

SVEUČILIŠTE U ZAGREBU

PRAVNI FAKULTET

© Copyright

Sva su prava pridržana.

Nije dopušteno umnožavanje (reproduciranje), stavljanje u promet (distribucija), stavljanje na raspolaganje javnosti, priopćavanje javnosti te prerada u bilo kojem obliku bez posebnog dopuštenja Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

Nakladnik:

Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Za nakladnika:

Prof. dr. sc. Hrvoje Sikirić

Urednik nakladničke djelatnosti:

Prof. dr. sc. Igor Gliha

Recenzenti:

Prof. dr. sc. Nada Bodiroga Vukobrat

Izv. prof. dr. sc. Barbara Kresal

Izv. prof. dr. sc. Mario Vinković

Oblikovanje korica:

Ivan Rubčić

(Hand studio d.o.o.)

Priprema i tisak:

Tiskara Zelina d.d. Sveti Ivan Zelina

ISBN 978-953-270-081-7

CIP zapis dostupan u računalnom katalogu Nacionalne i sveučilišne knjižnice u Zagrebu pod brojem 866887

Knjiga objavljena u okviru znanstvenog projekta "Prilagodba hrvatskog radnog i socijalnog prava europskom socijalnom modelu", provedenog uz potporu Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske.

Željko Potočnjak

Ivana Grgurev

Andrea Grgić

PERSPEKTIVE ANTIDISKRIMINACIJSKOG PRAVA

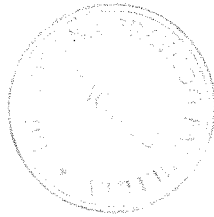


Zagreb, 2014.

UVODNA RIJEČ

U organizaciji Katedre za radno i socijalno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, u sklopu projekta „Prilagodba hrvatskog radnog i socijalnog prava europskom socijalnom modelu“ Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta, te Hrvatske udruge za radno pravo i socijalnu sigurnost, 26. listopada 2012. održan je međunarodni znanstveni skup „Perspektive antidiskriminacijskog prava.“ Na tom skupu izloženi radovi dio su ovog zbornika, kojeg mi kao urednici s ponosom predstavljamo.

Zbornik je podijeljen u dvije cjeline. U prvoj je rad dvoje urednika ovog zbornika prof. dr. sc. Željka Potočnjaka i Andree Grgić koji je namijenjen boljem razumijevanju ključnih pojmova antidiskriminacijskog prava, dakle, namijenjen je i onima koji se po prvi puta susreću s pravnom koncepcijom zabrane diskriminacije. Ocijenili smo da postoji potreba za takvim radom zbog činjenice da hrvatska praksa još uvijek ima problema u razumijevanju koncepcije antidiskriminacijskog prava, te vjerujemo kako će taj rad doprinijeti njenom boljem razumijevanju. Drugu cjelinu čine radovi izloženi na gore spomenutom skupu. Prof. dr. sc. Senad Jašarević i doc. dr. sc. Mehmed Hadžić u svojim su nam radovima približili antidiskriminacijsko pravo Srbije i Bosne i Hercegovine u području radnih odnosa. Dr. sc. Dubravka Šimonović objasnila je razvoj zaštite žena na međunarodnom i regionalnom planu kroz odredbe Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije prema ženama (CEDAW) i Istanbulske konvencije. Doc. dr. sc. Andrijana Bilić objasnila je odnos fleksibilizacije uvjeta rada i ravnopravnosti spolova. Izv. prof. dr. sc. Ivana Grgurev ponudila je rješenja usmjerena sprječavanju diskriminacije trudnica na tržištu rada. Prof. dr. sc. Željko Potočnjak i Andrea Grgić u svom su radu objasnili iznimno važan segment antidiskriminacijskog prava – iznimke i opravdanja od zabrane diskriminacije. Dr. sc. Antonija Petričušić se koncentrirala na presudu Europskog suda za ljudska prava *Sejdić i Finci* i na činjenicu postojanja institucionalne diskriminacije nacionalnih manjina u Bosni i Hercegovini. Mr. sc. Tena Šimonović ukazala je na problem neučinkovitosti u borbi protiv diskriminacije Roma na razini Europske unije te ponudila svoja rješenja tog problema. Doc. dr. sc. Snježana Vasiljević se pozabavila temom razlika i sličnosti između američkog i europskog poimanja zabrane diskriminacije.



Uvjereni smo kako će raznolikost tema i njihova aktualnost privući čitatelje i pokazati rezultate istraživanja znanstvenika koji su posvećeni razvoju antidiskriminacijskog prava.

Pored zahvalnosti autorima na vrijednim radovima, posebnu zahvalnost dugujemo asistentici Ivi Čatipović na velikoj pomoći pri pripremi rukopisa za objavu.

U Zagrebu, 23. prosinca 2013.

Željko Potočnjak, Ivana Grgurev i Andrea Grgić

SADRŽAJ

Prof. dr. sc. Željko Potočnjak, Andrea Grgić: Osnovni pojmovi i koncepcije o zabrani diskriminacije u radnom pravu	1
Prof. dr. sc. Senad Jašarević: Antidiskriminaciono pravo Srbije u oblasti rada i standardi Evropske unije	49
Doc. dr. sc. Mehmed Hadžić: Zabrana diskriminacije u radnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini	67
Dr. sc. Dubravka Šimonović: Razvoj i sinergija globalne CEDAW konvencije i regionalne europske Istanbulske konvencije kao instrumenata za uklanjanje diskriminacije i nasilja nad ženama ...	85
Doc. dr. sc. Andrijana Bilić: Ravnopravnost spolova u kontekstu fleksibilnih oblika rada	99
Izv. prof. dr. sc. Ivana Grgurev: Diskriminacija trudnih radnica: kako uspješno pomiriti trudnoću sa zahtjevima tržišta?	133
Prof. dr. sc. Željko Potočnjak, Andrea Grgić: Izuzeci i opravdanja kod zabrane diskriminacije	153
Dr. sc. Antonija Petričušić: Kako osigurati opstanak „Ostalih“: dokidanje institucionalne diskriminacije nacionalnih manjina u Bosni i Hercegovini	199
Mr. sc. Tena Šimonović Einwalter: Pravo EU u borbi protiv diskriminacije Roma: kojim putem naprijed?	237
Doc. dr. sc. Snježana Vasiljević: Izazovi suvremenog antidiskriminacijskog prava – svjetlo na kraju tunela?	267

OSNOVNI POJMOVI I KONCEPCIJE O ZABRANI DISKRIMINACIJE U RADNOM PRAVU

Prof. dr. sc. Željko Potočnjak*
Andrea Grgić, mag. iur.**

Polazeći od teze da je hrvatsko antidiskriminacijsko pravo u području radnih odnosa postalo iznimno složeno radi brojnih međunarodnih izvora, prava EU i nacionalnih propisa koji ga uređuju, autori u uvodnom radu zbornika izlažu njegovu koncepciju i analiziraju osnove pojmove.

Ključne riječi: antidiskriminacijsko radno pravo, Hrvatska, izvori prava, pojam diskriminacije, obveze poslodavca, teret dokazivanja, sankcioniranje diskriminacije

1. UVOD

Radnici su, bilo kao pojedinci ili kao skupina, često izloženi diskriminaciji. Stoga je antidiskriminacijsko pravo naročito razvijeno u svezi s radnim odnosima.¹ Takav razvoj možemo pratiti kako u području međunarodnog prava

* Dr. sc. Željko Potočnjak, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

** Andrea Grgić, mag. iur., asistentica, Pravni fakultet u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb. Ovaj rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Prilagodba hrvatskog radnog i socijalnog prava europskom socijalnom modelu“ (voditelj: prof. dr. sc. Željko Potočnjak) kojeg financira Ministarstvo znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske.

¹ Ovaj rad nastavak je našeg višegodišnjeg, pojedinačnog i zajedničkog, bavljenja različitim pravnim aspektima diskriminacije sadržanim u radovima: Potočnjak, Ž., *Zabrana diskriminacije, uznemiravanja i spolnog uznemiravanja u radnim odnosima*, u: Crnić, I. et al., *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, Organizator i Pravni fakultet, Zagreb, 2007., str. 47-99; Potočnjak, Ž.; Gr-gurev, I., *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog diskriminacije na radu*, u: Crnić, Ivica et al., *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povreda prava osobnosti u vezi s radom: mobing, dostojanstvo, diskriminacija, izloženost štetnim utjecajima, ozljede na radu, profesionalna oboljenja i dr.*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 43-86; Potočnjak, Ž., *Pojam, osnove, oblici i izuzeci od zabrane diskriminacije nakon donošenja Zakona o suzbijanju diskriminacije i novelacije Zakona o ravnopravnosti spolova*, u: Ruždjak, M. (ur.), *Radni odnosi u praksi*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 19-48; Potočnjak, Ž.; Grgić A., *Važnost prakse Europskog suda za ljudska prava i Europskog suda pravde za razvoj hrvatskoga antidiskriminacijskog prava*, u: Barbić, J. et al. (ur.), *47. susret pravnika Opatija 2009.*, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2009., str. 47-108; Potočnjak, Ž.; Grgić, A., *Odnos Zakona o suzbijanju diskriminacije s Ustavom i drugim zakonima koji zabranjuju diskriminaciju*, u: Šimonović Einwalter, T. (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009., str. 125-140; Potočnjak, Ž.; Grgić, A., *Važnost prakse Europskog suda za ljudska prava i Europskog suda pravde za razvoj hrvatskog antidiskriminacijskog prava*, u: Crnić, I. et al., *Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva*

i pravu EU, tako i u nacionalnim zakonodavstvima. U Republici Hrvatskoj (dalje u tekstu: RH ili Hrvatska) je također razvoj antidiskriminacijskog radnog prava, barem na normativnoj razini, bio naročito snažan između 1995. godine (godine donošenja Zakona o radu – dalje u tekstu: stari ZR)² te 2008. godine (godine donošenja **Zakona o suzbijanju diskriminacije** – dalje u tekstu: ZSD³ i ponovnog donošenja **Zakona o ravnopravnosti spolova**⁴ - dalje u tekstu: ZRS). Nakon zakonskih promjena iz 2008. godine intenzivira se suzbijanje diskriminacije i u područjima obrazovanja, prodaje roba i pružanja usluga te političkih odnosa.

Na razvoj hrvatskog antidiskriminacijskog prava posebno snažno utjecalo je, s jedne strane, **članstvo RH u Vijeću Europe i ratifikacija Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda** (dalje u tekstu: EKLJP),⁵ a s druge strane, **pripreme RH za članstvo u Europskoj uniji** (dalje u tekstu: EU). Kako je ZSD od 1. siječnja 2009. postao glavni i opći izvor hrvatskog antidiskriminacijskog prava, u novom **Zakonu o radu**, koji je u primjeni od 1. siječnja 2010. (u daljnjem tekstu: ZR),⁶ bitno su reducirane odredbe o suzbijanju diskriminacije (sada uglavnom svedene na zabranu **spolne diskriminacije pri plaćanju rada** te nejednakog postupanja s obzirom na **trajanje radnog vremena, trajanje radnog odnosa, svojstvo ustupljenog radnika te zaštitu dostojanstva radnika**). Pored toga, posljednjih nekoliko godina u tridesetak zakona barem je u jednoj odredbi spomenuta zabrana diskriminacije.⁷ Pri takvom stanju stvari **hrvatsko antidiskriminacijsko pravo, kako ono opće tako i ono posebno koje se primjenjuje na radne odnose, postalo je iznimno složeno**. Osim relativno brojnih **nacionalnih izvora** pri primjeni treba voditi računa i o brojnim **međunarodnim ugovorima** koji obvezuju RH te pravu EU jer su nacionalni izvori često oblikovani pod njihovim utjecajem (naročito se to odnosi na EKLJP te

u praksi, Centar za mirovne studije, Zagreb, 2011., str. 6-67; Potočnjak, Ž.; Grgurev, I.; Grgić, A., *Dokazivanje prima facie diskriminacije*, u: Uzelac, A. et. al. (ur.), *Liber amicorum Mihajlo Dika - Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku, Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe*, Pravni fakultet, Zagreb, 2013., str. 323-347. Utoliko su i u ovaj rad preuzeti pojedini pojmovi, podijele i dijelovi sadržani u tim radovima.

² Zakon o radu (Narodne novine, br. 38/95, 54/95, 65/95, 102/98, 17/01, 82/01, 114/03, 123/03, 142/03, 30/04 i 68/05 – Odluka Ustavnog suda RH).

³ Zakon o suzbijanju diskriminacije (Narodne novine, br. 85/08, 112/12).

⁴ Zakon o ravnopravnosti spolova (Narodne novine, br. 82/08). Zakon o ravnopravnosti spolova (Narodne novine, br. 116/03) iz 2003. godine ukinut je odlukom Ustavnog suda RH, U-I-2696/2003 od 16. siječnja 2008. godine jer nije bio donesen potrebnom većinom glasova.

⁵ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 6/99, 8/99, 14/02, 9/05, 1/06).

⁶ Zakon o radu (Narodne novine, br. 149/09, 61/11, 82/12 - Zakon o kriterijima za sudjelovanje u tripartitnim tijelima i reprezentativnosti za kolektivno pregovaranje, 73/13).

⁷ Za instruktivan popis propisa u kojima je bila spomenuta odredba o zabrani diskriminacije v. Potočnjak, Ž.; Grgić, A., *Odnos Zakona o suzbijanju diskriminacije s Ustavom i drugim zakonima koji suzbijaju diskriminaciju, op. cit.*, bilj. 1., str. 132.

primarne i sekundarne izvore prava EU⁸) te zato što je praksa njihove primjene bogatija i razvijenija u odnosu na vrlo skromnu nacionalnu sudsku praksu. Pristupanjem Hrvatske EU, pravo EU je dobilo dodatan značaj jer sačinjava sastavni dio hrvatskog pravnog poretka,⁹ imajući prednost pred svim¹⁰ suprotnim nacionalnim normama (načelo nadređenosti prava EU).

Stoga ćemo u ovom uvodnom radu zbornika nastojati objasniti osnovne pojmove domaćeg antidiskriminacijskog prava u području radnih odnosa. Rad započinjemo kratkim pregledom najvažnijih domaćih i međunarodnih izvora antidiskriminacijskog prava. Nakon razmatranja pojma i oblika diskriminacije, izložimo obveze poslodavca u vezi sa zabranom diskriminacije. U nastavku ukazujemo na teret dokazivanja i druge posebnosti sudske zaštite u građanskim antidiskriminacijskim postupcima kako bismo se, neposredno prije zaključka, dotakli pitanja sankcioniranja diskriminatorskog postupanja.

2. IZVORI ANTIDISKRIMINACIJSKOG PRAVA

Čl. 14. Ustava RH najvažniji je izvor hrvatskog antidiskriminacijskog prava.¹¹ Prema st. 1. toga članka „[s]vatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim okolnostima“. Prema st. 2. istoga članka „[s]vi su pred zakonom jednaki“. Pored toga, važna je i odredba **čl. 3. Ustava RH** prema kojoj su, među ostalim, „jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova [...] najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava“. Osim po značaju pravne norme najviše pravne snage, odredba čl. 14. st. 1. Ustava RH važna je i zbog činjenice što sadrži **otvorenu listu zabranjenih osnova diskriminacije** jer kaže da je zabranjeno diskriminirati i po „drugim okolnostima“. Tako stilizirana pravna norma omogućava zakonodavcu, sudovima i drugim stvarateljima i primjiteljima prava da ovisno o razvoju društvenih odnosa utvrde i neke druge osobine po kojima je zabranjeno razlikovati građane. Za određivanje dosega

⁸ Pod pravom EU podrazumijevamo pravo koje se temelji na Ugovoru o Europskoj uniji (pročišćena inačica), SL C 326, 26. 10. 2012. (dalje u tekstu: UEU), Ugovoru o funkcioniranju Europske unije (pročišćena inačica iz 2012.), SL C 326, 26. 10. 2012. (dalje u tekstu: UFEU) te Ugovoru o uspostavljanju Europske zajednice za atomsku energiju (pročišćena inačica), SL C 327, 26. 10. 2012. (dalje u tekstu: EUROATOM). Pod pojmom „primarno pravo EU“ podrazumijevamo odredbe UEU, UFEU i EUROATOM. Pod pojmom „sekundarno pravo EU“ misli se na pravo koje proizlazi iz odredaba pravnih akata EU donesenih temeljem odredaba UEU, UFEU i EUROATOM.

⁹ Sud EU, C-6/64 *Flaminio Costa* (1964) ECR 00585.

¹⁰ Ovo obuhvaća čak i ustavne norme. Sud EU, C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) ECR 1125.

¹¹ Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10) dalje u tekstu: Ustav RH.

antidiskriminacijske zaštite važne su, kako ćemo pokazati u našem drugom radu u ovom zborniku,¹² i odredbe čl. 16. Ustava RH u kojima je sadržano načelo razmjernosti te čl. 17. Ustava RH o mogućnosti ograničenja temeljnih ljudskih prava u doba rata i nekih drugih izvanrednih stanja.

S obzirom da prema čl. 141. Ustava RH međunarodni ugovori koji su sklopljeni, potvrđeni i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjeg pravnog poretka, a po pravnoj su snazi iznad zakona, posebno ukazujemo na neke međunarodne ugovore koji imaju važne antidiskriminacijske odredbe. Među takve međunarodne ugovore spadaju naročito: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima,¹³ Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima,¹⁴ Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije¹⁵, Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena,¹⁶ Konvencija o pravima djeteta¹⁷ te Konvencija o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom.¹⁸

U okviru Međunarodne organizacije rada (dalje u tekstu MOR) za suzbijanje diskriminacije naročito su značajne Konvencija br. 100 o jednakosti plaća radnika i radnica za rad jednake vrijednosti,¹⁹ Konvencija br. 111 o diskriminaciji u odnosu na zaposlenje i zanimanje,²⁰ Konvencija br. 156 o jednakim mogućnostima i jednakom tretmanu radnika i radnica: radnici s obiteljskim obvezama²¹ te Konvencija br. 159 o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom.²²

¹² Potočnjak, Ž.; Grgić, A., *Izuzeci i opravdanja kod zabrane diskriminacije*.

¹³ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima od 16. prosinca 1966. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93).

¹⁴ Međunarodni pakt o gospodarskim socijalnim i kulturnim pravima od 16. prosinca 1966. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93).

¹⁵ Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije od 7. ožujka 1966. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93).

¹⁶ Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena od 18. prosinca 1979. (CEDAW) (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93, 3/01, 4/01, 15/03).

¹⁷ Konvencija o pravima djeteta od 20. studenog 1989. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93, 20/97, 4/98, 13/98, 5/02, 7/02, 2/03).

¹⁸ Konvencija o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/07 i 5/08). Kako je EU stranka ove konvencije, ona je sastavni dio njezinog pravnog poretka s posljedicom da je Direktivu Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenog 2000. koja uspostavlja opći okvir za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja, SL L 303, 2. 12. 2000. (dalje u tekstu: Direktiva 2000/78/EZ), koja zabranjuje diskriminaciju temeljem invaliditeta nužno tumačiti sukladno toj konvenciji. V. Sud EU, spojeni predmeti C-335/11 i C-337/11 *Ring i Werge* (2013) ECR I-0000.

¹⁹ Konvencija br. 100 o jednakom nagrađivanju muške i ženske radne snage za rad jednake vrijednosti od 29. lipnja 1951. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/95).

²⁰ Konvencija br. 111 koja se odnosi na diskriminaciju u pogledu zapošljavanja i zanimanja od 25. lipnja 1958. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 2/94).

²¹ Konvencija br. 156 o jednakim mogućnostima i tretmanu za radnike i radnice (radnici s obiteljskim obvezama) od 23. lipnja 1981. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/95).

²² Konvencija br. 159 o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju invalida od 20. lipnja 1983. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/95).

U okviru Vijeća Europe značajne antidiskriminacijske odredbe i učinke imaju EKLJP i protokoli uz tu konvenciju (osobito Protokol 12 koji značajno širi područje antidiskriminacijske zaštite), Europska socijalna povelja²³ te Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina.²⁴

Iako je razvoj antidiskriminacijskog prava EU počeo od samo jedne odredbe o jednakosti plaća žena i muškaraca (čl. 119. Ugovora o europskoj ekonomskoj zajednici),²⁵ danas je antidiskriminacijsko pravo EU iznimno razvijeno i sadržano u primarnim i sekundarnim izvorima prava EU. Razvoju tog prava značajno je pridonio Sud Europske unije (dalje u tekstu: Sud EU). Od primarnih izvora antidiskriminacijskog prava EU posebno ističemo odredbe čl. 19. i 157. UFEU te odredbu čl. 21. Povelje o temeljnim pravima EU.²⁶ Među sekundarnim, sada važećim, a za radne odnose važnim izvorima prava bitne su Direktiva 2000/43/EZ o primjeni načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o rasi i etničkom podrijetlu²⁷, Direktiva 2000/78/EZ o općem okviru za jednako postupanje pri zapošljavanju i odabiru zvanja,²⁸ Direktiva 2006/54/EZ o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada (preinaka),²⁹ Direktiva 92/85/EEZ o trudnim radnicama,³⁰ Direktiva 2010/18/EU o roditeljskom dopustu,³¹ Direktiva 99/70/EZ o radu na određeno vrijeme,³² Direktiva 97/81/EZ o radu

²³ Europska socijalna povelja od 18. listopada 1961. (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 15/02, 3/03) te revidirana Europska socijalna povelja od 3. svibnja 1996. (potpisana 6. studenog 2009., neratificirana na dan 30. 3. 2013. dostupno na: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?PO=Cro&MA=999&SI=3&CM=3&CL=ENG>) (30.3.2013.).

