискриминација (член 39) се проширува својството на лицата кои може да се вмешаат, со претходно дадено одобрение од подносителот на тужбата и на судот, на сите организации и институции кои се занимаваат со правата на еднакво постапување; и исто така се дозволува и action popularis (член 41).

Во сите европски правни системи, жртвите може да поднесат претставка за остварување на своето право на еднаков третман самостојно или преку свој правен застапник. Доколку дискриминацијата се однесува на цела група, поединци жртви може да се здружат и заеднички да ја отпочнат постапката. Тоа главно се прави со помош на синдикалните организации во случаи кои се однесуваат на пониска плата за жени. Постапување во име на жртвата или пружање поддршка на жртвата во текот на постапката подразбира два различни начини на давање помош. Постапување во име на жртвата значи дека невладините организации или синдикалните организации може да ја застапуваат жртвата во текот на постапката. Мал број на држави дозволуваат асоцијации да се вклучуваат во постапките 'во име на' жртвите на дискриминација. Една вообичаена форма на поддршка е кога поединци адвокати (кои работат за некоја организација) ја претставуваат жртвата пред судот со претходно овластување дадено од жртвата. Синдикалните организации и организациите на работодавачи генерално можат да ги застапуваат своите членови.

A. Положба

1. Положба на жртвите

Жртвите имаат право да пријавуваат или да приговараат за случаи на дискриминација, да поднесуваат претставки, да бараат правни лекови и да се советуваат со адвокати, или во некои главно административни постапки лаик или роднина може да ги застапува. Честопати, жртвите се оние кои мора да ги сносат трошоците за праничната постапка.

2. Положба на НВОи

Во Германија, асоцијациите за спречување на дискриминација може да им даваат поддршка на тужителите во судските постапки, дури и кога е задолжително тие да бидат застапувани од адвокат. На овие асоцијации им е дозволено да ги вршат правните работи за тужителот и што е позначајно да даваат правни совети. Доколку тужителот е застапуван од адвокат од некоја асоцијација, постапувањето на адвокатот ќе се смета за постапување на тужителот, освен доколку не е наведено поинаку од страна на тужителот. Овие правила важат и за сите други судски постапки. Според законот за луѓе со попреченост, асоцијациите имаат правен статус и постои можност за застапување од нивна страна. На пример, тие можат да приговараат за пропустот на некоја јавна институција да обезбеди средина во која пречките се отстранети, на начин на кој тоа е наведено во разни регулативи и во законот за заштита од дискриминација. Покрај тоа, тие можат да приговараат за кршење на општите регулативи за стандардната форма на договори. Тие имаат слични овластувања и во областа на заштита на потрошувачите.

Во Романија, НВОи кои имаат легитимен интерес во спречувањето на дискриминацијата може да се појават пред судот како странки и може да се ангажираат, или во име на или во поддршка на тужителот, во било која судска и/или административна постапка за случај на дискриминација врз основа на барање или полномошно издадено од страна на жртвата. Кога една заедница или група на луѓе се засегнати од дискриминација, Законот за заштита од дискриминација во Романија на невладините организации им дава правен статус дури и без одобрение од наводните жртви.

Унгарскиот Закон за еднаков третман дозволува 'организации за социјално застапување и застапување на интереси' како и на комисијата за еднаков третман да се ангажира во име на жртвата во постапка која е покрената заради наводна повреда на принципот на еднаков третман и да се ангажира во административна постапка. Унгарските 'организации за социјално застапување и застапување на интереси' ги вклучуваат било кои социјални организации или фондации, кои согласно на своите статути, работат на унапредување на еднаквите можности во општеството за обесправените групи или на заштита на човековите права. Тука спаѓа малцинската самоуправа за одредено национално и етничко малцинство и синдикални организации за прашања поврзани со материјалната, социјалната и културолошката состојба и живеење на вработените, и работните услови. Покрај тоа, овие организации, Комисијата за еднаков третман и јавниот обвинител можат да поднесат *actio popularis* преставки, под услов повредата на принципот на еднаков третман да се заснова на карактеристика која е суштинска карактеристика на поединецот и таквата повреда влијае на поширока група на луѓе која не може прецизно да се определи.

Во Италија, во Законот за буџет за 2008 владата внесе одредба со која се воведува исплата на финансиски надомест за погрешно постапување со група на потрошувачи. Откако овој дел од законот беше замрзнат одреден временски период, сепак стапи во сила во помалку изменета форма на 1 јануари 2010.

Во Франција, НВОи кои работат во областа на борба против дискриминацијата врз основа на етничко потекло, раса или религија може да бидат партнери во некои кривични постапки. Иако не постои конкретна одредба во Законот за административна правда, сепак вообичаена пракса е да се дозволат интервенциите на невладините организации пред управните судови под услов таквата невладина организација да работи на постигнување на цел која кореспондира на дадениот предметен случај. Невладините организации може исто така да даваат поднесоци во граѓанските судови или пред судовите за работни спорови.

3. Положба на синдикалните организации

Во неколку земји, синдикалните организации може да ги застапуваат своите членови во работни спорови, вклучително и за недискриминација на работното место. Некои од најпознатите случаи за еднаква плата согласно на европскиот закон за полова дискриминација беа откриени, финансиски поддржани или дури и застапувани од синдикални организации, како во случајот Danfoss. Во тој случај, данскиот синдикат постапуваше во име на жените членки на синдикатот тврдејќи дека компанијата ги плаќа повеќе мажите за иста работа. Истата таа компанија беше застапувана од Данската асоцијација на работодавачи.

Б. Улогата на Комисијата за заштита од дискриминација

Корисни линкови:

За компаративни информации за комисиите за заштита од дискриминација, прочитајте: Катализатори за промена? Комисиите за заштита од дискриминација според Директивата 2000/43/ЕС, достапна на англиски, француски или германски на <http://www.non-discrimination.net/publications>

Вршење влијание на законот преку законските постапки – овластувања и пракса на комисиите за заштита од дискриминација http://www.equineteurope.org/powers_practices_final_draft_240910_1.pdf

За информации за Европската мрежа на комисии за заштита од дискриминација, вклучително и контакт адреси на националните комисии за заштита од дискриминација, посетете: <http://www.equineteurope.org/>

Според членовите 16-33 од Законот за спречување и заштита од дискриминација, специјализираното тело Комисијатата за заштита од дискриминација беше основано и функционира од почетокот на 2011 година. Комисијата за заштита од дискриминација е автономно и независно тело. Комисијата е составена од 7 члена, кои ги именува Собранието со 5 годишен мандат. Членови на комисијата може да бидат државјани на Република Македонија со постојано место на живеење во Република Македонија, со високо образование и искуство во областа на човековите права. Изборот се врши по пат на јавен конкурс.

