

Sudska praksa u predmetima diskriminacije

Slavica Čindrak

sudija Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

Zvezdana Antonović

sudija Suda Bosne i Hercegovine



Finansira Evropska unija



Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine
Visoko sudbeno i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine
Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине
High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina



Sudska praksa u predmetima diskriminacije

Autori: Slavica Čindrak, sudija Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine i
Zvezdana Antonović, sudija Suda Bosne i Hercegovine

Sarajevo, januar 2022. godine



Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine
Visoko sudbeno i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine
Високи судски и тужилачки савет Босне и Херцеговине
High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina



Ova publikacija je urađena uz finansijsku podršku Evropske unije.
Sadržaj publikacije je isključiva odgovornost autora i ne predstavlja stavove Evropske unije.

Sadržaj

Pozdravna riječ predsjednika VSTV-a BiH.....	6
UVOD.....	8
Metodologija.....	10
PRVI DIO.....	14
MATERIJALNOPRAVNI OSNOV ZAŠTITE OD DISKRIMINACIJE.....	14
Odjeljak 1. Normativni okvir.....	14
Uvodne napomene.....	14
Mehanizmi za sprovođenje Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.....	16
Odjeljak 2. DISKRIMINACIJA.....	22
Odjeljak 3. OBLICI DISKRIMINACIJE.....	30
Osnovni oblici.....	30
Posebni oblici diskriminacije.....	35
Odjeljak 4. Izuzeci od principa jednakog postupanja po ZZD.....	46
Odjeljak 4. Izuzeci od principa jednakog postupanja po ZR.....	47
Odjeljak 5. Institucije za zaštitu od diskriminacije.....	49

DIO DRUGI	58
DISKRIMINACIJA U PARNIČNOM POSTUPKU	58
Odjeljak 1. TUŽBE	58
Odjeljak 2. ODGOVOR NA TUŽBU	80
Odjeljak 3. NEKA PROCESNA PITANJA	81
Odjeljak 4. POSTUPAK DOKAZIVANJA	86
Odjeljak 5. NAKNADA ŠTETE	101
Odjeljak 6. ZAKLJUČCI.....	106
Osvrt na publikaciju	108
Poruka autora	109
Sudska praksa u	110
predmetima diskriminacije	110

Pozdravna riječ predsjednika VSTV-a BiH

Poštovani čitaoci,

pred Vama se nalazi publikacija „Sudska praksa u predmetima diskriminacije“ koja je izrađena u okviru Projekta „Izgradnja efikasnog pravosuđa u službi građana“ financiranog iz programa pretpristupne pomoći IPA 2017.

Namjera Visokog sudske i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine za izradu ove, ali i drugih publikacija sa sudskom praksom u okviru istog Projekta, je bila da se u saradnji sa partnerskim sudovima, odnosno sudovima najviše instance u Bosni i Hercegovini prikaže pregled novije sudske prakse u određenim, aktuelnim pitanjima sa kojima se ovi sudovi suočavaju u svakodnevnom radu. Sve izabrane teme su dogovorene u saradnji VSTV-a BiH i partnerskih sudova, nakon čega su na isti način dogovoreni i autori publikacija. Navedeni proces je pokrenut krajem 2020. godine, te okončan početkom 2022. godine.

Za izradu ove publikacije izabrane su dvije sudije sa dugogodišnjim iskustvom u radu na parničnim predmetima, i to sudija Zvezdana Antonović iz apelacionog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine, te sudija Slavica Čindrak, predsjednica građanskog odjeljenja Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine. Iako je prvobitno zamišljeno da se publikacijom prvenstveno obradi pitanje obrnutog tereta dokazivanja u predmetima diskriminacije, ekstenzivno istraživanje pravnih propisa i sudske prakse koje su provele autorice, otvorila su brojna

pravna pitanja i tako znatno proširila fokus rada koji je pred vama. Pored relevantnih zakonskih i drugih odredbi, te standarda koje je kroz svoju praksu postavio Evropski sud za ljudska prava, u publikaciji su predstavljene i analizirane brojne odluke domaćih sudova različitih nivoa i jurisdikcija. Sve citirane odluke biće dostupne kroz bazu sudskih odluka koju ažurira VSTV BiH, a kojoj možete pristupiti putem web stranice <https://csd.pravosudje.ba> bez ikakvih ograničenja, dok za dodatne informacije o standardima Evropskog suda za ljudska prava možete konsultovati Vodič za primjenu člana 14 i člana 1 Protokola br. 12 uz Konvenciju, dostupnog na internet stranici ovog suda.

Ovom prilikom želim da se zahvalim svim učesnicima u procesu izrade publikacije. Naročito se zahvaljujem autorima koji su svoju ekspertizu i entuzijazam uložili da kompleksna pitanja približe novim generacijama sudija koji će tek početi raditi na predmetima diskriminacije, ali i da sudije sa dužim iskustvom navedu na propitivanje i razmišljanja.

Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine ovom publikacijom podržava nastojanja pravosuđa i različitih međunarodnih i domaćih organizacija da se kontinuirano razgovara o pitanjima u vezi antidiskriminacionog prava i njegove primjene pred sudovima u Bosni i Hercegovini, a vjerujemo da će ista naći svoje zasluženo mjesto i u

procesu kontinuiranog stručnog usavršavanja nosilaca pravosudnih funkcija u Bosni i Hercegovini.

Za pripremu osvrta na ovu publikaciju zatraženo je pored mišljenja članova VSTV-a BiH i mišljenja Misije OSCE-a u Bosni i Hercegovini, čime je publikacija specifična u odnosu na ostale. Ovo je učinjeno obzirom na dugogodišnju ekspertizu Mi-

sije OSCE-a u ovoj oblasti, a dodatno daje važnost temi koju su sudovi i VSTV BiH prepoznali.

U narednim godinama, nastavićemo podržavati izradu novih publikacija sudske prakse na teme čiju aktuelnost utvrde sudovi najviše instance u Bosni i Hercegovini.

Halil Lagumdžija,
predsjednik VSTV BiH

UVOD

Posljednjih godina uočeno je povećanje broja sudskih parničnih postupaka zbog zaštite od diskriminacije pred redovnim sudovima, ali i postupaka po apelacijama na odluke redovnih sudova, koje se pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud BiH) usvajaju zbog kršenja zabrane diskriminacije.

Brojne nedosljednosti i nejasnoće u primjeni, prije svega Zakona o zabrani od diskriminacije u BiH (u daljnjem tekstu: ZZD) tzv. antidiskriminirajućeg zakona, a zatim i Zakona o ravnopravnosti spolova (u daljnjem tekstu: ZRS), donesenih na državnom nivou, ali i drugih zakona iz pojedinih oblasti zaštite prava koji su usklađivani sa ovim zakonom, uočene su u praksi sudova.

Zakon o zabrani diskriminacije propisao je jasnu obavezu i odgovornost zakonodavne, sudske i izvršne vlasti u BiH, kao i pravnih lica i pojedinaca koji vrše javna ovlaštenja (u daljnjem tekstu: nadležne institucije), da svojim djelovanjem omoguće zaštitu, promoviranje i stvaranje uslova za jednako postupanje prema svim javnim organima, a ostalim pravnim licima da u svoje opće pravne akte, ili kroz posebne pravne akte, reguliraju principe jednakog postupanja, te da osiguraju učinkovite interne procedure zaštite od diskriminacije. Međutim, prepoznaju se brojni propusti koji završavaju u sudskim parničnim postupcima, a i sudovi u svojim odlukama nedovoljno iskazuju razumijevanje cijele ove oblasti koja zahvata sagledavanje više propisa u primjeni.

Negativan ishod za žrtvu u većem broju sudskih postupaka zaštite od diskriminacije zabrinjavajući je pokazatelj, posebno kod činjenice da su ZZD u BiH, kao antidiskriminirajući zakon, ali i drugi usklađeni zakoni o radu, na snazi već više godina (10 odnosno 5), koji su u većem dijelu usklađeni s međunarodnim konvencijama,

preporukama i direktivama Evropske unije iz ove oblasti.

Istina, državna struktura u BiH, svojom ustavnom strukturom i organizacijom vlasti, stvara pogodne uslove za donošenje i implementaciju uglavnom fragmentiranih zakonskih rješenja koja nisu harmonizirana u cijelosti, što se odnosi ne samo na različitu normativnu regulativu već i stvaranje različite sudske prakse i generalno nedovoljno efikasnog nadzora nad implementacijom bilo kojeg propisa, naročito kada je propis donesen na državnom nivou.

U tom cilju značajno je analiziranje i sagledavanje pitanja zaštite od diskriminacije u sudskim postupcima, kako bi se ukazalo na sve nejasnoće na putu potpune i zakonite zaštite žrtava od diskriminatora u sudskom postupku, ali i ojačala svijest o mogućnosti uspjeha u sudskom postupku.

Prvi dio publikacije predstavlja materijalnopravni okvir zaštite od diskriminacije, s navođenjem međunarodne i domaće regulative koja može biti primijenjena direktno ili posredno u sudskim postupcima. Prezentirat će se pojedini oblici diskriminacija po ZZD i ZRS, kao i osnovne karakteristike oblika diskriminacije po zakonima o radu.

Poseban naglasak stavlja se na činjenicu da sudovi ne prepoznaju specifična rješenja i razlike iz tih zakona, pa se najčešće odluke zasnivaju na zahtjevima koji nisu uređeni, nejasnih činjeničnih utvrđenja, zbog čega i obrazloženja odluka sadrže pozivanje na sve zakone, iako bi trebalo zaštitu od diskriminacije po ZZD i zaštitu od diskriminacije po zakonima o radu jasno odvojiti.

Stoga je drugi dio rada posvećen procesnopravnim pitanjima u postupcima zaštite od diskriminacije, s posebnim osvrtom na pripremanje

glavne rasprave i pojedine procesne radnje, ukazivanjem na razlike u normativnim rješenjima koja kada se na vrijeme uoče, mogu osigurati brz i efikasan postupak zaštite od diskriminacije pred sudom.

U tom dijelu razrađena su neka od važnijih pitanja sudskog postupka koja se odnose na fazu prethodnog ispitivanja tužbe, kroz ispitivanje sadržaja i vrste tužbe za zaštitu od diskriminacije, nadležnost suda, stranačku legitimaciju, učešće trećih lica u postupku, zatim postupak dokazivanja, s posebnim osvrtom na značaj „obrnutog tereta dokazivanja“ kao specifičnost postupka u tužbama za zaštitu od diskriminacije, mjere osiguranja, te neke dileme u primjeni normi o rokovima i pravnim lijekovima, posebno reviziji, kao i o postupcima naknade štete kada je diskriminacija utvrđena.

Preklapanje (diskrepancija) u normama antidiskriminirajućih zakona u odnosu na neke oblike diskriminacije, dolazi posebno do izražaja u tužbama sa zajedničkim zahtjevima kada se zahtjev za zaštitu od diskriminacije iz radnog odnosa (primarno mobinga) i zahtjev za zaštitu od drugih prava iz radnog odnosa traži po ZZD, a ta zaštita se može pružiti i u tužbi iz radnog spora, a pitanje roka za podnošenje tužbe nije na isti način riješeno, kao i pitanje roka i prava za reviziju, pa su posebno analizirani, s prijedlozima kako sudovi mogu prevladati tu procesnu situaciju.

Ponuđeni zaključci u vezi sa zapažanjima, imaju za cilj poticanje stručnih rasprava o svim dilemama i otvorenim pitanjima i/ili izmjene i dopune zakonskih rješenja u pojedinim slučajevima, sve u cilju unapređenja postupka zaštite od svakog oblika diskriminacije i zauzimanjem jasnih pravnih shvaćanja o svim dilemama.

Autori:

Slavica Čindrak
Zvezdana Antonović

Sarajevo 13.11.2021. godine

Metodologija

U okviru projekta „Izgradnja efikasnog pravosuđa u službi građana“, Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH (u daljnjem tekstu: VSTV) pokrenulo je niz aktivnosti izrade publikacija iz raznih oblasti sudske zaštite, među kojima je i publikacija iz oblasti zaštite od diskriminacije koja se ostvaruje u sudskom postupku.

Naziv publikacije je „Sudska praksa u predmetima diskriminacije“, a cilj projekta je:

- predstaviti osnovne pojmove diskriminacije i oblika diskriminacije (ukratko);
- osvrnuti se na zakonodavni okvir zaštite od diskriminacije u Bosni i Hercegovini;
- izvršiti analizu sudske prakse;
- predstaviti ogledne primjerke sudske prakse, a naročito praksu vezanu za primjenu i tumačenje instituta koji se pokazuju kao problematični i
- objasniti princip „obrnutog tereta dokazivanja“, te posebno predstaviti ovaj princip kroz praktičnu primjenu.

Autorice su za ostvarivanje tih ciljeva, analizom preko 100 odluka svih najviših sudova u BiH, istražile oblast sudskih postupaka u kojima je predmet spora bila zaštita od diskriminacije, uzevši ogledni period od januara 2017. do sredine 2021. godine.

Pregledom sudskih odluka koje su okončane s revizijom kao vanrednim pravnim lijekom na svim najvišim sudskim instancama u Bosni i Hercegovini, tj. Vrhovnom sudu Federacije BiH, Vrhovnom sudu Republike Srpske, te drugostepenim i revizijskim odlukama Apelacionog odjeljenja Suda

BiH i Apelacionog suda Brčko Distrikta, ukupno 112 sudskih odluka, utvrđeno je da manje od 20% postupaka zaštite od diskriminacije pred sudovima, završava s uspjehom ili djelimičnim uspjehom za tužioca.

Također je prepoznato da evidencija postupaka diskriminacije pred sudovima u BiH nije adekvatna potrebama praćenja ove problematike, da sistem CMS (engl. *Content Management System*) u kojem su uvedeni svi sudski predmeti u sva četiri sudska sistema, a koji vodi regulator sudskih sistema – VSTV, za sve sudove u BiH, nije sadržavao sve komponente da se može pouzdano utvrditi u kojim postupcima su postavljeni zahtjevi za zaštitu od diskriminacije, za koje oblike diskriminacije, u kojem vremenskom okviru su postupci završeni i s kojim ishodom.

Tako je prema podacima VSTV-a dobivenim od Odjeljenja Centra sudske dokumentacije i edukacije (OCSDE) u periodu od 2017. do sredine 2021. godine u Vrhovnom sudu Federacije BiH evidentirano primljenih 28 predmeta diskriminacije, u Vrhovnom sudu Republike Srpske ukupno 29 iste vrste predmeta, a u Sudu BiH ukupno 21 predmet, dok pred Apelacionim sudom Brčko Distrikta nije bilo predmeta te vrste. Međutim, ti podaci nisu se podudarili s podacima koji su neposredno pribavljeni iz pisarnice Vrhovnog suda Federacije BiH, gdje je evidentirano 86 predmeta diskriminacije.

VSTV je prepoznao taj problem pa je krajem 2020. godine sistem unaprijeđen unosom više podataka o ovim postupcima, te je za očekivati pouzdaniju evidenciju podataka o sudskim postupcima zaštite od diskriminacije u budućnosti, što je i obaveza propisana u ZZD.

U publikaciji se koriste izvodi iz pojedinih odluka više sudova u BiH, odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i Evropskog suda za ljudska prava, koji su navedeni kao primjeri dobrih, ali i loših praksi redovnih sudova.

Analizom zakonskih rješenja iz oblasti zaštite od diskriminacije na području BiH došlo se do zaključaka o usaglašenosti nekih od njih u većem dijelu, ali i djelimične razlike, koju sudovi nisu u najboljem smislu prepoznali, što može dovesti ne samo do različite primjene prava, već i stvoriti pravnu sigurnost, ali i nove sistemske diskriminacije u pravima i zaštiti žrtava.

Uočeni djelimični „sukob“ zakona u primjeni pred sudovima, po pojedinim značajnim stavkama kao što su rokovi za podnošenje tužbi za zaštitu od diskriminacije ili pravo i rokovi na izjavljivanje revizije, posljedica su nepreciznog određivanja koja tužba je podnesena, u početnoj fazi postupka tj. fazi pripremanja glavne rasprave. Stoga je značajan prostor posvećen analizi i usporedbi sadržaja pojedinih oblika diskriminacije po ZZD, ali i oblika diskriminacije po zakonima u radu, sa ciljem da stranka može predvidjeti tok i ishod postupka, a sud brže identificirati sve nejasnoće radi što hitnijeg okončanja postupka zaštite od diskriminacije, jasnim određenjem pravila postupka koja se primjenjuju.



PRVI DIO

Materijalnopravni
osnov zaštite od
diskriminacije

PRVI DIO

MATERIJALNOPRAVNI OSNOV ZAŠTITE OD DISKRIMINACIJE

Odjeljak 1. Normativni okvir

Uvodne napomene

Riječ diskriminacija potiče od latinske riječi *discriminare*, što znači razlikovanje. Osnova zabrane diskriminacije je princip jednakosti. U oblasti ljudskih prava ona podrazumijeva, prema zaštićenim osnovama, opću zabranu razlikovanja po osnovu koji nije dozvoljen.

Diskriminacija kao pojava prisutna je u svakom društvu, zajednici, školama, preduzećima, dakle u svim sferama društva. Međutim, ono što razlikuje jedno društvo ili zajednicu od drugih je upravo odnos prema nelegitimnoj diskriminaciji, licima ili grupama koje vrše i prema onima koji je trpe. Taj odnos upućuje na stepen demokratičnosti i pravičnosti jednog društva prema svojim građanima, odnosno ukazuje koliki je stepen uživanja ljudskih prava zagaraniran građanima.

a. Međunarodno pravo

Kao jedan od osnovnih principa demokratskog društva, zabrana diskriminacije proklamovana je najznačajnijim međunarodnim dokumentima. Za naše normativno uređenje od posebnog značaja je Evropska konvencija o osnovnim ljudskim pravima i slobodama (u daljnjem tekstu: EKLJP). Zabrana diskriminacije ključni je princip Aneksa

IV Dejtonskog mirovnog sporazuma (Ustav BiH). Bosna i Hercegovina pristupila je velikom broju međunarodnih dokumenata koji joj nameću obavezu da se uspostave mehanizmi za zaštitu od diskriminacije. Težnja demokratskim principima, principima ravnopravnosti svih, uspostavljanje standarda kojima se štiti jednakost te zabranu razlikovanja po nedozvoljenim osnovama, nameće i obavezu države da zaštiti fizička i pravna lica. U članu II.2. Aneksa IV Dejtonskog sporazuma posebno je propisano (a što se ne bi smjelo gubiti iz vida), da međunarodni standardi, prava i slobode utvrđeni EKLJP te njezini Protokoli se izravno/direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini i imaju prvenstvo pred svakim drugim zakonodavstvom.

Na osnovu člana 14. EKLJP i člana 1. Protokola 12. Evropski sud za ljudska prava definirao je diskriminaciju kao različit tretman lica u istim ili sličnim slučajevima bez razumnog i objektivnog opravdanja. To su bile polazne osnove za donošenje Zakona o zabrani diskriminacije BiH kojim se uvode novi koncepti u naš pravni sistem.

Principi ravnopravnosti i nediskriminacije sastavni su dio svih ugovora i deklaracija o ljudskim pravima. Zabrana diskriminacije definirana je u

dokumentima Ujedinjenih naroda,¹ dokumentima Vijeća Evrope² i dokumentima Evropske unije³.

1

- Povelja Ujedinjenih naroda – obavezuje sve članice na poštivanje ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve, bez razlikovanja rase, spola, jezika ili vjere (potpisana 26.06.1945. godine, stupila na snagu 24.10.1945. godine)
- Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima – garantira svim ljudima slobodu i jednakost u dostojanstvu i pravima bez obzira na bilo kakvu razliku kao što je rasa, boja kože, spol, jezik, vjera, političko ili drugo uvjerenje, nacionalno ili društveno porijeklo, imovina, rođenje ili neki drugi status (od 10.12.1948. godine)
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, stupio na snagu 23.03.1976. godine, preuzet sukcesijom u BiH dana 01.09.1993. godine, a objavljen u Službenim novinama R BiH broj 5/92 i 25/93
- Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1965. godine, stupila na snagu 04.01.1969. godine, preuzeta sukcesijom u BiH 01.09.1993. godine, a objavljena u Službenim novinama R BiH broj 25/93
- Konvencija o suzbijanju i kažnjavanju zločina apartheida, stupila na snagu 18.07.1976. godine, usvojena u BiH 01.09.1993. godine, a objavljena u Službenim novinama R BiH broj 25/93
- Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (18.12.1979. godine) usvojena u BiH 16.07.1993. godine, a objavljena u Službenim novinama R BiH broj 25/93
- Konvencija koja se odnosi na diskriminaciju u pogledu zapošljavanja i zanimanja iz 1958. godine, ratificirana 27.12.1960. godine, a objavljena u Službenom listu FNRJ broj 3/61
- Konvencija o zaštiti prava radnika migranata i članova njihovih porodica, New York 18.12.1990. godine, usvojena u BiH 13.12.1996. godine, a objavljena u Službenim novinama BiH broj 2/96
- Konvencija o pravima lica s invaliditetom iz 2006. godine, stupila na snagu 03.05.2008. godine, a objavljena u Međunarodnim ugovorima 11/2009. godine
- Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima djeteta (20.11.1989. godine), stupila na snagu 02.09.1990. godine, usvojena u BiH 01.09.1993. godine, a objavljena u Službenom listu R BiH broj 25/93
- Konvencija UNESCO protiv diskriminacije u oblasti obrazovanja od 14.12.1960. godine, stupila na snagu 22.05.1962. godine

2

- Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu EKLJP), stupila na snagu 02.09.1953. godine. Bosna i Hercegovina je istu potpisala 24.04.2002. godine, a ratificirala 12.07.2002. godine.
- Protokol broj 12 uz Konvenciju iz 2000. godine – omogućio sveobuhvatniju zaštitu lica od diskriminacije (stupio na snagu 01.04.2005. godine. Bosna i Hercegovina među prvim zemljama deponirala potpis na isti)

3

- Ugovor o osnivanju Evropske unije ili Ugovor iz Maastrichta (potpisan 07.02.1992. godine, a stupio na snagu 01.11.1993. godine)
 - Ugovor iz Amsterdama – na osnovu člana 13. Evropska unija dobila posebna ovlaštenja u sferi borbe protiv diskriminacije na osnovu spola, rasnog ili etničkog porijekla, vjerskog ubjeđenja ili vjerovanja, određenog invaliditeta, starosti i seksualnog opredjeljenja (potpisan 02.10.1997. godine, stupio na snagu 01.05.1999. godine);
 - Ugovor iz Lisabona – u članu 2, stav 3. propisano je da će se pored ostalog Evropska unija boriti protiv socijalne isključenosti i diskriminacije i promovirati će socijalnu pravdu i zaštitu, ravnopravnost između žena i muškaraca i solidarnost između generacija i zaštitu prava djeteta (potpisan 13.12.2007. godine, stupio na snagu 01.12.2009. godine)
 - Direktiva Vijeća Evropske unije 2000/43/EC za sprovođenje principa jednakog tretmana lica bez obzira na rasno i etničko porijeklo (29.06.2000. godine)
-

Mehanizmi za sprovođenje Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama

Evropski sud za ljudska prava

Sjedište Suda je u Strasbourgu. Osnovna zadaća suda je osigurati da države članice poštuju prava i garancije koje su propisane EKLJP kroz razmatranje predstavlki koje podnose pojedinci, a ponekad i države. Predstavku mogu podnijeti pojedinci, grupe lica kao i nevladine organizacije koji tvrde da su žrtve povrede ljudskih prava, kao i države protiv drugih država.

Da bi se mogla podnijeti predstavka Evropskom sudu za ljudska prava moraju se iscrpiti svi pravni lijekovi u predmetu zbog kojeg se podnosi predstavka, kao i da se ista podnese u roku od četiri (4) mjeseca od dana donošenja konačne presude u domaćem pravosuđu⁴.

Sudije Evropskog suda djeluju samostalno i ne predstavljaju nijednu zemlju. Broj sudija jednak je broju zemalja članica Vijeća Evrope koje su ratificirale EKLJP. U skladu sa članom 46. Konvencije (obaveznost i izvršenje presuda), utvrđivanje povrede od strane ESLJP zahtijevat će ne samo preduzimanje pojedinačnih mjera na uklanjanju povrede u konkretnom slučaju, već, s obzirom na okolnosti predmeta, preduzimanje i općih mjera

(uključujući i izmjene primjenjivog zakonodavstva) radi izbjegavanja sličnih povreda u budućnosti. Komitet ministara Vijeća Evrope nadgleda proces izvršenja presuda Suda.

Komitet ministara

Nadležnost Komiteta je da nadgleda izvršenje presuda donesenih pred Evropskim sudom.

b. Nacionalno pravo

Odredbe koje štite jednakost i zabranu diskriminacije su prije svega propisane Ustavom Bosne i Hercegovine u članu II.4⁵, Ustavom Federacije BiH u članu 2, stav 1, tačka d.⁶, Ustavom Republike Srpske u članu 10⁷, te Statutom Brčko Distrikta u članu 13⁸.

U radu će se dati poseban osvrt samo na Ustav Bosne i Hercegovine.

Ustav Bosne i Hercegovine

Princip zabrane diskriminacije zauzima centralno mjesto u Ustavu BiH pa tako odredba člana II.4 Ustava BiH propisuje da je uživanje prava i sloboda, predviđenih u ovom članu ili u među-

-Direktiva Vijeća Evropske unije 2000/78/EC koja uspostavlja opći okvir za ravnopravan tretman u zapošljavanju i profesiji (27.11.2000. godine)

-Direktiva 2004/113/EC implementacija principa jednakih mogućnosti i jednakog tretmana muškaraca i žena u pristupu dobrima i uslugama (13.12.2004. godine)

-Direktiva 2006/54/EC o implementaciji principa jednakih mogućnosti i jednakog tretmana muškaraca i žena u oblasti zapošljavanja i zanimanja od 05.07.2006. godine o sprovođenju principa jednakih mogućnosti i jednakog tretanja muškaraca i žena o pitanjima zapošljavanja i obavljanja zanimanja

-Direktiva 2010/41/EC o primjeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena koji su samozaposleni i dr. od 07.07.2010. godine u okviru Direktive Vijeća Evrope broj 86/613/EEZ

4

Stupanjem na snagu Protokola broj 15 raniji rok od 6 mjeseci smanjen na 4 mjeseca. Promjena stupa na snagu 01.02.2022. godine

5

Parafiran 14.11.1995. godine, a potpisan 21.12.1995. godine

6

„Službene novine FBiH“, broj 1/94 do 88/08

7

„Službeni glasnik RS“, broj 21/92 do 73/19

8

„Službeni glasnik Brčko Distrikta“, broj 17/08 i 39/09

narodnim sporazumima navedenim u Aneksu 1. ovog Ustava, osigurano svim licima u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je spol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost s nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.

Poseban značaj ovoj odredbi daje član II.2 Ustava BiH koji propisuje da međunarodni standardi, prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.

Usvajanjem Protokola broj 12 uz EKLJP, u članu 1. proširen je opseg konvencijske zaštite od diskriminacije, utvrđivanjem **opće zabrane diskriminacije** na sljedeći način:

„1. Uživavanje svih prava utvrđenih zakonom osigurano je bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovinsko stanje, rođenje ili drugi status.

2. Nikog nijedan organ vlasti ne smije diskriminirati ni po kojem osnovu kao što je navedeno u stavu 1.“

Međutim, država Bosna i Hercegovina je složena

9

„Službeni glasnik BiH“, broj 59/09,66/16

10

„Službeni glasnik BiH“ broj 16/03, 102/09, prečišćeni tekst 32/10

11

„Službeni glasnik BiH“, broj 26/04, 77/05, 48/05, 50/08, 60/10, 32/13 i 93/17

12

„Službene novine FBiH“, broj 26/16, 89/18

13

„Službeni glasnik RS“, broj 1/16 i 66/18

14

„Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, broj 34/19, 2/21 i 6/21

15

„Službeni glasnik BiH“, broj 12/02, 19/02, 8/03, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06,

po svojoj strukturi vlasti, pa se u većem dijelu zakonske regulative prepoznaju četiri samostalna i odvojena sistema (jedan na državnom nivou, dva entitetska i jedan na nivou distrikta), sva tri stuba vlasti (zakonodavna, sudska i izvršna), s tim što entitet Federacije ima još i deset (10) kantona koji po Ustavima mogu samostalno uređivati veći dio oblasti uključujući zdravstvo, školstvo, lokalnu samoupravu i drugo.

Ovakva struktura dovodi do fragmentirane zakonodavne, sudske i izvršne vlasti, a time i zakona koji se zasebno donose u svakom od tih sistema. S tim što je na ovom mjestu bitno napomenuti da su određeni zakoni u velikoj mjeri harmonizirani iako su doneseni na više nivoa vlasti, tj. u praksi se dešava da su u određenim oblastima bez obzira na odvojena ovlaštenja različitih nivoa vlasti za donošenje zakona, ti zakoni po svom sadržaju ili podudarni ili usaglašeni.

Zakonski propisi koji sadrže odredbe o zabrani diskriminacije:

- Zakon o zabrani diskriminacije⁹ (ZZD);
- Zakon o ravnopravnosti spolova¹⁰ (ZRS);
- Zakon o radu u institucijama BiH¹¹ (ZRI BiH);
- Zakon o radu FBiH¹² (ZR FBiH);
- Zakon o radu u Republici Srpskoj¹³ (ZR RS);
- Zakon o radu u Brčko Distriktu BiH¹⁴ (ZR BD BiH);
- Zakoni o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine¹⁵ (ZDSI BiH);

- Zakon o državnoj službi u Federaciji BiH¹⁶ (ZDS FBiH);
- Zakon o državnim službenicima u Republici Srpskoj¹⁷ (ZDS RS);
- Zakon o državnoj službi u organima javne uprave Brčko Distrikta BiH¹⁸ (ZDS BD BiH) i
- Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radu Republike Srpske¹⁹.

Zakon o zabrani diskriminacije (ZZD)

Ovaj Zakon donesen je 2009. godine, a izmijenjen je i dopunjen 2016. godine. Stupanjem na snagu ZZD, na sveobuhvatan način uređena su pitanja zaštite lica, kao i grupa lica od diskriminacije.

Primjenjuje se na sve javne organe na nivou države, entiteta, kantona i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: BD BiH), općinske institucije i organe, pravna lica s javnim ovlaštenjima, kao i na postupanje svih fizičkih i pravnih lica, u svim a posebno u oblastima: zapošljavanja, rada, radnih uslova i slično, obrazovanja, nauke i sporta, socijalne zaštite i slično, zdravstvene zaštite i slično, obuke, pravosuđa i uprave, stanovanja, javnog informiranja, članstva u profesionalnim organizacijama, roba i usluga, obavljanja privredne djelatnosti, učešća u kulturnom i umjetničkom stvaralaštvu, jednakom učešću u javnom životu građana, porodice, prava djeteta.

Zbog svoje sveobuhvatnosti, kao i činjenice da je donesen na državnom nivou, tim zakonom se uspostavlja okvir za ostvarenje jednakih prava i mogućnosti svim licima u BiH (član 1.). Ovim

zakonom posebno je naglašeno da će svi zakoni i opći propisi biti usaglašeni s odredbama ovog zakona u roku od godinu dana od dana stupanja na snagu ovog zakona²⁰.

U tom kontekstu treba skrenuti pažnju i na odredbu člana 24, stav 1. koja propisuje da u slučaju neusaglašenosti drugih zakona s ovim zakonom u postupcima po ovom zakonu, primjenjivat će se ovaj Zakon. Ovo je bitna napomena i za sudska odlučivanja koja imaju za osnov pitanja diskriminacije.

U njemu su određeni različiti zaštićeni osnovi za pojedine oblike diskriminacije, radnje i ponašanja za druge oblike diskriminacije, kao i izuzeci koji iako predstavljaju različita ponašanja nisu diskriminacija.

Međutim, ovaj Zakon propisuje oblike diskriminacije, od kojih su neki na isti ili sličan način uređeni i zakonima o radu u BiH (u daljnjem tekstu: ZR), kao što je oblik neposredne i posredne diskriminacije, uznemiravanja, seksualnog uznemiravanja, a posebno mobinga, zbog čega se u primjeni tih zakona prepoznaje nesigurnost koji zakon primijeniti u konkretnoj situaciji, kako stranačka prilikom podnošenja tužbe tako i sudova kod donošenja odluka, pa se najčešće pozivaju na oba zakona. O ovom pitanju više će se govoriti u drugom dijelu Rada.

Prije usvajanja ovog zakona, kao instrument za zaštitu od diskriminacije smatrani su Dom za ljudska prava BiH odnosno Ustavni sud BiH, Ombudsman za ljudska prava ustanovljen u skladu sa Aneksom VI Dejtonskog mirovnog sporazuma,

50/08 – drugi zakoni 43/09, 8/10, 40/12 i 93/17

16

„Službene novine FBiH”, broj 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06, 77/06, 4/12, 99/15

17

„Službeni glasnik RS”, broj 118/08, 117/11, 37/12 i 57/16

18

„Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH”, broj 9/14, 37/15, 48/16, 14/19, 24/20, 41/20

19

„Službeni glasnik RS”, broj 90/21

20

član 24, stav 2. ZZD

kao i dio Komisije za ljudska prava. Iako Ustavni sud BiH i sada pruža najširu zaštitu od diskriminacije, jer može povredu zabrane diskriminacije utvrditi i kada stranka ne ukazuje na nju u okviru povrede nekog drugog ustavom zaštićenog prava (kao prava na imovinu),²¹ ovim zakonom proširen je broj organa koji nude zaštitu od diskriminacije.

Zakon prvenstveno prati dvije ključne direktive Evropske unije u ovoj oblasti, i to:

1. Direktiva Vijeća 2000/43/EC o uspostavi principa jednakog tretmana nezavisno od rasnog ili etničkog porijekla.

Direktiva o rasnoj jednakosti, koja regulira diskriminaciju na osnovu etničke ili nacionalne pripadnosti, a primjenjuje se u obrazovanju, socijalnom osiguranju, ostvarivanju stanarskih prava i prometu roba i usluga.

2. Direktiva Vijeća 2000/78/EC o uspostavljanju općeg okvira za jednak tretman u zapošljavanju i zanimanju.

ZZD je svojim odredbama uspostavio opću zabranu diskriminacije. Direktiva o jednakosti u zapošljavanju, usvojena u decembru 2003. godine, regulira diskriminaciju na osnovu religije ili vjerovanja, seksualne orijentacije, invaliditeta i starosti.

ZZD propisuje definiciju diskriminacije, zaštićene osnove, oblike diskriminacije, izuzetke od zabrane diskriminacije, zaštićena prava (oblast primjene), kao i postupke zaštite od diskriminacije, među kojima je zaštita pred drugim institucijama i sudska zaštita.

U postupku zaštite pred sudom od značaja su odredbe o rokovima za podnošenje tužbe, kao i posebna prava kao što je pravo na reviziju, koja je uvijek dozvoljena, a rok za njeno podnošenje je tri (3) mjeseca, što su značajne razlike u odnosu na

pravila parničnog postupka koja se primjenjuju na ostale sporove i koja ograničava pravo na reviziju. Primjenom zakona o radu rokovi zaštite prava iz radnog odnosa su kraći, pa se kod diskriminacije na radu ili prilikom zapošljavanja najveće dileme sudova javljaju u primjeni tih zakona, o čemu će biti više rečeno u drugom dijelu.

Zakon daje značaj Instituciji Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ombudsmen) kao centralnoj instituciji za zaštitu od diskriminacije, te Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine u čijoj nadležnosti je uspostavljanje centralne baze podataka za počinjena djela diskriminacije.

Zakon o ravnopravnosti spolova (ZRS)

Ovaj zakon spada u red antidiskriminatornih zakona i njegov značaj je što se može direktno primijeniti u predmetima diskriminacije po osnovu spola. Ovim zakonom zabranjuje se diskriminacija na osnovu spola i spolne orijentacije (član 2, stav 3.), te se uređuje, promovira i štiti ravnopravnost spolova, garantiraju jednake mogućnosti i ravnopravan tretman svih lica bez obzira na spol, u javnoj i u privatnoj sferi društva, te uređuje zaštita od diskriminacije na osnovu spola.

Osobe muškog i ženskog spola su ravnopravne, a pod diskriminacijom po osnovu spola se podrazumijeva svako stavljanje u nepovoljniji položaj bilo kojeg lica ili grupe lica zasnovano na spolu zbog kojeg se licima ili grupi lica otežava ili negira priznavanje, uživanje ili ostvarivanje ljudskih prava i sloboda (član 3, stav 1. ZRS).

Puna ravnopravnost spolova garantira se u svim oblastima društva, uključujući ali ne ograničavajući se na oblasti obrazovanja, ekonomije, zapošljavanja i rada, socijalnoj i zdravstvenoj zaštiti, sportu, kulturi, javnom životu i medijima, bez

21

odluka Ustavnog suda BiH broj AP- 4077/16 od 11.10.2018 godine

obzira na bračno i porodično stanje (član 2. ZRS).

Ovim Zakonom propisana je i zabrana nasilja na osnovu spola (član 6. ZRS), kao svako djelovanje kojim se nanosi ili može biti nanijeta fizička, psihička, seksualna ili ekonomska šteta ili patnja, kao i prijetnja takvim djelovanjem koje sputavaju lice ili grupu lica da uživa u svojim ljudskim pravima i slobodama u javnoj i privatnoj sferi djelovanja.

Zakon propisuje i gdje se nasilje može desiti, ali se tim ne ograničava i zabranjuje:

- nasilje po osnovu spola u porodici ili domaćinstvu,
- nasilje po osnovu spola u široj zajednici,
- nasilje po osnovu spola koje počinje ili toleriraju organi vlasti i drugi ovlašteni organi i pojedinci i
- nasilje po osnovu spola u slučaju oružanih sukoba.

Sudska zaštita tih prava dozvoljena je u postupku u kojem se odlučuje o tom pravu kao glavnom pitanju, a može se tražiti zaštita u posebnom postupku za zaštitu od diskriminacije po ZR, dakle kada je nasilje u vezi s radnim odnosom i zapošljavanjem. Zakonom je dato pravo žrtvi na naknadu štete po pravilima obligacionog prava.

Sudovi imaju obavezu propisanu tim zakonom da sve odluke nadležnih sudskih organa povodom povrede neke od odredbi tog zakona, dostave Agenciji za ravnopravnost spolova Bosne i Hercegovine i Gender centru Federacije BiH i Gender centru Republike Srpske. Nije poznato da li se takve mjere i provode.

ZRS je propisao i obaveze nadležnih organa na državnom, entitetskom, kantonalnom i nivou lokalne jedinice samouprave, pravnim licima s javnim ovlaštenjima, pravnim licima u većinskom vlasništvu države, da poduzmu sve odgovarajuće i potrebne mjere radi provođenja tog zakona

među kojim su: donošenje programa, donošenje ili izmjene propisa, vođenje statističkih podataka, provođenje aktivnosti i mjera Gender akcionog Plana BiH.

Nadzor nad provođenjem tog zakona povjeren je Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice u okviru kojeg je formirana Agencija za ravnopravnost spolova BiH, s nadležnostima propisanim tim zakonom (član 26.).

I ovaj zakon određuje oblike diskriminacije (član 3.) koji su usklađeni sa ZZD, ali se razlikuju samo po tome što se odnose na razlike po spolu ili je zaštićeni osnov spol. Nije propisana posebna procedura zaštite od ovog oblika diskriminacije, niti rokovi za bilo koje radnje u postupku.

U praksi sudova nisu česti postupci s pozivom na ovaj zakon i zaštitu prava na ravnopravnost spolova, a nije poznato ni da li sudovi postupaju u dijelu koji se odnosi na dostavljanje odluka nadležnim organima.

Zakoni o radu u Bosni i Hercegovini (ZR)

Svi zakoni o radu u BiH koji su doneseni, i to jedan na nivou države – Zakon o radu u institucijama BiH (u daljnjem tekstu: ZRI BiH), te tri zakona na nivou entiteta – Zakon o radu FBiH (u daljnjem tekstu: ZR FBiH), Zakon o radu Republike Srpske (u daljnjem tekstu: ZR RS), a odnedavno i Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radu²² kao i jedan zakon na nivou distrikta Brčko – Zakon o radu Brčko Distrikta BiH (u daljnjem tekstu: ZR BD BiH) su u većem dijelu usklađeni sa ZZD-om, dok su sa ZRS usklađeni samo ZRI BiH, ZR FBiH i ZR RS, dok ZR BD nije usklađen sa ZRS jer nije propisana zaštita radnika i lica koja traže zaposlenje od nasilja na osnovu spola, kao posebnog oblika diskriminacije.

Tako su svim ZR utvrđene zabrane diskriminacije radnika i lica koja traže zaposlenje, utvrđeni su oblici diskriminacije koji mogu nastati u tom

22

„Službeni glasnik RS“, broj 90/21

odnosu poslodavca (ili drugog lica zaposlenog kod poslodavca) i radnika ili lica koja traže zaposlenje, kao i posebno zaštićene osnove prilagođene toj vrsti pravnog odnosa.

U ZR FBiH i ZR BD propisane su i posebne procedure zaštite od diskriminacije, s rokovima za pokretanje postupka zaštite pred sudom prava radnika ili lica koja traže zaposlenje (koji su mnogo kraći od onih u ZZD), dok se u ZRI BiH i ZR RS zaštita od diskriminacije može ostvariti u istom postupku kao i zaštita drugih prava radnika.

Ono što je zajedničko za sve zakone o radu (član 86c. ZRI BiH, član 10. ZR FBiH, član 22. ZR RS i član 9. ZR BD BiH) su zabrane diskriminacije u odnosu na odredbe ugovora o radu koje se odnose na:

- uslove zapošljavanja i izbor kandidata za obavljanje određenog posla,
- uslove rada i sva prava iz radnog odnosa,

- obrazovanje, osposobljavanje i usavršavanje,
- napredovanje na poslu i
- otkazivanje ugovora o radu

pa ako se utvrdi da su te odredbe ugovora o radu diskriminatorne, po zakonu su NIŠTAVE.

U narednom dijelu ukazat će se na norme ZR koje se odnose na zaštićene osnove, oblike diskriminacije kao i izuzetke od primjene, uporedo s ostalim propisima koji te oblasti na sličan način definiraju, posebno ZZD, kako bi se ukazalo na potrebu jasnog razdvajanja zaštite od diskriminacije na radu ili u vezi rada i zapošljavanja i zaštite od ostalih oblika diskriminacije.

U drugom dijelu Rada ukazat će se na zapažanja iz aktuelne sudske prakse u vezi dilema koje nastaju u primjeni ovih zakona, budući da se u oblasti radnopravne zaštite od diskriminacije ne primjenjuju u cijelosti norme koje su tim zakonima propisane.

Odjeljak 2. DISKRIMINACIJA

a. Pojam

Iako diskriminacija nije nov pojam u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, tek donošenjem ZZD definiraju se svi oblici diskriminacije.

Pod diskriminacijom, ZZD podrazumijeva različito postupanje uključujući i svako isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti zasnovano na stvarnim ili pretpostavljenim osnovama prema bilo kojem licu ili grupi lica i onima koji su s njima u rodbinskoj ili drugoj vezi na osnovu njihove rase, boje kože, jezika, vjere, etničke pripadnosti, invaliditeta, starosne dobi, nacionalnog ili socijalnog porijekla, veze s nacionalnom manjinom, političkog ili drugog uvjerenja, imovnog stanja, članstva u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanja, društvenog položaja i spola, seksualne orijentacije, rodnog identiteta, spolnih karakteristika, kao i svaka druga okol-

nost koja ima za cilj ili posljedicu da bilo kojem licu onemogućiti ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi prava i sloboda u svim oblastima života (član 2. ZZD).

Zabrana diskriminacije primjenjuje se na sve javne organe kao i na sva fizička i pravna lica u javnom i privatnom sektoru, u svim oblastima, a naročito zaposlenja, članstva u profesionalnim organizacijama, obrazovanja, obuke, stanovanja, zdravstva, socijalne zaštite, dobara i usluga.

Pojam diskriminacije propisan je i ZRS²³ kao i u svim zakonima o radu u Bosni i Hercegovini koji su u tom pravcu morali da se usklade sa ZZD.

Zakoni o radu u BiH²⁴ (u daljnjem tekstu: ZR) zabranjuju diskriminaciju, pa se u odnosu na oblike diskriminacije iz tih zakona pojam diskriminacije „uzima“ iz ZZD.

23

ZRS – diskriminacija po osnovu spola je **svako stavljanje** u nepovoljan položaj bilo kojeg lica ili grupe lica zasnovano na spolu zbog kojeg se licima ili grupi lica otežava ili negira priznavanje, uživanje ili ostvarivanje ljudskih prava ili sloboda. Tim zakonom posebno je regulirana zabrana diskriminacije **po osnovu spola** u radu i radnim odnosima: neprimjenjivanje jednake plaće, onemogućavanje napredovanja, neravnopravna prilagođenost radnih i pomoćnih prostorija, različit tretman zbog trudnoće, nepovoljan tretman roditelja ili staratelja i svaka druga radnja koja predstavlja oblik direktne ili indirektno diskriminacije.

24

ZRI BiH propisuje da lice koje traži zaposlenje kod poslodavca, kao i zaposlenik, ne može biti diskriminirano zbog rase, boje kože, spola, jezika, političkog ili drugog mišljenja ili opredjeljenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, seksualne orijentacije, imovnog stanja, rođenja, ili kakve druge okolnosti, članstva ili nečlanstva u političkoj stranci, fizičkih poteškoća ili na osnovu kojeg drugog razloga suprotnog osnovnim ljudskim pravima i slobodama utvrđenim Ustavom BiH i zakonima (član 6.).

ZR FBiH zabranjena je diskriminacija radnika kao i lica koja traže zaposlenje, s obzirom na spol, spolno opredjeljenje, bračno stanje, porodične obaveze, starost, invalidnost, u trudnoći, jeziku, vjeri, političkom i drugom mišljenju, nacionalnoj pripadnosti, socijalnom porijeklu, imovnom stanju, rođenju, rasi, boji kože, članstvu ili nečlanstvu u političkim strankama i sindikatima, zdravstvenom statusu, ili nekom drugom ličnom svojstvu (član 8, stav 1.).

