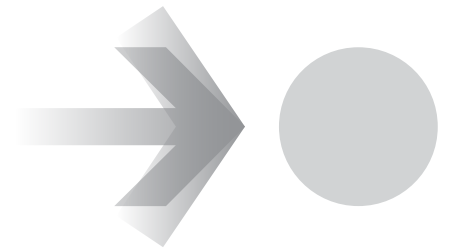


Dokazivanje slučajeva diskriminacije

Uloga situacionog testiranja

Izabel Roriv



Dokazivanje slučajeva diskriminacije **Uloga situacionog testiranja**

Izabel Roriv



Naziv publikacije:
DOKAZIVANJE SLUČAJEVA DISKRIMINACIJE
Uloga situacionog testiranja
Izabel Roriv

Naslov originala:
Isabelle Rorive
PROVING DISCRIMINATION CASES
The Role of Situation Testing
Center for Equal Rights and Migration Policy Group, 2009

Izdavač: Regionalni centar za manjine, Beograd
Štamparija: ...
Tiraž: 300 primeraka
Prevod: Diana Saržinski

Zahvaljujemo se organizacijama na ustupljenim pravima:
Centre for Equal Rights (CFER), Migration Policy Group (MPG)
©CFER/MPG 2009

Zahvaljujemo se na ustupljenom dizajnu:
Kaligram, Brisel – www.kaligram.be

Ova publikacija je štampana zahvaljujući podršci: National Endowment for Democracy (NED)

ISBN: 978-86-87047-04-4



Sadržaj

Uvod: Antidiskriminacioni zakon Evropske unije (Izabel Roriv).....	9
Deo I: Teret dokaza (Izabel Roriv).....	15
1. Nedostatak dokaza u slučajevima diskriminacije primeri iz Belgije	16
2. Težina tereta dokaza	17
<i>King protiv Velika Britanija - Kina centra pred Apelacionim sudom Engleske i Velsa (2002)</i>	18
<i>Praški aerodrom: Slučaj pred Domom lordova (2004)</i>	19
3. Dokazivanje rodne diskriminacije – odgovor Evropskog suda pravde	20
<i>Slučaj Danfos pred ESP</i>	20
<i>Slučaj Enderbi pred ESP</i>	21
<i>Slučaj Rojal Kopenhagen pred ESP (1995)</i>	23
<i>Binderen protiv Kaje pred Vrhovnim sudom Holandije (1982)</i>	24
4. Direktive Evropskog suda i prebacivanje tereta dokaza	24
<i>Presuda ustavnog suda Republike Češke da je prebacivanje tereta dokaza u skladu sa pravom na pravedno suđenje (2006)</i>	27
5. Evropski sud za ljudska prava i prebacivanje tereta dokaza	27
<i>Slučaj Načov pred Evropskim sudom za ljudska prava (2004 i 2005) i dalji razvoj događaja u slučaju Stoika (2008)</i>	28
<i>Slučaj Hugendik pred Evropskim sudom za ljudska prava (2005)</i>	30
<i>Slučaj D. H. pred Evropskim sudom za ljudska prava (2006 i 2007)</i>	31
6. Prebacivanje tereta dokaza u praksi	32
<i>Odluka švedskog suda za radno pravo o diskriminatornim jezičkim uslovima (2005)</i>	32
<i>Odluka švedskog Vrhovnog suda o seksualnoj orijentaciji (2006)</i>	33
<i>Slučaj desegracije u Miškolcu pred mađarskim Vrhovnim sudom (2006)</i>	33
<i>Apelacioni sud Engleske i Velsa u slučajevima Igen Ltd. i drugi protiv Vong; Čemberlen i drugi protiv Emokpe; Vebster protiv Brunel Univerzitet (2005)</i>	34
<i>Odluka Evropskog suda pravde u slučaju Ferin</i>	37
7. Poteškoće pri utvrđivanju činjenica	39
<i>Poljski Okružni sud odbacio tužbu zbog diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije (2006)</i>	40
<i>Češki Vrhovni sud poništio odluku o diskriminaciji o pružanju roba i usluga (2004)</i>	40

Deo II: Prednosti i mane situacionog testiranja

(Izabel Roriv)	41
<hr/>	
1. Istraživanje i sudska praksa uz korišćenje situacionog testiranja	42
2. Iskustvo iz Sjedinjenih Američkih Država	43
<i>Vrhovni sud SAD-a u slučaju Hejvens o pitanju pravnog osnova (1982)</i>	45
3. Situaciono testiranje u odnosu na pravičnost dokaza, izazove i privatni život u Evropi	47
4. Metodologija i smernice	50
4.1 Osigurati potpunu uporedivost	51
4.2 Osigurati pravednost i verodostojnost	51
4.3 Osigurati reprezentativnost	51
4.4 Osigurati pažljivo planiranje i dokumentaciju	52
4.5 Druga opšta pitanja	53

Deo III: Situaciono testiranje u zemljama Evrope

(Izabel Roriv)	55
<hr/>	
1. Pregled	56
2. Belgija	57
<i>Apelacioni sud u Liežu priznao princip „rol pleja“ tokom svedočenja (1988)</i>	58
<i>Predsednik prvostepenog suda u Briselu prebacio teret dokazivanja na osnovu rezultata testiranja (2005)</i>	58
<i>Apelacioni sud u Gentu doneo je odluku da je testiranje validan način za dokazivanje diskriminacije (2005)</i>	59
3. Republika Češka	59
<i>Opštinski sud u Pragu proglasio je da je dostojanstvo testera/ki narušeno uprkos tome što je diskriminacija bila očekivana (2002)</i>	59
<i>Opštinski sud u Pragu prihvatio testiranje mogućnosti zapošljavanja (2004)</i>	60
<i>Slučaj kluba „Škorpio“ pred praškim Visokim sudom (2005)</i>	60
<i>Regionalni sud u Ostravi prihvatio testiranje uskraćivanja usluga u baru „Diablo“ (2005)</i>	60
4. Danska	61
5. Finska	61
<i>Slučaj Finske lige za ljudska prava (2002)</i>	61
<i>Slučaj Pori (2006)</i>	62
6. Francuska	62
<i>Tri odluke Kasacionog suda (2000, 2002, 2005)</i>	63
<i>Ekspresno zakonodavstvo u 2006. godini</i>	64
<i>Odluka HALDE-a o uskraćivanju pristupa zdravstvenoj zaštiti (2006)</i>	66
7. Mađarska	67
<i>Odluka Vrhovnog suda u slučaju diskoteke K. L. (2002)</i>	68
<i>Odluka Vrhovnog suda o nepružanju usluga</i>	
<i>Romima i Romkinjama (2003)</i>	69

<i>Gradski sud u Budimpešti kaznio popularni klub zbog povrede dostojanstva Roma (2005)</i>	69
<i>Odluka Uprave za jednak tretman o diskriminaciji Roma i Romkinja u procesu zapošljavanja (2006)</i>	70
8. Letonija	71
<i>Slučaj Rejmonda Smagarsa (2005)</i>	71
9. Holandija	72
<i>Odluka predsednika Okružnog suda u Cutfenu da testiranje ne predstavlja provokaciju (1980)</i>	73
<i>Odluka lokalnog krivičnog suda u Amsterdamu da testiranje ne predstavlja podsticanje na vršenje krivičnog dela (1982)</i>	74
<i>Okružni krivični sud u Amsterdamu potvrdio testiranje bez nadzora policije (1992)</i>	74
<i>Komisija za jednak tretman prihvatila situaciono testiranje za dokazivanje neravnopravnog tretmana (1997)</i>	75
10. Slovačka	75
<i>Blaga odluka Okružnog suda o testiranju u Mihalovcima (2006)</i>	76
<i>Odluka Okružnog suda u Kežmaroku u vezi sa očekivanjem testera/ki da ne budu usluženi (2006)</i>	77
11. Velika Britanija	77
<i>Praški aerodrom: Slučaj pred Domom lordova (2004)</i>	78

Deo IV: Nevladine organizacije, situaciono testiranje u Švedskoj i sudovi

(Pol Lapalainen)	81
<hr/>	
1. Situaciono testiranje u Švedskoj - pregled	81
2. Etnička diskriminacija – slučajevi studenata prava	82
<i>Kikis Bar & Kafe (Stokholm)</i>	83
<i>Noćni klub Hani (Geteburg)</i>	84
<i>Noćni klub Eskejp (Malme)</i>	84
<i>Nagodbe sa noćnim klubovima</i>	85
3. Drugi primeri situacionog testiranja i diskriminacije	85

Zaključni komentari o situacionom testiranju

(Pol Lapalainen)	87
------------------------	----

Predgovor

Diskriminacija je obično skrivena i rasprostranjena budući da ima duboke socijalne, ekonomske, političke, istorijske i kulturalne uzroke koji su međusobno isprepleteni i povezani. Dokazivanje diskriminacije na sudovima, u medijima, u svakodnevnom životu, te u društvu kao celini je veliki izazov pošto u većini slučajeva ne postoje jasni i nedvosmisleni dokazi. Negiranje diskriminacije je često normalna pojava kod onih aktera koji poseduju društvenu moć. Političari i državni službenici, poslodavci i sindikati, istraživači i novinari često pretpostavljaju da se diskriminatorne prakse jednostavno ne dešavaju. Ovakva percepcija otežava prepoznavanje i prihvatanje činjenice da upravo oni i njima jednaki možda krše principe jednakosti. Ove kategorije aktera imaju moć da svoje predrasude primenjuju u praksi, bez obzira na njihovu svesnu ideologiju. Barem delimično zahvaljujući rasprostranjenom negiranju diskriminacije, dokazivanje diskriminacije je, po pravilu, vrlo teško.

Ipak, tokom poslednjih nekoliko godina je došlo do određenih promena, zahvaljujući korišćenju situacionog testiranja diskriminacije. Individualni pravni model je često problematičan za primenu u strukturalnoj i institucionalnoj diskriminaciji, a situaciono testiranje omogućava otkrivanje diskriminacije koja je neretko prikrivena raznim izgovorima. Jedan uspešan primer situacionog testiranja je primer sa parovima koji testiraju ulazak u noćne klubove. Par čine osoba koja je „emigrant/kinja“ i osoba koja je „domaća“. Jedina bitna razlika među njima je u etničkim odredbama, tj. boji kože ili kose. Ukoliko su pravilno izvedeni, ovakvi testovi sudijama pružaju dovoljno uvida u to da je došlo do diskriminacije. Ovi slučajevi su se sprovodili na mnogim instancama širom Evrope.

Cilj ove knjige je da pruži pregled različitih slučajeva iz Evrope u kojima je korišćen ovaj metod, kao i pregled smernica za one koji vrše situaciono testiranje. Poređenje evropskih iskustava sa onim iz Sjedinjenih Američkih Država je od velike važnosti. Posebno želimo da dopremo do žrtava diskriminacije, nevladinih organizacija, organizacija za jednakost i organizacija za ljudska prava kako bi objasnili na koji način su sudovi došli do presuda i ispitali poteškoće kao i povoljne prilike vezane za situaciono testiranje. Takođe, želimo da naglasimo potrebu za striktnom i strateškom primenom ove metode.

Situaciono testiranje, iskorišćeno na pravi način je legalna i efektivna tehnika. Ono je sredstvo za osnaživanje žrtava diskriminacije kojim one mogu testirati prava koja su već pokrivena zakonom i doprineti njihovom ostvarivanju. Strategijski implementirano, situaciono testiranje osigurava dugoročnu održivost promena.

Centar za jednaka prava iz Švedske, Grupa za migracionu politiku i autori ove knjige su uvereni da su jednaka prava i mogućnosti, kako na rečima tako i na delu, ključ za uspostavljanje, produbljivanje i održivost ljudskih prava na sve raznovrsnijoj i kompleksnijoj evropskoj sceni. Duboko veruju da je neophodno da se u ovaj proces uključi civilni sektor. Oni su radili na ovoj knjizi u nadi da će ona obezbediti smernice za korišćenje situacionog testiranja organizacijama civilnog društva koje dele naša uverenja i ciljeve.

Na kraju, želeli bismo da izrazimo zahvalnost profesorki Izabel Roriv i doktoru prava Polu Lapalainenu za njihov dragoceni doprinos ovoj knjizi. Takođe, se zahvaljujemo i višem savetniku Kalidu Aselu za njegov trud pri inicijativi i praćenju ovog projekta kao i zamenici direktora Grupe za migracionu politiku Izabel Šopen za podršku pri realizaciji ove knjige.

Mehmet Kaplan, Direktor, švedski Centar za jednaka prava
Jan Nisen, Direktor, Grupa za migracionu politiku

Uvod

Antidiskriminacioni zakon Evropske unije Pozadina

Izabel Roriv

Profesorka na Pravnom fakultetu, Univerzitet Libre u Briselu (Université Libre de Bruxelles –ULB)

Od samog početka antidiskriminacija je predstavljala ključni faktor evropskih integracija. S jedne strane, diskriminacija na osnovu nacionalne pripadnosti nije u skladu sa zajedničkim tržištem koje se oslanja na slobodu kretanja. U skladu s ovim, prvobitni ugovor o Evropskoj ekonomskoj zajednici (EEZ) je sadržavao brojne odredbe koje zabranjuju diskriminaciju ljudi koji su državljani neke od zemalja članica Evropske unije¹ a koji žive ili rade u drugoj zemlji članici. Istovremeno, primena principa da muškarci i žene treba da imaju jednaka primanja za obavljanje jednakih poslova je smatrana neophodnom kako bi se izbeglo narušavanje tržišnog takmičenja između zemalja članica. Diskriminacija u platnom sektoru, i diskriminacija žena uopšte, su tokom godina prepoznate kao društveni problem i kršenje osnovnih ljudskih prava.

Uprkos individualističkoj prirodi odredbi u Rimskom ugovoru² iz 1957. godine koje se tiču rodni diskriminacija i njihove tržišno orijentisane pozadine, unutar Evropske unije je postepeno raslo telo zakona o ravnopravnosti polova do to mere, da je postalo „odvojeni zamak u tvrđavi prava zajednice“, kako ga je klasifikovao Lord Vederburn³. Ovaj pokret je otpočeo ranih 70-ih, a u godinama koje su usledile uspostavljen je značajan deo evropskog zakonodavstva. Istovremeno je Evropski sud pravde preradio i ojačao ovaj pravni okvir, uhvativši se u koštac sa rodom diskriminacijom na osnovu zarade, uslova rada i socijalne sigurnosti.

Nastajanje koncepta državljanstva EU, i potreba Evropske unije za popularnijim legitimitetom zahtevali su proširenje politike jednakih mogućnosti. Od ranih devedesetih, organizacije civilnog društva su potencirale raspravu i vršile pritisak na Evropsku zajednicu da se suoči sa diskriminacijom na brojnim drugim osnovama, posebno na osnovu etničke pripadnosti⁴. Rezultat ovog procesa je bilo uključivanje člana 13 u ugovor o EZ nakon stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora iz 1997. godine. Ova odredba je kamen temeljac evropskim antidiskriminacionim zakonima budući da je osnažila zajednicu da „preduzme odgovarajuće mere u borbi protiv diskriminacije na osnovu pola, rasne ili etničke pripadnosti, religije ili vere, invaliditeta, starosti ili seksualne orijentacije“. Usvajanje člana 13 ukazuje na porast prepoznavanja potrebe za razvojem integrisanog pristupa borbi protiv diskriminacije, kao potrebe za dobijanjem određene koristi od razmene iskustava i dobre prakse na različitim osnovama.

Iako je član 13 bio ogroman korak napred u sprovođenju principa jednakog tretmana u Evropi, ovoj odredbi je nedostajao direktan efekat i kao takva nije obavezivala evropske institucije da deluju. Da bi odgovarajuće zakonske mere bile odobrene potreban je jednoglasan odgovor veća na predlog komisije, nakon konsultacija sa parlamentom. Zbog toga što je postojao zahtev za jednoglasnošću, mnogi su verovali da se godinama ništa neće dogoditi, ako se ikada i dogodi. Međutim, dve direktive su usvojene 2000. godine, godinu

dana nakon stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora: direktiva 2000/43/EC o primeni načela ravnopravnog tretmana osoba bez obzira na rasno ili etničko poreklo (Direktiva o rasnoj jednakosti), i direktiva 2000/78/EC o uspostavljanju opšteg okvira za jednak tretman u pogledu zapošljavanja i odabira zvanja bez obzira na religijska ili verska uverenja, invaliditet, godine starosti i seksualnu orijentaciju (Direktiva o okviru jednakosti). Ovako brzo dostignuće je bilo rezultat dugogodišnje kampanje civilnog društva koja je pripremala teren za široku podršku za ove zakonske mere. Izvanredne političke okolnosti su takođe odigrale značajnu ulogu. Možda će zvučati čudno ali, Jorg Haider, vođa FPÖ (Austrijska ekstremističko –desničarska stranka) je unapredio ovaj proces. Njegovo učešće u Šuselovoj vladi 2000. godine izazvalo je u to vreme veliku zabrinutost u drugim državama članicama Evropske unije. Sprovođenje konkretnih mera protiv rasne diskriminacije je postalo prioritet u Evropi. Suočena sa mogućom političkom izolacijom, Austrija nije mogla sebi da dopusti da glasa protiv antidiskriminacione legislative.

Direktiva o rasnoj jednakosti i Direktiva o okviru jednakosti su značajno podigle minimalni neophodni nivo pravne zaštite u EU. One zabranjuju četiri oblika protivpravne diskriminacije: direktnu i indirektnu diskriminaciju, uznemiravanje i podsticanje na diskriminaciju. Pod direktnom diskriminacijom podrazumevaju se situacije u kojima se „jedna osoba tretira, bila je ili će biti tretirana nepovoljnije u odnosu na drugu osobu u istoj ili sličnoj situaciji“ na osnovu diskriminacije koji je zabranjen⁵. To je na primer slučaj kada u oglasu za iznajmljivanje stana jasno stoji da „stranci/strankinje nisu dobrodošli“⁶. Nasuprot tome, indirektna diskriminacija nije nužno povezana sa diskriminacijom namerom⁷. Ovaj oblik diskriminacije nastupa kada „naizgled neutralna pravna odredba, kriterijum ili praksa“ dovode u posebno nepovoljan položaj osobe određenog rasnog ili etničkog porekla, religije ili vere, starosne dobi, invaliditeta ili seksualne orijentacije, osim ako ta pravna odredba, praksa ili kriterijum nisu „objektivno opravdane legitimnim ciljem, a sredstva usmerena ka postizanju tog cilja su primerena i nužna“⁸. Pravilnik o oblačenju u određenim kompanijama može predstavljati indirektnu diskriminaciju na osnovu vere ukoliko zabranjuje nošenje marame, kipe ili turbana bez odgovarajućeg obrazloženja (poput sigurnosnih zahteva na poslovima na kojima je neophodno nošenje zaštitnog šlema, ili gde se zahtevaju posebni higijenski uslovi za proces proizvodnje hrane). S druge strane uznemiravanje podrazumeva neželjeno ponašanje koje traje određeno vreme. Ponašanje postaje uznemiravanje onog trenutka kada ima za cilj da povredi dostojanstvo druge osobe i prouzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje⁹. Radnik koji je u istopolnom partnerskom odnosu doživljava uznemiravanje kada se suočava sa čestim homofobičnim opaskama svog šefa ili kolege. Na kraju, zabrana podsticanja na diskriminaciju znači da se sama činjenica da se od

5 Član 2(2) (a) Direktive o ravnopravnosti bez obzira na rasu i Direktive o okviru jednakosti

6 Različiti tretman na osnovu rasne ili etničke pripadnosti nikada ne može biti opravdan, osim ukoliko „predstavlja stvarni i određujući kriterijum zbog posebnih okolnosti vezanih za obavljanje radnih zadataka“ (Član 4 Direktive o ravnopravnosti bez obzira na rasu). Klasičan primer je kada producent zapošljava glumca koji će igrati ulogu Martin Luter Klina ili Muhamed Alija.

7 U zakonu Evropske Unije concept indirektno diskriminacije je prvobitno bio formiran za potrebe Evropskog suda pravde u slučajevima jednakih zarada. Videti slučajeve: J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd, 31. mart 1981, slučaj 96/80; Bilka-kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz, 13. maj 1986, slučaj 170/84

8 Član 2(2) (a) Direktive o ravnopravnosti bez obzira na rasu i Direktive o okviru ravnopravnosti

9 Član 2(2) (a) Direktive o ravnopravnosti bez obzira na rasu i Direktive o okviru ravnopravnosti

1 Vidi M. Bell, *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, OUP, 2002, p.33.

2 Član 119, par.1 Ugovora o EEZ (danas sadržan u članu 141.1 Ugovora o EZ) navodi da " Svaka država članica će (...) osigurati (...) primenu principa da muškarci i žene treba da primaju jednake plate za jednaki rad".

3 *Labour law on freedom: Further essays on labour law*, London, Lawrence and Wishart, 1995, p.265

4 Na primer Starting Lajn Grupa, (Starting Line Group), koalicija kreirana 1991. godine i sačinjena od preko 400 članova iz nevladinog sektora širom Evrope koji su aktivni u polju antidiskriminacije. Više o radu Starting Lajn Grupe videti , na primer, I. Chopin, " The Starting Line: A harmonised approach to the fight against racism and promote equal treatment", *European Journal of Migration and Law*, 1999/1.

treće strane zahteva diskriminatorno ponašanje izjednačava sa protivzakonitom diskriminacijom¹⁰. Na primer, poslodavac koji zahteva od agencije za zapošljavanje da zapošljava samo bele ljude, krši antidiskriminacioni zakon EU. Tome se dodaje i kršenje zakona kroz delovanje same agencije.

Treba naglasiti da Direktiva o rasnoj ravnopravnosti i Direktiva o okviru ravnopravnosti nemaju jednak materijalni opseg. Imajući u vidu rasnu i etničku pripadnost pokrivena su oblasti zapošljavanja, obuke, obrazovanja, socijalne sigurnosti, zdravstvene zaštite, stanovanja i pristupa robi i uslugama. Što se tiče religije ili verovanja, invaliditeta, godina starosti ili seksualne orijentacije, zaštita je ograničena na zaposlenje, zanimanje i strukovnu obuku¹¹. Međutim zakon EU uspostavlja minimalne standarde za nivo zaštite, prema tome dajući državama članicama mogućnost uvođenja ili održavanja opširnijih odredbi¹². Ovo je bio slučaj u velikom broju država članica koje su prevazišle zahteve Direktive o okviru ravnopravnosti¹³.

Direktiva o rasnoj ravnopravnosti i Direktiva o okviru ravnopravnosti su u velikoj meri razvijene na temelju iskustava sa legislativom rodne diskriminacije i sudskom praksom Evropskog suda pravde. Dok je Direktiva o principima jednakog tretmana među polovima¹⁴ iz 1976. godine uglavnom bila usmerena na zabranu rodne diskriminacije u svim aspektima radnog odnosa, Direktive iz 2000. godine posebnu pažnju posvećuju pravnim sredstvima i sprovođenjima, a naročito sprovođenju prava, teretu dokazivanja i sankcijama. Legislativa diskriminacije na osnovu pola u EU jasno naglašava potrebu za delotvornim mehanizmom sprovođenja. Ovo je neophodno za uspešan sudski proces i praktičnu primenu načela jednakog tretmana¹⁵. Nedavno usvojene direktive koje jačaju i proširuju pravni okvir primene načela jednakog tretmana žena i muškaraca slede ovaj šablon¹⁶.

Fokusiranje na teret dokaza u nedavno usvojenim direktivama u EU je nesumnjivo jedna od mera za poboljšanje sprovođenja normi ravnopravnosti. U mnogim državama članicama, iskustvo koje proizilazi iz zakona protiv rasizma i zakona o rodnoj diskriminaciji, pokazalo je da ovi zakoni prečesto postoje samo na papiru, dok je pitanje dokazivanja ključni problem uspešnog sprovođenja. Ovaj priručnik je fokusiran na prepreke sa kojima se žrtve diskriminacije susreću prilikom uveravanja suda da su zaista bili izloženi štetnom i protivpravnom tretmanu. Prvi deo pruža pravni zapis kako prebacivanje tereta dokaza ima za cilj da se uhvati u koštac sa problemom, te kako je ono korišćeno u pojedinim ključnim slučajevima. To će pokazati da prebacivanje tereta dokaza nije dovoljno i da mnogi slučajevi diskriminacije zahtevaju dodatno oruđe kako bi se mogli prikupiti dokazi na osnovu kojih sud može da utvrdi da se diskriminacija zaista dogodila. Situaciono testiranje je jedno od tih oruđa. Ono je naročito pogodno za otkrivanje direktne diskriminacije koja se često krije iza različitih izgovora. Oslanjajući se na iskustvo iz Sjedinjenih Američkih Država, drugi deo priručnika predstavlja prednosti i mane situacionog testiranja. On se fokusira na dva ključna pitanja vezana za situaciono testiranje: usklađenost sa ljudskim pravima i poštovanje strogih metodoloških zahteva. Treći deo priručnika pruža primere situacionog testiranja i sudskih postupaka u zemljama članicama EU i prikazuje nivo zastupljenosti koji je situaciono testiranje dobilo proteklih godina u evropskim zemljama. Pol Lapalainen¹⁷ daje pregled situacije u Švedskoj u četvrtom delu i u svojim konačnim komentarima daje potencijalne primere testiranja, ne samo u sudskim postupcima (strateškim ili nestratiškim) nego i za podizanje svesti i kontrolu kvaliteta prakse i politike ravnopravnosti kako u privatnom, tako i u javnom sektoru.

10 Član 2(2)(4) Direktive o ravnopravnosti bez obzira na rasu i Direktive o okviru ravnopravnosti

11 Za dalji razvoj zakona u EU, videti Comparative analyses on national measures to combat discrimination outside employment and occupation: Mapping study, Human European Consultancy and Migration Policy Group (eds.), decembar 2006; Rezolucija Evropskog parlamenta od 20. maja 2008. o napretku u jednakim mogućnostima i nediskriminaciji u EU. Imajte na umu da Evropska komisija trenutno radi na nacrtu horizontalnog predloga direktive o invaliditetu (maj 2008). Nakon protivljenja nekih zemalja članica komisija je odustala od svoje prvobitne namere da obradi i godine starosti, religiju/veru i seksualnu orijentaciju.

12 Recital 25 Preambule Direktive o rasnoj ravnopravnosti; recital 28 Preambule Direktive o okviru ravnopravnosti

13 M. Bell, I Chopin i F. Palmer, Developing anti-discrimination law in Europe, Evropska Komisija, decembar 2007

14 Direktiva Saveta 76/207/EEZ od 9. februara 1976. o implementaciji principa jednakog tretmana za muškarce i žene u pogledu pristupa zapošljavanju, stručnoj obuci i unapređenju uslova rada.

15 Za diskusiju o širokom opsegu prepreka sa kojima se suočavaju žene pri uspostavljanju uspešnog sudskog procesa, videti na primer J. Blom, B. Fitzpatrick, J. Gregory, R. Knegt i U. O' Hare, The utilization of sex equality litigation in the Member States of the European Community: A comparative study, Report to the Equal Opportunities Unit of DG V, Evropska Komisija, 1995, V/782/96- EN

16 Videti direktivu veća 2004/113/EZ od 13. decembra 2004. godine kojom se implementira princip ravnopravnosti muškaraca i žena u mogućnostima dobijanja i nabavke robe i usluga; Direktiva 2006/54/EC Evropskog Parlamenta i veća od 5. jula 2006. o implementaciji principa jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i obavljanja zanimanja.

17 Autorka se zahvaljuje Polu Lapalainenu i Lori Gorniciou za lingvističku pomoć

1

Deo I

Teret dokaza

1. Nedostatak dokaza u slučajevima diskriminacije - primeri iz Belgije
2. Težina tereta dokaza
3. Dokazivanje rodne diskriminacije - odgovor Evropskog suda pravde
4. Direktive Evropskog suda i prebacivanje tereta dokaza
5. Evropski sud za ljudska prava i prebacivanje tereta dokaza
6. Prebacivanje tereta dokaza u praksi
7. Poteškoće pri utvrđivanju činjenica

Izabel Roriv

Profesorka na Pravnom fakultetu, Univerzitet Libre u Briselu (ULB)

Sudski proces je jedan od suštinskih načina za borbu protiv diskriminacije. Sudske odluke mogu pružiti delotvorna sredstva za nadoknade i u velikoj meri imaju trajan uticaj koji prevazilazi konkretnu situaciju pojedinca¹⁸. U praksi mnogi izazovi nastaju prilikom formiranja uspešnog postupka protiv diskriminacije, a prilično veliki izazov je poteškoća prilikom dokazivanja takvih slučajeva. Diskriminacija je često prikrivena, ako ne indirektna i slučajevi u kojima je dostupan nepobitan dokaz diskriminacije su retki. Borba za ravnopravan tretman žena i muškaraca je pokazala da je teško doći do primene zakona koji zabranjuju direktnu i indirektnu diskriminaciju. Isti zaključak može da se donese u pogledu zakona koji zabranjuju diskriminaciju na osnovu etničke pripadnosti kao i po bilo kom drugom osnovu.

1. Nedostatak dokaza u slučajevima diskriminacije – primeri iz Belgije

Muro zakon (Moureaux Act), donet 1981. godine u Belgiji je prvi pravni propis koji se odnosi na diskriminaciju na osnovu etničke pripadnosti¹⁹, a pravna odredba koja kažnjava diskriminaciju na tržištu rada je usvojena 1994. godine²⁰. Iako je nekoliko naučnih studija pokazalo da postoji visok stepen diskriminacije na osnovu etničke pripadnosti prilikom zapošljavanja, od tada nijedan slučaj u sudu nije bio uspešan²¹. Prema navodima belgijskog tela za zaštitu ravnopravnosti Centra za jednake mogućnosti i borbu protiv rasizma (Center for Equal Opportunities and Opposition to Racism - CECLR)²², razlog za ovo je u velikoj meri težina tereta dokazivanja.

Poprilično je teško dokazati da je odluka poslodavca/ke da nekog ne zaposli ili da mu/joj da otkaz zasnovana na rasnoj ili etničkoj pripadnosti. Poslodavci/ke nisu dužni/e da objašnjavaju svoje postupke, a ostali zaposleni se retko odlučuju da svedoče protiv poslodavca.

Čak i kada ne govorimo samo o oblasti zapošljavanja, veoma je teško naći počinioca/teljku koji će pružiti konkretni dokaz diskriminacije. Prilično su neobični slučajevi u kojima stanodavac/ka koji je rasista/kinja daje oglas za izdavanje stana u kojem je navedeno

“Stranci/kinje nisu dobrodošli/e”²³. Pored toga ima jako malo slučajeva u kojima počilac/teljka diskriminacije priznaje činjenično stanje otvoreno. Važna odluka doneta u slučaju iz 2004. godine je redak izuzetak. Ovaj slučaj se odnosio na kupovinu stana u ekskluzivnom delu Brisela. Nakon što je trgovac nekretninama pokazao stan tamnoputoj ženi, gospođi Mvamba Kasuba, ona je izrazila veliko interesovanje za stan i dala svoju ponudu. Istovremeno je zatražila određene informacije o zgradi. Kada i pored toga što je nekoliko puta telefonom zvala trgovca nekretninama nije dobila tražene podatke obratila se prijatelju koji je Belgijanac i zamolila ga da ode da pogleda stan i proceni situaciju. Tokom pokazivanja stana prijatelju, agent za nekretnine je rekao: „Jedna crnkinja je zainteresovana za ovaj stan, ali stan je Vaš, ako želite da ga kupite. Ne želim da prodam stan crncima. Ja sam zadužen za celu zgradu i iz iskustva znam da sa Afrikancima uvek ima problema”. Ovaj agent za nekretnine je čak pismeno potvrdio ove komentare.²⁴

Zaključak je da su vrlo retki slučajevi u kojima je motiv za diskriminatorno ponašanje jasan i precizan. Homoseksualni par je 17. novembra 2004. godine izrazio zainteresovanost za iznajmljivanje kuće i položio kaparu za prvi mesec, što je uobičajena praksa prilikom osiguravanja ugovora sa stanodavcem. Dva dana kasnije im je zaposleni u agenciji za nekretnine koji je zvao u ime vlasnika kuće, ostavio poruku na sekretarici “Razgovarali smo telefonom sa vlasnicima, oni žele da iznajme kuću tradicionalnom paru. Možete da dođete po svoj novac, a mi ćemo možda moći da pronađemo drugu kuću za vas”²⁵.

Ovakvi slučajevi u kojima diskriminacija može da bude ustanovljena na konkretan način su izuzetak. Moguće je da oni postanu još manje uobičajeni budući da su novije kampanje protiv diskriminacije uglavnom pokrenute nakon što je Evropska komisija implementirala Direktivu o ravnopravnosti bez obzira na rasu i Direktivu o okviru ravnopravnosti. One su skrenule pažnju šire javnosti na kašnjenje ovakve prakse.

2. Težina tereta dokaza

Dokaz je često nesavladiva prepreka u slučajevima diskriminacije, a težina tereta dokaza je van sumnje ključno pitanje.

Po zakonu, teret dokaza se odnosi na obavezu stranke da nepobitno dokaže činjenicu ili skup činjenica prilikom pravnog postupka. Drugim rečima, teret dokaza se odnosi na odluku o tome koja stranka mora da ustanovi pojedinosti u parnici. Opšte pravilo je da teret dokaza leži na tužiocu/teljki, odnosno osobi koja podnosi slučaj. Kada dati navodi postanu suštinski element slučaja jedne stranke, teret dokazivanja tih navoda obično leži na toj stranci. Da bi

18 Antidiskriminacioni nacrti su izgrađeni u fazama, od kojih je jedna i “judikalizacija”. Videti P. Sajmon (koordinator projekta Medis), Comparative study of the collection of data to measure the extent and impact of discrimination with the United States, Canada, Australia, the United Kingdom and the Netherlands. Izveštaj Generalnom direktoratu za zapošljavanje i socijalna pitanja, Evropska Komisija, 1994, str.15 i dalje

19 Zakon od 30. jula 1981. kojim se kriminalizuje vršenje određenih radnji insprisanih rasizmom ili ksenofobijom, Moniteur belge, 8. avgust 1981. (nedavno izmenjen i dopunjen Zakonom usvojenim 10. jula 2007. Moniteur belge, 30. jula 2007.

