

Dr. sc. Samir Zuparević, vanredni profesor
Fakultet pravnih nauka Sveučilište/ Univerzitet „Vitez“, Vitez

POSEBNA DOKAZNA SREDSTVA DISKRIMINACIJE: MIT ILI REALNOST U DRŽAVAMA ZAPADNOG BALKANA

UDK: 347:342

DOI: 10.31141/ZRPFS.2020.57.136.605

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 20. veljače 2019.

Autor u doprinosu istražuje smisao i značenje posebnih dokaznih sredstava diskriminacije u sudskom postupku. U tekstu autor rasvjetljava kontroverziju između tradicionalnih dokaza i novih dokaza diskriminacije u sudskim postupcima kako pojedinih država članica Evropske unije, tako i država Zapadnog balkana s posebnim osvrtom na Bosnu i Hercegovinu. U tom je kontekstu posebna pozornost posvećena odnosu između vrsta dokaznih sredstava i prebacivanju tereta dokaza, a naročito novim načinima i tehnikama dokazivanja djela diskriminacije. Radi svrhovitog izlaganja i logičkog usustavljanja građe doprinos je podijeljen u tri zasebna dijela. U prvom dijelu autor istražuje argumente pro et contra za korištenje pojedinih vrsta dokaznih sredstava u sudskom postupku, te ulogu i značaj prebacivanja tereta dokaza sa tužitelja na tuženika. Na tim se osnovama, u drugom dijelu, zatim propituju mogućnost i domašaj primjene statističkog i eksperimentalnog dokaza, naročito slučaj situacionog testiranja diskriminacije. U posljednjem dijelu članka, autor donosi kritičku analizu uloge posebnih dokaznih sredstava u dokazivanju diskriminacije, te primjenjivosti statističke i eksperimentalne metodologije u sudskim postupcima zemalja zapadnog Balkana, uključujući i najtipičnije primjere i konkretne smjernice kako da se to uspješno sprovede u dokazivanju diskriminacije koji je i bio neposredni povod nastanka ovog doprinosa.

Ključne riječi: *Temeljna ljudska prava, diskriminacija, dokazna sredstva, prenošenje tereta dokaza, statistički dokaz, eksperiment, situaciono testiranje diskriminacije, Europska unija, Zapadni Balkan*

1. UVOD

Domaće i međunarodno pravo uživanje prava i sloboda osigurava svakom pojedincu bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što su spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili neki drugi status. Diskriminacija se može počinuti kada se prema osobi ili grupi osoba koje se nalaze u istoj ili sličnoj situaciji sa drugim osobama postupa nepovoljnije, i to zbog navedenog ličnog svojstva, što predstavlja direktnu diskriminaciju ili kada se prema osobi ili grupi osoba jednako postupa, ali kada takvo postupanje proizvodi različite (nepovoljnije) posljedice u odnosu na tu osobu, odnosno grupu osoba, zbog

nekoj njihovog ličnog svojstva koje se nije uzelo u obzir, što predstavlja indirektnu diskriminaciju. U praksi se diskriminatorno postupanje dešava u različitim oblastima društvenog života kao što su rad i zapošljavanje, obrazovanje, socijalne povlastice, pristup stanovima, ugostiteljskim objektima i sl. Žrtve mogu u parničnom postupku tužiti diskriminatora povodom povrede nekog konkretnog prava ili u samostalnoj antidiskriminacijskoj tužbi¹ tražiti da se utvrdi diskriminacija, zabrani ili otkloni diskriminacija, dobije novčana naknada i eventualno presuda objavi u medijima o trošku tuženika.² Prema praksi Europskog suda za ljudska prava u Strasbourg, ³ lošiji tretman pojedinca zbog njegove pripadnosti određenim manjinskim skupinama koje su zaštićene zabranom nejednakog postupanja, predstavlja djelo diskriminacije samo ukoliko takav tretman nema «objektivno i razumno opravdanje», zatim, ukoliko nema «legitimani cilj» i na kraju, ukoliko ne postoji «razumna proporcionalna veza između upotrebljenih sredstava i cilja koji se želi postići». Da bi sud odlučio o diskriminaciji, moraju se prikupiti pravno relevantne činjenice koje se utvrđuju dokazima. Predmet dokazivanja (thema probandi) u antidiskriminacijskoj tužbi sastoji se od tvrdnje. Prva je da je tužitelj žrtva diskriminacije, a druga je tvrdnja tuženika da je različit tretman tužitelja opravdan. Drugim riječima, dokazivanjem se provjerava istinitost iznesenih tvrdnji, odnosno činjenica za koje treba utvrditi da li su se dogodile u prošlosti, odnosno da li postoje u sadašnjosti,⁴ pa na kraju sud izvodi zaključak o postojanju ili nepostojanju djela diskriminacije prema tužitelju. Dokazivanje je vrlo složen i osjetljiv proces svakog sudskog postupka. U tradicionalnom dokaznom postupku svaka stranka dužna je da dokaže činjenice na kojima zasniva svoj zahtjev. Sud će slobodnom ocjenom dokaza utvrditi činjenice na osnovu kojih će donijeti odluku. Međutim, žrtvama često nedostaju važne informacije koje su utjecale na njihovu diskriminaciju. Ova pojava je teško dokaziva jer se dešava u „četiri“ oka između diskriminatora i žrtve a radi se o skrivenim namjerama ili prikrivenoj praksi poslodavca ili državnog službenika.

Evidentno je da brojni slučajevi diskriminacije nikada ne završe na sudu. Razlozi su mnogobrojni. Kao prvo, osobe koje odlučuju o podjeli različitih prava kao što su poslodavci, stanodavci, javni službenici i sl. nemaju dovoljno znanja o diskriminaciji. Žrtve često ne prepoznaju ili imaju samo površno znanje o diskriminaciji. Osim toga, diskriminacija je često skrivena i obavijena velom tajne, pa je takvo ponašanje teško dokazivo na sudu. Imajući u vidu da je domaća i međunarodna sudska praksa prilično oskudna i nerazvijena, advokati, sudije

¹ U prvom postupku sud odlučuje o pravima koja se diskriminacijom krše i tu se pitanje diskriminacije postavlja kao prethodno pitanje, a u drugom postupku radi se o samostalnom sudskom postupku za zaštitu od diskriminacije kao glavnom zahtjevu.

² Diskriminacija može biti predmetom prekršajnog i kaznenog postupka. Anti-diskriminacijskim zakonima mogu biti određena diskriminatorna postupanja definirana kao prekršaji, te su za njih predviđene novčane kazne. Razina novčane kazne ovisi o obliku diskriminacije (uznemiravanje, spolno uznemiravanje i sl.), te o tome je li pri tome tuženik strana fizička ili pravna osoba. Najteži slučajevi diskriminacije kao što su govor mržnje, kaznena djela motivirana mržnjom prema određenoj skupini. sankcionirana su kaznenim zakonima.

³ Belgian Linguistics case, July 23, 1968., para 10.

⁴ B. Poznić, V. Rakić-Vodinić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 1999., s. 231.

i tužitelji nemaju dovoljno praktičnog iskustva u rješavanju ove problematike. Dostupni izvještaji o sudskim postupcima diskriminacije u Bosni i Hercegovini, pokazuju da domaći sudovi uvode vrlo visok prag koji tužilac mora dostići da bi teret dokazivanja prebacio na tuženu stranu, ili čak potpuno zanemaruju ovaj važni princip, primjenjujući opšta pravila parničnog postupka i na predmete koji se odnose na diskriminaciju.⁵ Stoga, postavlja se pitanje kako će u takvim okolnostima žrtva diskriminacije uopće dokazati pred sudom da se diskriminacija prema njoj zaista dogodila. Broj uspješno okončanih slučajeva diskriminacije upravo zavisi od dokazivosti takvog djela. Proteklih dvadeset godina stanje se znatno popravilo nakon što je Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu odbacio konzervativan pristup predmetima diskriminacije. Napredak je evidentan u državama članicama Europske unije koje su na temelju jednakosnih direktiva EZ usvojile anti-diskriminacijske zakone. Bez obzira što je u državama Zapadnog Balkana primijenjen dosta širok spektar međunarodnih i domaćih pravnih instrumenata za zaštitu žrtava diskriminacije, osnovna namjera ovog teksta jeste da ukaže da i dalje najveća opasnost prijeti da diskriminacija ostane nedokazana. Vrlo važno je odrediti koji su to ključni aspekti dokazivanja djela diskriminacije, te obrazložiti posebna dokazna sredstva i da li je moguće njihovo korištenje u državama Zapadnog Balkana u stvari mit ili realnost.