ZR RS propisuje da radnik, kao i lice koje traži zaposlenje, ne može biti stavljen u nepovoljniji položaj prilikom ostvarivanja prava na osnovu rada i prava na zaposlenje zbog rase, etničke ili nacionalne pripadnosti, boje kože, spola, jezika, religije, političkog ili drugog mišljenja i ubjeđenja, socijalnog porijekla, imovnog stanja, članstva ili nečlanstva u sindikatu ili političkoj organizaciji, fizičkog i duševnog zdravlja i drugih obilježja koja nisu u neposrednoj vezi s prirodom radnog odnosa (član 19.).

ZR BD BiH propisuje zabranu diskriminacije radnika i lica koja traže zaposlenje, prilikom ostvarivanja prava po osnovu rada i prava na zaposlenje na osnovu: spola, spolnog opredjeljenja, porodične obaveze, starosti, invalidnosti, trudnoće, jezika, vjere, političkog i drugog mišljenja, nacionalne pripadnosti, socijalnog porijekla, imovnog stanja, rođenja, rase, boje kože, članstvu ili nečlanstvu u političkim strankama i sindikatima, zdravstvenog statusa, ili nekog drugog ličnog svojstva (član 7, stav 1.).

Dakle, ono što razlikuje diskriminaciju od svih drugih oblika kršenja ljudskih prava i sloboda je različit tretman lica ili grupa na osnovu jedne ili više ličnih karakteristika, koji je usko vezan za postojanje zaštićenog osnova za neke oblike diskriminacije ili za druge radnje ili ponašanja. Bez utvrđivanja određenog ili odredivog osnova za diskriminaciju, ne može se smatrati da diskriminacija postoji osim u nekim posebnim oblicima diskriminacije o kojima se govori u nastavku.

Diskriminacija se može javljati u svim oblastima, ali analizom sudske prakse koja je korištena u ovom radu može se zaključiti da su posebni aspekti stavljeni na:

- diskriminaciju po osnovu pripadnosti nekoj od grupa kao što su: nacionalne manjine, prvenstveno Romi, lica s invaliditetom, žene, povratnici kada se nalaze na području gdje su kao pripadnici jednog od konstitutivnih naroda u manjini, prava rodnih, spolnih i sličnih manjina;
- diskriminaciju u korištenju pojedinih prava kao što su: prava iz rada i zapošljavanja, obrazovanja, prava na zdravstvenu i socijalnu zaštitu, te brzorastući trend slučajeva mobinga i seksualnog uznemiravanja.

b. Različito postupanje

To je sastavni dio osnovnih oblika (neposredne i posredne) diskriminacije i segregacije iz ZZD-a, ali i sastavni dio direktne/neposredne i indirektno/posredne diskriminacije po ZR. Razlika mora postojati u odnosu na drugo lice ili grupu, a odnosi se na radnje isključivanja, ograničavanja ili davanja prednosti, isključivo zbog karakteristika tih lica ili grupe.

ZZD propisuje tri oblika različitog postupanja:

- **Isključivanje** je onemogućavanje uživanja određenih prava i sloboda koja pripadaju dru-

gim licima ili grupama (npr. Romima nije dozvoljen ulazak na bazen, ili onemogućavanje uživanja pasivnog biračkog prava pripadnicima romske i jevrejske grupe).

Primjer:

Predmet Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine bio je prvi slučaj pred Evropskim sudom za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP), u kojem je donesena odluka zasnovana na Protokolu 12.

Podnosioci su uputili žalbu zbog nemogućnosti kandidature na izborima 2005. godine. Za okončanje sukoba u toj zemlji u devedesetima, kao dio mirovnog sporazuma postignuta je nagodba o podjeli vlasti među trima etničkim skupinama. To je uključivalo dogovor da svaki kandidat na izborima mora iskazati svoju pripadnost bošnjačkoj, srpskoj ili hrvatskoj zajednici. Podnosioci, čije je porijeklo bilo židovsko, odnosno romsko, odbili su to učiniti, pozivajući se na diskriminaciju po osnovi rase i etniciteta. ESLJP ponovio je svoje gornje objašnjenje o odnosu između rase i etniciteta, dodajući da je „diskriminacija na račun nečijeg etničkog porijekla oblik rasne diskriminacije“. Nalaz ESLJP-a o rasnoj diskriminaciji ilustrira međudjelovanje između etniciteta i vjeroispovijedi. ESLJP je nadalje našao da, uprkos osjetljivim elementima mirovnog sporazuma, takva diskriminacija nije mogla biti opravdana.²⁵

- **Ograničavanje** postoji kada nije na isti način i u istom obimu omogućeno uživanje određenih prava sloboda kao i drugim licima ili grupama (npr. pojedinim licima zdravstvene i socijalne usluge omogućene u ograničenom vremenskom intervalu, a drugima dostupne sve vrijeme).

Primjer:

Presudom Osnovnog suda utvrđeno je da je tužena Republika Srpska diskriminirala apelante na etničkoj i jezičkoj osnovi, u smislu člana 2. i člana 3, stav 1. Zakona o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine

25

ESLJP, Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina (nos. 27996/06 and 34836/06, 22/12/2009)

(u daljnjem tekstu: *Zakon o zabrani diskriminacije*) na način da je apelantima uskratila jednako pravo u odnosu na djecu srpske nacionalnosti u vezi s pravom na obrazovanje na maternjem, bosanskom jeziku, kako to proizlazi iz člana 1. i člana 3, stav 1, članova 6. i 7, člana 34, stav 2, člana 35. i 36. Okvirnog zakona o osnovnom i srednjem obrazovanju BiH (u daljnjem tekstu: *Okvirni zakon*), te člana 7, stav 1.j), člana 9, člana 11, stav 2. i člana 12, stavovi od 1. do 3. Zakona o osnovnom vaspitanju i obrazovanju RS (u daljnjem tekstu: *Zakon o osnovnom obrazovanju*) i to pravo da svoj maternji jezik nazovu bosanski jezik, pravo da se u procesu obrazovanja koriste nastavnim udžbenicima na bosanskom jeziku, pravo da koriste svoj maternji jezik u procesu obrazovanja u pisanoj i verbalnoj formi i pravo na ravnopravnu upotrebu latiničnog pisma na osnovu ravnopravne upotrebe latiničnih udžbenika u nastavnom planu i programu, te ravnopravne upotrebe latiničnog pisma u ostalim aspektima procesa obrazovanja. Istom presudom tuženoj je naloženo preuzimanje niza aktivnosti u cilju eliminacije diskriminacije uz obavezivanje na naknadu troškova postupka.²⁶

- **Davanje prednosti** određenim kategorijama stanovništva osim ako je propisano zakonom ili podzakonskim aktima (npr. prednost u zapošljavanju zbog etničke pripadnosti, spola ili političkog uvjerenja...).

Primjer:

„Polazeći od navedenih činjeničnih utvrđenja, posebno da nijedan od prijavljenih kandidata nije ispunjavao uslove konkursa (prema odredbi člana 2, stav 2. Pravilnika o stručnoj i pedagoškoj spremi učitelja i stručnih saradnika u osnovnom školstvu, učitelj u razrednoj i predmetnoj nastavi mora imati 300 ECTS bodova, odnosno završen II. ciklus studiranja, ukoliko je u pitanju obrazovanje stečeno u skladu s bolonjskim procesom), nižestepeni sudovi zaključuju

da donesenom odlukom o zasnivanju radnog odnosa na određeno vrijeme ne duže od 90 dana, od strane Školskog odbora, na prijedlog direktora škole (član 68, stav 3. i 4. Zakona o osnovnom školstvu Herceg-bosanske županije), tužena nije povrijedila pravo tužioca na jednako postupanje pri zapošljavanju. Ovo utoliko prije što tužilac prema odredbi člana 15. Zakona o zabrani diskriminacije („Službene novine Federacije BiH“, broj 59/9 i 66/16) nije učinio vjerovatnim da je do diskriminacije došlo, da je prekršen princip jednakog postupanja po zabranjenom osnovu. S obzirom na sve izneseno, da ni tužilac ni drugi kandidat nisu ispunjavali uslove konkursa i da je izabran drugi kandidat na prijedlog direktora škole na određeno radno vrijeme od 90 dana, a da je tužilac pozivan na rad na određeno vrijeme u drugoj osnovnoj školi u aprilu 2018. godine, te da se nije odazvao tom pozivu, po ocjeni ovog suda odluka o postojanju diskriminacije se ne čini izglednijom od odluke da diskriminacije nije bilo, a ti izgledi se zasnivaju na dokazima na kojima se zasniva postojanje vjerovatnosti da je došlo do diskriminacije, koje izgleda tužilac nije dokazao.“²⁷

Test diskriminacije

Analizom sudske prakse (presuda) koje su korištene za pisanje ovog rada, autorice su zapazile da se test diskriminacije vrlo rijetko koristi od strane redovnih sudova u antidiskriminacionim predmetima. Međutim, za razliku od redovnih sudova, Ustavni sud BiH koji slijedi praksu ESLJP to redovno čini.

Ilustrativan primjer pravilne primjene ovog testa je u predmetu koji se vodio kod Suda BiH²⁸ u kojem je navedeno: „Revizijsko vijeće zaključuje da se prilikom ispitivanja postojanja diskriminacije (mobing je u smislu člana 4. ZZD oblik diskriminacije), u skladu s praksom ESLJP-predmet Marc-kx protiv Belgije, i Ustavnog suda BiH, postojanje

²⁶

presuda Osnovnog suda u Srebrenici broj 82 0 P 012368 16 P 4 od 20.10.2017. godine

²⁷

Presuda Vrhovnog suda FBiH broj 68 0 Rs 040415 19 Rev od 07.02.2019. godine

²⁸

Presuda Apelacionog odjeljenja Suda BiH broj S1 3 P 000681 18 Rev od 22.05.2018. godine

diskriminacije ustanovljava ako rezultira različitim tretmanom pojedinca u sličnim pozicijama i ako taj tretman nema objektivno ili razumno opravdanje. Kako je mobing poseban oblik diskriminacije, tako za njegovo postojanje nije nužno egzistiranje uporednog faktora/subjekta. U tom smislu, tuženi u konkretnoj situaciji ne bi bio odgovoran za mobing, ako bi mogao dokazati da je uskraćivanje objavljivanja poslova tehničkog sekretara u periodu od 18.10.2007. do 08.05.2009. godine težilo zakonitom cilju uz kumulativan uslov postojanja razumnog odnosa proporcionalnosti između korištenih sredstava i cilja koji treba ostvariti.“

Da bi se moglo sa sigurnošću utvrditi da je u konkretnom slučaju došlo do diskriminacije mora se provesti test diskriminacije, tj. antidiskriminacioni test.

Negativan odgovor na bilo koje od ovih pitanja prekida daljnju analizu, pa se može donijeti zaključak da se radi o diskriminaciji. Drugim riječima, država je položila test zabrane diskriminacije samo ako su odgovori na pitanja pozitivni za nju. Test se sastoji od sljedećih pitanja:

1. Da li je različito tretiranje zasnovano na zakonu, a zakon slijedi legitiman javni interes?
2. Da li upotrijebljena sredstva za ostvarenje javnog interesa zadovoljavaju princip adekvatnosti i da li različito tretiranje zadovoljava princip proporcionalnosti?

Naime, diskriminaciju ne predstavlja svako različito postupanje. Samo ono ponašanje koje je bez objektivnog i razumnog opravdanja predstavlja diskriminaciju, o čemu sudovi moraju voditi računa.

Komparator – upoređivač

Bitan dio dokazivanja različitog postupanja je postojanje komparatora – upoređivača. Osnovni

zadatak navodne žrtve diskriminacije je da uvjeri sud da postoje lica s kojima se povoljnije postupalo ili bi se postupalo, a pri tome je jedina razlika između njih pravno zaštićena osnova. To znači da je za uspjeh postupka dokazivanja oblika diskriminacije u kojem je sadržan element različitog postupanja, vrlo bitno pronaći lice ili grupu lica u sličnim situacijama jer će se samo na taj način moći upoređivati prava tužilaca i upoređivača, te utvrditi različito ponašanje po zaštićenoj osnovi.

Primjer:

Predmet pred ESLJP Burden i Burden protiv Velike Britanije.

„Podnositeljica koja je veći dio svog života provela u porodičnoj zajednici sa svojom sestrom žalila se da je zbog obaveze plaćanja takse na nasljedstvo iza svoje sestre u nepovoljnijem položaju u odnosu na lica u vanbračnim zajednicama ili homoseksualnim građanskim partnerstvima. ESLJP je zaključio da odnos lica koja žive u porodičnim zajednicama je kvalitativno drugačije prirode od one u kojima se nalaze vanbračni i homoseksualni građanski partneri iz razloga što je osnovna veza između sestara njihovo srodstvo, a ne činjenica da su živjeli u porodičnoj zajednici.“²⁹

Potrebno je istaći da je u pojedinim situacijama jako teško pronaći upoređivače, pa je primjenom prakse Evropskog suda, moguće koristiti i hipotetičke upoređivače. To je posebno značajno kod dokazivanja diskriminacije u predmetima posredne diskriminacije.

Primjer:

Predmet časne sestre koja se prijavila na poziciju direktorice vrtića, te tvrdila da nije imenovana zbog vjerskog uvjerenja. Prvostepeni sud usvojio je tužbeni zahtjev.

Vrhovni sud Federacije BiH odbio je da primijeni princip hipotetičkog komparatora tvrdeći:

29

Burden and Burden v. The United Kingdom (no. 13378/05, 12.12.2006)

„ako je tužiteljica željela da dokaže da je diskriminirana zbog svog vjerskog porijekla prilikom traženja posla, potrebno je da postoji drugo lice, koje ima iste ili slične kvalifikacije njenim, koja se prijavila na isti konkurs i koja je dobila posao.“

Budući da se tužiteljica jedina javila na konkurs, navedeno nije mogla ispuniti.

Po apelaciji tužiteljice, Ustavni sud ukinuo je ovu presudu odlukom AP-4583/14 od 15.06.2017. godine.³⁰

c. Zaštićeni osnovi

ZZD zabranjuje diskriminaciju po velikom broju osnova kao što su: rasa, boja kože, jezik,³¹ vjera, etnička pripadnost, invaliditet, starosna dob, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza s nacionalnom manjinom, političko ili drugo uvjerenje, imovinsko stanje, članstvo u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanje, društveni položaj i spol, seksualna orijentacija, rodni identitet, te spolne karakteristike.

Povreda prava zbog stvarnih ili pretpostavljenih karakteristika lica ili grupa lica je ono što odvaja diskriminaciju od drugih oblika diskriminaci-

je. Stoga se u svakom pojedinačnom predmetu, kao ključni element oblika neposredne, posredne diskriminacije, uznemiravanja i segregacije, u postupku mora utvrditi zbog kojeg zaštićenog osnova dolazi do određene diskriminacije.

U nekim oblicima diskriminacije po ZZD nije propisan uslov postojanja zaštićene osnove, kao što je seksualno uznemiravanje, mobing i izdavanje naloga drugima za vršenje diskriminacije, poma-ganje i poticanje na diskriminaciju.

I u nekim oblicima diskriminacije po ZR nije potrebno postojanje zaštićene osnove, kao što su seksualno uznemiravanje na radu ili prilikom zapošljavanja, nasilje po spolu, kao i kod utvrđenja mobinga, ali je propisano kao sastavni dio oblika diskriminacije radnika ili lica koje traže zaposlenje kod direktne/neposredne diskriminacije, indirek-tne/posredne diskriminacije, radnika ili lica koja traže zaposlenje, uznemiravanje radnika ili lica koja traže zaposlenje, kao i nasilja po spolu na radu ili u vezi s radom.

U svim ZR, koji su usklađeni i sa ZZD i sa ZRS (osim ZR BD koji nije usklađen sa ZRS) propisani su i zaštićeni osnovi, koji se odnose na naprijed navedene oblike diskriminacije iz tih zakona³².

30

Odluka Ustavnog suda BiH AP-4583/14 od 15.06.2017. godine, presuda Vrhovnog suda FBiH broj 68 O P 017561 13 Rev od 17.05.2014. godine, u ponovnom postupku VS FBiH je postupajući po uputama Ustavnog suda BiH donio novu presudu broj 68 O P 017561 17 Rev2 od 11.07. 2017. godine kojom je odbio reviziju i potvrdio niže stepene presude kojima je utvrđena diskriminacija i povreda prava na jednako postupanje

31

Npr. onemogućavanje djece bošnjačke nacionalnosti u Republici Srpskoj da pohađaju nacionalnu grupu predmeta u javnim školama, presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 73 O P 01831119 Rev2 od 14.11.2019. godine, te odluku Ustavnog suda BiH broj AP-3174/17 od 19.09.2019. godine, i AP-1198/19 od 23.06.2021. godine (Konjević polje).

32

ZRI BiH propisuje zaštićene osnovne zbog rase, boje kože, pola, jezika, vjere, političkog ili drugog mišljenja ili opredjeljenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, seksualne orijentacije, imovnog stanja, rođenja ili kakve druge okolnosti, članstva ili nečlanstva u političkoj stranci, fizičkih poteškoća ili na osnovu nekog drugog razloga suprotnog osnovnim ljudskim pravima i slobodama utvrđenim Ustavom BiH (član 6.).

ZR FBiH zaštićene osnovne propisuje po spolu, spolnom opredjeljenju, bračnom stanju, porodičnim obavezama, starosti, invalidnosti, trudnoći, jeziku, vjeri, političkom i drugom mišljenju, nacionalnoj pripadnosti, socijalnom porijeklu, imovnom stanju, rođenju, rasi, boji kože, članstvu ili nečlanstvu u političkim strankama i sindikatima, zdravstvenom statusu, ili nekom drugom ličnom svojstvu (član 8, stav 1.).

ZR RS propisuje zaštićene osnovne zbog rase, etničke ili nacionalne pripadnosti, boje kože, pola, jezika, religije,

Međutim, lista zaštićenih osnova po ZZD nije konačna lista, pa se u postupcima zaštite od diskriminacije po tom zakonu, mogu koristiti i zaštićene osnove iz preuzetih međunarodnopravnih dokumenata, posebno u EKLJP ili u praksi Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP).

Neke od zaštićenih osnova koji su prepoznati iz prakse ESLJP su: (van)bračni status,³³ trudnoća, genetsko naslijeđe, državljanstvo i drugo. Dakle, broj zaštićenih osnova nije konačan.

d. Povreda prava

Različito postupanje može se odnositi i na druge okolnosti koje imaju cilj ili posljedicu da bilo kojem licu onemogući ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi, prava i slobode u svim oblastima života (član 2, ZZD). Stoga će sudovi prilikom razmatranja predmeta diskriminacije, prvo utvrđivati da li postoji pravo, pa tek onda utvrđivati da li postoji različito postupanje u konkretnom predmetu diskriminacije.

Bitno je naglasiti da ZZD ne definira ni prava niti slobode, već zabranjuje diskriminaciju u pristupu bilo kojem pravu ili slobodi u svim oblastima života. Dakle, član 6. ZZD, propisuje opću zabranu diskriminacije na nacionalnom nivou, u skladu sa članom 1. Protokola 12 uz EKLJP.³⁴

Za utvrđivanje postojanja diskriminacije neće biti nužno utvrđivati razliku u postupanju u odnosu na uživanje nekog konkretnog prava, budući da Eksplanatorni izvještaj uz član 1. Protokola broj

12 na EKLJP, ukazuje da se opseg njegove zaštite odnosi i na situacije kada subjektivno pravo ne postoji na strani tužioca, odnosno kada se situacija tiče razlike u postupanju u vršenju diskrecionog ovlaštenja, kao i u bilo kojoj drugoj situaciji kada se takvo različito postupanje vrši bilo kakvim radnjama ili propustima vlasti.

Primjer:

Evropski sud za ljudska prava potvrdio je obaveznost ovakvog tumačenja Protokola 12 još u predmetu Savez crkava „Riječ života“ i drugi protiv Hrvatske, te u mnogim drugim predmetima poslije.

„Crkve podnositeljice zahtjeva osobito navode da je odbijanje Vlade da s njima sklopi odgovarajući ugovor i posljedično nemogućnost da obavljaju određene vjerske obrede za svoje članove, te time da vjerski brakovi sklopljeni prema obredu koji one provode ne mogu dobiti priznanje države, povrijedilo njihovo pravo da ih se ne diskriminira u vršenju njihove slobode vjeroispovijesti i prava navedenih u zakonu.

ESLJP primjećuje da dok član 14. Konvencije zabranjuje diskriminaciju u uživanju „prava i sloboda navedenih u Konvenciji“, član 1. Protokola broj 12 uvodi opću zabranu diskriminacije. Nadalje, ističe da je važno primijetiti da član 1. Protokola broj 12 proširuje opseg zaštite ne samo na „bilo koje pravo određeno zakonom“, kako bi to mogao sugerirati tekst stava 1. nego i preko toga. Ovo osobito slijedi iz stava 2, koji dalje propisuje da javne vlasti ne smiju nikoga diskriminirati.

političkog ili drugog mišljenja i ubjeđenja, socijalnog porijekla, imovnog stanja, članstva ili nečlanstva u sindikatu ili političkoj organizaciji, fizičkog i duševnog zdravlja i drugih obilježja koja nisu u neposrednoj vezi s prirodom radnog odnosa (član 19).

ZR BD BiH propisuje zaštićene osnove po spolu, spolno opredjeljenje, bračno stanje, porodične obaveze, starost, invalidnost, trudnoće, jezika, vjere, političkog i drugog mišljenja, nacionalne pripadnosti, socijalnog porijekla, imovnog stanja, seksualnog opredjeljenja, rođenja, rasi, boje kože, članstva ili nečlanstva u političkim strankama i sindikatu, zdravstvenog statusa ili nekog drugog svojstva (član 7, stav 1.).

33

AP-4077/16 od 11.10.2018. godine

34

Zaključen u Rimu 2005. godine. Vidjeti Eksplanatorni izvještaj uz član 1. Protokola broj 12 na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima

*Sud je već utvrdio da razlika u postupanju prema crkvama podnositeljicama zahtjeva i prema onim vjerskim zajednicama koje su sklopile ugovore o pitanjima od zajedničkog interesa s Vladom Republike Hrvatske i stoga imaju pravo održavati vjeronauk u javnim školama i predškolskim ustanovama i obavljati obred vjerskih brakova s učinkom građanskog braka koji priznaje država, predstavlja diskriminaciju protivnu članu 14, uzetim zajedno s članom 9. Konvencije (vidi stavove 92. i 93. ove presude). Utvrđuje da su prigovori na osnovu člana 14, uzeti zajedno s članom 9. Konvencije i članom 1. Protokola broj 12 uz Konvenciju, u mjeri u kojoj se odnose na vjersko obrazovanje u javnim školama i predškolskim ustanovama i priznanje od strane države vjerskih brakova, dozvoljeni, a ostatak zahtjeva nedozvoljen“.*³⁵

Tako se kod oblika neposredne i posredne diskriminacije, u svim zakonima, osim zaštićenog osnova traži postojanje djelovanja koje dovodi ili bi moglo dovesti do nepovoljnog ili manje povoljnog položaja.

Diskriminacija u vršenju prava i obaveza garantiranih EKLJP zabranjena je članom 14. EKLJP, dok je članom 1. Protokola 12 na EKLJP zabrana diskriminacije proširena na vršenje bilo kog prava garantiranog zakonom. Obje ove odredbe zabranjuju diskriminaciju po bilo kom osnovu o čemu sudovi prilikom odlučivanja u predmetima moraju voditi računa.

Kod oblika uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja po ZZD povrijeđeno pravo je dostojanstvo lica i stvaranje zastrašujućeg, neprijateljskog, degradirajućeg, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja.

Za oblike uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja radnika ili lica koje traži zaposlenje iz ZR, povreda prava se ogleda u povredi dostojan-

stva koje izaziva strah, ili stvara ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

Mobing kao specifičan oblik diskriminacije za radnika ili lice koje traži zaposlenje, u radnjama zlostavljanja ili ponižavanja ima za posljedicu ugrožavanje njegovog ugleda, časti, dostojanstva i integriteta.

Nasilje po spolu iz ZR na radu ili u vezi s radom predstavlja ozbiljno sputavanje lica po spolnoj razlici koje nanosi fizičku ili psihičku štetu ili patnju.

Primjer:

Ustavni sud BiH je u svojim predmetima također utvrđivao postoji li povreda prava iz člana 1. Protokola 12 na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama:

1. *Tako u jednom predmetu Ustavni sud zaključuje da nije povrijeđeno pravo iz člana 1. Protokola broj 12 u vezi s pasivnim biračkim pravom iz člana 13.7 Izbornog zakona u vezi sa članom 4.4 Izbornog zakona kada je apelantu bilo omogućeno da se, u skladu sa članom 4.4 Izbornog zakona, prijavi za učešće na izborima za načelnika općine na kojim je, u skladu sa članom 13.7 Izbornog zakona, svim biračima upisanim u Centralni birački spisak za osnovnu izbornu jedincu Srebrenica bez diskriminacije i pod jednakim uslovima bilo omogućeno da u skladu sa Izbornim zakonom BiH biraju načelnika.*³⁶
2. *U apelaciji upućenoj USBiH, apelant –Udruga Q– žalio se da je javna vlast, „uprkos svemu što je preduzeo kao udruženje, bila i ostala neučinkovita kako u sprečavanju nasilja nad članovima i simpatizerima Udruženja, tako i u provođenju djelotvorne istrage, otkrivanja i sankcioniranja onih koji su se govorom mržnje kao i fizičkim nasiljem obračunali s apelanto-*

35

predmet ESLJP- Savez crkava „Riječ života“ i drugi protiv Hrvatske, broj 7798/08, 09.12.2010. godine

36

Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 4144/16 od 10.11.2016. godine, stav 84, objavljena u „Službenom glasilniku Bosne i Hercegovine“ broj 93/16

vim pripadnicima“. Zbog toga je tvrdio da su povrijeđena njegova i prava njegovih članova i simpatizera garantirana članovima: 3. (zabrana mučenja ili drugog ponižavajućeg postupanja), 8. (pravo na poštovanje privatnog života), 11. (sloboda okupljanja), 13. (pravo na djelotvoran pravni lijek) i 14. (zabrana diskriminacije u uživanju prava zaštićenih drugim članovima Konvencije) EKLJP, kao i člana 1. Protokola 12 uz EKLJP (opća zabrana diskriminacije). USBiH utvrdio je da je povrijeđeno pravo na slobodu okupljanja, te obavezao Vlade Federacije BiH i Kantona Sarajevo da apelantu plate naknadu nematerijalne štete. Nadalje je istakao, s obzirom na to da je utvrdio povredu prava na slobodu okupljanja iz člana 11. EKLJP, da smatra da nema potrebe da posebno ispituje apelantove

navode o povredi prava na djelotvoran pravni lijek i zabranu diskriminacije³⁷.

Po shvaćanju autorica ove publikacije, premda Ustavni sud BiH nije u gore navedenom predmetu posebno raspravljao o zabrani diskriminacije, može se iz opsežne analize povrede člana 11. EKLJP (pravo na okupljanje na koju su apelanti ukazivali) zaključiti da je Ustavni sud BiH ipak ukazao i na potrebu borbe protiv diskriminacije zasnovane na seksualnoj orijentaciji. Takva analiza potvrđuje da su sva ljudska prava međusobno „povezana i nedjeljiva“, te da se rezoniranje u pogledu obaveze poštovanja jednog prava, može na sličan način primijeniti na obavezu poštovanja drugog prava.

37

Odluka Ustavnog suda BiH, broj AP-1020/11, od 25. 09.2014. godine

Odjeljak 3. OBLICI DISKRIMINACIJE

Osnovni oblici

a. Neposredna/direktna diskriminacija

Neposredna diskriminacija je svako različito postupanje po osnovama određenim u članu 2. ZZD, odnosno svako djelovanje ili propuštanje djelovanja kada je neko lice ili grupa lica dovedena ili je bila ili bi mogla biti dovedena u nepovoljniji položaj za razliku od nekog drugog lica ili grupe.³⁸

I ZR također propisuju ovaj osnovni oblik diskriminacije ali različito navode pojam neposredne diskriminacije (po ZRI BiH i ZR RS), odnosno direktna diskriminacija (po ZR FBiH i ZR BD)³⁹.

Prepoznavanje ovih razlika je od značaja kod odlučivanja o tužbama pred sudom, jer je uočeno da se tužbe i zbog direktne/neposredne diskriminacije prema radniku ili licu koje traži zaposlenje podnose osnovom ZZD, a ne ZR. Iz tog razloga, o sličnostima i razlikama govorit će se u drugom dijelu rada.

I ZRS propisuje direktnu diskriminaciju po osnovu spola kao oblik koji je zabranjen, kada je lice ili grupa lica bila tretirana, tretira se ili može biti tretirana nepovoljnije u odnosu na drugo lice ili grupu lica u istoj ili sličnoj situaciji.

Neposredna diskriminacija po ZZD podrazumijeva različito postupanje prema jednom licu od strane drugog lica, koje ga dovodi u nepovoljan položaj, na način da se pravi razlika u odnosu na drugo lice prema propisanim zaštićenim osnovama iz tih zakona. Motiv ili namjera lica koje vrši diskriminaciju nije važna, pitanje je postupa li se nepovoljno prema drugom licu.

³⁸
član 3, stav 1. ZZD

³⁹
“Svako postupanje uzrokovano nekim od zaštićenih osnova iz tih zakona, kojim se radnik ili lice koje traži zaposlenje stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica u istoj ili sličnoj situaciji” odredbe člana 107, stav 2. ZRI BiH, člana 8, stav 3. ZRFBiH, člana 20, stav 2. ZR RS i člana 8, stav 2. ZR BD BiH

Nepovoljniji položaj prema određenom licu može uključivati odbacivanje, odbijanje, izuzimanje, ponudu manje povoljnih odredaba i uslova ili slabije usluge te uskraćivanje izbora ili mogućnosti.

Radi utvrđivanja neposredne diskriminacije potrebno je prepoznati stvarno ili pretpostavljeno lice u uporednoj situaciji čije su okolnosti iste ili približno iste, ali prema kojem se postupa, postupalo se ili bi se postupalo povoljnije nego prema drugom licu.

I u slučaju diskriminacije na osnovu dobi primjenjuje se opća odredba člana 5, stav 1. ZZD, odnosno takva mjera će biti opravdana samo ako ostvaruje legitiman cilj i ako postoji razuman odnos između sredstava koja se koriste i cilja koji se nastoji realizirati.

Svako oglašavanje namjere da se prema nekim licima na nekom od zaštićenih osnova postupa nepovoljnije, smatra se direktnom/neposrednom diskriminacijom.

Primjer:

Predmeti Evropskog suda pravde:

“Činjenica da poslodavac javno izjavi da neće zapošljavati zaposlenike određenog etničkog ili rasnog porijekla, što će vjerovatno snažno odvratiti određene kandidate od podnošenja njihovih prijave te na taj način ometati njihov pristup tržištu rada, direktna je diskriminacija u zapošljavanju u smislu člana 2, stav 2. Direktive 2000/43 o provođenju principa jednakog postupanja prema licima nezavisno od njihovog rasnog ili etničkog porijekla. Javne izjave

koje poslodavac objavljuje kako u skladu s njegovom politikom zapošljavanja neće zapošljavati zaposlenike određenog etničkog ili rasnog porijekla, dovoljne su za presumpciju u postojanje politike zapošljavanja koja je izravno diskriminatorna u smislu člana 8, stav 1. Direktive 2000/43 o provođenju principa jednakog postupanja prema licima nezaovisno od njihovog rasnog ili etničkog porijekla. Tada je na tom poslodavcu da dokaže kako stvarna praksa zapošljavanja preduzeća ne odgovara takvim izjavama. Na nacionalnom je sudu da provjeri jesu li navodne činjenice utvrđene te da procijeni dostatnost dokaza podnesenih u korist poslodavčevih tvrdnji da nije povrijeđen princip jednakog postupanja.”⁴⁰

Primjer:

Odbijanje zaposlenja iz finansijskih razloga zbog nepojavljivanja na poslu za vrijeme trudnoće zasniva se isključivo na faktoru trudnoće. Budući da samo žena može biti trudna, odbijanje zaposlenja u ovom slučaju smatra se neposrednom diskriminacijom. Činjenica da su svi kandidati koji su se prijavili na raspisani konkurs ženskog spola ne znači da ovdje nije riječ o spolnoj diskriminaciji. Budući da je riječ o odbijanju zbog trudnoće, direktno je vezano za spol i riječ je o diskriminaciji. Nije važno jesu li se na konkurs prijavili muškarci.⁴¹

Primjer:

Evropski sud pravde u predmetu broj C-179/88, odlučio je da je žena zaštićena od otkaza u slučaju bolesti u toku trajanja porodijskog dopusta, ali nakon njezova završetka nema razloga za razlikovanje bolesti vezane za trudnoću i ostalih oblika bolesti. Otpuštanje žene zbog bolesti tokom trudnoće ili porodijskog

dopusta automatski će se smatrati neposrednom diskriminacijom, ali uručenje otkaza zbog bolesti nakon povratka s porodijskog dopusta smatrat će se diskriminacijom samo ako se dokaže da bi se u takvom slučaju postupalo povoljnije prema muškarcu.⁴²

Predmet Vrhovnog suda Federacije BiH

Primjer:

„Po mišljenju ovog suda, osnovom izvedenih dokaza tuženi je dokazao da nije bilo različitog ili nepovoljnog tretmana tužioca kod donošenja rješenja da se istom neće produžavati licenca jer je napunio 75 godina starosti, jer nije postupio protivno odredbama člana 2, stav 1. i člana 4, stav 6. Zakona o zaštiti od diskriminacije, odnosno nije diskriminirala tužioca po osnovu starosne dobi niti je povrijedila tužiočevo pravo na rad, budući da su navedena rješenja done-sena na osnovu člana 221, stav 1. alineja (1) Zakona o zdravstvenoj zaštiti, Statutu tuženog i Pravilnika o utvrđivanju zajedničkih kriterija za licenciranje članova Ljekarske komore FBiH i članova kantonalnih ljekarskih komora kojim su utvrđeni zajednički kriteriji na osnovu kojih kantonalne ljekarske komore izdaju, obnavljaju i oduzimaju odobrenje za samostalan rad – licence, da suprotno tome tužilac nije dokazao da je došlo različitog tretmana odnosno do diskriminacije.”⁴³

b. Posredna (indirektna) diskriminacija

Posredna diskriminacija podrazumijeva svaku situaciju u kojoj, naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa, ima ili bi imala učinak dovođenja nekog lica ili grupe lica u odnosu na osnove definirane u članu 2, stav 1. ovog Zakona u nepovoljan

40

Predmet: Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV, presuda od 10.07.2008. godine, broj C54/07, ECLI:EU:C:2008:397

41

Predmet broj C-177/88, Dekker v. Stichting (1991) pred Evropskim sudom pravde

42

Predmet broj C-179/88, Hertz v. Aldi Marked (1991) pred Evropskim sudom pravde

43

Presuda Vrhovnog suda Federacije 43 O Rs 139960 18 Rev od 07.08.2018. godine

ili manje povoljan položaj u odnosu na druga lica.⁴⁴

I ZR kao i ZRS propisuju oblik posredne diskriminacije⁴⁵. Kako se oblik posredne/indirektne diskriminacije nalazi i u ZR, važno je prepoznati te razlike u odnosu na ZZD.

Dakle, kada radnik ili lice koje traži zaposlenje tvrdi da je neka neutralna odredba, kriterij ili praksa njega stavila u nepovoljan položaj zbog neke zaštićene osnove iz zakona o radu, onda se radi o indirektnoj/ posrednoj diskriminaciji iz tog zakona.

Ovaj oblik diskriminacije naziva se posrednom ili indirektnom diskriminacijom jer se ne odnosi na različito postupanje od strane nekog lica ili grupe lica, već naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa koja se zasniva na zaštićenoj osnovi, ali ima učinak dovođenja nekog lica ili grupe u nepovoljan položaj.

Neutralna odredba, kriterij ili praksa podrazumijeva da se ne može odmah steći dojam da se prema nekom licu vrši različito postupanje, jer se naizgled primjenjuje na sva lica, ali uslovi takve odredbe, kriteriji ili prakse mogu dovesti neka lica u nepovoljniji položaj zbog zaštićenih osnova iz zakona.

Stoga je kod ove vrste diskriminacije ključni izazov prepoznati uzročno-posljedičnu vezu između naizgled neutralne odredbe, kriterija ili prakse i lica ili grupe koja je, iako u različitoj situaciji, tretirana jednako kao drugi, a to ima diskriminirajuću posljedicu.

44

član 3, stav 2. ZZD

45

„Posredna diskriminacija (po ZRI BiH i ZR RS) ili indirektna diskriminacija (po ZR FBiH i ZR BD) je svaka naizgled neutralna odredba, pravilo, kriterij ili praksa koja stavlja u nepovoljan položaj radnika kao i lice koje traži zaposlenje zbog određene osobine, statusa, opredjeljenja, uvjerenja ili vrednosnog suda koji čine osnovu zabrane po zaštićenim osnovama iz tih zakona, u odnosu na drugog radnika ili lice koje traži zaposlenje.“

I ZRS propisuje indirektnu diskriminaciju po osnovu spola kada je prividno neutralna pravna norma, kriterij, ili praksa jednaka za sve dovodi, ili bi mogla dovesti u nepovoljan položaj lice ili grupu lica jednog spola u poređenju s licima ili grupom lica drugog spola (član 4, stav 2.).

46

Iz Odluke Ustavnog suda BiH AP-190/19 od 23.06.2021. godine

Prema shvaćanju Ustavnog suda BiH:

„U slučajevima posredne/indirektne diskriminacije se, dakle, ne radi o različitom tretmanu u odnosu na druga lica u istoj ili sličnoj situaciji, već o jednakom tretmanu onih koji bi morali, zbog neke svoje zaštićene karakteristike, biti drugačije tretirani kako ne bi bili dovedeni u nepovoljan položaj, a ta se vrsta diskriminacije otklanja „razumnim mjerama prilagođavanja“.⁴⁶

U drugim slučajevima primjenjuju se odredbe o tom obliku diskriminacije iz ZZD.

Primjer:

Predmet iz prakse ESLJP:

Evropski sud za ljudska prava razmatrao je da li praksa čeških vlasti da koriste testove za utvrđivanje nivoa inteligencije i primjerenosti učenika za odlučivanje da li djeca trebaju biti prebačena iz redovnih u specijalne škole, predstavlja diskriminaciju. Specijalne škole bile su namijenjene djeci s intelektualnim i drugim poteškoćama u učenju. Isti test primjenjivao se na sve učenike koji su bili potencijalni kandidati za specijalne škole. No, test je ustvari bio prilagođen većinskom češkom stanovništvu zbog čega je bilo vrlo izgledno da će ga romski učenici lošije riješiti. To se i dogodilo, pa je tako od 80 do 90 posto romske djece školovano izvan redovnog obrazovnog sistema. Evropski sud za ljudska prava smatrao je da se u ovom slučaju radilo o posrednoj diskriminaciji. Sud je u svom razmatranju utvrdio da, iako se radi o naizgled neutralnim testovima, oni jednu grupu lica na

osnovu jedne od zabranjenih osnova (etnička pripadnost, veza s nacionalnom manjinom) dovode u različitu situaciju u odnosu na drugu grupu.⁴⁷

Uzimajući u obzir Zakon o zabrani diskriminacije, kada bi postojao analogan primjer u BiH, sudovi bi morali doći do istog zaključka.

Posredna diskriminacija neće postojati ako su predmetna odredba, kriterij ili praksa objektivno opravdani, odnosno moraju imati legitiman cilj i predstavljati odgovarajuće i neophodno sredstvo za njegovo postizanje. Pri tome se utvrđuje proporcionalnost opravdanosti za postizanje legitirnog cilja. Na isti način se navedeno primjenjuje i kod neposredne diskriminacije.

Propisi, kriteriji ili praksa mogu predstavljati formalni zahtjev, kao što su zahtjevi za obavljanje nekog posla ili za prijem u školu ili na fakultet, mogu predstavljati dogovoreni postupak, kao što su kriteriji za odabir pri otpustu viška radnika, a može se raditi i o neformalnom pravilu ili praksi, kao što je odabir osoblja prema preporukama.

U nekim slučajevima nedostatak će biti vidljiv i nesporan, kao na primjer kodeks odijevanja koji zabranjuje pokrivala za glavu, i koji stavlja u nepovoljan položaj žene islamske vjeroispovijesti, a minimalno petogodišnje radno iskustvo, kao kriterij za zapošljavanje, u nepovoljan položaj stavlja mlade kandidate za posao.

Primjer:

Predmet iz prakse Evropskog suda pravde:

Predmet C-409/16, - Ovaj spor se odnosi na upravne akte usvojene tokom 2007. godine slijedom kojih je M. E. Kalliri podnijela zahtjev za primanje na konkurs za upis u škole za oficire i službenike grčke policije za akademsku 2007/2008. godinu uz traženu popratnu dokumentaciju iz razloga što nije visoka najmanje

1,70m kao što je zahtijevano članom 2, stav 1, tačka f. Predsjedničkog dekreta broj 4/1995, kako je izmijenjen članom 1, stav 1. Predsjedničkog dekreta broj 90/2003, s obzirom na to da je visoka samo 1,68 metara. Istoj su vraćeni dokumenti jer joj je uprava odbila dopustiti da učestvuje na predmetnom konkursu. Grčka vlada je istakla da je cilj propisa koji je predmet preispitivanja omogućiti učinkovito obavljanje zadataka grčke policije i da posjedovanje određenih fizičkih kvaliteta, kao što je minimalna visina, čini nužan i prikladan uslov za postizanje tog cilja. Navedeni predmet ticao se naizgled neutralne odredbe grčkog zakonodavstva koje je propisivalo minimalnu visinu (1,70m) za upis u policijsku akademiju. Sud je utvrdio da je takav, naizgled neutralan, uslov indirektno diskriminatoran jer posebno pogađa žene, te s obzirom na spektar poslova koje policija obavlja nije nužan za ostvarenje legitirnog cilja.⁴⁸

Ispitivanje proporcionalnosti

Bitno je naglasiti da ispitivanje proporcionalnosti proizlazi iz prakse ESLJP koja je obavezujuća, pa test proporcionalnosti redovni sudovi trebaju primjenjivati i u svojoj praksi prilikom odlučivanja o slučajevima posredne/indirektno diskriminacije. To nalaže i ZZD u odredbi člana 5, stav 1:

„Zakonske mjere i radnje neće se smatrati diskriminacijom kada se svode na nepovoljno razlikovanje ili različito postupanje ako su zasnovane na objektivnoj i razumnoj opravdanosti. Sljedeće mjere neće se smatrati diskriminacijskim kada se njima ostvaruje legitiman cilj i ako postoji razuman odnos proporcionalnosti između sredstava koja se koriste i cilja koji se nastoji realizirati.“

Hipotetički primjer:

Zahtjev za posao u kojem se traži posjedovanje vozačke dozvole duže od dvije godine vjerovatno nerazmjerno stavlja u nepovoljan položaj lica s određenim smetnjama, a u nekim društvima i žene. Ako se radi

47

D. H. v Czech (No. 73907/01)

48

Presuda Suda pravde EU od 18.10.2017. godine, broj C-409/16, ECLI:EU:C:2017:767

o poslu vozača za puno radno vrijeme, tada bi ovaj zahtjev bio opravdan. Ako posao uključuje povremenu vožnju, na primjer, provođenje inspekcija ili učestvovanje na sastancima u drugom gradu, zahtjev za vozačku dozvolu, iako se možda čini legitimnim ciljem kako bi, na primjer, lice moglo biti prisutno na drugim mjestima, ne mora biti opravdana i neophodna mjera za ispunjavanje tog cilja jer su možda dostupne druge, manje diskriminacijske mjere koje predstavljaju malo dodatno opterećenje za poslodavca.

Ustavni sud BiH u brojnim svojim odlukama ukazuje na koji način se utvrđuje odnos proporcionalnosti što može biti značajno za postupanje sudova u predmetima diskriminacije.

Primjeri:

1., Iako apelantica nije eksplicitno navela u vezi s kojim pravom smatra da je diskriminirana, iz navoda apelacije proizlazi da smatra da je prekršena nediskriminacija iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u vezi s pravom na pravično suđenje. U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća na to da postoji diskriminacija ako rezultira različitim tretmanom pojedinaca u sličnim pozicijama i ako taj tretman nema objektivno ili razumno opravdanje. Da bi bio opravdan, tretman mora težiti zakonitom cilju, te mora postojati razuman odnos proporcionalnosti između korištenih sredstava i cilja koji se treba ostvariti (vidi Evropski sud, *Marckx protiv Belgije*, stav 33.). Stoga je potrebno u svakom konkretnom slučaju ustanoviti da li se prema apelantu postupalo drukčije nego prema drugima u istim ili sličnim situacijama. Svako različito postupanje se ima smatrati diskriminacijom ako nema razumno i objektivno opravdanje, tj. ako ne stremi legitimnom cilju ili ako nema razumnog odnosa.⁴⁹

2. U drugom slučaju, apelantova tužba za razvod braka je odbačena kao nedozvoljena u smislu odredbe člana 43. Porodičnog zakona FBiH (muž nema pravo

da podnese tužbu za razvod braka za vrijeme trudnoće žene ili dok njihovo dijete ne navrší tri godine života).

Ustavni sud smatra da je nesporno da odredba člana 43. Porodičnog zakona FBiH, na osnovu koje je odbačena apelantova tužba, sama po sebi dovodi do različitog tretmana supružnika, odnosno muškarca i žene, u odnosu na njihovo pravo na pristup sudu u smislu dozvole da se podnese tužba za razvod braka. Dakle, navedenom odredbom apelantu je kao mužu, odnosno muškarcu, uskaračeno pravo na pristup sudu u odnosu na njegovu suprugu. S druge strane, žena može nesmetano bez ikakvog ograničenja podnijeti tužbu za razvod braka kako za vrijeme trudnoće, tako i za vrijeme dok dijete ima manje od tri godine života. Stoga, prema mišljenju Ustavnog suda, predmetna odredba dovodi sama po sebi do razlike supružnika u pogledu pristupa sudu prema spolu. Pravo na pristup sudu nije ograničeno, ali za bilo kakvo ograničenje tog prava mora postojati razumno i objektivno opravdanje.

