

Diana Gumbrevičiūtė-
Kuzminskienė.
{teisininkė}

ДЕЛО № 9

Valentina Žūronienė, Valentino {moteris}

Gėliūnas Statkus, Aniceta {gėjus}

Maiklas Robertšas, Džono {juodaodis}

Rada Rabyč, Ivano {čigonė}

Adolfas Juodšilis, Ksavero {pensininkas}

DISKRIMINACIJA

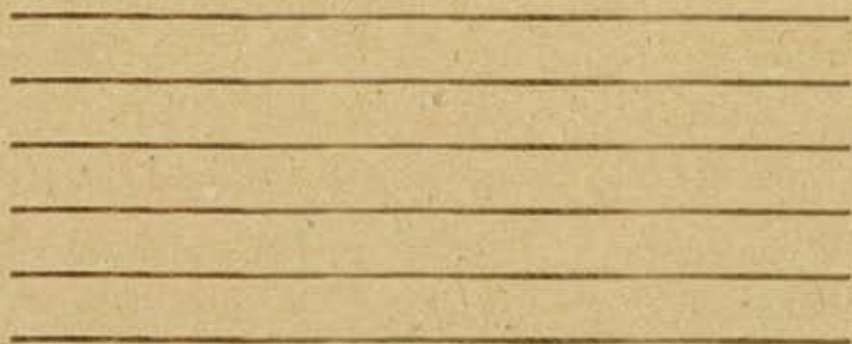
2009

(год)

ХРАНИТЬ

XXXX

ЛЕТ



Šis leidinys išleistas įgyvendinant Europos Komisijos programos PROGRESS remiamą projektą "Closer Look at Multiple Discrimination".



Europos Komisija



PROGRESS

Leidinių išleido:



Lietuvos žmogaus teisių centras

Projekto partneriai:



ŽMOGAUS
TEISIŲ
MONITORINGO
INSTITUTAS
HUMAN
RIGHTS
MONITORING
INSTITUTE



Lygių
galimybių
kontrolieriaus
tarnyba

Šis leidinys yra remiamas Europos Bendrijos bendrojo užimtumo ir socialinio solidarumo programos PROGRESS (2007–2013). Ši programa įsteigta 2006 m. spalio 24 d. Europos Parlamentui ir Tarybai priėmus sprendimą Nr. 1672/2006, publikuotą oficialiajame leidinyje OJ 2006 m. lapkričio 15 d.

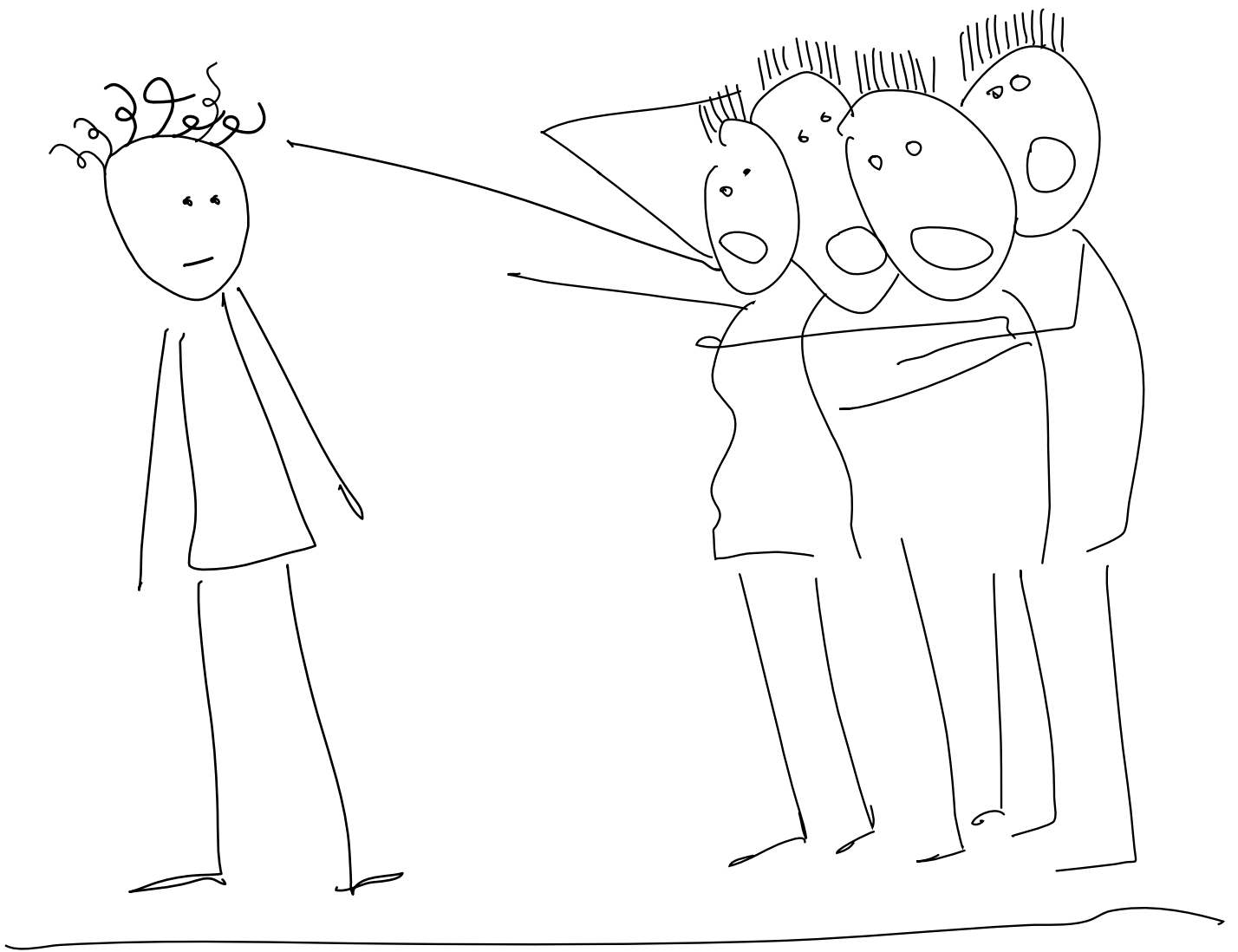
PROGRESS programa siekiama finansiškai remti Europos Sąjungos užimtumo ir socialinių reikalų politikos tikslų, įtvirtintų ES Socialinėje darbotvarkėje, įgyvendinimo pastangas bei prisidėti prie Lisabonos strategijos siekių realizavimo.

PROGRESS programa taip pat siekiama sustiprinti ES įsitraukimą padedant valstybėms narėms įgyvendinti savo išsipareigojimus kuriant naujas, kokybiškas darbo vietas ir siekiant darnios visuomenės. Todėl PROGRESS:

- teikia analizes ir patarimus dėl PROGRESS politikos sričių;
- stebi ir teikia ataskaitas apie ES teisės aktų ir politikos įgyvendinimą PROGRESS veiklos srityse;
- skatina Valstybių narių gerosios praktikos apsikeitimą bei tarpusavio pagalbą siekiant ES tikslų ir prioritetų įgyvendinimo;
- siekia atspindėti visuomenės požiūrį ir poreikius;

Septynerių metų trukmės programa nukreipta į visus subjektus, galinčius įtakoti efektyvų ES teisėkūros ir socialinės politikos užimtumo srityje įgyvendinimą 27 ES valstybėse narėse, EEE valstybėse, Kroatijoje, Makedonijoje, valstybės kandidatuojančiose į ES bei Serbijoje.

Šio leidinio turinys nebūtinai atspindi Europos Komisijos Užimtumo ir socialinių reikalų generalinio direktorato nuomonę arba poziciją. Nei Europos Komisija, nei bet kuris asmuo, veikiančias jos vardu, neatsako už galimą šio leidinio informacijos panaudojimą.



Bylinėjimasis diskriminacijos bylose

1. Strateginio bylinėjimosi samprata bei nevyriausybių organizacijų vaidmuo diskriminavimo bylose.
2. Diskriminacijos samprata. Tiesioginės diskriminacijos elementai.
3. Bylos konstravimas.
 - 3.1. Diskriminacijos fakto nustatymo kriterijai.
 - 3.2. Įrodinėjimo našta.
 - 3.3. Situacijos testavimas. Statistika. Klausimynas.
4. Teisminės ir administracinės procedūros.

1. Strateginio bylinėjimosi samprata bei nevyriausybių organizacijų vaidmuo diskriminavimo bylose.

Strateginis bylinėjimasis, tai tokia bylos konstravimo ir vedimo strategija, kuria siekiama svarbių teisinių ir/ar socialinių pasikeitimų visuomenėje. Strateginiu bylinėjimusi diskriminavimo bylose paprastai siekiama įsitikinti, kad teisės aktai nediskriminavimo srityje yra suprantami ir taikomi teisingai, taip pat, siekiama identifikuoti teisės aktų spragas. Atskirais atvejais, strateginio bylinėjimosi metodika siekiama pakeisti teisės aktus ar politiką, pažeidžiančią fundamentalius konstitucinius principus bei žmogaus teises. Atitinkamai strateginis bylinėjimasis skatina diskusijas, moko visuomenę, ugdo jos sąmoningumą, stiprina diskriminuojamų asmenų grupes, skatina demokratinių vertybių vystymąsi ir pan. Pirminis strateginio bylinėjimosi tikslas yra ne individui padarytos žalos atlyginimas, o siekimas pakeisti nepalankų įstatymą ar valstybės politiką. Taigi, strateginiu bylinėjimusi paprastai yra peržengiamos individualaus atvejo ribos ir siekiama sukurti platesnę apsaugą nuo diskriminacijos nukentėjusiai asmenų grupei. Precedento sukūrimas ar įstatymo pakeitimas gali sukelti daug veržlesnį poveikį pokyčiams platesnėje visuomenės dalyje ¹.

Strateginio bylinėjimosi metodika paprastai taiko nevyriausybines organizacijas, veikiančios žmogaus teisių apsaugos srityje. Europos Tarybos direktyvos 2000/43/EB, įgyvendinančios vienodų sąlygų taikymo principą asmenims, nepaisant jų rasės arba etninės priklausomybės (toliau – Rasių lygybės direktyva) 7 str. 2 p. bei Europos Tarybos direktyvos 2000/78/EB, nustatančios vienodų sąlygų taikymo užimtumo ir profesinėje srityje bendrusius pagrindus (toliau – Užimtumo lygybės direktyva) 9 str. 2 p. numato plačias galimybes nevyriausybiniams

