

ОБСЕ

Организација за безбедност и
соработка во Европа
Мисија во Скопје



ВОДИЧ ЗА ПРЕМИНУВАЊЕ НА ТОВАРОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ НА КОМИСИЈАТА ЗА СПРЕЧУВАЊЕ И ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈА



Скопје, 2023



ВОДИЧ ЗА ПРЕМИНУВАЊЕ НА ТОВАРОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ НА КОМИСИЈАТА ЗА СПРЕЧУВАЊЕ И ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈА

Уредничка:

д-р Жанета Попоска од Мисијата на ОБСЕ во Скопје

Авторки:

Наташа Амдију, независна консултантка,
д-р Жанета Попоска од Мисијата на ОБСЕ во Скопје

Лектура:

Елена Георгиевска

Графички дизајн:

Тони Најдов - Винсент Графика - Скопје

ISBN: 978-92-9271-196-2



Организација за безбедност и
соработка во Европа
Мисија во Скопје

Содржината на ова издание не секогаш ги одразува погледите или ставовите на Мисијата на ОБСЕ во Скопје.

Сите права се задржани. Содржината на оваа публикација може слободно да се користи и умножува во образовни и други некомерцијални цели, под услов при секоја таква репродукција да се наведат Комисијата за спречување и заштита од дискриминација и Мисијата на ОБСЕ во Скопје како извор.

СОДРЖИНА:

ВОВЕД	7
I. ПОИМ НА ПРИНЦИПОТ НА ПРЕМИНУВАЊЕ НА ТОВАРОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ	9
II. МЕЃУНАРОДНИ И НАЦИОНАЛНИ СТАНДАРДИ ЗА ПРЕМИНУВАЊЕ НА ТОВАРОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ	17
1. Правото на Европската Унија.....	17
2. Европската конвенција за човекови права.....	19
3. Закон за спречување и заштита од дискриминација	20
III. ЕЛЕМЕНТИ И ФАЗИ НА ПРЕМИНУВАЊЕ НА ТОВАРОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ ВО ПРАКТИКА	23
1. Елементи на prima facie случај на дискриминација	24
1.1. Директна дискриминација.....	25
1.1.1. Директна дискриминација врз основа на пол.....	30
1.1.2. Директна дискриминација врз етничка припадност.....	32
1.1.3. Директна дискриминација врз попреченост	34
1.1.4. Директна дискриминација врз религија или уверување	36
1.1.5. Директна дискриминација врз друга основа	37
1.1.6. Повеќекратна директна дискриминација.....	40
1.2. Индиректна дискриминација.....	41
1.2.1. Индиректна дискриминација врз основа на пол.....	43
1.2.2. Индиректна дискриминација врз основа на етничка припадност.....	44
1.2.3. Индиректна дискриминација врз основа на попреченост	46
1.2.4. Индиректна дискриминација врз основа на религија или уверување	46
1.2.5. Индиректна дискриминација врз друга основа	48
1.2.6. Повеќекратна индиректна дискриминација	48
1.3. Други облици и видови на дискриминација	49
1.3.1. Вознемирување	49
1.3.2. Сегрегација.....	50
1.3.3. Соодветно приспособување	51
1.3.4. Повикување, поттикнување и инструкција за дискриминација.....	55
1.3.5. Виктимизација	55
1.3.6. Потешки облици на дискриминација.....	56
2. Побивање на претпоставката за дискриминација и објективно оправдување.....	59
3. Наведување на преминувањето на товарот на докажување во одлука (мислење на Комисијата за спречување и заштита од дискриминација или судска пресуда)	73
БИБЛИОГРАФИЈА	77



ВОВЕД

Комисијата за спречување и заштита од дискриминација (понатаму во текстот: КСЗД или Комисијата), во рамките на проектот „Зајакнување на владеењето на правото и човековите права во Република Северна Македонија II“ поддржан од Мисијата на ОБСЕ во Скопје, во периодот од август до октомври 2022 година го изработи Водичот за преминување на товарот на докажување на Комисијата за спречување и заштита од дискриминација. Истиот, има за цел да го појасни процесно-правниот институт на преминување на товарот на докажување во постапката пред Комисијата со цел за ефикасна примена на Законот за спречување и заштита од дискриминација (понатаму во текстот: ЗСЗД).

Предизвик во изработката на Водичот беше систематизираното и аналитичко разгледување на едно место на состојбите со преминувањето на товарот на докажување како во постапката пред Комисијата така и во судска постапка имајќи ја предвид постојната национална практика. Притоа, Водичот го појаснува значењето, опсегот, отворените прашања и дискусиите за овој правен институт, и дава примери од практиката на Судот на правдата на Европската Унија (понатаму во текстот: СПЕУ) и Европскиот суд за човекови права (понатаму во текстот: ЕСЧП) како и некои компаративни практики од европските држави, а со цел да им помогне на правните практичари и практичарки а посебно на КСЗД во разбирањето и применувањето на истиот. Исто така, во Водичот се истакнуваат и позитивни примери од практиката на КСЗД преку илустрација на преминувањето на товарот на докажување во нивните мислења.

Оправданоста за изработката на Водичот е потребата од елаборирање на преминувањето на товарот на докажување како процесно-правен институт кој е воведен во националниот правен систем со антидискриминациското законодавство, како во судските постапки за заштита од дискриминација така и во постапката пред Комисијата. Овој Водич треба да служи како помагало за разбирањето на истиот и нема за цел да даде негова сеопфатна теоретска разработка, туку да укаже на најдобрите начини на примена на преминувањето на товарот на докажување во практиката. Истовремено, тој остава простор за флексибилност и еволутивно толкување на овој институт од страна на КСЗД како и другите правни практичари и практичарки.

Водичот е изработен користејќи се со комбинирана методологија која се состои од преглед на литература која се состои од правни документи и судска практика како и стручна расправа со Комисијата за текстот на Водичот. Спроведувањето го надгледуваше Мисијата на ОБСЕ во Скопје.



Поим на принципот на преминување на товарот на докажување

Според ЗСЗД еднаквоста се разбира како начело според кое сите луѓе се рамноправни, односно изедначени во уживањето и остварувањето на сите права и слободи. Во својот историски развој во правната теорија, еднаквоста се разбирала, најпрво, како формално-правна според која сите сме еднакви пред законот и во согласност со тоа, еднаквите треба да се третираат еднакво, а нееднаквите различно. Според Општиот коментар број 6 на Комитетот за правата на лицата со попреченост на Обединетите нации, иако формалната еднаквост може многу да помогне во борбата против негативните стереотипи и предрасуди, сепак, не може да понуди решение за „дилемата на различностите“, затоа што не ги разгледува ниту ги прифаќа разликите меѓу човечките суштества.¹ Затоа, во правната теорија се смета дека тоа е застапен начин на гледање на еднаквоста кој не дава одговор на бројни форми на дискриминација кои се јавуваат иако формално-правното разбирање на еднаквоста е задоволено. Затоа, несомнена беше појавата на вториот начин на гледање на еднаквоста, а тоа е материјалната еднаквост која треба да гарантира еднаквост во можностите и остварување на сите потенцијали на личноста преку обезбедување на еднаквост на појдовната позиција, што може да бара и примена на посебни или афирмативни мерки таму каде што има историски генерирана нееднаквост. Односно, материјалната еднаквост претпоставува пошироко толкување на поимот на еднаквост и подразбира спроведување на правната еднаквост во секојдневниот живот, при што резултатите и ефектите што произлегуваат од примената на законите, политиките и практиката не треба да резултираат со дискриминација. Ова стојалиште, посебно ги зема предвид различностите на определените заштитени групи, како, на пример, во случаите на соодветното приспособување за лицата со попреченост.

Денес сме сведоци дека и материјално-правното разбирање на еднаквоста полака се заменува со едно ново поимање на еднаквоста, а тоа е инклузивната еднаквост. Имено, Општиот коментар број 3 на Комитетот за правата на лицата со попреченост на Обединетите нации², зборува за инклузивна еднаквост како нов модел на еднаквост развиен во Конвенцијата за правата на лицата со попреченост, кој ја опфаќа материјалната еднаквост елаборирајќи ја содржината на еднаквоста во четири димензии. И тоа: (а) фер редистрибутивна димензија со цел справување со социо-еко-

1. Види: General Comment No. 6: Article 5: Equality and non-discrimination, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/C/GC/6, 9 March 2018, параграф 10.

2. Види: General Comment No. 3: Article 6: Women and girls with disabilities, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/C/GC/3, 25 November 2016, параграф 11. За повеќе информации види: Попоска, Ж., Толкувач на Меѓународната конвенција за правата на лицата со попреченост на Организацијата на Обединетите нации, Полио плус – движење против хендикеп, Скопје, 2018 година, стр. 30-31.

номските недостатоци; (б) димензија на признавање со цел борба против стигмата, стереотипите, предрасудите и насилството признавајќи го достоинството на човечките суштества и нивната интерсекционалност; (в) партиципативна димензија со цел потврдување на социјалната природа на луѓето како членови на општествените групи и признавање на целосното човештво преку вклучување во општеството; и (г) приспособувачка димензија со цел правење на простор за разликите на луѓето како прашање на човечкото достоинство (параграф 11).

Дали сте знаеле дека правната теорија низ историјата ја разбирала еднаквоста на три различни начини, секој надградувајќи се над другиот. Најпрво, како формално-правна, потоа, како материјално-правна, за на крај, денес, да ја разбираме како инклузивна еднаквост!

Според Попоска, Михајлоски и Георгиевски, проблематиката на товарот на докажување како процесно правен институт е комплексна, така што во нејзиното елаборирање треба да се опфатат бројни теоретски и практични прашања, како од материјално-правен така и од процесно-правен аспект. Содржината на правната обврска се состои од определено однесување за субјектот, чинење или нечинење, кое се изразува како императив упатен до субјектот на обврската да се однесува на пропишан начин. Основната (примарна) обврска на правните норми е да обезбеди граѓанско-правниот поредок да ја оствари својата функција, носителите и носителките на граѓанските субјективни права и на правните обврски да се однесуваат на начин како што тоа е определено со правните норми. Кога не се остварува примарната ефикасност на правните норми, а поради отсуство на самоиницијатива, доброволност и спонтано однесување на субјектите во согласност со правните норми, потребно е да се изгради механизам за дополнителна – секундарна заштита, односно ефикасност преку нивно присилно извршување. Ова се остварува преку организираниот механизам на државата, од кој механизам субјектот бара по присилен пат да биде интервенирано во заштитата на неговото право. Тука, може да стане збор за превентивно дејство кое го преземаат заинтересираните субјекти преку вонсудска заштита како што е постапката пред КСЗД, или за репресивно-реститутивно дејствување на заинтересираните субјекти кое се утврдува во судската постапка (граѓанска, прекршочна, казнена).³

Поради спецификата на појавноста на дискриминацијата, кај овие предмети се јавуваат доста потешкотии при нивното докажување кога би се користел редовниот товар на докажување, односно секој што тврди треба и да го докаже тоа. Со цел да се олесни докажувањето на дискриминациското постапување или ефектот од определената, навидум, неутрална норма, критериум или практика, во случаите на дискриминација дозволено е поделување на товарот на докажување помеѓу подносителот или подносителката на претставката и лицето против кое е поднесена претставката.

3. Види: Попоска, Ж., Михајлоски, З., Георгиевски, А., Водич за улогата на Комисијата за заштита од дискриминација во судска постапка и преминување на товарот на докажување, Мисијата на ОБСЕ во Скопје, Скопје, 2013 година, стр. 30-31

Овој принцип, кој е развиен од страна на СПЕУ во случаите на дискриминација врз основа на полот како што е случајот *Danfoss*⁴ и случајот *Enderby*⁵ денес е длабоко вкоренет во европското анти-дискриминациско законодавство.

Генерално, постојат две главни причини поради кои правото на Европската Унија го уредува преминувањето на товарот на докажување:

- » заштита на послабата страна на правниот однос и
- » обезбедување на пристап до информации како израз на начелото на рамноправност на странките во постапката.

Заштитата на послабата страна на правниот однос и преминувањето на товарот на докажување од подносителот или подносителката на претставката кон лицето против кое е поднесена претставката, придонесува за остварување на една од основните цели на европската политика за рамноправност на странките во постапката, односно е во функција на остварување на правната заштита на жртвите од нерамноправноста во постапката. СПЕУ континуирано потврдува во својата јуриспруденција, дека во правото на Европската Унија, социјалната димензија, во која е вклучено и еднаквото постапување, е еднаква па ако не и поважна од економската димензија⁶. Втората причина се однесува на достапноста на информациите. Имено, оштетената страна од дискриминација, по правило, нема пристап до важни информации кои влијаат на докажувањето на повредата на правото на начелото на рамноправност на постапката па затоа товарот треба да премине кон другата страна која ги има овие информации, односно податоци, со цел жртвите да имаат на располагање ефикасен правен лек.

Стандардот на преминување на товарот на докажување уреден во правото на Европската Унија, односно антидискриминациските и родовите директиви, предвидува дека: „земјите членки во согласност со своите национални судски системи ги преземаат сите неопходни мерки, да обезбедат дека, во случаи кога лицата кои се сметаат за жртви, бидејќи на нив не се применувал принципот на еднаков третман, пред судот или пред друг надлежен орган претставуваат факти од кои може да се претпостави дека се случила директна или индиректна дискриминација, тужениот треба да докаже дека немало повреда на принципот на еднакво постапување“.

Треба да се знае!

Правото на Европската Унија наведува дека преминување на товарот на докажување се уредува како во судската така и во вонсудската заштита од дискриминација.

4. Види: СПЕУ, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening (acting on behalf of Danfoss)*, [1989] ECR I-3199.

5. Види: СПЕУ, C-127/92, *Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State of Health*, 1993 ECR I-05535.

6. Види: СПЕУ, C-80/70, *Defrenne I*, [1971] ECR 445; СПЕУ, C-50/96, *Deutsche Telekom v. Schröder*, [2000] ECR I-743, параграф 56.

Тоа што треба да се докаже во случаите на дискриминација е постоењето на различно понеповолно постапување (кај директната дискриминација) или понеповолна положба, односно ефект (кај индиректната дискриминација) врз дискриминациска основа, кое не може да се оправда или со некој од постојните исклучоци од директната дискриминација, односно со мерките и дејствијата што не претставуваат дискриминација, или со тестот на објективно оправдување на индиректната дискриминација.

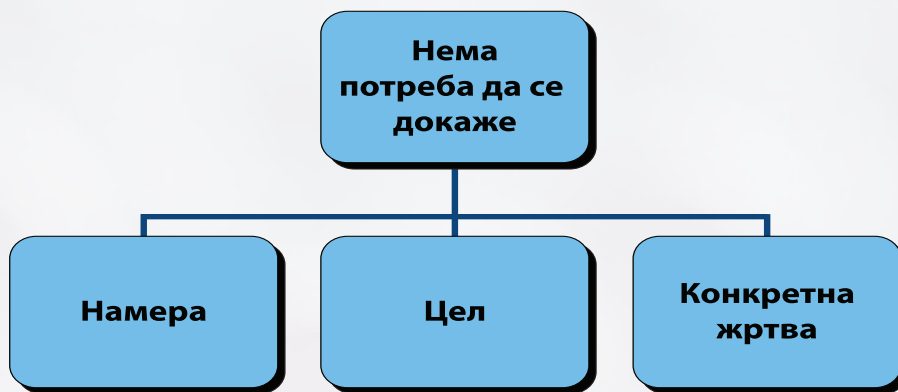
Ова значи дека не е потребно да се утврдат неколку придружни факти кои се јавуваат во случаите на дискриминација, со цел правно да се докаже случајот.

- » *Прво*, нема потреба да се докаже дали лицето против кое е поднесена претставката е мотивиран/а од предрасуди, односно нема потреба да се докаже дека има предрасуди за определеното лице или група на лица за да се докаже случајот на дискриминација. Правото не може да ги регулира ставовите на луѓето, затоа што тие се чисто внатрешни состојби. Тоа што може да го регулира, и го регулира е постапувањето преку кое тие ставови може да се манифестираат. На пример, во случајот *Feryn*, објаснет подолу, иако сопственикот тврдел дека неговите клиенти, а не тој самиот, сакале само Белгијци со бела боја на кожата да им работат во домот, СПЕУ воопшто не го земал овој факт како релевантен во одлучувањето дали во случајот има дискриминација.
- » *Второ*, не е потребно да се покаже дека определената одредба, критериум или практика има за цел, посебно, понеповолно да влијае врз определената група на лица. Напротив, и ако се покаже дека определената одредба, критериум или практика е добронамерно предвидена, меѓутоа, сепак, има понеповолен ефект врз односната група на лица, тогаш, пак, таа ќе биде дискриминациска. На пример, во случајот *D.H.*, иако државата тврдела дека системот на специјални училишта е создаден со цел да им се помогне на ромските ученици и ученички да ја надминат јазичната препрека и недостатокот од предучилишно образование, ЕСЧП сметал дека ова е ирелевантно и дека за да се докаже дискриминацијата треба да се покаже дека Ромите биле несразмерно и негативно засегнати (погодени) во конкретниот пример во споредба со мнозинското население, а не постоењето на намера за дискриминација⁷.
- » *Трето*, што се однесува само на антидискриминациското законодавство на Европската Унија, не постои потреба да се докаже постоење на конкретна жртва која може да се идентификува, како што се демонстрираше во случајот *Feryn*. Од друга страна, според ЕКЧП, ако конкретната жртва не покаже *locus standi* тогаш случајот не би ги задоволил критериумите на допуштеност во согласност со членот 34 од ЕКЧП⁸.

7. Види: ЕСЧП, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], Апликација бр. 57325/00, 13 ноември 2007 година, параграф 175 и 184.

8. Види: European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European non-discrimination law*, 2018 edition, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018, стр. 239-241.

Истото ова може да се прикаже табеларно на следниов начин.



Товарот на докажување претставува должност на определен процесен субјект да предложи докази со кои ќе се потврди вистинитоста на определено тврдење за правно- релевантни факти. На товарот на докажување му претходи товарот на тврдење што означува должност на определен процесен субјект пред судот или пред КСЗД да ги изнесе тврдењата за фактите на кои го заснова неговото/нејзиното барање или со кои ги побива наводите на спротивната страна. Преминувањето на товарот на докажување има карактер од процесно-правна природа. За преминувањето на товарот на докажување во нашето национално законодавство, изрично се предвидени одредби во законите кои регулираат определени специфични општествени односи, објаснети подолу. Правото на преминување на товарот на докажување од подносителот или подносителката на претставката кон лицето против кое е поднесена претставката е потребно да се анализира во контекст на воспоставување на правна заштита во постапка по принципот на рамноправно постапување.

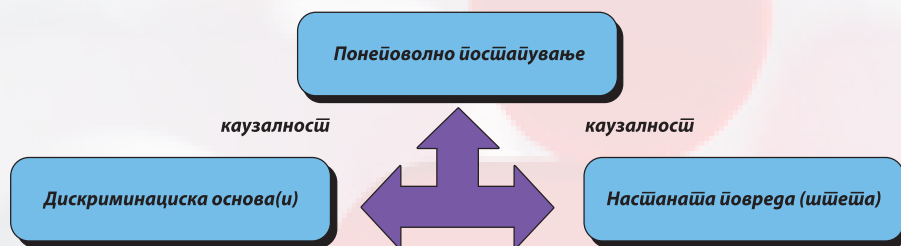
За да премине товарот на докажување од жртвата (подносителот или подносителката на претставката) на претпоставениот дискриминатор (лицето против кое е поднесена претставката), првиот, односно првата мора да презентира факти со кои, ќе направи веројатно дека дискриминацијата би можела да биде извршена, односно треба да постави *prima facie* случај на дискриминација, од кој јасно може да се претпостави веројатноста дека токму заштитната карактеристика, односно дискриминациската основа, е таа околност што довела до понеповолно постапување или ефект од постапувањето, за разлика од другите. Исто така, подносителот или подносителката на претставката мора да го направи веројатно постоењето на каузална врска помеѓу понеповолно постапување или ефектот од постапувањето и настанатата повреда (штета) или диспропорционалната негативност.

Треба да се знае!

Фактот што едно лице има определена заштитна карактеристика а друго нема, не е доволно за да премине товарот на докажувањето, затоа што ова разликување секогаш ќе постои и ако се прифати како доволно, тогаш секогаш ќе имаме воспоставен *prima facie* случај на дискриминација, а ова е правна небулоза.

Покрај постоењето на дискриминациска основа, односно заштитна карактеристика, за да се воспостави презумпција на дискриминација потребно е да се изведе уште некој друг факт или доказ кој ќе

укаже на употребата на заштитната карактеристика како критериум за разликување на конкретното лице во односниот случај. На пример: ако лицето со определено етничко потекло имало подобри квалификации од другото лице а било избрано другото лице, или ако други лица се пуштаат да влезат во ресторан а само на Ромите не им е дозволено, тогаш веќе се заснова *prima facie* случај и товарот на докажување преминува на лицето против кое е поднесена претставката, па тој/таа треба да го докаже спротивното. Или, ако покрај имањето на попреченост, постојат дополнителни околности што укажуваат на постоењето на стереотипи за лицата со попреченост, на кои се заснова одлуката на носителот на истата. Такви околности се, на пример: коментари што укажуваат на намерата да се дискриминира, поранешни случаи/политики на дискриминација на лица со попреченост или одреден вид на попреченост (најчесто лица со ментална или интелектуална попреченост) извршени токму од тоа физичко или правно лице, прашања поставени на интервјуто (на пример, за видот на попреченост кој го има односното лице), нетранспарентност или необјаснети процедурални повреди, барање на дополнителни податоци како, на пример, оние од здравствениот картон на односното лице со попреченост и слично.



Со други зборови, подносителот или подносителката на претставката, за да направи *prima facie* случај на дискриминација мора да ја покаже јасната каузална врска и помеѓу понеповолното постапување и настанатата повреда, но и помеѓу понеповолното постапување и дискриминациската основа, но треба да ја направи само веројатна каузалната врска помеѓу дискриминациската основа и настанатата повреда.

Според Попоска, многу често, *prima facie* случај на директна дискриминација врз дискриминациска основа се докажува ако подносителот или подносителката на претставката покаже јасна дискриминациска политика на одредено правно лице или, пак, правило кое се применува и различно ги третира односните лица, за разлика од останатите. На пример, ако се покаже дека постои практика во базенот да не се примаат Роми и Ромки, или во определен кафе-бар да не се примаат постари лица, или ако постои правило во ресторанот да не се примаат лица придружувани со куче-водич. Ова е посебно важно и во докажувањето на случаите на индиректна дискриминација каде треба да се докаже дека определена, навидум, неутрална одредба, критериум или практика има посебно понеповолен ефект врз определената група на лица. Потребно е подносителот или подносителката на претставката, да докаже дека овој диспропорционално понеповолен ефект е резултат на примената на конкретната одредба, критериум или практика, која се напаѓа. Со други зборови, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже дека постои каузален од-

нос помеѓу мерката која се напаѓа и дисбалансот меѓу различните групи во уживањето на одредена корист⁹.

По преминувањето на товарот на докажување од подносителот или подносителката на претставката на лицето против кое е поднесена претставката, вториот, односно втората може да ја отфрли претпоставката за извршена дискриминација ако докаже дека подносителот или подносителката на претставката, всушност, не се наоѓа во слична ситуација со својот компаратор, или ако докаже дека различното постапување не е засновано врз заштитната карактеристика, туку врз основа на друго објективно разликување. Ако лицето против кое е поднесена претставката, не успее да ја отфрли претпоставката за извршената дискриминација на кој било од овие два начина, тогаш тој/таа ќе мора да го оправдува различното постапување/различниот ефект, докажувајќи дека тоа е објективно оправдано и пропорционално. Односно, во случаите на создаден *prima facie* случај на дискриминација, лицето против кого е поднесена претставката, мора да докаже дека односното разликување врз основа на дискриминациска основа тежнее кон постигнување на цел која е објективна и оправдана, а самото разликување е соодветно и неопходно за постигнување на таа цел.