2. VRSTE DOKAZNIH SREDSTAVA

Dokazno sredstvo (*media, instrumentum probandi*) ili dokaz (*probatio*) su pojmovi koje ovdje uzimamo kao sinonime. To su činjenice iz kojih se čulnim opažanjem crpi saznanje o istinitosti tvrdnje o postojanju ili nepostojanju činjenice čije je utvrđivanje od značaja za parnični i upravni postupak.⁶ Dokazna sredstva saznanja o diskriminaciji mogu biti osobe i stvari. U osobna sredstva ubrajamo svjedoke, vještake i saslušanje stranaka. Javne i privatne isprave, tonski zapis, predmeti uviđaja spadaju u stvarna sredstva. Navedena dokazna sredstva nisu formalno rangirana prema svom značaju i imaju jednaku dokaznu snagu prema načelu slobodne sudske ocjene dokaza. Koje će se činjenice uzeti kao dokazane odlučuje sud na osnovu slobodne ocjene dokaza. Sud je dužan da savjesno i brižljivo cijeni svaki dokaz posebno i sve dokaze zajedno.⁷ Teoretski, za dokazivanje diskriminacije primjenjiv je dosta širok spektar stvarnih dokaznih sredstava. Bilo koje pisano javno ili privatno saopćenje i dokumenat, zatim snimak telefonskog razgovora, listing i sadržaj elektronske pošte, mišljenje ombudsmana, nalaz i mišljenje vještaka ekonomske, medicinske i psihološke struke, predmeti uviđaja,

⁵ A. Ivanković-Tamamović, *Pogrešna logika dokazivanja u antidiskriminacionim predmetima: Slučaj Vrhovnog suda Federacije BiH*, Sarajevo 2015., s. 5., A. Hanušić, *Sudska zaštita od diskriminacije u BiH: Analiza zakonskih rješenja i prakse u svjetlu prvih predmeta u ovoj oblasti*, Sarajevo 2013., s. 41.

⁶ Poznić, Vodinelić (bilj. 4) s. 395.

⁷ Čl. 8. Zakona o parničnom postupku, *Sl. novine FBiH*, br. 53/03, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, *Sl. novine FBiH*, br. 73/05, 19/06.

fotografije i sl. mogu poslužiti u tu svrhu. Od osobnih dokaznih sredstava ključno je saslušanje stranaka, svjedoka i vještaka, zatim trećih lica koji imaju interes u postupku kao što su sindikati i vijeća zaposlenika, brojna strukovna udruženja i nevladine organizacije za zaštitu ljudskih prava. Svi navedeni dokazi posebice i u međusobnoj vezi su podobni da sud potpuno uvjere u istinitost tvrdnje o postojanju diskriminacije. Na primjer, pojedinci ne budu posluženi u kafanama ili restoranima, ne dobiju traženi posao, stan, socijalnu povlasticu ili adekvatnu ljekarsku pomoć i sl. samo zato što pripadaju određenim ranjivim skupinama. Često se dešava da žrtve nemaju nikakve dokaze diskriminacije. Razlozi su mnogobrojni. Lošiji tretman takvih osoba može biti izražen eksplicitno i neeksplicitno. Diskriminacija je počinjena eksplicitno, na primjer, ako konobar ili gazda u restoranu kaže gostu da ne posluhuje «Rome» ili «crnce» ili ako direktor firme odbija zaposliti kandidata saopćavajući mu da to čini iz razloga njegove tamnije boje kože. Ovo je čak osobno doživio i Predsjednik evropske mreže protiv rasizma Bashy Quraishy kome je jedan poslodavac u Danskoj nakon 69 bezuspješnih aplikacija kao tamnoputom mladom inženjeru 1970. godine rekao: “Gospodine Quraishy, Vaše kvalifikacije su odlične, ali Vi ste pogrešne boje kože. Ja mislim da svaki zaposleni Danac ne želi biti potčinjen čovjeku Vaše pozadine.”⁸ Diskriminacija se odvija verbalnom komunikacijom u „četiri oka“ bez ikakvih materijalnih ili osobnih dokaza. Situacija je još teža kada se diskriminacija odvija prikriveno iza kulisa, neeksplicitno gdje se riječi „Romi“, „crnci“ i sl. ne spominju. Na primjer, brojni noćni klubovi u Francuskoj nisu dozvoljavali ulazak osobama tamnije boje kože pod izgovorom da je potrebno biti član kluba ili da je u toku privatna zabava. Često se dešava da se Romi telefonski pozovu na razgovor za posao na koji su se ranije javili, ali kad dođu bude im odmah rečeno da nema slobodnog radnog mjesta ili da je ono nedavno popunjeno. Tu je diskriminacija perfidna i nije prisutna u verbalnoj komunikaciji. Bez dokumenta, tehničkog zapisa ili izjave svjedoka koji su vidjeli ili čuli za takvo ponašanje, žrtva se ne može pozvati na diskriminaciju.

Teret dokazivanja (*onus probandi*) je dužnost određenih procesnih subjekata da sudu ili organu uprave pruže obavještenja o dokaznim sredstvima pomoću kojih se ovi subjekti mogu uvjeriti u istinitost određene tvrdnje.⁹ Povodom diskriminacije teret dokaza najprije leži na tužitelju – jednom ili više osoba koje tvrde da su žrtve diskriminacije. U predmetu Nachova¹⁰ sud je zauzeo stajalište da u postupku ne može biti procesnih zapreka (procedural barriers) za dopuštenost dokaza. Prihvaćena je slobodna evaluacija svih dokaza. U nedostatku čvrstog dokaza diskriminacije, tužitelj najprije treba da pruži „prima facie“ dokaz, to jest, dokaz na prvi pogled do koga se dolazi posredno, odnosno, logičkim zaključivanjem o uzročno-posljedičnoj vezi na osnovu pravila životnog iskustva. To znači da se uvjerenje organa koji

⁸ B. Liegl, B. Perching, B. Weyes, *Combating Religious and Ethnic Discrimination in Employment from the EU and International Perspective*, Preface, European Network Against Racism 2004, s. 3. Nakon 34 godine od toga situacija nije puno bolja. Prema provedenim istraživanjima, skoro 50 % pripadnika etničkih manjina su nezaposleni.

⁹ S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1986., s. 395-396.

¹⁰ Case of Nachova vs. Bulgaria, ECtHR, Judgment 2005, point 142.

vode postupke o istinitosti iznesenih tvrdnji dovodi do stepena vjerovatnosti.¹¹ Tužitelj treba da pokaže da je postupanje prema njemu bilo nepovoljnije nego prema nekom drugom u usporedivoj (analognoj) situaciji, a da je ta razlika u postupanju utemeljena na jednom od zabranjenih osnova.¹² On obično nema problema kod utvrđivanja na koji način se prema njemu postupalo sa manje naklonosti nego prema drugima.¹³ Dodatna obaveza jeste da identificira svoju pripadnost skupini prema kojoj je uspostavljen zabranjeni osnov razlikovanja. Na primjer, ako se osobi tamnije boje kože zabrani ulazak u noćni klub zbog prenatrpanosti, on će učiniti vjerovatnim da je prema njemu počinjena rasna diskriminacija ako dokaže da je osobama bijele boje kože nakon toga omogućen ulazak. Osim toga, komparator ne mora uvijek da bude i stvarna osoba, nego je moguće koristiti i hipotetičkog komparatora. To je dozvoljeno u slučaju da tužitelju nedostaje bilo kakav konkretan komparator. Hipotetički komparator se može "konstruisati" na osnovu minimuma standarda ponašanja, npr. ponašanja uslovljenog poštivanjem ljudskog dostojanstva ili ponašanja razumnog poslodavca.¹⁴ Tu važi blaži stupanj dokazivosti, jer sud treba uvjeriti samo u to da je tužbeni zahtjev "vjerojatno više osnovan no što nije" (*'more likely than not' to be true*). Takav standard dokaza se naziva "vaganje vjerojatnosti" (*'balance of probabilities' standard of proof*).¹⁵ Isti je suprotan strožijem standardu dokaza "izvan razumne sumnje" (*'beyond reasonable doubt', 'beyond reasonable suspicion' standard of proof*) koji znači da će sud neku činjenicu smatrati utvrđenom ukoliko nema mjesta razumnoj sumnji da predloženi dokazi ne upućuju na postojanje te činjenice.¹⁶ Ukoliko osoba ili grupa osoba, na osnovu njima raspoloživih dokaza, učine vjerovatnim da je došlo do diskriminacije, teret dokazivanja da nije došlo do diskriminacije leži na suprotnoj strani.¹⁷ Dakle, na tuženika prelazi teret dokaza u namjeri da dokaže da nema nikakvog zabranjenog razlikovanja ili da je razlika opravdana prirodom posla, odnosno, djelatnosti kojom se tuženik bavi, te da je tuženik preduzeo sve raspoložive mjere da ukloni nejednako postupanje. U pravu Hrvatske¹⁸ i Bosne i Hercegovine¹⁹ to je dopušteno samo u pogledu samostalne anti-diskriminacijske tužbe po kojoj sud o diskriminaciji odlučuje kao glavnom pitanju bez obzira da li je istom izvršena povreda nekog drugog subjektivnog prava.

¹¹ B. Đurićin, *Utvrdjivanje istine u parničnom postupku*, Podgorica 1998., s. 108-112.

¹² J. Omejec, „Zabrana diskriminacije u praksi Europskoga suda za ljudska prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5-2009, s. 960.

¹³ Case of Karlheinz Schmidt vs. Germany, 22 and 24 June 1994. Appl. No 13580/88.

¹⁴ Lilla Farkas, „Getting it Right the Wrong Way? The Consequences of a Summary Judgment: the Maister Case“, *European Anti-discrimination Law Review*, No 15-2012, s. 27, 29.

¹⁵ J. Omejec, „Zabrana diskriminacije u praksi Europskoga suda za ljudska prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 5-2009, s. 966.