²⁴ Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 14/97).

²⁵ Ugovor o osnivanju Europske ekonomske zajednice od 25. 3. 1957., dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11957E/TXT:FR:PDF>. (5.5.2013.)

²⁶ Povelja o temeljnim pravima Europske unije, SL C 326, 26. 10. 2012.

²⁷ Direktiva Vijeća 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o implementaciji načela jednakog postupanja između osoba neovisno o rasnom ili etničkom podrijetlu (neslužbeni prijevod), SL L 180, 19. 7. 2000. (dalje u tekstu: Direktiva 2000/43/EZ).

²⁸ Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenog 2000. koja uspostavlja opći okvir za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja, SL L 303, 2. 12. 2000.

²⁹ Direktiva 2006/54/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. lipnja 2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada (preinaka), SL L 204, 26. 7. 2006.

³⁰ Direktiva Vijeća 92/85/EEZ od 19. listopada 1992. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja trudnih radnica i radnica koje su nedavno rodile ili doje (deseta pojedinačna direktiva u smislu čl. 16. stavka 1. Direktive 89/391/EEZ), SL L 348, 28. 11. 1992.

³¹ Direktiva Vijeća 2010/18/EU od 8. ožujka 2010. o provedbi revidiranog Okvirnog sporazuma o roditeljskom dopustu koji su sklopili BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP i ETUC te o stavljanju izvan snage Direktive 96/34/EZ, SL L 68, 18. 3. 2010.

³² Direktiva Vijeća 1999/70/EZ od 28. lipnja 1999. o Okvirnom sporazumu o radu na određeno vrijeme koji su sklopili ETUC, UNICE i CEEP, SL L 175, 10. 07. 1999.

s nepunim radnim vremenom³³ i Direktiva 2008/104/EZ o agencijskom radu.³⁴ Pored toga, zabrana diskriminacije temeljem državljanstva važan je dio prava EU na kojem je zasnovano pravo slobode kretanja radnika.³⁵

ZSD glavni je i **opći hrvatski antidiskriminacijski zakon**. Pored njega, za područje antidiskriminacijskog prava posebno su važne još i odredbe ZRS-a, Zakona o istospolnim zajednicama,³⁶ ZR-a te Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina.³⁷

Brojnosti, raznovrsnost i složenost izvora antidiskriminacijskog prava, kako onog međunarodnog tako i onog nacionalnog, čini primjenu toga prava iznimno zahtjevnim. Ako tome pridodamo i relativno oskudnu hrvatsku doktrinu i sudsku praksu iz tog područja, osobito važnim postaje oslanjanje na stranu doktrinu te međunarodnu i usporednu sudsku praksu.

3. POJAM DISKRIMINACIJE

Pod **diskriminacijom** (lat. *discriminare* – razlučivati, dijeliti) razumije se pravom zabranjeno (nedopušteno) razlikovanje među osobama ili skupinama osoba. Nešto osobi ili skupini osoba daju se, bez za to opravdanog razloga, različita prava (veća ili manja) od onih koja imaju druge osobe u usporedivoj (istoj ili u bitnome sličnoj) pravnoj situaciji.³⁸ Dakle, diskriminacija znači protupravno razlikovanje (ili kako to u čl. 1. st. 2. i 3. određuje ZSD diskriminacija predstavlja „stavljanje u nepovoljniji položaj“) osoba koje su u usporedivoj pravnoj situaciji, a za koje razlikovanje ne postoji na pravu utemeljeno opravdanje. Dakle, tri su konstitutivna elementa diskriminacije: **razlikovanje osoba u usporedivoj situaciji**, koje razlikovanje polazi od **zabranjenih (zaštićenih) osnova** (osobina po kojima je zabranjeno razlikovati pravne subjekte), a za takvo razlikovanje **ne postoji na pravu utemeljeno opravdanje**.³⁹ Antipod dis-

³³ Direktiva Vijeća 97/81/EZ od 15. prosinca 1997. o okvirnom sporazumu o radu s nepunim radnim vremenom koji s sklopili UNICE, CEEP i ETUC, SL L 14, 20. 1. 1998.

³⁴ Direktiva 2008/104/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19. studenog 2008. o radu putem agencije za privremeno zapošljavanje (neslužbeni prijevod), SL L 327, 5. 12. 2008.

³⁵ V. o tome u: Barnard, C., *EU Employment Law*, 4. izdanje, Oxford University Press, Oxford, 2012.

³⁶ Zakon o istospolnim zajednicama (Narodne novine, br. 116/03).

³⁷ Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina (Narodne novine, br. 155/02, 47/10, 80/10, 91/11).

³⁸ O ravnopravnosti kao jednom od načela europskog radnog prava v. Blanpain, R., *European Labour Law*, 8. izdanje, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002., str. 328-398; Barnard, C., *EC Employment Law*, 3. izdanje, Oxford University Press, Oxford, New York, 2006., str. 295-487.

³⁹ O pojmu diskriminacije i diskriminacijskoj formuli v. Šiminović Einwalter, T., *Antidiskriminacijsko pravo i Zakon o suzbijanju diskriminacije*, u: Šiminović Einwalter, T. (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009., str. 10.

kriminaciji je odsustvo diskriminacije ili ravnopravnost (jednakost u pravima i obvezama).

3.1. Razlikovanje osoba u usporedivoj situaciji

Prvi element diskriminacije je razlikovanje osoba u usporedivoj situaciji. Pri tome do tog razlikovanja može doći kako u situaciji kada se **prema jednaki- ma ne postupa jednako**, ali i u slučaju kada se **prema nejednakima postupa jednako**.⁴⁰

Jednake su one osobe koje se nalaze u usporedivoj situaciji. Npr. taj oblik diskriminacije postoji ako se muškarcima i ženama koje obavljaju jednaki rad ili rad jednake vrijednosti poslodavac ne isplaćuju jednake plaće. U tom se slučaju osobama u usporedivoj pravnoj situaciji temeljem spola određuju različite plaće. Jednako tako, ali na temelju druge osnove diskriminacije, u praksi Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP) nalazimo diskriminaciju na temelju državljanstva koja postoji kada se osiguraniku uskraćuje naknada za slučaj nezaposlenosti samo stoga što je on strani državljanin.⁴¹ U tom slučaju različito se postupilo prema stranom državljaninu koji je plaćao doprinos za slučaj nezaposlenosti u odnosu na domaćeg državljanina koji je plaćao isti takav doprinos. ESLJP je isto tako utvrdio da su na Malti u pogledu obveze sudjelovanja u sudskoj poroti u usporedivoj situaciji muškarci i žene, ali da su muškarci diskriminirani jer oni u nerazmjerno velikom broju u odnosu na žene imenovani za porotnike.⁴² Međutim, ako osobe koje se uspoređuju ne obavljaju jednaki ili jednako vrijedan rad, onda one nisu u usporedivoj situaciji pa je razlikovanje među njima dopušteno i u slučaju da se u skupini koja obavlja slabije plaćeni posao pretežno nalaze žene. Tako u praksi Suda EU nalazimo slučaj da nije moguće uspoređivati psihologe i liječnike koji i jedni i drugi pružaju psihološku pomoć pacijentima jer postoji razlika u njihovom obrazovanju i poslovima za koje su kvalificirani. Naime, u tom su slučaju samo liječnici mogli propisivati terapiju i poduzimati određene oblike hitnog liječenja ako se za takvo liječenje javila potreba.⁴³

Poseban problem predstavlja uspoređivanje kod neizravne diskriminacije (o pojmu neizravne diskriminacije detaljnije vidi kasnije). Tako je u pred-

⁴⁰ Različito poimanje diskriminacije nalazimo kod Gorana Selaneca koji smatra da pri utvrđivanju diskriminacije nije bitno utvrđivanje da se osobe nalaze u usporedivoj situaciji, već da je bitno utvrditi uvjetovanost neke odluke „razlogom koji u nepovoljniji položaj može dovesti samo osobe jedne zaštićene skupine“. Selanec, G., *Oblici diskriminacije*, u: Šiminović Einwalter, T. (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009., str. 34.

⁴¹ ESLJP, *Gaygusuz protiv Austrije* (zahtjev br. 1731/90), presuda od 16. studenog 1996.

⁴² ESLJP, *Zarb Adami protiv Malte* (zahtjev br. 17209/02), presuda od 20. lipnja 2006., paragrafi 75-79.

⁴³ Sud EU, C-309/97 *Wiener Gebietskrankenkasse* (1999) ECR I-02865.

metu *Dansk Industri* Sud EU izrazio shvaćanje da skupine koje se uspoređuju moraju obuhvaćati sve radnike za koje se može uzeti da se nalaze u usporedivoj situaciji, uzimajući u obzir faktore kao što su priroda posla, kvalifikacije i radno iskustvo koje je potrebno da bi se obavljao posao i uvjeti rada. Osim toga skupine moraju obuhvaćati relativno veliki broj radnika osiguravajući da razlike (među njima) nisu posljedica slučajnih ili kratkoročnih faktora ili razlika u individualnom učinku osoba o kojima se radi.⁴⁴ U predmetu *Seymour Smith* Sud EU je izrazio stajalište da kod utvrđivanja neizravne diskriminacije statistički podaci moraju biti valjani, tj. uzorak na kojem se temelje mora obuhvaćati dovoljan broj pojedinaca, ne smiju ukazivati na slučajnu ili kratkoročnu pojavu te općenito moraju biti značajni.⁴⁵ Pri tome su relevantni ne samo statistički podaci koji se odnose na trenutak kada je mjera usvojena, već i svi kasniji podaci koji ukazuju na njezin učinak na skupine koje se uspoređuju.⁴⁶

Međutim, kao što smo to već spomenuli, diskriminacija postoji i kada se prema nejednakima postupa jednako. Suvremeno antidiskriminacijsko pravo traži da se pri postupanju u obzir uzmu različite okolnosti u kojima se osobe nalaze. Ako se te različite okolnosti ne uzmu u obzir, onda se diskriminira osoba ili skupinu osoba kod koje postoje te različite okolnosti. Npr. prema praksi ESLJP-a prilikom odlučivanja o uskrati dozvole za bavljenje određenim zanimanjem zbog prethodne osude za kazneno djelo treba uzeti u obzir i narav učinjenog kaznenog djela. U tom smislu nisu u istom položaju osoba koja je zbog imovinskog delikta osuđena na kaznu zatvora i osoba koja je na istu takvu kaznu osuđena jer je iz vjerskih razloga odbila služiti vojsku.⁴⁷

Polazeći od takvog pristupa diskriminaciji i jednakosti kao njezinom anti-podu, u suvremenom antidiskriminacijskom pravu sve više se težište pomiče od formalne k stvarnoj jednakosti. Kod **formalne jednakosti** težište je na jednakom postupanju (jednakim pravima i obvezama) u istim ili u bitnome istovrsnim (analognim) slučajevima. Kod **stvarne (materijalne) jednakosti** u obzir se uzima i društveno uvjetovani nejednaki položaj s kojeg polaze neki pojedinci ili društvene skupine. Koncepcija stvarne jednakosti nastoji otkloniti neprihvatljive učinke primjene jednakog prava na stvarno nejednake osobe „stvaranjem pretpostavki za ostvarivanje jednakih mogućnosti za te osobe“.⁴⁸

⁴⁴ Sud EU, C-400/93 *Dansk Industri* (1995) ECR I -1275, paragraf 39.

⁴⁵ Sud EU, C-167/97 *Seymour-Smith* (1999) ECR I-623, paragraf 62.

⁴⁶ Sud EU je međutim zaobišao dati nedvojbenu odgovor na vrlo važno pitanje je li prvotno diskriminatorska mjera može konvalidirati u mjeru sukladnu načelu jednakosti ako značajan nejednak učinak mjere, na skupine koje se uspoređuju, s vremenom opada. Odgovor na to pitanje ostavio je na procjenu nacionalnom sudu, v. *ibidem* paragraf 46.

⁴⁷ ESLJP, *Thlimmenos protiv Grčke* (zahtjev br. 34369/97), presuda od 6. travnja 2000.

⁴⁸ Stvaranje pretpostavki za ostvarivanje jednakih mogućnosti jedna je od svrha ZSD-a iz čl. 1. st. 1. U odnosu na zabranu spolne diskriminacije ZRS u čl. 5. sadrži definiciju prema kojoj **ravnopravnost spolova** znači „da su žene i muškarci jednako prisutni u svim područjima javnog i privatnog života, da imaju jednak status, jednake mogućnosti za ostvarivanje svih

Stoga su s tom koncepcijom povezane i tzv. **posebne (pozitivne) mjere** (engl. *affirmative action*, njem. *positive und spezifische Massnahme*, fran. *action positive et mesures spécifiques*) kojima se pogoduju oni koji su u stvarno lošijem (neravnopravnom) položaju, a s ciljem da se izjednače s onima koji su u povoljnijem položaju.⁴⁹ Diskriminacija može biti pozitivna ili negativna. Kod **pozitivne** diskriminacije neka osoba ili skupina osoba stavlja se u povoljniji položaj od neke druge osobe ili skupine osoba u usporedivoj situaciji. Kod **negativne** diskriminacije neka osoba ili skupina osoba stavlja se u nepovoljniji položaj od neke druge osobe ili skupine osoba u usporedivoj situaciji. S obzirom da o diskriminaciju govorimo samo kada se radi o razlikovanju koje je pravom **zabranjeno** (nedopušteno) u novijoj se literaturi izbjegava korištenje pojma **pozitivna diskriminacije**, kojim je ranije označavano pravom dopušteno pogodovanje određenih osoba ili skupina osoba.⁵⁰ Danas se za označavanje pravom dopuštenih pogodovanja određenih osoba ili skupina osoba, kao što smo naprijed pripomenuli, koristi pojam **posebne (pozitivne) mjere**.⁵¹

3.2. Zabranjene osnove diskriminacije

Zabranjene (zaštićene) osnove diskriminacije su **osobine (značajke, karakteristike)** za koje pravni poredak određuje da na temelju njih nije, pri ostvarivanju određenih prava i obveza, dopušteno razlikovati subjekte na koje se pravo primjenjuje. Ako razlikovanje nije utemeljeno na nekoj od zabranjenih osnova onda se ne radi o diskriminaciji.⁵² U proteklih pedeset godina značajno se promijenio društveni i pravni odnos prema zabranjenim osnovama diskriminacije. Postalo je društveno, a nakon toga i pravno, neprihvatljivo razlikovati građane po sve većem broju osobina. Od prvotno relativno uskog kruga zabranjenih osnova razlikovanja na temelju rase, boje kože i spola danas je

prava, kao i jednaku korist od ostvarenih rezultata“. Tako shvaćena ravnopravnost, po našem mišljenju, izraz je stvarne, a ne formalne ravnopravnosti.

⁴⁹ O formalnoj i materijalnoj jednakosti v. Grgurev, I., *Diskriminacija na temelju tjelesnih ili duševnih poteškoća u radnom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 54, br. 3-4, 2004., str. 655-662.

⁵⁰ Diskriminacija predstavlja nezakonito postupanje, pa kao takva ne može biti pozitivna. Zato prema Bossuytu sintagma „pozitivna diskriminacija“ predstavlja *contradictio in terminis*. Citirano prema: Grgurev, I., *Zabrana diskriminacije u radnom pravu*, doktorska disertacija, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, 2006., str. 84.

⁵¹ O pojmu i oblicima posebnih mjera (pozitivnoj diskriminaciji) v. kasnije u odjeljku o opravdanjima za inače zabranjena razlikovanja.

⁵² Stajalište da bez postojanja zabranjene osnove nema ni diskriminacije nalazimo u presudi Županijskog suda u Zagrebu, Gžr-61/10-2 od 31. siječnja 2012. prema kojoj „nejednako postupanje u odnosu na nekog radnika ne znači i diskriminaciju, već je diskriminirajuće postupanje ono kojim se netko dovodi u odnosu na druge radnike u nepovoljniji položaj i to zbog nekih svojstava u usporedivoj situaciji. Međutim, kako iz stanja spisa ne proizlazi da postoji zabranjena osnova diskriminacije iz navedenog propisa, to tužitelj po tom osnovu nema pravo na isplatu razlike plaće, koju zahtijeva“.

društveno i pravno postalo neprihvatljivim stavljati u nepovoljniji položaj osobe na temelju njihovog invaliditeta, dobi, spolne orijentacije, rodnog identiteta i njegovog izražavanja, genetskog nasljeđa itd.

Naprijed smo već upozorili da čl. 14. st. 1. Ustava RH sadrži tzv. otvorenu klauzulu zabranjenih osnova diskriminacije koja zakonodavcu, sudovima i drugima koji stvaraju i primjenjuju pravo omogućava dodavanje novih zabranjenih osnova. To pravo omogućava relativno brzo i učinkovito reagiranje na promijenjena društvena shvaćanja o tome na temelju kojih osobina je prihvatljivo, odnosno neprihvatljivo razlikovati građane. No, pri tome treba voditi računa da se zaista treba raditi o osobinama prema kojima po **dominantnom društvenom shvaćanju nije dopušteno razlikovanje**. Mislimo da nije prihvatljivo ni pretjerano naglo širiti zabranjene osnove diskriminacije jer se time gubi usmjerenost na naročito neprihvatljiva postupanja.⁵³ Držimo da antidiskriminacijsko pravo treba sačuvati i ograničiti na **sprečavanje društveno i pravno naročito neprihvatljivih razlikovanja**. Utoliko, nije diskriminacija svako pravom nedopušteno razlikovanje, nego ono koje je **kao osobito neprihvatljivo utemeljeno na nekoj od zabranjenih osnova diskriminacije**.

Otvorenu klauzulu zabranjenih osnova diskriminacije sadrže i čl. 14. EKLJP te njezin Protokol 12, kao i čl. 21. Povelje o temeljnim pravima EU.⁵⁴ Nasuprot tome, zatvorena klauzula sadržana je u čl. 19. UFEU koji kao zabranjene osnove diskriminacije navodi samo spol, rasno ili etničko podrijetlo, vjeru ili uvjerenje, invalidnost, dob i spolnu orijentaciju. Te osnove diskriminacije podrobno su razrađene i u gore spomenutim direktivama EU.⁵⁵

U hrvatskom zakonodavstvu ZSD kao opći zakon o diskriminaciji u čl. 1. st. 1. navodi rasu, etničku pripadnost, boju kože, spol, jezik, vjeru, političko ili drugo uvjerenje, nacionalno ili socijalno podrijetlo, imovno stanje, članstvo u sindikatu, obrazovanje, društveni položaj, bračni status, obiteljski status, dob, zdravstveno stanje, invaliditet, genetsko naslijeđe, rodni identiteta, izražavanja (rodnog identiteta) te spolnu orijentaciju kao zabranjene osnove diskriminacije. ZRS kao zabranjene osnove diskriminacije ističe spol, bračni status, obiteljski status i spolnu orijentaciju, a ZIZ zabranjuje diskriminaciju na temelju članstva u istospolnoj zajednici i činjenice homoseksualne orijentacije. ZR po-

⁵³ Primjerice 2010. godine Ustavni sud RH je ukinuo određene odredbe Zakona o sigurnosti prometa na cestama koje su razlikovale vozače iste koncentracije alkohola u organizmu temeljem počinjenja nekog drugog prekršaja iz istog zakona, čime su „počinjenje prekršaja iz istoga zakona“ učinile zabranjenom osnovom diskriminacije iz čl. 14. st. 2. Ustava RH. V. Ustavni sud RH, U-I-3084/2008 od 7. travnja 2010. godine

⁵⁴ U čl. 21. st. 1. Povelje o temeljnim pravima EU, diskriminacija je zabranjena u odnosu na primjerice pobrojane osnove spola, rase, boje kože, etničkog ili socijalnog podrijetla, genetskih karakteristika, jezika, vjere ili uvjerenja, političkog ili bilo kojeg drugog mišljenja, pripadnosti nacionalnoj manjini, vlasništva, rođenja, invaliditeta, dobne i spolne orijentacije.

