

# АНАЛИЗА

## за примената на Законот за спречување и заштита од дискриминација

Забрана на дискриминацијата е актуелна тема која е третирана како во бројни меѓународни, така и во национални документи.

Универзалната декларација за човекови права укажува дека “сите човекови суштества се раѓаат слободни и еднакви по достоинство и права”. Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП) на сите лица под јурисдикција на договорната страна – држава потписничка на оваа Конвенција е во обврска да им го обезбеди исполнувањето на правата и слободите утврдени во истата и нејзините протоколи. ЕКЧП забранува дискриминација во уживање на правата и слободите предвидени во оваа конвенција по разни основи, наброени во чл.14, но со проширена листа на основи утврдена во праксата на Европскиот суд за човекови права. Со протоколот бр.12 на ЕКЧП се проширува полето на правата и слободите по однос на оваа заштита.

Уставот на РМ и одредени одредби од националните закони ја забрануваат дискриминацијата. Сакајќи да се зајакне заштитата на дискриминацијата и да се усогласи националното законодавство со законодавството на ЕУ се донесе и Законот за спречување и заштита од дискриминација кој започна да се применува од 1 јануари 2011 година.

Пред и по донесувањето на овој закон следеа спротивставени расправи во врска со неговиот квалитет и начин на дадената можност за заштита.

Институтот за човекови права (во понатамошниот текст ИЧП) со поддршка на НДИ-Национален Демократски Институт, за реализација на проектот “Зајакнување на граѓанското учество во законодавниот процес” по однос на примената на Законот за спречување и заштита од дискриминација (ЗСЗД) во рамките на своите активности утврди потреба од поконкретно анализирање на состојбите во примената на горенаведениот закон.

Целта на оваа анализа е согледување на актуелните проблеми околу примената на ЗСЗД и детектирање на потребата за евентуална интервенција во истиот во смисла на поефикасно спречување и заштита од дискриминацијата.

Ваквото размислување произлезе и од презентираниите состојби изнесени на разни форуми организирани од Народниот Правобранител на РМ- Омбудсманот и други државни тела како и од граѓанскиот невладин сектор.

Во размислувањата за потребата од ваквата анализата ИЧП го имаше предвид краткиот временски период на примена на овој закон, но токму неговата примена исфрли и актуелизира одредени проблеми во секојдневното живеење на граѓаните и нивната потреба од превентивно спречување и заштита од дискриминација која нелесно се препознава.

ИЧП превзеде активности во прибавувањето на одредени податоци потребни за изготвување на анализата. Така ИЧП се обрати прво до Уставниот суд на РМ во рамките на неговата надлежност одредена со Уставот на РМ како највисок правен акт на државата да достави податоци за предмети од оваа сфера. Во нивниот одговор содржани се податоци за периодот од 1992-2011 година. Судот одлучувал по 69 барања по

основ на дискриминација. Меѓутоа 54 барања се отфрлени, 14 се одбиени и 1 барање е завршено по административен пат.

ИЧП се обрати до сите судски органи во РМ со барање да се достават податоци за бројот на предмети во врска со дискриминацијата како и евентуални одлуки по истите. Во одговорите на барањата зачудува фактот дека Врховниот суд на РМ нема заведено предмет по овој основ и нема судска практика по однос на примената на Законот. Меѓутоа на иста ситуација се наидува и во постапувањето пред апелационите и основните судови (освен во Основниот суд Крушево каде има 1 предмет).

ИЧП побара релеванти податоци од Народниот Правобранител (НП) кој во одговорот на барањето потенцираше дека овој орган постапувал согласно Законот за Народен Правобранител и Деловникот за работа на Народниот Правобранител, а не согласно Законот - предмет на оваа анализа. Народниот правобранител во периодот од 2011 година постапувал по 17 преставки од кои кај 15 предмети е констатирана дискриминација по етничка, маргинализирана, политичка, телесна попреченост и работен однос, а кај 2 предмети е утврдено дека нема елементи на дискриминација и нема заинтересираност на странката.

ИЧП доби одговор и од Комисијата за заштита од дискриминација. Истата постапувала по 58 преставки по разни основи, а во 5 предмети има донесено мислење (што во дадените околности ИЧП не може да се заклучи дека истото преставува решение во смисла на утврдена дискриминација). Уште повеќе што не беа доставени информации дека Комисијата дала препорака за начин на отстранување на повредите на правото.

ИЧП има разговорано и одржано средби со заинтересирани лица по нивно барање. Побарани се информации од ИЧП како да се постапи во конкретни ситуации. Доставени се информации дека постои наводна дискриминација по основ на работен однос, по основ на политичка и етничка припадност, по основ на здравствена состојба и социјална заштита.

ИЧП со свои претставници присуствувал и активно учествувал на организирани трибини, тркалезни маси и слични настани кои го третираше прашањето на дискриминација.