¹⁶ E. Grdinić, „Europski sud za ljudska prava i zaštita prava na život“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 27-2006, s. 1101.

¹⁷ Čl. 20. Zakona o suzbijanju diskriminacije Republike Hrvatske, Narodne Novine, br. 85/08, 112/12.

¹⁸ Čl. 16. (bilj. 17).

¹⁹ Članak 12. stav 1. Zakona o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine *Sl. gl. BiH*, br. 59/09, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zabrani diskriminacije, *Sl. gl. BiH*, br. 66/16.

Potrebno je odrediti vrste dokaznih sredstava koja se mogu koristiti kao prima facie dokaz diskriminacije na sudu. Nevladina organizacija „Interights“ iz Londona kao umješač u predmetu Nachova²⁰ istakla je sljedeće dokaze koje su prihvatile nacionalne jurisdikcije. To su dokaz „generalne slike“ nepovoljnog položaja (evidence of a „General Picture“ of disadvantage), opća spoznaja o diskriminaciji (common knowledge of discrimination), činjenice iz običnog života (facts from general life), općepoznate činjenice (facts that were generally known), okolnosti (background facts), posredni dokazi (circumstantial evidence) i oslanjanje na izvođenje zaključka. Ovaj posljednji se izvodi iz koegzistencije dovoljno čvrstih, jasnih i međusobno usklađenih zaključaka ili iz slučaja neosporenih presumpcija činjenica. Sve ovo može pomoći stvaranju slike o subjektivnoj diskriminaciji čiji značaj nije toliko u konačnom dokazivanju djela diskriminacije, već u stvaranju pretpostavke za prenošenje tereta dokaza (onus probandi) sa tužitelja na tuženika. Tu su važna iskustva Londonske radionice (London Workshop) o postupanju sudova Velike Britanije u svezi subjektivne diskriminacije u obliku dosljednog obrasca zaključivanja (drawing inferences) o premještanju tereta dokaza na tuženika radi njegova opravdanja navodnog diskriminacionog tretmana.²¹ U stadiju koji prethodi sudskom postupku, navodna žrtva može popuniti anketni upitnik prezentovan od strane specijalnih tijela za jednakost u Velikoj Britaniji.²² Upitnik se zatim dostavlja tuženiku radi iznošenja svojih razloga koji osporavaju navodni diskriminacioni tretman. Ako tuženik nije popunio anketni upitnik ili je napisao nerazumne odgovore, sud može naći opravdanje za primjenu dosljednog obrasca zaključivanja i premjestiti teret dokaza na tuženika. Mada ovo nema karakter zvaničnog sudskog stajališta, brojni slučajevi diskriminacije u Velikoj Britaniji su bili presuđeni u korist tužitelja upravo zbog neadekvatnog odgovora tuženika na ponuđeni anketni upitnik. Metodom analogije ovaj upitnik je primijenjen i u drugim evropskim državama od strane pravnikar koji se bave diskriminacijom.²³ U ovom radu ću se dalje posvetiti primjeni statističkih podataka i situacionog testiranja (situation testing) kao posebnih dokaznih sredstava za prenošenje tereta dokaza sa tužitelja na tuženika.

3. STATISTIČKI METOD U DOKAZIVANJU DISKRIMINACIJE

Statistički metod je matematski metod kojim se prikupljaju, sažimaju podaci o određenim činjenicama i izvode odgovarajući zaključci o društvenim zakonitostima na osnovu velike količine takvih podataka. Ispitivanje pravnih pojava statičkim metodom podrazumijeva obradu svih činjenica iste vrste na osnovu posmatranja velikih brojeva, zatim uzimanja prosjeka i njegovih odstupanja i korelacija među njima. Skup pojava određene vrste na koji primjenjujemo statistički metod nazivamo

²⁰ Point 142 (bilj. 10).

²¹ European Roma Rights Center (ERRC), *Strategic litigation of Race discrimination in Europe: From principles to practice*, Budapest 2004, s. 70.

²² Equality and Human Rights Commission UK.

²³ ERRC (bilj. 21) s. 70.

statističkom masom. Na primjer, broj nezaposlenih osoba koje pripadaju etničkim manjinama evidentiranih u zavodu za zapošljavanje. Ovu masu čine statističke jedinice kao što su pripadnici etničkih manjina, broj nezaposlenih i intervjui za posao i sl. Tu se mogu prikupljati sljedeći kvantitativni podaci (broj građana preko 18 godina života u datoj državi), zatim kvalitativni podaci (broj nezaposlenih građana i broj nezaposlenih pripadnika etničkih manjina), kao i hronološki (podaci u određenom periodu).²⁴ Statistikom se može utvrditi, na primjer, da domaći sudovi redovito okrivljenicima porijeklom iz drugih zemalja Zapadnog Balkana izriču veće kazne za ista kaznena djela u usporedbi sa okrivljenicima koji su domaći državljani. Postavlja se pitanje kako statistički podatak može biti koristan za dokazivanje diskriminacije. U slučaju direktne diskriminacije statistički podatak nema nikakav značaj, jer je lošiji tretman neke osobe očigledno evidentan u sadržini pravnog akta ili materijalne radnje. Na primjer, ukoliko je u javnom oglasu za najam stanova navedeno da su od najma isključene životinje i obojeni, njegova sadržina direktno lošije tretira navedene kategorije, pa nije potrebno tragati za drugim sličnim oglasima koji bi kao statistički podatak poslužili za dokazivanje diskriminacije. Druga situacija je u slučaju indirektno diskriminacije. Tu naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa stavlja ili bi mogla stavljati u nepovoljniji položaj u uživanju prava osobu koja pripada ranjivim skupinama u odnosu na druge osobe koje se nalaze u istoj ili sličnoj situaciji, osim ako se to ne može opravdati legitimnim ciljem, a sredstva za postizanje tog cilja su primjerena i nužna. Na primjer, pravilnikom se učenicima pokrivenim maramom ili turbanom zabrani pristup školi. Učenici koji se prekrivaju maramom ili turbanom iz vjerskih razloga mogu biti diskriminirani iako škola to opravdava razlozima higijene, uniformnosti, sigurnosti i sl. Tu nije važna diskriminatorna namjera školske uprave, već je važno što ova naizgled neutralna odredba neke učenike pogađa jače u odnosu na ostale. Pošto je teško dokazivo da zabrana ima diskriminatorne učinke, statistički podaci mogu biti korisni za njihovo utvrđivanje. Na primjer, podaci o broju muslimanskih učenica u razredima škole koja je uvela zabranu u odnosu škole koje nemaju tu zabranu. Međutim, to ne znači da svaki statistički podatak dokazuje odmah diskriminaciju. Što se veći broj osoba nalazi u nepovoljnijem položaju, to je diskriminacija vjerojatnija i obrnuto. Da bi broj pogođenih osoba određenim tretmanom bio relevantan za diskriminaciju, isti mora biti uporno prisutan i relativno konstantan. Na primjer, značajno veći broj zaposlenih muškaraca u odnosu na žene kroz duže vremensko razdoblje je bitan statistički podatak. U istočnom dijelu Češke Republike 1999. godine provedeno je istraživanje Europskog centra za prava Roma. Pomoću statistike nastojalo se dokazati diskriminatorno postupanje vlasti prema romskoj djeci u oblasti obrazovanja.²⁵ Prebrojavanje romske djece i ostale djece u osnovnim školama okruga Ostrava pokazalo je da većina romske djece pohađa škole u kojima se ne stiču potrebna

²⁴ S. Zuparević, *Metodologija prava s osnovama nomotehnike*, Sveučilište/Univerzitet, Vitez 2016., s. 16.

²⁵ European Roma Rights Centre, *Prepoznavanje rasne diskriminacije i borba protiv nje: kratki vodič*, Publikacija, Dostupno na web-u: http://lists.errc.org/publications/pamphlets/discrimination_bos.shtml.

znanja kojima će biti konkurentni na tržištu rada, zarađivati dobre plate i voditi dostojanstven život.²⁶ Brojke su dokazale da je taj okrug strogo podijeljen po rasnoj i nacionalnoj osnovi. Međunarodna organizacija rada je u jednom od svojih izvještaja²⁷ statistički dokaz uvrstila među pet najvažnijih sredstava za dokazivanje diskriminacije.

Statistički podatak predstavlja samo posredan dokaz diskriminacije koji ne može dokazati samu diskriminaciju, dok se ostali dokazni parametri ne identifikuju i uračunaju.²⁸ Izuzetno poređenjem statističkih podataka o visini plaća može se dokazati da su žene manje plaćene u odnosu na muškarce za isti rad ili posao kod konkretnog poslodavca. Protiv ovog dokaza stoje propisi o zaštiti osobnih podataka koji zabranjuju prikupljanje takvih podataka bez pristanka komparatora. Zbog toga se žene mogu suočiti sa nepremostivim teškoćama u pokretanju sudskih postupaka. U predmetu *Hoogendijk*,²⁹ Europski sud za ljudska prava je zauzeo stav da ako je aplikant u stanju pokazati, na osnovu neospornih službenih statističkih podataka, postojanje očiglednih indicija da određeno pravilo – mada je formulisano na neutralan način – u stvarnosti očigledno pogađa veći broj žena nego muškaraca, na tuženoj državi je obaveza da pokaže kako je to rezultat objektivnih činilaca nevezanih za diskriminaciju na temelju spola. Dalje, u predmetu *D. H. i drugi*,³⁰ je istakao da se u slučajevima indirektno diskriminacije statistički podaci mogu priznati kao valjan dokaz diskriminacije. Osim toga, sud je pribilježio informacije od strane NO Interights London kao umješaka (third-party interveners) da sudovi u brojnim zemljama, kao i nadzorna tijela UN-a, uobičajeno prihvataju statističke podatke kao dokaze indirektno diskriminacije s ciljem da žrtvama olakšaju zadaću pružanja prima facie dokaza na sudu. Statistički podaci koji nisu osporeni od strane tuženika pokazuju prima facie dokaz da lošije postupanje pogađa većinom određene ranjive ili suspektne skupine.³¹ Dakle, barem statistički podatak o prosječnoj plaći žena i muškaraca može poslužiti za prenošenje tereta dokaza sa tužitelja na tuženika.