20 Član 2 bis Muro zakona uvršten Zakonom od 12. aprila 1994. Moniteur belge, 14. maj 1994

21 Videti između ostalih P. Ajrn, S. Feld & A. Nejer, La discrimination a l'acces a l'emploi en Belgique en raison de l'origine etrangere, International Labour Office, 1998; A. Martens, N. Uali & dr, Discrimination des etrangeres et des perosonnes de origine etrangere sur le marche du travail de la Region Bruxelles-Capitale, Universite Libre de Bruxelles et Katholieke Universiteit Leuven, ORBEM, januar 2005.

22 CECLR je formiran 1993. (Zakon od 15. februara 2003. koji se odnosi na osnivanje Centra za jednake mogućnosti i borbu protiv rasizma, Moniteur belge, 19. februar 2003. kao i njegove kasnije izmene i dopune)

23 Prvostepeni sud u Liežu (13. poglavlje, krivični) 28. decembar 2001. (dostupno na web stranici CECLR-a, www. diversite.be)

24 Prvostepeni sud u Briselu (poglavlje 55. krivični) 31. mart 2004 (dostupno na stranici CECLR-a www. diversite. be). Činjenice u ovom slučaju su se desile pre stupanja na snagu Zakona od 25. februara 2003. godine kojim se prenosi Direktiva o rasnoj ravnopravnosti (sada zamenjena saveznim Zakonom protiv određenih oblika diskriminacije od 10. maja 2007., Miniteur belge, 30. maj 2007.).

25 Prvostepeni sud u Nivelu (po skraćenom postupku, civilni) 19. april 2005, odluka sažeta u European Anti-Discrimination Law Review, br. 2, str. 47.

slučaj bio uspešan, osoba koja je doživela diskriminaciju mora da podnese dovoljan broj dokaza kako bi potreban standard dokazivanja bio zadovoljen. U mnogim slučajevima osoba koja je doživela diskriminaciju nije u mogućnosti da pribavi dovoljno činjenica kako bi sudu pružila jasan i uverljiv dokaz o tome da je došlo do diskriminacije. Razlog leži u činjenici da počinilac/teljka uglavnom ima kontrolu nad dokazima na osnovu kojih može da se utvrdi da li je počinio/la delo za koje se tereti.

› *King protiv Velika Britanija - Kina centra pred Apelacionim sudom Engleske i Velsa (2002)*²⁶

U Velikoj Britaniji, gde je antidiskriminaciona legislativa prvi put usvojena 1965. godine u okviru Zakona o rasnim odnosima, sudije su upoznate sa poteškoćama sa kojima se susreću osobe koje tvrde da su doživlele diskriminaciju pri ispunjavanju standarda dokazivanja. U slučaju koji je vođen pred Apelacionim sudom 1992. godine King protiv Velika Britanija - Kina centra, Lord sudija Nil (Neill) je izjavio da je „teško pronaći direktne dokaze rasne diskriminacije. Mali broj poslodavaca/ki bi bio/la spreman/a da prizna takav oblik diskriminacije, pa čak i samom/oj sebi. U nekim slučajevima diskriminacija neće biti zlonamerna, već će se zasnivati na pretpostavci da se ona/on ne bi uklopili“. Činjenice iz ovog slučaja ukazuju na probleme sa kojima se podnosilac/teljka tužbe suočavao/la. Ovaj slučaj se odnosio na neuspeh prilikom imenovanja žene koja je kineskog etničkog porekla na poziciju zamenice direktora Velika Britanija - Kina centra. U oglasu je izričito naglašeno da su neophodni uslovi za tu poziciju da: kandidat/kinja ispunjava uslove „lično poznavanje Kine“ i da „tačno govori kineski jezik“. Uprkos činjenici da je kandidatkinja ispunila oba kriterijuma i da je diplomirala po britanskim standardima, ona nije bila među osam kandidatkinja kojima je zakazan razgovor. Svi koji su pozvani na razgovor su bili belci koji imaju diplomu iz kineskih studija. Od petoro osoba koje su kineske etničke pripadnosti nijedna nije bila pozvana na razgovor, a takođe nijedna osoba iz Kine nikada nije bila zaposlena u Velika Britanija - Kina centru. Kasnije su predstavnici Velika Britanija - Kina centra tvrdili da su kriterijumi navedeni u oglasu od sekundarne važnosti, dok su „sveže iskustvo i poznavanje birokratije i institucija savremene Kine“ presudni. Sud je procenio da su činjenice u ovom slučaju dovoljne da se zaključi da je došlo do diskriminacije, mada nije bilo direktnog dokaza za diskriminatorni motiv. Drugim rečima, Lord sudija Nil je predložio način za ublažavanje učinka tereta dokazivanja: „Pronalaženje razlika u postupanju i pronalaženje razlika među rasnim grupama često će ukazati na mogućnost diskriminacije na osnovu rasne pripadnosti. Pod ovakvim okolnostima sud će tražiti objašnjenje od poslodavca. Ukoliko objašnjenje izostane ili sud oceni da je objašnjenje neprikladno ili nezadovoljavajuće, biće potpuno legitimno da sud zaključi da se radi o diskriminaciji na osnovu rasne pripadnosti. To nije stvar zakona već (...) 'zdravog razuma'“. Kao rezultat toga Apelacioni sud je ponovo uspostavio odluku Privrednog suda (koja je bila poništena od strane zavoda za žalbe Privrednog suda). On nije smatrao da je objašnjenje Velika Britanija - Kina centra – da su

glavni kriterijumi za tu poziciju izmenjeni tokom procesa - zadovoljavajuće. Zapravo, oni su smatrali da je ovo objašnjenje dato u pokušaju da se opravda nelegalna diskriminacija.

Uprkos činjenici da je Apelacioni sud ublažio teret dokazivanja u postupku King protiv Velika Britanija - Kina centra, istraživanje koje je sprovedeno deset godina kasnije ukazuje da samo 16% od svih slučajeva diskriminacije na osnovu rasne pripadnosti bude dobijeno na sudovima. Ovakve cifre se mogu pripisati činjenici da sudije obično ne žele da zaključuju da je došlo do rasne diskriminacije, čak i kada je objašnjenje koje je dato za različit tretman, odbijeno.²⁷

› *Praški aerodrom: Slučaj pred Domom lordova (2004)*²⁸

Odluka Doma lordova iz 2004. godine takođe naglašava pitanje dokaza u slučajevima diskriminacije. U ovom slučaju radilo se o postupku službenika britanske imigracione službe u nadležnosti Sekretarijata unutrašnjih poslova Velike Britanije, na aerodromu u Pragu tokom 2001. i 2002. godine. Britanski službenici su u to vreme bili ovlašćeni da odobre ili zabrane putnicima ulazak u avione na putu za Veliku Britaniju. Do ovoga je došlo kao odgovor na priliv Roma/kinja iz Češke u Veliku Britaniju i cilj je bio da se značajno smanji broj zahteva za azil iz Češke. Jedno od pitanja koje je Dom lordova detaljno ispitivao je da li je ova akcija na praškom aerodromu bila sprovedena na protivzakonit i diskriminatoran način, pošto su putnici romskog porekla tretirani lošije nego putnici koji nisu Romi/kinje. Baronica Hejl od Ričmonda (Hale of Richmond) je dala vrlo jasne smernice za rešavanje ovog problema:

„Od 1968. godine diskriminacija osoba na rasnoj osnovi je protivzakonita od strane poslodavaca/kinja, stanodavaca/kinja i osoba koje pružaju usluge iz oblasti obrazovanja, nabavke robe i drugih usluga. Postojeća norma sadržana je u Zakonu o rasnim odnosima iz 1976. koji je u velikoj meri uporediv sa Zakonom o rodnoj diskriminaciji iz 1975. godine. Principi su dovoljno poznati i dovoljno jednostavni iako možda teško primenjivi u praksi. Osnovni koncept oba zakona je da osobe oba pola i svih rasnih pripadnosti imaju prava da budu jednako tretirani. Prema tome, jednako je diskriminatorno ponašati se prema muškarcima lošije nego prema ženama kao i ponašati se prema ženama lošije nego prema muškarcima; jednako je diskriminatorno odnositi se prema crnim ljudima povoljnije nego prema belim ljudima kao i odnositi se prema belim ljudima povoljnije nego prema crnim ljudima. Sastojci protivpravne diskriminacije su: (i) postojanje razlike (stvarne ili hipotetičke) u postupanju prema jednoj osobi i prema drugoj osobi različitog pola ili rasne pripadnosti; (ii) da je tretman manje povoljan za jednu od tih osoba; (iii) da su njihove relevantne okolnosti iste ili nebitno različite; (iv) da se ta razlika u postupanju zasniva na rasi ili polu.

²⁷ Claims of race bias fall by the wayside, Labour Research, april 2002. Sa prenošenjem direktiva EZ u zakonodavstvo Velike Britanije sudijama je dana ne samo dozvoljeno, nego se od njih zahteva da prebacuju teret dokazivanja kada se uspostavi prima facie slučaj. Videti pregled razvoja u raznim zemljama u trećem delu ove knjige i Igen Ltd. & Others v. Wong, Chamberlin and another v. Emokpae, Webster v. Brunel University (2005)EWCA Civ 142.

²⁸ Regina vs. Službenik imigracione službe na aerodromu u Pragu i drugi, ex parte Evropski centar za prava Roma i drugi, 9. decembar 2004. (2004) UKHL 55.

²⁶ ICR 516, presedan zahvaljujući odobrenju Doma Lordova u slučaju Glazgov CC vs Zafar (1998) ICR 12.

Međutim budući da ljudi retko javno iskazuju svoje predrasude ili ih možda nisu ni svesni, diskriminacija se dokazuje zaključivanjem pre nego direktnim dokazima. U trenutku kada se manje povoljan tretman jedne osobe u odnosu na drugu utvrdi, sud će tražiti od strane za koju se tvrdi da je počinila diskriminaciju da obezbedi objašnjenje. Objašnjenje naravno ne sme da bude u vezi sa polom ili rasnom pripadnošću podnosioca/teljke tužbe. Ukoliko nema objašnjenja ili nema zadovoljavajućeg objašnjenja, legitimno je zaključiti da se manje povoljan tretman dogodio na osnovu rasne pripadnosti: videti *Gradsko veće Glazgova protiv Zafara* (1997) 1 WLR1659, koji potvrđuje slučaj *King protiv Velika Britanija - Kina centra* (1992) ICR 516. Ukoliko je reč o razlici na osnovu rasne pripadnosti, razlog ili motiv koji se krije iza toga je nebitan: videti, na primer *Nagarajan protiv firme Regionalni transport Londona (London Regional Transport)* (2000) 1 AC 501²⁹.

Činjenica da ljudi nisu uvek svesni svojih predrasuda je u današnje vreme dobro dokumentovana u društvenim naukama. Nesvesne predrasude vrlo značajno utiču na međurasne odnose³⁰.

3. Dokazivanje rodne diskriminacije – odgovor Evropskog suda pravde

U pogledu rodne diskriminacije Evropski sud pravde (ESP) je eksplicitno prepoznao značajne poteškoće sa kojima se žene suočavaju pokušavajući da uspešno pokrenu sudske postupke zbog diskriminacije na osnovu roda, naročito u pogledu visine plate koju primaju. Osnovni identifikovani problem je nedostatak transparentnosti u vezi sa praksom i donošenjem odluka u području zapošljavanja. Ženama je uskraćena mogućnost da uspešno zastupaju svoje slučajeve jer nisu imale pristup informacijama koje su potrebne da bi se diskriminacije utvrdila.

› *Slučaj Danfos pred ESP*³¹

Evropski sud pravde se prvi put pozabavio ovim pitanjem u slučaju *Danfoss* 1989. godine. Sindikat je pokrenuo ovaj slučaj u ime radnica koje rade u kompaniji *Danfoss A/S*. Sindikat zaposlenih je istakao da su prakse firme *Danfoss* u pogledu plata i nadnica diskriminišuće te

29 Ibid 73 (autorov kurziv). Ostali lordovi su se složili sa mišljenjem baronice Hejl od Ričmonda po pitanju diskriminacije. Odluka je dostupna na web stranici Doma lordova www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041209/roma.pdf

30 Videti na primer, J. F. Dovidio, "On the nature of contemporary prejudice: the third wave", *Journal of Social Issues*, Vol. 57, 2001/4, p.829-849

da se time krše odredbe danskog zakona kojim se implementirala Direktiva o jednakoj zaradi³¹. Urađen je statistički pregled plata isplaćenih za 157 radnika/ca između 1982. i 1986. godine. Ova statistika je pokazala da je prosečna zarada isplaćena muškarcima bila za 6.85% veća od one koja je isplaćena ženama. Iako je osnovna plata žena i muškaraca bila jednaka, poslodavac je izračunao dodatak na zaradu, inter alia, na osnovu mobilnosti, obuke i radnog staža. Prema navodima sindikata zaposlenih ovakva praksa kompanije je predstavljala indirektnu diskriminaciju. Sistem dodataka na platu implementiran je na takav način da žena nije mogla da utvrdi razloge za postojanje razlika između njene i plate njenog kolege za isti posao. Sud je istakao da „u situaciji u kojoj se u pitanje dovodi sistem pojedinačnih dodataka na platu koji je u potpunosti netransparentan, radnice mogu utvrditi razlike u plati samo na osnovu prosečnih primanja. Njima se uskraćuju bilo kakva sredstva za primenu principa jednake zarade pred nacionalnim sudovima ukoliko navođenje dokaza nema za cilj da nametne poslodavcu teret dokazivanja da njegova praksa u pogledu isplate radničkih plata zapravo nije diskriminatorna“³². Kao rezultat toga sud je odlučio da Direktive o jednakoj zaradi moraju da se tumače u smislu da kada preduzeće primenjuje sistem isplate koji je u celosti netransparentan, dužnost poslodavca je da dokaže da njegova praksa isplate zarade nije diskriminatorna, ukoliko neka radnica dokaže da je plata koju primaju žene manja nego ona koju primaju muškarci u odnosu na relativno veliki broj zaposlenih³³.

› *Slučaj Enderbi pred ESP*³⁴

Četiri godine kasnije Evropski sud pravde je usavršio svoju poziciju u slučaju *Enderbi* i podržao prebacivanje tereta dokaza, čak i u slučajevima kada je sistem isplate zarada poslodavca transparentan. Doktorka Pamela Enderbi, logopetkinja zaposlena u Nacionalnom zavodu za zdravstvo (NHS) u Velikoj Britaniji je podnela tužbu zbog diskriminacije na osnovu roda. Njena tužba bazirana je na činjenici da, u odnosu na njen nivo radnog staža u sklopu NHS, zaposleni u njenoj većinski ženskoj profesiji imaju znatno manje plate od zaposlenih u srodnim profesijama (klinički psiholozi i farmaceuti) gde na profesionalnom nivou koji je jednak sa njenim uglavnom rade muškarci. Nakon što su navedeni opšti principi koji su u vezi sa teretom dokaza u sudskom postupku, Evropski sud pravde je doneo jasnu odluku o tome kada i kako bi teret dokazivanja trebao biti prebačen u slučajevima diskriminacije na rodnoj osnovi.

31 Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmarkv. Dansk Arbejdsgiverforening, delujući u ime *Danfoss*, 17. oktobar 1989, slučaj 109/88

32 Direktiva veća 75/117 od 10. februara 1975. o usklađivanju zakona zemalja članica koji se odnose na primenu principa jednake zarade za muškarce i žene.

33 *ESP, Danfos*, 17. oktobar 1989, slučaj 109/88, p. 13, U *Comission v. France* (30. juni 1988, slučaj 318/86, str. 27). Sud je osudio sistem zapošljavanja karakterisan nedostatkom transparentnosti i proglasio ga suprotnim principu jednakog pristupa zaposlenju na osnovu toga što nedostatak transparentnosti sprečava bilo koji oblik nadzora od strane nacionalnih sudova i Evropske komisije.

34 *ESP, Danfos*, 17. oktobar 1989, slučaj 109/88, p. 16

„13. Obično je na onoj osobi koja navodi činjenice u prilog svoje tvrdnje da obezbedi dokaz za te činjenice. U principu, teret dokazivanja postojanja rodne diskriminacije u odnosu na platu leži na radnici koja verujući da je žrtva takve diskriminacije podnosi zahtev za sudski postupak protiv svog poslodavca/ke sa ciljem sprečavanja diskriminacije.

14. Međutim jasno je iz sudske prakse suda da se teret može prebaciti kada je to potrebno kako bi se izbeglo lišavanje radnika/ca koji su potencijalne žrtve diskriminacije bilo kakvih delotvornih sredstava za primenu principa jednake zarade. Ukoliko mera kojoj je cilj stvaranje razlike među zaposlenima na osnovu broja sati koje su proveli na radu, u praksi ima negativan uticaj na znatno više pripadnika/ca jednog pola u odnosu na drugi takva mera će se smatrati protivnom cilju člana 119 ugovora, osim ukoliko poslodavac/ka dokaže da se zasniva na objektivno opravdanim faktorima koji nisu vezani za bilo kakav oblik rodne diskriminacije (...). Slično tome ukoliko preduzeće primenjuje sistem isplate zarada kojem potpuno nedostaje transparentnost dužnost poslodavca/ke je da dokaže da njegova/njena praksa isplate zarade nije diskriminatorna, ukoliko neka radnica zaključi da je prosečna plata koju primaju žene manja nego ona koju primaju muškarci u odnosu na relativno veliki deo zaposlenih. (Slučaj 109/88 (1989) ESP 3199, u paragrafu 16)

15. U ovom slučaju (...) okolnosti nisu potpuno iste kao u (slučaju Danfos) (...) Prigovor da je poslodavac/ka primenio/la sistem isplate zarade koji je u celosti netransparentan ne može postojati budući da je iznos prosečne plate za farmaceute i logopede/tkinje zaposlene u NHS odlučan kroz redovne procese kolektivnih pregovora gde ne postoje dokazi o diskriminaciji u odnosu na bilo koju od ove dve profesije.

16. Međutim, ukoliko je plata logopeda/tkinje znatno manja od plate farmaceuta/kinja, a logopedi/tkinje su u većini slučajeva žene, dok su farmaceuti/kinje uglavnom muškarci, onda se radi o slučaju diskriminacije "na prvi pogled" (prima facie) makar samo u slučajevima gde te dve profesije imaju jednaku vrednost i ukoliko je statistika koja opisuje ovu situaciju tačna.

17. Dužnost nacionalnog suda je da proceni da li će uzeti statistiku u obzir odnosno da li ta statistika sadrži podatke o dovoljno velikom broju pojedinaca/ki, da li ilustruje slučajnu ili kratkotrajnu pojavu i da li uopšteno može biti od značaja za slučaj.³⁵

18. Kada postoji slučaj diskriminacije na prvi pogled (prima facie), obaveza poslodavca/ke je da pokaže da postoje obejktivni razlozi za razliku u visini plate. Radnici/e ne mogu primeniti princip jednake zarade pred nacionalnim sudovima ukoliko se dokazi prima facie slučaju diskriminacije ne prebacuju na poslodavčev teret u cilju da dokaže da razlika u zaradi zapravo nije diskriminatorna (...).³⁶

U svom govoru, održanom 8. novembra 2006. godine, u Udruženju pravika za radna prava (Employment Lawyers Association), sudija Elias, predsednik britanskog Apelacionog suda za radno pravo, naglasio je da je najverovatnije objašnjenje za razliku u zaradi u slučaju Enderbi, istorijsko postojanje rodnih stereotipa: "Postoji istorijski ustaljeno očekivanje da će se žene pre zaposliti u području govorne terapije, da će muškarci (ili barem mnogo veći broj muškaraca nego žena) pre okrenuti drugim dvema profesijama. Razumno je pretpostaviti da se ovo odražava na relevantnu zaradu. Logopedi/tkinje bi dakle, primali platu koja je kroz istoriju viđena kao adekvatna zarada za osobu ženskog pola, a da istorijska diskriminacija nije iskorenjena"³⁷.

› Slučaj Rojal Kopenhagen pred ESP (1995)³⁸

Evropski sud pravde je potvrdio svoju poziciju u slučaju Rojal Kopenhagen i afirmisao veliku važnost toga da se žene ne lišavaju delotvornih sredstava za primenu principa jednake zarade. Postavljeno je pitanje da li je firma Rojal Kopenhagen, koja se bavi izradom predmeta od keramike, i zapošljava oko 1150 radnika (od kojih su 40% muškarci i 60% posto žene), prekršila ugovor, budući da je prosečna satnica po izrađenom komadu za jednu grupu radnika (slikare plavog uzorka) od kojih su sve osim jednog bile žene, iznosila manje novca nego satnica za drugu grupu radnika (operatere automatizovane mašinerije) od kojih su svi bili muškog roda. Prema Evropskom sudu pravde,

"(...) sam nalaz da je u sistemu isplate prema proizvedenom komadu prosečna zarada grupe radnika koja se sastoji pretežno od žena i koja obavlja jednu vrstu rada, znatno manja od prosečne zarade grupe radnika koju pretežno čine muškarci koji obavljaju neku drugu vrstu posla, čemu se pripisuje jednaka vrednost, nije dovoljan da bi se utvrdilo postojanje diskriminacije u odnosu na zaradu. U sistemu isplate prema proizvedenom komadu, pojedinačne plate se sastoje od varijabilnog elementa zavisnog od produktivnosti svakog radnika ponaosob i fiksnog elementa koji se razlikuje u svakoj grupi radnika. Nemoguće je utvrditi činioce koji određuju stope ili jedinice merjenja korišćene za izračunavanje varijabilnog elementa zarade, ali je moguće da poslodavac snosi teret dokaza da pronađene razlike nisu uzrokovane diskriminacijom na osnovu pola"³⁹.

³⁷ ESP, Enderby, 27. oktobar 1993, slučaj C-127/92 (kurziv autorov)

³⁸ Citat J. Galbraith-Marten, Shifting the burden of proof and access to evidence, Seminar on the burden of proof, Academy of European Law, jun 2007, p. 25 (dostupno na web stranici Akademije www.era.int)

³⁹ ESP, Specialarbejderforbundet i Danmark v. Dansk Industry, bivši Industriens Arbejdsgivere, delujući u ime Rpyal Copenhagen A/S, 31. maj 1995, slučaj C-400/93

³⁵ ESP, Dr. Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State Health, 23. oktobar 1993, slučaj C-127/92

³⁶ Više o ovome videti u ESP, Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez, 9.februar 1999, slučaj C-167/97

› *Binderen protiv Kaje pred Vrhovnim sudom Holandije (1982)*⁴⁰

Sudska praksa Evropskog suda pravde se jasno oslanja na presedane iz Sjedinjenih Američkih Država⁴¹. Bliska je rešenju donetom od strane Vrhovnog suda Holandije 1982. godine u slučaju *Binderen protiv Kaje*. Gospodin Kaja, stanovnik Holandije turskog porekla, je godinama čekao na odgovarajuću kuću. On se oslanjao na program socijalnog stanovanja za koji je bila odgovorna korporacija socijalnog stanovanja poznata kao *Binderen*. Gospodin Kaja je pred sud izneo podatak da je od 157 kuća, koje je *Binderen* dodelio samo jedna dodeljena porodici imigranata. Učešće imigrantskih porodica u gradu bilo je 4,6%, a od svih koji su se prijavili za socijalno stanovanje 10,2% su bili imigranti. Ostale korporacije su porodicama imigranata dodelile 7,2% svog stambenog prostora⁴². Vrhovni sud je proglasio da su statistički podaci validni i odlučio da umerena i pravedna primena principa tereta dokaza kakva se može naći u Kodeksu parničnog procesa (*Civil Procedure Code*) mora zahtevati od stambene korporacije da pruži zadovoljavajuće objašnjenje, koje će pokazati da svojom politikom nisu vršili diskriminaciju protiv imigranata:

“Nijedno zakonodavstvo ne zabranjuje sudu da prihvati numeričke, statistički značajne razlike koje su u ovom slučaju prikazane kao dovoljan dokaz diskriminacije, niti zabranjuje sudu da zaključi da postoji (ozbiljna) sumnja da je izvršena diskriminacija. Isključivo na temelju te sumnje se prebacuje teret dokaza na osobu koja je optužena za diskriminaciju, tako da ta osoba mora da dokaže da je diskriminacija vršena na temelju zakonski prihvatljivih osnova⁴³.

4. Direktive Evropskog suda i prebacivanje tereta dokaza

Sudska praksa Evropskog suda kad je reč o prebacivanju tereta dokaza nije na jednak način primenjena u svim državama članicama. Nacionalne sudije nisu uvek svesne pristupa *prima facie* (na prvi pogled)⁴⁴, a neki od sudija su se osećali nelagodno sa tim novim načinom postupanja sa činjenicama i dokazima. Kao rezultat toga 1997. godine usvojena je Direktiva

40 Ibid, str 28 (kurziv autorov)

41 Hoge Raad, 10. decembar 1982, N. J., 1983, str. 687

42 Videti značajnu odluku Vrhovnog suda SAD u slučaju *McDonell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792 (1973). Za dalji progress videti na primer, *Furnco Constr. Corp v. Waters*, 438 U.S 567 (1978); *U.S. Postal Serv. Bd. of Governors v. Aikens*, 460 U.S. 711, 714-715 (1983); *Swierkiewicz v. Sorema* n. & nbsp, 534 U.S. 506 (2002)

43 Činjenice o slučaju objavljene u *D. Houtzager, Changing perspectives: Shiting the burden of proof in racial equality cases*, Brisel, ENAR, 2006, str. 20

44 Objavljeno u *M. Zwamborn, “ The Netherlands”, Anti-discrimination legislation in EU Member States. A comparison of national anti-discrimination legislation on the ground of racial or ethnic origin, religion or belief with the Council Directives*, J. Niessen and I Chopin za Grupu za migracionu politiku (eds), Beč, EUMC, 2002, str.

o teretu dokaza u slučajevima rodne diskriminacije⁴⁵. Ova Direktiva kodifikuje principe koje je predložio Evropski sud pravde, proširujući opseg sudske prakse od pitanja jednake zarade do opšteg pitanja jednakog tretmana. U civilnim postupcima “zemlje članice će, u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvima, preduzeti potrebne mere kako bi se osiguralo da osobe koje smatraju da im je naneta nepravda izostankom primene principa jednakog tretmana utvrde pred sudom ili drugim nadležnim telom činjenice iz kojih se može pretpostaviti da je došlo do direktne ili indirektno diskriminacije. Dužnost tužene stranke je da dokaže da nije bilo povrede principa jednakog tretmana⁴⁶. Cilj ove Direktive je “da garantuje veću validnost mera zemalja članica u sprovođenju principa jednakog tretmana, kako bi se omogućilo da osobe koje smatraju da im je naneta neka nepravda zbog toga što princip jednakog tretmana nije primenjen u njihovom slučaju, ostvare svoja prava u sudskom postupku nakon obraćanja drugim nadležnim telima⁴⁷.

Direktiva i ravnopravnosti bez obzira na rasu i Direktiva o okviru ravnopravnosti utvrđene su uz pomoć iskustva sa legislativom o jednakosti polova. Ove Direktive ne samo da zabranjuju diskriminaciju na osnovu rasne i etničke pripadnosti, religije i verovanja, seksualne orijentacije, invaliditeta i godina starosti već omogućavaju prebacivanje tereta dokaza na jednak način kao i Direktiva iz 1997. godine⁴⁸. U preambulama je navedeno da “pravila o teretu dokazivanja moraju biti prilagođena u slučaju diskriminacije na prvi pogled (*prima facie*), a da bi se osigurala primena principa jednakog tretmana, teret dokaza se mora ponovo prebaciti na tuženu stranku kada se dobiju dokazi o takvoj diskriminaciji⁴⁹. Prebacivanje tereta dokaza bi trebalo primenjivati u slučajevima viktimizacije, uprkos nedostatku posebne odredbe u Direktivama Evropske unije, odnosno na pojedince koji trpe nepovoljan tretman prouzrokovan njihovom uključenošću u sudski postupak koji ima cilj da osigura poštovanje svih odredbi principa jednakog tretmana⁵⁰.

Evropska komisija je u svom godišnjem izveštaju o jednakosti i nediskriminaciji iz 2003. godine objavila primer kojim pokazuje kako bi “podela tereta dokaza” trebala da funkcioniše u slučaju diskriminacije na osnovu etičke pripadnosti.

“Izvestan broj ljudi ne - evropskog porekla koji rade u kompaniji koja se nalazi u EU, podnosi zahtev za unapređenje svaki put kada se otvori konkurs za višu poziciju. Njihovi zahtevi su uvek zanemareni, a posao dobije osoba evropskog porekla. Ukoliko osobe koje

45 Direktiva veća 97/80/EEZ od 15. decembra 1997. o teretu dokaza u slučajevima diskriminacije na osnovu pola. Ova direktiva je preinačena u Direktivu 2006/54/EEZ Evropskog parlamenta i veća od 5. jula 2006. o implementaciji principa jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i zanimanja.

46 Direktiva veća 97/80/EEZ od 15. decembra 1997, čl. 4

47 Ibid, čl. 1 (kurziv autorov) Videti takođe ESP, Nikoloudi, 10. mart 2005, slučaj C-196/02, p. 69

48 Direktiva o rasnoj ravopravnosti, čl.8; Direktiva o okviru ravopravnosti, čl. 10

49 Direktiva o rasnoj ravnopravnosti, recital 21. preambule; Direktiva o okviru ravnopravnosti, recital 31. preambule. Poslednji, navodi da: “ tužena stranka ne treba da dokazuje da podnosilac tužbe ima određena religijska/verska ubeđenja, invaliditet, da je određene dobi ili da ima određenu seksualnu orijentaciju”.

50 M. Miguel Sierra, I. Chopin, E. Jenaro Tejada, I. Carles - Berkowitz, Towards equal treatment. Transposing the Directives - Analysis and proposals, Brisel, ENAR, mart 2002, p. 38-40; J. Galbraith - Marten, Shifting the burden of proof and access to evidence, Seminar o teretu dokaza, Akademija za evropsko pravo, juni 2007, pp. 30-31 (dostupno na web strain Akademije www.era.int)

budu unapređene nisu više kvalifikovane od onih čiji zahtevi nisu ni uzeti u razmatranje tada postoji dokaz na prvi pogled (prima facie) da se radi o rasnoj diskriminaciji. Ovo je jako teško nepobitno dokazati ukoliko ne može da se izvrši detaljno poređenje kvalifikacija i kompetentnosti za posao onih koji su unapređeni i onih čiji su zahtevi odbijeni. Ukoliko, zapravo, postoje razlozi zbog kojih su neki ljudi unapređeni, a nisu u vezi sa njihovim etničkim poreklom, osoba koja bi trebalo da bude najbolje upoznata sa tim razlozima je donosilac odluke - direktor/ka kompanije. Dakle moguće je da je on ili ona jedina osoba koja zna prave razloge te je nesumnjivo ispravno da od te osobe bude zatraženo da dokaže da nije vršena diskriminacija⁵¹.

Prebacivanje tereta dokaza je napravljeno tako da ne bude previše komplikovano za tuženu stranku. Ne treba ga izjednačavati sa potpunim obrtom tereta dokazivanja i ne podrazumeva uspostavljanje „negativne činjenice“ (da nije došlo do ponašanja koje bi moglo biti viđeno kao diskriminatorno u bilo kom smislu). Tužena stranka mora da dokaže da nije kriva za navodnu diskriminaciju na osnovu specifičnih činjenica koje je podnosilac/teljka zahteva izneo/la sudu. U primeru koji je Evropska komisija navela u svom izveštaju iz 2003. godine (citirano u tekstu gore), poslodavac/ka za koga/koju se pretpostavlja da je počinio/la diskriminaciju prilikom donošenja odluke o unapređivanju mora samo da otkrije činjenice i razloge na osnovu kojih je doneo/la odluku da nekome uskrati ili ponudi unapređenje. Poslodavac/ka mora da istakne da se njegova/njena odluka ne bazira na etničkoj pripadnosti osoblja već na potpuno legalnim činionicima. Iz tog razloga je ponekad reč o podeli, a ne o prebacivanju tereta dokaza.

Važno je znati da je prebacivanje tereta dokaza u saglasnosti sa zahtevima pravednog sudskog procesa. Kao što je sročio Evropski sud za ljudska prava, u slučajevima krivične prijave gde je problem vidljiviji⁵² pravo na pravedno suđenje „nije (...) apsolutno budući da pretpostavke o činjenicama ili o zakonu deluju u svim krivično – pravnim sistemima i nisu principijelno zabranjene Konvencijom, sve dok države ostaju unutar određenih granica, uzimajući u obzir važnost onoga što se dovodi u pitanje i održavajući prava odbrane“⁵³.

51 Annual report on equality and non-discrimination 2003 - Towards diversity, Evropska Komisija, 2003.

52 Potrebno je naglasiti da Direktiva o rasnoj ravnopravnosti i Direktiva o okviru ravnopravnosti isključuju mogućnost prebacivanja tereta dokaza u krivičnim postupcima, (član 8 (3) i član 10(3))

53 ECHR, Phillips v. United Kingdom, 5. juli 2001, §40. Videti takođe ECHR, Salabiaku v. France, 7. oktobar 1988, §28; ECHR, Pham Hoang v. France, 25. septembra 1992, §§34-36; ECHR, Janosevic v. Sweden, 23. juli 2002, §§ 101-104; ECHR, Radio France and others v. France, 30. mart 2004, §24. Sud u Strazburu danas smatra da previše širok concept pretpostavke nevinosti može da uništi čak i verovatnoću efikasnosti kada se slučajevi iskriminacije na osnovu etničke pripadnosti dovedu pred sud. (ECHR, Nachova and others v. Bulgaria, 6. jul 2005 §§128-130, 146, 156-157, Stoica v. Romania 4. mart 2007). Pretpostavka odgovornosti vredi pod uslovom da može biti pomištena u krivičnim slučajevima. za više informacija vidi primer, ECHR, Telfner v. Austria, 20. mart 2001, §§ 15-16.