organizacijoms, nukentėjusiojo vardu arba jį remiant, gavus jo sutikimą, inicijuoti administracinį ar teismo procesą, siekiant apginti asmens, patyrusio diskriminavimą, teises: „Valstybės narės užtikrina, kad asociacijos, organizacijos arba kiti juridiniai asmenys, kurie pagal jų nacionalinėje teisėje nustatytus kriterijus yra teisėtai suinteresuoti, kad būtų užtikrintas šios direktyvos nuostatų laikymasis, gali nukentėjusio vardu arba jį remiant, gavus jo arba jos sutikimą, dalyvauti šioje direktyvoje nustatytiems išipareigojimams įgyvendinti numatytose teismo ir (arba) administracinėse procedūrose“. Atitinkamai 2002 m. rugsėjo 23 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos Nr. 2002/73/EB „Iš dalies pakeičiančios Tarybos direktyvą 76/207/EEB dėl vienodo požiūrio į vyrus ir moteris principo taikymo įsidarbinimo, profesinio mokymo, pareigų paaukštinimo ir darbo sąlygų atžvilgiu“, 6 straipsnio 3 dalis įtvirtina valstybės narėms pareigą užtikrinti, kad asmenys, kurie buvo diskriminuojami dėl lyties, turėtų turėti adekvačias teisinės apsaugos priemones. Siekiant garantuoti veiksmingesnę apsaugą, asociacijoms, organizacijoms ir kitiems juridiniams asmenims turėtų būti suteikta teisė nukentėjusio vardu arba jį remiant dalyvauti, jei tai nustato valstybės narės, procesiniuose veiksmuose nepažeidžiant nacionalinių darbo tvarkos taisyklių, reglamentuojančių atstovavimą ir gynybą teismuose. LR moterų ir vyrų lygių galimybių įstatymo 9 straipsnio 2 dalis numato, kad „Darbuotojų ir darbdavių organizacijos arba kiti juridiniai asmenys, turintys teisėtą interesą, gavę asmens rašytinį sutikimą, gali įstatymų nustatyta tvarka atstovauti jam teisminėse arba administracinėse procedūrose. Atitinkamą nuostatą įtvirtina ir LR Lygių galimybių įstatymas, detalizuodamas ją 12 straipsnyje: „asociacijos arba kiti juridiniai asmenys, kurių veiklą reglamentuojančiame teisės akte atitinkamu pagrindu diskriminuojamų asmenų gynimas ir jų atstovavimas teisme yra nurodyta kaip viena iš veiklos sričių, diskriminuojamo asmens pavedimu gali įstatymų nustatyta tvarka atstovauti jam teisminėse arba administracinėse procedūrose“. Nepaisant to, LR Civilinio proceso kodeksas nevyriausybinėms organizacijoms ar kitiems juridiniams asmenims teisės būti teisme atstovais pagal pavedimą diskriminavimo byloje, nenumato. LR CPK 56 str. teisė atstovauti civiliniame procese numatyta advokatus, advokatų padėjėjams, turintiems jų praktikai vadovaujančio advokato rašytinį leidimą atstovauti konkrečioje byloje; vienam iš bendrininkų kitų bendrininkų pavedimu; asmenims, turintiems aukštąjį universitetinį teisinį išsilavinimą, jeigu jie atstovauja savo artimiesiems giminaičiams ar sutuoktiniui (sugyventiniui) bei profesinėms sąjungoms, jeigu jos atstovauja profesinės sąjungos nariams darbo teisinių santykių byloje. Tokia nuostata nesiderina su direktyvose numatytais reikalavimais dėl atstovavimo. Reikia pažymėti, kad ši nuostata nesiderina ir su Europos Teisėngumo Teismo praktika. Pavyzdžiui, 2008-07-10 d. byloje C-54/07 pagal *Arbeidshof de Bruxelles* (Belgija) prašymą priimti prejudicinį sprendimą, ETT konstatavo, kad net ir tada, kai byloje nėra identifikuojamo nukentėjusiojo, už nacionalinių nuostatų, priimtų pagal direktyvą, pažeidimus taikytinų sankcijų taisyklės turi būti veiksmingos, proporcingos ir atgrasančios. Kaip viena iš sankcijų gali būti tai, kad procedūrą inicijavusiai institucijai bus priteistas žalos atlyginimas.² Taigi, nevyriausybinėms organizacijoms, kovojančioms su diskriminacijos apraiškomis visuomenėje, turi būti suteikiama teisė ne tik diskriminuojamo asmens pavedimu įstatymų nustatyta tvarka atstovauti diskriminaciją patyrusiam asmeniui teisminėse arba administracinėse procedūrose, bet suteikiama teisė inicijuoti procesą net tada, kai byloje nėra identifikuojamo nukentėjusiojo.³

2009-03-05 LR Seime įregistruotas LR Civilinio proceso kodekso 56 straipsnio papildymo įstatymo projektas XIP-392, kuriuo siekiama išplėsti asmenų, turinčių teisę atstovauti nuo diskriminavimo nukentėjusius asmenis teisme. Pritarus projektui, būtų suteikta galimybė asociacijoms arba kitiems juridiniams asmenims, kurių veiklą reglamentuojančiame teisės akte atitinkamu pagrindu diskriminuojamų asmenų gynimas ir jų atstovavimas teisme yra nurodyta kaip viena iš veiklos sričių, būti atstovais pagal pavedimą diskriminacijos byloje bei užtikrinti nuo diskriminacijos nukentėjusių asmenų efektyvų pažeistų teisių gynimą.

²<http://eur-lex.europa.eu/eli/lex/serv/lexUriServ.do?uri=CELEX:6200710054:EN:HTML> (prisijungimo laikas: 2009-05-21)

³Plėčiau apie atstovavimo problemą civiliniame procese bei nuomonę apie atstovavimo administraciniame ir baudžiamajame procese, žiūrėkite: Nematoni piličiai, VDU 2007.: *Jolanta Samuolytė „LGBT teisių apsauga ir įgyvendinimas“* 18–21 psl.

Asmenys, inicijuojantys strateginį bylinėjimąsi, turi veikti protingai, atsargiai ir atsakingai, parinkdami ir formuodami strategines bylas, nes šios bylos formuoja teisminį precedentą. Lietuvoje nepavyko rasti diskriminavimo bylos, kuri būtų pasiekusi Lietuvos Aukščiausiąjį Teismą, todėl Lietuvos Aukščiausiasis Teismas dar nėra suformulavęs vienodo aiškinimo diskriminavimo byloje. Lietuvoje 2008 m. pabaigoje buvo išgrinėta bene pirmoji diskriminavimo byla, kuri pasiekė apeliacinę instanciją. Romė Saicha Marcinkevič 2007 m. rudenį bandė įsidarbinti UAB „Disona“ priklausančioje kavinėje „Lakštingala“, pagal Vilniaus darbo biržos išduotą rekomendaciją, indų plovėjos pareigose. Vilniaus apylinkės teismas, išnagrinėjęs bylą, pripažino tiesioginę diskriminaciją dėl etninės priklausomybės bandant įsidarbinti ir priteisė iš atsakovės UAB „Disona“ atlyginti ieškovei turtinę ir neturtinę žalą. 2008 m. gruodžio 10 d. Vilniaus apygardos teismas atmetė atsakovės UAB „Disona“ apeliacinį skundą ir paliko galioti pirmos instancijos teismo sprendimą, pripažįstantį tiesioginės diskriminacijos dėl etninės priklausomybės faktą įsidarbinant. Procesą rėmė nevyriausybinė organizacija Žmogaus teisių stebėjimo institutas, kuris byloje dalyvavo trečiuoju asmeniu, teikė į bylą argumentuotas išvadas bei pirmą kartą Lietuvoje pritaikė Europos valstybėse diskriminavimo byloje įprastą testavimo metodiką. Kaip parodė praktika, ši strateginė byla turėjo įveikti tam tikrą patikimumo patikrinimą, kadangi atsakovė kvestionavo byloje dalyvavusios nevyriausybinės organizacijos vaidmenį bei jos atliktą testavimo metodą, vertindama tai kaip provokaciją.

Taip pat reikia pažymėti, kad teisės teoretikai, vertindami strateginį bylinėjimąsi, iškelia keletą problemų. Tai - bylos svorio problema, precedento vaidmens visuomenėje problema, problema įgyvendinti teismo sprendimą, nepakeitus visuomenės stereotipinių nuostatų, kt. Taigi, strateginio bylinėjimosi koncepciją sudaro kruopšti bylų atranka, jų planavimas ir valdymas, taip pat bylinėjimusi pasiektų palankių rezultatų įgyvendinimo priežiūra. Kaip pasirinkti bylą organizacijoms priklauso nuo daugelio faktorių, vienas pagrindinių, tai organizacijos prioritetai ir struktūra. Vienos organizacijos pasirenka diskriminacijos bylas pagal nukentėjusiųjų prašymus, o kitos – siekdamos testuoti situaciją ar iškelti teisės klausimą⁴.

2. Diskriminacijos samprata. Tiesioginės diskriminacijos elementai

Nediskriminavimas, kartu su lygybe prieš įstatymą ir vienoda įstatymine apsauga, sukuria pagrindinį ir visuotinį principą, susijusį su žmogaus teisių apsauga. Europoje didžiausias dėmesys ilgą laiką buvo kaustomas diskriminacijai lyties pagrindu, vertinant ją iš esmės darbo užmokesčio mokėjimo srityje. Gausi Europos Teisingumo Teismo praktika diskriminacijos dėl lyties byloje, suformavo pagrindinius principus nagrinėjant diskriminacijos bylas kitais pagrindais. Diskriminacija gali būti suprantama keliomis prasmėmis: kaip lygiateisiškumo principo pažeidimas, nepagarbus elgesys, pažeidžiantis žmogaus orumą, paremtas tam tikra asmens savybe ar padėtimi visuomenėje, skirtingas asmenų traktavimas, sukėlęs nepalankią padėtį ar išskyrimą, tam tikros grupės asmenų išskyrimas iš visuomenės; dviejų asmenų ar dviejų situacijų skirtingas traktavimas, kai tarp jų skirtumo nėra, arba vertinimas vienodai skirtingų situacijų ir pan. Bendrąja prasme „diskriminuoti“ reiškia (iš)skirti. Tarptautinių žodžių žodyne viena iš pateikiamų diskriminacijos sąvokų: „diskriminacija [lot. *discriminatio* - padalijimas, atskyrimas] apibrėžiama kaip teisių mažinimas arba atėmimas asmenims ar asmenų kategorijai dėl rasinių požymių, kalbos, religinių ar politinių įsitikinimų, tautinės ar socialinės priklausomybės, turtinės padėties, gimimo vietos“⁵. Tuo tarpu, teisine prasme, terminas „diskriminuoti“ yra daug siauresnis ir reiškia tik tokį nepalankų asmens vertinimą,

⁴ Plačiau: Public Policy Advocacy: Strategic Litigation and International Advocacy presentation by Ed Rekosh Public Interest Law Initiative Columbia University Budapest Law Center prepared by Barbara Bedont and Mona Nicora bei Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice. ERRC/Interights/MPC 2004.
⁵ Tarptautinių žodžių žodynas, (c) Vyriausioji enciklopedijų redakcija, 1985.

kuris yra draudžiamas dėl įstatyme numatytų priežasčių. Lietuvos Konstitucinis teismas 1998 m. lapkričio 11 d. nutarime išaiškino, kad „Diskriminacija dažniausiai suprantama kaip žmogaus teisių varžymas ar tam tikrų privilegijų teikimas atsižvelgiant į lyties, rasės, tautybės, kalbos, kilmės, socialinės padėties, tikėjimo, įsitikinimų ar pažiūrų požymius. Tačiau diskriminacija nelaikomas diferencijuotas teisinis reguliavimas, kai jis taikomas tam tikroms vienodais požymiais pasižyminčioms asmenų grupėms, jeigu tuo siekiama pozityvių, visuomeniškai reikšmingų tikslų. Prie diskriminacinių ribojimų nepriskiriami ir specialūs reikalavimai arba tam tikros sąlygos, kai jų nustatymas būna susijęs su reguliuojamų santykių ypatumais“⁶. Taigi, ne kiekvienas vienos ar kitos asmenų grupės išskyrimas yra „diskriminacija“ teisine prasme, kadangi ne kiekvienas asmens išskyrimas iš bendrumos yra draudžiamas, ir ne kiekvienas iš jų yra neteisėtas. Kad pripažintume, jog nuostata, praktika ar kriterijus yra diskriminacinis, turi būti keletas sąlygų, kurių svarbiausia tai, kad skirtingas traktavimas turi būti nepagrįstas, uždraustas įstatymu ir paremtas kriterijais, kuriuos draudžia įstatymas.