Мандатот на Комисијата за заштита од дискриминација според член 24 е:

- Дава совети и препораки за конкретни случаи на дискриминација
- Дава информации за механизмите за заштита од дискриминација
- Покренува иницијатива за покренување на постапка пред надлежните органи заради повреди на Законот за спречување и заштита од дискриминација
- Поднесува годишен извештај до Собранието
- Врши промоција и едукација за еднаквоста, човековите права и недискриминацијата
- Иницира измени на законодавството
- Остварува соработка со единиците на локалната самоуправа
- Дава препораки и мислења на Владата
- Прибира статистички податоци, формира бази на податоци, спроведува истражувања и обуки
- Соработува со соодветни национални тела на други држави и со меѓународни организации
- Донесува деловник за работа и други акти за внатрешна организација на работата.

Паралелно на Комисијата, исто така и народниот правобранителот е одговорен за спроведување на истраги за претставки за дискриминација. Во 2009 година, беа направени измени на Законот за народен правобранител за да се воспостави специјална работна единица за дискриминација.

Според член 11 од Законот за народен правобранител

“народниот правобранител во вршењето на работните од својата надлежност презема мерки и дејствија за кои е овластен со овој закон заради заштитата на уставните и законските права на граѓанинот или заштитата на начелата на недискриминација и соодветна и правична заштита на граѓанинот кои припадат на сите заедници кога се повредени од организациите на член 2 на овој закон.”

Согласно на Законот за народен правобранител, народниот правобранител го извршува својот мандат во следните области:

- Истрага, откривање и санкционирање на случаи на дискриминација;
- Следење на случаи на дискриминација;
- Обезбедување на специјализирана помош на жртви на дискриминација.
- Поднесување иницијативи за измени и дополнувања на закони и подзаконски акти за нивно усогласување со ратификуваните меѓународни договори
- Дава мислења и препораки до владините институции
- Отпочнува дисциплински постапки
- Отпочнува кривични постапки

Народниот правобранител има право да прима преставки од поединци, да спроведува истраги, да дава независна помош на шртви, да дава препораки и да поднесува независни извештаи во медиумите и пред Собранието, да спроведува специјални истражувања и истраги за специфични прашања.

Согласно на член 13, народниот правобранител може да покрене иницијатива на барање на поединец или по службена должност.

Кога народниот правобранител ќе констатира одредени повреди, народниот правобранител може:

- да даде препораки за отстранување на констатираниите повреди;
- да предложи повторување на судската постапка (повторно отворање на постапка)
- да покрене иницијатива за поведување на дисциплинска постапка против службено или одговорно лице
- да поднесе барање до надлежниот јавен обвинител за покренување на кривична постапка⁵

(а) Совети и информации

Комисиите за заштита од дискриминација им пружаат помош на жртвите на најразлични начини. Сите специјализирани тела обезбедуваат информации за жртвите на своите веб страници и/или во специјални публикации, и повеќето од нив даваат совети за било какви прашања. Некои специјализирани тела даваат свое мислење – кое обично не е обврзувачко – во врска со претставки кои се доставени кај нив. Тие постапки не ја исклучуваат можноста жртвата да се започне постапка пред судовите во однос на обезбедување на законско правно средство.

Повеќето тела или комисии можат да обезбедат помирување помеѓу страните и повеќето од нив можат да ги разгледаат и да даваат забелешки на предлог закони и за реформа на постоечките закони. Холандската комисија за еднаков третман има овластување да ги советува организациите (вклучително и владините тела) во однос на тоа дали вршат повреда на законот за заштита од дискриминација преку своите практики за вработување.

(б) Поддршка за поединци кои сакаат да покренат судска постапка

Некои специјализирани тела обезбедуваат помош во форма на поддршка за отпочнување на судска постапка. Ирската комисија за еднаквост може да се вклучи во судски и други постапки во поддршка на подносителот на претставката (пред Трибуналот за еднаквост или пред граѓанските судови, или преку нивно застапување пред работодавачи или даватели на услуги).

Поддршката може да биде во форма на финансирање на судската постапка, како во случајот Coleman, каде Комисијата за еднаквост и човекови права помогна на жртвата да добие пошироко толкување на основот попреченост од Европскиот суд на правдата.

Во разни земји, комисиите или телата за заштита од дискриминација имаат моќ да покренуваат парнични постапки како свое право доколку тоа служи на јавниот интерес, и вообичаено кога жртвите не можат да се идентификуваат. Белгискиот центар за еднакви можности и отпор кон расизмот има овластување да покренува судски постапки кои се од јавен интерес, што беше применето во случајот Feryn (ECJ Case C-54/07). Кога за наводната повреда може да се идентификува жртвата (а тоа може да биде физичко или правно лице), овластувањето на Центарот да постапува е условено од согласноста на жртвата.

(в) Посредување и поднесоци на пријатели на судот

На Ирската комисија за еднаквост дадено ѝ е право пред Високиот суд да постапува како *amicus curiae* (пријател на судот) за да обезбедува докази во однос на Директивата за расна еднаквост. Откако тоа беше оспорено во судска постапка, ова право беше последователно потврдено од Ирскиот врховен суд (Supreme Court [2006] IESC 57). Други тела како што се синдикалните организации или организации на работодавачи немаат формален статус пред граѓанските судови, но во праксата можат да им дадат поддршка на страните пред трибуналот за еднаквост или судот за работни спорови.

Романската комисија за заштита од дискриминација нема право да интервенира во граѓански предмети, но Законот за заштита од дискриминација предвидува дека комисијата мора да биде повикана од судот за сите предмети. Законската положба на оваа комисија (NCCD) не е конкретно наведена во законот, туку всушност на неа се гледа како на сведок вешто лице.

(г) Носење одлука/Овластување да се постапува како судот

Одреден број на специјализирани тела или комисии – на пример оние во Австрија, Белгија, Кипар, Франција, Унгарија, Ирска, Литванија, Романија и Шведска – може да спроведуваат истраги за преставки за дискриминација и вообичаено можат кај сите вклучени страни да наметнат постапување согласно на нивната истрага. Комисијата за заштита од дискриминација во Бугарија има овластување да изрекува санкции, вклучително и парични казни и ‘меки’ казни како што се јавно извинување или објавување на одлуката. Унгарската Комисија за еднаков третман може да изрекува санкции врз основа на спроведена истрага. Во Ирска, комисијата за еднаквост откако ќе ја спроведе истрагата, може да достави ‘опомена за недискриминација’. Во таквата опомена може да се наведе однесувањето кое било причина за таквата опомена и кои чекори треба да се преземат за да се спречи понатамошна дискриминација. Во случаите во кои не се постапува согласно на таквата опомена, високиот или околинскиот суд може да издадат наредба со која се бара постапување согласно на известувањето.

В. Посредување

Во повеќето европски држави заинтересирани трети страни – комисии за заштита од дискриминација, невладини организации или синдикални организации – можат да посредуваат во судските постапки за да се потпомогнат интересите на едната страна. Жртвите, исто така можат да контактираат со овие организации за да побараат помош во форма на посредување во нивно име.

