

Osnovni principi i dokazivanje “ostalih oblika diskriminacije” prema Zakonu o zabrani diskriminacije

1. Uvod i definicije

Zakonom o zabrani diskriminacije (ZZD) definirani su različiti oblici diskriminacije: neposredna i posredna diskriminacija, te “ostali oblici diskriminacije”. Prema Zakonu, neposredna diskriminacija je “svako različito postupanje po [zabranjenim] osnovama¹, odnosno svako djelovanje ili propuštanje djelovanja kada je neko lice ili grupa lica dovedena ili je bila ili bi mogla da bude dovedena u nepovoljniji položaj za razliku od nekog drugog lica ili grupe lica u sličnim situacijama”.² Posredna diskriminacija, pak, “podrazumijeva svaku situaciju u kojoj, naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa, ima ili bi imala efekat dovođenja nekog lica ili grupe lica u nepovoljan ili manje povoljan položaj u odnosu na druga lica”.³ Ostali oblici diskriminacije definirani ZZD-om su: uznemiravanje po nekom od zabranjenih osnova, spolno (seksualno) uznemiravanje, mobing, segregacija, izdavanje naloga drugima za vršenje diskriminacije i pomaganje prilikom diskriminacije, te podsticanje na diskriminaciju u vidu zagovaranja nacionalne, rasne ili vjerske mržnje.⁴

Pravilno razumijevanje i razlikovanje navedenih oblika diskriminacije veoma je značajno, jer se temeljni principi i metode dokazivanja u sudskom postupku donekle razlikuju zavisno od oblika diskriminacije koji je predmet spora. Kako je elaborirano u prethodnom komentaru Analitike⁵, direktna i indirektna diskriminacija imaju određene zajedničke karakteristike kada je riječ o njihovom dokazivanju. Temeljno je pravilo za ova dva ključna oblika diskriminacije jeste da u slučaju da tužilac demonstrira postojanje *prima facie* diskriminacije, teret

¹ Prema članu 2, stav 1 Zakona o zabrani diskriminacije (u daljem tekstu ZZD), zabranjeni osnovi su: rasa, boja kože, jezik, vjera, etnička pripadnost, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza s nacionalnom manjinom, političko ili drugo uvjerenje, imovno stanje, članstvo u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanje, društveni položaj i spol, spolno izražavanje ili orijentacija, kao i svaka druga okolnost koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojoj osobi onemogućiti ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi prava i sloboda u svim oblastima javnog života.

² Ibid., član 3, stav 1.

³ Ibid., član 3, stav 2.

⁴ Ibid., član 4.

⁵ Boris Topić, *Teret dokazivanja direktne i indirektna diskriminacije* (Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja, 2015) http://www.analitika.ba/sites/default/files/publikacije/teret_dokazivanja_diskriminacije_-_komentar_web.pdf (stranica posjećena 15. 4. 2015).

dokazivanja da do diskriminacije nije došlo prelazi na tuženog. Osnovni metod kojim se to postiže je uporedni test, odnosno sagledavanje pozicije tuženog u odnosu na situaciju komparatora – osobe koja se nalazi u istoj situaciji kao i osoba koja u postupku tvrdi da je diskriminirana, ali se od tužioca razlikuje po relevantnim ličnim karakteristikama.⁶

Ostali oblici diskriminacije prema ZZD-u dijele temeljne principe, a naročito princip prebacivanja tereta dokazivanja, ali imaju niz specifičnosti u pogledu njihovog dokazivanja pred sudovima u antidiskriminacijskom postupku. Ovaj kratki komentar ima za cilj da ukaže na ključne specifičnosti ovih instituta i njihovog dokazivanja, koje bi i sudije, ali i zastupnici žrtava diskriminacije svakako trebali imati u vidu u njihovom djelovanju u sudskim postupcima za zaštitu od diskriminacije.

2. Dokazivanje “ostalih oblika diskriminacije”

Ključna specifičnost u pogledu predmeta dokazivanja ostalih oblika diskriminacije kao što su uznemiravanje, spolno (seksualno) uznemiravanje ili mobing sastoji se u tome da njihovo dokazivanje ne zahtijeva korištenje uporednog testa i određivanje komparatora.⁷ Komparator je nepotreban i kod utvrđivanja podsticanja na diskriminaciju ili davanja naloga za vršenje diskriminacije. Uporedni test se ne provodi ni kod propuštanja razumnog prilagođavanja⁸ u odnosu na osobe sa invaliditetom, kao jednog od izuzetaka od principa jednakog postupanja predviđenih članom 5 ZZD-a. Štaviše, u slučaju kada tužilac smatra da je snosio posljedice diskriminacije zbog propusta razumnog prilagođavanja, prema odredbi člana 15, stav 3 ZZD-a, teret dokazivanja je u potpunosti na tuženoj strani.