⁵⁵ Direktive 2000/43/EZ, 2000/78/EZ i 2006/54/EZ.

sebno zabranjuje razlikovanje temeljem trajanja radnog odnosa (čl. 11. ZR-a), trajanja radnog vremena (čl. 43. st. 5. ZR-a), svojstva ustupljenog radnika (čl. 26. st. 5 ZR-a) te spola (određujući da žene i muškarci imaju pravo na jednaku plaću za jednaki rad ili rad jednake vrijednosti - čl. 83. ZR-a). Dakle, **hrvatsko zakonodavstvo sadrži vrlo široku listu zabranjenih osnova diskriminacije, a otvorena klauzula sadržana u Ustavu RH omogućava da se ta lista još i proširi**. Pri tome se neke od osnova diskriminacije ponavljaju u više zakona (npr. spol i spolna orijentacija), što je vjerojatno odraz shvaćanja zakonodavca da se radi o posebno problematičnim osnovama diskriminacije.

Uočavajući probleme koji u hrvatskom zakonodavstvu nastaju zbog velikog broja antidiskriminacijskih osnova neki autori se zalažu za uvođenje „hijerarhije između antidiskriminacijskih osnova“.⁵⁶ Pri tome bi antidiskriminacijske osnove utvrđene u pravu EU uživale viši stupanj zaštite, odnosno onaj koji je jednak stupnju zaštite koje osigurava pravo EU, a ostale diskriminacijske osnove uživale bi niži stupanj zaštite, prije svega kroz zabranu izravne diskriminacije, ali koja bi se diskriminacija mogla opravdati postizanjem nekog legitimnog cilja, a pod uvjetom udovoljavanja testovima „razumnosti“ i „najmanje štetnog cilja“. Zabrana diskriminacije po tim osnovama, po shvaćanju tih autora, „ne uključuje zabranu neizravne diskriminacije osim ako se taj instrument ne koristi kako bi se razotkrila skrivena diskriminatorska namjera“. Iako smo svjesni problema koje će hrvatsko pravo imati zbog velikog broja diskriminacijskih osnova i širokog područja njihove primjene, mislimo da ne postoje pravno prihvatljivi kriteriji hijerarhizacije diskriminacijskih osnova. Mislimo da se problem može riješiti jasnim određenjem područja primjene antidiskriminacijske zaštite što uključuje i jasno određene odnosa izuzetih od diskriminacijske zaštite i opravdanja zabranjene diskriminacije.

3.3. Izuzeci i opravdanja kod zabranjene diskriminacije

Ako netko na temelju zabranjene osnove diskriminacije različito postupi prema osobama u usporedivoj situaciji, onda ih diskriminira. Međutim, **pravni poredak u određenim slučajevima ipak dopušta razlikovanje na temelju inače zabranjenih osnova diskriminacije**. To je moguće postići putem izuzimanja određenih odnosa od antidiskriminacijske zaštite (izuzeci od zabranjene diskriminacije) ili predviđanjem opravdanja za određena razlikovanja. Izuzimanje određenih odnosa od antidiskriminacijske zaštite moguće je na dva načina. Prvi način je kroz sužavanje antidiskriminacijske zaštite na zatvorenu listu osnova zabranjene diskriminacije s posljedicom da razlikovanje po nekoj

⁵⁶ Selanec, G.; Šimonović Einwalter, T., *Opseg i doseg Zakona o suzbijanju diskriminacije*, u: Šimonović Einwalter, T. (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009., str. 22. i 23.

drugoj osnovi ne uživa antidiskriminacijsku zaštitu. Primjer za to je nešto stariji predmet *Grant*⁵⁷ u kojem je Sud EU odlučio da neplaćanje prijevoza osobi u stabilnoj istospolnoj zajednici ne predstavlja zabranjenu diskriminaciju jer u to vrijeme zabrana diskriminacije temeljem spolne orijentacije nije bila predviđena pravom EU.⁵⁸ Drugi način je kroz sužavanje osobnog i/ili materijalnog dosega antidiskriminacijske zaštite. Primjerice, u pravu EU s jedne strane nije zabranjeno, temeljem rasne ili etničke pripadnosti, diskriminirati državljane trećih zemalja u pitanjima njihovog ulaska i boravka u EU.⁵⁹ S druge pak strane, ako takve osobe zakonito borave (i imaju dozvolu za rad) u EU, nije ih dopušteno diskriminirati u području zapošljavanja i rada (npr. u svezi s pitanjima plaća, radnog vremena i sl.) temeljem istih tih osnova.⁶⁰

Dok kod izuzetaka od zabranjene diskriminacije nije nužno provoditi antidiskriminacijsku analizu, ona je nužna kod utvrđivanja je li neko razlikovanje opravdano. Pri tome je utvrđivanje opravdanja posljednji stadij antidiskriminacijske analize koji slijedi nakon utvrđivanja dovodi li razlikovanje do stavljanja u neravnopravan položaj osoba u usporedivoj situaciji temeljem zabranjene osnove diskriminacije. Tako opisano razlikovanje će ipak biti dopušteno ako zadovoljava načelo (test) razmjernosti, tj. ako ima: 1) određeni legitiman cilj, ako je 2) prikladno te 3) nužno (razmjernost u užem smislu) za ostvarenje tog cilja. Različiti međunarodni i nacionalni izvori antidiskriminacijskog prava različito uređuju dopuštena opravdanja. Tako primjerice ESLJP tumačeći EKLJP zauzima stajalište da je svako razlikovanje moguće opravdati gore opisanim općim testom razmjernosti, bez obzira radi li se o **izravnoj ili neizravnoj diskriminaciji**, zahtijevajući viši intenzitet sudske kontrole kod razlikovanja temeljem pojedinih osnova diskriminacije (spol, spolna orijentacija i etnička pripadnost).⁶¹ Za razliku od toga, u pravu EU je pak opće prihvaćen stav da kod **izravne** diskriminacije nisu dopuštena opravdanja primjenom općeg testa razmjernosti (osim kod dobne diskriminacije), već su kod izravne diskrimi-

⁵⁷ Sud EU, C-249/96 *Grant* (1998) ECR I-621.

⁵⁸ Troškovi prijevoza su istovremeno bili nadoknađivani osobama u bračnoj i stabilnoj izvanbračnoj zajednici.

⁵⁹ Čl. 3. st. 2. Direktive 2000/43/EZ. V. također Sud EU, C-571/10 *Kamberaj* (2012) ECR I-000.

⁶⁰ V. primjerice Direktiva Vijeća 2003/109/EZ od 25. studenoga 2003. o statusu državljana trećih zemalja s dugotrajnim boravištem, SL L 16, 23. 1. 2004; Direktiva Vijeća 2009/50/EZ od 25. svibnja o uvjetima ulaska i boravka državljana trećih zemalja u svrhu visokokvalificiranog zapošljavanja (neslužbeni prijevod), SL L 155, 18. 6. 2009.; te Direktivu 2011/98/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 13. prosinca 2011. o jedinstvenom postupku obrade zahtjeva za izdavanje jedinstvene dozvole za boravak i rad državljanima trećih zemalja na državnom području države članice te o zajedničkom skupu prava za radnike iz trećih zemalja koji zakonito borave u državi članici, SL L 343, 13. 12. 2011.

⁶¹ Prema praksi tog suda postupanje je diskriminirajuće ako nema objektivno i razumno opravdanje tj. ako ne teži ostvarenju legitimnog cilja te ako ne postoji razumni odnos razmjernosti između upotrijebljenog sredstva i cilja kojem se težilo. V. paragraf 156. odluke ESLJP-a u predmetu *Oršuš protiv Hrvatske* (zahtjev br. 15766/03), presuda od 10. ožujka 2010.

nacije dopušteni samo izuzeci taksativno navedeni u antidiskriminacijskim direktivama. Za razliku od toga, kod **neizravne** diskriminacije dopuštena su opravdanja temeljem općeg testa razmjernosti.⁶²

Kada se radi o hrvatskom antidiskriminacijskom pravu mišljenja smo da ono, radi širokog osobnog i materijalnog dosega ZSD-a te otvorene klauzule zabranjenih osnova diskriminacije iz čl. 14. st. 1. Ustava RH, ne poznaje izuzetke od zabranjene diskriminacije, već samo opravdanja za diskriminatorna postupanja. Analizom domaćih propisa nalazimo tri mogućnosti opravdanja kojima se detaljno bavimo u našem drugom radu u ovom zborniku.⁶³ Posebno naglašavajući kako je prilikom korištenja sve tri mogućnosti opravdanja nužno imati na umu nadređenost prava EU te nadređenost međunarodnih ugovora domaćim zakonima i drugim propisima, na ovom mjestu samo sažeto ističemo da prva mogućnost postoji putem deset taksativno navedenih tzv. *iznimaka* od zabranjene diskriminacije iz čl. 9. st. 2 ZSD-a. One se, slovom zakona, odnose na sve pojavne oblike diskriminacije.⁶⁴ Posebno kod neizravne diskriminacije ZSD-om i ZRS-om predviđena je i druga mogućnost opravdanja putem primjene općeg testa razmjernosti. Treću mogućnost opravdanja nalazimo kroz opću primjenu testa razmjernosti iz čl. 16. i, u određenim okolnostima, 17. Ustava RH.⁶⁵

4. OBLICI DISKRIMINACIJE

Naprijed smo diskriminaciju definirali kao pravno nedopušteno razlikovanje osoba ili skupina osoba po nekoj od zabranjenih osnova razlikovanja. To je **diskriminacija u užem smislu** te riječi (diskriminacija *stricto sensu*). Takvu diskriminaciju možemo podijeliti na izravnu i neizravnu. Međutim, u nastojanju širenja antidiskriminacijske zaštite na što veći broj osoba i slučajeva međunarodno i domaće antidiskriminacijsko pravo pod **diskriminaciju u širem smislu** te riječi (diskriminacija *lato sensu*) podvodi i određeni broj drugih diskriminatornih postupanja. Među te oblike diskriminacije u širem smislu spadaju uznemiravanje i spolno uznemiravanje, viktimizacija, diskriminacija zbog pogrešne predodžba o postojanju osobina na temelju kojih je zabranjeno diskriminirati, propuštanje da se uvjeti rada i života osoba s invaliditetom u razumnim granicama prilagode njihovim potrebama te poticanje neke druge

⁶² V. u tom smislu mišljenje neovisnog odvjetnika Elmer u predmetu Sud EU, C-249/96, *op. cit.*, bilj. 57.

⁶³ Potočnjak, Ž., Grgić, A., *op. cit.*, bilj. 12.

⁶⁴ Čl. 9., st. 1. ZSD-a.

⁶⁵ O primjeni testa razmjernosti u izvanrednim stanjima v. više kod Gardašević, Đ., *Ograničenje ljudskih prava i sloboda u izvanrednim situacijama*, doktorska disertacija, Sveučilište u Zagrebu - Pravni fakultet, Zagreb, 2010.

osobe da diskriminira neku treću osobu.⁶⁶ Hrvatski propis, po uzoru na direktive EU pod diskriminaciju podvodi sve ove oblike diskriminacije te posebno izdvaja segregaciju kao oblik diskriminacije. Jednako tako ZSD posebno ističe i neke teže oblike diskriminacije.

4.1. Izravna diskriminacija

Izravna (neposredna) diskriminacija (engl. *direct discrimination*, njem. *direkte Diskriminierung*, *unmittelbare Diskriminierung*, fran. *discrimination directe*) postoji ako se prema nekoj osobi postupa nepovoljnije nego što se postupa ili se postupalo ili bi se postupalo prema nekoj drugoj osobi, a to stoga što kod nje postoji neka od osobina po kojoj je razlikovanje zabranjeno kao diskriminatorno. Usporedna osoba može biti neka osoba iz sadašnjosti ili prošlosti, ali i neka hipotetska osoba ako se formalnogičkim zaključivanjem može zaključiti da bi diskriminator u odnosu na nju diskriminirao diskriminiranu osobu. Pri tome nije bitno postoji li kod diskriminatora namjera diskriminiranja, već je bitan samo učinak njegovog postupanja.⁶⁷ Kod izravne diskriminacije diskriminatorni učinak proizlazi neposredno iz pravne norme ili prakse prema kojoj je zabranjena osnova diskriminacije neprikriveno i neposredno kriterij razlikovanja.

Međusobno usklađene definicije izravne diskriminacije sadržane su u čl. 2., st. 1., točka a Direktive 2006/54/EZ, čl. 2., st. 1., točka a Direktive 2004/113/EZ, čl. 2., st. 2., točka a Direktive 2000/78/EZ i čl. 2., st. 2., točka a Direktive 2000/43/EZ, čl. 2. st. 1. ZSD-a te u čl. 7. st. 1. ZRS-a.

Izravna diskriminacija se može provoditi na normativnoj razini ili faktično. O **normativnoj** diskriminaciji radi se u slučaju kada pravna norma predviđa nejednakost po nekoj od zabranjenih osnova diskriminacije. Tako je npr. Zakon o mirovinskom osiguranju do odluke Ustavnog suda RH predviđao različitu dob za umirovljenje žena i muškaraca.⁶⁸ U praksi Suda EU nalazimo slučaj *Integrity* u kojem je, isto tako, utvrđena spolna diskriminacije jer prema belgijskom zakonu udane žene i udovice, za razliku od oženjenih muškaraca i udovaca, nisu bile obvezne plaćati doprinose za mirovinsko osiguranje.⁶⁹ O **faktičnoj** se diskriminaciji npr. radi ako se prema nekoj osobi, polazeći od neke od zabranjenih osnova diskriminacije (npr. invalidnosti) postupa nepovoljnije nego prema osobama kod kojih ne postoji osobina koja je zabranjena osnova diskriminacije. U slučaju *Coleman* Sud EU je utvrdio izravnu diskriminaciju u

⁶⁶ O oblicima diskriminacije prema ZSD-u v. Selanec, G., *op. cit.*, bilj. 40., str. 29–58.

⁶⁷ V. primjerice Sud EU, C-69/80 *Worringham* (1981) ECR I-00767. O namjeri kao elementu zabranjene diskriminacije v. Potočnjak, Ž.; Grgić, A., *Odnos Zakona o suzbijanju diskriminacije s Ustavom i drugim zakonima koji zabranjuju diskriminaciju*, *op. cit.*, bilj. 1., str. 129. i 130.

⁶⁸ Ustavni sud RH, U-I-1152/2000 od 18. travnja 2007.

⁶⁹ Sud EU, C-373/89 *Integrity* (1990) ECR I-4243.

postupanju koje se sastojalo u odbijanju poslodavca da majci djeteta s invaliditetom dopusti, nakon okončanja rodiljnog dopusta, povratak na prijašnje radno mjesto i omogućavanje rada s fleksibilnim radnim vremenom. To je ujedno i primjer **asocijativne ili prenesene diskriminacije** jer osobina po kojoj je zabranjeno razlikovati postoji kod neke druge, s diskriminiranom osobom povezane osobe, a ne kod same diskriminirane osobe. U skladu s tom praksom i ZSD u čl. 1. st. 2. zabranjuje i diskriminaciju na temelju „**rodbinske ili druge veze**“ s **osobom koju je zabranjeno diskriminirati**. U predmetu *Feryn* isti je sud zauzeo stajalište da poslodavčeva javna izjava (u tom slučaju putem televizije) da neće zapošljavati osobe određene rase ili etničkog podrijetla predstavlja ponašanje koje bi vrlo vjerojatno imalo učinak odvratanja određenih skupina osoba od javljanja na natječaj za posao kod tog poslodavca (te im time otežalo ulazak na tržište rada) te se stoga radio o izravnoj diskriminaciji.⁷⁰ Osobito je bogata sudska praksa Suda EU o izravnoj (ali i neizravnoj) spolnoj diskriminaciju pri plaćanju rada.⁷¹

Iz prakse ESLJP-a podsjećamo i na malteški slučaj *Zarb Adami* u kojem je utvrđena spolna diskriminacija zbog nerazmjernog nametanja obveze sudjelovanja u sudskoj poroti muškarcima u odnosu na žene⁷² te latvijski predmeti *Rainys i Gasparovičius* u kojima je utvrđena diskriminacija bivših pripadnika KGB-a u svezi s pravom na poštivanje privatnog i obiteljskog života (zbog onemogućavanja njihovog zaposlenja u privatnom sektoru).⁷³

Sud EU i ESLJP vrlo strogo gledaju na pojavu izravne diskriminacije. To slikovito prikazuje gore spomenuti slučaj *Feryn* gdje je ESP presudio da izravna diskriminacija ne ovisi o mogućnosti identificiranja osobe za koju se tvrdi da je bila žrtva izravnog nejednakog postupanja. ESLJP vrlo često navodi da su potrebni „vrlo važni razlozi“ koji bi opravdali izravnu **spolnu** diskriminaciju, odnosno „nejednako postupanje koje se osniva isključivo na **etničkom** podrijetlu ne može biti objektivno opravdano u modernim demokratskim društvima“.⁷⁴

4.2. Neizravna diskriminacija

Na današnjem stupnju razvoja ljudskih prava uglavnom se rijetko događa da aktivni subjekt diskriminacije (diskriminator) otvoreno i izravno diskrimi-

⁷⁰ Sud EU, C-54/07 *Feryn* (2008) ECR I-05187.

⁷¹ O zabrani diskriminacije između muškaraca i žena u pogledu utvrđivanja plaća v. Grgurev, I., *Jednaka plaća za jednak rad ili rad jednake vrijednosti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 4, 2006., str. 1103-1142.

⁷² ESLJP, *Zarb Adami protiv Malte*, *op. cit.*, bilj. 42.

⁷³ ESLJP, *Rainys i Gasparovičius protiv Litve* (zahtjevi br. 70665/01 i 74345/01), presuda od 7. travnja 2005.

⁷⁴ ESLJP, *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (zahtjevi br. 9214/80, 9473/81 i 9474/81), presuda od 28. svibnja 1985., paragraf 78. te ESLJP, *Thimisher protiv Rusije* (zahtjevi br. 55762/00 i 55794/00), presuda od 13. prosinca 2005., paragraf 58.

nira pasivnog subjekta (diskriminiranog) polazeći od nedozvoljenih kriterija (zabranjenih osnova diskriminacije). U suvremenim uvjetima daleko veći problemi proizlaze iz **neizravne (posredne) diskriminacije** (engl. *indirect discrimination*, njem. *indirekte Diskriminierung, mittelbare Diskriminierung*, fran. *discrimination indirecte*), kod koje stvarno diskriminirajući učinci posredno i prikriveno proizlaze iz primjene nekih naizgled neutralnih pravnih normi, kriterija ili prakse.⁷⁵ Kod tog oblika diskriminacije neposredan kriterij razlikovanja nije zabranjena osnova, već pravno dopuštena osnova razlikovanja, ali **primjena te (naizgled neutralne) osnove u okolnostima konkretnog slučaja stvarno ima jednake učinke kao i primjena neke pravno zabranjene osnove razlikovanja**. Suvremena nastojanja da se iz pravnih odnosa isključe i neizravno (prikriveno) diskriminirajuća postupanja donositeljima i primjeniteljima pravnih normi nameću obvezu osobito opreznog **sagledavanja eventualnih diskriminirajućih učinaka pravnih normi i postupaka**. Pri tome, kao i u slučaju izravne diskriminacije, nije važno postojanje namjere diskriminiranja, već **stvarni diskriminirajući učinak** primjene određenog naizgled nediskriminirajućeg kriterija razlikovanja.

Tako je Sud EU već 1980. u predmetu *Jenkins v. Kingsgate* utvrdio da je plaćanje niže plaće po satu rada za rad u nepunom radnom vremenu u odnosu za rad u punom radnom vremenu spolna diskriminacija protivna odredbi čl. 157. UFEU koja muškarcima i ženama jamči jednaku plaću za jednaki rad, ako takvo postupanje u stvarnosti neizravno rezultira nižim plaćama žena koje isključivo ili pretežno rade s nepunim radnim vremenom.⁷⁶

Definicije neizravne diskriminacije iz čl. 2. st. 1. točka b Direktive 2006/54/EZ, čl. 2. st. 1. točka b Direktive 2004/113/EZ, čl. 2. st. 2. točka b Direktive 2000/78/EZ i čl. 2. st. 2. točka b Direktive 2000/43/EZ danas su ujednačene te kodificiraju postojeću sudsku praksu.⁷⁷ Domaći pravni propisi, u bitnome usvajaju te definicije neizravne diskriminacije.

Naprijed smo napomenuli da u usporedbi s izravnom diskriminacijom, kod neizravne diskriminacije u pravu EU, postoji nešto veća mogućnosti opravdanja općim testom razmjernosti koji Sud EU naziva i testom objektivnog opravdanja.⁷⁸ Za ilustraciju njegove primjene može poslužiti predmet *Bilka* u kojem

⁷⁵ O pojmu i elementima neizravne diskriminacije v. Selanec, G., *op. cit.*, bilj. 40., str. 38-46.

⁷⁶ Sud EU, C-96/80 *Jenkins* (1981) ECR I-0911.