²⁶ Polovina romske djece školskog uzrasta pohađalo je specijalne škole i preko polovine od ukupnog broja djece u takvim školama su bili Romi. Većina romske djece koja nisu pohađala škole za mentalno retardiranu djecu su koncentrisana u mali broj osnovnih škola u određenim predgrađima Ostrave; preko 30 škola od ukupno 70 normalnih osnovnih škola u Ostravi je bilo potpuno "bijelo", to jest, nije bilo niti jednog romskog djeteta koje je pohađalo te škole.

²⁷ J. Wrench, T. Modood, *The effectiveness of employment equality policies in relation to immigrants and ethnic minorities in the UK*, Report commissioned by the International Labour Office, International Migration Papers 38, Geneva 2000, s. 24. Dostupno na webu: <http://www-ilo-mirror.coronell.edu/public/english/protection/migrant/download/imp/imp38.pdf>.

²⁸ *Migrants, Minorities and Employment, Exclusion and discrimination in the 27 Member States of the European Union*, October 2003., s. 56. Dostupno na webu: <https://fra.europa.eu>. Jedino se na ovaj način može biti u stanju izraziti mišljenje da radne nejednakosti mogu biti posljedica diskriminatornih praksi (to nama ne može ništa reći o vođenju postupaka za diskriminaciju).

²⁹ *Hoogendijk v. the Netherlands*, ECtHR aplikacija br. 58641/00, 6. I. 2005.

³⁰ *D.H. and others vs. Czech Republic*, ECtHR, Judgment 2007.

³¹ U predmetu *Opuz vs. Turkey*, ECtHR judgment 2009, sud je priznao valjanim dokazima i izvještaje vezane za nasilje u porodici u Turskoj, a koje su mu dostavile dvije nevladine organizacije. Turska vlada te izvještaje nije osporila. Statističke informacije koje nisu osporene pokazuju prima facie indicije da nasilje u porodici većinom pogađa žene i da je opća diskriminatorska sudska pasivnost u Turskoj stvorila klimu koja je doprinijela nasilju u porodici.

Isti dokaz je bio u fokusu interesovanja Europskog suda pravde u Luxembourg u slučaju Danfos.³² Po tužbi sindikata u ime radnica kompanije Danfos A/S izrađen je statistički pregled plaća za 157 radnika/ca između 1982. i 1986. godine. Ovaj pregled je pokazao da je prosječna plaća muškaraca bila za 6,85 % veća od one koja je isplaćena ženama. Iako je temeljna bila svima jednaka, poslodavac je obračunavao dodatak na plaću, inter alia, na temelju mobilnosti, obuke i radnog staža radnika/ca. Prema sindikatu navedena praksa je indirektno diskriminatorska, jer je sistem dodataka na plaću implementiran na takav način da žene nisu mogle jasno utvrditi koji su to razlozi za njihovu manju plaću za isti posao u odnosu na muškarce. U tom slučaju su žene u situaciji osporavanja sistema pojedinačnih dodataka na plaću koji je u potpunosti netransparentan, mogle tražiti da se razlike u plaći sa muškarcima utvrde samo na temelju prosečnih primanja. Zbog toga one nisu imale na raspolaganju adekvatna dokazna sredstva, čime se dovodi u opasnost da pred domaćim sudovima primjena temeljnog evropskog pravnog načela jednake zarade muškaraca i žena za isti posao ostane mrtvo slovo na papiru. Taj dokaz mora imati barem za cilj da poslodavcu nametne teret dokazivanja da njegova praksa u pogledu isplate radničkih plaća zapravo nije diskriminatorska.³³ Sud je odlučio da se direktive o jednakoj zaradi moraju tumačiti tako da ako kompanija primjenjuje sistem isplate koji je u cijelosti netransparentan, pa ukoliko pojedina radnica dokaže da je plaća žena manja u odnosu na muškarce za isti posao prema relativno velikom broju zaposlenih, na poslodavcu je da dokaže da njegova praksa isplate zarade nije diskriminatorska. Osim toga, sudovima država članica EU izdavao je upute da takve podatke uzimaju kao dokaz gdje god je to valjano i značajno. Najvažniji korak na priznavanju statističkog dokaza diskriminacije učinjen je donošenjem Direktive Vijeća 2000/43/EC o primjeni načela jednakog postupanja prema osobama bez obzira na njihovo rasno ili etničko podrijetlo („Direktiva o rasnoj jednakosti“) i Direktive Vijeća 2000/78/EC o uspostavljanju općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja koja se odnosi na religiju ili uvjerenja, invaliditet, dob i spolnu orijentaciju („Direktiva o jednakosti pri zapošljavanju“). Prva direktiva propisuje da osobe koje se smatraju povrijeđenima zbog nejednakog postupanja mogu pred domaćim tijelom iznijeti, na bilo koji način uključujući i na temelju statističkih podataka, činjenice iz kojih se može pretpostaviti diskriminacija. Stoga su države članice EU u svojim anti-diskriminacijskim zakonima morale ugraditi jednu takvu odredbu. Problem je što u dosta evropskih država nedostaju valjani statistički podaci o pitanjima bitnim za pripadnike rasnih, vjerskih, nacionalnih ili etničkih manjina. U pojedinim državama evidentni su primjeri blokade nastojanja da se dođe do takvih podataka. Na primjer, u Češkoj Republici, od školskih uprava su predstavnici ERRC-a često dobijali odgovor da se ne vodi evidencija o nacionalnoj pripadnosti učenika ili,

³² Case of Danfos, 17. October 1989, slučaj 109/88, p. 13, U Comission v. France 30. June 1988, case 318/86, s. 27.

³³ Direktiva Vijeća br. 75/117 od 10. februara 1975. o usklađivanju zakona zemalja članica koji se odnose na primjenu principa jednake zarade za muškarce i žene.

čak, da je to protivzakonito.³⁴ Priznanje nacionalnih i etničkih manjina se može dati ustavom i zakonom o nacionalnim manjinama.³⁵ Kao razlog se navodi da država takvim manjinama nije priznala nikakav poseban pravni status. Prema odredbama francuskog ustava isključena je bilo kakva mogućnost priznanja posebnog statusa nacionalnim manjinama.³⁶ Država se poistovjećuje sa nacijom koju shvata kao skup svojih državljana. Samo se državljanima republike priznaje uživanje prava i sloboda u punom kapacitetu, bez obzira na njihovu identitetski određenu pripadnost.³⁷ U Danskoj se ne mogu prikupljati statistički podaci o nacionalnim i etničkim manjinama, jer je etničko nadgledanje zabranjeno.³⁸ Svako prikupljanje ili davanje statističkih podataka koji su u vezi sa rasnom, nacionalnom i etničkom pripadnosti predstavlja povredu ustava i zakona. Pošto ne mogu koristiti statističke podatke kao dokaz diskriminacije, jer su uslovno rečeno „nevidljivi“, žrtve su izložene, pored ostalog, i statističkoj diskriminaciji. Njima preostaju samo redovna dokazna sredstva kao što su dokumenti, svjedoci, snimke telefonskih razgovora, video nadzor i sl., što značajno otežava njihov položaj u parnici. Međutim, prema italijanskom imigracionom zakonu iz 1998. godine postoje različite mogućnosti za dokazivanje diskriminacije. Ovdje izdvajamo mogućnost da se tužitelj na sudu može pozvati na prikupljene statističke podatke u cilju dokazivanja diskriminacije, kao što su podaci o popunjenosti radnih mjesta, uplaćenim doprinosima, raspodjeli poslova i radnih zadataka.³⁹ U Bosni i Hercegovini je također moguće da u slučajevima u kojima tužitelj smatra da je snosio posljedice diskriminacije, kao dokazno sredstvo kojim će učiniti vjerovatnim da je došlo do diskriminacije može koristiti i statističke podatke ili baze podataka.⁴⁰ Međutim, ova mogućnost u Republici Hrvatskoj je otežana odredbom članka 21. (1) Zakona o državnim službenicima, prema kojoj je državni službenik dužan čuvati kao tajnu sve podatke koje je doznao u tijeku postupka o strankama i njihovim pravima, obvezama i pravnim interesima, sukladno zakonu. S informacijama o slučajevima diskriminacije nužno je postupati s najvećom pažnjom, jer obično sadrže vrlo osjetljive podatke o žrtvama, počiniteljima i svjedocima. Članak 8. Zakona o zaštiti osobnih podataka definira “Posebne kategorije osobnih podataka“, te zabranjuje prikupljanje i obradu takvih podataka. Posebne kategorije osobnih podataka su podaci koji se odnose na rasno ili etničko podrijetlo, politička stajališta, vjerska ili druga uvjerenja, sindikalno članstvo, zdravlje ili spolni život,

³⁴ ERRC (bilj. 25) s. 70. Može biti da školske uprave koje kažu da ne mogu davati informacije o broju Roma u školskim klupama jednostavno pokušavaju da se ne sazna da li Romi u stvari trpe sistemsku diskriminaciju.