“Prema mišljenju Ustavnog suda, razlozi koje navodi Ministarstvo u svom odgovoru ne predstavljaju razumno i objektivno opravdanje za različito tretiranje supružnika (muškarca i žene) u odnosu na pravo na pristup sudu pogotovo ako se uzme u obzir da u Porodičnom zakonu postoje precizne odredbe koje reguliraju pitanje zaštite djeteta i bračnih drugova.

Ustavni sud zaključuje da je u konkretnom slučaju došlo do kršenja zabrane diskriminacije iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u vezi s pravom na pristup sudu kao segmentom prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6, stav 1. Evropske konvencije, jer je apelantova tužba odbačena kao nedozvoljena u smislu odredbe člana 43. Porodičnog zakona FBiH, koja je diskriminirajuća, jer dovodi do različitog tretmana apelanta prema spolu, a da za takav različit tretman nema razumnog i objektivnog opravdanja.⁵⁰

49

odluka Ustavnog Suda BiH broj AP-3658/19

50

Vidjeti i odluke Ustavnog suda BiH broj AP-369/10 od 24.05.2013. godine, AP-4207/13 od 30.09.2016. godine, AP-324/13 od 27.11.2019. godine i AP-1086/19 od 14.10.2020. godine

Posebni oblici diskriminacije

c. Uznemiravanje

Po ZZD ovaj oblik diskriminacije je definiran:

Uznemiravanje je svako neželjeno ponašanje uzrokovano nekom od osnova iz člana 2, stav 1. ZZD koje ima cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva lica i stvaranje zastrašujućeg, neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja.⁵¹

I svi ZR definiraju ovaj oblik diskriminacije, ali samo u odnosu na radnika ili lice koje traži zaposlenje:

Uznemiravanje je svako neželjeno ponašanje uzrokovano nekim od zaštićenih osnova iz tih zakona (ZR), koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva radnika i lica koje traži zaposlenje, a koje uzrokuje strah, ili neprijateljsko, ponižavajuće, uvredljivo okruženje.⁵²

Dakle, četiri su osnovna elementa koja moraju postojati da bi se neko ponašanje moglo smatrati uznemiravanjem po nekoj osnovi: subjektivni element, ponašanje, osnova i posljedica.

Prilikom utvrđivanja da li je došlo do uznemiravanja, nije potrebno utvrditi lice u uporednoj situaciji, jer se ne radi o pravljenju razlika, već se treba učiniti vjerovatnim (kada je po ZZD) ili iznijeti činjenice koje ukazuju na sumnju (kada je po ZR) da je ponašanje uznemiravača neželjeno, uzrokovano nekom od zaštićenih osnova iz zakona, a kojim se povređuje dostojanstvo lica, ili ima cilj povrijediti dostojanstvo lica.

Takvo ponašanje stvara zastrašujuće, neprijateljsko, degradirajuće ili ponižavajuće okruženje.

Neželjeno ponašanje može uključivati bilo koju vrstu ponašanja, uključujući izgovorenu ili napisanu riječ ili uvredu, grafički prikaz, grafite, fi-

zičke geste, izraze lica, mimikriju, šale, podvale ili fizički kontakt.

Za razliku od direktne diskriminacije, koja ima uslov djelovanja ili propuštanje djelovanja, po nekim zaštićenim osnovama i posljedicom dovođenja u nepovoljan položaj pravljenjem razlike, kod uznemiravanja se radi o radnji neželjenog ponašanja koje je uzrokovano nekom od zaštićenih osnova, a sa ciljem povrede dostojanstva lica i stvaranja neprijateljskog i ponižavajućeg okruženja.

Kada se takvo ponašanje dešava prema radniku ili licu koje traži zaposlenje, onda se radi o uznemiravanju po ZR.

Kao uslov za neke oblike diskriminacije propisana je povreda dostojanstva (uznemiravanje, seksualno uznemiravanje, mobing), pa se ponekad postavlja pitanje dokazivanja povrede dostojanstva. Riječ dostojanstvo odnosi se na povredu ugleda i časti, jer potiče od grčke riječi *dignitas* koja znači ugled i čast, te se pod njim podrazumijeva poštovanje i etički odnos prema nekom licu.

Oblici neželjenog ponašanja zavise od subjektivnog doživljaja oštećenog/e, mijenjaju se zavisno od vremena, okoline i drugih subjektivnih i objektivnih uticaja.

Kod utvrđivanja ovog oblika diskriminacije, sudije imaju osnovnu dilemu: kako utvrditi subjektivni doživljaj u sudskom postupku, odnosno koje činjenice koristiti da se posredno utvrdi da li se neko ponašanje može smatrati neželjenim. Ovo posebno iz razloga što granice neželjenog ponašanja nisu iste za sva lica jer se radi o subjektivnom doživljaju.

Ponekad i ponašanja za koja se pretpostavlja da nisu neželjena mogu, za određena lica ili grupe,

51

član 4, stav 1. ZZD

52

član 86e, tačka 2. ZRI BiH, član 9. stav 2. ZR FBiH, član 24, stav 2. ZR RS i član 10, stav 2. ZR BD BiH

biti neželjena. Primjera radi, insistiranje na rukovanju pri svakom susretu određenim licima može za neka lica predstavljati neželjeno ponašanje, ili korištenje izraza, koji većini lica nisu uvredljivi, neka grupa može smatrati neželjenim ponašanjem. Isto tako, često se dešava da se u određenim sredinama, posebno među prisnijim grupama, pomjeraju granice prihvatljivog ponašanja koje većina lica ne prihvata.

Sud je dužan da razmotri element neželjenosti iz ova dva ugla, odnosno da utvrdi da li se na osnovu izvedenih dokaza može dokazati ili pretpostaviti neželjena ponašanja tužene strane, tj. da li je eventualno bila potrebna reakcija tužioca o neprihvatljivosti određene vrste ponašanja.

Radnja uznemiravanja mora biti neželjena i u vezi s jednim od zaštićenih osnova iz zakona, a može se sastojati od verbalnog ili neverbalnog ponašanja.

Verbalno ponašanje odnosi se na riječi, odnosno zvukove, kao što su šale, pitanja, primjedbe, mogu se iskazati usmenim ili pisanim putem. Ono može obuhvaćati uvredljive riječi i komentare, dobacivanja i slično.

Neverbalno ponašanje obuhvaća sve gestikulacije i ponašanja koja nisu obuhvaćena riječima, to jest izraze lica, pokret tijela ili davanje znakova. Neverbalno ponašanje može uključivati i gestikulacije, insinucije i znakove, slanje elektronske pošte, objavljivanje i postavljanje slika ili postera sa sadržajem, puštanje sugestivne muzike ili filмова itd.

I kod uznemiravanja na radu osim neželjenog ponašanja, potrebno je da je to ponašanje u vezi sa zaštićenim osnovama iz tog zakona.

Vrlo često se uznemiravanje radnika i lica koja traže zaposlenje kao oblik diskriminacije zamjenjuje s mobingom, jer je i mobing oblik uznemiravanja.

Međutim, osnovna razlika ova dva oblika diskriminacije u vezi s radom ili zapošljavanjem je u tome što za oblik uznemiravanja na radu kao sastavni element treba biti ponašanje uzrokovano nekom od zaštićenih osnova, dok kod mobinga uslov uznemiravanja nije vezan za zaštićenu osnovu već dužinu trajanja uznemiravanja.

S druge strane, različita neželjena ponašanja ostavljaju različite posljedice na lica. Stoga utvrđivanje posljedice ove diskriminacije nije uvijek jednostavno, naročito u domenu utvrđivanja povrede dostojanstva zbog neželjenog ponašanja, zbog čega je ponekad potrebno uključiti i vještake, koji će u svom nalazu utvrditi povezanost između radnji uznemiravanja i posljedice iskazane duševnim bolovima i strahom, odnosno da utvrde da li su bolovi i strah koje žrtva osjeća posljedica uznemiravanja.

d. Seksualno uznemiravanje

„Seksualno uznemiravanje je svaki oblik neželjenog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog ponašanja spolne prirode čiji je cilj ili efekt povreda dostojanstva lica, posebno kada se njime stvara zastrašujuće, neprijateljsko, degradirajuće, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.“⁵³

Ista definicija seksualnog uznemiravanja je propisana i ZRS.⁵⁴

I ZR u BiH propisuju ovaj oblik diskriminacije:

„Seksualno uznemiravanje je svako ponašanje koje riječima ili radnjama ili radnjama seksualne prirode ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva radnika i lica koja traže zaposlenje, a

53
član 4, stav 2. ZZD

54
član 5, stav 2. ZRS

koje izaziva strah ili neprijateljsko, ponižavajuće, uvredljivo okruženje.“⁵⁵

Osnovne razlike između ovih oblika diskriminacije odnose se na žrtvu seksualnog uznemiravanja, jer po ZZD i ZRS to može biti bilo koje lice, dok je kod tog oblika iz zakona o radu to samo radnik ili lice koje traži zaposlenje.

Ovaj oblik diskriminacije razlikuje se od „uznemiravanja na osnovu spola“ iako se na prvi pogled čine identičnim, razlika je u definiranju pojma „spol“ i pojma „spolna priroda“.

Spol po ZRS je biološka i psihološka karakteristika po kojem se razlikuju lica muškog i ženskog spola, a označava i gender/rod kao sociološki i kulturološki uslovljenu razliku između lica muškog i ženskog spola i odnosi se na sve uloge i osobine koje nisu uslovljene ili određene isključivo prirodnim ili biološkim faktorima, nego su prije proizvod normi, prakse, običaja i tradicije i kroz vrijeme su primjenjivi.⁵⁶

Seksualno uznemiravanje može biti verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje pod uslovom da je takvo ponašanje „spolne prirode“.

Verbalno ponašanje obuhvaća neželjeno ponavljane pozive na sastanke i nabacivanje ili flertovanje, pričanje šala sa isticanjem stereotipa i predrasuda ili šala sa seksualnim konotacijama, uvrede zasnovane na stereotipima i predrasudama, ocjenjivanje nečije seksualnosti, uslovljavanje napredovanja na poslu ili ostvarivanje drugih beneficija seksualnim uslugama, pričanje neželjenih viceva...

Neverbalno ponašanje može uključivati i gestikulacije, insinuacije i znakove, slanje elektronske pošte, objavljivanje i postavljanje slika ili postera sa sadržajem, puštanje sugestivne muzike ili filмова, itd.

55

član 86e, tačka 3. ZRI BiH, član 9, stav 3. ZR FBiH, član 24, stav 3. ZR RS, član 10, stav 3. ZR BD BiH

56

član 9, stav 1.a) ZRS

57

član 86e, tačka 4. ZRI BiH, član 9, stav 4. ZR FBiH, član 24, stav 4. ZR RS

Fizičko ponašanje je svako ponašanje koje uključuje kontakt s tijelom drugog lica. Uz to, to ponašanje mora biti neželjeno za žrtvu, odnosno nametnuto od učinioca.

I kod ovog oblika diskriminacije osnovni uslov je da je to ponašanje neželjeno od žrtve. Ali za razliku od uznemiravanja, kod seksualnog uznemiravanja nije potrebno da je to ponašanje u vezi sa zaštićenim osnovama, već je vezano isključivo za seksualnu konotaciju ili spolnu prirodu odnosa, kojim se želi povrijediti dostojanstvo žrtve, a s posljedicom zastrašujućeg, neprijateljskog, ponižavajućeg, degradirajućeg ili uvredljivog okruženja.

Ovaj oblik diskriminacije moguć je na radu ili u vezi s radom, ili kod zapošljavanja, imajući u vidu poziciju radnika i lica koje traži zaposlenje. Do sada nisu zabilježeni takvi predmeti u parničnom postupku. Ova tematika tretirana je kroz krivičnopravne predmete.

e. Nasilje na osnovu spola

To je oblik diskriminacije iz ZR jer ZZD posebno ne izdvaja ovaj oblik diskriminacije. Međutim, ovaj oblik diskriminacije posebno je izdvojen i propisan kao povreda ravnopravnosti spolova u ZRS.

Zasniva se na društvenoj ulozi žena i muškaraca, pa je zabrana nasilja na osnovu spola ugrađena u sve ZR (osim u ZR BD BiH), u cilju zaštite ravnopravnosti spolova.

„Nasilje na osnovu spola je bilo koje djelo koje nanosi fizičku, psihičku, seksualnu ili ekonomsku štetu ili patnju, kao i prijetnje takvim djelima koje ozbiljno sputavaju lica u njihovim pravima i slobodama na principu ravnopravnosti spolova na radu ili u vezi rada.“⁵⁷

Ovaj oblik diskriminacije usmjeren je na ponašanje koje „omalovažava, tj. ponižava lice u njegovom svojstvu pripadnika ili pripadnice muškog ili ženskog spola“.

Ali, nasilje na osnovu spola iako može imati i seksualne komponente, razlikuje se od seksualnog uznemiravanja i uznemiravanja na osnovu spola, jer sadrži neželjena ponašanja zasnovana na spolnim (vanjskim, fizičkim ili biološkim) i seksualnim karakteristikama lica muškog odnosno ženskog spola i kao posljedicu ima nanošenje štete ili patnje.

f. Mobing

Zakonska definicija mobinga iz ZZD je oblik nefizičkog uznemiravanja na radnom mjestu koji podrazumijeva ponavljanje radnji koje imaju ponižavajući efekt na žrtvu čiji je cilj ili posljedica degradacija radnih uslova ili profesionalnog statusa zaposlenog.⁵⁸

Definicija mobinga iz ZR glasi:

„Mobing predstavlja specifičnu formu nefizičkog uznemiravanja (ponašanja) na radnom mjestu koje podrazumijeva ponavljanje radnji kojima jedno ili više lica psihički zlostavlja i ponižava drugo lice, a čiji je cilj ili posljedica ugrožavanje njegovog ugleda, časti, dostojanstva, integriteta, degradacija radnih uslova ili profesionalnog statusa.“⁵⁹

Mobing i drugi oblici diskriminacije se svakako razlikuju. Razlikuju se po motivima, načinu izvršenja i zakonskom reguliranju, ali osnovna razlika je u tome što za mobing nije potrebno dokazivati razliku po nekoj zaštićenoj osnovi, kao što je to potrebno za oblike direktne/neposredne i indirektno/posredne diskriminacije, uznemiravanje i nasilje na osnovu spola.

Razlika je i u sadržaju ova dva oblika, jer ZR propisuje zlostavljanje kao radnju mobinga, dok ZZD to ne sadrži, kao i posljedice ugrožavanja ugleda, časti, dostojanstva, integriteta koje ZZD ne propisuje.

S druge strane, uz mobing je moguće da se vrši i diskriminacija izdavanjem naloga drugim da vršenje diskriminacije, pomaganje, kao i poticanje na diskriminaciju, ali to je onda višestruka diskriminacija.

U nekim slučajevima može doći do izjednačavanja mobinga i drugog oblika diskriminacije kada su ciljevi donekle slični (ponižavanje pojedinca, povreda dostojanstva, uvrede itd.).

Zato se, zavisno od oblika diskriminacije, može razlikovati i pojam diskriminatora i mober-zlostavljača.

Razlike su u nijansama. Diskriminator će se ponašati u zavisnosti od svog vjerskog, nacionalnog, rasnog ili političkog ubjedenja, dok će zlostavljač najvjerovatnije biti vođen željom za moći, potrebom da dominira, da nametne svoj uticaj i da zauzme višu poziciju.

Da bi se razumjele bolje razlike psihološkog profila tih lica, korisno se podsjetiti na teorije iz ove oblasti:

Prema Leymannu⁶⁰ psihologu i psihijatru, određena ponašanja mogu se svrstati u mobing:

A. Napadi na mogućnost izražavanja: ograničavanje mogućnosti izražavanja od strane pretpostavljenoga ili kolega, stalno prekidanje u obavljanju posla, ograničavanje ili uskraćivanje mogućnosti izražavanja, glasno psovanje i

58
član 4, stav 3. ZZD

59
član 9, stav 5. ZR FBiH

60
Leymann, H., *Mobbing-Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann*, Rowohlt Verlag, Hamburg, 1993.

izderavanje, stalna kritika obavljenoga posla, kritiziranje privatnoga života, telefonski teror, upućivanje usmenih prijetnji, upućivanje pisanih prijetnji, odbijanje uspostavljanja kontakta omalovažavajućim gestama ili pogledima, odbijanje komunikacije;

- B. Napadima na društvene kontakte: nerazgovaranje, nemogućnost izražavanja, premještaj u druge prostorije dalje od kolega, zabrana drugim radnicima da razgovaraju sa žrtvom, tretiranje žrtve kao da ne postoji;
- C. Napadima na ugled: širenje loših glasina o žrtvi, ogovaranje, ismijavanje optuživanja žrtve da je psihički bolesna, prisiljavanje na psihijatrijsko promatranje, ismijavanje žrtvinog hendikepa, imitiranje žrtvinih pokreta, glasova ili gesti, napad na politička ili vjerska shvaćanja, ismijavanje privatnoga života, ismijavanje nacionalne pripadnosti ili porijekla, prisiljavanje na poslove koji narušavaju samopouzdanje, dovođenje u pitanje žrtvinih odluka, pogrdno oslovljavanje žrtve ili psovane, seksualno približavanje ili verbalne seksualne ponude;
- D. Napadima na kvalitet životne i radne sredine: nedodjeljivanje radnih zadataka, nekorektno ocjenjivanje žrtvina rada, oduzimanje svih radnih zadataka, dodjeljivanje besmislenih zadataka, dodjeljivanje radnih zadataka ispod ili iznad žrtvinog nivoa znanja;
- E. Kvalifikacija s ciljem degradacije: permanentno dodjeljivanje novih radnih zadataka, dodjeljivanje uvredljivih radnih zadataka, oduzimanje sredstava rada, podmetanje i falsificiranje dokumenata iz domena rada i
- F. Napadima na zdravlje: prisiljavanje na poslove koji štete zdravlju, prijetnje fizičkim nasiljem, primjena lake sile, fizičko zlostavljanje, uzrokovanje troškova sa ciljem da se naškodi žrtvi, seksualni napadi, nanošenje fizičke štete u žrtvinom domu ili na radnom mjestu.

Ponavljanje radnji

Prvi uslov je da se gore navedena ponašanja ponavljaju. Dakle, ako je direktor jednom iz čista mira povisio ton na zaposlenog i zaprijetio otkazom, to ne spada u mobing. Međutim, ako to uradi više puta, onda je riječ o mobingu.

Razvojne faze mobinga obrađivane su u literaturi, a za nas je prihvatljiva tipologija koju je postavio i doradio Leymann po kome:

1. faza predstavlja ključan incident, okidač, odnosno konflikt usmjeren prema određenom licu (Leymann ističe kako se u navedenoj fazi zapravo još ne radi o pravome *mobbingu*, ali će se u ostalim fazama intenzivirati, odnosno razviti);

2. faza predstavlja mobing i stigmatizaciju jer je riječ o brojnim ponašanjima koja u normalnoj interakciji ne moraju biti agresivna, ali svakodnevna izloženost u dužem vremenskom periodu mijenja njihov kontekst, stigmatizira žrtvu, ima za cilj kazniti je i predstavlja, zapravo, agresivnu manipulaciju;

3. faza pretpostavlja problem upravljanja ljudskim resursima; nakon što je žrtva stigmatizirana, menadžment firme najčešće pogrešno procjenjuje situaciju i želi se „riješiti“ problema, odnosno žrtve; u ovoj fazi brojna su kršenja prava radnika/radnice žrtve pa se često pribjegava odlasku na bolovanje; upravljačka struktura pokušava nastalu situaciju objasniti žrtvinim ličnim karakteristikama, a ne faktorima i uzrocima iz radnog okruženja i

4. faza je borba za opstanak i podrazumijeva borbu žrtve za opstanak i povrat izgubljenog ugleda. Karakterizira je izraženost psihosomatskih simptoma na žrtvinoj strani.

Ne smatra se mobingom:

- pojedinačni akt poslodavca (rješenje, ponuda aneksa ugovora o radu, upozorenje i drugo) koji sadrži odluku o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog iz radnog odnosa jer se protiv tog akta može pokrenuti sudski spor;

- ako poslodavac zaposleniku uskrati neko pravo utvrđeno zakonom, općim aktom ili ugovorom o radu — na primjer, ne isplaćuje zaradu i druga primanja, određen prekovremeni rad suprotno zakonu, uskraćeno pravo na dnevni, nedjeljni ili godišnji odmor i drugo jer se može pred sudom pokrenuti radni spor;
- zahtijevanje radne discipline koja je u funkciji bolje organizacije posla (na primjer, zabrana pristupa *Facebooku* u toku radnog vremena ili zabrana obroka u prostorijama gdje se primaju stranke);
- aktivnosti koje su opravdane zbog zaštite bezbjednosti i zdravlja na radu (provlačenje kartica za identifikaciju zaposlenih pri dolasku na posao i odlasku s posla ili obaveza nošenja šljemova na gradilištu);
- diskriminacija, to jest neopravdano pravljenje razlike među zaposlenima zbog njihovih ličnih svojstava (diskriminacija je zabranjena, ali se zaštita ostvaruje u posebnom postupku);
- ponašanje koje bi se moglo okarakterizirati kao zlostavljanje na poslu, ali se ne ponavlja, ili ne postoji namjera povrede dostojanstva ili narušavanja zdravlja (zaposleni koji se neprimjereno ponaša svakako može disciplinski da odgovara) i
- povremene razlike u mišljenjima, problemi i konflikti koji iskrsnu u vezi s poslom, ako nema namjere da se nanese povreda ili uvreda.

Zlostavljanje žrtve

Uslov za postojanje mobinga je da se iz neprimjerenog ponašanja može zaključiti da postoji **namjera da povrijedi dostojanstvo, ugled, integritet ili da naruši zdravlje lica** prema kome se vrše neprimjereni postupci.

Mobing se može definirati kao svjesno ili nesvjesno ponašanje jednog ili više lica prema žrtvi s ciljem da se ona kontinuiranim šikaniranjem ukloni

s mjesta rada ili polja djelovanja, ili kao konfliktom opterećena komunikacija među kolegama na radnom mjestu ili između podređenih i nadređenih radnika kojom se kroz systemske napade, tokom dužeg vremenskog perioda, ima za cilj diskriminirati lice ili ga isključiti iz svijeta rada.

Vrste mobinga:

Vertikalni mobing (vertikalni silazni mobing) u slučajevima kada nadređeni zlostavljaju podređene.

Obrnuti mobing (obrnuti vertikalni mobing, uzlazni vertikalni mobing) koji obilježavaju situacije u kojima podređeni zlostavljaju nadređenoga, a u praksi je nešto rjeđi.

Strateški mobing podvrsta je vertikalnoga mobinga kod kojega se upravljački tim firme systemski fokusira na psihičko zlostavljanje radnice/radnika koji su ocijenjeni kao nepoželjan ili nepotreban dio radne snage. Čest je u slučajevima promjene vlasničke strukture poslodavca, pripajanju firmi i prenosu ugovora o radu na novog poslodavca.

Drugu podvrstu vertikalnoga mobinga nazivamo **bossing**. Postoji u slučajevima kada nadređeni ponašanjem i neprijateljskim odnosom prema niže rangiranim radnicima, nastupa agresivno i vrijeđa radnike.

Horizontalni mobing obilježava zlostavljanje koje potiče od lica iz radnog okruženja koja se nalaze u istoj subordinacijskoj ravni, odnosno nisu ni nadređeni ni podređeni zlostavljanome radniku/radnici.

Emotivni mobing javlja se u slučajevima čije je ishodište u osjećanjima poput zavisti, ljubomore, ljutnje, neprijateljstva i antipatije pa se najčešće manifestira kritiziranjem rada, ponižavanjem, uvredama, podmetanjima, sprečavanjem dotoka informacija na koje radnik ima pravo ili od kojih zavisi u ispunjavanju radnih zadaća i slično.

Potrebno je istaknuti kako se različita viđenja mobinga sadržajno ne moraju u cijelosti podudarati, ali je za pravnu zaštitu nužno identificirati kojim se oblikom postupka ona može pružiti. Naime, mobing, koji *inter alia* obuhvaća fizički napad, izlazi van granice radnog spora te ulazi u domen krivičnog prava.

Isti je slučaj i sa situacijama u kojima je neko lice psihički zlostavljano, ali je osim toga bilo i žrtvom seksualnog napada jer će za navedeno biti nadležno tužilaštvo u krivičnom postupku.

Pitanje naknade materijalne i nematerijalne štete koju je pretrpjela žrtva vrlo je važno pri postavljanju tužbenog zahtjeva, kao i mogućnost da se pored utvrđivanja mobinga naloži prestanak zlostavljачkih aktivnosti ili utvrdi povreda prava ličnosti. Stoga treba imati na umu da se u slučajevima mobinga pravna zaštita može ostvariti odredbama radnog, građanskog i krivičnog prava. O naknadi štete bit će više rečeno u Drugom dijelu – Odjeljak III.

Osobine žrtve

Žrtve u početku često nisu svjesne kako se mobing događa upravo njima zbog sofisticiranosti pojavnih oblika ponašanja koji ulaze u njegovu sferu te kulturoloških specifičnosti koje ponekad opravdavaju pojedine oblike ponašanja svojstvene šikaniranju na radnom mjestu. U skladu s dinamikom razvoja, žrtve počinju pokazivati različite psihičke i psihosomatske reakcije, od kojih su najčešća reaktivna anksiozno-depresivna stanja, sindrom izgaranja, hronični posttraumatski stresni poremećaj, reaktivna psihotična stanja i slično. Pojava hroničnih bolnih sindroma također je povezana s hroničnim posttraumatskim poremećajem.

Žrtvine osobine također mogu biti uzrokom pojave mobinga jer su visokointeligenatne, moralne, psihološki stabilne ličnosti, „poštenjačine,“ kreativni, talentirani i inventivni zaposlenici, mladi radnici, ali i oni starije dobi, pripadnici manjinskih grupa, invalidi, žene, lica koja traže bolje uslove rada i oni koji su ocijenjeni kao višak radne snage naj-

češća meta zlostavljanja. Može se raditi i o licima koja imaju mazohističnu crtu ličnosti ili su sklone perfekcionizmu.

Žrtva se osjeća demotiviranom za rad, radna produktivnost joj se smanjuje, gubi samopoštovanje i samopouzdanje, a u slučaju gubitka posla i težih oboljenja u pitanje je dovedena njena i egzistencija njene porodice.

Osobine mobera

S druge strane, psihičko zlostavljanje na radnom mjestu posljedica je i karakteristika ličnosti zlostavljača jer je često riječ o narcisoidnim pojedincima, nesposobnim za empatiju, paranoidnim licima, licima koja imaju izgrađenu sliku o sebi kao jedinstvenim ličnostima, snažnim ličnostima koje puno zahtijevaju od podređenih u radnom okruženju, ali i sociopatima i psihopatima.

Primjer:

Iz prakse Suda Bosne i Hercegovine:

Tužiteljica je podnijela tužbu protiv tuženog – Nezavisni operater sistema u BiH – tražeći da se utvrdi da je tuženi izvršio mobing nad tužiteljicom na način da je u dužem vremenskom periodu izvršio niz pojedinačnih radnji s obilježjem poniženja, povrede ljudskog dostojanstva i integriteta, omalovažavanja i socijalne izolacije tužiteljice sa ciljem degradacije njenih radnih uslova i profesionalnog statusa (davanje neuslovne kancelarije, oduzimanje radnog zadatka knjiženja plaća i ostalih primanja, promjena brave na kancelariji računovođe u kojoj se nalazila potrebna računovodstvena dokumentacija tužiteljice, dovođenje u položaj da samo uz kontrolu i nadzor drugog lica ima pristup knjigovodstvenim ispravama, nalaganje tužiteljici da vrati preuzete knjigovodstvene isprave, degradiranjem i smanjivanjem plate suprugu tužiteljice, onemogućavanje da se upozna sa E-Portalom, izbjegavanje pozivanja na radne sastanke, povećanje koeficijenta za osnovnu platu svim zaposlenim u službi osim njoj). Tvrdi da joj je zbog mobinga nezakonito pretao radni odnos po osnovu ugovora o radu na neodređeno vrijeme od

20.11.2017. godine, i traži poništenje rješenja tužene od 04.01.2018. godine i od 09.02.2018. godine.⁶¹

Jedno od osnovnih ljudskih prava je pravo na rad koje je sve više narušeno različitim oblicima diskriminacije, a posebno mobingom, kao oblikom poremećaja međuljudskih odnosa na radu.

Stoga je i bilo opravdano propisati mobing kao poseban oblik diskriminacije. Pravni pojmovi različitih oblika diskriminacije su u pravni sistem Bosne i Hercegovine ugrađeni u cilju usklađivanja unutrašnjeg zakonodavstva sa osnovnim smjernicama Evropske unije po pitanju diskriminacije na radnom mjestu, kao i zbog insistiranja na jačem senzibilitetu za probleme djelovanja stresa na radnom mjestu. Ali, posao nije završen.

g. Segregacija

Predstavlja djelo kojim (fizičko ili pravno) lice od vaja druga lica na osnovu jedne od propisanih osnova iz člana 2. ZZD, u skladu s definicijom diskriminacije sadržanom u navedenoj odredbi zakona.⁶²

Ovakav oblik diskriminacije nije propisan ZR.

Najčešće segregacije zasnivaju se na zaštićenim osnovama rase i boje kože, etničke pripadnosti i slično jer su te osnove u uskoj vezi s politikama. U svijetu je najzastupljeniji oblik segregacije osnovom rasne diskriminacije, a kod nas su aktuelne **segregacije učenika po osnovu obrazovanja poznate kao fenomen „dvije škole pod jednim krovom“** koji se zasniva na radnjama organiziranja škola, donošenja i implementacije školskih programa, te odvajanjem učenika u školama po etničkom principu.⁶³

Primjer:

*„Statusno jedinstvene škole na području HNK su osnovane kao jednonacionalne na principu sveopće podijeljenosti, što nije u skladu s Konvencijom o zaštiti ljudskih prava u školama koje je implementirala Evropska unija. Prema tim aktima, nastavni plan i program treba prepoznati, priznati, uvažiti i osigurati odgovore na obrazovne potrebe, iskustva, i interese svih učenika bez obzira na spol, uzrast, etničku, socijalnu i vjersku pripadnost, sposobnosti, mogućnosti i ograničenja. **Tuženi nisu dokazali nepostojanje diskriminacije, a ni legitimni cilj razdvajanja djece po etničkoj pripadnosti.**“⁶⁴*

Primjer:

*Tužilac udruženja „Vaša prava BiH“ je pred Općinskim sudom u Travniku podnio tužbu protiv Srednjobosanskog Kantona, radi utvrđenja diskriminacije. Presudom prvostepenog suda broj 51 0 P 054522 13 P 3 od 04.03.2015. godine odbijen je tužiochev tužbeni zahtjev kojim je tražio da se utvrdi da je tuženi, davanjem saglasnosti i organiziranjem škola na etničkom principu, te donošenjem i implementacijom školskih planova i programa zasnovanih na etničkom principu, dozvolio **segregaciju učenika u osnovnim i srednjim školama na području SBK na osnovu njihove etničke pripadnosti**, čime je počinio diskriminaciju, te da se naloži tuženom da preduzme neophodne i zakonom predviđene korake i radnje usklađene s legitimnim i specifičnim ciljevima obrazovanja u skladu s propisima u Bosni i Hercegovini, a sve s ciljem da se prestane s daljnjom segregacijom i diskriminacijom djece u školama na području SBK na osnovu njihove etničke pripadnosti, tako što će odmah ustanoviti jedinstvene integrirane multi-kulturalne obrazovne ustanove - škole za utvrđena*

61

Presuda apelacionog vijeća Suda Bosne i Hercegovine broj S1 3 P 31618 20 Rev od 18.05.2021. godine

62

član 4, stav 4. ZZD

63

Odluka Ustavnog suda BiH, broj AP-4814/14 od 18.07.2017. godine, AP-4984/14 od 18.07.2017. godine i AP-4348/14 od 15.06.2017. godine

64

presuda VS FBiH broj 58 0 Ps 085653 13 Rev od 29.08.2014. godine

upisna područja s jedinstvenim nastavno-naučnim planom i programom, uz puno poštovanje prava djece na obrazovanje na maternjem jeziku, a sve to u roku od 30 dana od dana presude pod prijetnjom prinudnog izvršenja.

Prvostepeni sud odbio je tužbene zahtjeve ocijenivši da u SBK postoje dva nastavna plana i programa na bosanskom i hrvatskom jeziku sa zajedničkom jezgrom od 70% kao obavezni dio i 30% koji se može mijenjati, što smatraju da je u skladu i s Konvencijom protiv diskriminacije u odgoju i obrazovanju, koju je Bosna i Hercegovina ratificirala 12.07.1993. godine.

Kantonalni sud u Novom Travniku odbio je žalbu tužioca i potvrdio prvostepenu presudu.

VS FBiH je odlučujući o reviziji istu odbio i u svojoj odluci naveo:

„...nije primjenjiv pravni stav izražen u predmetu Vrhovnog suda FBiH broj 58 O Ps 085653 13 Rev na konkretan slučaj jer u konkretnom predmetu nisu tužene škole koje eventualno vrše fizičko razdvajanje djece u obrazovnom procesu, niti su dokazivane činjenice postupka fizičkog razdvajanja djece po nacionalnom osnovu u obrazovnom sistemu SBK.“

Ustavni sud BiH usvaja apelaciju tužioca i u svojoj odluci navodi:

„Ustavni sud zapaža da se sudovi uopće nisu osvrnuli na ove dokumente nego su konstatirali da iz Izvještaja Bosne i Hercegovine, koji je usvojen na sjednici Vijeća ministara od 30.07.2014. godine i upućen Komitetu za ljudska prava Ujedinjenih naroda, proizlazi da je u obrazovanju došlo do poboljšanja, te da je 70% sadržaja u nastavnim planovima zajednička jezgra, čime su uklonjeni elementi segregacije. Pri tome, Ustavni sud ukazuje da je i u novijim izvještajima Komiteta za ukidanje rasne diskriminacije izražena zabrinutost zbog daljnjeg postojanja prakse „dvije škole pod jednim krovom“ uprkos ranijim preporu-

kama (Izvještaj sa zasjedanja od 6. do 30.08.2018. godine). Identičan je i zaključak Komiteta za prava djeteta Ujedinjenih naroda (Izvještaj sa zasjedanja od 09. do 27.09.2019. godine). Iz navedenog zapravo proizlazi da **problem postojanja „dvije škole pod jednim krovom“ egzistira kontinuirano i da je ta praksa nesporno i dalje evidentna, tj. i u periodu nakon donošenja osporenih presuda. Da bi se tuženi uspješno odbranio od apelantovih navoda o diskriminaciji mora sa sigurnošću dokazati da su ti navodi neosnovani.** U vezi s tim, Ustavni sud naglašava da je Zakonom o zabrani diskriminacije propisano da kada tužilac „na osnovu njemu dostupnih dokaza učini vjerovatnim“ da je diskriminiran, tuženi je taj koji mora sa sigurnošću dokazati da to nije tako. Ovo je procesno pravilo čije kršenje vodi i kršenju prava na pravično suđenje (vidi, mutatis mutandis, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 1093/07 od 25.09.2009. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 23/10, tačka 29.).“⁶⁵

h. Poticanje na diskriminaciju

Poticanje na diskriminaciju, izdavanje naloga ili pomaganje drugima da izvrše diskriminaciju je poseban oblik diskriminacije po ZZD.⁶⁶

Poticanje se može odnositi na neposrednu diskriminaciju, na primjer odbacivanje ili izuzimanje lica na koje se odnosi određeni zaštićeni osnov, a može se odnositi i na posrednu diskriminaciju, na primjer, primjena kriterija koji u nepovoljan položaj stavljaju lica na koja se odnosi neki zaštićeni osnov.

Dole navedeni primjer je preuzet iz Priručnika za advokate o zastupanju Roma – Žrtva diskriminacije:

Grupa Roma ušla je u kafanu, sjela za stol i htjela naručiti piće. Šef posluge konobarima je poručio da ih ne posluže, a konobar im je rekao da je u toku

65

Odluka Ustavnog suda BiH broj AP- 166/18 od 15.07.2021. godine;

66

član 4, stav 5. ZZD;

*privatna zabava i da ih zbog toga ne mogu poslužiti. Romi su otišli, a poslije toga na njihovo mjesto su ušli njihovi poznavaoци iz nevladine organizacije koja se bavi suzbijanjem diskriminacije. Konobari su ih poslužili i nisu spominjali da u lokalu traje neka privatna zabava. Sud je Romima dosudio odštetu koju im je vlasnik lokala morao isplatiti zbog diskriminacijskog odnosa prema njima. U ovom slučaju se radi neposrednoj diskriminaciji. Diskriminaciju nije učinio samo konobar, već i njegov šef koji je dao instrukcije, jer i samo postojanje uputa predstavlja diskriminaciju, te nije nužno da ih neko izvrši odnosno upotrijebi.*⁶⁷

i. Viktimizacija

Viktimizacija, kao oblik diskriminacije, zabranjena je i predstavlja svaki oblik nepovoljnog postupanja prema licima koja su u dobroj vjeri prijavila ili namjeravaju da prijave diskriminaciju, prisustvovala ili svjedočila diskriminaciji, odbila nalog za diskriminatornim postupanjem, na bilo koji način učestvovala u postupku za zaštitu od diskriminacije, pružila ili imala namjeru da ponude informacije ili dokumente potrebne u postupku zaštite od diskriminacije ili o diskriminatornom postupanju informirala javnost.⁶⁸

I ZRP propisuje zabranu viktimizacije:

„Viktimizacija je oblik diskriminacije koji postoji kada se lice ili grupa lica dovede u nepovoljan položaj zbog odbijanja naloga za diskriminatornim postupanjem, prije diskriminacije, svjedočenja u postupku zaštite od diskriminacije na osnovu

Primjer:

„Tužilac je u toku postupka dokazao da je tuženi prema njemu postupao na nepovoljniji način nego je to činio u drugim uporedivim slučajevima, zbog takvog nepo-

*spola ili ako je na bilo koji način učestvovalo u postupku vođenom povodom diskriminacije na osnovu spola.*⁶⁹“

Kako je definirana kao oblik diskriminacije, to se prilikom njenog dokazivanja primjenjuju sve procesne odredbe i mogućnosti koje su predviđene za ostale oblike diskriminacije iz ZZD.

Viktimizacija nije izričito propisana ZR, međutim u materijalnom smislu za član 98. Zakona o radu FBiH mogao bi se smatrati da tretira jedan aspekt ovog instituta (moguće je da poslodavac iz osвете posegne za ovim vidom diskriminacije).

Zaštita od ovog oblika diskriminacije u sudskom postupku može se ostvariti, ali primjenom samo ZZD, a kada je u pitanju diskriminacija po osnovu spola, onda po ZRS.

Zaštita od viktimizacije značajna je procesna garancija, budući da strah od viktimizacije može biti jedan od faktora koji mogu odvratiti neko lice od toga da prijavi diskriminaciju ili da na bilo koji drugi način bude povezana s predmetima diskriminacije.

U slučaju da lice smatra da je žrtva viktimizacije kao oblika diskriminacije, dovoljno je da dokaže da je u dobroj vjeri prijavilo ili namjeravalo prijaviti diskriminaciju i da zbog toga trpi nepovoljnije postupanje. Tužba za zaštitu od viktimizacije može se podnijeti kao samostalna tužba ili u sklopu tužbe za utvrđivanje nekog drugog oblika diskriminacije.

voljnijeg postupanja, tužilac je izgubio radno mjesto nastavnika, da bi zatim, tuženi tužioca, zbog njegove borbe i nastojanja da dokaže da je diskriminiran,

67

Fond za Humanitarno Pravo, 2005, dostupno na <http://www.errc.org/cms/upload/media/01/AE/m000001AE.pdf>

68

član 18. ZZD

69

član 7. ZRS

*dodatno kaznio razrješenjem sa dužnosti Menadžera za kvalitet, pri čemu je cijenio i to da je tužilac akademski radnik, da je zbog ovakvog postupanja tuženog kao poslodavca, tužilac degradiran prema kolegama i studentima, ali i prema cijeloj akademskoj zajednici, da mu je na ovaj način stvoren osjećaj zarobljenosti i nemogućnosti da ostvari svoja prava, kao i osjećaj neprijateljskog okruženja u kojem radi.*⁷⁰

j. Višestruka, ponovljena i produžena diskriminacija

Težim oblikom diskriminacije smatrat će se diskriminacija počinjena prema određenom licu po više osnova (višestruka diskriminacija), diskriminacija počinjena više puta (ponovljena diskriminacija) i diskriminacija koja postoji duže vrijeme (produžena diskriminacija).⁷¹

Ni ovaj oblik diskriminacije nije propisan u ZR.

Vrlo je bitno naglasiti da se u predmetima zaštite od diskriminacije ne dokazuje niti utvrđuje namjera da se lice diskriminira, međutim kod težih oblika diskriminacije veća je vjerovatnoća da postoji svijest da se vrši višestruka, ponovljena ili produžena diskriminacija. Dakle, veća je vjerovatnoća da se ne radi o incidentalnoj radnji, već lica svojim radnjama diskriminiraju posebno ranjive grupe (*višestruka diskriminacija*), ili to čine više puta (*ponovljena i produžena diskriminacija*). Pi-

tanje namjere, nehata, nepažnje ili nepostojanja svijesti da lice svojim djelovanjem diskriminira, uznemirava po nekom osnovu, segregira ili viktimizira nije element diskriminacije i nije predmet rasprave kod utvrđivanja diskriminacije.

Primjer:

1. Vrhovni sud FBiH u predmetu u kojem je razmatrao fenomen „dviije škole pod jednim krovom“ zaključio je da se „u konkretnom slučaju radi o sistemskoj diskriminaciji koja se po samoj svojoj prirodi proteže kroz vrijeme – kontinuirano“, odnosno prepoznao je da diskriminacija može da postoji duže vrijeme.⁷²

2. Posebno ilustrativan primjer je presuda Osnovnog suda u Banjoj Luci broj 71 O P 323323 20 P od 10.12.2020. godine. Navedeni predmet se ticao diskriminatornog postupanja policije prema aktivistima iz grupe „Pravda za Davida“, gdje je sud utvrdio postojanje višestruke, ponovljene i produžene diskriminacije.⁷³

Ponovljena diskriminacija predstavlja teži oblik diskriminacije zbog ponavljane radnje diskriminacije od jednog lica ili grupe lica. Za razliku od produžene diskriminacije, vremenski kontinuitet nije ključan. Ono što je ključno je povećana vjerovatnoća da postoji, ili bi morala da postoji, svijest o činjenju (ili propuštanju) radnje, odnosno svijest o njenim posljedicama.

70

Odluka Vrhovnog Suda FBiH broj 43 O Rs 160655 20 Rev od 15.07.2021. godine

71

član 4, stav 6. ZZD

72

Odluka Vrhovnog suda Federacije BiH, broj 58 O P 085653 13 Rev od 29.08.2014. godine

73

Vidjeti presudu Osnovnog suda u Banjoj Luci broj 71 O P 323323 20 P od 10.12.2020. godine

Odjeljak 4. Izuzeci od principa jednakog postupanja po ZZD⁷⁴

ZZD-e propisane su zakonske mjere i radnje koje se neće smatrati diskriminacijom, kada se svode na povoljno razlikovanje ili različito postupanje zasnovano na objektivnoj i razumnoj opravdanosti.

Neće se smatrati diskriminacijom one mjere kojima se ostvaruje legitiman cilj, te ako postoji razuman odnos proporcionalnosti između sredstava koja se koriste i cilja koji se nastoji realizirati i kada:

a) proizlaze iz provođenja ili donošenja privremenih posebnih mjera osmišljenih bilo da se spriječe ili nadoknade štete koje lica trpe a koje su određene osnovama navedenim u članu 2. ovog zakona i to naročito za pripadnike ugroženih grupa, kao što su: invalidna lica, pripadnici nacionalnih manjina, žene, trudnice, djeca, omladina, starija lica i druga društveno isključena lica, civilne žrtve rata, žrtve u krivičnim postupcima, raseljena lica, izbjeglice i azilanti; odnosno da se omogući njihovo puno učešće u svim oblastima života;

b) su zasnovane na obilježju koje se odnosi na bilo koji od osnova navedenih u članu 2. ovog zakona kada, u ograničenim okolnostima, zbog prirode konkretnih profesionalnih aktivnosti koje su u pitanju ili konteksta u kojem se izvršavaju, takvo obilježje predstavlja stvarni i određujući uslov u pogledu izbora zvanja. Ovaj izuzetak bit će predmet povremenih preispitivanja;

c) su zasnovane na razlikovanju, isključivanju ili davanju prednosti u vezi sa zapošljavanjem kao člana osoblja institucije koje se obavlja u skladu s doktrinama, osnovnim postavkama, dogmama, vjerovanjima ili učenjima konkretne vjeroispovi-

jesti ili vjere, s obzirom na to da je razlikovanje, isključenje ili davanje prednosti izvršeno savjesno kako ne bi došlo do povrede vjerskih osjećanja pripadnika te vjeroispovijesti ili te vjere;

d) određuju maksimalnu starosnu dob najprimjereniju za prekid radnog odnosa i određuju starosnu dob kao uslov za penzionisanje;

e) su zasnovane na državljanstvu na način predviđen zakonom;

f) su zasnovane na realizaciji razumnih prilagođavanja s ciljem osiguravanja principa jednakog postupanja u odnosu na invalidna lica. Poslodavci su zato prema potrebi u konkretnom slučaju dužni preduzeti odgovarajuće mjere, radi omogućavanja da invalidno lice ostvari pristup, učestvuje ili napreduje u zaposlenju, odnosno da učestvuje u obuci, ako takve mjere ne nameću nerazmjern teret poslodavcu;

g) stavljanje u nepovoljniji položaj pri uređivanju prava i obaveza iz porodičnog odnosa kada je to određeno zakonom, a posebno s ciljem zaštite prava i interesa djece, što mora biti opravdano legitimnim ciljem, zaštitom javnog morala, kao i pogodovanju braka u skladu s odredbama porodičnih zakona i

h) prilikom zasnivanja radnog odnosa, uključuju u članstvo, te u djelovanju koje je u skladu s naukom i poslovanjem registriranih crkava i vjerskih zajednica u BiH, kao i druge javne ili privatne organizacije koje djeluju u skladu sa ustavom i zakonima, ako to zahtijevaju vjerske doktrine, uvjerenja ili ciljevi.