⁷⁷ Dakako, radi se o kodifikaciji sudske prakse koja se odnosi na spolnu diskriminaciju. Primjerice, pristup Suda EU neizravnoj diskriminaciji vidljiv je iz presude u slučaju *Kachelmann*: „kada pravna pravila domaćeg prava država članica, premda sročena neutralno, stavljaju u nepovoljniji položaj mnogo veći postotak žena nekog muškaraca, tada takva pravila diskriminiraju žene, osim ako je razlika u postupanju opravdana objektivnim čimbenicima nevezanim za diskriminaciju temeljem spola.“ Sud EU, C-322/98 *Kachelmann* (2000) ECR I-7505, paragraf 23.

⁷⁸ O opravdanju neizravne diskriminacije detaljnije v. kod: Selanec, G., *op. cit.*, bilj. 40., str. 44-46.

je test prvi puta primijenjen.⁷⁹ U tom je predmetu spor nastao zbog poslodavčeve prakse da doprinose za strukovno mirovinsko osiguranje uplaćuje isključivo radnicima koji određeni broj godina rade s punim radnim vremenom, a ne i radnicima koji rade s nepunim radnim vremenom. Statistički je, međutim, utvrđeno da su u konkretnom slučaju prvenstveno žene bile zaposlene s nepunim radnim vremenom. Dakle, iako je poslodavac primijenio neutralan kriterij stavljanja u nepovoljniji položaj (odnos između rada s punim radnim vremenom u odnosu na rad s nepunim radnim vremenom), *de facto* su primjenom tog kriterija radnice bile stavljene u nepovoljniji položaj. Prema testu upotrijebljenom u tom predmetu nakon utvrđenja da neka naizgled neutralna norma stvarno dovodi do razlikovanja po nekom od zabranjenih osnova diskriminacije (u slučaju *Bilka* po kriteriju spola), treba utvrditi je li takva norma (kriterij ili praksa) imala neko **legitimno opravdanje**. Pri tome to opravdanje ne može biti razlikovanje po zabranjenim osnovama diskriminacije (u ovom slučaju po kriteriju spola). Pored toga, nakon što se utvrdi da postoji legitimno opravdanje za takvu odredbu (kriterij ili praksu) treba utvrditi je li ona bila **prijeko potrebna (nužna) i primjerena ostvarenju postavljenog cilja**. Ako se taj cilj može ostvariti nekim sredstvom koji ne uzrokuje diskriminaciju (ili je uzrokuje u manjoj mjeri), onda se takva odredba (kriterij ili praksa) ne bi bili dopušteni, već bi se smatrali nedopuštenom neizravnom diskriminacijom.

Sličan pristup neizravnoj diskriminaciji usvaja i ESLJP. Iz odluke suda u predmetu *D. H. protiv Češke* proizlazi da neizravna diskriminacija predstavlja različito postupanje koje se sastoji u nerazmjerno štetnom učinku neke opće politike ili mjere koja, premda je sročena neutralno, diskriminira određenu skupinu osoba u odnosu na drugu skupinu osoba.⁸⁰ Pri tome taj sud oblikuje pojam neizravne diskriminacije pozivajući se na Direktive 97/80/EZ i 2000/43/EZ te praksu Suda EU.⁸¹

4.3. Uznemiravanje

Uznemiravanje (engl. *harassment*, njem. *Belästigung*, fran. *harcèlement*) je neželjeno ponašanje koje se temelji na zabranjenim osnovama diskriminacije, a svrha ili učinak kojeg je povreda dostojanstva osobe te koje ponašanje uzrokuje za uznemiravanu osobu zastrašujuće, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.⁸² Takvu definiciju uznemiravanja nalazimo tek od 2000. godine u

⁷⁹ Sud EU, C-170/84 *Bilka-Kaufhaus* (1986) ECR I-1607.

⁸⁰ ESLJP, *D.H. i drugi protiv Češke Republike* (zahtjev br. 57325/00), presuda od 13. studenog 2007, paragrafi 183-184.

⁸¹ *Ibidem*, paragrafi 84-91 i 184.

⁸² O pojmu i elementima uznemiravanja v. Selanec, G., *op. cit.*, bilj. 40., str. 47-49 te rad Vasiljević, S., *Izazovi suvremenog antidiskriminacijskog prava - svjetlo na kraju tunela?*, koji je objavljen u ovom zborniku.

Direktivama 2000/48/EZ, 2000/78/EZ, 2004/113/EZ i 2006/54/EZ. Sličnu definiciju uznemiravanja sadržavaju ZSD u čl. 3. st. 1. i ZRS u čl. 8. st. 2. Analizirajući navedene definicije možemo zaključiti da za postojanje uznemiravanja trebaju kumulativno biti ispunjena četiri uvjeta. Prvo, mora se raditi o **neželjenom ponašanju**. Drugo, potrebno je da takvo ponašanje **ima svrhu ili stvarno dovodi do povrede dostojanstva** uznemiravane osobe. Treće, da za uznemiravanu osobu **uzrokuje zastrašujuće, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje**. Četvrto, da je uznemiravajuće ponašanje **utemeljeno na kojoj od zabranjenih osnova diskriminacije**. Namjera uznemiravanja nije bitan element ovog oblika diskriminacije jer navedeni propisi stavljaju naglasak na učinak neželjenog ponašanja koji, u slučaju čl. 3. st. 1. ZSD-a nalazimo u sintagmi „stvarno predstavlja povredu“.

Mislimo da je uznemiravanje slično u hrvatskoj pravnoj doktrini prihvaćenom pojmu „šikaniranja“ po nekoj od zakonom zabranjenih osnova diskriminacije. Npr. kada je radnik na radu zbog svoje etničke pripadnosti (ili neke druge osobine po kojoj je zabranjeno diskriminirati) izvrnut uvredljivom ponašanju njegovih pretpostavljenih, suradnika ili poslovnih komitenata, a to je ponašanje po svojem intenzitetu takvo da je dovelo ili može dovesti do povrede dostojanstva osobe koja mu je izložena. Ponašanje uznemiravatelja mora biti takvog oblika i intenziteta da kod uznemiravane osobe izazove strah ili zbog njega radno okruženje postane za žrtvu neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo. Zabranom uznemiravanja se, po našem mišljenju, žele zabraniti ona svakodnevna i neformalna postupanja koja negativno utječu na radnika (uzrokuju strah) ili stvaraju za njega neprihvatljivo radno okruženje (zastrašujuće, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo). Pri tome, da bi se radilo o uznemiravanju sadržaj i intenzitet tih djelatnosti mora biti takav da po objektivnom stajalištu dovodi do povrede dostojanstva uznemiravanog. Stoga u radnim odnosima neki uobičajeni nespozum ili napetosti ne bi predstavljali uznemiravanje. U tom je smislu i Županijski sud u Zagrebu zauzeo stajalište „da se ne može smatrati uznemiravanjem svako ono postupanje poslodavca koje je u okviru redovitog obavljanja radnih zadataka radnika“ (u konkretnom slučaju zahtijevanje financijskog direktora da se pronađe krivac za utvrđenu veliku pogrešku u knjiženju i razlog zbog kojeg on o tako važnoj činjenici nije bio obaviješten šest mjeseci).⁸³ Isto tako, sudovi nisu utvrdili postojanje uznemiravanja u slučaju kada je utvrđeno „da je tužiteljica osoba sa posebno osjetljivom strukturom osobnosti, koja pati od poremećaja prilagodbe, te da je radna sredina u kojoj se našla aktivirala njene komplekse, a da je uzrok sukoba u radnoj sredini kršenje discipline od strane same tužiteljice, i to one discipline koju su ostali radnici poštivali, a koja su pravila ophođenja bila dužna provoditi osobe s većim ovlaštenjima, zbog čega je tužiteljica bila opravdano upo-

⁸³ Županijski sud u Zagrebu, Gžr-1223/10-2 od 13. prosinca 2011.

zoravana od strane neposrednog rukovoditelja“.⁸⁴ Isto tako, u jednom drugom predmetu „kako sud temeljem provedenih dokaza nije utvrdio da je od strane tuženika vršeno zlostavljanje tužitelja, odnosno da je postojalo protupravno postupanje tuženika, to činjenica da tužitelj ima psihičkih tegoba uzrokovanih subjektivnim doživljajem situacija vezanih uz njegov rad nije od utjecaja na ishod ovog postupka, tim više što vještak navodi da osnovna tužiteljeva bolest psihičke prirode ne bi trebala biti uzrokovana konfliktom na radnom mjestu, već osobnošću tužitelja“.⁸⁵

Pod stranim utjecajima u posljednje vrijeme se i u hrvatskoj literaturi, a od donošenja novog kaznenog zakonodavstva i u važećem hrvatskom kaznenom zakonu (vidi djelo zlostavljanja na radu iz čl. 133. Kaznenog zakona; dalje u tekstu: KZ),⁸⁶ kao posebni oblici zlostavljanja radnika od suradnika ili pretpostavljenih javlja *mobbing* i *bossing*.⁸⁷ Mislimo da se i ti oblici ponašanja, kada se temelje na kojoj od ZSD-om zabranjenih osnova diskriminacije, mogu podvesti pod odredbe o zabrani uznemiravanja. ZR, pored toga što **pravo na poštivanja dostojanstva radnika** smatra jednim od temeljnih prava radnika (čl. 5. st. 2. ZR-a), posebno uređuje i **postupak zaštite radnika od uznemiravanja i spolnog uznemiravanja** (čl. 130. ZR-a) o kojem će biti više riječi u odjeljku o obvezama poslodavaca u svezi sa zabranom diskriminacije.

4.4. Spolno uznemiravanje

Spolno uznemiravanje (engl. *sexual harassment*, njem. *sexuelle Belästigung*, fran. *harcèlement sexuel*) definirano je u čl. 2. st. 1. točka d Direktive 2006/54/EZ i čl. 2. st. 1. točka d Direktive 2004/113/EZ kao oblik neželjenog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog postupanja **seksualne prirode** koje ima svrhu ili učinak u povredi dostojanstva osobe, osobito ukoliko uzrokuje zastrašujuće, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Sličnu odredbu sadržava i ZSD u čl. 3. st. 2. određujući spolno uznemiravanje kao „svako verbalno, neverbalno ili fizičko neželjeno ponašanje spolne naravi koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobe, a posebice ako stvara zastrašujuće,

⁸⁴ Županijski sud u Zagrebu, Gžr-2694/09-2 od 14. veljače 2012.

⁸⁵ V. presudu Županijskog suda u Zagrebu, Gžr-820/11-2 od 26. srpnja 2011.

⁸⁶ Kazneni zakon (Narodne novine, br. 125/11, 144/12).

⁸⁷ O mobbingu i bossingu v. također: Ferrari, E., *Raising awareness on mobbing*, Centro ricerche affari sociali and European Commission, Brussels, 2004.; Kostelić-Martić, A., *Mobbing: psihičko maltretiranje na radnome mjestu*, Školska knjiga, Zagreb, 2005.; Pavlović, Š., *Mobbing – oblik ljudske agresije, destruktivnosti, nečovječnog i ponižavajućeg postupanja*, Hrvatska pravna revija, vol. 5, br. 1, 2005, str. 112-116; Popović, M., *Mobbing ili kad žrtva ne uzvraća*, Računovodstvo i financije, br. 3, 2005., str. 116-119; Bodiroga – Vukobrat, N. et. al. (ur.), *Mobbing*, Društvo psihologa Primorsko-goranske županije, Rijeka, 2008.

neprijateljsko, ponižavajuće, omalovažavajuće ili uvredljivo okruženje.⁸⁸ Za razliku od uznemiravanja, smatramo kako ovaj oblik diskriminacije zahtjeva kumulativno ispunjenje tri uvjeta. **Prvo**, da se radi o neželjenom (verbalnom, neverbalnom ili tjelesnom) ponašanju. **Drugo**, da to ponašanje (postupanje) mora biti spolne naravi. Odnosno, ono mora na određeni način biti u svezi sa spolnošću uznemiravane osobe. **Treće**, takvo ponašanje mora imati za cilj ili stvarno predstavljati povredu dostojanstva uznemiravane osobe. Pritom su zastrašujuće, neprijateljsko, ponižavajuće, omalovažavajuće ili uvredljivo okruženje primjeri situacija koje osobito ukazuju na spolno uznemiravanje.

Dok iz našeg ZSD-a nije na prvi pogled jasno u čemu se sastoji razlika između uznemiravanja na osnovi spola te spolnog uznemiravanja kao ponašanja spolne naravi, razlika je vrlo očigledna kada se usporede definicije spomenutih Direktiva EU. U slučaju uznemiravanja nekog se uznemirava zbog toga što je određenog spola dok se u slučaju spolnog uznemiravanja, odnosno seksualnog uznemiravanja uznemiravanje zasniva na seksualnosti osobe. Spolno je uznemiravanje moguće bez obzira na spolnu (seksualnu) orijentaciju uznemiravatelja ili žrtve. Pod **verbalno spolno uznemiravanje** mogu se, po našem mišljenju, podvesti različiti neželjeni i socijalno neprihvatljivi (nepristojni) komentari o spolnosti neke osobe, njezinim dijelovima tijela, odjeći, pričanje neprimjerenih šala seksualnog sadržaja, zviždanje kojim se ističe spolnost i sl. Pod **neverbalno spolno uznemiravanje** može se podvesti stavljanje u radnim prostorijama slika naglašenog spolnog (seksualnog) sadržaja, izlaganje predmeta s neprimjerenim spolnim sadržajem, kompjuterskih programa i poruka takvog sadržaja i sl. Pod **fizičkim spolnim uznemiravanjem** podrazumijevaju se neželjeni fizički dodiri (pipkanje, grljenje, ljubljenje i sl.) uznemiravanog od strane uznemiravatelja.⁸⁹ Pritom smatramo da opisano neželjeno ponašanje samo po sebi predstavlja povredu dostojanstva uznemiravanje osobe. Kao i kod uznemiravanja, namjeru spolnog uznemiravanja ne smatramo konstitutivnim elementom ovog oblika diskriminacije te, čak štoviše, smatramo da je spolno uznemiravanje moguće i bez namjere da se s uznemiravanom osobom stupi u spolni odnos.

Konačno napominjemo da gore spomenute direktive definiraju uznemiravanje (i spolno uznemiravanje) kao oblik diskriminacije, izravne i na neizravne, dopuštajući time da i uznemiravanje poprimi oblik izravne ili neizravne diskriminacije. Naš ZSD postupa vrlo slično određujući u čl. 3., st. 3. da se **na uznemiravanje i spolno uznemiravanje na odgovarajući način primjenjuju**

⁸⁸ O oblicima i vrstama spolnog uznemiravanja v. Špadina, H., *Spolno uznemiravanje na radnom mjestu*, magistarski rad, Sveučilište u Zagrebu - Pravni fakultet, 2004., st. 15-26.

⁸⁹ O primjerima uznemiravanja i spolnog uznemiravanja iz prakse Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova v. Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova, *Izveštće o radu za 2010. godinu*, ožujak 2011., str. 12-17, dostupno na: <http://www.prs.hr/index.php/izvjesca> (6.12.2012.).

odredbe zakona koje se odnose na diskriminaciju koja je u čl. 2. definirana kao izravna i neizravna.

4.5. Poticanje na diskriminaciju

ZSD i ZRS, po uzoru na direktive 2006/54/EZ, 2004/113/EZ, 2000/78/EZ i 2000/48/EZ, pod diskriminaciju podvode i **poticanje neke druge osobe da diskriminira neku treću osobu** (čl. 4. st. 1. ZSD-a i čl. 6. st. 5. ZRS-a). Tako će se npr. diskriminacijom od strane vlasnika restorana smatrati nalog dan konobarima ili zaštitarima da ne dopuštaju ulaz u restoran ili da ne poslužuju Rome. Jednako tako, diskriminacijom počinjenom od strane poslodavca smatrat će se nalog dan kadrovskom odjelu da pri izboru kandidata, bez obzira na stvarne uvjete obavljanja posla, odabere kandidata muškog spola. Diskriminacijom se smatra i nalog vlasnika dan posredniku da nekretninu ne iznajmi najmoprimcu sa stranim prezimenom.⁹⁰ Bitno je za naglasiti kako kod ovog oblika diskriminacije postoji vrlo važna razlika između ZSD-a i direktiva EU s jedne strane te ZRS-a s druge strane. Naime, za razliku od ZRS-a, ZSD te direktive EU ne zahtijevaju da poticatelj vrši poticanje s namjerom diskriminiranja, čime je u svakom slučaju olakšan položaj diskriminirane osobe jer ona ne mora dokazivati postojanje diskriminatorne namjere.⁹¹ Obzirom na nadređenost prava EU, smatramo kako je kod poticanja na diskriminaciju temeljem osnova zaštićenih ZRS-om potrebno primijeniti odredbu čl. 4. st. 1. ZSD-a jer je ona usklađena s čl. 2. st. 2 točka b Direktive 2006/54/EZ (spol) te čl. 2. st. 4. Direktive 2000/78/EZ (spolna orijentacija).⁹²

4.6. Diskriminacija zbog pogrešne predodžbe o osobinama neke osobe

U skladu sa suvremenim pristupom pitanjima diskriminacije ZSD u čl. 1. st. 3. zabranjuje i diskriminacija na temelju „**pogrešne predodžbe o postojanju osnove za diskriminaciju**“. Naime, zabrana diskriminacije štiti i osobu koja je diskriminirana zato što je diskriminator pogrešno mislio da ona ima određene osobine (npr. da je određene spolne orijentacije, nacionalnosti, vjerske pripadnosti i sl.).⁹³ Ova je vrsta diskriminacije poznata i u praksi ESLJP. Pre-

⁹⁰ Bell, M.; Chopin, I.; Palmer, F., *Developing Anti-Discrimination Law in Europe, The 25 EU Member States compared*, Human European Consultancy, Utrecht, 2006., str. 32.

⁹¹ Namjera poticanja na diskriminaciju time ostaje u pravno irelevantnoj intimnoj sferi diskriminatora.

⁹² Element namjere kod poticanja na diskriminaciju iz ZSD-a je brisan 2012. godine izmjenama i dopunama toga zakona, upravo iz razloga usklađivanja s pravom EU. V. Vlada RH, *Prijedlog Zakona o Izmjenama i dopunama Zakona o suzbijanju diskriminacije, s konačnim prijedlogom Zakona*, srpanj 2012., Zagreb, dostupan na: <http://www.mprh.hr/zakonodavne-aktivnosti03> (9.8.2013.).

⁹³ V. više kod Grgurev, I., *op. cit.*, bilj. 50., str. 210.

ma mišljenju tog suda u predmetu *Timishev* diskriminacija temeljem stvarne ili pretpostavljene etničke pripadnosti je oblik rasne diskriminacije.⁹⁴

4.7. Propuštanje razumne prilagodbe u odnosu na osobe s invaliditetom

Pri objašnjavanju zabranjenih osnova diskriminacije naveli smo da Konvencija o zaštiti osoba s invaliditetom, Direktiva 2000/78/EZ i ZSD zabranjuju diskriminaciju osoba s invaliditetom. Međutim, navedeni pravni izvori, osim što zabranjuju nejednako postupanja prema osobama s invaliditetom u odnosu na osobe bez invaliditeta, nameću poslodavcima te još nekim adresatima (tijelima državne uprave, jedinicama područne i lokalne samouprave, obrazovnim ustanovama i sl.) **obvezu poduzimanja određenih pozitivnih (posebnih) mjera** kojima se osobama s invaliditetom omogućuje korištenje određenih prava koje te osobe bez provođenja tih posebnih mjera ne bi mogle koristiti. Adresati navedene obveze dužni su poduzeti **mjere razumne prilagodbe** prostora, opreme, organizacije rada, rasporeda radnog vremena (što uključuje i njegovo skraćivanje)⁹⁵ i sl. provođenjem kojih mjera se osobama s invaliditetom omogućava zapošljavanje, školovanje, pristup javnim dobrima i sadržajima javnog i društvenog života kojima se oni bez te prilagodbe ne bi mogli koristiti. Pri tome, **propust poslodavca ili drugog adresata da provede neku od mjera razumne prilagodbe predstavlja diskriminaciju temeljem invaliditeta**.⁹⁶ Drugim riječima, neprovođenje razumne prilagodbe je diskriminacija, a njeno provođenje je posebna mjera kojom se osobe s invaliditetom dovode u ravnopravan položaj s osobama bez invaliditeta. U tom smislu, osobi koja provede mjeru razumne prilagodbe ne može se prigovoriti nejednako postupanje jer se to postupanje opravdano s obzirom na poseban položaj u kojem se nalaze osobe s invaliditetom.⁹⁷ Dakle, poslodavci i drugi adresati navedene zakonske obveze dužni su poduzeti sve što je u njihovoj moći da bi omogućili zapošljavanje, školovanje, pristup javnim sadržajima i sl. osobama s invaliditetom. Pri tome se njihova obveza kreće u granicama **razumne prilagodbe**, pa se od poslodavaca ne zahtjeva ono što bi im predstavljalo **nerazmjern teret**.⁹⁸

⁹⁴ ESLJP, *Timishev protiv Rusije*, op. cit., bilj. 74.