› Presuda ustavnog suda Republike Češke da je prebacivanje tereta dokaza u skladu sa pravom na pravedno suđenje (2006)⁵⁴

Češki Ustavni sud je 26. aprila 2006. godine doneo odluku da nacionalna odredba kojom se sprovodi evropska odredba o teretu dokaza nije neustavna i ne predstavlja kršenje prava na pravedno suđenje. U pitanju je bila navodna diskriminacija nad dvoje podnosilaca tužbe romskog porekla kojima je uskraćena usluga u restoranu pod izgovorom da nemaju potrebnu člansku karticu. Braneći svoj predmet pred Regionalnim sudom u severnoj Bohemiji oni su tražili da se teret dokaza prebaci zato što su tri klijenta neromskog porekla uslužena u istom restoranu bez članske kartice. Sud je obustavio postupak kako bi ga podneo Ustavnom sudu. Sud je bio zabrinut da član 133a Zakona o parničnom postupku postavlja ceo teret dokaza na tuženu stranku dok podnosilac tužbe nema obavezu da svoju tužbu podrži dokazima što stavlja tuženu stranu u nepovoljan položaj i povređuje njeno pravo na pravedno suđenje. Ustavni sud je potvrdio validnost EU mehanizama i naglasio da ustavno načelo pravednog suđenja „ne podrazumeva apsolutnu matematičku jednakost već relativnu jednakost koja je odraz različitih situacija u kojima su se stranke našle“. Kako se dalje navodi „međutim, prebacivanje tereta dokaza nije potpuno ni bezuslovno. Osoba koja tvrdi da je diskriminisana mora izneti dovoljno činjenica da bi mogao da se donese zaključak da se diskriminacija mogla dogoditi“⁵⁵.

5. Evropski sud za ljudska prava i prebacivanje tereta dokaza

Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) je u više navrata izjavio da standard dokazivanja koji se primenjuje na ovom sudu zahteva da dokaz bude „van svake sumnje“. Takođe, ESLJP je doneo odluku da dokaz može proizaći iz „koegzistencije dovoljno jakih, jasnih i skladnih zaključaka ili iz sličnih nepobitnih pretpostavki činjenica“. Naglašavajući da je zaduženje ESLJP da donosi odluke o odgovornosti države prema međunarodnom pravu, a ne o krivici države prema krivičnom zakonu, Sud je hteo da pokaže fleksibilnost prilikom razmatranja materijalnog prava u pitanju i svih poteškoća vezanih za dokaze. Delujući na taj način, sud je naglasio ozbiljnost situacije kada se ustanovi da država članica krši osnovna prava⁵⁶.

Evropski sud za ljudska prava je prepoznao činjenicu da procedure Konvencije „ne primenjuju na rigorozan način princip affirmanti incubit probatio (onaj koji nešto tvrdi mora tu tvrdnju i dokazati) u svim slučajevima“⁵⁷. U određenim okolnostima „u kojima se događaji u

54 Pl.US 37/04, 26. april 2006, coll.no, 419/2006, p67. Slučaj objavljen u European Anti - Discrimination Law Review, 2006, broj 4, p.55

55 B. Havelkova „Burden of proof and positive actions in decision of Czech and Slovak Constitutional Courts- milestones or millstones for implementation of EC equalizt law?“ European Lae Review, 2007, broj 32, p. 701

56 Za više informacija o slučajevima ove vrste videti, izneđu mnogih drugih, ECHR, Ireland v. United Kingdom, 18. januar 1978, §161, ECHR Ramsahai and Others v. The Netherlands, 15. maj 2007, §273; ECHR D.H. v. The Czech Republic, 13. novembar 2007, §178.

57 ECHR, Aktas v. Turkey, 24. april 2003, §272; ECHR D.H. v. The Czech Republic, 13. novembar 2007, §179.

potpunosti ili velikim delom oslanjaju na činjenice poznate vlastima (...) može se smatrati da teret dokazivanja počiva na vlastima koje moraju pružiti zadovoljavajuće i uverljivo objašnjenje⁵⁸.

Evropski sud za ljudska prava prepoznaje potrebu za specifičnim pristupom problemu dokazivanja u slučajevima diskriminacije, u poslednjih nekoliko godina⁵⁹. Antidiskriminacioni zakon EU ima upečatljiv uticaj na sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava što se vidi kroz to što sudije ESLJP eksplicitno poznaju antidiskriminacioni zakon EU. Iako prvobitno nevoljan da prebaci teret dokaza u slučajevima diskriminacije, Evropski sud za ljudska prava je postao svestan potrebe da se prilagode zahtevi u vezi sa dokaznim materijalom nametnutim osobama koje su doživele diskriminaciju, te potrebe da se u obzir uzme specifični karakter diskriminatornih motiva, koje je najčešće vrlo teško utvrditi.

› *Slučaj Načov pred Evropskim sudom za ljudska prava (2004 i 2005)⁶⁰ i dalji razvoj događaja u slučaju Stoika (2008)⁶¹*

Sud je u slučaju Načov bio suočen sa ubistvom nenaoružanih dezertera romskog porekla koje su počinili članovi bugarske vojne policije nakon čega je usledio izostanak efektivne istrage. Pravo na život i rasna motivacija su bila osnovna pitanja. U prvoj presudi ESLJP iz 2004. godine eksplicitno su napomenute odredbe o dokazivanju diskriminacije u sklopu Direktive o rasnoj ravnopravnosti i Direktive o okviru ravnopravnosti. Prema navodima suda „u Evropi je utemeljeno stanovište da delotvorna primena zabrane diskriminacije zahteva upotrebu posebnih mera koje u obzir uzimaju poteškoće u dokazivanju diskriminacije⁶². Naglašavajući kako „vlasti nisu napravile ni jedan pokušaj da istraže da li su diskriminatorni stavovi igrali ulogu, uprkos posedovanju dokaza koji bi ih podstakli na pokretanje takvog istražnog postupka⁶³ sud je doneo odluku da bi način na koji je izvršena istraga ovog ubistva trebao da dovede do prebacivanja tereta dokaza. Tužena vlada je morala da zadovolji sud, bilo obezbeđivanjem dodatnih dokaza ili uverljivog objašnjenja da događaji nisu prouzrokovani

58 ECHR, *Salman v. Turkey*, 27. juni 2000, §100 (smrt osobe u pritvoru) Za druge primere videti između ostalih, *Ribitsch v. Austria*, 4. decembar 1995, §32-34 (fizičke povrede za vreme policijskog pritvora); ECHR, *Aktas v. Turkey*, 24. april 2003, §291 (smrt osobe nastala gušenjem dok je osoba bila u istražnom centru); *Anguelova v. Bulgaria*, 13. jun 2002, §111 (smrt osobe romskog porekla nakon fracture lobanje u pritvoru).

59 Odredba o antidiskriminaciji je sadržana u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima u članu 14. u kojem se navodi da „uživanje prava i sloboda priznatih u ovoj konvenciji, osiguraće se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što je pol, rasa, boja kože, veroispovest, jezik, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno poreklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovinski status, rođenje ili druga okolnost“. Protokol br. 12 Konvencije usvojen 4. novembra 2000 ima za cilj da nametne opštu zabranu diskriminacije. Njime se propisuje da „uživanje svih prava utvrđenih zakonom osiguraće se bez diskriminacije (...)“. Međutim, mnoge zemlje širom Evrope još nisu ratifikovale ovaj protokol.

60 ECHR, *Nachova and Others v. Bulgaria*, 26. februar 2004, preinačeno 6. jula 2005.

61 ECHR, *Stoica v. Romania*, 4. mart 2008.

62 ECHR, *Nachova and others v. Bulgaria*, 26. februar 2004, §168

63 Ibid, §170

bilo kakvim diskriminatornim stavom državnih službenika⁶⁴. Ovakvo razmišljanje je preinačeno godinu dana kasnije odlukom Visokog veća, zbog posebnih činjenica u slučaju.

„Visoko veće ne može da isključi mogućnost da se u određenim slučajevima navodne diskriminacije od tužene vlade može tražiti da pobije sporni navod diskriminacije i - ukoliko to ne uspe da učini - da pronade povrede člana 14 konvencije na tom osnovu. Međutim gde je navedeno - kao što je ovde slučaj - da je čin nasilja motivisan rasnim predrasudama, takav pristup bi podrazumevao da se od tužene vlade zahteva da dokaže nepostojanje određenog subjektivnog stava osobe u pitanju. Dok će se u pravnim sistemima mnogih zemalja dokazivanje diskriminativnog učinka politike ili odluke odreći potrebe da dokaže nameru u odnosu na navodnu diskriminaciju u zapošljavanju ili pružanju usluga, taj pristup je teško preneti na slučaj u kojem se navodi da čin nasilja ima rasni motiv⁶⁵.

Nedavni razvoj sudske prakse u ESLJP ipak ima tendenciju da pokaže da se sud vratio na svoju prvobitnu presudu u slučaju Načov, i odlučio da obezbedi koherentnu zaštitu žrtvama rasnih predrasuda. U slučaju Stoika⁶⁶, odlučenom u martu 2008. godine sud je ponovo bio suočen sa nasiljem nad Romima koje su počinili državni službenici. Dana 3. aprila 2001. godine u Dolhaski (Dolhasca), gradu u Rumuniji, četvorica policajaca i njihov pretpostavljeni su, zajedno sa još šestoricom pripadnika žandarmerije, na zahtev gradonačelnika, počeli da tuku Rome, okupljene ispred bara koji se nalazi u selu u kom većinsko stanovništvo čine Romi. Konstantina Stojku, četrnaestogodišnjeg dečaka je policijski narednik tukao sve dok nije izgubio svest, uprkos činjenici da mu je mladić rekao da je nedavno bio podvrgnut operaciji glave. Nekoliko ljudi je prisustvovalo incidentu, uključujući i školske drugove podnosioca tužbe. Čuli su zamenika gradonačelnika i policajce kako uzvikuju rasističke opaske. Dečaku su dijagnostikovane modrice i ogrebotine nanete tupim predmetom, kao i potres grudnog koša. Komisija za zaštitu osoba sa invaliditetom je 12. aprila 2001. godine ustanovila kod dečaka invaliditet prvog stepena kao i da su mu potrebni stalni nadzor i personalni asistent/kinja. Zvanična istraga je bila ugrožena ozbiljnom proceduralnim nedostacima, i završila se odlukom da se protiv policijskih službenika ne pokrene postupak budući da nije dokazano da su oni prouzrokovali povrede koje ima Konstantin Stoika. Sud u Strazburu je osudio Rumuniju. Doneta je odluka da je neuspešno obavljanje neadekvatne istrage bilo motivisano rasnim predrasudama⁶⁷. Što se tiče tereta dokazivanja, proces zaključivanja je bio izrazito jasan.

„Nasilje na osnovu rasne pripadnosti je posebna uvreda za ljudsko dostojanstvo. Posledice ovakvog nasilja su izrazito opasne te zahteva od vlasti posebnu obazrivost i brzu reakciju. Vlasti moraju da iskoriste sva raspoloživa sredstva u borbi protiv rasizma i rasističkog nasilja,

64 Ibid, §171

65 ECHR, *Nachova and others v. Bulgaria*, 6. jul 2005, §157 (kurziv autorov)

66 ECHR, *Stoica v. Romania*, 4. mart 2008.

67 Kršenje člana 14 (zabranu diskriminacije) u vezi sa članom 3 (zabranu nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja) Evropske konvencije o ljudskim pravima.

jačajući time demokratsku viziju društva u kojem se raznolikost ne doživljava kao pretnja već kao izvor njegovog bogatstva⁶⁸.

„Nije sporno da su se incidenti od 3. aprila 2001. godine dogodili između stanovnika romskog sela i policije. Sam podnosilac tužbe je romskog porekla. Policijski službenici su se zaustavili ispred bara čiji je vlasnik C. C., romske etničke pripadnosti, i spor koji je nastao nije bio rasno neutralan, prema navodima seljana, a prema policijskom izveštaju u određenoj meri. Sud ponavlja da su stanovnici sela tvrdili da su policijski službenici pitali F. L. pre nego što su počeli da ga tuku da li je „Rumun ili Ciganin“. Sve to se dešavalo na zahtev zamenika gradonačelnika da se „Romi nauče lekciji (...)“.

Spor između C. C. i zamenika gradonačelnika koji se desio te iste večeri je takođe sadržao rasističke elemente.

Sud smatra da izveštaj policije iz Sučeve u kojem se navodno agresivno ponašanje opisuje kao „čisto cigansko“ predstavlja jasan primer stereotipa i dokazuje da policijski službenici nisu bili rasno neutralni kako tokom incidenta, tako i u toku istrage.

Sud nema razloga da smatra da agresija policijskih službenika nije sadržala ovakav rasistički kontekst i pozadinu.

Sud smatra da teret dokaza leži na vladi zbog svih navedenih razloga, nakon što su uzeti u obzir svi dokazi diskriminacije koji su policija i vojni tužilac prvobitno zanemarili, kao i zaključak o rasno-pristrasnoj istrazi prethodno navedenih slučajeva⁶⁹.

Sud u Strazburu je 2005. godine doneo odluku da se teret dokazivanja prebacuje u slučajevima gde određena pravila ili pojedine mere imaju neproporcionalan uticaj na žene ili Rome/kinje.

› *Slučaj Hugendik pred Evropskim sudom za ljudska prava (2005)*⁷⁰

Podnosilac tužbe je uložio prigovor u kojem stoji da su zahtevi za određeni nivo prihoda u određivanju kriterijuma za invalidninu predstavljali indirektnu diskriminaciju nad ženama, time što je mnogo veći broj žena nego muškaraca bio njima pogođen. Sud je smatrao da „kada je podnosilac tužbe u mogućnosti da pokaže, na osnovu neosporne službene statistike, postojanje prima facie indikacije da posebno pravilo - čak i kada je formulisano na neutralan način - evidentno utiče na veći postotak žena nego muškaraca, dužnost tužene vlade je da pokaže da je to rezultat objektivnih faktora koji nisu vezani za bilo kakav oblik diskriminacije na osnovu pola. Ukoliko se teret dokazivanja da ova razlika nije diskriminatorna u praksi ne

68 ECHR, *Stoica v. Romania*, 4. mart 2008. \$117

69 Ibid, §§ 128-130 (kurziv autorov)

70 ECHR, *Hoogendijk v. the Netherlands*, 6. januar 2005. (odluka o prihvatljivosti na sudu)

prebaci na tuženu vladu, u praksi će podnosiocu/teljki zahteva biti izuzetno teško da dokaže indirektnu diskriminaciju⁷¹.

Prilično je značajno primetiti da Evropski sud za ljudska prava u celosti prihvata zaključke Evropskog suda pravde iz 1990. godine kako bi se efikasnije borio protiv diskriminacije žena na radnom mestu u domenu iznosa plate.

› *Slučaj D. H. pred Evropskim sudom za ljudska prava (2006 i 2007)*⁷²

Ovaj važan slučaj okončan je odlukom Visokog veća 13. novembra 2007. godine. Sud je preinačio ošto kritikovanu odluku prethodno donetu na veću i prihvatio prebacivanje tereta dokaza na osnovu statistike koja je, iako nije bila „potpuno pouzdana“, otkrila „dominantan trend koji su potvrdile i tužene države i nezavisna nadzorna tela koja su ispitala slučaj⁷³. U pitanju je bilo slanje neproporcionalnog broja romske dece u „posebne“ osnovne škole za decu sa poteškoćama u učenju u Republici Češkoj. Ovakva praksa, široko rasprostranjena u zemljama srednje i istočne Evrope, efektivno predstavlja rasnu segregaciju dece romskog porekla i uskraćuje im pristup obrazovanju, čiji je standard uporediv sa obrazovanjem koje stižu deca neromskog porekla. Istraživanje koje je sproveo Evropski centar za prava Roma i Romkinja (European Roma Rights Center) pokazalo je da su romski učenici u gradu Ostrava smešteni u specijalne škole u 27 puta više slučajeva nego njihovi vršnjaci ne – Romi. U svojoj odluci sud se posebno pozvao na zakon EU: „Sud primećuje da Direktive veća 97/80/EZ i 2000/43/EZ propisuju da osobe koje se smatraju oštećenima zbog toga što princip jednakog postupanja nije primenjen nad njima, mogu na bilo koji način, uključujući i na osnovu statističkih dokaza, pred organima domaće vlasti, uspostaviti činjenice iz kojih se može pretpostaviti da je došlo do diskriminacije (...). Novija sudska praksa Suda pravde evropskih zajednica (Court of Justice of the European Communities) (...) pokazuje da to omogućava podnosiocu/teljki tužbe da se osloni na statističke dokaze, a nacionalnim sudovima da takve dokaze uzmu u obzir u slučajevima gde su oni validni i značajni⁷⁴. Sud je zaključio i da „u slučajevima gde podnosilac/teljka tužbe iznosi navode indirektnu diskriminaciju te uspostavlja osporivu pretpostavku da je učinak mere ili prakse diskriminatoran, teret se prebacuje na tuženu državu koja onda mora da dokaže da razlika u tretmanu nije diskriminatorna (...). Uzevši u obzir specifičnost činjenica i prirodu navoda u ovakvim slučajevima (...) u praksi bi podnosiocu tužbe bilo izuzetno teško da dokaže indirektnu diskriminaciju bez prebacivanja tereta dokaza⁷⁵.

71 Ibid, § 13

72 ECHR, *D. H. v. Czech Republic*, 7. februar 2006, preinačeno 13. novembra 2007

73 ECHR, *D. H. v the Czech Republic*, 13. novembar 2007, § 191

74 Ibid, §187

75 Ibid, §189

Podnosiocima/teljicama tužbe je bilo potrebno osam godina da uspešno završe ovaj slučaj, sud pri Visokom veću je potom osam meseci razmatrao konačnu odluku. Ova odluka je model jasnog razmišljanja koji pruža smernice o tome kako se teret dokazivanja može ublažiti da bi se delotvorno adresirao na slučajeve diskriminacije.

6. Prebacivanje tereta dokaza u praksi

Iako nekoliko zemalja članica EU nije usaglasilo odredbu o teretu dokaza u skladu sa direktivama EU⁷⁶ nacionalne sudije su već u par interesantnih slučajeva primenili mehanizam prebacivanja tereta dokaza i dali smernice u tom pogledu.

› Odluka švedskog suda za radno pravo o diskriminatornim jezičkim uslovima (2005)⁷⁷

Osoba sa područja bivše Jugoslavije je aplicirala na poziciju opštinskog arhitekta. On nije dobio posao nakon razgovora, navodno zbog slabog poznavanja švedskog jezika. Jedno od pokrenutih pitanja je bilo da li jezički uslovi predstavljaju indirektnu diskriminaciju na osnovu nacionalnog identiteta. Prema navodima suda za radno pravo pozicija opštinskog arhitekta zahtevala je izvršavanje službenih dužnosti te je dobro (ali ne i savršeno) poznavanje pisanog i govornog švedskog jezika objektivno opravdan, prikladan i potreban uslov. DO (švedski ombudsman za borbu protiv diskriminacije na osnovu etničke pripadnosti) je, za razliku od poslodavca, tvrdio da u takvom slučaju uspostavljanje prima facie (na prvi pogled) indirektna diskriminacija zahteva samo ustanovljavanje činjenice da je jezički uslov štetan ne samo za ljude istog etničkog porekla kao i podnosilac tužbe, nego i za „svaku osobu kojoj švedski jezik nije maternji“. Sud za radno pravo se složio sa ombudsmanom.

⁷⁶ Videti M. Bell, I. Chopin & F. Palmer (u ime evropske mreže nezavisnih stručnjaka u oblasti antidiskriminacije). *Developing antidiscrimination law in Europe, The 25 EU Member States Compared*, European Communities, juli 2007, str. 58.

⁷⁷ DO v. Municipality of Norrköping, 19. oktobar 2005, slučaj pred Privrednim sudom 2005, br. 98, objavljeno u *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, broj 4, pp 81-82

› Odluka švedskog Vrhovnog suda o seksualnoj orijentaciji (2006)⁷⁸

Dve lezbejke su bile primorane da napuste jedan restoran u čijim prostorijama su se ljubile i grlile. Prema navodima Vrhovnog suda, činjenične okolnosti koje vode do pretpostavke diskriminacije ne mogu biti apstraktno određene već se o njima mora odlučivati od slučaja do slučaja. U ovom slučaju sledeće činjenice su dovele do pretpostavke da je izvršena diskriminacija: (1) žene su bile u restoranu; (2) grlile su se i ljubile; (3) rečeno im je da prestanu; (4) nakon toga im je rečeno da napuste prostor; (5) poznata je činjenica da nije uobičajeno braniti ljudima da se grle i ljube u restoranima, niti je uobičajeno da ljudi budu izbačeni iz restorana zbog takvog ponašanja. Budući da uprava restorana nije dolazala da su postojali legitimni razlozi koji nisu u vezi sa seksualnom orijentacijom, podnositeljicama tužbe je dodeljena odšteta.

› Slučaj desegregacije u Miškolcu pred mađarskim Vrhovnim sudom (2006)⁷⁹

Fondacija „Šansa za decu“ podnela je u junu 2005. godine *actio popularis* (akcija koja se podnosi bez direktnog zastupanja žrtve; u ime opšteg dobra) tužbu protiv lokalnog veća grada Miškolca u severnoj Mađarskoj navodeći da je veće indirektno odgovorno za segregaciju romske dece u osnovnim školama. Lokalno veće Miškolca je 2004. godine odlučilo da „administrativno i finansijski“ spoji nekoliko lokalnih škola, koje su nastavile sa radom u posebnim zgradama, te su i dalje pripadale različitim opštinama. Prema mađarskom zakonu, deca koja su živela u opštini gde se nalazila određena škola, imala su automatsko pravo upisa u tu školu. Iako je spajanje škola sprovedeno tako da se administrativno integrišu odvojene škole za Rome i elitne škole čiji su učenici pretežno bili ne - Romi, učenici škola za Rome nisu stekli pravo da započnu ili nastave školovanje u elitnim školama.

U obrazloženju tužbe Fondacija „Šansa za decu“ tvrdila je da je ova reforma doprinela održavanju segregacije romske dece, stoga je u suprotnosti sa principima jednakog tretmana. Škole su i dalje pripadale različitim opštinama i romska deca nisu stekla pravo da se školuju u elitnim školama bez obzira na opštinu u kojoj su živela. Prema navodima podnosioca tužbe, Opštinsko veće je počinilo indirektnu diskriminaciju, jer je njihova naizgled neutralna odluka dovela učenike romskog porekla u neproporcionalno nepovoljan položaj. Podnosioci tužbe su tvrdili da je neuspeh lokalnog veća pri preduzimanju efikasnih mera kako bi osigurali sprovođenje njihovog plana za integraciju učenika u nepovoljnom položaju predstavljao direktnu diskriminaciju.

⁷⁸ *HomO v. Restaurang Fridhem Handelsbolag*, 28. mart 2006, slučaj T 2100-05, pred Vrhovnim sudom, objavljen u A. Numhauser- Henning, *Country report on measures to combat discrimination* (Direktive 2000/43/EC i 2000/78/EC) Švedska, stanje stvari do 8. januara 2007, str. 17 (dostupno na <http://europa.eu>) Takođe videti prezentaciju slučaja, autor M. Bonini - Baraldi, *Burden of proof in discrimination case: Reversal shift, adaptation?* Seminar o teretu dokaza, Akademija za evropsko pravo, maj 2006. (dostupno na www.era.int)

⁷⁹ Odluka doneta 9. juna 2006. i objavljena u *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, broj 3, pp. 68-69, broj 4, p.64. Videti takođe opis na veb stranici Fondacije Šansa za decu www.cfcd.hu/?nelement_id=29&article_id=38.

Opštinski sud Boršod – Abuj - Zemplen (Borsod - Abauj - Zemplen) je u presudi donetj u novembru 2005. godine priznao činjenicu da su romska deca više zastupljena u pojedinim školama, ali je naizgled i odbacio tužbu. Što se tiče prebacivanja tereta dokaza, sud je smatrao da se time ne smanjuje odgovornost podnosioca tužbe da dokaže postojanje uzročno-posledične veze između zaštićenog svojstva (romsko poreklo) i štete koju je pretrpela grupa ljudi sa tim svojstvom. Apelacioni sud u Debrecinu je delimično modifikovao prvostepenu presudu u skladu sa žalbom Fondacije „Šansa za decu“. Ovaj sud je utvrdio da je lokalno veće Miškolca, kroz svoju odluku da integriše škole bez istovremenog reformisanja školskih opština, podržalo segregaciju romske dece, čime je na osnovu etničkog porekla prekršilo njihovo pravo na jednak tretman. Sud je naredio veću da objavi ovu odluku putem Mađarske novinske agencije (MTI). Sud se složio sa Fondacijom „Šansa za decu“ da ne samo aktivno već i pasivno ponašanje može da dovede do kršenja obaveze poštovanja prava na jednak tretman, a naročito obaveze da se svima pruži sličan kvalitet obrazovanja. Prepoznati su naponi veća u pogledu integracije ali je ustanovljeno i da su ti naponi došli sa zakašnjenjem s obzirom na reformisanje školskih opština.

Na osnovu presude Vrhovnog suda od 26. aprila 2006. godine u slučaju odbijanja pružanja usluga u diskoteci na osnovu romskog etničkog porekla podnosioca tužbe⁸⁰ sud je primetio da je zakonska odredba kojom se uređuje prebacivanje tereta dokaza u stvari stvorila pravnu pretpostavku o tome da kada se jednom uspostave zaštićena svojstva (romsko etničko poreklo) i pretrpljeni gubici (separatisano obrazovanje nižeg kvaliteta), teret da se navodi diskriminacije pobiju automatski pada na optuženu stranku. Odgovarajući na zabrinutost lokalnog veća u opštini Miškolc, sud je ponovio da postoji dovoljno dokaza uključujući i postojeće sociološke studije da se dokaže diskriminacija u konkretnom slučaju, te da je situacija u Miškolcu bila poznata čak i u Debrecinu, gde se nalazi Apelacioni sud. Sud je naglasio da je jasno da su Romi pretrpeli gubitke kao rezultat te diskriminacije. Dokazi koje je veće ponudilo, nisu uspeali da opravdaju diskriminaciju.

› *Apelacioni sud Engleske i Velsa u slučajevima Igen Ltd. i drugi protiv Vong; Čemberlen i drugi protiv Emokpe; Vebster protiv Brunel Univerzitet (2005)*⁸¹

U tri slučaja navodne diskriminacije na radnom mestu (na osnovu pola u dva slučaja i na osnovu etničke pripadnosti u jednom), Apelacioni sud je dao važne upute o načinu na koji svaki sud za radno pravo (kao prvostepeni organ za utvrđivanje činjenica) treba da postupa u odnosu na teret dokazivanja u slučajevima direktne diskriminacije, pokrenutim bilo pod izmenjenim Zakonom o međurasnim odnosima iz 1976. godine, Zakonom o rodnoj

diskriminaciji 1975. godine, Zakonom o zabrani diskriminacije na osnovu invaliditeta iz 1995. godine, ili Pravilnikom o jednakosti pri zapošljavanju (seksualna orijentacija) iz 2003. godine i Pravilnikom o jednakosti pri zapošljavanju (vera ili religija) iz 2003. godine. Prebacivanje tereta dokazivanja je prikazano kao pristup iz dve faze. Kada podnosilac/teljka tužbe utvrdi na prvi pogled (prima facie) slučaj diskriminacije, tužena stranka je dužna da dokaže svoju ispravnost. Ako tužena stranka ne uspe to da učini, sudija mora da ustanovi postojanje protivzakonite diskriminacije.

Sudske smernice koje stoje u aneksima odluka su:

„ (1) (...) na podnosiocu/teljki tužbe je (...) da na osnovu ravnoteže verovatnoće dokaže činjenice iz kojih bi sud, u nedostatku odgovarajućeg objašnjenja, mogao zaključiti da je poslodavac počinio akt diskriminacije nad podnosiocem/teljkom tužbe (...). U daljem tekstu 'takve činjenice'.

(2) Ako podnosilac/teljka tužbe ne dokaže takve činjenice, tužba će biti neuspešna.

(3) Prilikom donošenja odluke o tome da li je podnosilac/teljka tužbe dokazao/la takve činjenice, važno je imati na umu da je neobično da se pronađu direktni dokazi (...) diskriminacije. Mali broj poslodavaca/ki će biti spreman da prizna takvu diskriminaciju čak i samom/samoj sebi. U nekim slučajevima, diskriminacija neće biti zlonamerna, nego će se bazirati na pretpostavci da se 'on ili ona ne bi uklopili'.

(4) Prilikom donošenja odluke o tome da li je podnosilac/teljka tužbe dokazao/la takve činjenice, važno je zapamtiti da će ishod u ovoj fazi sudske analize obično zavisiti od toga koje zaključke je ispravno izvesti iz primarnih činjenica utvrđenih na sudu.

(5) (...) U ovoj fazi sud ne mora da dođe do definitivne odluke da će takve činjenice dovesti do zaključka da je počinjena protivzakonita diskriminacija. Sud razmatra primarne činjenice da bi utvrdio sekundarne činjenice, koje se iz njih mogu zaključiti.

(6) Prilikom razmatranja zaključaka koji se mogu doneti na osnovu primarnih činjenica, sud mora pretpostaviti da ne postoji odgovarajuće objašnjenje za te činjenice.

(7) Ovi zaključci u odgovarajućim slučajevima mogu uključivati bilo koje pravedne i nepristrasne zaključke (...) iz indirektnih ili dvosmislenih odgovora na pitanja iz upitnika⁸² (...).

(8) Sud mora odlučiti da li je bilo koja odredba bilo kojeg relevantnog kodeksa sudske prakse zaista relevantna (...). To znači da se zaključci, takođe, mogu izvući iz bilo koje instance nepoštovanja relevantnog kodeksa.

⁸⁰ Komentari o ovom slučaju se nalaze u daljem tekstu, a objavljeni su u *European Anti-Discrimination Law review*, 2006, broj 4, p. 55

⁸¹ (2005) EWCA Civ 142 objavljeno u *European Anti-Discrimination Law Review*, 2005, broj 2, p. 77 i dostupno na veb stranici www.bailii.org/cgibin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2005/142.html&query=igen+Ltd&method=all Videti takođe A. Brown, A. Erskine & D. LittleJohn. „review of judgements in race discrimination Employment Tribunal cases“, u *Employment Relations Research Series*, br. 64, London, DIT, 2006, pp. 33-35

⁸² O korišćenju konkretnog upitnika u slučajevima diskriminacije u Engleskoj videti veb stranicu Komisije za jednakost i ljudska prava www.equalityhumanrights.com/pages/eocdrcre.aspx.

(9) Ukoliko podnosilac/teljka tužbe dokaže činjenice iz kojih se može zaključiti da je tužena stranka lošije tretirala podnosioca/teljku tužbe (na protivzakonitoj osnovi), teret dokazivanja se tada prebacuje na tuženu stranku.

(10) Tada je dužnost tužene stranke da dokaže da nije počinila čin za koji se tereti ili da ne sme biti tretirana kao da ga je počinila.

(11) Da bi teret dokazivanja bio ispoštovan potrebno je da tužena stranka, na osnovu ravnoteže verovatnoće, dokaže da se takav tretman nije dogodio (na protivpravnoj osnovi) budući da 'diskriminacija bilo koje vrste' nije kompatibilna sa Direktivom o teretu dokazivanja.

(12) To zahteva od suda da proceni ne samo da li je tužena stranka dokazala svoje objašnjenje za činjenice iz kojih se zaključci mogu izvesti, već i da je primereno ispoštovala teret dokazivanja na osnovu ravnoteže verovatnoće da (protivpravna osnova) nije bila temelj za tretman koji je doveden u pitanje.

(13) Budući da tužena stranka obično poseduje činjenice potrebne da bi se objašnjenje dokazalo, uobičajeno je da sud očekuje da se teret dokazivanja ispoštuje na osnovu uverljivih dokaza. Konkretno, sud treba da pažljivo ispita objašnjenja za nepoštovanje procedure upitnika i/ili kodeksa.

Iako su ove smernice sročene uz stručnu pomoć Povereništva za jednake mogućnosti, rasnu jednakost i prava osoba sa invaliditetom⁸³ (Commission for Equal Opportunities, Racial Equality and Disability Rights) sa namerom da se pruži jasna slika o podeli tereta dokazivanja između podnosioca/teljke tužbe i tužene stranke čini se da stručnjacima/kinjama nije uvek bila laka primena ovog pristupa⁸⁴. Teret dokazivanja je dalje razmatran pred Apelacionim sudom u slučaju Madarasi protiv Nomura Internacional (Madarassy v. Nomura International plc)⁸⁵. Iako je sud izričito potvrdio svoju odluku u slučaju Igen, presudio je da činjenica o razlici u statusu i tretmanu samo ukazuje na mogućnost diskriminacije, te da, samo po sebi nije dovoljna za prebacivanje tereta dokaza na poslodavca. Sud je takođe izjavio da u prvoj fazi procene tereta dokazivanja, sudovi treba da uzmu u obzir sve dokaze, uključujući i dokaze tužene stranke. Ovo predstavlja realnu činjenicu da u toku rasprave sudovi ne razmatraju dokaze i argumente u dve odvojene faze.⁸⁶

83 Nezavisna tela za zaštitu ravnopravnosti u Velikoj Britaniji, pre njihovog spajanja u Komisiju za jednakost i ljudska prava 1. oktobra 2007. Treba primetiti da je Komisija za prava osoba sa invaliditetom intervenisala, budući da je ključni deo Antidiskriminacionog zakona bio u pitanju, iako se slučajevi nisu ticali ivaliditeta već pola i etničke pripadnosti.

84 J. Galbraith - Marten, Shifting the burden of proof and access to evidence, Seminar o teretu dokaza, Akademija za evropsko pravom jun 2007. (dostupno na www.era.int) .

85 (2007) EWCA, Civ 33, odbijena poticija Domu Lordova 17. maja 2007.

86 Slučaj Madarassy se smatra „dobrom vešču za poslodavce“ Videti C. carter, Ashursts Employment Update, februar 2007, dostupno na www.ashurst.com

U Engleskoj i Velsu kao i u drugim zemljama poput Holandije, postoje određeni organi vlasti koji upućuju na činjenicu da se teret dokaza ne prebacuje isključivo u slučajevima dokazivanja razlike u statusu i razlike u tretmanu⁸⁷. Drugim rečima, nije dovoljno da podnosilac tužbe samo navede da je ona/on žena, Afroamerikanac, gej, musliman, itd. i da je njegov/njen zahtev za posao odbijen. Potrebne su činjenice koje će napraviti vezu između ovih tvrdnji i pokazati da su zakonom zaštićena svojstva uticala na negativni ishod prijave za posao. Postavlja se pitanje u kojoj meri se ova veza mora uspostaviti. Čekajući smernice Evropskog suda pravde, moglo bi se pretpostaviti da fokus za prebacivanje tereta dokazivanja treba da bude na onome što je podnosilac/teljka tužbe uspeo da dokaže, na osnovu toga što njemu/njoj mora da bude poznato⁸⁸.