Во Германија, било која интервенција или посредување може да се достават до соодветниот суд како дел од законските аргументи на спротивставените страни. Невладините организации во Романија може да поднесуваат петиции за посредување во специфични случаи врз основа на одредбите на општата граѓанска постапка. Притоа судот одлучува дали нивниот интерес го оправдува таквото посредување или интервенција. Во Унгарија, доколку некој има интерес од исходот на судската постапка помеѓу други две страни врз основа на закон, дозволено е да се интервенира (до крајот на првостепената постапка) за да се помогне на онаа страна чија победа е во негов/нејзин интерес. Намерата да се посредува или интервенира мора да биде најавена во писмена форма или усно во текот на судската расправа, а страната која посредува мора да укаже која страна ја поддржува, како и да го идентификува својот законски заснован интерес во победата на таа страна. Судот одлучува дали таквото посредување или интервенција ќе бидат дозволени. Судот може да ги сослуша страните пред да ја донесе одлуката во врска со тоа посредување доколку судот смета дека тоа е неопходно. Не постои можност за обжалување на одлуката со која се дозволува посредувањето или интервенцијата, додека пак одбивањето да се овозможи посредување или интервенција може да се обжали.

Г. Пријатели на судот (*amici curiae*)

Поднесок на пријател на судот е еден вид на интервенција од трета страна, која не е страна во судската постапка. Оваа трета страна сака да го искористи судот како платформа каде ќе го истакне своето гледиште кое во спротивно нема да биде разгледано во рамки на фактичките ограничувања на судот. Вообичаено третата страна дава писмен поднесок за да се информира судот. Исто како и за интервенциите или посредување од трети страни, жртвите се советуваат да бараат помош од комисиите за заштита од дискриминација, невладините организации и/или синдикалните организации за тоа како да ги користат *amici curiae*.

Ирската Комисија за еднаквост има добиено право да постапува како *amicus curiae* во два случаи кои се поврзани со сместување на патници (*Doherty and Anor v. South Dublin County Council, the Minister for the Environment, Heritage and Local Government, Ireland and the Attorney General and Lawrence v. Mayo County Council and ors*). Поднесоците на овие пријатели на судот (*Amicus*) се релативно нови во Ирска; а во овој конкретен случај поднесоци беа дадени од страна на ирската комисија за човекови права и ирската комисија за еднаквост. Пред да се поднесат овие поднесоци, такви поднесоци беа поднесени само во две други прилики, еден поднесок од страна на UNHCR и еден повторно од страна на ирската комисија за човекови права. За разлика од ирската комисија за човекови права, комисијата за еднаквост нема законски пропишано право да посредува или интервенира, но комисијата го искористила дискреционото право на судот и побарала и добила дозвола да интервенира во случајот. Според ирските судови, телата кои бараат да достават поднесок на *amicus* треба да имаат доказ за легитимен интерес во случајот.

Иако со романскиот закон не се предвидува институтот *amicus curiae*, сепак некои невладини организации кои работат во областа на човековите права се имаат повикано на правилата со кои се дозволува користење на поднесоци на *amicus* до Европскиот суд за човекови права и доставиле такви поднесоци за случаи на дискриминација во нивната област на експертиза. Истото е направено и во Унгарија.

IV.2. САНКЦИИ И ПРАВНИ ЛЕКОВИ: УЛОГАТА НА СУДОВИТЕ И УПРАВНИТЕ ОРГАНИ ВО СПРОВЕДУВАЊЕТО НА ЗАКОНОТ ЗА СПРЕЧУВАЊЕ И ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈА

Корисни линкови:

За да добиете еден преглед за тоа кои правни лекови треба да се бараат и како, прочитајте Правни лекови и санкции во законот за заштита од дискриминација во ЕЗ достапно на англиски, германски и француски јазик на http://www.non-discrimination.net/content/media/Remedies%20and%20Sanctions%20in%20EC%20non-discrimination%20law%20_en.pdf

За да добиете преглед од аспект на практичарите за дадената тема, кој го има обезбедено Европската академија за право, посетете <http://www.era-comm.eu/oldoku/remedies.htm>.

Практичен совет:

Постојат најразлични аспекти кои треба да се земат во предвид при покренување на судска постапка. Најдобрите резултати може да се постигнат преку комбинација на постапки.

Во ПЈРМ, домашните граѓански судови и судови за работни спорови, може да пресудат само исплата на надомест. Во случаите за детска и социјална заштита, паричните казни кои се изрекуваат во рамки на прекршочната постапка се следните: а) дискриминација врз дете – 500-1.000 евра, б) социјална заштита – 3.000-5.000 евра.

Според законот за спречување и заштита од дискриминација, правниот лек зависи од самата постапка. Со административната постапка е предвидено давање на препорака за корегирање на дискриминаторската ситуација во рок од 30 дена. Граѓанските предмети може да завршат со одлука за исплата на надомест, додека пак со прекршочната постапка се предвидува плаќање на парична казна во износ од 400-1000 евра.

Законот не предвидува максимален лимит за износот на надоместот. Оттаму, износот за надомест целосно зависи од судската пресуда.

А. Граѓанско право

Правните лекови може да бидат казнени, неказнени, кои се насочени кон минатото и кои се насочени кон иднината (за да се прилагоди однесувањето во иднина), и може да се однесуваат на потребите на поединци или група. Согласно на граѓанското право, жртвите поднесуваат тужби во граѓанските судови. Тие може да побараат префрлање на товарот на докажување и да побараат различни санкции, како што е исплата на надомест. Во некои земји, судовите за работни спорови работат независно од граѓанските судови и во повеќето случаи на постапките пред тие судови им претходи арбитража или медијација. Судските одлуки може да бидат обжалени и честопати достапен е и судски преглед и на пресудите по жалбите.

Највообичаената санкција која се изрекува во граѓанските постапки е исплатата на надомест. Финансискиот надомест за жртвата може да вклучува исплата на надомест за нанесување на штета во минатото и во иднина (најчесто), надомест за повреда на чувства, надомест за нанесена лична повреда како што е нанесена штета по менталното здравје, или исплата на отштета од страна на лицето кои вршело дискриминација кое треба да послужи како пример за останатите (помалку застапено).

Б. Кривично право

Овие санкции може да варираат од општокорисна работа во заедницата, па сè до парични казни и казна затвор. По правило, кривичните постапки започнуваат со пријава од страна на жртвата во полицијата, а полицијата има задача да спроведе истрага за случајот. Префрлањето на товарот на докажување не се применува во кривичните постапки, дури и во повеќето земји се бара дискриминаторската намера на сторителот да се утврди вон секое разумно сомнение. Јавните обвинители поднесуваат обвинителен акт пред кривичните судови, а улогата на жртвите е ограничена – главно се сведува на нивното сведочење. Доколку обвинителството одбие да поднесе обвинителен акт за случајот, во повеќето земји на жртвите им е дозволено да се вклучат и да поднесат тужба пред судот како (дополнителни) приватни обвинители.

