ВОДИЧ ЗА УЛОГАТА НА КОМИСИЈАТА ЗА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈА ВО СУДСКА ПОСТАПКА И ПРЕМИНУВАЊЕ НА ТОВАРОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ

Organization for Security and Co-operation in Europe
Mission to Skopje

АКАДЕМИЈА ЗА СУДИИ И ЈАВНИ ОБВИНИТЕЛИ

АКАДЕМИЈА ЗА СУДИИ И ЈАВНИ ОБВИНИТЕЛИ

Водич за улогата на Комисијата за заштита од дискриминација во судска постапка и преминување на товарот на докажување

Скопје, 2013

Публикација: Водич за улогата на Комисијата за заштита од дискриминација во судска постапка и Преминување на товарот на докажување

Уредник: д-р Жанета Попоска

Автори: д-р Жанета Попоска
д-р Зоран Михајлоски
Атанас Георгиевски

Лектура: Елена Георгиевска

Дизајн, уредување и печат: Полиестердеј

Тираж: 1000 примероци

CIP - Каталогизација во публикација
Национална и универзитетска библиотека "Св. Климент Охридски", Скопје

342.724.075.2:347.91/.95(497.7)(036)

ПОПОСКА, Жанета
Водич за улогата на комисијата за заштита од дискриминација во судската постапка и преминување на товарот на докажување / [автори Жанета Попоска, Зоран Михајлоски, Атанас Георгиевски]. - Скопје : ОБСЕ, 2013. - 47 стр. ; 23 см

Библиографија: стр.44-47

ISBN 978-608-4630-49-4
1. Михајлоски, Зоран [автор] 2. Георгиевски, Атанас [автор]
а) Комисија за заштита од дискриминација - Граѓанска судска постапка - Македонија - Водичи б) Судот на правдата на Европска унија (Луксембург) - Предмети во врска со дискриминација - Одлуки
COBISS.MK-ID 94987274

Поддржано од:

Organization for Security and Co-operation in Europe
Mission to Skopje

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

ВОДИЧ ЗА УЛОГАТА НА КОМИСИЈАТА
ЗА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈА
ВО СУДСКА ПОСТАПКА И ПРЕМИНУВАЊЕ
НА ТОВАРОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ

СОДРЖИНА

ПРЕДГОВОР 6

ВОВЕД 7

МЕТОДОЛОГИЈА 8

I. НАЦИОНАЛНО ЗАКОНОДАВСТВО ЗА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈА 10

1. Устав 11

2. Закон за спречување и заштита од дискриминација 11

3. Закон за работни односи 15

4. Останати закони 17

II. УЛОГАТА НА КОМИСИЈАТА ЗА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈА ВО СУДСКАТА ПОСТАПКА 18

1. За Комисијата за заштита од дискриминација 18

2. За судската постапка во случаи на дискриминација 18

3. Улогата на Комисијата за заштита од дискриминација во практика 20

3.1. Компаративни искуства 22

4. Законот за парнична постапка и улогата на Комисијата за заштита од дискриминација 24

4.1. Странка во постапка 24

4.2. Замешувач 25

4.3. Сведок 26

4.4. Стручно тело 27

III. ПРЕМИНУВАЊЕ НА ТОВАРОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ 27

1. Општ дел 27

1.1. Што е преминување на товарот на докажување 27

2. Законски модели и пристапи кон анализирањето на преминувањето на товарот на докажување 30

2.1. Видови на тужби 31

Што може да се бара со тужбата? 32

2.2. Активна и пасивна легитимација 35

2.3. Фази на постапката 36

1. Поднесување на тужба 37

2. Одговор на тужба 38

3. Докази и изведување на докази 38

IV. ЗАКЛУЧОЦИ И ПРЕПОРАКИ 42

БИБЛИОГРАФИЈА 44

ПРЕДГОВОР

Академијата за судии и јавни обвинители во последните три години ги стави на располагање сите потребни капацитети со цел што поскоро домашните судии да се запознаат со Законот за спречување и заштита од дискриминација, концептот на еднаквост, европското право во однос на дискриминацијата и судската практика на Европскиот суд за човекови права. Од особено значење е и воспоставувањето на соработката со Комисијата за заштита и спречување од дискриминација, препознавајќи ја како централен авторитет за борбата против дискриминација.

Со поддршка на Мисијата на ОБСЕ во Скопје, Академијата секоја година развиваше годишна програма за обука за концептот на еднаквост, која покрај редовните обуки, содржеше и три обуки за обучувачи. Токму како резултат на овие обуки, денеска Академијата располага со доволен број на обучувачи од оваа област, иако истата е во самиот зачеток што се однесува до судската практика.

Но предизвикот и очекувањата од оваа новина, беа мотив плус и за Академијата и за Комисијата, а напорната работа беше препознаена од страна на Мисијата на ОБСЕ во Скопје, што резултираше и со проширување на активностите преку изработка на Прирачник за обука на судии за антидискриминациското законодавство, Збирка на пресуди поврзани со дискриминацијата на Европскиот суд за човекови права и Судот на правдата на Европската унија и овој Водич. Со тоа, на домашните судии им ставаме на располагање и конкретни алатки кои се практично ориентирани и се надевам дека истите во голема мера ќе придонесат за полесно справување со предметите за заштита од дискриминација, коишто набрзо ќе станат реалност во нашите судови.

Посебно сакам да истакнам дека овој Водич обработува две многу значајни теми кои во изминативе три години се наметнаа како едни од главните карактеристики на поставеноста на Законот и надлежноста на граѓанските судови во овие постапки. Тоа се улогата на Комисијата во судските постапки и преминување на товарот на докажување.

Авторите на овој Водич, преку користената богата методологија, успеале да изведат заклучоци и препораки за тоа на кој начин Комисијата може да се вклучи и да даде свој придонес во судските постапки, како и во кој момент товарот на докажување преминува на другата страна. Поради тоа, сметам дека ова четиво нема да биде само дел од богатиот фонд на библиотеката на Академијата, туку своето место ќе го најде и меѓу сите судии, коишто работат на граѓанската материја, но и на другите практичари, адвокатите и членовите на Комисијата за заштита од дискриминација.

Во оваа прилика, би сакала да ѝ се заблагодарам на Мисијата на ОБСЕ во Скопје за сестраната поддршка во изработката на овој Водич, како и на авторите за својот труд и ангажман.

Академија за судии и јавни обвинители,
Анета Арнаудовска, директор

ВОВЕД

Академијата за судии и јавни обвинители, во рамките на проектот „Поддршка на понатамошниот развој на ефективната инфраструктура за еднаквост“ поддржан од Мисијата на ОБСЕ во Скопје, во периодот од мај до октомври 2013 година го изработи Водичот за улогата на Комисијата за заштита од дискриминација во судска постапка и преминување на товарот на докажување. Истиот, кој го изработија тројца експерти, д-р Жанета Попоска, д-р Зоран Михајлоски и Атанас Георгиевски има за цел да го појасни процесно-правниот институт преминување на товарот на докажување како и да ја појасни улогата на Комисијата за заштита од дискриминација во судската постапка.

Предизвик во изработката на Водичот беше систематизираното и аналитичко разгледување на едно место на состојбите со преминувањето на товарот на докажување во судска постапка имајќи ја предвид незначителната национална судска практика. Дополнително, предизвик беше и дефинирањето на улогата на Комисијата за заштита од дискриминација, националното тело за еднаквост, што може да ја има во судската постапка. Притоа, Водичот го појаснува значењето, опсегот, отворените прашања и дискусиите за овие правни институти, и дава примери од практиката на Судот на правдата на Европската унија и Европскиот суд за човекови права, а со цел да им помогне на правните практичари во разбирањето и применувањето на истите.

Оправданоста за изработката на Водичот е потребата од елаборирање на правните институти опфатени како со антидискриминациското законодавство така и со граѓанското процесно право, посебно, преминувањето на товарот на докажување како процесно-правен институт кој е новела во националниот правен систем. Овој Водич треба да служи како помагало за разбирањето на истите и нема за цел да даде нивна сеопфатна теоретска разработка, туку да укаже на постојните начини на примена на преминувањето на товарот на докажување како и улогата на телата за еднаквост во судските постапки. Истовремено, тој остава простор за флексибилност и еволутивно толкување на овие институти од страна на судството и практичарите.

Водичот е изработен користејќи се со комбинирана методологија која се состои од преглед на литература/документи и стручна расправа со судии и практичари. Спроведувањето го надгледуваше Академијата за судии и јавни обвинители и Мисијата на ОБСЕ во Скопје.

МЕТОДОЛОГИЈА

Академијата за судии и јавни обвинители, во рамките на проектот „Поддршка на понатамошниот развој на ефективната инфраструктура за еднаквост“ поддржан од Мисијата на ОБСЕ во Скопје, во периодот од мај до октомври 2013 година изработи Водич за преминување на товарот на докажување и улогата на Комисијата за заштита од дискриминација во судската постапка. Водичот го изработи тим од тројца експерти, д-р Жанета Попоска, д-р Зоран Михајлоски и Атанас Георгиевски. Авторите имаа дополнителна поддршка од оперативен тим на Академијата за судии и јавни обвинители и на Мисијата на ОБСЕ во Скопје.

Методологијата има за цел да даде приказ на алатките користени за прибирање и обработка на потребните податоци за изработка на Водичот и за пристапот кон изработката на текстот на Водичот, како и на ограничувањата на применетата методологија.

Целта на Водичот е определена во погоренаведениот проект, а таа е да ги појасни правниот институт Преминување на товарот на докажување како и да ја појасни улогата на Комисијата за заштита од дискриминација во судската постапка. Имено, Комисијата за заштита од дискриминација е формирана со Законот за спречување и заштита од дискриминација (2010) како национално тело за еднаквост. Со тоа е одреден и главниот тематски фокус на Водичот. Но, со цел подобро разбирање на законодавството, покрај домашните закони и практиката и ратификуваните меѓународни договори, Водичот ги зема предвид сите релевантни меѓународни договори, како и релевантната литература. Дополнително, Водичот ја истражи и состојбата во практиката со цел да се дадат препораки за нејзино унапредување.

Изработката на текстот на Водичот е лимитиран во однос на должината, како поради самата тема така и поради неговата намена – да служи како водич на судството за примена на новите правни институти и унапредување на судската практика.

За изработка на Водичот се користеше методологија која комбинира: преглед на литература/документи и стручна расправа. Спроведувањето го надгледуваше Академијата за судии и јавни обвинители и Мисијата на ОБСЕ во Скопје.

Активности

а) Преглед на литературата / документација

Во првата фаза на истражувањето експертите, со поддршка од оперативниот тим на Академијата за судии и јавни обвинители и Мисијата на ОБСЕ во Скопје, направија преглед на достапната литература поврзана со преминувањето на товарот на докажување како и улогата на Комисијата за заштита од дискриминација во судската постапка. Ова во себе вклучуваше анализа и на претходни истражувања на слични теми. Постојната литература и податоците кои беа земени предвид се следниве: правните документи (домашни закони, меѓународни договори и релевантни *travaux préparatoires*); практиката на судовите (посебно домашните судови) и академската литература (домашни и странски академски трудови). За

составување на прегледот беа консултирани и правни практичари кои го следат прашањето на заштитата од дискриминација како и други релевантни чинители.

Прегледот на литературата беше извршен во периодот од мај до август 2013 година.

б) Стручна расправа

Дополнително на прегледот на литературата/документи се направи и стручна расправа со практичари од судството и адвокати за нивната перцепција и процена на законодавството како и за состојбата во практиката за ова исклучително важно прашање. И податоците собрани од постојната литература и оние собрани преку стручната расправа се обработија преку квалитативна анализа на содржината.

Стручната расправа се спроведе во октомври 2013 година.

в) Анализа на податоците и подготовка на нацрт-водич

Податоците добиени од достапната документација, стручната расправа и другите активности беа анализирани и вклучени во нацртот на овој Водич. Првичните наоди и заклучоци се разгледаа на состанокот одржан на 22 октомври 2013 година во функција на фокус група, по што се пристапи кон подготовка на текстот на Водичот.

г) Надгледување во процесот на изработка на анализата

Во проектниот период се организираа четири средби на Академијата за судии и јавни обвинители, Мисијата на ОБСЕ во Скопје и тимот на експерти. Целта на првиот состанок одржан во мај 2013 година беше да се направи проверка на содржината, методологијата, временската рамка и планираните активности, како и да се дадат правци за дел од нив. Вториот состанок се одржа по прибирањето на податоците во јули 2013 година, со цел да се презентираат првичните наоди и да се договори концепцијата за спроведување на стручната расправа со релевантните чинители. Третиот состанок се одржа по спроведувањето на сите активности на 22 октомври 2013 година. Целта на овој состанок беше да се презентираат наодите од анализата, да се коментираат и расправаат заклучоците и да се придонесе во формулација на препораките. Последниот состанок се одржа на 31 октомври 2013 година со цел да се финализира Водичот.