74
član 5. ZZD

Odjeljak 4. Izuzeci od principa jednakog postupanja po ZR⁷⁵

Međutim, i zakoni o radu propisuju slične uslove, pa ZR FBiH propisuje izuzetke od zabrane diskriminacije:

- pravljenje razlike zbog prirode posla ili
- se posao obavlja pod takvim uslovima,
- pružanje zaštite posebnim kategorijama radnika u skladu s tim zakonom, kolektivnim ugovorom i ugovorom o radu i
- da je cilj koji se tim želi postići opravdan.

Izuzeci po ZRI BiH, propisuju zabranu diskriminacije po osnovi spola osim:

- ako je normama, pravilima, praksom moguće opravdati postizanje zakonitog cilja koji je proporcionalan preduzetim nužnim i opravdanim mjerama i
- uspostavljanje specijalnih mjera radi postizanja jednakosti i ravnopravnosti spolova i eliminacije postojeće neravnopravnost, odnosno zaštite spolova po osnovu biološkog određenja;

I izuzeci po ZR RS, a veoma slično propisuje i ZR BD BiH, reguliraju izuzetke:

- pravljenje razlike u odnosu na prirodu posla ili
- uslova pod kojim se posao obavlja i
- pružanje zaštite posebnim kategorijama radnika u skladu s tim zakonom, (Općim) kolektivnim ugovorom i ugovorom o radu.

Za razliku od ZR, ZZD (član 5, stav 1.) zahtijeva ne samo ispitivanje da li ta mjera teži da ostvari neki legitimni cilj, već i ispitivanje da li postoji razuman odnos proporcionalnosti između korištenog sredstva razlikovanja i tog cilja.

U odnosu na ovo konkretno sredstvo ZZD izričito

propisuje da se može koristiti samo „u ograničenim okolnostima“, te da će biti predmet „povremenih preispitivanja“ (član 5, stav1.b).

Opravdanje različitog tretmana

Kako bi se postigla suštinska jednakost određenih grupa u odnosu na dominantnu društvenu grupu, potrebno bi bilo uraditi više od prostog utvrđivanja jednakopravnosti.

Za ranjive grupe koje su zbog ličnih osobina, kao npr. etničko porijeklo i maternji jezik, češće izložene diskriminaciji nude se posebne mjere zaštite. To znači da su im osigurana posebna dodatna prava pomoću kojih se takvim grupama osiguravaju jednake mogućnosti u raznim sferama društva. **Takva zaštita zove se pozitivna diskriminacija, odnosno pozitivne mjere i postupci**, jer pripadnici većine ne uživaju takva posebna prava.

Posebne mjere moguće su u različitim oblastima kao što je zapošljavanje, obrazovanje itd. Mogu biti uvedene kako u javnom tako i u privatnom sektoru. Njihov cilj je omogućiti da određene grupe uživaju određena prava, odnosno spriječiti da ove grupe budu u tome uskraćene.

U praksi se to odnosi na one postupke i propise koji razumno favoriziraju određenu grupu (npr. pri zapošljavanju se daje prednost jednom spolu). Međutim, davanje prednosti mora biti objektivno zasnovano i ne smije imati dugoročne posljedice na položaj ostalih grupa u društvu.

ESLJP je kroz svoju veliku sudsku praksu definirao standarde koji su primjenljivi za opravdanje različitog tretmana. Sastoje se od dva bitna elementa:

- postojanje zakonitog cilja i

75

član 86d. ZRI BiH, član 11. ZR FBiH, član 21. ZR RS, član 7, stav 3. ZR BD

- razuman odnos između primijenjenih mjera i cilja koji se želi postići konkretnom mjerom.

Radi lakšeg razumijevanja opravdanosti različitog tretmana, u nastavku teksta dati su primjeri iz prakse kako ESLJP, tako i iz prakse Vrhovnog suda FBiH.

Primjer iz sudske prakse ESLJP:

U belgijskom lingvističkom slučaju, zakoniti cilj je bila efikasna provedba politike razvoja lingvističkog jedinstva dva velika lingvistička područja. Grupa roditelja žalila se da domaći zakon koji se odnosio na odredbe o obrazovanju diskriminira po osnovi jezika. S obzirom na postojanje francuskih i holandskih govornih zajednica u Belgiji, domaći zakon određuje da država omogućuje ili subvencionira da se nastava izvodi ili na francuskom ili na holandskom jeziku, zavisno od toga smatra li se regija francuskom ili holandskom. Roditelji djece koja govore francuski, a žive u regiji gdje se govori holandski, žalili su se jer se mogućnost obrazovanja njihove djece na francuskom jeziku sprečavala ili bitno otežavala. ESLJP je našao da je razlika u postupanju bila opravdana. Odluku je zasnovao na činjenici da su regije uglavnom jednojezične i da nastava na oba jezika ne bi bila održiva. Nadalje, porodicama u holandskim regijama nije bilo zabranjeno omogućiti djeci privatnu poduku na francuskom.⁷⁶

U predmetu Marckx protiv Belgije⁷⁷ cilj je bio poduprijeti i potaknuti tradicionalnu porodicu, dok u predmetu Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva, cilj je bio zaštititi tržište rada i javni red.

U predmetu Marckx protiv Belgije cilj je bio poduprijeti i potaknuti tradicionalnu porodicu, dok u

predmetu Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva⁷⁸, cilj je bio zaštititi tržište rada i javni red.⁷⁹

Primjer iz sudske prakse Vrhovnog suda FBiH:

Tužilac je podnio tužbu za utvrđenje diskriminacije zbog donošenja odluke o prekobrojnosti, sa zahtjevom za nalažanje trećetuženoj (Federacija BiH) da omogući tužiteljici rad, a da sud poništi rješenje prvotužene (Agencija za državnu službu FBiH) o razješenju i drugotužene (Agencija državne službe za žalbe) o odbijanju žalbe. Pravosnažnom presudom odbijen je tužbeni zahtjev jer je ukidanje radnih mjesta osnov za preraspodjelu ili razrješenje, pa ovakve situacije su izuzeci od principa jednakog postupanja. Revizija je odbijena.

Iz obrazloženja revizijske odluke:

„, nižestepeni sudovi su pravilno ocijenili i da izmjena pravilnika nije bila izvršena s namjerom da se tuženi 'riješi' zaposlenika za koje je smatrao da su 'kadar' ranijeg rukovodioca. Naime, takav zaključak ne proizlazi iz utvrđenog činjeničnog stanja, prema kojem tužiteljica ni prije promjene rukovodioca nije imala šta da radi na svom radnom mjestu, i da je razlog tome bio nedostatak posla u kancelariji u Mostaru. Zbog toga je bilo osnovano i opravdano, u cilju uštede i smanjenja broja zaposlenih promijeniti pravilnik o sistematizaciji radnih mjesta, pa kako u ovom slučaju nije utvrđeno da je taj pravilnik proglašen nevažećim, to je ocjena drugostepenog suda da su sporne odluke donesene na osnovu važećeg pravilnika, i da zbog toga ne postoje razlozi za njihovo poništenje, zasnovana na pravilnoj primjeni materijalnog prava.“⁸⁰

76

Belgian Linguistics (Nos. 1474/62 i drugi, etc, 23.07.1968)

77

Predmet Marckx v. Belgium (no.6833/74, 13/06/1979)

78

Abdulaziz v.UK (no.9214/80, 9473/81, 9474/81, 28.05.1985)

79

Marckx v. Belgium (no.6833/74, 13/06/1979)

80

Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH – 56 0 Rs 055102 20 Rev od 02.06.2020. godine

Odjeljak 5. Institucije za zaštitu od diskriminacije

a. Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine

ZZD definiran je pravni i institucionalni okvir za borbu protiv diskriminacije, a instituciji Ombudsmen za ljudska prava BiH (u daljnjem tekstu: Ombudsmen BiH) povjeren je status centralne institucije⁸¹ nadležne za zaštitu od diskriminacije.

U okviru svojih nadležnosti po ZZD ista prima pojedinačne i grupne žalbe u vezi s diskriminacijom, donosi odluke o pokretanju postupka istraživanja, odnosno neprihvatanju žalbe, daje fizičkim i pravnim licima potrebna obavještenja o njihovim pravima i obavezama, te mogućnostima sudske i druge zaštite.

U istrazi koju provodi Ombudsmen, traže se podaci, odgovori ili izjašnjenja državne institucije ili preduzeća protiv kojeg je pokrenut postupak o slučaju zaštite.

O statusu preporuke Ombudsmena

Preporuci Institucije Ombudsmena priznato je **svojstvo dokaza** u antidiskriminacionim postupcima kako bi se dokazalo *prima facie* postojanje diskriminacije.

U antidiskriminacionim postupcima preporuka se kao i ostali dokazi cijeni po principu slobodne ocjene dokaza jer ista nema obavezujuću snagu.

Sud je dužan da savjesno i brižljivo ocijeni svaki dokaz pojedinačno i sve dokaze zajedno kako bi mogao donijeti pravilan zaključak o osnovanosti ili neosnovanosti tužbenog zahtjeva. Sve do izmjene ZZD iz 2016. godine praksa sudova bila je da su Preporuke Ombudsmena u sudskim postup-

cima kao dokaz bile zanemarive iako su se tužiocima pozivali na njih.

Primjer:

Prvostepeno vijeće Suda BiH prihvatilo je preporuku Ombudsmena kao dokaz, ali istu nije ocijenilo kao relevantan dokaz, uz obrazloženje da Institucija Ombudsmena nije organ vlasti BiH.

U postupku po žalbi Vijeće apelacionog odjeljenja Suda BiH⁸² izrazilo je stav:

*„ (...) da je prvostepeni sud zanemario činjenicu da se na radnopravni status tužiteljice primjenjuje ZRI BiH koji se prema članu 1, stav 2, tačka c primjenjuje u svim pravnim subjektima koje osnivaju institucije BiH i drugim institucijama za obavljanje dodatnih nadležnosti u BiH. Kako je radnopravni status tužiteljice primijenjenim zakonom izjednačen s bilo kojim drugim zaposlenicima u instituciji BiH, to je Institucija Ombudsmena ovlaštena da cijeni poštivanje ljudskih prava i sloboda kod tužene kao poslodavca. Kako prvostepeni sud nije postupio u skladu s članom 15, stav 9. ZZD (stranka koristila preporuku kao dokaz), to je drugostepeno vijeće nakon uvida u ovaj posredno izvedeni dokaz isti doveo u vezu s drugim dokazima koji su izvedeni na glavnoj raspravi primjenom principa slobodne ocjene dokaza. **Vijeće prihvata žalbeni navod da je sadržajem Preporuke učinjeno vjerovatnim počinjenje diskriminacije, što je uslov za ostvarivanje sudske zaštite.** Za odlučivanje u meritumu, preporuka ne obavezuje sud nego se cijeni u međusobnoj vezi s drugim provedenim dokazima. Cijeneći zaključke drugostepenog vijeća navedene u obrazloženju odluke, a koji su zasnovani na tumačenju relevantnih odredbi materijalnog prava da radnje tužene nisu dovele tužiteljicu u diskriminatorni položaj, to je sadržaj Preporuke Ombudsmena bio bez uticaja na*

81

član 7. ZZD

82

Presuda Vijeća apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 3 P 031618 20 Gž pod 12.06.2020. godine

pravilnost prvostepenog suda koji je odbio tužbeni zahtjev za utvrđenje diskriminacije.“

Posebno je zanimljiva nadležnost te institucije da (član 7, točka 1. ZZD), pokreće i učestvuje u postupku zaštite od diskriminacije za prekršaje propisane tim zakonom, a to se odnosi na postupke kada lica ne sarađuju s Ombudsmanom BiH i ne daje pismene odgovore ili obavještenja, odnosno ne izvijesti o učinku preporuka datih s ciljem otklanjanja diskriminacije.

To znači da institucija **Ombudsmena može u ovim slučajevima pokrenuti prekršajni postupak.**

Ipak, sudovi nisu prepoznali značaj dokaza preporuke Ombudsmena BiH, o čemu će biti više rečeno u drugom dijelu.

Prema ZZD-u, institucija Ombudsmena BiH ima širok spektar nadležnosti, od podizanja nivoa svijesti, situacionog testiranja, izdavanja preporuka koje se mogu koristiti u sudskim postupcima, provedbe istraživanja u oblasti diskriminacije, izrade godišnjih i tematskih izvještaja, pokretanja postupaka medijacije, unapređenja javnih politika djelovanja za borbu protiv diskriminacije i, što je najvažnije, razmatranja žalbi lica koja tvrde da su izložena diskriminaciji i preuzimanje aktivne uloge u postupcima koji se bave potencijalnim žrtvama diskriminacije. U tom smislu, zakonska nadležnost institucije Ombudsmena BiH u zaštiti od diskriminacije u velikoj mjeri prati međunarodne standarde. Međutim, većina nadležnosti utvrđenih u ZZD-u se, u najboljem slučaju nedovoljno koristi, dok se neke ne koriste uopćeno.

Također, novina koja je uvedena u zakonodavstvo BiH nakon donošenja Izmjena i dopuna ZZD-a 2016. godine je **situaciono testiranje**. Zakonsko priznavanje situacionog testiranja u BiH predstavlja značajnu prednost, i nisu potrebni dodatni

napori da se (ponovno) osigura njegova zakonska valjanost i vjerodostojnost, što je u prošlosti predstavljalo veliku prepreku u drugim državama. Organizacijama za zaštitu ljudskih prava često nedostaju činjenice i dokazi kako bi potkrijepile svoje navode u predmetima diskriminacije. Testiranje pomaže u utvrđivanju činjenica i prikupljanju dokaza i dokazivanju diskriminacije. Osim toga, testiranjem se subjektivni uvid pretvara u vidljive i mjerljive podatke.

Kada se lice (ispitivač), koje se svjesno izložilo diskriminacionom postupanju s namjerom neposredne provjere primjene pravila o zabrani diskriminacije, može pojaviti kao svjedok ili tužilac u sudskim postupcima?⁸³ U tom slučaju ispitivač je dužan obavijestiti instituciju Ombudsmena BiH o namjeravanoj radnji, tj. situacionom testiranju, osim ako okolnosti to ne dozvoljavaju (treba napomenuti da se ZZD-om ne propisuju okolnosti koje ispitivača oslobađaju ove obaveze), a zatim i o poduzetoj radnji. Sud takvo lice može salušati kao svjedoka, a izviđaču je dato pravo da može čak podnijeti i posebnu tužbu za zaštitu od diskriminacije u konkretnom slučaju.

b. Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine

Ovo Ministarstvo po ZZD prati provođenje tog zakona, ali je obavezno i voditi Centralnu bazu podataka za počinjena djela diskriminacije, a u vezi s tim donijeti i Pravilnik o načinu prikupljanja podataka o predmetima diskriminacije u Bosni i Hercegovini kako bi moglo voditi centralnu bazu podataka.

Pravilnik o načinu prikupljanja podataka u predmetima diskriminacije usvojen je 2013. godine.⁸⁴

Na osnovu evidentiranih podataka i zapažanja o stanju zaštite diskriminacije u BiH, Ministarstvo jednom godišnje podnosi izvještaj Vijeću

83

član 15, stav 4. do stav 7. ZZD

84

objavljen u „Službenom glasniku BiH“, broj 27/13

ministara BiH i predlaže mjere za sprečavanje i suzbijanje diskriminacije u BiH, a istom organu kao i Parlamentarnoj skupštini BiH podnosi izvještaj o pojavama i prijedlozima konkretnih zakonodavnih ili drugih mjera.

Značaj ovih odredbi ZZD je u obavezi sudskih organa da dostavljaju sve podatke resornom Mi-

c) Sudovi u Bosni i Hercegovini

Žrtve diskriminacije mogu zahtijevati da se o njihovim pravima i satisfakciji odluči i u sudskom postupku, bilo u parničnom postupku po tužbama ili kao prigovor u upravnom sporu pokrenutom na konačne odluke u upravnom postupku kao prigovor povrede zabrane diskriminacije.

U postupku pred sudom žrtva diskriminacije ne dokazuje diskriminaciju, nego iznosi pred sudom činjenice, dostavlja dokumente kojima će sudu učiniti vjerovatnim da je određeni oblik diskriminacije učinjen. Ako se zaštita traži po ZR, onda tužilac mora iznijeti činjenice koje će opravdati sumnju da je prema njemu učinjen određeni oblik diskriminacije. Onaj ko je postupao diskriminirajuće, i po ZZD i po ZR obavezan je dokazati da nije bilo diskriminacije. To se naziva „obrnut teret dokazivanja“, o čemu će biti više riječi u drugom dijelu publikacije.

Upravni postupci

Upravni postupci pokreću se po službenoj dužnosti ili po zahtjevu stranaka. Istim postupcima se rješava o pravima, obavezama ili pravnim interesima građana, pravnih lica ili drugih stranaka pred organima uprave na nivou države Bosne i Hercegovine, entiteta Bosne i Hercegovine, organa uprave kantona, organa gradske i općinske službe za upravu i drugih organa u upravnim stvarima, neposredno primjenjujući propise, primjenom pravila propisanih Zakonom o upravnom postupku.

Prema članu 11, stav 2. ZZD, u slučajevima u kojim

nistarstvu (stav 4.), što se, prema dostupnim informacijama, ne radi.

Stoga je za očekivati da će VSTV, kao regulator svih sudskih sistema u BiH, koji vodi evidenciju predmeta u CMS, uspostavom pouzdanog i tačnog evidentiranja predmeta diskriminacije, ispred svih sudova u BiH postupiti po ZZD.

povreda prava na jednako postupanje proizlazi iz upravnog akta, žalba u upravnom sporu protiv takvog konačnog upravnog akta neće spriječiti lice da pokrene parnični postupak. Ali, sud će u takvom upravnom sporu biti dužan **odlučiti o prigovorima iz tužbe** koji se odnose na povredu zabrane diskriminacije, u skladu sa članom II/2. Ustava BiH, pa i neposredno primijeniti Evropsku konvenciju o ljudskim pravima.

Primjer:

*Presudom u upravnom sporu odbijena je tužba tužiteljice I. Š. kojom je traženo poništavanje upravnih akata Kantonalne administrativne službe od 06.11.2013. godine, koje je potvrđeno drugostepenim rješenjem Federalnog zavoda od 20.01.2014. godine. Tim rješenjem odbijena je tužiteljica sa **zahtjevom da joj se prizna pravo na porodičnu penziju iza umrlog M. F. koji je bio korisnik invalidske penzije, a sa kojim je živjela u vanbračnoj zajednici dužni niz godina (17 godina).***

Organi uprave i sud kada odbijaju zahtjev podnositeljice/tužiteljice primjenjuju član Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju koji propisuje najbliži krug porodice osiguranika koji mogu ostvariti pravo na porodičnu penziju, u koje ne spada i vanbračni drug osiguranika. U svojoj odluci donesenoj u upravnom sporu Kantonalni sud u Sarajevu zaključuje da je drugim propisom na koji ukazuje tužiteljica u svojoj tužbi tj. porodičnom zakonu FBiH, vanbračna zajednica izjednačena s bračnom, ali zaključuje da to nije od uticaja na donošenje odluke u njenu korist,

jer se u predmetnom postupku primjenjuje Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju.⁸⁵

Ustavni sud BiH svojom odlukom usvaja apelaciju tužiteljice kao apelantice i utvrđuje da je prekršeno pravo na zabranu diskriminacije iz člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u vezi s pravom na imovinu iz člana II/3. Ustava BiH i člana 1. protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i sloboda i uki- da presudu Kantonalnog suda u Sarajevu, predmet vraća na donošenje nove odluke po hitnom postupku, a u obrazloženju prihvata obrazloženje da je Zakonom o penzijsko-invalidskom osiguranju uređeno pravo na porodičnu penziju, da vanbračni drug nije obuhvaćen tim odredbama, ali zaključuje da isti nije primijenjen uz dosljedno poštivanje „opredjeljenja iz porodičnog prava o jednakom tretiranju bračne i vanbračne zajednice“.

Ustavni sud zaključuje da apelantica **ne može snositi štetne posljedice, što relevantni zakoni nisu harmonizirani** kako bi se provelo dosljedno opredjeljenje zakonodavca da se otkloni diskriminacija u tretmanu vanbračnih i bračnih partnera i u odnosu na ostvarenje prava na porodičnu penziju.⁸⁶

Bitno za istaći je, da je u nadležnosti Ustavnog suda BiH da može odlučujući o apelaciji, bez obzira što se apelant nije pozvao na kršenje zabrane diskriminacije, niti je to isticao u postupku pred redovnim sudovima, u okviru ispitivanja povrede prava na imovinu, ustanoviti i povredu zabrane diskriminacije iz člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda, u vezi s povredom prava na imovinu iz člana II/3.k Ustava BiH i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Primjer:

Apelant je ukazivao na kršenje prava na pravično suđenje i prava na imovinu zbog toga što nije mogao steći status zakonskog nasljednika prvog nasljednog reda po ZON-u, iako je vanbračna zajednica u potpunosti izjednačena s bračnom prema PZ FBiH. Ustavni sud zapaža da se u konkretnom slučaju radi o pitanju može li se apelantu kao **ostaviteljčinom vanbračnom partneru priznati status zakonskog nasljednika prvog nasljednog reda**. Dalje, u situaciji u kojoj jedan zakon izjednačava vanbračnu zajednicu s bračnom u pravima i obavezama uključujući i imovinska prava, a u drugi potpuno isključuje mogućnost međusobnog nasljeđivanja vanbračnih partnera, svakako predstavlja različit tretman koji treba ispitati.

Stoga Ustavni sud smatra da je član II/4. Ustava BiH člana 14. Evropske konvencije u vezi sa članom II/3.k Ustava BiH i članom 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju primjenjiv u konkretnom slučaju. Ustavni sud smatra da primjena ZON-a iz 1980. godine na način kako su to uradili sudovi u osporenim odlukama nije imala razumno i objektivno opravdanje. Zbog toga je **apelant na diskriminirajući način lišen mogućnosti sticanja statusa zakonskog nasljednika prvog nasljednog reda i učestvovanja u ostavinskom postupku ostaviteljice**.⁸⁷

U dosadašnjoj upravnoj i upravnosudskoj praksi, diskriminacija kao prigovor nezakonitosti pobjanog upravnog akta nije često isticana. U slučajevima kada se takav prigovor ističe, nerijetko je riječ o paušalnim navodima, bez identificiranja diskriminacijske osnove ili s navođenjem osnove koja nije taksativno navedena ZZD, te bez značajnijih dokaza u prilog tvrdnjama o diskriminaciji. U skladu s prethodno navedenim, ni obrazložena odluka u upravnim sporovima nisu značajnije ulazila u područje diskriminacije.

85

presuda Kantonalnog suda u Sarajevu br. 09 0 U 020038 14 U od 23.08.2016. godine

86

Odluka Ustavnog suda BiH broj AP: 4077/16 od 11.10.2018. godine;

87

Odluka Ustavnog suda BiH broj AP-4207/13 od 30.09.2016. godine

Upravni sporovi rijetko se povezuju s diskriminacijom te se sudovi, čija je uloga nadzor zakonitosti postupanja organa državne uprave i po njemu donesenog upravnog akta, uglavnom ne smatraju sudovima koji će odlučivati o diskriminatornom postupanju prema građanima. Međutim, ako se ima u vidu da je vrlo široka oblast prava građana koja mogu biti predmetom upravnog postupka, to je nesporno da tokom postupanja organa državne uprave može doći do diskriminacije, bilo zbog pogrešne primjene propisa ili zbog diskriminatornih uticaja propisa koji se primjenjuju na konkretnog tužioca.

Iz analize odluka koje su pregledane proizlazi da u većini upravnih postupaka i postupaka upravnih sporova prigovori postojanja diskriminacije u odlučivanju o nekim pravima iz tog postupka, još uvijek ne zauzimaju značajno mjesto, a obrazloženja se zasnivaju uglavnom na općoj pravnoj definiciji i kriterijima diskriminacije, s posljedicom odbijanja prigovora.

Primjer:

Iz prakse ESLJP

U predmetu strane državljanke koja je izbjeglica i živi u BiH, organi uprave FBiH odbili su njen zahtjev iz 2011. godine za invalidninu i novčani dodatak za njegu i pomoć drugog lica. Zahtjev je podnesen po Pravilniku o načinu ostvarivanja prava na socijalnu pomoć lica kojima je priznata međunarodna zaštita u BiH iz 2009. godine na osnovu činjenice da podnositeljica ima invaliditet od 90% i da joj je potrebna pomoć u obavljanju aktivnosti svakodnevnog življenja. Kantonalni sud u Sarajevu je u upravnom sporu odbio tužbu i primjenu Zakona o socijalnoj zaštiti Federacije Bosne i Hercegovine, koji propisuje ta prava samo za državljane BiH, a Ustavni sud BiH apelaciju tužiteljice.

„Aplikacija se odnosi na neuspješan pokušaj aplikantice da dobije socijalnu pomoć na koju ima pravo prema domaćim propisima. Aplikantica se pozivala na povredu članova 6. i 14. Konvencije, član 1. Protokola broj 1 i član 1. Protokola broj 12. Aplikaci-

ja se odnosi na neuspješan pokušaj aplikantice da dobije socijalnu pomoć na koju ima pravo prema domaćim propisima. Nadležni organ uprave odbio je njen zahtjev jer je strana državljanka, pozivajući se na Zakon o socijalnoj zaštiti Federacije Bosne i Hercegovine (vidi tačku 15. ove presude).

U svojoj žalbi organu uprave aplikantica se pozvala konkretno na član 8. (a) i (b) Pravilnika o načinu ostvarivanja prava na socijalnu pomoć lica kojima je priznata međunarodna zaštita u Bosni i Hercegovini iz 2009. godine („Pravilnik iz 2009. godine“), koji propisuje da izbjeglice s invaliditetom imaju pravo na stalnu novčanu pomoć i novčanu naknadu (dodatak) za pomoć i njegu od strane drugog lica (vidi tačku 14. ove presude). U decembru 2011. godine nadležno Ministarstvo potvrdilo je rješenje od 08.06.2011. godine, zanemarivši zahtjev aplikantice podnesen prema Pravilniku iz 2009. godine.

Dana 04.07.2013. godine, Kantonalni sud u Sarajevu poništio je to rješenje i naložio Ministarstvu da uzme u obzir Pravilnik iz 2009. godine.

Dana 05.08.2013. godine, Ministarstvo je još jednom razmotrilo slučaj na osnovu Zakona o socijalnoj zaštiti Federacije Bosne i Hercegovine, koji zaista nije propisivao beneficije za izbjeglice. Ono je potvrdilo rješenje od 08.06.2011. godine.

U predmetnom slučaju Sud primjećuje da su 2011. godine nadležni zdravstveni organi utvrdili da aplikantica ima invaliditet od devedeset posto, te da joj je potrebna pomoć u obavljanju aktivnosti svakodnevnog življenja (vidi tačku 6. ove presude). Budući da je imala status izbjeglice (vidi tačku 5. ove presude), ona je imala pravo na stalnu novčanu pomoć i na novčanu naknadu (dodatak) za pomoć i njegu od strane drugog lica u skladu sa članom 8. (a) i (b) Pravilnika iz 2009. godine (vidi tačke 14. i 16. ove presude). Doista, te beneficije su dodijeljene najmanje jednom drugom licu sa statusom izbjeglice u sličnoj situaciji (vidi tačku 28. ove presude).

Pa ipak, zahtjev aplikantice kojim je tražila te beneficije na kraju je odbijen isključivo iz razloga što je izričito zatražila invalidninu i novčani dodatak

za njegu i pomoć drugog lica – prava koja propisuje Zakon o socijalnoj zaštiti Federacije Bosne i Hercegovine i koja su na raspolaganju samo državljanima Bosne i Hercegovine (vidi tačku 12. ove presude).

Organi uprave su u potpunosti zanemarili pravne propise prema kojima aplikantica ima pravo na druge, slične beneficije (odnosno stalnu novčanu pomoć i novčanu naknadu (dodatak) za pomoć i njegu od strane drugog lica). Zahtjev aplikantice kojim je tražila te beneficije na kraju je odbijen isključivo iz razloga što je izričito zatražila inva-

lidninu i novčani dodatak za njegu i pomoć drugog lica – prava koja propisuje Zakon o socijalnoj zaštiti Federacije Bosne i Hercegovine i koja su na raspolaganju samo državljanima Bosne i Hercegovine (vidi tačku 12. ove presude). Organi uprave su u potpunosti zanemarili pravne propise prema kojima aplikantica ima pravo na druge, slične beneficije (odnosno stalnu novčanu pomoć i novčanu naknadu (dodatak) za pomoć i njegu od strane drugog lica), unatoč činjenici da se ona konkretno pozvala na te odredbe u svojoj žalbi (vidi tačku 9. ove presude).⁸⁸

88

Aplikacija broj 27994/19, presuda ESLJP u Strazburu od 31.08.2021. godine



DIO DRUGI

Diskriminacija u
parničnom postupku

DIO DRUGI

DISKRIMINACIJA U PARNIČNOM POSTUPKU

Odjeljak 1. TUŽBE

a. Općenito

Kako je naprijed navedeno, zaštita od diskriminacije u Bosni i Hercegovini (u daljnjem tekstu: BiH) ostvaruje se po odredbama u ZZD, donesenim na državnom nivou zakonodavne vlasti, kojim je uspostavljen okvir za ostvarivanje jednakih prava i mogućnosti svim licima u državi.

ZZD propisuje odgovornost i obaveze **sudske vlasti BiH**, kao i drugih pravnih lica i pojedinaca koji vrše javna ovlaštenja, da svojim djelovanjem **omogućuje zaštitu, promoviranje i stvaranje uslova za jednako postupanje**.

Kako je naprijed navedeno, ZZD su razrađeni svi mogući oblici diskriminacije za svako različito postupanje, kao i posebni oblici uznemiravanja, segregacije i težih odlika diskriminacije.

Sudska zaštita ostvaruje se podnošenjem tužbe nadležnom sudu, pa poseban značaj imaju vrste tužbi kojim se može ostvariti zaštita od diskriminacije po tom zakonu, a to su posebne tužbe. Od noveliranja tog Zakona iz 2016. godine, tu su još i tužbe sa zajedničkim zahtjevima za zaštitu od diskriminacije i zaštitu drugih prava (skr. tužba sa zajedničkim zahtjevima). Ovdje valja naglasiti da je u zakonima za zaštitu od diskriminacije u zemljama regije (Republika Srbija, Sjeverna Ma-

kedonija, Republika Hrvatska) zaštita od diskriminacije propisana samo posebnim tužbama, ali nije propisana mogućnost podnošenja tužbi sa zajedničkim zahtjevima.

Upravo primjena odredbi ZZD po tužbama sa zajedničkim zahtjevima, stvorila je dileme u primjeni raznih zakona i različitu sudsku praksu. U postupcima po takvim tužbama rješavani su postupci radnih sporova primjenom ZZD i ZR. Na taj način došlo se do nejasnoća i preklapanja – diskrepancije u primjeni dva zakona koja su izazvala oprečne stavove, ali i prilično nerazumne odluke, naročito u pitanjima koja su bila različito regulirana tim zakonima (rokovi za tužbe, rokovi i prava na reviziju). Ono što je imalo za posljedicu je da su konačni ishodi tih parnica, prema analizi određenog broja odluka, bili najčešće odbijanje tužbenih zahtjeva.⁸⁹

Stoga, kod odlučivanja o zaštiti od diskriminacije u sudskom postupku, posebnu pažnju treba usmjeriti na činjenicu da osim ZZD koji propisuje **zaštitu od diskriminacije po tom zakonu tzv. antidiskriminirajućim tužbama** (posebne tužbe i tužbe sa zajedničkim zahtjevima), u sva četiri sistema vlasti, postoji sudska **zaštita od diskriminacije i po ZR**, s odredbama o osnovnim i posebnim oblicima diskriminacije, kao i proce-

89

Analizom 112 nasumice izabranih sudskih odluka najviših sudova u BiH: Vrhovnog suda FBiH (60 revizijskih odluka), Vrhovnog suda RS (41 odluka od kojih je 17 revizijskih), Suda BiH (9 odluka) i Apelacionog odjeljenja BD (2 odluke – od kojih je jedna prvostepena, a duga drugostepena), utvrđeno je da su tužioci uspjeli djelimično ili u cjelini u samo 11 postupaka iz odluka VS FBiH, 6 iz odluka VS RS, a u Sudu BiH i AP BD nijedna pravosnažna i potvrđena odluka nije bila s udovoljenim tužbenim zahtjevom. U procentima, uspjeh tužilaca u tim odlukama bio je samo 19,04%.

durama zaštite tih prava, a u RS i druga zakonska rješenja, dakle **zaštita od diskriminacije i po tužbama u radnom sporu**.

U takvoj diskrepanciji zakona otvorene su razne mogućnosti manipulacija i zloupotreba (kada iste kane rok za tužbu u radnom sporu da se podnese tužba sa zajedničkim zahtjevom po ZZD). Stoga, najviši sudovi u BiH imaju obavezu razriješiti ovu diskrepanciju ili pokrenuti inicijativu za izmjene zakona, budući da se u praksi nižestepenih sudova uočavaju različiti pristupi ovim pravnim pitanjima.

Kada se spominje zaštita od diskriminacije u radnom sporu, valja naglasiti fragmentiranost propisa iz ove oblasti, kako je naprijed i navedeno. U BiH su na snazi četiri zakona iz oblasti radnog zakonodavstva, jedan na nivou države, dva na nivou entiteta i jedan na nivou distrikta, koji samostalno uređuju oblast radnih odnosa i zapošljavanja, ali su rješenja propisana tim zakonima u oblasti diskriminacije usaglašena i harmonizirana u većem dijelu, pa se zato za sve zakone o radu u BiH koristi skraćenica ZR, osim u dijelu kojim se utvrđuju različita rješenja.

U Republici Srpskoj nedavno je stupio na snagu i Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radu⁹⁰ (u daljnjem tekstu: ZZUR), kojim je na izdvojen način uređen oblik uznemiravanja na radu, pa će se ukazati i na ta zakonska rješenja, iako za sada nema prakse sudova u njegovoj primjeni.

Na osnovu tog zakonskog okvira, može se zaključiti da postoje četiri vrste tužbi za zaštitu od diskriminacije:

- posebna tužba za zaštitu od diskriminacije po ZZD (u daljnjem tekstu: posebna tužba),
- tužba sa zajedničkim zahtjevima za zaštitu od diskriminacije i drugih prava po ZZD (u daljnjem tekstu: tužba sa zajedničkim zahtjevima),
- kolektivna tužba za zaštitu od diskriminacije po ZZD (u daljnjem tekstu: kolektivna tužba) i
- tužba za zaštitu od diskriminacije i/ili zaštitu drugih prava u radnom sporu po odgovarajućem ZR, a sada u RS i ZZUR, (u daljnjem tekstu: tužba u radnom sporu).

Ukazivanja na neka procesnopravna pitanja imaju za cilj pružanje podrške sudovima da iznađu odgovarajuća rješenja u postojećoj zakonskoj regulativi, ali i da se dileme otklone što ranije u postupku, kako bi se postupak proveo što brže, **po hitnoj proceduri**, kako je **za ove vrste postupaka** propisano i ZZD⁹¹ i svim ZR⁹².

b. Sadržaj tužbe

Postupak sudske zaštite po ZZD ostvaruje se po pravilima parničnog postupka (ZPP) koji se u BiH primjenjuju,⁹³ osim ako taj zakon drugačije nije propisao. I postupci zaštite od diskriminacije u radnim sporovima, kao posebnim postupcima, provode se po ZPP.⁹⁴

90

„Službeni glasnik RS“, broj 90/21

91

član 11, stav 5. ZZD

92

član 420. ZPP FBiH, član 420. ZPP RS, član 352. ZPP pred Sudom BiH i član 412. ZPP BD

93

član 12, stav 3. ZZD

94

član 422. ZPP FBiH, član 422. ZPP RS, član 355. ZPP pred Sudom BiH i član 415. ZPP BD

I u oblasti procesnog zakonodavstva u BiH su na snazi četiri zakona o parničnom postupku, koji se primjenjuju na određenim nivoima unutrašnje organizacije i strukture države, i to: Zakon o parničnom postupku pred Sudom BiH⁹⁵(u daljnjem tekstu: ZPPS BiH FBiH), Zakon o parničnom postupku Federacije BiH⁹⁶ (u daljnjem tekstu: ZPP FBiH), Zakon o parničnom postupku Republike Srpske⁹⁷(u daljnjem tekstu: ZPP RS) i Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta BiH⁹⁸ (u daljnjem tekstu: ZPP BD BiH). U većem dijelu su ti zakoni usaglašeni i harmonizirani, pa će se u radu koristiti oznaka svih ovih zakona kao ZPP, osim u slučajevima kada rješenja nisu usaglašena i harmonizirana.

Imajući u vidu da se prvostepeni postupak provodi u dvije faze, pripremanja glavne rasprave i glavna rasprava, važno je naglasiti koliki značaj ima faza pripremanja glavne rasprave, da bi se postupak proveo efikasno, ali i efektivno s pozitivnim rezultatom za žrtvu diskriminacije.

Kako su propisali svi ZPP u BiH, pripremanje glavne rasprave obuhvaća prethodno ispitivanje tužbe, zatim dostavu tužbe na obavezan odgovor, održavanje pripremnog ročišta i zakazivanje glavne rasprave.

U fazi **prethodnog ispitivanja tužbe** sud ispituje da li tužba sadrži sve elemente propisane ZPP (potpunost tužbe), sposobnost tužioca ili tuženog da budu stranke u parnici, da li postoje nedostaci kod zakonskog zastupnika ili ovlaštenja za zastupanje.

95

„Službeni glasnik BiH”, broj 36/2004, 84/2007, 58/2013, 94/2016 i 34/2021

96

„Službene novine FBiH“, broj 53/03, 73/05,19/06, 98/15

97

„Službeni glasnik RS”, broj 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008 - odluka US, 45/2009 - odluka US, 49/2009 i 61/2013

98

„Službeni glasnik BD BiH“, broj 28/18, 6/21

99

član 53. ZPP FBiH, član 53. ZPP RS, član 20, stav 2. ZPP pred Sudom BiH i član152, stav 2. ZPP BD

100

član 334, stav 1. u vezi člana 336, stav 1. ZPP FBiH, član 334, stav 1. u vezi člana 336, stav 1. ZPP RS, član 274, stav 1. u vezi člana 276, stav 1. ZPP pred Sudom BiH i član 72, stav 3. u vezi člana 74, stav 1. ZPP BD

Svi ZPP propisuju na isti način sadržaj koji mora imati svaka tužba:⁹⁹

- određen zahtjev u pogledu glavne stvari i sporednih potraživanja,
- činjenice na kojima tužilac zasniva svoj zahtjev,
- dokaze kojima se utvrđuju činjenice,
- naznaku vrijednosti spora i
- druge podatke koji svaki podnesak mora imati (oznaku suda, ime i prezime, odnosno naziv pravnog lica, prebivalište ili boravište, odnosno sjedište stranaka, njihovih zakonskih zastupnika i punomoćnika ako ih imaju, predmet spora, sadržaj izjave i potpis podnosioca).

Ako je tužilac u tužbi naveo pravni osnov, sud nije vezan uz njega.

Kada tužba nije razumljiva ili ne sadrži sve što je potrebno da bi se po njoj moglo postupiti (potpuna), sud će vratiti tužbu tužiocu radi ispravke ili dopune, uz navode šta treba da ispravi ili dopuni i odredit će rok koji ne može biti duži od osam dana. Ako tužba ne bude vraćena ispravljena ili dopunjena u roku, smatrat će se povučenom, a ako tužilac ne postupi po nalogu suda i u roku, tužba će se odbaciti.¹⁰⁰

Dakle, procesni zakoni u parničnom postupku **obavezuju tužioca** da u tužbi navede sve propisane elemente tužbe i tek potpuna i uređena tužba šalje se na odgovor tuženom.

Međutim, u praksi to veoma često nije tako, što se može vidjeti iz sadržaja spisa i posljedično dugo-trajno vođenih prvostepeni postupaka. U tužbi

se najčešće samo paušalno navodi da je diskriminacija učinjena, pa kada se takva tužba dostavi na odgovor, tuženi nema dovoljno relevantnih činjenica da dokaže da diskriminacije nije bilo i počinje postupak predlaganja dokaza i vještačenja i takvi postupci se „razvuku“ u višegodišnje parnice.

Kako je jedan od osnovnih principa parničnog postupka da stranka disponira svojim zahtjevima, a sud odlučuje u granicama tih zahtjeva,¹⁰¹ **tužilac može u svojoj tužbi da zahtjev za zaštitu od nekog oblika diskriminacije postavi prema oblicima iz ZZD ili ZR ili ZZUR, u antidiskriminirajućim tužbama ili tužbama u radnom sporu**, a činjenice u tužbi i dokazi trebaju biti u skladu s postavljenim zahtjevom.

To znači da činjenice u tužbi i dokazi moraju biti relevantni za postavljeni zahtjev. U protivnom, tužba je neuredna.

Tek tada sud može brzo i efektivno ocijeniti sve pretpostavke za efikasno vođenje postupka, primjenom odgovarajućeg materijalnog prava, prije svega blagovremenost podnesene tužbe, a zatim i ostala prava i obaveze stranaka, shodno određenom obliku diskriminacije za koji se zaštita traži. To bi pomoglo i kasnijem bržem određivanju prema ostalim pravima koja se odnose na rokove, pravo na reviziju i druga pitanja, o kojim će se govoriti u narednom dijelu više.

Primjer:

Tužiteljica je podnijela tužbu za utvrđivanje mobinga, zabranu i naknadu nematerijalne štete, protiv JP“V. i k.“ B. i H. D. iz B.. Tvrdi da je drugotuženi kao rukovodilac vršio mobing nad tužiteljicom radnjama primoravanja da radi praznikom, za vrijeme dana obilježavanja rođenja poslanika M. A. S., nije joj odobrio korištenje godišnjeg odmora 2013/2014. godine, primoravao je da piše izjave na neosnovane

prijave, primoravao je da zaključava vrata na kraju radnog vremena, da uključi alarm, što nisu poslovi u okviru njenog radnog mjesta.

Pravosnažnom presudom odbijen je tužbeni zahtjev u cijelosti jer je utvrđeno da je drugotuženi sve radnje obavljao u funkciji v. d. direktora, da je postupao po Pravilniku o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji, te da nije postupao drugačije u odnosu na ostale zaposlenike.”¹⁰²

U navedenom primjeru očigledno je da je tužiteljica tražila utvrđenje mobinga kao oblika diskriminacije, a u postupku su dokazivane činjenice koje se odnose na različito postupanje, što je sadržaj direktne diskriminacije po ZZD (nije dokazivan sadržaj mobinga koji se odnosi na vjerovatnost ponižavajućih efekata, kao i posljedicu degradacije radnih uslova ili profesionalnog statusa).

U narednom dijelu ćemo približiti **sadržaj tužbe po pojedinim zakonima**, analizom sadržaja svakog pojedinog oblika diskriminacije, **kako bi se prepoznala razlika u primjeni zaštite po pojedinim zakonima i izbjeglo nastavljanje postupka po neuređnoj tužbi**.

Za zaštitu po **antidiskriminirajućoj tužbi od nekog oblika diskriminacije iz ZZD** obaveza tužioca kao žrtve je da već u tužbi **učini vjerovanim da je do određenog oblika diskriminacije iz tog zakona** došlo, te predloži dokaze ili okolnosti koje potvrđuju ili ukazuju na te činjenice.

Za zaštitu od **diskriminacije po tužbi iz radnog spora po ZR** obaveza tužioca kao žrtve je da već u tužbi **navede činjenice koje opravdavaju sumnju** da je neki oblik diskriminacije **iz tog zakona** učinjen, te dokaze na te činjenice.

Sadržaj tužbe zbog neposredne/direktne diskriminacije

101

član 2, stav 1. ZPP FBiH, član 2, stav 1. ZPP RS, član 7, stav 1. ZPP pred Sudom BiH i član 2, stav 1. ZPP BD

102

Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH broj 46 0 Rs 077157 19 Rev od 18.11.2019. godine

Za oblike diskriminacije iz ZZZ koji se odnose na osnovni **oblik neposredne diskriminacije**¹⁰³, u tužbi je potrebno učiniti vjerovatnim da je nastupilo različito postupanje, koje može biti svako djelovanje ili propuštanje djelovanja (koje se dokazuje navođenjem uporednika – komparatora), a zatim navođenjem zaštićene osnove po kojoj je nastupilo različito postupanje, te posljedicu tog postupanja koja se ogleda u nepovoljnom položaju u odnosu na druga lica ili grupe u sličnim situacijama.

Kada se u tužbi traži zaštita od **oblika neposredne ili direktne diskriminacije po ZR**¹⁰⁴, tužilac je dužan da navede činjenice koje opravdavaju sumnju da je neko postupljanje poslodavca prema radniku ili licu koje traži zaposlenje, uzrokovano nekom od propisanih zaštićenih osnova iz tog zakona, dovelo to lice u nepovoljan položaj u odnosu na druga lica u istoj ili sličnoj situaciji (komparator).

Zajednički elementi oblika uznemiravanja iz ZZZ i ZR su nepovoljan položaj i zaštićene osnove.

Razlike u ovim oblicima diskriminacije, iako imaju isti naziv su:

- oblik diskriminacije iz ZZZ odnosi se na svako različito postupanje prema bilo kojem licu ili grupi lica u odnosu na druga lica ili grupe u sličnim situacijama, dok se navedeni oblik diskriminacije iz ZR odnosi na postupanje poslodavca prema radniku ili licu koje traži zaposlenje u odnosu na druga lica u istoj ili sličnoj situaciji (dakle opet radnika ili lica koja traže zaposlenje) i
- propisani zaštićeni osnovi nisu isti.

