

ИЗВЕШТАЈ ЗА ПРАВНАТА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈА ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

ПРОЕКТ ЗА НЕДИСКРИМИНАЦИЈА ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

Поддржан од Шведскиот хелсиншки комитет за човекови права

Издавач:

Македонско здружение на млади правници

Автор:

Филип Јанически

Графичка подготовка:

Графисто - Скопје

Скопје, Март 2009 година

СОДРЖИНА

5 | **ПРЕДГОВОР**

6 | **ВОВЕД**

8 | **МЕТОДОЛОГИЈА НА РАБОТА**

10 | **ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈАТА ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА**

10 | Уставниот суд на Република Македонија и недискриминацијата

13 | Народниот правобранител и недискриминацијата

14 | Судовите

18 | Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП)

20 | **ЗАКЛУЧОЦИ И ПРЕПОРАКИ**



ПРЕДГОВОР

Македонското здружение на млади правници (во понатамошниот текст: МЗМП) го изготви овој извештај во рамките на Проектот за недискриминација, поддржан од Шведскиот хелсиншки комитет за човекови права. Проектот беше имплементиран во периодот Ноември 2008 – Февруари 2009 година, и истиот претставува прв обид на МЗМП да ги истражи состојбите во областа на заштитата од дискриминација, ставајќи посебен акцент на механизмите на правна и судска заштита. МЗМП во фокусот на својот интерес секогаш го има системот на владеење на правото и човековите слободи и права и нивната заштита во рамките на домашниот правен систем, па затоа ни во овој случај не беше направен исклучок.

Истражувањето во својата суштина ја анализира ефикасноста на правните механизми кои им стојат на располагање на граѓаните во случаите кога истите сметаат дека се жртви на дискриминација. Секако, тоа не е можно да се спроведе без да се има предвид институционалната поставеност на органите од оваа област како и правната рамка за заштита од дискриминација.

Преку овој Проект би сакале да ја изразиме подготвеноста на МЗМП со своето искуство од областа на едукацијата за човековите права и изградените капацитети да даде свој придонес кон јакнењето на свеста на граѓаните за правата и постапките што им стојат на располагање во случај на дискриминација. Исто така, овој Проект е во насока на охрабрување и поддржување на државата во врска со преземената обврска за создавање на правна рамка и обезбедување на функционален и ефикасен систем на правна заштита во оваа област.

Конечно, целта на овој извештај е да се добие јасна слика за степенот на примена на заштитните механизми од дискриминација, состојбата на судската заштита и согледување на можностите за јакнење на капацитетите на сите релевантни чинители од оваа област. Сето ова би резултирало со активности насочени кон јакнење на свеста на практичарите во врска со значењето на заштитата на овие права, подобрување на нивните вештини и знаења со цел зголемување на фреквенцијата на судските предмети за заштита од дискриминација. МЗМП се стреми кон остварување на принципот на правна предвидливост и воедначеност на постапките, со цел граѓаните да имаат јасна претстава за тоа каков би бил исходот при одредени околности и одредени повреди на еднаквоста. На крајот, овие активности се очекува на долг рок да придонесат кон намалување на облиците и степенот на дискриминација како резултат на јакнењето на правната односно судската заштита.

ВОВЕД

Областа на недискриминација во Република Македонија е предмет на постојан интерес на граѓанскиот сектор. Во таа смисла, голем број на здруженија на граѓани и фондации досега дадоа исклучителен придонес во насока на подигањето на јавната свест, заокружување на правната рамка за заштита на дискриминацијата во разни области, како и соработката со релевантните институции во правец на подобрувањето на заштитата на граѓаните од различните облици на дискриминација.

Во извештајот на Европската комисија за напредокот на Република Македонија во 2008 година се наведува дека не е донесен рамковен закон за недискриминација, ниту пак ова прашање соодветно е уредено со постоечките одредби во домашното законодавство. Имено, не е воспоставен механизам за идентификација, кривично гонење и криминализација на сите форми на дискриминација.

Имајќи го предвид горенаведеното, активностите во рамките на Проектот за недискриминација беа фокусирани на одредени сегменти кои досега можеби не беа предмет на истражување а кои ја одразуваат реалната состојба и можностите за правна и судската заштита од разни форми на дискриминација. Имено, покрај постојаните обиди за изготвување на квалитетни и издржани анализи на институционалните капацитети и правната рамка во Република Македонија од страна на државните институции граѓанскиот сектор, сепак постои недостиг на податоци за фреквентноста на постапките по основ дискриминација, посебно пред редовните судови.

За таа цел, МЗМП пристапи кон скенирање на состојбите во основните судови и евентуалното постоење на судски предмети поднесени до редовните судови, по основ дискриминација. Во подготвителната фаза од имплементацијата на Проектот, Проектниот тим направи избор на пилот основни судови од сите апелациони подрачја. Исто така, МЗМП како дел од подготвителните активности оствари комуникација и соработка со сите релевантни институции од правосудството кои врз основа на Уставот и законите се надлежни да постапуваат во случаите на повреда правата и слободите на граѓаните. Врз основа на добиените податоци, МЗМП во соработка со Академијата за обука на судии и јавни обвинители организираше тркалезни маси на кои присуствуваа судии од граѓанската и кривичната област, јавни обвинители, и претставници од граѓанскиот сектор со цел да започне со дискусија за состојбите во оваа област кои се дел од нивното работење, и следствено на тоа да се идентификуваат проблемите во однос на постапувањето по предметите по основ на дискриминација. Конечно, врз основа на плодните дискусии, МЗМП изготви заклучоци и препораки кои ќе придонесат кон подобрување на состојбите во

оваа област кои ќе бидат користени како смерници за превземање на понатамошните чекори за подобрување на капацитетите за превенција и заштита од различните форми на дискриминација .