› Odluka Evropskog suda pravde u slučaju Ferin⁸⁹

Apelacioni sud za radno pravo u Briselu podneo je 6. februara 2007. godine zahtev na osnovu preliminarne odluke Evropskog suda pravde. U pitanju je bolje razumevanje o tome koje su „činjenice iz kojih se može pretpostaviti da je došlo do direktne diskriminacije“.

Slučaj je započeo u aprilu 2005. godine, kada je novinar kontaktirao kompaniju Ferin u vezi sa ogromnim reklamama postavljenim uz autoput na kojima su se tražili monter i garažnih vrata. Šef kompanije je javno izjavio kako on ne zapošljava ljude marokanskog porekla budući da njegovi klijenti ne žele takve majstore. Nakon medijacije nezavisnog tela za zaštitu ravnopravnosti (Centra za jednake mogućnosti i borbu protiv rasizma - Center For Equal Opportunities and Opposition to Racism), Ferin je samo verbalno pristao da promeni svoju diskriminatornu praksu. Na sudu je postavljeno pitanje o tome sa koliko rigidnosti nacionalne sudije treba da procenjuju činjenice iz kojih se može zaključiti prima facie slučaj direktne diskriminacije, kao i adekvatnost činjenica koje tužena stranka mora uspostaviti da bi ispoštovala svoj teret dokazivanja.

Sledeća pitanja su prosleđena Evropskom sudu pravde u odnosu na prima facie slučaj:

„ (a) U kojoj meri raniji slučajevi diskriminacije (javno objavljivanje direktno diskriminatornih kriterijuma u aprilu 2005) čine činjenice iz kojih se može pretpostaviti da je došlo do direktne ili indirektno diskriminacije ' u sklopu Direktive (o ravnopravnosti bez obzira na rasu)?

(b) (...) Da li je dovoljno da je, uzevši u obzir činjenice iz glavnog postupka, u cilju podizanja pretpostavke (da poslodavac i dalje posluje i nastavlja da praktikuje diskriminativnu politiku pri zapošljavanju) u aprilu 2005 – na pitanje da li se on kao poslodavac odnosi na isti način prema domaćim i radnicima sa drugačijim etničkim poreklom, te da je stoga pomalo

87 J. Galbraith - Marten, Shifting the burden of proof and access to evidence, Seminar o teretu dokaza, Akademija za evropsko pravom jun 2007. (dostupno na www.era.int).

88 C. Rayner, The burden of proof and access to evidence, Seminar o teretu dokaza, Akademija za evropsko pravo, novembar 2007, dostupno na www.era.int.

89 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. NV Firma Feryn, Case C-54/07

rasista - on javno izgovorio: „Ja moram da se složim sa zahtevima svojih mušterija. Ako Vi kažete „Ja želim taj određeni proizvod i želim ga ovako ili onako“, a ja kažem: „To ne radim ja, ali ću poslati te i te ljude“, a vi onda kažete: „Meni više ne trebaju ta vrata“, onda ja samom sebi ugrožavam posao. Mi moramo da zadovoljimo zahteve kupca. Ovo nije moj problem. Ja nisam izmislio ovaj problem u Belgiji. Ja samo želim da moja firma dobro posluje i da ostvarim projektovanu dobit na kraju godine (...).

(c) Na osnovu činjenica iz glavnog postupka postavlja se pitanje da li zajedničko saopštenje za medije koje je izdao poslodavac i nacionalno telo za suzbijanje diskriminacije u kojem je poslodavac barem implicitno potvrdio vršenje diskriminacije može dovesti do takve pretpostavke.

(d) Da li činjenica da poslodavac ne zapošljava ni jednog montera iz etnički manjinskih grupa dovodi do pretpostavke o (...) diskriminaciji kada taj isti poslodavac pre izvesnog vremena nije bio u stanju da pronađe adekvatne montere i javno je izjavio da njegovi klijenti nisu hteli da sarađuju sa monterima pripadnicima etničkih manjina.

(e) Da li je jedna činjenica dovoljna da bi se pretpostavila diskriminacija (...)?⁹⁰

Od Evropskog suda pravde je zatraženo da pojasni nekoliko pitanja u odnosu na to kako tužena stranka može ispoštovati teret dokazivanja.

„Da li se pretpostavka diskriminacije može (...) pobiti jednostavnom i jednostranom medijskom izjavom poslodavca/ke u kojoj stoji da on/ona nikada nije vršio/la ili više ne vrši diskriminaciju, te da su monter i pripadnici etničkih manjina, dobrodošli; i/ili jednostavnom izjavom poslodavca/ke da je njegova/njena kompanija, ne uključujući i sestrinsku organizaciju, popunila sva radna mesta za poziciju montera, i/ili izjavom da je zaposlio/la čistačicu iz Tunisa, i/ili, uzevši u obzir činjenice iz glavnog postupka, da li pretpostavka može biti pobijena samo činom zapošljavanja montera koji su pripadnici etničkih manjina (...)?“

Mišljenje Državnog advokata Madura (Maduro) je uglavnom bilo fokusirano na koncept direktne diskriminacije. Za cilj je imalo da uveri sud da, same po sebi, reči ne samo da mogu povrediti, već mogu predstavljati i diskriminaciju: „izjava poslodavca za javnost u kontekstu konkursa za posao, čiji je smisao da aplikacije osoba određenog etničkog porekla neće biti prihvaćene, predstavlja direktnu diskriminaciju⁹¹“. Ovakva interesantna pozicija uveliko smanjuje važnost pitanja dokaza u rešavanju konkretnog slučaja na osnovu vrednosti na kojima se temelje direktive koje zabranjuju diskriminaciju. U tom smislu, državni advokat i komisija su smatrali da teret dokazivanja treba prebaciti, budući da postoji niz indikacija koje ukazuju na diskriminatornu praksu: u okolnostima u kojima se utvrdi da je poslodavac javno izjavio ovakve stvari, kakve su u pitanju u glavnom postupku, o sopstvenoj praksi zapošljavanja

i gde, štaviše, stvarna praksa zapošljavanja koju poslodavac primenjuje ostaje netransparentna i gde osobe etničke pripadnosti o kojoj je ovde reč nisu zaposlene, ustanoviće se pretpostavka diskriminacije (...). Od poslodavca se očekuje da opovrgne tu pretpostavku⁹². U vezi sa pitanjem kako nacionalni sud treba da oceni dokaze koje podnosi poslodavac/kinja, a kojima se pobija pretpostavka diskriminacije, državni advokat je izjavio da „nacionalni sud treba da primeni relevantna nacionalna proceduralna pravila pod uslovom da, kao prvo, ta pravila nisu manje povoljna od onih koja uređuju slične domaće aktivnosti (princip ekvivalencije) i, kao drugo, da ona u praksi ne onemogućavaju niti otežavaju ostvarivanje prava koja proizilaze iz prava Evropske unije (Komunitarno pravo)⁹³.

Pri donošenju veoma jasne odluke Evropski sud pravde je poslušao predlog državnog advokata Madura izjavivši da je „činjenica da poslodavac/ka javno izjavljuje da neće zaposliti ljude određene etničke ili rasne pripadnosti, što predstavlja izjavu koja će vrlo verovatno navesti određen broj ljudi da odustanu od apliciranja, a time i sprečiti njihov pristup tržištu rada, predstavlja direktnu diskriminaciju u pogledu zapošljavanja (...). Postojanje takve direktne diskriminacije ne zavisi od identifikacije osobe koja tvrdi da je doživela diskriminaciju⁹⁴. Sud je smatrao da „izjave kojima poslodavac/ka javno stavlja na znanje da poštujuću svoju politiku zapošljavanja neće zaposliti nijednog radnika koji ima određeno etničko ili rasno poreklo, mogu predstavljati činjenice koje dovode do uspostavljanja pretpostavke o diskriminatornoj politici zapošljavanja. Dakle dužnost poslodavca/ke je da priloži dokaze da nije prekršio/la princip jednakog tretmana, što može učiniti inter alia (između ostalog) time što će pokazati da se stvarna praksa zapošljavanja njegove kompanije ne podudara sa praksom navedenom u tim tvrdnjama⁹⁵.

7. Poteškoće pri utvrđivanju činjenica

Teret dokazivanja se ne prebacuje čim podnosilac/teljka tužbe izjavi da je nad njom/njim izvršena diskriminacija, nego tek kad ona/on navede činjenice iz kojih se može uspostaviti da je došlo do diskriminacije. Slučaj *prima facie*, označava dokaze koji su, ukoliko nisu opovrgnuti, dovoljni da se barem uspostavi pretpostavka o navedenim činjenicama. Drugim rečima, mehanizam za prebacivanje tereta dokazivanja pretpostavlja da, ljudi koji smatraju da je nad njima izvršena nepravda mogu predstaviti dokaze koji ukazuju na mogućnost diskriminacije. Kao rezultat toga, tradicionalna sredstva za prikupljanje dokaza kao što su dokumentovani dokazi, iskaz svedoka i stručna mišljenja, koji su često nezadovoljavajući u slučajevima diskriminacije, ne mogu se u potpunosti zaobići. Sudska praksa o prebacivanju tereta dokaza ukazuje na to da je podnosiocima/teljicama tužbe teško da izgrade *prima facie* slučaj. Vrlo mali broj slučajeva je bio uspešan u zemljama u kojima je bilo slučajeva navodne diskriminacije. U većini slučajeva koji su se našli pred švedskim sudovima za radno pravo bilo je

⁹² Ibid, § 23

⁹³ Ibid, § 24

⁹⁴ ECJ, Feryn, 10. juli 2008, slučaj C-54/07,§25

⁹⁵ Ibid, §§ 31-32

⁹⁰ Kurziv autorov

⁹¹ Mišljenje državnog advokata Madura izloženo 12. marta 2008, slučaj C-57/07, §19

sugerisano da je neuspeh na sudu prouzrokovan nemogućnošću podnosioca/teljke tužbe da prikupi dovoljno činjenica da bi se uspostavio prima facie slučaj diskriminacije⁹⁶. Švedska nije jedina zemlja u kojoj je takav problem izražen.

› *Poljski Okružni sud odbacio tužbu zbog diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije (2006)*

Uzmimo, na primer, slučaj CZA - TA kome je odluka doneta u Poljskoj 16. marta 2006. godine⁹⁷. B. K., zaposlen u CZA - TA je Okružnom sudu podneo zahtev za odštetu zbog protivzakonitog otkaza ugovora o radu. Tvrdio je da je kvalitet njegovog rada negativno ocenjen zbog njegove seksualne orijentacije. Okružni sud je odbacio njegovu tvrdnju, utvrdivši da nije pokazao činjenice koje bi pokazale da je izvršena diskriminacija na osnovu seksualne orijentacije. Teret dokazivanja nije prebačen na poslodavca zbog nedostatka dokaza koji upućuju na kršenje principa jednakosti. Sud nije odbacio mogućnost da je podnosilac tužbe osećao pritisak i primao kritike na poslu, ali nije bilo jasno da li je razlog za neprijateljsku atmosferu bila njegova seksualna orijentacija ili loša produktivnost u radu.

› *Češki Vrhovni sud poništio odluku o diskriminaciji o pružanju roba i usluga (2004)*

Odluka Vrhovnog suda Republike Češke od 17. avgusta 2004. godine je još jedan takav primer. To je bio prvi slučaj u kojem je primenjeno prebacivanje tereta dokaza transponovano iz Direktive o rasnoj jednakosti. Regionalni sud je utvrdio da su podnosioci tužbe romskog porekla diskriminirani kada je sportski restoran odbio da ih usluži. Podnosioci tužbe su bili ignorisani duže vreme, a kada su se raspitali u čemu je problem, konobar im je rekao da oni neće biti usluženi. Znak „Rezervisano“ je stavljen na njihov sto za dvadesetak minuta. Na osnovu izjave svedoka, regionalni sud, kao prvostepeni sud, je smatrao da su podnosioci tužbe bili izloženi drugačijem tretmanu. Tužena stranka je uložila prigovor tvrdeći da je celi slučaj bio nesporazum jer je termin bio rezervisan za fudbalere. Zaposleni u restoranu su imali protivrečne priče o rezervaciji, te je regionalni sud doneo odluku da rezervacija, čiji je cilj bio da opravda nepružanje usluge nije dokazana izvan svake sumnje. Tuženoj stranci je naređeno da plati nadoknadu od 640€ svakom od troje podnosioca tužbe. Vrhovni sud je poništio odluku Okružnog suda, prilikom žalbe na odluku, budući da je izjava podnosioca tužbe bila protivrečna i da je, ukoliko je i došlo do zabune pri rezervaciji termina, incident prouzrokovan neadekvatnim rukovodstvom, a ne diskriminatornim ponašanjem⁹⁸.

⁹⁶ F. palmer, "Re-dressing the balance of power in discrimination cases: The shift in the burden of proof", *European Anti - Discrimination Law Review*, 2006, broj 4, pp. 27-28

⁹⁷ BK v. "CZA-TA" Ltd u Piotrkow Trybunalski, Plock Okružni sud, Sektor IV za zaposlenje i socijalno osiguranje, IV P 353/05, objavljeno u *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, broj 4, pp. 76-77

⁹⁸ Slučaj 1 Co 321/2003-196, objavljen u *European Anti-Discrimination Law Review* 2005, broj 1, pp. 43-44



Deo II

Prednosti i mane situacionog testiranja

1. **Istraživanje i sudska praksa uz korišćenje situacionog testiranja**
2. **Iskustvo iz Sjedinjenih Američkih Država**
3. **Situaciono testiranje u odnosu na pravičnost dokaza, izazove i privatni život u Evropi**
4. **Metodologija i smernice**

Izabel Roriv

Profesorka na Pravnom fakultetu, Univerzitet Libre u Briselu (ULB)

1. Istraživanje i sudska praksa uz korišćenje situacionog testiranja

Situaciono testiranje je eksperimentalni metod čiji je cilj da se diskriminacija utvrdi „na licu mesta“¹⁰². Poznato je i pod drugim imenima kao što su situacioni testovi, testiranje, revizija, testiranje kontrolnih parova, testiranje parova, a ređe i kao testiranje diskriminacije ili praktično testiranje¹⁰³. Cilj ove metode je da na videlo iznesu prakse pri kojima je, u uporedivoj situaciji, osoba koja poseduje određenu karakteristiku nepovoljnije tretirana u odnosu na drugu osobu koja ne poseduje tu karakteristiku.

Parovi (koji traže stan, apliciraju za posao ili su posetioци restorana, noćnog kluba i sl.) razlikuju se samo na osnovu jedne karakteristične osobine kao diskriminatorne osnove (etnička pripadnost, pol, godine starosti, itd.) koja se testira. Ukoliko je jedan od parova izložen različitom tretmanu, ta razlika ukazuje na diskriminatorno ponašanje. Drugim rečima, ovaj metod podrazumeva uspostavljanje situacije, neke vrste igre uloga, pri čemu se osoba dovodi u poziciju da može da vrši diskriminaciju bez sumnje da ga/je neko posmatra. Ova osoba se suočava sa fiktivnim „kandidatima“ pri čemu neki imaju karakteristike koje mogu biti osnov za diskriminatorno ponašanje. Posmatrači imaju za cilj da izmere njeno/njegovo ponašanje prema ljudima sa tom određenom karakteristikom u odnosu na ljude koji je nemaju.

Situaciono testiranje omogućava raskrinkavanje direktne diskriminacije, koja se često skriva iza izgovora (kao što su izgovori da je stan već iznajmljen, radno mesto već popunjeno, ulaz moguć samo članovima)¹⁰⁴. Trenutno najpoznatiji primer situacionog testiranja u Evropi je taj u kojem različiti ljudi (u parovima ili u grupama) dolaze na ulaz u noćni klub. Ukoliko je osobi ili grupi ljudi stranog porekla sistematično zabranjen ulaz, dok se „domaće“ grupe koje dolaze pre i posle, puštaju u klub bez poteškoća, može se zaključiti da je izvršena diskriminacija. Slični eksperimenti su sprovedeni u agencijama za promet nekretnina, čak i kod poslodavaca za koje se sumnja da vrše diskriminaciju pri zapošljavanju¹⁰⁵.

Situaciono testiranje se koristilo u Velikoj Britaniji i SAD početkom 70-ih godina kako bi se izmerio opseg diskriminacije i stvorile mere javne politike koje bi se uhvatile u koštac sa ovim problemom. Situaciono testiranje su razvili naučnici društvenih nauka pod nazivom istraživačko testiranje (ponekad i naučno ili revizijsko testiranje).

102 Testiranje ili situaciono testiranje su termini koji se najčešće koriste u Evropi. U SAD se često koristi revizija i testiranje poređenja parova. Generalna komisija za terminologiju u Francuskoj kao i Francuska akademija, predlažu upotrebu termina testiranje diskriminacije. Videti uputstvo Ministarstva pravde, CRIM 2006-16 E8/26 jun 2006, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice, br. 102 (1. april-30. jun 2006.).

103 I. Rorive, "Situation tests in Europe: Myths and Realities", European Anti-Discrimination Law Review, 2006, broj 3, p. 33

104 Videti III poglavlje

105 U sferi zapošljavanja videti na primer, četiri revizijske studije opisane u M. Bendick, Discrimination against racial/ethnic minorities in access to employment in United States: empirical findings from situation testing. ILO, International Migration Papers Series, br. 12, 1996.; videti apendiks ovom eseju „Additional employment studies in the United States using situation testing“, esej je dostupan na www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp12.pdf

Nastalo je iz rada državnih povereništava i iz inicijative think tank organizacija koje se bave društvenim pitanjima¹⁰⁶. Mark Bendick (Marc Bendick) je više od 30 godina vršio istraživanje i analizu politike problema diskriminacije u SAD-u. Navodi da „situaciono testiranje ima jedinstven potencijal za proučavanje ponašanja poslodavaca na radnim mestima pritom zadržavajući metodološku strogoću laboratorijskog naučnog eksperimenta. Stoga je moguće definisati ovu tehniku na način koji će naglasiti njenu vezu sa rigoroznim tradicijama empirijskog istraživačkog rada u društvenim i bihevioralnim naukama. Situaciono testiranje (se definiše) kao sistematska procedura istraživanja za stvaranje kontrolisanih eksperimenata kojima se analiziraju iskrene reakcije poslodavaca na lične karakteristike zaposlenih“¹⁰⁷. Jedan poznati primer primene ove metode u Evropi, je bez sumnje opsežno istraživanje diskriminacije na osnovu etničke pripadnosti pri zapošljavanju. Koordinisala ga je Međunarodna organizacija rada (International Labour Organization) tokom 90-ih godina¹⁰⁸. Trenutno, situaciono testiranje je dobro poznato u Evropi i smatra se neophodnim oruđem sociologa za merenje diskriminacije, kao dela fundamentalnih istraživačkih programa u studijama koje su usmerene na kreiranje politike.

Za podizanje svesti i razvoj javne politike, osim što se koristi u istraživanjima, situaciono testiranje ima ogroman potencijal za ojačavanje dokaza u pojedinačnim slučajevima. Testiranje sudske parnice (ili testiranje na osnovu žalbe) je usmereno na određenu kompaniju, agenciju za nekretnine, noćni klub, itd. za koje se sumnja da vrše diskriminaciju, s' ciljem da prikupi činjenice koje ukazuju na pretpostavku o nejednakom tretmanu i omogući sudiji da prebaci teret dokazivanja. Ova vrsta situacionog testiranja, dizajnirana za sudske slučajeve, je u fokusu ovog priručnika.

2. Iskustvo iz Sjedinjenih Američkih Država

Stambeno pitanje je jedno od glavnih područja u kojima se koristilo testiranje sudske parnice, počevši od 1960-ih godina. Testovi pravedne raspodele stanova razvijeni su od strane javnih i privatnih agencija za pravednu raspodelu stanova kao metoda za određivanje valjanosti tužbe. Kada je podnositeljka/lac žalbe koji/a naizgled pripada zaštićenoj grupi (najčešće Afroamerikanac/ka ili Latinoamerikanac/ka) tvrdio/la da mu/joj je nepravedno zabranjen pristup stanu ili kući, agencija bi poslala osobu bele boje kože kako bi se raspitala o istom stanu tj. kući. Kada bi osobi bele boje kože bilo ponuđeno da iznajmi stan za koji je podnositeljka/lac prethodno odbijen/a, agencija bi dobila dokaz diskriminacije. Do ranih 70-ih mnoge grupe za pravednu raspodelu stanova su imale iskustvo u podnošenju takvih dokaza na sudu, a priručnici za testiranje su već bili na raspolaganju¹⁰⁹. Agencijama za pravednu raspodelu stanova su dodeljena znatna sredstva.

106 M. Bendick "Situation testing for employment discrimination in the United States of America", Horizons Strategique, 2007, broj 5, p. 17-37

107 Videti metodologiju opisanu u Fr. Bovekerk, A manual for international comparative research on discrimination on the ground of race and ethnic origin, Ženeva, International labour Organization, 1992.

108 J. Yinger "Testing for discrimination in housing and related markets", u A national report card on discrimination in America: The role of testing, M. Fix and M. Austin Turner (eds), Washington DC, The Urban Institute, 1998, p. 28

109 R.V.O. Boggs, "The future of civil rights testing: Current trends and new directions" u A national report card on in America: The role of testing, M. Fix and M. Austin Turner (es), Washington DC, The Urban Institute, 1998, p. 114

Veliki korak u tom pogledu bio je uspostavljanje „Programa inicijative za pravednu raspodelu stanova (Fair Housing Initiative Program - FHIP) 1990. godine. FHIP je dizajniran da pruži federalno finansiranje javnih i privatnih agencija koje sprovode pravednu raspodelu stanova, uz podršku Odeljenja za stambena pitanja i urbani razvoj (Department of Housing and Urban Development - HUD). Veliki deo ovih sredstava je namenjen za testiranje, kako istraživačko tako i na osnovu tužbe¹¹⁰. Odsek za stambeno pitanje Ministarstva pravde je započeo program testiranja krajem 1991. godine i počeo da na sudu koristi dokaze dobijene kroz testiranje. Veći deo testiranja koje je sproveo Ministarstvo pravde je bio usmeren ka diskriminaciji na osnovu rasnog porekla i nacionalne pripadnosti u praksi iznajmljivanja stanova, ali se testiranje takođe koristilo i u drugim područjima, npr. u vezi sa pristupačnošću novogradnje za osobe sa invaliditetom. Za razliku od testiranja koje sprovode mnoge privatne grupe, testiranje Ministarstva pravde se obično sprovodi uz pomoć opreme za snimanje zvuka što se pokazalo kao izuzetno moćan dokaz u akcijama primenjivanja¹¹¹. Dok je testiranje stambenog pitanja već neko vreme široko prihvaćeno kao osnovna i moćna tehnika za dokumentovanje diskriminacije, testiranje zapošljavanja za svrhe primenjivanja je uglavnom počelo da se razvija početkom 1990-ih. Urbani institut, sa sedištem u Vašingtonu DC je u tom pogledu odigrao značajnu ulogu¹¹². Osim u području stambenog pitanja i zapošljavanja, inovativne akcije su sprovedene u još nekoliko područja, na primer, u taksi kompanijama i restoranima¹¹³.

Testiranje taksi kompanija u Distriktu Kolumbija sprovedeno 1989. godine je zanimljiv primer. Advokatska komora iz Vašingtona u saradnji sa lokalnom zajednicom i stručnjacima sa Huard univerziteta koristila je situaciono testiranje kako bi dokazala diskriminaciju pri pružanju usluga u nekoliko taksi kompanija u regiji. Tokom dva i po meseca, pažljivo formirani i trenirani timovi testera od kojih su neki bili bele rase a neki crne sproveli su 292 testa. Rezultati su pokazali da se taksisti nisu zaustavili testerima crne rase u 20% slučajeva, dok se testerima koji su bili bele rase nisu zaustavili samo u 3% testova. Vozači su, takođe, često odbijali da voze testere i bele i crne rase u delove grada gde pretežno žive Afroamerikanci/ke. Pokrenuta je parnica protiv tri taksi kompanije čija je praksa posebno visok nivo diskriminacije. Parnica je okončana nagodbom pre suđenja, uz isplatu od gotovo 50,000 dolara odštete¹¹⁴.

Osim toga Američka taksi kompanija je pristala da oformi interni odbor za reviziju koji će obrađivati žalbe zbog diskriminacije. Proširila je program obuke svojih vozača i postavila znakove u vozilima taksija koji obaveštavaju putnike/ce o njihovom pravu da se žale komisiji

110 Ibid, p. 115.

111 Ibid, p. 116.

112 Ibid, p. 118.

113 F. Alemu, testing to prove racial discrimination : methodology and application in Hungary, esej dostupan na stranici Evropskog centra za prava Roma www.weec.org. Fitsum Alemu se poziva na S. E. Ridley, J. A. Bayton and J. H. Quttz, taxi service in the District of Columbia: Is it influenced by the patrons race and destination? Esez pripremljen za Washington DC Lawyers Committee for Civil Rights under the Law, jun 1989.

114 Odluka o pristanku i sporazumnoj nagodbi, Floyd- Mayers v. American Cab Co, br. 89-1777 (CRR), (D.D.C. podneta 1. novembra 1990). Videti takođe Keith Harriston, „3 Cab Firms to Monitor for Bias; Suit Over Shunning of Blacks Sttled“, The Washington Post, 3. novembar 1990, na B1, dostupno na 1990 WL 2100387; The Equal Rights Center, Service denied: Responding to taxicab discrimination in the District of Columbia, oktobar 2003. (dostupno na www.equalrightscenter.org)

za taksi kompanije u okviru Okružnog suda Kolumbije¹¹⁵. Štaviše, Okružni sud distrikta Kolumbija je smatrao da je taksi kompanijama zakonski onemogućeno da pokušaju izbegavanje odgovornosti za diskriminatorne postupke svojih vozača. Prema tome, ako se za određenog taksistu utvrdi da je vršio diskriminaciju nad potencijalnim putnikom i taksi kompanija i vozač će biti zakonski odgovorni¹¹⁶.

Korišćenje testiranja u svrhu praćenja poštovanja odredbi o sudski odobrenim nagodbama je jedna od značajnijih promena koje utiču na testiranje. Dva značajna slučaja u vezi sa restoranima iz lanca Denis, jednog u Kaliforniji i drugog u Merilendu, ticali su se tvrdnje da Denis praktikuje ustaljenu politiku diskriminacije pri pružanju usluga Afroamerikancima. Oba slučaja su okončana nagodbom izvan suda uz ukupnu novčanu kaznu od više od 45 miliona dolara, 1994. godine. Dekreti o saglasnosti u ovim slučajevima su uzrokovali formiranje funkcije nezavisnog monitora građanskih prava koji je bio ovlašćen da obavi stotine testova godišnje u periodu od nekoliko godina, kako bi vodili računa da se Denis pridržava nediskriminatorne prakse pri pružanju usluga svojim korisnicima¹¹⁷.

Obiman razvoj testiranja na osnovu žalbe je omogućen tek nakon što su prevaziđene značajne pravne prepreke. Protivnici testiranja su izneli nekoliko argumenata. Prvi argument je bio da testerima nemaju pravni osnov na sudu budući da nikad nisu ni nameravali da iznajme stan ili prihvate posao, te da shodno tome nisu pretrpeli nikakvu štetu. Drugi argument je bio da testiranje uključuje i obmanu, te da nije adekvatan način za prikupljanje dokaza.

› Vrhovni sud SAD-a u slučaju Hejvens o pitanju pravnog osnova (1982)

Vrhovni sud SAD-a je jednoglasno prepoznao pravo testera/ki i organizacija za pravednu raspodelu stanova da podižu tužbe na osnovu dokaza dobijenih iz testiranja u značajnoj odluci u slučaju Hejvens iz 1982. godine¹¹⁸. Činjenice u ovom slučaju su bile prilično jednostavne. Pol Kols (Paul Coles), čovek afroameričkog porekla koji je podneo tužbu zbog iznajmljivanja stana, pokušao je da iznajmi stan od Hejvens Realti korporacije (Havens Realty Corporation) u čijem vlasništvu su bili apartmanski kompleksi u predgrađu Ričmonda. Pol Kols je dobio lažnu informaciju da više nema slobodnih stanova. On je podneo žalbu neprofitnoj organizaciji za pravednu raspodelu stanova – „Mogućnosti stanovanja jednake za sve“ (Housing Opportunities Made Equal, HOME) čija je svrha bila „omogućavanje ostvarivanja jednakih stambenih prava u području Ričmond Metropolitan“. HOME je nakon toga zaposlio dva testera, ženu afroameričkog porekla po imenu Kolman i čoveka bele rase po imenu Vilis kako bi se utvrdilo da li je Hejvens donosio odluke na osnovu boje kože aplikanata/kinja. Oni su poslali nekoliko zahteva korporaciji Hejvens u vezi sa dostupnošću apartmana. Svaki put

115 Videti na primer Floyd-Mayers v. American Cab Co, 732 F. Supp. 243, 245 (D.D.C., 1990.)

116 R.V.O. Boggs, “ The future of civil rights testing: Current trends and new directions“ u A national report card on in America: The role of testing, M. Fix and M. Austin Turner (es), Washington DC, The Urban Institute, 1998, p.118 i reference u fusnoti 10.

117 Havens Realty Corporation v. Coleman, 455 U.S. 363 (1982.)

118 455 U.S. 374

je gospođa Kolman dobila odgovor da nema slobodnih stanova, dok je Vilisu rečeno da ih ima. Upitno je bilo pred Vrhovnim sudom da li je gospođa Kolman imala pravni osnov za podizanje tužbe budući da je vršila ulogu testera/ke. Vrhovni sud je presudio da sama činjenica „da je tester kontaktirao agenciju za nekretnine u potpunosti očekujući da će dobiti lažne informacije, bez namere da kupi ili iznajmi kuću, ne negira jednostavnu činjenicu povrede prava“¹¹⁹. Vrhovni sud je odlučio da HOME ima pravni osnov za potraživanje nadoknade štete. Organizacija za pravednu raspodelu stanova je uložila prigovor da je „u svojim nastojanjima da omogući jednak pristup stanovima kroz savetovanje i dalje upućivanje klijenata/kinja bila frustrirana praksom tužene stranke da donosi odluke na osnovu rasne pripadnosti“. Osim toga, organizacija je tvrdila i da je „morala da posveti značajna sredstva za identifikaciju i neutralizaciju rasno diskriminatorne prakse upravljanja tužene strane“¹²⁰.

Prema Komisiji za jednake mogućnosti pri zapošljavanju (Equal Employment Opportunities Commission) koja temelji svoje mišljenje na značajnim sudskim praksama isti principi se primenjuju na testerima koji podnose prijavu zbog diskriminacije pri zapošljavanju¹²¹. Što se tiče pitanja metodologije, komisija naglašava da „dok tester u oblasti stambenih problema treba da dokažu samo da su kvalifikovani za plaćanje stanarine, tester u domenu zapošljavanja imaju složeniji zadatak; moraju da pokažu da su kvalifikovani za određeni posao“¹²².

Zapravo, pokret za građanska prava ima dugu istoriju korišćenja testera za otkrivanje i ilustriranje diskriminacije. U slučaju Evers protiv Dvajer (1958)¹²³ Vrhovni sud je dodelio pravni osnov podnosiocu tužbe, Afroamerikancu, koji je sedeo u delu autobusa rezervisanom za ljude bele rase u Memfisu, odakle su ga kasnije, lokalne vlasti uklonile. Njegov pravni osnov je priznat iako se on nikada pre nije vozio autobusom u Memfisu, te je to ovaj put učinio samo u svrhu ispitivanja legalnosti zakona o segregaciji u toj državi. Odluka u slučaju Pirson protiv Rej (1967)¹²⁴ doneta je na isti način. Vrhovni sud je presudio da je grupa sveštenika Afroamerikanaca koji su uklonjeni iz autobusnog terminala u državi Misisipi imala pravni osnov da traži obeštećenje, uprkos činjenici da njihov jedini cilj nije bio da koriste autobuski terminal, već da testiraju zakon.

119 455 U.S. 379

120 EEOC Obaveštenje br. 915.002, 22. maj 1996., „Enforcement Guidance: Whether “testers” can file charges and litigate claims of employment discrimination” (Dostupno na sajtu Komisije za jednake mogućnosti pri zapošljavanju www.eeoc.gov/policy/docs/tetsters.html)

121 Ibid, §5

122 358 U.S. 202 (1958)

123 386 U.S. 547 (1967)

124 Za više informacija videti O. De Schutter, „Methods of proof in the context of combatin discrimination”, u *Proving discrimination, The Dynamic implementation of EU antidiscrimination law: The role of specialized bodies*, J. Cormack (ed), Grupa za migracionu politiku 2003, pp. 35-37 (dostupno na www.migpolgroup.com)

3. Situaciono testiranje u odnosu na pravičnost dokaza, izazove i privatni život u Evropi

Situaciono testiranje se našlo na udaru određenog broja pravnih kritika: da ne odgovara principu pravednosti dokaza, da bi se moglo smatrati izazivanjem na činjenje krivičnog dela i da ugrožava pravo na poštovanje privatnog života¹²⁵. Ove kritike treba perspektivno sagledati kroz pregled sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava.

Evropski sud u Strazburu je u nekoliko navrata presudio da korišćenje osobe sa fiktivnim identitetom isključivo u svrhu izlaganja nezakonitih radnji pojedinca per se (samo po sebi) ne ometa privatni život tog pojedinca. Na primer u slučaju Lidi¹²⁶ sud je smatrao da korišćenje tajnog agenta, koji se predstavljao kao potencijalni kupac kokaina pod lažnim imenom Toni, nije predstavljalo kršenje prava na privatni život dilera čije su kriminalne aktivnosti raskrinkane u tom procesu. Budući da je telefon gospodina Lidija bio prisluškivan u skladu sa švajcarskim krivičnim zakonom, krivična presuda je mogla da bude zasnovana ne samo na osnovu izveštaja tajnog agenta, već i na osnovu snimaka njegovih razgovora sa „Tonijem“. Važno je napomenuti da presuda Evropskog suda za ljudska prava u ovom slučaju nije bila u skladu sa mišljenjem Komisije za ljudska prava. Prema mišljenju komisije, „uključivanje tajnog agenta u ovu operaciju suštinski je promenilo pasivnu prirodu operacije uvođenjem novog faktora u proces prisluškivanja telefonskih razgovora; prisluškivani razgovori su rezultat odnosa koji je tajni agent formirao sa osumnjičenim. To je predstavljalo poseban vid uplitanja u privatni život g. Lidija i zahtevalo je posebno opravdanje prema stavki 2. člana 8 (Konvencije o ljudskim pravima)¹²⁷. Međutim, sud je smatrao da „uključivanje tajnog agenta u ovu operaciju nije, ni samo po sebi, ni kombinovano sa prisluškivanjem telefonskih razgovora, uticalo na privatni život u sklopu značenja člana 8“¹²⁸. Uprkos napretku i razvoju koncepta privatnog života od početka 1990-ih sudska praksa Evropskog suda i dalje je u skladu sa rešenjem iz slučaja Lidi¹²⁹.