I. НАЦИОНАЛНО ЗАКОНОДАВСТВО ЗА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈА

Начелото на еднаквост е основниот принцип на правата на човекот, кој се заснова на еднаквата вредност и достоинство на сите човечки суштества. Овој принцип е артикулиран во сите меѓународни и регионални инструменти за правата на човекот. Кога зборуваме за еднаквост треба да се прави разлика помеѓу *формалната еднаквост* и *материјалната еднаквост*. Имено, формалната еднаквост или, како што уште се нарекува, законски обезбедена еднаквост, подразбира формално признавање дека сите лица имаат еднакви права и слободи загарантирани со закон и еднаква примена на законите од страна на државните органи. Овој вид еднаквост се претпоставува дека е оставарена доколку постои правна рамка во согласност со која сите луѓе се еднакви во однос на уживањето на правата и слободите, притоа не обрнувајќи внимание на резултатот од истата, односно овој вид на еднаквост ја исклучува од своето поимање индиректната дискриминација (Попоска, 2012, стр.29-31).

Од друга страна, материјалната еднаквост која претпоставува поширoко толкување на поимот на еднаквост, 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 бидат дискриминациски. Посебно се земаат предвид различностите на определените заштитени групи, како, на пример, во случаите на бременост (по однос на пол), или соодветното приспособување за лицата со хендикеп (по однос на хендикеп). Токму поради тоа, материјалната еднаквост е показател што упатува на можните недоследности во однос на примената на формалната, односно правната еднаквост. Целта на едно демократско општество е да ја оствари, пред сé, материјалната еднаквост (Јовановска-Брезоска, 2011, стр.16).

Концептуално, еднаквоста и забраната на дискриминација можат да се гледаат како позитивната и негативната формулација на истиот принцип (Bayefsky, 1990, стр.1). Иако правните инструменти се формулираат на начин што го истакнуваат она што е забрането, односно дискриминацијата, сепак, оваа забрана служи за обезбедување на идеалот за еднаквоста, кој, всушност, е целта на оваа забрана. Имено, гледано од искуство, преку судската практика на меѓународните судски инстанци може да се заклучи дека принципите на еднаквоста и забраната на дискриминацијата не бараат само еднакво постапување спрема слични ситуации, туку и различно постапување спрема нееднаквите ситуации (Европскиот суд за човекови права, *случајот Thlimmenos*, 2000, параграф 44 од пресудата), притоа, нагласувајќи ја целта на антидискриминациското законодавство, а тоа не е само еднаквоста на можностите, туку и еднаквоста на самиот резултат.

Што се однесува до националното законодавство, во последниве неколку години државата создаде антидискриминациска законска рамка која може да се земе како релативно солидна основа врз која во иднина може да се создава судска практика.

1. Устав

Уставот на Република Македонија, во својот член 9 содржи општа клаузула за еднаквост која предвидува дека „[г]раѓаните на Република Македонија се еднакви во слободите и правата независно од полот, расата, бојата на кожата, националното и социјалното потекло, политичкото и верското уверување, имотната и општествената положба. Граѓаните пред Уставот и законите се еднакви“ (Устав, 1991, член 9). Меѓутоа, оваа одредба е доста критикувана поради тоа што го користи зборот *граѓани* со што остава впечаток дека странците (лицата без државјанство и лицата со странско државјанство) не се заштитени од дискриминацијата во согласност со оваа одредба. Исто така, во членот 9 не се содржани некои дискриминациски основи кои се актуелни во денешно време, како што се возраста, сексуалната ориентација или менталната и телесната попреченост, а згора на тоа содржи и затворена листа на дискриминациски основи. За крај, членот 9 со оглед на тоа што се однесува на правата и слободите на човекот и граѓанинот, односно физичките лица, не ја предвидува заштитата од дискриминација на правните лица. Дополнително, покрај овие критики долги години Уставниот суд ја толкува оваа клаузула доста рестриктивно постапувајќи во согласност со членот 110 став 3, односно по *барањата за заштита на човековите права и слободи*, што јасно се покажува во прогласувањето за ненадлежен во, речиси, сите случаи на наводна дискриминација и неговото мериторно неодлучување (Преглед на работата на Уставниот суд за 2012 година, 2013, стр.32-35).

Затоа, националното законодавство започна изрично да ја забранува дискриминацијата, воопшто со донесувањето на неколкуте закони, посебно значајни оние во областа на работните односи, а кој кулминираше во 2010 година со донесувањето на Законот за спречување и заштита од дискриминација.

2. Закон за спречување и заштита од дискриминација

Законот за спречување и заштита од дискриминација 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 својот член 3 покрај наведените дискриминациски основи како што се: пол, раса, боја на кожа, род, припадност на маргинализирана група, етничка припадност, јазик, државјанство, социјално потекло, религија или верско уверување, друго уверување, образование, политичка припадност, личен или општествен статус, ментална и телесна попреченост, возраст, семејна или брачна состојба, имотен статус и здравствена состојба, предвидува и отворена листа на основи наведувајќи ја фразата *или која била друга основа*.

Законот ги забранува сите форми на дискриминација, вклучително директната и индиректната дискриминација (член 6), вознемирувањето (член 7), инструкцијата за дискриминација (член 9) и виктимизацијата (член 10), извршени од страна на

физички и правни лица како во јавниот така и во приватниот сектор, во областа на вработувањето и работните односи, образованието, пристапот до добра и услуги, домувањето, здравството, социјалната заштита, управата, правосудството, науката, спортот, членувањето и дејствувањето во синдикални организации, политички партии и граѓански организации и друга област, соодветно (член 4). Меѓутоа, Законот за спречување и заштита од дискриминација не ги забранува изрично дискриминациските огласи или изјави. Дополнително, во членот 12 Законот ја предвидува како потежок облик на дискриминација и повеќекратната дискриминација, односно дискриминацијата направена врз определено лице истовремено по повеќе дискриминациски основи. Ова е исклучително важно затоа што во сите луѓе се вткаени различни лични карактеристики кои во многу случаи можат да доведат до кумулативна или интерсекциска дискриминација.

Директната дискриминација врз дискриминациска основа е забранета во согласност со членот 6 став 1 од Законот, и се појавува кога со едно лице е постапувано понеповолно во форма на разликување, исклучување или ограничување кое како последица има или би можело да има одземање, нарушување или ограничување на правата на лицето за разлика од друго лице, во споредлива ситуација, само врз основа на заштитната карактеристика на лицето. Дефиницијата во целост не е во согласност со Директивата 2000/78/ЕС, затоа што е предвидено дека неповолното постапување само *има или би можело да има*, а не дека и *имало*. Исто така, во дефиницијата се неведуваат видовите на понеповолно постапување, притоа додавајќи го ризикот на исклучување на некој вид на постапување кој не е наведен, ако се пристапи кон примена на рестриктивно толкување од страна на судовите. Истата би требало да се доработи со цел јасно да ги отсликува сите три елементи на директната дискриминација.

Што се однесува до постоењето на општо оправдување на директната дискриминација, треба да се напомене дека во Законот таа не е предвидена. Од друга страна, антидискриминациското законодавство содржи голем број општи исклучоци предвидени со членовите од 13 до 15. На пример: ниту едно дејство нема да се смета за дискриминација ако претставува мерка која е предвидена со закон, а со цел поттикнување на вработувањето (член 15 став 1 точка 2); при предвидувањето на суштествениот и одлучувачки услов за вработување (член 14 став 1 точка 2); при посебните случаи на преземање на афирмативни мерки (член 13); при постоење на различен третман на лицата со хендикеп во остварувањето на обука и добивањето на образование, со цел задоволување на посебните образовни потреби а поради изедначување на шансите (член 15 став 1 точка 3); и при вршењето на посебната заштита предвидена со закон (член 15 став 1 точка 7) итн. Посебно дискутабилен е исклучокот предвиден во членот 14 став 1 точка 7 од Законот а кој се однесува на слободата на говор, јавниот настап, мислењето и јавното информирање и кој не е условен со барањето за неопходност и пропорционалност, туку е издигнат на ниво на апсолутен исклучок. Вака дефиниран овој исклучок е проблематичен од аспект на меѓународните стандарди, затоа што слободата на изразување не е апсолутно дефинирана, туку може да се ограничи. Една од причините за ограничување е заштитата на слободите и

правата на другите, вклучително и правото на еднаквост и недискриминација. Апсолутно дефинираната слобода на изразување е во колизија со можното давање на инструкција за дискриминација како и поттикнување на дискриминацијата, кои, пак, се забранети со Законот за спречување и заштита од дискриминација и со Кривичниот законик.

Индиректната дискриминација врз дискриминациска основа е забранета во согласност со членот 6 став 2 од Законот, и се појавува кога навидум неутрална одредба, критериум или практика го става лицето, со заштитна карактеристика или пошироката група на овие лица, во посебно неповолна положба во споредба со други лица, освен ако таквата одредба, критериум или практика произлегува од оправдана цел а средствата за постигнување на таа цел се соодветни и неопходни. Дефиницијата не е во целост во согласност со Директивата 2000/78/ЕС, затоа што е предвидено дека само *ги става лицата во посебно неповолна положба*, а не дека ги *става или може да ги стави во посебно понеповолна положба*. Во Законот постои можност за општо оправдување на индиректната дискриминација во согласност со постоењето на оправдана цел и тестот за пропорционалност. Тоа што е интересно да се забележи е што судовите треба да играат клучна улога при решавањето на дилемата за процентот на погоденоста на членовите од групата во случаи на индиректна дискриминација. Притоа, не е изрично забрането статистичките податоци да се користат при докажување на овие случаи и авторите сметаат дека истите би биле прифатливи како доказ во судските постапки, се разбира, според слободната оцена на судот и ако тој им поклони верба.

Вознемирувањето врз дискриминациска основа е забрането во согласност со членот 7 од Законот дефинирајќи го како посебен појавен облик на дискриминација. Вознемирувањето и понижувачкото постапување претставува повреда на достоинството на лице или на група на лица кое произлегува од дискриминациската основа и кое има за цел или резултат повреда на достоинството на односното лице или создавање на заканувачка, непријателска, понижувачка или застрашувачка средина, пристап или практика. Вознемирувањето е дефинирано пошироко опфаќајќи повреда на достоинството покрај на индивидуалното лице, и на група на лица кои ја делат заштитната карактеристика. Меѓутоа, не се споменува дека е непосакувано постапување, односно не може да има жртва на вознемирување ако поединецот го сакал и го одобрувал таквото однесување. За крај би споменала дека, кога зборуваме за вознемирувањето, нашето законодавство не дава јасен одговор за прашањето на одговорноста на одговорното лице (работодавецот или давателот на услуги) за извршеното вознемирување од страна на трети лица. Сепак, се смета дека одговорноста на работодавецот за постапувањето на трети лица вклучително и за вознемирувањето во голема мера ќе зависи од природата на нивниот заемен однос, како и идната судска практика по однос на ова прашање (The European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Filed, 2010, стр. 43).

Дополнително, инструкцијата за дискриминација (која се нарекува: помагање и поттикнување на дискриминација) се забранува во согласност со членот 9 од

Законот како посебна појавна форма на дискриминација. Притоа, опфатени се како директното така и индиректното повикување, охрабрување, давање упатство или поттикнување друго лице да врши дискриминација.

За лицата со ментална и телесна попреченост посебно важен е членот 5 став 1 точка 12 и членот 8 став 2 кој предвидува обезбедување на соодветно приспособување. Имено, Законот предвидува дека, „[п]рилагодувањето на инфраструктурата и сервисите е преземање на соодветни мерки, потребни во одреден случај, за да му се овозможи на лицето со ментална и телесна попреченост да има пристап, да учествува и да напредува во работниот процес, освен ако овие мерки не наметнуваат диспропорционални оптоварувања за работодавците". Критиката на оваа одреба се упатува затоа што е ограничувачка, односно се однесува само на прилагодувањето на инфраструктурата и сервисите. Понатаму, Законот не го дефинира терминот „соодветни мерки" за овие лица, освен што објаснува дека тие се индивидуализирани, односно кои се потребни во соодветниот случај. Дополнително, Законот не прави разлика помеѓу важните и основните функции на работното место, и оние маргинални и небитни функции, што е значителен недостаток на оваа одредба. И за крај, што се однесува до прашањето за несразмерен товар, односно според нашиот закон: диспропорционални оптоварувања, националното законодавство не ги анализира и не ги обусловува истите, како во другите држави, со големината и статусот на правното лице (државно или приватно), финансиските трошоци, обемот и финансиските извори на работодавецот, како и можноста да се добијат средства од јавни извори или каква било друга помош. При измената на Законот ова појаснување изрично треба да се вметне. Тоа што е прогресивно во членот 8 став 2, и е целосно во согласност со Конвенцијата за правата на лицата со хендикеп е што неоправданото отсуство на соодветното приспособување се смета за форма на дискриминација (Попоска, 2012, стр.302-303).