Помеѓу останатото, врз основа на сознанијата до кои се дојде за време на дискусиите на тркалезните маси, МЗМП дојде до заклучок дека постои голема потреба од соодветна континуирана правна едукација за практичарите со цел истите поквалитетно и постручно да можат да ги бранат интересите на граѓаните пред судовите. МЗМП во соработка со Академијата за судии и јавни обвинители ќе изготви програма обука за антидискриминација за судиите и обвинители како и за адвокати и правници кои работат во областа на заштитата на човековите права.

МЕТОДОЛОГИЈА НА РАБОТА

Што се однесува до методологијата за прибирање на информациите за состојбата и опсегот на работа на институциите и судовите во оваа област, Проектниот тим утврди два начини за прибирање на информациите:

1. Првиот начин на прибирање на информации се спроведе со поднесување на писма/барања за спроведување на истражување во повеќе основни „пилот“ судови во Република Македонија. Иако однапред се сметаше дека членови на Проектниот тим ќе ги посетат судовите и директно ќе ги собираат податоците од судските уписници и регистри, сепак судовите претежно самостојно ја извршија оваа операција и излегоа во пресрет на барањата и потребите на Проектот. Целта беше да се дојде до податоци кои се однесуваат на бројот на кривични и граѓански предмети во кои во суштина се бара заштита од дискриминација, да се утврди времетраењето и исходот на постапките, и следствено на тоа да се извлечат одредени релевантни заклучоци во врска со ефикасноста на овие постапки. Периодот во кој се спроведуваше истражувањето не беше најпогоден бидејќи судовите ги изготвуваа задолжителните годишни извештаи, но сепак, поголемиот дел од нив доставија информации за фактичката состојба од областа на заштита од дискриминација. Според добиените податоци, всушност се покажа тоа што се и претпоставуваше, дека скоро **воопшто не постојат предмети** за заштита од дискриминација во основните судови, имено:

- Во основниот суд Велес во 2007 година немало воопшто во работа кривични предмети врз основа на член 137 (Повреда на рамноправноста на граѓаните), член 138 (Повреда на јазикот и писмото) и член 417 (Расна и други видови дискриминација). Единствени предмети кои индиректно ја третираат дискриминацијата се оние каде што се инволвирани т.н. ранливи групи, така што биле во работа 5 предмети за полов напад врз дете, еден предмет напуштање на немојно дете, но и еден предмет повреда на правата од работен однос. Ситуацијата е пресликана и во 2008 година во која што исто така немало работа предмети по член 137, 138 и 417, а имало само 3 предмети за полов напад врз дете.
- Во основниот суд Струга во текот на 2007 и 2008 година исто така немало во работа кривични предмети за горенаведените кривични дела. Сепак, забележан е еден предмет за кривичното дело од член 191 став б од КЗ кој го инкриминира организирањето на вршење посредување со проституција при вршење на семејно насилство, што претставува квалификаторен облик на делот за кој е предвидена казна затвор до 10 години, бидејќи предмет на заштита се жената и децата.
- Во Основниот суд Гостивар информираа дека нема во работа во 2008 година ваков вид на предмети.

- Во Основниот суд Прилеп по извршениот преглед на судските уписници исто така се констатираше непостоење на постапки за заштита од дискриминација.
2. Вториот начин на прибирање на информации беше организирање на две тркалезни маси во скопското и битолското апелационо подрачје во соработка со Академијата за обука на судии и јавни обвинители и нивни заменици во Република Македонија. На ова му претходеа консултации и состаноци со челните луѓе на Академијата. За таа цел, на тркалезните маси беа поканети и присуствуваа граѓански и кривични судии од основните и апелационите судови како и јавни обвинители, што претставување исклучителна можност на едно место да се најдат практичари од повеќе области и отворено да ги споделат и разменат искуствата. Од дискусиите произлегоа релевантни информации за состојбата на постапките во кои се бара заштита на човековите права пред судовите, заштита на еднаквоста и заштита од дискриминација. Имено, сите учесници а посебно јавните обвинители ја потврдија констатацијата дека иако веќе подолго време постојат кривични дела со кои се инкриминираат облиците на дискриминација во казненото законодавство сепак истите воопшто не наоѓаат своја примена во праксата. Ова се потврди и по разговорите што беа остварени со Основното јавно обвинителство во Скопје каде информираа дека во текот на 2007 година биле поднесени 3 кривични пријави по членот 137 (Повреда на рамноправноста на граѓаните) од КЗ и истите биле отфрлени бидејќи не го состоеле потребниот опис на дејствија со кои е извршена повредата, и конечно во тие пријави биле наведени многу членови од КЗ па и овој член. Од друга страна, врз основа на членот 417 од КЗ до ОЈО била поднесена една пријава од страна на лице од ромската националност и наводите во истата во моментот се проверуваат. Во врска со членот 138 нема постојат информации за поднесени пријави ниту пак подигнати обвиненија. Непостоењето на обвиненија врз основа на овие кривични дела беше потврдено и од страна на обвинителите од штипското апелационо подрачје. Сепак, во тој контекст, граѓанските судии истакнаа дека единствените предмети кои индиректно можат да се поврзат со некоја од основите на дискриминација се предметите од областа на работните и социјалните односи т.е. користењето на механизмите на облигационото право (Член 144 од Законот за облигации¹ – барање да се престане со повреда на правото на личноста) и барањето на соодветен надомест на штета, како правен основ за поведување на судска постапка. Така, во најголем број од случаите дискриминација се врши врз работниците од страна на работодавачите. Во врска со горенаведениот член од Законот за облигации, истиот овозможува секој кој смета му е повреден личниот интегритет, личниот или семејниот живот, или други права од неговата личност да побара од судот или друг надлежен орган да нареди престанување на тоа дејствие, а судот пак е овластен да го нареди тоа под закана за плаќање извесна сума определена вкупно, или по единица време во корист на повреденото лице.