В. Управно право

Трудовите, пазарните и просветните инспекторати тежнеат да спроведуваат управни постапки како што тоа го прават некои комисии за заштита од дискриминација – како што е Унгарската комисија за еднаков третман. Административните

тела ги спроведуваат своите истраги, а товарот на докажување не може да се примени на тие постапки. Одлуките на овие тела може да бидат оспорени пред судот.

Во Македонија специјализираното тело може да покрене управна постапка за парични казни кои се предвидени во Дел VII од законот за спречување и заштита од дискриминација, прекршочни одредби (член 42-45). Овие санкции се парични казни, и притоа не се исплаќаат на жртвата како надомест на штета туку се влеваат во државниот буџет.

Г. Медијација

Во Ирска, случаите на медијација се водат на приватна основа и не се пријавуваат. Неформалната услуга за медијација која Трибуналот за еднаквост ја нуди од декември 2000 го има помогнато побрзото разрешување на спорови поврзани со еднаквоста на работното место, во споредба со традиционалната и поформална постапка за истрага на еднаквоста. Според Трибуналот за еднаквост, неговата услуга за медијација во просек е три пати побрза отколку опцијата за алтернативно разрешување на спорови за еднаквост – формална истрага за која одлучува офицер за еднаквост. Случаите за еднаквост кои резултирале со договори за медијација се завршуваат за само шест месеци (од датумот на упатување до датумот на потпишување на договорот), споредено со период од 18 месеци во просек кои се потребни за да се направи истрага за работни спорови (повторно, од датумот на упатување до датумот на кој се носи одлуката). Процесот на медијација пред Трибуналот за еднаквост вклучува решавање на спорот по пат на директни преговори помеѓу страните на спорот. Медијацијата се предводи од принципот на самостојно одредување, целосно се одвива на доброволна основа (секоја од страните може да се повлече во било која фаза) и е неформална, и не вклучува поднесоци во писмена форма. Договорите не се објавуваат (за разлика на одлуките на офицерот за еднаквост во истрагите), и исто така на страните им се дава период за ‘размислување’ пред да биде побарано да го потпишат договорот, за да постои сигурност дека двете страни ја дале својата согласност со потпишување на договорот врз основа на својата информираност. Секој договор, откако ќе биде потпишан е законски обврзувачки и влегува во сила. Клучната разлика помеѓу медијацијата за еднаквост и традиционалната медијација за индустриски односи (која се јавува преку Комисијата за работни односи), е во тоа што со помирувањето во индустриските односи постои претпоставка дека компромисното решение ќе се постигне некаде ‘на средина’, додека пак при медијацијата за еднаквост таква претпоставка не постои. Во повеќето од случаите кои беа разрешени, во текот на првата сесија беше постигнат одреден нацрт на договорот, а таа сесија е закажана да трае два часа. Генерално, процесот на медијација ретко вклучува повеќе од две сесии пред формалното потпишување на договорот.

Примерот подолу претставува илустрација за флексибилноста на правните лекови кои се постигнуваат преку медијација во Ирска:

- Гаранција дека нарушениот вид на вработениот нема да претставува пречка за идните перспективи за напредување на работното место;
- Назначување на подносителот на претставката на новоотворената истражувачка позиција;
- Договор да се предложи вработениот за специјален курс за обука;
- Договор на вработениот да му се даде унапредувањето кое било доделено на изминат датум;
- Понуда да се плати надоместот за советодавни услуги на вработениот и признание за причинетото страдање;
- Гест на добра воља од 1 250 евра и ваучер од ресторанот во вредност од 100 евра;
- Обезбедување на помош на вработениот при аплицирањето за грант за образование;
- Извинување и ваучер во вредност од 400 евра од продавницата за железарија;
- Дозволен пристап на лице со попреченост преку хотелот за да сигне до градската плажа;
- Договор со општината да обезбеди наменски изграден бунгалов кој може да се користи со инвалидска количка;
- Извинување за причинетиот немир и донација од 2000 евра за добротворна организација;
- Извинување и доделување на годишна членска карта за фитнес клуб на лице со попреченост;
- Финансиската институција на клиентите им обезбедува приватност при пополнување на сензитивни формулари;
- Преглед на наемнината на потстанарот и враќање кон поранешната структура на наемнина.

Е. Примена на постапките и правните лекови во пракса

Практичен совет:

Кога се носи одлука за исполнување на право на еднаков третман, разгледајте ги аспектите на постапките кои стојат на располагање во македонскиот закон, како што се наведени во табелата за спроведување.

Табела за спроведување

	Комисија за заштита од дискриминација	Медијација	Управна постапка	Граѓанска постапка	Суд за работни спорови	Кривична постапка
Погодност на улогата која е достапна на жртвата						
Временски ограничувања						
Трошоци за постапката						
Должина или времетраење						
Задолжително застапување?						
Застапувањето е достапно (НВО; синдикат, итн.)						
Откривање на факти						
Правен лек						
Трошоци кои треба да се платат на другата страна доколку се изгуби случајот						
Имплементација						

Судската Пракса
на ЕСЧП за
дискриминација
во случаите од ПЈР
Македонија



V. СУДСКАТА ПРАКСА НА ЕСЧП ЗА ДИСКРИМИНАЦИЈА ВО СЛУЧАИТЕ ОД ПЈР МАКЕДОНИЈА

Почитувањето на основните слободи и права на човекот и граѓанинот признати со меѓународното право и утврдени со Уставот претставува една од темелните вредности на уставниот поредок на Република Македонија (член 8 од Уставот на Република Македонија). Уставот исто така го гарантира и обезбедува принципот на еднаквост, односно недискриминација во уживањето на слободите и правата. Така, согласно член 9 од Уставот, сите граѓани се еднакви во слободите и правата независно од полот, расата, бојата на кожата, националното и социјалното потекло, политичкото и верското уверување, имотната и општествената положба.

Покрај нормативното уредување на принципот на недискриминација, Уставот на Република Македонија содржи и начелна правна рамка во однос на судската заштита на слободите и правата, вклучително и на принципот на недискриминација. Имајќи ги предвид уставните одредби, се чини дека Уставот предвидува два видови судска заштита во обезбедувањето на човековите права и слободи: заштита во постапка пред редовните судови и уставно-судска заштита пред Уставниот суд на Република Македонија (како што е споменато погоре во текстот). Така, согласно членот 50 од Уставот, секој граѓанин може да се повика на заштита на слободите и правата утврдени со Уставот пред судовите и пред Уставниот суд на Република Македонија во постапка заснована врз начелата на приоритет и итност. Согласно член 5 од Законот за судовите од 2006 година, судовите ги штитат слободите и правата на човекот и граѓанинот доколку тоа според Уставот не е во надлежност на Уставниот суд. Законот за облигациони односи од 2001 година предвидува можност во случај на повреда на слободите и правата на личноста судот да нареди објавување на пресудата со која таа повреда е утврдена, како и да досуди справедлив паричен надомест (членови 188 и 189).