Po ZZZ, zaštićene osnove po kojim su zabranjene razlike su po: rasi, boji kože, jeziku, vjeri, etničkoj

pripadnosti, invaliditetu, starosnoj dobi, nacionalnom ili socijalnom porijeklu, članstvu u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanju, društvenom položaju i spolu, seksualnoj orijentaciji, rodnom identitetu, spolnim karakteristikama, kao i svaka druga okolnost (dakle, zaštićene osnove se odnose na okolnosti).

Svi ZR u BiH imaju gotovo iste zaštićene osnove: spol, spolno opredjeljenje, bračno stanje, porodične obaveze, starost, invalidnost, trudnoću, jezik, vjeru, političko i drugo mišljenje, nacionalnu pripadnost, socijalno porijeklo, imovno stanje, rođenje, rasu, boju kože, članstvo ili nečlanstvo u političkim strankama i sindikatima, zdravstveni status ili neko drugo svojstvo (zaštićene osnove odnose se na svojstva).

Dakle, ZZZ ne sadrži sljedeće zaštićene osnove iz ZR vezane za lična svojstva kao što su: bračno stanje, porodične obaveze, trudnoću, političko i drugo mišljenje, imovno stanje, rođenje, članstvo ili nečlanstvo u političkim strankama, zdravstveni status ili neko drugo lično svojstvo, ali u svojim odredbama ne zatvara listu zaštićenih osnova već navodi „kao i svaka druga okolnost“, što može upućivati da ni ostale okolnosti koje nisu navedene izričito mogu biti zaštićene osnove.

S druge strane, ZR nemaju neke zaštićene osnove iz ZZZ koje se odnose na okolnosti: etničku pripadnost, članstva u drugom udruženju, obrazovanje, društveni položaj, rodni identitet i druge okolnosti, a ZR FBiH i ZR BD još nemaju propisanu seksualnu orijentaciju (a koriste ne sasvim adekvatan izraz „spolno opredjeljenje“).

Sadržaj tužbe zbog posredne/indirektne diskriminacije

U tužbi kojom se traži zaštita od **oblika posredne**

103

član 3, stav 1. ZZZ

104

član 8, stav 3. ZR FBiH i član 8, stav 2. ZR BD koji za ovaj oblik diskriminacije koriste naziv „direktna“, a član 20, stav 2. ZR RS i član 86a, tačka 2. ZR BiH koji za ovaj oblik diskriminacije koriste naziv „neposredna“, pa kako je sadržaj tog oblika isti, u radu se koriste oba naziva

diskriminacije iz ZZD¹⁰⁵, tužilac treba učiniti vjerovatnim da je konkretna odredba, ili propis, ili praksa, koja je naizgled neutralna, dovela tužioca u nepovoljan položaj u odnosu na druga lica po nekom od zaštićenih osnova iz tog zakona, s posljedicom isključivanja, ili ograničavanja, ili davanja prednosti.

I ZR propisuju oblik indirektna/posredna diskriminacija¹⁰⁶ pa tužba treba da sadrži činjenice koje opravdavaju sumnju da naizgled neutralna odredba, pravilo, kriterij, ili praksa ima posljedicu stavljanja u nepovoljni položaj radnika ili lica koje traži zaposlenje, zbog određene osobine statusa, opredjeljenja, uvjerenja, ili vrijednosnog sistema zasnovanog na nekoj od zaštićenih osnova iz tog zakona.

Zajednički elementi oblika uznemiravanja iz ZZD i ZR su:

- neutralna odredba i praksa i
- nepovoljan položaj.

Razlike u ova dva oblika su:

- oblik diskriminacije iz ZZD odnosi se na svako različito postupanje prema bilo kojem licu ili grupi lica u odnosu na druga lica ili grupe u sličnim situacijama, dok se navedeni oblik diskriminacije iz ZR odnosi na postupanje prema radniku ili licu koje traži zaposlenje u odnosu na druga lica u istoj ili sličnoj situaciji (dakle, opet radnika ili lica koja traže zaposlenje);
- kod određivanja neutralne odredbe ZZD ne sadrži pravilo i kriterij, a ZR ne sadrži propis;
- po ZR nepovoljan položaj se propisuje i za određene osobine, status, opredjeljenje, uvje-

renje ili vrijednosni sistem na osnovu zaštićenog osnova iz tog zakona, a ZZD nema taj kriterij i

- zaštićene osnove nisu iste kako je naprijed navedeno.

Sadržaj tužbe zbog uznemiravanja

U tužbi zbog **oblika uznemiravanja iz ZZD¹⁰⁷** potrebno je učiniti vjerovatnim da se radi o neželjenom ponašanju kojim je tužiocu kao žrtvi povrijeđeno dostojanstvo i stvoreno zastrašujuće, neprijateljsko, degradirajuće, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, po nekom od propisanih zaštićenih osnova.

I ZR propisuju oblik uznemiravanja¹⁰⁸, kao oblik diskriminacije radnika ili lica koje traži zaposlenje, pa je u tužbi potrebno iznijeti i činjenice koje opravdavaju sumnju u postojanje neželjenog ponašanja zasnovanog na nekom od zaštićenih osnova iz tog zakona, s posljedicom povrede dostojanstva radnika ili lica koje traži zaposlenje, koje uzrokuje strah ili neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

Ovaj oblik diskriminacije u svim ZR zabranjen je ne samo poslodavcu već i drugim licima zaposlenim kod njega.

Zajednički elementi oblika uznemiravanja iz ZZD i ZR su:

- neželjeno ponašanje,
- po zaštićenim osnovama iz tih zakona,
- povreda dostojanstva i
- zastrašujuće/strah ili neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

105

član 3, stav 2. ZZD

106

član 8, stav 4. ZR FBiH i član 8, stav 3. ZR BD koji za ovaj oblik diskriminacije koriste naziv „indirektna“, a član 20, stav 3. ZR RS i član 86a, tačka 3. ZR BiH koji za ovaj oblik diskriminacije koriste naziv „posredna“, pa kako je sadržaj tog oblika isti, u radu se koriste oba naziva

107

član 4, stav 1. ZZD

108

član 86e, tačka 2. ZR BiH, član 9, stav 2. ZR FBiH, član 24, stav 2. ZR RS, član 10, stav 2. ZR BD

Razlike u oblicima diskriminacije po navedenim zakonima su:

- oblik diskriminacije iz ZZD odnosi se na uznemiravanje prema bilo kojem licu ili grupi lica u odnosu na druga lica ili grupe u sličnim situacijama, dok se navedeni oblik diskriminacije iz ZR odnosi na zabranu poslodavcu i licu koje je zaposleno kod njega, prema radniku ili licu koje traži zaposlenje;
- razlika je i u zaštićenim osnovama iz pojedinih zakona na osnovu kojih se vrši uznemiravanje i
- ZZD kao posljedice propisuje degradirajuće okruženje, dok u ZR nisu propisane te posljedice.

Sadržaj tužbe zbog seksualnog uznemiravanja

Za tužbu za **oblik seksualnog uznemiravanja po ZZD**¹⁰⁹, u tužbi je potrebno učiniti vjerovanim oblik svakog neželjenog ponašanja (verbalni, neverbalni ili fizički) koji je spolne prirode, navođenjem posljedice koja se ogleda u povrjeđivanju dostojanstva lica, ili posebno kada se stvara zastrašujuće, neprijateljsko, degradirajuće i ponižavajuće okruženje.

Tužba za zaštitu od **oblika seksualnog uznemiravanja po ZR**¹¹⁰ treba da sadrži činjenice koje opravdavaju sumnju da je prema radniku ili licu koje traži zaposlenje poduzeto svako ponašanje koje je seksualne/spolne prirode (riječima ili radnjama), u cilju povrede dostojanstva i s posljedicom izazivanja straha ili stvaranja ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja.

I ovaj oblik diskriminacije je po svim ZR zabranjen, ne samo poslodavcu već i drugim licima zaposlenim kod njega.

Zajednički elementi oblika seksualnog uznemiravanja iz ZZD i ZR su:

- ponašanja seksualne/spolne prirode,
- cilj je povređivanje dostojanstva a
- posljedica strah i ponižavajuće okruženje.

Razlike u predmetnom obliku po navedenim zakonima su:

- oblik diskriminacije iz ZZD odnosi se na svako neželjeno ponašanje prema bilo kojem licu ili grupi lica u odnosu na druga lica ili grupe u sličnim situacijama, dok se navedeni oblik diskriminacije iz ZR odnosi na svako ponašanje poslodavca ili lica zaposlenog kod njega, prema radniku ili licu koje traži zaposlenje;
- ZZD da je neželjeno ponašanje, a ZR propisuje da je to svako ponašanje;
- ZZD propisuje da je to ponašanje spolne prirode, što propisuju i ZRI BiH i ZR RS, dok ZR FBiH i ZR BD propisuju da je to ponašanje seksualne prirode i
- ZD propisuje posljedicu neprijateljskog i degradirajućeg okruženja, dok nijedan od ZR to ne propisuje u ovom obliku diskriminacije. S druge strane, ZR propisuju posljedicu uvredljivog okruženja, a ZZD to ne propisuje.

Sadržaj tužbe zbog nasilja na osnovu spola

Tužba za zaštitu od oblika diskriminacije nasilja na osnovu spola može se podnijeti po ZRI BiH, ZR FBiH i ZR RS¹¹¹, dok **ZR BD i ZZD ne sadrži ovaj oblik diskriminacije**.

Sadržaj takve tužbe treba da ima činjenice koje će opravdati sumnju da je na radu ili vezi s radom na osnovu spola neko sputavan u svojim pravima i slobodama, a s posljedicom fizičke, psihičke, seksualne ili ekonomske štete.

109

član 4, stav 2. ZZD

110

član 86e, tačka 3. ZRI BiH, član 9, stav 3. ZR FBiH, član 24, stav 3. ZR RS, član 10, stav 3. ZR BD

111

član 86e. ZRI BiH, član 9, stav 4. ZR FBiH, član 24, stav 4. ZR RS

Sadržaj tužbe zbog mobinga

U tužbi kojom se traži utvrđivanje **oblika mobinga po ZZD**¹¹² potrebno je učiniti vjerovatnim da je mobing ponovljenim nefizičkim uznemiravanjem na radnom mjestu, koje ima ponižavajući efekt za žrtvu, s posljedicom ili ciljem degradacije radnih uslova ili profesionalnog statusa.

Sadržaj tužbe za zaštitu od **oblika mobinga iz ZR**¹¹³ su činjenice koje opravdavaju sumnju da je određena specifična forma (oblik) nefizičkog uznemiravanja na radnom mjestu, te navesti radnje koje se ogledaju u psihičkom zlostavljanju ili ponižavanju, kao i posljedice koje se odnose na ugrožavanje njegovog ugleda, časti, dostojanstva, integriteta, degradacije radnih uslova ili profesionalnog statusa.

I ovaj oblik diskriminacije po svim ZR zabranjen je ne samo poslodavcu već i licima zaposlenim kod njega.

Zajednički elementi mobinga iz ZZD i ZR su:

- da je to nefizičko uznemiravanje na radnom mjestu,
- ponavljanje radnji ponižavajućeg efekta – ponižavajući efekt i
- da je to sa ciljem ili posljedicom degradacije radnih uslova ili profesionalnog statusa.

Razlike u oblicima mobinga po navedenim zakonima su:

- ZZD zabranjuje mobing na radnom mjestu prema svim licima i u odnosu na sva lica, dok ZR propisuje zabranu mobinga prema poslodavcu i licu zaposlenom kod njega, a u odnosu na radnika i lice koje traži zaposlenje i
- oblik mobinga po ZZD ne sadrži radnju psi-

hičkog zlostavljanja, kao ni propisani cilj ili posljedicu ugrožavanja ugleda, časti, dostojanstva i integriteta, dok svi ZR to sadrže. Zato se zaštita od mobinga po ZR još naziva i „**tužba za zaštitu od zlostavljanja**“ ili „**tužba za zaštitu dostojanstva**“.

Iako oba zakona propisuju ponavljanje radnji kao uslov za utvrđivanje mobinga, nijedan ne definira okvir u kojem bi bilo prihvatljivo takvo vremensko utvrđenje, pa je moguća različita sudska praksa kod utvrđenja opravdanosti sumnje ili vjerovatnosti ovog sadržaja mobinga.

„Kod oblika mobinga iz ZRI BiH evidentno je postojanje razlike u posljedicama i u odnosu na druge ZR u BiH, a to je da taj zakon ne propisuje posljedicu degradacije radnih uslova ili profesionalnog statusa. To znači da mobing kao oblik po tom zakonu ima za posljedicu samo narušavanje ugleda, časti, ljudskog dostojanstva i integriteta.“

U praksi nekih sudova izražen je stav da radnje mobinga trebaju trajati minimalno šest mjeseci i ponavljati se najmanje jednom sedmično. Ali, takav stav nije zasnovan ni na jednom zakonskom rješenju, pa je potencijalno problematičan (npr. ako mobing kontinuirano traje pet mjeseci, a ne šest) zbog čega sud u svakom konkretnom slučaju procjenjuje vremenski period i kontinuitet radnji za koje se tvrdi da su mobing.

Sadržaj tužbe zbog segregacije

U tužbi za **oblik segregacije iz ZZD**¹¹⁴, potrebno je učiniti vjerovatnim da se neko lice (ili grupa) odvaja od drugih lica (ili grupa) po nekom od zaštićenih osnova iz tog zakona i s posljedicom isključivanja, ograničavanja ili davanja prednosti.

112

član 4, stav 3. ZZD

113

član 86e, tačka 5. ZRI BiH, član 9, stav 5. ZR FBiH, član 24, stav 5. ZR RS, član 10, stav 4. ZR BD

114

član 4, stav 4. ZZD

Ovdje valja naglasiti da **ZR ne sadrže ovaj oblik diskriminacije.**

ZZD također propisuje da se i **izdavanje naloga drugom i pomaganje ili poticanje drugog za vršenje neke diskriminacije, smatra oblikom diskriminacije**, pa je onda potrebno učiniti vjerovatnim takve radnje (član 2.).

ZZD propisuje i **teže oblike diskriminacije** u koje spadaju:

- višestruka diskriminacija (diskriminacija po više zabranjenih osnova) – kada je potrebno navesti činjenice koje na to upućuju,
- ponovljena diskriminacija – kada se u tužbi trebaju navesti svi slučajevi ranijih diskriminacija i
- produžena diskriminacija – kada traje duži vremenski period, pa je potrebno što određenije navesti u kojem periodu i kojim oblikom je produžena diskriminacija.

Zaštita lica koja prijavljuju diskriminaciju ili učestvuju u postupku, po **ZZD** se može ostvariti podnošenjem tužbe za zaštitu od **oblika diskriminacije – viktimizacija**.¹¹⁵

U tužbama za zaštitu od ovog oblika diskriminacije tužilac treba učiniti vjerovatnim da je doveden u nepovoljniji položaj zato što je u dobroj vjeri prijavio ili namjeravao prijaviti diskriminaciju, prisustvovao ili svjedočio diskriminaciji, ili odbio nalog za diskriminatornim postupanjem, dakle na bilo koji način učestvovao u postupku za zaštitu od diskriminacije, što može obuhvatiti i radnje pružanja ili namjere ponuditi informacije ili dokumente potrebne u postupku zaštite od diskriminacije ili o diskriminatornom postupanju informirati javnost. Najčešća viktimizacija zabilježena je u oblasti radnih odnosa.

Samo u antidiskriminirajućim tužbama po ZZD može se tražiti zaštita tog oblika diskriminacije, jer kao oblik diskriminacije nije propisana ZR.

U Republici Srpskoj stupio je na snagu i **Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radu**¹¹⁶ (u daljnjem tekstu: ZZUR) kojim je na potpuno izdvojen postupak zaštite od uznemiravanja na radu u odnosu na poslodavce i radnike koji se nalaze u radnom odnosu, lica angažirana van radnog odnosa u procesu rada, druga lica koja po bilo kojem odnosu učestvuju u procesu rada i lica koja traže zaposlenje, iako je ZR RS uredio oblike diskriminacije, kako je naprijed navedeno.

Sudska zaštita po tom novom zakonu uslovljena je prethodnim obraćanjem radnika poslodavcu, pa ako se ne zaključi sporazum s njim, ima pravo na obraćanje Agenciji za mirno rješavanje radnih sporova. Ako se ni tu ne riješi spor, radnik ima pravo na sudsku zaštitu pred nadležnim sudom.

Dakle, kada se traži zaštita pred sudom po ZZUR moraju se još **navesti činjenice i dokazi o prethodno provedenim procedurama zaštite**, a zatim vjerovatnost da je tužilac bio izložen uznemiravanju na radu, a tuženi je dužan već u odgovoru u tužbi iznijeti činjenice koje osporavaju tvrdnje o uznemiravanju i dokaze da uznemiravanja nije bilo.¹¹⁷

ZD definira **uznemiravanje na radu** kao ponašanje koje može nanijeti štetu fizičke, psihičke i seksualne prirode.

Zato tužbe za zaštitu od uznemiravanja na radu kojim se šteta nanosi fizičke prirode, moraju sadržavati činjenice ili okolnosti kojim se čini vjerovatnim fizički napad na radnika, kao i posljedice tog napada – strah, bol, ponižavajući efekt i uvredljivo okruženje.

115

član 18. ZZD

116

„Službeni glasnik RS“, broj 90/21

117

član 22. ZZUR

Za uznemiravanje na radu kojim se nanosi šteta psihičke prirode potrebno je navesti u tužbi činjenice ili okolnosti vjerovatnosti radnje kojom se ugrožava dostojanstvo, čast, ugled radnika, i profesionalni integritet, kao i posljedice tog napada (šteta po fizičko ili mentalno zdravlje ili kompromitaciju).

Tužba zbog uznemiravanja kojim se nanosi šteta seksualne prirode trebala bi sadržavati činjenice ili okolnosti koje čine vjerovatnim da je učinjeno neželjeno ponašanje spolne prirode (verbalno, neverbalno ili fizičko) koje kao posljedicu ima zastrašujuće, neprijateljsko, degradirajuće, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

I podstrekavanje i poticanje drugog, ZZUR propisuje kao oblik uznemiravanja.

Osim nekih preklapanja ZZD i ZR RS, prepoznatljivo je i djelimično preklapanje ZR RS i ZZUR, sve za oblasti zaštite od diskriminacije radnika i lica koja traže zaposlenje.

Dakle, iz naprijed navedenih analiza sličnosti i razlika proizlazi da žrtva diskriminacije može po raznim osnovama tražiti sudsku zaštitu, ali to mora naglasiti već u fazi pripremanja glavne rasprave, odnosno kod podnošenja tužbe sudu.

Postupci zaštite od diskriminacije spadaju u složenije predmete parničnog postupka, pa tako zahtjevi za zaštitu od diskriminacije po ZZD podneseni u posebnim tužbama iz tog zakona, sadrže najviše četiri tužbena zahtjeva, ali kada se podnese tužba sa zajedničkim zahtjevima za zaštitu nekog drugog prava sa zahtjevom za zaštitu od diskriminacije, tada tužba može kumulirati i do osam glavnih tužbenih zahtjeva, a u pojedinim slučajevima i više.

I tužbe u radnim sporovima, posebno ako su podnesene i sa zahtjevima za zaštitu od diskriminacije po tom zakonu, također imaju više objektivno kumuliranih zahtjeva.

U pravnoj teoriji i praksi postoje tužbe koje mogu imati više zahtjeva. Zahtjevi tužbe mogu biti deklaratorni, kondemnatorni i konstitutivni, a po procesnom zakonu više tužbenih zahtjeva može biti postavljeno na razne načine. Podsjetit ćemo na ta pravila.

Kada se zahtijeva utvrđivanje nekog prava ili pravnog odnosa, to su deklaratorne ili utvrđujuće tužbe koje imaju zahtjev upravljen na utvrđivanje nekog prava ili pravnog odnosa, povredu prava ličnosti ... Za razliku od drugih tužbi za utvrđenje, u primjeru antidiskriminirajućih tužbi, tužilac ne mora da dokazuje pravni interes za podnošenje takve tužbe, jer je pravo na podnošenje takve tužbe utvrđeno ZZD-om. Utvrđivanje da je određeni oblik diskriminacije izvršen, spada u deklaratorne tužbe. U radnim sporovima pravni interes za deklaratorni zahtjev za utvrđivanje nekog oblika diskriminacije iz tog zakona proizlazi iz ZR koji dozvoljavaju sudsku zaštitu tih prava.

Kondemnatorne ili osuđujuće tužbe su upravljene na činidbu ili propuštanje činidbe. Tom tužbom traži se od tuženog da nešto učini, trpi ili propusti, a obično služi ostvarivanju postojećeg potraživanja, ili, ako se radi o tužbi za propuštanje, traži se zabrana poduzimanja protupravnih radnji. Takve su i antidiskriminirajuće tužbe i tužbe u radnom sporu, kojim se traži prestanak neke radnje ili ponašanja za koju se prethodno utvrdi da je diskriminatorna.

Konstitutivne ili preobražajne tužbe usmjerene su na ostvarenje neke pravne promjene. Konstitutivnom tužbom traži se ustanovljenje nekog pravnog odnosa, izricanje promjene sadržaja nekog pravnog odnosa ili njegovo razvrgnuće. S obzirom na to da do pravne promjene koja se traži preobražajnom tužbom dolazi neposredno pravosnažnošću presude, ove presude nisu podobne za prinudno izvršenje. Ove tužbe rijetko se pojavljuju u postupcima zaštite od diskriminacije.

Kada tužilac istakne više zahtjeva, može u tužbi tražiti da se usvoji sljedeći od tih zahtjeva ako onaj istaknut ispred njega nije osnovan.

1.2.) Vrste tužbi za zaštitu od diskriminacije

ZZD propisao je dvije vrste tužbi koje mogu sadržavati zahtjev za zaštitu od nekog oblika diskriminacije, a zatim i kolektivne tužbe koje imaju poseban značaj za širu zajednicu. U narednom dijelu analizirat ćemo te tužbe sa aspekta primjene odgovarajućih zakona. Uz to, važno je naglasiti i sadržaj tužbi u radnom sporu radi prepoznavanja razlika i blagovremene identifikacije vrste sudske zaštite.

Posebne tužbe po ZZD

Već donošenjem ZZD (2009. godine) propisana je mogućnost podnošenja posebnih tužbi za zaštitu od diskriminacije (član 12, stav 1.).

Takva **posebna tužba za zaštitu od diskriminacije može sadržavati zahtjeve:**

za utvrđivanje da je tuženi povrijedio tužiočevo pravo na jednako postupanje, odnosno da radnja koju je preduzeo ili propustio može neposredno dovesti do povrede prava na jednako postupanje (deklaratorni zahtjev za utvrđivanje diskriminacije);

zabranu preduzimanja radnji kojima se krši ili može prekršiti tužiočevo pravo na jednako postupanje, odnosno da izvrše radnje kojima se uklanja diskriminacija ili njene posljedice (kondemnatorni zahtjev za zabranu ili otklanjanje diskriminacije);

da se nadoknadi materijalna i nematerijalna šteta uzrokovana povredom prava zaštićenih ovim zakonom (zahtjev za naknadu štete) i da se presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje na trošak tuženog objavi u medijima.

Tužilac u tužbi može da odredi sve zahtjeve propisane zakonom, a može odrediti samo neke od njih, dakle to je dispozicija tužioca. Ono što ove tužbe izdvaja je da posebne tužbe za zaštitu od diskriminacije sadrže samo zahtjeve koji se odnose na zaštitu od diskriminacije, odnosno **nemaju zahtjeve za zaštitu drugih prava**.

Primjer:

*Tužbom tužiteljice traži se **utvrđivanje mobinga od strane tuženih, njenog poslodavca i zaposlenika kod prvotuzenog. Radnje koje navodi da imaju ponižavajući efekt su stvaranje neprijateljskog okruženja, degradacije, ponižavanja i stvaranja uvedljivog ambijenta u periodu od novembra 2011. godine do 28.04.2015. godine a sve iz razloga što je tužiteljica pokazala empatiju prema radnoj kolegici prema kojoj se pretpostavljeni ponašao nepravedno. Te radnje imale su za posljedicu promjenu u procesu rada, maliciozne postupke kod ocjenjivanja njenog rada, uskraćivanje normalne komunikacije, isključivanje iz rada internet sajta poslodavca, stvaranje privida hitnosti rada poslodavca, zabranu ulaska u kancelarije radnih kolega, omalovažavanje tužiteljice od strane radnih kolega, prenošenje uvredljivih komentara i van institucije i drugo. Tužiteljica je tražila **naknadu nematerijalne štete** zbog duševnih bolova, od poslodavca i rukovodioca.¹¹⁸***

Na navedenom primjeru osim što je tužilac postavio u posebnoj tužbi dva zahtjeva koji se odnose na utvrđivanje mobinga kao oblika diskriminacije i naknadu nematerijalne štete, nije postavljen zahtjev za zabranu diskriminacije.

Primjer:

*Posebnom tužbom tužioca podnesene protiv tužene traži se **utvrđivanje da je nad njim izvršen mobing**, u periodu od 2008. do 2010. godine radnjama psihičkog uznemiravanja sa ciljem ponižavajućeg efekta, čime je prekršena zabrana diskriminacije iz člana 5. Zakona o radu, Ustava BiH i Ustav FBiH, te međunarodnih akata (Evropska socijala povelja, Konvencije 111. Međunarodne organizacije rada), te dosljedno tome **zabranu vršenja diskriminacije i pravo na jednako postupanje, sa zahtjevom za naknadu nematerijalne štete**.*

Tužilac je bio šef klinike za neurohirurgiju kod tužene (UKC) i 2006. godine uputio je dopis generalnom direktoru ukazujući na nestručan tretman pojedinih

118

Presuda Apelacionog vijeća Suda BiH broj S1 3 P 017351 16 Rev od 14.02.2017. godine

doktora prema pacijentima, s namjerom da se po-pravi disciplina na klinici, nakon čega je imenovan stručni tim za izvršenje nadzora, ali da je od tada počela promjena ponašanja prema njemu.

VS FBiH u obrazloženju navodi radnje mobinga:

„Sudska praksa je stava da mobing podrazumijeva **zlostavljanje od strane poslodavca**, a zlostavljanjem se smatra svako aktivno ili pasivno ponašanje od strane poslodavca, usmjereno na dostojanstvo i psihički integritet ličnosti zaposlenog kroz nepri-stojno i grubo ponašanje, te namjerno izoliranje i zapostavljanje (neopravdana fizička izolacija zaposlenog iz radne okoline, neopravdano oduzimanje zaposlenom sredstava potrebnih za obavljanje posla, neopravdano nepozivanje na zajedničke sastanke, zabrana komuniciranja sa zaposlenim, kao i druga istovrsna ponašanja, verbalno napadanje, ismi-javanje, ogovaranje, neopravdane stalne prijetnje (npr. raskidom radnog odnosa, odnosno otkazom ugovora o radu ili drugog ugovora) i pritisci kojima se zaposleni drži u stalnom strahu, prijetnja da će se protiv zaposlenog primijeniti fizička sila, fizičko uznemiravanje koje nema elemente krivičnog djela, namjerno izazivanje konflikata i stresa, što bi moglo dovesti do narušavanja zdravlja zaposlenog.“¹¹⁹

U navedenom primjeru vidi se da je VS FBiH utvr-dio **mobing na osnovu radnji zlostavljanja pri-mjenom ZR**.

Objavljivanje presude u medijima

U odredbi člana 12, stav 1, tačka d. ZZD, samo kod **posebnih tužbi** za zaštitu od diskriminacije, (ali ne i onih koje su podnesene uz zahtjev za zaštitu nekog drugog prava) data je i mogućnost:

„da se presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje na trošak tuženika objavi u me-dijima“.

Ovaj način potpune naknade učinjene štete ili zaštite od nejednakog postupanja u budućim slu-čajevima, propisan je samo ako je:

do povrede prava na jednako postupanje došlo posredstvom medija ili

ako je informacija o postupanju koje krši pravo na jednako postupanje bila objavljena u medijima.

Presuda se može objaviti u cijelosti ili djelimično ili da se uklone određeni lični podaci ako je po-trebno radi zaštite privatnosti stranaka ili drugih lica, a ne dovodi u pitanje cilj pružene pravne za-štite. Izdavač je obavezan da objavi presudu bez obzira da li je stranka u postupku.

Primjer:

Vrhovni sud RS u postupku po zajedničkim zahtjevi-ma za utvrđivanje povrede prava na jednako postu-panje, poništenje rješenja tuženih, raspoređivanja tužilaca na novo radno mjesto i naknadu materi-jalne štete, izražava stav o zahtjevu za objavljivanje presude u medijima, prema kojem je odbijen tužbeni zahtjev u tom dijelu:

„Predmetno, naprijed opisano nejednako postupanje u odnosu na tužioca, **nije izvršeno posredstvom medija**, niti je informacija o postupanju kojim se krši pravo na jednako postupanje bila objavljena u medijima i objavljivanje presude nije potrebno radi potpune naknade učinjene štete ili zaštite od ne-jednakog postupanja u budućim slučajevima, pa se takav zahtjev u konkretnom slučaju ukazuje neosno-vanim u smislu člana 12, stav 1, tačka d. i stav 4. ZZD, slijedom čega je takav zahtjev tužioca nižestepenim presudama opravdano odbijen.“¹²⁰

Primjer:

Grupa građana je onemogućena u pristupu robama i uslugama u različitim objektima koji su djelimično

119

presuda Vrhovnog suda Federacije BiH broj 65 0 P 106515 19 Rev od 02.07.2019. godine

120

Presuda VS RS broj 80 ORs 085075 20 Rev 2 od 09.02.2021. godine

ili u cijelosti bili u vlasništvu jednog privrednog društva. Spiskovi lica kojima je bio onemogućen pristup tim objektima objavljeni su u medijima. Tužiocima su pokrenuli postupak zaštite od diskriminacije protiv privrednog društva i u tužbi su postavili zahtjev za objavljivanje presude u medijima. Tužbeni zahtjev je usvojen, žalba i revizija su odbijeni.

„Također, sud je kao osnovan usvojio i dio tužbenog zahtjeva da se izreka presude objavi na veb-sajtu K. B. M., radio B. i B. televiziji primjenom odredbe člana 12, stav 4. Zakona o zabrani diskriminacije iz razloga što je tužilac izvedenim dokazima spiskova lica kojima nije dozvoljen ulazak i boravak u objektima i prostoru veb-sajta K. B. M., kao i pružanje usluga bilo koje vrste koji su doneseni pod sljedećim brojevima: broj... (...), kao i saslušanjem svjedoka (...) čiji iskazi su saglasni u dijelu da su na radiju B. i B. televiziji javno publicirani spiskovi zabrana, učinio vjerovratnim da su navedeni spiskovi objavljeni na veb-sajtu K. B. M., radio B. i B. televiziji, te je shodno tome sud našao da je tužbeni zahtjev tužioca u tom dijelu osnovan.“¹²¹

Tužbe sa zajedničkim zahtjevima po ZZD

Od stupanja na snagu noveliranih odredbi ZZD-a (2016. godina), najbrojniji postupci pred sudovima za zaštitu od diskriminacije su tužbe sa zajedničkim zahtjevima u kojim se pored zahtjeva za zaštitu nekih drugih prava kojima se odlučuje u parničnom postupku, u istoj tužbi ili u toku tog postupka, postavljaju i zahtjevi za zaštitu od diskriminacije,¹²² (u daljnjem tekstu: tužbe sa zajedničkim zahtjevima).

Prvi uslov za tužbe sa zajedničkim zahtjevima je da su svi zahtjevi u **međusobnoj vezi**, što podrazumijeva da svi zahtjevi potiču iz istog događaja.

To je prema procesnim zakonima objektivna kumulacija više zahtjeva.

Drugi uslov tužbi sa zajedničkim zahtjevima je **ista vrsta postupka**, pa bilo da se radi o redovnom ili posebnom postupku, osim za postupke zbog smetanja posjeda koji su izuzeti iz ove vrste tužbi, iako spadaju u posebne postupke. U posebne postupke, po odredbama svih zakona o parničnom postupku u BiH, spadaju parnice iz radnih odnosa, sporovi male vrijednosti i postupci pred arbitražom, u kojim se primjenjuju pravila parničnog postupka.

ZZD propisuje da se na postupke zaštite po tužbama sa zajedničkim zahtjevima **primjenjuju mjerodavna pravila za vrstu spora o kojem je riječ, ako ZZD nije drugačije određeno.**

Iz te odredbe proizlazi da se na postupke po tužbama sa zajedničkim zahtjevima primjenjuju zakoni o parničnom postupku, kao procesno pravo i zakon koji je materijalnopравни propis na zahtjeve koji se odnose na zaštitu drugog prava, pa se ta pravila, kao mjerodavna primjenjuju i na zahtjeve za zaštitu od diskriminacije.

Međutim, u određivanju načina primjene propisa kod ovih tužbi, u odredbi koja propisuje mogućnost postojanja tužbi sa zajedničkim zahtjevima i primjena mjerodavnog prava poseban značaj ima dio norme „**ako ovim zakonom nije drugačije određeno**“¹²³.

To u praksi znači da se zaštita drugih prava ostvaruje po nekom drugom mjerodavnom pravu, a za-

121

Presuda Osnovnog suda u Vlasenici broj 92 0 P 045967 16 P od 23.06.2017. godine

122

član 12, stav 2. ZZD „Zahtjevi iz stava 1. ovog člana mogu se istaknuti zajedno sa zahtjevima za zaštitu drugih prava o kojima se odlučuje u parničnom postupku ako su svi zahtjevi u međusobnoj vezi, bez obzira na to je li za te zahtjeve propisano rješavanje u redovnom ili posebnom parničnom postupku, osim sporova o smetanju posjeda. U tom slučaju primjenjuju se mjerodavna pravila za vrstu spora o kojem je riječ, ako ovim zakonom nije drugačije određeno.“

štita od diskriminacije po ZZD. Ovaj način primjene ne bi bio sporan da se u takvim tužbama nisu tražile zaštite od diskriminacije, npr. mobinga iz ZZD i zaštita prava iz radnog odnosa, iako je takva zaštita omogućena po ZR i po djelimično drugačijim procesnim pravima u postupcima po tužbama iz radnog odnosa.

Naročito je od važnosti prepoznavanje razlike u sadržaju mobinga (ali i osnovnih oblika diskriminacije) iz ZZD u odnosu na sadržaj mobinga (i osnovnih oblika diskriminacije) iz ZR, što je u sudskoj praksi do sada ipak uvijek na pravi način identificirano, a moglo bi biti od odlučujuće važnosti u primjeni materijalnog prava kod određivanja blagovremenosti roka za podnošenje tužbe, kao i prava i rokova izjavljivanja revizije.

Iz analize sadržaja pojedinačnih oblika diskriminacije u oba zakona, može se prepoznati da kada tužilac **u tužbi navede da je određenim ponovljenim radnjama uznemiravanja u obliku psihičkog zlostavljanja (i ponižavanja) tužiocu povrijeđen ugled, čast, integritet i dostojanstvo, proizlazi da tužilac navodi činjenice koje su sadržaj mobinga iz ZR, a ne ZZD, pa takva tužba ne bi bila posebna tužba ili tužba sa zajedničkim zahtjevima (ako je uz taj zahtjev postavljen zahtjev za zaštitu drugih prava iz radnog odnosa), već isključivo tužba iz radnog spora.**

To iz razloga jer prema sadržaju oblika diskriminacije iz ZZD radnja mobinga je ponižavanje žrtve, a posljedica degradacija radnih uslova ili profesionalnog statusa. Sadržaj mobinga iz ZR nije samo radnja ponižavanja već i zlostavljanja, a posljedica ne samo degradacija radnih uslova ili profesionalnog statusa već i povreda ugleda, časti, integriteta i dostojanstva.

I kod neposredne/direktne i posredne/indirektne diskriminacije može se uočiti postojanje razlika u

zaštićenoj osnovi i vrste neutralne osnove u vezi sa zaštićenim osnovama, pa se može na osnovu tih razlika odrediti primjena odgovarajućeg zakona i shodno tome vrsta tužbe na osnovu koje se traži sudska zaštita.

Međutim, nije isključena mogućnost da se nekom od tužbi po ZZD traži zaštita koja je vezana za radni odnos i zapošljavanje (jer se i na te oblasti primjenjuje ZZD), a da tužilac ne traži zaštitu po ZR u radnom sporu.

Dakle, čini se prihvatljivim da u slučajevima kada stranka u tužbi navede činjenice koje ukazuju na mogućnost zaštite diskriminacije po ZR, sud, kojeg ne veže pravni osnov iz tužbe, u slučaju da se stranka pozvala na ZZD, može postupak voditi po pravilima ZR, te ZPP.

Ali, ako se u tužbi iznesu činjenice u skladu sa sadržajem oblika diskriminacije koja je zaštićena ZZD, a druga mjerodavna prava propisuju drugačija pravila za određene procesne radnje, sud će primijeniti odredbu tog zakona, shodno članu 24, stav 1. istog zakona koja glasi:

„U slučaju neusaglašenosti drugih zakona s ovim zakonom **u postupcima po ovom zakonu**, primjenjivat će se ovaj zakon.“

S druge strane, **postupci pokrenuti po ZR koji sadrže neki od oblika diskriminacije po tom zakonu, trebaju biti rješavani kao posebni postupci radnog spora, sa svim pravilima ZPP koja se odnose na te sporove.**

Ovdje valja naglasiti da svi ZR propisuju da se ti zakoni odnose na radne odnose, ugovore o radu, (...), ostvarivanje prava i obaveza iz radnog odnosa, (...) kao i druga pitanja iz radnog odnosa.¹²⁴

I novi ZZUR propisuje da se:

123

član 12, stav 2. ZZD;

124

član 1. ZR BiH, član 1. ZR FBiH, član 1. ZR RS, član 1. ZR BD

„na pitanja koja nisu uređena ovim zakonom primjenjuju propisi kojim se uređuje oblast rada, mirnog rješavanja radnih sporova, diskriminacija, obligacionih odnosa, izvršnog postupka, inspekcija i zdravstvene zaštite“.¹²⁵

Vrhovni sud Federacije BiH¹²⁶ izrazio je pravno shvaćanje „*spor između zaposlenika i poslodavca u pogledu ostvarivanja sudske zaštite zbog mobinga, predstavlja, u procesnom smislu, parnicu iz radnih odnosa*“.

U praksi sudova uočen je i znatan broj postupaka zaštite od diskriminacije iz radnih odnosa državnih službenika u antidiskriminirajućim tužbama po ZZD.

Zaštita od diskriminacije državnih službenika

Tužbe sa zajedničkim zahtjevima po ZZD za zaštitu prava državnih službenika uglavnom su usmjerene na poništavanje miješanja rukovodilaca organa državne službe o statusu ili pravima državnih službenika i rješenja nadležnih Agencija državne službe za žalbe (ili Komisija), sa zaštitom od nekog oblika diskriminacije iz tog zakona.

Zakoni koji reguliraju status i prava državnih službenika samo djelimično uređuju oblast zaštite od diskriminacije, uglavnom propisivanjem principa zabrane diskriminacije za rukovodioce i to u oblasti kadrovske politike, s utvrđenim zaštićenim osnovama.¹²⁷ U postojećoj zakonskoj regulativi za tu oblast, koja obuhvaća Zakon o državnoj službi u institucijama BiH (u daljnjem tekstu: ZDSI BiH), Zakon o državnim službenicima Republike Srpske (u daljnjem tekstu: ZDS RS), Zakonom o državnoj službi u Federaciji BiH (u daljnjem tekstu: ZDS FBiH) i Zakon o državnoj službi u organima javne uprave Brčko Distrikta BiH (u daljnjem tekstu: ZDSJU BD), nijedan od tih zakona ne propisuje

posebne procedure ostvarivanja zaštite od diskriminacije.

Ali, svi ti zakoni propisuju zaštitu prava državnih službenika na način da o njihovim pravima u prvom stepenu odluku donosi rukovodilac organa državne službe, po pravilima Zakona o upravnom postupku, uz propisane kratke rokove (8 do 15 dana), a na tu odluku državni službenik ima pravo žalbe (prigovora) Odboru državne službe za žalbe ili Komisiji za žalbe, pa tek na odluku Odbora/Komisije koja je konačna, propisano je pravo državnog službenika na sudsku zaštitu u roku od 30 dana da može tužbom pred (nadležnim) sudom pokrenuti sudski postupak.

Ovdje posebno treba naglasiti neusaglašenost navedenih zakonskih rješenja, posebno u sudskoj praksi sudova u BiH, jer ZDSI BiH, ZDS RS i ZDS BD propisuju za državne službenike sudsku zaštitu u upravnom sporu, a samo ZDS Federacije nema izričito propisanu nadležnost u uspravnom sporu, već taj zakon propisuje preispitivanje konačne odluke Agencije za žalbe pred „nadležnim sudom“ a sudovi u Federaciji su prihvatili nadležnost parničnog suda da preispituje takve odluke. Takva praksa sudova u Federaciji vrlo je upitna jer sud u parničnom postupku ne može ispitivati zakonitost akata donesenih u upravnom postupku, pa se ovom pitanju treba posvetiti posebna pažnja, ili izmjenom sudske prakse, ili inicijativom da se ZDS FBiH dopuni u odredbi o nadležnosti suda.

Ali, postupak preispitivanja konačnih akata kojim se odlučuje o pravima državnih službenika u upravnom sporu nije isti postupak kao parnični postupak, koja se primjenjuju u odnosu na zahtjev za zaštitu od diskriminacije po ZZD, zbog čega u odnosu **na državne službenike ne postoji uslov istog postupka za sve zahtjeve iz tužbe sa zajedničkim zahtjevima.**

125

član 4. Zakona o zaštiti od uznemiravanja RS, „Službeni glasnik RS“, broj 90/21

126

sjednica Građanskog odjeljenja VS FBiH od 18.12.2018. godine

127

član 15, stav 2. ZDI BiH, član 7. ZDS RS, član 18, stav 2. ZDS FBiH, član 4, stav 4. ZDSJU BD

Dakle, uočena praksa sudova u pružanju zaštite od diskriminacije za državne službenike zajedno sa zaštitom njihovih drugih prava koja se ostvaruju u upravnom sporu upitna je i zahtijeva preispitivanje postojeće prakse.

Iako postoje i oni koji smatraju da zaštitu od diskriminacije državni službenik može ostvariti i zahtjevom za zaštitu u postupku pred svojim rukovodiocem, a zatim Agencijom i u upravnom sporu, čini se da takvo rješenje nije u skladu sa ZZD, jer je zaštita po tom zakonu omogućena jedino po pravilima ZPP, kako je i naprijed navedeno.

To onda znači da **državni službenici mogu posebnom tužbom** za zaštitu od diskriminacije po ZZD, u smislu člana 12, stav 1. ZZD ostvariti zaštitu, pod uslovima propisanim tim zakonom.

Primjer:

*U postupku pred Osnovnim sudom u Bijeljini proveden je postupak po tužbi tužioca protiv tužene Republike Srpske, Ministarstva i Agencija, te M. L. iz B. radi utvrđivanja povrede najednakog postupanja, poništenja rješenja, raspoređivanja na radno mjesto i naknade štete. Tužilac se prijavljivao više puta na raspisane konkurse za radno mjesto načelnika Odjeljenja za IKT u CJB u Bijeljini od 2013. godine i pored najboljih rezultata bodovanja nije izabran na to mjesto koje je ostalo upražnjeno sve do 2019. godine kada je primljena trećetužena. Traži utvrđenje da je **povrijeđeno pravo na jednako postupanje u kadrovskoj politici i diskriminaciju**, da se ponište rješenja o njegovom rasporedu kao državnog službenika na mjesto višeg stručnog saradnika-administratora radiokomunikacionih sistema od 2017. godine, da se ponište rješenja o rasporedu trećetužene na mjesto načelnika Odjeljenja IKT CJB u Bijeljini i rješenja kojim je njegova žalba odbijena, da se zabrani radnja diskriminacije prema tužiocu, otklone radnje i isplati razlika plaća i naknada za radno mjesto na koje je trebao biti raspoređen da*

*nije bilo diskriminacije, a eventualno razlika plaća radnog mjesta na kojem je raspoređen 2017. godine i plaća načelnika Odjeljenja IKT CJB u Bijeljini.*¹²⁸

Primjer:

*U predmetu u kojem je donesena presuda kojom se odbija revizija tužiteljice, prihvaćen je stav niže-stepenih sudova da tužiteljica na radnom mjestu državnog službenika, nije učinila vjerovatnim postojanje **diskriminacije zbog donošenja odluke o prekobrojnosti**, pa su i zahtjev za nalažanje trećetuženoj (Federacija BiH) da omogući tužiocu rad, kao i zahtjevi za poništavanje rješenja prvotužene (Agencija za državnu službu FBiH) o razrješenju i drugotužene (Agencija državne službe za žalbe) odbijeni kao neosnovani. U istoj je izražen stav da promjena Pravilnika o sistematizaciji, sama po sebi ne znači postojanje diskriminacije u odnosu na državnog službenika koji je određen kao prekobrojan.*¹²⁹

c. Kolektivne tužbe po ZZD

Udruženjima ili drugim organizacijama koje su osnovane po zakonu, a koje se bave djelatnošću zaštite ljudskih prava, odnosno prava određene grupe lica, ZZD dao je jedinstvenu mogućnost da podnesu kolektivnu tužbu protiv lica koje je povrijedilo pravo na jednako postupanje većeg broja lica, koja pretežno pripadaju grupi čija prava štiti tužilac (član 17.), iako se radnje **diskriminacije ne odnose direktno na njih**. Zakonskim davanjem mogućnosti da određena udruženja imaju položaj stranke iako nemaju svojstvo pravnog lica, rješava se primjenom ZPP FBiH (član 292, stav 2.), koja daje svojstvo stranici koja nije fizičko ili pravno lice, kada posebni propis to odredi.

Pri tome, ZZD određuje da zahtjev u takvim tužbama može glasiti samo na:

- utvrđenje povrede prava na jednako postu-

128

presuda VS RS broj 80 0 Rs 085075 20 Rev od 09.02.2021. godine

129

presuda VS FBiH broj 56 0 Rs 055102 20 Rev od 02.06.2020. godine

panje u odnosu na članove grupe čija prava štiti tužilac,

- zabranu preduzimanja radnji kojima se krši ili može kršiti pravo na jednako postupanje, odnosno
- izvrše radnje kojima se uklanja diskriminacija ili njene posljedice u odnosu na članove grupe i
- da se ta presuda objavi u medijima na trošak tuženog.