За крај би навеле дека кога зборуваме за товарот на докажување треба да имаме предвид три работи, и тоа:

- » *Прво*, националното законодавство е тоа кое одредува како тип на факти/докази се прифатливи и потребни да се презентираат пред националните судови и други надлежни органи и како тие ќе се изведуваат, а ова може да биде построго дефинирано за разлика од ЕСЧП или СПЕУ.
- » *Второ*, правилата за преминување на товарот на докажување не се применуваат во кривичната постапка кога државата ги гони сторителите или сторителките на кривичните дела мотивирани од омраза или родово-базирано насилство поради повисокото ниво на докажување за утврдување на кривична одговорност¹⁰.
- » *Трето*, државите можат да одредат правилата за преминување на товарот на докажување да не се применуваат во случаи кога судовите или други надлежни органи вршат истражни дејства, поради принципот на презумција на невиност, но и поради начелото на објективност и непристрасност.

Дали сте знаеле дека правото на Европската Унија остава секоја од државите самата да си го уреди прашањето на преминување на товарот на докажување. На пример, антидискриминациското законодавство на Франција и Белгија предвидува дека посебните правила во врска со преминување на товарот на докажување се применливи освен во граѓанско - правните постапки и во управно-правните постапки.

9. Види: Попоска, Ж., Дискриминација врз основа на хендикеп во меѓународното право за правата на човекот, Универзитет „Свети Кирил и Методиј“ - Скопје, Правен факултет „Јустинијан I“ 2012 година, стр. 47-52.

10. Види: European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European non-discrimination law*, 2018 edition, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018, стр. 236.





МЕЃУНАРОДНИ И НАЦИОНАЛНИ СТАНДАРДИ ЗА ПРЕМИНУВАЊЕ НА ТОВАРОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ

Принципот на преминување на товарот на докажување е вгнезден во правото на Европската Унија и судската практика на СПЕУ, од каде и потекнува овој процесно-правен институт, но и во судската практика на ЕСЧП, објаснета подолу. И Европскиот комитет за социјални права основан со Европската социјална повелба на Советот на Европа, исто така, во неколку случаи коишто биле разгледувани пред него предви дува дека во случаи на дискриминација товарот на докажување не треба целосно да лежи на страната на апликантот или апликантката, туку треба да биде предмет на соодветно приспособување¹¹. Според Прирачникот за европско право за недискриминација, ваква практика се забележува и кај Комитетот за економски, социјални и културни права како и Комитетот за елиминација на расната дискриминација на Обединетите нации. Имено, Комитетот за економски, социјални и културни права посочил дека „во случаи во кои фактите и настаните што се во прашање целосно или делумно се во рамките на ексклузивното сознание на властите или на други одговорни тела, товарот на докажување треба да се смета дека е одговорност на властите, или на другите одговорни тела, соодветно“.¹²

1.

Правото на Европската Унија

Како што е наведено и погоре, преминување на товарот на докажување за прв пат се појавил во судската практика на СПЕУ во случаите на еднаква плата за иста работа и работа од иста вредност, односно во случаите на директна дискриминација врз основа на полот. Постоенето на овој правен институт Судот тесно го врзува со создавање на претпоставки за ефективно спроведување на принципот на еднакво постапување. Односно, треба да се земат предвид два правни принципа на правото на Европската Унија, едниот е принципот на ефективност, според кој материјалите и процесните гаранции за преземање на дејствија за спроведување на правото на Европската Унија не смеат да бидат поставени на начин што ќе оневозможи користење со правото уредено со законодавството на Унијата. Во оваа насока, СПЕУ во случајот *Comet BV*¹³ јасно наведува дека националното законодавство ги предвидува процедуралните услови за заштита на правата гарантирани со законодавството на Унијата доколку не се дискриминациски и додека не оневозможуваат лицата во практика да се користат со истите. Вториот принцип е принципот на ефикасна судска заштита. Имено, во случајот *San*

11. Види: ЕКСП, *Associazione Nazionale Giudici di Pace v. Italy*, Апликација бр. 102/2013, 5 јули 2016 година, параграф 73; ЕКСП, *SUD Travail Affaires Sociales, SUD ANPE and SUD Collectivité Territoriales v. France*, Апликација бр. 24/2004, 8 ноември 2005 година; ЕКСП, *Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) v. Bulgaria*, Апликација бр. 41/2007, 3 јуни 2008 година.

12. Види: European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European non-discrimination law*, 2018 edition, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018, стр. 239.

13. Види: СПЕУ, C-45/76, *Comet v. Produktschop voor Siergewassen*, [1975] ECR 2043.

*Giorgio*¹⁴, Судот сметал дека не е соодветно товарот на докажување да биде ставен на апликантот или апликантката, затоа што во тој случај би било целосно невозможно остварување на правата гарантирани со законодавството на Европската Унија.

Може да се заклучи дека, СПЕУ во својата јуриспруденција јасно истакнува дека без поделување на товарот на докажување помеѓу двете странки во постапката, нема предуслови за спроведување во практика на принципот на еднаквост и забрана на дискриминација. Случаите нема да можат да се докажат а со тоа и практиката нема да се смени. Затоа, Европската Унија на почетокот во посебна директива, Директивата 97/80/ЕС на Советот за товарот на докажување во случаи за дискриминација врз основа на полот¹⁵, а потоа и во двете антидискриминациски директиви од 2000 година¹⁶ и родовите директиви¹⁷ го предвидува овој процесно-правен институт експлицитно. Во точките 8 и 18 од преамбулата на Директивата 97/80/ЕС, се наведува дека преминувањето на товарот на докажување е во функција на остварување на правната заштита на жртвите од нерамноправноста во постапката.

Правен акт	Член
<i>Директива 2000/78/ЕС на Советот за воспоставување генерална рамка за еднаков третман при вработувањето и пристап до вршење на одредена професија</i>	член 10
<i>Директива 2000/43/ЕС на Советот за спроведување на начелото на еднаков третман на лицата без оглед на расното и етничкото потекло</i>	член 8
<i>Директива 2004/113/ЕС на Советот за спроведување на принципот на еднаков третман меѓу мажите и жените во пристапот и снабдувањето со добра и услуги</i>	член 9
<i>Директива 2006/54/ЕС на Европскиот парламент и на Советот за спроведување на начелото за еднакви можности и еднаков третман на мажите и на жените во прашањата од вработувањето и вршење на одредена професија (консолидирана верзија)</i>	член 19

Дали сте знаеле дека првите случаи во кои се утврдила потреба за преминувањето на товарот на докажување биле во врска со дискриминација врз основа на полот а се однесувале на еднаква плата за иста работа и работа од иста вредност меѓу мажите и жените.

14. Види: СПЕУ, C-199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SpA San Giorgio*, [1983] ECR 3595.

15. Види: Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, OJ L 14, 20.1.1998.

16. Види: Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19.7.2000; Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2.12.2000.

17. Види: Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), OJ L 204, 26.7.2006; Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ L 373, 21.12.2004.

2.**Европската конвенција за човекови права**

Од друга страна, за разлика од антидискриминациското право на Европската Унија, во Европската конвенција за човекови права (понатаму во текстот: ЕКЧП или Конвенцијата) експлицитно не се препознава одредбата за преминување на товарот на докажување. Кога ЕСЧП ги испитува случаите пред себе од аспект на докази, Судот обично го применува принципот *affirmanti incumbit probatio*, односно дека апликантот или апликантката треба да го докаже своето тврдење. Судот го применува стандардот на докажување „надвор од разумно сомневање“ како вообичаен стандард за сите права утврдени со Конвенцијата. Во постапката пред ЕСЧП, не постојат процесни препреки за допуштеноста на доказите или однапред утврдени формули на кои се заснова нивната процена. Судот ги усвојува заклучоците кои, според него, се поддржани од слободната оценка на сите докази, вклучувајќи ги и заклучоците што можат да произлезат од фактите и поднесоците на странките во постапката.

Сепак, товарот на докажување се применува од страна на ЕСЧП, што се забележува од неговата судска практика. На пример, кога случувањата, кои се предмет на разгледување се целосно, или во голем дел, во рамките на ексклузивното знаење на властите, товарот на докажување може да се смета дека им припаѓа на властите за да изнесат задоволително и убедливо објаснување (случајот *Salman*, случајот *Anguelova*, случајот *Makuchyan and Minasyan*)¹⁸. Судот, исто така, го префрлил товарот на докажување и во други случаи каде што во практика би било исклучително тешко за апликантот или апликантката да докаже дискриминација (случајот *Cința*)¹⁹.

ЕСЧП ги гледа презентираниите докази како целина, поради фактот што, најчесто, државите се тие кои ги имаат информациите (фактите и доказите) со кои може да се потврди односно тужбено барање. Односно, ако фактите онака презентирани од апликантот или апликантката на Судот му изгледаат како веродостојни и се конзистентни со другите презентирани докази, ЕСЧП ќе ги прифати истите како докажани, освен ако државата не е во состојба да презентира друго веродостојно објаснување. Судот ќе ги прифати како факти оние наводи кои се „поддржани од слободната оценка на сите докази, вклучително и оние тврдења кои произлегуваат од фактите и поднесоците на странките ... [д] оказот може да произлезе од коегзистенцијата на доволно јаки, јасни и согласни тврдења или од слични неоспорени фактички претпоставки. Исто така, нивото на убедливост потребно за постигнување на определен заклучок и, во оваа насока, поделбата на товарот на докажувањето, се неразделно поврзани со посебноста на фактите, природата на изнесените наводи и правата од ЕКЧП

18. Види: ЕСЧП, *Salman v. Turkey* [GC], Апликација бр. 21986/93, 27 јуни 2000 година, параграф 100; ЕСЧП, *Anguelova v. Bulgaria*, Апликација бр. 38361/97, 13 јуни 2002 година, параграф 111; ЕСЧП, *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*, Апликација бр. 17247/13, 26 мај 2020 година. За повеќе информации види: Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, Prohibition of discrimination*, Strasbourg, updated on 31 August 2022, стр. 21-23.

19. Види: ЕСЧП, *Cința v. Romania*, Апликација бр. 3891/19, 18 февруари 2020 година.

кои се доведени во прашање“ (ЕСЧП, случајот *Nachova*, случајот *Timishev*, случајот *D.H.*).²⁰

Треба да се знае!

Иако ЕКЧП експлицитно не го споменува преминувањето на товарот на докажување, сепак, тој се применува од страна на судот забележително преку неговата судска практика.

Прочитај повеќе!

Во Прирачникот за европското право за недискриминација (Handbook on European non-discrimination law) за европските антидискриминациски стандарди.

3.

Закон за спречување и заштита од дискриминација

Законот за спречување и заштита од дискриминација²¹ се очекува да ги надополни правните празнини кои постојат во нашиот правен систем во областа на недискриминацијата како и да овозможи полесна правна заштита на сите лица кои би се јавиле како наводни жртви на дискриминација. Законот во членовите од 14 до 31 предвидува воспоставување на тело за еднаквост - Комисија за спречување и заштита од дискриминација и ја регулира постапката пред него. Националниот систем предвидува три постапки кои можат да се водат во случаи на наводна дискриминација и тоа: административна постапка (пред Комисијата за заштита од дискриминација во согласност со членовите од 23 до 31 од ЗСЗД и пред Народниот правобранител во согласност со членовите од 13 до 27 од Законот за народниот правобранител²²), парнична постапка (во согласност со членовите од 32 до 40 од ЗСЗД) и прекршочна постапка (во согласност со членовите од 41 до 44 од ЗСЗД).

Што се однесува до процесните одредби, преминувањето на товарот на докажувањето е изрично предвиден во ЗСЗД, како во судската така и во вонсудската постапка. Имено, членот 37 предвидува дека: тужителот или тужителката, кој/а тврди дека во согласност со одредбите на ЗСЗД е сторена дискриминација, е должен да ги изнесе фактите што го прават тврдењето веројатно и тогаш товарот на докажување преминува на тужениот или тужената да докаже дека не постои дискриминација (став 1). Дополнително прецизирајќи дека оваа одредба не се применува во прекршочната и казнената постапка (став 2).

Преминувањето на товарот на докажување е уреден и во постапката пред КСЗД.

20 Види: ЕСЧП, *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], Апликации бр. 43577/98 и 43579/98, 6 јули 2005 година, параграф 147; ЕСЧП, *Timishev v. Russia*, Апликации бр. 55762/00 и 55974/00, 13 декември 2005 година, параграф 39 и ЕСЧП, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], Апликација бр. 57325/00, 13 ноември 2007 година, параграф 178. За повеќе информации види: European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European non-discrimination law*, 2018 edition, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018, стр. 233.

21. Види: Закон за спречување и заштита од дискриминација, „Службен весник на РСМ“, бр. 258/2020.

22. Види: Законот за народниот правобранител, „Службен весник на РМ“, бр. 60/03, 114/09, 181/16, 189/16 и 35/2018.

Член 26 од ЗСЗД

Подносителот на претставката кој тврди дека во согласност со одредбите на овој закон е сторена дискриминација е должен да ги изнесе сите факти што го прават тврдењето веројатно. Доколку Комисијата утврди дека тврдењето е веројатно, тогаш товарот на докажување преминува на лицето против кое е поднесена претставката.

И двете одредби кои се однесуваат на преминување на товарот на докажување се целосно усогласени со антидискриминациските стандарди, посебно со правото на Европската Унија. Сепак, според Коцевски, од досегашната примена на правилото за пренесување на товарот на докажување, во практиката се забележува неизедначеност во постапувањето на судовите. Во повеќе од половина од анализираниите судски одлуки судовите воопшто не се произнесуваат во однос на товарот на докажување, ниту, пак, го применуваат ова правило, што значително го отежнува пристапот до ефективна судска постапка за заштита од дискриминација. Причините за ваквото постапување се недоволната обука, како и слабата активност на повисоките судови во постигнување на изедначена примена на законите.²³

Од друга страна, од анализата на мислењата на КСЗД се забележува дека Комисијата, генерално, ги следи елементите на преминувањето на товарот на докажување и својата одлука ја заснова со примена на ова процесно правило.

Треба да се знае!

Законот за спречување и заштита од дискриминација го предвидува преминувањето на товарот на докажувањето изрично и во судската и во вонсудската постапка, пред Комисијата за спречување и заштита од дискриминација, и во овој дел е целосно усогласена со антидискриминациските стандарди, посебно со правото на Европската Унија.

23. Види: Коцевски, Г., *Преминување на товарот на докажување во судските постапки за заштита од дискриминација, Анализа на и препораки за унапредување на ефективността на судската заштита од дискриминација, документ за јавни политики, Коалиција „Сексуални и здравствени права на маргинализираните заедници“ МАРГИНИ Скопје, Мрежа за заштита од дискриминација, Скопје, 2020 година, стр. 7.*





ЕЛЕМЕНТИ И ФАЗИ НА ПРЕМИНУВАЊЕ НА ТОВАРОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ ВО ПРАКТИКА

Преминувањето на товарот на докажување од подносителот или подносителката на претставката на лицето против кое е поднесена претставката, како процесен инструмент, со кој треба да се зголеми ефикасноста на антидискриминациската квази-судска заштита, по правило поминува низ неколку фази во постапката и тоа: поднесување на претставката, одговор на претставката и докажување и изведување на докази.

Надлежниот орган, во овој случај КСЗД во постапка, пред себе има задача да дојде до сознание за вистината, фактичката состојба, врз која донесува соодветна одлука, односно усвојува мислење. Притоа, Комисијата ги утврдува фактите кои се спорни меѓу странките и тоа врз основа на предложените факти и докази во сите фази од постапката.

Во судска постапка за заштита од дискриминација се применува Законот за парнична постапка²⁴ (понатаму во текстот: ЗПП), и како и во другите граѓански постапки судот одлучува во границите на барањата што се поставени во тужбата, а странките се должни да ги изнесат сите факти со кои се утврдуваат тие факти, а кои факти ќе ги земе како докажани одлучува судот по свое уверување, врз основа на совесна и грижлива оцена на секој доказ посебно и на сите докази заедно, и врз основа на резултатите од целокупната постапка.

Според ЗСЗД, една од надлежностите на КСЗД е да постапува по претставки, да носи мислења, препораки и заклучоци за конкретните случаи на дискриминација (член 21 став 1 алинеја 14), но и да поведува постапка за заштита од дискриминација по службена должност (член 21 став 1 алинеја 15) ако од околностите и фактите, како и од сознанието добиено по допрен глас, основано произлегува дека од страна на надлежен орган е извршена дискриминација во согласност со дискриминациските основи (член 23 став 4). Притоа, за разлика од Судот, Комисијата може да одлучи и пошироко од барањето во претставката, односно при анализирање на сите факти и докази таа може да најде целосна дискриминација и по различна форма или облик и по различна дискриминациска основа или основи од она што првично е наведено во претставката, што КСЗД често и го прави.

24. Види: Закон за парнична постапка, „Службен весник на РМ“, бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 и 124/2015.

Пример: Комисијата за спречување и заштита од дискриминација во случајот бр. 0801-278²⁵, во кој станува збор за подносителка на претставка која тврдела дека има дискриминација врз основа на личниот и општествен статус и семејната и брачната состојба против интернет-порталот кој објавувал текстови со невистинити и вознемирувачки содржини кон неа, по преминувањето на товарот на докажување и при анализата на сите факти и докази во случајот утврдила вознемирување врз основа на полот, родот, брачниот статус и личниот и општествениот статус (КСЗД, случај бр. 0801-278).

1.

Елементи на *prima facie* случај на дискриминација

Почетниот товар на докажување е на подносителот или подносителката на претставката, веројатно, да направи дека постои случај на дискриминација, односно да покаже постоење на *prima facie* случај на дискриминација. Тоа го прави со поднесување на факти, и таму каде што има и докази, што укажуваат на тоа дека е веројатно дека се случила дискриминација, односно кои доведуваат до создавање на презумција на дискриминација. Односно, тоа опфаќа наведување и опис на настаните, дејствијата, односите помеѓу странките поради кои подносителот или подносителката на претставката смета дека е сторена дискриминација. Ова се бара со цел да се избегнат неоправдани или парцијални обвинувања за сторена дискриминација, незасновани на ниту едни релевантни факти.

Пример: Според случајот **Belov**²⁶, во кој се тврди дека има дискриминација врз основа на етничка припадност. Општата застапничка на СПЕУ Кокот во своето мислење наведува дека со цел товарот на докажување да се пренесе, не е потребно ништо повеќе од „претпоставка“ за дискриминација, и секое построго толкување би ја загрозило потребата од практична ефикасност и би значело дека самото правило би било непотребно. Со други зборови, потребно е презумција а не заклучок или недвојбен доказ за сторена дискриминација.

Принципот подеднакво се применува во случаите на сите облици и видови на дискриминација, односно и во случаи на директна и индиректна дискриминација (член 8), како и повикување, поттикнување и инструкција за дискриминација (член 9), вознемирување (член 10), виктимизација (член 11), сегрегација (член 12) како и во случаите на потешки облици на дискриминација (член 13), објаснети подолу. Исто така, затоа што ЗСЗД подразбира дека и оневозможување на соодветно приспособување и оневозможување на пристапност и достапност на инфраструктурата, добрата и услугите се смета за дискриминација (член 6), принципот на преминување на товарот на докажување се применува и во овие случаи.

25. Види: Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-278, 5 јули 2021 годин

26. Види: СПЕУ, C-394/11, *Belov v CHEZ Elektro Bulgaria AG* [2013] 2 CMLR 29.

Член 5 од ЗСЗД

Се забранува секоја дискриминација врз основа на раса, боја на кожа, потекло национална или етничка припадност, пол, род, сексуална ориентација, родов идентитет, припадност на маргинализирана група, јазик, државјанство, социјално потекло, образование, религија или верско уверување, политичко уверување, друго уверување, попреченост, возраст, семејна или брачна состојба, имотен статус, здравствена состојба, лично својство и општествен статус или која било друга основа (во натамошниот текст: дискриминациска основа).

Основа и област на дискриминација

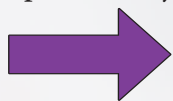
Важно е да се нагласи разликата помеѓу основа и област на дискриминација. Област на дискриминација е поле во кое се јавува противправниот нееднаков третман. Тоа може да биде: работни односи, образование, добра и услуги, домување, здравствена заштита, социјална заштита, итн.

Разбирањето на областа на дискриминација е важно за разбирањето на опсегот на заштита од дискриминација на определена основа, а во зависност од областа. Една основа може да биде заштитена (1) во една област (на пример, основата „возраст“ може да е заштитена само во областа „вработување“), (2) во неколку области (на пример, „сексуална ориентација“ може да се заштитени во здравството и во работните односи), или (3) во сите области каде за тоа има законска основа (како што е случајот со членот 3 став 2 од ЗСЗД, кој за поле на примена наведува неколку области и завршува со „и сите други области“).²⁷

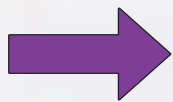
1.1.

Директна дискриминација

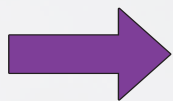
Кај случаите на директна дискриминација, подносителот или подносителката на претставката треба да направи презумција на дискриминација, покажувајќи:



понеповолно постапување сторено со дејствие или пропуштање



постоење на дискриминациска основа и каузална врска помеѓу дискриминациската основа и понеповолното постапување, односно треба да покаже дека единственото разумно објаснување за разликата во постапувањето е заштитената карактеристика на жртвата во согласност со членот 5 од ЗСЗД, и



компаратор, односно споредлива ситуација.

²⁷ Котевска, Б., *Водич за основи на дискриминација*, Мисија на ОБСЕ во Скопје и Комисија за заштита од дискриминација, Скопје, 2013 година, стр. 12.

Што се однесува до првиот елемент, постоењето на понеповолно постапување, во согласност со дефиницијата на дискриминација од ЗСЗД (член 6), КСЗД го разгледува постоењето на секое разликување, исклучување, ограничување или давање првенство, со сторување или несторување, што имаат за цел или резултат спречување, ограничување, признавање, уживање или остварување на правата и слободите на одредено лице или група на еднаква основа со другите. И сето тоа треба да се заснова на дискриминациска основа или основи (вториот елемент).

Подносителот или подносителката на претставката може да тврди дискриминација врз дискриминациската основа, односно заштитната карактеристика ако ја има реално, или ако лицето против кое е поднесена претставката сметало дека ја има (по перцепција) и само затоа спрема него/неа постапувало понеповолно, или ако е дискриминиран/а по асоцијација поради поврзаноста со лице или група на лица кое/и ја има/ат заштитната карактеристика. Исто така, лицето може да биде дискриминирано и врз повеќе дискриминациски основи истовремено (повеќекратна).