Што се однесува до процесните одредби преминувањето на товарот на докажувањето е изрично предвиден во Законот. Дополнително, во членовите од 16 до 33 Законот предвидува воспоставување на тело за еднаквост - Комисија за заштита од дискриминација (КЗД) 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 25 до 28 од Законот и пред Народниот правобранител во согласност со членовите од 13 до 27 од Законот за Народниот правобранител), парнична постапка (во согласност со членовите од 34 до 41 од Законот) и прекршочна постапка (во согласност со членовите од 42 до 45 од Законот).

Комисијата за заштита од дискриминација е тело за еднаквост чија цел е борба против дискриминацијата и остварување на правото на еднаквост. КЗД е предвидена како независен, самостоен орган во согласност со Законот која има надлежност како во јавниот така и во приватниот сектор. Во согласност со членот 24 од овој Закон, КЗД има широки надлежности со цел промовирање на еднаквоста и спречување на дискриминацијата врз дискриминациска основа, кои

можат да се групираат во четири групи, и тоа:

- ○ давање на правна заштита и поддршка на жртвите на претпоставена дискриминација врз сите четири, тука анализирани, основи (преку решавање на индивидуални случаи и давање на мислење и препораки за конкретните случаи на дискриминација);
- ○ спроведување на промотивни, едукативни и советодавни надлежности (подигање на свеста за дискриминацијата врз дискриминациски основи и расположливите механизми за заштита, давање на мислења по предлози на закони од значење за заштита од дискриминација врз овие основи, давање на препораки и иницирање на измена на прописи заради спроведување и унапредување на заштитата од дискриминација);
- ○ истражувачки, аналитички и известувачки надлежности (прибирање на статистички податоци и формирање на бази на податоци, спроведувања на студии и истражувања, поднесување на извештаи); и
- ○ градење на капацитети и соработка со други тела (соработка со единиците на локалната самоуправа и со централните власти, давање на обуки во врска со дискриминацијата, соработка со соодветни национални тела на други држави, како и со меѓународни организации на полето на заштитата од дискриминација (Анализа за дискриминациските практики во областа на вработувањето и работните односи, 2013).

Во согласност со Законот секое лице кое смета дека е жртва на дискриминација може да поднесе претставка до КЗД и по утврдувањето на фактичката состојба Комисијата дава мислење за наводната дискриминација во рок од 90 дена од денот на поднесувањето на претставката и за тоа го известува поднесувачот и лицето против кое е поднесена истата. Доколку КЗД утврди дека постои дискриминација, препорачува начин/начини на отстранување на истата. Лицето до кое е упатена препораката е должно, во рок од 30 дена од денот на приемот на препораката, да постапи по истата и да ја отстрани повредата на правото. Исто така, тоа е должно за отстранетата повреда да ја извести Комисијата. Доколку, пак, лицето-дискриминатор не постапи по препораката во рокот, односно не ја отстрани повредата на правото, КЗД може да покрене иницијатива за поведување на постапка пред надлежен орган за утврдување на неговата одговорност (Попоска, 2013, стр.41-42).

3. Закон за работни односи

Во областа на работните односи клучен закон е Законот за работни односи кој претставува *lex generalis* во оваа област. Со Законот се уредуваат работните односи меѓу работниците и работодавците кои се воспоставуваат со склучување на договор за вработување (член 1). Треба да се напомене дека Законот не прави разлика помеѓу вработените во јавниот и вработените во приватниот сектор (член 3 став 1), како и помеѓу оние вработени на неопределено време и вработените на определено време (член 8 став 3). Притоа, Законот не ги заштитува волонтерите, коешто е целосно во согласност со Директивата 2000/78/ЕС.

Од аспект на заштитата од дискриминација треба да се напомене дека Законот за работни односи во својот член 6 изрично ја забранува дискриминацијата воопшто, извршена од страна на физички и правни лица како во јавниот така и во приватниот сектор. Истиот ги забранува сите форми на дискриминација, вклучително директната (член 7 став 2), индиректната (член 7 став 3) и вознемирувањето на кандидатот за вработување и на работникот. Законот за работни односи во согласност со членот 9 и членот 9-а прави разлика помеѓу вознемирувањето како општо дефинирано, сексуалното вознемирување и мобингот (психолошкото вознемирување во работната средина) како негови појавни облици, кои претставуваат дискриминација. Дискриминацијата е забранета во однос на условите за пристап до одредено вработување, самовработување или професија, вклучувајќи ги и критериумите за избор на кандидатите за вработување; напредувањето во работата; пристапот до сите видови и нивоа на професионални советувања, обуки, напредни професионални обуки и до-обуки, вклучувајќи и практично работно искуство; услови за вработување и работа, вклучувајќи плата и други надоместоци и отказ од работа; зачленување и учество во активностите на синдикатите и организациите на работодавците или други организации, чии членови се занимаваат со одредена професија, како и погодностите кои произлегуваат од тоа членување (член 7 став 4).

Критика е што Законот не ја предвидува инструкцијата за дискриминација како посебен правен институт. Друга критика е што истиот не ги забранува изрично ниту дискриминациските огласи или изјави врз дискриминациска основа со исклучок на основата - пол. Имено, Законот во својот член 24 став 1 ги забранува изрично дискриминациските огласи или изјави само врз основа на пол, наведувајќи дека: „[р]аботодавецот не смее слободното работно место да го објави само за мажи или само за жени, освен ако определениот пол е неопходен услов за вршење на работата“.

Иако Законот за спречување и заштита од дискриминација не е јасен по однос на прашањето кој може да го врши вознемирувањето, делумен одговор се дава во Законот за работни односи, кој предвидува дека извршителот на психолошкото вознемирување на работното место (мобинг) може да биде едно или повеќе лица во својство на работодавец како физичко лице, одговорно лице или работник (член 9-а став 4).

Покрај материјалните одредби, Законот предвидува и процесни одредби, како што е одредбата за преминување на товарот на докажување (член 11 став 1 и став 2) и судската постапка за заштита на правото од работен однос. Дополнително, Законот предвидува дека во случаи на дискриминација кандидатот за вработување или работникот имаат право да бараат надоместок на штета (член 10). Позитивно е тоа што не постои законско ограничување на износот кој може да го изрече судот, односно работникот има право на надоместок на штета во висина која Судот слободно ќе ја оцени, што е во согласност со пресудата на Судот на правдата на ЕУ во *случајот Marshall No.2*. Имено, ограничувањето на износот кој Судот може да го изрече на работникот како надоместок на штета е спротивно на членот 15 од Директивата 2000/78/ЕС.

4. Останати закони

Законот за заштита од вознемирување на работното место ги уредува правата, обврските и одговорностите на работодавците и вработените во врска со спречувањето на психичкото и половото вознемирување на работното место, како и мерките и постапката за заштита од вознемирувањето на работното место (член 1). Како што се гледа и во самиот предмет на Законот, тој во суштина е антидискриминациски со лимитиран материјален опфат и се применува само на психичкото и половото вознемирување и само на работното место (член 3 став 4 и член 5). Преминувањето на товарот на докажување во согласност со членот 33 од Законот е загарантиран во судската постапка за заштита од вознемирување на работното место.

Дополнително на горенаведените закони националното законодавство изрично ја забранува дискриминацијата воопшто и во други закони како, на пример, во Кривичниот законик, членот 137 (повреда на рамноправноста на граѓаните), членот 282 (повреда на рамноправноста во вршењето на стопанска дејност), членот 319 (предизвикување национална, расна и верска омраза, раздор и нетрпеливост), и членот 417 (расна и друга дискриминација). Дополнително, и во Законот за судовите (член 3 став 1 точка 3 како и член 6 став 1 и член 43 став 1), Законот за социјалната заштита (член 20) како и Законот за заштита на децата (член 12-15). И законите од областа на образованието како што се Законот за основното образование (член 2), Законот за средното образование (член 3 став 3) и Законот за високото образование содржат анти-дискриминациски клаузули. Истото важи и за Законот за еднакви можности на жените и мажите, Законот за заштита на правата на пациентите (член 5) и Законот за волонтерство (член 9).

Иако сите овие закони содржат антидискриминациски одредби, сепак, нивната критика најчесто се однесува на невоедначеноста во користените поими и правни институти, различни решенија и невоедначен систем на заштита во различни области и по различни основи.

II. УЛОГАТА НА КОМИСИЈАТА ЗА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈА ВО СУДСКАТА ПОСТАПКА

1. За Комисијата за заштита од дискриминација

Со Законот за спречување и заштита од дискриминација, којшто започна со примена од 1 јануари 2011 година, беше воспоставена и Комисијата за заштита од дискриминација како самостоен и независен орган кој има стриктно утврдени надлежности со овој Закон. Во согласност со антидискриминациските директиви и препораки на Европската унија, со кои државата како земја-кандидат за членство ја обврзува да ги транспонира во домашното законодавство, КЗД се наметнува како централен национален авторитет за спречување и заштита од дискриминација, како и за афирмација и промоција на принципот на еднаквост.

Во основа, надлежностите на КЗД во согласност со членот 24 од Законот можат да се поделат на два столба, односно две области на дејствување: првата е превентивна, која вклучува промоција на вредностите на еднаков третман и концептот на недискриминација, додека, пак, втората е онаа заштитната каде што КЗД има за цел да утврди и да даде насоки, мислења и препораки при постапувањето по конкретните случаи на дискриминација.

Покрај овие две носечки улоги, КЗД има надлежности на некој начин и обврска на потенцијалните жртви – подносители на претставките да им дава информации за нивните права и можности за покренување на судска или друга соодветна постапка пред надлежен државен орган, да покрене иницијатива за поведување на постапка пред надлежните органи поради сторени повреди на Законот за спречување и заштита од дискриминација, да ја информира јавноста за случаите на дискриминација преземајќи активности за промоција и за едукација на еднаквоста и на човековите права, да дава препораки на државните органи за преземање мерки за остварување на еднаквоста, како и да воспоставува соработка со органите надлежни за остварување на еднаквоста и за заштита на човековите права во локалната самоуправа.

Комисијата, којашто е составена од седум членови, својот легитимитет го црпи директно од Собранието, коешто ги избира сите членови со мандат од пет години и право на еден повторен избор. Членовите на КЗД имаат статус на именувани лица, што подразбира дека оваа функција се врши паралелно со професионалниот ангажман надвор од КЗД. Средствата за работа на КЗД се обезбедуваат од Буџетот, иако е оставена можност КЗД да обезбеди средства и од други извори.

2. За судската постапка во случаи на дискриминација

Законот за заштита и спречување од дискриминација, покрај постапката пред КЗД, предвидува и судска заштита на секое лице за коешто смета дека поради дискриминација му е повредено некое право преку поднесување на соодветна тужба пред надлежен суд. Тука доаѓаме и до првата специфичност на судската постапка, а тоа е таканаречената акцесорна улога на дискриминацијата. Ова

значи дека оној што тврди дека е дискриминиран мора да докаже дека некое друго конкретно право му е повредено поради дискриминација манифестирана преку некој акт, однесување, непостапување или слично, од страна на тужената страна. Овој принцип е присутен и во Европската конвенција за човекови права.

Имено, членот 14 од Конвенцијата предвидува дека „[у]живањето на правата и слободите предвидени во оваа Конвенција, ќе биде обезбедено без никаква дискриминација заснована врз основа на полот, расата, бојата на кожата, јазикот, верата, политичкото или друго мислење, националното или социјално потекло, припадноста на национално малцинство, материјалната положба, потеклото по раѓање или кој било и да е друг статус". Тоа значи дека оваа одредба има акцесорна, придружна природа во однос на останатите супстанцијални одредби од Конвенцијата. Таа не постои независно и нејзината примена е врзана со останатите права и слободи предвидени со Конвенцијата. Меѓутоа, членот 1 од Протоколот 12 кон ЕКЧП има самостојна природа и се однесува на сите права кои се заштитени во домашното право.

Втората важна карактеристика на судската постапка во предметите за заштита од дискриминација е дека таа се води и, притоа, соодветно се применуваат одредбите од Законот за парнична постапка. Ова е предвидено во членот 34 од Законот, којшто, пак, во ставот 3 предвидува дека постапката е итна, што е третата важна карактеристика на судската заштита во овие предмети. Иако не е предвиден конкретен рок, како што ЗПП тоа го предвидува кај постапките во споровите од работните односи (рок од 6 месеци), начелото на итност во овие постапки треба доследно да се применува, што значи дека и кај овие предмети, иако непишано, може да го земеме рокот од 6 месеци како најсоодветен за комплетирање на постапката пред првостепените судови.

Во однос на стварната надлежност, надлежни се основните граѓански судови, но имајќи ја предвид можноста со одредени тужби, каде што се утврдува или забранува дискриминација, да може да се бара и надоместок на штета, во одредени случаи надлежни можат да бидат и основните судови со проширена надлежност доколку станува збор за тужбено барање повисоко од 50.000,00 евра.

Што се однесува до месната надлежност, а во согласност со членот 35 од Законот, во постапката за заштита од дискриминација, покрај Судот за општа месна надлежност, надлежен е и судот на чие подрачје е седиштето односно живеалиштето на тужителот.