1) Закон за облигационите односи, „Службен весник на Република Македонија“ 18/2001, 4/2002, 84/2008

ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈАТА ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

Резултати од истражувањето во корелација со правната рамка и институционалната поставеност

Во овој Оддел само накратко ќе дадеме осврт на позитивните правни прописи со кои директно или индиректно се регулира областа на дискриминацијата, во однос со надлежните институции а со посебен акцент на резултатите од истражувањето. При истражувањето, беа земени предвид веќе изготвените анализи од страна на Министерството за труд и социјална политика и граѓанскиот сектор². И покрај тоа што во Република Македонија не постои посебен закон за регулирање на дискриминацијата и овозможување ефективна правна заштита, сепак антидискриминаторските одредби постојат и се „расфрлани“ во граѓанското, управното и казненото законодавство.

Уставниот суд на Република Македонија и недискриминацијата

Уставот на Република Македонија како највисок правен акт и гарант на основните слободи и права дава мошне широка рамка на заштита на основните слободи и права на граѓаните. Сепак, во однос на гарантирањето на правото на еднаквост што претставува основ за недискриминација Уставот го уредува преку користење на дуалистички пристап на гарантирање на ова право. Од една страна, еднаквост на граѓаните во слободите и правата независно од полот, расата, бојата на кожата, националното и социјалното потекло, политичкото и верското уверување, имотната и општествената положба, и еднаквост на граѓаните пред Законот. . Гарантирањето на слободите и правата сепак не е доволно за истите да бидат соодветно уживани од страна на нивните носители. Затоа Уставот предвидува и заштита при уживањето на истите, преку механизми кои тој самиот ги предвидува. Оттука, во членот 50 од Уставот предвидува можност на секој граѓанин да се повика на заштита на слободите и правата утврдени со Уставот пред судовите и пред Уставниот суд. Ова особено се однесува на заштита на правата и слободите пред редовните судови, бидејќи не постои можност за водење на посебна постапка во која ќе се утврди постоење на дискриминација и, **туку употребувајќи ги механизмите на облигационото право и индиректното барање за надомест на штета**. Во таа насока, врз основа на информациите добиени од основните судови (Велес, Струга, Прилеп, Гостивар и др.) како и од учесниците на тркалезните маси во Скопје и Битола, единствените судски предмети кои индиректно ја тангираат дискриминацијата се оние од областа на работните односи и социјалната заштита. Конкретно, граѓаните се жалат

2) „Информација за изработената анализа за законската регулатива од областа на антидискриминацијата во Република Македонија“, Министерство за труд и социјална политика, септември 2008 година

на нееднаков третман при плаќањето на придонесите, нееднаков третман заради социјалната положба, итн. Судиите истакнаа дека позадината кај голем број судски спорови што се водат пред судовите е всушност дискриминацијата врз работниците и различниот третман од страна на работодавците.

Уставот на РМ овозможува на граѓаните да поведат постапка пред Уставниот суд под определени услови за да заштитат дел од своите уставно загарантирани права. Во членот 110, алинеја 3 се забранува дискриминација на граѓаните по основ на пол, раса, верска, национална, социјална и политичка припадност, и во таа смисла Уставниот суд е овластен да постапува по индивидуални барања за заштита на некое од горенаведените права. Сепак, врз основа на извештаите на Уставниот суд како и добиените информации може да се заклучи дека оваа можност граѓаните навистина ретко ја користат. Податоците со кои МЗМП располага е дека во 2007 година биле поднесени 6 барања, а во 2008 година само 5. Имено, постапката врз основа на која Уставниот суд е овластен да врши непосредна заштита на слободите и правата, вклучително и заштитата од дискриминација е утврдена во Деловникот на Уставниот суд на Република Македонија³. Пред да се донесе соодветен заклучок за ефективноста на оваа можност од правна заштита, задолжително е да се има предвид бројот на барања кои досега се доставени до овој суд од страна на граѓаните со кои се бара покренување на оваа постапка, како и начинот на одлучување на судот по истите. Во таа смисла, врз основа на досегашните извештаи и информации, Уставниот суд постапувал по:

- 113 предмети за заштита на правата и слободите на граѓаните врз основа на член 110 алинеја 3, од кои 31 предмет се однесувал на заштита од дискриминација⁴;
- Во 2006 година се поднесени 6 барања за заштита од дискриминација;
- Во 2007 година исто толку, и
- Неофицијално⁵, во 2008 година се поднесени 5 барања.