Кога станува збор за постоењето на дискриминациска основа, според Фредман може да се издвојат листа на обележја кои Комисијата може да ги разгледува со цел да утврди дали определена карактеристика или статус може да се смета за заштитена, ако не е експлицитно спомената а може да се подведе под „друга основа“:

- » *Неменливост, избор и автономија*: Дали лицата имаат можност да ја сменат карактеристиката или статусот на кој се должи нееднаквиот третман. Бидејќи ваквата карактеристика или статус често се вродени или непроменливи, прекршувањето на забраната за дискриминација треба да се смета за особено сериозна.
- » *Пристап до политичките процеси*: Дали лицето или групата е или, пак, била маргинализирана во политичките процеси. Отсуството на овие лица или групи од процесите, каде се донесуваат законите со кои (помеѓу другото) се регулираат и нивните права и заштита, може да се смета како причина да им се даде заштита.
- » *Достоинство (третирање на лицата како помалку вредни членови на општеството)*: Дали нееднаквиот третман, заснован на личната карактеристика или статус, резултира со повреда на достоинството на тоа лице или, пак, значително повеќе ги повредува овие лица за разлика од другите.
- » *Историја на нееднаков третман*: Дали лицето е припадник на група која може да се смета дека во текот на подолго време била подложна на нееднаков третман или предрасуди.²⁸

Кога станува збор за третиот елемент, односно компараторот, КСЗД понекогаш може да се користи и со хипотетичен компаратор ако не може да идентификува реален. Во случаи кога се користи хипотетичен компаратор, подносителот или подносителката

28. Види: Fredman, S., *Discrimination Law*, (2nd edn), Oxford University Press, 2011 година, стр. 110-139. Види дополнително и: Котевска, Б., *Водич за основи на дискриминација*, Мисија на ОБСЕ во Скопје и Комисија за заштита од дискриминација, Скопје, 2013 година, стр. 8-9.

та на претставката треба да направи да изгледа веродостојно дека реален компаратор не е неопходен.

Пример: Кога пациент или пациентка се служи со расистички коментари кои ги упатува кон медицински/а техничар/ка кој/а припаѓа на етничка заедница, доволно е техничарот/ката да покаже дека пациентот или пациентката се служел/а со овие расистички коментари, без притоа да покаже дека истите не му/и биле упатени на друг/а медицински/а техничар/ка кој/а бил/а од мнозинската етничка заедница.

Исто така, не е потребен компаратор и во случаи во кои дискриминациска намера може да се идентификува (иако намерата не е конститутивен елемент на која било форма на дискриминација) преку непобитни јавни изјави дадени од страна на лицето против кое е поднесена претставката. КСЗД ја следи истата логика на размислување, што се забележува во нивната практика во постапување по претставките кои се однесуваат на областа медиуми и јавно информирање, а поврзани со објавите на интернет и социјалните медиуми, каде со самата претставка се доставуваат и објавите кои само по себе, без потреба од компаратор, создаваат презумција за дискриминација. Во овие случаи КСЗД, го префрла товарот на докажување од подносителот или подносителката на претставката кон лицето против кое е поднесена претставката да го докаже спротивното.

Пример: Во случајот *Feryn*, кој се однесува на директна дискриминација врз основа на етничка припадност, СПЕУ утврдил дека постои *prima facie* случај на дискриминација со постоењето на јавната изјава на сопственикот на фирмата дека нема да вработува Мароканци (СПЕУ, случајот *Feryn*)²⁹.

Белгискиот федерален закон за борба против одредени форми на дискриминација содржи примери на факти кои овозможуваат создавање на претпоставка за директна дискриминација, притоа посебно наведувајќи два вида на факти, и тоа:

- » *Прво*, елементи што демонстрираат одредено повторување на понеповолното постапување кон лицата што заеднички делат одредена заштитна карактеристика, како што се, на пример, повторени извештаи за дискриминација до телото за еднаквост или до граѓански организации против дискриминација.
- » *Второ*, елементи кои потврдуваат дека ситуацијата на подносителот или подносителката на претставката е споредлива со онаа на лицето кое ја нема односната заштитна карактеристика а со него/нејзе било постапувано поповолно.³⁰

КСЗД во постапките пред неа, е таа која одлучува кои се тие факти кои го прават веројатно тврдењето за постоење на дискриминација, односно постоење на *prima facie* случај на дискриминација,

29. Види: СПЕУ, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, 10 јули 2008 година.

30. Види: Ringelheim, J., *The burden of proof in anti-discrimination proceedings. A focus on Belgium, France and Ireland*, in *European equality law review*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019, стр. 53.

во согласност со националното законодавство и практика. Истиот став го потврдуваат и СПЕУ и ЕСЧП во постапките пред себе, сметајќи дека националните судови и други релевантни тела се тие кои одлучуваат за овие факти.

Доказите кои може да ги приложи подносителот или подносителката на претставката можат да бидат или директни или посредни. Директни докази се оние кои овозможуваат утврдување на факти без притоа да се бара КСЗД да носи заклучоци во врска со нив, додека посредни докази се само дел од сложувалката која КСЗД треба да ја сложи во согласност со правилата на логиката.³¹

Со оглед на природата на предметот на претставката, како доказни средства кои би можеле да се користат во постапката би биле:

- » исправи, доколку имаат содржина поврзана со дискриминацијата или се однесуваат на конкретниот случај на подносителот или подносителката на претставката,
- » извештаи и анализи од релевантни извори,
- » сведоци на дискриминациското постапување,
- » вештачење за материјалната и нематеријалната штета поради настанатата дискриминација,
- » аудио и видеоматеријали и записи, снимени во согласност со закон,
- » други писмени докази, исечоци од натписи, објави на социјалните мрежи и слично,
- » сослушување на странките,
- » статистички податоци,
- » тестирање ситуација,
- » други докази кои би биле релевантни во дадениот, конкретен случај, а КСЗД смета дека треба да им се посвети внимание.

На пример, кога е во прашање одлучување за избор по објавен оглас или конкурс може да стане збор само за писмени докази со кои располага лицето против кое е поднесена претставката. Ако, пак, станува збор за дискриминација спрема подносителот или подносителката на претставката, кој/а е во работен однос кај работодавецот, во зависност од карактерот на одлуката, во текот на постапката пред КСЗД можно е да бидат земени предвид и изјавите на сведоците во врска со можната дискриминација. Сведоците треба да ги предложи подносителот или подносителката на претставката со самата претставка или во текот на постапката.

Пример: Во случајот пред Основниот суд во Брисел, во кој белгиски пар со имигрантско потекло тврделе дека имало дискриминација врз основа на етничката припадност поради неможноста да изнајмат стан, по изнесените факти и изјави на сведоци, судот сметал дека е сторен **prima facie** случај на дискриминација (Основен суд Брисел, случај бр. 05/1289/A)³².

31. Види: Farkas, L., O'Farrell, O., *Reversing the burden of proof: Practical dilemmas at the European and national level*, European Commission, Bruxelles, 2014 година, стр. 36.

32. Види: Основен суд Брисел, бр. 05/1289/A реф. Т. Бр. 1264/05, 25 јуни 2005 година.

ЗСЗД дозволува како докази да се користат и податоци добиени со тестирање ситуација. Членот 4 став 1 точка 14 од ЗСЗД дефинира што претставува „тестирање ситуација“, односно го дефинира како метод за докажување дискриминација преку вклучување на организирани тестери што се ставаат во споредбена ситуација за да се истражи појавата на дискриминација во различни предмети, процеси и области врз која било дискриминациска основа. Во неколку држави во Европската Унија, како што се, на пример, Холандија, Франција, Данска, Финска, Шведска, Обединетото Кралство и Република Чешка, е дозволено користење на ситуационото тестирање во судската постапка. Тоа што треба да се напомни е дека тестирањето ситуацијата мора да се смета за доверливо и конечно од страна и на КСЗД и на Судот, односно да може преку него да се дојде до конкретен заклучок. Сепак, компаративното искуство од судовите покажува дека, генерално, судовите сметаат дека резултатите од тестот мора да бидат поткрепени и со други извори на докази за да доведат до наод на дискриминација.³³

Член 38 од ЗСЗД

Во судската постапка за заштита од дискриминација, покрај доказите пропишани во Законот за парнична постапка, како доказ можат да се користат и статистички податоци и/или податоци добиени со тестирање ситуација.

Во согласност со своите надлежности Комисијата може да врши увид во документација и во простории (член 29), да прибира податоци и информации од физички и правни лица (член 30) и да соработува со институции што постапуваат по претставки за заштита од дискриминација и човековите права (член 31), и на тој начин да дојде до други факти и докази со кои не располага подносителот или подносителката на претставката, а и помагаат да ја утврди целосно фактичката ситуација и да најде постоење или непостоење на дискриминација во конкретниот случај.

Член 29 од ЗСЗД

(1) Во вршењето на работите од својата надлежност Комисијата може да изврши непосреден увид во документацијата и во просториите и да побара и да прибере копии од документи поврзани со одреден предметен случај од сите правни лица, државните органи, органите на единиците на локалната самоуправа, другите органи и организации кои вршат јавни овластувања и јавните установи и служби кои располагаат со податоци и информации за случаи и општи практики на дискриминација, почитувајќи го правото на приватност.

Член 30 од ЗСЗД

(1) Сите физички и правни лица, државни органи, органи на единиците на локалната самоуправа, други органи и организации кои вршат јавни овластувања и јавни установи и служби, се должни на барање на Комисијата да дадат податоци за конкретни случаи на дискриминација и општи практики на дискриминација во рок од осум дена од денот на приемот на барањето.

(2) Комисијата може да го повика на разговор секое лице кое може да даде определени информации за случаи на дискриминација.

Член 31 од ЗСЗД

(1) Во вршењето на работите од својата надлежност Комисијата соработува со институциите што постапуваат по претставки за заштита од дискриминација и човековите права за конкретни случаи на дискриминација.

33. Види: Апелационен суд во Париз, *Billau v SOS Racism*, одлука бр. 07.04974, 17 март 2008 година.

Подолу се разработуваат неколку дискриминациски основи како илустративни примери поткрепени со постојната практика од КСЗД, меѓународните судски инстанци и компаративната практика.

1.1.1.

Директна дискриминација врз основа на пол

За да имаме *prima facie* случај на директна дискриминација врз основа на пол, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже:

- 1) понеповолно постапување сторено со дејствие или пропуштање,
- 2) постоење на дискриминациска основа пол и каузална врска помеѓу полот на подносителот или подносителката на претставката и понеповолното постапување,
- 3) компаратор, односно споредлива ситуација, освен во определени случаи објаснети подолу а во врска со бременоста и породилното отсуство.

При анализирање на првиот елемент, се зема предвид понеповолноста на постапувањето кое се случило (се постапувало), се случува моментално (се постапува) а има и антиципативен елемент на *in futuro* постапување (би се постапувало). Како што е наведено и погоре, во согласност со судската практика на СПЕУ не е потребен компаратор во случаи на бременост³⁴ на подносителката на претставката, породилно отсуство³⁵ или подложување на *in vitro* оплодување³⁶.

Пример: Во случајот *Wrights of Howth Seafood Bars Limited v. Murat*³⁷, Ирскиот суд за работни спорови навел дека посебната заштита на бремените жени од отказ во правото на Европската Унија бара, кога бремената жена е отпуштена, работодавецот да го сноси товарот на докажување дека отказот е заснован на исклучителни околности кои не се поврзани со бременоста или породилното отсуство од работа. Оттука, Судот сметал дека во секој случај во кој во прашање е отказ поврзан со бременост, фактичката комбинација на отказот и бременоста на жената, само по себе, го поставува товарот на докажување цврсто на страната на работодавецот, дека не станува збор за дискриминација.

Подолу се објаснети три случаи кои се однесуваат на дискриминација врз основа на полот а се однесуваат на исплата на иста плата за иста работа или за работа од иста вредност, сите разгледувани од страна на СПЕУ, кој се осврнува на преминување на товарот на докажување во конкретните случаи.

34. Види: СПЕУ, C-177/88, *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, ECR I-3941, 8 ноември 1990 година; СПЕУ, C-32/93, *Carole Louise Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd*, ECR I-3567, 14 јули 1994 година.

35. Види: СПЕУ, C-191/03, *North Western Health Board v. Margaret McKenna*, 8 септември 2005 година, параграф 50.

36. Види: СПЕУ, C-506/06, *Sabine Mayr v. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG [GC]*, 26 февруари 2008 година.

37. Види: Суд за работни спорови на Ирска, *Wrights of Howth Seafood Bars Limited v. Murat*, EDA1728, 26 октомври 2017 година.

Пример: Во случајот *Brunnhofner* во кој тужителката изнела наводи за дискриминација врз основа на полот, затоа што таа била платена помалку за разлика од машките колеги кои биле на исто ниво на плата со неа, СПЕУ навел дека тужителката треба да го докаже следново: прво, дека таа добивала помала плата за разлика од нејзините колеги од машки пол, кои биле на исто ниво, и второ, дека таа работела работа која била со еднаква вредност како и работата што ја извршувале тие. Ова било доволно да се направи, веројатно, дека различното постапување може да се објасни само поради нејзиниот пол, и со тоа автоматски товарот на докажување преминува на работодавецот да го докаже спротивното (СПЕУ, случајот *Susanna Brunnhofer*).³⁸

Пример: Во случајот *Danfoss*³⁹, синдикатот повел случај во име на работничките во едно претпријатие затоа што тие во просек заработувале помалку за 7 % од своите колеги од машки пол на исто или слично работно место. СПЕУ во случајот изрично наведува дека во случаи во кои претпријатието спроведува систем на пресметка на плати кој е целосно нетранспарентен а статистичките податоци покажуваат постоење на нееднаквост во исплатената плата помеѓу работниците од женски и машки пол, товарот на докажување преминува на работодавецот да докаже дека разликата во исплатената плата се однесува на фактори кои не се поврзани со полот на работниците (СПЕУ, случајот *Danfoss*).

Пример: Во случајот *Enderby*, кој се однесува на дискриминација врз основа на полот а во врска со исплата на иста плата за работа од иста вредност, СПЕУ го потврдил порано донесениот свој став во случајот *Danfoss*, притоа споредувајќи ја платата на логопеди, кои во најголем број биле жени и фармацевти кои во најголем број биле мажи. Судот сметал дека ако платата на логопедите е значително помала од платата на фармацевтите, и првите се доминантно жени за разлика од вторите кои се доминантно мажи самото тоа доведува до постоење на *prima facie* случај на дискриминација врз основа на полот. А кога постои *prima facie* случај на дискриминација, работодавецот е одговорен да покаже дека постои објективна причина за разликата во платата. Судот ја искористува приликата да наведе дека работниците и работничките ќе бидат оневозможени да го спроведат принципот на еднаква плата пред националните судови ако доказот за постоење на *prima facie* случај на дискриминација не овозможува преминување на товарот на докажување (СПЕУ, случајот *Enderby*).⁴⁰

38. Види: СПЕУ, C-381/99, *Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, 26 јуни 2001 година, параграф 51-62.

39. Види: СПЕУ, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening (acting on behalf of Danfoss)*, [1989] ECR I-3199.

40. Види: СПЕУ, C-127/92, *Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State of Health*, 1993 ECR I-05535, параграфи 14 и 18.

Пример: СПЕУ во случајот *Kelly*⁴¹, во кој тужителот тврдел дека има дискриминација врз основа на полот поради одбивањето за учество во програма за работно усовршување и барал од образовната установа да му дозволи пристап до информации за квалификациите на останатите апликанти и апликантки, јасно укажува дека не постои такво право во согласност со секундарното законодавство на Унијата. Но, дека тоа е на националните судови да одлучат дали во конкретниот случај е потребно да се дозволи овие податоци да станат јавно достапни со цел остварување на целта за законодавството, во овој случај Директивата 97/80/EC⁴².

Пример: И Апелациониот суд во Монпеље заклучил идентично во случајот *IBM v. Buscail*⁴³, во кој судот сметал дека последицата од необезбедување на доказите кои ги има во сопственост тужениот доведува до преминување на товарот на докажување на негова страна.

Пример: СПЕУ во случајот *Richards*⁴⁴, во кој апликантката која го сменила својот пол оперативно (од маж во жена) кога наполнила 60 години, сакала да поднесе барање за пензија, со оглед на тоа дека на таа возраст жените во Обединетото Кралство се стекнувале со право на пензија. Државата одбила да и додели пензија, сметајќи дека со апликантката не се постапувало понеповолно во споредба со другите кои се во слична ситуација. Властите тврделе дека соодветниот компаратор во случајот треба да бидат „мажи“, затоа што апликантката својот живот го живеела како маж. СПЕУ одлучил дека поради тоа што националните закони дозволуваат промена на полот, соодветниот компаратор во овој случај треба да бидат „жени“. Според тоа, со апликантката се постапувало понеповолно за разлика од другите жени со тоа што и се наметнува повисока возраст за одење во пензија (СПЕУ, случајот *Richards*).

Треба да се знае!

Во случаи на дискриминација врз основа на пол а во врска со бременост не е потребен компаратор.

1.1.2. Директна дискриминација врз основа на етничка припадност

За да имаме *prima facie* случај на директна дискриминација врз основа на етничка припадност, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже:

- 1) понеповолно постапување сторено со дејствие или пропуштање,

41. Види: СПЕУ, C-104/10, *Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin)*, 21 јули 2011 година.

42. Види: Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex.

43. Види: Апелационен суд во Монпеље, *IBM v. Buscail*, бр. 0200504, 28 мај 2020 година

44. Види: СПЕУ, C-423/04, *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, ECR I-3585, 27 април 2006 година.

- 2) постоење на дискриминациска основа етничка припадност и каузална врска помеѓу етничката припадност на подносителот или подносителката на претставката и понеповолното постапување,
- 3) компаратор, односно споредлива ситуација.

Судската практика некогаш дава одговор какви сè факти може да се користат со цел да се постави презумцијата за дискриминација. На пример, ирските судови во некои случаи сметаат дека еден од фактите кои може да доведе до *prima facie* случај на дискриминација е кога однесувањето на тужителот се разликува од стандардната практика во однос на обезбедување на конкретната услуга за која станува збор.

Пример: Во случајот *A Nigerian National v A Financial Institution*⁴⁵, нигериски државјанин се пожалил дека неговата апликација за привремен кредит била одбиена иако ги исполнувал сите критериуми. Самото ова било доволно за поставување на определен заклучок за наводна дискриминација врз основа на раса и етничка припадност што подоцна не била побиена со ниту еден доказ изведен од страна на тужениот.

Исто така, како што беше објаснето и погоре, директна дискриминација се јавува во случаите кога работодавецот јавно изјавува дека нема да прими на работа работници од определена етничка група, затоа што таквите изјави најчесто би ги одвратиле определени работници или работнички да конкурираат, при што би го попречил нивниот пристап до пазарот на труд, како во случајот *Feryn*, објаснет погоре. И тука со самата дадена изјава се префрла товарот на докажување, без притоа да има потреба од идентификувачка жртва. Во ваквите случаи, најчесто, граѓанските организации би се јавиле како подносител на претставка пред КСЗД или би можела да се поведе постапка по службена должност.

Пример: Во случајот *Makuchyan and Minasyan*, имајќи ги предвид посебните карактеристики на случајот кои се состоеле од унапредување на осуден убиец на ерменски војник, доделувајќи му повеќе бенефиции без никаква правна основа, негово величење како херој од страна на голем број високи азербејџански функционери, како и создавање на посебна страница на веб-страницата на претседателот, според мислењето на ЕСЧП, апликантите изнеле доволно силни, јасни и кохерентни заклучоци за да прикажат постоење на убедлив *prima facie* случај во кој спорните мерки кои се разгледуваат биле мотивирани од етничкото потекло на жртвите. Со оглед на тежкотијата апликантите да ја докажат оваа пристрасност надвор од разумно сомневање, Судот, во конкретните околности на случајот, го префрлил товарот на докажување, така што Азербејџан била должна да го побие спорното тврдење за дискриминација, што на крај не успеала (ЕСЧП, случајот *Makuchyan and Minasyan*).⁴⁶

45. Види: Суд за работни спорови на Ирска, *A Nigerian National v A Financial Institution*, DEC-S2005-114.

46. Види: ЕСЧП, *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*, Апликација бр. 17247/13, 26 мај 2020 година.

Правата на малцинствата наспроти нивната заштита од дискриминација во меѓународното право и практика

Во меѓународното право и практика, и во академската литература, се говори за заштита на малцинствата, која се темели на два столба. Важно е практичарите и практичарките да ги имаат предвид разликите помеѓу овие два столба, за да може правилно да ги разберат меѓународното право и практика, поради што тие се тука изложени на кратко.

Едниот столб е столбот на недискриминација, кој го покрива уживањето на човековите права и еднаквоста пред законот без дискриминација, како и примената на афирмативни мерки и позитивни мерки за акција за постигнување на материјалната еднаквост. Другиот, пак, е идентитетскиот столб; тој ги содржи идентитетските права чија цел е да им ги овозможи на заедниците потребните услови за да ја пренесуваат, одржуваат и развиваат својата култура и другите суштински елементи на својот идентитет.⁴⁷

1.1.3. Директна дискриминација врз основа на попреченост

За да имаме *prima facie* случај на директна дискриминација врз основа на попреченост, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже:

- 1) понеповолно постапување сторено со дејствие или пропуштање,
- 2) постоење на дискриминациска основа попреченост и каузална врска помеѓу основата на попреченост и понеповолното постапување,
- 3) компаратор, односно споредлива ситуација, иако многу често се користи и хипотетички компаратор (ако не може да се најде реален).

Основата попреченост има еволутивно толкување и иако ниту ни Меѓународната конвенција за правата на лицата со попреченост не ја дефинира попреченоста поради комплексноста на ова прашање, во нејзиниот член 1 став 2 е наведено што се подразбира под поимот „лица со попреченост“. Односно, „лицата со попреченост ги вклучуваат оние кои имаат долготрајна телесна, ментална, интелектуална или сензорна попреченост која во интеракција со различни бариери може да го попречи нивното целосно и ефикасно вклучување во општеството на еднаква основа со другите.“ Комитетот за правата на лицата со попреченост во *S.C v. Brazil*⁴⁸, сметал дека разликата помеѓу болеста и попреченоста е разлика во степенот, а не разлика во видот. Здравствената состојба која првично е зачната како болест може да се развие во оневозмож-

47. Котевска, Б., *Водич за основи на дискриминација*, Мисија на ОБСЕ во Скопје и Комисија за заштита од дискриминација, Скопје, 2013 година, стр. 25.

48. Види: Комитетот за правата на лицата со попреченост, *S.C v. Brazil*, Communication No. 10/2013, CRPD/C/12/D/10/2013, одлука од 28 октомври 2014 година.

ност во контекст на попреченост како последица на своето траење или нејзина хроничност. Моделот на попреченост заснован на чо- вековите права бара да се земе предвид разноликоста на лицата со попреченост (преамбула, параграф 3), заедно со интеракцијата помеѓу индивидуата со оневозможност и бариерите во општеството и средината (преамбула, алинеја д) (параграф 6.3).⁴⁹

Пример: Во случај во кој менаџер на фитнес-центар бил отпуштен денга откако го известил својот работодавец и колегите преку електронска пошта дека неговото новородено дете е со попреченост, Трибуналот за вработување во Лувен ја земал предвид временската близина на изјавата дадена од тужителот во својата електронска порака и неговото отпуштање од работа, и сметал дека тоа е доволно за утврдување на претпоставка за дискриминација врз основа на попреченост по асоцијација.⁵⁰

Пример: Германскиот федерален суд за работни спорови во случајот бр. 8 AZR 170/19⁵¹, во кој станува збор за апликант со сериозен степен на попреченост кој се пријавил за вработување во јавно здравствено претпријатие за осигурување но не бил поканет на интервју, сметал дека самиот неуспех да го поканат на интервјуто било доволно за да се утврди за веројатна претпоставката дека тој не бил земен предвид за работното место поради неговата попреченост. Судот сметал дека, со самото тоа тврдење товарот на докажување бил префрлен на тужениот, кој не ја побил претпоставката за дискриминација (Германски федерален суд за работни спорови, случај бр. 8 AZR 170/19).