2.1. Uznemiravanje kao oblik diskriminacije

ZZD propisuje da se “uznemiravanje... smatra diskriminacijom u svakoj situaciji u kojoj ponašanje vezano za jedan od [zabranjenih] osnova... ima za svrhu ili čiji je efekat povreda dostojanstva lica i stvaranje zastrašujućeg, neprijateljskog, degradirajućeg, ponižavajućeg ili uvredljivog ambijenta”.⁹ Iz same definicije proizlazi da se prilikom utvrđivanja uznemiravanja u sudskom postupku potrebno osloniti na objektivno-subjektivni pristup

⁶ Ibid., str. 2–5.

⁷ Lilla Farkas, *How to Present a Discrimination Claim: Handbook on Seeking Remedies under the EU Non-discrimination Directives* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011), str. 47, i Nevena Petrušić, “Teret dokazivanja” u *Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije*, ur. Nevena Petrušić (Beograd: Poverenik za zaštitu ravnopravnosti – Pravosudna akademija, 2012), str. 273.

⁸ “Razumno prilagođavanje” označava neophodno i adekvatno modificiranje i usklađivanje kojim se ne nameće nesrazmjerno, odnosno nepotrebno opterećenje, tamo gdje je to u konkretnom slučaju potrebno, kako bi se osiguralo da osobe sa invaliditetom uživaju, odnosno ostvaruju ravnopravno sa drugima sva ljudska prava i osnovne slobode, član 2 Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom (*Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori* 11/09).

⁹ ZZD, član 4, stav 1.

i koncentrirati se prvenstveno na žrtvinu percepciju o tome da li je došlo do povrede njenog dostojanstva.¹⁰ U praksi američkih sudova, godinama je korišten standard razumne osobe (“*reasonable person*”) u utvrđivanju da li određeno ponašanje može predstavljati uznemiravanje koje vrijeđa dostojanstvo. Prema tom standardu, određeno ponašanje okarakteriziralo bi se kao uznemiravanje ako bi se prema shvatanju razumne osobe takvo ponašanje shvatilo kao uvredljivo i dovoljno oštro da bi stvorilo osjećaj uznemirenja dovoljnog da povrijedi lično dostojanstvo. Međutim, u predmetu *Ellison v. Brady*¹¹, Deveti okružni sud Sjedinjenih Američkih Država je kritizirao ovaj neutralni standard iz više razloga i zaključio da se radnje uznemiravanja moraju ocjenjivati iz perspektive žrtve.¹² Sud je u ovom predmetu naglasio da bi bez sagledavanja situacije iz perspektive žrtve postojao rizik da se aktuelni nivo diskriminacije poveća, “počinioci bi mogli nastaviti da uznemiravaju samo zbog toga što je određena praksa uobičajena [što standard “razumne osobe” i implicira], a žrtve uznemiravanja ne bi imale odgovarajuću pravnu zaštitu.”¹³ Treba naglasiti da i pravo Evropske unije zahtijeva da se prilikom utvrđivanja uznemiravanja sud oslanja na žrtvinu percepciju, pa čak promovira pristup koji podrazumijeva utvrđivanje uznemiravanja i u slučaju kada žrtva ne osjeća posljedice, ali se pojavljuje kao meta uznemiravanja.¹⁴

Subjektivna je perspektiva naročito značajna u ovom kontekstu, imajući u vidu da se prag “povrede dostojanstva”, odnosno razumijevanje “zastrašujućeg, neprijateljskog, degradirajućeg, ponižavajućeg ili uvredljivog ambijenta” – kao nužnih elemenata uznemiravanja prema ZZD-u¹⁵ – mogu razlikovati od osobe do osobe.¹⁶ Pritom treba imati u vidu i činjenicu da je ljudsko dostojanstvo, naprimjer – iako ga sudovi intenzivno koriste u interpretaciji i sudskoj zaštiti ljudskih prava u različitim oblastima – kompleksan koncept i da se može značajno razlikovati od jedne kulture i sredine do druge, te da se njegovo značenje također može mijenjati, odnosno evoluirati tokom vremena.¹⁷ S tim u vezi, da bi određeno ponašanje bilo okarakterizirano kao uznemiravanje, potrebna je kombinacija subjektivne perspektive tužioca, s jedne, te objektivnog značenja i shvatanja društvene

¹⁰ European Union Agency for Fundamental Rights i European Court of Human Rights – Council of Europe, *Handbook on European Non-discrimination Law* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011), str. 32.