⁹⁵ Sud EU, C-335/11, op. cit., bilj. 18.

⁹⁶ Treba napomenuti da se Direktiva 2000/78/EZ odnosi samo na područje rada i zapošljavanja, a ZSD ima daleko šire područje primjene (v. čl. 8. ZSD-a). Utoliko je u Hrvatskoj krug adresata obveze razumne prilagodbe daleko širi od kruga određenog navedenom direktivom, a i onoga što je praksa u većini zemalja EU. V. Bell, M.; Chopin, I.; Palmer, F., op. cit., bilj. 90., str. 37.

⁹⁷ Mislimo da se stoga i u Direktivi 2000/78/EZ pitanje razumne prilagodbe javlja na dva mjesta. Prvo u čl. 2. st. 2. točka b (ii) kao opravdanje neizravne diskriminacije te u čl. 5. u kojem se poslodavcima nameće obveza provođenja mjera razumne prilagodbe radi osiguranja ravnopravnosti osoba s invaliditetom.

⁹⁸ O obvezi razumne prilagodbe v. i Sud EU, C-303/06 *Coleman* (2008) ECR I-05603.

U točki 21. preambule Direktive 2004/78/EZ naznačeni su **kriteriji prema kojima se procjenjuje je li tražena prilagodba u granicama pravnog standarda „razumne prilagodbe“ koje svakako treba primjenjivati i u Hrvatskoj**. Ti kriteriji su: financijski i ostali troškovi koji nastaju prilagodbom; veličina i raspoloživa sredstva organizacije ili poduzeća; te mogućnost pokrivanja troškova prilagodbe iz javnih fondova ili raspoloživost nekih drugih sredstava pomoći. To znači da će kod utvrđivanja je li poslodavac mogao zaposliti, zadržati na radu ili promaknuti na povoljnije radno mjesto osobu s invaliditetom trebati procijeniti koliki su troškovi prilagodbe radnog mjesta, kako vrsta djelatnosti i veličina poslodavca utječe na mogućnost prilagodbe te je li moguće troškove prilagodbe namiriti iz sredstava Hrvatskog zavoda za mirovinsko osiguranje, Fonda za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom ili neke treće ustanove ili organizacije.⁹⁹

Pri tome treba voditi računa da ZR kada su u pitanju zaposlene osobe s invaliditetom poslodavcima nameće određene obveze koje, po našem mišljenju, u suštini imaju narav „razumne prilagodbe“.¹⁰⁰ Međutim, ZSD, po uzoru na Direktivu 2000/78/EZ, **nameće poslodavcima obvezu razumne prilagodbe već od trenutka provođenja postupka izbora kandidata za zapošljavanje pa sve do trenutka otkazivanja ugovora o radu**. Pri tome je važno stajalište koje je u svezi s diskriminacijom na temelju bolesti i invalidnosti te obvezi provođenja razumne prilagodbe ESP zauzeo u predmetu *Chacón Navas*. Prema tom stajalištu otkaz zbog radnikove bolesti ne potpada pod Direktivu 2000/78/EZ, a niti se bolest može smatrati dodatnom osnovom diskriminacije pored onih osnova koje su navedene u toj direktivi. Međutim, nama se još značajnijim čini stajalište zauzeto u tom predmetu, a prema kojem se zabrana diskriminacije na osnovi invalidnosti, pod uvjetom da su provedene mjere razumne prilagodbe, **ne odnosi na osobe koje nemaju znanja, sposobnosti ili nisu raspoložive za**

⁹⁹ V. Zakon o mirovinskom osiguranju (Narodne novine, br. 102/98, 127/00, 59/01, 109/01, 147/02, 117/03, 30/04, 177/04, 92/05, 43/07, 79/07, 35/08, 40/10, 121/10, 139/10 - Zakon o odgađanju usklađivanja mirovina, 61/11, 114/11, 76/12, 112/13) i Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom (Narodne novine, br. 143/02, 33/05).

¹⁰⁰ Ako se radi o radniku s invaliditetom već zaposlenom kod određenog poslodavca (radniku kod kojeg je utvrđena profesionalna nesposobnost za rad i neposredna opasnost od nastanka invalidnosti) poslodavac je dužan, uzimajući u obzir nalaz i mišljenje ovlaštene osobe, odnosno tijela, prema odredbama čl. 78. ZR-a ponuditi sklapanje ugovora o radu za obavljanje poslova za koje je on sposoban, koji, što je više moguće, moraju odgovarati poslovima na kojima je radnik prethodno radio. Radi osiguranja takvih poslova poslodavac je dužan prilagoditi poslove sposobnostima radnika, izmijeniti raspored radnog vremena, odnosno poduzeti sve što je u njegovoj moći da takvom radniku omogućí rad na odgovarajućim poslovima. Ponudu rada na drugim odgovarajućim poslovima poslodavac mora dati u pisanom obliku. Takvom radniku poslodavac može otkazati samo uz suglasnost radničkog vijeća (ili sindikalnog povjerenika) ili suglasnost može nadomjestiti sudska ili arbitražna odluka (čl. 79. ZR-a), a ta će tijela uskratiti suglasnost ako poslodavac ne dokaže da je poduzeo sve što je u njegovoj moći da invalidnom radniku omogućí obavljanje odgovarajućih poslova.

obavljanje bitnih funkcija posla o kojem se radi.¹⁰¹ S obzirom da se navedeno ograničenje zaštite od diskriminacije odnosi na osobe s invaliditetom, a koje zbog trajnosti i težine stanja te njegova utjecaja na njihovu radnu sposobnost trebaju veći stupanj zaštite od osoba koje su bolesne, mislimo da će se i u RH kriterij „znanja, sposobnosti i raspoloživosti za obavljanje bitnih funkcija posla“ primjenjivati i pri prosudbi je li neki postupak prema bolesnom zaposleniku diskriminatoran ili ne.

4.8. Segregacija

Segregacija se kao poseban oblik diskriminacije ne spominje u EKLJP i relevantnim direktivama EU. Spominje se, međutim u preporuci Europske komisije protiv rasizma i nesnošljivosti.¹⁰² Ta preporuka iz 2002. godine definira da je „segregacija čin kojim fizička ili pravna osoba odvaja druge osobe na temelju nabrojanih osnova bez objektivnog i razumnog opravdanja sukladno s predloženom definicijom diskriminacije. Posljedično, dobrovoljan čin kojim se osoba sama odvaja od drugih osoba temeljem nabrojanih osnova, ne predstavlja segregaciju“. Segregacija je poznata i u praksi ESLJP i Suda EU.

Tako se posljednjih godina pojam segregacije često koristio u kontekstu posebnog postupanja prema Romima.¹⁰³ U spomenutom predmetu *D. H. i ostali protiv Češke* veliki broj učenika specijalnih škola za djecu s posebnim potrebama činili su Romi. Iako takvo postupanje nije bilo rezultat samo neutralne pravne norme, već i načina na koji je ona primjenjivana u odnosu na romsku populaciju, ESLJP je činjenične okolnosti tog slučaja vrednovao kao **neizravnu diskriminaciju**. Pritom je taj sud ocijenio da je za postojanje neizravne diskriminacije ključno utvrditi je li način na koji je primjenjivana neutralna norma rezultirao raspoređivanjem (upisivanjem) nerazmjernog broja romske djece u specijalne škole te jesu li time ta djeca **stavljena u značajno nepovoljniji položaj bez objektivnog i razumnog opravdanja**.¹⁰⁴ Nadalje, pristanak roditelja na raspoređivanje njihove djece u specijalne škole ne može se smatrati pristankom na različito postupanje ili odricanje od prava na zaštitu jer, prema mišljenju suda „odricanje od prava zajamčenog Konvencijom – ako je takvo

¹⁰¹ Sud EU, C-13/05 *Chacón Navas* (2006) ECR I-06467.

¹⁰² V. Europska komisija protiv rasizma i nesnošljivosti, *ECRI General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination*, 13. prosinac 2002., dostupna na: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N7/ecri038%20recommendation%20nr%207.pdf (14.9.2013.).

¹⁰³ ESLJP, *Sampanis i drugi protiv Grčke* (zahtjev br. 32526/05), presuda od 5. lipnja 2008.; ESLJP; *Oršuš i drugi protiv Hrvatske*, op. cit., bilj. 61. Za iscrpan komentar slučaja *Oršuš i ostali protiv Hrvatske v. Grgić, A., Recognizing formal and substantive equality in the Oršuš case*, u: Akermark Spiliopoulou, S. et al (ur.), *European Yearbook of Minority Issues*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2012., str. 327-366.

¹⁰⁴ ESLJP, *D. H. i drugi protiv Češke*, op. cit., bilj. 80., paragrafi 182-210.

odricanje uopće dopušteno – mora se nedvosmisleno utvrditi i izraziti uz punu svijest o činjenicama, to jest na temelju informiranog pristanka".¹⁰⁵ **Stavljanje u nepovoljniji položaj** kao kriterij segregacije, pa onda i diskriminacije zahtijeva i Sud EU. U slučaju *Nikoloudi* radilo se o odvajanju zanimanja po spolu (poslodavac je kao čistačice zapošljavao samo osobe ženskog spola). Sud EU je smatrao da politika zapošljavanja kojom se na određenom radnom mjestu zapošljavaju samo žene sama po sebi ne predstavlja **izravnu** diskriminaciju, jer može predstavljati stvarni i odlučujući uvjet obavljanja posla¹⁰⁶ ili pozitivnu mjeru (o tome više v. kasnije u našem radu: Izuzeci i opravdanja kod zabrane diskriminacije). Da bi postojala diskriminacija, potrebno je da takvo odvajanje dovodi do **nejednakosti** (dovođenja u **nepovoljniji položaj** u odnosu na usporednu skupinu).¹⁰⁷

Na temelju toga zaključujemo da se u praksi Suda EU i ESLJP segregacija tretira kao oblik diskriminacije. Zabranjena je ako ima za posljedicu **nejednakost, bez objektivnog i razumnog opravdanja** čak i unatoč pasivnosti, nedostatku prigovora ili pristanku onog koga se odvaja. Iznimno, može biti dopuštena ako predstavlja pozitivnu mjeru. Međutim, ako **bez objektivnog i razumnog opravdanja ima za posljedicu dovođenje u nepovoljniji položaj**, radi se o diskriminaciji (ovisno o okolnosti slučaja izravnoj ili neizravnoj). Smatramo da na taj način treba tumačiti i odredbu čl. 5. ZSD-a koja pod segregacijom razumijeva „prisilno i sustavno razdvajanje osoba“ po nekoj od zabranjenih osnova diskriminacije. Iz te bi se odredbe gramatičkim tumačenjem moglo zaključiti da u slučaju segregacije, diskriminacija postoji i bez elementa „stavljanja u nepovoljniji položaj“. Ipak, mislimo da i tu odredbu treba tumačiti na način da u slučaju segregacije razdvajanje mora imati za posljedicu **dovođenje u nepovoljniji položaj**, a da pristanak na segregaciju pak treba sagledavati u svjetlu gore spomenutog „**informiranog pristanka**“.

4.9. Viktimizacija

Viktimizacija je poseban sekundarni oblik diskriminacije do kojeg dolazi zato što se viktimizirana osoba **korištenjem raspoloživih pravnih sredstava suprotstavila diskriminaciji** (kojoj je ona ili netko drugi bio izložen) ili je **kao svjedok ili na neki drugi način sudjelovala u postupku pokrenutom protiv diskriminatora**. Viktimizacija je kažnjavanje onih koji su se kao žrtve, svjedoci ili na drugi način suprotstavili diskriminaciji. Utoliko je ona sekundar-

¹⁰⁵ *Ibidem*, paragraf 202. Čini se da je odricanje od prava na rasnu diskriminaciju nemoguće, „jer bi to bilo protivno važnom javnom interesu“, *ibidem*, paragraf 204.

¹⁰⁶ Na ovom mjestu napominjemo da sukladno čl. 4. st. 5. Direktive 2004/113/EZ nije zabranjeno niti omogućiti pristup robi, odnosno pružati usluge isključivo osobama jednog spola, ako je to opravdano zakonitim ciljem te ako su sredstva za postizanje tog cilja prikladna i nužna.

¹⁰⁷ Sud EU, C-196/02 *Nikoloudi* (2005) ECR I-1789, paragrafi 33-34.

ni oblik diskriminacije kojom diskriminatori onemogućavaju suprotstavljanje diskriminaciji. Stoga se zabranom viktimizacije unapređuje suprotstavljanje diskriminaciji.¹⁰⁸ Prema odredbi čl. 7. ZSD-a viktimizacija je dovođenje nekoga u nepovoljniji položaj stoga što je on „u dobroj vjeri prijavio diskriminaciju, nazočio diskriminaciji, odbio nalog za diskriminatorno postupanjem ili na bilo koji način sudjelovao u postupku vođenom povodom diskriminacije sukladno odredbama ovog Zakona“. S obzirom da se i kod viktimizacije dolazi do „stavljanja u nepovoljniji položaj“ zaključujemo da se radi o posebnom obliku diskriminacije. Istovremeno formalnologičkom analizom zaključujemo da stavljanju u „nepovoljniji položaj“ kod viktimizacije mora prethoditi diskriminacija temeljem neke od zabranjenih osnova (tzv. primarna diskriminacija). Štoviše, smatramo da kod viktimizacije mora postojati uzročna veza između primarne i sekundarne diskriminacije (viktimizacije). Pri tome upozoravamo da odredba čl. 7. ZSD-a viktimiziranim osobama pruža znatno širu zaštitu nego odredbe čl. 109. st. 2. i 3. ZR-a. U odnosu na diskriminaciju u radnim odnosima smatramo da je tom odredbom radnik zaštićen i od viktimizacije koju prema njemu poduzima bivši poslodavac, a po uzoru na praksu Suda EU u predmetu *Cootte v. Granada*.¹⁰⁹ Pri ovakvoj širini odredbe čl. 7. ZSD-a čini nam se da nije važno što ZRS u čl. 2. sadrži nešto užu definiciju viktimizacije prema kojoj „[n]itko ne smije trpjeti štetne posljedice zbog toga što je kao svjedok ili žrtva diskriminacije na temelju spola dao iskaz pred nadležnim tijelom ili upozorio javnost na slučaj diskriminacije“. Naime, ako neki slučaj viktimizacije zbog spolne diskriminacije ne bi bilo moguće podvesti pod odredbe čl. 2. ZRS-a još uvijek bi postojala mogućnost da se taj slučaj podvede pod odredbe čl. 7. ZSD-a.

4.10. Teži oblici diskriminacije

Iz odredbi čl. 6. ZSD-a može se zaključiti da taj zakon razlikuje lakše i teže oblike diskriminacije. Pri tome su lakši oblici diskriminacije definirani negativno u odnosu na teže oblike diskriminacije. Lakšim oblicima diskriminacije smatraju se svi oblici diskriminacije koji se ne mogu podvesti pod jedan od zakonom određenih težih oblika diskriminacije. ZSD u čl. 6. st. 1. definira **četiri teža oblika diskriminacije**. To su **višestruka diskriminacija** (diskriminacija počinjena prema istoj osobi po više osnova),¹¹⁰ **ponovljena diskriminacija** (dis-

¹⁰⁸ Selanec viktimizaciju ne smatra oblikom diskriminacije već „instrumentom podrške zabrani diskriminacije“. Selanec, G., *op. cit.*, bilj. 40., str. 55.

¹⁰⁹ Sud EU, C-185/97 *Cootte v. Granada* (1998) ECR I-5199. U njemačkom zakonu koji se odnosi na suzbijanje diskriminacije, zaštitom od diskriminacije su obuhvaćeni i (bivši) radnici nakon prestanka radnog odnosa. V. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, BGBl. 2006 I S. 1897.

¹¹⁰ Pojam višestruke diskriminacije prvi put spominje krajem 1980' Kimberlé Crenshaw primjećujući kako pojedinci mogu pripadati raznim društvenim skupinama te sukladno tome biti izloženi diskriminaciji prema više osnova. Gradeći paradigmu na iskustvu crkinja iz SAD-a,

kriminacija počinjena više puta), **produljena diskriminacija** (diskriminacija počinjena kroz dulje vrijeme) i **diskriminacija s posebno teškim posljedicama** (diskriminacija čije posljedice posebno teško pogađaju žrtvu diskriminacije). Ova podjela opravdana je s obzirom na činjenicu da su neke osobe često izvrgnute višestrukoj diskriminaciji (npr. žene s invaliditetom, starije osobe s invaliditetom), odnosno da su opetovano, duže vrijeme ili s osobito teškim posljedicama izložene diskriminaciji (npr. diskriminacija djece). Neprikladnim nam se čini što ta podjela implicira i postojanje lakših oblika diskriminacije te time umanjuje odbojnost koja bi se trebala javljati pri bilo kojem obliku diskriminacije.

ZSD u čl. 6. st. 2. određuje da će o činjenici da se radi o nekom od težih oblika diskriminacije sud trebati voditi računa pri odmjeravanju **visine naknade neimovinske štete i kazne za prekršaje** utvrđene tim zakonom. Ni ta nam se odredba ne čini niti potpunom, a niti potrebnom. Naime, o okolnosti da se radi o nekom od teških oblika diskriminacije sud će morati voditi računa i u drugim okolnostima (npr. pri utvrđivanju kaznene odgovornosti, donošenju odluke o dopuštenosti otkaza ugovora o radu i sl.). Također, višestrukost, ponavljanje, produljeno trajanje ili teške posljedice diskriminacije su okolnosti o kojima sud ionako morao voditi računa i bez da ga zakonodavac na to posebno upozori. Stoga smatramo da se radi o jednoj nepotrebnoj instrukciji zakonodavca, koja izražava nepovjerenje u sudove kada su u pitanju antidiskriminacijski postupci.

5. OBVEZE POSLODAVCA U SVEZI SA ZABRANOM DISKRIMINACIJE

Obzirom da se diskriminacija naročito često javlja u svezi s radom i radnim odnosima, zakonodavac posebno ističe odgovornost poslodavaca za poduzimanje mjera usmjerenih na njezino sprečavanje. U tom smislu naročito su značajne odredbe dvaju hrvatskih zakona (ZRS-a i ZR-a). U ovom odjeljku analizirat ćemo obveze poslodavaca u svezi sa suzbijanjem diskriminacije, vodeći pri tome računa da obično nasuprot obvezama poslodavca stoje prava radnika.

kao društvenoj skupini kod koje se susreću osnove spolne i rasne diskriminacije, Crenshaw ističe kako višestruka diskriminacija ne predstavlja samo diskriminaciju kod koje se pojavljuje više osnova diskriminacije, već predstavlja **poseban oblik** diskriminacije. Kod višestruke diskriminacije više osnova djeluje sinergijski, čineći crkinje društvenom skupinom kod koje se fenomen diskriminacije ispoljava drugačije nego kod bijelih žena ili crnih muškaraca. V. Crenshaw, K., *Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine Feminist Theory and Antiracist Politics*, u: Weisberg, D. K. (ur.), *Feminist Legal Theory: Foundations*, Temple University Press, Philadelphia, 1993. V. također: Vasiljević, S., *Pravno uređenje višestruke diskriminacije u proširenoj Europskoj uniji*, doktorska disertacija, Sveučilište u Zagrebu - Pravni fakultet, Zagreb, 2008.

5.1. Obveze poslodavca u svezi s oglašavanjem i postupkom zapošljavanja

Odredbe ZRS-a o zabrani spolne diskriminacije u svezi sa zapošljavanjem i radom odnose se na sve poslodavce (javne i privatne), uključivo i državna tijela. U sklopu tih odredbi sadržane su u čl. 13. ZRS-a **obveza spolno neutralnog oglašavanja potrebe za radnicima, te zabrana korištenja izraza** koji uzrokuju ili bi mogli uzrokovati diskriminaciju temeljem **bračnog i obiteljskog statusa te spolne orijentacije**. Međutim, treba upozoriti da i ZR u čl. 5. st. 4. zabranjuje diskriminaciju u širokom krugu pitanja iz radnog odnosa i u svezi s radnim odnosom. U tom smislu mislimo da se ta zabrana odnosi i na pitanja oglašavanja i zapošljavanja. Pri tome je za zabranu diskriminacije mjerodavan poseban propis, u ovom slučaju ZSD, zabranjuje diskriminaciju po širem krugu osnova od ZRS-a. S obzirom na noviju praksu Suda EU čini nam se da, osim spolne, pri oglašavanju slobodnih radnih mjesta i provođenju postupka odabira kandidata za zaposlenje naročito značajna postaje i **zabrana diskriminacije temeljem drugih zabranjenih osnova**.¹¹¹

Prema odredbi čl. 13. st. 2. ZRS-a „prilikom oglašavanja potrebe za zapošljavanjem u oglasu mora biti jasno istaknuto da se za oglašeno radno mjesto mogu javiti osobe oba spola“. Ista obveza, prema st. 3. istoga članka, postoji i u slučaju raspisivanja natječaja. Međutim, navedena obveza ne postoji ako se radi o poslovima kod kojih je zbog njihove naravi ili uvjeta u kojima se oni obavljaju inače zabranjena osnova razlikovanja stvarni i odlučujući uvjet njihovog obavljanja. Pored toga, mislimo da takva obveza ne postoji ako se provode posebne mjere ili postoje neke druge okolnosti koje opravdavaju postavljanje inače zabranjene osnove razlikovanja. Međutim, i u tom bi slučaju, radi transparentnosti selekcijskih postupaka, provođenje tih mjera bilo preporučljivo istaknuti u oglasu ili natječaju (o za ta pitanja važnim izuzecima i opravdanjima kod zabrane diskriminacije vidi naš drugi rad u ovom zborniku).