Amsterdamo sutarties 13 str. nepateikė „diskriminacijos“ termino apibrėžimo, taip pat ir diskriminacijos formų apibrėžimų, tačiau Amsterdamo sutartis pastebimai išplėtė draudžiamus diskriminacijos pagrindus. Remiantis Amsterdamo sutarties 13 str. bei toliau vystant Europos Teisingumo Teismo praktiką, susijusią su diskriminacijos draudimu ir lygiateisiškumo užtikrinimu, Europos Sąjunga pradėjo įgyvendinti trijų dalių strategiją kovai su diskriminacija užimtumo ir paslaugų teikimo srityje: priimta Rasių lygybės direktyva bei Užimtumo lygybės direktyva; 2000 m. priimta Bendrijos veiksmų programa 2001–2006 (Sprendimas 2000/750/EB kovai su diskriminacija visais pagrindais, išvardintais Amsterdamo sutarties 13 str. (išskyrus lyties pagrindą). Kaip minėta aukščiau, 2002 m. rugsėjo 23 d. priimta Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos Nr. 2002/73/EB „Iš dalies pakeičiančios Tarybos direktyvą 76/207/EEB dėl vienodo požiūrio į vyrus ir moteris principo taikymo įsidarbinimo, profesinio mokymo, pareigų paaukštinimo ir darbo sąlygų atžvilgiu“.

Naujosios antidiskriminacinės Direktyvos atnešė naują požiūrį į diskriminaciją tuo aspektu, kad ne tik apibrėžė tiesioginės ir netiesioginės diskriminacijos sąvokas, išplėtė diskriminavimo pagrindus (nauji pagrindai – rasė, etninė kilmė, religija, tikėjimas, negalia, amžius, lytinė orientacija), išplėtė taikymo sritis (užimtumo (apima ne tik darbo santykius siaurąja prasme, bet ir profesinį mokymą, įsidarbinimą ir kt.) ir paslaugų sritį (tik Rasių lygybės direktyva)); pateikė naują tiesioginės ir netiesioginės diskriminacijos sampratą, taip pat įtvirtino naujas diskriminavimo formas (priekabiavimas, nurodymas diskriminuoti, kurstymas diskriminuoti, persekiojimas ir kitas (2 str.)); bet svarbiausia, kad aptariamoms direktyvoms skyrė didžiulį dėmesį lygiateisiškumo įgyvendinimui praktikoje ir faktinės diskriminacijos eliminavimui.

Rasės lygybės direktyvos 2000/43/EB bei Užimtumo lygybės direktyvos 2000/78/EB 2 straipsniuose, pateikiamas vienodas tiesioginės diskriminacijos apibrėžimas⁷. **Tiesiogine diskriminacija yra laikomi tokie atvejai, kai vienam asmeniui taikomos prastesnės sąlygos, nei panašioje situacijoje yra, buvo ar galėtų būti taikomos kitam asmeniui.** LR Moterų ir vyrų lygių galimybių bei LR Lygių galimybių įstatymas iš esmės atkartoja tiesioginės diskriminacijos apibrėžimą ir ją apibrėžia kaip *elgesį su asmeniu, kai dėl jo amžiaus, lytinės orientacijos, negalios, rasės ar etninės priklausomybės, religijos ar įsitikinimų taikomos prastesnės sąlygos, negu panašiomis aplinkybėmis yra, buvo ar būtų taikomos kitam asmeniui, išskyrus įstatymų numatytus atvejus.*

Taisyklė „vienam asmeniui taikomos prastesnės sąlygos, nei panašioje situacijoje taikomos kitam asmeniui“ kildinama iš Europos Teisingumo Teismo praktikos. Nauja direktyvose, apibrėžiant tiesioginę diskriminaciją, yra elemento „galėtų būti“, „būtų“ įtraukimas, kuris reiškia, kad hipotetinis palyginimas gali būti taikomas tiesioginės diskriminacijos bylose. Tuo tarpu, bylose dėl diskriminacijos lyties pagrindu, buvo reikalaujama konkretaus palyginamojo

asmens - „palyginimas apsiriboja lygiagrečiu sulyginimu, kuris daromas įvertinant konkrečius darbus, atliekamus skirtingų lyčių darbuotojų toje pačioje darbo vietoje ar tarnyboje. Tokiu būdu, palyginimas negali būti daromas „hipotetinio vyro darbuotojo“ pagalba, bet palyginimas gali būti daromas tarp moters ir vyro, kuris anksčiau dirbo tą patį darbą“.⁸

Taigi, išskirtini šie pagrindiniai tiesioginės diskriminacijos elementai:

1. būtinumas įrodyti mažiau palankų traktavimą („kai vienam asmeniui taikomos prastesnės sąlygos, nei <...>“);
2. reikalavimas palyginti su kitu asmeniu kaip galima artimesnėje (tokioje pačioje, panašioje) situacijoje *bet su kitomis savybėmis*;
3. galimumas panaudoti palyginamąjį asmenį iš praeities („buvo taikomos kitam asmeniui“) arba hipotetinį palyginamąjį asmenį („ar galėjo būti taikomos kitam asmeniui“);

Aptariant pirmąjį iš elementų, reiktų pastebėti, kad mažiau palankus traktavimas, išplaukiantis iš tiesioginės diskriminacijos apibrėžimo, gali pasireikšti praeityje, gali vykti dabartyje arba būti hipotetiniu (numanomu, spėjamu). Kaip jau buvo nurodyta, žodžių konstrukcija „gali būti“, reiškia, kad šiuo atveju nėra būtina asmeniui realiai patirti mažiau palankų vertinimą, todėl gali būti naudojamas hipotetinis palyginimas. Šio pobūdžio palyginimo panaudojimas gali būti naudingas tose darbo vietose, kur diskriminuojamos grupės kiekybinis rodiklis yra labai žemas.

Taip pat svarbu pabrėžti, kad diskriminacijos draudimas apima ne tik tuos atvejus, kai asmuo betarpiškai priskiriamas tam tikrai rasinei ar etninei kilmei, religijai, lytinei orientacijai, bet ir tuos atvejus, kai asmuo yra mažiau palankiai vertinamas dėl santykio su kitu asmeniu, kuris yra tam tikros rasinės ar etninės kilmės, išpažįsta tam tikrą religiją, yra tam tikros lytinės orientacijos ir pan. Tai vadinama **asocijuota diskriminacija**. Pavyzdžiu, siekiant iliustruoti asocijuotos diskriminacijos atvejį, galėtų būti tokie atvejai, kai tamsaus gymio mergina atleidžiama iš darbo, kadangi ją vakarais iš darbo pasiima romų tautybės vaikinai; arba darbdavys nusprendžia atleisti iš darbo vaikiną, dėl tos priežasties, kad prieš kelias dienas matė jį einantį gatve su dviem kitais vaikiniais, kurie vietinėje spaudoje pareiškė apie savo homoseksualumą.

Kaip minėta, tiesioginei diskriminacijai paprastai būdingas aiškiai išreiškiamas ketinimas (tikslas), tačiau tokios atviros diskriminacijos pavyzdžių galima sutikti retai. Motyvo ar ketinimo pobūdis (geras ar blogas), nėra reikšmingas diskriminacijos bylose, nes pakanka nustatyti mažiau palankaus vertinimo faktą, *pvz. darbdavys atsisako priimti darbuotoją musulmoną, todėl, kad darbuotojai atsisakė su juo dirbti ir pagrąsino streikuoti*. Siekiant įrodyti diskriminaciją, naudojamas taip vadinamas „vienintelės išskirtinės savybės kriterijus“ arba kitaip vadinams „*jei ne*“ testas, kuriuo remiantis pakanka nustatyti asmens, turinčio tam tikrą savybę ar priklausančio tam tikrai grupei nepalankų vertinimą. Taip pat, naudinga nustatyti, ar asmuo būtų taip pat nepalankiai vertinamas, jeigu jam negalėtume taikyti tos savybės, esančios šio asmens diskriminavimo pagrindu⁹.

Reikia pastebėti, kad nepalankus vertinimas netgi nebūtinai turi realiai pasireikšti praktikoje. ETT vertindamas situaciją banke, kur vyrams darbuotojams buvo mokamos kompensacijos privalomiems mokėjimams į pensijų fondą, o moterims šios kompensacijos nebuvo mokamos; konstatavo, kad neteisėta diskriminacija kyla netgi tada, kai abejotina taisyklė arba praktika nebuvo taikyta praktikoje, tačiau pakanka, kad skirtingas kriterijus išskiria vieną grupę iš kitos¹⁰. Sąlygų bendrai socialinei darbo rinkai kurti puoselėjimo tikslas būtų sunkiai

⁸ ETT byloje Case 129/79, *MacCarthy v Smith* [1980] ECR 1275
⁹ Byla C-249/96 *Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd*, E. C.R. I-00621 (1998)
¹⁰ byloje Case 69/80, *Worringham and Humphreys* [1982] ECR 767

pasiekiamas, jei Direktyvos taikymo sritis būtina reikalautų identifikuojamo ieškovo. Šiuo atveju, vieši pareiškimai, kad nebus įdarbinti tam tikros rasės ar etninės kilmės asmenys, yra tiesioginė diskriminacija, nes gali sulaukyti tam tikrus kandidatus nuo savo kandidatūros pateikimo ir todėl sudaryti jiems kliūtis patekti į darbo rinką¹¹.

Norint įrodyti tiesioginę diskriminaciją, reikia įrodyti, kad vieno asmens traktavimas yra ar buvo mažiau palankus, nei kito asmens, panašioje situacijoje ar panašiomis aplinkybėmis, vien tik dėl to, kad pirmasis asmuo yra tam tikros rasės, etninės kilmės, tam tikro amžiaus, lytinės orientacijos arba turi kitas savybes, esančias diskriminacijos pagrindu. Taigi, turi būti lyginamos kaip galima artimesnės situacijos¹². 2005 gegužės 5 d. Latvijos Žiemelių apylinkės teismas, išnagrino pirmąją diskriminacijos bylą Latvijoje ir konstatavo tiesioginės diskriminacijos dėl lytinės orientacijos faktą. Teismas pripažino, kad akivaizdžiai aukštesnę kvalifikaciją turintis asmuo, esant panašioms aplinkybėmis įsidarbinti, net nebuvo pakvietas pokalbiui, kadangi jis buvo homoseksualus ir ši aplinkybė administracijai buvo žinoma. Į darbą buvo priimtas kitas asmuo, turintis žemesnę kvalifikaciją, tačiau nesantis homoseksualus. Taigi, teismas lygino kaip galima artimesnes situacijas asmenų, turinčių skirtingas savybes ir konstatavo mažiau palankų asmens traktavimą dėl savybės, esančios diskriminavimo pagrindu¹³.

Reikalavimas palyginti su kitu asmeniu kaip galima artimesnėje (tokioje pačioje, panašioje) situacijoje apima ne tik situacijų palyginimą, bet ir galimybę tokias situacijas vertinti praeityje. Kitu aspektu jau aptartoje ETT byloje 1980 m. gegužės 27 d. C-129/79, ETT konstatavo, kad "turi būti įgyvendinamas vienodo darbo užmokesčio mokėjimo už tos pačios vertės darbą principas tose bylose, kur nustatoma, kad moteriai buvo mokamas mažesnis darbo užmokestis negu vyrui, kuris dirbo prieš šią moterį tą patį darbą tam pačiam darbdaviui". Taigi, tas pats požymis (šiuo atveju, vienodos vertės darbas) turi būti taikomas, vertinant diachroniškas situacijas, t.y. situacijas vykusias skirtingu laiku.

Teoriškai, palyginimas galimas ir vartojant hipotetinį palyginamąjį asmenį. Šis metodas labai efektyvus ir sudaro galimybes teisiškai įvertinti situacijas, kur konkretus palyginimas yra negalimas (t.y. darbo vietose, kur diskriminuojamos grupės kiekybinis rodiklis yra labai žemas). Kai lyginami asmenys, kurie preziumuojama traktuojami nepalankiai, svarbu nustatyti, kaip kiti asmenys, kuriems tam tikra savybė, esanti diskriminavimo pagrindu, negali būti pritaikyta, būtų traktuojami tokioje pačioje situacijoje.