Треба да се знае!

Дискриминацијата по асоцијација за првпат беше правно објаснета во случајот *Coleman v Attridge Law and Steve Law*⁵² на СПЕУ, во кој мајка на дете со попреченост била изложена на серија навреди на нејзиното работно место, а поради честите отсуства од работа кои се должеле на тоа што таа имала дете со попреченост. Иако таа лично не ја поседувала заштитената карактеристика, но токму поради фактот што попреченоста на нејзиното дете била причината за однесувањето на колегите и надредените во фирмата кон неа на тој начин, таа повела постапка за директна дискриминација и вознемирување врз основа на попреченоста на своето дете и нивната инхерентна врска. СПЕУ сметал дека нејзиното достоинство било повредено, па затоа утврдил дека таа е дискриминирана врз основа на попреченост по асоцијација, нагласувајќи дека Директивата 2000/78/ЕС не ги заштитува од дискриминација само лицата со попреченост, туку заштитува од дискриминација врз основа на попреченост *per se*, вклучувајќи ги тука и лицата кои се во блиска и неразделна врска со лицата со попреченост.

49. Види: Попоска, Ж., *Толкувач на Меѓународната конвенција за правата на лицата со попреченост на Организацијата на Обединетите нации*, Полио плус – движење против хендикеп, Скопје, 2018 година, стр.26.

50. Види: Трибуналот за вработување во Лувен, AR 12/1064/1, 12 декември 2013 година. За повеќе информации види: Ringelheim, J., *The burden of proof in anti-discrimination proceedings. A focus on Belgium, France and Ireland*, in European equality law review, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019, стр. 53-54.

51. Види: Германски федерален суд за работни спорови, бр. 8 AZR 170/19, 25 март 2003 година

52. Види: СПЕУ, C-303/06, *Coleman v Attridge Law and Steve Law*, 17 јули 2008 година.

Прочитај повеќе!

Во Толкувачот на Меѓународната конвенција за правата на лицата со попречена опреченост и за практиката на Комитетот за правата на лицата со попреченост на Обединетите нации.

1.1.4. Директна дискриминација врз основа на религија или уверување

За да имаме *prima facie* случај на директна дискриминација врз основа на религија или уверување, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже:

- 1) понеповолно постапување сторено со дејствие или пропуштање,
- 2) постоење на дискриминациска основа религија или уверување и каузална врска помеѓу основата на религија или уверување и понеповолното постапување,
- 3) компаратор, односно споредлива ситуација.

Кога зборуваме за оваа основа треба да се напоми дека дефиниција за религија нема во меѓународното право и во ниту една од европските земји. Поради тоа, обично се прибегнува кон разгледување на содржината на правото на религија или уверување за да се утврди дали во конкретен случај може да се примени оваа основа. Оваа основа ги вклучува правото на проповедање на религија или уверување според сопствен избор, вклучително и неприпадноста кон ниедна религија или верување, кое може да биде манифестирано јавно или приватно преку обожување, практикување или проповедање.⁵³

Пример: Во случајот пред Жупанискиот суд во Љубљана, тужителката тврдела дека има дискриминација врз основа на религија или уверување затоа што како кандидатка за медицинска специјализација по гинекологија и акушерство и било одбиено работното место од страна на комисијата за избор. Таа тврдела дека ставот на комисијата се променил по нејзината најава дека се повикува на приговор на совест во случаи на абортус и одредени облици на контрацепција. Таа поднела тужба тврдејќи дека е дискриминирана. Првостепениот суд сметал дека тужителката направила *prima facie* случај на дискриминација и товарот на докажување бил префрлен на тужениот, Лекарското друштво на Словенија, кое не успеало да докаже, преку изјавите на сведоците кои биле членови на комисијата за избор кои го спровеле интервјутото со кандидатката, дека причините за оценувањето на кандидатката се оправдани (Жупаниски суд во Љубљана, случај бр. III P 7/2021)⁵⁴.

Според Котевска, за разлика од меѓународното право каде што религијата обично како основа за дискриминација е дадена во комбинација со уверувањето, ЗСЗД ги дава како посебни основи. Според ЕСЧП,

53. Види: General Comment No. 20, Non-discrimination in economic, social and cultural rights, United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/20, 2 July 2009, параграф 22.

54. Види: Жупаниски суд во Љубљана, бр. III P 7/2021, одлука од 25 февруари 2021 година.

уверување значи многу повеќе отколку само обично мислење или длабоки чувства. Потребно е тоа да е поврзано со духовно или филозофско убедување кое ќе има формална содржина која може да се идентификува (во случајот *McFeeley*), која ќе има определено ниво на изразена сериозност, кохезија и значење (во случајот *Campbell and Cosans*). Други видови уверувања може да бидат и атеизмот, агностицизмот, како и позитивните неверски уверувања. Во случајот *Kokkinakis*, ЕСЧП детално ја објаснил слободата на мисла, свест и вероисповед, која е клучна за основата на религијата и друго верско уверување како и за основата на други видови уверувања. Според Судот, оваа слобода во својата религиска димензија е еден од клучните елементи за градење на идентитетот на верниците и нивната концепција за живот, но, исто така, е и многу значајна можност и за атеистите, скептиците и незасегнатите.⁵⁵

1.1.5. Директна дискриминација врз друга основа

Постојат бројни основи за дискриминација во согласност со ЗСЗД, и Комисијата, ценејќи го секој случај посебно, ќе утврдува кога ќе премине товарот на докажување. Како и во погоре објаснетите основи, за преминување на товарот на докажување кај директната дискриминација без разлика на засегнатата основа ќе се ценат сите три конститутивни елементи и тоа: понеповолното постапување и претрпената повреда, односно штета, каузалноста со дискриминациска основа, и постоењето на компаратор (реален или хипотетички, од случај до случај).

Пример: Комисијата за спречување и заштита од дискриминација во случајот бр. 0801-273⁵⁶, ги разгледала наводите на подносителката на претставката која тврдела дека има директна дискриминација врз основа на образование против Основниот кривичен суд Скопје. Со претставката биле доставени бројни факти и докази кои според КСЗД го направиле тврдењето за дискриминација веројатно и затоа товарот на докажување бил префрлен врз лицето против кое била поднесена претставката да докаже дека не ја дискриминира подносителката на претставката. При анализа на сите факти и докази во случајот Комисијата утврдила директна дискриминација врз основа на образование во областа на работата и работните односи (КСЗД, случајот бр. 0801-273).

Пример: Во случајот *Maruko*, еден хомосексуален пар склучил „животно партнерство“. Партнерот на апликантот починал и тој сакал да побара наследна пензија од фирмата што го водела пензискиот фонд на починатиот партнер. Фирмата одбила да му исплати ваква пензија со образложение дека семејната пензија се исплатува само на сопругници, а тој не бил во брак со починатиот. СПЕУ прифатил дека неисплаќањето пензија претставува понеповолно постапување и таквото постапување го става апликантот за разлика од онаа на компараторот „брачен пар“. Судот утврдил дека истополовото партнерство во Германија во голема мера создава исти права и обврски за животните партнери како и за сопругниците, особено во поглед на државните пензиски фондови. Оттука, во овој предмет СПЕУ одлучил дека животните партнери се во ситуација слична на онаа на сопругниците, наоѓајќи дискриминација врз основа на сексуалната ориентација. Оттука, фактот дека тие не биле во можност да стапат во брак е неразделен дел од нивната сексуална ориентација (СПЕУ, случајот *Maruko*).⁵⁷

55. Котевска, Б., *Водич за основи за дискриминација*, Мисија на ОБСЕ во Скопје и Комисија за заштита од дискриминација, Скопје, 2013 година, стр. 35.

56. Види: Комисијата за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-273, 19 јули 2021 година.

57. Види: СПЕУ, C-267/06, *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, ECR I-1757, 1 април 2008 година

Пример: Во случајот пред Окружен суд во Варшава, тужителот тврдел дека има дискриминација по асоцијација врз основа на сексуална ориентација. Случајот се однесува на вработен кој работел во продавница како обезбедување и по неговото учество на парадата на гордоста, прикажан на телевизија, бил информиран од страна на работодавецот за неговиот отказ. Неговиот работодавец изјавил дека „не може да замисли хомосексуалец да работи за неговата компанија“. Судот сметал дека дискриминацијата може да се случи без разлика дали жртвата имала одредена заштитена карактеристика реално или не. Затоа, сексуалната ориентација на тужителот била ирелевантна. Судот понатаму утврдил дека тужителот бил дискриминиран врз основа на неговото учество во маршиот поврзан со ЛГБТИ заедницата. И утврдиле дискриминација по асоцијација и на тужителот му доделиле правичен надоместок (Окружен суд во Варшава, случај бр. V Са 3611/14)⁵⁸.

Пример: Во случајот *Carvalho Pinto de Sousa Morais*, апликантката се жалела дека по лекарска грешка при гинеколошка интервенција и е оневозможено да има сексуални односи, и затоа во судска постапка побарала надомест на штета. Прво и биле доделени 80.000 евра, а Второстепениот суд го намалил износот на 50.000 евра со образложение дека сексуалноста не е толку важен аспект од животот на педесетгодишна жена и мајка на две деца, споредено со помлада жена. Претходно судот во Португалија на двајца мажи кои биле жртви на лекарска грешка од слична природа, а кои биле на возраст од 55 и 59 години им доделил 224.459 евра и 100.000 евра соодветно, со образложение дека фактот што мажите не можат да имаат нормален сексуален однос тоа влијае на нивната самодоверба и резултира со сериозна психичка траума. Во своето образложение на пресудата домашните судови ја рефлектираат традиционалната идеја за женската сексуалност која е врзана со репродукцијата, раѓањето и одгледувањето на деца и ја занемарува важноста на физичката и психолошката исполнетост на жената. Самото ова придонело за преминување на товарот на докажување врз државата која не успеала да ја побие презумцијата за дискриминација. Поради ова, ЕСЧП сметал дека постои дискриминација врз основа на род разгледувајќи го во тесна врска со возраста на апликантката (ЕСЧП, случајот *Carvalho Pinto de Sousa Morais*).⁵⁹

58. Види: Окружен суд во Варшава (Второстепен суд), бр. V Са 3611/14, 18 ноември 2005 година.

59. Види: ЕСЧП, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, Апликација бр. 17484/15, 25 јули 2017 година.

Пример: Во случајот *Kiyutin*, апликантот кој е државјанин на Узбекистан, пристигнал во Русија во 2003 година и стапил во брак со руска државјанка со која имал ќерка. Сепак, неговото барање за дозвола за престој било одбиено поради тоа што тој е ХИВ-позитивен. ЕСЧП сметал дека апликантот бил во слична ситуација со другите странски државјани кои барале дозвола за престој во Русија врз основа на семеен статус, но спрема него било различно постапувано поради статусот на ХИВ-позитивно лице. Просторот за дискрециона оцена на државата во оваа сфера е тесен бидејќи луѓето кои живеат со ХИВ се особено ранлива група која што има претрпено значителна дискриминација во минатото, додека на ниво на Европа не постои консензус за изземање на оваа група од правото на престој. Иако се прифаќа дека критикуваната мерка има легитимна цел да го заштити јавното здравје, здравствените експерти и меѓународните тела се согласиле дека ограничувањето на патувањето на ХИВ-позитивните лица не може да се оправда преку упатување на грижа за јавното здравје. Иако таквите ограничувања може да бидат ефективни во случај на голем број заразни болести со краток период на инкубација, како што се колера или жолта треска, присуството на ХИВ-позитивно лице во земјата, само по себе, не претставува закана по јавното здравје. ХИВ не се пренесува општо, туку преку специфично однесување и начините за пренесување на оваа болест се исти, без оглед на должината на престојот на лицето во земјата или неговото/нејзиното државјанство. Поради ова и други факти разгледани од страна на ЕСЧП, истиот утврдил дека апликантот бил жртва на дискриминација врз основа на здравствениот статус (ЕСЧП, случајот *Kiyutin*).⁶⁰

Пример: Во случајот *B.S.*, апликантката која е сексуална работничка со нигериско потекло е физички и вербално малтретирана од полицијата. Иако апликантката барала да се применат различни средства за прибирање докази, домашните судови, единствено, побарале извештаи, кои биле подготвени од директно претпоставениот надреден на службениците против кои се водела постапката, и наредбите за ослободување ги засновале, единствено, на ваквите извештаи. Според ЕСЧП, кога државата истражува насилни инцидентни, има обврска да ги преземе сите разумни мерки за да утврди дали постоеле расистички мотиви и дали етничката омраза или предрасудите имале удел во настаните. Домашните судови не ги истражиле наводите на апликантката дека службениците и се обратиле со „бегај од тука црна курво“ и дека другите жени кои ја работеле истата работа како и апликантката не биле запрени и испрашувани само поради нивниот „европски фенотип“. Ваквите наводи на апликантката не биле доволно истражени од страна на домашните судови кои своите одлуки ги засновале само на содржината на извештаите од шефот на полицијата, без притоа да спроведат потемелна истрага за наводното расистичко однесување. Судот, при одлучувањето ја потенцирал интерсекцијата на повеќе идентитетски карактеристики како што се расата, родот и занимањето на апликантката што создаваат специфичен товар за жртвата и ја прават поранлива во однос на останатите. Токму затоа, Судот потенцирал дека домашните судови не ја зеле предвид посебната ранливост на апликантката, својствена за нејзината положба на Африканка која работи како сексуална работничка со што извршиле дискриминација врз основа на нејзината раса, род и работен статус (ЕСЧП, случајот *B.S.*).⁶¹

60. Види: ЕСЧП, *Kiyutin v. Russia*, Апликација бр. 2700/10, 10 март 2011 година.

61. Види: ЕСЧП, *B.S. v Spain*, Апликација бр. 47159/08, 24 јули 2012 година.

Пример: Во случајот *Gaygusuz*, барањето за исплата на бенефиции во случај на невработеност поднесено од страна на турски државјанин кој работел во Австрија било одбиено од причини што тој немал австриско државјанство. ЕСЧП одлучил дека жалителот бил во споредлива ситуација со австриските државјани, затоа што бил постојан жител на Австрија и плаќал придонеси во системот за социјално осигурување преку даноци. Судот утврдил дека отсуството на договор за реципрочно социјално осигурување меѓу Австрија и Турција не го оправдува различното (понеповолно) постапување, затоа што ситуацијата на апликантот била реално премногу блиска со ситуацијата на австриските државјани (ЕСЧП, случајот *Gaygusuz*).⁶²

Прочитај повеќе!

Во Водичот за основи за дискриминација за дискриминациските основи преку судската практика на ЕСЧП, СПЕУ и меѓународните тела за човекови права на Обединетите нации.

1.1.6. Повеќекратна директна дискриминација

За да имаме *prima facie* случај на директна дискриминација врз повеќе основи истовремено, без разлика дали се кумулативни или интерсекциски поврзани помеѓу себе, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже:

- 1) понеповолно постапување сторено со дејствие или пропуштање,
- 2) постоење на дискриминациските основи и каузалната врска помеѓу основите и понеповолното постапување и тоа ако станува збор за кумулативна повеќекратна дискриминација на секоја основа посебно, или ако станува збор за интерсекциска дискриминација заедно на двете или повеќе вкрстени основи,
- 3) компаратор, односно споредлива ситуација, иако многу често се користи и хипотетички компартор, посебно за интерсекциската дискриминација затоа што тешко би можело да се диференцира супсегментацијата на групата поврзана со засегнатите дискриминациски основи.

Пример: Во случајот *Meister*, тужителката тврдела дека има дискриминација врз основа на полот, возраста и етничкото потекло при изборот на кандидат или кандидатка за вработување и притоа од судот барала работодавецот да ја направи јавна информацијата дали вработил друг кандидат или кандидатка на крајот на процесот. СПЕУ сметал дека иако антидискриминациските директиви не обезбедуваат право на пристап до ваков тип на информации, сепак, Судот не може да исклучи дека одбивањето на тужениот да и даде каков било пристап до информации на тужителката може да биде еден од факторите кои би се земале предвид во контекст на утврдување на фактите од кои може да се претпостави дека се случила директна или индиректна дискриминација. СПЕУ наведува дека Националниот суд е тој кој треба да утврди дали тоа е случај во конкретниот предмет, земајќи ги предвид сите околности на случајот кој се разгледува пред него (СПЕУ, случајот *Meister*).⁶³

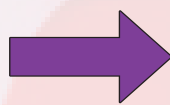
62. Види: ЕСЧП, *Gaygusuz v. Austria*, Апликација бр. 17371/90, 16 септември 1996 година.

63. Види: СПЕУ, C-415/10, *Galina Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH*, 19 април 2012 година, параграфи од 45 до 48.

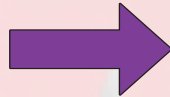
Пример: Комисијата за спречување и заштита од дискриминација во случајот бр. 0801 -136⁶⁴, ги разгледала наводите на подносителот на претставката кој тврдел дека има дискриминација против Јавното сообраќајно претпријатие Скопје поради тоа што возачот на автобус на градската линија бр. 22 насилно исфрлил од автобусот жена и две нејзини малолетни деца, од кои едното било во количка, сите припадници на ромската етничка заедница. КСЗД сметала дека подносителот на претставката го направил тврдењето за дискриминација веројатно и затоа го префрлила товарот на докажување врз лицето против кое била поднесена претставката да докаже дека не дискриминирал. При анализа на сите факти и докази во случајот Комисијата утврдила директна интерсекциска дискриминација врз основа на раса, боја на кожа, социјално потекло, етничка припадност и припадност на маргинализирана група во областа на пристап до јавни добра и услуги од страна на Јавното сообраќајно претпријатие Скопје (КСЗД, случај бр. 0801-136).

1.2. Индиректна дискриминација

Кај случаите на индиректна дискриминација подносителот или подносителката на претставката, исто така, како и во случаите на директна дискриминација, треба да направи презумција на дискриминација, покажувајќи:



понеповолна положба, односно диспропорционален негативен ефект од примената на навидум неутрални прописи, одредби, критериуми, програми или практики,



постоење на дискриминациска основа во согласност со членот 5 од ЗСЗД,



компаратор, односно споредлива ситуација која не се однесува на една личност туку на група на лица.

Треба да се знае!

Во случаи на индиректна дискриминација нема потреба од демонстрирање на каузалната врска помеѓу дискриминациската основа и постапувањето. Тука е важен ефектот од постапувањето.

Кога разликувањето се прави со некоја законска одредба и ако ефектот од спроведувањето на оваа одредба се оспорува пред КСЗД, подносителот или подносителката на претставката само преку укажување на оваа одредба и нејзиниот ефект кон групата поврзано со дискриминациската основа воспоставува *prima facie* случај на дискриминација. Понатаму, на лицето против кое е поднесена претставката паѓа обврската да докаже дека оваа одредба не е дискриминациска врз конкретното лице или група на лица.

64. Види: Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-136, 30 август 2021 година.

Кај индиректната дискриминација потребно е користење со бројни видови на докази за покажување на првиот и третиот конститутивен елемент на дискриминацијата со цел создавање на презумција на дискриминација, посебно истакнување на диспропорционалната засегнатост на групата (елемент број 1) и компараторот (елемент број 3). Практиката покажува користење на статистички податоци, дата-бази, извештаи за постојан тренд од меѓународни институции и национални релевантни извори како и други извори.

Ringelheim во својот труд објаснува за еден посебен статистички метод, наречен „методот на панелот“, кој бил развиен во Франција во 90-тите години на минатиот век за да послужи како доказно средство во случаите на дискриминација. Првично создаден во контекст на дискриминацијата врз основа на учество во синдикат, тој се состоел во споредба на кариерниот развој на работници и работнички вработени кај ист работодавец со цел да се утврди дали еден/на или неколку определени работници или работнички доживеале пад или разлика во развојот во споредба со просечниот работник или работничка, од моментот во кој тие биле избрани за синдикални претставници или претставнички. Потоа истиот метод *mutatis mutandis* бил применет и во случаите кои се однесувале на дискриминација врз основа на полот и, во помала мера, и во случаи на дискриминација врз основа на потеклото. Овој метод бил признаен од страна на Врховниот суд на Франција и од Државниот совет како веродостојна основа врз која може да се заклучи дека постои претпоставка за дискриминација.⁶⁵

Меѓутоа, обезбедувањето на статистички докази не е обврска, туку можност која може, но не мора да се искористи во конкретниот случај за да се направи презумција за индиректна дискриминација. И не секогаш е потребно да се презентираат статистички докази со цел да се создаде *prima facie* случај на дискриминација. Со истото се сложува и De Schutter, тврдејќи дека понеповолноста не мора да се одреди статистички за да се покаже диспропорционално негативниот ефект на засегнатата група, затоа што понекогаш општото сознание е доволно за создавање на презумцијата за дискриминација.⁶⁶

Пример: Во претпријатие кое се занимава со изработка на делови за кола за мануелен работник или работничка се бара течно говорење на македонскиот јазик и неговото кирилско писмо, при што како општо сознание може да се заклучи дека личност од мнозинските заедници ќе биде ставена во понеповолна положба за разлика од некој/а чиј мајчин јазик е македонскиот. Во овој случај ако се земе јазикот како основа станува збор за директна дискриминација, но ако се земе јазикот само како неутрален критериум, при анализа на случајот може да се покаже дека, всушност, станува збор за индиректна дискриминација врз основа на етничка припадност поради диспропорционалниот негативен ефект од примената на навидум неутралниот критериум кон мнозинските заедници.

65. Види: Врховен суд на Франција, секција за социјални права, *P+B Fluchère, Dick and CFDT v SNCF*, бр. 1027, 28 март 2000 година; Државен совет на Франција, бр. 16-102017, 16 октомври 2017 година. За повеќе информации види: Ringelheim, J., *The burden of proof in anti-discrimination proceedings. A focus on Belgium, France and Ireland*, in *European equality law review*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019, стр. 58.

66. Види: De Schutter, O., *Methods of proof in the context of combatting discrimination*, in Cormack, J. (ed), *Proving discrimination. The dynamic implementation of EU anti-discrimination law: The role of specialised bodies*, Bruxelles, Migration Policy Group, 2003 година, стр. 24.

1.2.1. Индиректна дискриминација врз основа на пол

За да имаме *prima facie* случај на индиректна дискриминација врз основа на пол, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже:

- 1) понеповолна положба, односно диспропорционален негативен ефект од примената на навидум неутрални прописи, одредби, критериуми, програми или практики,
- 2) постоење на дискриминациска основа на пол,
- 3) компаратор, односно споредлива ситуација која не се однесува на една личност туку на група на лица мажи наспрема група на лица жени.

Пример: Во случајот *Hoogendijk*, ЕСЧП сметал дека кога апликантката може да покаже, на основа на неспорна официјална статистика, постоење на *prima facie* индикација дека специфичното правило, иако формулирано на неутрален начин, фактички јасно влијае на поголем процент на жени отколку на мажи, одговорноста е на владата да покаже дека тоа е резултат на објективни фактори кои не се поврзани со каква било дискриминација врз основа на полот (ЕСЧП, случајот *Hoogendijk*).⁶⁷

Пример: Во случајот *Seymour-Smith and Perez*, кој се однесува на добивање на нефер отказ, со што се дава посебна заштита на оние кои работеле подолго од две години континуирано кај конкретниот работодавец. СПЕУ сметал дека условите за добивање одредени права од работен однос или привилегии би претставувале *prima facie* случај на индиректна дискриминација, ако достапните статистички податоци покажуваат дека значително помал процент на жени отколку мажи биле во можност да ги исполнат условите (СПЕУ, случајот *Seymour-Smith and Perez*).⁶⁸

Пример: Во случајот *Schönheit*, пензиите на вработените со скратено работно време се пресметувале според различна стапка во споредба со онаа што се применува за вработените со полно работно време. Примената на различна стапка не се засновала на разликите во времето што се минува на работа. Оттука, вработените со скратено работно време добивале пониска пензија од вработените со полно работно време, дури и кога ќе се земе предвид различното време минато на работа, што во суштина значи дека вработените со скратено работно време добивале помали пензии. Навидум, неутралното правило за пресметка на пензиите еднакво се применувало за сите вработени со скратено работно време. Сепак, бидејќи околу 88 % од вработените со скратено работно време биле жени, ефектот на ова правило бил диспропорционално негативен за жените во споредба со мажите. Со самото тоа се поставува презумција за дискриминација и товарот на докажување преминува на другата страна да докаже дека не дискриминирал (СПЕУ, случајот *Schönheit*).⁶⁹

67. Види: ЕСЧП, *Hoogendijk v. the Netherlands* (dec.), Апликација бр. 58641/00, 6 јануари 2005 година.