Obvezu iz čl. 13. st. 2. ZRS-a poslodavac može ispuniti tako da u tekst oglasa ili natječaja preuzme dio zakonske odredbe te navede da se „za oglašeno mjesto mogu javiti osobe oba spola“, staviti naznaku „m/ž“ ili kao što je to praksa u nekim europskim zemljama, navede naziv radnog mjesta za oba spola: profesor/ica, kuhar/ica, tajnik/-ica, liječnik/-ica i sl.

Glede sankcije za povredu te obveze, valja reći da nije predviđena **prekršajna sankcija**.¹¹² Uz to se slažemo sa stavom da propust pri oglašavanju radnog

¹¹¹ Za etničku pripadnost v. Sud EU, C-54/07, *op. cit.*, bilj. 70., za spolnu orijentaciju v. Sud EU, C-81/12 *ACCEPT* (2013) ECR I-0000.

¹¹² U sprečavanju takve prakse veliku ulogu ima Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova koja kad uoči oglase koji nisu spolno neutralno formulirani upozorava na taj propust poslodavca. Nakon takvih upozorenja vrlo veliki broj poslodavaca poštuje obvezu spolno neutralnog oglašavanja. Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova, *op. cit.*, bilj. 89., str. 47.

mjestu ne bi imao za posljedicu ništetnost ugovora o radu sklopljenog na temelju manjkavog oglasa.¹¹³ Također smatramo da kršenje te zakonske obveze ne bi samo po sebi dalo pravo na naknadu štete jer ZRS u čl. 30. pravo na naknadu štete veže samo uz povredu odredbi o diskriminaciji koje su sadržane u čl. 6., 7. i 8. toga zakona, a ne i uz povredu odredbi čl. 13. u kojoj je sadržana obveza poslodavca u svezi s oglašavanjem. Međutim, pravne posljedice kršenja te zakonske obveze vidimo u ništetnosti odredaba pravilnika o radu i kolektivnih ugovora koje omogućavaju spolno diskriminatorno oglašavanje.¹¹⁴ Osim toga smatramo da diskriminatorno oglašavanje može imati značaj u prebacivanju tereta dokazivanja na diskriminatora, tj. da može u svezi s drugim dokazima koji govore u prilog diskriminacije stvoriti kod suda uvjerenje o postojanju diskriminacije.

U postupku odabira radnika s kojim će sklopiti ugovor o radu, **poslodavac ne smije od radnika tražiti podatke koji nisu u neposrednoj svezi s radnim odnosom** (čl. 23. st. 1. ZR-a). Pored toga, ZR u čl. 67. posebno štiti trudnice od diskriminacije i diskriminirajućeg postupanja pri zapošljavanju. Na nedopuštena pitanja u postupku zapošljavanja radnik ne mora odgovoriti (čl. 23. st. 2. ZR-a). Dapače, mislimo da na nedopuštena pitanja radnik ne mora točno odgovoriti te da zbog toga ne smije snositi nikakve štetne posljedice.¹¹⁵

[Prikupljanjem podataka o pitanjima koja nisu od važnosti za sklapanje ugovora o radu, odnosno koji se odnose na trudnoću žene, poslodavac čini teški **prekršaj** iz čl. 228. st. 1. točka 4. i točka 17. ZR-a. Međutim, usprkos ovim zakonskim zabranama Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova izvješćuje da su „[...]žene još uvijek vrlo često izložene diskriminaciji na osnovi trudnoće[...]“.¹¹⁶

¹¹³ Naime, javlja se shvaćanje da bi za ništetnost ugovora o radu bila bi nužna izričita zakonska odredba, poput one prije sadržane u čl. 35. st. 14. Zakon o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji (Narodne novine, br. 174/04, 92/05, 2/07, 107/07, 65/09, 137/09, 146/10, 55/11). Tako npr. Rožman, K., *Zabrana diskriminacije u radnim odnosima*, Hrvatska pravna revija, br. 3, rujna 2003., str. 13. Napominjemo da je taj zakon u međuvremenu izmijenjen te da kršenje odredbi o prednosti pri zapošljavanju branitelja i članova njihovih obitelji može biti razlog za otkazivanje ugovora o radu – v. čl. 35. st. 16. Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji (Narodne novine, br. 174/04, 92/05, 2/07, 107/07, 65/09, 137/09, 146/10, 55/11, 140/12, 33/13).

¹¹⁴ Smatramo da se to odnosi na sve zabranjene osnove diskriminacije.

¹¹⁵ Tako je u njemačkoj sudskoj praksi njemački Savezni sud za radne sporove (njem. *Bundesarbeitsgericht*) presudio da je radniku dopušteno netočno odgovoriti na zakonom nedopuštena pitanja poslodavca te da takva obmana poslodavca od strane radnika nije protupravna (presude iz 1984. i 1993. godine). Citirano prema: Dütz, W., *Arbeitsrecht*, 6. Auflage, München, 2001., str. 54.

¹¹⁶ Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova, *op. cit.*, bilj. 89., str. 17.

5.2. Obveze poslodavca u svezi s provođenjem rodno osviještene politike te posebnih (pozitivnih) mjera za promicanje i uspostavu ravnopravnosti spolova

Prema odredbi čl. 3. ZRS-a određenim subjektima, državnim tijelima, tijelima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravnim osobama s javnim ovlastima i pravnim osobama u pretežitom vlasništvu države i jedinica lokalne i područne samouprave nameće se **obveza provođenja rodno osviještene politike** (engl. *gender mainstreaming*).¹¹⁷ Ti su subjekti u fazi planiranja, donošenja i provedbe bilo koje odluke ili poduzimanja bilo koje mjere, dužni **analizirati, ocijeniti i vrednovati** kako se ta odluka ili mjera odražava na postizanje ravnopravnosti žena i muškaraca. Obveza provođenja rodno osviještene politike je, po našem mišljenju, opća obveza koja obuhvaća i obvezu pobrojanih subjekata da **kada djeluju u svojstvu poslodavca** moraju voditi računa o tome kako će njihova odluka ili mjera utjecati na „postizanje stvarne ravnopravnosti žena i muškaraca“.

Premda propust te obveze nije prekršajno kažnjiv, smatramo da obveza provođenja rodno osviještene politike **nije samo politička obveza kada se radi o tijelima državne uprave i pravnim osobama u pretežitom vlasništvu države**. Pravne elemente te obveze nalazimo u činjenici da je taj krug subjekata obavezan i na provođenje **pozitivnih (posebnih) mjera otklanjanja spolne neravnopravnosti**.¹¹⁸ U tu svrhu su ti subjekti obvezni donijeti planove djelovanja za promicanje i uspostavljanje ravnopravnosti spolova (planovi pozitivnih mjera) iz čl. 11. ZRS-a kod kojih je predviđena prekršajna sankcija. Naime, planove pozitivnih (posebnih) mjera tijela države uprave i pravne osobe u vlasništvu države moraju donositi **svake četiri godine**, a oni se donose na temelju analize položaja žena i muškaraca, te se pri tome utvrđuju razlozi za uvođenje posebnih mjera, ciljevi koje treba postići, način provedbe i metode nadziranja provedbe (čl. 11. st. 2. ZRS-a). Planovima djelovanja treba npr. utvrditi kako će se i kojom dinamikom otklanjati podzastupljenost određenog spola. Sastavni dio tih planova čini i plan provedbe aktivnosti vezanih uz mjere Nacionalne politike za promicanje ravnopravnosti spolova iz nadležnosti tih tijela, odnosno djelatnosti pravnih osoba (čl. 11. st. 3. ZRS-a). Planove djelovanja prethodno **odobrava Ured za ravnopravnost spolova** Vlade RH (čl. 11. st. 4. ZRS-a).

¹¹⁷ O rodno osviještenoj politici i ostalim glavnim pojmovima u svezi sa spolnom/rodnom jednakosti v. Rodin, S., *Rodna jednakost – temeljni pojmovi i uloga Europskog konteksta*, u: Rodin, S. (ur.), *Jednakost muškaraca i žena: pravo i politika u EU i Hrvatskoj*, Institut za međunarodne odnose, Zagreb, 2003., str. 1-10.

¹¹⁸ Kod posebnih (pozitivnih) mjera jedna skupina osoba se stavlja u povoljniji položaj od druge skupine osoba radi poboljšanja njihovog stvarno nejednakog položaja. Više o pozitivnim mjerama u pravu Europske unije v. Selanec, G., *Politika pozitivnih mjera Europskog suda – ograničenja i mogućnosti*, u: Rodin, S. (ur.), *Jednakost muškaraca i žena: pravo i politika u EU i Hrvatskoj*, Institut za međunarodne odnose, Zagreb, 2003.

Propust izvršenja navedene obveze sankcioniran je **prekršajnom sankcijom** (čl. 34. ZRS-a).¹¹⁹ Za nepodnošenje plana djelovanja odgovornoj osobi u tijelu državne uprave zapriječena je novčana kazna u iznosu od 3.000,00 do 10.000,00 kuna, a pravnoj osobi u pretežitom vlasništvu države zapriječena je novčana kazna do 30.000,00 kuna.

Konačno, kod obveze provođenja rodno osviještene politike zbunjuje nas nametanje te obveze „pravnim osobama u pretežitom vlasništvu države ili jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave“. Time se ta obveza nameće pravnim osobama **po pravnom statusu njihovog vlasnika**, a ne njihovom pravnom statusu. Utoliko može doći do, po našem mišljenju, apsurdne situacije da obvezu provođenja rodno osviještene politike i pozitivnih (posebnih) mjera imaju trgovačka društava u javnom vlasništvu, a da takvu obvezu nemaju njima konkurentna trgovačka društva u privatnom vlasništvu (pri takvom stanju stvari ne vidimo razlog neujednačenosti obveza trgovačkih društava u privatnom vlasništvu u odnosu na ona u javnom vlasništvu).

5.3. Obveza davanja informacija pučkom pravobranitelju te posebnim pravobraniteljima

Prema propisima hrvatskog antidiskriminacijskog prava poslodavci imaju i relativno široku obvezu **prijavljivanja pučkom pravobranitelju i posebnim pravobraniteljima osnovane sumnje (uz pristanak žrtve) na postojanje diskriminacije**. Jednako tako, poslodavci su dužni pravobraniteljima u propisanom roku **dostaviti podatke te omogućiti uvid u dokumente i spise važne za utvrđivanje postojanja diskriminacije**. Te obveze za poslodavce proizlaze iz odredbi čl. 10. ZSD-a te 25. ZRS-a. Ako se radi o poslodavcima koji su državna tijela, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili osobe u pretežito javnom vlasništvu (u slučaju spolne diskriminacije), onda postoji i prekršajna odgovornost odgovornih osoba za nedostavljanje podataka ili onemogućavanje uvida u dokumente i spise (čl. 27. ZSD-a i čl. 37. ZRS-a), odnosno za neprijavljivanje osnovane sumnje na diskriminaciju (čl. 38. ZRS-a). Zapriječena kazna je od 1.000,00 do 5.000,00 kuna.

Kada se radi o spolnoj diskriminaciji onda su poslodavci u roku od 30 dana dužni očitovati se na upozorenja, prijedloge ili preporuke koje im je u svezi s utvrđenom spolnom diskriminacijom uputila pravobraniteljica za ravnopravnost spolova (čl. 23. ZRS-a). U slučaju propuštanja dostave takvog očitovanja pravobraniteljica može tražiti provođenje nadzora nad njihovim radom.

¹¹⁹ Jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravne osobe u njihovom vlasništvu imaju obvezu u svoje opće akte unijeti mjere za uspostavljanje ravnopravnosti spolova temeljem čl. 11. st. 5. ZRS-a, ali propust ove obveze nije sankcioniran prekršajnom kaznom.

5.4. Obveze poslodavca u svezi s isplatom jednake plaće ženama i muškarcima

Pravilo o jednakosti plaća žena i muškaraca dio je hrvatskog pravnog poretku od 1952. godine kada je bivša država ratificirala konvenciju br. 100 Međunarodne organizacije rada o jednakosti plaća radnika i radnica za rad jednake vrijednosti.¹²⁰ Sada je sadržano u čl. 83. ZR-a i određuje da je „[p]oslodavac dužan isplatiti jednaku plaću ženi i muškarcu za jednaki rad i rad jednake vrijednosti“.¹²¹ Ovdje treba odmah upozoriti da odredba o zabrani nejednakosti plaća žena i muškaraca izraz **zabranjene diskriminacije temeljem spola** te da se na tu odredbu ne može pozvati radnik koji je glede plaće diskriminiran po nekoj drugoj zabranjenoj osnovi (npr. dob). Takav bi se radnik, međutim, mogao pozvati na čl. 1. st. 1. ZSD-a u svezi s čl. 5. st. 4. ZR-a. Strana iskustva pokazuju da do nejednakosti plaća žena i muškaraca najčešće dolazi primjenom neutralne norme, kriterija ili prakse (neizravna diskriminacija) kao što je npr. posebnog nagrađivanja fleksibilnosti rada kojem kriteriju, radi roditeljskih obveza, teže udovoljavaju žene, posebne (ne)novčane pogodnosti koje poslodavac daje samo radnicima koji rade u punom radnom vremenu, pa se time od tih pogodnosti isključuju žene koje češće rade s nepunim radnim vremenom.¹²²

Zakonska odredba o zabrani spolne diskriminacije pri plaćanju rada obavljenog u radnom odnosu obuhvaća dva pravila. Prema prvom poslodavac je dužan ženama i muškarcima isplatiti jednake plaće „**za jednaki rad**“. Prema drugom pravilu poslodavac je obavezan na isplatu jednakih plaća ako muškarci i žene obavljaju „**rad jednake vrijednosti**“. S obzirom na očekivane teškoće pri utvrđivanju radi li se o „jednakom radu“ ili „radu jednake vrijednosti“ zakonodavac je u odredbi čl. 83. st. 2. propisao tri kriterija prema kojima „dvije osobe različitog spola obavljaju jednak rad i rad jednake vrijednosti ako:

1) obavljaju isti posao u istim ili sličnim uvjetima ili bi mogle jedna drugu zamijeniti u odnosu na posao koji obavljaju;

2) je rad koji jedna od njih obavlja slične naravi radu koji obavlja druga, a razlike između obavljenog posla i uvjeta pod kojima ih obavlja svaka od njih, nemaju značaja u odnosu na narav posla u cijelosti ili se pojavljuju tako rijetko da ne utječu na narav posla u cijelosti;

3) je rad koji jedna od njih obavlja, jednake vrijednosti kao rad koji obavlja druga, uzimajući u obzir kriterije kao što su stručna sprema, vještine, odgovornost, uvjeti u kojima se rad obavlja te je li rad fizičke naravi“.

¹²⁰ RH, u okviru bivše države, navedena konvencija obvezuje od 1952. godine (Službeni vjesnik Prezidijuma Narodne Skupštine FNRJ, br. 12/52).

¹²¹ Isto pravilo predviđeno je u čl. 13. st. 1. točka 4. ZRS-a.

¹²² Fredman, S., *European Community Discrimination Law: A Critique*, Industrial Law Journal, vol. 21, br. 2, 1992., str. 119-134.

Mislimo da se prva dva kriterija odnose na utvrđivanje „jednako rada“, a treći na određivanje „rada jednake vrijednosti“.¹²³ Radi se o prilično složenim zakonskim odredbama koje će sigurno dati povoda za različita tumačenja, na koje će sudska praksa morati iznaći odgovor.¹²⁴ Naročito će zahtjevno, po našem mišljenju, biti utvrđivanje radi li se o „radu jednake vrijednosti“.¹²⁵ Dok o navedenim pitanjima sudska praksa ne zauzme jasno stajalište, poslodavci će biti izloženi prilično velikoj pravnoj i ekonomskoj nesigurnosti jer iz ovih prilično nejasnih zakonskih odredbi za njih može naknadno nastati obveza isplate razlika u plaći. Utoliko se, po našem mišljenju, tim odredbama ZR-a i ZRS-a poslodavcima nameće vrlo ozbiljna i zahtjevna obveza da pri uređivanju sustava plaća vode računa o poštivanju zakonskih pravila o jednakosti plaća žena i muškaraca.

5.5. Obveze poslodavca u svezi sa sprječavanjem diskriminacije radnika

Jedna od temeljnih obveza poslodavca iz radnog odnosa je zaštita dostojanstva radnika (čl. 5. st. 5. ZR-a) koja se ostvaruje u skladu s posebnim zakonom, u ovom slučaju ZSD-om i ZRS-om. U svezi s provođenjem te obveze svaki poslodavac koji zapošljava najmanje 20 radnika dužan je, temeljem čl. 125. st. 1. ZR-a, u pravilnik o radu unijeti mjere koje se odnose na zaštitu dostojanstva i zaštitu od diskriminacije.¹²⁶ U protivnom odgovara za teži prekršaj iz čl. 293. st. 1. točka 26 ZR-a. Pored toga, poslodavac je dužan poduzimati i druge mjere (npr. **informirati i obrazovati radnike**) s ciljem sprečavanja svakog oblika diskriminacije.¹²⁷ Prije početka rada poslodavac je dužan upoznati radnika i s

¹²³ Zbog ograničenog opsega ovog rada nismo u mogućnosti ovdje potpunije analizirati navedene zakonske odredbe. Međutim, detaljnije o tom pitanju v. Grgurev, I., *op. cit.*, bilj. 71., str. 1103-1142.

¹²⁴ Dok se ne profilira sudska praksa tužiteljima će biti problem navesti odgovarajućeg usporednog radnika. Sud EU je u posljednjih nekoliko desetljeća odgovorio na pitanja: gdje je usporedba moguća (u pogonu/sluzbi kod istog poslodavca, kod različitih poslodavaca ako postoji zajedničko tijelo odgovorno za nejednakost plaća žena i muškaraca), da nije dopuštena usporedba s hipotetičkim, već samo sa stvarnim radnikom, te je li moguća usporedba s radnikom koji više nije u radnom odnosu (usporedba je moguća i u slučaju kada usporedni radnici nisu istodobno zaposleni). Cf. Sud EU, C-43/75 *Defrenne II* (1976) ECR 00455; Sud EU, C-129/79 *Macarthys* (1980) ECR 01275; i Sud EU, C-320/00 *Lawrence* (2002) ECR I-07325.

¹²⁵ U Velikoj Britaniji sud ne raspravlja o sporu o diskriminaciji glede plaće dok nije o tome tražio izvješće od člana panela neovisnih stručnjaka. Takva izvješća pomažu sucima sudova za radne sporove da odluče u sporu. Neovisni stručnjaci (za radno pravo), preispituju platne razrede i sadržaj poslova koji se obavljaju na određenom radnom mjestu. Sami biraju čimbenike vrednovanje radnih mjesta. Gotovo je nemoguće na raspravama pobiti njihova izvješća, a njihova mišljenja trebaju li dva radna mjesta biti jednako plaćena predstavljaju dokaz pred sudom. V. Grgurev, I., *op. cit.*, bilj. 71., str. 1135.

¹²⁶ Ako ta pitanja nisu uređena kolektivnim ugovorom. V. čl. 125. st. 1. ZR-a.