Hipotetinio palyginimo galimybė buvo pripažinta ETT, vertinant situaciją moterų, išėjusių motinystės atostogų.¹⁴

Tiek direktyvose, tiek LR Lygių galimybių įstatyme nurodytų tiesioginės diskriminacijos pateisinimų sąrašas yra baigtinis, priešingai nei netiesioginės diskriminacijos atveju. Tačiau, pateisinimo atvejai ETT bei pačiuose Direktyvų tekstuose, traktuojami labai siaurai. Direktyvomis įtvirtinama, kad tiesioginė diskriminacija gali būti pateisinama tik esant specialioms, siauroms išimtims. Užimtumo lygybės direktyvos preambulėje aiškiai pasakyta, kad diskriminacijos pateisinimų atvejai turi būti taikomi labai siaurai ir turi atitikti šias sąlygas: tikslas, kurio siekiama šiuo reikalavimu turi būti teisėtas, o reikalavimai turi būti proporcingi (23 str.).

Tiesioginės diskriminacijos pateisinimas pagal Rasių lygybės direktyvą 2000/43/EB apima tik du atvejus: įprastų ir lemiančių profesinių reikalavimų taikymas (4 str.) ir pozityvių veiksmų programų taikymas (5 str.). Tuo tarpu, tiesioginės diskriminacijos pateisinimas pagal Užimtumo lygybės direktyvą 2000/78/EB be aukščiau nurodytų įprastų ir lemiančių profesinių reikalavimų taikymo (4 str.) ir pozityvių veiksmų programų taikymo (5 str.), apima ir priemones, kurios yra būtinos visuomenės saugumui, viešajai tvarkai palaikyti (2 str. 5 d.); įprastus ir lemiančius profesinius reikalavimus (4 str.); socialines priemones neįgaliesiems (2 str. 2 d. b (ii), 5 str., 7 str. 2 d.), pozityvius veiksmus (7 str.) bei objektyvų pateisinimą dėl amžiaus (6 str.). LR Lygių galimybių įstatymas numato tokį pateisinamų priemonių sąrašą: 1) apribojimus dėl

¹¹ 2008 m. liepos 10 d. sprendimu byloje C-54/07 pagal Arbeitshof de Bruxelles (Belgija) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007J0054:EN:HTML> (prijungimo laikas: 2009-05-21)

¹² ETT Byla C-177/88, Dekker [1990] ECR I-3941

¹³ <http://www.politika.lv/index.php?id=111436&lang=lv> [prijungimo laikas: 2006-02-10]

¹⁴ Byla C-109/00 Tele Danmark A/S v Handøls- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK) E.C.R. I-06993 (2001)

amžiaus; 2) reikalavimą mokėti valstybinę kalbą; 3) draudimą dalyvauti politinėje veikloje; 4) dėl pilietybės taikomas skirtingas teises; 5) specialias priemones sveikatos apsaugos, darbo saugos, užimtumo, darbo rinkos srityje, siekiant neįgaliesiems sukurti ir taikyti integraciją į darbo aplinką garantuojančias ir skatinančias sąlygas bei galimybes; 6) specialias laikinasias priemones, taikomas siekiant užtikrinti lygybę ir užkirsti kelią lygių galimybių pažeidimui dėl amžiaus, lytinės orientacijos, negalios, rasės ar etninės priklausomybės, religijos ar įsitikinimų; 7) kai dėl konkrečių profesinės veiklos rūšių pobūdžio arba dėl jų vykdymo sąlygų tam tikra žmogaus savybė yra įprastas ir lemiantis profesinis reikalavimas, o šis tikslas yra teisėtas ir reikalavimas yra tinkamas (2 str. 3 d.).

Reikia pastebėti, kad realaus lygiateisiškumo (igyvendinto lygiateisiškumo) samprata skiriasi nuo formalaus (įtvirtinto lygiateisiškumo), kadangi formalaus lygiateisiškumo principo įtvirtinimas teisės aktuose dar nereiškia, kad lygybė praktikoje bus pasiekta iš tikrųjų. JAV, igyvendinant lygių galimybių principą rasės pagrindu, didelį vaidmenį vaidino taip vadinamos „Pozityvių veiksmų, siekiant panaikinti diskriminaciją, programos“, kurioms šiuolaikinė ES socialinė politika skiria didžiulį dėmesį. Tai tokios programos, kurios apibrėžiamos kaip *specialiosios laikinosios priemonės, taikomos siekiant paspartinti faktinės mažiausiai atstovaujamos grupės asmenų (rasės, lyties, amžiaus, kt. atstovams) ir kurios, igyvendinus priemones, užtikrinančias lygias teises ir vienodas galimybes, turi būti atšauktos*.

Probleminis šių programų taikymas yra tas, kad daugumą sudaranti asmenų grupė, dažniausiai jaučia nepasitenkinimą tokiomis priemonėmis, kadangi jų teisės dėl Pozityvių veiksmų programų yra ribojamos.

Viena iš pirmųjų bylų JAV Aukščiausiame teisme, susijusi su Pozityvių veiksmų programa, buvo tarp Kalifornijos universiteto ir baltosios rasės atstovo Bakke¹⁵. Bakke dvejus metus iš eilės nesėkmingai stjo į medicinos mokyklą Kalifornijos Universitete, kadangi minėtame universitete buvo vykdoma speciali priėmimo programa, kuri numatė, kad į šešioliką vietų iš šimto bus priimami mažumų (mažiausiai atstovaujamos rasės) atstovų, o į likusias 84 vietas gali pretenduoti bet kuris kitas asmuo, neteikiant nei vienam jokių privilegijų ar išskirtinumo. Pareiškėjas kreipėsi į teismą ir argumentavo, kad jis būtų įstojęs į Kalifornijos Universiteto medicinos mokyklą jei ne speciali vietų rezervacija pagal rasės kriterijų, kuri atima iš jo galimybę studijuoti Kalifornijos Universitete. Federalinio Aukščiausiojo Teismo teisėjų kolegija nusprendė, kad kriterijus, susijęs su rase, gali būti naudojamas, kada ketinama pasiekti svarios strategijos tikslą, tokį kaip panaikinti socialinę diskriminaciją. Atsižvelgdami į tai, kad mažumų problema buvo labai aktuali ir juodųjų rasės atstovai ilgą laiką nebuvo atstovaujami JAV medicinos mokyklose dėl praeityje išsaknijusios diskriminacijos, teismas parėmė Pozityvių veiksmų programą Kalifornijos universitete, siekiant atitaisyti medicinos mokyklose susiklosčiusią diskriminacinę situaciją. Pozityvių veiksmų programos igyvandinimo galimybė išplėsta kitoje byloje, išnagrinėtoje JAV Aukščiausiame teisme pagal Plieno gaminių darbuotojų profesinės sąjungos ieškinį Weber.¹⁶

Teisė interpretuoti apimtį ir reikšmę tiesioginės diskriminacijos objektyvių pateisinimų Europoje suteikta ETT. ETT nurodė keletą bendro pobūdžio gairių, kokio pobūdžio Pozityvių veiksmų programos gali būti leidžiamos bylose dėl asmens lyties. Kalanke byla C-450/93¹⁷ buvo pirmoji byla, kurioje ETT buvo paprašytas pateikti savo išvadą ar teisinės taisyklės, numatančios Pozityvių veiksmų programas moterims suderinamas su Lygaus traktavimo direktyva, kurios 2 (4) str. teigia, kad „Ši direktyva turi būti be jokio išankstinio nusistatymo priemonėms, skatinančioms lygias vyrų ir moterų galimybes, ypač šalinant egzistuojančią nelygybę, kuri įtakoja moterų galimybes įsidarbinti (kartu apimant profesinį mokymą, darbo sąlygas, paaukštinimą darbe). Teismui buvo pateiktas įvertinimui Lygaus įsidarbinimo įstatymas, kurio 4 str. numatė, kad tiek įdarbinimas, tiek ir paaukštinimas darbe tose darbo srityse, kur moterys yra nepakankamai atstovaujamos, t.y. nesudaro 50 - ties procentų per-

¹⁵ Byla JAV Aukščiausiojo Teismo University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 // <http://laws.findlaw.com/us/438/265.html> (prisijungimo laikas: 2006-05-10)⁹ Byla C-249/96 Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd. E.C.R. I-00621 (1998)
¹⁶ Byla JAV Aukščiausiojo Teismo Steel Workers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979) U.S. 193 // <http://laws.findlaw.com/us/443/193.html> (prisijungimo laikas: 2006-05-10)
¹⁷ Byla C-450/93 Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen E.C.R. I-03051 (1995)

sonalo kiekvienoje iš kategorijų darbų, ir turinčios tokią pačią kvalifikaciją kaip ir besikreipiantis dėl paaukštinimo ar įdarbinimo vyras, turi būti suteikiama pirmenybė, lyginant su vyru. Kalanke, kurio prašymas dėl paaukštinimo buvo atmestas, ginčijo minėtą įstatymo nuostatą diskriminacijos aspektu. Jis rėmėsi tuo, kad turi geresnę kvalifikaciją, lyginant su kandidate moterimi ir netgi jei jo kvalifikacija būtų pripažinta tokia pati, jis turėjo būti paaukštintas darbe, kadangi tuo metu materialiai išlaikė tris nuo jo priklausančius asmenis (2 mažamečius vaikus ir sutuoktinę). Tuo tarpu moteris, kandidatavusi į paaukštinimą, neturėjo jokių šeimyninių išpareigojimų. ETT pripažino nacionalinę teisę prieštaraujančią Lygaus Traktavimo direktyvai, teigdamas, kad bet kokių automatinių privilegijų suteikimas tos pačios kvalifikacijos moteriai, pažeidžia Direktyvą (16 ir 22 p.). Teismo nuomone negali būti išankstinio besąlyginio pirmenybių teikimo, nevertinant kitų sąlygų, tokių kaip individualių nepatogumų ar teisių suvaržymų. ETT išaiškino Direktyvos 2 (4) p., teigdamas, kad minėta nuostata buvo sukurta tam, kad numatyti priemones, kurios nors ir atrodo diskriminuojančios, tačiau yra skirtos panaikinti arba sumažinti egzistuojančią nelygybę: pavyzdžiui, ši nuostata būtų priimtina, suteikiant moteriai specifinį pranašumą darbo srityje, apimant ir paaukštinimą, užtikrinant jos galimybę konkuruoti darbo rinkoje, siekiant karjeros lygiomis sąlygomis su vyrais.

Taigi, ETT konstatavo, kad nacionalinės taisyklės, kurios garantavo moteriai absoliučią ir besąlyginę pirmenybę būti priimtai į darbą, paaukštintai darbe, peržengė leidžiamas išimtis, numatytas Lyčių lygybės direktyvos 2 (4) str.

Abrahamson byloje C-407/98¹⁸, ETT taip pat konstatavo, kad paskyrimo procedūra ir naudojami kriterijai priimant į darbą, turi būti aiškūs ir atsakingi, siekiant pašalinti bet kokius savavališkus kandidatų kvalifikacijos įvertinimus. ETT taip pat sureiškino proporcingumo principą: absoliučios pirmenybės vienai iš lyčių suteikimas, yra visada neproporcingas bet kokiam tikslui.

1997 m. ETT Marchall v Land Nordrhein - Westfalen byloje C-409/95¹⁹ dar kartą aiškindamas Lygaus traktavimo direktyvos 2 (4) straipsnį, išaiškino kad kiekvienoje individualioje byloje, taisyklė, suteikianti pirmenybę vyrams kandidatams (turintiems vienodą išsilavinimą kaip ir moteris), atsižvelgiant į visus specifinius kriterijus kandidatams, turės viršenybę lyginant su moterimis kandidatėmis, ir jei šios sąlygos ir nėra diskriminacinės, bet jos iškreipia lygiateisiškumo balansą palankesne vyrui kandidatui linkme. ETT konstatavo, kad vyrui ir moteriai būnant vienodos kvalifikacijos, tendencija bus tokia, kad vyrai kandidatai dažniau bus paaukštinami darbe, lyginant su moterimis kandidatėmis. Tai yra paaiškinama išankstiniu nusistatymu bei stereotipais, įsitvirtinusiems visuomenėje, susijusiais su moterų galimybėmis ir vaidmeniu visuomenėje bei darbe, o taip pat baimėmis, susijusiomis su didesne tikimybe, kad kaip tik moterys dažniau linkusios pertraukti savo karjerą nei vyrai dėl pareigų šeimai, vaikų auginimo, taip pat dėl to, kad yra didesnė tikimybė, kad moteris turės mažiau lankstumo suderinti darbo valandas, kad jos daug dažniau neatvyks į darbą dėl nėštumo, vaikų gimdymo ir maitinimo.