Valja dodati i da je u slučajevima koji uključuju opšti video - nadzor, sud precizirao da „praćenje delovanja pojedinca na javnom mestu pomoću fotografske opreme koja ne beleži trajne vizuelne podatke, ne dovodi, samo po sebi, do ometanja privatnog života pojedinca (...). S druge strane, snimanje podataka kao i sistematska ili trajna priroda zapisa vizuelnih podataka može dovesti do takvih okolnosti“¹³⁰. U svakom slučaju, ne dolazi do povrede prava na privatni život pod uslovom da je uplitanje u skladu sa nacionalnim zakonima, da teži legitimnom cilju i da je neophodno u demokratskom društvu.

125 ECHR, Ludi v. Switzerland, 15 jun 1992.

126 Ibid, §36.

127 Ibid, §40 (kurziv autorov)

128 Videti na primer, Evropska komisija za ljudska prava, R. Muller v. Austria, 28. juni 1995 neprihvatljivost odluke, Evropska komisija za ljudska prava, S. E. v Switzerland, 4. mart 1998. neprihvatljivost odluke

129 Videti na primer Peck v. United Kingdom, 28. januar 2003, §59; Perry v. The United Kingdom, 17. juli 2003, §38

130 Belgijsko državno veće, mišljenje br. 32.967/2 iz februara 2002. dato na zahtev Predsednika Predstavničkog doma tokom ispitivanja teksta koji je doveo do formiranja federalnog, Antidiskriminacionog zakona od 25. februara 2003 (sada zamenjen Federalnim zakonom od 10. maja 2007. protiv nekih oblika diskriminacije)

Pored pitanja privatnosti, oprezan pristup pravosuđa je povremeno ojačan još jednom nedoumicom - da li je situaciono testiranje oblik podsticanja krivičnog dela? Belgijsko državno veće, koje je dužno da daje svoje mišljenje o svim zakonima i propisima deli tu nedoumicu¹³¹. Ovaj problem mora da se stavi u perspektivu kroz pregled sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava, a posebno kroz pregled odluka suda o policijskoj tehnici infiltracije doušnika u kriminalne grupe ili u akcijama protiv krijumčarenja droge, pri nameštanju kupoprodajnih dogovora pomoću kojih se raskrinkavaju dileri. Prema navodima suda „{policijsko} podsticanje javlja se u situacijama gde su službenici koji su uključeni - bilo da su pripadnici snaga bezbednosti ili osobe koje deluju po njihovim uputstvima - ne ograničavaju na istraživanje kriminalnih radnji na suštinski pasivan način, već utiču na subjekta istrage kako bi podstakli izvršenje krivičnog dela koje se drugačije ne bi izvršilo, sa ciljem da utvrde prekršaj tj. da pruže dokaze i pokrenu prekršajni postupak“¹³².

„U slučaju Tešera de Kastr (..) sud je utvrdio da se dvojica policajaca u pitanju nisu ograničila 'na istraživanje kriminalnih aktivnosti g. Tešera de Kastr na suštinski pasivan način, već su vršili uticaj kako bi podstakli na izvršenje krivičnog dela'. Sud je smatrao da su njihove aktivnosti premašile aktivnosti tajnih agenata budući da su podstakli izvršenje krivičnog dela, te da ne postoji ništa što bi sugerisalo da bi ovo delo bilo počinjeno bez njihove intervencije (...)

Pri donošenju tog zaključka, sud se fokusirao na niz faktora, a posebno na činjenicu da se intervencija dvojice policajaca nije desila u sklopu operacije protiv rasturanja droge koju je naredio i nadzirao sudija, te da nacionalne vlasti naizgled nisu imale dobar razlog za sumnju da je podnosilac tužbe diler: on nije bio prethodno kažnjavan te nije postojalo ništa što bi sugerisalo da on ima predispozicije da se uključi u trgovinu drogom sve do momenta dok se policija nije uključila u akciju (...).

Tačnije, sud je utvrdio da nije postojala objektivna sumnja da je podnosilac tužbe bio uključen u bilo kakve kriminalne aktivnosti. Nisu postojali nikakvi dokazi koji bi poduprli tvrdnju vlade da je podnosilac zahteva imao predispozicije za počinjenje krivičnih dela. Naprotiv, on nije bio poznat policiji i nije posedovao drogu u momentu pretresa od strane policije. U skladu sa tim, bio je u mogućnosti da dostavi drogu samo preko poznanika koji je drogu kupovao od trgovca čiji je identitet ostao nepoznat. Iako je g. Tešera de Kastro potencijalno imao predispozicije za počinjenje krivičnog dela, ne postoje objektivno dokazi koji bi sugerisali da je on inicirao krivično delo pre policijske intervencije. Sud je, stoga odbio da prihvati razliku koju je stvorila portugalska vlada između kreiranja krivične namere koja prethodno nije postojala, i eksponiranja latentnih, već postojećih, krivičnih namera“¹³³.

131 ECHR, Teixeira de Castro v. Portugal, 9. juni 1998, §38. Za više informacija videti ECHR, Calabro v. Germany and Italy, 21. mart 2002; ECHR (Visoko veće) ramanauskas v. Lithuania, 5. februar 2008. Takođe videti holandsku sudsku praksu koja ne smatra situaciono testiranje vidom podsticanja; Hoge Raad, 24. novembar 1981, N. J., 1982, p177; Hoge Raad, 18. oktobar 1988, N. J., 1989, p. 476; Mišljenja n 1997-62, 1997-64, 1997-66, 1997-133, 1998-39, 2005-136 holandskih nezavisnih tela za zaštitu ravnopravnosti koja su opisana u delu III ove knjige.

132 ECHR, Teixeira de Castro v. Portugal, 9. jun 1998, §§37-39, citirano u Ramanauskas v. Lithuania, 5. februar 2005, §56.

133 L. Collet-Askri, "Testing or not testing?", La Chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il deloyal... (a propos de l'arret de la Chambre criminelle du 11 juin 2002)", Le Dalloz, 2003, no. 20, Chroniques, p. 1311.

Prema tome, sve dok tajni agenti – i analogno, tester – ne pruzrokuju stvaranje krivične namere kod ljudi koji se testiraju, postupak je dopušten. Drugim rečima, treba praviti razliku između „podsticanja na otkrivanje dokaza“ i „podsticanja na činjenje krivičnih dela“¹³⁴. Ukoliko se tester ograniče na kreiranje uslova za činjenje krivičnog dela, te posmatraju to krivično delo kao pasivni posmatrači, ne smatra se podsticanjem i postupak je prihvatljiv. Tester diskriminacije stoga treba da dobiju vrlo jasna uputstva kako kasnije ne bi mogli da budu optuženi za podsticanje osoba pod prismotrom na diskriminatorno ponašanje.

Zabrana podsticanja na počinjenje krivičnog dela je posebna predstavka šireg uslova o pravednosti dokazivanja i pravu na pravedno suđenje koje se odnose na krivične i na civilne postupke. Francuski kasacioni sud se u nekoliko navrata osvrnuo na komentare da situaciono testiranje u pojedinim slučajevima nije ispunilo uslov o pravednosti dokaza¹³⁵. U jednom slučaju, NVO „SOS protiv rasizma“ je sprovela ispitivanje stanja na ulazu u nekoliko noćnih klubova na jugu Francuske. Optuženi pripadnici obezbeđenja su oslobođeni u apelacionom postupku, a zahtev za nadoknadu štete je odbijen na osnovu tvrdnje da dokaz diskriminacije nije bio uspostavljen pravednim postupkom¹³⁶. Kasacioni sud je ukinuo ovu odluku jer Apelacioni sud u Monpeljeu nije primenio odredbu zakona o krivičnom postupku u kojem se navodi da je u krivičnom predmetu dozvoljeno bilo koje sredstvo za prikupljanje dokaza. Prema tome, „sudija treba da izvaga vrednost dokaza nakon što sasluša obe strane“¹³⁷. Rezultati situacionog testiranja nisu mogli da budu odbijeni jer se pretpotavljalo da je tehnika sama po sebi jednostrana. Dokazna vrednost rezultata mora da bude merena u svakom slučaju ponaosob.

Kako navodi Olivije de Šute, način na koji je situaciono testiranje sprovedeno u praksi verovatno je doprineo ovakvoj odluci Apeacionog suda u Monpeljeu:

„Analiza razloga za presudu Apelacionog suda upućuje na to da je pravednost procesa „testiranja“ delovala sumnjivo u očima suda. Osnov ovih sumnji je bilo to, da bi zbog namere da razotkriju primer diskriminacije na koju su sumnjali i hteli da je dokažu, organizatori ovih situacionih testova bili u mogućnosti da - svojim ponašanjem ili odećom stvore uslove pod kojima bi im bio zabranjen ulaz u objekat u pitanju. Stoga je sudija Apelacionog suda primetio da, mada test otkriva razlike u stavu jednog dela zaposlenih članova obezbeđenja na ulazu u klubove, ne postoji ništa što potvrđuje da je ovakvo nedozvoljavanje pristupa bilo motivisano rasnom pripadnošću testera/ki. Osim toga, dokazi izneti pred krivičnim sudom i izjave optužene stranke podnete tokom postupka pokazuju da klubovi „La Nui“ i „L Solej“ imaju rasno mešovitu klijentelu. Optuženi pojedinci su negirali navode da su vršili rasnu diskriminaciju. Ne postoji ništa što potvrđuje da su optuženi vršili odabir klijentele na osnovu rase, osim subjektivnog mišljenja stranaka koje potražuju nadoknadu štete. Štaviše, ukoliko je i došlo do vršenja odabira, to je uobičajena pojava u ovom vidu poslovanja koja se zasniva na komercijalnim

134 Ovi slučajevi su opisani u III. 6 poglavlju ove knjige

135 Apelacioni sud u Monpeljeu (Kazneno-popravno odeljenje), 5. jun 2001.

136 Kasacioni sud (Krivično odeljenje) 11. jun 2002, br. 01-85. 559, ostupno na www.legifrance.gouv.fr

137 O. De SCHutter, „Methods of proof in the context of combatin discrimination“, u Proving discrimination, The Dynamic implementation of EU antidiscrimination law: The role of specialized bodies, J. Cormack (ed), Grupa za migracionu politiku 2003, p. 37 (dostupno na www.migpolgroup.com)

kriterijumima tržišta primenjujući se u ustanovama ili klubovima rezervisanim za 'homoseksualce', 'crnce', 'heteroseksualce' ili 'džet set'".

Ovde je penalizovan nedostatak uporedivosti: čini se da je Apelacioni sud verovao da je ulaz članovima „SOS protiv rasizma“ mogao biti zabranjen i iz drugih razloga, ne zbog njihovog etničkog porekla. Prema navodima Apelacionog suda u Monpeljeu, zbog nedostataka adekvatne garancije u odnosu na uslove u kojima je sprovedeno, situaciono testiranje se nije moglo smatrati dovoljno pravednim postupkom za dokazivanje postojanja diskriminacije: „... metod 'testiranja' koji je koristila organizacija „SOS protiv rasizma“ implementiran bez učestvovanja službenika suda ili sudskog izvršitelja je metod dokazivanja koji ne pruža meru transparentnosti i nema nivo pravednosti potreban za dobijanje dokaza u krivičnom postupku te krši propisani proces“¹³⁸.

Važno je imati na umu da, sama po sebi, tehnika situacionog testiranja nije ni nepoštena niti predstavlja kršenje ljudskih prava. Međutim, ova tehnika uspostavlja veštačku situaciju sa određenim nedostacima. Kada situaciono testiranje uključuje ljudsku interakciju, fiktivni kandidati/kinje mogu biti toliko željni da otkriju diskriminaciju da nenamerno izokrenu rezultate¹³⁹. U nekim slučajevima, nacionalni sudovi su doveli u pitanje nedostatak objektivnosti testera/ki koji su pre obavljanja ispitivanja tražili savet od navodne žrtve diskriminacije¹⁴⁰. Ovi rizici nisu imaginarni i zahtevaju pažljiv monitoring situacionog testiranja kao i striktno pridržavanje metodologije testiranja.

4. Metodologija i smernice

Metodologija koja se koristi u situacionom testiranju treba da bude rigorozno specifikovana kako bi se neutralisale varijable koje bi mogle da diskredituju postupak ili dovedu do krivotvorenih rezultata analize. Postoje esencijalna pitanja o kojima se mora voditi računa pri organizovanju situacionog testiranja¹⁴¹.

138 Videti P. A. Riach and J. Rich, "Field experiment in the market place", *Economic Journal*, 2002, broj 112, pp. 480 i dalje

139 U Francuskoj videti, L. Collet-Askri, "Testing or not testing?", *La Chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il deloyal... (a propos de l'arret de la Chambre criminelle du 11 juin 2002)*, *Le Dalloz*, 2003, no. 20, *Chroniques*, p. 1311. Za druge slučajeve na nac. nivou videti poglavlje III.

140 Videti između ostalih, "Le Testing: method et exemples", praktični vodič GELD-a (Groupe d'étude et de lute contre les discriminations). Ovo telo je prekinulo svoje aktivnosti 30. juna 2005. i sada postoji kao deo francuskog nezavisnog tela za zaštitu ravnopravnosti, Visoke uprave protiv iskriminacije i za jednakost; B. Bodrogi, *testing for discrimination. Identifying and prosecuting human rights abuses*, L. Mahony (Notebook Series ed.), Minneapolis, New Tactics Project for Center for Victims of Torture (publ.) 2003; Kif Kif & Liga voor Mensenrechten, *Handleiding praktijktest discriminatie*, 2007, p. 8 (dostupno na www.site.kifkif.be/pdf/brochurepraktijktest.pdf).

141 Slučaj objavljen u *Le Monde*, 17. mart 2007.

4.1 Osigurati potpunu uporedivost

Situaciono testiranje zahteva što veći stepen sličnosti između grupe za koju postoji verovatnoća da je diskriminisana i kontrolne grupe, da bi bilo uverljivo. Kontrolna grupa treba da liči na ciljnu grupu u svim aspektima, a ne samo po onim karakteristikama koje se testiraju. To znači da osoba koja je zadužena za testiranje treba da sastavi što potpuniji spisak raznih faktora sa uticajem na odluku osobe koje je predmet testiranja.

Na primer, parovi testera/ki uključeni u testiranje etničke diskriminacije na ulazu u noćni klub treba da imaju „adekvatnu“ odeću i frizure koje treba da budu slične u svim slučajevima. Oni treba da budu približno istih godina i istog pola (žene često mnogo lakše ulaze u noćne klubove od muškaraca...); ne bi trebalo da budu pod uticajem alkohola ili droga; treba da budu pristojni i da se na razuman način odnose prema obezbeđenju na ulazu u klub; treba da uđu u klub tokom iste večeri i u isto vreme; niko od njih ne bi trebao da bude poznat izbacivačima, itd.

4.2 Osigurati pravednost i verodostojnost

Da bi se izbegla pojava pristrasnosti u testiranju, ne bi trebalo da postoji emocionalna veza između testera/ki i žrtava diskriminacije ili osobe koja je predmet testiranja. To znači, na primer, da tester/ka ne bi trebao/la da bude rođak/a osobe koja je doživela diskriminaciju. Tester/ka ne bi trebao/la da ima predrasude protiv osobe koja je predmet testiranja. Osim toga, testeri/ke ne bi trebalo da pažljivo prate svoje ponašanje kako bi izbegli bilo kakve provokacije.

Situaciono testiranje bi u principu trebalo da se koristi isključivo nakon što osoba prijavi diskriminaciju, a idealno bi trebalo da bude sprovedeno neposredno nakon što je diskriminacija počinjena. Proaktivno testiranje treba pažljivo razmotriti budući da bi ono moglo da pruži verodostojnost onima koji ovu metodu izjednačavaju sa Velikim bratom. Ovo zavisi od okolnosti. Ukoliko postoji veliki broj pritužbi u jednom sektoru, NVO može da odluči da pokrene kampanju situacionog testiranja, sa ciljem podizanja svesti javnosti, ali i da pokrene zakonski postupak u slučaju učestale diskriminatorne prakse.

4.3 Osigurati reprezentativnost

Idealno gledano, situaciono testiranje bi trebalo da bude zasnovano na reprezentativnom uzorku, i na više od jednog para testera/ki. U suprotnom, rezultati situacionog testiranja bi trebalo da budu potkrepljeni drugim dokaznim sredstvima (na primer svedočenjem) kako bi doveli do prebacivanja tereta dokazivanja.

Ako se vratimo na primer situacionog testiranja ulaska u noćni klub, ovo znači da nekoliko testera koji pripadaju etničkoj manjini i nekoliko koji ne pripadaju treba da pokušaju da uđu u noćni klub jedni za drugima. Apelacioni sud u Parizu je 17. marta 2008. godine, u skladu sa

tim, poništio presudu prvostepenog suda, koji je četiri radnika obezbeđenja, zaposlena u noćnim klubovima, osudio, za vršenje rasne diskriminacije. Apelacioni sud je smatrao da nedopuštanje jednoj osobi ili grupi osoba da uđu u klub nije dovoljan osnov za utvrđivanje krivičnog dela.¹⁴²

4.4 Osigurati pažljivo planiranje i dokumentaciju

Ova četvrta tačka je povezana sa prethodno navedenim problemima, budući da pažljivo planiranje omogućava da uporedivost, pravednost i reprezentativnost budu monitorisane. U idealnom slučaju prilikom planiranja treba slediti proceduru koja se sastoji od pet koraka.

- Prvo, jedna osoba treba da ima jasno određenu ulogu koordinatora/ke. Ova osoba mora da poseduje određeno stručno znanje iz oblasti diskriminacije i da bude svesna pravne problematike. Koordinator/ka testa ne sme da ima sukob interesa u odnosu na osobu koja je doživela diskriminaciju ili navodnog počinioca/teljke diskriminacije. Treba da bude svestan/a činjenice da testiranje može dovesti do sudskog postupka sa trajanjem od nekoliko godina i mora da bude spreman/a da se pojavi na sudu kao svedok/inja. Važno je da lična prošlost organizatora/ke testa ne umanjuje njegovu/njenu verodostojnost. Za terenska ispitivanja nije neophodno da koordinator/ka bude prisutan na mestu radnje, obzirom da postoji rizik da bude prepoznat/a.
- Drugo koordinator/ka testa treba da sastavi protokol koji opisuje svrhu testiranja i proceduru koju treba slediti. Protokol treba da sadrži različite elemente koje treba razmatrati kako bi se osigurala potpuna uporedivost ali i dizajnirati na način koji će osigurati reprezentativnost. Protokol bi se mogao dotaći potrebe pozivanja službenika (na primer, sudskog izvršitelja). Protokol treba da razmotri korišćenje svedočenja treće strane i tehničkih instrumenata. Dokazano je da su audio i video snimci od velike koristi za pružanje podrške testiranju te treba da budu pažljivo propisani protokolom. Kako se sudsko prihvatanje ovakvih snimaka razlikuje od zemlje do zemlje, o protokolu treba unapred razgovarati sa lokalnim pravnim stručnjacima.
- Treće, osoba odgovorna za testiranje treba da utvrdi da testeri/ke nemaju nikakvu vezu sa žrtvama niti sa osumnjičenim, i da dobro znaju kako treba da se ponašaju u toku testiranja kako bi izbegli bilo kakve provokacije. Testeri/ke ne smeju da budu maloletni, osim ako je to izričito neophodno. Kao i koordinator/ka testa, oni treba da budu svesni da testiranje može da dovede do sudskog postupka koji može da traje i po nekoliko godina i da mogu da budu pozvani kao svedoci/kinje na sudu. Treba da budu spremni da se suoče sa diskriminacijom i da budu u stanju da na nju reaguju neutralno. Testeri/ke treba da dobiju primerak protokola testiranja, ali i jasna uputstva o tome kako se testiranje sprovodi.

¹⁴² B. Bodrogi, testing for discrimination. Identifying and prosecuting human rights abuses, L. Mahony (Notebook Series ed.), Minneapolis, New Tactics Project for Center for Victims of Torture (publ.) 2003, pp. 11-12. Videti takođe III poglavlje.

- Četvrto, ubrzo nakon testiranja (ali van vidokruga lokacije koja je testirana) svaki tester/ka treba da ispuni i potpiše obrazac kojim se sumira testiranje. U slučaju situacionog testiranja ulaska u noćni klub, relevantno je naznačiti (1) vreme kada je tester/ka pokušao/la da uđe; (2) reakciju radnika obezbeđenja; (3) da li je postojao red ispred noćnog kluba; itd.
- I na kraju kao peti korak, osoba zadužena za testiranje treba da napiše opšti izveštaj o rezultatima testiranja. On/ona, treba da različite dokumente (protokol, pojedinačne izveštaje testera i opšti izveštaj) učini dostupnim sudu, ukoliko dođe do pokretanja postupka na osnovu situacionog testiranja.

4.5 Druga opšta pitanja

Obzirom da pronalaženje adekvatnih testera/ki može da predstavlja izazov, nezavisna nacionalna tela za zaštitu ravnopravnosti ili nevladine organizacije mogu da sarađuju sa univerzitetima kako bi među studentima/kinjama i istraživačima/cama regrutovali testere. Tada se postavlja pitanje nadoknade jer bi besplatno regrutovanje ovih ljudi moglo da bude problematično. Odluka o tome da li će organi javne vlasti ili nevladine organizacije biti spremne da plate testerima/kama je pitanje politike organizatora testiranja.

Uključivanje novinara/ki u testiranje može da bude problematično jer može da se dogodi da pojedini novinari/ke budu suviše željni da dobiju „prave“ rezultate kako bi osigurali brzo objavljivanje u štampanim medijima. Publicitet treba da bude tempiran u skladu sa potrebama predmeta, a ne u skladu sa novinarskim kriterijumima, iako je izveštavanje o rezultatima važan deo procedure testiranja. U većini slučajeva bolje je obezbediti publicitet tokom sudskog procesa.

U svim fazama procesa testiranja, ljudi koji su uključeni treba da budu svesni da je situaciono testiranje ponekad problematično oruđe. Osobe koje su doživele diskriminaciju rizikuju da izgube mnogo ukoliko testeri nisu striktni u sprovođenju testiranja. Sudije često sumnjaju u situaciono testiranje premda je ono legalno. Stoga je izuzetno važno izbeći diskreditaciju tehnike i izgraditi poverenje u njen potencijal kako bi doprinela sprovođenju antidiskriminacionih zakona.

Nezavisna tela za zaštitu ravnopravnosti i nevladine organizacije koje su voljne da koriste situaciono testiranje treba da razmotre organizovanje posebne obuke za testere/ke. Na primer, NEKI, Međarski zavod za pravnu odbranu nacionalnih i etničkih manjina (Hungarian Legal Defense Bureau for National and Ethnic Minorities), pruža dvostepeni trening za testere/ke. Nakon regrutovanja potencijalnih testera/ke oni prolaze kroz celodnevni grupni trening. Kada se situaciono testiranje pokrene kao odgovor na tužbu, ova organizacija sprovodi pripremni trening za određeni slučaj na kojem učestvuju samo testeri/ke koji će vršiti testiranje u tom slučaju¹⁴³.

¹⁴³ Combating discrimination, A training manual, Human European Consultancy and Migration Policy Group (eds), 2007, pp. 23-24.

Konačno treba imati na umu da je situaciono testiranje samo jedno od sredstava koja mogu da pomognu osobama koje su doživele diskriminaciju da dokažu da li je zaista došlo do diskriminacije¹⁴⁴. Situaciono testiranje je posebno korisno za otkrivanje direktne diskriminacije često skrivene iza raznih izgovora. Istovremeno, ono zahteva znatne resurse i treba da bude ograničeno na one slučajeve u kojima ne postoje drugi „lakši načini“ za dokazivanje diskriminacije (na primer, svedoci, direktne diskriminatorne izjave¹⁴⁵). Statistički podaci su u većini slučajeva mnogo prikladniji za otkrivanje indirektno diskriminacije i/ili strukturalne diskriminacije. Situaciono testiranje je u pojedinim slučajevima teško implementirati, ponekad čak i u slučajevima direktne diskriminacije. Na primer, iako je lako koristiti situaciono testiranje u početnoj fazi odabira za posao (na primer, testiranje CV-ija, ili testiranje putem telefona) mnogo je teže poslati odgovarajuće testere/ke na razgovor za posao. Osim situacionog testiranja i statistike treba da budemo svesni da u Evropi postoje drugi moćni mehanizmi kojima se može prebaciti teret dokazivanja. Procedura korišćenja upitnika se čini vrlo efikasnim instrumentom u Velikoj Britaniji¹⁴⁶. Ova procedura omogućava osobama koje nisu dobile posao da traže od poslodavca/ke neposredan odgovor i razlog za odbijanje. Sudovi i tribunali u Velikoj Britaniji, mogu da iz odgovora na pitanja iz upitnika izvuku zaključke o diskriminaciji, kao i iz toga da li je poslodavac/ka pružio/la odgovore u propisanom vremenskom roku ili uopšte.

¹⁴⁴ Videti ECHR, Ivanova v. Bugaria, 12. april 2007, §84; ECHR, Baczkowski v. Poland, 3. maj 2007, §§97-100

¹⁴⁵ Za više informacija o korišćenju upitnika, videti veb stranicu Komisije za ravnopravnost i ljudska prava, www.equalityhumanrights.com/pages/eocdrccre.aspx

¹⁴⁶ Bugarska nije obrađena u ovoj knjizi. Iako je odluka u nekoliko slučajeva doneta na osnovu testiranja koje je dokazalo da je Romima zabranjen pristup određenim javnim mestima i uslugama, prigovori stranaka ni odluke sudija se nisu posebno osvrnule na činjenicu da su svedoci i podnosioci tužbe vršili testiranje u javnom interesu. Iskazi testera/ki prikazani su i tretirani kao obični iskazi svedoka. Pravni osnov testera/ki kao ponosilaca/teljki tužbe je priznat isključivo na osnovu njihovog identiteta i manje povoljnog tretmana koji su pretrpeli, bez govora o njihovom interesu da, kao testeri/ke, dobiju pristup mestu ili uslugama (informacije pružila Margarita Ilieva, bugarska stručnjakinja Evropske mreže pravnih stručnjaka u polju antidiskriminacije).

3

Deo III

Situaciono testiranje u zemljama Evrope

- | | |
|--------------------|----------------------|
| 1. Pregled | 7. Mađarska |
| 2. Belgija | 8. Letonija |
| 3. Republika Češka | 9. Holandija |
| 4. Danska | 10. Slovačka |
| 5. Finska | 11. Velika Britanija |
| 6. Francuska | |

Izabel Roriv

Profesorka na Pravnom fakultetu, Univerzitet Libre u Briselu (ULB)

Uz saradnju sa Lorom Gornicioju, pripravnicom Okružnog suda u Bonu

1. Pregled

Korišćenje situacionog testiranja je uzelo maha u Evropskoj uniji tokom godina. U zemljama kao što su Belgija, Bugarska¹⁴⁷, Češka, Danska, Finska, Francuska, Mađarska, Letonija, Slovačka i Švedska¹⁴⁸ slučajevi pokrenuti na osnovu situacionog testiranja su sve češći. Mađarska je izvanredan primer budući da je sistematično korišćenje testiranja u toj zemlji dovelo do važnih sudskih pobeda u borbi protiv rasprostranjene diskriminacije Roma. Nevladine organizacije i nezavisna tela za zaštitu ravnopravnosti u Austriji, Italiji i na Kipru, počinju da koriste situaciono testiranje, ali ni u jednom slučaju do sada odluka nije doneta na osnovu testiranja. S druge strane deset zemalja u Evropi nije poznato sa ovom tehnikom: Estonija, Nemačka, Grčka, Irska, Litvanija, Luksemburg, Malta, Poljska, Portugal, Slovenija i Španija. Glavni razlog za to je, verovatno nedostatak svesti o njegovom značaju i mogućnostima. Međutim, čini se da je u nekim od tih zemalja (pre svega u Irskoj¹⁴⁹), osnovni problem očekivani nedostatak volje u sudstvu. Premda su nevladine organizacije (naročito one koje se bave pravima Roma) u Rumuniji sprovodile situaciono testiranje, izgleda da je ova praksa napuštena¹⁵⁰. Situaciono testiranje je deo normativnog prava samo u Mađarskoj, Francuskoj i određenoj meri Belgiji¹⁵¹. U drugim zemljama ne postoje jasne pravne odredbe i ovom pitanju se prilazi na osnovu opšteg zakona o dokazima.

U ovom poglavlju su opisana iskustva iz pojedinih zemalja članica EU uglavnom do 1. januara 2007. godine bez pretenzija da bude sveobuhvatno i iscrpno. Ovo poglavlje se fokusira na korišćenje situacionog testiranja na sudu, pitanja kojih se sudije moraju dotaći i uslove pod kojima se testiranje priznaje kao pravno oruđe. Takođe, pokazuje kako testiranje postaje ključni element u strateškim sudskim slučajevima. Moj opis slučajeva se velikim delom oslanja na izvanredan rad Evropske mreže pravnih stručnjaka u oblasti antidiskriminacije. Veoma sam zahvalna na njihovim nacionalnim izveštajima i njihovom doprinosu žurnalu koji se zove „Pregled evropskog antidiskriminacionog zakona“ (European Anti-Discrimination Law Review).

2. Belgija

Situaciono testiranje su uglavnom koristile nevladine organizacije sa ciljem da otkriju diskriminatorske prakse. Na primer, Pokret protiv rasizma, antisemitizma i ksenofobije (Mouvement contre le racisme, le antisèmitisme et la xènophobie) je vodio kampanju pod nazivom „Uprava zadržava pravo da odbije pristup“¹⁵² usmerenu na određene noćne klubove u Briselu. Testiranje se koristilo za utvrđivanje diskriminacije u krivičnim slučajevima. Pritom, bilo koje sredstvo dokazivanja koje je u skladu sa načelom pravednosti dokaza treba da bude dozvoljeno. Situaciono testiranje je u velikoj meri bilo korišćeno na ad hoc (na prečac) osnovi od strane žrtava koje su ovim spontanim delovanjem želele da ojačaju svoj slučaj.

Transpozicijom Direktive o rasnoj ravnopravnosti i Direktive o okviru ravnopravnosti, situaciono testiranje je postalo sporno pitanje. Kao primer činjenica koje mogu dovesti do prebacivanja tereta dokaza, bivši Federalni zakon protiv diskriminacije, donet 25. februara 2003. godine, navodi „činjenice kao što su statistički dokazi ili situaciono testiranje“¹⁵³. Kraljevskim ukazom je predloženo da se izričito definišu uslovi u kojima će situaciono testiranje biti prihvaćeno u kontekstu tužbi zbog diskriminacije. Međutim, političke debate su povremeno bile burne, pa su konsultacije u vezi sa sadržajem kraljevskog ukaza bile neuspešne. VLD (flamanska desničarska stranka koja je deo koalicione vlade) je objavila kritike udruženja poslodavaca i Nacionalnog ureda za stanodavce. U najčitanijim dnevnim novinama, ova stranka je objavila da odbija da „postavi tim špijuna, pošalje ih da prođu u kompanije, pokrenu obaveštajne veze i sankcionišu Velikog brata“¹⁵⁴. Sam premijer nije prezaao od toga da testere/ke naziva „infiltratorima“ i „obaveštajcima“ dodajući da se „ne šalje čoveku gola žena da bi se utvrdilo da li je on preljubnik“¹⁵⁵. Ove konsultacije su istakle poteškoće pri pokušaju istovremenog ostvarivanja dva delimično nespojiva cilja. S jedne strane, situaciono testiranje treba da se kodifikuje, a njegova metodologija je navedena u cilju sprečavanja zloupotrebe od strane potencijalnih žrtava diskriminacije i podsticanja sudija na prebacivanje tereta dokaza na osnovu testiranja. S druge strane, da bi testiranje ostalo funkcionalno, mora se omogućiti njegovo fleksibilno sprovođenje.¹⁵⁶

Fraza „situaciono testiranje“ je postala toliko problematična da je eliminisana u zakonodavstvu od 2007. godine koje je zamenilo Federalni zakon o suzbijanju diskriminacije iz 2003. godine. Kao primeri činjenica koje dovode do pretpostavke direktne diskriminacije, novi statuti navode (1) faktore koji otkrivaju ponovljene određene slučajeve nejednakog tretmana; između ostalog, ponovljene izolovane pritužbe nezavisnom telu za zaštitu ravnopravnosti i (2) faktore koji pokazuju da se situacija navodne žrtve može uporediti sa

¹⁵² Zakon od 25. februara 2003. o protivljenju diskriminaciji kojim se modifikuje zakon od 15. februara 1993. kojim je kreiran Centar za jednake mogućnosti i borbu protiv rasizma, *Moniteur belge*, 17. mart 2003, čl.1,§3.

¹⁵³ *Le Soir*, 26, 27 i 28. mart 2005.

¹⁵⁴ *De Standard*, 25. mart 2005.

¹⁵⁵ O. De Schutter, Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC), Belgium, State of Affairs up to 8 January 2007, p. 33 (dostupno na <http://europa.eu>)

¹⁵⁶ Zakon od 10. maja 2007. protiv nekih vrsta diskriminacije (čl. 28); Zakon od 10. maja 2007. koji sadrži izmene i dopune Zakona id 30. jula 1981. kojim su kriminalizovani određeni činovi podstaknuti rasizmom i ksenofobijom (čl. 29); Zakon od 10. maja 2007. protiv diskriminacije između žena i muškaraca (čl. 33) *Moniteur belge*, 30. maj 2007.