Во овие судски постапки допуштена е и таканаречената заедничка тужба за заштита од дискриминација во случај кога здруженијата на граѓани и фондации, установите или други организации од граѓанското општество, имаат оправдан интерес за заштита на колективните интереси на одредена група или во рамките на својата дејност се занимаваат со заштита на правата на еднакво постапување (член 41). Во ваков случај ставарно надлежен може да биде само основен суд со проширена надлежност бидејќи секогаш како страни ќе имаме правни лица, додека, пак, месната надлежност може да се одреди или според седиштето на тужениот (општа месна надлежност) или според судот на чие подрачје се сторени дејствата на дискриминација.

Наредната важна карактеристика на судската постапка, којашто е и една од најбитните, е во однос на товарот на докажување. Во овие случаи товарот на докажување се разликува од оној „редовниот“ предвиден со Законот за парнична постапка. Имено, тужителот мора да ги обезбеди сите докази со кои располага за да ја докаже основаноста на тужбеното барање, или, пак, обврската на тужениот кон одговорот на тужбата да ги достави сите докази кои би го оспориле или целосно би го собориле поставеното барање со тужбата. Во согласност со членот 38 од Законот, ако странката во судската постапка тврди дека во согласност со одредбите на овој Закон и е повредено нејзиното право на еднакво постапување должна е да ги изнесе сите факти и докази кои го оправдуваат нејзиното тврдење. Но, докажувањето дека немало дискриминација паѓа на товар на спротивната страна по создавањето на *prima facie* случај на дискриминација. Ова значи дека тужителот, само треба да го стори веројатно постоењето на дискриминација и да го убеди судот дека во конкретниот случај можно е да постои дискриминација. Во тој момент товарот на докажување преминува на другата (тужената) страна, којашто ќе треба да докаже дека со својот акт, сторување или несторување не предизвикала различен третман на тужителот во однос на другите лица во иста или слична ситуација, односно дека во конкретниот случај немало дискриминација. Ваквата поставеност на товарот на докажување во овие постапки е од едноставна причина што во најголем број од случаите тужителот е „послабата“ страна. Во утврдувањето на фактичката состојба, најголем дел од клучните докази секогаш ќе бидат кај тужениот. Поради тоа и законодавецот ја предвидел оваа одредба која е на иста линија и на законодавствата од оваа област на земјите-членки на Европската унија, но и со прктиката на Европскиот суд за човекови права и Судот на правдата на ЕУ.

3. Улогата на Комисијата за заштита од дискриминација во практика

Телата за еднаквост, како што најчесто се нарекуваат комисиите за заштита и спречување од дискриминација, спаѓаат во таканаречените вонсудски механизми за заштита од дискриминација. Нашиот Закон предвидува и соодветна постапка пред КЗД достапна за секое лице, кое смета дека претрпело дискриминација, без обврска за плаќање на такса или каков било друг надоместок. Постапката започнува со поднесување на претставка којашто може да биде во писмена форма, но може да биде дадена и усно на записник. Заедно со претставката лицето ги поднесува и доказите кои ги поткрепиле фактите од кои може да се претпостави дека во конкретниот случај постоела дискриминација.

Во согласност со членот 25 став 5 од Законот, претставката може да се поднесе до КЗД најдоцна во рок од три месеци од денот кога била сторена повредата, или најдоцна една година од дознавањето за актот на дискриминација. Но, законодавецот оставил можност да може КЗД да поведе постапка и по истекот на овој рок, доколку оцени дека се работи за случај од таква важност за кој би било неопходно и целисходно да се води постапката. Практиката покажува дека КЗД ја искористила оваа можност и постапувала по предмети и по истекот на овој рок.

Комисијата нема да поведе постапка по поднесена претставка ако за истата работа е поведена судска постапка, ако е очигледно дека нема повреда на правото на кое поднесувачот се повикува, ако по истата работа веќе постапувал, а не се понудени нови докази и ако утврди дека поради истекот на времето од направената повреда на правото не е можно да се постигне целта на постапката, односно водењето на постапката станува нецелисходно (член 26).

Кога Комисијата ќе одлучи да постапува по поднесената претставка во рок од 15 дена од приемот, истата му ја доставува на лицето против кое е поднесена, оставајќи му рок, исто така, од 15 дена да се произнесе по однос на наводите содржани во неа (член 27). Доколку лицето на кое му е доставена претставката не се произнесе во овој рок, КЗД ќе одлучува врз основа на доказите со коишто располага. Комисијата ја утврдува фактичката состојба врз основа на увидот во доставените писмени докази, со земање на изјави од подносителот на претставката и од лицето против коешто е поднесена претставката (член 27). Доколку Комисијата утврди дека доказите со кои располага не се доволни за правилно и целосно утврдување на фактичката состојба, може да земе и изјави и да прибави докази од други субјекти кои имаат податоци за конкретниот случај за дискриминација. Во таков случај, кога некое физичко или правно лице, орган на државната управа или единица на локалната самоуправа, или која било друга организација која врши јавно овластување, располага со податоци за конкретниот случај на дискриминација, должни се да ги достават тие податоци до КЗД. Од ова правило произлегува и обврската за соработка на другите органи со Комисијата кога таа постапува по конкретни случаи на дискриминација. Кога КЗД ќе утврди дека тоа е потребно има законско право и овластување да изврши увид во документацијата на претходно наведените органи кои располагаат со конкретни податоци или информации за случаи на дискриминација (член 32).

По утврдувањето на фактичката состојба, КЗД донесува мислење за наводната дискриминација во рок од 90 дена од денот на поднесувањето на претставката и за тоа го известува подносителот и лицето против кого е поднесена претставката (член 28). Ова мислење треба да содржи писмено образложение на сите дејства коишто ги презела и сите докази коишто ги извела Комисијата, на кои докази поклонила верба, а кои докази не ги зела предвид при одлучувањето и врз основа на кои факти и докази го заснова своето мислење, без разлика дали утврдила или не утврдила постоење на дискриминација.

Доколку КЗД утврди постоење на дискриминација, со писменото мислење дава и препорака на кој начин треба да се отстрани повредата на правото (член 28). Лицето на коешто е упатена препораката е должно да постапи по истата препорака и да ја отстрани повредата на правото во рок од 30 дена од денот на приемот на препораката, и за тоа да ја извести КЗД. Кога ваквата обврска нема да биде испочитувана од страна на лицето до кое се упатени мислењето и препораката, Комисијата може, во согласност со своите овластувања, да покрене иницијатива за поведување на постапка пред надлежен орган за утврдување на неговата одговорност.

Сепак, на крајот мора да напоменеме дека поставеноста на КЗД во согласност со нашиот Закон е таква што нејзините мислење и препораки не се правно задолжителни за лицето против кое е поднесена претставката, иако во конкретниот случај е утврдена дискриминација, односно истите немаат правна сила. Тоа значи дека овие мислења и препораки се повеќе од советодавен и превентивен карактер, притоа вршејќи и едукативна улога врз оние коишто без легитимна цел вршеле дискриминација врз основа на некоја од заштитените основи предвидени со Законот. Она што охрабрува е фактот дека од досегашната практика на КЗД, речиси во 90% од случаите, каде што утврдила дискриминација, нејзините мислења биле почитувани, а препораките спроведени од страна на лицата против кои била поднесена претставката.

Во продолжение на овој дел, ќе проследиме и краток компаративен преглед на поставеноста на телата за еднаквост во три земји-членки на Европската унија – Кралството Белгија, Република Хрватска и Република Бугарија.

3.1. Компаративни искуства

3.1.1. Улогата на телото за еднаквост во **Кралството Белгија** му е доверена на Центарот за еднакви можности и борба против расизмот. Ова тело е со доминантно превентивна задача во борбата против дискриминацијата со, исто така, значајни надлежности во пружањето на правна поддршка на жртвите од дискриминација. Меѓу надлежностите од процесен карактер би се издвоиле, можноста да поднесат тужба пред надлежен суд во свое име, како и да се јават како замешувачи во веќе поведени постапки пред судот. Исто така, една од главните надлежности се состои во носењето на формални мислења и препораки за случаите кои се поведени пред Центарот, кои слично како и кај нас немаат правно обврзувачка сила.

Исто така, Центарот за еднакви можности и борба против расизмот има надлежност да составува писмени совети и препораки до Владата, со цел да го подобри законодавството, да пружа помош во рамките на своите правни овластувања на секое лице кое бара поддршка, совет или информација за неговите права и обврски, како и да се јави во улога на медијатор помеѓу потенцијалната жртва и лицето против кое е поднесена претставката.

3.1.2. Во **Република Хрватска** улогата за заштита од дискриминација и промоција на начелото на еднаквост му е доверена на Народниот правобранител. Надлежностите на Народниот правобранител во оваа област се состојат во можноста да поднесе тужба пред надлежен суд во свое име, да се јави како замешувач во веќе поведени постапки пред судот и да носи формални мислења и препораки за случаите, кои се поведени пред Народниот правобранител, кои немаат правно-обврзувачка сила. Тоа значи дека и во овој случај главната цел и улогата на ова тело е да дејствува превентивно и да ги промовира начелата на еднаквост и недискриминација, да ја зголеми свеста кај граѓаните, но и да дејствува со правни инструменти во рамките на своите надлежности и ингеренции во согласност со позитивното законодавство.

Но, специфичноста на ова тело е што за разлика од Центарот за еднакви можности и борба против расизмот во Кралството Белгија, може да започне и да биде странка во прекршочната постапка против одредено лице за сторена повреда на некое право поради дискриминација, како и да поднесе кривична пријава во врска со дискриминациски случај до Државното јавно обвинителство на Република Хрватска.

3.1.3. Комисијата за заштита од дискриминација е самостојно стручно јавно тело за превенција и заштита од дискриминација во **Република Бугарија**. Таа е основана во 2005 година, во согласност со Законот за заштита од дискриминација, како резултат на транспонирање на антидискриминациските директиви на Европската унија. Комисијата има широк мандат, обезбедувајќи заштита на 19 основи наведени во Законот и има превентивна улога и улога за подигање на свеста за прашањата на еднаквост и толеранција.

Но, за разлика од претходните два примера, Комисијата има надлежност и мандат да носи правно-обврзувачки одлуки и да изрекува задолжителни административни мерки за престан и спречување на дискриминацијата или за враќање на првобитната состојба, како и да го следи спроведувањето на мерките и санкциите што ќе ги изрече. Воедно, Комисијата може да дава и индивидуална правна помош и поддршка на жртвите од дискриминација кога истите сакаат да поднесат претставка до неа за заштита од дискриминација.

Нејзини главни правно-процесни надлежности се застапување пред судовите, покренување на судски постапки во свое име, замешување во судските постапки, носење на формални решенија по претставките (одлуки или препораки) коишто се правно-обврзувачки за лицето против кое е поднесена претставката и можноста да поднесе *amicus curiae* т.е да се јави како таканаречен „пријател на судот".

Начинот на којшто се водат постапките пред Комисијата, на коишто се присутни и странките и нивните полномошници-адвокати, во многу нешта наликува на судска постапка пред граѓански суд, поради што и не ретко ваквите видови на тела за еднаквост се нарекуваат и квазисудски тела. Се разбира, за ваква поставеност на Комисијата, неопходни се и одредени финансиски, просторни и стручно-административни предуслови кои би овозможиле непречено функционирање на ваквиот вид на национални тела на еднаквост.

Жртвата врз основа на решението на Комисијата, може да поведе соодветна судска постапка пред надлежен граѓански суд со барање за надоместок на материјална и нематеријална штета настаната како последица од дискриминацијата. Понатаму, Комисијата може да определи соодветни мерки за превенција од дискриминацијата, за престан на дејства коишто предизвикуваат дискриминација како и да определи соодветни мерки за воспоставување на поранешната состојба пред да започнат дејствата на дискриминација. Во таа насока, Комисијата може да дава и задолжителни насоки и упатства до другите државни органи, институциите, физичките или правни лица за почитување на законите и прописите кои обезбедуваат еднаков третман на граѓаните.

Комисијата може да поднесе жалба на кој било управен акт којшто смета дека е

во спротивност со Законот за заштита од дискриминација или друг закон што го регулира еднаквиот третман, како и да преземе соодветни дејства пред надлежен суд во насока на започнување на постапка во својство на „заинтересирана страна".

4. Законот за парнична постапка и улогата на Комисијата за заштита од дискриминација

Во овој дел од Водичот ќе се обидеме претходно наведените искуства да ги ставиме во корелација со Законот за парнична постапка и поставеноста на Комисијата за заштита од дискриминација, како и можноста истата да се јави како учесник во една граѓанска постапка. Без намера да навлегуваме во основните карактеристики и значењето на поимите странка, замешувач, сведок и вешто лице, ќе се осврнеме на дел од одредбите од Законот за парнична постапка со мислење и насоки како КЗД може да придонесе кон поквалитено решавање на предметите заведени по тужбените барања во согласност со Законот за заштита и спречување од дискриминација.