³⁵ Z. Radivojević, N. Raičević, *Zaštita manjina u međunarodnom pravu*, Niš 2005., s. 51. U teoriji prevladava stajalište da status manjine ne treba priznati nacionalnoj i etničkoj pripadnosti, čiji udio u ukupnom stanovništvu nije dovoljno reprezentativan, jer njenih pripadnika jedva da ima u državi. Ali prema gornjoj granici, njihova brojnost mora biti ispod polovine ukupnog stanovništva jedne države.

³⁶ Čl. 3. st. 2, čl. 53. st. 3 i čl. 27. st. 3. Ustav Republike Francuske, 1958.

³⁷ Stranci koji imaju stalno mjesto prebivališta u Francuskoj uživaju jednaka prava i slobode sa francuskim državljanima samo ako u državama porijekla stranca koje sa Francuskom imaju zaključene recipročne sporazume državljanima Francuske imaju ista prava sa domaćim državljanima.

³⁸ ERRC (bilj. 21) s. 70.

³⁹ Migrants, Minorities and Employment (bilj. 21) s. 71.

⁴⁰ Član 15. st. 1. (bilj. 19).

te osobni podaci o kaznenom i prekršajnom postupku. Sve osjetljive podatke treba zaštititi od neovlaštenog pristupa i širenja kao i od ostalih oblika zloporabe. Ako su osobni podaci prikupljeni sa svrhom da ih se proslijedi pravobraniteljskoj instituciji morate biti sigurni da će se osobni podaci koristiti isključivo za tu svrhu.⁴¹

4. EKSPERIMENTALNI METOD DOKAZIVANJA DJELA DISKRIMINACIJE

Eksperiment je znanstveno saznanji metod posmatranja ciljane pojave koja je na neki način vještački proizvedena, odnosno, izazvana od strane eksperimentatora radi što boljeg njenog proučavanja. Na taj način se pojave namjerno izazivaju i kontrolisano prate pod odgovarajućim uvjetima i s unaprijed utvrđenim jasnim ciljem. Zbog ponovljivosti određenih pojava koje se uvijek izazivaju pod istim uvjetima, eksperiment je jedan od ključnih saznanjih metoda u prirodnim znanostima kao što su matematika, fizika i hemija. Međutim, ne smije se zanemariti njegova uloga ni u društvenim znanostima naročito u oblasti sociologije i psihologije, pa u krajnjoj liniji i za istraživanje pravnih pojava. Što se tiče diskriminacije kao pravne pojave, već je više puta rečeno da se ona često odvija „iza kulisa“ i ostaje prikrivena pa se, stoga, teško mogu pribaviti valjani dokazi o njenom postojanju. Ukoliko bi žrtva morala čekati da se prirodnim slijedom događaja pojavi bilo kakav valjan dokaz diskriminacije, to bi naravno odugovlačilo u nedogled njeno postojanje, te pravovremeno pružanje adekvatne pravne zaštite. Eksperimentalnim metodom se pomaže potencijalnoj i stvarnoj žrtvi diskriminacije na način da se više ne mora čekati da se prirodnim slijedom događaja diskriminacija ponovi da bi se dokazala, već se ta situacija vještački izaziva na način da se vrši provociranje činilaca koji mogu dovesti do diskriminacije. Vještački se formiraju grupe pojedinaca na temelju svoje pripadnosti određenim skupinama, prema obrascu „parova“, na primjer, muški-ženski, bijeli-obojeni, stari-mladi i sl. koji se onda sastavljaju na taj način namjerno izlažu diskriminaciji u pojedinim društvenim situacijama. Najčešće su to situacije kada se namjerno u parovima ulazi u noćne klubove, traži zaposlenje, stanovi za kupovinu ili iznajmljivanje, socijalne povlastice ili pristup ustanovama zdravstvene zaštite i sl., u cilju izazivanja nejednakog tretmana pojedinaca u parovima te se tom prilikom prate i bilježe sve eventualne pojave diskriminacije. Rezultati dobijeni ovom metodom testiranja diskriminacije u praksi mogu poslužiti kao poticaj javnim politikama za preduzimanje adekvatnih mjera ka eliminaciji diskriminacije i kao relevantan dokaz diskriminacije na sudu. U teoriji nije sporno ukoliko se pojave nastale ovom metodom koriste kao baza javnih politika. Još sredinom prošlog stoljeća u SAD-u je zaživjela metoda eksperimentalne jurisprudencije gdje je jasan i unaprijed utvrđen cilj javnih politika često bio donošenje temporalnih propisa tj. propisa kod kojih je unaprijed određeno kraće vremensko važenje da se vidi

⁴¹ W. Zimmer, *Smjernice za prepoznavanje slučajeva diskriminacije*, Ludwig Boltzmann Institut za ljudska prava, Pučka pravobraniteljica i Ured za ljudska prava i prava nacionalnih manjina Vlade Republike Hrvatske, Zagreb 2013., s. 47.

kakve će promjene izazvati donošenje odgovarajućeg propisa. Ukoliko se taj eksperimentalni propis pokaže kao loš u praksi, lako se mogao ukloniti iz pravnog sistema prosto istekom vremena njegova važenja. Međutim, sporno može biti da li se i kako rezultati diskriminacije dobijeni eksperimentalnom metodom mogu upotrijebiti kao dokaz na sudu. Kao argumenat protiv se ističe da pojedinac koji učestvuje u eksperimentu nema stvarnu namjeru da konzumira traženo pravo koje mu je tom prilikom uskraćeno diskriminatornim postupkom, pa slijedom toga takav pojedinac kao i organizator eksperimenta ne mogu uopće imati aktivnu legitimaciju za pokretanje sudskog postupka. S druge strane, pošto kod učesnika eksperimenta nedostaje stvarna namjera onda uslijed diskriminatornog ponašanja po njega nije mogla nastati nikakva šteta pa prema tome isti nema pravo na naknadu štete. Drugi argument protiv je da metoda testiranja koristi obmanu te stoga nije primjeren način sakupljanja dokaza.⁴² Nejasno je da li se ovakvim argumentom može dovesti u pitanje njihov položaj kao svjedoka u pokrenutom sudskom postupku. Kao glavni argumenat za priznanje ovog dokaza na sudu može biti u činjenici da je diskriminacija teško dokaziva na sudu iz u ovom članku naprijed pobrojanih razloga.

4.1. SITUACIJSKO TESTIRANJE

Situacijsko testiranje (*situation testing*) je eksperimentalna metoda s ciljem dokazivanja diskriminacije “na licu mjesta.”⁴³ U literaturi na engleskom jeziku poznata je i pod drugim nazivima kao što su *situation tests*, *situational tests*, *testing*, *auditing*, te nešto rjeđe *discrimination testing* (testiranje diskriminacije) ili *practical testing* (testiranje u praksi). Ovaj metod ima dugu tradiciju u Sjedinjenim Američkim Državama i Ujedinjenom Kraljevstvu. Od evropskih zemalja tu prednjači Francuska. Treba razlikovati situacijsko testiranje kao istraživački postupak koji će biti temelj javnih politika u borbi protiv diskriminacije od situacije u kojoj se odvija za pribavljanje dokaza diskriminacije za potrebe sudskog postupka. Tijekom 60-tih godina 20. stoljeća situacijsko testiranje u SAD-u često su koristile razne javne i privatne agencije koje se bave posredovanjem u najmu nekretnina. U slučaju kad agencija nađe stanodavca, a pojedinac latinoameričkog ili afroameričkog porijekla bude odbijen u traženom najmu, agencija bi nakon toga istom stanodavcu poslala osobu bijele rase. Ukoliko bi takvoj osobi stan bio izdat, to bi bio očigledan dokaz diskriminacije na temelju rase. Veliki korak naprijed učinjen je osnivanjem Programa za zaštitu jednakih prava u stanovanju (Fair Housing Initiative Program / FHIP) 1990. godine. Uz potporu Odjela za stambena pitanja i urbani razvoj (Department of Housing and Urban Development/ HUD) ovaj program je osmišljen kako bi se putem federalne razine osigurala sredstva finansiranja za sve privatne i javne agencije za provedbu jednakog pristupa stambenom prostoru i veliki dio tih sredstava predviđen

⁴² I. Rorive, *Dokazivanje slučajeva diskriminacije: korištenje situacijskog testiranja u postupku*, Centar za mirovne studije, Zagreb 2015., s. 14.