Алармантен е податокот дека најголемиот број од овие барања се отфрлени од страна на Уставниот суд заради недостиг на некоја процесна претпоставка утврдена со Деловникот како задолжителна за да може судот да отвори постапка и да се впушти во одлучување за суштината на барањето т.е. да започне со оценување на наводите на дискриминацијата. Имено, за да се впушти судот во мериторно одлучување по жалбите поднесени од граѓаните, истите треба да исполнуваат определени услови односно да содржат определени факти меѓу кои: причините, актите или дејствијата со кои се смета дека уставното загарантирано право на еднаквост е повредено, рокот во кој може да се поднесе барањето, задолжително е да се наведат фактите и доказите врз основа на кои се заснова барањето, и задолжително да се наведе

3) „Службен весник на Република Македонија“ бр. 70/1992

4) Извор – Монографија на Уставен суд, издание од 2004 година

5) Извештајот за работата на Уставниот суд за 2008 година се уште не е достапен на официјалната интернет страница

основата на дискриминацијата. Значи судот постапува врз основа на писмени докази но и врз основа на јавна расправа. Бидејќи станува збор за итност на постапката, роковите се кратки и приоритетни. Значи, во најголемиот број случаи Уставниот суд ги отфрлил барањата на граѓаните бидејќи истите содржеле само одредени наводи кои не биле поткрепени со соодветни докази и образложение, не биле поднесени во утврдените рокови (2 месеци од денот на приемот на правосилниот акт т.е. дознавањето за преземеното дејство со кое е извршена наводната повреда, но не подоцна од 5 години од неговото преземање), и не бил наведен конкретниот основ на дискриминација.

Понатаму, останатиот број од уставни жалби биле одбиени како неосновани бидејќи судот иако се впуштил во оценувањето на наводите и одлучувањето за сторена дискриминација, истиот не нашол повреда на правото на еднаквост, во најголемиот број случаи заради тоа што барањата претставувале своевидни „тужби“ со кои се бара од Уставниот суд да одлучува за права и интереси на странки на одреден судски спор кој е во надлежност на редовните судови. Имено, најчесто граѓаните се жалеле на одредени судски одлуки, што во принцип е дозволено бидејќи нема потреба да бидат претходно исцрпени сите правни лекови/средства а и пресудите се поединечни акти, но тие барале Уставниот суд да одлучува како суд од повисока инстанца, што е спротивно бидејќи Уставниот суд нема надлежност да врши контрола на законитоста на работењето на органите и институциите.

Значи, кога станува збор за актите и дејствијата со кои може да се повреди правото на еднаквост, тоа се најчесто поединечните акти и дејствија на државните органи односно судските одлуки од сите инстанции.

Имајќи го предвид претходно изнесеното, а и фактот дека повеќето од поднесените барања во својата природа и суштина не претставувале барања за заштита на слободите и правата, односно барања за заштита од дискриминација, туку само начелно повикување на сторени повреди, најчесто од областа на работните односи, социјалната припадност и верска вероисповед, може да се констатира дека граѓаните немаат доволно познавање за да можат ефикасно да ја искористат постапката пред Уставниот суд и да добијат ефективна заштита на своите уставно загарантирани права.

Конечно, целта на од оваа постапка е заштита на поединечни права и слободи на граѓаните преку утврдување на повредата од страна на Уставниот суд односно да констатирање на постоење на дискриминација, и поништување на поединечниот акт т.е. забранување на дејствието со кое е сторена повредата. Самото дејствие на одлуката на судот е *inter partes*, во самата одлука судот е должен да го определи начинот на отстранувањето на последиците од примената на поединечниот акт.

Исто така интересно е да се напомене дека Уставниот суд при водењето на постапката за заштита на правата на граѓанинот има можност да донесе решение за запирање на извршувањето на актот односно на дејствието до донесување на конечната одлука. Критериумот на судот за донесување на ваков вид суспензивно ре-

шение е процената на судот за опасноста за настанување на последици кои се тешко отстранливи.

Се поставува прашањето како е можно да се поднесени толку малку барања за заштита од дискриминација и истите најчесто да се отфрлат поради изминати рокови, недостиг на процесни претпоставки и други причини, во услови кога целокупниот граѓански сектор и одредени релевантни државни органи како што е Народниот правобранител во своите анализи и извештаи со години наназад констатираат несомнено постоење на разни облици на дискриминација во општеството? Сметаме дека од исклучителна важност е зголемување на активностите за подигнување на свеста на граѓаните и нивно запознавање за можностите кои им стојат на располагање, конкретно примената на механизмите на заштита пред Уставниот суд, кои доколку се водени во согласност со прописите, во недостиг на други ефективни и ефикасни постапки можат да доведат до суштествена заштита од дискриминација.

Народниот правобранител и недискриминацијата

Доколку се направи анализа на досегашната работа на Народниот правобранител во областа на заштитата од дискриминација, слободно може да се констатира дека истиот во рамките на своите надлежности навистина проактивно придонесува за подобрување на состојбите во општеството. Народниот правобранител има воспоставено одлична соработка со граѓанскиот сектор и прави се во насока на заземање соодветно место во системот на заштитата на човековите права а самото тоа и во промовирање на начелата на недискриминација во Република Македонија. Неговата улога во укажувањето на потребата за заштита од дискриминација преку донесување соодветна законска рамка и промовирање на концептот на недискриминација во општеството е од круцијално значење.

Сепак имајќи предвид дека Народниот правобранител не е орган кој во своите надлежности има можност за употреба на репресивни или принудни мерки, како ни судски ни извршни ингеренции, неговата улога во делот на констатирањето на повреди на правата и слободите на човекот и граѓанинот претставува значаен контролен механизам во делот на заштита на правата и слободите на човекот и граѓанинот. Во спектарот на своите надлежности, Народниот правобранител има на располагање цела лепеза на активности од типот на укажувања, препораки, предлози и друго, кои директно ги упатува до институциите кои не ги почитуваат уставно загарантираните права и слободи на граѓаните.