4.1. Странка во постапка

КЗД е самостоен и независен орган кој има својство на правно лице со свое седиште во Скопје. Во согласност со членот 70 од Законот за парнична постапка, странка во постапката може да биде секое физичко и правно лице (став 1). Освен физички и правни лица, со посебни прописи се определува кој може да биде странка во постапката (став 2), додека, пак, во одредени случаи, по исклучок, во определена постапка парничниот суд може да им го признае својството на странка и на оние форми на здружување кои немаат способност на странка во смисла на одредбите од ставовите 1 и 2, ако утврди дека, со оглед на предметот на спорот, во суштина ги исполнуваат условите за стекнување на способност на странка и ако располагаат со имот над кој може да се спроведе извршување (став 3).

Имајќи ја предвид содржината на членот 70, неспорно е дека КЗД, како правно лице, може да се јави како странка во постапката. Но, клучното прашање е дали може да биде активно легитимирана и да поднесува тужби до надлежните граѓански судови како што е случај со горенаведените примери во Кралството Белгија и Република Хрватска. Ова од причина што способноста да се биде странка или т.н. способност која ја има странката се разликува од стварната легитимација на странките, како што за тужителот е активната легитимација.

Затоа, имајќи ги предвид законските надлежности предвидени во матичниот закон, КЗД не може да се јави како странка во постапката во смисла на поведување на постапка во свое име, односно да се јави како тужител во една парнична постапка.

4.2. Замешувач

Замешувач, во согласност со Законот за парнична постапка, е трето лице кое може да учествува во постапката, покрај лицата кои учествуваат како странки – тужител и тужен. Тој во постапката се замешува со придружување кон една од страните, доколку има правен интерес таа страна да успее (член 194 став 1 од ЗПП). Замешувачот може да стапи во парницата во текот на целата постапка сè до правосилноста на одлуката за тужбеното барање, како и во роковите предвидени за поднесување на вонреден правен лек (став 2). Всушност, тоа значи дека вмешувачот може да се приклучи во секоја фаза на постапката.

Како што и предвидува содржината на членот 194, лесно може да се заклучи дека основен услов едно лице (физичко или правно) да се јави како замешувач и да стапи во парницата е тој да има правен интерес. Неговиот правен интерес може да биде и во тоа што пресудата во таа парница, поради определени причини, односно постојни правни односи ќе има правно дејство и на правната положба на вмешувачот. Од исходот на спорот може да зависи и тоа дали за замешувачот ќе се создадат некакви обврски спрема некоја од странките во спорот. Интересот на замешувачот мора да биде правен, но не секогаш граѓанско-правен, туку може да биде и од некоја друга област на правото. Тој интерес треба да е актуелен, да постои во време на водењето на парницата, што значи не смее да зависи од некој иден настан.

Една од главните карактеристики на ваквиот вид на учество на трети лица во парницата е што замешувачот мора да ја прими парницата во онаа состојба во којашто се наоѓа во моментот кога ќе се замеша во парницата. Понатаму, во текот на постапката, тој е овластен да истакнува предлози и да ги презема сите други парнични дејства во рокови во кои тие дејства би можела да ги презема странката на која ѝ се придружил (член 196 став 1). Во оваа смисла, тој има право и да предложи, на пример, доказната постапка да се дополни со сослушување на нови сведоци, со соочување меѓу веќе сослушаните сведоци, да се определи дополнително вештачење, тој да биде сослушан како сведок, да се изврши повторно увид за утврдување на некои нови околности и слично.

Оттука, а имајќи ги предвид надлежностите на КЗД, едно од неспорните мислења помеѓу стручната јавност од стапувањето на сила на Законот, е дека во текот на постапката како замешувач на страната на лицето, кое тврди дека е дискриминирано и со негова согласност, може да се јави КЗД. Ова е јасно предвидено и во членот 39 став 1 од Законот за заштита и спречување од дискриминација, кој недвосмислено предвидува дека во парница, по повод тужбите поведени врз основа на овој Закон, како замешувач на страна на лицето, кое тврди дека е дискриминирано, може да се придружи орган, организација, установа, здружение или друго лице, кое во рамките на својата дејност се занимава со заштита на правата на еднакво постапување. КЗД може да се јави во улога на замешувач во парничната постапка покрената со индивидуална или заедничка тужба, од страна на лицето кое тврди дека е дискриминирано. Во однос на ова правно својство и надлежност, КЗД е рамноправна со телата на еднаквост во најголемиот број на европски земји, вклучувајќи ги и оние од компаративниот преглед даден во овој Водич.

Замешувачот, во случајов КЗД, може да има положба и на единствен сопарничар, ако правното дејство на пресудата треба да се однесува и на неа. Ова е изрично предвидено во членот 197 став 1 од Законот за парнична постапка. Во ваков случај, замешувачот со положба на единствен сопарничар може да поднесе вонреден правен лек и во парницата во која, до настапувањето на правосилноста на одлуката за тужбеното барање, не учествувал како замешувач.

4.3. Сведок

Во согласност со членот 220 од Законот за парнична постапка, како сведок може да се сослуша само лице кое е способно да дава известување за фактите што се докажуваат. Секое лице кое е повикано како сведок е должно да се јави на поканата и да сведочи, освен ако со горенаведениот Закон поинаку не е определено.

Сведокот е физичко лице, кое е посебно, т.е. различно од судот и од странките, а пред судот ги изнесува своите сознанија и она што го забележал за нештата што се случиле пред тоа да го даде својот исказ. Но, сведок може да биде и полномошникот на странката и замешувачот во спорот, освен оној што има својство на единствен сопарничар во согласност со членот 197 од Законот за парнична постапка.

Должноста за сведочење е јавна должност, поради што секое лице коешто се повикува како сведок е должно да сведочи, освен доколку не е ослободено од должноста за сведочење, или доколку има право да одбие да сведочи, или ако е пропишано да може да не даде одговор на одделни прашања.

Меѓутоа, бидејќи во овој Водич ја разгледуваме можноста КЗД да се јави како учесник во една граѓанска постапка, сакам да нагласам дека актуелниот Закон за парнична постапка не содржи посебни одредби за лица кои како стручњаци присуствувале на настани или изведувале определени дејства, во кои случаи тие можеле точно да ги сфатат и оценат околностите и настаните на кои случајно биле присутни или учествувале како повикани лица. Овие лица се разликуваат од обичните сведоци со тоа што можеле настаните и дејствата да ги оценат од аспектот на својата струка и со оглед на тоа да го дадат својот суд, своите заклучоци и своето уверување за она што се случило. Тоа се таканаречените сведоци – вештаци.

Токму оваа состојба може да се преслика во конкретниот случај, и тогаш неспорно е дека член на КЗД како физичко лице може да се јави како сведок во една судска граѓанска постапка.

Она што за некои практичари може да биде спорно е дека КЗД има својство на правно лице, а Законот за парнична постапка во делот за сведоците, зборува, главно, за физички лица. Од процесен аспект, сепак, не би требало да има пречка, затоа што како сведок би се повикал членот или членовите на КЗД кои постапувале во конкретниот случај, за којшто подоцна била поведена судска постапка за заштита, во смисла на Законот за спречување и заштита од дискриминација.

4.4. Стручно тело

На барање на странката КЗД може да изготви мислење и препорака за случена дискриминација за предмет кој бил воден пред истата. Судот ќе го цени овој доказ заедно со останатите.

Мислењето на авторите е дека КЗД во судските постапки може да добие слична улога како Центарот за социјални работи при постапките за развод на брак или Државниот инспекторат за труд во работните спорови, во однос на правилна примена на стандардите за заштита од дискриминација.

III. ПРЕМИНУВАЊЕ НА ТОВАРОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ

1. Општ дел

1.1. Што е преминување на товарот на докажување

Често дискриминацијата не се манифестира на еден јасен и лесно препознатлив начин. Па и кај директната дискриминација во чија срж лежи понеповолното постапување помеѓу поединците само поради дискриминациската основа на едно од лицата, многу е тешко да се докаже дека разликувањето е извршено поради заштитната карактеристика на односното лице. Ова е доста тешко затоа што, мотивите за дискриминациското постапување често се индивидуални за секој наводен дискриминатор и зависат од неговото гледање на лицата кои имаат заштитна карактеристика, кое, пак, се поттикнува од предрасудите и стереотипите за овие лица како група, кои постојат во општеството. Во случаите на индиректна дискриминација, поради спецификата на истата објаснета погоре, докажувањето на дискриминацискиот ефект врз групата е уште потешко. Со цел да се олесни докажувањето на дискриминациското постапување или ефектот од определената норма или практика, во случаите на дискриминација дозволено е поделувањето на товарот на докажување помеѓу тужителот и тужениот (Houtzager, 2006). Овој принцип, кој е развиен од страна на Судот на правдата на ЕУ во случаите на полова дискриминација како што е случајот *Danfoss*, денес е длабоко вкоренет во европското антидискриминациско законодавство.

Имено, членот 10 од Директивата 2000/78/ЕС, јасно го демонстрира принципот на преминување на товарот на докажување, наведувајќи дека: земјите-членки во согласност со своите национални судски системи ќе ги преземаат сите потребни мерки да обезбедат дека, штом лицето, кое себеси се смета за жртва затоа што принципот на еднаквост не бил применет за него, пред суд или друг надлежен орган, презентира факти од кои може да се претпостави дека се случила директна или индиректна дискриминација, тогаш тужениот треба да докаже дека не постои повреда на принципот на еднакво постапување“. Имено, тоа што треба да се докаже во случаите на дискриминација е постоењето на различно понеповолно постапување (кај директната дискриминација) или понеповолен ефект (кај

индиректната дискриминација) врз заштитена основа, која не може да се оправда.

Ова значи дека не е потребно да се утврдат неколку придружни факти кои ги придружуваат случаите на дискриминација, со цел да се докаже случајот. *Прво*, нема потреба да се докаже дали сторителот е мотивиран од предрасуди, односно нема потреба да се докаже дека тужениот 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. *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. И *трето*, што се однесува само на антидискриминациското законодавство на ЕУ, не постои потреба да се докаже постоење на конкретна жртва како што се демонстрираше во случајот *Feryn*.

За да премине товарот на докажување од жртвата (тужителот) на претпоставениот дискриминатор (тужениот), тужителот 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, во кој јасно се гледа дека токму заштитната карактеристика е таа околност што довела до понеповолно постапување, за разлика од другите.

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. Затоа, потребно е да се изведе уште некој друг факт или доказ кој ќе укаже на употребата на заштитната карактеристика како критериум 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 луѓе се пуштаат да влезат во ресторан а не им е дозволено само на Ромите тогаш веќе се заснова *prima facie* случај и товарот на докажување преминува на тужителот, па тој треба да го докаже спротивното. Или, ако покрај имањето на хендикеп, постојат дополнителни околности што укажуваат на постоењето на стереотипи за лицата со хендикеп, 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 хендикеп или одреден вид на хендикеп (најчесто лица со ментален или интелектуален хендикеп) извршени токму од тоа физичко или правно лице, прашања поставени на интервјуто (на пример, за видот на хендикепот 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 хендикеп и слично.

Многу често, *prima facie* случај на директна дискриминација врз дискриминациска

основа се докажува ако тужителот покаже јасна дискриминациска политика на одредено правно лице или, пак, правило кое се применува и различно ги третира односните лицата, за разлика од останатите. На пример, ако се покаже дека постои практика во базенот да не се примаат Роми, или во определен кафе-бар да не се примаат постари лица, или ако постои правило во ресторанот да не се примаат лица придружени 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 тужителот да докаже дека овој непропорционално понеповолен ефект е резултат на примената на конкретната одредба, критериум или практика, која се напаѓа. Со други зборови, тужителот мора да покаже дека постои каузален однос помеѓу мерката која се напаѓа и дисбалансот меѓу различните групи во уживањето на одредена корист (Попоска, 2012, стр.47-52).

По преминувањето на товарот на докажување од тужителот на тужениот, претпоставениот дискриминатор може да ја отфрли претпоставката за извршена дискриминација ако докаже дека тужителот, 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 тужениот не успее да ја отфрли претпоставката за извршената дискриминација на кој било од овие два начина, тогаш тој 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, тужениот мора да докаже дека односното разликување врз основа на заштитна карактеристика тежнее кон постигнување на цел која е објективна и оправдана, а самото разликување е соодветно и неопходно за постигнување на таа цел.

Дополнително на искуството на Судот на правдата на ЕУ, преминувањето на товарот на докажување се забележува и во судската практика на ЕСЧП кој ги гледа презентираните докази како целина, поради фактот што најчесто државите се тие кои ги имаат информациите (фактите и доказите) со кои може да се потврди односното тужбено барање. Односно, ако фактите онака презентирани од тужителот 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 „[п]оддржани од слободната оцена 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] кои се доведени во прашање“ (ЕСЧП, случајот *Nachova*, параграф 147; ЕСЧП, случајот *Timishev*, параграф 39; ЕСЧП, случајот *D.H.*, параграф 178).