¹¹ United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *Ellison v. Brady*, no. 89-15248, 5. 2. 1991., dostupno na http://www2.law.columbia.edu/faculty_franke/Torts/ellison.pdf (stranica posjećena 15. 4. 2015).

¹² Vidi više u Patricia J. Almony, „Ellison v. Brady: A Legal Compromise with Reality in Cases of Sexual Harassment“, *Villanova Law Review* 37, br. 1(1992), str. 195–221.

¹³ *Ellison v. Brady*, str. 3.

¹⁴ European Union Agency for Fundamental Rights i European Court of Human Rights – Council of Europe, *Handbook on European Non-discrimination Law*, str. 32.

¹⁵ Vidjeti ZZD, član 4, stav 1.

¹⁶ Farkas, *How to Present a Discrimination Claim*, str. 38.

¹⁷ Vidjeti npr. Christopher McCrudden, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *European Journal of International Law* 19, br. 4(2008), str. 655–734.

sredine, s druge strane. Naime, kako naglašava i standard usvojen u Velikoj Britaniji, “potrebna je određena razumna osnova za takvu percepciju; nije dovoljno da tužilac samo tvrdi da je bio izložen nepovoljnom tretmanu.”¹⁸

Kada je riječ o spolnom uznemiravanju, treba istaći da je, definiranjem ovog oblika diskriminacije kao “neželjenog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog ponašanja spolne prirode”, zakonodavac u Bosni i Hercegovini pribjegao užem konceptu spolnog uznemiravanja, koji je u pravilu vezan za radnje seksualne prirode.¹⁹ Važno je naglasiti da se i u postupku povodom uznemiravanja primjenjuje pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja. Tako npr. u slučaju spolnog uznemiravanja, ukoliko tužilac ponudi dovoljne dokaze da je došlo do ponašanja seksualne prirode, sud bi morao smatrati da je uspio učiniti vjerovatnim da je uznemiravanje izvršeno. Da bi oborio ovu pretpostavku, tuženi mora da dokaže ili da nije bilo takvog ponašanja ili da je ono bilo takvog “bezazlenog” karaktera da se ne bi moglo okarakterizirati kao povreda dostojanstva.²⁰

2.2. Specifičnosti mobinga

Mobing je poseban oblik uznemiravanja. Za razliku od općeg oblika uznemiravanja, koje mora biti zasnovano na jednoj od ličnih karakteristika žrtve, kod utvrđivanja mobinga te lične karakteristike nisu relevantne. Prema ZZD-u, mobing je oblik “nefizičkog uznemiravanja na radnom mjestu koji podrazumijeva ponavljanje radnji koje imaju ponižavajući efekat na žrtvu čija je svrha ili posljedica degradacija radnih uslova ili profesionalnog statusa zaposlenog”²¹. Iz navedenog proizlazi da za postojanje mobinga nije bitno da li se mobing vrši jednom vrstom radnje ili putem više njih, nego je bitno da se te radnje ponavljaju tokom dužeg perioda²². Upravo taj faktor vremena predstavlja osnovnu distinktivnu karakteristiku mobinga u odnosu na npr. spolno (seksualno) uznemiravanje, koje se može počinuti i samo jednom radnjom.

Jedan od uočenih nedostataka zakonskog određenja mobinga u Bosni i Hercegovini svakako je činjenica da ZZD ne precizira konkretne radnje i postupke koji se mogu smatrati mobingom, što može dovesti i do poteškoća sa dokazivanjem u sudskom postupku.²³

¹⁸ Michael Connolly, *Townshend-Smith on Discrimination Law: Text, Cases and Materials* (Portland: Cavendish Publishing, 2004), str. 225.