68. Види: СПЕУ, C-167/97, *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith and Perez*, [1999], ECR I-623, 9 февруари 1999 година.

69. Види: СПЕУ, C-4/02 и C-5/02, *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main and Silvia Becker v. Land Hessen*, ECR I-12575, 23 октомври 2003 година.

1.2.2. Индиректна дискриминација врз основа на етничка припадност

За да имаме *prima facie* случај на индиректна дискриминација врз основа на етничка припадност, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже:

- 1) понеповолна положба, односно диспропорционален негативен ефект од примената на, навидум, неутрални прописи, одредби, критериуми, програми или практики,
- 2) постоење на дискриминациска основа етничка припадност,
- 3) компаратор, односно споредлива ситуација која не се однесува на една личност туку на група на лица од определена етничка група (на пример, помалку застапена заедница) наспроти група на лица од друга етничка група (мнозинската заедница).

Пример: Во случајот *Horváth and Kiss*, каде на двајца апликанти Роми додека биле деца им била утврдена дијагноза на блага ментална попреченост поради што биле сместени во „специјално“ училиште, ЕСЧП утврдил дека државата сторила индиректна дискриминација (овој е случај на сегрегација во ЕСЧП. Во овој случај Судот со особено внимание разгледувал дали и до која мера посебните заштитни мерки се искористени за да се спречи погрешна дијагноза поради која децата би завршиле во посебни училишта или паралелки со наставни планови и програми кои може да им наштетат на нивниот иден образовен процес. Судот уочил дека децата Роми се најмногубројни во „специјалните“ училишта и дека тоа било последица на, навидум, неутрална мерка која не била посебно насочена кон Ромите, но која токму нив диспропорционално ги погодувала како особено ранлива група. ЕСЧП нагласил дека тоа било уочливо дури и при споредба каков ефект има таа практика со други социјално маргинализирани групи. Судот утврдил дека жалителите учеле во училишта за деца со лесна ментална попреченост каде се следела поедноставена наставна содржина и каде тие биле изолирани од другото население. Како последица на тоа, тие се стекнале со образование коешто не ги нудело потребните гаранции кои произлегуваат од позитивната обврска на државата да ги отстрани последиците од расна сегрегација во „специјалните“ училишта. Судот, исто така, предочил дека таквото образование можеби и дополнително ги усложнувало нивните проблеми и го компромитирало нивниот подоцнеж личен развој наместо да им помогне да се интегрираат во редовните училишта и да ги развиваат нивните способности (ЕСЧП, случајот *Horváth and Kiss*).⁷⁰

70. Види: ЕСЧП, *Horváth and Kiss v. Hungary*, Апликација бр. 11146/11, 29 јануари 2013 година.

Пример: На пример, во случај во кој банката одбива да даде средства на износ на хипотека на недвижен имот (куќа) која се наоѓа во одреден дел од градот, ако подносителот или подносителката на кој му/и бил одбиен кредит приложи статистички податоци кои покажуваат дека мнозинството жители на тој дел од градот припаѓаат на определена етничка заедница, истото е доволно за преминување на товарот на докажување и правење на *prima facie* случај на дискриминација врз основа на етничка припадност. Во конкретниот случај, подносителот или подносителката треба да покаже дека: статистичките податоци кои тој/таа ги обезбедил/а се соодветни да воспостават факти од кои произлегува презумцијата за дискриминација, и треба да ја убеди КСЗД, дека статистиката е кредибилна и веродостојна.⁷¹

Пример: Во случајот *Binderen v. Kaaya*, Врховниот суд на Холандија сметал дека апликантот покажал дека во изминатите години претпријатието за социјални станови Биндер распоредило 157 социјални станови, од кои само еден бил доделен на семејство со имигрантско потекло, иако процентот на имигрантски семејства во тој град бил 4,6 %, а од вкупниот број на регистрирани семејства за социјално сместување тој број изнесувал 10,2 %. Дополнително, кај другите претпријатија за социјални станови процентот на алоцирани социјални станови на имигрантски семејства изнесувал 7,2 %. Врховниот суд сметал дека приложените факти се доволни за постоење на *prima facie* случај на дискриминација и го префрлил товарот на докажување на претпријатието за социјални станови „Биндер“ за да ја оправда својата политика како недискриминациска спрема имигрантите. Доказите не биле предложени и затоа Врховниот суд сметал дека претпријатието сторило дискриминација (Врховен суд на Холандија, случајот NJ 1983, 687 (*Binderen v. Kaaya*)).⁷²

Пример: Во случајот *Noonan Services v. A Worker*⁷³, Судот за работни спорови на Ирска одлучил дека условот за владеење на англиски јазик, јасно ги става лицата во диспропорционално негативна положба чиј мајчин јазик е различен од англискиот во однос на лицата на кои англискиот им е мајчин јазик. Оттука, Судот сметал дека самото барање за владеење на англискиот јазик претставува *prima facie* случај на индиректна дискриминација (Судот за работни спорови на Ирска, случајот *Noonan Services v. A Worker*).

71. Види: European Network Against Racism, *Changing Perspective: Shifting of the burden of proof in racial equality cases*, Bruxelles, 2006 година, стр. 11.

72. Види: Врховен суд на Холандија, *Binderen v. Kaaya*, NJ 1983, 687, 10 декември 1982 година.

73. Види: Суд за работни спорови на Ирска, *Noonan Services v A Worker*, EDA1126, 29 јули 2011 година.

1.2.3. Индиректна дискриминација врз основа на попреченост

За да имаме *prima facie* случај на индиректна дискриминација врз основа на попреченост, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже:

- 1) понеповолна положба, односно диспропорционален негативен ефект од примената на, навидум, неутрални прописи, одредби, критериуми, програми или практики,
- 2) постоење попреченост на дискриминациска основа,
- 3) компаратор, односно споредлива ситуација која не се однесува на една личност туку на група на лица со попреченост (определен вид на попреченост – физичка, ментална, сензорна или интелектуална) наспрема група на лица без попреченост или со друг вид на попреченост.

Пример: Во случајот *European Action of the Disabled (АЕН)*, Европскиот комитет за социјални права сметал дека ограничените средства во државниот буџет во областа на социјалата наменети за образование на деца и адолесценти со аутизам индиректно ги обесправува лицата со попреченост. Комитетот сметал дека иако ограниченото јавно финансирање наменето за социјална заштита може подеднакво да влијае на сите што се опфатени со оваа заштита, сепак, за лицата со попреченост е поверојатно да бидат зависни од грижата од заедницата финансирана преку државниот буџет, со цел да живеат самостојно и достоинствено, во споредба со другите лица. Така, буџетските ограничувања во врска со социјалната политика ги сместуваат лицата со попреченост во диспропорционално понеповолна положба. Според тоа, ЕКСП утврдил дека ограничувањата на буџетот во државата, во областа на социјалата претставува индиректна дискриминација на лицата со попреченост (ЕКСП, случајот *European Action of the Disabled*).⁷⁴

На пример, во оглас за вработување за административен службеник или службеничка се бара возачка дозвола. Во овој случај вака поставениот критериум диспропорционално ги засегнува лицата со попреченост кои во најголем број не можат да се стекнат со возачка дозвола, освен некои групи на лица со физичка попреченост.

1.2.4. Индиректна дискриминација врз основа на религија или уверување

За да имаме *prima facie* случај на индиректна дискриминација врз основа на религија или уверување, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже:

- 1) понеповолна положба, односно диспропорционален негативен ефект од примената на, навидум, неутрални прописи, одредби, критериуми, програми или практики,

⁷⁴ Види: ЕКСП, *European Action of the Disabled (АЕН) v. France*, Апликација бр. 81/2012, 11 септември 2013 година.

- 2) постоење на дискриминациска основа религија или уверување,
- 3) компаратор, односно споредлива ситуација која не се однесува на една личност туку на група на лица со определена религија или уверување (на пример, малцинска група) наспроти група на лица со друга религија или уверување (на пример, мнозинска група).

Пример: *Случајот бр. UEM-0921-1/2008-3, пред Народниот правобранител за еднаков третман на Словенија, се однесува на работодавец кој обезбедувал оброци за вработените, при што таквите оброци честопати вклучувале производи од свинско месо или храна подготвена со свинска маст. Како алтернатива на понудените оброци, еден вработен муслиман побарал месечен надоместок за сам да си купува храна, што е додаток на плата којшто работодавецот го исплатувал за вработени кои можеле да докажат потреба за алтернативна исхрана од здравствени причини. Народниот правобранител сметал дека ова претставувало индиректна дискриминација, затоа што практиката што навидум била неутрална во суштина диспропорционално негативно ги погодувала муслиманите на кои не им е дозволено да јадат свинско месо и производи. Поради околностите на конкретниот предмет, немало потреба од презентирање статистички докази за да се покаже дека правилото диспропорционално негативно влијае врз муслиманите, бидејќи лесно може да се потврди дека муслиманите не смеат да јадат свинско месо и тоа преку упатување на докази за нивните религиозни практики. Товарот на докажување преминал на лицето против кое била поднесена претставката да го докаже спротивното. (Народен правобранител за еднаков третман, случајот бр. UEM-0921-1/2008-3).⁷⁵*

Пример: *Случајот Eweida, за кој одлучувал Апелационен суд на Обединетото Кралство се однесувал на работодавец што забранил носење накит (вклучително и од религиозни причини) врз униформата на вработените. Една вработена христијанка тврдела дека тоа претставува дискриминација врз основа на нејзината религија бидејќи не и било дозволено да носи крст. Во текот на судската постапка и последователните жалби, надлежните судови прифатиле дека таквата забрана може да претставува индиректна дискриминација врз основа на религија доколку може да се докаже дека носењето крст е предуслов во рамките на христијанската вера. За таа цел, Судот за работни спорови побарал докази од вешти лица во поглед на христијанските практики, а не статистички докази во врска со бројот на христијани кои носат религиозни симболи на работа. Со самата забрана за носење накит која е неутрално поставена се создава prima facie случај на индиректна дискриминација врз основа на религија или уверување и товарот на докажување преминува на тужениот да докаже дека не дискриминирал (Апелационен суд на Обединетото Кралство, случајот Eweida).⁷⁶*

75. Види: Народен правобранител за еднаков третман на Словенија, бр. UEM-0921-1/2008-3, 28 август 2008 година.

76. Види: Апелационен суд на Обединетото Кралство, *Eweida v. British Airways Plc.*, EWCA предмет од граѓанско право бр. 80, 12 февруари 2010 година.

1.2.5. Индиректна дискриминација врз друга основа

За да имаме *prima facie* случај на индиректна дискриминација врз некоја друга основа од ЗСЗД, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже:

- 1) понеповолна положба, односно диспропорционален негативен ефект од примената на, навидум, неутрални прописи, одредби, критериуми, програми или практики,
- 2) постоење на дискриминациска основа која се смета дека е засегната во конкретниот случај,
- 3) компаратор, односно споредлива ситуација која не се однесува на една личност туку на група на лица со засегнатата дискриминациска основа во конкретниот случај (на пример, определена возраст, социјален статус, имотен статус и слично) наспрема група на лица која ја нема таа засегната основа.

1.2.6. Повеќекратна индиректна дискриминација

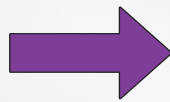
За да имаме *prima facie* случај на индиректна дискриминација врз две или повеќе основи, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже:

- 1) понеповолна положба, односно диспропорционален негативен ефект од примената на, навидум, неутрални прописи, одредби, критериуми, програми или практики,
- 2) постоење на две или повеќе дискриминациски основи истовремено (без разлика дали се кумулативно или интерсекциски поврзани),
- 3) компаратор, односно споредлива ситуација која не се однесува на една личност туку на група на лица со попреченост, која најчесто е хипотетична поради потешкотијата за супсегментација на групата.

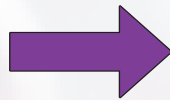
1.3. Други облици и видови на дискриминација

1.3.1. Вознемирување

За да имаме *prima facie* случај на вознемирување врз дискриминациска основа, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже:



несакано постапување (вербално, невербално или физичко постапување) кое има за цел или последица повреда на достоинството на личноста или на групата на лица на која односното лице припаѓа или создавање на заканувачка, непријателска, понижувачка или застрашувачка средина, пристап или практика,



постоење на дискриминациска основа или основи.

Треба да се знае!

При одредувањето дали постои вознемирување, нема потреба од идентификување на компаратор, односно споредлива ситуација.

При одредувањето дали постои вознемирување и преминување на товарот на докажување треба да се земе предвид следново:

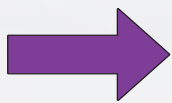
- » „несакано“ постапување во суштина е исто што и „недобродојдено“ или „неодобрено“;
- » несаканото постапување може да вклучува секаков вид на однесување, вклучувајќи говор или пишан збор или малтретирање, слики, графити, физички гестови, изрази на лице, мимикрија, шеги или физички контакт,
- » и еден инцидент што е доволно сериозен може да претставува вознемирување,
- » постапувањето ќе биде поврзано со заштитна карактеристика/дискриминациска основа, ако основата се применува на лицето (Б) или ако има каква било врска со дискриминациската основа. Лицето (Б) можеби претрпело вознемирување бидејќи може погрешно да се смета за лице на кое се применува таа основа или поради неговата поврзаност со некое лице на кое се применува таа основа, како што е член на семејство или пријател или поради фактот што лицето (Б) е познато по поддршката на лица врз кои таа основа се применува,
- » ако лицето (А) е вклучено во непосакувано однесување со намера да го повреди достоинството на лицето (Б) и да создаде заканувачка, непријателска, понижувачка или застрашувачка средина, во тој случај се смета за вознемирување, без оглед на конкретните резултати врз лицето (Б),
- » дури и ако лицето (А) не е со таа намера, несаканото постапување на лицето (А) ќе се смета за вознемирување доколку го има тој резултат. При одредувањето дали постапувањето го имало тој резултат, судот ќе ја земе предвид перцепцијата на лицето (Б) и другите релевантни околности.

Пример: Авторитетот за еднаквост на Унгарија во случајот бр. 654/2009⁷⁷, го разгледувал однесувањето на наставници кои им кажале на учениците Роми дека нивното лошо однесување на училиште е пријавено кај „Унгарската гарда“, националистичка организација позната по дејствија на екстремно насилство против Ромите. Самите изјави искажани од наставниците биле доволни за преминување на товарот на докажување. Било утврдено дека наставниците имплицитно ги поддржале расистичките ставови на Гардата и со тоа создале клима на страв и заплашување, што претставува вознемирување (Авторитетот за еднаквост на Унгарија, случајот 654/2009).

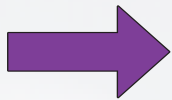
Пример: Комисијата за спречување и заштита од дискриминација во случајот бр. 0801-312⁷⁸, ги разгледала наводите на подносителката на претставката која тврдела дека има вознемирување врз основа на пол и род против физичко лице, тогашен кандидат за градоначалник на една од општините во државата. Тој во дебатна емисија, во која учествувала и подносителката на претставката, се користел со вознемирувачки говор врз основа на пол и род, директно упатен кон подносителката на претставката. КСЗД сметала дека наводите од претставката и приложените докази, снимки од изјавите дадени во емисијата, го направиле тврдењето веројатно и затоа го префрлил товарот на докажување врз лицето против кое била поднесена претставката. При анализа на сите факти и докази во случајот Комисијата утврдила вознемирување врз основа на пол и род во областа на медиуми и јавно информирање (КСЗД, случајот бр. 0801-312).

1.3.2. Сегрегација

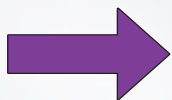
За да имаме *prima facie* случај на сегрегација врз дискриминациска основа, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже:



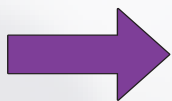
физичко одделување,



постоење на дискриминациска основа или основи,



компаратор, односно споредлива ситуација,



непостоење на легитимна или објективно оправдана цел.

Според ЗСЗД, членот 4 став 1 точка 7 дефинира што претставува „легитимна и објективно оправдана цел“, односно ја дефинира

77. Види: Авторитетот за еднаквост на Унгарија, бр. 654/2009, 20 декември 2009 година.

78. Види: Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-312, 13 декември 2021 година.

како цел за чиешто остварување средствата треба да соодветствуваат со реалните потреби во конкретниот случај, однапред прецизно да се дефинирани, да се неопходни за остварување на таа цел, како и да се пропорционални на ефектите што треба да се постигнат, односно ја врзува тесно со тестот на пропорционалност и неговите два елемента: соодветност и неопходност.

Пример: Во случајот *Oršuš and Others*, во кој станува збор за сегрегација на деца Роми во посебни одделенија со намален обем на наставна програма, ЕСЧП констатирал дека можно е да се воспостави тврдење за индиректна дискриминација без потпирање на статистички податоци. Во конкретниот случај, фактот дека мерката на распоредување на децата во посебни паралелки врз основа на нивното недоволно познавање на хрватскиот јазик се применувало само на учениците Роми. Според тоа, самото ова сознание доведува до создавање на претпоставка за различно понеповолно постапување, односно дискриминација (ЕСЧП, случајот *Oršuš and Others*).⁷⁹

1.3.3.

Соодветно приспособување

Според ЗСЗД, оневозможувањето на соодветно приспособување е дискриминација. Истото е дефинирано во членот 4 став 1 точка 4, како неопходно и соодветно изменување и приспособување потребно во одреден случај, што не предизвикува несразмерно или непотребно оптоварување, а со цел обезбедување на уживањето или остварувањето на сите човекови права и слободи на лицата со попреченост, на еднаква основа со другите.

Соодветното приспособување е познато и како обврска да се направи приспособување; разумни корекции, адаптации или мерки, или ефективни или соодветни/пригодни модификации. Да му се овозможи на лицето соодветно приспособување значи, на пример, да се приспособи работното опкружување, системот на школување, капацитетите од здравствената грижа или транспортните услуги, со цел отстранување на бариерите што го попречуваат лицето со попреченост да учествува во активностите или во добивањето на услуги на иста основа како и другите. Во случај на вработување, ова може да подразбира и физичка промена на условите, набавка или модификација на опремата, обезбедување читач или толкувач или, пак, соодветна обука или надгледување, приспособување на пробните или процедурите за проценка, промената на стандардните работни часови или пренесувањето на друго лице на некои маргинални должности што произлегуваат од работното место.

79. Види: ЕСЧП, *Oršuš and Others v. Croatia* [GC], Апликација бр. 15766/03, 16 март 2010 година, параграфи 152 и 153. Види повеќе во: European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European non-discrimination law*, 2018 edition, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018, стр. 247.

Пример: Во случајот *Michael Lockrey*, Комитетот за правата на лицата со попреченост на Обединетите нации наведува дека државата-договорна страна не ги презела неопходните чекори за да обезбеди соодветно приспособување. Тој заклучува дека одбивањето да се обезбеди толкување на знаковниот јазик „ауслан“ или стенографски белешки без да направи темелна проценка дали тоа би претставувало непропорционално или непотребно оптоварување претставува дискриминација врз основа на попреченост и повреда на членот 5 од Конвенцијата. Исто така, Комитетот во својата одлука посочува дека ако една држава тврди дека соодветното приспособување коешто го бара поединецот создава непропорционално или непотребно оптоварување (како што е во овој случај, кога државата тврди дека употребата на стенографи „влијаела на комплексноста, цената и времетраењето на судењата“), треба да обезбеди „податоци или анализи за да покаже дека тоа би претставувало непропорционално или непотребно оптоварување“ (Комитет за правата на лицата со попреченост, случајот *Michael Lockrey*).⁸⁰

Пример: Во случајот *Guberina*, ЕСЧП сметал дека хрватските власти пропуштиле да ги земат предвид потребите на детето со попреченост кога утврдиле дека таткото не треба да биде ослободен од плаќање на данок на промет на недвижен имот што го купил, а е пристапен за неговото дете со попреченост. Имено, во согласност со хрватското законодавство ова изземање, всушност, било на располагање на купувачите коишто се преселувале со цел да ги решат своите „потреби за домување“, односно кога нивниот претходен имот не ја поседувал „основната инфраструктура“ (односно не ги задоволувал основните хигиенски и технички услови). Апликантот тврдел дека пристапноста е елемент на „основната инфраструктура“ и дека неговиот претходен стан не ги задоволувал потребите за домување на неговото семејство. Хрватските власти, пак, сметале дека стариот стан на апликантот ги поседува сите основни карактеристики на инфраструктурата и тие го одбиле неговото барање без да ги земат предвид посебните околности за неговиот син. ЕСЧП ја потврдува потребата да се даде широко толкување на концептот на недискриминација врз основа на попреченост, вклучително и дискриминација по асоцијација и во конкретниот случај утврдил дека постои дискриминација на таткото врз основа на попреченоста на детето затоа што хрватските власти не успеале да ја побиијат претпоставката за дискриминација (ЕСЧП, случајот *Guberina*).⁸¹

80. Види: Комитетот за правата на лицата со попреченост, *Michael Lockrey v. Australia*, Апликација бр. 13/2013, CRPD/C/15/D/13/2013, 25 април 2016 година, параграф 8.5.

81. Види: ЕСЧП, *Guberina v. Croatia*, Апликација бр. 23682/13, 22 март 2016 година.

Треба да се знае!

Постојат низа фактори кои треба да бидат земени предвид кога проценувате дали приспособувањето е соодветно или не:

- » **ефектот на приспособувањето треба да помогне на вработениот/та со попреченост да ја врши неговата/нејзината работна задача,**
- » **практичноста на приспособувањето,**
- » **паричниот или друг трошок на приспособувањето,**
- » **обемот на финансиските ресурси на организацијата и на другите извори на финансии,**
- » **обемот на предизвиканите нарушувања,**
- » **обемот на финансиската или друга помош од страна на државата за преземање на приспособувањето,**
- » **природата на активностите и големината на организацијата.**

Разликата помеѓу индиректната дискриминација и соодветното приспособување е поврзана со опфатот и пристапот. Имено, опфатот на индиректната дискриминација е насочен кон „една поширока група луѓе кои споделуваат и имаат одредена заштитна карактеристика кои се обесправени или потенцијално би биле обесправени од оспорената мерка“, додека, пак, соодветното приспособување е насочено кон индивидуата со попреченост во дадена и конкретна ситуација. Во поглед на ефектот на примена, индиректната дискриминација бара утврдување дали одредбата, критериумот или практиката имаат дискриминациски ефект, односно диспропорционално негативен ефект. Наспроти тоа, обврската за соодветно приспособување бара усвојување на конкретни мерки за отстранување на оневозможеноста со која се соочува самото лице со попреченост во определена *ad hoc* ситуација.