⁴³ G. Calves, „Au service de la connaissance et du droit: le testing“, *Horizons stratégiques* No 5, 3-2007, s. 9.

je upravo za testiranje, kako u istraživačke svrhe tako i na temelju uloženi žalbi.⁴⁴ Početkom 90-tih godina prošlog stoljeća Odjel za stambena pitanja pri ministarstvu pravosuđa je počeo da koristi podatke prikupljene situacionim testiranjem kao dokaz u sudskim postupcima. Iako je primarni cilj ovog programa bila zaštita pojedinaca od rasne i etničke diskriminacije, postepeno se to proširilo i na zaštitu pojedinaca od diskriminacije od invalidnosti, jer je u međuvremenu prepoznat problem nejednakog pristupa invalidnih osoba vladinim i ostalim ustanovama. Testiranja ministarstva pravosuđa pomoću tonskog zapisa kao dokaz su se pokazala iznimno snažnim u tim slučajevima.⁴⁵ Slično istraživanje na teritoriji Ujedinjenog Kraljevstva sprovela je Istraživačka kancelarija za političko i ekonomsko planiranje 1967. godine kako bi se utvrdilo u kojoj mjeri su naturalizovani britanski državljani porijeklom sa karipskih ostrva i Mađarske izloženi diskriminaciji u stanovanju, tržištu rada i kao potrošači pri izboru robe.⁴⁶ Nevladina organizacija SOS Rasizam u Francuskoj je izradila čitave studije o diskriminaciji korištenjem metoda testiranja u obliku «uzimanja uzorka» ili «uzimanja uzorka u parovima». U istraživanju se ne anketira cijelo stanovništvo, već samo pažljivo odabrani pojedinci kao reprezentanti rasnih ili etničkih manjina. Dokazivanje diskriminatornog ponašanja se odvija na način da se, na primjer, parovi izmiješani Romima i neromima a koji su u pogledu odjeće, kvalifikacija veoma slični, pošalju da se prijave na oglas za posao, najam stana, da uđu u određene restorane ili noćne klubove za koje se sumnja da kontinuirano vrše diskriminaciju Roma. Nakon toga se detaljno registruju njihova svjedočenja. Ova vrsta ankete po sistemu uzorka predstavlja dokaz diskriminatornog ponašanja i u mnogim zemljama se može koristiti kao dokaz na sudu.⁴⁷

Sudska praksa u Francuskoj bila je u prošlosti prilično konzervativna u prihvatanju ankete kao dokaza ponašanja motivisanog rasnom diskriminacijom. Kasacioni sud u predmetu 3294 od 11. juna 2002. godine⁴⁸ zauzeo je stajalište da svjedočenje parova u anketama može predstavljati subjektivnu diskriminaciju koja ne mora značiti da je pojedinac žrtva diskriminacije samo zato što se osjeća kao da je prema njemu izvršena diskriminacija. Stoga, takvo svjedočenje treba uzeti s rezervom. Javni tužilac podigao je optužnicu protiv pojedinih vlasnika barova i disko klubova, kao i njihovih vratara da nisu dopuštali osobama sjevernoafričkog porijekla ulazak u njihove barove i disko klubove, jer su na taj način počinili krivično djelo rasne diskriminacije. U pozadini ovog slučaja bio je grupni eksperiment koji je organizovan od strane aktivista SOS Rasizma. Osobe evropskog porijekla su činile tri

⁴⁴ J. Yinger, „Testing for discrimination in housing and related markets“, *A national report card on discrimination in America: The role of testing*, M. Fix i M. Austin Turner (editors), The Urban Institute Washington, D.C. 1998., s. 28.

⁴⁵ R. V. O. Boggs, „The future of civil rights testing: Current trends and new directions“, *A national report card on discrimination in America: The role of testing*, M. Fix i M. Austin Turner (editors), The Urban Institute Washington, D.C. 1998., s. 115.

⁴⁶ J. Vuković, *Situaciono testiranje diskriminacije – priručnik za aktiviste/kinje*, Asocijacija za demokratske inicijative, Sarajevo 2017., s. 9.

⁴⁷ ERRC, dostupno na webu: http://errc.org/rr_nr3_2000/legal_defence.shtml.

⁴⁸ ERRC (bilj. 21) s. 175. Cour de Cassation je najviša sudska instanca u Francuskoj za građanske i krivične postupke.

grupe, dok su u drugim grupama bile zastupljene osobe sjevernoafričkog porijekla. Eksperiment je imao za cilj da se potvrdi nedokazana diskriminatorna praksa koja se primjenjuje prema osobama tamnije boje kože. Rezultati su bili zabrinjavajući, jer je osobama sjevernoafričkog porijekla bio uglavnom odbijan pristup. Međutim, presudom krivičnog suda u Montpellieru⁴⁹ pojedini vlasnici barova i disko klubova su proglašeni nevinim, kao i njihovi vratari koji su stajali na ulazima. Uložena žalba pojedinaca kojima je uskraćen ulazak kao i SOS Rasizma je bila odbijena kao neosnovana. Kasacioni sud zauzeo je stajalište da se postupak situacijskog testiranja ne može smatrati dovoljno pravičnim za dokazivanje diskriminacije zbog nedostatka primjerenih jamstava u odnosu na uvjete provođenja. Metoda testiranja koju je koristio SOS Rasizam, a koja je provedena bez sudjelovanja službenih osoba suda, je metoda dokazivanja koja ne pruža nikakvu transparentnost i ne posjeduje razinu pravičnosti nužnu za pribavljanje dokaza u kaznenim postupcima – te stoga predstavlja povredu prava na pošteno suđenje.⁵⁰ U predmetu diskriminacije su prevagnuli formalno-pravni razlozi. Dakle, u cilju utvrđivanja materijalne istine u kaznenom postupku neophodno je utvrditi činjenice koje su rezultat provedene istrage od strane policije, žandarmerije, carine i drugih ovlaštenih vladinih službi. Ovo je izraz prava na slobodnu ocjenu dokaza od strane suda u kaznenom postupku. Stoga, sud je prikupljene dokaze aktivista SOS Rasizma proglasio neuvjerljivim, jer nisu prikupljeni uz poštivanje temeljnih procesnih obaveza preduzimanja radnji «u dobroj vjeri», kao što to čine gore navedene vladine službe. Na takav način prikupljeni dokazi od strane privatnih lica ne ispunjavaju temeljni princip nepristrasnosti u prikupljanju dokaza. Ispitivanje navodnog diskriminatornog ponašanja je provedeno po grupama potencijalnih naručioca i organizovano od strane samog nevladinog udruženja SOS Rasizma, bez obavijesti svojih članova o obimu aktivnosti, a pogotovo o cilju koji nije bio ulazak u barove ili disko klubove. Nedostajala je stvarna namjera testiranih osoba. Bez obzira na to, provedena aktivnost je imala za rezultat dokaze provedene segregacije i diskriminacije prilikom pokušaja ulaska na označena mjesta. Ipak je kasacioni sud osobno-opisna iskustva pojedinaca tamnije boje kože ocijenio kao nepouzdan izvor dokaza rasne diskriminacije. Drugim rječima, sud kao da je vodio računa o upozorenju Wrench and Modooda da žrtva može opaziti diskriminaciju tamo gdje ona stvarno ne postoji; suprotno tome, (...) etničke manjine mogu potcijeniti diskriminaciju kojoj su u stvarnosti izložene.⁵¹ Bez obzira na objektivne poteškoće u dokazivanju diskriminacije, situaciono testiranje ima značajan potencijal za dokazivanje u individualnim sudskim postupcima. Taj potencijal ne znači da je to jedini dovoljan dokaz diskriminacije, ali sasvim razumno zvuči da je ta vrsta dokaza barem dovoljna za prebacivanje tereta dokaza sa tužitelja na tuženika. Subjektivna diskriminacija koja je rezultat situacionog testiranja može biti važan dodatak drugim dokaznim sredstvima. Kasacioni sud

⁴⁹ Presuda br. 870, 5. jun 2001.

⁵⁰ O. De Schutter, „Methods of proof in the context of combating discrimination“, *Dinamična provedba EU antidiskriminacijskog prava: Uloga specijaliziranih tijela*, J. Cormack (urednici), Migration Policy Group, 2003., s. 37. Dostupno na webu: www.migpolgroup.com.

⁵¹ J. Wrench, T. Modood (bilj. 27), s. 31.

je ocijenio da su izjave svjedoka SOS Rasizma bile jedini dokaz u provedenom sudskom postupku,⁵² zbog čega je iz formalnih razloga zaključio da ne postoji djelo rasne diskriminacije. Osim toga, očigledan je i nedostatak usporedivosti: žalbeni sud je smatrao da je moglo biti i drugih razloga, pored etničkog podrijetla, za odbijanje ulaska u objekte članovima SOS Rasizma.⁵³ Svjedočenje pred sudom je pokazalo da su u dva od navedena tri bara i disko kluba bile prisutne osobe različite rasne pripadnosti. Sa izuzetkom subjektivnog mišljenja izraženog od strane privatnih stranaka, kao jedinog mjerila diskriminacije u konkretnom slučaju, ništa ne dovodi sud u zaključak da optuženi vrše odabir svojih posjetilaca na osnovu rasnih kriterija. Izvjesno ograničenje ulaska na takva mjesta može se smatrati dopuštenim, ako je učinjeno iz poslovnih razloga povećanja zarade vlasnika barova i disko klubova. Kasacioni sud je optužene oslobodio bilo kakve odgovornosti za krivično djelo rasne diskriminacije.