Самиот Устав, поточно Амандманот XI му овозможува на Народниот правобранител да посвети „особено внимание“ во делот на заштитата на начелата на недискриминација. Оваа принципиелна формулација се операционализира и доработува во Законот за Народниот правобранител врз основа на кој овој орган има можност да „**презема мерки и дејствија**“ во правец на заштита на начелата на недискриминација, но и „**да ги следи состојбите**“ во врска со почитување и заштита на овие начела.

Кога станува збор за бројот на предмети од оваа област по кои постапувал Народниот правобранител, согласно статистиките претставени во годишните извештаи (2007-2008), ситуацијата во однос на предмети поврзани со дискриминација е следна:

- Во 2007 година поднесени се вкупно 6 претставки (тројца Македонци, еден Ром и двајца граѓани не ја навеле етничката припадност) по основ недискриминација и соодветна и правична застапеност, што претставува само 0,20% од вкупниот број примени предмети⁶;
- До 31 август 2008 година, по основ недискриминација се примени 10 предмети, од кои кај 8 предмети е дадена сугестија и мислење, но по 7 од нив воопшто не постапено согласно интервенцијата на Омбудсманот⁷;
- Само еден предмет со основ соодветна и правична застапеност е примен и по истиот е запрена постапката со заклучок.

Самата постапка се иницира со претставка која е потребно да содржи околности, факти и докази, но нема однапред строго пропишана форма. Секој кој смета дека му се повредени одредени уставно загарантирани или законски права или начела на недискриминација може да поведе постапка, но и самиот Народниот правобранител е овластен да покрене постапка по сопствена иницијатива. Кој дејствија ги има на располагање Народниот правобранител?

- Може да не покрене постапка по претставката;
- Може да покрене постапка;
- Може да ја запре или прекине постапката.

Сепак, и во овој случај може да се констатира мал прилив на предмети за заштита на начелата на недискриминација, иако самата постапка не е до таа мера строго формална како што е случајот со постапката пред Уставниот суд. Но и во овој случај, иако оваа постапка не претставува целосно заокружен и ефикасен систем на заштита од дискриминација поради недостигот од соодветни овластувања и ингеренции на Народниот правобранител, може да се заклучи дека постои недоволна информираност кај граѓаните за можноста од применување на оваа постапка.

Судовиџе

Согласно уставната поставеност на државните органи, за остварувањето на правата во случаите на дискриминација кога не е надлежен Уставниот суд, би требало мериторно и задолжително да се одлучува пред надлежните редовни судови. Име-

6) Годишен Извештај од постапувањето на Народниот правобранител во 2007 година (www.ombudsman.mk)

7) Преглед на примени, решени претставки останати во работа на Народниот правобранител од 01.01.2008 – 31.08.2008 (www.ombudsman.mk)

но, членот 5 од Законот за судовите⁸ го предвидува тоа, но овој закон утврдува една општа надлежност и обврска на редовните судови да ги штитат човековите права. Понатаму, членот 6 од овој закон предвидува дека секој има право на еднаков пристап пред судовите за заштита на своите права и интереси. Сепак, најголем проблем претставува операционализацијата на членот 50 од Уставот кој предвидува секој граѓанин да има можност да се повика на заштита на слободите и правата утврдени со Уставот пред судовите (и пред Уставниот суд) во постапка заснована врз начелата на приоритет и итност. Се поставува прашањето со кои законски одредби, на кој начин, во кои случаи и во кои постапки оваа можност се ефектуира со цел доследно спроведување на оваа уставна определба?

Во услови на непостоење на *lex specialis* т.е. посебен закон со кој детално ќе се утврди можноста за поведување посебна постапка со посебна тужба која би резултирала со утврдување на постоење на облици на дискриминација и соодветен надомест, правната и судска заштита треба да се бара индиректно, преку големиот број „расфрлани“ одредби во постојното казнено, граѓанско и управно законодавство.

Во таа смисла, Кривичниот Законик⁹ веќе одамна има инкриминирано одредени акти како кривични дела за кои предвидува строги казни. Станува збор за:

- **Член 137 – Повреда на рамноправноста на граѓаните;**
- **Член 417 – Расна дискриминација.**

Токму овие два члена беа предмет на интерес од страна на Проектниот тим, имајќи предвид дека истите се единствените кривични дела со кои директно се инкриминира дискриминацијата и истовремено се штитат правата и слободите на човекот и граѓанинот. Конкретно, членот 137 предвидува дека „тој што врз основа на разликата на полот, расата, бојата на кожата, националното и социјалното потекло, политичкото и верското уверување, имотната и општествената положба, јазикот или друго лично својство или околност ќе му одземе или ограничи права на човекот и граѓанинот утврдени со уставот, законите или со меѓународно ратификуван договор ќе се казни со затвор од три месеци до три години“. Членот 417 пак, спаѓа во корпусот на кривични дела против човечноста и меѓународното право и предвидува исто така затворска казна од шест месеци до пет години во случаите на повреда на правата и слободите признати од страна на меѓународната заедница врз основа на правење разлика врз основа на расата, бојата на кожата или етничкото потекло.

Целта на Проектот беше да осознае дали и колку судски предмети се водат врз основа на овие кривични дела во основни судови.