¹⁴⁷ Pol Lapalainin daje pregled korišćenja situacionog testiranja u IV poglavlju

¹⁴⁸ Videti, S. Quinlivan, Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC), Ireland State of Affairs up to 8 January 2007, p. 18 (dostupno na <http://europa.eu>)

¹⁴⁹ Informacije pružila Romanita Lordache, rumunska stručnjakinja Evropske mreže pravnih stručnjaka u polju antidiskriminacije.

¹⁵⁰ Videti III poglavlje. Pregled razvoja po zemljama.

¹⁵¹ Ova kampanja je vršena tokom 2000. i 2001. godine (videti www.mrax.be/article.php?id_article=194) Za više informacija videti C. Delanghe „Encore at toujours“, rad objavljen 26. aprila 2005 (http://www.mrax.be/article.php?id_article=67)

situacijom referentne osobe (osobe koja ne poseduje zaštićene karakteristike)¹⁵⁷. Ovi takozvani „testovi ponavljanja“ i „testovi uporedivosti“ nisu jednostavni za shvatanje i čini se da predstavljaju dve strane medalje situacionog testa¹⁵⁸. Ono što je sigurno je da je, prema sadašnjem zakonu, situaciono testiranje i dalje legitiman način prebacivanja tereta dokaza sve dok se sprovodi uz pravilnu metodologiju i ne predstavlja provokaciju.

› *Apelacioni sud u Liežu priznao princip „rol pleja“ tokom svedočenja (1988)*¹⁵⁹

Pripadniku etničke manjine je uskraćena usluga u baru. On se vratio sledećeg dana sa prijateljem, čiji izgled takođe otkriva njegovo ne-evropsko poreklo. Prijatelj je na sudu potvrdio činjenicu da je menadžer bara odbio da prihvati njihovu porudžbinu, iako je služio ljude evropskog porekla. Menadžer je osuđen na osnovu ovog svedočenja.

› *Predsednik prvostepenog suda u Briselu prebacio teret dokazivanja na osnovu rezultata testiranja (2005)*¹⁶⁰

Par koji su činile dve osobe stranog porekla je zatražio informacije o stanu koji je oglašen za izdavanje. Agencija koja je izdavala stan je zatražila dokaze o tome da imaju redovna primanja u iznosu koji je jednak trostrukom iznosu mesečne stanarine (što je uobičajena praksa u Belgiji). Sastanak je bio ugovoren za sledeći dan. Međutim, istog popodneva agencija ih je obavestila da je stan iznajmljen poznaniku vlasnika. Pošto je oglas za stan još bio aktivan, par je zamolio svog prijatelja da se obrati agenciji kako bi se raspitao o raspoloživosti stana. Nakon što je prijatelj rekao zaposlenima u agenciji da vrši uvid u ime belgijskih državljana, oni su ugovorili sastanak. Međutim, videvši prvobitni par, agencija je tvrdila da vlasnica preferira starije stanare kako bi sačuvala mir u kući u kojoj i sama živi.

Suočen sa ovim činjenicama, sudija je smatrao da je svedočenje para i njihovog prijatelja bilo dovoljno da se utvrdi pretpostavka diskriminacije na osnovu stranog porekla podnosioca tužbe. Tužena stranka nije uspela da opovrgne ovu pretpostavku. Po mišljenju sudije, tvrdnja da vlasnica preferira starije stanare nije bila uverljiva budući da su stanari koje je vlasnica na kraju izabrala, imali oko 40 godina.

¹⁵⁷ V. van der Plancke, „Les tribulations du testing en Belgique:quels enseignements?“, Horizons strategique, 2007, broj 5, p. 12; I. Rorive i V. van der Plancke, „Quel dispositif pour prouver les discriminations?“, Les lois federales du 10 mai 2007. luttant contre les iscriminations, CH. Bayart, S. Sottiaux&S. Van Drooghenbroeck (eds), Brisel, La Charte, 2008, p. 447

¹⁵⁸ Odluka doneta 11. marta 1988, dostupna na veb stranici CECLR-a www.diversite.be

¹⁵⁹ Odluka o hitnom postupku doneta 3. juna 2005. objavljena u Revue du droit des etrangers, 2005, br. 133, str. 220, dostupna na www.diversite.be

¹⁶⁰ Odluka doneta 30. novembra 2005, dostupna na www.diversite.be

› *Apelacioni sud u Gentu doneo je odluku da je testiranje validan način za dokazivanje diskriminacije (2005)*¹⁶¹

Dok su tražili stan, agencija za iznajmljivanje stanova je saopštila Andreu D. i njegovom istopolnom partneru da vlasnica ne želi da iznajmi svoj stan „dvojci muškaraca ili dvema ženama“. Nekoliko dana kasnije, ova izjava je ponovljena u prisustvu sudskog izvršitelja. Centar za jednake mogućnosti i borbu protiv rasizma (Center for Equal Opportunities and Opposition to Racism) i Andre D. su tražili sudski nalog kojim bi se zabranila ovakva diskriminatorska praksa.

Predsednik Prvostepenog suda u Gentu je 31. decembra 2003. godine, odbio zahtev u skraćenom postupku. Sud je smatrao da prebacivanje tereta dokazivanja, koje je dozvoljeno Zakonom protiv diskriminacije iz 2003. godine, nije bilo primenjivo u ovom slučaju budući da propis o situacionom testiranju još nije bio usvojen.

Apelacioni sud u Gentu je 30. novembra 2005. godine preinačio ovu presudu. Doneta je odluka da su situaciono testiranje i statistički dokazi samo primeri činjenica na kojima se može zasnivati prebacivanje tereta dokaza. Pored toga, sud je smatrao da to što vlada nije usvojila potrebne propise o upotrebi situacionog testiranja nije sprečilo njegovo korišćenje u praksi.

3. Republika Češka

Nevladine organizacije u Češkoj koriste situaciono testiranje u svrhu dokazivanje diskriminacije na osnovu etničke pripadnosti u oblastima zapošljavanja, pružanja usluga i stanovanja.

› *Opštinski sud u Prahu proglasio je da je dostojanstvo testera/ki narušeno uprkos tome što je diskriminacija bila očekivana (2002)*¹⁶²

U slučaju navodnog uskraćivanja usluga na osnovu etničkog porekla u kojem je situaciono testiranje bilo korišćeno za prikupljanje dokaza, tužena stranka je tvrdila da je karakteristična osobina situacionog testiranja to da je podnosilac/teljka tužbe unapred spreman/a da se suoči sa diskriminatorskim tretmanom, te da dobrovoljno pristaje na testiranje. Posledično, može se pretpostaviti da njegovo/njeno lično dostojanstvo ne može da bude narušeno diskriminacijom u toku situacionog testiranja. Sud je izjavio da „ne dovodi u pitanje pravo podnosioca/teljke tužbe da testira reakcije drugih, i u slučajevima gde, tokom ovog testiranja može doći do činjenja ilegalnog čina, koji će vršiti uticaj na lična prava podnosioca/teljke

¹⁶¹ Slučaj br. 34C 66/2001-42, 7. mart 2002, objavljen u P. Bouckova Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC i 2000/78/EC), Czech Republic, State of Affairs 8 January 2007, str. 16 (dostupno na <http://europa.eu>)

¹⁶² Slučaj od 31. marta 2004, objavljen u European Anti-Discrimination Law Review 2006, br. 2, str. 50

tužbe (na primer, uskraćivanje pružanja usluge zbog njegovog/njenog rasnog ili etničkog porekla). Nije isključeno da bi to moglo da utiče na njegova/njena lična prava koja su zaštićena (...) Građanskim zakonikom”.

› *Opštinski sud u Pragu prihvatio testiranje mogućnosti zapošljavanja (2004)*¹⁶³

Podnositeljka tužbe romskog porekla je 2003. godine predala prijavu za posao u apoteci, jednoj iz međunarodnog lanca apoteka “Rosman”. Konkurs za ovu poziciju je javno objavljen, ali je njoj rečeno da je pozicija već popunjena. Ženi iste starosti koja je u ovom slučaju bila tester/ka i nosila skriveni diktafon, intervju je ponuđen samo nekoliko minuta kasnije. Iako je rekla da nema ni obuku ni potrebno iskustvo, zamenik direktora je naglasio da bi mogla da bude primljena na tu poziciju. Podnositeljka tužbe je obavestila sud da je imala problema u pronalaženju novog posla i da je bila odbijena gde god je aplicirala (evidentno zbog svog etničkog porekla). Ženu su podržale češke nevladine organizacije. “Rosman” je kasnije povukao žalbu protiv odluke Opštinskog suda u Pragu, izvinio se za diskriminaciju i platio ženi naknadu nematerijalne štete u iznosu od 50000 CZK (1670 €).

› *Slučaj kluba „Škorpion” pred praškim Visokim sudom (2005)*¹⁶⁴

Žena romskog porekla se 2003. godine prijavila za posao prodavačice u klubu „Škorpion”. Odmah joj je rečeno da je pozicija već popunjena. Nekoliko minuta nakon što je njena aplikacija odbijena, žena testerka („Čehinja”) pozvana je na razgovor za isti posao i rečeno joj je da je vrlo verovatno da će je glavni menadžer ubrzo kontaktirati kao i da je vrlo moguće da dobije ovaj posao. U junu 2004. godine praški Gradski sud je doneo odluku da se klub „Škorpion” javno izvini i plati podnositeljki tužbe nadoknadu nematerijalne štete u iznosu od 25000 CZK (835 €). Ova odluka je potvrđena u apelacionom postupku pred Visokim sudom u Pragu. Ženu su podržale češke nevladine organizacije.

› *Regionalni sud u Ostravi prihvatio testiranje uskraćivanja usluga u baru “Diablo” (2005)*¹⁶⁵

Konobarica u baru u Ostravi je 2004. godine saopštila trima podnosiocima tužbe romskog porekla da napuste ovaj bar u kojem se, prema njenim navodima, spremalo održavanje privatne zabave. Nakon nekoliko minuta, grupa aktivista iz čeških nevladinih organizacija je

uslužena bez ikakvog upozorenja da se priprema privatan događaj. Regionalni sud je utvrdio da vlasnik bara mora da se javno izvini za diskriminaciju i svakome isplati nadoknadu nematerijalne štete od po 90000 CZK (3000€).

4. Danska

Na sudu je situaciono testiranje uglavnom korišćeno u slučajevima diskriminacije na osnovu etničke pripadnosti, prilikom noćnih izlazaka. Jedna televizijska stanica je u januaru 2005. godine, skrivenom kamerom pratila dve grupe mladih ljudi koji su pokušavali da uđu u nekoliko noćnih klubova u Kopenhagenu. Članovima/cama grupa koji su pripadali većinskoj populaciji ulaz je bio dopušten, dok članovima/cama koji su pripadali drugim etničkim/rasnim grupama ulaz u većini klubova nije bio dozvoljen. Krivični Gradski sud u Kopenhagenu osudio je radnike obezbeđenja tri različita noćna kluba na osnovu dokaza iz ovog situacionog testiranja. Sud se nije dvoumio da koristi rezultate testiranja¹⁶⁶.

Pored sudskih postupaka, i nevladine organizacije i novinari/ke se ponekad oslanjaju na testiranje u svrhu podizanja svesti o diskriminaciji na osnovu etničke/rasne pripadnosti koju praktikuju agencije za promet nekretnina, taksi kompanije ili agencije za privremeno zapošljavanje. U vezi sa ovim, Novinsko veće je 6. aprila 2004. godine donelo zanimljivu odluku. Slučaj se odnosio na žalbu taksi kompanije u vezi sa novinskim člancima koji su osuđivali činjenicu da korisnici/e mogu naručiti taksi uz zahtev da „vozač bude belac ili Danac”. Novinsko veće je utvrdilo da je ponašanje novinara bilo u skladu sa etikom njegove struke. On je imao pravo da testira taksi kompanije na osnovu činjenice da je od javnog značaja i interesa bilo da se ukaže na diskriminatorne prakse i da je testiranje taksi kompanije pravi način da se istraži problem¹⁶⁷.

5. Finska

Situaciono testiranje se u Finskoj koristi za izgradnju slučajeva od nule, a ne samo kao metoda za prikupljanje dokaza koji potvrđuju diskriminaciju (tj. kao ex-post-facto dokaz).

› *Slučaj Finske lige za ljudska prava (2002)*

Nevladina organizacija Finska liga za ljudska prava je u jesen 2002. godine sprovela testove kako bi istražila da li je osobama manjinskog etničkog porekla onemogućen ulaz u određene restorane. Testeri/ke su bili podeljeni u dve grupe: pripadnici/e manjinskih etničkih grupa i

¹⁶³ Slučaj od 22. marta objavljen u *European Anti-Discrimination Law Review* 2006, br. 2, str. 50

¹⁶⁴ Slučaj od 24. marta 2005, objavljen u *European Anti-Discrimination Law Review* 2006, br. 2, str. 50

¹⁶⁵ N. E. Hansen, *Country report on measures to combat discrimination*, (Directive 2000/43/EC i Directive 2000/78/EC) Denmark, State of Affaires up to 8 January 2007, str. 27 (dostupno na <http://europa.eu>)

¹⁶⁶ Novinsko veće br. 2003-6-148, KEN br. 9698

¹⁶⁷ T. Makkononen *Country report on measures to combat discrimination*, (Directive 2000/43/EC i Directive 2000/78/EC) Finland, State of Affaires up to 8 January 2007, str. 15 (dostupno na <http://europa.eu>)

pripadnici/e većinske etničke grupe. Na osnovu ovog istraživanja policiji je podneto jedanaest krivičnih prijava o diskriminaciji. Diskriminacija je utvrđena u šest slučajeva i optuženi su bili osuđeni na novčane kazne. Javni tužilac je odlučio da ne podigne optužnice u četiri slučaja, a jedan slučaj nije uspeo zato što nije podnet sudu u zakonski propisanom roku¹⁶⁸.

› *Slučaj Pori (2006)*

Romi i Romkinje koji žive u Poriju, gradu sa 76000 stanovnika na zapadnoj obali Finske, odlučili su 3. juna 2006. godine da skrenu pažnju javnosti na količinu netrpeljivosti sa kojom se suočavaju pripadnici njihove zajednice u svakodnevnom životu. Tri muškarca i jedna žena romske etničke pripadnosti su, zajedno sa dva svedoka, učestvovali u situacionom testiranju. Grupa Roma nije uspela da uđe ni u jedan od šesnaest testiranih restorana. Ovaj događaj je privukao veliku pažnju javnosti, a očiglednu diskriminatornu praksu osudile su i novine i obični građani. Romi i Romkinje koji su učestvovali u testiranju podneli su krivične prijave policiji, a policija je zatim pokrenula istragu¹⁶⁹. Nakon sudskog postupka koji je trajao tri dana u avgustu 2007. godine od trinaest osoba koje su se teretile za diskriminaciju, samo tri su na kraju osuđene i dobile naredbu da plate kaznu dok su ostali oslobođeni. Prema odluci Prvostepenog suda u Poriju razlog leži u tome što su neki članovi/ce test grupe ranije izazivali probleme u restoranima u koje su pokušali da uđu. Oni nisu bili diskriminisani na osnovu etničkog porekla u tim slučajevima. Iz ovoga se zaključuje da test grupa mora da se formira pažljivo i oprezno¹⁷⁰.

6. Francuska

Nevladina organizacija SOS protiv rasizma je počela krajem 90-ih da sprovodi situaciono testiranje sa ciljem prikupljanja dokaza o diskriminaciji na osnovu etničke pripadnosti koja se odnosila na ulazak u noćne klubove. Od tada su redovno organizovane poznate „noći testiranja“. Metoda je isprobana na sudu i dobila je priznanje najvišeg Kasacionog suda na osnovu principa potpune slobode dokaza u krivičnim predmetima. Nakon krize koja je potresla predgrađa u jesen 2005. godine, situaciono testiranje je izričito sankcionisano Krivičnim zakonom i proglašeno merom za jačanje jednakih mogućnosti. Situaciono testiranje danas postaje način na koji se dokazuje diskriminacija (koja za osnov uglavnom ima etničku pripadnost ali i invaliditet i godine starosti) koja se javlja u pristupu robi i uslugama uopšteno (noćnim klubovima, kampovima, stanovima itd.) ali i pri zapošljavanju. Ovi slučajevi se procesuiraju kroz Krivični zakon, a situaciono testiranje još uvek nije korišćeno u građanskim slučajevima. S obzirom na nedopustivost nezakonito pribavljenih dokaza u građanskim slučajevima i na strogi zahtev pravednosti pri sprovođenju parničnih postupaka,

168 Objavljeno u *European Anti-Discrimination Law Review* 2006, br. 4, p. 57

169 Informacije pružio Timo Makonen, finski stručnjak, Evropske mreže pravnih stručnjaka u oblasti antidiskriminacije.

170 Videti S. Latraverse, Country report on measures to combat discrimination, (Directive 2000/43/EC i Directive 2000/78/EC) France, State of Affaires up to 8 January 2007, str. 20 (dostupno na <http://europa.eu>)

prema navodima francuskih stručnjaka/kinja¹⁷¹, pitanje je da li bi situaciono testiranje bilo priznato u skladu sa opštim pravilima o dokazivanju. Zahtevi za pravednost moraju da budu veći u krivičnom pravu pošto se tu suprotstavljaju država i pojedinac/ka. Ovo uključuje istražna ovlašćenja i moć države da nametne krivične sankcije kao što su novčane kazne i kazne zatvora. Viši proceduralni standard pravednosti se primenjuje u većini zemalja kako bi se pojedincima pružila veća zaštita od države. Građanski slučajevi s druge strane podrazumevaju parničenje između pojedinaca i zahtevaju manji teret dokazivanja. Iz ovoga bi se moglo zaključiti da, ukoliko pravni sistem dozvoljava situaciono testiranje u krivičnim slučajevima, ne postoje razlozi da ono ne bude dozvoljeno i u građanskim slučajevima.

› *Tri odluke Kasacionog suda (2000, 2002, 2005)*

Prvi slučaj se odnosio na tri menadžera noćnih klubova, koji su proglašeni krivim za vršenje diskriminacije na osnovu etničke pripadnosti i osuđeni su na novčane kazne u iznosu od 450€ do 1800€, uz nadoknadu štete. U skladu sa odlukom Prvostepenog suda, Apelacioni sud¹⁷² je ustanovio tri seta činjenica. Prvo iz izveštaja sudskog izvršitelja (koji je sadržavao izjave maldih ljudi, učesnika/ca testiranja i svedočenje novinara) postalo je jasno da je dvema grupama severnoafrikanaca/ki zabranjen ulazak na osnovu tvrdnje da je lokal bio privatnog tipa, dok je grupi osoba evropske etničke pripadnosti ulaz dopušten bez poteškoća. Drugo, ulaz je dozvoljen i novinaru i sudskom izvršitelju, iako oni nisu bili redovni klijenti. Treće, objašnjenja koja su dali menadžeri i radnici obezbeđenja klubova su varirala („oni se ne uklapaju u našu klijentelu“, „oni nisu redovni klijenti“, „ovu grupu čine samo muškarci“, „ova uputstva služe kako bi nam omogućila da se bolje nosimo sa incidentima u budućnosti“). Ova objašnjenja nisu mogla da se mere sa savršeno konzistentnim svedočenjima sudskog izvršitelja, novinara/ki i testera/ki. Kao rezultat toga, Apelacioni sud je smatrao da je ovo svedočenje bilo dovoljno da se pokaže da je etničko poreklo bilo jedini uslov za nedozvoljavanje ulaska. Kasacioni sud je odbio žalbu 12. septembra 2000. godine¹⁷³ uz obrazloženje da je Prvostepeni sud imao dovoljno dokaza da donese odluku u ovom predmetu. Ova odluka najvišeg suda u Francuskoj pokazuje da situaciono testiranje ne predstavlja kršenje zakona. Na predsedavajućem sudiji je da donese odluku o tome koliku važnost će pridavati ovakvim testovima.

Sličan slučaj je pokrenut pred Kasacionim sudom dve godine kasnije. SOS protiv rasizma je podneo žalbu jer je Apelacioni sud u Monpeljeu oslobodio radnike obezbeđenja, optužene za vršenje selekcije ljudi na ulazu u nekoliko noćnih klubova u regiji na osnovu njihove etničke pripadnosti. Prema izjavi Apelacionog suda, metoda situacionog testiranja je, u principu pristrasna i netransparentna. U ovom slučaju, Apelacioni sud je doneo odluku da je testiranje sprovedeno „jednostrano od strane nevladinih organizacija. Bilo je privlačno jedino onim

171 Apelacioni sud u Orleanu (krivično odeljenje), 2. novembar 1999, br. 832/99 Tribunal najviše instance u Turu, 29. april 1999, br. 1284

172 Kasacioni sud (krivično odeljenje), 12. septembar 2000, br. 99-87.251, dostupno na www.legifrance.gouv.fr

173 Apeacioni sud u Monpeljeu (krivično odeljenje) 5. jun 2001. (dve odluke)

članovima/cama (...) koji su uredno obavješteni da je cilj akcije bio (...) da pokažu da je postojala segregacija na ulazu u ove noćne klubove". Sud je takođe presudio da je testiranje izvršeno „bez učešća službenika suda ili sudskog izvršitelja“, da je bilo „netransparentno“, da „nije bilo u znaku pravednosti što je neophodno pri pružanju dokaza u krivičnom postupku“, te je „potkopavalo prava optužene stranke“¹⁷⁴. Kasacioni sud je odbacio te tačke gledišta. Podsetivši da se krivično delo može utvrditi uz pomoć bilo kojeg sredstva dokazivanja u krivičnim predmetima (po principu potpune slobode dokaza), sud je naglasio da „ne postoji pravna odredba kojom se represivnim sudijama dopušta izuzimanje dokaza, podnetih od strane stranaka u procesu, samo zato što su ti dokazi dobijeni na nezakonit ili nepravedan način“. Sudija bi trebalo da „odredi vrednost dokaza tek nakon što sasluša obe strane“¹⁷⁵. Prema sudskoj praksi, francuskog kasacionog suda, krivični sudija ne može da samovoljno odbaci rezultat situacionog testiranja; njihova dokazna vrednost mora da bude merena u svakom pojedinačnom slučaju. Državni advokat je istakao da prisustvo sudskog izvršitelja nije neophodno. Štaviše, izjavio je da u budućnosti, rezultat situacionog testiranja treba da bude delotvorna odbrana prava manjina na jednak tretman, ne samo u slučajevima uskraćivanja pristupa, već i po pitanju prava na stanovanje i zapošljavanje.

Treći slučaj ispred Kasacionog suda odnosio se na „telefonsko situaciono testiranje“. Sud je 7. juna 2005. godine¹⁷⁶ doneo odluku da su prihvatljivi snimljeni telefonski razgovori kojima se utvrdilo da je, na zahtev vlasnika/ce, agent/kinja za nekretnine obavestavao/la eventualne zakupce o mogućnosti ili nemogućnosti iznajmljivanja stana nakon što procenio/la da li njihova prezimena zvuče „francuski“ ili ne. Telefonski razgovori su obavljani iz kancelarija organizacije SOS protiv rasizma nakon primanja pritužbe. Sudija je morao/la da donese odluku o vrednosti ovakvih dokaza, a Kasacioni sud nije pružio nikakve smernice niti objašnjenja metodologije koja je trebalo da sledi, da bi se sprovelo situaciono testiranje tako da rezultat ima značajnu dokaznu vrednost. Sudska praksa je u tom pogledu rezultat suđenja i odluka žalbenog suda. Sudski proces je nejasan i zavisi od spremnosti tužioca i sudije da prihvate situaciono testiranje.

► Ekspresno zakonodavstvo u 2006. godini

Nakon krize koja je potresla predgrađa u jesen 2005. godine, vlada je uvela mere za jačanje jednakih mogućnosti. Član 21 Zakona o jednakim mogućnostima (br. 2787) koji je vlada predstavila Narodnoj skupštini 11. januara 2006. godine, pruža pravni osnov za situaciono

testiranje (u Preambuli poznat pod nazivom „improvizovana verifikacija“) u Krivičnom zakoniku. Odredba sadržana u članu 225-3-1 Krivičnog zakonika glasi: „Diskriminatorna dela navedena u ovom delu zakonika se kažnjavaju čak i ako su počinjena protiv jedne ili više osoba koje potražuju robu, usluge ili ugovore (...) kako bi se demonstriralo postojanje diskriminatornog ponašanja sve dok je to ponašanje moguće dokazati“¹⁷⁷.

Pored usvajanja člana 225-3-1 Krivičnog zakonika, Ministarstvo pravde je objavilo uputstva¹⁷⁸ za državne tužioce i predsednike svih apelacionih sudova kojim je predstavilo zakonske izmene i dopune, dajući smernice za njihovo sprovođenje. Ovim je bilo objašnjeno da se dokaz diskriminacije mora priznati na sudu, čak i kada proizilazi iz radnje koju je počinila žrtva sa namerom izazivanja nejednakog tretmana kako bi prikupila dokaze o diskriminatornom ponašanju. Namera žrtve ne utiče na krivično delo ukoliko diskriminator/ka namerno počinio diskriminatorno delo. Međutim, situaciono testiranje ne može da bude korišćeno u kontekstu fiktivne ponude ili ako osobe deluju pod lažnim identitetom u sklopu lažnog scenarija. Žrtva mora da deluje iz sopstvenog identiteta i na taj način predstavlja stvarnu osobu koja se suočava sa neravnopravnim tretmanom. Ukoliko su osobi sa lažnim identitetom uskraćena prava Ministarstvo pravde smatra da krivično delo nije izvršeno i da ovakva situacija ne može dovesti do osude. Uslov da identifikacija žrtve mora da bude moguća je kritikovan obzirom da u određenim situacijama može da bude problematičan. Da li je prikladno odbaciti rezultate situacionog testiranja na osnovu toga što žrtva nije identifikovana kada je opšte poznato da noćni klubovi u gradu imaju diskriminatornu praksu i politiku?

Zakonom o jednakim mogućnostima od 31. marta 2006. godine, francusko nezavisno telo za zaštitu ravnopravnosti, Visoko povereništvo protiv diskriminacije i za jednakost (High Authority against Discrimination and for Equality- HALDE)¹⁷⁹ je dobilo nove nadležnosti. Ovo telo, uz posebno odobrenje republičkog tužioca, ima ovlašćenje da napiše izveštaj o sudskim postupcima, posebno u slučajevima u kojima je sprovedeno situaciono testiranje. Drugim rečima, ovo telo može da vrši inspekcije, situaciono testiranje i da daje izjave pod zakletvom, koje svedoče o postojanju diskriminatornih situacija.

Harizmatični predsednik HALDE-a Luis Švajce, bivši izvršni direktor Renoa (Renault) u nekoliko navrata je istakao vrednost situacionog testiranja u borbi protiv diskriminacije, ali koliko je nama poznato, HALDE je vršio testiranje samo u svrhu istraživanja (naučni testovi). Na primer, HALDE je 5. jula 2006. godine objavio rezultate dva testa: jedan je bio u vezi sa pristupom privatnom stanovanju (sa osvrtom na etničku pripadnost i status samohranog roditelja/ke), a drugi je testirao mogućnost zapošljavanja (testiranje sa upotrebom biografije u svrhu merenja diskriminacije na osnovu pola, nacionalnosti, godina starosti, invaliditeta i fizičkog izgleda)¹⁸⁰. U sklopu svojih merenja javnog mnjenja HALDE je sproveo anketu koja se odnosila

¹⁷⁷ CRIM 2006-16 E8/26-06-2006, Bulletin Officielle du Ministre de la Justice, br. 102 (od 1. aprila do 30. juna 2006)

¹⁷⁸ Zakon o jednakim mogućnostima br. 2006-396 od 31. marta 2006, čl. 41, kojim se dopunjava čl. 2 Zakona br. 2004-1486 od 30. decembra 2004, kojim je kreiran Halde, JORF, 2. april 2006.

¹⁷⁹ Za više detalja, videti www.halde.fr/actualite-18/agenda-haute-autorite-38/presentationresultats-9230.html.

¹⁸⁰ Za rezultate videti www.halde.fr/sondages-19/test-discrimination-8915.html.

¹⁷⁴ Kasacioni sud (krivično odeljenje) 11. jun 2002, br. 01-85.559, dostupno na www.lagifrance.gouv.fr. Videti takođe, L. Collete- Askri, „Testing or not testing? La Chambre criminelle de la Cour de Cassation valide ce mode de preuve, serait-il de loyal... (a propos de l'arret de la Chambrna criminelle du 11. juin 2002)“, LeDaloz, 2003, br. 20, chroniques, str. 1309-1314.

¹⁷⁵ Kasacioni sud, 7. jun 2005, br. 04-8735, dostupno na www.legifrance.gouv.fr, i objavljeno u European Anti-Discrimination Law Review, 2006, br. 3, str. 64-65, videti takođe Apelacioni sud u Grenoblu, 18. april 2001, br. 00/00657 (Mr Boumaza et SOS Racisme v. Mr Lafay).

¹⁷⁶ Zakon o jednakim mogućnostima, br. 2006-396, od 31. marta 2006, čl. 45, JORF, 2. april 2006.

na situaciono testiranje sa osnovnim pitanjem da li se situaciono testiranje može smatrati efikasnim načinom u borbi protiv diskriminacije. Rezultat je pokazao da je 73,91% (1269 od 1717) ispitanika odgovorilo sa DA, a 26,09% (448 od 1717) ispitanika je odgovorilo sa NE¹⁸¹.

› Odluka HALDE-a o uskraćivanju pristupa zdravstvenoj zaštiti (2006)¹⁸²

HALDE je primio zahtev grupe lekara/ki pod nazivom „Grupa lekara opšte prakse za pristup nezi“ (Collectif des medecins generalistes pour l'accès aux soins - COMEGAS) koja je testirala slučaj lekara/ki koji su odbili da zakažu pregleda za stanovnike/ce šest opština u Val de Marne (Val de Marne), predgrađu Pariza, a koji su imali niska primanja pa su njihovi zdravstveni troškovi bili pokriveni univerzalnim zdravstvenim programom (CMU)¹⁸³. U sklopu ovog programa pacijent/kinja ne mora da plati lečenje, već država nadoknadjuje prema minimalnoj tarifi troškove lekarima/kama. Mnogi lekari/ke zbog toga ne leče ljude obuhvaćene CMU programom i jednostavno odbijaju da im zakažu pregleda. Testiranje je pokazalo da je stopa nezakazivanja pregleda ljudi obuhvaćenih CMU programom, što se smatra uskraćivanjem pristupa zdravstvenoj zaštiti, iznosila 4,8% za lekare/ke opšte prakse i 41% za specijaliste/kinje. HALDE je skrenuo pažnju Lekarskoj komori i Ministarstvu zdravlja na izostanak sankcija zbog ovakvog uskraćivanja pristupa zdravstvenoj zaštiti što je u suprotnosti sa nacionalnim zakonodavstvom. Zahtev HALDE-a je bio da se posveti veća pažnja činjenici da je ovakva diskriminacija protivzakonita i da o njoj treba javno govoriti. HALDE je zatražio da Ministar preduzme mere kako bi se ovi lekari/ke kaznili, i da Državna inspekcija za socijalna pitanja sprovede nacionalnu istragu kako bi se identifikovali problematični lekari/ke.

Ova odluka se ne zasniva na zakonodavstvu kojim se transponira Direktiva EU. Umesto toga ona se zasniva na paragrafu 11 preambule Ustava iz 1946. godine kojom se štiti univerzalni pristup zdravstvenoj zaštiti i na članu 1110-3 Zakona o javnom zdravstvu, koji je usvojen Zakonom br. 2002-303 o pravima pacijenata/kinja i kvalitetu zdravstvenog sistema od 4. marta 2002. godine. Oba člana zabranjuju diskriminaciju u pružanju zdravstvene zaštite bez navođenja zaštićenih karakteristika. Zakon o javnom zdravstvu univerzalno zabranjuje diskriminaciju u pružanju zdravstvene zaštite, dok je članom R4127-7 navedena univerzalna obaveza lekara da pruža zdravstvenu negu.

181 Mišljenje izneto 6. novembra 2006, objavljeno u *European Anti-Discrimination Law Review*, 2007, br. 5, str. 74 i dostupno www.halde.fr

182 CMU je formiran zakonom br. 99-641 od 27. jula 1999.

183 Videti tekst gore, poglavlje II. 2

7. Mađarska

U Mađarskoj se duže vreme raspravljalo o situacionom testiranju kao pravnom oruđu. Nevladine organizacije, pre svega Zavod za pravnu odbranu nacionalnih i etničkih manjina (Legal defence Bureau for National and Ethnic Minorities - NEKI) sa sedištem u Budimpešti, dugo su pokušavale da primene situaciono testiranje za dokazivanje slučajeva diskriminacije pojedinih žrtava, posebno Roma i Romkinja. NEKI je jasno bazirao svoju strategiju na antidiskriminacionom iskustvu iz Sjedinjenih Američkih Država. Član ove nevladine organizacije 1997. godine je proveo godinu dana u SAD-u stičući praktično znanje u oblasti ljudskih prava. On se upoznao sa situacionim testiranjem radeći u Veću za pravednu raspodelu stanova u Vašingtonu (DC). Ovo veće testira prakse agencija za nekretnine kao i privatnih stanodavaca, koji odbijaju da izdaju stanove ili prodaju kuće Afroamerikancima/kama i pripadnicima/cama drugih manjina¹⁸⁴. Izazov NEKI-ja je bio da prilagodi ovo oruđe za upotrebu u mađarskim situacijama¹⁸⁵.