Po svom sadržaju dakle, to je posebna tužba za diskriminaciju, **bez zahtjeva za naknadu štete**.

Udruženja koja imaju pravo na takve tužbe moraju imati u svojim statutima propisanu djelatnost zaštite ljudskih prava.

Izmjenama i dopunama **ZPP FBiH** i **ZPP RS** iz 2016. godine unesene su posebne odredbe o kolektivnim tužbama, koje predviđaju primjenu tog zakona na zaštitu kolektivnih interesa predviđenih posebnim zakonom, kakav je ZZD.

U tom smislu odredba člana 453a. ZPP-a propisuje mogućnost udruženja, organa, ustanova ili drugih organizacija osnovanih u skladu sa zakonom, koja se u sklopu svojih registriranih ili propisom određenih djelatnosti, bave zaštitom zakonom utvrđenih kolektivnih interesa i prava građana, da mogu, kada je to posebnim zakonom utvrđeno i uz uslove propisane tim zakonom, podnijeti tužbu (tužba za zaštitu kolektivnih prava i interesa) protiv fizičkog ili pravnog lica koje obavlja određenu djelatnost ili uopćeno radom, postupanjem, uključujući i propuštanjem, teže povređuje ili ozbiljno ugrožava takve kolektivne interese i prava.

Zaštićeni interesi u kolektivnim tužbama su:

- da se tiču čovjekove okoline i životne sredine,
- moralni, etički, potrošački interesi,
- antidiskriminacioni interesi i
- drugi interesi koji su zakonom zagwarantirani,

ali koji moraju biti teže povrijeđeni ili ozbiljno ugroženi djelatnošću, odnosno uopćeno postup-

njem lica protiv kojih je tužba podnesena.

I po odredbama ZPP-a kolektivnom tužbom mogu se tražiti isti zahtjevi kao po članu 17, stav 2. ZZD, pa se u tom smislu ne bi trebali javljati problemi u primjeni.

ZR FBiH propisuje mogućnost mirnog rješavanja kolektivnih radnih sporova, samo u odnosu na zaključivanje, primjenu, izmjenu ili dopunu odnosno otkazivanje kolektivnih ugovora.

U BiH pokrenuto je više parničnih postupaka po kolektivnim tužbama od strane Udruženja „Vaša prava BiH“, ali tačne podatke o broju tih postupaka nemamo.

Strateško parničenje

Ovim procesnim ovlaštenjima, u kojim je data mogućnost učešća Udruženja kao nevladinih organizacija u postupcima zaštite od diskriminacije kao trećih lica (član 16. ZZD) ili kao stranke u postupku (član 17. ZZD), stvorena je široka mogućnost od strateškog značaja za realiziranje jednakih prava i mogućnosti.

Tako je u okviru pokretanja postupaka za zaštitu i ostvarivanje ljudskih prava, uključujući i zabranu diskriminacije, razvijen koncept strateškog parničenja (engl. *Strategic litigation*) koji za cilj ima da kroz postizanje uspjeha u jednom predmetu, podstakne značajne promjene u ostvarivanju spornog prava.

Strateški predmeti su oni predmeti koji imaju potencijal da podstaknu izmjene ili dosljednu primjenu zakona, odnosno oni predmeti koji mogu da dovedu do promjena u društvu.

Razlika između „običnih“ i strateških predmeta za zaštitu od diskriminacije su u tome što su prvi zainteresirani za uspjeh u tom predmetu i štite prava pojedinca, dok strateški predmeti teže ka široj društvenoj promjeni.

Sjajan primjer strateškog parničenja su parnice provedene u sudovima u Federaciji BiH od strane

Udruženja „Vaša prava BiH“, koje je podnijelo više tužbi za utvrđenje i zabranu diskriminacije i to segregacijom učenika u školama nazvanim „dvije škole pod jednim krovom“.

Primjer:

Tužbom podnesenom od strane Udruženja „Vaša prava BiH“ Sarajevo kao tužioca protiv tuženika 1. Hercegovačko-neretvanski Kanton (za Ministarstvo obrazovanja, nauke, kulture i sporta), 2. Osnovna škola Stolac i 3. Osnovna škola Čapljina, radi utvrđenja diskriminacije, traženo je utvrđenje diskriminacije i njena zabrana i otklanjanje.

*Prema činjenicama iz tužbe, diskriminacija je izvršena na način što su **tuženi organizirali škole na etničkom principu i donijeli i implementirali školske planove i programe na etničkom principu, čime su odvajali učenike u školama na području Hercegovačko-neretvanskog kantona na osnovu njihove etničke pripadnosti. Zahtjevom je traženo da se otkloni diskriminacija preduzimanjem neophodnih i zakonom predviđenih koraka i radnji usklađenih s legitimnim i specifičnim ciljevima obrazovanja u skladu s propisima Bosne i Hercegovine, u cilju prestanka daljnje diskriminacije djece u školama na području Hercegovačko-neretvanskog kantona na osnovu njihove etničke pripadnosti i to tako što će najkasnije do 01.09.2012. godine ustanoviti jedinstvene integrirane multikulturalne obrazovne ustanove – škole za utvrđena upisna područja s jedinstvenim nastavnim naučnim planom i programom, uz puno poštivanje prava djece na obrazovanje na maternjem jeziku, a drugo i trećetužena da u istom roku integracijom stvore osnov multikulturalnosti škole i obrazovanja djece bez obzira na etničku pripadnost, po jedinstvenom planu i programu na maternjem jeziku.***

Općinski sud u Mostaru usvojio je tužbeni zahtjev, ali je drugostepeni Kantonalni sud u Mostaru usvojio žalbe tuženika i preinačio prvostepenu presudu i

odbio tužbeni zahtjev u cijelosti.

Vrhovni sud Federacije BiH usvojio je reviziju tužioca, drugostepenu presudu preinačava i potvrđuje prvostepenu presudu.¹³⁰

Ovdje valja naglasiti da su na navedenu presudu Ustavnom sudu BiH podnesene tri apelacije i sve su odbijene (AP-4814/14 i AP-4984/14 obje od 18.7.2017. godine i AP- 4348/14 od 15.06.2017. godine).

Tužbe u radnom sporu po ZR

Sve naprijed navedeno o sadržaju tužbi kao i odgovora na tužbu vrijedi i za tužbe iz radnih odnosa po ZR tzv. radne sporove, koji su kao i postupci zaštite od diskriminacije po ZZD, hitni sporovi po ZR.

U zaštiti svih prava radnika/zaposlenika ZR propisne su procedure za ostvarenje tih pojedinačnih prava na način da radnik može podnijeti zahtjev za zaštitu nekog prava poslodavcu, pa ako poslodavac ne udovolji zahtjevu u određenom roku, ili se ne postigne mirno rješavanje spora, da može zaštitu tih prava ostvariti pred sudom.¹³¹

U ZR su, kako je najprije navedeno, od 2016/2017. godine, izvršene izmjene i dopune tih zakona unosom odredbi o zaštiti od diskriminacije radnika i lica koja traže zaposlenje od određenih oblika diskriminacije (direktna/neposredna diskriminacija, indirektna/posredna diskriminacija, uznemiravanje, seksualno uznemiravanje, nasilje na osnovu spola i mobing).

Posebne procedure ostvarivanja zaštite od tih oblika diskriminacije propisane su u ZR FBiH i ZR BD, dok su procedure zaštite po ZRI BiH i ZR RS iste kao i za zaštitu drugih prava radnika po tim zakonima.

130

presuda VS FBiH broj 58 0 Ps 085653 13 Rev od 29.08.2014. godine

131

član 83. ZRI BiH, član 114. ZR FBiH, član 200. ZR RS, član 129. i član 130. ZR BD

ZR FBiH¹³² i ZR BD¹³³ propisuju ista zakonska rješenja posebne procedure za **zaštitu od diskriminacije**:

- rok od 15 dana od saznanja za diskriminaciju da radnik „može“ da se obrati poslodavcu sa zahtjevom za otklanjanje diskriminacije,

pa ako u narednih 15 dana poslodavac ne riješi taj zahtjev radnika, radnik može u daljnjem **roku od 30 dana podnijeti tužbu nadležnom sudu.**

Dakle, kada je u pitanju zaštita od diskriminacije navedeni zakoni ne obavezuju radnika ili lice koje traži zaposlenje da se obrati poslodavcu za zaštitu od diskriminacije, ali mu ostavlja tu mogućnost, što znači da mu se **sudska zaštita može pružiti i bez obraćanja poslodavcu.**

Ta procedura propisane zaštite radnika ili lica koje traži zaposlenje od diskriminacije, u ZR FBiH djelimično se **razlikuje od procedure zaštite drugih prava radnika i lica koja traže zaposlenje, zbog obaveze radnika da se u ovoj drugoj proceduri prvo obrati poslodavcu za zaštitu povrijeđenog prava i u roku podnošenja tužbe od 90 dana koji se računa od dana podnošenja zahtjeva poslodavcu za zaštitu tih prava.**

Dakle, procedura i rokovi za podnošenje tužbe za zaštitu od diskriminacije po ZR FBiH i ZR BD su jednostavniji i kraći od procedure zaštite drugih prava iz radnog odnosa po tim zakonima.

I sudska praksa u Federaciji prihvata takvo tumačenje da radnik protiv poslodavca u postupku zaštite od diskriminacije može odmah podnijeti

tužbu sudu za zaštitu, iako se nije prethodno obratio poslodavcu.¹³⁴

I **ZR RS** propisuje pravo na zaštitu od diskriminacije pokretanjem postupaka pred sudom, **ali ne i poseban postupak zaštite od diskriminacije**, pa se primjenjuju pravila **postupaka i rokovi propisani za zaštitu i drugih prava radnika.**¹³⁵

Po tim pravilima radnik **može podnijeti pismeni zahtjev poslodavcu u roku od 30 dana** od saznanja za povredu prava poslodavcu za ostvarenje zaštite tih prava, a najduže u roku od tri (3) mjeseca od učinjene povrede. Međutim, po rješenju iz tog zakona **poslodavac je dužan odlučiti o zahtjevu u roku od 30 dana, a ako ne odluči smatra se da je zahtjev prihvaćen.** Zakon daje pravo radniku da podnese i zahtjev za mirno rješavanje spora u roku od 30 dana od saznanja, a najkasnije tri (3) mjeseca od učinjene povrede, a može podnijeti i **tužbu nadležnom sudu** za zaštitu prava najkasnije u roku od šest (6) mjeseci od saznanja za povredu prava, ali pod **uslovom ako predmet spora nije riješen mirnim putem** (član 201.).

U RS je u međuvremenu donesen i stupio na snagu **ZZUR**, koji posebno regulira postupak zaštite od uznemiravanja na radu kao specifičnih oblika diskriminacije na radu, s utvrđenim pravom radnika (ili uz njegovu saglasnost predstavnik sindikata ili drugi predstavnik radnika) da može kod **poslodavca podnijeti zahtjev za zaštitu od uznemiravanja na radu u roku od 30 dana** od posljednje izvršene radnje diskriminacije. Poslodavac je dužan da pokrene postupak odmah po saznanju za uznemiravanje na radu, a u roku od

132

član 12, stav 1. i 2. ZR FBiH

133

član 11, stav 1, 2. i 3. ZR BD

134

presuda Kantonalnog suda u Zenici broj 44 0 Rs 026000 17 Rsž od 30.10.2018. godine, presuda Općinskog suda u Sarajevu broj 65 0 Rs 662455 17 Rs od 10.09.2019. godine, presuda Općinskog suda u Sarajevu broj 65 0 Rs 805760 19 Rs od 12.02.2021. godine

135

član 25. u vezi člana 200. ZR RS

15 dana od prijema zahtjeva i provede postupak zaštite.¹³⁶

Postupak zaštite od uznemiravanja kod poslodavca smatra se **završenim zaključivanjem sporazuma** u pismenoj formi strana u sporu, koji se **smatra izvršnom ispravom**.

S druge strane, ako strane ne zaključe sporazum o predmetu spora, a poslodavac donese rješenje o obustavljanju postupka, ZZUR predviđa mogućnost da radnik **tri (3) mjeseca od isteka roka u kojem je poslodavac bio dužan da odluči o njegovom zahtjevu** ili od posljednje radnje uznemiravanja, da podnese **prijedlog za mirno rješavanje** tog spora **Agenciji za mirno rješavanje sporova**. **Tri (3) mjeseca od obustavljanja postupka mirnog rješavanja spora kod Agencije**, odnosno **šest (6) mjeseci od posljednjeg izvršenog uznemiravanja**, radnik može pokrenuti **sudski spor** podnošenjem tužbe.¹³⁷

Iako je ovaj zakon već stupio na snagu, ostavljen je rok od šest (6) mjeseci da poslodavci (oni koji zapošljavaju više od 15 radnika) usklade svoje akte sa Zakonom (član 28, stav 1. ZZUR).

Posebno je zanimljivo rješenje iz navedenog zakona kojim se sporazum zaključen s poslodavcem smatra izvršnom ispravom, što daje mogućnost radniku da u izvršnom postupku pokrene postupak prinudnog izvršenja takvog sporazuma.¹³⁸

ZRI BiH iako propisuje sve oblike diskriminacije na radu na isti način kao ZR FBiH, ZR RS, i ZR BD,

ne sadrži odredbe o posebnoj proceduri zaštite od diskriminacije.

Stoga se u radnom sporu primjenjuju ista pravila za zaštitu od diskriminacije kao i za zaštitu drugih prava, a to je obraćanje za zaštitu poslodavcu, koji je dužan u roku od 30 dana od podnošenja zahtjeva riješiti taj zahtjev, što ne sprečava zaposlenika da traži **zaštitu povrijeđenog prava pred Sudom BiH**.

Dakle, po tom zakonu obraćanje poslodavcu nije obavezan uslov radnika da pokrene sudski postupak.

Ali, tim zakonom **nije propisan rok za podnošenje tužbe, već rok zastarijevanja** od jedne (1) godine od dostave odluke ili saznanja da je povrijeđeno njegovo pravo, a apsolutna zastara od tri (3) godine od nastanka potraživanja.¹³⁹

„U odredbama ZRI BiH propisano je da o pravima i obavezama iz radnog odnosa po tom zakonu odlučuje poslodavac rješenjem, i to po pravilima upravnog postupka.“¹⁴⁰

Međutim, u postupcima zaštite od diskriminacije ovi rokovi, iako su rokovi zastare, u dužini korespondiraju s procesnim rokom za podnošenje tužbe za zaštitu od diskriminacije po ZZD, pa ta preklapanja zakona ne bi trebala u tom dijelu stvarati dileme pred Sudom BiH.

Ali, preklapanja ZRI BiH i ZZD mogu stvoriti dilemu o pitanju da li je radnik na kojeg se odnosi taj zakon podnio tužbu za zaštitu od diskriminacije

136

član 14. ZZU

137

član 18. ZZUR

138

član 23, stav 1, tačka 4. Zakona o izvršnom postupku RS („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 59/2003, 85/2003, 64/2005, 118/2007, 29/2010, 57/2012, 67/2013, 98/2014, 5/2017 - odluka US, 58/2018 - rješenje US BiH i 66/2018

139

član 83, stav 5. i član 86. ZRI BiH

140

član 82. ZRI BiH

kao antidiskriminatornu ili tužbu u radnom sporu, od kojeg pitanja zavisi način odlučivanja Apelacionog odjeljenja tog suda o roku i pravu na reviziju.

Dakle, bez sumnje svi postupci zaštite od diskriminacije iz radnih odnosa i u vezi zapošljavanja mogu se provesti u radnom sporu primjenom ZR.

S druge strane, u radnim sporovima u kojim se odlučuje o zabrani diskriminacije **svi zakoni o radu ograničavaju zabranu diskriminacije** na:

- uslove zapošljavanja i izbor kandidata za obavljanje određenog posla,
- uslove rada i sva prava iz radnog odnosa,
- obrazovanje, osposobljavanje i usavršavanje,
- napredovanje u poslu i
- otkaze ugovora o radu.

Ukoliko se utvrdi da su neke odredbe ugovora o radu diskriminirajuće po nekom od zaštićenih osnova iz tih zakona, svi ZR propisuju **ništavost takve odredbe ugovora**.¹⁴¹

Izuzeci od zabrane diskriminacije po svim ZR su kada:

- priroda posla zahtijeva ili se posao obavlja pod takvim uslovima,
- se razlike prave zbog stvarnog uslova posla s opravdanim ciljem i kada
- je propisana posebna zaštita određenih kategorija u ugovoru o radu, kolektivnom ugovoru i zakonu.¹⁴²

Iz toga proizlazi da radnik može ostvariti zaštitu od diskriminacije u radnom sporu primjenom ZR, a tuženi može u dogovoru na tužbu da dokazuje da diskriminacije nije bilo jer su postojali uslovi za izuzetak od različitog postupanja.

Dakle, iako u praksi sudova nije u potpunosti usaglašena praksa oko primjene ovih zakona, naročito po tužbama sa zajedničkim zahtjevima iz ZZD, jer se u oba zakona regulira mobing kao oblik diskriminacije na radnom mjestu, čini se prihvatljivim razdvajanje tužbi po navedenim zakonskim osnovama.

Primjer:

U radnom sporu tužiteljice M. B. M. iz S. protiv „R. G. T.“ d. o. o. iz S. radi novčanog potraživanja, tužbeni zahtjev je bio postavljen na isplatu razlika plaća i naknada po Kolektivnom ugovoru o pravima i obavezama zaposlenika i poslodavca za djelatnost trgovine, ugostiteljstva i turizma na području FBiH.

Pravosnažnom presudom odbijen je tužbeni zahtjev jer je utvrđeno da se navedeni kolektivni ugovor primjenjuje samo na preduzeća s državnim kapitalom, a tužena je društvo privatnog kapitala.

U reviziji tužiteljica prigovara povredi zabrane diskriminacije tj. različitom postupanju prema njoj kao zaposlenici preduzeća s privatnim kapitalom u odnosu na druge zaposlenike u preduzećima s državnim kapitalom.

VS FBiH kada odbija reviziju, u svom obrazloženju navodi:

*„Iz činjenica koje su utvrđene jasno proizlazi da prema tužiteljici nije različito postupljeno, jer u postupku nije dokazano da je tuženi kao poslodavac prema njoj postupao različito u odnosu na druge zaposlenike. Kod **različitog postupanja kao elementa diskriminacije, bitno je pokazati da je tužiteljica drugačije tretirana u odnosu na druga lica ili grupe lica koja su se našla u relativno istoj situaciji.** Ta druga lica nazivaju se „komparatori“.*

S druge strane, zaštićeni osnov na koji se tužiteljica poziva odnosi se na članstvo u udruženju iz člana 2.

141

član 109. ZRI BiH, član 10. ZR FBiH, član 22. ZR RS, član 9. ZR BD

142

član 86b. ZRI BiH, član 11. ZR FBiH, član 21. ZR RS, član 7, stav 3. ZR BD

ZZD, ali da bi postojala diskriminacija jednog lica u odnosu na drugo po zaštićenoj osnovi, prema tom licu mora biti različito postupanje zbog njegovog članstva u udruženju.

U konkretnom slučaju tužiteljica smatra da je ona dovedena u nepovoljnu situaciju zbog toga što tuženi nije bio član Udruženja poslodavca, što ne može biti osnov zaštite za tužiteljicu, jer se članstvo u udruženju odnosi na tuženog.

Dakle, nema osnova za utvrđenje postojanja neposredne diskriminacije iz člana 3, stav 1. ZZD.

Ispitujući osnov za posrednu diskriminaciju iz člana 3, stav 2. ZZD revizijski sud, analizirajući odredbu člana 3. GKU za trgovinu iz 2000. godine, zaključuje da navedena odredba stvara razlike u primjeni kod zaposlenika koji su bili u radnom odnosu kod poslodavca u državnom ili većinski državnom vlasništvu i poslodavca u privatnom vlasništvu, ali ta razlika ima objektivno opravdanje i teži legitimnom cilju, jer je Vlada Federacije sa Savezom Samostalnih sindikata BiH zaključila OKU iz 2000. godine, čime je ispunila obavezu iz tada važećeg člana 112, stav 3. ZR, ali nije mogla u ime Udruženja poslodavca koje nije bilo formirano odlučivati o pravima i obavezama za pojedine djelatnosti, osim za preduzeća koja su bila u državnom ili većinski državnom vlasništvu.¹⁴³

U navedenom primjeru sud je odbio prigovore različitog postupanja iz osnova posredne diskriminacije iz ZZD, osnovom različitog naizgled neutralnog akta (kolektivnog ugovora), ali je mogao primijeniti odredbe o postojanju izuzetaka po ZR, jer se razlika odnosila na primjenu kolektivnih ugovora.

Primjer:

U postupku po tužbi 128 tužilaca bošnjačke nacional-

nosti vodili su parnični postupak protiv OŠ „S. S.“ iz K. V. i entiteta RS zbog diskriminacije po osnovu prava na obrazovanje odnosno „onemogućavanja priznavanja, uživanja i ostvarivanja, na ravnopravnoj osnovi, prava i sloboda u oblasti obrazovanja, odnosno kršenja prava na jednako postupanje“. Odlučujući o apelaciji apelanata protiv osporenih odluka redovnih sudova, kojima je u cijelosti odbijen tužbeni zahtjev, Ustavni sud je, nakon detaljnog ispitivanja relevantnih okolnosti tog konkretnog slučaja, zaključio:

„da je prekršeno pravo apelanta na obrazloženu odluku kao sastavni dio prava na pravično suđenje (...) kada sudovi nisu na zadovoljavajući način obrazložili zbog čega smatraju da dokazima koje su apelanti izveli nije učinjeno vjerovatnim da je došlo do diskriminacije, te kada su odbili tužbeni zahtjev a nisu pravilno primijenili pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja, zbog čega su propustili ispitati i obrazložiti pitanje jesu li tužene strane primijenile razumne mjere prilagođavanja nastavnih planova i programa potrebama apelanata, kako se to traži standardima propisanim Okvirnim zakonom, Zakonom o obrazovanju i Sporazumom o zajedničkom jezgru nastavnih planova i programa. **Sudovi nisu razmotrili ni pitanje eventualne indirektno diskriminacije** koja postoji kada naizgled neutralna norma, kriterij ili praksa imaju diskriminirajuće efekte na lica koja pripadaju nekoj grupi koja ima zaštićene karakteristike, u ovom slučaju etničku pripadnost. U slučajevima indirektno diskriminacije se, dakle, ne radi o različitom tretmanu u odnosu na druge u istoj ili sličnoj situaciji, već o jednakom tretmanu onih koji bi morali, zbog neke svoje zaštićene karakteristike, biti drugačije tretirani kako ne bi bili dovedeni u nepovoljan položaj, a ta se vrsta diskriminacije otklanja tzv. razumnim mjerama prilagođavanja (vidi, Evropski sud, D. H. i drugi protiv Češke, presuda od 13. novembra 2007. godine, aplikacija broj 57325/00, i Oršuš i drugi protiv Hrvatske, presuda od 16. marta 2010. godine, aplikacija broj 15766/03)“.¹⁴⁴

143

presuda VS FBiH broj 65 0 Rs 398296 21 Rev od 02.09.2021. godine

144

US BiH broj AP- 3174/17 od 19.09.2019. godine

Odjeljak 2. ODGOVOR NA TUŽBU

a. Sadržaj odgovora na tužbu

U postupcima zaštite od diskriminacije po ZZD, kao i postupcima zaštite u radnom sporu, primjenjuju se opće odredbe ZPP o odgovoru na tužbu.

Sud je dužan da prilikom dostavljanja tužbe na odgovor pouči tuženog o obavezi dostave odgovora na tužbu i roku u kojem je dužan dostaviti ga, kao i posljedicama nedostavljanja odgovora na tužbu u roku, primjenom pravila o urednosti podneska (kao i za tužbu).

Tuženi je dužan da podnese odgovor na tužbu, a isti princip potpunosti i urednosti podneska vrijedi i za **sadržaj odgovora na tužbu tuženog**.¹⁴⁵

Ako tuženi osporava tužbeni zahtjev, osim što u odgovoru na tužbu **mora navesti razloge zbog kojih osporava tužbeni zahtjev, mora navesti i činjenice koje potvrđuju da diskriminacija nije učinjena i dokaze koji to potvrđuju**. U odgovoru na tužbu tuženi se može pozvati i na činjenice koje ukazuju na dozvoljeni izuzetak od principa zabrane različitog postupanja tj. da određeno različito postupanje ili druga radnja prema tužiocu ima svoje objektivno opravdanje, ali i dokaze na te činjenice.

Ono što je važno naglasiti su norme noveliranog ZPP iz 2016. godine koje propisuju da sud može **odbaciti odgovor na tužbu** ako ne sadrži sve što je u rješenju o pouci navedeno, pod uslovom da je tuženog sud prethodno pozvao na dopunu ili ispravku, pa tuženi vrati ponovo odgovor na tužbu bez ispravke i dopune. Ako odgovor na tužbu ne vrati sa ispravkom i dopunom, smatrat će se da ga je povukao, u kojem slučaju će se smatrati da nije ni odgovorio na tužbu (član 73. ZPP).

Takva procesna situacija za tuženog, u postupcima

zaštite od diskriminacije (bez obzira na vrstu sudske zaštite koja se traži) kada propusti da podnese odgovor na tužbu, može imati razne negativne posljedice po njega, među kojim je i donošenje presude zbog propuštanja ako je takva odluka predložena u tužbi, kao i zakazivanje glavne rasprave bez pripremnog ročišta i donošenje presude bez predloženih i izvedenih dokaza tuženog, kao i drugo.

To je posebno naglašeno u postupcima zaštite od diskriminacije (bez obzira da li su antidiskriminirajuće ili tužbe u radnom sporu) jer tužilac u tužbi samo na osnovu vjerovatnoće ili opravdane sumnje iznosi činjenice. O tim obavezama bit će više rečeno u dijelu o teretu dokazivanja.

Treba i ovdje naglasiti da je u parničnom postupku dominantan raspravni princip, a da sud odluku donosi na osnovu dokazane, a ne materijalne istine, zbog čega je od izuzetnog značaja pravilno otpočeti postupak i u odnosu na pravila o odgovoru na tužbu u fazi prethodnog ispitivanja tužbe, a uloga suda je veoma značajna i mora da bude „aktivna“.

Dozvoljeni izuzeci različitog postupanja po ZZD

Kako je ranije navedeno, **ZZD propisuje dozvoljene izuzetke različitog postupanja** (član 5.), koje tuženi može već u odgovoru na tužbu iznijeti kao činjenice, uz odgovarajuće dokaze, kojim potkrepljuje tvrdnje da diskriminacije nije bilo. Odnose se na:

- **ugrožene grupe:** invalidna lica, pripadnike nacionalnih manjina, žene, trudnice, djecu, omladinu, starija lica i druga društveno isključena lica, civilne žrtve rata, žrtve u krivičnim postupcima, raseljena lica, izbjeglice, azilante;
- **prirodu konkretnih profesionalnih aktivnosti** (takvo obilježje je stvarni uslov zvanja);

145

član 70. ZPP FBiH, član 70. ZPP RS, član 37. ZPP pred Sudom BiH i član 192. ZPP BD

- **zapošljavanje osoblja institucije koje se obavlja u skladu s doktrinama, vjerovanjima konkretne vjeroispovijesti ili vjere**, kako ne bi došlo do povrede vjerskih osjećanja;
- **određivanje maksimalne starosne dobi** za prekid radnog odnosa i uslov za penzionisanje;
- **određivanje državljanstva** u skladu sa zakonom;
- **u odnosu na invalidna lica**;
- **položaj iz porodičnog odnosa** kada je to određeno zakonom, a posebno sa ciljem zaštite prava i interesa djece i
- **poslovanje registriranih crkava i vjerskih zajednica u BiH**, kao i drugih javnih i privatnih organizacija, ako to zahtijevaju vjerske doktrine, uvjerenja ili ciljevi.
- Ovdje treba posebno naglasiti, jer u sudskoj praksi se to rijetko spominje, da se **i u ZZD veći broj propisanih izuzetaka odnosi na oblast radnih odnosa**.

Primjer:

VS FBiH u svojoj odluci odbija reviziju tužioca navodeći da je različito postupanje kod izbora glavnog federalnog inspektora zasnovano na objektivnoj i razumnoj opravdanosti i neće se smatrati diskriminacijom jer predstavlja izuzetke po Zakonu o radu.¹⁴⁶

Primjer

„Neosnovan je i zahtjev za utvrđenje diskriminacije jer je tužena primjenom novog Pravilnika rasporedila

tužiteljicu na radno mjesto „samostalni računovođa,“ a novoprimljenu zaposlenicu na radno mjesto „glavni računovođa“, s obzirom na to da je navedeni raspored izvršen na osnovu važećeg Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji, što kao objektivno i razumno opravdanje predstavlja izuzetak od principa jednakog postupanja i ne smatra se diskriminacijom u smislu člana 5, stav 1. Zakona o zabrani diskriminacije. Sve i da je predmetnim rasporedom povrijeđeno pravo tužiteljice iz rada, iako ovo vijeće zapaža da je njena plaća nepromijenjena te da je imenovana raspoređena na slično radno mjesto za koje je neophodna ista stručna sprema kao i za radno mjesto na kojem je bila ranije raspoređena, tužiteljici je pripadalo pravo osporavanja odluke kod poslodavca te pokretanjem radnog spora pred sudom, ali ne i antidiskriminacionom tužbom.“¹⁴⁷

Dozvoljeni izuzeci različitog postupanja po ZR

Kako je i naprijed navedeno, svi ZR u BiH propisuju da se ne smatraju diskriminacijom izuzeci od zabrane diskriminacije:¹⁴⁸

- pravljenje razlike zbog prirode posla koja je takva ili se posao obavlja pod takvim uslovima,
- da karakteristike povezane s nekim od zaštićenih osnova predstavljaju stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla, ili da pravljenje razlika služi pružanju posebne zaštite određenim kategorijama radnika u skladu sa zakonom, kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu i
- da je **cilj** koji se tim želi postići opravdan.

Odjeljak 3. NEKA PROCESNA PITANJA

a. Nadležnost

Iako je u nekim sistemima **stvarna – instancijska nadležnost** sudova po tužbama za zaštitu od dis-

kriminacije prenesena na više sudove (Republika Srbija), što implicira da se radi o složenijim sudskim sporovima, u svim sistemima sudske vlasti u BiH, postupak zaštite od diskriminacije po ZZD-u

146

Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH broj 53 0 Rs 062591 19 Rev od 28.03.2019. godine

147

Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH broj 53 0 Rs 062591 19 Rev od 28.03.2019. godine

148

član 86b. ZRI BiH, član 11. ZR FBiH, član 21. ZR RS, član 7, stav 3. ZR BD

BiH provode **prvostepeni sudovi**.

Naime, stvarna nadležnost sudova u BiH određena je Zakonima o sudovima (FBiH, RS i BD BiH), i to su prvostepeni sudovi u Federaciji BiH – **općinski sudovi**, dok su u Republici Srpskoj i u Brčko Distriktu BiH – **osnovni sudovi**. Prvostepeni građanski sporovi pred Sudom BiH obuhvaćeni su u okviru upravne nadležnosti tog suda.

Za rješavanje postupaka zaštite od diskriminacije po ZPP **pred Sudom BiH** prvostepena nadležnost tog suda zasniva se na odredbi o rješavanju imovinskih sporova, proisteklih iz štete koja je nastala pri vršenju poslova službenih lica tih organa i institucija i drugim imovinskim sporovima, kad je nadležnost Suda utvrđena zakonima Bosne i Hercegovine ili međunarodnim ugovorom.¹⁴⁹ Po žalbama na prvostepene odluke koje donosi vijeće Upravnog odjeljenja tog suda, odlučuje Upravi odjel Apelacionog Odjeljenja Suda BiH.¹⁵⁰

Pitanje **apsolutne nenadležnosti suda** kao organa da provodi postupak utvrđivanja diskriminacije, može se pojaviti u slučajevima ako se radi o zahtjevu za zaštitu od diskriminacije kada je za tu zaštitu nadležan drugi državni organ.

Po članu 11, stav 3. ZZD svi konkretni zahtjevi (posebno tužbe za diskriminaciju i tužbe sa zajedničkim zahtjevima za zaštitu od diskriminacije sa drugim zahtjevima za zaštitu prava), mogu se ostvariti tužbom **u parničnom postupku**.

Kako je naprijed navedeno, zaštita od diskriminacije može se tražiti i van sudova, podnošenjem zahtjeva za zaštitu pred institucijom Ombudsmena koji su po ZZD određeni kao centralna institucija za zaštitu od diskriminacije (član 7.), ali to ne daje mogućnost da se sud proglasi stvarno nenadležnim, jer je zaštita pred tom Institucijom poseban vansudski postupak koji nije obavezan uslov za sudsku zaštitu.

Osim toga, zaštita se može tražiti i u postojećim postupcima (sudskim i upravnim), primarno isticanjem prigovora da je diskriminacija učinjena, a zatim i u žalbama na odluke iz tih postupaka, kao i u apelacijama Ustavnom sudu BiH i po osnovu zaštite po konvencijskom i ustavnom pravu, ali ta zaštita se ostvaruje u okviru prethodnog pitanja (tzv. incidentni zahtjev), a ne kao posebna tužba ili tužba sa zajedničkim zahtjevima.

I u postupcima pred drugim organima (zakonodavnim i izvršnim), zaštita od diskriminacije je određena posebnim procedurama, kao što je zaštita vitalnog nacionalnog interesa u zakonodavnim organima i slično.

Primjer:

Vrhovni sud Federacije BiH u postupku odlučivanja o spornom pravnom pitanju izrazio je stav:

*„U parničnom postupku koji je pokrenut tužbom za utvrđivanje i otklanjanje diskriminacije u Zakonu o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rada i zaštite porodica s djecom, **sud nije nadležan da odlučuje o pravima i isplatama naknada koje su regulirane tim zakonom.**“*

Iz obrazloženja:

„(...) kada se pravna shvaćanja koja su izražena u dosadašnjoj sudskoj praksi Ustavnog suda BiH (AP-4077/16 od 11.10.2018. godine, AP-4207/13 od 30.09.2016. godine), kao i odluka Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Popović i drugi protiv Srbije broj 26944/13 i tri druge od 30.06.2020. godine, dovedu u vezu s propisima o nadležnosti suda za postupanje po tužbi za zaštitu od diskriminacije, jasno je da sudovi u pojedinačnim predmetima mogu utvrđivati i postojanje systemske diskriminacije (član 12. Zakona o zabrani diskriminacije), pri čemu su dužni zakone primijeniti na način na koji se neće kršiti prava iz Evropske konvenci-

149

„Službeni glasnik BiH”, broj 36/2004, 84/2007, 58/2013, 94/2016 i 34/2021

150

„Službeni glasnik BiH”, broj 49/2009 - prečišćen tekst, 74/2009 - ispravka i 97/2009

je o zabrani diskriminacije, dok ocjenu o tome da li je zakon, o čijem važenju ta odluka zavisi, kompatibilan sa Ustavom BiH i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama daje isključivo Ustavni sud (član VI.3.c Ustava BiH).¹⁵¹

Primjer:

U pravnoj stvari tužioca E. Ž. iz U. Predsjednika Kluba delegata srpskog naroda u Skupštini P. K., protiv tuženog P. K., Skupština, radi utvrđivanja i otklanjanja diskriminacije, koja je učinjena jer Skupština tužene nije potvrdila njegovo imenovanje za zamjenika predsjedavajućeg Skupštine iz reda srpskog naroda i nalaganja tuženoj da potvrdi tužioca na mjesto zamjenika predsjedavajućeg Skupštine iz reda srpskog naroda.

Pravosnažnim rješenjem Općinski sud u O. oglasio se apsolutno nenadležnim za odlučivanje u predmetnoj pravnoj stvari, nalazeći da sud ne može preuzeti nadležnosti zakonodavnog organa. Vrhovni sud Federacije BiH reviziju tužioca odbio je uz obrazloženje:

„Sporno pravno pitanje u ovom predmetu odnosi se na to da li je sud nadležan da odlučuje o povredi prava poslanika u Skupštini kantona kojem Skupština nije potvrdila izbor za zamjenika predsjedavajućeg iz reda jednog konstitutivnog naroda i da li je tom radnjom tužena njemu lično izvršila neposrednu diskriminaciju po Zakonu o zabrani diskriminacije.

Da bi se riješilo ovo pitanje potrebno je imati u vidu odredbu člana 22. Poslovnika Kantona Posavskog, kojim je propisana procedura formiranja klubova u Skupštini tog Kantona.

Iz toga proizlazi da je **pitanje potvrđivanja izbora zamjenika predsjedavajućeg Skupštine PK pitanje ostvarivanja prava konstitutivnog naroda da bude adekvatno zastupljen u tom zakonodavnom**

organu, ali to pitanje rješava Skupština PK, kao zakonodavni organ kantona, (kroz zaštitu vitalnog nacionalnog interesa), a zatim i Ustavni sud Federacije, na način i u postupku propisanom u članu 203. Poslovnika KP, u vezi člana IV.c Ustava Federacije BiH i člana 42. do 44. Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije BiH („Službene novine FBiH“, broj 6/95, 37/2003).¹⁵²

U pogledu **mjesne nadležnosti iz ZZD**, propisano je da u sporovima po posebnoj tužbi za zaštitu od diskriminacije, nadležan je u prvom i drugom stepenu, pored suda opće mjesne nadležnosti i sud na čijem području **tužilac ima prebivalište ili boravište, te sud mjesta gdje se dogodila šteta ili je počinjena diskriminacija**¹⁵³. Dakle, propisana je izberiva nadležnost.

Kada su u pitanju postupci **zaštite od diskriminacije po ZR**, odredbama ZPP za radne sporove propisana je izberiva mjesna nadležnost, i to **opća mjesna nadležnost za tuženog, nadležnost suda na kojem se obavlja rad, odnosno suda na čijem bi se području rad morao obavljati, te suda na čijem je području zasnovan rad.**

Dakle, izberiva mjesna nadležnost po ZZD i po ZR zavisi od vrste tužbe i pravnog osnova na kojem se zasniva zaštita od diskriminacije.

Ako je tužba za zaštitu od diskriminacije podnijeta po ZZD, primjenjuju se pravila o izberivoj nadležnosti po tom zakonu, a ako se zaštita od diskriminacije traži u radnom sporu po ZR primjenjuju se pravila o izberivoj nadležnosti u radnim sporovima iz ZPP.

b. Stranačka legitimacija

Kako ZZD propisuje zabranu diskriminacije u odnosu na sve javne organe kao i fizička ili pravna lica i

151

Odluka Vrhovnog suda Federacije BiH broj 65 0 P 829615 20 Spp od 15.12.2020. godine

152

rješenje VS FBiH broj 25 0 P 050855 20 Revod 29.09.2020. godine

153

član 13, stav 1. ZZD

u javnom i u privatnom sektoru u svim oblastima, a naročito: zaposlenja, članstva u profesionalnim organizacijama, obrazovanju, obuke, stanovanja, zdravlja, socijalne zaštite, dobara i usluga namijenjenih javnosti i javnim mjestima, te obavljanja privrednih aktivnosti i javnih usluga, proizlazi da sva lica (pravna ili fizička) mogu biti diskriminatori, a time i tužene strane u parničnom postupku, što im daje položaj **pasivne legitimirane** strane u postupku.

S druge strane sva lica koja imaju doticaj s javnim organima, kao i fizičkim ili pravnim licima i u javnom i u privatnom sektoru, mogu biti žrtve diskriminacije i u sudskim postupcima imati položaj **aktivno legitimirane** strane u postupku.

Pri tome treba uvijek imati u vidu pravila ZPP o stranačkoj sposobnosti i pravilnosti zastupanja tih lica (jer o tome sud pazi po službenoj dužnosti tokom cijelog postupka).

Posebno je značajno rješenje propisano ZZD-om da **aktivnu legitimaciju imaju i udruženja** koja se bave djelatnošću zaštite ljudskih prava, odnosno prava određene grupe lica, o čemu će više govora biti u dijelu rada o kolektivnim tužbama – strateško parničenje. O tim postupcima više će biti riječi u dijelu o kolektivnim tužbama i učešću trećih lica u parnicama za zaštitu od diskriminacije.

U parnicama kojim se traži **zaštita od diskriminacije po tužbama iz ZZD ili radnim sporovima iz ZR**, aktivnu stranačku legitimaciju nesporno ima svaki radnik koji je zaposlen kod poslodavca, koji može tražiti zaštitu od bilo kojeg oblika diskriminacije. Međutim, svi naprijed navedeni **ZR dozvoljavaju takvu zaštitu i licima koja traže zaposlenje**.¹⁵⁴

S druge strane, kada je u pitanju **pasivna legitimacija**, ZZD ne definira ko je pasivno legitimiran jer propisuje opću zabranu diskriminacije za sva fizička i pravna lica.

154

član 6. ZRI BiH, član 8. i 9. ZR FBiH, član 19. ZR RS, član 7. ZR BD

155

član 86e, tačka 1. ZRI BiH, član 8. i 9. ZR FBiH, član 19. i 24. ZR RS, član 7. i 10. ZR BD

Sudska praksa nije jedinstvena oko pitanja pasivne legitimacije u postupcima zaštite od mobinga po ZZD, jer neki sudovi prihvataju pasivnu legitimaciju mobera uz poslodavca, a neki smatraju da je samo poslodavac pasivno legitimiran.

U radnim sporovima međutim, **ZR** propisuju zabranu diskriminacije za poslodavca, zbog čega nije sporna pasivna legitimacija poslodavca u svim postupcima zaštite od diskriminacije po tim zakonima. Međutim, **za oblike diskriminacije iz ZR: uznemiravanje ili seksualno uznemiravanje, nasilje na osnovu spola, kao i sistematsko uznemiravanje – mobing, osim poslodavca, zabrana diskriminacije propisana je i za lica zaposlena kod poslodavca**, pa bi za navedene oblike diskriminacije postojao osnov za odgovornost i drugih lica zaposlenih kod poslodavca i **njihovu pasivnu legitimaciju**.¹⁵⁵

Iz toga bi proizlazilo da za navedene oblike diskriminacije po ZR, osim poslodavca i uznemirivač/mober/zlostavljač može biti tužena strana tj. pasivno legitimiran, iako sudska praksa u tom dijelu nije jedinstvena.

O tim pitanjima ipak treba jasno izraziti stav najviše sudske instance svakog sistema, te po tim pitanjima ujednačiti sudsku praksu u cijeloj BiH.

Primjer:

U postupku po tužbi tužiteljice Đ. A. protiv tuženih 1. JU C. z. s. r. B. L. i 2. B. L. iz B. L. radi zaštite prava iz radnog odnosa, postavljeni su zahtjevi da se utvrdi da su tužene izvršile mobing nad tužiocem, s nalogom da se ubuduće ne čini mobing, te zahtjevom za naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenog straha i duševnih bolova.

Pravosnažnom presudom djelimično je udovoljeno tužbenom zahtjevu u odnosu na prvotuženu, a u odnosu na drugotuženu zahtjev je odbijen.

U obrazloženju presude Vrhovnog suda RS izražen je stav:

„Poslodavac je pasivno legitimiran za ostvarenje sudske zaštite zbog zlostavljanja na radu i samo on može biti tužen, bez obzira ko je izvršilac radnje mobinga, dok fizičko lice kao izvršilac zlostavljanja (za razliku od uznemiravanja po osnovu diskriminacije) nije pasivno legitimirano.

Navedeno proizlazi iz odredbe člana 24, stav 6. i člana 25, stav 1. ZR, na koje zakonske odredbe su se pozvali i nižestepeni sudovi, a prema kojim zakonskim odredbama je poslodavac dužan da preduzme pravovremene i efikasne mjere sa ciljem sprečavanja mobinga, dok u slučaju utvrđivanja diskriminacije na radu (mobing) odgovara poslodavac.¹⁵⁶

Međutim ima i drugačije prakse sudova, kada se u ovim postupcima, posebno kod postupaka zaštite od mobinga, prihvata osim poslodavca i pasivna legitimacija mobera.¹⁵⁷

Primjer:

U postupku po tužbi C. B. iz D. protiv „Ž. R. S.“AD. D. i direktora odjeljenja interne revizije u AD Ž. R. S. imenom N. M. radi utvrđenja, udovoljeno je tužbenom zahtjevu u odnosu na utvrđenje da je **drugotuženi nezakonitom radnjom povrijedio tužiteljicu na jednako postupanje** zabranivši joj neutvrđenog datuma 2016. godine da prisustvuje radnim sastancima odjeljenja interne revizije i time je onemogućio da obavlja poslove glavnog revizora interne revizije, a prvotuženi propuštanjem radnje nadzora nad drugotuženim povrijedio pravo tužiteljice na jednako postupanje.¹⁵⁸

156

presuda VS RS broj 71 0 Rs 275020 20 Rev od 11.03.2021. godine

157

Presuda Općinskog suda u Sarajevu broj 65 0 Rs 723211 18 Rs od 08.06.2020. godine, presuda Općinskog suda u Sarajevu broj 65 0 Rs 652912 17 Rs od 09.11.2020. godine, presuda Općinskog usuda u Sarajevu broj 65 0 Rs 698842 18 Rs od 30.04.2021. godine

158

presuda VS RS broj 85 0 Rs 057239 17 Rev od 15.03.2018. godine

159

presuda Općinskog suda u Travniku broj 51 o P 054522 11 P od 03.11.2012. godine

c. Učešće trećih lica – umješač

ZZD daje pravo organima, organizacijama, ustanovama, udruženjima ili drugim licima koja se u okviru svojih djelatnosti bave zaštitom od diskriminacije lica ili grupe lica, da se mogu pridružiti **žrtvi diskriminacije** u sudskom postupku, u skladu s pravilima parničnog postupka.

Kako je učešće trećih lica u parničnom postupku kao umješača, regulirano i odredbama ZPP-a, to se te odredbe primjenjuju i na umješača u postupku zaštite od diskriminacije, osim što pravila iz **ZZD koja to pravo u postupku zaštite od diskriminacije ograničava:**

- daje samo za tužioca (koji tvrdi da je diskriminiran),
- treba izričiti pristanak tužioca na učešće umješača,
- da učestvuje u postupku do izričitog opoziva pristanka tužioca,
- da umješač uvijek sam snosi svoje troškove učešća u parnici, bez obzira na ishod parnice;

Ostale odredbe ZPP primjenjuju se i u odnosu na umješača po ZZD.