Членот 110 од Уставот изречно предвидува надлежност на Уставниот суд во заштитата на принципот на недискриминација. Оваа заштита се однесува на забраната на дискриминација на граѓаните по основ на пол, раса, верска, национална, социјална и политичка припадност. Оваа надлежност понатаму е разработена во Деловникот на Уставниот суд кој ја пропишува постапката, правните последици од неговите одлуки, како и начинот на кој судот може да ја „исправи„ повредата на човековите права и слободи. Согласно членот 51 од Деловникот на Уставниот суд, секој граѓанин што смета дека со поединечен акт или дејство му е повредено право или слобода утврдени со член 110 алинеја 3 од Уставот на Република Македонија, вклучително и забраната на дискриминација, може да бара заштита од Уставниот суд. Доколку судот утврди повреда на слободите и правата за кои е надлежен да одлучува, тој ќе го поништи поединечниот акт или ќе го забрани дејството со кое е сторена повредата (член 56 од Деловникот). Во поткрепа на ова е одлуката на Уставниот суд У.бр.89/2009 од 10 февруари 2010 година со која судот утврдил повреда на правото на политичко дејствување на лице чија кандидатура за градоначалник за локалните избори во 2009 година била одбиена од страна на општинската изборна комисија. Покрај утврдувањето на повредата, судот исто така го поништил решението со кое повредата била сторена. Покрај тоа значајно е да се истакне дека Уставниот суд, кога ќе утврди повреда на некое човеково право и слобода за кое е надлежен да одлучува, тој исто така ќе го определи и начинот на отстранувањето на последиците од примената на поединечниот акт или дејство со кои тие права и слободи биле повредени (член 82 од Деловникот на Уставниот суд).

Неспорно е дека од донесувањето на Уставот во 1991 година, Уставниот суд нема донесено одлука со која утврдил повреда на принципот на недискриминација. Во овој контекст, во последниот извештај на Европската Комисија против Расизам и Нетолеранција на Советот на Европа (ECRI) објавен на 15 јуни 2010 година на властите им се препорачува

„да се идентификува зошто член 9 од Уставот ...го сега не бил успешно успешно применуван во предметите за дискриминација и онаму каде тоа било применливо да се преземат соодветни мерки за да се остварат било какви тешкотии во однос на имплементацијата на овие одредби во судските институции“.

Законската правна рамка во однос на судската заштита против дискриминацијата подетално е наведена погоре во текстот. Во овој дел акцентот е ставен на уставно-судската заштита која ја обезбедува Уставниот суд со оглед на тоа што токму оваа заштита Судот во Стразбур ја смета за ефикасна во предметите кои се однесуваат на забраната на дискриминација. Со исклучок на предметот *Kosteski* бр.55170/00, кој е единствениот предмет во кој Судот се впуштил во мериторно испитување на наводите на дискриминација (види погоре во делот посветен на дискриминацијата по основ на религија), во најголемиот број предмети ваквите наводи биле прогласени за недопуштени поради неискористување на домашните правни лекови. Тоа е така затоа што апликантите претходно не се обратиле до Уставниот суд со барање за заштита од дискриминација. Како илустрација се следните предмети: *Шијакова* и други бр. 67914/01 (децата на апликантите биле монаси во Македонската Православна Црква, а апликантите наводно биле дискриминирани поради тоа што нивните убедувања биле различни од оние на Црквата), *Скендер* бр. 62059/00 (апликантот се жалел дека е дискриминиран поради тоа што на неговата ќерка не и било дозволено да следи настава на својот мајчин Туски јазик поради неговото место на живеење); *Вранишкоски* бр. 37973/05 (апликантот се жалел дека со кривичната осуда поради дистрибуција на верски календари тој бил дискриминиран по основ на неговото верско уверување); *Сулејманов* бр. 69875/01 и *Целадинов* и други бр.13252/02 (постоење наводно расистички мотиви за полициско насилство и отсуство на ефикасна истрага); *Думановски* бр. 13898/02 (исплата на надоместок во случај на невработеност); *Јакимовски* бр. 26657/02 (доделување станарско

право на воени лица). Во помал број предмети жалбените наводи за дискриминација биле прогласени за недопуштени поради тоа што се однесувале на права и слободи кои не биле предвидени во Конвенцијата (Мицковски бр. 68329/01, разрешување од функцијата Заменик Јавен Правобранител поради политички причини) или пак Судот, наоѓајќи повреда на некоја од супстанцијалните одредби на Конвенцијата, не се впуштил во посебна анализа на наводите за дискриминација (Веселински бр. 45658/99 и Џидровски бр. 46447/99, право на откуп на воени станови по намалена цена).

Тоа значи дека Судот, имајќи ги предвид карактеристиките на барањето за заштита на слободите и правата предвидени во член 110 од Уставот, изградил став според кој овој правен лек се смета за ефикасен во поглед на заштитата од дискриминација кој апликантите мора да го искористат пред да се обратат до него. Искористувањето на домашните правни лекови, и тоа само на оние кои се ефикасни⁶ во однос на одредено право или слобода е еден од критериумите за допуштеност на жалбите предвиден во член 35 став 1 од Конвенцијата (види подолу во текстот). Тоа е така затоа што „ Судот е наменет да има супсидијарна улога во однос на националните системи кои ги штитат човековите права и соодветно е доколку националните совети на почетокот имаат можност да определат прашања во однос на компатибилноста на домашниот закон со Конвенцијата (A, B and C v. Ireland [GC], no. 25579/05, § 142)”. Доколку жалбата сепак биде доставена до Стразбур, Европскиот суд за човекови права треба да има придобивка од ставовите на националните судови, како да има директни и континуирани контакти со неопходните сили во нивните земји (Burden v. the United Kingdom [GC], no. 13378/05, § 42). Како што рекол „ објаснувањето за правилото за исцрпеност на домашните лекови е да им се дозволи на националните власти, примарно на судовите, да имаат можност да спречат или да ги поправат жалбените наводи за повреда на Конвенцијата. Тоа е значаен аспект од супсидијарниот карактер на машинеријата која стои зад Конвенцијата (Selmouni v. France [GC], no. 25803/94, § 74; Kudła v. Poland [GC], no. 30210/96, § 152)”.

Последен во низата предмети каде Судот одлучувал по прашањето за наводна дискриминација е Камчева бр. 23876/08 во кој жалителката се жалела дека не била примена на работа како наставник во основно училиште од политички причини. Жалителката не поднела барање за заштита на слободите и правата пред Уставниот суд, туку поднела тужба за надомест на штета по основ на дискриминација пред редовните судови согласно член 181 од Законот за работни односи од 2005 година кој предвидува вакво правно средство. Нејзиното тужбено барање било одбиено како неосновано. Судот ја прогласил апликацијата за неприфатлива поради тоа што утврдил дека жалителката немала статус на жртва. Сепак, она што е значајно е дека Судот во овој предмет, за прв пат го поставил отворено прашањето за односот меѓу барањето за заштита на слободи и права пред Уставниот суд и барањето за надомест на штета по основ на дискриминација во работни спорови, односно дали во ваквите спорови двата правни лека може да се користат алтернативно или уставно-судската заштита мора секогаш да се искористи. Се чини дека останува судската пракса да го разреши ова прашање во иднина.