Uobičajena praksa NEKI-ja u početku je bila da, ukoliko prime žalbu (obično u vezi sa diskriminacijom Roma i Romkinja u vidu uskraćivanja pristupa dobrima i uslugama ili prilikom zapošljavanja), odmah pošalju dobro obučene situacione testere/ke na mesto vršenja diskriminacije. Testeri/ke bi zatim u svoje upitnike zabeležili rezultate testiranja zajedno sa pojedinostima o svim preduzetim koracima. Koordinator/ka testa je zahvaljujući tome mogao/la da proceni da li je došlo do nejednakog tretmana i da odluči da pokrene pravni postupak. Rezultati ispitivanja (uz svedočenje testera/ki) su korišćeni kao dokaz u građanskim parnicama, pokrenutim u ime primarne žrtve. Problem koji se javljao kod ovakvog pristupa je, po mišljenju mnogih sudija, da se rezultati testiranja sprovedenog na taj način ne mogu uzeti u obzir kao dokaz, jer samo izvorno krivično delo može da bude predmet tužbe, a testiranje je bilo toliko udaljeno od takvog krivičnog dela da se retrospektivni zaključci nisu mogli doneti iz rezultata istraživanja, obzirom na izvorno delo kršenja zakona. Ovo je navelo nevladinu organizaciju NEKI da promeni strategiju testiranja. Nova metoda je podrazumevala da se originalni podnosilac/teljka tužbe u pratnji testera/ke vrati na mesto gde je izvršena diskriminacija. Ukoliko ponovo dođe do vršenja diskriminacije (npr. zabrana ulaska u bar) nad podnosiocem/teljkom tužbe i testerom/kom romske nacionalnosti, a testerima/kama ne-Romima ulaz bude dozvoljen, tužba neće biti podignuta za prvi ali hoće za drugi diskriminatorski čin, pri kojem se iskaz testera/ke može koristiti kao direktni dokaz iz prve ruke. Međutim, odlukom Uprave za jednak tretman, 2006. godine je dozvoljeno telefonsko situaciono testiranje kao podrška individualnoj žalbi gde testeri/ke nisu bili direktni svedoci/kinje diskriminatorskog ponašanja u pitanju.

Pojedine sudije su kritikovale situaciono testiranje, tvrdeći da su testeri/ke zapravo agenti provokatori, koje plaća pojedinac/ka podnosilac/teljka tužbe (ili nevladina organizacija koja ga/je predstavlja) pri tome bacajući ozbiljnu sumnju na njihovu verodostojnost. Ovakvo razmatranje, međutim, nije sprečilo Vrhovni sud da prihvati izjave testera/ki u nekoliko važnih slučajeva diskriminacije (videti u nastavku, a posebno slučaj diskoteka K.L.)

184 B. Bodrogi, *Testing for discrimination. Identifying and prosecuting human rights abuse*, L. Mahony (Notebook Series ed) Minneapolis, New tactics project of the Center for victims of torture (publ.), 2003.

185 Uredba vlade 362/2004 o Upravi za jednak tretman i o Detaljnim pravilima procedure, usvojena u decembru 2004.

Osim toga, uredba koju je vlada usvojila 2004. godine izričito priznaje pravo Uprave za jednak tretman da koristi situaciono testiranje u svojim istragama, i ukoliko je prikladno, da koristi rezultate ovih istraživanja na sudu¹⁸⁶. Zakonska definicija testiranja je sledeća: „u odnosu na ponašanje, mere, stanje, propust, uputstva ili praksu (...) navodnog vršioca diskriminacije, Uprava za jednak tretman u identičnu situaciju stavlja osobe koje su različite po nekim karakteristikama, crtama ili statusu (...), ali slične po drugim, te posmatra delovanje navodnog vršioca diskriminacije prema tim osobama, a u odnosu na obavezu poštovanja jednakog tretmana“¹⁸⁷.

› *Odluka Vrhovnog suda u slučaju diskoteke K. L. (2002)*¹⁸⁸

Nakon pritužbe samouprave romske manjinske grupe, NEKI je odlučio da sprovede situaciono testiranje u diskoteci K. L. u selu D.

Tri volontera, od kojih je jedan bio Rom (B. B.), a druga dvojica (D. M. i D. B.) ne-Romi, doputovali su u selo. U stanu predsednika manjinske samouprave upoznali su nekoliko mladih Roma, koji su im ponovili tvrdnje o diskriminaciji. Oni su ispričali da im je, svaki put kada su pokušali da plate ulaz u diskoteku, rečeno da ne mogu da uđu, jer nisu članovi diskoteke. Nakon što su se raspitali o tome kako da dobiju članske karte, rečeno im je da treba da dobiju preporuke od dva člana diskoteke kako bi dobili člansku kartu. Nekoliko puta im je rečeno i da moraju da dostave biografiju na osnovu koje će njihova aplikacija biti evaluirana. Drugom prilikom je traženo da plate određeni iznos novca da bi postali članovi.

Dva volontera koji nisu bili Romi su krenuli u diskoteku u 20:30. Oni su kasnije ispričali da su na ulazu kupili dve ulaznice i bez ikakvih problema ušli u diskoteku. Naručili su piće i seli za sto. Radnik diskoteke im je prišao dvadeset minuta kasnije i upitao da li imaju članske karte. Nakon što su odgovorili odrično, on im je doneo karte i registrovao njihova imena u knjizi članova. U međuvremenu je isti radnik bez pitanja rekao volonterima da su „članske karte jedini način da spreče ulazak Cigana u diskoteku. Ranije smo imali problema sa inspekcijom i parlamentarnim poverenikom“. Volonter B. B. i mladić iz kraja P. M., obojica romskog porekla krenuli su ka diskoteci trideset minuta kasnije. Hteli su da kupe dve ulaznice na vratima, ali je osoblje diskoteke odbilo da im proda ulaznice jer nisu imali članske karte. Oni su tada pitali kako da dobiju članske karte i rečeno im je da moraju da donesu biografiju i preporuke dva

¹⁸⁶ Čl. 13 (1) ETAD-a. Za više informacija videti A. Kadar, Country report on measures to combat discrimination, (Directive 2000/43/EC i Directive 2000/78/EC) Hungary, State of Affaires up to 8 January 2007, str. 16 (dostupno na <http://europa.eu>)

¹⁸⁷ Ovaj slučaj je objavljen pod brojem EBH 2002.625 u zvaničnom žurnalu Vrhovnog suda (Complex CD Corpus juris), u kojem se opisuju presude od posebne važnosti. Opis na osnovu knjige White booklet 2000, dostupne na www.neki.hu/indexeng.htm. Videti takođe D. Schiek, L. Waddington and M. Bell (eds), Cases, materials and texts on national, supranational and international non-discrimination law, Hart Publishing, 2006, str. 255-256.

¹⁸⁸ Apelaciona odluka doneta 25. avgusta 2005, i objavljena u European Anti-Discrimination Law Review 2006, br. 3, str. 67-68

člana. B. B. je tada zamolio da vidi knjigu klijenata. Rekli su mu da to nije diskoteka, već klub i da oni nemaju takvu knjigu. Petnaest minuta kasnije, su tri mlada Roma bezuspešno pokušala da uđu u diskoteku. Svi volonteri su na kraju ispunili detaljni upitnik i identifikovali dva lokalna policajca za koje su tvrdili da čuvaju diskoteku.

Dva romska mladića kojima ulaz u diskoteku nije bio dozvoljen podigli su 10. maja 2000. godine tužbu protiv kompanije, u čijem vlasništvu je bila diskoteka. Na sudu ih je zastupao advokat kojeg je platila nevladina organizacija NEKI. Prvostepeni i drugostepeni sud su ustanovili da je nerazdvojivo pravo podnosilaca tužbe na dostojanstvo i nediskriminaciju bilo povređeno. Kompaniji je naređeno da plati odštetu.

Tužena stranka je podnela zahtev za vanrednu žalbu Vrhovnom sudu koji se složio sa odlukom Drugostepenog suda i izjavio da je Drugostepeni sud ispravno utvrdio činjenično stanje na osnovu raspoloživih dokaza (uključujući i svedočenje testera).

› *Odluka Vrhovnog suda o nepružanju usluga Romima i Romkinjama (2003)*¹⁸⁹

Podnosioci/teljke tužbe romskog porekla tužili su bar u kojem im je usluga bila uskraćena. Budući da je ovaj slučaj pokrenula nevladina organizacija, podnosioci/teljke nisu zahtevali nadoknadu nematerijalne štete, ali su tražili od suda da nametne tzv. kaznu od javnog interesa, koju je vlasnik bara morao da plati (ovakva kazna je moguća u sklopu Građanskog zakonika, ukoliko je oštećena koja bi trebalo da bude isplaćena nedovoljna u odnosu na ozbiljnost ponašanja koje je uzrokovalo oštećenje). Sud je utvrdio da činjenica da podnosioci/teljke tužbe nisu tražili obeštećenje ne isključuje mogućnost nametanja kazne od javnog interesa. Optuženi je morao da plati 100 000 forinti (€400).

› *Gradski sud u Budimpešti kaznio popularni klub zbog povrede dostojanstva Roma (2005)*¹⁹⁰

Dva Roma su 14. septembra 2002. godine, u pratnji dve žene pokušali da uđu u baštu popularnog kluba „Zold Pardon“ u Budimpešti. Dve žene, od kojih je jedna bila Romkinja, ali su obe bile svetle puti, ušle su u klub bez problema, ali su dvojica tamnopusih mladića morali

¹⁸⁹ Kao što je objavljeno u European Anti-Discrimination Law Review 2006, br. 3, str. 67-68

¹⁹⁰ Slučaj 180/2006. Opis dat na osnovu A. Kadar, Country report on measures to combat discrimination, (Directive 2000/43/EC i Directive 2000/78/EC) Hungary, State of Affaires up to 8 January 2007, str. 18-19. Slučaj objavljen u European Anti-Discrimination Law Review 2006, br. 4, str. 63

da pokažu lične karte, dok su u međuvremenu videli mnoge mlade ljude kako ulaze u klub bez pokazivanja dokumenata. Čak i nakon što je jedan od njih pokazao ličnu kartu, podnosiocima tužbe nije bio dozvoljen ulaz u lokal tako da su na kraju otišli.

Na osnovu izjava svedoka i zabeleženih video zapisa, Evropski centar za prava Roma je zajedno sa lokalnim pravnicima poneo tužbu. U ovoj tužbi se navodi kršenje ličnih prava na osnovu kršenja prava na jednak tretman, koje je regulisano Građanskim zakonikom (čl. 76). Prvostepeni sud je odbacio tužbu 16. septembra 2004. godine. Nakon podnošenja žalbe na odluku 5. avgusta 2005. godine, Gradski sud u Budimpešti je smatrao da su „Zold Pardon” Ltd. i „Dorman-Sek” Ltd. koji su upravljali „Zold Pardon” klubom povredili dostojanstvo podnosioca tužbe. Sud je svakoj od žrtava dodelio po 100 000 forinti (400€) na ime odštete. Tuženoj stranci je dalje naređeno da se suzdrži od daljeg činjenja prekršaja, te da pošalje pismo izvinjenja ovoj dvojici Roma u roku od 15 dana. Odluka je proglašena konačnom, odštete su isplaćene i vlasnici kluba su poslali izvinjenje podnosiocima tužbe.

Sud nije utvrdio da je kršenje zahteva za jednakim tretmanom izvršeno na osnovu rasne diskriminacije, budući da nije moglo da bude dokazano izvan svake sumnje da je ponašanje radnika obezbeđenja povezano sa romskim poreklom podnosioca tužbe. Nije bilo moguće pozvati se na relevantne odredbe Zakona o jednakom tretmanu iz 2003. uključujući pravilo o prebacivanju tereta dokaza, jer Zakon nije bio na snazi u vreme prekršaja. Sudija je, međutim, izjavio da radnici obezbeđenja nemaju pravo da proveravaju lične karte potencijalnih gostiju, te da su na taj način povredili pravo na ljudsko dostojanstvo podnosioca zahteva. Ovo je bila ključna strateška odluka, koja nosi implikacije za buduće slučajeve.

› *Odluka Uprave za jednak tretman o diskriminaciji Roma i Romkinja u procesu zapošljavanja (2006)*¹⁹¹

Podnosilac zahteva se javio na oglas koji je video u novinama za zapošljavanje molera. On je imao sve potrebne kvalifikacije, ali je odbijen kada je obavestio poslodavca da je pripadnik romske populacije. Podnosilac tužbe se obratio nevladinoj organizaciji NEKI, koja je sprovela situaciono testiranje kako bi potkrepila sumnju na diskriminaciju. Dva testera su pozvala poslodavca tvrdeći da imaju potrebne veštine i iskustvo. Obojica su uverila poslodavca da ne konzumiraju alkohol. Jedina razlika je bila u tome što se jedan od testera predstavio kao Kolompar (tipično ime Roma u Mađarskoj), dok je drugi koristio mađarsko ime. Dok tester „Rom” nije dobio nikakve informacije o poslu, drugi tester je detaljno obavešten o zadatku, plati i ostalim bitnim okolnostima. NEKI je, u ime podnosioca pritužbe, podneo tužbu Upravi za jednak tretman.

¹⁹¹ Raymonds Smagaras v. SIA „Vernisažas Centrs”, slučaj br. C04386004, objavljen u *European Anti-Discrimination Law Review* 2006, br. 3, str. 73; G. Feldhune, *Country report on measures to combat discrimination*, (Directive 2000/43/EC i Directive 2000/78/EC) Latvia, *State of Affaires up to 8 January 2007*, str. 5 i 14. Videti takođe „Justice achieved in court” jul 2006, str. 2.

S obzirom na rezultat testiranja i druge dokaze (kao što je detaljna lista telefonskih poziva iz institucije koju vodi lokalno veće, odakle je podnosilac pritužbe obavio telefonske pozive), Uprava za jednak tretman je utvrdila da je poslodavac kriv za direktnu diskriminaciju i izrečena kazna je iznosila 700 000 forinti (2800 €).

Ovo je prvi slučaj u kojem je rezultat testiranja uzet u obzir kao dokaz kojim se potkrepljuje prethodno podneta individualna tužba. U dotadašnjoj sudskoj praksi, svedočenje testera/ki je bilo prihvaćeno samo ukoliko su testeri/ke bili svedoci/kinje kršenja prava podnosioca tužbe.

8. Letonija

U Letoniji je situaciono testiranje još uvek u ranoj fazi razvoja i nevladine organizacije ga ne koriste često. Uspešni slučaj Rejmonda Smagarsa izazvao je opširnu raspravu i ima potencijal da promeni ovu situaciju u budućnosti.

› *Slučaj Rejmonda Smagarsa (2005)*

Okružni sud u Rigi je 12. jula 2005. godine, doneo presudu¹⁹² u prvom slučaju u Letoniji koji se bavio pristupom uslugama i diskriminacijom na osnovu invaliditeta. U nedostatku posebnih odredbi, odluka je doneta na osnovu odredbe o kleveti u Građanskom zakoniku. Podnosilac tužbe, korisnik invalidskih kolica, dva puta nije bio u mogućnosti da uđe u noćni klub. Prvi put, radnik obezbeđenja ga je obavestio da više nema mesta u klubu, dok je drugoj osobi, koja je na početku bila u pratnji podnosioca žalbe kasnije dozvoljeno da uđe bez ikakvih ograničenja. Dve nedelje kasnije, podnosilac tužbe je u pratnji televizijske ekipe, ponovo pokušao da uđe u isti klub. Ovog puta, razlog za odbijanje, kako mu je rečeno, je bio što se u klubu te noći održavala privatna žurka. Međutim, druga osoba je kasnije ušla u klub bez problema.

Nakon što je snimljeni materijal emitovan na televiziji, predstavnik kluba je objasnio da je trebalo da podnosilac tužbe najavi nekoliko dana unapred svoj dolazak u klub, i da je komplikovana konstrukcija zgrade, tj. strme stepenice i nekoliko spratova, razlog zbog kojeg mu nije dozvoljen ulazak u klub. Kasnije, u obrazloženju koje su predstavnici kluba podneli sudu objašnjeno je da prostorije kluba nisu podobne za osobe sa posebnim potrebama, što je značilo da je tužena stranka morala da preuzme veći rizik i odgovornost kako bi se osigurala sigurnost takvih osoba u slučaju nužde, što zahteva posebnu pripremu unapred. Predstavnik noćnog kluba je na sudskom saslušanju, takođe, objasnio da su, pri prvom incidentu, radnici

¹⁹² R. Holtmaat *Country report on measures to combat discrimination*, (Directive 2000/43/EC i Directive 2000/78/EC) Netherlands, *State of Affaires up to 8 January 2007*, str. 22-23.

obezbeđenja mislili da je samo jedna osoba bila u pratnji podnosioca tužbe, kojem bi bilo nemoguće da uđe u klub, te su, da bi pošteđeli njegova osećanja rekli da je klub pun.

Sud je smatrao da je uprava kluba diskriminatorски postupala prema podnosiocu tužbe na osnovu njegovog invaliditeta, time vređajući njegovu čast i ugled (tekst iz primenjive odredbe o kleveti), te je podnosiocu tužbe dodelio nadoknadu moralne štete u iznosu od 3000 LVI (4300€), smatrajući da je ovaj iznos adekvatan i kao nadoknada podnosiocu tužbe i kao mera kojom će se sprečiti slično ponašanje. Tužena stranka je odlučila da ne uloži žalbu na presudu.

9. Holandija

Sudovi su prihvatili situaciono testiranje duži niz godina kao valjani metod za dokazivanje diskriminacije, kako u građanskim tako i u krivičnim postupcima. Međutim, testiranje u krivičnom postupku mora da bude vrlo pažljivo pripremljeno kako ne bi bilo smatrano provokacijom. Osim toga, krivični sudovi se s vremena na vreme kolebaju da nametnu sankcije na osnovu argumenata da ni nevladina organizacija koja je inicirala testiranje, niti pojedinačni podnosioci tužbe nisu bili stvarno zainteresovani za diskriminatorni čin koji je počinila optužena stranka¹⁹³.

Komisija za jednak tretman, holandsko telo za zaštitu ravnopravnosti koje istražuje navodne slučajeve diskriminacije i izdaje pravno neobavezujuća mišljenja, prihvata situaciono testiranje kao dokaz diskriminatornog ponašanja. Ovo telo je, nekoliko puta do sad dalo svoje mišljenje o kriterijumima za situaciono testiranje i to uglavnom u odnosu na diskriminaciju na osnovu etničke pripadnosti na ulazu u diskoteke¹⁹⁴. Komisija za jednak tretman posebno insistira na sledećim zahtevima: (1) grupe testera/ki treba da izgledaju uporedivo (slična odeća, frizura, itd), osim po rasnoj ili etničkoj pripadnosti; (2) grupe testera/ki treba da pokušaju da uđu pod istim okolnostima (na primer, niko od njih ne treba da ima „obaveznu“ člansku kartu); (3) grupe testera/ki treba da pokušaju da uđu iste noći i otprilike u isto vreme.

Situaciono testiranje je ponekad rezultat individualne inicijative, kao što je bilo moguće videti kada je Komisija za jednak tretman priznala korišćenje takvog situacionog testa 2005. godine. Osoba sa stranim imenom koja je tražila posao, aplicirala je za oglašeno radno mesto putem i-mejla. Njegov prijatelj (čije je ime bilo tipično holandsko) je poslao slično motivaciono pismo nekoliko dana kasnije. Poslodavac/ka ga je ubrzo pozvao/la na razgovor, dok osoba koja je prva aplicirala uopšte nije bila kontaktirana. Tužena stranka je pred komisijom tvrdila da je telefonom pozvala podnosioca tužbe kako bi ga obavestila da njegove kvalifikacije i iskustvo nisu bili dovoljne. Nije bilo moguće dokazati da se taj telefonski poziv zaista desio,

193 Videti, na primer, Mišljenje 1997-62, Mišljenje M 1997-64, Mišljenje 1997-133, Mišljenje 1988-39 (etnička diskriminacija pri iznajmljivanju dvorane za porodičnu zabavu). Ova mišljenja su dostupna na holandskom jeziku na www.cgb.nl

194 Mišljenje 2005-136, dostupno na www.cgb.nl

ali u suštini nije objašnjeno u kolikoj meri je profil drugog aplikanta, čije su kvalifikacije bile vrlo slične kvalifikacijama podnosioca tužbe bio dovoljan za ovaj posao¹⁹⁵.

Situaciono testiranje se uglavnom odnosi na pristup noćnim klubovima, barovima i restoranima, kao i na konkurse za posao. Nedavno se vodila obimna debata o potrebi korišćenja ove metode. Državni zavod protiv rasne diskriminacije i Nacionalno udruženje za borbu protiv diskriminacije su objavili u novembru 2004. godine izveštaj o diskriminaciji u barovima i restoranima („HoReCa“ sektor, tj. sektor hotela, restorana i barova). Kao odgovor na ovo, Laburistička stranka (koja je tada bila deo opozicije) objavila je plan za rešavanje ovog pitanja i pozvala vladu da preuzme mere. Vlada je odgovorila pismom upućenom parlamentu, u kojem je pružila analizu problema i diskusiju, između ostalog, o mogućnosti korišćenja situacionog testiranja. Preporučeno je da ovi testovi budu pažljivo pripremljeni i sprovedeni u saradnji sa Zavodom za borbu protiv diskriminacije, kancelarijom Državnog tužioca i policijom¹⁹⁶.

› Odluka predsednika Okružnog suda u Cutfenu da testiranje ne predstavlja provokaciju (1980)¹⁹⁷

Gospodin A., član nevladine organizacije „Otvorena vrata“ i određeni broj osoba različitog etničkog porekla i boje kože, otišli su u diskoteku X u različito vreme u toku jedne večeri sa ciljem da testiraju postojanje diskriminatorne politike na ulazu u ovu diskoteku. Osobama koje su bile pripadnici/e etničkih manjinskih grupa nije bilo dozvoljeno da uđu i rečeno im je da nisu članovi/ce diskoteke. Sličnim parovima holandskog porekla ulaz je bio dozvoljen a njihovo članstvo nije proveravano. NVO „Otvorena vrata“ je podnela ovaj slučaj sudu u Cutfenu koji je trebalo da donese preliminarnu odluku.

Na zahtev gospodina A. i ove nevladine organizacije, predsednik suda je u preliminarnoj odluci, donetoj na osnovu građanskog prava, naredio diskoteci da ne sme da zabrani ulazak gospodinu A. na osnovu njegove rase, boje kože ili etničke pripadnosti manjinskoj grupi.

Odbrana je tvrdila da su ova nevladina organizacija i njeni članovi/ce izazvali činjenje krivičnog dela. Predsednik je odbacio ovakve navode izjavivši da „nije ni najmanje verovatno da su podnosioci/teljke tužbe videli lični interes u tome što je optužena stranka odbila da članovima/cama NVO „Otvorena vrata“ pruži uslugu koja je u skladu sa njihovom strukom, na osnovu rasne diskriminacije“.

195 R. Holtmaat, Country report on measures to combat discrimination, (Directive 2000/43/EC i Directive 2000/78/EC) Netherlands, State of Affaires up to 8 January 2007, str. 24-25.

196 26. jun 1980, N. J., 1981, br. 29, objavljeno u D. Houtzanger, „Test litigation in the Netherlands“, citirano u R. Holtmaat, Ibid, str23

197 4. januar 1982, RR br. 36, objavljeno u D. Houtzanger, „ Test litigation in the Netherlands“, citirano u R. Holtmaat, Ibid, str. 23-24

› *Odluka lokalnog krivičnog suda u Amsterdamu da testiranje ne predstavlja podsticanje na vršenje krivičnog dela (1982)*¹⁹⁸

Par T. i B. pripadnici etničke manjine i par H. i B., oboje Holandani su zasebno pokušali da uđu u diskoteku Y. Osobama T. i B. ulaz nije bio dozvoljen pod izgovorom da nisu članovi kluba. Drugi par H. i B. je nešto kasnije ušao u klub bez problema iako niko od njih nije bio član kluba. T. i B. su policiji podneli prijavu za krivično delo, a policija je naknadno istražila slučaj. Javni tužilac je podneo slučaj lokalnom sudu. T. i B. su se pridružili tužbi kao građanske stranke i zatražili odštetu.

Odbrana je tvrdila da su podnosioci/teljke tužbe podstakli činjenje ovog krivičnog dela time što su došli u Y da bi proverili da li u Y postoji diskriminatorska praksa i dokazali diskriminaciju uz korišćenje dva svedoka.

Sud je izjavio da „...{ odbija } takvu odbranu. Ni T. i/ili B., niti drugi svedoci/kinje nisu namerno podsticali diskriminaciju i nije ni najmanje verovatno da su podnosioci/teljke tužbe videli lični interes u diskriminatornom ponašanju optužene stranke protiv T. i/ili B. Optužena stranka je osuđena na novčanu kaznu od 240€. Podnosioci/teljke tužbe su primili simboličnu nadoknadu od po 0,50€.

› *Okružni krivični sud u Amsterdamu potvrdio testiranje bez nadzora policije (1992)*¹⁹⁹

Agencija protiv diskriminacije (ADA) sprovela je situaciono testiranje u nekoliko diskoteka u gradu Hilverzumu. Odbrana je tvrdila da dokazi ne mogu biti priznati na sudu pošto je test sproveden kao deo istrage ADA-e, bez nadzora i vođstva od strane policije ili državnog tužioca.

Sud je odbacio ovakvu odbranu, navodeći da je policija sastavila izveštaj nakon što je ADA prijavila krivično delo. Pokazalo se da argument kako ADA treba da sprovodi svoje istrage pod nadzorom javnog tužioca nema zakonski osnov.

¹⁹⁸ 20. mart 1992, br. 287, objavljeno u D. Houtzanger, "Test litigation in the Netherlands", citirano u R. Holtmaat, *Ibid*, str. 24

¹⁹⁹ 10. jun 1997, br. 1997-65, dostupno na www.cgb.nl, objavljeno u D. Houtzanger, "Test litigation in the Netherlands", citirano u R. Holtmaat, *Ibid*, str. 24.

› *Komisija za jednak tretman prihvatila situaciono testiranje za dokazivanje neravnopravnog tretmana (1997)*²⁰⁰

Agencija protiv diskriminacije (ADA) sprovela je situaciono testiranje u nekoliko diskoteka u gradu Enšedeu. Pripadnicima etničkih manjina, koji su bili uključeni u testiranje, ulaz nije bio dozvoljen, dok su Holandani ulazili u diskoteke bez problema.

U tužbi podnetoj komisiji za jednak tretman, ADA je izjavila da su grupe koje su učestvovala u testiranju bile sačinjene od osoba koje izgledaju kao prosečni posetioci diskoteka. Oni nisu imali nikakvu vezu sa ADA-om; nisu bili prethodno osuđivani; nisu mogli da se razlikuju od prosečnih posetilaca diskoteke što se tiče frizure, odeće, obuće i sl.; poznavali su dovoljno dobro holandski jezik i mogli su da se sporazumeju sa radnicima obezbeđenja.

Komisija za jednak tretman je izjavila da „smatra da se pomoću situacionog testiranja, zavisno od okolnosti, može uspostaviti dokaz o nejednakom tretmanu“. Naknadna mišljenja komisije slede istu liniju razmišljanja²⁰¹.

10. Slovačka

Kod korišćenja situacionog testiranja u parničnom postupku stvar koju treba uzeti u obzir je pitanje da li će se ovakvi slučajevi smatrati prihvatljivim. Trenutna sudska praksa u oblasti pristupa dobrima i uslugama pokazuje da sudovi nemaju običaj da odbacuju slučaj zbog „fiktivnih prava“. Međutim sudovi su skloni odbacivanju zahteva za novčanu nadoknadu na osnovu razmišljanja da žrtve diskriminacije, nastale pri situacionom testiranju, moraju da predvide diskriminaciju, stoga njihovo dostojanstvo ne može da bude povređeno.

Pored toga, treba voditi računa o prihvatljivosti audio snimaka kao sredstva za podnošenje dokaza proizašlih iz situacionog testiranja. Pravna mišljenja o prihvatljivosti snimljenih privatnih razgovora, kad je reč o građanskom postupku su podeljena. Argument protiv korišćenja snimaka se nalazi u Građanskom zakoniku (članovi 11. i 12.), prema kojem „fizička lica imaju pravo na zaštitu ličnosti, a naročito života i zdravlja, građanske časti i ljudskog dostojanstva, kao i zaštitu privatnosti, ugleda i manifestacija prirode ličnosti“ (npr. slike, crteži, književna dela itd.). Lični dokumenti, portreti, slike, video i audio zapisi vezani za fizička lica ili manifestacije prirode ličnosti mogu da budu napravljeni ili da se koriste samo uz pristanak te osobe. Kontra-argument je da korišćenje audio snimaka isključivo u svrhu sudskog dokumentovanja nezakonite radnje ne predstavlja povredu prava na zaštitu ličnosti prema članu 11. Građanskog zakonika. Od donošenja novog Krivičnog zakona, koji je na snazi od 1. januara 2006. godine, situacija u pogledu korišćenja snimaka kao dokaza je

²⁰⁰ Cf. Developments supra. Videti, na primer, Mišljenje 1997-62, Mišljenje 1997-64, Mišljenje 1997-133, Mišljenje 1998-39, Mišljenje 2005-136, dostupno na www.cgb.nl

²⁰¹ Videti Z. Dulgosova Country report on measures to combat discrimination, (Directive 2000/43/EC i Directive 2000/78/EC) Slovakia, State of Affaires up to 8 January 2007, str. 19.

postala još komplikovanija. Prema novoj odredbi u članu 377 ko god prekrši poverljivost privatnog razgovora ili drugih manifestacija lične prirode koristeći nezakonito snimanje, podeli ove snimke drugim osobama ili ih koristi na drugi način, time ozbiljno narušavajući prava osobe, kazniće se kaznom zatvora do dve godine. Ova odredba bi svakako mogla obeshrabriti korišćenje situacionog testiranja u vezi sa zapošljavanjem, razgovorima za posao, itd.

Situaciono testiranje se donedavno nije koristilo u Slovačkoj. Nevladina organizacija koja se bori protiv diskriminacije na osnovu rase pripadnosti (posebno diskriminacije Roma i Romkinja) kroz korišćenje situacionog testiranja i tužbi za diskriminatorno ponašanje je „Centar za građanska i ljudska prava“ iz istočne Slovačke. Njihovi prvi sudski predmeti se odnose, uglavnom, na diskriminaciju Roma u oblasti pristupa dobrima i uslugama. Dokazi, podneti sudu bili su svedočenja testera, pritužbe i transkripti audio snimaka načinjenih na licu mesta. Prvi sudski postupci su pokazali da sudije ne odbacuju audio snimke načinjene u procesu testiranja, iako tužene stranke često tvrde da je ovakva vrsta dokaza protivzakonita²⁰².

› *Blaga odluka Okružnog suda o testiranju u Mihalovcima (2006)*²⁰³

Troje romskih aktivista nevladine organizacije Novi put, sa sedištem u Mihalovcima, su, zajedno sa aktivistom iz nevladine organizacije „Centar za građanska i ljudska prava“, sa sedištem u Košicama, posetili lokalni bar u Mihalovcima, poznat po neprijateljskom ponašanju prema Romima i Romkinjama. Ova grupa aktivista je odlučila da testira politiku ovog bara prema klijentima romske etničke pripadnosti. Trima romskim aktivistima nije bilo dozvoljeno da uđu u bar, jer nisu mogli da dokažu „članstvo“ (nisu imali članske karte). Aktivista centra, „belac“, koji je došao nekoliko minuta kasnije, nije imao problema pri ulasku u bar. Aktivisti su napravili audio zapis komunikacije između njih i osoblja bara. Nije bilo nikakve sumnje da se incident dogodio. Romski aktivisti su Okružnom sudu u Mihalovcima podneli zahtev protiv vlasnika bara, zbog politike bara i aktivnosti zaposlenih. Tvrđili su da su bili diskriminirani na osnovu etničke pripadnosti i zatražili da se vlasniku bara naredi izdavanje pismenog izvinjenja i plaćanje novčane nadoknade. Kao dokaz su podneli snimak incidenta. Tužena stranka nije negirala da se incident dogodio. Međutim, vlasnik bara je tvrdio da nije diskriminisao Rome i da ih često uslužuje u svom baru. Njegovu izjavu je podržalo nekoliko Roma koji su bili saslušani kao svedoci.

Okružni sud u Mihalovcima je 31. avgusta 2006. godine, doneo odluku delimično u korist podnosioca tužbe. Sud je naredio vlasniku da izda pismeno izvinjenje za diskriminaciju počinjenu protiv podnosilaca tužbe. Međutim, sud nije naveo specifične osnove za diskriminaciju i nije prihvatio argument podnosilaca tužbe da je diskriminacija izvršena na osnovu

²⁰² Presuda br. 12C/139/2005, 31. avgust 2006, objavljena u *European Anti-Discrimination Law Review*, 2007, br. 5, str. 95.

²⁰³ Objavljeno u Z. Dlugosova, *Country report on measures to combat discrimination*, (Directive 2000/43/EC i Directive 2000/78/EC) Slovakia, State of Affaires up to 8 January 2007, str. 6.

etničke pripadnosti. Prema navodima suda, vlasnik je u ovom slučaju uspeo da dokaže da je prethodno usluživao goste romskog porekla u svom baru, te je utvrđeno da vlasnik nije vršio generalnu diskriminaciju Roma i Romkinja. Čini se da sud nije prebacio teret dokazivanja donevši odluku da „uslovi za ulazak (pokazivanje članske karte), nametnuti klijentima, nisu bili potrebni drugim klijentima. Prema tome, podnosiocima tužbe je odbijeno pružanje usluge u kafiću i diskoteci. Ovo je slučaj direktne diskriminacije (...). Rasni motiv za ponašanje optužene stranke prema podnosiocima tužbe od 14. aprila 2005. godine nije dokazan tokom postupka. Optuženi je, uz izjave svedoka, pokazao da u svom lokalu uslužuje Rome i Romkinje. Iz svedočenja osoblja na ulazu, jasno je da im optuženi nije dao nikakva uputstva o nedozvoljavanju ulaza Romima i Romkinjama u restoran. Ovo znači da direktna diskriminacija nema rasni osnov²⁰⁴“.

Sud nije odobrio zahtev podnosioca za finansijsku nadoknadu štete, jer je smatrao da korišćenje situacionog testiranja nije moglo da prouzrokuje štetu podnosiocima tužbe, obzirom da su oni očekivali diskriminatorni tretman od strane osoblja bara. Ovo treba posmatrati kroz opšti kontekst slučajeva diskriminacije gde slovački sudovi nerado određuju efikasne nadoknade štete.

Regionalni sud u Košicama je, u apelacionom postupku, doneo pravno obavezujuće mišljenje da je došlo do diskriminacije na osnovu etničke pripadnosti. Ovim je ukinuto prvobitno rešenje i predmet je vraćen prvostepenom sudu.