Ovdje valja naglasiti da je učešće umješača **vezano za pravni interes da tužilac kao stranka** koja učestvuje u postupku ne izgubi spor, a taj interes korespondira s djelatnostima trećeg lica koje se najčešće bavi zaštitom od diskriminacije lica ili grupa lica o čijim pravima se odlučuje u postupku.

Međutim, u sudskoj praksi zabilježeno je da su sudovi dozvoljavali učešće trećih lica i na strani tuženika tj. diskriminatora,¹⁵⁹ što svakako treba

preispitati imajući u vidu jasne odredbe ZZD.

I u **radnim sporovima** u kojim se zaštita od diskriminacije provodi **po ZR**, dozvoljeno je učešće umješača kao trećeg lica, sa svim pravilima propisanim ZPP.¹⁶⁰

Po tim odredbama svako lice koje ima pravni interes može da se pridruži jednoj stranci u parnici (**tužiocu ili tuženom**) koja teče između te stranke i drugog lica, s namjerom da ta stranka uspije. Dakle, za razliku od postupka zaštite po ZZD u kojem se po tom zakonu dozvoljava pridruživanje umješača samo na strani tužioca, u radnim sporovima u kojim se traži zaštita od diskriminacije, umješač se može pridružiti i na strani tuženog.

Pridružiti se može do pravosnažnosti odluke o tužbenom zahtjevu, podnošenjem pismene izjave ili pristupanjem na ročištu. Svaka stranka može taj prijedlog da ospori, a sud donosi konačnu odluku na koju se ima i pravo žalbe.

Odjeljak 4. POSTUPAK DOKAZIVANJA

U parničnom postupku u BiH dominira raspravni princip, koji podrazumijeva da je svaka stranka dužna iznijeti činjenice i predložiti dokaze na kojima zasniva zahtjev (*onusproferedi*) ili ako pobija protivnu stranu (*onusprobandi*). Ako neka strana ne dokaže svoje tvrdnje, njen zahtjev će biti odbijen jer nije dokazan.

To proizlazi iz svih procesnih zakona koji reguliraju parnični postupak u BiH:

„Svaka stranka dužna je dokazati činjenice na kojima zasniva svoj zahtjev.“¹⁶²

Umješač prima parnicu u onom stanju u kojem se nalazi kada se pridružio, a u nastavku parnice može stavljati prijedloge i preduzimati sve ostale parnične radnje u rokovima kao i stranke.

Primjer:

U postupku tužioca M. P. iz Č. protiv Federacije BiH, FMON, Mostar i Agencije državne službe za žalbe, Mostar, radi poništavanja rješenja na strani tužioca je u postupku kao umješač učestvovalo Udruženje za jednakost i promociju dobre vladavine IDEM IUS, Mostar. Uz zahtjev za poništenje rješenja tuženika, postavljen je i zahtjev za utvrđivanje diskriminacije u pogledu kadrovske politike. Zahtjev je odbijen u cijelosti kao i zahtjev za utvrđenje diskriminacije državnog službenika prilikom izbora glavnog federalnog inspektora.

Reviziju na pravosnažnu presudu podnijeli su i tužilac i umješač, revizijski sud je obje cijenio kao reviziju tužioca koja je odbijena.¹⁶¹

„Ako sud na osnovu ocjene izvedenih dokaza ne može sa sigurnošću da utvrdi neku činjenicu, o postojanju te činjenice zaključit će primjenom pravila o teretu dokazivanja.“¹⁶³

Činjenice koje su relevantne za zaštitu od diskriminacije u parničnom postupku, određene su oblikom diskriminacije, zaštićenom osnovom, komparatorom (upoređivačem), osim kod oblika mobinga (ne dokazuje se zaštićeni osnov), o čemu je više bilo riječi u dijelu o tužbama.

160

član 369. do 372. ZPP FBiH

161

presuda VS FBiH broj 53 0 Rs 062591 19 Rev od 28.03.2019. godine

162

član 123, stav 1. ZPP FBiH, član 123, stav 1. ZPP RS, član 90, stav 1. ZPP pred Sudom BiH, član 246. ZPP BD

163

član 126. ZPP FBiH, član 126. ZPP RS, član 93. ZPP pred Sudom BiH, član 249. ZPP BD

Međutim, antidiskriminirajućim postupcima za zaštitu od diskriminacije iz ZZD (član 15, stav 1.) propisan je drugačiji način dokazivanja po tom zakonu:

„U svim postupcima predviđenim ovim Zakonom kada lice ili grupa lica, na osnovu njima raspoloživih dokaza, učini vjerovatnim da je došlo do diskriminacije, **teret dokazivanja da nije došlo do diskriminacije leži na suprotnoj strani.**“

Taj princip dokazivanja prihvaćen je i u radnim sporovima po svim ZR (osim ZRI BiH) na gotovo identičan način kao i u postupku zaštite od diskriminacije po tim zakonima.¹⁶⁴

a. Vjerovatnost diskriminacije ili opravdanost sumnje

*Vjerovatnost treba tumačiti kao uvjerenje da ima više argumenata u prilog postojanja ili nepostojanja neke činjenice nego onih koji govore protiv njenog postojanja ili nepostojanja.*¹⁶⁵

Prepoznatljivo je da učiniti vjerovatnim da je diskriminacija učinjena, nije isto kao i dokazati da je diskriminacija učinjena, baš kao što iznijeti činjenice koje opravdavaju sumnju da je poslodavac postupio suprotno zabrani diskriminacije, nije isto kao i dokazati da je poslodavac prekršio zabranu diskriminacije (tj. učinio diskriminaciju).

Ustavni sud BiH u svojim odlukama o vjerovatnosti navodi:

„U ocjeni postojanja dovoljne vjerovatnosti kao pravnog standarda suprotstavljaju se dvije logičke teze – jesu li izgledi o postojanju diskriminacije pretežniji nego izgledi da diskriminacije nije bilo, pri čemu stepen izvjesnosti mora biti takav da se u sudskom ili drugom postupku odluka o postojanju diskriminacije čini izglednijom od odluke da diskriminacije nije bilo, a ti izgledi se zasnivaju na dokazima na kojima se zasniva postojanje vjerovatnosti da je došlo do diskriminacije. Dakle, činjenice ne bi trebalo dokazivati na **nivou sigurnosti (izvjesnosti) kao što je to inače dužan da učini onaj na kome leži teret dokazivanja.**“¹⁶⁶

Kao dokaz kojim se može učiniti vjerovatnim oblik diskriminacije, a koji može predložiti žrtvi već u tužbi je **preporuka institucije ombudsmena (koju je sud dužan razmotriti)**,¹⁶⁷ razni **izvještaji nadležnih nevladinih organizacija** koje vrše monitoring nad zaštitom ljudskih prava, posebno sa aspekta zaštite od diskriminacije, zatim svjedok koji se svjesno izložio diskriminatornom ponašanju – **situaciono testiranje** (član 15, stav 4. ZZD), **statistički podaci** ili baza podataka (član 15, stav 2. ZZD). Pri tome nema gradacije između dokaza, već sud vrši slobodnu ocjenu dokaza prema principima iz ZPP-a (član 8.).

164

član 12, stav 3. **ZR FBiH** propisuje: „Ako radnik odnosno lice koje traži zaposlenje u slučaju spora iznosi činjenice koje opravdavaju sumnju da je poslodavac postupio suprotno tom zakonu o zabrani diskriminacije, a na poslodavcu je teret dokazivanja da nije bilo diskriminacije.“

član 25, stav 2. ZR RS propisuje: „U slučaju spora, na poslodavcu je teret dokazivanja da diskriminacije nije bilo, odnosno da je postupljeno u skladu sa zakonom, ukoliko lice koje traži zaposlenje, odnosno lice koje je zaposleno iznese činjenice koje opravdavaju sumnju da je poslodavac postupio protivno odredbama člana 24, stav 2. zakona.“

član 11, stav 3. ZR BD propisuje: „U slučaju spora, na poslodavcu je teret dokazivanja da nije bilo diskriminacije, odnosno da je postupljeno po zakonu, ukoliko radnik, odnosno lice koje traži zaposlenje iznese činjenice koje opravdavaju sumnju da je poslodavac postupio protivno odredbama tog zakona.“

165

Triva. S., Dika. M., Građansko procesno pravo, 2004, str. 481.

166

US BiH odluka AP- 190/19 Od 23.07.2021 godine

167

po članu 15, stav 9. ZZD

ZZD posebno uvodi novi dokaz „**situaciono testiranje**“ kada se izvodi saslušanje svjedoka koji se svjesno izložio diskriminatornom postupanju diskriminatora, s namjerom neposredne provjere primjene pravila o zabrani diskriminacije, ali ta namjeravana radnja mora biti prijavljena ombudsmenu za ljudska prava u BiH u pismenoj formi, pa se prilikom izvođenja ovog dokaza mora voditi računa o zakonitosti postupka „testiranja“.

Razlike u stepenu dokazanosti činjenica koje iznosi tužilac i onih koje mora dokazati tuženi ako osporava zahtjev su značajne, jer **tužilac treba da predoči činjenice (prima facie) kojim će učiniti vjerovatnim diskriminaciju ili ako se zaštita traži prema zakonu o radu iznijeti činjenice koje opravdavaju sumnju da je diskriminacija učinjena.**

Kada je u **pitanju zaštita od diskriminacije po ZR**, uslov za podnošenje tužbe je dokazivanje činjenica koje opravdavaju sumnju da je diskriminacija izvršena.

Sumnja je institut krivičnog prava koji se koristi u krivičnom postupku. Pod **sumnjom se podrazumijeva mogućnost da je neko djelo učinjeno**, ali se ne može precizno definirati.

„U pogledu izvršenja krivičnog djela postoji više nivoa vjerovatnoće. Osnovana sumnja je viši stepen sumnje zasnovane na prikupljenim dokazima koji upućuju na zaključak da je krivično djelo učinjeno. Uz osnovanu sumnju, ovaj zakon koristi pojmove: osnovi sumnje (npr. član 116. ili 216.), dovoljno osnova za sumnju (član 51.), vjerovatnost (član 52.). Dakle, postoje različiti stepeni sumnje u krivičnom postupku. (...)“

U literaturi se osnovi sumnje označavaju kao oblik vjerovatnosti koji se zasniva na određenim okolnostima, koje opet ukazuju na određene mogućnosti postojanja krivičnog djela i nekog lica kao mogućeg izvršioca. Teorija osnovanu sumnju određuje kao

viši stepen sumnje, koji se bazira na prikupljenim podacima i dokazima. Često se za ovaj oblik sumnje koriste nazivi: ‘sasvim dovoljna sumnja’, ‘ozbiljna sumnja’, ‘razumna sumnja’. (...)“

Osnove sumnje određuje tužilac, koji naređuje sprovođenje istrage ako postoji osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo i ovlaštena službena lica koja preduzimaju potrebne mjere...

U pogledu postojanja osnovane sumnje, odluku o njenom postojanju donosi Sud...“¹⁶⁸

Iako o definiranju stepena dokazivosti činjenica koje opravdavaju sumnju u radnim sporovima nema sudske prakse, trebalo bi razmotriti ovo pitanje i zauzeti jasan stav.

Čini se da je stepen dokazivosti neke **činjenice koja opravdava sumnju, negdje između osnova sumnje (informacija) i opravdane sumnje (prikupljeni dokazi)** iz pravne teorije krivičnog prava.

U tom smislu činjenice koje opravdavaju sumnju po ZR, mogu se izjednačiti sa stepenom dokazivosti koji je propisan ZZD da se učini vjerovatnim postojanje diskriminacije.

Primjer:

U postupku po tužbi tužiteljice A. S. iz B. protiv tuženih poslodavca i njegovog pravnog sljednika, te A. A. iz B. zbog utvrđivanja diskriminacije i naknade štete, usvojen je tužbeni zahtjev. Revizija je odbijena.

Obrazloženje VS FBiH o vjerovatnoći diskriminacije glasi:

„Tužiteljica je učinila s dovoljnim stepenom vjerovatnoće činjenice da je drugotužena nazivala pogrđnim imenima, govorila joj da je nepismena, neškolovana, da je pjevačica, kada je trebala s njom razgovarati da je nije zvala po imenu, već je zvala „Protokol“ jer je tužena radila poslove na protokolu kod poslodav-

168

Komentari zakona o krivičnom postupku u BiH, Sarajevo, 2005, str. 93.

ca, da je tužena neosnovano i zlonamjerno optužila tužiteljicu da je ukrala kancelarijski materijal zbog čega je bila pokrenuta istraga protiv tužiteljice, ali je obustavljena jer je utvrđeno da nije ništa ukrala, da je tužena lupala šakom od stol, da je prijetila tužiteljici da će po nju doći SIPA i odvesti je, da je takvo ponašanje tužene trajalo u određenim vremenskim razmacima od januara 2012. godine, u julu, avgustu i oktobru 2012. godine, ali da je najizraženije takvo ponašanje bilo kontinuirano oko dva mjeseca u ljeto 2012. godine, što je sve uticalo na fizičko i mentalno zdravlje tužiteljice i predstavlja mobing.“¹⁶⁹

Primjer:

„Ustavni sud zapaža da je tužilac dostavio brojne dokaze na kojima je zasnovao svoje tvrdnje o diskriminaciji. Naime, iz obrazloženja presude prvostepenog suda proizlazi da su u toku postupka na te okolnosti provedeni dokazi (čitanjem: izvještaja komesara za ljudska prava, sedmog i osmog periodičnog izvještaja, izvještaja Ministarstva za ljudska prava i izbjeglice o primjeni međunarodne konvencije o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije, zatim specijalnog izvještaja Generalnoj skupštini UN, zatim zaključna razmatranja Komiteta o eliminaciji rasne diskriminacije). S obzirom na to, tužilac je, a kako je to obrazložio prvostepeni sud, čije odlučivanje je potvrdio Vrhovni sud u svojoj odluci kao konačnoj odluci u konkretnoj pravnoj stvari, učinio vjerovatnim svoje navode o diskriminaciji, te je stoga na apelantu i ostalim tuženim bio teret dokaza da do diskriminacije nije došlo u smislu dostavljanja školskih planova i programa s ciljem dokazivanja identičnosti programa, što kako proizlazi, nisu učinili...“¹⁷⁰

Primjer:

U presudi Vrhovnog suda Federacije BiH u postupku po tužbi tužiteljice protiv tuženog radi diskrimina-

cije, u kojem je tužiteljica odbijena sa zahtjevom, izražen je stav:

„Tužiteljica je kao žrtva eventualne diskriminacije bila u obavezi da uvjeri sud da je tuženi izvršio radnju zbog koje je protiv njega podnesena tužba i učini vjerovatnim da donošenjem odluke kojom je odbijena sa zahtjevom za jednokratnu pomoć za slučaj teške bolesti člana uže porodice, predstavlja akt direktne ili indirektno diskriminacije. Na tužiteljici je ležao teret dokazivanja da postoje određene činjenice na kojima može zasnovati presumpciju o postojanju izravne ili posredne diskriminacije, na koji način je došlo do povrede jednakog postupanja.“¹⁷¹

I preporuka Institucije Ombudsmana može biti dokaz činjenice koja opravdava sumnju, koju sud cijeni sa ostalim dokazima.

Primjer:

„Stepen vjerovatnosti mora biti takav da se odluka o postojanju diskriminacije čini izglednijom od odluke da diskriminacije nije bilo, a ti izgledi se zasnivaju na dokazima na kojima se zasniva postojanje vjerovatnosti da je došlo do diskriminacije. U tom smislu, revizijsko vijeće je imajući u vidu odredbu člana 15. razmotrilo sve činjenice utvrđene tokom postupka pred drugostepenim vijećem i na osnovu toga, došlo do sljedećih zaključaka:

(..)Imajući u vidu da je tokom postupka tužiteljica izvodila dokaze i upravila izvedene dokaze u pravcu dokazivanja posljedica po vlastito zdravlje koje su proizvele radnje mobinga, a da je drugostepeno vijeće, potpunim, iscrpnim i osnovanim obrazloženjem, ustanovilo da za tužiteljicu nisu nastupile predmetne posljedice, to je i revizijsko vijeće stava da nisu ispunjeni uslovi u smislu nastalih posljedica po zdravlje tužiteljice, koji bi opravdavali osnovanost tvrdnji

169

presuda VS FBiH broj 17 0 P 044231 19 Rev od 21.11.2019. godine, za koju je Ustavni sud BiH svojom odlukom AP- 577/20 od 05.10.2021. godine odbio apelaciju tuženih

170

Odluka Ustavnog suda BiH-AP- 4348/14 od 29.08.2014. godine

171

presuda VS FBiH broj 65 0 P 336773 21 Rev od 18.02.2021. godine

*tužiteljice o postojanju mobinga.*¹⁷²

Psihičko zlostavljanje najteže je dokazivo u postupcima zaštite od diskriminacije.

Radnje zlostavljača kojim se žrtva ponižava najčešće su vezane za onemogućavanje komunikacije, prekidanje žrtve u toku njenog obraćanja, ili omalovažavanje lično ili javno, određivanje da tužilac obavlja poslove koji nisu u opisu njegovog radnog mjesta i znatno ispod kvalifikacija koje ima, kao radnje mobinga po ZR, najčešće se dokazuju izjavama saslušanih svjedoka, ali je moguće i pre slušavanjem audio i video zapisa i slično.

Međutim, o postojanju posljedica diskriminacije, najčešće se provode **medicinska vještačenja**, koja mogu predložiti ili tužilac ili tužena strana. Međutim, taj dokaz je potreban samo ako je nastupila neka bolest ili oštećenje kao posljedica diskriminacije. Postojanje zdravstvenog problema samo po sebi ne mora da znači da je posljedica diskriminacije koja je možda učinjena. **Za postojanje osnova za dokazivanje narušenog zdravstvenog stanja kao posljedice radnje diskriminacije potrebno je dokazati da je u uzročno-posljedičnoj vezi s diskriminacijom.** Zdravstveni problem radnika zavisi od intenziteta uznemiravanja, trajanja, ličnosti uznemiravaoca /diskriminatora / zlostavljača, ali i ličnosti žrtve. Ti problemi mogu biti psihičke prirode, ali i svake druge za koju se ocijeni da dovodi do povrede prava na fizičko i duševno zdravlje.

Kod diskriminacije su u pravilu psihički problemi, poremećaj prilagođavanja, anksiozno-depresivni poremećaj uzrokovan stresom na radnom mjestu, posttraumatski poremećaj i slično.

Stoga, vještaci mogu samo potvrditi postojanje povezanosti između ponašanja za koje radnik tvrdi da predstavljaju diskriminaciju i tih zdravstvenih problema koje ima, kao i da li uopće postoje

zdravstveni problemi koje radnik navodi.

Vještak ne može davati mišljenje o tome da li je diskriminacija (uznemiravanje ili mobing) učinjena, jer je to pravno pitanje o kojem odlučuje samo sud. Vještak ne utvrđuje činjenice iz tužbe. Stoga, ako sud utvrdi da se radnje koje tužilac tvrdi da su se dogodile, ustvari nisu dogodile, nalaz vještaka nije relevantan.

Ali, ako je predloženo i potrebno vještačenje od ključnog je značaja pravilno odrediti zadatak vještačenja. Do faze određivanja zadatka vještaku, sud treba imati utvrđene činjenice na osnovu izvedenih dokaza, a ako nema utvrđenih činjenica primjenjuje se pravilo o teretu dokazivanja, pa se sud treba izjasniti treba li kao pravno relevantnu činjenicu uzeti ono što stranka/e iznosi/e ili ne. Tek tada vještak može dati potpuno i pravo mišljenje.

Primjer:

*„Naime, prvostepeni sud je, prema pravilnoj ocjeni drugostepenog suda, ocijenio sve dokaze koji su izvedeni na okolnost ponavljanog nefizičkog uznemiravanja tužiteljice na radnom mjestu, i to **iskaz tužiteljice kao parnične stranke, iskaze saslušanih svjedoka, te nalaz i mišljenje vještaka medicinske struke – neuropsihijatra, i pojedinačno i u međusobnoj vezi. Na osnovu tako utvrđenog činjeničnog stanja sud je zaključio da **sporne radnje zaposlenika tuženog i uprave tuženog u vezi sa osiguranjem uslova rada tužiteljici nisu bile vršene s ciljem degradacije profesionalnog statusa tužiteljice, odnosno da su psihičke smetnje zbog kojih se tužiteljica liječi, rezultat njenog zdravstvenog stanja, i ne mogu se vezati za dešavanja na poslu.**“***¹⁷³

U sudskoj praksi zabilježeni su brojni slučajevi pokretanja tužbi za zaštitu od mobinga tj. kontinuiranog uznemiravanja na radnom mjestu (kao obliku diskriminacije), a zapravo **poslodavac samo insistira na radnoj disciplini** ili rezultatima

172

Presuda Suda BiH broj S1 3 P 000681 15 P od 14.11.2016. godine

173

Presuda Vrhovnog suda Federacije - 32 0 Rs 150751 18 Rev od 08.01.2019. godine

rada i izvršavanju radnih obaveza iz ugovora o radu, što nameće obavezu poslodavcu da mora da to dokaže, tj. da događaj na koji se radnik poziva nije sa ciljem uznemiravanja konkretnog lica, već da je takvo ponašanje traženo i od drugih radnika, a da je to tužilac pogrešno shvatio na ličnoj osnovi.

b. Obrnuti teret dokazivanja

Pravila iz ZPP da je dokazivanje činjenica prije svega na tužiocu, u postupcima zaštite od diskriminacije iz **ZZD, ali i po ZR, a sada i ZZUR** (član 22.) dozvoljavaju da tužilac samo učini vjerovatnim ili da iznese činjenice koje opravdavaju sumnju u postojanje diskriminacije, pa **teret dokazivanja da nije došlo do diskriminacije leži na suprotnoj strani, tj. na tuženom, što se još u praksi naziva „obrnuti teret dokazivanja“**.

Dakle, ono što razlikuje postupak dokazivanja u procedurama zaštite od diskriminacije po ZZD, ZR i ZZUR od drugih procedura iz ZPP-a, odnosi se na stepen dokazanosti činjenica od strane tužioca, u odnosu na tuženog, o čemu je u tekstu naprijed više rečeno.

Tuženi treba da, kada dobije tužbu odmah u odgovoru na tužbu, kako je naprijed navedeno, ako osporava tužbeni zahtjev, iznese činjenice da diskriminacije nije bilo i dokaze koji to potvrđuju, ili da razlike u ponašanju predstavljaju izuzetak od zabrane ili da imaju svoje objektivno opravdanje.

To prebacivanje tereta dokazivanja na tuženu stranu da nije učinila diskriminaciju, iako je „pod sumnjom“ da ju je učinila, je u skladu s principima iz Smjernice 2000/78/EC 1 97/80/EC od 15.12.1997. godine Vijeća EU u slučaju diskriminacije zasnovanoj na spolnoj osnovi.

Primjer:

“Na taj način redovni sudovi su postupili suprotno međunarodnim standardima koji predviđaju da kada

tužilac tvrdi da je diskriminiran a tvrdnje učini vjerovatnim, teret dokazivanja da te tvrdnje ne stoje prebacuju se na tuženog. Kako je Bosna i Hercegovina država koja teži ka integraciji u Evropsku uniju, njeni sudovi moraju tumačiti antidiskriminaciono zakonodavstvo u duhu razumijevanja ovog pravnog koncepta kakav podržava Evropska unija, tim prije što Ustav BiH nameće najviše standarde zaštite ljudskih prava u poređenju s minimalnim standardima koje nameće Evropska konvencija. U tom smislu neophodno je spomenuti Direktivu 2000/78 EC od 27.11.2000. godine, „Službeni list Evropske zajednice“, broj 303 od 02.12.2000. godine (u daljnjem tekstu: Direktiva), kojom se utvrđuje opći okvir za jednak tretman na području zapošljavanja i odabira zvanja. U članu 10. Direktive definiran je ‘teret dokazivanja’, a predviđa da će države članice preduzeti nužne mjere kako bi se, u skladu sa svojim nacionalnim pravosudnim sistemima, mogle pobrinuti da, u slučajevima kada lica smatraju da im je nanesena nepravda jer na njih nije primijenjen princip jednakog tretmana, dokažu pred sudom ili drugim nadležnim organom, činjenice iz kojih se može pretpostaviti da je bilo posredne ili neposredne diskriminacije, na tuženoj je da dokaže da nije došlo do kršenja principa jednakog postupanja. Iz citiranog pravnog akta proizlazi da apelantica koja navodi diskriminaciju mora sudu prezentirati činjenice na osnovu kojih se može pretpostaviti da postoji diskriminacija, a od tog momenta se teret dokazivanja prebacuje na tuženu stranu.”¹⁷⁴

Tuženi može da dokazuje da tužbeni zahtjevi tužioca kojim se traži zaštita od diskriminacije nisu osnovani i iz razloga **postojanja dozvoljenih različitih postupanja, koja su propisana i ZZD-om i ZR, ali samo ako se njima ostvaruje legitimni cilj i ako postoji razuman odnos proporcionalnosti između sredstava koja se koriste i cilj koji se nastoji realizirati.**

174

AP- 1093/07 od 25.09.2009. godine

Praksa Evropskog suda za ljudska prava

U vezi s tim treba naglasiti da i **ESLJP** u Vodiču za primjenu člana 14. Konvencije (zabrana diskriminacije) i člana 1. Protokola broj 12 (opća zabrana diskriminacije) kod ocjene tereta dokazivanja **mijenja uobičajeni princip *affirmanti incumbit probatio***, koji određuje da podnosilac mora da dokaže svoje navode.

Prema obrazloženju drugačijih pravila o teretu dokazivanja taj Sud naglašava da je uobičajen standard dokazivanja „van razumne sumnje“ za sva prava utvrđena Konvencijom, a da je nivo uvjeravanja neophodan za donošenje određenog zaključka i, s tim u vezi, raspodjela tereta dokazivanja u suštini povezana sa specifičnošću činjenica, prirodom iznesenih navoda i predmetnim pravom zagarantiranim Konvencijom.

Sud je prepoznao da postupci po Konvenciji u svim predmetima ne podvrgavaju rigoroznoj primjeni principa *affirmanti incumbit probatio*. Na primjer, u situacijama kada je znanje o određenim spornim događajima, isključivo ili većim dijelom, u posjedu državnih organa, može se smatrati da tert dokazivanja leži na vlastima koje trebaju pružiti zadovoljavajuće i uvjerljivo objašnjenje (*Salman protiv Turske (GC), 2000, paragraf 100; Anguelova protiv Bugarske, paragraf 111, Makuchyan i Minasyan protiv Azerbejdžana i Mađarske, 2020*). Sud je također prebacio teret dokazivanja u drugim predmetima u kojima bi podnosiocu predstavke bilo izuzetno teško dokazati diskriminaciju (*Cinta protiv Rumunije, 2020*).

U slučaju diskriminacije Sud nije isključio da se u određenim predmetima navedene diskriminacije, od tužene vlade može tražiti da opovrgne navode o diskriminaciji – ako to ne učini, Sud može utvrditi kršenje člana 14. Konvencije po toj osnovi. Međutim, tamo gdje se tvrdi da je nasilni čin motiviran rasnim predrasudama, takav bi pristup podrazumijevao da se od tužene vlade zahtijeva da dokaže odsustvo određenog subjektivnog stava dotičnog lica (*Nachova i drugi protiv Bugarske, (GC), 2005, paragraf 157; Bekos i Kotropoulos protiv Grčke, 2005, paragraf 65*). Kao

rezultata toga, navodni propust vlasti da provedu efikasnu istragu o navodno rasističkom motivu nasilnog čina, sam po sebi ne bi trebao prebaciti teret dokazivanja na Vladu u pogledu navodne povrede člana 14. Konvencije u vezi s materijalnim aspektom člana 2. ili člana 3.

U predmetima koji se tiču navodne posredne/indirektne diskriminacije, podnosioci predstavke mogu imati poteškoće u dokazivanju diskriminatorskog postupanja. U takvim predmetima statistički podaci mogu igrati važnu ulogu idući u prilog podnosiocu predstavke da stvori pretpostavku diskriminacije. Tamo gdje je podnosilac predstavke sposoban da na osnovu nesporne zvanične statistike pokaže postojanje *prime facie* indikacija da određeno pravilo – iako formirano na neutralan način ustvari utiče na znatno veći procent jedne grupe u odnosu na drugu, na tuženoj vladi je da pokaže da je to rezultat objektivnih faktora koji nisu povezani s bilo kojom diskriminacijom (*Hodendijk protiv Nizozemske, 2005; D. H. i drugi protiv Republike Češke, 2007, paragraf 180; Di Trizio protiv Švicarske, 2016, paragraf 86*). Sud je smatrao da je podnosilac predstavke dokazao postojanje *prime facie* diskriminacije na osnovu zaključka nekoliko organa koji su pokazali opseg diskriminacije žena u vezi s nasiljem u porodici (paragraf 145).

Statistika koja se prilikom kritičkog ispitivanja čini pouzdanom i značajnom, bit će dovoljna kao *prime facie* dokaz koji podnosilac predstavke mora predočiti. Međutim, to ne znači da se posredna diskriminacija ne može dokazati bez statističkih dokaza (*D. H. i drugi protiv Republike Češke, 2007, paragraf 188*).

U predmetu *Opuz protiv Turske, 2009*, Sudu nije predočena statistika koja pokazuje da su žrtve nasilja u porodici pretežno žene, i primijećeno je da je Amnesty International izjavila da o tome nema pouzdanih podataka. Sud je umjesto toga bio spreman prihvatiti ocjenu Amnesty International, ugledne međunarodne nevladine organizacije i UN Komiteta za eliminaciju diskriminacije nad ženama da je nasilje nad ženama predstavljalo značajan problem u Turskoj.

U drugim predmetima, prakse ili uvjerenja drugih koji pripadaju istoj zaštićenoj kategoriji mogu predstavljati dovoljan dokaz. Tako je u predmetu *Oršuš i drugi protiv Hrvatske, 2010*, Sud također utvrdio diskriminaciju jer su romska djeca raspoređena u školska odjeljenja samo za Rome navodno zbog njihovog lošeg poznavanja hrvatskog jezika. Mjera raspoređivanja djece u odvojene razrede na osnovu njihove nedovoljne jezičke vještine samo u odnosu na romske učenike iznjedrila je pretpostavku različitog postupanja.

U premetu *Timishev protiv Rusije, 2005*, podnositelj predstavke tvrdio je da je spriječen da pređe kontrolni punkt na ulazu u određenu regiju zbog svog čečenskog etničkog porijekla. Sud je utvrdio da to potkrepljuju zvanični dokumenti u kojima se konstatira postojanje politike ograničavanja kretanja Čečenaca. Objašnjenje države ocijenjeno je neuvjerljivim zbog nedosljednosti u tvrdnji da je žrtva dobrovoljno otišla nakon što joj je odbijeno da preko reda pređe punkt. U skladu s tim Sud je prihvatio da je podnositelj predstavke bio diskriminiran na osnovu svoje etničke pripadnosti, jer je podnositelj predstavke pokazao razliku u postupanju, a na Vladi je bilo da pokaže da je to bilo opravdano.

Primjer ESP:

Kada je Radni sud u Briselu, u postupku Centra za jednake mogućnosti i borbu protiv rasizma kao tužioca u glavnom postupku protiv Firme F. N. V. kao tuženika, Sudu podnio zahtjev za prethodnu odluku o nekim pitanjima povrede principa jednakosti, sve zasnovano na činjenici da je tuženi u glavnom postupku kao poslodavac javno izjavio da neće zapošljavati zaposlenike određenog etničkog ili rasnog porijekla, što će vrlo vjerovatno snažno odvratiti određene kandidate od podnošenja njihovih prava te na taj način ometati njihov pristup tržištu rada, te da li je to izravna je diskriminacija u zapošljavanju u smislu člana 2, stav 2, tačka a. Direktive 2000/43 o provođenju principa jednakog postupanja prema licima

nezavisno od njihovog rasnog ili etničkog porijekla.

ESP je u svojoj odluci navodi:

„odgovor na prvo i drugo pitanje mora biti da činjenica da poslodavac javno izjavi da neće zapošljavati zaposlenike određenog etničkog ili rasnog porijekla predstavlja direktnu diskriminaciju u zapošljavanju u smislu člana 2, stav 2, tačka a. Direktive 2000/43, a takve izjave će vrlo vjerovatno snažno odvratiti određene kandidate od podnošenja njihovih prava te, na taj način, ometati njihov pristup tržištu rada (...)

30. Član 8. Direktive 2000/43 u tom pogledu propisuje da je, kada postoje činjenice iz kojih se može pretpostaviti da je došlo do direktne ili indirektno diskriminacije, na tuženiku da dokaže da nije bilo povrede principa jednakog postupanja. Preduslov obavezi predočenja dokaza koji će oboriti pretpostavku koja, dakle, nastaje za navodnog počinioca diskriminacije je jednostavan zaključak da je pretpostavka diskriminacije nastala na osnovu utvrđenih činjenica.

31. Izjave kojima poslodavac javno obznanjuje da, prema njegovoj politici zapošljavanja, neće zaposliti bilo kojeg zaposlenika određenog etničkog ili rasnog porijekla mogu biti činjenice koje dovode do pretpostavke o diskriminatornoj politici zapošljavanja.

32. Dakle, na poslodavcu je da predoči dokaze da nije prekršio princip jednakog postupanja, što može učiniti, među ostalim, tako da pokaže da stvarna praksa zapošljavanja ne odgovara tim izjavama.“¹⁷⁵

Izuzeci od principa prebacivanja tereta dokazivanja

Međutim, po članu 15, stav 8. ZZD pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja **ne vrijedi u krivičnim i prekršajnim postupcima**, s obzirom na to da su nadležni organi dužni provesti djelotvornu istragu kako bi

175

C-54/07 Feryn ECR [2008] I-05187 Predmet C-54/07 Centrum voor gelij kheid van kansen en voor racismebestrijding protiv Firma Feryn NV

utvrdili određeni viši stepen vjerovatnoće da je došlo do diskriminacije. **U krivičnim postupcima (npr. za krivično djelo rasne i druge diskriminacije, povredu prava na rad i drugih prava iz rada, spolno uznemiravanje i drugo) potrebno je dokazati osnovanu sumnju, što je puno veći stepen vjerovatnoće od osnova sumnje, te dokazati diskriminatornu namjeru, što u građanskim i radnim parnicama nije potrebno.** To je važno zato što krivično pravo propisuje puno teže sankcije te je stoga i krivični postupak puno kompleksniji i zahtjevniji u smislu dokazivanja krivice. Prebacivanje tereta dokazivanja u krivičnom postupku bilo bi direktno suprotno principu presumpcije nevinosti (niko nije kriv dok mu se pravosnažnom presudom ne utvrdi krivica).

Zato je žrtvama puno jednostavnije pokrenuti građansku ili radnu parnicu u vezi s diskriminacijom jer je vjerovatnije da će puno lakše uspjeti dokazati stepen vjerovatnoće da je došlo do diskriminacije.

Mjere osiguranja

ZZD propisuje i pravo predlagača da prije pokretanja tužbe i u toku postupka povodom tužbe za zaštitu od diskriminacije (i tužbe sa zajedničkim zahtjevima), može predložiti donošenje sudske mjere osiguranja, ili privremenu mjeru i sud će takvu mjeru donijeti shodno pravilima parničnog postupka (član 14.).

Uslovi za mjeru osiguranja propisani ZZD su da:

- predlagač učini vjerovatnim da je povrijeđeno pravo na jednako postupanje i
- da je potrebno radi otklanjanja opasnosti od teške povrede prava na jednako postupanje, nenadoknadive štete ili sprečavanja nasilja.

U osnovi to su isti uslovi koji su propisani i entitetskim procesnim zakonima (član 269, stav 1. ZPP FBiH i ZPP RS), s tim što nije predviđena zamjena mjere osiguranja s jemstvom.

U postupku donošenja mjera osiguranja koje se u postupcima zaštite od diskriminacije mogu odnositi primarno na osiguranje drugih prava ili održavanje postojećeg stanja, sud provodi postupak po pravilima ZPP-a.

Prema tim pravilima prijedlog za određivanje mjere osiguranja dostavlja se protivniku uz obavijest da protivnik može podnijeti pismeni odgovor na prijedlog u roku od osam (8) dana. Nakon prijema odgovora na prijedlog ili protekom roka za odgovor, sud donosi rješenje o prijedlogu za donošenje mjera osiguranja kojim, ako ga usvaja, određuje vrstu mjere, sredstva kojim će se ona prinudno ostvariti i predmet mjere osiguranja, uz odgovarajuću primjenu zakona o izvršnom postupku. A sud će po službenoj dužnosti dostaviti rješenje o određivanju mjere osiguranja nadležnom izvršnom sudu radi njenog prinudnog provođenja i odgovarajućim javnim registrima.

Rok za žalbu na rješenje o mjeri osiguranja je 15 dana, a žalba ne zadržava izvršenje, s tim što žalba na rješenje o mjeri osiguranja koju izdaje kantonalni ili Vrhovni sud Federacije nije dozvoljena (član 282, stav 5. ZPP-a).

ZZD u odredbi člana 14, stav 1. izričito propisuje i **pravo na donošenje privremene mjere osiguranja**. Specifičnost postupka donošenja privremene mjere, po odredbama ZPP-a, je u tome što sud kada ocijeni da je predlagač učinio vjerovatnim da je mjera osiguranja osnovana i hitna i da bi se drugačijim postupanjem izgubio cilj mjere osiguranja, odmah donosi rješenje o privremenoj mjeri bez prethodnog obavještanja i saslušavanja protivnika osiguranja.

Kada donese rješenje o privremenoj mjeri tek tada sud dostavlja protivniku osiguranja rješenje, koji u roku od tri (3) dana može osporiti razloge za određivanje privremene mjere u odgovoru koji mora biti obrazložen, a zatim sud u narednom roku od tri (3) dana mora zakazati ročište o privremenoj mjeri. Žalba na rješenje o privremenoj mjeri nije dozvoljena.

Nakon održanog ročišta, sud posebnim rješenjem ukida privremenu mjeru ili je zamjenjuje novim rješenjem o mjeri osiguranja, na koju odluku protivna strana ima pravo žalbe osam (8) dana od dostave.

Međutim, u sudskoj praksi rijetki su uspješni postupci po mjerama osiguranja i privremenim mjerama, što u osnovi nema opravdanja, jer se upravo tim procesnim radnjama može preventivno djelovati na sprečavanje šteta od daljnjeg činjenja diskriminacije (kontinuirane diskriminacije) ili viktimizacije.

Primjer:

U postupku Općinskog suda u Sarajevu odbijen je kao neosnovan, prijedlog predlagača mjere osiguranja za donošenje mjere osiguranja kojom traži:

- *staviti van snage Rješenje o imenovanju direktora Agencije za reviziju privatizacije u FBiH V broj 743/14 od 24.04.2014. godine uz zabranu protivnicima primjene istog Rješenja za vrijeme trajanja mjere osiguranja,*
- *staviti van snage, dok traju mjere osiguranja, sve učinjene službene radnje i pravni poslovi zaključeni po D. V., kao licu koje je Vlada FBiH imenovala Rješenjem o imenovanju direktora Agencije za reviziju privatizacije u FBiH V broj 743/14 od 24.04.2014. godine, sve uz zabranu protivnicima njihovo izvršavanje ili provođenje,*
- *zabraniti drugoprotivniku predlagača obavljanje bilo kakvih službenih radnji i zaključivanje poslova po D. V., a imenovanim Rješenjem koje se privremeno stavlja van snage, dok traje mjera osiguranja i*
- *naložiti protivnicima predlagača da predlagaču omoguće obavljanje funkcije direktora Agencije za reviziju privatizacije u FBiH za vrijeme trajanja mjere osiguranja.*

U obrazloženju odbijajućeg rješenja, sud navodi:

*„Nasuprot prednjem sud, međutim, ne nalazi ispunjenim drugi kumulativno propisani uslov da bi se odredila mjera osiguranja, odnosno **ne nalazi da će***

nedonošenjem predloženih mjera protivnici štetno uticati na prava predlagača mjere osiguranja, odnosno da postoji opasnost da bi bez određivanja mjere protivnici mogli spriječiti ili znatno otežati ostvarenje potraživanja, posebno time što će svoju imovinu otuđiti, prikriti, opteretiti ili na drugi način njom raspolagati odnosno promijeniti postojeće stanje stvari. Jasno je pri prednjem da se sud u konkretnoj pravnoj stvari bavi isključivo povrijeđenim subjektivnim pravima predlagača, te da nisu od uticaja interesi i prava Federacije, odnosno eventualnog budućeg direktora drugoprotivnika, tako da je nadalje razmotrio pitanje kakva to opasnost za predlagača postoji u smislu da će protivnici štetno uticati na njegova prava ili da će spriječiti ili znatno otežati ostvarenje potraživanja ukoliko sud ne odredi predložene mjere osiguranja, odnosno da će promijeniti postojeće stanje stvari. S obzirom na to da pravosnažnim poništenjem imenovanja direktora Agencije za reviziju privatizacije predlagač neće automatski biti imenovan odnosno izabran na ovu poziciju, te da je takva činjenica u potpunosti buduća i neizvjesna, ovaj sud nalazi da protivnici ne mogu štetno uticati na takva njegova neizvjesna prava, niti da će isti kao organi vlasti na bilo koji način moći spriječiti ili otežati ostvarenje predlagačevog potraživanja, na osnovu čega sud nadalje nalazi neispunjenim drugi kumulativni uslov za određivanje mjere osiguranja. Neosnovano je pri tome pozivanje predlagača na nenadoknadivost štete koja proizlazi iz povrede odredbi o zabrani diskriminacije, sve budući da se tužbeni zahtjev niti ne odnosi na naknadu štete, pri čemu je sud nadalje stanovišta da protivnici ne mogu niti promijeniti postojeće stanje stvari jer je sporno imenovanje direktora drugoprotivnika okončan proces. Pri prednjem sud svakako nije ovlašten da predlagača postavlja na bilo koju funkciju, pa makar i privremeno, dok traje mjera osiguranja.“¹⁷⁶

c. Rokovi sudske zaštite

ZZD je prvi put (2009) propisao pravo žrtve da u posebnoj tužbi može ostvariti sudsku zaštitu zbog povrede zabrane diskriminacije, s relativno kratkim rokom za podnošenje te tužbe od tri

176

rješenje Općinskog suda u Sarajevu broj 65 0 Rs 440435 14 Rs od 05.09.2014. godine

(3) mjeseca od saznanja za učinjenu povredu, odnosno jedna godina od učinjene povrede. Tek izmjenama zakona (2016) rok podnošenja tužbe za zaštitu od diskriminacije po ZZD produžen je na **tri (3) godine od saznanja za učinjenu povredu prava**, a najdalje pet (5) godina od dana učinjene povrede.

Rokovi za podnošenje tužbe su materijalnopравни rokovi koji ograničavaju pravo na podnošenje tužbe u sudskom postupku, pa kad se tužba ne podnese u tom roku sud će istu odbaciti primjenom pravila o odbačaju tužbe iz ZPP-a.¹⁷⁷

U postupku zaštite od kontinuirane diskriminacije rok za tužbu zbog zaštite od diskriminacije računa se od posljednje učinjene radnje, a kod sistemske diskriminacije iz ZZD, rokovi se i ne računaju.

Kako je i naprijed navedeno razlike u reguliranju postupka zaštite od diskriminacije po ZZD i ZR su uočljive, ali najčešća dilema se postavlja u vezi primjene tih rokova u postupcima po tužbama sa zajedničkim zahtjevima, kada se postavi zahtjev za zaštitu od diskriminacije iz radnog odnosa i zaštite nekog prava iz radnog odnosa, kod činjenice da su rokovi za takve tužbe po ZZD tri (3) godine od saznanja.

I **ZR RS, a sada ZZUR** propisuju procedure i kratke rokove zaštite prava radnika pa i od diskriminacije, zbog čega se postavlja isto pitanje, naročito kada se vidi da su i oblici diskriminacije usaglašeni sa ZZD.

Kako je naprijed navedeno, u procedurama zaštite od diskriminacije **po ZRI BIH** ne dolazi do izražaja preklapanje u rokovima za podnošenje tužbe, ali se zakoni sukobljavaju u primjeni prava i roka za reviziju.

Problem u primjeni tih pravila nastaje kada se u tužbi sa zajedničkim zahtjevima pojavi zahtjev za zaštitu od diskriminacije na radnom mjesti ili

iz rada ili zapošljavanja, zajedno sa zahtjevom za zaštitu nekog drugog prava iz radnog odnosa, u skladu sa ZZD, kod činjenice da su za iste te zahtjeve u radnom sporu po ZR propisani mnogo kraći rokovi i procedure.

Cilj kratkih rokova u radnim sporovima je promoviranje pravne sigurnosti na način da se radnik zaštiti u razumnom roku koji se odnosi na specifičnost radnih odnosa, a da se poslodavca ne drži u stanju nesigurnosti, naročito imajući u vidu da se pojedini oblici diskriminacije mogu počinuti od strane drugih zaposlenika kod istog poslodavca.

Logično pitanje koje se postavlja je: Zašto su ZR FBiH i ZR BD propisali procedure zaštite od diskriminacije s kratkim rokovima od 30 dana za sudsku zaštitu, ako je ta zaštita moguća po ZZD u roku od tri (3) godine?

Ili:

Zašto bi uopće ZR propisivali procedure i oblike diskriminacija usklađene sa ZZD ako se na te postupke primjenjuje ZZD?

Dakle, pitanje koji rokovi se primjenjuju i kada u posebnim tužbama za zaštitu od diskriminacije učinjene na radnom mjestu i u vezi sa zapošljavanjem, ali i tužbe sa zajedničkim zahtjevima, nije do danas riješeno na jasan i pouzdan način, u odnosu na norme o rokovima iz ZR.

Stoga je ključno preispitivanje tužbe u pogledu njenog sadržaja radi prepoznavanja oblika diskriminacije za koji se sudska zaštita traži. Na osnovu tih razlika može se ustanoviti i koja tužba je predmet spora. Pa ako je to tužba iz radnog spora (za zaštitu od mobinga zbog zlostavljanja ili povrede dostojanstva) onda se primjenjuju pravila za radne sporove, kao i svi rokovi za tužbe iz ZR.