3. Bylos konstravimas.

3.1. Diskriminacijos fakto nustatymo kriterijai.

Diskriminavimo bylose paprastai nerasime tiesioginių įrodymų, kurie vienareikšmiškai leistų tvirtinti, kad darbdavys ar kitas diskriminuojantis subjektas veikė iš diskriminacinių paskatų, ar kad siekė asmenį diskriminuoti dėl jo amžiaus, negalios, priklausomumo tam tikrai etninei rasei, kilmei ar kitu pagrindu. Taigi, diskriminacija pasižymi dideliu latentiskumu²⁰ ir siekiant

¹⁸ Byla C-407/98 Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist E.C.R. I-05539 (2000).

¹⁹ P Byla C-409/95 Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen E.C.R. I-06363 (1997).

²⁰ T. Davulis. Darbo teisė: Europos sąjunga ir Lietuva. - Vilnius, 2004. P.276.

palengvinti diskriminaciją patyrusių asmenų padėtį, teisės teoretikai ir praktikai ėmėsi kurti netradicines priemones, palengvinančias įrodinėjimą šios kategorijos bylose. Visų pirma tai – įrodymų naštos perkėlimas atsakovui, ieškovui nurodžius aplinkybes, leidžiančias preziumuoti diskriminavimo faktą, taip pat – testavimo metodika, statistikos, klausimyno panaudojimas, kt.

Nuo 1970 m. Europos Teisingumo Teismas pradėjo nagrinėti bylas dėl vienodo apmokėjimo už darbą²¹ ir suformavo įrodymų naštos perkėlimo taisykles diskriminavimo dėl lyties bylose, kurios ilgainiui buvo perkeltos į Direktyvas bei toliau tobulinamos Europos Teisingumo Teismo jurisprudencijoje. Pradedant Jenkins byla²², ETT nurodė, kad ieškovas diskriminavimo byloje įvykdo įrodinėjimo pareigą, jeigu pateikia nepalankaus poveikio faktus. ETT nustatė, kad iš ieškovo neturi būti reikalaujama įrodyti atsakovo taikyto diskriminacinio veiksmo (neveikimo) motyvo bei pagrindo. Ieškovo pareiga įrodyti atsakovo priimto sprendimo diskriminacinį poveikį jam. Danfoss byloje²³ ETT rėmėsi statistika, kurios pagalba nustatė faktą, kad papildomi mokėjimai (priedai prie darbo užmokesčio) iš esmės didino vyrų darbo užmokestį, lyginant jį su moterų darbo užmokesčiu. Teismas sprendime pasisakė, kad iš dokumentų, pateiktų teismui akivaizdu, kad priedų prie pagrindinio atlyginimo sistema tokia, jog moterys neturi galimybės suprasti priežasčių, kodėl mokamas mažesnis darbo užmokestis joms, lyginant su vyrais, dirbančiais tą patį darbą. Darbuotojai nežinojo kokie kriterijai taikomi skiriant jiems priedus; jie žinojo tik savo papildomo darbo užmokesčio dydį, bet negalėjo išskirti konkretaus kriterijaus, lemiančio individualų priedo dydį. Taigi, teismas pasisakė, kad tuomet kai įmonė taiko apmokėjimo sistemą, kuri iš esmės stokoja skaidrumo, **darbdavys turi įrodyti, kad jo praktika, taikoma darbo užmokesčiui paskaičiuoti, nėra diskriminacinė**, jeigu darbuotoja įrodo, jog vertinant didelį skaičių darbuotojų, vidutinis dirbančių moterų darbo užmokestis faktiškai yra mažesnis nei dirbančių vyrų.

Kai diskriminavimo faktinės aplinkybės pateiktos, įrodymų našta perkeliama atsakovui. Byloje *Bilka-Kaufhaus GmbH*²⁴, ETT nusprendė, kad atsakovas turi pagrįsti savo sprendimo teisėtumą, t.y. atsakovas turi įrodyti, kad jis nesiekė diskriminacinio tikslo, ir kad priemonės, kurias jis taiko, yra griežtai proporcingos ir būtinos teisėtiems darbdavio tikslams pasiekti.

1993 m. *Enderby v Frenchay Health Authority* byloje²⁵, ETT nustatė, kad ieškovo pateikiami įrodymai, nebūtinai turi būti susiję su darbdavio priimto sprendimo tiesioginiu poveikiu darbuotojui. Įrodymai patvirtinantys pačią diskriminacinę situaciją, yra pakankami ieškovui pagrįsti diskriminavimo faktą, netgi jeigu darbdavys nėra tiesiogiai kaltas už faktus, sukėlusius jį. **Taigi, ETT nustatė, kad už diskriminacinę situaciją darbo aplinkoje yra atsakingas darbdavys, nes jis gali tokią situaciją pakeisti.** Priimdamas sprendimą *Enderby* byloje, teismas pagrindė savo išvadą istoriškai susiklosčiusiu moteriškos profesijos nuvertinimu, lyginant logopedžių darbą, kurį iš esmės dirba moterys ir psichologų bei vaistininkų darbą, kurį iš esmės dirba vyrai. Teismas pasisakė, kad ieškovei nurodžius aplinkybę, kad logopedžių darbo užmokestis yra žymiai mažesnis, nei vaistininkų bei psichologų, ir pateikus įrodymus, kad logopedo darbe dominuoja moterys, taip kaip vaistininko bei psichologų darbe – vyrai, yra pateikti *prima facie* (pirminiai įrodymai) dėl diskriminavimo lyties pagrindu įrodymai ir įrodymų našta turi pereiti atsakovui. Todėl atsakovas šioje byloje turėjo įrodyti, kad skirtingas darbo užmokestis mokamas dėl objektyvios, pagrįstos priežasties, nesusijusios su lytimi. Šioje byloje ETT suformulavo principinę nuostatą diskriminavimo byloje – nurodė, kad jeigu pateiktos *prima facie* aplinkybės neperkeltų įrodymų naštos darbdaviui, darbuotojai neturėtų realios galimybės priversti darbdavį efektyviai taikyti lygiateisiškumo principą praktikoje. Vėliau *Enderby* byloje pritaikytas metodas, leidžiantis naudoti statistinius duomenis *prima facie* aplinkybėms įrodyti, buvo perkeltas į nuostatas, reglamentuojančias netiesioginę diskriminaciją.

ETT ilgainiui laikėsi nuoseklios pozicijos dėl įrodymų naštos perkėlimo – ieškovui pateikus statistinius duomenis, patvirtinančius aiškios netiesioginės diskriminacijos faktą, ar kitas pri-

²¹ Europos Bendrijų Teisingumo Teismo sprendimas byloje (toliau – byla) *Defrenne v Belgium* Case C-80/70 [1971] ECR 445.

²² Byla *Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* Case 96/80 [1981] ECR 911.

²³ Byla *Handels-OG Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening ex parte Danfoss* Case C-109/88 [1989] ECR 3199, para 25.

²⁴ Byla *Bilka-Kaufhaus GmbH v Hartz* Case C-170/84 [1986] ECR I-1607.

²⁵ Byla *Enderby v Frenchay Health Authority* Case C-127/92 [1993] ECR I-5535.

ma facie aplinkybes, darbdaviui perkeliama pareiga ir jis turi įrodyti, kad taikomas išskyrimas yra pateisinamas aplinkybėmis, kurios nesusijusios su lytimi²⁶.

Taigi, įrodymų naštos perkėlimo taisyklės buvo išvystytos ETT praktikos diskriminavimo dėl lyties bylose ir susistemintos Direktyvose. 1997 m. gruodžio 15 d. Taryba priėmė direktyvą 97/80/EB dėl įrodinėjimo naštos diskriminavimo dėl lyties bylose²⁷. O vėliau, minėtos direktyvos nuostatos buvo perkeltos į Amsterdamo sutarties 13 str. pagrindu 2000 metais priimtas antidiskriminacines direktyvas, draudžiančias diskriminuoti kitais nei lyties pagrindais. Abiejų 2000 m. direktyvų – Rasių lygybės direktyvos 8 str. bei Užimtumo lygybės direktyvos 10 str. pateikia analogišką įrodymų naštos perkėlimo taisyklę bylose dėl diskriminavimo rasės, etninės kilmės, seksualinės orientacijos, amžiaus, kt. bylose: „Valstybės narės taiko tokias pagal jų nacionalines teismų sistemas būtinas priemones, kurios užtikrintų, jog tais atvejais, kai asmenys, manantys, kad jie nukentėjo, kadangi jiems nebuvo taikomas vienodo požiūrio principas, teismui ar kitai kompetentingai institucijai nurodo aplinkybes, leidžiančias preziumuoti, kad buvo tiesioginė ar netiesioginė diskriminacija, ir pats atsakovas turi įrodyti, kad vienodo požiūrio principas nebuvo pažeistas.

Teisinės prezumpcijos įtvirtinimas LR lygių galimybių įstatyme atitinka Civilinio proceso kodekso (toliau - CPK) 182 straipsnio 1 dalies 4 punktą, pagal kurį proceso šalis atleidžiama nuo įrodinėjimo aplinkybių, kurios yra preziumuojamos pagal įstatymus ir nepaneigtos bendra tvarka. Prezumpcija, skirtingai nei prielaida, yra fakto pripažinimas tikru, kol neįrodyta kitaip.

3.2. Įrodinėjimo našta.

Civiliniame procese turi būti atsakyta į du svarbius preliminarius klausimus: (1) kuri šalis privalo pateikti įrodymus konkrečiu klausimu ir (2) koks kiekis įrodymų turi būti pateiktas, kad tenkintų teismą. Atsakymas į šiuos klausimus yra susijęs su įrodinėjimo našta ir įrodinėjimo standartu (pakankamumu)²⁸. Nagrinėdami civilines bylas, teismai paprastai vadovaujasi rungimosi principu, kuris pasižymi tuo, kad šalys privalo įrodyti aplinkybes, kuriomis remiasi kaip savo reikalavimų ar atsikirtimų pagrindu, išskyrus atvejus, kai yra remiamasi aplinkybėmis, kurių nereikia įrodinėti (LR CPK 12 str., 178 str.).²⁹ Faktų įrodomumo problema civilinėje byloje, skirtingai nei baudžiamojoje, sprendina remiantis tikimybių teorija³⁰. Pagrindinė rungimosi principo taisyklė turi išimčių. Viena išimčių – teisinės prezumpcijos. **Teisinės prezumpcijos**, tai sunormintos sveiko proto taisyklės, kurios teigia egzistuojant tokius faktus, kuriuos ilgainiui patvirtina gyvenimo praktika³¹. Lietuvoje išimtis iš bendros įrodinėjimo taisyklės numato LR CPK 182 str., kurio 4 p. suformuluoja taisyklę, pagal kurią nereikia įrodinėti aplinkybių, preziumuojamų pagal įstatymus ir nepaneigtų bendra tvarka. Vadovaujantis viena iš teisinės prezumpcijos taisyklių, pirmojo fakto įrodymas leidžia daryti išvadą, kad kitas faktas yra taip pat įrodytas, nebent kita šalis pateikia pakankamus įrodymus, paneigiančius prezumpciją. Šalis neprivalo įrodinėti pagal įstatymus preziumuojamų faktų, kuriais grindžia savo reikalavimus ar atsikirtimus, bet privalo įrodyti aplinkybes, kuriomis tokie faktai pripažįstami egzistuojančiais. Taigi, šalis, kuri remiasi prezumpcija, turi įrodyti *prima facie* (pirminius) faktus. Šalis, prieš kurią naudojama prezumpcija, gali ją nugincyti, išskyrus nenuginčijamas prezumpcijas. Pateikus *prima facie* aplinkybes bei įrodymų našta perkėlus atsakovui, ieškovas atleidžiamas nuo pareigos įrodinėti antrinius faktus, jeigu šie preziumuojami faktai nepaneigti priešingos šalies pateiktų įrodymų. Tačiau ir įrodžius *prima facie* aplinkybės (faktus), patvirtinančius nelygiateisiškumą, darbdavys ar kitas diskriminavimą praktikuojantis subjektas, gali nugincyti šias aplinkybes, pateikdamas įrodymus, kad taikomų sąlygų skirtingumas

²⁶ Byla Regina v Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez Case C-167/97 [1999] ECR I-623.