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 каков тип на факти/докази ќе бидат потребни да се презентираат пред националните органи и како тие ќе се изведуваат, а ова може да биде построго дефинирано за разлика од ЕСЧП или Судот на правдата на ЕУ; *второ*, правилата за преминување на товарот на докажување не се применуваат во кривичната постапка кога државата ги гони сторителите на кривичните дела мотивирани од омраза *(hate crimes)*; и *трето*, државите можат да одредат правилата за преминување на товарот на докажување да не се применуваат во случаи кога судовите вршат истражни дејства, поради принципот на презумција на невиност.

Како што наведовме и погоре, преминувањето на товарот на докажување во националното законодавство е изрично предвиден во Законот за спречување и заштита од дискриминација (член 38) како и во Законот за работни односи (член 11 став 1 и став 2), во Законот за заштита од вознемирување на работното место (член 33) и Законот за социјалната заштита (член 23). Што се однесува до преминувањето на товарот на докажување во случаите на соодветното приспособување, законите не велат ништо. Меѓутоа, во склад со членот 8 став 2 од Законот за спречување и заштита од дискриминација каде се вели дека неоправданото отуството на соодвентното приспособување се смета за форма на дискриминација а товарот на докажувањето во согласност со членот 38 од истиот закон преминува во случаи на дискриминација, тогаш оваа одредба ќе важи и во вакви случаи и товарот на докажувањето ќе премине по создавање на *prima facie* случај на дискриминација. Кога разликувањето се прави со некоја законска одредба и ако оваа одредба се оспорува пред суд, тужителот само преку укажување на оваа одредба воспоставува *prima facie* случај на дискриминација. Понатаму, на тужениот паѓа обврската да докаже дека оваа одредба не е дискриминациска врз конкретното лице или група на лица.

2. Законски модели и пристапи кон анализирањето на преминувањето на товарот на докажување

Проблематиката на товарот на докажување како процесно правен институт е комплексна, така што во нејзиното елаборирање треба да се зафатат 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 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.

Механизмите за заштита од дискриминација можат да се поделат во зависност од тоа дали е потребно да се преземе дејство за да се спречи појавата на дискриминација (т.е. *ex ante* дејствување), или треба да се реагира на веќе постојната дискриминација (*ex post* дејствување). Во првиот случај станува збор за превентивно дејство кое го преземаат заинтересираните субјекти преку вонсудска заштита, а во вториот случај станува збор за репресивно-реститутивно дејствување на заинтересираните субјекти кое се утврдува во судската постапка (граѓанска, прекршочна, казнена).

Заштитата на повредените или оспорени граѓански субјективни права се врши преку граѓанска постапка. Под поимот граѓанска постапка се подразбира посебен начин (метод) на постапување на судовите и другите надлежни органи, кои со учество на странките и другите учесници, преземаат низа заемно поврзани и последователни дејства. Основната цел е да се испита дали постојат претпоставки за давање на правна заштита на граѓанските субјективни права и дали таа е основано побарана. Парничната постапка претставува со закон уредено постапување на судот кон странките и другите учесници во постапката, кое е насочено со цел за остварување на заштита на повредените или загрозени субјективни права.

Содржината на парничната постапка се состои од процесни дејства кои ги преземаат процесните субјекти, се разбира, во определен редослед, услови и во определена форма. Со Законот за парничната постапка се уредуваат правилата на постапката врз основа на кои судот расправа и одлучува во споровите за основните права и обврски на човекот и граѓанинот, за личните и семејните односи на граѓаните, како што се работните, трговските, имотните и другите граѓанско-правни спорови, ако со закон не е определено за некои од тие спорови да решава судот, според правилата на некоја друга постапка (член 1).

2.1. Видови на тужби

Парничната постапка се поведува со тужба (член 175 од ЗПП). Тужбата е парнично дејство со кое се иницира парнична постапка заради заштита на некое повредено или загрозено граѓанско субјективно право. Тужба поднесува тужителот, лице кое тврди дека неговото граѓанско субјективно право е повредено или загрозено и кое бара од судот да му даде правна заштита со определена содржина. Тужбата е израз на волјата на тужителот, акт на неговата диспозиција. Без тужба како диспозитивно дејство нема парнична постапка – *nemo iudex sine actore*. Тужбата како иницијално парнично дејство може да се преземе во писмена форма (поднесок) или усно на записник кај судот. ЗПП, не предвидува дека тужбата се поднесува исклучително во писмена форма, иако во практиката во најголем број случаи тужбата се поднесува како поднесок.

Во постапката за заштита по основа на дискриминација соодветно се применуваат одредбите од Законот за парничната постапка. Постапката по поднесената тужба за заштита од дискриминација е итна.

Што може да се бара со тужбата?

Со тужбата може да се бара заштита на повредено право поради настаната дискриминација, односно заштита поради секое неоправдано, правно или фактичко, непосредно или посредно правење на разлика или нееднакво постапување, односно пропуштање (исклучување, ограничување или давање првенство) во однос на лица или групи кое се заснова на основа на полот, расата, бојата на кожата, родот, припадноста на маргинализираната група, етничката припадност, јазикот, државјанството, социјалното потекло, религијата или верското уверување, образованието, политичката припадност, личниот или општествен статус, менталната и телесна попреченост, возраста, семејната или брачна состојба, имотниот статус, здравствената состојба или која било друга основа.

Законот прецизно, со членот 36, пропишал што конкретно може да се бара како право на заштита со тужбата поради настанатата дискриминација. Така, во согласност со оваа одредба од Законот, тужителот со тужбата може да бара:

- да се утврди дека тужениот го повредил правото на тужителот на еднаков третман, односно дејство коешто го презел или пропуштил да го преземе непосредно, можело да доведе до повреда на правата на еднаквост во постапувањето;

- да се забрани преземање дејства со кои се крши или може да се прекрши правото на тужителот на еднакво постапување, односно да се извршат дејства со кои се отстранува дискриминацијата или нејзините последици;

- да се надомести материјалната и нематеријалната штета причинета со повреда на правата заштитени со овој закон; и

- да се објави во медиумите пресудата со која е утврдена повреда на правата на еднакво постапување на трошок на тужениот.

Сите овие барања може да се истакнат заедно со барањата за заштита на други права за кои се одлучува во парничната постапка, ако сите барања се во меѓусебна врска и ако исти суд е стварно надлежен да одлучува по истите.

Секоја тужба треба да содржи тужбено барање, кое во тужбата треба да биде јасно и конкретно определено и тоа како во субјективна, така и во објективна смисла. Како дел од тужбата, тужбеното барање е чисто процесно-правен поим, кој не зависи од материјално-правното овластување што му припаѓа на тужителот според правилата на материјалното право. Со тужбеното барање, тужителот го специфицира и прецизира видот и содржината на правната заштита што се бара со тужбата. Во постапката, странките ќе расправаат, а судот ќе одлучува во границите на тужбеното барање или барања што се ставени во постапката – *ne eat iudex ultra et extra petita partium.* Судот ќе одлучува за основаноста на тужбеното барање на тужителот да се донесе пресуда со која во негова корист ќе настапи определена правна последица како резултат на примената на определена правна норма врз определена фактичка состојба. Оттука, тужбеното барање како дел од тужбата, всушност, го чини предметот на постапката или предметот на спорот.

Законот за спречување и заштита од дискриминација во одредбата од членот 36, воведува нов начин на заштита на правото на рамноправно постапување со воспоставување посебна идивидуална тужба, притоа, одредувајќи четири видови на тужби и тоа:

- **Тужба за утврдување на дискриминација (деклараторна-антидискриминациска)**, со која тужителот бара да се утврди повредата на правото на тужениот за еднакво постапување. Законот му дава можност на тужителот да бара утврдување на веќе настанатата повреда на правата на еднакво постапување, но и да се превенира некое дејство на тужениот кое, непосредно, може да доведе до дискриминација. Ваквото барање има превентивен карактер, но донесената судска одлука важи за сите идни дејства кои би настанале меѓу странките.

- **Тужба за надоместок на штета (кондемнаторна)** е таков вид на тужба со која тужителот бара од судот да му даде правна заштита, така што, ќе го осуди тужениот во негова корист да даде нешто, да стори нешто, да трпи или да пропушти нешто. Правна заштита со кондемнаторна тужба се бара откако настанала повреда на граѓанското субјективно право. Бидејќи во современи услови, самопомошта, по правило е забранета, заради остварување на своето материјално-правно овластување, титуларот на правото мора да се обрати до судот со барање да го осуди должникот (тужениот) на исполнување на неговата обврска. Со оглед дека поднесувањето на кондемнаторната тужба следува по повреда на субјективното право, правната заштита што се бара со овој вид на тужба има репресивен карактер.

- **Тужба за забрана, односно пропуштање (реститутивна-репарациска-антидискриминациска тужба)**, со која тужителот може да бара од тужениот да преземе одредено дејство со кое ќе се отстрани дискриминацијата и нејзините последици (враќање во претходна состојба) или да се бара надоместок на настанатата штета (имотна или неимотна). И во двата случаја се поднесува кондемнаторна тужба, со која се бара определено дејствување од страна на тужениот.

- **Тужба за објавување на пресуда (публикациска)**, со која тужителот бара од тужениот на негов трошок да објави во медиумите веќе донесена пресуда. Во принцип, оваа тужба се поднесува кумулативно со декларативната тужба, а судот би го усвоил публикациското барање само доколку претходно го усвои декларативното барање. Ова се допрецизира во членот 40 став 1 од ЗСЗД. Објавувањето на пресудата може да биде во целост или делумно заради заштита на личните податоци, во согласност со Законот за заштита на личните податоци. За разлика до другите барања кои имаат *inter partes* дејство, публикациското барање има *ultra partes* дејство, па поради тоа и се гледа неговата особеност.

- **Кумулација на тужбени барања.** Индивидуалната тужба може да содржи повеќе барања кои може да бидат едно или повеќе антидискриминациски барања или антидискриминациското барање да се истакне во тужбата со барање за

утврдување на некое друго право во процесна постапка.

Во судската постапка во согласност со ЗСЗД постои можност за поднесување на заедничка тужба. Во оваа смисла активно се легитимирани повеќе субјекти и фондации, здруженија, установи или други организации кои имаат оправдан интерес да поднесат тужба и кои се занимаваат со заштита на правата на еднакво постапување. Сите тие можат да настапат како сопарничари, и треба да го сторат, веројатно, тврдењето дека со постапувањето на тужениот е повредено правото на еднакво постапување на група или поголем број на лица. Вака поднесената тужба ќе биде дозволена само ако постои согласност од лицето кое тврди дека е дискриминирано (член 41 став 4).

ПРИМЕР: тужбеното барање (petitum) за дискриминација

СЕ УСВОЈУВА *тужбеното барање на тужителот.*

СЕ УТВРДУВА *дека тужениот го повредил правото на еднаков третман на тужителот и го/ја ставил во неповолна состојба во однос на другите вработени, врз основ на неговиот/нејзиниот личен и општествен стаус, на начин што сторил директна дискриминација.*

МУ СЕ ЗАБРАНУВА *на тужениот да превзема понатамошни дејствија на дискриминација кон тужителот.*

СЕ ЗАДОЛЖУВА *тужениот на сопствен трошок да ја објави оваа пресуда во еден од дневните весници во Република Македонија.*

СЕ ЗАДОЛЖУВА *тужениот да му ги надомести на тужителот трошоците на парничната постапка, во рок од 8 (осум) дена од денот на приемот на пресудата, под закана на присилно исполнување.*

2.2. Активна и пасивна легитимација

Прашањето за активна и пасивна легитимација на странките во парницата, всушност, е прашање за каузалната легитимација во парницата и на двете странки: тужителот и тужениот како антиподи во процесот. Од каузалната легитимација произлегува дека тужителот, навистина, е легитимиран, затоа што тој е носител на побарувањето истакнато во тужбата (тужбеното барање) и дека тужениот навистина е легитимиран затоа што тој е носител на обврската што произлегува од тоа побарување. Каузалната легитимација претставува вистински однос на странките во парницата спрема нејзиниот предмет: тужителот е носител на побарувањето чие исполнување се бара – активна легитимација, а тужениот е носител на обврската чие исполнување се бара – пасивна легитимација. Поради вака поставен однос, каузалната легитимација и одлучување по истата е работа на мериторно одлучување. За оваа легитимација се одлучува со мериторна одлука: ако се докаже легитимацијата на двете страни-тужбеното барање се усвојува; ако таа легитимација не се докаже на двете страни-тужбеното барање се одбива. Како процесно-правна работа при одлучување на меритумот на спорот, секогаш треба да се има предвид дека каузалната легитимација не е процесно-правна претпоставка.

Каузалната (стварната) легитимација на странките треба да се разликува од способноста која ја има странката (странечка способност). Додека способноста која ја има странката е прашање на процесното право (член 70 од ЗПП), каузалната легитимација нема упориште во процесното право, туку нејзиното упориште се наоѓа во материјалното право. Имено, при постоење на материјално-правен однос на учесниците во спорот, а за кои се содржат одредби во материјалните закони, кои регулираат одредени општествени односи, се утврдува дали определено барање му припаѓа на определено лице (активна легитимација), односно дали определено барање може да се стави против определено лице (пасивна легитимација). Поради тоа, недостатокот на активна, односно пасивна легитимација доведува до одбивање на тужбеното барање со пресуда, а не до отфрлање на тужбата со решение. Во оваа смисла, судот може да донесе пресуда и да го одбие тужбеното барање иако не е ставен приговор за недостиг на стварна легитимација, ако утврди дека на тужителот, според одредбите на материјалното право, не му припаѓа такво барање, односно против тужениот не може да се истакне такво барање (Чавдар, Судска ревија бр. 1, 2006, стр. 90).