177

član 67, stav 1, tačka 2. ZPP FBiH, član 67, stav 1, tačka 2. ZPP RS, član 34, stav 1, tačka 2. ZPP pred Sudom BiH, član 190, stav 1, tačka 2. ZPP BD

Ako su sadržaji oblika diskriminacije po tužbama iz ZZD, onda se primjenjuju ti rokovi.

Kada su u pitanju drugi oblici diskriminacije i postupci za zaštitu od diskriminacije, nema sumnje, primjenjuju se rokovi iz ZZD.

Primjer:

U tužbi sa zajedničkim zahtjevima za poništavanje odluka tuženog o rezultatima konkursa i prijema u radni odnos, tužilac je postavio i zahtjev za utvrđivanje diskriminacije po osnovu jezika i nacionalne pripadnosti. Tužbeni zahtjev za poništavanje odluka tuženog je odbijen, a tužba u dijelu zahtjeva za utvrđivanje diskriminacije odbačena, primjenom člana 13, stav 4. ZZD.

*„Prekluzivni rok je zakonom određeni protek vremena poslije čijeg isteka određeno pravo prestaje da postoji ako ga njegov titular ne izvrši u određenom roku. Primijenjeno na konkretan slučaj budući da **tužiteljica u roku od tri (3) mjeseca od dana saznanja da nije primljena po raspisanom oglasu i za razloge takve odluke tužene, nije podnijela antidiskriminatorску tužbu**, svi revizijski prigovori isticani na okolnosti postojanja diskriminacije u konkretnom slučaju se pokazuju irelevantnim, pa time i neosnovanim.“¹⁷⁸*

U navedenom primjeru, u kojem je primijenjen rok iz ZZD prije izmjena iz 2016. godine, vidi se da je u odnosu na zahtjev za poništavanje rješenja tuženih primijenjen rok za tužbu iz ZR (jedna (1) godina), a za zahtjev za zaštitu od diskriminacije rok iz ZZD (tri (3) mjeseca), iako se radi o jednoj tužbi s više zahtjeva.

Sudska praksa najviših sudova trebala bi što prije

razriješiti ovu dilemu u diskrapanciji zakona kako bi se spriječile zloupotrebe.

Kao primjer drugačijih rješenja treba navesti rješenja iz regije, pa tako u Republici Srbiji i Sjevernoj Makedoniji, Zakon o zabrani diskriminacije propisuje samo posebne tužbe za zabranu diskriminacije (dakle, nema zajedničkih tužbi), a i ne propisuje rokove za tužbu po tom zakonu, već se rokovi određuju posebnim zakonima.¹⁷⁹ Ni Zakon o suzbijanju diskriminacije Republike Hrvatske ne propisuje rok za podnošenje tužbe po tom zakonu.¹⁸⁰ U praksi sudova Hrvatske Zakon o suzbijanju diskriminacije je opći propis, a Zakon o radu specijalni propis, pa sukoba zakona oko rokova nema kada je predmet postupka diskriminacija na radu.¹⁸¹

Ukazivanje na ove dileme je od značaja jer sudovi nemaju jasne odredbe, a različita primjena zakona otvara prostor izbjegavanju i manipulacijama s rokovima i procedurama za zaštitu prava kako po ZZD tako i po Zakonima o radu, a sada i ZZUR.

Primjer:

„Ovaj sud ne prihvata pravni zaključak drugostepenog suda da je predmetna tužba neblagovremena, jer se u konkretnom slučaju radi o sistemskoj diskriminaciji koja se po samoj svojoj prirodi proteže kroz vrijeme – kontinuirano, pa se ne bi moglo prihvatiti računanje rokova za podnošenje tužbe na način kako to obrazlaže drugostepeni sud u svom rješenju. Ovo iz razloga što je u konkretnom slučaju utvrđeno da se djeca i poslije upisa u školu tokom cijele školske godine razdvajaju po etničkoj pripadnosti i nacionalnom porijeklu, da koriste različite nastavne planove i programe, da imaju drugačije uslove u prostorima u kojima borave (u jednoj učionici nastavu pohađaju

178

Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH – 53 0 Rs 059032 20 Rev od 06.04.2021. godine

179

Okrugli sto „Sudska zaštita i dokazna sredstva u slučajevima diskriminacije“ – 04.11.2021. godine

180

„Narodne novine RH“, broj 85/08, 112/12

181

prof. dr. Marijo Vinković, Priručnik o diskriminaciji i mobingu na radnom mjestu, str.35.

učenici različitih nivoa razreda istovremeno dok traje jedan školski čas 45 minuta), zatim da su i sami nastavnici i administrativno osoblje potpuno odvojeni školskim prostorom, da učenici nemaju istovremeno organizirane velike odmore, ne idu na zajedničke izlete i ekskurzije.

Zakon o zabrani diskriminacije u BiH nije propisao način računanja rokova čija se specifičnost ogleda u kontinuitetu njenog trajanja kao u konkretnom slučaju, pa imajući u vidu da je i na dan podnošenja predmetne tužbe (25.02.2011. godine u toku trajanja školske godine) prema učenicima postupano na naprijed opisani način, to se rok ima računati od posljednje radnje koja predstavlja diskriminaciju bez obzira na to kada je započeta. Dakle, tužba je blagovremeno podnesena, jer se sistemska diskriminacija učenika od strane tuženih proteže kroz vrijeme (tuženi čine kontinuirano povrede), pa je neprihvatljivo stanovište drugostepenog suda da su protekli rokovi iz člana 13, stav 4. navedenog zakona.¹⁸²

d. Pravni lijekovi

Žalba

Kada su pravila o pravnim lijekovima u pitanju, evidentno je da ZZD ne propisuje posebni rok za žalbu iz čega jasno slijedi da se kod svih tužbi za zaštitu od diskriminacije, kako posebnih tužbi za zaštitu od diskriminacije tako i onih sa zajedničkim zahtjevom za zaštitu nekog drugog prava i zahtjevom za utvrđivanje, zabranu i naknadu štete, primjenjuju rokovi iz procesnih zakona kao mjerodavnih prava, shodno članu 12, stav 2. ZZD.

Tako je za posebne postupke, u koje spadaju i radni sporovi po odredbama svih ZPP¹⁸³ propisan rok za

žalbu od 15 dana, a za redovne parnične postupke po svim ZPP¹⁸⁴ rok za žalbu je 30 dana od dostave odluke.

Dakle, **primjenom pravila o mjerodavnom pravu rok za žalbu na prvostepenu presudu u kojoj su utvrđeni ostali oblici diskriminacije iz ZZD je 30 dana, osim za mobing koji se odnosi na diskriminaciju iz radnog odnosa, pa je rok za žalbu 15 dana.**

U postupcima zaštite od diskriminacije iz ZR primjenom ZPP rok za žalbu je 15 dana, bez obzira da li se traži samo zaštita od diskriminacije ili je taj zahtjev postavljen uz zahtjev za zaštitu od povrede drugih prava iz rada ili zapošljavanja.

Primjer:

Rješenjem Kantonalnog suda u Sarajevu odbačena je žalba tužioca kao neblagovremena jer je tužilac primio prvostepenu presudu 25.10.2013. godine, a žalbu podnio 23.11.2013. godine, dakle po proteku roka od 15 dana od prijema presude.

Vrhovni sud Federacije u svojoj odluci odbija reviziju tužioca prihvatajući da nije bilo povrede postupka od strane drugostepenog suda, jer je predmetni postupak po tužbi za zaštitu od mobinga, koji predstavlja radni spor, pa se primjenjuje rok za žalbu iz člana 422. ZPP.¹⁸⁵

Jedino ograničenje koje propisuje ZZD u postupcima po posebnim tužbama za zabranu od diskriminacije je da nadležni **sud može odlučiti da žalba ne zadržava izvršenje ili odrediti kraći rok za ispunjenje radnje koja je naložena tuženom.**¹⁸⁶

182

presuda VS FBiH broj 58 0 Ps 085653 13 Rev od 29.08.2014. godine

183

član 422. ZPP FBiH, član 422. ZPP RS, član 355. ZPP pred Sudom BiH, član 415. ZPP BD

184

član 203. ZPP FBiH, član 203. ZPP RS, član 170, stav 1. ZPP pred Sudom BiH, član 323, stav 1. ZPP BD

185

Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH – 53 0 Rs 059032 20 Rev od 06.04.2021. godine

186

član 13, stav 3. ZZD

Ovdje valja naglasiti da je svim noveliranim ZPP propisano ograničenje drugostepenog suda da može **samo jednom ukinuti prvostepenu presudu**, pa ako u ponovnom postupku pred drugostepenim sudom utvrdi da postoje razlozi za ponovno ukidanje prvostepene presude, taj sud je dužan zakazati raspravu, osim ako je žalbom pobijana presuda na osnovu priznanja, odricanja ili propuštanja. Na zakazanoj raspravi drugostepeni sud će razmotriti sve žalbene razloge, a zatim nakon održane rasprave u roku od 30 dana donijeti odluku.¹⁸⁷

U sudskoj praksi Republike Hrvatske je samo na takve odluke drugostepenog suda u postupcima zaštite od mobinga primjenjiva odredba iz Zakona o suzbijanju diskriminacije da je revizija uvijek dozvoljena, dok se na sve druge odluke po žalbi donesenim pred drugostepenim sudom, o dozvoljenosti revizije odlučuje u rokovima iz ZPP.¹⁸⁸

Revizija

Za razliku od pravila o žalbi, koja se u postupcima zaštite od diskriminacije primjenjuju u cijelosti po odredbama ZPP, odredbe o reviziji kao vanrednom pravnom lijeku, po ZZD drugačije su uređene.

ZZD je propisano da je u postupcima propisanim tim zakonom **revizija uvijek dozvoljena, a da je rok za podnošenje revizije tri (3) mjeseca od uručenja drugostepene presude**.¹⁸⁹

S druge strane, po svim **procesnim zakonima u BiH (ZPP)** koji se primjenjuju u radnim sporovima, rok za izjavljivanje revizije propisan je u

trajanju od 30 dana od dostave prepisa presude, uz ograničenja na postupke u kojim vrijednosti pobijanog dijela pravosnažne presude donesene pred drugostepenim sudom, ne prelazi 30.000,00 KM, a u privrednim sporovima 50.000,00 KM, ali i uz mogućnost izjavljivanja tzv. izuzetne revizije.¹⁹⁰

Osim tih ograničenja, ZPP pred Sudom BiH propisuje da reviziju za stranku može **podnijeti samo advokat**, osim ako je sam advokat stranka u postupku¹⁹¹, a u ostala tri ZPP osim advokata još i ako **stranka koja ima položen pravosudni ispit**, ili punomoćnik koji je po zakonu ovlašten zastupati ako ima položen pravosudni ispit.¹⁹²Treba reći još i da postoje i druga ograničenja za izjavljivanje revizije kao vanrednog pravnog lijeka u drugim zakonima (porodični, vanparnični i drugi).

Dakle, navedenom odredbom ZZD drugačije se uređuje oblast dozvoljavanja i roka za izjavljivanje revizije u odnosu na odredbe ZPP, kao procesnog zakona za provođenje parničnog postupka, koji se primjenjuje i u postupcima zaštite od diskriminacije po ZZD.

Sudska praksa nije riješila na jedinstven način ovu diskrapanciju zakona ni oko ovih pitanja, pa je nužno otvoriti raspravu o tome.

Imajući u vidu naprijed navedene razlike u oblicima diskriminacije, valja ponovo naglasiti značaj prepoznavanja vrste tužbe i postupka koji se vodi. **Ako je zaštita od diskriminacije za oblik koji je propisan ZR, primjenjuju se pravila ZPP koja se odnose na dozvoljenost revizije, a ako se radi o tužbi za zaštitu nekog oblika**

187

član 217, stav 3. ZPP FBiH, član 217, stav 3. ZPP RS, član 191, stav 2. ZPP pred Sudom BiH

188

Priručnik o diskriminaciji i mobingu na radnom mjestu, prof. dr. sc. Mario Vinković, str. 49.

189

član 13, stav 4. ZZD

190

član 237. ZPP FBiH, član 237. ZPP RS, član 359. ZPP BD

191

član 204. ZPP pred Sudom BiH

192

član 301b. ZPP FBiH, član 301b. ZPP RS, član 241b. ZPP pred Sudom BiH

diskriminacije iz ZZD primjenjuju se pravila o dozvoljenosti i roku za izjavljivanje revizije iz tog zakona.

Prema postojećoj praksi nekih sudova pravilo o uvijek dozvoljenoj reviziji po ZZD se primjenjuje u svim predmetima zaštite od diskriminacije, ali samo u odnosu na ograničenja iz ZPP prema vrijednosti pobijanog dijela pravosnažne presude donesene pred drugostepenim sudom, ali ne i na ograničenja lica ovlaštenog za izjavljivanje revizije. Obrazloženje ovakvog stava dovodi se u vezu s pravilnošću zastupanja u revizijskom postupku, na koju sud pazi po službenoj dužnosti.

Međutim, ovakva praksa nije konzistentna, što se vidi iz narednih primjera, pa je o ovim pitanjima potrebno usaglasiti stavove najviših sudova ili predložiti izmjene zakonskih rješenja.

Primjer:

U predmetu po tužbi tužioca Ž. B. iz M. protiv tuženika M. A. M. d. o. o. O. uz učešće umješača Udruženja „Vaša prava BiH“, radi utvrđivanja diskriminacije i naknade štete, revizija tužioca je odbačena.

„Revizija tužioca nije dozvoljena.

Odredbom člana 13, stav 2. Zakona o zabrani diskriminacije („Službeni glasnik BiH“, broj 59/09 i 66/16 – u daljnjem tekstu: ZZD) propisano je da je u postupcima za zaštitu od diskriminacije uvijek dozvoljena revizija. Po shvaćanju ovog suda zakonsko određenje da je revizija „uvijek“ dozvoljena može se tumačiti samo na način da isključuje odgovarajuću podrednu primjenu odredbe člana 237, stav 2. ZPP-a, koja dozvoljenost revizije uslovljava vrijednošću pobijanog dijela pravosnažne presude.

Odredbom člana 247, stav 2. ZPP propisano je da je revizija nedozvoljena ako nije izjavljena putem punomoćnika iz člana 301b. istog zakona, ako ju je

izjavilo lice koje nije ovlašteno na podnošenje revizije ili lice koje je odustalo od revizije, ili ako lice koje je izjavilo reviziju nema pravni interes za podnošenje revizije ili ako je revizija izjavljena protiv presude protiv koje se po zakonu ne može podnijeti.

Kako ZZD, kao lex specialis, izričito ne propisuje nešto drugo za reviziju u sporu zbog zabrane diskriminacije (osim da je uvijek dozvoljena i da je rok za njeno podnošenje tri mjeseca), tada se na takvu reviziju primjenjuju odgovarajuća procesna pravila iz ZPP-a, kao općeg zakona, pa time i odredbe člana 301b. ZPP-a, prema kojoj odredbi stranka može podnijeti reviziju putem punomoćnika koji je advokat (stav 1.), a izuzetno od stava 1. ovog člana stranka može sama podnijeti reviziju ako ima položen pravosudni ispit, odnosno za nju može reviziju podnijeti kao punomoćnik lica koje je prema odredbama ovog ili kojeg drugog zakona ovlašteno zastupati je u tom svojstvu iako nije advokat, ako ima položen pravosudni ispit.¹⁹³

Primjer:

„Odredbom člana 301b, stav 1. ZPP-a propisano je da stranka može podnijeti reviziju putem punomoćnika koji je advokat, a stavom 2. istog člana propisano je da izuzetno od stava 1. ovog člana stranka može sama podnijeti reviziju ako ima položen pravosudni ispit, odnosno za nju može reviziju podnijeti kao punomoćnik lica koje je prema odredbama ovog ili kojeg drugog zakona ovlašteno zastupati je u tom svojstvu iako nije advokat, ako ima položen pravosudni ispit.

*Iz stanja spisa proizlazi da revizija nije podnijeta putem punomoćnika koji je advokat, već da je istu podnio tužilac lično koji nije po zahtjevu prvostepenog suda dostavio dokaz da ima položen pravosudni ispit.*¹⁹⁴

Primjer:

¹⁹³
rješenje VS FBiH broj 58 0 Rs 092150 18 Rev od 07.05.2019. godine

¹⁹⁴
rješenje VS FBiH broj 51 0 P 102462 18 Rev 2 od 28.05.2019. godine

Tužilac je tužbom tražio da se utvrdi da je tuženi „Elektroprenos – Elektroprijenos“ a. d. Banja Luka diskriminirao tužioca u oblasti zapošljavanja na način da mu nije omogućio punu i stvarnu jednakost kao pripadnika nacionalne manjine, uz zahtjev da se poništi kao nezakonita odluka poslodavca od 16.12.2014. godine i odluka o prigovoru od

23.02.2015. godine. Pravosnažnom presudom odbijene su kao neosnovan gore navedeni tužbeni zahtjev.

Revizija je odbačena kao nedozvoljena iz razloga što nije izjavljena u skladu sa članom 241b. ZPP pred Sudom BiH – reviziju je izjavio punomoćnik tužioca zaposlenik Udruženja Vaša prava, a ne advokat.¹⁹⁵

Odjeljak 5. NAKNADA ŠTETE

a. Šteta – općenito

Način popravljavanja štete učinjene diskriminacijom djelimično propisuje **ZZD** kroz davanje mogućnosti licu ili grupi lica koja su izložena bilo kojem obliku diskriminacije po tom zakonu da mogu postaviti zahtjev za naknade štete, ali i kao oblik nenovčane naknade objavljivanja presude u medijima na trošak tuženog.¹⁹⁶

Nezavisno od toga kakva je tužba (zajednički zahtjevi ili posebna), po ZZD ili ZR, na potraživanja naknade štete supsidijarno se primjenjuje Zakon o obligacionim odnosima (u daljnjem tekstu: ZOO) koji se primjenjuje u sva četiri sudska sistema.

Odgovornost diskriminatora zasniva se na odredbi prema kojoj onaj ko drugom prouzrokuje štetu dužan je nadoknaditi je, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice. Pod štetom se podrazumijeva umanjjenje nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist), a i nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta).¹⁹⁷

Po ZZD pravo na naknadu materijalne i nematerijalne štete propisano je za lice koje je diskriminirano, a žrtva diskriminacije zahtjev za naknadu štete može postaviti u posebnoj tužbi za zaštitu od diskriminacije ili u tužbu sa zajedničkim zahtjevima za zaštitu nekih prava i zaštitu od diskriminacije.¹⁹⁸

Međutim i **ZR** također daju pravo **radniku ili licu koje traži zaposlenje da im poslodavac nadoknadi štetu ako su im prava uskraćena diskriminacijom iz tih zakona.**

Tako **ZR FBiH i ZR RS** propisuju, ako sud utvrdi da je tužba za zaštitu od diskriminacije po tom zakonu osnovana, **poslodavac** je dužan da osigura radniku ostvarenje prava koja su mu uskraćena, te mu nadoknadi štetu nastalu diskriminacijom.¹⁹⁹

ZRI BiH propisuje pravo lica koje traži zaposlenje i zaposlenika za koje je utvrđena diskriminacija iz tog zakona, da mogu pred nadležnim sudom pokrenuti postupak za naknadu štete.²⁰⁰

195

Rev broj S1 3 P 018828 15 Rev od 10.12.2015. godine

196

član 12, stav 1, tačka d. u vezi sa stavom 4. ZZD

197

član 154. i član 155. ZOO

198

član 12, stav 1, tačka c. ZZD

199

član 12, stav 4. ZR FBiH i član 25, stav 1. ZR RS

200

član 86f, stav 1. ZRI BiH

ZR BD u odredbama o odgovornosti **poslodavca** za štetu prouzrokovanu radniku daje mogućnost radniku da po pravilima obligacionog prava ostvari naknadu štete ako je poslodavac povrijedio njegova prava iz radnog odnosa.²⁰¹ U toj normi, koja ne izdvaja posebno naknadu štete za postupke zaštite od diskriminacije, sud može naći osnov i za odlučivanje o naknadi štete kada je utvrđeno u sudskom postupku da je poslodavac odgovoran za diskriminaciju nekog oblika iz tog zakona. Jedino će biti sporan osnov za lica koja traže zaposlenje.

Dakle, ako tuženi ne dokaže da diskriminacija nije učinjena, a tužilac kao žrtva je učinio vjerovatnim postojanje nekog oblika diskriminacije, tužilac je ipak u obavezi da dokaže da je kao posljedica utvrđene diskriminacije nastupila određena šteta (nematerijalna i/ili materijalna), te njenu visinu. U tom dijelu zahtjeva iz tužbe se ne primjenjuje „obrnuti teret dokazivanja“.

Kako je općim pravilna o odgovornosti za štetu propisano i pravo svakog da može zahtijevati od drugog da ukloni izvor opasnosti od kojeg prijeti znatna šteta, kao i da se uzdrži od djelatnosti od koje proizlazi uznemiravanje ili opasnost od štete, to žrtva diskriminacije po svim zakonima može tražiti prestanak radnje kojom se uznemirava ili zlostavlja.²⁰²

Ako poslodavac isplati štetu žrtvi diskriminacije, od uznemirivača ili mobera može tražiti vraćanje isplaćenih sredstava po više osnova.

Ako radnik koji je žrtva diskriminacije na radu od drugog radnika koji mu je time nanio štetu, **ima**

položaj trećeg lica u odnosu na poslodavca, poslodavac sa drugim radnikom diskriminatorom odgovara solidarno. Pravo poslodavcu da se namiri od drugog radnika koji je učinio diskriminaciju, postoji samo **ako je taj drugi radnik namjerno ili iz krajnje nepažnje pričinio štetu tom drugom radniku – žrtvi diskriminacije**²⁰³ kako po nekim ZR tako i po općim pravilima ZOO.

Naime, opće odredbe obligacionih odnosa tj. ZOO predviđa mogućnost da lice koje oštećenom nadoknadi štetu koju je **radnik prouzrokovao namjerno ili krajnjom nepažnjom**, ima pravo od tog radnika zahtijevati naknadu plaćenog iznosa, s tim što mora takav zahtjev postaviti u roku od šest mjeseci od isplate.²⁰⁴ Kod ove vrste odštetne odgovornosti primjenjuju se odredbe ZOO koje uređuju odgovornosti više lica za istu štetu, na način da **svi učesnici odgovaraju solidarno**, podstrekač i pomagač, kao i onaj koji je pomogao da se odgovorna lica ne otkriju. Solidarno odgovaraju i ona lica koja su štetu prouzrokovala nezavisno jedno od drugog, ako se ne mogu utvrditi njihovi udjeli u prouzrokovanju štete ili ako se ne može utvrditi koji od njih je prouzrokovao štetu.²⁰⁵

Čak i ako **radnik koji je žrtva diskriminacije nema položaj trećeg lica** kojem je nanesena šteta, već radnika koji je pretrpio štetu kod poslodavca u radu ili u vezi s radom, poslodavac ima pravo tražiti naknadu štete od diskriminatora kao drugog njegovog radnika, ako je taj drugi radnik štetu pričinio namjerno ili iz krajnje nepažnje.²⁰⁶

b.

201

član 105, stav 2. ZR BD

202

član 156. ZOO

203

član 91. ZR FBiH, član 144. u vezi člana 25, stav 1. ZR RS, član 67, tačka 1. ZRI BiH, član 103, stav 1. ZR BD

204

član 171, stav 1. ZOO

205

član 206. ZOO

206

član 89. ZR FBiH, član 142, stav 1. u vezi člana 25, stav 1. ZR RS, član 70, tačka 6. ZRI BiH, član 105, stav 1. ZR BD

b. Nematerijalna šteta

Nematerijalna šteta je nanošenje drugom fizičke ili duševne boli ili straha.

Ovaj vid štete ne predstavlja ekvivalent ugroženom ili izgubljenom dobru, već mogućnost da oštećeni pribavljanjem drugih dobara i ugodnosti koje mu pomažu da lakše prebrodi duševnu krizu koja je nastala kao posljedica štete.

Korektiv za takav pristup popravljajući nematerijalne štete, kojoj je cilj što potpunija zaštita žrtve, nesumnjivo je odredba člana 200, stav 2. ZOO, koja propisuje da sud prilikom odlučivanja o zahtjevu za naknadu nematerijalne štete, te o njenom iznosu, **mora se brinuti o značenju povrijeđenog dobra i cilju kojem služi ta naknada, kao i tome da se njom ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njenom prirodom i društvenom namjenom.**

Dosadašnja sudska praksa u drugim vrstama sporova nije priznavala naknade u slučaju kratkotrajnog smanjenja životnih aktivnosti, za trenutačni strah ili manji intenzitet duševnih bolova, pa je i zbog povrede ugleda i/ili časti ili drugih ličnih prava (odnosi se na dostojanstvo čovjeka) oštećeni morao da dokaže da je povreda tih prava bila izuzetno teška, što bi opravdalo intenzivnu duševnu bol.

Međutim, kada su u pitanju oblici nematerijalne štete u postupcima zaštite od diskriminacije, posebno kod „tužbi za zaštitu dostojanstva“ dakle mobinga po ZR, koja predstavlja najčešću sekundarnu štetu kod tog oblika diskriminacije, dokazivanje potraživanja štete (pretrpljene duševne bolove zbog povrede ugleda i časti, kao i prava ličnosti, te pretrpljenog straha kao pravno

priznatih oblika nematerijalne štete), treba biti brzo i efikasno, zbog prirode samog spora.

Upravo u tim parnicama **moгуća je primjena pravila koja su propisana u svim ZPP, prema kojem kada sud utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete, ali se tačna visina iznosa ne može utvrditi ili bi se mogla utvrditi samo sa nerazmjernim teškoćama, sud će o tome odlučiti prema svojoj ocjeni.**²⁰⁷

To je najkraći način okončanja ovih postupaka, a u skladu je i s praksom ESLJP koji nematerijalnu štetu dosuđuje primjenom **principa pravičnosti**, bez zahtijevanja od aplikanta da dokazuje visinu štete (za razliku od eventualne materijalne štete).

Dakle, sudija i sam bez provođenja vještačenja po svom uvjerenju može da ocijeni visinu nematerijalne štete zbog povrede dostojanstva žrtve diskriminacije.

Ovakav način utvrđivanja visine nematerijalne štete prihvatili su i neki sudovi u BiH posebno kod oblika diskriminacije – mobinga, te se naknada dosudila bez provedenog vještačenja.²⁰⁸

ZR FBiH dozvoljava mogućnost da sam poslodavac uredi pitanje utvrđivanja paušalnog iznosa naknade štete, ako se naknada štete ne može utvrditi u tačnom iznosu ili bi utvrđivanje njenog iznosa prouzrokovalo nerazmjerne troškove, propisivanjem pravila u svom kolektivnom ugovoru ili pravilniku o radu o način utvrđivanja, organu koji tu visinu utvrđuje, visinu naknade i druga pitanja u vezi s tim. A ako taj paušalni iznos naknade štete ne pokriva stvarnu štetu, poslodavac može zahtijevati naknadu u visini stvarno prouzrokovane štete.²⁰⁹

207

član 127. ZPP FBiH, član 127. ZPP RS, član 94. ZPP pred Sudom BiH, član 250. ZPP BD

208

presuda Kantonalnog suda u Mostaru broj 58 0 Rs 161030 17 Rsž od 24.04.2019. godine, presuda Kantonalnog suda u Zenici broj 43 0 Rs 160655 20 Rsž od 25.02.2020. godine, presuda Osnovnog suda u Banjoj Luci broj 71 0 P 323323 20 P od 10.12.2020. godine, presuda Općinskog suda u Sarajevu broj 65 0 P 800192 19 p od 30.10.2020. godine

209

član 90. ZR FBiH, član 143. ZR RS, član 68, tačka 1. ZRI BiH

Međutim, u sudskoj praksi je do sada uglavnom visina naknade nematerijalne štete određivana nakon provedenog dokaza vještačenjem po vještaku odgovarajuće medicinske struke, a sudovi su za taj vid štete dosuđivali različite iznose koji su se kretali u rasponu od 1.000,00 KM do 10.000,00 KM.

U nekim slučajevima sudovi su na utvrđeni mobing kao oblik diskriminacije dosudili samo naknadu nematerijalne štete za pretrpljeni strah, u visini od 2.500,00 KM, dok su odbili zahtjev za nematerijalnu štetu za povredu ugleda i časti (dostojanstva).²¹⁰

Primjer:

U postupku po tužbi sa zajedničkim zahtjevima za uspostavljanje radnog odnosa, isplatu plaću i utvrđivanje mobinga na radnom mjestu, tužilac je proširio tužbu na zahtjev za utvrđivanje viktimizacije i naknadu nematerijalne štete zbog tog oblika diskriminacije.

*Pravosnažnom presudom dosuđena je naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti pričinjene viktimizacijom, time što je zbog činjenice da je iskoristio svoje zakonsko pravo i tražio zaštitu od diskriminacije kod poslodavca, smijenjen sa pozicije menadžera za kvalitet, pa, odlučujući o visini pravične novčane naknade iz ovog osnova, **sud se opredijelio na dosuđivanje iznosa od 2.000,00 KM.***²¹¹

Primjer:

*„Vezano za zahtjev tužiteljice za naknadu nematerijalne štete zbog mobinga na radnom mjestu, **provedeno je vještačenje po vještaku medicinske struke – neuropsihijatru, na okolnost duševnih patnji tužiteljice uzrokovanih stresom na poslu.** Među-*

*tim, nižestepeni sudovi su ocijenili da se razlozi za duševnu patnju koje je tužiteljica tokom postupka navodila ne mogu smatrati mobingom, kao oblikom diskriminacije na radnom mjestu, u smislu odredbe člana 4, stav 3. Zakona o zabrani diskriminacije.“*²¹²

Primjer:

*„Nalazom i mišljenjem vještaka potvrđeno je da je tužilac bio izložen psihičkom zlostavljanju na poslu, neprijateljskoj i neetičkoj komunikaciji na radnom mjestu koja je sistematično bila usmjerena od strane nadređenog i grupe prema njemu, da je tužilac bio izložen ponavljanim ponašanjima i aktivnostima na radnom mjestu koji su za cilj imali degradiranje njegovih radnih uslova, nanošenje štete njegovom dostojanstvu, profesionalnom ugledu, zdravlju i kompromitiranju njegove profesionalne budućnosti, stalnim strahom da će ostati bez posla. Iz nalaza proističe da postoji povezanost između mobinga, kao stresora radnog mjesta i posljedične štete iskazane privremenim umanjenjem životne aktivnosti odnosno da privremeno umanjenje životne aktivnosti je isključiva posljedica psihičkog zlostavljanja na poslu (uzročno-posljedična veza). **Imajući u vidu nalaz i mišljenje vještaka, te odredbu člana 200. ZOO, iznos nematerijalne štete od 5.000,00 KM** dosuđen od prvostepenog suda, po stavu ovog suda predstavlja pravičnu naknadu kao oblik otklanjanja štetnih posljedica koji se sastoje u isplati sume novca i predstavljaju satisfakciju za pretrpljenu nematerijalnu štetu s ciljem da se kod tužioca uspostavi psihička i emotivna ravnoteža koja je postojala prije diskriminacije i uznemiravanja u mjeri u kojoj je to moguće novčanom naknadom, a svojom visinom ne odudara od dosadašnje sudske prakse.“*²¹³

c. Materijalna šteta

210

presuda Vrhovnog suda Federacije BiH broj 39 o Rs 044374 18 Rev od 05.04.2018. godine

211

presuda Općinskog suda u Zenici broj 43 0 rs 160655 18 Rs od 15.11.2019. godine

212

presuda Vrhovnog suda Federacije - 32 0 Rs 150751 18 Rev od 08.01.2019. godine

213

presuda Vrhovnog suda Federacije BiH broj 65 0 P 106515 19 Rev od 02.07.2019. godine

Po općim pravilima obligacionog prava materijalna ili imovinska šteta može se popravljati uspostavljanjem prijašnjeg stanja i novčanom naknadom, a moguća je i kumulacija tih zahtjeva.

Uspostavljanje prijašnjeg stanja naziva se još i naturalna restitucija i moguća je kao:

- individualna restitucija tj. da se oštećenom vrati ona stvar koja mu je prethodno oduzeta,
- generična restitucija, kojom se umjesto uništene ili oštećene stvari dobiva druga stvar iste vrste ili kvaliteta i
- popravljavanje štete tako da se oštećenoj stvari poprave određeni dijelovi.

S druge strane, novčanom naknadom uklanjaju se štetne posljedice tako da se oštećenom isplati odgovarajuća svota novca kojom se vrijednost njegove imovine vraća u stanje prije štetne radnje. U tom slučaju ima pravo na naknadu obične štete i na naknadu izmakle koristi.

Oštećeni sam odlučuje koji oblik obeštećenja želi, a to uvijek zavisi od konkretne imovinske štete.

Kod zahtjeva za naknadu obične štete (troškovi liječenja i slično) visina se određuje prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke, a zatezna kamata od dospeljeća obaveze, a to je kod ovog oblika štete od dana nastanka štete.²¹⁴

Kod određivanja izmakle koristi²¹⁵ potrebno je dokazati:

- postojanje namjere sticanja koristi koja se zbog štetnikovog propusta izjalovila, tj. nije dovoljno da je oštećeni samo imao mogućnost povećanja svoje imovine koju nije želio iskoristiti;
- postojanje objektivne vjerovatnosti da bi oštećeni zaista stekao dobitak da nije bio u tome spriječen i
- postojanje dozvole za korist, što znači da treba biti povrijeđen neki oštećenikov pravno zaštićeni interes.

Materijalna šteta u parnicama za zaštitu od diskriminacije odnosi se uglavnom na isplate plaća i naknada koje su izostale nekim oblikom diskriminacije na radu ili u vezi zapošljavanja.

Primjer:

U postupku po tužbi tužioca M. G. iz K. protiv JP „E“ sa sjedištem u Sarajevu, ZD RMU „K“ u K. radu utvrđivanja diskriminacije i naknade štete, udovoljeno je tužbenom zahtjevu tužioca i utvrđena diskriminacija u radnji tuženog koji je s ostalim radnicima kojim je istekao ugovor o radu, zaključio nove ugovore o radu na neodređeno vrijeme osim sa tužiocem zbog javnog kritiziranja lokalne samouprave, uprave preduzeća i političkih stranaka na društvenim mrežama, te je naloženo tuženom da ukloni diskriminaciju i zaključi ugovor o radu s tužiocem na neodređeno vrijeme i tužiocu nadoknadi materijalnu štetu u visini plaća za period od kada su drugi zaključili iste ugovore (10 mjeseci).²¹⁶

214

član 186, stav 1. ZOO

215

član 189, stav 3. ZOO

216

presuda Vrhovnog suda FBiH broj 36 0 Rs 045754 19 Rev od 18.2.2020. godine

Odjeljak 6. ZAKLJUČCI

1.

Zaštita od diskriminacije normativno proizlazi iz EKLJP i njenih Protokola, a u nacionalni sistem BiH ugrađena je prvo u Zakon o zabrani diskriminacije (ZZD) i Zakon o ravnopravnosti spolova (ZRS) donesenih na državnom nivou, a zatim su izmjenama i dopunama unijete odredbe o zaštiti od diskriminacije i u druge zakone. Posebno je značajno usaglašavanje zakona o radu (ZR) u sva četiri sudska sistema i uređivanje zaštite od određenih specifičnih oblika diskriminacije na radu i procedura i pravila zaštite od diskriminacije radnika i lica koja traže zaposlenje, a odnedavno i poseban ZZUR koji dalje razrađuje oblast uznemiravanja na radu.

2.

Postupak zaštite od diskriminacije bez obzira na kojem propisu se zasniva (ZZD ili ZR ili ZZUR) je hitan postupak, zbog čega je od posebnog značaja posvetiti pažnju prethodnom ispitivanju tužbe kao fazi parničnog postupka, kako bi se otklonile sve nejasnoće ili nedostaci tužbe, izvršila pravilna ocjena blagovremenosti tužbe, određenosti oblika diskriminacije, relevantne činjenice koje upućuju na vjerovatnost ili opravdanost sumnje, kao i odgovarajući dokazi, sve prema zahtjevu iz tužbe. Odgovor na tužbu također mora sadržavati određene (konkretne) navode i prijedloge, pa i u tom dijelu Sud mora postupiti „aktivno“.

3.

U tužbama za zaštitu od diskriminacije po ZZD mogu se podnijeti tri tužbe: posebna tužba, tužba sa zajedničkim zahtjevima i kolektivna tužba. Međutim i ZR predviđaju zaštitu od diskriminacije po tim propisima, pa se u odnosu na oblike diskriminacije iz tih zakona, sudska zaštita provodi po tužbi u radnom sporu, sa svim rokovima iz tih zakona i pravilima ZPP u odnosu na tu vrstu sporova. Sudska praksa u RS će posebno morati da riješi odnos i preklapanje ZR RS i ZZUR.

4.

Sporna je praksa sudova da prihvataju raspravljanje o zajedničkim tužbama sa zahtjevima za zaštitu prava državnih službenika (poništanje odluke rukovodilaca i Agencije za žalbu koje se provodi po ZUP-u) i zahtjevima za zaštitu od diskriminacije, kada je specijalnim propisom određeno da se zaštita prava državnih službenika ostvaruje u upravnom sporu.

Stoga, neophodno je da najviše sudske instance u Bosni i Hercegovini zauzmu jasan stav o mogućnosti podnošenja zajedničkih tužbi, posebno u sistemima u kojima je sudska zaštita prava državnih službenika izričito propisana u upravnom sporu.

U Federaciji je potrebno Zakon o državnoj službi dopuniti u dijelu određivanja koji je to sud nadležan za ispitivanje konačnog akta donesenog u drugostepenom postupku od strane Agencije za žalbu i usaglasiti sa ostalim zakonima u BiH koji reguliraju ovu materiju, kako bi propisi bili harmonizirani i kako bi se otklonila sistemska diskriminacija (državni službenici u Federaciji jedini mogu u parničnom postupku pred općinskim sudom pobijati upravne akte).

Posebne tužbe za zaštitu od diskriminacije po ZZD, mogu pružiti zaštitu državnim službenicima u BiH.

5.

Poslodavac je uvijek pasivno legitimiran u postupcima po tužbama za zaštitu od diskriminacije na radu ili u vezi zapošljavanja, ali pitanje pasivne legitimacije drugih lica koja su zaposlena kod poslodavca nisu jedinstveno riješena u sudskoj praksi. Posebno se to odnosi na tužbe za mobing po ZZD, a po tužbama u radnom sporu, sudska praksa treba se usaglasiti oko pitanja da li uznemiravač ili mober ili zlostavljač može biti tužen solidarno s poslodavcem.

Posebno treba razmotriti procesni položaj tih lica u odnosu na zahtjev za naknadu štete zbog diskriminacije koju su oni uzrokovali svojom radnjom.

6.

Tužilac treba da učini vjerovatnim diskriminaciju (po ZZD) ili da iznese činjenice koje opravdavaju sumnju da je diskriminacija učinjena (po ZR), a tuženi mora da dokaže da diskriminacija nije učinjena ili da je različito postupanje učinjeno ili je izuzetak koji dozvoljavaju pravljene razlike po odgovarajućem zakonu, kada se njima ostvaruje legitimni cilj i ako postoji razuman odnos proporcionalnosti između sredstava koja se koriste i cilja koji se nastoji realizirati.

7.

U postupcima zaštite od diskriminacije nije uočeno često korištenje mjera osiguranja, a posebno ne i privremenih mjera osiguranja, a one predstavljaju mogućnost da se žrtva osigura od daljnje diskriminacije dok traje sudski postupak, a naročito ta procesna radnja može djelovati na sprečavanje viktimizacije.

8.

Sudska praksa različita je u primjeni, neki sudovi sporove zaštite diskriminacije i drugih prava smatraju radnim sporom, tako ih i zavode u CMS evidenciju (Rs), dok drugi smatraju da su to parnice i zavode ih kao P predmete i tretiraju kao antidiskriminatorne tužbe. Ova dilema do danas nije riješena, a praksa je pokazala da se u nekim sistemima primjenom ZPP revizije odbacuju. Stoga, u ovom dijelu postoji obaveza sudova da usklade sudsku praksu, ili da zakonodavac pojašni norme.

9.

Shodno navedenim različitim praksama, čini se nužnim posebnu pažnju prilikom vođenja sudskih postupaka posvetiti primjeni navedenih zakona u oblasti rokova pružanja sudske zaštite, jer propusti u poštivanju zakonom određenih rokova

za podnošenje tužbe imaju za posljedicu odbačaj tužbe. ZZD propisuje rok od tri (3) godine za podnošenje tužbe za zaštitu od diskriminacije, a ZRI BiH i ZR FBiH propisuju kratke rokove (30 dana) pa treba jasno definirati koji propis se primjenjuje već u fazi pripremanja glavne rasprave.

10.

Koja pravila o dozvoljenosti revizije se primjenjuju na pravosnažne presude drugostepenih sudova kada je odlučeno o posebnoj ili zajedničkoj tužbi kojom se traži i zaštita od diskriminacije, jer ZZD dozvoljava uvijek reviziju, a rok za njeno podnošenje je tri (3) mjeseca, dok ZPP propisuje razna ograničenja (u licima koja mogu podnijeti reviziju, rok za podnošenje tog lijeka je 30 dana), zavisi od opredjeljenja tužioca za koji oblik diskriminacije traži zaštitu, imajući u vidu sve razlike i sličnosti koje su evidentne u pružanju zaštite pojedinim tužbama.

11.

Obaveza sudskih organa da vode evidenciju predmeta diskriminacije i u vezi sa tim i dostavljanje tih evidencija nadležnom Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice BiH, do sada nije adekvatno izvršavana. U cilju potpune kontrole tog postupka VSTV koji upravlja sa CMS sistemom evidencije svih predmeta u sudovima, mogao bi da uredi ovu materiju pravilima o načinu dostavljanja tih podataka. Međutim, to zahtijeva pouzdanost i tačnost unosa podataka u CMS u prvostepenim sudovima, a čemu treba posvetiti dužnu pažnju.

Osvrt na publikaciju

Poštovani čitaoci,

kao član Radne grupe Visokog sudskog i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine, oformljene u svrhu pregleda i pripreme osvrta na publikacije sudske prakse, pregledala sam publikaciju pod nazivom "Sudska praksa u predmetima diskriminacije" koju su pripremile sudije Slavica Čindrak iz Vrhovnog

Zahvaljujemo se Visokom sudskom i tužilačkom vijeću Bosne i Hercegovine što u Misiji OSCE-a u Bosni i Hercegovini prepoznaje partnere, kao i na povjerenju da nam povjeri zadatak pregleda publikacije sudske prakse na temu "Sudska praksa u predmetima diskriminacije".

Cijenimo da je priprema ove publikacije od izuzetnog značaja za cjelokupnu pravosudnu zajednicu

suda Federacije Bosne i Hercegovine i Zvezdana Antonović iz Suda Bosne i Hercegovine.

Cijenim da je ova publikacija veoma ozbiljno urađena, te da će bez sumnje doprinijeti edukaciji iz ove oblasti.

sudija Jadranka Stanišić,
član VSTV-a BiH

i podržavamo sve napore u cilju finalizacije ovog značajnog dokumenta, kao i drugih aktivnosti koje provodite u polju nediskriminacije.

Pozdravljamo rad autorica i svjesni smo da su uložili mnogo napora uz sva postojeća ograničenja pristupa sudskoj praksi. Nadamo se da su komentari i sugestije Misije OSCE-a bile od pomoći.

Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini

Poruka autora

Rad na ovoj publikaciji za mene je bilo jedno izuzetno iskustvo u relativno novoj oblasti zaštite ljudskih prava, kakva je zaštita od diskriminacije u sudskom postupku. Poseban značaj dat je analizi svih propisa iz oblasti diskriminacije i sudskoj praksi, sa osvrtom na sva četiri sistema vlasti u Bosni i Hercegovini.

Diskriminacija kao pojava je prisutna u svim sferama društva. Međutim, ono što razlikuje jedno društvo ili zajednicu od drugih je upravo odnos prema nelegitimnoj diskriminaciji, osobama ili grupama koje je vrše i prema onima koji je trpe. Taj odnos upućuje na stepen demokratičnosti i pravičnosti jednog društva prema svojim građanima, odnosno ukazuje koliki je stepen uživanja ljudskih prava koji je zagaranovan građanima.

Veliki je izazov bilo uraditi ovu publikaciju, jer se vodilo računa da ista bude od koristi kolegama sudijama koji rješavaju predmeta iz oblasti zaštite od diskriminacije. Publikacija je podijeljena na dva dijela, materijalni i procesni dio, sa velikim brojem primjera iz sudske prakse prvenstveno iz razloga da se ukaže na sve nejasnoće na putu potpune i zakonite zaštite žrtava od diskriminatora u sudskom

Uočene su sličnosti i razlike, za koje praksa sudova još uvijek nije dala adekvatne, a posebno ne i jedinstvene odgovore u tumačenju, u svim propisima koji uređuju ovu oblast nakon 2016. godine.

Skretanjem pažnje na ta pitanja, smatram da je ispunjena svrha ove publikacije.

Slavica Čindrak,
sudija Vrhovnog suda
Federacije Bosne i Hercegovine

postupku, ali i osnaži svijest o mogućnosti uspjeha u sudskom postupku.

Analizirano je preko 100 odluka najviših sudova u Bosni i Hercegovini, donesenih u periodu od januara 2017. godine do sredine 2021. godine, kao i znatan broj odluka Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde gdje je predmet spora bila zaštita od diskriminacije.

Značajan prostor je posvećen analizi i usporedbi sadržine pojedinih oblika diskriminacije po Zakonu o zabrani diskriminacije, ali i oblika diskriminacije po zakonima u radu, sa ciljem da stranka može predvidjeti tok i ishod postupka, a sud brže identificirati sve nejasnoće radi što hitnijeg okončanja postupka zaštite od diskriminacije, jasnim određenjem pravila postupka koja se primjenjuju.

Zvezdana Antonović,
sudija Suda Bosne i Hercegovine

**Sudska praksa u
predmetima diskriminacije**