²⁷ 1997 m. gruodžio 15 d. Tarybos Direktyva 97/80/EB dėl įrodinėjimo pareigos diskriminacijos dėl lyties bylose (O) L 14 1998 p. 6-8.

²⁸ N. Andrews, Principles of Civil Procedure. - London, 1994. P. 464 (15-005).

²⁹ 2004 m. gruodžio 30 d. LAI teisėjų senato nutarimas Nr. 51: „Dėl civilinio proceso kodekso normų, reglamentuojančių įrodinėjimą, taikymo teismų praktikoje“. www.lai.lt

³⁰ Civilinio proceso teisė: Vilniaus teisės universitetas. Autoriai: E. Laužikas ir kt. 1,2 tomas, Justitia, 2005. p. 422 - 423.

³¹ Ten pat, p.601.

yra objektyviai pagrįstas kitais nei diskriminavimo pagrindais. Tokiu būdu, diskriminacijos faktas bus nuginčytas. Pavyzdžiu, kada aplinkybės laikomos objektyviai pagrįstomis, t.y., pateisinančiomis skirtingą asmenų traktavimą, gali būti asmeniniai pareiškėjo ir palyginamojo asmens (testavimo atveju) skirtumai: darbo stažas, aukštesnė kvalifikacija, aukštesnis išsilavinimas, aukštesnis lygis pagal *bona fide* kriterijų, kas reiškia, kad atlikdamas tą patį darbą asmuo vertinamas aukščiau³².

T. Davulis iškėlė Lietuvos teisės atitikties Bendrijos teisės normoms įrodinėjimo naštos perkėlimo diskriminavimo dėl lyties byloje, problemą. Autorius pažymi, kad teismų praktikoje yra suformuluotos tam tikros įrodinėjimo naštos perkėlimo taisyklės, nukrypstančios nuo bendros įrodinėjimo pareigos darbo ginčuose ir Lietuvos Aukščiausiasis Teismas dažnai drąsiai nukrypsta nuo bendro rungtyniškumo principo darbuotojų naudai, teigdamas, kad įrodinėjimo taisyklės gali formuoti ne tik įstatymas, bet ir teisės doktrina, taip pat teismų praktika³³. Tuo tarpu LR CPK 182 str. kurio 4 p. reikalauja, kad nereikia įrodinėti tų aplinkybių, kurios prیزیnuojamos pagal įstatymus. Pritardama Lietuvos Aukščiausio Teismo (toliau - LAT) formuojamai praktikai dėl įrodymų naštos perkėlimo atsakovui atleidimo iš darbo byloje, autorė mano, kad įrodymų naštos paskirstymo diskriminacijos byloje visais saugomais pagrindais ir visuose darbo santykių etapuose (Direktyvų taikymo sritis), kaip tik reikalauja ir aukščiau aptartas Europos Bendrijos teisės viršenybės principas. Tačiau nenorėtume sutikti su Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo (toliau - LVAT) pradėta formuoti praktika diskriminavimo byloje lyties pagrindu, kadangi taikė per aukštą įrodinėjimo standartą diskriminavimo faktą įrodinėjančiai pusei. Pavyzdžiui, 2008 m. gegužės 20 d. išnagrinėjęs administracinę bylą Nr. A525 - 825-08³⁴ dėl seksualinio priekabiavimo LVAT, byloje netaikė įrodymų naštos perkėlimo atsakovui, tačiau surinktus įrodymus vertino griežtai vadovaudamasis nekaltumo prezumpcija ir pasisakė, kad Lygių galimybių kontrolieriaus tarnyba, nagrinėdama pareiškėjos skundą dėl seksualinio priekabiavimo, privalo nustatyti ir įrodymais pagrįsti visus įstatymo pažeidimo sudėties elementus; ir pažeidimo subjektyvią bei objektyvią pusę pateikti tyrimo baigiamajame dokumente - pažymoje. Tik tuomet, teismo nuomone, ginčui persikėlus į teismą ar kitą kompetentingą instituciją, teisės pažeidimu apkaltintam asmeniui pereina pareiga įrodyti, kad jis pažeidimo nepadarė (pereina įrodinėjimo našta). Manytina, kad per aukštai keliami reikalavimai įrodymų naštos perkėlimui diskriminavimo byloje, neužtikrins Direktyvų saugomų gėrių efektyvios apsaugos ir dar labiau sumažins nukentėjusiųjų nuo diskriminacijos asmenų motyvaciją kreiptis dėl pažeidimo į teismus ar kitas kompetentingas institucijas. Be jokios abejonės, įrodinėjimo taisyklės turi būti vertinamos per fundamentalių teisių apsaugos prizmę, lyginant konstitucinės teisės bei Europos žmogaus teisių teismo jurisprudenciją, įvertinant nekaltumo prezumpcijos principo taikymą, privataus gyvenimo apsaugos principą ir kt. Tačiau būtina įvertinti tai, kad ieškovui ir atsakovui diskriminavimo byloje taikomi skirtingi įrodymų pakankamumo reikalavimai.

Sutinkamai su bendru įrodymų naštos paskirstymo tarp šalių principu, pagal kurį ieškovas turi pateikti įrodymus, pagrindžiančius lygiateisiškumo pažeidimą, ieškovo pareiga yra pateikti pakankamus faktus, kurie leistų preziumuoti, kad diskriminacija buvo. Ieškovo pateikiami faktai, pagrindžiantys skirtingų sąlygų sudarymą, kurį ieškovas patyrė tiesiogiai, arba kuris įtakojo ieškovą netiesiogiai, sukeldamas nepageidaujamą poveikį atitinkamu pagrindu laikomos prima facie aplinkybėmis³⁵. Įrodinėjimas yra tęstinis procesas, vykstantis nuosekliais etapais: faktų ir įrodymų nurodymas, įrodymų rinkimas, pateikimas, tyrimas, vertinimas. Įrodinėjimas prasideda faktų nurodymu (LR CPK 135 str. 1 d. 2 p.)³⁶.

Lotynų kalboje prima facie reiškia „iš pirmo žvilgsnio“³⁷. Vartojamas šiuolaikinėje kalboje, šis terminas reiškia, kad iš pirmo žvilgsnio dalykas tampa įrodytas iš pateiktų faktų arba iš pakankamos aplinkybės konkrečiam faktui įrodyti.

Prima facie aplinkybės tai modelis faktų, kurie sukuria akivaizdžios diskriminacijos prezumpciją.

³² Byla National Vulcan Engineering Insurance Group Ltd v Wade (1978). Didžioji Britanija. Prieiga per internetą: <http://www.lawteacher.net/cases/emp10/file-42.php>, žiūrėta 2008-06-22.
³³ T. Davulis. Darbo teisė: Europos sąjunga ir Lietuva. - Vilnius, 2004, p. 278
³⁴ LVAT a.b. Nr. A 525 - 825-08[48] (proceso sprendimo kategorija: 24)
³⁵ E. Espin. Burden of proof in Council Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC on equal treatment. http://www.era.int/web/en/resources/5_1095_4796_file_en_6842.pdf, žiūrėta 2008-06-22.
³⁶ 2004 m. gruodžio 30 d. LAT senato nutarimas Nr. 51: "Dėl civilinio proceso kodekso normų, reglamentuojančių įrodinėtiną, taikymo teismų praktikoje". www.lai.lt
³⁷ K. Kurzavinis. Lotynų - lietuvių kalbų žodynas. - Vilnius, 1996, p. 318

³⁸ Europos Parlamentas, Piliiečių laisvių, teisingumo ir vidaus reikalų komitetas, Darbo dokumentas dėl 2000 m. birželio 29 d. Direktyvos 2000/43/EB, įgyvendinančios vienodo požiūrio principą asmenims nepriklausomai nuo jų rasės arba etninės priklausomybės, taikymo (15.3.2007), http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/657/657745/6577451t.pdf

³⁹ Igen (formally Leeds Careers) v. Wong [2005] I.C.R. para. 76.

⁴⁰ C. Bourn and J. Whitmore, *Anti-Discrimination Law in Britain*, 3rd edn, 1996, London: Sweet&Maxwell, p. 116.

⁴¹ Valstybės žinios, 1995-05-16, Nr. 40-987.

⁴² Byla Nachova v. Bulgaria, ECtHR, App. No. 43577/98 & 43579/98, 6 July 2005.

Prima facie aplinkybės teismo gali būti pripažįstamos pakankamomis ir nepakankamomis diskriminavimo faktui nustatyti. Jos gali būti nugincytos, priešingai šaliai pateikus įrodymus, paneigiančius šias aplinkybes arba pateikus pozityvią gynybą (ne tik atmetant kaltinimą, bet pateikiant naują, sau palankių įrodymų).

Europos Parlamento Piliiečių laisvės, teisingumo ir vidaus reikalų komitetas aiškina, kad Direktyvos 2004/43/EB 8 straipsnyje, nustatančiame įrodinėjimo pareigos perkėlimą, numatytas vadinamasis dviejų etapų tyrimas. Pirmajame etape asmenys, manantys, kad jie buvo diskriminuojami, nurodo aplinkybes, leidžiančias preziumuoti tiesioginės ar netiesioginės diskriminacijos buvimą. Tuomet įrodinėjimo pareiga tenka atsakovui, kuris turi įrodyti, kad vienodo požiūrio principas nebuvo pažeistas³⁸.

Ieškovo įrodinėjamos *prima facie* aplinkybės gali būti grindžiamos testavimo metodika, statistikos metodika, klausimynu bei kitais įrodymais. Vadovaujantis Rasių lygybės bei Užimtumo lygybės Direktyvų preambulės 21 p. įtvirtinta nuostata, įrodinėjimo pareiga turi būti gražinama atsakovui, kai pateikiami diskriminacijos įrodymai. Taigi, atsakovui pateikus teisėtą priežastį dėl ko buvo taikomas mažiau palankus veiksmas ieškovo atžvilgiu, įrodymų našta grįžta atgal ieškovui, kuris turi įrodyti, kad atsakovo pateikta priežastis neteisėta.

Pažymėtina, kad teismas vertindamas *prima facie* aplinkybes, neturi reikalauti, kad ieškovo pateikiami faktai neginčijamai įrodytų diskriminacijos faktą. Priešingai, teismai, į šias *prima facie* aplinkybes turi žiūrėti kaip į pirmines, iš kurių galima išvesti antrinius faktus. Tokiu būdu, teismas, vertindamas *prima facie* aplinkybes, turi turėti omenyje, kad gali nebūti adekvataus paaikškinimo šiems *prima facie* faktams pagrįsti (pavyzdžiui, išvada gali būti daroma iš darbdavio atsakymų į pateiktus klausimyno klausimus, kt.). Todėl, kokį kiekį *prima facie* aplinkybių turi pateikti pareiškėjas, priklauso nuo bylos esmės ir faktų.