При утврдувањето на активната легитимација, ЗСЗД во своите материјални одредби истакнува дека овој Закон се применува од страна на сите државни органи, органите на единицата на локалната самоуправа, правните лица со јавно-правни овластувања и правните и физичките лица од областите предвидени во истиот Закон (член 4), а лицето кое смета дека поради дискриминација му е повредено некое право е овластено да поднесе тужба пред надлежен суд (тужителот е носител на побарувањето чие исполнување се бара – активна легитимација). Како пасивно легитимиран – тужениот е носител на обврската чие исполнување се бара, односно дали определено барање може да се стави против определено

лице. Каузалната (стварната) легитимација на странките во согласност со ЗСЗД е физичко лице кое престојува на територијата на Република Македонија и е правно лице кое е регистрирано, односно врши дејност на територијата на Република Македонија (член 5 став 1 точка 9).

Вака поставен каузалитет на стварната легитимација, ЗСЗД определува дека активна легитимација за поведување на спор за заштита од дискриминација може да биде секое лице кое смета дека поради дискриминација му е повредено некое право а во исто време е и носител на побарувањето чие исполнување се бара, додека пасивно легитимиран (тужен) може да биде секое лице носител на обврската чие исполнување се бара, односно определено барање за заштита од дискриминација може да се стави против тоа лице.

Во согласност со членот 39 од ЗСЗД објаснет погоре, во текот на постапката како вмешувач на страната на лицето, кое тврди дека е дискриминирано, и со негова согласност може да се придружи *inter alia* КЗД. Имено, КЗД како национално тело за еднаквост може да се јави во улога на вмешувач во парничната постапка покрената со индивидуална или заедничка тужба, или да се јави како сведок од страна на лицето кое е дискриминирано.

2.3. Фази на постапката

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 да ги изнесе тврдењата за фактите на кои го заснова неговото 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 во согласност со Директивата 2000/78/ЕС, изрично се предвидени одредби во закони кои регулираат определени специфични општествени односи. Така, на пример: ЗСЗД во членот 38 предвидува дека товарот на докажување преминува на спротивната страна по создавањето на *prima facie* случај на дискриминација, односно докажувањето дека немало дискриминација од тој момент па понатаму паѓа на товар на тужениот во постапката. Правото на преминување на товарот на докажување од тужителот на тужениот е потребно да се анализира во контекст на воспоставување на правна заштита во постапка по принципот на рамноправно постапување.

Генерално, постојат две главни причини поради кои правото на Европската унија го декларира преминувањето на товарот на докажување на тужениот: заштита на послабата страна на правниот однос и обезбедување на пристап до информации како израз на начелото на рамноправност на странките во постапката. Заштита на послабата страна на правниот однос и преминувањето на товарот на докажување на тужениот, придонесува за остварување на една од основните цели на европската политика за рамноправност на странките во постапката, кое начело е изрично нагласено во точката 8 од преамбулата на

Директивата 97/80/ЕС, а, исто така, е определено и во точката 18 од преамбулата, каде се наведува дека преминувањето на товарот на докажување на тужениот е во функција на остварување на правната заштита на жртвите од нерамноправноста во постапката. Втората причина се однесува на достапноста на информациите. Имено, оштетената страна од дискриминација, по правило, нема пристап на важни информации кои влијаат на докажувањето на повредата на правото на начелото на рамноправност на постапката. Преминувањето на товарот на докажување на тужениот, како процесен инструмент, со кој треба да се зголеми ефикасноста на антидискриминациската судска заштита, по правило поминува низ неколку фази во постапката и тоа:

1. Поднесување на тужба

Поднесувањето на тужба е странечко парнично дејство (парнично дејство на странката) со кое се поведува парнична постапка. Поднесувањето на тужба е парнично дејство кое се смета за преземено со предавањето на тужбата во судот, односно со пристигнувањето на тужбата во судот. Материјално-правното дејство на поднесувањето на тужба во судот е дејството што актот на поднесување на тужбата го предизвикува во сферата на материјално-правните односи. Тоа се состои во зачувување, зголемување и остварување на субјективното право чија заштита се бара со тужбата. Така, со поднесувањето на тужба во судот: се прекинува течењето на рокот на застареност, под услов постапката да продолжи (дејството отпаѓа ако тужбата биде повлечена, отфрлена или ако тужбеното барање биде одбиено), и/или се одржува преклузивниот рок, ако таков рок е пропишан за поднесување на тужба, итн. Основното процесно-правно дејство на поднесувањето на тужба во судот се состои во тоа што со овој акт се поведува парнична постапка. Покрај тоа, процесно-правното дејство од поднесувањето на тужба во судот се однесуваа и на: надлежноста на судот, вредноста на предметот на спорот и диспозицијата на странките.

Според членот 205 став 1 од ЗПП секоја странка е должна да ги изнесе фактите и да предложи докази врз основа на кои го заснова своето барање или со кои ги побива наводите и доказите на спротивната страна.

> Во случајот *Brunnhofer* 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 со неа, Судот на правдата на ЕУ навел дека тужителката треба да го докаже следново: *прво*, дека таа добивала помала плата за разлика од нејзините машки колеги, 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*, параграф 51-62).

2. Одговор на тужба

Со членот 270 став 1 од ЗПП е утврдено дека во одговорот на тужбата, тужениот може да се изјасни за барањата и наводите од тужбата и да предложи докази со кои ги поткрепува тие наводи, а според ставот 2 ако тужениот го оспорува тужбеното барање, во одговорот на тужбата е должен да ги наведе фактите врз кои ги заснова своите наводи и доказите со кои се утврдуваат тие факти. Со одговорот на тужбата, тужениот е должен да ги приложи и исправите на кои се повикува, ако е можно тоа. Според тоа, треба да се појде од карактерот на ЗПП кој во основа го прифаќа расправното начело. Поради карактерот на односите, во врска со кои надлежниот суд донесува одлука, во основа се поаѓа од правилото дека товарот на докажување треба да биде на странките , односно дека тие на судот треба да му достават процесен материјал. Судот има задача само да дојде до сознание за вистината, фактичката состојба, врз која донесува соодветна одлука. Притоа, судот ги утврдува само фактите кои се спорни меѓу странките и тоа врз основа на предложените докази.

Според ЗПП, судот одлучува во границите на барањата што се поставени во тужбата, 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.

Во погореспоменатион случај *Brunnhofer* Судот на правдата на ЕУ даде насоки за тоа како може да се побие претпоставка за сторена дискриминација. *Прво*, ако се докаже дека вработените мажи и жени не се во слична ситуација, бидејќи не била вршена работа со еднаква вредност, и *второ*, преку воспоставување на други објективни фактори кои придонеле во разликата во платата, а не се поврзани со припадноста на тужителот кон одредена пол, во овој случај на женскиот пол. (СПЕУ, случајот *Susanna Brunnhofer*, параграф 51-62).

3. Докази и изведување на докази

Со оглед на природата на предметот на тужбеното барање за заштита од настанатата дискриминација, како доказни средства кои би можеле да се користат во постапката би биле: исправи, доколку имаат содржина поврзана со дискриминацијата; статистички податоци; сведоци на дискриминациското постапување; вештачење за материјалната и нематеријалната штета поради настанатата дискриминација, и по потреба сослушување на странките.

> Во случајот *Seymour-Smith and Perez*, Судот на правдата на ЕУ сметал дека условите за добивање одредени права од работен однос или привилегии би претставувало *prima faciae* 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*).

Поради содржината на односите кои ги регулираат, воопшто, процесите од заштита и забрана од дискриминација се мошне специфични и пред судот отвораат низа дилеми и спорни прашања кои произлегуваат од Законот. ЗПП содржи посебни одредби за спорови од оваа област и не се определува поинаква постапка за овој вид спорови, туку само се инсистира на нејзината итност со формулацијата дека судот секогаш ќе обрне посебно внимание на потребата од итно решавање.

Во практиката, во текот на постапката во споровите од заштита и забрана од дискриминација, активната улога на судот е поизразита и, главно, се состои од обврската на судот да ги расправи и прашањата на кои тужителот инаку не укажува, а кои се од суштествено значење за текот на постапката. На одреден начин, од досегашната судска практика, може да се заклучи дека во одредени сегменти на споровите од заштита и забрана од дискриминација не им одговараат строгите правила од ЗПП и тоа има свое влијание врз текот на постапката. Ова, пред се́, се однесува на содржината на тужбата од одредбата од членот 176 став 1 од ЗПП, која мора да содржи факти врз кои тужителот го заснова барањето, како и доказите со кои се утврдуваат овие факти. Во практиката, на пример, во најголем број случаи, во споровите од заштита и забрана од дискриминација на работното место, тужителот, работникот, располага само со одлука чија законитост ја оспорува со тужба и приговор-жалба изјавен против истата. На тужителот, во најголем број случаи, воопшто не му е познато како е водена постапката кај работодавецот, кои акти се донесени, кои се причините за донесување на одлуката и др. Поради тоа работникот во тужбата не може да даде соодветно образложение, ниту, пак, да ги посочи доказите бидејќи процесниот материјал се наоѓа кај тужениот работодавец.

Во најексклузивниот вид спорови од работните односи, поврзани со одлуки за отказ на договорот за вработување, согледувајќи ја можноста работникот да не располага со докази со кои ги поткрепува тужбените наводи, уште во Конвенцијата 158 на Меѓународната организација на трудот за престан на работниот однос по иницијатива на работодавецот (1982 год.), со Оддел Б, член 9 точка 2-а е утврдено дека товарот на докажување, дека постои добра причина за престан на работниот однос, го има работодавецот. Ваквата одредба е вградена и во членот 72 од Законот за работните односи (ЗРО).

Во случајот *Asociația* ACCEPT, на дискриминација врз основа на сексуалната ориентација во регрутирањето на играчи од страна на професионален фудбалски клуб, Судот на правдата на ЕУ сметал дека *prima facie* случај на дискриминација врз основа на сексуалната ориентација може да биде побиено 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 на докази, дека преминувањето на товарот на докажување не бара невозможни докази да се наведат без мешање во правото на приватноста (СПЕУ, случајот *Asociația ACCEPT*, параграф 58-59).

Кога станува збор за прашањето на споровите од работните односи поврзани со дискриминацијата и мобингот - член 6 и 9-а од ЗРО, како што напоменавме и погоре прашањето на преминувањето на товарот на докажување е уредено со членот 11 од истиот. Имено, со членот 11 став 1 е утврдено дека ако кандидатот за вработување, односно работникот, во случај на спор изнесе факти од кои ќе се направи веројатно дека работодавецот постапил спротивно на членовите 6 и 9 од овој Закон, на работодавецот паѓа товарот на докажувањето дека немало дискриминација, односно дека постапил во согласност со членовите 6 и 9 на овој Закон, освен ако докаже дека различниот третман е направен поради исклучоците од членот 8 од истиот. Од содржината на цитираната законска одредба може да се заклучи дека, сепак, кандидатот по оглас или конкурс или работникот треба да изнесе факти дека работодавецот поради дискриминација повредил некое право засновано врз основа на нееднаквост во спроведувањето на постапката по оглас или конкурс.

Се поставува прашањето, со кои факти располага учесник на конкурсот или огласот за да може да тврди дека е дискриминиран во смисла на членот 6 од Законот за работните односи? Ако од објективни причини во тужбата не може да наведе нешто поконкретно, дали тоа значи дека тужбата како неуредна ќе биде отфрлена ако се има предвид членот 176 став 1 од ЗРО? Во врска со ова прашање, уште понејасен е членот 181 став 6 од ЗРО, според кој, неизбраниот кандидат за вработување кој смета дека при изборот била прекршена одредбата за забраната на дискриминација, во рок од 15 дена од приемот на известувањето од страна на работодавецот може да бара надоместок на штета пред надлежниот суд. ЗРО не содржи посебна одредба за заштита во врска со оглас или конкурс, освен врз основа на полот. Оттука, се поставува прашањето, како на кандидатот (тужителот), може да му биде досудена штета, доколку во судската постапка не е оспорена одлуката за извршен избор. Доколку истата биде поништена во неа може да биде утврдено дека станува збор за дискриминација во однос на тужителот. Без поништување на одлуката за извршен избор не може да дојде

предвид надоместување на каква било штета.

Според тоа, во врска со кое било прашање поврзано со евентуалната дискриминација, кандидатот за вработување или работникот во работен однос кај работодавецот, сепак, мора во тужбата да ги наведе конкретните причини (факти) врз кои го темели тужбеното барање, бидејќи не е доволно само да тврди дека е дискриминиран. Ако во тужбата се наведени факти кои укажуваат на можна дискриминација тужениот уште во одговор на тужбата во согласност со членот 270 став 2 од ЗПП е должен да ги наведе фактите врз кои ги заснова своите наводи со кои го оспорува тужбеното барање и доказите со кои се утврдуваат тие факти.