Исто така, постојат голем број на дејствија врз т.н. ранливи групи подложни на дискриминација како што се малолетните и немоќни лица кои претставуваат квалификаторен облик на кривични дела за кои се предвидени поригорозни казни. Такво е на пример, новото кривично дело предвидено во КЗ во членот 418-г „Трговија со деца“, но и членот 166 „Полов напад врз дете“ итн. Понатаму, постојат и други

8) „Службен весник на Република Македонија 58/2006, 35/2008

9) „Службен весник на Република Македонија“ 19/2004

кривични дела предвидени во законот кои повеќе индиректно ја тангираат оваа област, поточно одредени облици на дискриминација. Станува збор за кривичните дела како на пример, Повреда на правото на употреба на јазикот и писмото (Член 138), Предизвикување национална, расна и верска омраза, раздор и нетрпеливост (Член 319), Мачење и друго сурово, нечовечно или понижувачко постапување и казнување (член 142).

Што се однесува до кривичната постапка, старите и релативно новите одредби кои можат да се сметаат за дела од антидискриминаторскиот корпус на заштита се применуваат редовно. Имено, членовите 3 и 6 го штитат правото на употребата на јазикот и преведувач, правата на глувите и немите лица за време на постапката во смисла на задолжителноста од бранител уште при првото испитување како и можноста да се изразат на начин соодветен на нивната положба, како и многу значајните новини во врска со заштитата на малолетниците за време на распит, давањето на искази на оштетен без присуство на обвинетиот, сведочењето под псевдоним итн. Исто така, практичарите го напоменаа фактот дека на 1 јуни 2009 година конечно ќе започне да се применува Законот за малолетничка правда кој содржи цела лепеза на заштитни механизми на оваа категорија на лица.

Сепак, работата на судиите може индиректно позитивно да придонесе за подобрување на состојбите во оваа област. Судиите при одлучувањето во секој конкретен предмет се грижат за правата и слободите на човекот и граѓанинот и со правилна и врз закон заснована одлука го обезбедуваат правото на еднаквост и ја елиминираат дискриминацијата, а со тоа го растеретуваат Уставниот суд бидејќи како што претходно напоменавме во најголемиот број случаи граѓаните поднесуваат барања до овој суд бидејќи сметаат дека со поединечните акти т.е. пресуди им се повредени одредени права. Судиите сепак сметаат дека посредната заштита од дискриминација преку механизмите на облигационото право кои се однесуваат на надомест на штета не претставува ефективен правен лек за заштита од дискриминацијата, ниту пак превентивен, бидејќи со оваа постапка ниту се утврдува ниту се констатира постоење на соодветна повреда на одредено право, туку само се исплаќа соодветен надомест во најдобар случај. Конечно, во ваква констелација на правна заштита, практичарите се сложни околу тешкотиите при докажувањето на постоење на дискриминацијата, како и да се обезбедат и презентираат докази кои ќе ги поткрепат тие тврдења и факти, но и дека самата постапка е прилично непозната па затоа спроведување на обуки за практичарите е од есенцијално значење.

Од друга страна, беше заклучено дека судиите многу ретко или воопшто не ги засноваат своите одлуки врз ратификуваните меѓународните договори и конвенции кои се дел од правниот поредок на земјата, така што воопшто во образложенијата на своите одлуки не се повикуваат на истите. Во таа насока, потребно е да се охрабрат и советуваат посебно идните млади судии да ги применуваат овие договори и конвенции, посебно во услови кога не постои заокруженост и сеопфатност на правната рамка и соодветни механизми на заштита.

Материјални закони во кои постојат антидискриминаторски одредби се Законот за работни односи и релативно новиот Закон за еднаквост помеѓу мажот и жената. Во текот на дискусиите на тркалезните маси, судиите се осврнаа на несомнената дискриминација на работниците и работното законодавство го оценија генерално како дискриминаторско и целосно во полза на работодавецот. Имено, во Република Македонија важи начелото на договорна слобода што му дава право на работодавецот слободно да одлучи со кој од кандидатите кои ги исполнуваат пропишаните посебни услови за вршење на работата ќе склучи договор за вработување, но секако имајќи ги предвид предвидените законски ограничувања и забрани. Сепак одредени одредби директно штитат од дискриминација а таков е примерот со членот 71 каде е предвидено дека „откажувањето на договорот за вработување врз основа на расата, бојата на кожата, полот, возраста, здравствената состојба т.е. инвалидност, религиозното, политичкото или друго убедување, членување во синдикатите, домашното и социјалното потекло, статусот на семејството, имотната состојба, половата насоченост или поради други лични околности кои работникот директно или индиректно го доведува во понеповолна положба е **ништовен** и тоа од моментот на врачување на отказот“. Сепак правото на надомест во висина од 5 (пет) просечни плати не претставува сериозен исчекор во правец на заштита на работниците од дискриминаторски дејствија. Кога станува збор за товарот на докажување, по изнесените факти од страна на работникот, работодавачот е тој кој е должен да докаже дека во конкретниот случај не постоела дискриминација т.е. дека различниот третман е врз основа на некои од исклучоците наведени во член 8 од Законот.

Со Законот за еднакви можности помеѓу мажите и жените¹⁰ се забранува директна и индиректна дискриминација, вознемирување и сексуално вознемирување, се воведува дополнителен механизам за заштита преку таканаречен Застапник во рамките на Министерството за труд и социјална политика. Исто така, овој Закон предвидува надлежности на соодветен инспекциски орган, и предвидува постапка по жалба до второстепен орган - надлежна комисија на Владата на Република Македонија, како и правна заштита и надомест на штета.

Целта на овој Закон е почитување и промоција на начелото за воспоставување еднакви можности за жените и мажите пред се во економската, политичката, образовната, социјалната сфера.