¹⁹ Širi koncept seksualnog uznemiravanja podrazumijeva spolno uvjetovano ponašanje ponižavajućeg karaktera, koje nužno ne mora imati bilo kakve seksualne konotacije. Uporedi Goran Selanec, *Analiza Zakona o ravnopravnosti spolova* (Zagreb: CESI, 2008), str. 43.

²⁰ Ibid., str. 42.

²¹ ZZD, član 4, stav 3.

²² Up. Lidija Đukić, “Pravna zaštita zbog zlostavljanja na radu (mobinga)”, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 3(2012), str. 125.

²³ Vidjeti Aleksandra Vuković, *Zlostavljanje na radu: mobing* (Laktaši: Grafomark, 2012), str. 188.

Stoga je nužno imati u vidu konceptualno određenje mobinga, pod kojim se podrazumijeva čitav niz radnji.²⁴ Radnje kojima se vrši mobing moraju biti nefizičke i one se obično sastoje u psovanju, vrijeđanju, uskraćivanju davanja informacija, izolaciji, širenju glasina, pretrpavanju radnim zadacima ili davanju besmislenih radnih zadataka.²⁵

Kao specifična vrsta uznemiravanja, mobing se može vršiti samo u okviru radne sredine. Mobing se pojavljuje kao vertikalni i horizontalni. O vertikalnom mobingu govorimo u slučaju uznemiravanja podređenog od strane nadređenog. Ipak, moguće je zamisliti i situaciju kada podređeni ili grupa podređenih radnika uznemiravaju nadređenu osobu.²⁶ Radnje kojima se vertikalni mobing vrši proizlaze iz hijerarhijskog odnosa i najčešće se ispoljavaju u uskraćivanju (tzv. “mobing praznog stola”) ili pretjeranom davanju radnih zadataka, pojačanoj kontroli, kritici i omalovažavanju pojedinih uposlenika.²⁷ O horizontalnom mobingu je riječ kada se on vrši između zaposlenih koji se nalaze u istom radnopravnom položaju. Ova vrsta mobinga najčešće se ispoljava u ismijavanju, širenju glasina i izolaciji, odnosno isključivanju iz socijalnih interakcija unutar radne sredine.²⁸

Imajući u vidu da ZZD definira mobing kao kontinuirano ponižavanje žrtve, koje ima za “svrhu ili posljedicu degradaciju radnih uslova ili profesionalnog statusa zaposlenog”, kod dokazivanja mobinga, kao i kod svih ostalih oblika diskriminacije predviđenih ZZD-om, namjera je nebitna. U tom smislu, i to treba posebno naglasiti, regulacija mobinga u ZZD-u u bitnome odstupa od one predviđene u Zakonu o radu Republike Srpske²⁹ i Zakonu o radu u institucijama Bosne i Hercegovine³⁰, gdje se definira kao “specifična vrsta ponašanja na radnom mjestu, kojim jedno ili više lica sistematski, u dužem vremenskom periodu, psihički zlostavlja ili ponižava drugo lice, s ciljem ugrožavanja njegovog ugleda, časti, ljudskog dostojanstva i integriteta”. Ono što je, dakle, jedino bitno za utvrđivanje mobinga prema ZZD-u jeste da je nastupila štetna posljedica. Radnja mobinga najčešće se i preduzima sa ciljem da se nanese povreda dostojanstvu zaposlenog i degradiraju njegovi radni uvjeti ili profesionalni položaj. No, mobing će postojati i ako je uznemiravanje izvršeno nenamjerno, ali radnja uznemiravanja sama po sebi predstavlja povredu dostojanstva na radu.³¹

²⁴ Najveći autoritet u ovoj oblasti Heinz Leymann pobrojao je čak 45 različitih aktivnosti koje se koriste u procesu mobinga. Vidjeti “The Mobbing Encyclopaedia”, <http://www.leymann.se/English/frame.html> (stranica posjećena 15. 4. 2015).

²⁵ Đukić, “Pravna zaštita zbog zlostavljanja na radu (mobinga)”, str. 125.

²⁶ Ivica Crnić, “Povrede prava osobnosti i neimovinska šteta”, u *Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi* (Zagreb: Centar za mirovne studije, 2011), str. 120.

²⁷ Vidjeti npr. “The Mobbing Encyclopaedia”.

²⁸ Ibid.

²⁹ “Zakon o radu Republike Srpske” – prečišćeni tekst, *Službeni glasnik RS* 55/07, čl. 111.