На крај, само би напоменал дека од 10 април 1997 година Конвенцијата е составен дел на домашниот правен поредок и таа не може да се менува со закон (член 118 од Уставот). Имајќи предвид дека судовите одлучуваат врз основа на Уставот, законите и меѓународните договори ратификувани во согласност со Уставот (член 98 од Уставот), произлегува дека тие може директно да ја применуваат Конвенцијата при одлучувањето по конкретни предмети. Со оглед на тоа што судската пракса на Судот е таа која и дава содржина на Конвенцијата и во која се дефинирани основните принципи во заштитата на слободите и правата предвидени во Конвенцијата, несомнено може да се заклучи дека судовите може да се повикуваат на оваа судска пракса во образложението на своите пресуди. Тоа се однесува не само на пресудите на Судот во однос на Република Македонија, туку и на целокупната јуриспруденција на овој суд, затоа што покрај *inter partes* дејството, пресудите на Судот во Стразбур содржат начелни правни мислења по одредени прашања кои ги надминуваат границите на засегната држава и се универзални. Дека домашните судови може директно да ја применуваат Конвенцијата се решенијата на Врховниот суд во однос на барањата за заштита на правото на судење во разумен рок каде тој се повикува на Конвенцијата (дури и наоѓа повреда на член 6 од Конвенцијата) и судската пракса на Судот.

Корисни линкови:

За практични информации на вашиот јазик за поднесување на апликација до Европскиот суд за човекови права, преземете го пакетот апликација од:

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Applicants/Apply+to+the+Court/Application+pack/>

Критериумите за допуштеност се објаснети овде: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91AEEEEBC-B90F-4913-ABCC-E181A44B75AD/0/Practical_Guide_on_Admissibility_Criteria.pdf

Пребарувајте низ судската пракса на ЕСЧП овде: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>

⁶ Жалителите се само обврзани да ги исцрпат домашните лекови, кои и теоретски и практично се достапни во релевантно време и кои тие директно можат директно да ги востановат самостојно – т.е. правни лекови кои се достапни, кои може да обезбедат поправка во однос на нивните жалители и да понудат разумни перспективи за успех (Sejdovic v. Italy [GC], no. 56581/00, § 46; Paksas v. Lithuania [GC], no. 34932/04, § 75).

Практичен совет

За практични информации во врска со процедурите и инструкции упатете се на страна 33 од пакет апликацијата. Таму Европскиот суд за човекови права обезбедува информации на вашиот јазик во однос на правата кои судот ги штити, типот на случаи по кои постапува, условите за поднесување на апликација, начин на кој се пополнува апликацијата и правилата за процедурата.

Доколку барате исплата на надомест поднесете апликација пред ЕСЧП ('задоволување на правдата') бидејќи телата на ОН не доделуваат исплата на надомест.

Кога барате случаи кои се слични на вашиот случај, користете клучни зборови и конкретни членови од Европската конвенција за кои сметате дека се релевантни, како што е член 14 со кој се забранува дискриминација во однос на било кое право кое е заштитено со Конвенцијата.

1. Во кои случаи може да постапува Европскиот суд за човекови права (критериуми за допуштено)?

А. Испорченост на домашните правни лекови: ЕСЧП ќе постапува по случаи за кои сите национални лекови биле исцрпени. Судот дава општи информации за тоа кои правни лекови се сметаат за ефективни.

Б. Кој може да поднесе апликација против кого (*rationae personae*): апликанти поединци или НВОи мора да бидат директни жртви на некаква повреда. Апликација до ЕСЧП може да се достави само за работи кои се одговорност на јавен орган (законодавен дом, административни тела, или судови). Судот не постапува по апликации против приватни лица или приватни организации.

В. Кога да се поднесе апликацијата (*rationae temporis*): Државите може да се прогласат за одговорни само за повреди кои се случиле откако ја ратификувале Европската конвенција за човекови права и основни слободи. Сите земји-членки на ЕУ го имаат направено тоа пред да се направи транспонирање на директивите за недискриминација во нивните национални закони.

Г. Шестмесечно ограничување: ЕСЧП може да постапува само по апликации во временски период од шест месеци од датумот на кој била донесена конечната одлука на домашниот суд. Откако била дадена одлуката на највисокиот национален надлежен суд или власт, на располагање имате шест месечен период во кој можете да поднесете апликација до ЕСЧП, започнувајќи од моментот кога конечната судска одлука во обична жалбена постапка ви била доставена на вас или на вашиот адвокат.

Д. Каде се случила повредата (*rationae loci*): поопшто кажано, земјите членки може да се прогласат за одговорни за повредите кои се случиле на нивната суверена територија.

Ѓ. За што може да се поднесе апликација (*rationae materiae*): ЕСЧП разгледува само апликации кои се однесуваат на правата содржани во Европската конвенција за човекови права. Недискриминацијата има посебен статус во Конвенцијата, и оттаму ви се препорачува внимателно да прочитате за темата на овој прирачник.

Е. Други меѓународни процедури: апликацијата нема да смета за допуштена доколку содржината е во суштина иста како жалбата која била поднесена пред друг меѓународен механизам, како што е телото на Обединетите Нации, кое беше споменато погоре.

Ж. Апликациите не смеат да бидат анонимни: наведете ги вашите лични детали во апликацијата. Можете да побарате постапување со доверливост доколку тоа го наложуваат околностите.

З. Злоупотреба на правото на поднесување апликација: апликацијата не смее да биде напишана со навредлив јазик и мора да ги содржи сите релевантни информации.

С. Очигледна неоснованост: апликацијата ќе биде прогласена за очигледно неоснована доколку на прв поглед изгледа така и доколку наводите кои се дадени не се поткрепени со материјалот кој го има поднесено апликантот.

2. Како да се достави апликација до Европскиот суд за човекови права

Официјални јазици во Европскиот суд за човекови права се англискиот и францускиот јазик, но доколку ви е полесно можете да се обратите написмено до секретаријатот на официјален јазик на една од државите кои ја имаат ратификувано Конвенцијата. Формуларот на жалбата, целосно потполнет и потпишан од страна на жалителот и неговиот/нејзиниот претставник, е неопходен за да се започне постапка пред Европскиот суд за човекови права. Доколку жалбата се

поднесе по електронска пошта или факс, формуларот на жалбата во хартиена форма треба да се достави по пошта.. Целата кореспонденција во врска со вашата апликација треба да се испрати на следната адреса:

The Registrar
European Court of Human Rights
Council of Europe
F-67075 STRASBOURG CEDEX.
FRANCE

V.2. УПАТУВАЊЕ ИЛИ ПОВИКУВАЊЕ НА ПРАВОТО НА ЕУ ВО ДОМАШНИТЕ ПОСТАПКИ

Аргументите кои се базираат на Директивите за недискриминараност веќе се користени во предметите пред Европскиот суд за човекови права, како што е случајот на индиректна дискриминација врз ромските деца во специјализираните училишта. Истите аргументи може исто така да се изнесат и пред домашните судови. (D.H. and Others v the Czech Republic, пресуда од 13 ноември 2007, достапна на:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Czech%20%20Republic%20%20ostrava&sessionid=61105662&skin=hudoc-en.>)

Доколку клучниот концепт не бил соодветно формулиран, и/или принципите кои ги има утврдено Европскиот суд на правдата не се земени во предвид во домашниот закон и домашниот суд одбива да го упати случајот на прелиминарно толкување и одлучување во Европскиот суд, тогаш конечната пресуда на домашниот суд може да биде оспорена од меѓународен форум кој се потпира на аргументите кои се базираат на европското право.