4.2. SITUACIONO TESTIRANJE U ZEMLJAMA REGIONA: MIT ILI REALNOST

Situaciono testiranje kao eksperimentalni metod dokazivanja diskriminacije predstavlja novinu u pravu Bosne i Hercegovine, kao i u zemljama regiona. U Hrvatskoj se dosad pojam koristio samo u istraživačkom kontekstu i to obično pod nazivom metoda ekvivalentnih parova (*pair-comparison testing, pair testing*).⁵⁴ U Srbiji je situaciono testiranje prepoznato Zakonom o zabrani diskriminacije.⁵⁵ Tu stoji da lice koje se svjesno izlaže diskriminatorskom postupanju u konkretnom slučaju u namjeri da neposredno provjeri primjenu pravila o zabrani diskriminacije, mora obavijestiti u pismenom obliku povjerenika za zaštitu ravnopravnosti o namjeravanoj radnji situacionog testiranja, osim ako okolnosti to ne dozvoljavaju. Međutim, i prije zakonskog regulisanja ove situacije, u Srbiji je testiranje prvi put provedeno u Šapcu 2000. godine. U konkretnom slučaju je trima osobama romske nacionalnosti osiguranje sportskorekreativnog centra Krmanovača u Šapcu onemogućilo ulaz na bazen. Ove osobe su uz podršku Evropskog centra za prava Roma organizovali situaciono testiranje kojim su utvrdili diskriminaciju, a ovaj slučaj je dospio i pred Vrhovni sud 2004. godine koji je potvrdio presude nižestepenih sudova. Nakon ovog slučaja, sprovedeno je nekoliko testiranja od kojih je najvažniji slučaj kluba Akapulko iz Beograda u 2003. godini, u kome je osiguranje, također, odbilo da pusti na splav tri osobe romske nacionalnosti. Postojale su jake indicije da su posjetioci vraćeni zbog toga što su Romi. Dvije osobe iz ove grupe su još ranije bile vraćane sa ulaza kluba „Akapulko”, pod isprikom da nisu članovi kluba ili da su za ulazak obavezne rezervacije. Nakon ove situacije, saradnici ovih Roma su odlučili da će obaviti testiranje ne bi li se utvrdilo da li klub provodi rasnu diskriminaciju. Dva

⁵² U pitanju je pristrasno posmatranje koje ne daje potvrdu svjedočenja privatnih stranaka.

⁵³ Isabelle Rorive (bilj. 42), s. 19.

⁵⁴ Isabelle Rorive (bilj. 42), s. 10.

⁵⁵ Čl. 46. st. 3. i 4. Zakona o zabrani diskriminacije Republike Srbije, *Sl. glasnik RS br. 22/2009*.

tima od po tri osobe su pošla u klub. U prvom timu svi članovi su bili Romi, a u drugom timu niko nije bio Rom. Svi su bili uredno obučeni i ponašali su se pristojno. Jedina razlika među članovima timova je bila boja kože. Obratili su posebnu pažnju na to da obje grupe poštuju zahtjeve kluba po pitanju odjeće i ponašanja. Onda su obje grupe pokušale ući u klub u različitim momentima, tako da se ne primijeti da su zajedno, te da svaka grupa dobije zaseban tretman. U klub je najprije pokušao tim sa troje Roma. Dva redara na ulazu pitala su ih da li imaju rezervacije, i kada su Romi odgovorili odrično, redari su im rekli da ne mogu ući. Nakon toga se tim u kome su bili Romi udaljio od ulaza, a drugi tim je pokušao ući u klub. Redari su im dozvolili da uđu, ne pitajući ih da li imaju rezervaciju.⁵⁶ Ovaj slučaj imao je i svoj pozitivan sudski epilog. Navedena iskustva su u značajnoj mjeri uticala da testiranje i prije donošenja zakona o zabrani diskriminacije bude prepoznato i priznato kao kredibilna metoda utvrđivanja i prikupljanja dokaza o diskriminaciji.⁵⁷

Situaciono testiranje kao posebno dokazno sredstvo djela diskriminacije u pravo Bosne i Hercegovine uvedeno je izmjenama i dopunama Zakona o zabrani diskriminacije iz 2016. godine.⁵⁸ Po ovim odredbama u postupcima za zaštitu od diskriminacije se kao svjedok može pojaviti i osoba koja se svjesno izložila diskriminacijskom postupanju, s namjerom neposredne provjere primjene pravila o zabrani diskriminacije. Evidentno je i važno ograničenje u korištenju ovog dokaznog sredstva, a to je da je takva osoba dužna o namjeravanoj radnji obavijestiti Ombudsmene za ljudska prava Bosne i Hercegovine, osim ako okolnosti to ne dozvoljavaju, kao i da o poduzetoj radnji izvijesti ombudsmena u pismenom obliku.⁵⁹ Nije sasvim jasna namjera zakonodavca šta je htio postići uvođenjem jedne ovakve obaveze, jer to u biti ograničava i sputava korištenje ove vrste dokaza, naročito što ombudsmeni tu nemaju nikakvu aktivnu ulogu osim da evidentiraju namjeru za provođenjem situacionog testiranja. Jedino šta se može, a to je da se na temelju rezultata situacionog testiranja donese odgovarajuće mišljenje i preporuka. To znači da u slučaju kad sud razmatra predmet u kome je Ombudsman već donio preporuku u vezi žalbe navodne žrtve diskriminacije koja kao tužitelj tu preporuku koristi kao dokaz, sud je dužan u skladu sa pravilima postupka razmotriti preporuku ombudsmana.⁶⁰ Pri tome, tuženik objektivno može osporiti svjedočenje osobe koja se izložila diskriminaciji putem situacionog testiranja, odnosno osporiti aktivnu legitimaciju ovoj osobi ako ona u svojoj tužbi ili u toku postupka ne dokaže da je ispunila obavezu prijavljivanja svoje namjere ombudsmenu. Također, sud je dužan da po službenoj dužnosti u svakom postupku u kojem se koristi ovaj institut utvrdi da li je ispunjen uslov iz stava (5) kako bi izbjegao razloge za žalbu.⁶¹

⁵⁶ Fond za Humanitarno pravo, *Priručnik za Advokate o Zastupanju Roma-Žrtva Diskriminacije*, 2005. Dostupno na webu: <http://www.errc.org/cms/upload/media/01/AE/m000001AE.pdf>.

⁵⁷ J. Vuković (bilj. 46), s. 13.

⁵⁸ Čl. 15. st. 4. (bilj. 19).

⁵⁹ Čl. 15. st. 5. (bilj. 19).

⁶⁰ Čl. 15. st. 9. (bilj. 19).

⁶¹ A. Kadribašić, *Vodič za primjenu izmijenjenog i dopunjenog Zakona o zabrani diskriminacije BiH. Pregled izmjena i dopuna sa objašnjenjima i odgovorom pravosuda BiH*, Sarajevski otvoreni centar, Sarajevo 2017., s. 47.

Situaciono testiranje kao metoda dokazivanja u Hrvatskoj je olakšana zakonskim rješenjima po kojima Ured pučkog pravobranitelja⁶² može pokrenuti sudski postupak kada se radi o diskriminaciji većeg broja osoba.⁶³ Ovlasti ovog ureda su istovjetne ovlastima ombudsmana Latvije, Švedske i Finske koji, također, imaju pravo samostalnog podnošenja tužbe sudu. To je puno bolje rješenje nego u Bosni i Hercegovini gdje se samo žrtva koja je namjerno i svjesno pretrpjela posljedice diskriminacije može isključivo pojaviti kao svjedok ili kao parnična stranka u sudskom postupku⁶⁴. Pošto je dužnost suda u Bosni i Hercegovini samo da razmotri preporuku ombudsmana, ali ne mora i da je uvaži, time se umanjuje značaj situacionog testiranja čiji rezultati mogu biti temelj navedene preporuke. To u velikoj mjeri otežava žrtvi da podnese zahtjev za naknadu štete na temelju rezultata situacionog testiranja, jer mišljenje Ombudsmana nije pravno obavezujuće za sud pa se na temelju njegova mišljenja ne može tražiti naknada štete u sudskom postupku. Isključivanjem zahtjeva za naknadu štete zakonodavac je želio spriječiti da se situaciono testiranje zloupotrebljava isključivo radi sticanja dobiti kroz ostvarivanje naknade štete⁶⁵. Po mom mišljenju, to je velika manjkavost Zakona o zabrani diskriminacije BiH što za tu vrstu žrtava diskriminacije nije predviđena nikakva naknada materijalne i nematerijalne štete uzrokovane povredom prava zaštićenih ovim zakonom (tužba za naknadu štete)⁶⁶. Ako iz rezultata situacionog testiranja osoba koja se svjesno izložila diskriminaciji ne može naplatiti nikakvu štetu, postavlja se jednostavno pitanje učinkovitosti zaštite od diskriminacije koja je zabranjena istim zakonom. Dakle, u Bosni i Hercegovini zakonom je priznata i regulisana upotreba testiranja u svrhu dokazivanja djela diskriminacije, uključujući i obavezu obavještanja Ombudsmana za ljudska prava BiH. Po mom mišljenju još uvijek je prisutan otpor od strane domaćih sudova da se rezultati testiranja prihvate kao validan dokaz na sudu najviše iz bojazni osporavanja njihovih sudskih odluka po žalbenim postupcima. Stoga, praksa situacionog testiranja u Bosni i Hercegovini i Hrvatskoj i Srbiji očekuje dug put razvitka u praksi.