Kad įrodymų pareiga būtų sugražinta ieškovui, darbdavys ar kitas diskriminavimą praktikuojantis asmuo, privalo vadovaudamasis įrodymų balanso principu įrodyti, kad elgesys nebuvo diskriminuojantis. Taigi, ieškovui įrodžius, kad pavyzdžiui amžius, rasė ar kita asmens savybė galimai sukėlus diskriminavimą, buvo priežastinis veiksnys lėmęs darbdavio apsisprendimą, taikyti šiam asmeniui mažiau palankų vertinimą, atsakovas turės įrodyti, kad amžius, rasė, kt. nebuvo veiksnys skirtingam vertinimui, arba, kad toks vertinimas priklausomai nuo amžiaus, rasės, negalios, kt. yra pateisinamas. Šiuo atveju, teismas, priešingai nei vertindamas *prima facie* aplinkybes, privalo įvertinti ar atsakovas įrodymų balanso principu įrodė, kad amžius, rasė ar kita asmens savybė, kuri galėjo sudaryti pagrindą diskriminuoti asmenį, nebuvo skirtingų sąlygų sudarymo pagrindas. Šiuo atveju, teismas privalo reikalauti iš atsakovo nuginčijamų įrodymų, kurie paneigtų *prima facie* aplinkybes³⁹. Taigi, C. Bourn and J. Whitmore nuomone, teismams patariama vertinti diskriminacijos pareiškimą kaip labai rimtą, beveik *kvazi*-baudžiamąjį nusikaltimą, ir reikalauti iš atsakovo didesnio galimybių balanso nei normalus⁴⁰. Tik tokiu būdu gali būti užtikrinamas efektyvus direktyvose įtvirtintų gėrių įgyvendinimas praktikoje.

Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 14 str. (toliau - ir Konvencija) draudžia diskriminaciją, bet tik susijusią su naudojimu Konvencijos suteiktomis teisėmis. Svarbu pažymėti, kad nors Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija⁴¹ nenumato specialių taisyklių dėl įrodymų naštos perkėlimo, pastarojo laikotarpio bylos dėl diskriminavimo Konvencijos 14 str. pagrindu, numato gaires dėl įrodymų naštos perkėlimo įtvirtinto EB antidiskriminacinėse direktyvose, taikymo. Europos žmogaus teisių teismas pripažįsta, kad įrodymų naštos perkėlimo nuostatos turi būti taikomos neatsiejamai su Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos nuostatomis. Byloje Nachova v. Bulgaria⁴², Europos žmogaus teisių teismas pripažino ETT suformuluotą taisyklę, kad diskriminacijos byloms turi būti būdinga perkelti įrodymų našta atsakovui, kuris turi



⁴³ Byla Bekos and Koutropoulos v. Greece, ECommHR, App. No. 15250/02, 13 Dec. 2005.

⁴⁴ Byla Timishev v. Russia, ECtHR, App. No. 55762 & 55974/00, 13 Dec. 2005.

⁴⁵ Byla DH and Others v. the Czech Republic ECtHR, App. No. 57325/00 (Grand Chamber), 13 November 2007, <http://www.hrlrc.org.au/files/AX2SVXZLAD/DH%20-%20Czech%20Republic.pdf>. Žiūrėta 2008-06-22 d.

⁴⁶ Byla McDonnell Douglas Corp. v. Green, 411 U.S. 792, 802-04 (1973).

pateisinti savo nustatytą tvarką. Tai yra, remiantis Europos žmogaus teisių apsaugos konvencijos 14 str., valstybė, kuri byloje yra atsakovė, privalo pagrįsti, kad nustatyta tvarka yra protinga ir objektyviai pateisinama, atitinkanti Europos žmogaus teisių teismo jurisprudenciją dėl pateisinamumo. Tačiau teismas, nagrinėdamas minėtą bylą, iš pareiškėjų pareikalavo įrodymų dėl rasistinio motyvo ir išankstinio nusistatymo, tokiu būdu iškeldamas labai aukštus ir praktiškai neįvykdomus reikalavimus *prima facie* aplinkybėms, pateikiamoms ieškovo šiam faktui pagrįsti. Byloje Bekos and Koutropoulos v. Greece, Europos žmogaus teisių teismas vadovavosi Nachova byloje patvirtinta taisykle, kad bylose dėl įtariamo rasistinio smurto, pareiškėjai turi pateikti rasistinį motyvą pagrindžiančius įrodymus⁴³. Šis reikalavimas buvo sušvelnintas vėlesnėje Europos žmogaus teisių teismo jurisprudencijoje - 2005 m. gruodžio 13 d. sprendime Timishev v. Russia, kur pritaikytas metodas dėl įrodymų naštos perkėlimo atitinka pirmuosius nacionalinių teismų žingsnius diskriminavimo bylose⁴⁴, 2007 m. lapkričio 13 d. D.H. and Others v. The Czech Republic (no. 57325/00)⁴⁵ pripažintas statistikos metodas, perkeliantis įrodymų našta atsakovui netiesioginės diskriminacijos byloje.

JAV Aukščiausias teismas dėl įrodymų naštos perkėlimo yra pasisakęs Griggs v Duke Power Co (1971) byloje, McDonnell Douglas Corp. V Green (1973) byloje, St. Mary's Honor Centre v Hicks (1993) byloje ir kt. JAV įrodymų naštos perkėlimo metodas pirmą kartą pritaikytas McDonnell Douglas Corp. v. Green, 411 U.S. 792, 802-04 (1973) byloje (JAV)⁴⁶. Vadovaujantis McDonnell Douglas metodu, laikoma, kad *prima facie* aplinkybės įrodytos, jeigu darbuotojas diskriminacijos byloje pateikia įrodymus, kad jis: 1) priklauso asmenų grupei, ginamai įstatymo nuo diskriminacijos; 2) atitiko darbdavio keliamus teisėtus reikalavimus tuo metu kai patyrė nepalankų darbdavio vertinimą savo atžvilgiu; 3) patyrė nepalankų vertinimą iš darbdavio pusės savo atžvilgiu; 4) kitus asmenis, nepriklausančius direktyvų ginamai asmenų grupei, darbdavys traktavo palankiau.

3.3.Situacijos testavimas. Statistika. Klausimynas.

Esminis klausimas įrodymų naštos perkėlimo mechanizme, yra apibrėžti, kiek ir kokių aplinkybių (faktų) turi pateikti ieškovas, kad įrodymų našta pereitų atsakovui. Daugelyje valstybių teismų praktikoje naudojamas statistikos metodas, klausimynas, situacijos testavimo metodas, kurie paprastai pripažįstami oficialiais įrodymais, ir juos pateikus, įrodymų našta vienareikšmiškai perkeliama atsakovui.

Vienas pagrindinių metodų modeliuojant diskriminacijos bylą – situacijos testavimo metodas, kurio metu yra lyginama „testuojamojo“ (asmens turinčio savybę, kuri galimai gali sukelti nepalankų vertinimą) padėtis su padėtimi palyginamojo asmens (t.y. padėtimi asmens priklausančio priešingam statusui, t.y. neturinčiam savybės, kuri galimai gali sukelti nepalankų vertinimą). Taigi, jei savybė, skirianti šiuos du asmenis iš esmės yra vienintelė arba esminė, tai a priori skirtingų sąlygų sudarymas šiems dviem asmenims, gali būti paaiškintas tik tuo, kad sprendimą taikyti skirtingas sąlygas lėmė skirtinga esminė savybė (skirtingas amžius, rasė, religija, kt.), kas įrodo *prima facie* diskriminacijos faktą. Šis metodas labiausiai paplitęs tiesioginio diskriminavimo bylose⁴⁷. ETT ne kartą pasisakė, kad skirtingas asmenų traktavimas yra neteisingas tik tada, kai jis egzistuoja tarp individų tiesiogiai susijusioje panašioje situacijoje, o palyginimas gali būti ir hipotetinis⁴⁸. Netiesioginės diskriminacijos bylose palyginimas daromas tarp grupių asmenų, siekiant nustatyti ar yra neproporcingas nepalankus poveikis tam tikrai saugomai grupei⁴⁹. Testavimą (objektyvų aplinkybių patikrinimą) reikia atriboti nuo provokacijos (sąmoningas kurstymas padaryti nusikalstamą veiką) ar nusikal-

⁴⁷ I. Rorive "Situation Tests in Europe: Myths and Realities" 2006 European Anti - Discrimination Law Review Issue 3, 31.

⁴⁸ MacCarthy v. Smith Case 129/79 [1980] ECR 1275; Dekker Case C-177/88, Dekker ECR I-394; Shumacker Case C-279/93 [1995] ECR I-225, kt.

⁴⁹ Plačiau byloje O'Flynn Case C-237/94 [1996] ECR I-2617; Worringham and Humphreys Case 69/80 [1982] ECR 767.

stamos veikos imitavimo. Teisės teoretikai, pavyzdžiui Olivier De Shutter, atkreipia dėmesį į tai, kad taikant situacijos testavimą, kaip metodą taikomą įrodyti prima facie aplinkybes diskriminavimo byloje, svarbu išvengti provokacijos, užtikrinti metodo taikymo teisėtumą, todėl rekomenduojama sukurti ir patvirtinti testavimo metodiką⁵⁰. Siekiant užtikrinti testavimo autentiškumą, korektiškumą, išvengti provokacijos, patariama į testavimą įtraukti pasyvius nesuinteresuotus stebėtojus, pvz. antstolius. Tačiau, iš kitos pusės, diskriminavimo bylose negali būti keliami labai aukšti reikalavimai prima facie aplinkybėms, nes tai neužtikrintų efektyvaus lygiateisiškumo principo įgyvendinimo praktikoje. Pavyzdžiui, Montpellier (Prancūzija) apeliacinis teismas, konstatavo, kad testavimo procedūra, panaudota SOS Regime organizacijos, turint tikslą įrodyti galimą diskriminacinę praktiką etninės kilmės pagrindu, patenkant į diskotekas ir barus Prancūzijoje, pažeidė bendrąjį sąžiningumo principą. Šis sprendimas buvo panaikintas Kasacinio teismo, nurodant, kad padarytas teisės pažeidimas diskriminavimo byloje gali būti įrodytas bet kokiomis įrodomosiomis priemonėmis („*tout mode de preuve*“). Lietuvos ir Europos Sąjungos teismų praktikoje žodis „provokacija“ vartojamas nusikalstamų veikų, baudžiamosios teisės kontekste. Vadovaujantis LR Operatyvinės veiklos įstatymu, provokacija - tai spaudimas, aktyvus skatinimas ar kurstymas padaryti nusikalstamą veiklą apribojant asmens veiksmų pasirinkimo laisvę, jei dėl to asmuo padaro ar kėsina padaryti nusikalstamą veiklą, kurios prieš tai neketino padaryti. LR Konstitucinio teismo nutarimuose „provokacija“ taip pat minima tik nusikalstamos veikos tyrimo kontekste⁵¹. Pažymėtina, kad bendrine reikšme aiškinant sąvoką „provokacija“, šis žodis Tarptautinių žodžių žodyne apibrėžiamas kaip pastangos dirbtinai sukelti kokius nors veiksmus, kieno nors reakciją; asmenų, organizacijų ar šalių kurstymas kam nors kenkti; policijos arba priešiška nusiteikusių partijos agento, prasiskverbusio į organizaciją, veikla, kuria stengiamasi diskredituoti tą organizaciją, kenkti jai.

Tuo tarpu žodžio „testavimas“ reikšmė yra visiškai kitokia - tai tyrimo metodas, skirtas patvirtinti (verifikuoti) arba paneigti stebėjimų teorinį paaiškinimą (hipotezė). Testavimo metodas buvo išrastas ir pradėtas naudoti Didžiojoje Britanijoje, Rasinės lygybės komisijos, kaip vienas iš įrankių kovai su diskriminacija dėl rasės ar etninės priklausomybės. Šiuo metu testavimo metodas yra plačiai naudojamas diskriminavimo bylose įvairiose Europos šalyse: Prancūzijoje, Didžiojoje Britanijoje, Vengrijoje, Slovakijoje, Belgijoje bei kitose šalyse. Testavimas yra bendra nusistovėjusi praktika, kurią taiko nevyriausybinės organizacijos. Testavimui atlikti jokiuose teisės aktuose specialūs reikalavimai nėra keliami. Tačiau atriboti testavimą nuo provokacijos nėra sudėtinga. Pagrindinis skirtumas tarp šių sąvokų yra tas, kad provokacijos atveju susiduriama su sąmoningu kurstymu, o testavimo atveju siekiama **objektyvaus aplinkybių patikrinimo**. Testavimo metodikos, kaip priemonės nustatyti faktinę situaciją, paprastai imamas visoms kitoms aplinkybėms leidus pagrįstai manyti, jog tiesioginės diskriminacijos požymių yra.