ИЧП посебно ја истакнува својата активност на тркалезните маси организирани од Народниот Правобранител и Европ-

ска Унија во реализација на Твининг проектот “Поддршка на Омбудсманот” .

Во заокружување на својата активност за изготвување на предметната анализа ИЧП ораганизираше Тркалезна маса на тема “Актуелни проблеми околу примената на Законот за спречување и заштита од дискриминација” на која активно учествуваа со свои дискусии присутните претставници од поканетите релевантни институции. За жал поканетите актуелни судии и членови на Комисијата за заштита од дискриминација не присуствуваа на настанот.

Општо гледано кај предметниот Закон се воочуваат нејасни и конфузни одредби кои ги чинат текстот неразбирлив и донекаде збунувачки како и непогоден за примена.

1. Како пример, оддел 2 -облици на дискриминација (чл. 6, чл.7, чл. 8, чл. 9 чл.10, чл.11 и чл.12) ги поистоветува со основи на дискриминација.

2. Повторување на наслови на поедини негови одредби (чл. 2 и чл. 4), наслови кои не одговараат на содржината на самата одредба (чл. 14 и чл.15) нееднакво постапување се среќава кај двата наведени членови, а кај чл.15 се помешани поимите на тоа што не се смета за дискриминација со заштитни механизми.

3. Во делот на општите одредби на ЗСЗД се утврдува одредена неусогласеност која се огледа во следното:

- Чл. 1 се повикува на обезбедување, спречување и заштита од дискриминација на правата загарантирани со националните акти-Устав на РМ и закон како и со меѓународните акти, ратификувани меѓународни договори, а во чл. 2 заштитата и забраната од дискриминација се однесува само за права загарантирани со Уставот и националните закони, без да се именуваат ратификуваните меѓународни договори согласно кои РМ има превземено одредени обврски.

Се поставува прашање дали на овој начин се ограничува листата на заштитени права утврдени само во националните акти, без да се има предвид и правата предвидени во меѓународните документи особено ЕКЧП, согласно која ЕСЧП ја има пошироко детерминирано листата на основи на дискриминација врзана за одредени права.

Ваквото согледување се однесува и за чл. 3 каде само се споменуваат основите за дискриминација согласно ратификуваните меѓународни договори без да се именуваат конкретно како што е сторено за одредени набројани основи. Станува збор за широка листа на основи кои се утврдени во судската практика на ЕСЧП. Како пример може да се наведе основот-сексуалната определба.

Самиот законски текст под одделот 4 и 5 како и презентираниите услови на работењето, времето на ангажираност, начинот на работењето, недоволно обезбеден помошен персонал-стручна служба, не гарантираат целосна самостојност, независност и доволен степен на професионализам во вршењето на функционалната надлежност на Комисијата за заштита од дискриминација.

Потребно е појасна и поконкретна законска регулатива за овозможување на стандардите за нејзино самостојно, независно и професионално работење.

Ефикасноста и ефективноста на работењето на Комисијата се оценува и преку карактерот на донесените одлуки од нејзина страна- мислења и препораки (чл. 28 и 29). Не е јасно што содржи мислењето и во каква форма треба да биде донесено. Дали постои можност за негативно мислење? Дали незадоволната страна има некакво право на реакција по донесеното мислење и препорака, уште повеќе што Комисијата може да покрене иницијатива за поведување на постапка пред надлежен орган за утврдување на неговата одговорност само за непостапување по препораката? Не е јасно за каква постапка станува збор ниту кој е органот пред кој ќе се води постапката. Ова од причини што кога станува збор за суд, законодавецот е јасен во делот на неговото постапување (чл. 34). Во прилог на ова е и околноста што во делот за прекршочните одредби, одделот 7, не е предвиден прекршок за непостапување по препораката на Комисијата.

Само утврденото постоење на дискриминација е недоволно да се санира предизвиканата состојба.

Комисијата нема надлежност за евентуално понатамошно самостојно постапување во поглед на погоре изнесеното. Истата не ја ремедира состојбата ниту нејзината одлука може да ја цени судот кога истиот нема обврска да ја сочека одлуката

на Комисијата. Напротив, Комисијата постапува по преставката доколку постапката пред судот за истата работа не е веќе поведена (чл. 26 ст.1).

Се поставува прашање на што се сведува улогата на Комисијата од аспект на ефикасност и ефективност при ваква состојба. За што служи работата на Комисијата кога законот предвидува Комисијата да постапува само доколку постапката пред судот за истата работа не е веќе поведена или правосилно завршена? Од друга страна ова го отвара прашањето како треба да постапи Комисијата по повод поднесено барање ако утврди дека тече постапка пред судот за истата работа, дали треба да ја запре својата постапка и се вмеша во судската постапка или само да ја запре својата постапка?