Во случајот *Meister*, тужителката тврди дека има дискриминација врз основа на полот, возраста и етничкото потекло при изборот на кандидат за вработување и притоа од судот бара работодавецот да ја направи јавна информацијата дали вработил друг кандидат на крајот на процесот. Судот на правдата на ЕУ 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. Судот на правдата на ЕУ 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*, параграф 47-48).

При тоа треба да се има предвид дека товарот на докажување нема апсолутен карактер, и дека во текот на доказната постапка, кога тужениот со факти втемелени на докази го чини тужбеното барање неосновано, товарот на докажување преминува на тужителот ако сака да успее со тужбата. Имено, овој правен институт не е врзан само со една фаза од постапката, односно може да се јави во сите фази во согласност со ЗПП во зависност од конкретната тужба. Според тоа, кога е во прашање одлучување за избор по објавен оглас или конкурс може да стане збор само за писмени докази со кои располага тужениот работодавец. Ако, пак, станува збор за дискриминација спрема тужителот, кој е во работен однос кај работодавецот, во зависност од карактерот на одлуката, во текот на судската постапка можно е да бидат сослушани и сведоци во врска со можната дискриминација. Сведоците треба да ги предложи тужителот со тужбата или во текот на судската постапка.

Законот за заштита од вознемирување на работното место во Глава V ги уредува прашањата во врска со судската заштита во случај на вознемирување на работното место. Вработениот кој смета дека е изложен на вознемирување на работното место, а кој не е задоволен од исходот на постапката за заштита од вознемирување на работното место кај работодавецот, може да поднесе тужба до надлежниот суд.

Овие спорови имаат карактер на работни спорови. Ако во текот на постапката тужителот го сторил веројатно постоењето на вознемирување на работното место, товарот на докажување дека немало конкретно однесување кое претставува вознемирување на работното место е на тужениот. Треба да се има предвид и фактот дека во споровите за заштита од вознемирување на работното место не е доволно тужителот само да тврди дека е психички вознемируван од страна на другите работници. Во оваа насока, потребно е да наведе конкретни факти и докази, преку коишто судот би можел да утврди евентуално вознемирување на работното место.

Иако досега немаме искуство со ваков вид судски спорови, сепак, поизразито ќе биде убедувањето на судот кое ќе го стекне врз основа на резултатите од целокупната постапка во согласност со членот 8 од ЗПП.

IV. ЗАКЛУЧОЦИ И ПРЕПОРАКИ

Заклучоци:

- Надлежностите на Комисијата за заштита од дискриминација како вонсудски механизам за заштита од дискриминација, во согласност со членот 24 од Законот за спречување и заштита од дискриминација се доволно широки со цел за промовирање на еднаквоста и спречувањето на дискриминацијата.
- Комисијата за заштита од дискриминација не може да се јави како странка во постапката во смисла на поведување на постапка во свое име, односно не може да се јави како тужител во една парнична постапка.
- Во согласност со членот 39 став 1 од Законот за спречување и заштита од дискриминација Комисијата за заштита од дискриминација може да се јави во улога на замешувач во парничната постапка покрената со индивидуална или заедничка тужба, од страна на лицето кое тврди дека е дискриминирано.
- Кога Комисијата за заштита од дискриминација се јавува како замешувач, овластеното лице на Комисијата може да биде сослушано како странка.
- Комисијата за заштита од дискриминација може да има положба и на единствен сопарничар во согласност со членот 197 став 1 од Законот за парнична постапка. Во ваков случај, замешувачот со положба на единствен сопарничар може да поднесе вонреден правен лек и во парницата во која, до настапувањето на правосилноста на одлуката за тужбеното барање, не учествувал како замешувач.
- Член на Комисијата за заштита од дискриминација може да се јави како сведок во една судска граѓанска постапка.
- Законот за спречување и заштита од дискриминација во членот 36,

воведува нов начин на заштита на правото на рамноправно постапување со воспоставување посебна идивидуална тужба и заедничка тужба, притоа одредувајќи четири видови на тужби и тоа: деклараторна, кондемнаторна, реститутивна-репарациска и публикациска тужба.

- Преминувањето на товарот на докажување во случаи на дискриминација, кое има карактер од процесно-правна природа, е правно регулирано во националното законодавство. Истиот не преминува во кривична постапка и во случаи кога судовите вршат истражни дејства.
- Во согласност со националното законодавство товарот на докажување од тужителот преминува на спротивната страна по создавањето на *prima facie* случај на дискриминација, односно докажувањето дека немало дискриминација од тој момент па натаму паѓа на товар на тужениот во постапката.
- Товарот на докажување како процесно-правен институт нема фиксни граници, односно не е врзан само со една фаза од постапката. Тој може да премине во која било фаза од постапката во согласност со Законот за парнична постапка, во зависност од конкретната тужба.
- Законот за спречување и заштита од дискриминација товарот на докажување во голема мера го става на тужителот, затоа што истиот мора да поднесе факти и докази од кои може да се утврди актот на дискриминација, спротивно со анти-дискриминациските директиви на ЕУ, кои само бараат утврдување на факти.

Препораки:

- Унифицирање на користените поими и правни институти во законите кои содржат антидискриминациски одредби како и уедначување на решенијата и системот на заштита во различни области и по различни дискриминациски основи.
- Подигнување на капацитети на Комисијата за заштита од дискриминација за целосно искористување на сите процесни дејства кои и се ставени на располагање во согласност со Законот за спречување и заштита од дискриминација како и Законот за парнична постапка.
- Градење на капацитети на судството и правните практичари за ефикасно спроведување на преминувањето на товарот на докажување во случаи на дискриминација.

БИБЛИОГРАФИЈА

Arnardóttir O.M., *A Future of Multidimensional Disadvanatage Equality?*, in G.Quinn, O.M.Arnardottir, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspective, Boston – Leiden, 2009 година.

Bayefsky A.F., *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, 11 Human Rights Law Journal 1, 1990 година.

Годишен извештај на Комисијата за заштита од дискриминација за 2011 година, Комисијата за заштита од дискриминација, Скопје, 2012 година. Достапен на: <http://www.kzd.mk> [Пристапено на: 10 јули 2013].

Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Official Journal L 180, од 19 јули 2000 година.

D.H. and Others v. Czech Republic case, App No.57325/00, Grand Chamber Judgement, од 13 ноември 2007 година.

ECtHR, *Nachova and Others v. Bulgaria case*, No.43577/98 and 43577/98, од 6 јули 2005 година.

ECtHR, *Thlimmenos v. Greece case*, Reports 2000-IV, од 6 април 2000 година.

ECtHR, *Timishev v. Russia case*, No. 55762/00 and 55974/00, од 13 декември 2005 година.

ECJ, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV*, Case C-54/07, 10 јули 2008 година.

ECJ, *Danfoss case*, Case C 109/88.

ECJ, *Marshall No.2 case*, Case C-271/91.

ECJ, *S.Coleman v Attridge Law, Steve Law*, Case C-303/06, OJ C 224, 17 јули 2008 година.

ECJ, *Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, **Case** C-381/99, [2001] ECR I-4961, од 26 јуни 2001 година.

European Commission, Macedonia 2011 Progress report, SEC(2011) **1203** final, Brussels, 12 October 2011. Достапно на: <http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2011/ package/mk_rapport_2011_en.pdf. > [Пристапено на: 15 мај 2013].

Закон за високото образование, **„***Службен весник на РМ“, бр.35/2008***,** *103/2008***,** *26/2009***,** *83/2009***,** *99/2009***,** *115/2010***,** *17/2011 51/2011, 123/2012* **и** *15/2013***.** Достапно на: http://www.mon.gov.mk и http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 12 август 2013].

Закон за волонтерството, **„***Службен весник на РМ“, бр.85/2007* **и** *161/2008.* Достапно на: http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 12 август 2013].

Закон за еднакви можности на жените и мажите, **„***Службен весник на РМ“, бр.6/2012***.** Достапно на: http://www.mtsp.gov.mk и http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 12 август 2013].

Законот за заштита на децата, **„***Службен весник на РМ“, бр.23/2013***.** Достапно на: http://www.mtsp.gov.mk и http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 12 август 2013].

Закон за заштита на правата на пациентите, **„***Службен весник на РМ“, бр.82/2008***,** *12/2009* и *53/2011***.** Достапно на: http://www.moh.gov.mk и http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 12 август 2013].

Закон за заштита од вознемирување на работно место, **„***Службен весник на РМ“, бр.79/2013***.** Достапно на: http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 12 август 2013].

Закон за работни односи, **„***Службен весник на РМ“, бр.62/2005***,** *106/2008***,** 161/2008, 114/2009, 16/2010 (пречистен текст), 50/2010, 52/2010, 158/2010 (пречистен текст), *47/2011, 11/2012, 39/2012, 52/2012* (пречистен текст), 13/2013 и 25/2013. Достапно на: http://www.mtsp.gov.mk и http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 20 јули 2013]**.**

Закон за основното образование, **„***Службен весник на РМ“, бр.103/2008***,** *33/2010***,** *116/2010***,** *156/2010***,** *18/2011 51/2011, 6/2012, 100/2012* **и** *24/2013***.** Достапно на: http://www.mon.gov.mk и http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 12 август 2013].

Законот за парнична постапка**, „***Службен весник на РМ“, бр.79/2005***,** *110/2008, 83/2009* и *116/2010***.** Достапно на: http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 29 август 2013].

Законот за социјална заштита, **„***Службен весник на РМ“, бр.79/2009***,** *36/2011, 51/2011, 166/2012* и *15/2013***.** Достапно на: http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 12 август 2013].

Закон за средното образование**, „***Службен весник на РМ“, бр. 44/1995, 24/1996, 34/1996, 35/1997, 82/1999, 29/2002, 40/2003, 42/2003, 67/2004, 55/2005, 113/2005, 35/2006, 30/2007, 49/2007, 81/2008, 92/2008, 33/2010, 116/2010, 156/2010, 18/2011, 42/2011, 51/2011, 6/2012, 100/2012* **и** *24/2013.* Достапно на: http://www.mon.gov.mk и http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 12 август 2013].

Закон за спречување и заштита од дискриминација, **„***Службен весник на РМ“, бр.50/2010***,** од 13 април 2010 година. Достапно на: http://www.mtsp.gov.mk и http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 15 мај 2013].

Закон за судовите, **„***Службен весник на РМ“, бр.58/2006***,** *35/2008* **и** *150/2010.* Достапно на: http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 12 август 2013].

Јаневски А., Зороска - Камиловска Т.**,** *Граѓанско процесно право, книга прва Парнично право***,** Скопје, 2009 година.

Јовановска-Брезоска Е., *Еднаквоста како основно право – со посебен осврт на практиката на Европскиот суд за човекови права во однос на заштитата од дискриминација***,** Скопје, 2011 година.

Convention concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer (No.158), International Labour Organisation, 68th ILC session, Geneva, од 22 јуни 1982 година.

Кривичниот законик, **„***Службен весник на РМ“, бр.37/1996***,** *80/1999***,** *4/2002***,** *43/2003***,** *19/2004***,** *60/2006***,** *73/2006***,** *139/2008***,** *114/2009 135/2011, 185/2011, 142/2012* **и** *166/2012.* Достапно на: http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 12 август 2013].

Попоска Ж.**,** *Вработување на лицата со хендикеп во Република Македонија (правна анализа)***,** Полиоплус – движење против хендикеп, Скопје, 2013 година.

Попоска Ж.**,** *Дискриминација врз основа на хендикеп во меѓународното право за правата на човекот***,** Универзитет „Св.Кирил и Методиј“ – Скопје, Правен факултет „Јустинијан I“, 2012 година.

Преглед на работата на Уставниот суд на Република Македонија за 2012 година, Скопје, февруари 2013 година. Достапно на: http://www.**ustavensud.**mk/domino/WEBSUD.nsf. [Пристапено на: 10 јули 2013].

Редовен годишен извештај на Комисијата за заштита од дискриминација за 2012 година, Комисијата за заштита од дискриминација, Скопје, 2013 година. Достапен на: <http://www.kzd.mk> [Пристапено на: 10 јули 2013].

The European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Filed, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe*, November 2010.

Уставот на Република Македонија, „*Службен весник на РМ“, бр.52/1991*, од 22 ноември 1991 година. Достапно на: http://www.slvesnik.com.mk. [Пристапено на: 10 јули 2013].

Hannett S., *Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination*, 23 OJLS 68, 2003 година.

Houtzager D., *Changing Perspectives: Shifting the Burden of Proof in Racial Equality Cases*, European Network Against Racism (ENAR) Brussels, June 2006.

Чавдар К., *Коментар на Законот за парнична постапка*, Академик, Скопје, 2011 година.

Чавдар К., *Судска ревија бр. 1*, УДК 34, Скопје, 2006 година.