Правилата за допуштеност и одлучување по такви приговори во детали се наведени во прирачникот за стратешки парнични постапки на страниците 131-144, што е цитирано во воведот на овој прирачник.

Заклучоци и Финални Практични Совети

ДИРЕКТНА ДИСКРИМИНАЦИЈА ИНДИРЕКТНА
ДИСКРИМИНАЦИЈА ВОЗНЕМИРУВАЊЕ ВИКТИМИЗАЦИЈА
ДАВАЊЕ ИНСТРУКЦИИ ДА СЕ ДИСКРИМИНИРА
ДИСКРИМИНАЦИЈА ВОЗНЕМИРУВАЊЕ ИНДИРЕКТНА ДИСКРИМИНАЦИЈА
ВОЗНЕМИРУВАЊЕ ВИКТИМИЗАЦИЈА ДАВАЊЕ ИНСТРУКЦИИ ДА СЕ
ДИСКРИМИНИРА ДИРЕКТНА ДИСКРИМИНАЦИЈА ИНДИРЕКТНА
ДИСКРИМИНАЦИЈА ВОЗНЕМИРУВАЊЕ ВИКТИМИЗАЦИЈА
ВИКТИМИЗАЦИЈА ДАВАЊЕ ИНСТРУКЦИИ ДА СЕ ДИСКРИМИНИРА
ИНДИРЕКТНА ДИСКРИМИНАЦИЈА ВОЗНЕМИРУВАЊЕ
ДИРЕКТНА ДИСКРИМИНАЦИЈА ВОЗНЕМИРУВАЊЕ
ДАВАЊЕ ИНСТРУКЦИИ ДА СЕ ДИСКРИМИНИРА
ДИСКРИМИНАЦИЈА ИНДИРЕКТНА ДИСКРИМИНАЦИЈА ВОЗНЕМИРУВАЊЕ
ВИКТИМИЗАЦИЈА ДАВАЊЕ ИНСТРУКЦИИ ДА СЕ ДИСКРИМИНИРА
ДИРЕКТНА ДИСКРИМИНАЦИЈА ИНДИРЕКТНА
ДИСКРИМИНАЦИЈА ВОЗНЕМИРУВАЊЕ ВИКТИМИЗАЦИЈА
ИНСТРУКЦИИ ДА СЕ ДИСКРИМИНИРА ДИСКРИМИНАЦИЈА
ДИРЕКТНА ДИСКРИМИНАЦИЈА ИНДИРЕКТНА
ДИСКРИМИНАЦИЈА ВОЗНЕМИРУВАЊЕ ВИКТИМИЗАЦИЈА ДАВАЊЕ
ИНСТРУКЦИИ ДА СЕ ДИСКРИМИНИРА ВОЗНЕМИРУВАЊЕ
ИНДИРЕКТНА ДИСКРИМИНАЦИЈА ВОЗНЕМИРУВАЊЕ ВИКТИМИЗАЦИЈА
ДАВАЊЕ ИНСТРУКЦИИ ДА СЕ ДИСКРИМИНИРА ДИРЕКТНА
ДИСКРИМИНАЦИЈА ИНДИРЕКТНА ДИСКРИМИНАЦИЈА

VI. ЗАКЛУЧОЦИ И ФИНАЛНИ ПРАКТИЧНИ СОВЕТИ

Кои чекори да се преземат против дискриминацијата? Кои совети да му се дадат на клиент кој тврди дека е жртва на дискриминација? Професионалците во областа на правото најпрво треба да си го постават следното прашање: која е заштитената карактеристика на жртвата? АКО НЕ БЕШЕ нивната попреченост, возраст, етничка припадност, раса, религија или сексуална ориентација дали тие ќе беа третирали на понаков начин? Важно е да се има на ум дека заштитата според законот за спречување и заштита од дискриминација се применува за луѓето кои добиваат неповолен третман за сметка на заштитениот основ во одредени области.

Ако одговорот на прашањето АКО НЕ БЕШЕ е да, понатаму може да биде корисно да се разгледа дефиницијата на различните форми на дискриминација за да се анализира нееднаквиот третман. Таа вежба може да се направи во две фази. Најпрво, може да биде корисно да се открие следното:

- Што претставува понеповолен третман? На пример: недобивање на работното место, одбивање пристап до образование, услуги, унапредување, или пониска плата. **ДИРЕКТНА ДИСКРИМИНАЦИЈА**
- Која е одредбата, критериумот или праксата заради која клиентот е ставен во одредена обесправена положба? На пример: услов за познавање на јазик. Дали луѓето од истата заштитена група страдаат од слична обесправеност? **ИНДИРЕКТНА ДИСКРИМИНАЦИЈА**
- Дали таквото однесување ја заплашува, деградира или понижува жртвата или дали се создава навредлива средина? На пример: хомофобични шегги. **ВОЗНЕМИРУВАЊЕ**
- Дали понеповолниот третман резултира од некаков приговор или започната постапка против дискриминација? На пример: вработен со попреченост кој не е унапреден се жали и последователно добива отказ. **ВИКТИМИЗАЦИЈА**
- Дали некој му дал инструкции на лицето кое ја врши дискриминацијата да постапува со жртвата на понеповолен начин? **ДАВАЊЕ ИНСТРУКЦИИ ДА СЕ ДИСКРИМИНИРА**
- Дали со третманот се крши условот за разумно отстранување на сите пречки во просторот за луѓето со попреченост?

Одговорите на овие прашања ќе укажат на типот на дискриминација во дадената ситуација.

Второ, може да биде корисно доколку се идентификува компаратор – доколку воопшто е потребен:

- Директивите за недискриминација дозволуваат хипотетички компаратори.
- Не постои потреба да се идентификува компаратор во случаи на вознемирување, виктимизација, при давање инструкции да се врши дискриминација, или пропуст да се направи разумно отстранување на пречките во просторот за луѓето со попреченост.
- Во некои држави дискриминацијата може да се утврди преку споредба со некој идеален минимален стандард на третман, на пример однесување со почитување на човечкото достоинство.