Во насока на зајакнување на институционалниот механизам во рамките на Министерството за труд и социјална политика се формираше Сектор за еднакви можности, во кој функционираат Одделението за родова рамноправност и Одделението за превенција и заштита од секаков вид на дискриминација¹¹. Исто така, формирана е и Комисија за еднакви можности на жените и мажите во рамките на Собранието на Република Македонија, со цел инкорпорирање и имплементација на родовиот концепт во законската регулатива.

10) „Службен весник на Република Македонија“ 66/2006, 117/2008

11) „Правилник за систематизација на работните места во министерството за труд и социјална политика“, број 04-8406, 05.08.2008 година

ЕВРОПСКАТА КОНВЕНЦИЈА ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА (ЕКЧП)

Како што беше веќе претходно утврдено, меѓународните конвенции и договори ратификувани од страна на Република Македонија се сметаат за дел од домашното законодавство и истите треба доследно да се применуваат. Од досегашното искуство во сегментот на примена на законодавството кое Република Македонија го има ратификувано се повеќе се очигледен фактот дека помеѓу правните практичари не постои ниту свест ниту волја за примена на истото. Некои правници дури сметаат дека овие акти по својата правна сила се некаде помеѓу Уставот и законите, бидејќи истите не сме во можност да ги менуваме, за разлика од законите. Со ратификување на Европската конвенција за човекови права во 1997 година, Република Македонија превзема обврска за примена на принципите на истата како и на одредбите во сегментот на заштита на човековите слободи и права. Оттука, ќе дадеме краток осврт на некои аспекти од механизмите на заштита кои ги предвидува оваа Конвенција.

Општите принципи на еднаквост и недискриминација претставуваат фундаментални елементи на човековите права и слободи. Затоа, во таа смисла, две одредби од Конвенцијата се од исклучително значење:

1. Членот 14 од ЕКЧП ги надополнува останатите материјални одредби и има супсидијарна природа, со тоа што наложува сите права и слободи кои се признати со оваа Конвенција е потребно да се обезбедат без дискриминација.
2. По согледувањето на дотогашната пракса и увидувањето од потребата на воведување дополнителни механизми на заштита, претежно во однос на расната дискриминација, донесен е Протоколот 12 со кој се овозможува дополнителна заштита со воведување на општа антидискриминаторска клаузула, имено обврската за обезбедување на недискриминација се проширува и на домашното и меѓународното законодавство. Се смета дека законот сам по себе не може да ја елиминира дискриминацијата *vis-à-vis* разните групи, но заложбите за промоција на правдата и еднаквоста не можат да вродат со плод без закони. Иако начелото на еднаквост експлицитно не се споменува во текстот на Протоколот ниту пак во членот 14 од конвенцијата, потребно е да се истакне дека принципите на недискриминација и еднаквост се многу блиски и се испреплетуваат. Имено, принципот на еднаквост претполага исти настани да се третираат на ист начин а различни настани на различен начин. Во случај да не се постапи на овој начин, ќе се изврши дискриминација освен ако не постои разумно оправдување за таквото однесување. Значи, праксата на Европскиот суд за човекови права расчистила со фактот дека не секое правење разлика или различен третман доведува до дискриминација.

Покрај општата заштита, опсегот на членот 1 од Протоколот 12 опфаќа и случаи во кои едно лице е дискриминирано во однос на уживањето на било кое од правата кои му се загарантирани со домашното законодавство, во однос на уживањето на

некое право со тоа што државата согласно домашното законодавство е должна да се однесува на одреден начин а не сторува тоа, потоа од страна на државната власт при дискреционото одлучување (на пример при субвенционирање), и при било кое погрешно однесување од страна на државата (на пример, однесувањето на службени лица при демонстрации и протести).

За Проектот е интересно прашањето на товарот на докажување. Ова прашање се поставува бидејќи Европскиот суд за човекови права одлучува за одговорноста на државата во врска со нејзиното исполнување на меѓународно прифатените обврски, а не за одговорност (кривична или граѓанска) на некое физичко или правно лице за кое постојат сомненија дека постапувало на дискриминаторски начин. Затоа Судот навистина многу внимателно постапува во делот на утврдување на одговорноста на одредена договорна држава дека повредила или не некое одредено право. Затоа, за граѓаните на Република Македонија е важно да знаат дека во случај да се повикаат на повреда на членот 14 од ЕКЧП апликантот/граѓанинот е тој кој што треба да докаже дека настанала дискриминацијата т.е. дека бил понеповолно третиран согласно некоја од забранетите основи од некое друго лице или група кои се наоѓале во слична и иста ситуација. Кога апликантот ќе докаже дека бил понеповолно третиран од страна на државата, товарот на докажување се префрла на државата која е должна да го оправда таквиот третман т.е однос кон апликантот и да докаже дека во конкретниот случај постоело објективно и разумно постапување.

За крај, останува отворено прашањето за примената на Протоколот 12 врз приватниот сектор т.е. таканаречениот „хоризонтален ефект“, бидејќи согласно праксата на Судот, одговорноста за почитување на одредбите од ЕКЧП ја сноси само договорната страна т.е. државата.