³⁰ “Zakon o radu u institucijama BiH”, *Službeni glasnik BiH* 26/04, 7/05, 48/05, 60/10 i 32/13, čl. 86.e).

³¹ Up. Đukić, “Pravna zaštita zbog zlostavljanja na radu (mobinga)”, str. 132.

I dokazivanje mobinga ima određene specifičnosti. Prije svega, kako ističe Reljanović, mnoga rješenja regulirana ZZD-om – kao što su kolektivna tužba ili učešće trećih osoba na strani tužioca – neće, zbog njegove prirode, biti upotrijebljena u parnici povodom zaštite od mobinga.³² No, bez obzira na njegove specifičnosti i značajne razlike u odnosu na druge oblike diskriminacije, i kod dokazivanja mobinga primjenjuje se pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja. To znači da je tužilac dužan ponuditi dokaze kojima će potkrijepiti svoje navode da je mobing izvršen, odnosno dužan je izvesti dokaze iz kojih će se moći utvrditi činjenice na osnovu kojih se može zaključiti da je do mobinga došlo, odnosno utvrditi pretpostavka mobinga.³³ Ukoliko tužilac uspije učiniti vjerovatnim da je do mobinga došlo, na tuženom će ležati teret dokazivanja da nije bilo mobinga. Tako, naprimjer, ukoliko tužilac dokaže da se uznemiravanja od strane tuženog ponavljaju u određenom periodu, te ponudi dokaze da takvo ponašanje ima ponižavajući efekat i degradaciju radnih uvjeta, sud bi trebao uzeti kao oborivu pretpostavku da je to ponašanje ponižavajuće te da je degradacija radnih uvjeta ili profesionalnog statusa zaposlenog nastupila kao posljedica tog ponašanja. Onda bi tuženi, da bi oborio pretpostavku diskriminacije, morao dokazati da nije bilo kontinuiranog zlostavljanja ili, pak, da te radnje kao takve nisu mogle imati ponižavajući efekat, odnosno da je degradacija radnih uvjeta ili profesionalnog statusa tužioca nastupila kao posljedica drugih okolnosti.

3. Zaključna razmatranja

ZZD kao ključne posebne oblike diskriminacije prepoznaje uznemiravanje, spolno (seksualno) uznemiravanje, mobing, podsticanje na diskriminaciju ili davanje naloga za vršenje diskriminacije. Osnovna specifičnost dokazivanja ovih oblika diskriminacije sastoji se u tome da njihovo dokazivanje ne zahtijeva korištenje uporednog testa i određivanje komparatora.

I kod dokazivanja ostalih oblika diskriminacije, ZZD uvodi pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja, obavezujući procesno jaču stranu da dokaže da diskriminacije nije bilo ukoliko druga strana učini vjerovatnim da je do jednog od posebnih oblika diskriminacije u konkretnom slučaju ipak došlo. Ovakvim pristupom ZZD naglašava kompleksnost pojava oblika diskriminacije i nastoji osigurati poštivanje principa ravnopravnosti stranaka u antidiskriminacijskom sudskom postupku, bez obzira na to koji je oblik diskriminacije predmet spora u konkretnom slučaju.

³² Mario Reljanović, *Regulacija mobinga u Bosni i Hercegovini u kontekstu Zakona o zabrani diskriminacije* (Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja, 2015), str. 4, dostupno na http://analitika.ba/sites/default/files/publikacije/regulacija_mobinga_-_brief_web.pdf (stranica posjećena 20. 4. 2015).

³³ Đukić, “Pravna zaštita zbog zlostavljanja na radu (mobinga)”, str. 132.

Naslov:

Osnovni principi i dokazivanje “ostalih oblika diskriminacije” prema Zakonu o zabrani diskriminacije

Izdavač:

Analitika – Centar za društvena istraživanja

Godina: 2015.

© Analitika – Centar za društvena istraživanja, sva prava pridržana

Adresa izdavača:

Kaptol 5, 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina

info@analitika.ba

www.analitika.ba

Lektura:

Amela Šehović

Korektura:

Mirela Rožajac-Zulčić

Dizajn publikacije:

Branka Ilić

DTP:

Jasmin Leventa

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



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE



Fond
otvoreno društvo
Bosna i Hercegovina

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



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

www.analitika.ba