¹²⁷ Obveza poslodavca da obrazuje svoje zaposlenike o ravnopravnosti spolova posebno je sadržana u odredbi čl. 3. st. 2. ZRS-a i odnosi se na državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne

propisima u svezi sa zaštitom dostojanstva radnika (npr. upoznati ga s odredbama pravilnika koji uređuje pitanja zaštite dostojanstva radnika).¹²⁸

Obveza unošenja mjera zaštite dostojanstva radnika u pravilnik o radu obuhvaća, po našem mišljenju, i obvezu poduzimanja **preventivnih mjera** u cilju sprječavanja svakog oblika diskriminacije. Navedena dužnost može se protumačiti kao obveza poslodavca da kod njega zaposlenim radnicima, ali i osobama koje dolaze u doticaj s kod njega zaposlenim radnicima, jasno stavi do znanja da neće tolerirati diskriminaciju na radu i u vezi s radom u bilo kojem obliku. Utoliko mislimo da je jedan od aspekata dužnosti poduzimanja preventivnih mjera i **obveza poslodavca da utvrdi politiku potpune nedopuštenosti (nulte stope tolerancije) diskriminacije**. Međutim, smatramo kako utvrđivanjem i provođenjem takve politike poslodavac neće moći od sebe otkloniti imovinsku odgovornost u slučaju kada jedan radnik diskriminira drugog radnika ili neku treću osobu na radu ili u vezi s radom jer on temeljem Zakona o obveznim odnosima (dalje u tekstu: ZOO)¹²⁹ odgovara za štetu koju radnik već običnom nepažnjom prouzroči na radu ili u vezi s radom trećoj osobi (ovaj pojam bi obuhvaćao i drugog radnika).¹³⁰ No time utvrđivanje politike nedopuštenosti diskriminacije ne gubi na vrijednosti. Upravo suprotno, poslodavac tada ima veće šanse za uspjeh s regresnim zahtjevom za naknadu štete od radnika - diskriminatora jer bi diskriminiranje unatoč jasno utvrđenoj poslodavčevoj politici nulte stope tolerancije diskriminacije ukazivalo na diskriminatorovu namjeru ili krajnju nepažnju pri prouzročenju štete iz čl. 1061. st. 3. ZOO-a.

5.5.1. Posebne obveze poslodavca u svezi sa sprječavanjem uznemiravanja i spolnog uznemiravanja radnika

Dok se do sada spomenute mjere odnose za suzbijanje svakog oblika diskriminacije, čl. 130. ZR-a predviđa poseban postupak čija je svrha zaštita dostojanstva radnika uslijed uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja.¹³¹ Naime, temeljem čl. 130. st. 2. ZR-a poslodavci koji zapošljavaju više od 20 radnika imaju obvezu imenovanja posebnog tijela koje je ovlašteno pored njega (poslodavca kao fizičke ili pravne osobe) i osobe koja je u skladu s čl. 127. ZR-a ovlaštena

(regionalne) samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima, obrazovne i znanstvene institucije te pravne osobe u pretežitom vlasništvu države i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave.

¹²⁸ O važnosti preventivnih mjera u suzbijanju diskriminacije v. Šimonović Einwalter, T., *op. cit.*, bilj. 39., str. 17.

¹²⁹ Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05, 41/05, 125/11).

¹³⁰ V. Vrhovni sud RH, Revr 312/2011-2 od 1. lipnja 2011.

¹³¹ Temeljem čl. 130. st. 1. postupak i mjere zaštite dostojanstva radnika od uznemiravanja i spolnog uznemiravanja uređuju se posebnim zakonom, kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca ili pravilnikom o radu.

odlučivati o pravima i obvezama radnika, „primati i rješavati pritužbe vezane uz zaštitu dostojanstva radnika“.¹³² Radi se o **osobi povjerljivog savjetnika**¹³³ koji u neformalnom postupku, koji se provodi unutar poduzeća poslodavca, treba radnicima pomagati u rješavanju njihovih problema u vezi sa uznemiravanjem i spolnim uznemiravanjem.¹³⁴ Iako se radi o osobi ili osobama koje trebaju uživati povjerenje radnika, one nastupaju u ime i za račun poslodavca.

Postupak pred povjerljivim savjetnikom započinje podnošenjem **pritužbe** o uznemiravanju ili spolnom uznemiravanju. Temeljem čl. 130. st. 3. ZR-a povjerljivi savjetnik dužan je **ispitati njezinu osnovanost te poduzeti mjere** za sprečavanje nastavka tih ponašanja.¹³⁵ Smatramo da je poslodavac dužan ispitati svaku pritužbu neovisno to tome je li ona upućena od uznemiravanog radnika, nekog drugog radnika ili koje druge osobe, s time da se pritužba mora odnositi na uznemiravanje ili spolno uznemiravanje **radnika**.¹³⁶

Tu se poslodavcu i povjerljivom savjetniku određuje kratak rok za ispitivanje osnovanosti pritužbe i poduzimanje mjera za sprečavanje uznemiravanja koji ne može biti dulji od 8 dana od dana dostave pritužbe.¹³⁷ Jasno, pri pro-

¹³² Iz takve dikcije zakona zaključujemo da o pritužbi u svezi s uznemiravanjem ili spolnim uznemiravanjem može odlučivati i direktor ili druga osoba koja je inače ovlaštena za odlučivanje o pravima iz radnog odnosa. Dakle, ne postoji isključiva nadležnost posebnog tijela za odlučivanje o pritužbama u svezi s uznemiravanjem i spolnim uznemiravanjem.

¹³³ Prema odredbi čl. 293. st. 1. točka 28. ZR-a poslodavac čini teži prekršaj za koji može biti kažnjen novčanom kaznom u iznosu od 31.000,00 do 60.000,00 kuna „ako ne imenuje osobu koja je osim njega ovlaštena primati i rješavati pritužbe vezane za zaštitu dostojanstva radnika“.

¹³⁴ Povjerljivi savjetnik je osoba iz čl. 127. ZR-a (osoba ovlaštena za odlučivanje o pravima i obvezama iz radnog odnosa) na koju poslodavac fizička osoba ili direktor ili drugo tijelo pravne osobe prenosi dio ovlaštenja za odlučivanje o pravima i obvezama zaposlenih radnika. Utoliko, moguće ga je nazivati i „ovlaštenom osobom“. Naziv „povjerljivi savjetnik“ preuzet je iz prava EU (engl. *confidential counsellor*). V. Europski parlament, Resolution on a New Post of „Confidential Counsellor“ at the Workplace, SL C 61, 28. 2. 1994. Prihvatajući naziv „povjerljivi savjetnik“ želimo istodobno istaknuti neformalnost postupka pomaganja radnicima koji su uznemiravani i važnost povjerenja kojeg taj savjetnik mora uživati od strane radnika pri provođenju postupka pokrenutog u povodu njihovih pritužbi zbog uznemiravanja.

¹³⁵ Postupak pred povjerljivim savjetnikom je tajne naravi na što ukazuje odredba čl. 130. st. 7. prema kojoj su svi **podaci utvrđeni u postupku zaštite dostojanstva radnika tajni**. Poslodavac koji otkrije podatke utvrđene u postupku rješavanja pritužbe čini teži **prekršaj** za koji može biti kažnjen novčanom kaznom u iznosu od 31.000,00 do 60.000,00 kuna (čl. 293. st. 1. točka 28. ZR-a).

¹³⁶ Argument iz čl. 130. st. 2. ZR-a.

¹³⁷ Argument iz čl. 130. st. 3. ZR-a iz čega se daje zaključiti da rok može biti i kraći od 8 dana, ako je tako određeno kolektivnim ugovorom, sporazumom radnika i poslodavca ili pravilnikom o radu. Iako nam je jasna namjera zakonodavca da nametanjem kratkog roka nastoji učiniti učinkovitom zaštitu radnika od uznemiravanja i spolnog uznemiravanja, zbog delikatnosti postupka u kojem će ponekad trebati saslušati i druge radnike ili na drugi način utvrditi činjenice, čini nam se da je zakonom ipak određen preterano kratak rok. To tim više što u tom roku treba **utvrditi** postojanje uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja, ali i **poduzeti mjere** za sprečavanje daljnjeg vrijeđanja dostojanstva radnika. S obzirom da te mjere mogu obuhvaćati i promjenu radnog mjesta ili mjesta rada za uznemiravatelja ili uznemira-

vođenju tih mjera treba udovoljiti svim formalnim i materijalnim zahtjevima koje ZR postavlja poslodavcima pri donošenju određenih odluka iz i u vezi s radnim odnosom. Npr. ako se zbog uznemiravanja od strane drugog radnika ocijeni da je okolnostima slučaja primjereno uznemiravatelju otkazati ugovor o radu, otkaz ugovora o radu se može dati samo uz ispunjavanje svih formalnih i materijalnih pretpostavki koje ZR propisuje za davanje otkaza ugovora o radu.¹³⁸ Ako povjerljivi savjetnik poduzme prikladne mjere za sprječavanje uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja, postupak je **okončan**. Međutim, ako rok od najviše 8 dana bezuspješno protekne jer povjerljivi savjetnik nije poduzeo nikakve ili je poduzeo neprikladne mjere, radnik ima temeljem čl. 130. st. 4. pravo **prekinuti rad**. Naglašavamo da čl. 130. st. 4. ne propisuje rok u kojem radnik mora započeti s prekidom rada. Određuje međutim da radnik mora u roku od 8 dana od prekida rada zatražiti zaštitu pred nadležnim sudom.

Temeljem čl. 130. st. 5. ZR-a obraćanje radnika povjerljivom savjetniku nije nužno ako postoje okolnosti zbog kojih nije opravdano očekivati da će poslodavac zaštititi radnika od uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja. Tada radnik ima pravo odmah **prekinuti rad** te u roku od 8 dana **tražiti zaštitu pred nadležnim sudom** i o tome u istom roku **obavijestiti poslodavca**.¹³⁹ Tijekom prekida rada radnik „ima pravo na **naknadu plaće** u iznosu plaće koju bi ostvario da je radio“.¹⁴⁰

5.5.2. Posebnosti u svezi s pravom na sudsku zaštitu u slučaju uznemiravanja i spolnog uznemiravanja

Način na koji je ZR-om stiliziran postupak zaštite radnika od uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja čini nam se problematičan iz tri razloga. **Prvo**, nejasno je, u situacijama iz čl. 130. st. 4. je li obraćanje radnika povjerljivom savjetniku pretpostavka traženja sudske zaštite u situaciji kada bi radnik tražio sudsku zaštitu i nastavio s radom ili samo u situaciji kada radnik želi prekinuti rad. Odgovor na ovo pitanje je nužan jer bi, u situaciji iz čl. 130. st. 4., bez prethodnog obraćanja povjerljivom savjetniku, zahtjev radnika bio preuranjen. S tim u vezi je i **druga** nejasnoća – je li prekid rada radi uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja uvijek pretpostavka sudske zaštite? Drugim riječima, nejasno je može li radnik tražiti sudsku zaštitu ako bi nastavio raditi ili ako ne

vanog, čini nam se da je rok nerazmjerno kratak. Zbog delikatnosti i neformalnosti postupka ispitivanja pritužbe radnika postavlja se pitanje je li uopće bilo potrebno tako kratkim rokom ograničavati slobodu postupanja poslodavca i povjerljivog savjetnika u rješavanju pritužbe. Takva hitnost može imati neželjeni učinak na provođenje postupka ispitivanja osnovanosti pritužbe i poduzimanja odgovarajućih mjera.

¹³⁸ V. Vrhovni sud RH, Revr 732/2011-2 od 26. listopada 2011.

¹³⁹ Radi zaštite od spolnog uznemiravanja radnik se može obratiti i Pravobraniteljici za ravnopravnost spolova.

¹⁴⁰ Čl. 130. st. 6. ZR-a.

radi iz drugih razloga (bolovanje radi bolesti, rodiljni ili roditeljski dopust). Tu nam se osobito otegotnim čini mišljenje nadležnog ministarstva prema kojem se izostanak s posla s osnova privremene nesposobnosti za rad (bolovanje) *ipso facto* ne smatra prekidom rada u smislu čl. 130. ZR-a.¹⁴¹ Takvo nam se tumačenje pojma „prekida rada“ čini suviše formalističko¹⁴² zato što ne provjerava je li razlog privremene nesposobnosti za rad povezan sa uznemiravanjem ili spolnim uznemiravanjem. **Treće**, smatramo spornom kratkoću rokova u kojima radnik treba poduzeti određene radnje u svrhu zaštite svojih prava, kao i posljedice njihova propuštanja. Naime, iz dikcije čl. 130. st. 4. i 5. proizlazi da je prekid rada zakonit samo ako je radnik u roku od 8 dana od prekida rada tražio zaštitu pred nadležnim sudom i (u situaciji iz st. 5.) u istom roku o tome obavijestio poslodavca.¹⁴³ Posljedica propuštanja spomenutih radnji unutar roka od 8 dana trebala bi se sastojati u nezakonitosti prestanka rada te prestanku obveze poslodavca na isplatu naknade plaće. Iz iste odredbe proizlazi da propust roka od 8 dana za traženje zaštite pred nadležnim sudom ne čini samo prekid rada nezakonitim, već dovodi i do odbacivanja tužbenog zahtjeva za sprječavanje uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja (tj. da je prekluzivne naravi).¹⁴⁴ Ako je rok od 8 dana za traženje sudske zaštite prekluzivan, nejasno je gubi li radnik propustom tog roka samo pravo tražiti poduzimanje mjera radi sprečavanja uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja ili time gubi pravo zahtijevati i naknadu štete radi istog. Naime, u čl. 129. st. 6. ZR-a propisano je da se odredbe toga članka o pretpostavkama za sudsku zaštitu prava iz radnog odnosa ne primjenjuju „na postupak zaštite dostojanstva radnika iz članka 130. ovoga Zakona“. Taj isti čl. 129. u st. 3. predviđa da se radnik ne mora prvo obratiti poslodavcu zahtjevom za ostvarivanje prava (iz čl. 129. st. 1. i 2.) kada se radi o njegovom zahtjevu za naknadom štete ili drugim novčanim potraživanjem. Problem je u tome što gore spomenuti st. 6. postupak iz čl. 130. čini iznimkom od čitavog čl. 129., a ne samo od njegovih st. 1. i 2.

¹⁴¹ Mišljenje Ministarstva gospodarstva, rada i poduzetništva Klasa: 110-0110-01159. URBROJ: 526-08-01-01/1-10-2, od 21. travnja 2010.

¹⁴² Prema mišljenju Ministarstvu gospodarstva, rada i poduzetništva „osnova radnikovog opravdanog izostanka s posla u slučaju privremene nesposobnosti za rad (bolovanja) utvrđene od nadležnog liječnika, različita je od radnikovog prekidanja rada u postupku zaštite dostojanstva radnika, a koji postupak radnik pokreće iz razloga što smatra da je tijekom njegovog rada došlo do uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja te da je potrebno u skladu s odredbama Zakona o radu, pokrenuti postupak zaštite njegovog dostojanstva.“ *Ibidem*.

¹⁴³ V. Vrhovni sud RH, Revr 1630/09-2 od 2. prosinca 2009. Presudom u tom predmetu je utvrđen zakonitim izvanredni otkaz ugovora o radu dat radniku koji je prekinuo rad, a tužbu protiv direktora, navodnog uznemiravatelja, podnio prije prekida rada, ali tužbu protiv poslodavca podnio (u stvari proširio tužbu na poslodavca) nakon proteka roka od osam dana od dana prekida rada. Vrhovni sud RH je ocijenio da je zbog propuštanja podnošenja tužbe protiv poslodavca radnik nezakonito prekinuo rad, pa da je stoga otkaz koji mu je dao poslodavac bio zakonit.

¹⁴⁴ Dika, M., *Sudska zaštita u diskriminacijskim stvarima*, u: Crnić, I. et al., *Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi*, Centar za mirovne studije, Zagreb, 2011., str. 70-71.

Zbog svega toga držimo da postupak iz čl. 130. ZR-a nikako ne ide na ruku uznemiravanom radniku, čineći time zaštitu od uznemiravanja i spolnog uznemiravanja **neučinkovito**. Istovremeno, međutim smatramo kako se neki od ovih problema mogu otkloniti tumačenjem odredaba čl. 130. ZR-a na način koji bi bio povoljniji za uznemiravanog radnika. **Prvo**, kada se radi o situacijama iz čl. 130. st. 4. i 5. ZR-a smatramo da bi obraćanje povjerljivom savjetniku trebalo biti pretpostavka traženja sudske zaštite, samo ako se radnik želi koristiti pravom na prekid rada. Ako radnik ne prekida rad, smatramo da ga čl. 130. ZR-a ne obvezuje na prethodno obraćanje povjerljivom savjetniku.¹⁴⁵ Kada radnik prekida rad u situacijama iz čl. 130. st. 5. ZR-a, smatramo da bi sudovi sintagmu „ako postoje okolnosti zbog kojih nije opravdano da će poslodavac zaštititi dostojanstvo radnika“ trebali tumačiti u korist radnika, odbacujući podnesene tužbene zahtjeve samo u slučajevima ako se iz tih „okolnosti“ očigledno ne može izvesti zaključak da poslodavac ne bi zaštitio dostojanstvo radnika. **Drugo**, smatramo da se prekid rada ima tumačiti samo kao pravo radnika, a ne kao njegova obveza, te da radnik može ostvarivati sudsku zaštitu i bez prekida rada. Dapače, životnim nam se čine situacije u kojima nema potrebe za prekidom rada (npr. redovitim tijekom posla uznemiravani radnik odlazi na dulji službeni put, a povjerljivi savjetnik ne poduzima nikakve mjere za sprečavanje uznemiravanja) ili u kojima *de facto* ne može doći do prekida rada (npr. uznemiravani radnik u trenutku uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja ne radi zbog bolesti ili ostvarivanja prava iz majčinstva ili roditeljstva). Uz to smatramo da se izostanak s posla s osnova privremene nesposobnosti za rad (bolovanje) treba smatrati prekidom rada u smislu čl. 130. ZR-a, ako je razlog te privremene nesposobnosti povezan sa uznemiravanjem. **Treće**, nije nam sporno da bi uznemiravani trebao tražiti sudsku zaštitu u određenom prekluzivnom roku, osobito ako prekida rad. Smatramo, međutim, da je prekluzivna narav roka od 8 dana osobito otegotna za učinkovito suzbijanje uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja naprosto iz razloga što je taj rok **prekratak** za dobivanje adekvatnog pravnog savjeta oko pokretanja sudske zaštite. Uznemiravanje i spolno uznemiravanje predstavljaju suviše grubu povredu ljudskog dostojanstva (na što ukazuje i činjenica da je u domaćem pravnom poretku predviđeno kao kazneno djelo) da bi se pravo na zaštitu od njega gubilo protekom tako kratkog roka,¹⁴⁶ osobito imajući u vidu da njegovim propustom prestanak rada postaje nezakonit, što pak predstavlja razlog za otkaz ugovora

¹⁴⁵ Smatramo da ovdje nije moguće analognom primjenom čl. 129. st. 3. ZR-a doći do zaključka kako bi radnik koji ne prekida rad, uslijed propusta prethodnog obraćanja gubio pravo na sudsku zaštitu. Smatramo kako analogija nije moguća iz dva razloga. Prvi, zato što čl. 129. st. 6. ZR-a izričito navodi kako se „odredbe [tog] članka ne primjenjuju na postupak zaštite dostojanstva radnika iz čl. 130. [ZR-a]“ Drugi, zato što čl. 130. ZR-a ne sadrži odredbu uspoředivu s odredbom čl. 129. st. 3. ZR-a.

¹⁴⁶ U tom smislu v. Sud EU, C-63/08 *Virginie Pontin* (2009) ECR I-10467.

o radu.¹⁴⁷ Smatramo da je rok prekratak i sa stanovišta nedostatnog iskustva hrvatskih pravnikâ u području primjene ovog pravnog instituta na što ukazuje oskudnost sudske prakse. Stoga smatramo kako je nužna hitna intervencija zakonodavca u smislu njegova produljenja.¹⁴⁸ Konačno, držimo da bi čl. 129. st. 6. u vezi s postupkom iz čl. 130. trebalo tumačiti na način da je zahtjev za naknadu štete i druga novčana potraživanja neovisan od zahtjeva za sprečavanje uznemiravanja. Mišljenja smo da to proizlazi iz same tekstualne analize čl. 130. st. 4. i 5. koji rok od 8 dana vežu samo za traženje (sudske) zaštite dostojanstva.