ЗАКЛУЧОЦИ И ПРЕПОРАКИ

Заклучоци

1. Судиите во рамките на одлучувањето за секој конкретен предмет се грижат за правата и слободите на човекот и граѓанинот и со правилна и врз закон заснована одлука го обезбедуваат правото на еднаквост и ја елиминираат можноста за дискриминација, а со тоа го растеретуваат Уставниот суд бидејќи како што претходно напоменавме во најголемиот број случаи граѓаните поднесуваат барања до овој суд бидејќи сметаат дека со поединечните акти т.е. пресуди им се повредени одредени права. Конечно, со законити и правилни одлуки судовите го растеретуваат и Европскиот суд за човекови права бидејќи при исцрпување на сите ефективни правни лекови граѓаните правдата ќе ја побараат пред оваа институција.
2. Констатирано е непостоење на кривични предмети во основните судови врз основа на кривичните дела кои директно ја инкриминираат дискриминацијата, како што се членот 137 од Кривичниот законик – Повреда на рамноправноста на граѓаните и Членот 417 – Расна и други видови дискриминација. Само во 3 случаи годинава во Основното јавно обвинителство во Скопје се поднесени 3 кривични пријави со наводи за повреди врз основа на членот 137, но по истите не се подигнати обвиненија. Во врска со членот 417, ОЈО примило една кривична пријава од припадник на ромската националност и по истата се уште се проверуваат наводите. Во граѓанската област пак, голем број на предмети од областа на работните односи и социјалната заштита во својата суштина се обиди на работниците да се заштитат од дискриминаторскиот однос од страна на работодавачите, и во таа насока заклучоците на судиите се дека работниците се уплашени за своите работни места и воопшто не преземаат чекори за заштита на своите права, а и работното законодавство е целосно на страната на работодавачите. Само за илустрација, во Република Македонија важи начелото на договорна слобода што му дава право на работодавецот слободно да одлучи со кој од кандидатите кои ги исполнуваат пропишаните посебни услови за вршење на работата ќе склучи договор за вработување, секако имајќи ги предвид предвидените законски ограничувања и забрани.
3. Докажувањето на дискриминацијата како и обезбедувањето и презентирањето на доказите во соодветна постапка е прилично сложена работа.
4. Иако постојат поголем број на институции и законски одредби кои штитат од дискриминација, сепак може да се истакне дека не постои ефективна правна, пред се судска заштита.

5. Во услови на непостоење на *lex specialis* т.е. посебен закон со кој детално ќе се утврди можноста за поведување посебна постапка со посебна тужба која би резултирала со утврдување на постоење на дискриминација и соодветен надомест, правната и судска заштита треба да се бара индиректно, преку големиот број „расфрлани“ одредби во постојното казнено, граѓанско и управно законодавство.
6. За жал, ни праксата на Европскиот суд за човекови права воопшто не претставува извор на правото. Ова особено се однесува на Европската конвенција за човекови права, односно членот 14 и Протоколот 12.
7. Иако согласно одредбите од Кривичниот Законик повредата на еднаквоста и дискриминацијата се казнуваат строго, и е предвидена затворска казна, сепак очигледно е непостоење на примена на овие одредби во праксата.
8. Постапката пред Уставниот суд со која истиот решава по однос на конкретните барања за заштита на некое од наведените права во Уставот, за граѓаните е недоволно позната и сложена. Имено, имајќи предвид дека најзагрозени категории на лица се оние од пониските социјални слоеви кои најчесто се со пониско образование може да се дојде до причините поради кои прво, постојат многу мал број на поднесени барања т.е. уставни тужби до овој суд, а и оние по кои судот постапил се отфрлени поради недостиг на некои процесни претпоставки. Исто така, сметаме дека една од причините за малиот број на предмети како и неповолниот исход на барателите е фактот што оваа постапката е предвидена во Деловникот на Уставниот суд, чија што содржина за пошироката јавност е непозната.
9. Судите сепак сметаат дека примената на механизмите на облигационото право за надомест на штета не претставува ефективен правен лек за заштита од дискриминацијата, ниту пак превентивен, бидејќи со оваа постапка ниту се утврдува ниту се констатира постоење на соодветна повреда на одредено право, туку само се исплаќа соодветен надомест во најдобар случај. Конечно, во ваква констелација на правна заштита, учесниците заклучија дека многу е тешко да се докаже дека дискриминацијата навистина се случила, како и да се обезбедат и презентираат докази кои ќе ги поткрепат тие тврдења и факти, но и самата постапка е прилично непозната па затоа спроведување на обуки за практичарите е од есенцијално значење.

Препораки

1. Од исклучителна важност е остварување на принципот на правна предвидливост и воедначеност на постапките, со цел граѓаните да имаат јасна претстава за тоа каков би бил исходот при одредени околности и одредени повреди на еднаквоста.
2. Се препорачува поорганизиран настап на работниците во рамките на синдикалните организации, но и измени на прописите, со цел заштита од дискриминаторскиот однос на работодавачите.
3. Потребна е континуирана правна едукација на практичарите со цел јакнење на нивните капацитети во делот на процесно-правната и доказната проблематика.
4. Потребно е да се изнајдат механизми и модалитети на операционализација на членот 50 од Уставот според кој секој граѓанин има можност да се повика на заштита на своите слободи и права утврдени со Уставот пред редовните судови и Уставниот суд.
5. Во услови на непостоење на механизми на заштита, крајно време е судиите директно да ги применуваат одредбите од меѓународните конвенции и договори ратификувани од страна на Република Македонија и образложенијата на своите одлуки да ги темелат на Конвенцијата, бидејќи тие се дел од постојниот правен поредок.
6. Неопходни се интензивни и постојани кампањи за подигање на свеста во врска со дискриминацијата во сите сфери на општественото живеење, но и за правата и механизмите кои на граѓаните им стојат на располагање.
7. Потребно е јакнење на капацитетите на адвокатите за да ги подобрат своите вештини и да ги прошират сопствените знаења од оваа област, се со цел поквалитетно да ги претставуваат интересите и правата на граѓаните во предвидените постапки за заштита од дискриминација.