Дадената надлежност на Комисијата да утврдува околности на постоење или непостоење на повреда на некое право без да тоа право го поврзе експлицитно за дискриминацијата (чл.26 ст.2) не е во согласност со нејзините надлежности предвидени во чл. 24 од ЗСЗД. Уште повеќе што целта на овој закон е спречување и заштита од дискриминација. Потребно е погоре наведеното утврдување да се поврзе со дискриминацијата заради појасно презентирање на нејзините надлежности.

Во делот во кој ЗСЗД ја разработува судската надлежност и постапка - оддел 6 чл.34 потребно е појасно одредување на стварната надлежност на судот имајќи предвид веќе претходно одредена надлежност на други судски органи која надлежност е одредена со релевантни правни акти - Уставот на РМ и закони (Уставен Суд на РМ, редовен суд-кривична материја, редовен суд-граѓанска материја, управен суд-управно правна материја) кои одлучуваат за повреда на одредени права чиј дискриминаторски основ не е исклучен. Значи дека и овие судови се надлежни да постапуваат во предмети каде има повреда на права по основ на дискриминација, а не сите ги применуваат одредбите од Законот за парнична постапка како што упатува ст.2 од чл.34 од ЗСЗД.

Поставеноста на разни можности во остварување на правата со дискриминаторски елемент погоре наведени кои се разграничувачки и јасни и сега дадените можности во овој закон може да направи забуна иако постои можност засегнатите лица да извршат избор по кој закон и пред кој суд ќе ги остваруваат своите

права. Кога државата се одлучила да предвиди повеќе можности за остварување на заштита на одредени права, на странката е да одлучи која можност ќе ја користи без при тоа да има несакани последици од направениот избор. Друго е прашањето зошто државата се одлучила за ваквите законски решенија кои можат да делуваа збунувачки или да бараат сите предвидени постапки да се исцрпат што претставува пак големо оптоварување. Праксата ќе покаже дали ваквите решенија биле потребни, практични и во интерес на граѓаните.

Товарот на докажување според овој закон е проблематичен затоа што истиот паѓа на товар на тужителот. Од него се бара покрај изнесување на фактите да достави и докази кои го оправдуваат неговото тврдење без при тоа да се цени околноста дали тој може да достави докази. Во заштитата од дискриминација теретот на докажување е на спротивната страна. Уште повеќе што согласно овој закон во постапката се применуваат одредбите на ЗПП согласно кои ако тужителот не достави докази тужбата ќе му биде отфрлена, што значи дека ќе го изгуби правото на заштита од дискриминација.

Потребно е оваа материја да биде доразработена и усогласена со другите правни национални акти кои се во согласност со меѓународните стандарди на кои е укажано во повеќе наврати.

Дадената можност на Комисијата да учествува во постапката како замешувач на страна на лицето кое тврди дека е дискриминирано со предвидениот чл. 39 од ЗСЗД е доведена во прашање кога се има предвид дека таа без оглед на резултатот на парницата сама ќе ги сноси трошоците во врска со нејзиното учество во парницата (чл. 39 ст.4). Која е заинтересираноста на Комисијата таа тоа да го прави кога не е јасно регулирано прашањето за трошоци за нејзиното работење, а уште повеќе што е предвидено да таа сама обезбедува средства и од други извори?

Ваквата одредба е во спротивност и со одредбите од ЗПП на што упатува овој закон особено во поглед на трошоците на постапката за замешувач. Согласно ЗПП надоместувањето на овие трошоци зависи од успехот во спорот, што дава можност истите да не бидат на товар на замешувачот. Потребно е усогласување и во овој дел на законот.

Не е јасно зошто објавувањето на пресудата (чл. 40 ст.1 и 2) е врзано само ако до повредата е дојдено само со посредство на

медиумите. Зошто се отстранети и другите можности предвидени во ЗПП кога се повикува на постапување во согласност со истиот?

Делот на законот кој се однесува за прекршоци и глоби во одреден дел на описот на предвидените прекршоци се поклопува со описот на предвидените дела во Кривичниот законик на РМ и исто е неприфатливо, а бара усогласување и ценење на кривично правните стандарди. Се почести се дискусиите околу висината на глобите, дека истите не соодветствуваат со економските можности на граѓаните и поради тоа е потребно повторно да се разгледа и ова прашање.

Во “Анализата на Законот за спречување и заштита од дискриминација” без претензии за беспрекорно и сеопфатно согледување на состојбите и проблемите во неговата содржина и примена, ИЧП укажува на потреба од одредени активности како на членовите на законодавниот дом така и од извршната власт со цел да истиот поцелосно се усогласи со националните и меѓународните стандарди во превенирање и заштита од дискриминацијата и во нашата средина.