Statistika - plačiai naudojamas metodas įrodyti prima facie aplinkybes diskriminavimo byloje⁵². Dažniau taikoma netiesioginės diskriminacijos byloje, kaip būdas nustatyti mažiau palankias sąlygas asmeniui, kai darbdavio taikomos sąlygos, kriterijai ar praktika iš pirmo žvilgsnio yra neutralūs. Direktyvų preambulių 15 p. numato galimybę taikyti statistikos metodą: „faktų, pagal kuriuos galima daryti prielaidą, jog buvo tiesioginė ar netiesioginė diskriminacija, įvertinimas yra nacionalinių teismų ar kitų kompetentingų institucijų reikalas pagal nacionalinę teisę ar praktiką. Tokioje taisyklėse visų pirma gali būti numatyta bet kokiomis, įskaitant statistiniais įrodymais paremtas, priemonėmis nustatyti netiesioginę diskriminaciją.“

Didžiojoje Britanijoje antidiskriminacinė teisė ir praktika plačiai naudoja klausimyną kaip

⁵⁰ O. De Shutter. Proving discrimination. http://www.era.int/web/en/resources/5_1095_3057_file_en.4441.pdf

⁵¹ LR Konstitucinio teismo 2000-05-08 d. nutarimas.

⁵² Byla Handals-OG Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening ex parte Danfoss Case C-109/88 [1989] ECR 3199; Seymour-Smith and Perez Case C-167/97 [1999] ECR I-623, kt.

prima facie aplinkybę perkeliančią įrodymų našta atsakovui⁵³. Jo procedūra suteikia galimybę diskriminaciją patyrusiems asmenims pateikti klausimus darbdaviui dėl diskriminacinės aplinkos darbe. Įvertinę darbdavio pateiktus atsakymus, teismai gali padaryti atitinkamas išvadas dėl diskriminacinės arba nediskriminacinės aplinkos darbe. O tai vertinama kaip netiesioginiai įrodymai, patvirtinantys/paneigiantys diskriminacinį veiksmą. Be pateisinamos priežasties darbdaviui nepateikus atsakymų į klausimyno klausimus, teismas ar kita kompetentinga institucija gali pripažinti diskriminacijos faktą⁵⁴.

Lietuvoje nei civilinio proceso normos, nei materialinė teisė neįtvirtina aukščiau nurodytų priemonių, kurios galėtų būti taikomos diskriminacijos bylose. Tačiau to ir neuždraudžia. LR CPK numato, kad „įrodymais civilinėje byloje yra bet kokie faktiniai duomenys, kuriais remdamasis teismas įstatymų nustatyta tvarka konstatuoja, kad yra aplinkybių, pagrindžiančių šalių reikalavimus bei atsikirtimus, ir kitokių aplinkybių, turinčių reikšmės bylai teisingai išspręsti, arba kad jų nėra“ (LR CPK 177 str. 1d.). Civilinei teisei demokratinio režimo valstybėse būdingas dispozityvusis teisinio reguliavimo metodas, suteikiantis teisinio santykio dalyviams savarankiškumą pasirenkant vieną ar kitą elgesio variantą (*quod lege non prohibetum, licetum est*)⁵⁵. Manytina, kad teismai neturėtų atsisakyti priimti ir vertinti šiuos *prima facie* aplinkybes pagrindžiančius įrodymus. Pavyzdžiui, LAT aiškindamas LR CPK 177 str. 3 d. įtvirtintą nuostatą, pagal kurią įrodinėjimo priemonėmis gali būti nuotraukos, vaizdo bei garso įrašai, padaryti nepažeidžiant įstatymų, pasisakė, jog nustačius, kad asmuo elgiasi nesąžiningai ir tokį savo elgesį bando slėpti privatumo apsaugos motyvais, teismas gali atsisakyti ginti jo privatumo teisę⁵⁶. Ar konkrečioje situacijoje informacijos rinkimas laikytinas asmens privatumo pažeidimu, ar pateisintinas ir privatumas negintinas, priklauso nuo panaudoto fiksavimo būdo, priemonių, užfiksuotos informacijos panaudojimo tikslo. Įrašomos informacijos apimtis kartais gali rodyti, koku mastu asmuo vykdo veiklą, galinčią pažeisti kito asmens teises. Jeigu įrašą siekiama panaudoti viešame teismo posėdyje pažeidžiamoms teisėms ginti, kaip įrodymą, ir tik tokiu tikslu jis padaromas ir naudojamas, tai išvardintų aplinkybių visuma leistų daryti išvadą, kad fiksuojančio pokalbį asmens veiksmai buvo grindžiami jo siekimu ginti pažeistą teisę, o garso įrašo darymas aiškinamas tik būtinumu geriau įrodyti jam palankias reikšmingas aplinkybes, bet ne pažeisti kito asmens privatumą⁵⁷.

Pažymėtina, kad klausimai: kaip reikia suprasti „aplinkybes, leidžiančias daryti prielaidą dėl tiesioginės ar netiesioginės diskriminacijos“ pagal Direktyvos 8 straipsnio 1 dalį, kaip griežtai nacionalinis teismas turi elgtis, vertindamas aplinkybes, leidžiančias daryti prielaidą dėl diskriminacijos ir kiti, susiję su įrodymų naštos perkėlimu atsakovui diskriminavimo bylose, buvo nagrinėti Europos Teisingumo Teismo. Europos Teisingumo Teismas, 2008 m. liepos 10 d. sprendimu minėtoje byloje, nurodė koku būdu įrodymų naštos perkėlimo taisyklė turi būti taikoma situacijose, kai teiginiai dėl diskriminuojančios įdarbinimo politikos buvo formuluojami remiantis darbdavio viešais pareiškimais. Tokios aplinkybės, kurios leistų daryti prielaidą dėl diskriminacinės įdarbinimo politikos, yra pareiškimai, kuriais darbdaviys viešai paskelbia, kad laikydamasis įdarbinimo politikos jis neįdarbins tam tikros etninės kilmės, rasės ar kitos kategorijos, patenkančios į diskriminuojamųjų sąrašą, darbuotojų. Šiuo atveju būtent darbdavys privalo įrodyti, kad tikroji įmonės įdarbinimo praktika neatitinka viešų pareiškimų. Šiuo atveju, teismas tikrins, ar aplinkybės, kuriomis kaltinama, yra nustatytos, ir ar pakanka įrodymų, kuriais darbdavys remiasi, tvirtindamas, kad jis nepažeidė vienodo požiūrio principo⁵⁸.

⁵³ A. McColgan, *Discrimination Law. Text, Cases and Materials*, 2nd edn, 2005, Oxford and Portland, Oregon.

⁵⁴ King v Great Britain - China Centre [1991] IRLR 513.

⁵⁵ „viskas, kas neuždrausta pozityviosios teisės normu, leidžiama“.

⁵⁶ 2006-04-19 d. LAT nutartis c.b. Nr. 3K-3-271/2006. www.lit.lt.

⁵⁷ 2002-11-20 d. LAT nutartis 3K-3-1406/2002. www.lit.lt.

⁵⁸ byla C-54/07 pagal Arbeidshof de Bruxelles (Belgija) prašymą priimti prejudicinį sprendimą

4. Teisminės ir administracinės procedūros.

„Kiekvienas fizinis ir juridinis asmuo turi teisę pateikti lygių galimybių kontrolieriui skundą dėl lygių teisių pažeidimo“, „asmuo, manantis, kad buvo pažeistos jo lygios galimybės, turi teisę kreiptis į lygių galimybių kontrolierių“ - numato LR Lygių galimybių bei LR moterų ir vyrų lygių galimybių įstatymai. Skunde be bendrai skundams keliamų reikalavimų (adresatas, pareiškėjo vardas, pavardė ar institucijos pavadinimas ir adresas; apskundžiamų institucijų pavadinimai ar asmenų vardai, pavardės ir institucija, kurioje jie dirba, kt.), turi būti apibūdintas skundžiamas sprendimas arba skundžiami veiksmai, nurodytas jų padarymo laikas ir aplinkybės, o skundo pabaigoje formuluojamas prašymas lygių galimybių kontrolieriui. Įstatymas taip pat numato, kad skundo reikalavimų nesilaikymas ar rekvizitų nenurodymas negali būti pagrindas atsisakyti nagrinėti skundą. Tokiu būdu palengvinama diskriminaciją patyrusio asmens galimybė kreiptis dėl savo pažeistos teisės gynbos. Prie skundo gali būti pridedamas nuorašas ginčijamo sprendimo, turimi įrodymai ir jų aprašymas, gali būti pateikiamas sąrašas siūlomų apklausti asmenų su jų adresais ir nurodymu, kokias aplinkybes kiekvienas iš jų gali patvirtinti. Skundas Lygių galimybių kontrolieriui paduodamas per 3 mėnesius nuo skundžiamų veiksmų padarymo. Tačiau Lygių galimybių kontrolierius gali nuspręsti, kad praleidus nustatytą kreipimosi terminą, skundas vis tik gali būti priimtas ir nagrinėjams. Išnagrinėjęs skundą Lygių galimybių kontrolierius priima sprendimą, kuris gali būti skundžiamas LR administracinių bylų teisenos įstatyme numatyta tvarka.

LR Moterų ir vyrų lygių galimybių įstatymas nurodo, kad asmuo, patyręs diskriminaciją dėl lyties, seksualinį priekabiavimą ar priekabiavimą, turi teisę reikalauti iš kaltų asmenų atlyginti turtinę ir neturtinę žalą Lietuvos Respublikos civilinio kodekso nustatyta tvarka. Atitinkamą nuostatą numato ir LR lygių galimybių įstatymas, pagal kurį „asmuo, patyręs diskriminaciją lyties, rasės, tautybės, kalbos, kilmės, socialinės padėties, tikėjimo, įsitikinimų ar pažiūrų, amžiaus, lytinės orientacijos, negalios, etninės priklausomybės, religijos pagrindu, turi teisę reikalauti iš kaltų asmenų atlyginti turtinę ir neturtinę žalą įstatymų nustatyta tvarka“. Taigi, priklausomai nuo to, kokioje srityje asmuo patyrė diskriminaciją, inicijuojant bylą reikia remtis atitinkamai LR civiliniu kodeksu, LR darbo kodeksu, LR valstybės tarnybos įstatymu bei LR civilinio proceso kodeksu ar LR administracinių bylų teisenos įstatymu.

Atkreiptinas dėmesys, kad pagal *LR baudžiamojo kodekso* 170 straipsnio 1 dalį baudžiamojon atsakomybėn traukimas tas, kas viešais pareiškimais žodžiu, raštu ar panaudodamas visuomenės informavimo priemonę tyčiojosi, niekino, skatino neapykantą ar kurstė diskriminuoti žmonių grupę ar jai priklausančią asmenį dėl lyties, seksualinės orientacijos, rasės, tautybės, kalbos, kilmės, socialinės padėties, tikėjimo, įsitikinimų ar pažiūrų. Pagal LR baudžiamojo kodekso 170 straipsnio 2 dalį baudžiamojon atsakomybėn traukimas tas, kas viešai kurstė smurtauti, fiziškai susidoroti su žmonių grupe ar jai priklausančiu asmeniu dėl lyties, seksualinės orientacijos, rasės, tautybės, kalbos, kilmės, socialinės padėties, tikėjimo, įsitikinimų ar pažiūrų arba finansavo ar kitaip materialiai rėmė tokią veiklą.