⁶² Čl. 12. (bilj. 17).

⁶³ W. Zimmer (bilj. 41), s. 39.

⁶⁴ Član 15. stav 6. i 7. (bilj. 19). Prema članu 12. stav 1. istog zakona tački a) žrtva diskriminacije je ovlaštena da traži 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 (tužba za utvrđivanje diskriminacije), tački b) zabranu preduzimanja radnji kojima se krši ili može prekršiti tužiočevo pravo na jednako postupanje, odnosno da se izvrše radnje kojima se uklanja diskriminacija ili njene posljedice (tužba za zabranu ili otklanjanje diskriminacije) i tački d) da se presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje na trošak tuženika objavi u medijima.

⁶⁵ A. Kadribašić (bilj. 61), s. 47

⁶⁶ Čl. 12. st. 1. tač. c), (bilj. 19).

5. ZAKLJUČAK

Prethodna analiza počiva na obrazloženju specifičnih dokaznih sredstava za utvrđivanje diskriminacije i njihovih pretpostavki na temelju kojih se nameću sljedeći zaključci. Redovna dokazna sredstva kao što su dokumenti, izjave stranaka, izjave svjedoka, tonski i vizuelni zapisi nedostaju žrtvama diskriminacije koja se često odvija u „četiri“ oka. Izvršena je analiza upliva različitih relevantnih pokazatelja diskriminacije koji žrtvama diskriminacije često nedostaju i zbog kojih se takve žrtve često i ne odlučuju da podnesu tužbu za zaštitu od diskriminacije. Ključno pitanje je koji uvjeti moraju biti ispunjeni da bi došlo do prenošenja tereta dokaza. Razlog za sudsko prihvatanje subjektivne diskriminacije kao početnog ili inicijalnog dokaza treba tražiti u činjenici da su djela diskriminacije vrlo teška za dokazivanje. Mnogi pravnici se slažu da u slučaju postojanja subjektivne diskriminacije teret dokaza treba premjestiti na tuženika. Stoga, dokazivanje diskriminacije u sudskom postupku i nakon donošenja savremenih antidiskriminacijskih zakona u državama Zapadnog Balkana ima stanovite teškoće. Sudovi u Hrvatskoj, Srbiji i Bosni i Hercegovini nisu napravili značajan iskorak u pravcu usvajanja liberalnog pristupa u dokazivanju djela diskriminacije, te i dalje važi visoka barijera za prihvatanje dokaza diskriminacije na prvi pogled. Uspostavljena tijela za jednakost i njihove preporuke i mišljenja mogu biti od velikog značaja za prenošenje tereta dokaza u tim zemljama.

Iako su statistička i eksperimentalna dokazna sredstva zakonski priznata kao sredstva dokazivanja diskriminacije, sudovi još oklijevaju da ovim dokazima priznaju potpunu dokaznu snagu, jer se i dalje čvrsto drže tradicionalnog dokaznog postupka. Najveći domašaj dokaza diskriminacije dobivenog situacionim testiranjem ogleda se u prenošenju tereta dokaza sa tužitelja na tuženika kao diskriminatora. Pošto se na temelju eksperimentalnog dokaza ne može tražiti naknada štete, konačno, na njegovoj rekonstrukciji se mora uspostaviti temelj za naknadu štete bez koje žrtva diskriminacije ne može ostvariti adekvatnu satisfakciju. Kako voljni element kod diskriminatora nije bitan za utvrđivanje diskriminacije, tako isto namjera potencijalne žrtve da se izloži diskriminaciji treba postati irelevantna u priznanju naknade štete. Osim toga analiza je pokazala da bez jačanja kvazi-sudskih tijela za jednakost u obliku povjerenika za jednakost, pučkog pravobranitelja ili ombudsmena kao centralnih institucija za borbu protiv diskriminacije, situaciono testiranje ne može imati onakvu ulogu i značaj kakav mu je predviđen savremenim anti-diskriminacijskim zakonima. Korištenje statističkog dokaza i situacionog testiranja samo u svrhu prenošenja tereta dokaza sa tužitelja na tuženika je dobra mjera, ali po mom mišljenju nije dovoljna bez njihova priznanja kao potpuna dokaza diskriminacije na sudu. Po mom mišljenju, najveći doprinos ovog članka se ogleda u nastojanju da testiranja provedena od strane nevladinih organizacija moraju imati potporu državnog proračuna i zbog jačine njihove dokazne snage treba dati prednost testiranjima koja se obično provode uz pomoć tonskog zapisa kao dokaza koji se pokazao iznimno snažnim u tim slučajevima.

S tim u vezi perspektiva za rješavanje pobrojanih problema bi mogla izgledati ovako: Osnovati državni Program za zaštitu jednakih prava u stanovanju i zapošljavanju pri Ministarstvima pravde zemalja Zapadnog Balkana koji bi osigurao sredstva financiranja sa državne razine privatnim i javnim agencijama za provedbu jednakosti postupanja u stanovanju i zapošljavanju pripadnika ugroženih skupina i veliki dio tih sredstava predvidjeti za situaciono testiranje, kako u istraživačke svrhe tako i na temelju žalbi žrtava čiji bi se rezultati mogli iskoristiti u individualnim sudskim postupcima. Obavezna prijava za diskriminaciju na temelju statističkih podataka i situacionog testiranja tijelima za jednakost u obliku pučkog pravobranitelja ili ombudsmena, povjerenika i sl. prije podnošenja tužbe sudu može predstavljati jednu vrstu filtera za utemeljenost diskriminacije. U zemljama Zapadnog Balkana bi trebalo što prije u svezi subjektivne diskriminacije metodom analogije iz iskustva sudova u Velikoj Britaniji primijeniti dosljedni obrazac zaključivanja (drawing inferences) u premještanju tereta dokaza na tuženika. U stadiju koji prethodi sudskom postupku, navodnoj žrtvi treba dati mogućnost da popuni anketni upitnik prezentovan od strane Pučkog pravobranitelja, ombudsmena i povjerenika za jednakost. Ovaj upitnik se mora obavezno dostaviti tuženiku radi iznošenja svojih razloga koji osporavaju navodni diskriminacioni tretman. Ako tuženik nije popunio anketni upitnik ili je napisao nerazumne odgovore, sud može naći opravdanje za primjenu dosljednog obrasca zaključivanja i premjestiti teret dokaza na tuženika. Mada ovo nema karakter zvaničnog sudskog stajališta, brojni slučajevi diskriminacije u Velikoj Britaniji su bili presuđeni u korist tužitelja upravo zbog neadekvatnog odgovora tuženika na ponuđeni anketni upitnik. Metodom analogije ovaj upitnik je primijenjen i u drugim evropskim državama od strane pravnika koji se bave diskriminacijom⁶⁷. To može rasteretiti sudove u pogledu broja podnesenih tužbi na temelju pozitivne preporuke ombudsmena. Moguća su dva načina za rješavanje ovog problema. Prvo, od strane vrhovnog suda ustanoviti takvu sudsku praksu koja bi pozitivnom mišljenju i preporuci povjerenika, pravobranitelja ili ombudsmena da se dogodila diskriminacija priznala dokaznu snagu za prenošenja tereta dokaza na tuženika. Drugo, može se učiniti izmjena i dopuna antidiskriminacionog zakona u kojoj bi ovo bilo predviđeno kao obaveza za sud. Dalji razvoj bi se mogao kretati u pravcu da se tijelima za jednakost daju ovlasti kojima može, na temelju predočenih statističkih pokazatelja ili rezultata situacionog testiranja, umjesto žrtava podnijeti tužbu za diskriminaciju i time biti aktivno legitimisan u sudskim postupcima, što do sada nije slučaj. Ukoliko se tuženik ne očituje na predočene rezultate navedenih dokaza ili ponudi nesuvisle odgovore, mišljenje i preporuku ombudsmena na temelju takvih dokaza sud treba usvojiti i donijeti presudu u korist žrtve diskriminacije.

⁶⁷ ERRC (bilj. 21), s. 70.

PARTICULAR EVIDENCE OF DISCRIMINATION: MYTH OR REALITY IN WESTERN BALKAN STATES

The author explores the meaning and significance of particular evidence of discrimination in judicial proceeding. In this paper, the author enlightens controversy traditional evidence with new evidence of discrimination in judicial proceeding by certain EU member states as well as the Western Balkans states with special reference to Bosnia and Herzegovina. In this context special attention is paid to the relationship between types of evidence and burden of proof and in particular the new ways and techniques of proving discrimination. In order to present materijals systematically and logically, the paper is divided into three parts. In the first part the author explores the arguments pro et contra for the use of certain types of evidence in judicial proceedings, and the role and importance of the burden of proof from the plaintiff to the defendant. On this basis, in the second part, then possibilities and scope of the application of statistical and experimental evidence, especially the situation testing. In the last part of the article, author gives a critical analysis the role of special evidence in the proving of discrimination, and the applicability of statistical and experimental methodology in the judicial proceedings of the Western Balkan countries, including the most typical examples and concrete guidelines on how to do this successfully in proving discrimination as the starting point of this article.

Key words: *fundamental human rights discrimination, evidence, burden of proof, statistical evidence, experimental evidence, situation testing, European Union, Western Balkan*