› *Odluka Okružnog suda u Kežmaroku u vezi sa očekivanjem testera/ki da ne budu usluženi (2006)*²⁰⁵

U sklopu testiranja, dvoje romske dece nije jednako usluženo u prodavnici slatkiša. Sud je odlučio da se direktna diskriminacija dogodila na osnovu etničke pripadnosti, ali nije dodelio finansijsku nadoknadu, budući da su, prema navodima suda, deca očekivala da ne budu uslužena, tako da kao rezultat ovakvog očekivanja, nije postojao razlog da se dosudi nadoknada štete. Uložena je žalba na ovakvu presudu.

11. Velika Britanija

Situaciono testiranje se trenutno retko koristi zbog toga što se sada retko javljaju direktni oblici diskriminacije koji mogu da budu efikasno identifikovani. Kao što bi bilo vrlo neobično da noćni klub ili bar praktikuju potpuno „zabranu ulaska obojenima“, ili da vrše ekskluziju svih onih koji pripadaju određenoj grupi, tako se čini i da je situaciono testiranje neprikladno sredstvo za uspostavljanje jasnog slučaja direktne diskriminacije.

²⁰⁴ Presuda br. 3C 157/05, 10. novembra 2006, objavljena u Z. Dlugosova, *Ibid.* str. 6.

²⁰⁵ B. Cohen, *Country report on measures to combat discrimination*, (Directive 2000/43/EC i Directive 2000/78/EC) United Kingdom, State of Affaires up to 8 January 2007, str. 6.

Društvene zajednice povremeno koriste ovu metodu da bi vršile pritisak na barove i noćne klubove za koje smatraju da ograničavaju ulaz nacionalnim manjinama: upotreba situacionog testiranja često može da izazove promene u praksi koje ne zahtevaju pokretanje pokretanje parničnog postupka. Grupe za prava osoba sa invaliditetom koriste u određenoj meri situaciono testiranje kako bi procenile u kojoj meri se poštuje Zakon o zabrani diskriminacije na osnovu invaliditeta iz 1995. godine, a Komisija za rasnu jednakost je za svoje osoblje kreirala interne smernice o korišćenju situacionog testiranja, uključujući i primere gde i kada bi ono moglo da se koristi²⁰⁶.

› *Praški aerodrom: Slučaj pred Domom lordova (2004)*

Postoji vrlo mali broj slučajeva korišćenja situacionog testiranja u sudskoj praksi i ni jedan od njih ne predstavlja neki značajan presedan. Međutim, u slučaju odlučenom 9. decembra 2004. godine Dom lordova je bio spreman da prihvati dokaze dobijene kroz situaciono testiranje kao relevantnu i prihvatljivu izjavu, uz ostale dokaze. Već spomenuti slučaj Regina vs imigracioni službenik na aerodromu u Pragu i drugi, ex parte (od strane) Evropski centar za prava Roma i drugi²⁰⁷, odnosio se na operaciju sprovedenu od strane službenika za imigraciju na aerodromu u Pragu, koja je bila osmišljena kao odgovor na priliv čeških Roma u Veliku Britaniju. Dom lordova je smatrao da je ova operacija izvedena na nezakonit i diskriminatorski način, da su potencijalni putnici romskog porekla bili tretirani manje povoljno od ne-Roma. Obrada svedočenja i drugih dokaza situacionog testiranja od strane najvišeg Apelacionog suda, najbolje je ilustrovana u mišljenju Baronice Hejl od Ričmonda:

„92. Gospodin Vasil, češki Rom koji radi za Evropski centar za prava Roma (ERRC), je posmatrao veći broj letova za Veliku Britaniju, jedanaest dana u januaru, trinaest u februaru, četrnaest u martu i trinaest dana u aprilu 2002. godine. On je bio u stanju da prepozna putnike/ce romskog porekla na osnovu njihovog fizičkog izgleda, načina odevanja i drugih detalja koji su njemu kao Romu bili prepoznatljivi. Njegova zapažanja pokazuju da (...) je svaki pojedinačni Rom/Romkinja imao/la 400 puta veću šansu da bude odbijen/a, u odnosu na druge putnike neromskog porekla (...)

93. Gospodin Vasil je uočio da je ispitivanje putnika/ca romskog porekla trajalo duže nego ispitivanje ne-Roma, te da je 80% Roma/Romkinja odvedeno u sobu za dodatno ispitivanje, u poređenju sa manje od 1% ne - Roma. Zapažanje gđe Muhić-Dizdarević, koja je vršila monitoring operacije u ime Helsinškog odbora iz Češke, bilo je veoma slično (...)

94. Ova opšta zapažanja potvrđuju iskustvo pojedinaca čije priče su saslušane na sudu. ERRC je sproveo eksperiment u kojem je troje ljudi pokušalo da otputuje u kratku posetu

Velikoj Britaniji. Dve osobe su bile mlade žene sa sličnim prihodima, namerama i količinom novca koje su nosile sa sobom. Jedna od njih je bila ne-Romkinja, gospođica Dedikova, a druga je bila Romkinja, gospođica Grundzova. Treća osoba, gospođa Polakova, je bila starija udata Romkinja koja radi u medijima. Dedikova je bila puštena nakon samo pet minuta ispitivanja, koje nije smatrala nametljivim i nevažnim. Njena priča, da ide u posetu prijateljici koja je takođe studentkinja, prihvaćena je bez dodatnih pitanja. Nakon dužeg ispitivanja koje je ona smatrala nametljivim, i nakon zahteva za potvrdu podataka koji su neupitno prihvaćeni u slučaju gospođice Dedikove, imigraciono je odbilo da pusti gđicu Grundzovu. Ispitivanje gđe Polakova je, prema njenim navodima, trajalo oko pola sata, nakon čega joj je rečeno da sačeka u posebnoj prostoriji. Putovanje joj je ipak odobreno nakon nekog vremena. Ona je izjavila da je imala osećaj da se njen intervju razlikovao od ispitivanja ne-Roma, koji su putovali u isto vreme, te da je jedini razlog zbog kojeg joj je dozvoljeno da putuje – to što je obavestila imigracionu službu da je novinarka koja se bavi pravima Roma i Romkinja. Sve tri osobe su do određene mere glumile neku ulogu u smislu da je ERRC inicirao i finansirao njihovo putovanje, ali one su istinski nameravale da posete prijatelje ili rođake koji žive ovde. Češka televizija je takođe sprovedla sličan eksperiment u kojem su muškarac Rom i žena ne-romskog porekla želeli da dođu u kratku posetu Velikoj Britaniji. Ženi je putovanje odobreno, dok muškarac, nakon mnogo dužeg razgovora, nije dobio dozvolu za putovanje. Za razliku od ERRC-ovog testa, u ovom slučaju postoji transkript iz kog se može videti da li u odgovorima ovog muškarca romske etničke pripadnosti postoji nešto što bi moglo da učini imigracionog službenika sumnjičavim, čak i u slučaju da on nije bio Rom. I dalje stoji pitanje, da li bi i ne-Rom koji je dao slične odgovore bio tretiran na isti način. Izuzetno mali broj ne-Roma kojima nije dozvoljeno da putuju ukazuje da to nije slučaj²⁰⁸.

²⁰⁶ Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another, ex parte European Roma Rights Center and others, { 2004 } UKHL 55, dostupno na www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041209/roma.pdf.

²⁰⁷ kurziv autorov

²⁰⁸ Goteborgs tingsrätt, dom meddelad 2007-11-06 (mal nr T13077-05).



Deo IV

Nevladine organizacije, situaciono testiranje u Švedskoj i sudovi

1. Situaciono testiranje u Švedskoj - pregled

2. Etnička diskriminacija - slučajevi studenata/kinja prava

Kikis, Bar & Kafe, Stockholm

Hani, Noćni klub, Getenburg

Eskejp, Noćni klub, Malme

Nagodbe sa noćnim klubovima

3. Drugi primeri situacionog testiranja i diskriminacije

Paul Lapalainen (švedski dipl. pravnik i doktor prava u SAD-u)

Bivši šef Istražnog odbora pri švedskoj vladi

„Plava i žuta kuća od stakla: strukturalna diskriminacija u Švedskoj“

Nedostatak jasnoće postoji naročito zbog toga što Švedska ima slobodan dokazni sistem koji, po pravilu, omogućava sudovima da uzmu u obzir sve relevantne dokaze, bez obzira na sredstva pomoću kojih su ti dokazi dobijeni. Kao rezultat toga, iako je policiji i drugim telima u teoriji zabranjeno korišćenje provokacije za sprovođenje krivičnog zakona, dokazi dobijeni uz pomoć provokacije mogu da budu prihvaćeni na sudu. Došlo je do pojave teorijskog razgraničenja koje je pokazalo da, dok provokacija zločina nije dozvoljena, takozvana provokacija dokaza je prihvatljiva u Švedskoj²¹⁰.

Ombudsman za borbu protiv etničke diskriminacije (DO) je izjavio da nije jasno u kojoj bi se meri princip i doktrine, koji se odnose na provokaciju zločina/provokaciju dokaza, mogli primeniti na situaciono testiranje organizovano od strane drugih državnih tela, kao što je DO, kako bi se sproveli zakoni van domena krivičnog prava²¹¹.

Iako je neizvesno u kolikoj meri su državni organi sposobni da koriste situaciono testiranje, činjenica da su sudovi dozvolili korišćenje situacionog testiranja od strane pojedinaca i grupa za dokazivanje diskriminacije prilično je jasan pokazatelj da nevladine organizacije mogu da koriste ovo oruđe.

To ne znači da nevladine organizacije treba da pristupe testiranju olako. Testiranje može da bude sredstvo pomoću kojeg se dokazuje diskriminacija u slučajevima koje je, barem do sada, bilo gotovo nemoguće dokazati. Ako su testovi dobro isplanirani i izvršeni, trebalo bi da imaju značajnu dokaznu vrednost na sudovima. Testovi mogu da budu važni i za podizanje svesti u društvu u kojem se obično negira postojanje diskriminacije.

Sledeći segmenti ovog dela knjige će biti iskorišćeni za kratko rezimiranje i analizu nekolicine slučajeva iz Švedske.

2. Etnička diskriminacija – slučajevi studenata prava

Najpoznatije slučajeve situacionog testiranja u Švedskoj su inicirale grupe studenata, čiji su članovi grupe snimali ulazak u noćne klubove i restorane u Stokholmu, Malmeu i Geteborgu. Oni su se podelili u dve grupe od po tri studenta tako da je jedna grupa bila sačinjena od osoba koje izgledaju kao tipični Šveđani, dok su drugu grupu činile osobe koje su se fizički razlikovale od tipičnih Šveđana. Važno je napomenuti da su testovi zahtevali da učesnici budu slični po svim drugim aspektima: svi su bili slično i dobro odeveni, ponašali su se slično i učtivo, dobro govorili švedski jezik i nisu konzumirali alkohol. Ideja je bila da jedini faktor, po kojem bi se ove grupe razlikovale, bude pretpostavka o njihovom etničkom poreklu, zasnovana na spoljašnjim činiocima kao što su boja kože, kose i očiju.

²¹⁰ Ombudsman za borbu protiv etničke diskriminacije, Dnr. 419-2005 ab. 13, Diskrimineringstester som bevismedel- utredning av DO: S möjlighet att använda diskrimineringstester för att sakra bevisning i diskrimineringssakerna (testovi diskriminacije kao dokaz - uvid u mogućnost DO-a da koristi testove diskriminacije za dobijanje dokaznog materijala).

²¹¹ Huddingetingsrätt, dom meddelad 2007-03-02 (mal nr T268805).

Rad ovih studenata je doveo do podnošenja niza pritužbi, od kojih su mnoge rezultirale nadoknadom štete ili sudskim nagodbama.

› Kikis Bar & Kafe (Stokholm)

Okružni sud u Hudingu²¹² je 2. marta 2007. godine doneo odluku da je nad podnosiocima tužbe izvršena diskriminacija od strane „Kikis-a“, noćnog kluba u Stokholmu. Naređeno je plaćanje odštete od ukupno 240,000 SEK. „Kikis“ je uložio žalbu na presudu, koja je naknadno povučena jer je postignuta nagodba sa podnosiocima tužbe.

Šestorici muškaraca, koji su izgledali kao „stranci“ nije bio dozvoljen ulaz u klub, dok je njihovim prijateljima koji su izgledali kao „Šveđani“, dozvoljeno da uđu. Tužba je podneta DO-u, koji je tužio noćni klub u ime podnosioca tužbe. U testiranju je učestvovalo ukupno 12 mladića, podeljenih u četiri grupe. Postojale su dve „švedske“ grupe i dve grupe „stranaca“. Svih šest muškaraca koji su imali svetliju boju kože i kose su pušteni u klub, dok onima tamnije puti i kose nije bilo dozvoljeno da uđu.

Radnici obezbeđenja saopštili su ljudima kojima je bio zabranjen ulazak u klub da je klub prepun i da je ulaz dozvoljen samo članovima. Međutim, radnik obezbeđenja nije rekao ostalim muškarcima da je klub pun, niti im je tražio članske karte.

Čitav proces je sniman video kamerom. Video snimak je prihvaćen na sudu kao potporni dokaz diskriminacije.

Noćni klub je tvrdio u svoju odbranu da ulaz nije dozvoljen ovim ljudima zbog toga što je radnik obezbeđenja smatrao da je njihovo ponašanje čudno. Klub je tvrdio da se nije dogodilo ništa što bi opravdalo zahtev podnosioca tužbe za nadoknadom štete, obzirom da oni nisu imali nameru da uđu u klub radi zabave. Naprotiv, klub je dalje tvrdio da su se podnosioci tužbe nadali da će biti izbačeni iz kluba kako bi mogli da podnesu zahtev za nadoknadu štete. Budući da je njihova namera imala finansijsku pozadinu, niko od njih nije pretrpeo finansijsku štetu.

Sud je utvrdio da je zaista došlo do diskriminacije i da finansijska pozadina akcije nije dokazana, kao i da ne postoji dokaz o bilo kojim drugim poteškoćama koje se odnose na nameru podnosioca tužbe. Sud je naveo da, čak i da je ovo bilo dokazano, ne bi imalo nikakav uticaj na zaključak o postojanju diskriminacije. Odšteta je dodeljena u skladu sa zakonom.

²¹² Goteborgs tingsrätt, dom meddelad 2006-12-14 (mal nr T4658-05).

› *Noćni klub Hani (Geteburg)*

Okružni sud u Geteburgu je 14. decembra 2006.²¹³ godine doneo odluku da je izvršena diskriminacija nad podnosiocima tužbe od strane noćnog kluba „Hani“. Sud je dodelio ukupno 90,000 SEK (10000€) na ime odštete za šestoro podnosilaca tužbe.

Šestorica mladića kojima nije dozvoljen ulazak u „Hani“, bili su deo već pomenute, veće grupe studenata prava koja je u novembru 2004. godine vršila testiranje, želeći da proveru da li dolazi do diskriminacije pri ulasku u razne ugostiteljske objekte. U ovom slučaju, njihovih šestoro prijatelja, koji nisu fizički ličili na „strance“, ušli su u noćni klub bez problema, a incident je snimljen video kamerom.

Pritužbe su predate Ombudsmanu za borbu protiv etničke diskriminacije (DO), koji je tužio noćni klub. Neposredno pre početka suđenja, klub je priznao da je nad muškarcima izvršena diskriminacija na osnovu etničke pripadnosti.

› *Noćni klub Eskejp (Malme)*

Okružni sud u Malmeu²¹⁴ je doneo odluku 4. maja 2006. godine da su podnosioci tužbe bili diskriminirani od strane zaposlenih u noćnom klubu „Eskejp“. Sud je, na ime odštete, podnosiocima tužbe dodelio po 15,000 SEK (1600€).

Činjenice u ovom slučaju su slične činjenicama u već pomenutim slučajevima. Grupi muškaraca koji su izgledali kao „stranci“, nije dozvoljeno da uđu u klub dok je ulaz bez problema odobren grupi muškaraca koji su izgledali kao Šveđani. Ponuđena opravdanja i razlozi za ovakvo ponašanje uključivali su tvrdnje da muškarci kojima nije bilo dozvoljeno da uđu nisu imali VIP karte i/ili da nisu bili na spisku gostiju. Incident je sniman video kamerom. Podneta je tužba DO-u, koji je potom tužio klub.

Uprava „Eskejpa“ je tvrdila da su pogrešno smatrali da su ljudi kojima je ulaz bio dozvoljen, deo prethodno najavljene i očekivane grupe. „Eskejp“ je tvrdio i da veliki broj njihovog osoblja i gotiju ima strano poreklo i da učesnici u ovom slučaju nisu izašli u normalan noćni provod, već da su unapred isplanirali testiranje diskriminacije, da su želeli da ispitaju svoju teoriju, te da su bili psihički spremni da im ne bude dozvoljen ulaz. To je značilo da nisu pretrpeli nikakve lične povrede.

Sud je, u svojoj presudi, istakao da činjenica da je slučaj bio rezultat testiranja diskriminacije nije razlog za pretpostavku da nije došlo do diskriminacije ili povrede. Klubu je naređeno da plati ukupno 60, 000 SEK (6500€) za četiri osobe kojima ulaz nije dozvoljen.

²¹³ Malmö tingsrätt, meddelad 2006-05-04 (mal nr T3562-05).

²¹⁴ Hovrätten Over Skåne och Blekinge, dom meddelad 2007-04-24 (mal nr 1358-06).

I DO i „Eskejp“ su uložili žalbu na ovakvu presudu. Apelacioni sud je naknadno potvrdio presudu Okružnog suda²¹⁵.

I „Eskejp“ i DO su podneli žalbu švedskom Vrhovnom sudu.

› *Nagodbe sa noćnim klubovima*

U nizu drugih slučajeva, situaciono testiranje koje su organizovali studenti prava, dovelo je do nagodbi sa raznim noćnim klubovima u Stokholmu, Geteburgu i Malmeu. Nagodbe su se najčešće sastojale od priznanja da je došlo do diskriminacije na osnovu etničke pripadnosti, izvinjenja, odštete i dogovora o aktivnom radu na suzbijanju diskriminacije²¹⁶.

Treba naglasiti da postoji veliki broj sličnih slučajeva koji su još u procesu.

3. Drugi primeri situacionog testiranja i diskriminacije

Okružni sud u Geteburgu je 4. maja 2006²¹⁷ godine doneo odluku da je podnositelj tužbe bio diskriminisan od strane stambene agencije Vaserštaden AB. Agenciji je naređeno da plati 40,000 SEK (4000€) na ime odštete.

Muškarcu stranog porekla nije bilo dozvoljeno da pogleda nekoliko stanova koji su bili oglašeni kao prazni i dostupni. On je, nakon nekog vremena, zamolio dvoje kolega švedskog porekla da podnesu prijavu za ove stanove kako bi saznali da li su i dalje dostupni. Kolegama je ponuđeno da dođu i pogledaju stanove. Nakon toga je tužba predata DO-u koji je podneo slučaj Okružnom sudu u ime podnosioca tužbe.

Prema navodima suda, korišćenje testiranja uz pomoć kolega nije samo po sebi dovoljno da se prebaci teret dokaza. Međutim, može se pretpostaviti da je ovakav dokaz u kombinaciji sa drugim faktorima (naročito sa činjenicom da je agencija izjavila da želi „skladnu“ mešavinu stanara) bio veoma koristan.

²¹⁵ Videti, na primer, DO Dnr 1167-2004 (nagodba sa barom Berzeli u Stokholmu), Dnr 800-2005, 801-2005, 802-2004, 803-2005, 804-2005 (nagodba sa noćnim klubom Kraun u Malmeu), Dnr 1105-2004 (nagodba sa restoranom Etaž u Malmeu) i Dnr 1135-2004 (nagodba sa restoranom Laundž u Geteburgu).

²¹⁶ Göteborgs tingsrätt, dom meddelad 2007-11-06 (mal nr T13077-05).

²¹⁷ Na švedskom, Det blagula glashuset: strukturell diskriminering i Sverige (SOU 2005:56)

Zaključni komentari o situacionom testiranju

Pol Lapalainen (švedski dipl. pravnik i američki doktor prava)
Bivši šef Istražnog odbora pri švedskoj vladi
„Plava i žuta kuća od stakla: strukturalna diskriminacija u Švedskoj“

Važnost uloge koju žrtve diskriminacije igraju u promociji veće jednakosti prava i mogućnosti se ne može dovoljno naglasiti. Ukoliko želimo da promena bude održiva, žrtve moraju da budu deo procesa promene. Ovo je činjenica bez obzira da li je u pitanju rasna ili etnička pripadnost, pol, invaliditet ili seksualna orijentacija. Kada postoji samo perspektiva od vrha ka dole, mere će funkcionisati samo onoliko koliko kreatori politike odluče da obrate pažnju. Korišćenje situacionog testiranja može da na razne načine doprinese osnaživanju žrtava diskriminacije. Kad su dovoljno osnažene one mogu da osiguraju da se obećanja kreatora politike pretvore u dela i akcije. Nadam se da će ova knjiga doprineti tom procesu.

Pre nekoliko godina bio sam na čelu Istražnog odbora pri švedskoj vladi, koji se zvao „Plava i žuta kuća: strukturalna diskriminacija u Švedskoj”²¹⁸. Svrha ovog odbora je bila da ispita strukturalnu diskriminaciju i institucionalni rasizam u odnosu na etničku pripadnost i religiju. Pored toga, trebalo je da predložim vladi antidiskriminacione mere. Jedan od najvažnijih zaključaka istraživanja bilo je postojanje dubokog negiranja etničke diskriminacije među osobama na vlasti, bilo u politici, među poslodavcima, u sindikatima ili unutar zajednice istraživača.

Predložio sam situaciono testiranje na tri osnovna načina, kao barem delimičan odgovor na ovu situaciju.

Situaciono testiranje je potrebno kao metoda istraživanja. Ova metoda, zapravo, vrlo malo objašnjava razloge diskriminacije, ali predstavlja jednu od retkih metoda koja otežava kreatorima politike da se sakriju iza uobičajenih tvrdnji da su rasizam i diskriminacija problemi koji postoje negde drugde.

Situaciono testiranje je potrebno za kontrolu kvaliteta. Ideja je bila da se testiranje koristi za procenu potrebe za antidiskriminatornom politikom kao i delotvornosti politika koje već postoje. Cilj je bio da se unapredi proaktivni rad. Po pravilu, javna tela barem za sebe pretpostavljaju da deluju i funkcionišu nediskriminatorno, dok mnoga imaju i specifične politike. Međutim, ova tela retko odvajaju vreme za testiranje tih politika. Smatrao sam da ona mogu da testiraju sama sebe, uz eventualno korišćenje spoljnih konsultanata i/ili nevladinih organizacija. Cilj nije bio da se prstom ukaže na pojedince, već da se osigura opširniji uvid u oba problematična područja i raspoloživa rešenja.

Situaciono testiranje je potrebno kao sredstvo za dokazivanje slučajeva diskriminacije na sudu, i kao takvo su ga koristila različita tela za borbu protiv diskriminacije širom Evrope. Istakao sam da sprovođenje antidiskriminacionih zakona može i treba da bude poboljšano korišćenjem ove metode. Bilo je teško dokazati slučajeve diskriminacije na način koji će zadovoljiti sudstvo, tako da bi ova metoda mogla da pruži, ako ne nepobitne dokaze onda bar dokaze koji će u većoj meri otežati sudovima da odbiju zahtev za prebacivanje tereta dokaza.

Prilikom ispitivanja potencijalnog testiranja, zanimljivo je podsetiti se na istoriju situacionog testiranja kao metode istraživanja u Švedskoj. U vreme dok je ILO vršio situaciono testiranje u vezi sa radnim stažom u nekoliko evropskih zemalja, tokom 90-ih godina, švedski stručnjaci

i vladini zvaničnici su zaključili da korišćenje situacionog testiranja nije etičko. Pojavili su se neverovatno kreativni pravni i društveni argumenti u pogledu potencijalne odgovornosti istraživača i potencijalne štete koju bi tester/ke mogli pretrpeti. Ovakve izjave su efektivno prenele poruku da će takvo istraživanje biti smatrano nemoralnim i time praktično sprečile upotrebu situacionog testiranja tokom više od deset godina. Treba istaći da se nijedno od istraživanja sprovedenih u drugim delovima Evrope nije susrelo sa problemima o kojima se diskutovalo u Švedskoj.

Zaključio sam da je bilo lakše jednostavno sprečiti ovakva istraživanja, nego se suočiti sa idejom da je etnička diskriminacija problem koji postoji čak i u Švedskoj. Ako se kreatori politike suoče sa činjenicom da diskriminacija jeste problem, oni bi onda trebalo da deluju kako bi se promenile aktivnosti i obrasci ponašanja koji se često vide kod poslodavaca i u sindikatima. U većini zemalja, ove grupe imaju izuzetno moćan uticaj. Ovo je naročito zastupljeno u Švedskoj, posebno kada one deluju sa zajedničkim ciljem, kao što je sprečavanje ili odlaganje usvajanja zakona.

Paralelno sa, ali i odvojeno od mog istraživanja, grupa mladića je uzela stvari u svoje ruke u pogledu rasizma i diskriminacije u noćnim klubovima, što je jedno od mesta gde se mladi ljudi prvi put suočavaju sa isključivanjem i diskriminacijom.

Od 70-ih godina kada je u krivični zakonik uvedena zabrana protivpravne diskriminacije od strane privrednika, doneto je samo nekoliko osuđujućih presuda. U suštini, jedini način da se dođe do osude je da tužena stranka prizna da je vršila diskriminaciju – odnosno, ako u svojoj izjavi kaže: „Mrzim te ljude (Afrikance/ke, muslimane/ke, Rome/Romkinje...), i zbog toga im nisam dozvolio da uđu”.

Novi građanski zakonik koji pokriva etničku diskriminaciju od strane privrednika je usvojen 2003. godine. Pokrenut je vrlo mali broj slučajeva, barem u početku.

Prethodno pomenuti studenti Pravnog fakulteta su odlučili da nešto preduzmu prilikom noćnog izlaska kada su hteli da testiraju prisutnost diskriminacije u jednom klubu. Nakon što im nije dozvoljen ulazak, otišli su na drugo mesto gde im je ulazak opet bio zabranjen. Nakon toga, su odlučili da provere da li je etnička pripadnost neke osobe važna za noćni život u Švedskoj. To je rezultiralo nizom pritužbi i slučajeva koji su skrenuli pažnju javnosti na postojeći problem i tako otežali negiranje diskriminacije od strane uključenih u ovu problematiku. Ovo je takođe bio način da se testira prihvatanje diskriminacije na osnovu etničke pripadnosti kao pojave koja jeste deo švedskog društva.

Oni su formirali timove mladića od kojih su neki izgledali kao tipični Šveđani, a neki kao da imaju „strano” poreklo. Timovi su bili poslani u restorane i noćne klubove u Stokholmu, Geteburgu i Malmeu. Timovi su formirani tako da se osim po boji kose i kože ne razlikuju mnogo jedni od drugih u odnosu na jezik, odeću, itd. Takođe su vodili računa da se kroz grad ne kreću u velikim grupama jer to samo po sebi može da izgleda sumnjivo. Još jedan važan faktor je bilo to da su testovi snimani, što je kasnije omogućilo da se vidi i čuje šta se dešavalo. Snimatelji su bili osobe koje nisu bile deo test grupa.

²¹⁸ Naslov na švedskom Det blågula glashuset : strukturell diskriminering i Sverige (SOU 2005 : 56).

Mnogi, a naročito žrtve diskriminacije su ove mladiće nazvali herojima. Mnogi drugi, naročito vlasnici restorana i noćnih klubova su tvrdili da su oni sproveli testiranje iz ličnog koristoljublja.

Premda smatram da je važno da se testiranje koristi uz veliki oprez, kao što je učinjeno u ovom slučaju, put koji su ovi mladići utrlili ima veliki značaj.

Oni, za razliku od mnogih, nisu prihvatili tvrdnju, da etnička diskriminacija postoji, ali da se ne može mnogo učiniti po tom pitanju. Dok je Švedska dugo vremena negirala činjenicu da je diskriminacija realan problem, imigranti i njihova deca (naročito oni čija boja kože i kose se razlikuje od norme) su itekako bili upoznati sa problemom, ali su ili odlučili da ništa ne može da se uradi povodom toga, ili su, još gore, krivili sami sebe. Mnogi su razvili nepoverenje prema (na primer) pravnom sistemu, jer su smatrali da taj sistem radi u korist Šveđana, a ne „za sve nas“²¹⁹.

Umesto ovoga, ovi mladići su odlučili da „prozovu“ čitav sistem. Oni su pomogli u sprovođenju zakona i pomogli sudovima i kreatorima politike da dostignu sopstvene standarde. Oni su doprineli tome da nacionalni i lokalni političari više ne mogu da negiraju postojanje problema u većim gradovima. A ko zna, možda oni mogu da pomognu i da se i drugi uvere u to da sistem može da funkcioniše pravilno, bar onda kada su žrtve diskriminacije deo procesa promene.

Ako se akteri civilnog društva, koji predstavljaju žrtve diskriminacije, uključe u razne vrste situacionog testiranja, to za njih može da bude način da dalje razviju svoje stručne kapacitete. Pritom, ne treba se ograničavati na podnošenje tužbi i pomoć pri dobijanju slučajeva ili postizanju nagodbi. Može da se stvori mogućnost za korišćenje situacionog testiranja za istraživanje i podizanje svesti. Isto tako, može da se pronađe način da akteri civilnog društva pruže pomoć poslodavcima, kompanijama i javnom sektoru kroz vršenje kontrole kvaliteta njihove prakse i politike ravnopravnosti.

219 Ovakvu reakciju na diskriminaciju opisao je jedan od ključnih članova grupe studenata prava koji su vršili testiranje, Homan Hamzeh, u svom magistarskom radu pod naslovom Praktikprovning: Tre ljusa killar ar ett sällskap-tre morka killar ett gang (situaciono testiranje: tri plava momka su grupa – tri tamnija momka su banda), Stockholms Universitet HT 2005. Uopšteno, u izveštaju koji je nedavno na zahtev vlade proizvelo švedsko nacionalno veće za prevenciju kriminala (Bra), utvrđeno je da etnička diskriminacija, kao deo pravnog sistema, predstavlja znacajan problem - Bra izveštaj br. 2008: 4 Diskriminering i rattsprocessen: om missgynnande av personer med utländsk bakgrund (Diskriminacija u krivičnom procesu u Švedskoj).

Izabel Roriv (Isabelle Rorive)

Izabel Roriv je profesorka komparativnog prava, Antidiskriminacionog zakona i pravne metodologije na Univerzitetu u Briselu (ULB). Ona je članica Evropske mreže pravnih stručnjaka u oblasti antidiskriminacije. Uključena je u nekoliko belgijskih nevladinih organizacija posvećenih promovisanju ljudskih prava i borbi protiv diskriminacije.

Pol Lapalainen (Paul Lappalainen)

Pol Lapalainen (američki doktor prava i švedski dipl. pravnik) je viši pravni savetnik i voditelj jedinice za promociju ravnopravnosti polova u kancelariji švedskog Ombudsmana za borbu protiv etničke diskriminacije. On je jedan od dva naučna savetnika u UNESCO-voj Evropskoj koaliciji gradova protiv rasizma. Bio je šef Istražnog odbora pri švedskoj vladi pod nazivom „Plava i žuta kuća od stakla: strukturalna diskriminacija u Švedskoj“. Njegov doprinos ovoj publikaciji je rezultat nezavisnog angažmana. Izražena mišljenja su isključivo njegova.

Grupa za migracionu politiku (MPG)

Grupa za migracionu politiku je nezavisna evropska organizacija, čiji doprinos trajnim i pozitivnim promenama ima za cilj stvaranje otvorenih i inkluzivnih društava u kojima svi članovi imaju jednaka prava, odgovornosti i mogućnosti za razvoj ekonomskog, socijalnog i društvenog života u različitim društvima u Evropi.

MPG stimuliše i oblikuje uslove za evropsku političku debatu zasnovanu na dobroj informisanosti, zatim za saradnju i akciju za postizanje tog cilja u tri programske oblasti: migracija i mobilnost, antidiskriminacija i ravnopravnost i različitost i integracija.

Glavne aktivnosti MPG-a su: postavljanje visokih standarda jednakosti za evropsku i nacionalnu politiku i zakon, monitoring sprovođenja kroz razmenu informacija i analize, jačanje kapaciteta vladinih i nevladinih aktera kroz treninge i proizvodnju priručnika, uspostavljanje i upravljanje mrežom stručnjaka/kinja kreatora politike kao i njenih praktikanata u javnom i privatnom sektoru, npr. kreiranje mreže pravnih stručnjaka/kinja u oblasti antidiskriminacije, poslovnu formu o raznolikosti dobavljača i migracijskom dijalogu.

www.migpolgroup.org

Centar za jednaka prava

Centar za jednaka prava iz Stokholma je nevladina organizacija osnovana 2003. godine. Cilj organizacije je sprečavanje svih oblika diskriminacije u društvu na temelju etničkog porekla, vere ili drugih uverenja, pola, invaliditeta, seksualne orijentacije i godina starosti. Rad centra se fokusira na poboljšanje razumevanja pitanja vezanih za diskriminaciju, uticanje na razvoj odgovarajućeg i efikasnog antidiskriminacionog zakonodavstva i politika, kao i promociju vrednosti na kojima se zasniva borba protiv diskriminacije.

Centrom za jednaka prava upravlja pravno telo, Forum za jednaka prava, koje predstavlja nekoliko nevladinih organizacija u Švedskoj.

Osnovne delatnosti centra uključuju pružanje besplatnih pravnih konsultacija pojedincima/kama u vezi sa diskriminacijom, saradnju sa švedskim Ombudsmanom za jednakost u pojedinačnim slučajevima diskriminacije kao i podizanje svesti o diskriminaciji kroz seminare, predavanja i kurseve.

www.likarattigheter.nu

**CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд**

343.85:343.412(4)

341.231.14(4)

РОРИВ, Изабел

Dokazivanje slučajeva diskriminacije :

uloga situacionog testiranja / Izabel Roriv ;

[prevodilac Diana Saržinski]. - Beograd :

Regionalni centar za manjine, 2012 (Beograd : Artpint). - 95 str. ; 24 cm

Prevod dela: Proving Discrimination Cases. -

Tiraž 300. - Str. 9-10: Predgovor / Mehmet

Kaplan, Jan Nisen. - Napomene i bibliografske

reference uz tekst.

ISBN 978-86-87047-04-4

а) Дискриминација - Спречавање - Европа

б) Права човека - Међународна заштита - Европа

COBISS.SR-ID 190145548