Одговорите на горе наведените прашања ќе укажат на фактите кои треба да се утврдат со законските постапки, како и ограничувањата на одбраната на оправданоста. Откако ќе се идентификува видот на дискриминација и најдобриот потенцијален компаратор, може безбедно да се прејде на собирање докази, нивно подредување и планирање како да се оспори одбраната на оправданоста.

Утврдувањето на фактите се наоѓа во средиштето на секоја законска постапка, што во случаите на дискриминација претставува генерално правило кое се забрзува со префрлањето на товарот на докажување. Во овој прирачник се прави преглед на следното:

- Кои факти може да го поткрепат тврдењето за дискриминација (Основни информации во претставката за дискриминација);
- Како да се оценат тие факти (Чекорите 'три плус еден' за утврдување на дискриминација потпирајќи се на префрлањето на товарот на докажување); и
- Како да се собираат докази за да се поткрепи оправданоста на тие факти (Општи и специфични докази).

Покрај тоа, Прирачникот содржи и графикони и табели кои треба да ве водат низ постапките и да ви помогнат во изборот на најефективните постапки врз основа на табелата за спроведување.

Прирачникот содржи корисно резиме на санкции кои може да се бара да се изречат во случаите на дискриминација. Разрешувањето на случаите преку медијација покажува висок степен на инвентивност, како и разновидни можности кои може да послужат како испирација.

ПРЕД да се започне било каква законска постапка, се дава совет да се консултира специјализираната комисија за заштита од дискриминација, невладината организација и/или синдикална организација. Комисиите за заштита од дискриминација се најспецијализирани, достапни и најевтини даватели на совети, помош и многу повеќе за случаите на дискриминација.

Честопати дискриминацијата е насочена кон групи и заедници, а исто така произлегува и од нееднакви социјални структури. Директивите за недискриминација ги даваат најдобрите алатки за борба против дискриминацијата на ниво на поединец. Меѓутоа, доколку жртвите работат заедно и ги вклучат невладините организации, можно е да се оспори и структурната дискриминација.

Доколку и кога националниот закон изгледа премногу нејасен или премногу комплексен, корисно е да се потпреме на аргументите кои се засноваат на европскиот закон за спречување на дискриминација и на судската пракса на Европскиот суд за човекови права од самото отпочнување на постапките, независно дали тие постапки се започнати пред судот, комисијата за заштита од дискриминација или управните органи. Било која претставка може да биде упатена во судот по жалба или направен преглед од страна на некој управен орган, инспекторат или дури од комисијата за заштита од дискриминација. Аргументите кои се засноваат на европскиот закон за спречување на дискриминацијата може да се изнесат пред македонските судови, и веќе на пример биле изнесени и пред Европскиот суд за човекови права. Одличен пример за овие аргументи може да се најде во предметот *D.H. and Others v. the Czech Republic*, пресуда од 13 ноември 2007 (апликација бр. 57325/00 достапна на <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>).

Прилози



VII. ПРИЛОЗИ

A. Прирачници на англиски јазик за конкретни области

- Прирачник за европскиот закон за недискриминација од Агенцијата за основни права на Европската Унија (FRA) и на Европскиот суд за човекови права (ECtHR). Особено во предвид е земена работата на Европската мрежа на правни експерти во областа на недискриминација:
http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/research/projects/proj_implementationeuLaw_en.htm
- Случаи, материјали и текстови за националниот, наднационалниот и меѓународниот закон за недискриминација, објавено како Ius Commune Збирка ресурси за обичајното право во Европа:
<http://www.casebooks.eu/nonDiscriminationLaw/about/>
- Законот за заштита од дискриминација на ЕУ, Evelyn Ellis (2005), Oxford University Press,
<http://fds.oup.com/www.oup.co.uk/pdf/0-19-926683-2.pdf>
- Докажување на случаи на дискриминација – Улогата на тестирањето на ситуациите, Migration Policy Group, (2009), http://www.migpolgroup.com/publications_detail.php?id=230

B. Извори на интернет

Страна со ресурси на ОН: http://www.hrea.org/index.php?doc_id=975

Страна со ресурси на ОН за попреченост <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=212>

Содржина:

Извршно резиме

I. Вовед

II. Закон за спречување и заштита од дискриминација

- A. Национална регулатива
- B. ЕКЧП
- B. Директиви на Европската Унија

III.1. Заштитени основи - дефиниции

III.2. Опфатени области – Во кои области се забранува дискриминацијата?

III.3. Клучни концепти

- A. Што значи дискриминација? Каков тип на постапување се забранува?
 1. Директна дискриминација
 2. Индиректна дискриминација
 3. Вознемирување
 4. Виктимизација
 5. Инструкции за вршење дискриминација
 6. Услов за разумно отстранување на пречки во просторот за лица со попреченост
- B. Дали некогаш дискриминацијата може да биде оправдана?
- B. Што претставуваат афирмативните мерки?

III.4. СПЕЦИФИЧНИ ДОКАЗИ ЗА ДИСКРИМИНАЦИЈА, ТОВАР НА ДОКАЖУВАЊЕ

- A. Специфични докази
 1. Тестирање на ситуација
 2. Процедура со примена на прашалник
 3. Статистички податоци како докази
- B. Докажување на случај
 1. Prima facie случаи: претпоставка за дискриминација
 2. Користење на одбраната на оправданоста од страна на обвинетите
 3. Побивање на одбраната на оправданоста
- B. Праксата на ЕСЧП што се однесува на доказите и преминувањето на товарот на докажување

IV. КАКО МОЖАТ ПОЕДИНЦИ ДА ГО СПРОВЕДУВААТ ЗАКОНОТ?

IV.1. ЗАСТАПУВАЊЕ НА ЖРТВИ

- A. ПОЛОЖБА
 1. Положба на жртвите
 2. Положба на НВОи
 3. Положба на синдикални организации
- B. Улогата на Комисијата за заштита од дискриминација
 - (a) Совети и информации
 - (б) Поддршка за поединци кои сакаат да отпочнат судска постапка
 - (в) Посредување и поднесоци на пријател на судот
 - (г) Носење одлука/Овластување да се постапува како суд
- B. Посредување
- Г. Пријатели на судот

IV.2. САНКЦИИ И ПРАВНИ ЛЕКОВИ: УЛОГАТА НА СУДОВИТЕ И УПРАВНИТЕ ОРГАНИ ВО СПРОВЕДУВАЊЕТО НА ЗАКОНОТ ЗА СПРЕЧУВАЊЕ И ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈА

- A. Граѓанско право
 1. Типични санкции
 2. Постапки
- B. Кривично право
- B. Административно право
- Г. Медијација

V. СУДСКАТА ПРАКСА НА ЕСЧП ЗА ДИСКРИМИНАЦИЈА ВО СЛУЧАИТЕ ОД ПЈР МАКЕДОНИЈА

VI. ЗАКЛУЧОЦИ И ФИНАЛНИ ПРАКТИЧНИ СОВЕТИ

VII. ПРИЛОЗИ

- A. Прирачници на англиски јазик во конкретни области
- B. Прирачници на националните јазици