Прочитај повеќе!

Во Водичот за соодветно приспособување за соодветното приспособување на лицата со попреченост.

Од друга страна, според ЗСЗД обезбедувањето на пристапност претставува дискриминација. Истото е дефинирано во членот 4 став 1 точка 5, како „пристапност до инфраструктурата, добрата и услугите“ кое подразбира преземање на соодветни мерки што гарантираат дека лицата со попреченост имаат пристап, на еднаква основа со другите, до физичкото опкружување, транспортот, информациите и комуникацијата, вклучувајќи информатички и комуникациски технологии и системи, до други јавни објекти и услуги во урбани и рурални области. За разлика од соодветното приспособување објаснето погоре, обврските за обезбедување на пристапност се генерални, предвидливи и не се засновани на индивидуално барање. Според Општиот коментар број 2 на Комитетот за правата на лицата со попреченост на Обединетите нации, истите треба да бидат „усогласени со стандардите на универзален дизајн, на пример, поставување или изградба на рампи или обезбедување на информации на Брајово писмо или лесно разбирливи формати“. Обврската да се обезбеди пристапност има

за цел реконструкција на непосредната и опкружувачката околина во целина и трансформација на социјалните структури.

Пример: *Случајот на Р.М. против Општина Делчево што го водеше Македонското здружение на млади правници е прв во националната судска практика во врска со којшто е донесена правосилна пресуда во којашто се утврдува дискриминација врз основа на ментална и телесна попреченост. Во случајот се работи за 17-годишно лице со комбинирана попреченост кое подолг период не може да излезе без придружба од својата семејна кука бидејќи на излезот од дворот нема рабник и тротоар, односно веднаш се излегува на самата улица којашто е прометна. Карактеристично е тоа што таткото и дедото на лицето, во периодот од 2012 година до поднесувањето на тужбата во 2014 година, повеќе пати се обраќале до Општина Делчево со барање да се постават рабници и тротоар на улицата околу куќата за да може лицето да излегува од домот без потреба од постојана придружба. И покрај постојаните ветувања, општината не преземала чекори да го реши проблемот.*

Во овој случај, Основниот суд во Делчево утврдил дискриминација по основа на попреченост поради оневозможување на пристапност и достапност до инфраструктурата, добрата и услугите. Во пресудата се наведува дека дискриминацијата е сторена поради пропуштање да се преземат дејствија (изградба на тротоар и рабници) за приспособување на инфраструктурата и просторот околу домот на тужителот – лицето со попреченост. Според тоа, Судот ја задолжил Општина Делчево, како тужена страна да ја приспособи инфраструктурата и просторот и да ги преземе сите неопходни мерки за адаптација преку изградба на тротоар и рабници во согласност со техничките стандарди за пристапност.

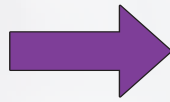
Треба да се знае!

Комитетот за правата на лицата со попреченост на Обединетите нации ја сумира разликата помеѓу соодветното приспособување и пристапноста на следниов начин: „Приспапноста се однесува на групи, додека соодветното приспособување се однесува на поединци“. Комитетот дополнително посочува дека: „обезбедувањето на пристапност е ex ante обврска. Државите треба да ги утврдат стандардите за пристапност и тие треба да важат за сите јавни и приватни институции или организации“. Комитетот за правата на лицата со попреченост потврдува дека државите „имаат обврска да обезбедат пристапност пред да добијат индивидуално барање за користење на местото или услугата“. Додека соодветното приспособување е ex post обврска, односно „се извршува од моментот кога на лицето со попреченост му треба приспособување во дадената ситуација“.

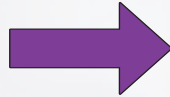
Другата разлика е партиципативноста на лицата со попреченост. За да се изврши обврската за соодветно приспособување потребен е дијалог помеѓу индивидуата со попреченост и носителот на обврската (јавен или приватен субјект). Притоа, треба да се има предвид дека „модификациите коишто ќе произлезат и ќе се однесуваат на решавање на конкретната оневозможеност на начин што е соодветен за лицето, може да подразбираат преземање на мерки кои не би биле од корист за лица со иста или слична оневозможеност“. Во однос на пристапноста потребен е дијалог помеѓу носителите на одлуките и организациите на лица со попреченост, а општите мерки и стандарди за пристапност, како и механизмите за спроведување на ваквите мерки и стандарди ќе обезбедат целосен пристап до одредена физичка средина, транспорт, информации и комуникации и до јавните услуги.

1.3.4. Повикување, поттикнување и инструкција за дискриминација

За да имаме *prima facie* случај на повикување, поттикнување и инструкција за дискриминација, подносителот или подносителката на претставката треба да покаже:



активност со која посредно или непосредно се повикува, охрабрува, дава упатства или поттикнува да се изврши дискриминација,



постоење на дискриминациска основа или основи.

Инструкцијата за дискриминација го опфаќа како директното така и индиректното повикување, охрабрување, давање упатство или поттикнување на друго лице да врши дискриминација.

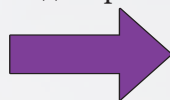
Пример: Окружниот суд во Софија го разгледувал случајот бр. 2860/2006⁸², во кој еден пратеник дал неколку изјави во кои вербално ги нападнал ромската, еврејската и турската заедница, и „странците“ воопшто. Имено, тој изјавил дека наведените заедници ги спречуваат Бугарите сами да ја водат сопствената држава, вршат кривични дела и поминуваат неказнето, и ги лишуваат Бугарите од соодветно здравство, при што ги повикал луѓето да не дозволат државата да стане „колонија“ на вакви и други слични групи. Самите изјави биле доволни да се создаде *prima facie* случај на дискриминација и со тоа да премине товарот на докажување на тужениот да докаже дека не вршел дискриминација. Окружниот суд во Софија утврдил дека ваквите изјави и однесувања претставуваат повикување и поттикнување на дискриминација како и вознемирување (Окружен суд во Софија, бр. 2860/2006).

Треба да се знае!

Како и кај вознемирувањето и кај инструкцијата за дискриминација не постои потреба да се идентификува компаратор за да се докаже постоењето на дискриминацијата.

1.3.5. Виктимизација

Виктимизацијата е форма на дискриминација која се јавува како трпење на штетни последици од страна на лице поради преземање дејства за заштита од дискриминација и ги опфаќа лицата кои пријавуваат дискриминација, лицата кои поднесуваат претставки за дискриминација, како и сведоците во случаи на дискриминација.



трпење на штетни последици,



поради преземање дејства за заштита од дискриминација.

82. Види: Окружен суд во Софија, бр. 2860/2006, 21 јуни 2006 година.

Како виктимизација се опишува која било спротивставена мерка преземена од страна на организација (вклучувајќи ги и работодавците и јавните институции) или од страна на поединец како одмазда за заложбите да се спроведе антидискриминациското законодавство. Највообичаен пример е кога вработениот или вработената се жали на нееднакво постапување, а работодавецот одговара со тоа што му дава отказ или не го/ја унапредува иако тој/таа го заслужува тоа.

1.3.6. Потешки облици на дискриминација

Како потешок облик на дискриминација, според ЗСЗД, се смета повеќекратната дискриминација, интерсекциската дискриминација, повторената дискриминација и продолжената дискриминација, дефинирани во членот 4 став 1 точки 10, 11, 12 и 13. Карактеристично кај потешките облици на дискриминација е тоа што кој било од облиците и видовите на дискриминација може да се дефинираат како потешки, ако е извршена дискриминација врз повеќе дискриминациски основи (повеќекратната), ако е извршена врз две или повеќе дискриминациски основи кои- што се, истовремено, и неразделно поврзани (интерсекциска), ако е извршена повеќе пати врз истата дискриминациска основа или основи (повторена), и ако е вршена непрекинато во подолг временски период (продолжена).

За да имаме *prima facie* случај на потешок облик на дискриминација, подносителот или подносителката на претставката покрај останатите конститутивни елементи на обликот или формата која ја тврди, треба да покаже дека е веројатен и дополнителниот елемент на:

- » непрекинатост на дејството или постапувањето во подолг временски период (кај продолжената дискриминација), односно
- » повеќекратното извршување на дејството врз истата дискриминациска основа или основи (кај повторената дискриминација), или
- » постоењето на два или повеќе основа (кај повеќекратната дискриминација) кои- што се, истовремено, и неразделно поврзани (кај интерсекциската дискриминација).

Пример: Комисијата за спречување и заштита од дискриминација во случајот бр. 0801 -265⁸³, ги разгледала наводите на подносителите на претставката, против Министерството за здравство, кои тврделе дека има дискриминација врз основа на попреченост во оставрувањето на правото на вакцинација. Во претставката било наведено дека на лицата со попреченост им е оневозможен физички пристап до пунктовете за вакцинација, нивното информирање за процесот на имунизација е несоодветен и здравствените органи не издаваат соодветни потврди на лицата со попреченост кои поради нивната здравствена состојба не смеат да се вакцинираат. КСЗД сметала дека наводите од претставката и приложените докази, го направиле тврдењето веројатно и затоа го префрлила товарот на докажување врз лицето против кое била поднесена претставката – Министерството за здравство да ја побие презумпцијата за дискриминација. При анализата на сите факти и докази во случајот Комисијата утврдила директна продолжена дискриминација врз основа на попреченост во областа на пристапот до (здравствени) добра и услуги поврзани со вакцинацијата (КСЗД, случајот бр. 0801-265).

83. Види: Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-265, 9 декември 2021 година.

Пример: Во случајот *Sejdić and Finci*, ЕСЧП утврдил дискриминација, бидејќи со Уставот на Босна и Херцеговина е предвидено членови на Долниот Дом на Парламентот и Претседателството да бидат припадници на најголемите етнички заедници (како конститутивни народи и тоа: Бошњаци, Хрвати и Срби), што автоматски ги исклучува членовите на помалите заедници да можат да се кандидираат за членови на Долниот Дом на Парламентот и Претседателството на оваа држава, како што биле апликантите кои биле Евреин и Ром. Поради тоа што Уставот на Босна и Херцеговина не е променет и со тоа не е надмината дискриминацијата, истата е продолжена (ЕСЧП, случајот *Sejdić and Finci*).⁸⁴

Пример: Во случајот *Mental Disability Advocacy Center*, Комитетот утврдил повреда на ревидираната Европска социјална повелба, поточно повреда на правото на образование гледано во согласност со членот Е (недискриминација). Имено, во својата одлука Комитетот отворено ја критикува Бугарија поради активната практика на исклучување на децата со интелектуална попреченост од системот на образование, наведувајќи дека на 3.000 деца со средна и тешка интелектуална попреченост коишто живеат во 28. домови за деца со ментална попреченост им е скратено правото на ефикасно образование. Критикувајќи ја неадекватноста на стандардите за инклузивно образование во Бугарија, Комитетот навел дека: „редовниот образовен систем не е ниту пристапен ниту приспособен за децата со попреченост кои живеат во домовите за деца со ментална попреченост; обуката која ја добиваат наставниците не е соодветна и наставната програма и помагала не се приспособени на посебните образовни потреби на децата со интелектуална попреченост; Владата на Бугарија не успеа да го спроведе Законот од 2002 година, кој предвидува децата што престојуваат во домовите за деца со ментална попреченост да бидат вклучени во образовниот процес; како резултат од неспроведувањето на овој закон само 6,2 % од децата кои престојуваат во домовите за деца со ментална попреченост одат на училиште, додека процентот на присуство во примарното образование на сите деца во Бугарија изнесува 94 %; разликата помеѓу посетувањето на наставата од страна на децата со и без попреченост е толку голема што претставува дискриминација на децата со интелектуална попреченост кои живеат во домовите за деца со ментална попреченост“ (ЕКСП, случајот *Mental Disability Advocacy Center*).⁸⁵

84. Види: ЕСЧП, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, Апликацији бр. 27996/06 и 34836/06, 22 декември 2009 година.

85. Види: ЕКСП, *Mental Disability Advocacy Center v. Bulgaria*, Апликација бр. 41/2007, 3 јуни 2008 година.

Пример: *Комитет за елиминација на сите форми на дискриминација врз жената на Обединетите нации во случајот С.Б. и М.Б., од 2020 година, во кој на две Ромки им бил ограничен пристапот до гинеколошки услуги поради нивната етничка припадност во одлуката потенцира дека дискриминацијата врз жените врз основа на пол и род е неразделно поврзана со другите фактори што ги засегаат жените, како што се раса, етничка припадност, вера или уверување, здравје, статус, возраст, класа, каста, сексуална ориентација и родов идентитет. Исто така, наведува дека дискриминацијата врз пол или род може да ги погоди жените кои им припаѓаат на овие групи во различен степен и на различен начин од мажите, и државите членки мора законски да ги препознаат и да ги забранат таквите повеќеслојни форми на дискриминација и нивното збирно негативно влијание врз засегнатите жени. Со апликантките е постапувано понеповолно за разлика од другите жени на репродуктивна возраст коишто не припаѓаат на малцинска етничка група, а кои имале потреба од гинеколошки услуги во исто време. Комитетот забележува дека во конкретниот случај судовите немале разбирање за појавата на дискриминација и за ранливоста на Ромките во општеството и дека, и покрај доказите за нееднакво постапување, судовите пропуштиле да констатираат дека гинекологот покажал дискриминациски став и да обезбедат правна заштита од дискриминација поради што утврдил дека државата ги дискриминирала апликантките врз основа на пол, род и етничка припадност (Комитет за елиминација на сите форми на дискриминација врз жената, случај S.B. and M.B.).⁸⁶*

86. Види: Комитет за елиминација на сите форми на дискриминација врз жената, S.B. and M.B. v. North Macedonia, CEDAW/C/ 77/D/143/2019, 1 декември 2020 година.

2. Побивање на претпоставката за дискриминација и објективно оправдување

Откога подносителот или подносителката на претставката ќе направи *prima facie* случај на дискриминација, односно веројатно дека постои случај на дискриминација, тогаш товарот на докажување паѓа на лицето против кое е поднесена претставката да докаже дека не дискриминирал/а преку побивање на претпоставката за сторена дискриминација. Изјави кои не можат да се проверат во врска со причините зошто лицето против кое е поднесена претставката се однесувало како што се однесувало не се доволни.

Пример: Судот за работни спорови на Ирска во случајот *Campbell Catering Ltd v. Aderonke Rasaq*⁸⁷, навел дека доказите мора да се аргументирани и уверливи со цел успешно да се побие претпоставката за дискриминација.

Побивањето на претпоставката за сторена дискриминација може да го направи лицето против кое е поднесена претставката на два начина, и тоа:

- » да докаже дека подносителот или подносителката на претставката, всушност не е во слична или споредлива ситуација со компараторот, или
- » дека различното постапување кај директната дискриминација не се заснова на дискриминациската основа во прашање туку на други објективни фактори, а кај индиректната дискриминација дека поднесените статистички податоци можат да се толкуваат поинаку, или дека негативниот ефект не е диспропорционален на легитимната цел и на тестот на пропорционалност.

Истото ова го има истакнато и ЕСЧП во бројни случаи кои ги разгледувал, како, на пример, во случајот *Khamtokhu and Aksenchik*, случајот *Chassagnou*, случајот *Biao*, како и случајот *Timishev* и случајот *D.H.*, објаснети погоре.⁸⁸

87. Види: Equality Tribunal, *Campbell Catering Ltd v. Aderonke Rasaq*, 2004- EEDO48.

88. Види: ЕСЧП, *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia* [GC], Апликација бр. 60367/08 и 961/11, 24 јануари 2017 година, параграф 65; ЕСЧП, *Chassagnou and Others v. France* [GC], Апликација бр. 25088/94, 28331/95 и 28443/95, 29 април 1999 година, параграфи 91 и 92; ЕСЧП, *Biao v. Denmark* [GC], Апликација бр. 38590/10, 24 мај 2016 година, параграф 114; ЕСЧП, *Timishev v. Russia*, Апликација бр. 55762/00 и 55974/00, 13 декември 2005 година, параграф 57 и ЕСЧП, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], Апликација бр. 57325/00, 13 ноември 2007 година, параграф 177.

Пример: Во случајот бр. 0801-262⁸⁹, во кој подносителката на претставката тврдела дека нејзиниот син е дискриминиран врз основа на вакцинален статус, односно личен статус, од страна на општинското основно училиште со одбивањето да се изврши упис на лицето врз основа на фактот дека недостасувала потврда за примените задолжителни вакцини, Комисијата не утврдила дискриминација, но донела општа препорака. Во општата препорака од 2021 година Комисијата наведува дека: „Конвенцијата за правата на детето го гарантира „најдобриот интерес на детето“ во поглед на сите преземени активности што се однесуваат на децата, без оглед дали се преземени од јавни институции, судови, управни органи или законодавни тела. Дополнително, во случајот Вавричка (бр. 47621/13), ЕСЧП го нотира постоењето на општ консензус дека вакцинацијата е една од најуспешните и најисплатливи здравствени интервенции и дека секоја држава треба да има за цел да постигне највисоко можно ниво на вакцинација меѓу нејзината популација. Дополнително, законите, мерките, препораките и други релевантни акти коишто се во насока на спречување, лекување и контрола на ситуација на епидемски, ендемични и други болести не претставуваат кршење на правото на приватноста на индивидуата, на неговиот личен и семеен живот и на достоинството и угледот. Истите се во насока на гарантирање на заштитата на јавното добро и јавното здравје на сите граѓани а особено на децата. Според тоа, Комисијата донела општа препорака дека задолжителното вакцинирање на децата како услов за упис во основните училишта не претставува дискриминација врз која било основа.“ (КСЗД, случај бр. 0801-262).

Пример: Во случајот бр. 08-7⁹⁰, во кој подносителката на претставката тврдела дека има дискриминација врз основа на политичко уверување од страна на Агенцијата за администрација во областа на работата и работните односи, КСЗД го префрлила товарот на докажување. Но, во одговорот од претставката дадени се објаснувачки факти кои и помогнале на КСЗД при анализа на сите факти и докази во случајот да утврди дека Агенцијата за администрација ја побила претпоставката за дискриминација затоа што на сите кандидати им било овозможено да аплицираат за работното место и да бидат бодувани во согласност со Законот за административни службеници (КСЗД, случај бр. 08-7).

Пример: Во иста насока како и во погоре објаснетиот случај, и во случајот бр. 0801-269⁹¹, во кој подносителот на претставката тврдел дека има дискриминација врз основа на етничка припадност од страна на Академијата за судии и јавни обвинители, КСЗД го префрлила товарот на докажување. Но, во одговорот од претставката дадени се објаснувачки факти кои и помогнале на КСЗД при анализа на сите факти и докази во случајот да утврди дека Академијата за судии и јавни обвинители ја побила претпоставката за дискриминација затоа што постапила во согласност со одредбите од Законот за Академијата за судии и јавни обвинители и подзаконските акти на Академијата (КСЗД, случај бр. 0801-269).

89. Види: Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-262, 7 јули 2021 година.

90. Види: Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 08-7, 7 јули 2021 година.

91. Види: Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-269, 13 октомври 2021 година.

Пример: Во погореспоменатиот случај *Brunnhofner*, СПЕУ даде насоки за тоа како може да се побие претпоставката за сторена дискриминација. Прво, ако се докаже дека вработените мажи и жени не се во слична ситуација, бидејќи не била вршена работа од иста вредност, односно работата опфаќа должности и задачи кои имаат различна суштествена природа, и второ, преку воспоставување на други објективни фактори кои придонеле во разликата во платата, а не се поврзани со припадноста на тужителката кон одреден пол, во овој случај на женскиот пол, фактури како надоместок за одвоен живот или патни трошоци и слично (СПЕУ, случајот *Susanna Brunnhofner*, параграфи од 51 до 62).

Пример: Во случајот *Feryn*, кој се однесува на директна дискриминација врз основа на етничка припадност, *prima facie* случај на дискриминација утврден со јавната изјава на сопственикот на фирмата дека нема да вработува Мароканци, според СПЕУ може да се побие ако тужениот во овој случај, на пример, докаже дека практиката за вработување, всушност, не покажува различно постапување спрема лицата кои немале бела боја на кожата, односно покажувајќи дека токму таков персонал бил рутински вработуван (СПЕУ, случајот *Feryn*)⁹².

Пример: Во случајот *Asociația ACCEPT*, на дискриминација врз основа на сексуалната ориентација во регрутирањето на играчи од страна на професионален фудбалски клуб, СПЕУ сметал дека *prima facie* случај на дискриминација врз основа на сексуалната ориентација може да биде побиеено со збир на конзистентни докази. ... таков збир на докази може да вклучува, на пример, реакција од страна на тужениот јасно дистанцирајќи се од јавните изјави на кои се заснова претпоставката за дискриминација, како и постоењето на изрични одредби што се однесуваат на политиката на вработување во насока на обезбедување на усогласеност со принципот на еднаков третман. Судот продолжил со наведување дека преминувањето на товарот на докажување не бара наведување на невозможни докази без мешање во правото на приватноста (СПЕУ, случајот *Asociația ACCEPT*)⁹³.

92. Види: СПЕУ, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, 10 јули 2008 година.

93. Види: СПЕУ, C-81/12, *Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 25 април 2013 година, параграфи 58 и 59.

Пример: Во случајот *Test-Achats*, каде белгискиот закон дозволува осигурителните компании да го користат полот како фактор во пресметката на осигурителните премии и исплати врз основа на исклучокот содржан во членот 5(2) од Директивата 2004/113/ЕС на Советот. Апликантите го оспориле белгискиот закон што го користи овој исклучок и навеле дека тоа е спротивно на принципот на еднаквост меѓу мажите и жените. СПЕУ сметал дека користењето на актуарски фактори поврзани со полот било широко прифатена практика во областа на осигурителни услуги кога директивата била усвоена, па затоа се сметало за соодветно таа да вклучи одреден преоден период. Иако членот 5(1) од Директивата предвидувал дека разликите во премиите и исплатите коишто се засноваат на полот како фактор во пресметката треба да бидат укинати најдоцна до 21 декември 2007 година, членот 5(2) дозволувал некои држави членки на Европската Унија да одобрат сразмерни разлики во премиите и исплатите на поединци и тоа на неограничено време, имено кога користењето на полот е решавачки фактор во процената на ризиците што се засноваат на релевантни и прецизни актуарски и статистички податоци. Како резултат на ова, жените и мажите плаќале различни износи на приватните осигурителни полиси. Судот засновајќи ја својата аргументација на Повелбата за фундаментални права на Европската Унија досудил дека оваа практика претставува дискриминација врз основа на полот и членот 5(2) треба да се смета за неважечки по истекувањето на соодветниот период, што во овој случај е 21 декември 2012 година (СПЕУ, случајот *Test-Achats*)⁹⁴.

94. Види: СПЕУ, C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres*, ECR 2011 I-00773, 1 март 2011 година.

Пример: ЕСЧП во случајот *Petrov*, ја разгледувал примената на правилото кое се однесувало на практиката во еден затвор која на затворениците кои се во брак им дозволува два телефонски повика месечно со нивните сопруги. Апликантот живеел со својата партнерка четири години и имал дете со неа пред да биде осуден на затворска казна, но него не му биле дозволени два телефонски повика месечно со својата партнерка. ЕСЧП го разгледувал предметот и одлучил дека, иако бракот има посебен статус, за целите на правилата кои се однесуваат на комуникација преку телефон, апликантот - кој формирал семејство со стабилен партнер - бил во споредлива ситуација со брачните парови. ЕСЧП навел дека „иако државите кои се договорни страни уживаат извесен простор за дискрециона оценка во однос на начинот на кој ги третираат брачните и вонбрачните парови во области како што се, на пример, оданочувањето, социјалното осигурување или социјалната политика... не постојат очигледни факти зошто брачните и вонбрачните партнери, кои имаат формирано семејство, се подложени на различно постапување во однос на можноста да одржуваат контакт по телефон во периодот додека едниот партнер ја отслужува казната затвор.“ Оттука, ЕСЧП одлучил дека дискриминацијата била неоправдана (ЕСЧП, случајот *Petrov*).⁹⁵

Во случаите на вознемирување, презумцијата за дискриминација може да се побие ако лицето против кое е поднесена претставката докаже дека постапувањето немало за цел или последица, повреда на достоинството или создавање на заканувачка, непријателска, понижувачка или застрашувачка средина, пристап или практика.

Пример: Комисијата за спречување и заштита од дискриминација во случајот бр. 0801 -355⁹⁶, ги разгледала наводите на подносителот на претставката кој тврдел дека има вознемирување врз основа на сексуална ориентација и родов идентитет од страна на политичка партија во областа на медиумите и јавното информирање. КСЗД сметала дека подносителот на претставката тврдењето за дискриминација го направил веројатно со поднесувањето на принтскрин од објавата на политичката партија на нејзиниот профил на една од социјалните мрежи и затоа го префрлила товарот на докажување врз лицето против кое била поднесена претставката да докаже дека не дискриминирало. Со одговорот на претставката дадени се објаснувачки факти кои и помогнале на КСЗД при анализа на сите факти и докази во случајот да утврди дека политичката партија ја побила претпоставката за дискриминација и да не најде вознемирување (КСЗД, случај бр. 0801-355).

Случаите на соодветно приспособување може да се побидат ако се докаже дека изменувањето и приспособувањето кое е потребно во определениот случај предизвикува несразмерно или непотребно оптоварување.

95. Види: ЕСЧП, *Petrov v. Bulgaria*, Апликација бр 15197/02, 22 мај 2008 година.

96. Види: Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-355, 22 јуни 2022 година.

Пример: Управниот суд во Руен во случајот бр. 0500526-3⁹⁷, одлучувал по тужбата на лице во количка против Министерството за образование затоа што не бил вработен на конкретното работно место за кое конкурирал. Апликацијата за работа поднесена од страна на тужителот била рангирана на трето место на листата на кандидати. Кога првите двајца кандидати од листата го одбиле понуденото работно место, истото му било понудено на четвртиот кандидат, наместо на тужителот. Наместо тоа, на тужителот му било понудено работно место во друг оддел каде работната средина веќе била приспособена за пристап со количка. Државата ја оправдала оваа одлука со фактот дека инвестирањето средства со цел да се приспособат работните простории не оди во прилог на јавниот интерес. Судот утврдил дека Министерството за образование не ја исполнило својата должност за соодветно приспособување за лицата со попреченост, што не може да се оправда со изнесените причини од страна на Министерството и утврдува дискриминација (Управен суд во Руен, случај бр. 0500526-3).

Кај индиректната дискриминација доста е дискутабилно кој е тој процент на засегнатост на групата со диспропорционално негативниот ефект на, навидум, неутралната одредба, критериум или практика кој е доволен да се покаже со цел утврдување на постоење на *prima facie* случај на дискриминација, односно побивање на оваа претпоставка. СПЕУ во повеќе случаи поврзани со дискриминацијата врз основа на пол, го разгледувал ова прашање (како, на пример: *Rinner-Kühn*, *Nimz*, *Kowalska*, *De Weerd* и *Nolte*) и во сите е на став дека е потребно да се покаже супстантивна бројка. На пример, во случајот *Rinner-Kühn*, таа бројка е 89 %⁹⁸. Сепак, СПЕУ остава националните судови да се тие кои ќе оценат дали се опфатени доволен број на поединци за да се исклучи случајноста и краткорочноста на наводите.⁹⁹ Истата логика ја следи и ЕСЧП во случајот *Di Trizio*¹⁰⁰ и случајот *D.H.*, објаснет погоре.

97. Види: Управен суд во Руен, *Bouthellier v. Ministère de l'éducation*, бр. 0500526-3, 24 јуни 2008 година.

98. Види: СПЕУ, C-171/88, *Ingrid Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, 13 јули 1989 година.

99. Види: СПЕУ, C-127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, 27 октомври 1993 година

100. Види: ЕСЧП, *Di Trizio v. Switzerland*, App No. 7186/09, 2 февруари 2016 година.

Пример: Во случајот пред Комисијата за еднакво постапување на Холандија, апликантката тврдела дека има индиректна дискриминација врз основа на етничка припадност. Имено, апликантката го сменила своето сместување и при преселбата во југоисточниот дел на Амстердам ја понела со себе претплата за телевизија. Кога и се расипал рутерот таа се јавила во компанијата да испратат техничар за да ја провери конекцијата. Компанијата го одбила барањето наведувајќи дека постојат делови од градот со определени поштенски броеви каде тие не испраќаат техничари поради безбедносни причини, односно поради ризикот техничарите или возилата да бидат ограбени или украдени. Своето тврдење за индиректна дискриминација апликантката го потврдила со локални статистички податоци (општинските податоци за населението) кои покажале дека две третини од населението во тој конкретен дел од градот со определен поштенски број се лица со малцинско етничко потекло и со тоа направила веројатно дека таквата политика на компанијата има диспропорционално негативен ефект кон членовите на овие малцински етнички групи. Комисијата прифатила дека ова е *prima facie* случај на дискриминација и сметала дека компанијата нема објективно оправдување за ваквото постапување (Комисијата за еднакво постапување на Холандија, случај бр. 2004-15)¹⁰¹.

Во некои држави, повисоките судски инстанци преку својата судска практика или независно од неа изработиле практични насоки за пониските судови кои се однесуваат на преминување на товарот на докажување во практика, односно како судовите да проценат дали тужителот или тужителката има поставено *prima facie* случај на дискриминација и кога тие треба да го префрлат товарот на докажување на работодавецот за тој/таа да обезбеди задоволително објаснување за своите постапки. Имено, како добра практика би ги издвоиле насоките на Апелациониот суд во Англија и Велс во случајот *Igen Ltd v. Wong* а кои се однесуваат и на случаите *Chamberlin and Emizie v. Emokpae* и *Webster v. Brunel University*¹⁰². Насоките објаснуваат дека на ова треба да се гледа како на двостепен пристап во кој:

- » Прво, тужителот или тужителката треба да го докаже постоењето на факти од кои судот може да заклучи, врз база на баланс на веројатности¹⁰³ и во отсуство на соодветно објаснување, дека тужениот или тужената извршил/а противправна дискриминација против тужениот односно тужената. Во оваа фаза, судот не донесува дефинитивна одлука дека изнесените факти доведуваат до одлука дека е извршена дискриминација, туку судот само ги разгледува примарните факти пред да разгледа какви заклучоци за секундарни факти може да се извлече од нив. При донесувањето на заклучоци од примарните факти, судот мора да

101. Види: Комисијата за еднакво постапување на Холандија, бр. 2004-15, одлука од 1 март 2004 година.

102. Види: Court of Appeal of England and Wales, *Igen Ltd (formerly Leeds Careers Guidance) and Others v Wong, Chamberlin and Another v Emokpae and Webster v Brunel University*, [2005] IRLR 258.

103. Види: Под стандардот баланс на веројатности се подразбира ситуација во која судот верува повеќе дека наводите на тужителот, односно тужителката се вистинити, отколку дека не се вистинити.

претпостави дека не постои соодветно објаснување за овие факти. Заклучоци може да се извлечат и од одговорите на прашалникот и од непостапувањето според кодексот на практики ако постои таков.

- » *Второ*, тужениот или тужената треба да докаже, врз база на баланс на веројатности, дека не изврил/а противправна дискриминација. Во оваа фаза, судот проценува не само дали тужениот или тужената изнел/а објаснување за фактите од кои такви заклучоци може да се извлечат, туку дополнително дали е тоа доволно да го/ја ослободи од товарот на докажување врз база на баланс на веројатности. Затоа што фактите потребни да обезбедат објаснување се, најчесто, во сопственост на тужениот или тужената, судот очекува сигурни докази за ослободување од товарот на докажување. Посебно, судот внимателно ги разгледува објаснувањата на тужениот или тужената за неговото/нејзиното непостапување во постапката за одговор на прашалникот или непостапувањето според кодексот на практики, ако таков постои.

Ако лицето против кое е поднесена претставката не може да ја побие претпоставката за дискриминација со контрадокази, тогаш тоа треба објективно да ја оправда истата. Треба да се напоми дека во случаи на директна дискриминација правото на Европската Унија не дозволува општо оправдување, туку само исклучоци од дискриминација, а нашето законодавство се базира токму на овој правен стандард. Имено, членот 7 од ЗСЗД ги предвидува исклучоците од дискриминација, односно ги предвидува мерките и дејствата што не претставуваат дискриминација, и тоа многу потесно од правото на Европската Унија. Имено, ЗСЗД предвидува дека, „нема да се сметаат за дискриминација мерките и дејствата што се преземаат со единствена цел да се отстрани нееднаквото уживање на човековите права и слободи сè додека не се постигне фактичка еднаквост на лице или група, ако разликувањето е оправдано и објективно, а средствата за постигнување на таа цел се пропорционални, односно соодветни и неопходни“ (став 1). Притоа, овие мерки и дејства треба да се временски ограничени и да се применуваат сè до постигнување на фактичка еднаквост на лицата или групата при уживање на нивните права (став 2).

Пример: *Случајот пред Судот за работни спорови во Келн, се однесувал на оглас за вработување почнувајќи со фразата: „Жените доаѓаат на власт!“ Неуспешен кандидат се пожалил дека тој како маж бил дискриминиран. Судот ја отфрлил жалбата прифаќајќи ги аргументите на тужената компанија кои ја побиле презумцијата за дискриминација. Имено, постапувањето било оправдано бидејќи во компанијата немало ниту една вработена жена (продавач на автомобили) и целта на мерката била да им обезбеди на клиентите продавачи и продавачки од двата пола (Судот за работни спорови во Келн, случај бр. Az. 9 Са 4843/15)¹⁰⁴.*

104. Види: Суд за работни спорови во Келн, бр. Az. 9 Са 4843/15, 10 февруари 2016 година.

ЗСЗД дополнително предвидува експлицитно уште два исклучока, односно нема да се смета за дискриминација:

- » *Прво*, различниот третман на лицата кои не се државјани на Република Северна Македонија во врска со правата и слободите утврдени во Уставот на Република Северна Македонија, во законите и меѓународните договори ратификувани во согласност со Уставот на Република Северна Македонија, а кои непосредно произлегуваат од државјанството на Република Северна Македонија.
- » *Второ*, различниот третман на лицата врз некоја од дискриминациските основи поради природата на занимањето или активноста или поради условите во кои се одвива тоа занимање, а која претставува суштинско и одлучувачко барање, целта е легитимна, а условот не го пречекорува потребното ниво за негова реализација (став 3).

Пример: Во случајот *Mahlburg*, апликантката, која била бремена, била одбиена за постојано работно место како медицинска сестра чиешто должност, во голема мера, требало да се извршуваат во операциона сала, со образложение дека изложеноста на опасни материји во операционата сала може да му наштети на нејзиното дете. СПЕУ утврдил дека со оглед на тоа дека станува збор за постојано работно место, несразмерно е на апликантката да и се забрани да аплицира за работното место бидејќи нејзината неможност да ја извршува работата во операциона сала би била само привремена. Иако биле прифатени ограничувањата во однос на работните услови за бремена жена, тие треба да бидат строго ограничени само на должностите коишто би можеле да и наштетат и не смее да подразбираат општа забрана за работа (СПЕУ, случајот *Mahlburg*)¹⁰⁵.

Пример: Управниот суд во Васа во случајот бр. 04/0253/3, го разгледувал предметот во кој Евангелистичко-лутеранската црква на Финска одбила да именува за капелник (помошник-свештеник) лице кое било во истополова врска. Судот ја поништил одлуката затоа што хетеросексуалноста не може да се смета за реален професионален услов за извршување на односното работно место. Вниманието било ставено на фактот дека интерните правила на Црквата не ја спомнуваат сексуалната ориентација во врска со именувањето свештеници и капелници (Управен суд во Васа, случајот бр. 04/0253/3)¹⁰⁶.

Треба да се знае!

Директната дискриминација објективно не се оправдува, туку само постојат исклучоци, односно мерки и дејства што не претставуваат дискриминација.

105. СПЕУ, C-207/98, *Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern*, ECR I-549, 3 февруари 2000 година.

106. Види: Управен суд во Васа, *Vaasan Halinto-oikeus*, бр. 04/0253/3.

Пример: *Случајот пред Адвокатот за принципот на еднаквост на Словенија, се однесува на поединец кој на 70-годишна возраст автоматски го загубил правото да продолжи со својата работа во рамките на спортско друштво како спортски судија (велосипедски комесар). Во 2018 година, Адвокатот за принципот на еднаквост на Словенија (националното тело за еднаквост) донел одлука, со која утврдил дека возрасната граница била поставена премногу општо и се применувала во практиката без разлика, односно без оглед на можностите на поединецот. Лицето против кое е поднесена претставката, Здружението, ја засновало својата одбрана на истата старосна граница содржана во статутот на меѓународно здружение, но не навела дополнителни причини зошто старосната граница би била неопходна. Адвокатот за принципот на еднаквост во својата постапка утврдил дека правилата на меѓународната спортска асоцијација, што во суштина е меѓународна невладинска организација, не го дерогирале националното законодавство и правото на Европската Унија. Во својата одлука навел дека лицето против кое е поднесена претставката не го исполнило својот товар на докажување бидејќи не се обидело да ја утврди и објасни пропорционалноста на мерката или да наведе која е легитимната цел што таа мерка би ја имала. Адвокатот се повикал на Директивата 2000/78/ЕС за еднаквост при вработување, бидејќи мерката ги ограничувала лицата на возраст над 70 години да се вклучат во платена работа во здружението (Адвокатот за принципот на еднаквост на Словенија, случај бр. 0700-52/2020/11)¹⁰⁷.*

Пример: *Случајот Çat, се однесувал на одбивањето на апликантката - девојче со оштетен вид да се запише како студент на Турската национална музичка академија. И покрај тоа што госпоѓа Чам покажала соодветни способности да свири на турска флејта (саз) и го положила приемниот испит, таа била одбиена од деканската управа бидејќи музичките курсеви не биле достапни за лица со оштетен вид и барале од неа да приложи потврда од страна на лекарската управа дека може да ги следи курсевите. Апликантката тврдела дека е дискриминирана врз основа на попреченост и се пожалила на повреда на Конвенцијата. Со донесената одлука, ЕСЧП сметал дека дискриминацијата врз основа на попреченост го опфаќа и обезбедувањето на соодветно приспособување. Судот посочил дека со одбивањето на пријавата на апликантката без да се задоволат нејзините потреби, турските власти ја спречиле да го оствари своето право на образование без никакво објективно оправдување (ЕСЧП, случајот Çat).¹⁰⁸*

Во секој случај на индиректна дискриминација, се навлегува во објективно оправдување на дискриминацијата преку:

- » наведување на легитимна цел,

107. Види: Адвокатот за принципот на еднаквост на Словенија, бр. 0700-52/2020/11, одлука од 20 септември 2021 година.

108. ЕСЧП, Çat v. Turkey, Апликација бр. 51500/08, 23 февруари 2016 година.

» задоволување на тестот на пропорционалност (соодветност и неопходност).

За да се утврди тестот на пропорционалност, КСЗД мора да се увери дека: не постојат други средства за постигнување на утврдена легитимна цел што наметнуваат помалку вмешување во правото на еднаквост. Со други зборови, претрпената понеповолна положба е минималното можно ниво на штета потребно за постигнување на бараната цел. Истовремено, треба да се покаже дека целта што треба да се постигне е доволно важна за да се оправда нивото на вмешување.

Овие критериуми ги поставил СПЕУ во случајот *Bilka-Kaufhaus*, во кој се наведува дека мерката, практиката или инцидентот може објективно да се оправда врз основа која е различна од наведената дискриминациска основа и дека претпријатието може да ја оправда донесената политика за исклучување на работниците и работничките со скратено работно време од социјалната шема на плаќања, независно од нивниот пол, за постигнување на цел да вработува што е можно помал број на работници и работнички со скратено работно време, ако покаже дека средствата избрани за постигнување на таа цел, кои одговараат на реалната потреба на работодавецот, се соодветни и неопходни за нејзиното постигнување¹⁰⁹.

Пример: Во случајот *Bilka-Kaufhaus*, објаснет погоре, стоковната куќа Билка тврдела дека целта зад различното постапување било обесхрабрување на работа со скратено работно време и стимулирање на работа со полно работно време од причина што работниците со скратено работно време претендирале да одбиваат работа во ноќни смени и во саботи, со што фирмата имала тешкотии во обезбедувањето доволен број на вработени. СПЕУ утврдил дека ова може да биде легитимна цел, но, сепак, тој не одговорил на прашањето дали исклучувањето на работниците со скратено работно време од пензискиот фонд е сразмерно со постигнувањето на таа цел. Условот според кој преземените мерки треба да бидат „неопходни“ подразбира дека не постои разумно алтернативно средство коешто би предизвикало помало вмешување во правото на еднаквост. Оттука, СПЕУ му оставил на Националниот суд да го примени правото врз основа на фактите од предметот.

Пример: Во друг свој случај, СПЕУ навел дека тужениот или тужената треба да докаже дека усвоената мерка, законот или практиката е соодветна и неопходна за постигнување на поставените легитимни цели и дека предизвиканите понеповолности (негативен ефект) не се диспропорционални со целите што се стремат да се постигнат (СПЕУ, случајот *CHEZ - Nikolova*)¹¹⁰.

СПЕУ е јасен на ставот дека како објективно оправдување не се прифатливи чисто монетарните цели, и дека обичната генера-

109. Види: СПЕУ, C-170/84, *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, 13 мај 1986 година, параграф 37.

110. Види: СПЕУ, C-83/14, „*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*“ AD v. *Komisija za zashtita ot diskriminatsija* [GC], 16 јули 2015 година, параграф 128.

лизација на целта која не е поврзана со пошироката општествена добробит не го поминува прагот потребен за објективното оправдување на дискриминацијата. Спротивно на овој став, одлучила КСЗД во случајот бр. 0801225, објаснет подолу.

Пример: *Комисијата за спречување и заштита од дискриминација во случајот бр. 0801-225¹¹¹, ги разгледала наводите на подносителката на претставката која тврдела дека има индиректна дискриминација врз основа на здравствената состојба од страна на осигурителната компанија во областа на пристапот до добра и услуги. КСЗД сметала дека подносителката на претставката го потврдила тврдењето за дискриминација веројатно со поднесувањето на копија од комуникацијата на вибер и писмото за одбивање на понудата за приватно семејно здравствено осигурување затоа што претходно имала хепатит Ц. Со одговорот на претставката дадени се објаснувачки факти и приложени се докази кои и помогнале на КСЗД при анализа на сите факти и докази во случајот да утврди дека осигурителната компанија иако не ја побила претпоставката за дискриминација, сепак, објективно ја оправдала. Во своето мислење, КСЗД наведува дека во конкретниот случај одбивањето за прием во приватно осигурување од страна на осигурувачот е пропорционално и неопходно средство за исполнување на легитимната цел на осигурувачот – избегнување на секој потенцијален висок ризик што може да доведе до финансиски загуби (КСЗД, случај бр. 0801-225).*

Според меѓународните стандарди, постојат одредени принципи кои ограничуваат кои легитимни цели може да се земат како прифатливи, и тоа:

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

111. Види: Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-225, 8 октомври 2021 година.

Пример: По пресудата на СПЕУ во случајот *Kalliri*¹¹², Грчкиот совет на државата во својата пресуда бр. 902/2021, едногласно одлучил дека условот за прием во полициското училиште со висина од најмалку 1,70 м, без оглед на полот на кандидатите и кандидатките, несомнено претставува неоправдана индиректна дискриминација врз основа на пол, спротивно на Директивата на Европската Унија за родова еднаквост. Советот утврдил дека грчката држава, која го сноси товарот на докажување, не успеала да се оправда дали споменатата минимална висина била соодветна и неопходна за да се постигне легитимната цел, односно да обезбеди оперативен капацитет и правилно функционирање на полицијата. Наводите на државата дека „големата висина“ опфаќа во себе „моќ на извршување, и ја олеснува одбраната и спроведувањето на техниките за напад“ не може да се прифати како објективно оправдување на индиректната дискриминација врз основа на пол спрема женските кандидатки. Тоа што е интересно во овој случај е што за првпат Советот експлицитно го применил правото на ЕУ за преминување на товарот на докажување во случаите на родова еднаквост, притоа повикувајќи се на судската практика на СПЕУ за употреба на статистичките податоци како доказ за постоење на индиректна дискриминација (Грчкиот советот на државата, случајот бр. 902/2021)¹¹³.

Пример: Случајот *Vasil Ivanov Georgiev*, пред СПЕУ, се однесува на прашањето во врска со задолжителното заминување во старосна пензија. Бугарското законодавство дозволувало работодавецот да го раскине договорот за работен однос на универзитетски професор кога тој ќе наврши 65 години и по таа возраст да му даде најмногу три едногодишни договори на определено време. Пред СПЕУ бугарската влада тврдела дека оспореното национално законодавство им дава можност на помладите генерации да стигнат до професорски работни места, со што се придонесува кон одржување на квалитетот во наставата и истражувачката работа како легитимна цел. При анализата на случајот, СПЕУ утврдил дека Директивата 2000/78/ЕС на Советот дозволува донесување на национални закони во кои се потврдува дека универзитетските професори можат да продолжат да работат и по навршени 65 години, единствено преку едногодишни договори на определено време и да се пензионираат на возраст од 68 години. Сепак, Судот нагласил дека таквиот закон мора да има легитимна цел во врска со пазарот на работна сила или политиката за вработување и дека таа цел треба да се очекува да се постигне преку соодветни и неопходни средства. Легитимните цели според СПЕУ можат да вклучат обезбедување квалитетна настава, како и оптимално распоредување на професорските места помеѓу различните генерации (СПЕУ, случајот *Vasil Ivanov Georgiev*)¹¹⁴.

112. Види: СПЕУ, C-409/16, *Ypourgos Esoterikon and Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton v Maria-Eleni Kalliri*, ECLI EU C:2017:767, 18 октомври 2017 година.

113. Види: Грчкиот советот на државата, бр. 902/2021. За повеќе информации види: The European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, *European equality law review*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, September 2022, стр. 106-108.

114. Види: СПЕУ, C-250/09 и C-268/09, *Vasil Ivanov Georgiev v Tehnicheski universitet - Sofia, filial Plovdiv*, ECR 2010 I-11869, 18 ноември 2010 година.

На истиот став е и ЕСЧП.

Пример: Во случајот *Timishev*, апликантот тврдел дека има дискриминација затоа што бил спречен да го премине контролниот пункт во одреден регион поради неговото чеченско етничко потекло. Судот утврдил дека ова е потврдено со официјални документи, во кои е забележано постоење на политика за ограничување на движењето на етничките Чеченци. ЕСЧП сметал дека, откако апликантот покажал постоење на различно постапување, обврска на Владата е да докаже дека тоа било оправдано. Во овој случај, објаснувањето на државата било прогласено за неубедливо поради недоследностите во нејзиното тврдење дека апликантот доброволно заминал откако му бил одбиен приоритет во редот. Според тоа, Судот заклучил дека апликантот бил дискриминиран врз основа на неговата етничка припадност (ЕСЧП, случајот *Timishev*)¹¹⁵.

Пример: Во 2017 година, за првпат, Окружниот суд во Стокхолм расправал за предмет идентичен со друг предмет поднесен до Општиот суд една година порано. Во двата случаја, фокусот бил на спроведувањето на принципот на преминување на товарот на докажување. Имено, овие случаи се однесувале на тоа дали ракавите за еднократна употреба претставуваат алтернатива на голите подлактици за муслиманите кои студирале стоматологија (Окружен суд)¹¹⁶ или муслиманите стоматологи (Суд за работни спорови)¹¹⁷. Фокусот бил ставен на примената на прописите за здравје и безбедност при работа, желбата на засегнатите да не работат со голи подлактици изложени поради религиозни причини и дали примената на ова правило претставува индиректна дискриминација. Во двата случаја биле сослушани двајца веиштаци за хигиенската неопходност од работење со голи подлактици како дел од хигиенските стандарди и истите изнеле спротивставени мислења. Окружниот суд дошол до заклучок дека мислењата на двајцата веиштаци се веродостојни, но дека во овој случај тужениот е тој кој треба да го сноси товарот на докажување за побивање на презумцијата за сторена дискриминација. Затоа, тужениот го изгубил случајот бидејќи не можел да докаже дека користењето со заштитата на подлактица за еднократна употреба би го зголемило ризикот од инфекција. Од друга страна, Судот за работни спорови донел спротивставена пресуда, иако одлучувал за случај врз основа на суштински исти докази. Работниот суд сметал дека кога тужениот ги претставил објективните причини за таквото постапување, кои биле од хигиенска природа, товарот на докажување се префрлил назад на тужителот, односно тужителките да го побие ова тврдење, иако се сметало дека двајцата веиштаци се подеднакво кредибилни. Во овој случај, Народниот правобранител за еднаквост не успеал да ги побие тврдењата на експертот на тужениот, и затоа го загубил случајот. Главната причина за овој исход била дека, кога станува збор за загрозување на безбедноста на пациентот или пациентката, на работодавецот треба да му се дозволи широка маргина на дискреција за одредување на хигиенските правила (*försiktighetsprincipen* – принципот за должна грижа) и на тој начин секој дополнителен сомнеж паѓа на тужителот, односно тужителката.

115. Види: ЕСЧП, *Timishev v. Russia*, Апликации бр. 55762/00 и 55974/00, 13 декември 2005 година, параграф 57.

116. Види: Окружниот суд во Стокхолм, *Equality Ombudsman v the Swedish State through Karolinska Institutet*, бр. Т 3905-15, 16 ноември 2016 година.

117. Види: Суд за работни спорови на Шведска, *Equality Ombudsman v. Peoples Dentist of Stockholm County*, бр. 65/2017, 20 декември 2017 година.

3. Наведување на преминување на товарот на докажување во одлука (судска пресуда или мислење на КСЗД)

Наведувањето и аргументирањето на преминување на товарот на докажување во одлуката, судската пресуда или мислење на КСЗД е исклучително важно за ефективностa на законодавството и неговата ефикасна примена. Од анализата на мислењата на КСЗД се забележува дека Комисијата, генерално, ги следи елементите на преминувањето на товарот на докажување и својата одлука ја заснова со примена на ова процесно правило, но во образложението воопшто не ги аргументира детално. Во дел од случаите јасно го наведува членот 26 и укажува на точниот момент кога преминува товарот на докажување, односно кога смета дека е создаден *prima facie* случај на дискриминација и не наоѓа дискриминација во случаи во кои е побиена презумцијата за дискриминација од страна на лицето против кое е поднесена претставката. Во постапки поведени *ex officio* товарот на докажување најчесто се префрла со одлуката за покренување на постапка по службена должност од причини што информациите добиени по допрен глас создале висок степен на уверување, односно презумција на дискриминација.

Од друга страна, во судските постапки практиката е различна. Во својата анализа Коцевски наведува дека само во 36 пресуди, помалку од половина од анализираниите, е префрлен товарот на докажување. Но, исто така, добра практика е што кај дел од пресудите експлицитно и недвосмислено судовите засноваат одлука со примена на правилата на товарот на докажување. Подолу се наведени неколку примери, директно преземени од оваа анализа.¹¹⁸

Пример: Имајќи ги предвид цитираните одредби, особено одредбата од членот 38 став 1 од Законот за спречување и заштита од дискриминација со која е пропишано дека товарот на докажувањето дека немало дискриминација паѓа на товар на тужениот, овој суд смета дека тужителите приложили докази од кои е сторено веројатно дека кон нив е постапувано на дискриминациски начин при одбивањето да им се овозможи излез од државата, а тужениот не докажал дека не постоела дискриминација, односно дејствијата на полициските службеници биле преземени на ист начин како кон сите граѓани. На тужителите од страна на службените лица вработени на граничните премини, неосновано не им бил дозволен излез од државата со што истите биле доведени во нееднаква положба спрема другите граѓани. Тужениот не докажа дека постоеле оправдани, со пропис пропишани причини на тужителите да не им дозволат излез од државата, а според тоа и дека во конкретниот случај немало дискриминација (Основен суд Битола, П4 бр. 123/17).¹¹⁹

118. Види: Коцевски, Г., *Преминување на товарот на докажување во судските постапки за заштита од дискриминација*, *Анализа на и препораки за унапредување на ефективностa на судската заштита од дискриминација*, документ за јавни политики, Коалиција „Сексуални и здравствени права на маргинализираните заедници“ МАРГИНИ Скопје, Мрежа за заштита од дискриминација, Скопје, 2020 година, стр. од 26 до 28.

119. Види: Основен суд Битола П4 бр. 123/17 од 30.3.2018.

Пример: По однос на укажувањето од страна на Апелациониот суд дека не е јасно од каде произлегува заклучокот дека тужениот ќе го продолжил работниот однос со тужителката доколку истата не била бремена, а имајќи предвид дека договорот за вработување и бил на определено време, во согласност со членот 38 став 1 од Законот за спречување и заштита од дискриминација, докажувањето дека немало дискриминација паѓа на товар на спротивната страна. Во конкретниот случај тужениот не докажа на судот дека тужителката и да не била бремена немало да и го продолжи договорот за вработување, ова дотолку повеќе што кога за тужителката е донесено решение за престанок на работен однос, 6 работници засновале работен однос кај тужениот, а тужениот не достави докази дека причината за донесувањето на решение за престанок на работен однос на тужителката не е нејзината бременост (Основен суд Скопје 2, РО-980/17).¹²⁰

Пример: Во првостепената пресуда на Основниот граѓански суд Скопје, за дискриминација врз основа на попреченост поради необезбедување на пристап до избирачкото место на еднаква основа со другите, Судот јасно истакнал дека по создавање на *prima facie* случај на дискриминација од страна на тужителот, тужените на чија страна е товарот на докажување во согласност со Законот за спречување и заштита од дискриминација во оваа постапка не предложија и не доставија соодветни докази од кои би се утврдило дека во периодот по 2019 година, откако се подготвени извештаите на здруженијата и откако се дадени погоренаведените препораки дека во сите избирачки места во државата во целост е оневозможен пристап на лицата со попреченост и дека е направено соодветно приспособување во избирачките места за непречено остварување на нивното право на глас (Основен граѓански суд Скопје, П4 бр. 75/21).¹²¹

Што се однесува до добрите практики од телата за еднаквост за пишани насоки во однос на преминување на товарот на докажување би ги издвоиле насоките на советодавниот одбор на Авторитетот за еднаквост на Унгарија¹²². Во насоките, се наведува дека:

- » Лицето кое ја поведува постапката (подносителот или подносителката на претставката) треба да докаже дека претрпел некаква штета и дека има заштитна карактеристика, но не ја докажува каузалната поврзаност помеѓу штетата и заштитната карактеристика.
- » Лицето кое ја поведува постапката (подносителот или подносителката на претставката) не мора да докаже дека претрпел правна штета, туку само обична штета. Ова значи дека

120. Види: Основен суд Скопје 2 РО-980/17 од 6.7.2017.

121. Види: Основен граѓански суд Скопје, П4 бр. 75/21, од 19.4.2022.

122. Види: Position paper no. 10.007/1/2006 ТТ. Исто така и: Resolution No. 384/4/2008. (III.28.) ТТ. of the Advisory Body of the Equal Treatment Authority relating to the share of the burden of proof (Az Egyenlő Bánásmód Tanácsadó Testület 384/4/2008. (III.28.) ТТ. sz. állásfoglalása a bizonyítási kötelezettség megosztásával kapcsolatban). Авторитетот за еднаквост на Унгарија од 2021 година е споен со Канцеларијата на Комесарот за фундаментални права на Унгарија, кој ги обединува двата мандата, односно е и национална институција за човекови права и тело за еднаквост.

лицето не мора да докаже дека со постапувањето е повредена некоја посебна правна одредба, но дека тоа било за него/неа понеповолно од неговото/нејзиното определено стојалиште.

- » Лицето против кое се поведува постапката докажува дека не постои каузална поврзаност помеѓу штетата и заштитната карактеристика.
- » Покрај тоа, ако постои каузална поврзаност помеѓу штетата и заштитната карактеристика со признавањето на каузалната поврзаност лицето против кое се поведува постапката има можност да докаже дека не било обврзано да ја почитува обврската за еднакво постапување.





БИБЛИОГРАФИЈА

- CJEU, C-199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SpA San Giorgio*, [1983] ECR 3595.
- CJEU, C-81/12, *Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 25 April 2013.
- CJEU, C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres*, ECR 2011 I-00773, 1 March 2011.
- CJEU, C-394/11, *Belov v CHEZ Elektro Bulgaria AG*, [2013] 2 CMLR 29.
- CJEU, C-170/84, *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, 13 May 1986.
- CJEU, C-32/93, *Carole Louise Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd.*, 14 July 1994.
- CJEU, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV*, 10 July 2008.
- CJEU, C-83/14, *“CHEZ Razpredelenie Bulgaria” AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia* [GC], 16 July 2015.
- CJEU, C-303/06, *Coleman v Attridge Law and Steve Law*, 17 July 2008.
- CJEU, C-45/76, *Comet v. Produktschop voor Siergewassen*, [1975] ECR 2043.
- CJEU, C-80/70, *Defrenne I*, [1971] ECR 445.
- CJEU, C-50/96, *Deutsche Telekom v. Schröder*, [2000] ECR I-743.
- CJEU, C-127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, 27 October 1993.
- CJEU, C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, 8 November 1990.
- CJEU, C-127/92, *Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State of Health*, 1993 ECR I-05535.
- CJEU, C-415/10, *Galina Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH*, 19 April 2012.
- CJEU, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening (acting on behalf of Danfoss)*, [1989] ECR I-3199.
- CJEU, C-4/02 and C-5/02, *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main and Silvia Becker v. Land Hessen*, ECR I-12575, 23 October 2003.
- CJEU, C-171/88, *Ingrid Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, 13 July 1989.
- CJEU, C-207/98, *Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern*, ECR I-549, 3 February 2000.
- CJEU, C-267/06, *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, ECR I-1757, 1 April 2008.
- CJEU, C-191/03, *North Western Health Board v. Margaret McKenna*, 8 September 2005.
- CJEU, C-104/10, *Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin)*, 21 July 2011.
- CJEU, C-167/97, *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith and Perez*, [1999], ECR I-623, 9 February 1999.
- CJEU, C-423/04, *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, ECR I-3585, 27 April 2006.
- CJEU, C-506/06, *Sabine Mayr v. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG* [GC], 26 February 2008.
- CJEU, C-381/99, *Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, [2001] ECR I-4961, 26 June 2001.
- CJEU, C-250/09 and C-268/09, *Vasil Ivanov Georgiev v Tehniceski universitet - Sofia, filial Plovdiv*, ECR 2010 I-11869, 18 November 2010.
- CJEU, C-409/16, *Ypourgos Esoterikon and Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton v Maria-Eleni Kalliri*, ECLI EU C:2017:767, 18 October 2017.

- Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *S.C v. Brazil*, Communication No. 10/2013, CRPD/C/12/D/10/2013, Decision of 28 October 2014.
- Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, OJ L 14, 20.1.1998.
- Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19.7.2000.
- Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2.12.2000.
- Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ L 373, 21.12.2004.
- Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex.
- Council of Europe/European Court of Human Rights, Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, Prohibition of discrimination, Strasbourg, updated on 31 August 2022.
- Court of Appeal of England and Wales, *Igen Ltd (formerly Leeds Careers Guidance) and Others v Wong, Chamberlin and Another v Emokpae and Webster v Brunel University*, [2005] IRLR 258.
- CEDAW, *S.B. and M.B. v. North Macedonia*, CEDAW/C/ 77/D/143/2019, 1 December 2020.
- CRPD, *Michael Lockrey v. Australia*, Communication No. 13/2013, CRPD/C/15/D/13/2013, 25 April 2016.
- De Schutter, O., *Methods of proof in the context of combatting discrimination*, in Cormack, J. (ed), Proving discrimination. The dynamic implementation of EU anti-discrimination law: The role of specialised bodies, Migration Policy Group, Bruxelles, 2003.
- Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), OJ L 204, 26.7.2006.
- ECSR, *Associazione Nazionale Giudici di Pace v. Italy*, App No. 102/2013, 5 July 2016.
- ECSR, *SUD Travail Affaires Sociales, SUD ANPE and SUD Collectivité Territoriales v. France*, App No. 24/2004, 8 November 2005.
- ECSR, *Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) v. Bulgaria*, App No. 41/2007, 3 June 2008.
- ECtHR, *Anguelova v. Bulgaria*, App No. 38361/97, 13 June 2002.
- ECtHR, *Biao v. Denmark* [GC], App No. 38590/10, 24 May 2016.
- ECtHR, *B.S. v. Spain*, App No. 47159/08, 24 July 2012.
- ECtHR, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, App No. 17484/15, 25 July 2017.
- ECtHR, *Cînta v. Romania*, App No. 3891/19, 18 February 2020.
- ECtHR, *Chassagnou and Others v. France* [GC], App Nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, 29 April 1999.
- ECtHR, *D.H. and Others v. Czech Republic case*, App No.57325/00, Grand Chamber Judgement, 13 November 2007.
- ECtHR, *Di Trizio v. Switzerland*, App No. 7186/09, 2 February 2016.
- ECtHR, *Gaygusuz v. Austria*, App No. 17371/90, 16 September 1996.
- ECtHR, *Guberina v. Croatia*, App No. 23682/13, 22 March 2016.
- ECtHR, *Hoogendijk v. the Netherlands* (dec.), App No. 58641/00, 6 January 2005.
- ECtHR, *Horváth and Kiss v. Hungary*, App No. 11146/11, 29 January 2013.
- ECtHR, *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia* [GC], App Nos. 60367/08 and 961/11, 24 January 2017.
- ECtHR, *Kiyutin v. Russia*, App No. 2700/10, 10 March 2011.
- ECtHR, *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*, App No. 17247/13, 26 May 2020.
- ECtHR, *Nachova and Others v. Bulgaria case*, App Nos. 43577/98 and 43577/98, 6 July 2005.
- ECtHR, *Oršuš and Others v. Croatia* [GC], App No. 15766/03, 16 March 2010.
- ECtHR, *Petrov v. Bulgaria*, App No. 15197/02, 22 May 2008.

- ECtHR, *Çam v. Turkey*, App No. 51500/08, 23 February 2016.
- ECtHR, *Salman v. Turkey* [GC], App No. 21986/93, 27 June 2000.
- ECtHR, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Hercegovina*, App Nos. 27996/06 and 34836/06, 22 December 2009.
- ECtHR, *Timishev v. Russia case*, App Nos. 55762/00 and 55974/00, 13 December 2005.
- Equality Tribunal, *Campbell Catering Ltd v. Aderonke Rasaq*, 2004- EEDO48.
- European Committee of Social Rights, *Mental Disability Advocacy Center v. Bulgaria*, Complaint No. 41/2007, 3 June 2008.
- European Committee of Social Rights, *European Action of the Disabled (AEH) v. France*, Complaint No. 81/2012, 11 September 2013.
- European Network Against Racism, *Changing Perspective: Shifting of the burden of proof in racial equality cases*, Brussels, 2006.
- European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European non-discrimination law, 2018 edition*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.
- Farkas, L., O'Farrell, O., *Reversing the burden of proof: Practical dilemmas at the European and national level*, European Commission, Brussels, 2014.
- Fredman, S., *Discrimination Law*, (2nd edn), Oxford University Press, 2011.
- General Comment No. 6: Article 5: Equality and non-discrimination, Committee on the Rights of of Persons with Disabilities, CRPD/C/GC/6, 9 March 2018.
- General Comment No. 20, Non-discrimination in economic, social and cultural rights, United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/20, 2 July 2009.
- General Comment No. 3: Article 6: Women and girls with disabilities, Committee on the Rights of of Persons with Disabilities, CRPD/C/GC/3, 25 November 2016.
- Houtzager, D., *Changing Perspectives: Shifting the Burden of Proof in Racial Equality Cases*, European Network Against Racism (ENAR) Brussels, June 2006.
- Position paper no. 10.007/1/2006 TT, Advisory Body of the Equal Treatment Authority. Resolution No. 384/4/2008. (III.28.) TT. of the Advisory Body of the Equal Treatment Authority relating to the share of the burden of proof (Az Egyenlő Bánásmód Tanácsadó Testület 384/4/2008. (III.28.) TT. sz. állásfoglalása a bizonyítási kötelezettség megosztásával kapcsolatban).
- Ringelheim, J., *The burden of proof in anti-discrimination proceedings. A focus on Belgium, France and Ireland*, in *European equality law review*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019.
- The European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, *European equality law review*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, September 2022.
- The European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2021*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, February 2022.
- The European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, *A comparative analysis of gender equality law in Europe 2021*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, February 2022.
- Авторитетот за еднаквост на Унгарија, бр. 654/2009, 20 декември 2009 година.
- Адвокатот за принципот на еднаквост на Словенија, бр. 0700-52/2020/11, одлука од 20 септември 2021 година.
- Апелационен суд во Монпеље, *IBM v. Buscail*, бр. 0200504, 28 мај 2020 година.
- Апелационен суд во Париз, *Billau v SOS Racism*, одлука бр. 07.04974, 17 март 2008 година.
- Апелационен суд на Обединетото Кралство, *Eweida v. British Airways Plc.*, EWCA предмет од граѓанско право бр. 80, 12 февруари 2010 година.
- Врховен суд на Франција, секција за социјални права, *P+B Fluchère, Dick and CFDT v SNCF*, бр. 1027, 28 март 2000 година.
- Врховен суд на Холандија, *Binderen v. Kaay*, NJ 1983, 687, 10 декември 1982 година.
- Германски федерален суд за работни спорови, бр. 8 AZR 170/19, 25 март 2003 година.
- Грчкиот советот на државата, бр. 902/2021.
- Државен совет на Франција, бр. 16-102017, 16 октомври 2017 година.

- Жупаниски суд во Љубљана, бр. III Р 7/2021, одлука од од 25 февруари 2021 година.
- Закон за заштита од вознемирување на работно место, „Службен весник на РМ“, бр. 79/2013 и 147/2015 и „Службен весник на РСМ“, бр. 103/2021.
- Закон за Народниот правобранител, „Службен весник на РМ“, бр. 60/03, 114/09, 181/16, 189/16 и 35/2018.
- Закон за парнична постапка, „Службен весник на РМ“ бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 и 124/2015.
- Закон за работни односи, „Службен весник на РМ“, бр. 62/2005, 106/2008, 161/2008, 114/2009, 130/2009, 149/2009, 50/2010, 52/2010, 124/2010, 47/2011, 11/2012, 39/2012, 13/2013, 25/2013, 170/2013, 187/2013, 113/2014, 20/2015, 33/2015, 72/2015, 129/2015, 27/2016 и 120/2018 и „Службен весник на РСМ“, бр. 10/2019, 267/2020, 151/2021 и 288/2021.
- Закон за спречување и заштита од дискриминација, „Службен весник на РСМ“, бр. 258/2020.
- Комисијата за еднакво постапување на Холандија, бр. 2004-15, одлука од 1 март 2004 година.
- Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-355, 22 јуни 2022 година.
- Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-312, 13 декември 2021 година.
- Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-265, 9 декември 2021 година.
- Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-269, 13 октомври 2021 година.
- Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-225, 8 октомври 2021 година.
- Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-136, 30 август 2021 година.
- Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-262, 7 јули 2021 година.
- Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 08-7, 7 јули 2021 година.
- Комисија за спречување и заштита од дискриминација, бр. 0801-278, 5 јули 2021 година.
- Котевска, Б., *Водич за основи на дискриминација*, Мисија на ОБСЕ во Скопје и Комисија за заштита од дискриминација, Скопје, 2013 година.
- Коцевски, Г., *Преминување на товарот на докажување во судските постапки за заштита од дискриминација, Анализа на и препораки за унапредување на ефективност на судската заштита од дискриминација, документ за јавни политики*, Коалиција „Сексуални и здравствени права на маргинализираните заедници“ МАРГИНИ Скопје, Мрежа за заштита од дискриминација, Скопје, 2020 година.
- Кочоска, Е., Трпевска, М., *Водич за соодветно приспособување*, Мисија на ОБСЕ во Скопје, Скопје, 2020 година.
- Народен правобранител за еднаков третман на Словенија, бр. UEM-0921-1/2008-3, 28 август 2008 година.
- Окружен суд во Варшава (Второстепен суд), бр. V Са 3611/14, 18 ноември 2005 година.
- Окружен суд во Софија, бр. 2860/2006, 21 јуни 2006 година.
- Окружен суд во Стокхолм, *Equality Ombudsman v the Swedish State through Karolinska Institutet*, бр. Т 3905-15, 16 ноември 2016 година.
- Основен суд Битола П4 бр. 123/17 од 30.3.2018.
- Основен граѓански суд Скопје, П4 бр. 75/21, од 19.4.2022.
- Основен суд Брисел, бр. 05/1289/А реф. Т. Бр. 1264/05, 25 јуни 2005 година.
- Основен суд Скопје 2 РО-980/17 од 6.7.2017 година.
- Попоска, Ж., *Толкувач на Меѓународната конвенција за правата на лицата со попреченост на Организацијата на Обединетите нации*, Полио плус – движење против хендикеп, Скопје, 2018 година.
- Попоска, Ж., Михајлоски, З., Георгиевски, А., *Водич за улогата на Комисијата за заштита од дискриминација во судска постапка и преминување на товарот на докажување*, Мисијата на ОБСЕ во Скопје, Скопје, 2013 година.

- Попоска, Ж., *Дискриминација врз основа на хендикеп во меѓународното право за правата на човекот*, Универзитет „Свети Кирил и Методиј“ - Скопје, Правен факултет „Јустинијан I“, Скопје, 2012 година.
- Суд за работни спорови во Келн, бр. Az. 9 Sa 4843/15, 10 февруари 2016 година.
- Суд за работни спорови на Ирска, *Noonan Services v A Worker*, EDA1126, 29 јули 2011 година.
- Суд за работни спорови на Ирска, *Wrights of Howth Seafood Bars Limited v. Murat*, EDA1728, 26 октомври 2017 година.
- Суд за работни спорови на Ирска, *A Nigerian National v A Financial Institution*, DEC-S2005-114.
- Суд за работни спорови на Шведска, *Equality Ombudsman v. Peoples Dentist of Stockholm County*, бр. 65/2017, 20 декември 2017 година.
- Трибуналот за вработување во Лувен, AR 12/1064/1, 12 декември 2013 година.
- Управен суд во Васа, *Vaasan Halinto-oikeus*, бр. 04/0253/3.
- Управен суд во Руен, *Bouthellier v. Ministère de l'éducation*, бр. 0500526-3, 24 јуни 2008 година.