6. TERET DOKAZIVANJA I NEKE DRUGE POSEBNOSTI SUDSKE ZAŠTITE U GRAĐANSKIM ANTIDISKRIMINACIJSKIM SPOROVIMA

Radi činjenice da je diskriminacija velik društveni problem, da je teško dokaziva te da je, kod radnopravne diskriminacije, poslodavac taj koji raspolaže podacima koji su često nedostupni radnicima, međunarodni i domaći pravni poredak posebnim pravilima postupovne naravi nastoje poboljšati položaj diskriminiranih osoba, u ovom slučaju radnika, u antidiskriminacijskim sporovima. U direktivama EU to se nastoji učiniti, prije svega, pravilima o **prebacivanju (obrtnanju, podjeli) tereta dokazivanja**. Ta su pravila sadržana u čl. 8. Direktive 2000/43/EZ, čl. 10. Direktive 2000/78/EZ, čl. 9. Direktive 2004/113/EZ i čl. 19. Direktive 2006/54/EZ. Po uzoru na te direktive to je pravilo uneseno i u čl. 20. ZSD-a i čl. 30. st. 4. ZRS-a. Međutim, osim posebnih pravila o teretu dokazivanja hrvatskih propisi, sadrže **čitav niz i drugih posebnih pravila postupovne naravi za ostvarivanje zaštite prava na jednako postupanje**. Tako su ta pravila sadržana u ZR-u (npr. pravila iz čl. 130. st. 4. i 5. ZR-a o mogućnosti podnošenja tužbe radi uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja bez obveze prethodnog obraćanja poslodavcu), ZRS-u (npr. pravila iz čl. 30. ZRS-a o mogućnosti podnošenja udružne tužbe, teretu dokazivanja i žurnosti postupka), ZSD-u (pravila o individualnoj i kolektivnoj zaštiti sadržana u glavi V. pod nazivom „Postupak pred sudom“) te pravila sadržana u ZPP-u¹⁴⁹ (pravila

¹⁴⁷ Uslijed nezakonitog prestanka rada, radnik je dužan vratiti primljene iznose naknade plaće za vrijeme dok nije radio temeljem pravila o stjecanju bez osnove. V. Vrhovni suda RH, Revr 1189/2011-2 od 11. travnja 2012.

¹⁴⁸ Kako pružanje učinkovite pravne zaštite od spolnog uznemiravanja i uznemiravanja po osnovama spola, spolne orijentacije, dobi, invaliditeta, vjere ili uvjerenja, rasne ili etničke pripadnosti proizlazi iz EU prava, smatramo da je upitna adekvatna implementacija direktiva 2000/43/EZ, 2000/78/EZ i 2006/54/EZ. Do zakonskih promjena koje bi osigurale prikladniju primjenu navedenih direktiva trebalo bi iz razloga pravne sigurnosti u prvom idućem slučaju traženja sudske zaštite nakon proteka roka iz čl. 130. st. 4. i 5. pokrenuti postupak iz čl. 267. UFEU pred Sudom EU. Naime, koliko je nama poznato, taj sud do sada nije odlučivao o prikladnosti duljine prekluzivnog roka kod zaštite od (spolnog) uznemiravanja.

¹⁴⁹ Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13).

sadržana u glavi XXXII pod naslovom „Tužba za zaštitu kolektivnih interesa i prava“). Obrada svih tih posebnih procesnih pitanja prelazi zadatke ovog rada. Međutim, cjelovitosti radi napominjemo da ZSD posebno uređuje stvarnu i mjesnu nadležnost u toj vrsti sporova, definira posebne tužbene zahtjeve koje se mogu podnijeti radi zaštite od diskriminacije – uključujući zahtjev na objavu presude, pretpostavke za zaštitu putem privremenih mjera, prebacivanju tereta dokazivanja, omogućava sudjelovanje trećih osoba u parnicama te vrste, omogućava sudsko eliminiranje suspenzivnog učinka žalbe i sudsko skraćivanje roka za dobrovoljno izvršenje činidbe, te otvara mogućnost podnošenja revizije i udružne tuže. ZPP osim što je pravo na podnošenje udružne tužbe uzdigao na razinu općeg pravila parničnog postupka, otvorio je navodnom diskriminatoru i mogućnost podnošenja tužbe kojom traži utvrđenje da on nije diskriminator i zabranjuje njegova daljnja javna difamacija kao takvog. Ta se pitanja razmatraju u za to specijaliziranoj literaturi na koju upućujemo.¹⁵⁰ Ipak, radi posebne važnosti pravila o teretu dokazivanja za organizaciju čitavog postupka ostvarivanja i zaštite prava na jednako postupanje samo ćemo se ukratko osvrnuti na to pravilo.

Prema općem pravilu parničnog postupka, a u takvom se postupku vode civilni antidiskriminacijski sporovi, „svaka stranka treba dokazati istinitost tvrdnja o postojanju činjenica koje su za nju povoljne, na kojima zasniva svoje zahtjeve (i prigovore), osim ako iz zakona ne proizlazi drukčije“.¹⁵¹ To znači da, u pravilu, tužitelj treba dokazati postojanje činjenica na kojima temelji svoj tužbeni zahtjev. Ako u tome ne uspije sud će njegov zahtjev odbiti. Primjenom tog općeg pravila i diskriminirani bi kao tužitelj u antidiskriminacijskom postupku (ili podnositelj udružne tužbe ako se radi o kolektivnoj zaštiti od diskriminacije) trebao s **izvjesnošću** dokazati postojanje diskriminacije. Međutim, kako diskriminiranim osobama često nisu dostupni dokumenti i podaci kojima bi mogli dokazati postojanje diskriminacije,¹⁵² procesni položaj tužitelja u antidiskriminacijskim građanskim sporovima je olakšan pravilom o tzv. *prima facie* dokazom diskriminacije. Radi se o pravilu, sadržanom u čl. 20. st. 1. ZSD-a i čl. 30. st. 4. ZRS-a, koje omogućava onom koji tvrdi da je diskriminiran da **teret dokazivanja prebaci na protivnu stranu** ako samo učini **vjerojatnim** da je diskriminiran. Kod *prima facie* dokaza diskriminacije teret dokazivanja je također

¹⁵⁰ V. Uzelac, A., *Postupak pred sudom*, u: Einwalter Šimonović, T. (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009., str. 93-106; Dika, M., *Postupak u sporovima za zaštitu kolektivnih interesa i prava - novela Zakona o parničnom postupku iz 2011.*, u: Slovinčić, J. (ur.), *Novi informator*, Zagreb, 2011., str. 57-70; Dika, M., *op. cit.*, bilj. 144., str. 68-95; Potočnjak, Ž.; Grgurev, I.; Grgić, A., *Dokazivanje prima facie diskriminacije*, *op. cit.*, bilj. 1.

¹⁵¹ Triva, S.; Dika, M., *Gradansko parnično procesno pravo*, 7. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 500.

¹⁵² Primjerice materijali relevantni za odabir kandidata u postupku zapošljavanja ili podaci o plaćama ovisno o spolu ili dobi radnika.

na onom koji tvrdi da je diskriminiran. Jedino, njegov položaj je olakšan time što on treba na razini vjerojatnosti (nižem stupnju uvjerenja od izvjesnosti) dokazati konstitutivne elemente diskriminacije.¹⁵³ Nakon što diskriminirani dokaže postojanje *prima facie* diskriminacije (tj. učini vjerojatnim da je došlo do diskriminacije), protivna strana (poslodavac ili drugi diskriminator) se može osloboditi odgovornosti samo ako s **izvjesnošću (višem stupnju uvjerenja od vjerojatnosti)**¹⁵⁴ dokaže ili da razlikovanja osoba u usporedivoj situaciji temeljem zabranjene osnove diskriminacije nije bilo ili da je ono bilo opravdano.¹⁵⁵

Ovdje smo posebno upozorili na pravilo o teretu dokazivanja važećem za antidiskriminacijske sporove ne samo stoga što ono značajno pomaže diskriminiranim da dokažu svoju diskriminiranost, nego i stoga što to pravilo nameće potencijalnim tuženicima (poslodavcima) potrebu vođenja računa o tome da će u slučaju antidiskriminacijskog spora nakon što tužitelj dokaže postojanje *prima facie* diskriminacije na njima biti tereta dokazivanja da diskriminacije nije bilo. Stoga dokumentiranje i transparentno provođenje selekcijskih postupaka pri izboru kandidata (u postupovnom i materijalnom smislu), odlučivanju o napredovanju, plaćama i drugim pitanjima iz i u svezi s radnim odnosima postaje posebno važno.¹⁵⁶ U tom smislu moglo bi se čak govoriti i o preventivnom prikupljanju relevantne dokumentacije.

7. SANKCIONIRANJE DISKRIMINACIJE

Ovisno o naravi diskriminirajućeg postupanja i naravi pravnih odnosa u kojima se diskriminacija javlja, njezinom obliku i intenzitetu različiti su i oblici **pravnog sankcioniranja diskriminatornog postupanja**. U sankcioniranju diskriminatornog postupanja sudjeluju svi nacionalni sudovi (od općinskog do Ustavnog) u različitim vrstama postupaka (parničnom, kaznenom, prekr-

¹⁵³ Uzelac, A., *op. cit.*, bilj. 150., str. 101.

¹⁵⁴ Slažemo se sa stavom izraženim u Vrhovni sud RH, Gž 25/11-2 od 28. veljače 2012. prema kojem "[p]rema citiranoj odredbi čl. 20. ZSD stranka koja se poziva na diskriminaciju nije ju dužna dokazati sa stupnjem sigurnosti, već je dovoljno da učini vjerojatnim da je do diskriminacije došlo. Ispunjenjem tog uvjeta, protivna strana (navodni diskriminator) je dužna dokazati da diskriminacije nema. Ukoliko ne dokaže sa stupnjem sigurnosti da diskriminacije nema, ima se smatrati da je pravo na jednako postupanje povrijeđeno." Naglasili autori. Više o stavu autoru v. u Potočnjak, Ž.; Grgurev, I.; Grgić, A., *Dokazivanje prima facie diskriminacije*, *op. cit.*, bilj. 1., str. 338.

¹⁵⁵ O razlici kod opravdanja izravne i neizravne diskriminacije v. Rodin, S., *Dokazivanje diskriminacije i teret dokazivanja u pravu Europske unije*, u: Šimonović Einwalter, T. (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava, Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009., str. 110 i 111.

¹⁵⁶ Iako poslodavac kao tuženik u sudskom postupku nije u obvezi dostaviti podatke o selekcijskom postupku, poslodavčevu odbijanje davanja tih podataka može biti jedan od čimbenika koje treba uzeti u obzir prilikom utvrđivanja činjenica iz kojih se može izvesti zaključak o postojanju *prima facie* diskriminacije. Sud EU, C-415/10 *Meister* (2012) ECR I-000.

šajnom, upravnosudskom, ustavnosudskom).¹⁵⁷ U ovom odjeljku ukazat ćemo na neke najznačajnije pravne reakcije na diskriminatorna postupanja.

Ako se diskriminacija provodi na **normativnoj razini** (ako je pravna norma izravno ili neizravno diskriminirajuća) ona se može ukinuti ili poništiti.¹⁵⁸ Ako se takva diskriminacija provodi zakonom ili drugim propisom, odluku o ukidanju ili poništenju te norme donijet će Ustavni sud.¹⁵⁹ Ako je diskriminirajuća odredba sadržana u kolektivnom ugovoru, pravilniku o radu, sporazumu radničkog vijeća i poslodavca ili ugovoru o radu mislimo da je redoviti sud nadležan za radne sporove ujedno nadležan i za utvrđivanje (deklariranje) ništavosti takve odredbe.¹⁶⁰

Ako se diskriminacija provodi na **praktičnoj razini** (u postupku primjene pravne norme), osoba pogođena diskriminacijom (pasivni subjekt diskriminacije) može zahtijevati da sud utvrdi **ništetnost odluke** donesena na temelju zabranjenog diskriminirajućeg kriterija.¹⁶¹ Npr. ako je odluka o prestanku radnog odnosa donesena primjenom zabranjenog diskriminirajućeg kriterija, takva će odluka biti ništetna. Radnik će imati pravo na povratak na rad, ali i na naknadu plaće za razdoblje za koje nije radio zbog učinaka takve odluke. Ako se diskriminacija provodi činjenjem ili nečinjenjem od aktivnog subjekta diskriminacije može se zahtijevati da prestane s činjenjima koja imaju za posljedicu diskriminaciju ili da nešto učini kako bi diskriminacija prestala.

ZSD u čl. 17. definira tužbene zahtjeve koje u toj vrsti sporova može postaviti diskriminirani (uključujući zahtjev za naknadu štete i pravo na objavu presude). Osim osoba u radnom odnosu (**radnika**) pravo na naknadu štete imaju i **tražitelji zaposlenja** tj. oni koji nisu zaposleni jer su u postupku za-

¹⁵⁷ U sankcioniranju diskriminacije sudjeluju također i ESLJP te Sud EU.

¹⁵⁸ ZRS u čl. 24. st. 1. predviđa ovlast, mi mislimo i dužnost, pravobranitelja/ice za ravnopravnost spolova, za podnošenje prijedloga za pokretanje postupka ocjene ustavnosti zakona, odnosno ustavnosti i zakonitosti drugog propisa, za koji smatra da vrijeđa načelo ravnopravnosti spolova.

¹⁵⁹ Štetne učinke neustavnosti ili nezakonitosti osoba koja je podnijela prijedlog za ocjenu ustavnosti ili zakonitosti može od sebe otkloniti podnošenjem zahtjeva za izmjenu pravomoćnog pojedinačnog akta donesenog na temelju poništenog ili ukinutog zakona ili drugog propisa. Argument iz čl. 58. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (pročišćeni tekst), (Narodne novine, br. 49/02).

¹⁶⁰ Argument iz odredbe čl. 126. st. 6. ZR-a i točke 5. odjeljka 2. rješenja Ustavnog suda RH-U-II-318/2003, U-II-643/2003 od 9. travnja 2003.

¹⁶¹ Ovdje se javljaju stanovite dvojbe u svezi s ništavošću ugovora o radu sklopljenog protivno zabrani diskriminacije. Naime, neki od autora (Krešimir Rožman i Ivana Grgurev) smatraju da je utvrđujući pravo diskriminiranog na naknadu štete naš zakonodavac *a contrario* isključio ništetnost ugovora kao posljedicu takvog postupanja. V. Rožman, K., *op.cit.*, bilj. 113., Grgurev, I., *op.cit.*, bilj. 50., str. 117-119. V. također Sud EU, C-14/83 *Van Colson and Kamann* (1984) ECR-1891 u kojem je Sud EU presudio da relevantna Direktiva ne zahtijeva zasnivanje radnog odnosa s diskriminiranom osobom kao zaštitu od diskriminacije. O tome više u: Potočnjak, Ž.; Grgurev, I., *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog diskriminacije na radu*, *op. cit.*, bilj. 1., str. 76-77.

pošljavanja diskriminirani po kojoj od zabranjenih osnova. Pri tome će se i u Hrvatskoj, jednako kao i u pravu EU, postaviti pitanje iznosa naknade štete koju netko trpi stoga što zbog diskriminacije nije zaposlen. U skladu s praksom Suda EU naknada se ne bi smjela svesti na naknadu troškova sudjelovanja u natječajnom postupku, već bi morala voditi računa i o izmakloj dobiti osobe izvrgnute diskriminaciji te ujedno svojom visinom djelovati generalno preventivno (odvratiti druge od diskriminacije).¹⁶² Naknade bi trebale biti razmjerne i odvratajuće, a limitirane samo u slučaju kada poslodavac može dokazati da i bez diskriminacije ne bi zaposlio diskriminiranog radnika.¹⁶³ Pri tome, naročito kod uznemiravanja i spolnog uznemiravanja, čini nam se da će posebno važno biti utvrđivanje i popravljavanje **nematerijalne štete** (zbog povrede prava osobnosti) koju je uznemiravani trpio zbog uznemiravanja.¹⁶⁴

Za naknadu štete bit će, u pravilu, **odgovoran poslodavac**. Međutim, kao što smo to naprijed objasnili, do diskriminacije može doći i zbog djelovanja drugog radnika ili treće osobe (npr. stranke) s kojom radnik u obavljanju svojeg rada dolazi i doticaj. S obzirom da se i u tom slučaju radi o šteti pretrpljenoj na radu ili u svezi s radom, mislimo da i za takvu štetu odgovara poslodavac. Međutim, radniku je u određenim slučajevima otvorena i mogućnost da za naknadu štete solidarno s poslodavcem tuži i drugog radnika ili treću osobu.¹⁶⁵

Iako ZR u odredbi čl. 130. st. 8. samo za uznemiravanje i spolno uznemiravanje određuje da predstavljaju **povrede obveza iz radnog odnosa**, smatramo da i ostali oblici diskriminacije, ako se događaju u radnom odnosu, predstavljaju povredu obveza iz radnog odnosa (argument iz čl. 5. st. 4. ZR-a). Prekršitelj obveze iz radnog odnosa može biti poslodavac i radnik. **Poslodavac može povrijediti svoje obveze iz radnog odnosa** ako on sam diskriminira radnika, ako potiče drugog da diskriminira (npr. neposrednog rukovoditelja radnika) ili ako ne poduzme odgovarajuće mjere da se spriječi diskriminiranje radnika od strane nadređenih, suradnika ili trećih osoba s kojima radnik dolazi u doticaj u obavljanju svojih poslova (argument iz čl. 5. st. 5. ZR-a prema kojem je poslodavac za vrijeme obavljanja rada dužan zaštititi dostojanstvo radnika). Ako je prekršitelj obveze iz radnog odnosa poslodavac, radnik može otkazati ugovor o radu. Ovisno o intenzitetu povrede i svim okolnostima slučaja radniku stoji na raspolaganju redoviti ili izvanredni otkaz ugovora o radu. Radnik koji je otkazao radni odnos stoga što je bio diskriminiran ima, po našem mišlje-

¹⁶² Sud EU, C-14/83, *op. cit.*, bilj. 161.

¹⁶³ V. primjerice čl. 18. Direktive 2006/54/EZ.

¹⁶⁴ ZOO u čl. 19. st. 2. pod pravima osobnosti razumijeva i pravo na zaštitu dostojanstva osobe.

¹⁶⁵ Primjerice, ako je drugi radnik štetu uzrokovao namjerno, oštećeni radnik neposredno može zahtijevati naknadu štete i od njega temeljem čl. 1061., st. 2. od treće osobe, temeljem općih pravila odgovornosti za štetu. U oba slučaja, do solidarne odgovornosti bi moglo doći ispunjenjem uvjeta iz čl. 1107. ZOO-a.

nju, pravo na naknadu štete koju zbog takvog otkaza ugovora o radu trpi.¹⁶⁶ Ako radnik uznemirava, spolno uznemirava ili na drugi način diskriminira svoje podređene ili suradnike, **radnik je taj koji krši svoje obveze iz radnog odnosa**. Radniku koji je aktivni subjekt diskriminacije poslodavac može otkazati ugovor o radu.¹⁶⁷ I ovdje će izbor vrste otkaza ugovora o radu (izvanredni otkaz ili redoviti skrivljenim ponašanjem uvjetovani otkaz ugovora o radu) ovisiti o svim okolnostima danog slučaja. Ako bi zbog ponašanja koje je dovelo do otkaza poslodavac pretrpio i određenu štetu, on bi pod uvjetima propisanim zakonom, imao pravo na naknadu te štete.

Kako je zabrana diskriminacije važan dio javnog prava, neki od zakona koji uređuju to područje predviđaju i **prekršajnu odgovornost** za kršenje zakonskih odredbi o diskriminaciji. Tako ZR npr. predviđa prekršajnu odgovornost poslodavca (i to kao teži prekršaj) koji zapošljava više od dvadeset radnika ako propusti imenovati povjerljivog savjetnika. Jednako tako prekršaj je i otkrivanje podataka iz postupka u povodu pritužbe radnika o uznemiravanju i spolnom uznemiravanju te propust donošenja pravilnika kojim se uređuje postupak i mjere zaštite dostojanstva i zaštite od diskriminacije.¹⁶⁸ ZRS u glavi XII. prekršajno sankcionira uznemiravanje i spolno uznemiravanje, viktimizaciju, nepodnošenje Uredu za ravnopravnost spolova plana djelovanja za promicanje i uspostavljanje ravnopravnosti spolova, nedostavljanje podataka i očitovanja Pravobraniteljici za ravnopravnost spolova te za tijela državne i lokalne samouprave odgovornost za neprijavlivanje pravobraniteljici osrtoivane sumnje na diskriminaciju. ZRS također predviđa prekršajnu odgovornost političkih stranaka i medija za kršenje odredbi toga zakona. ZSD pak prekršajnu odgovornost predviđa za uznemiravanje, spolno uznemiravanje, nedostavljanje očitovanja, podataka, dokumenata ili onemogućavanja uvida u njih te prekršajnu odgovornost za viktimizaciju.

Diskriminatorno postupanje može poprimiti obilježja nekolicine **kaznenih djela**¹⁶⁹ predviđenih Kaznenim zakonom.¹⁷⁰ Tako primjerice odredba čl. 125.

¹⁶⁶ Zanimljivu odluku za slučaj kada je zbog poslodavčevog kršenja obveza iz radnog odnosa radnik „prisiljen“ dati otkaz predstavlja, po našem mišljenju, Odluka Ustavnog suda RH, U-III-716/2003 od 5. veljače 2004.

¹⁶⁷ Iako je zakon propisao da je uznemiravanje i spolno uznemiravanje povreda obveze iz radnog odnosa, mišljenja smo da je na poslodavcu odluka hoće li i kako sankcionirati nedopušteno ponašanje radnika. Međutim, ako poslodavac propusti sankcionirati (npr. otkazom) nedopušteno ponašanje izlaže se opasnosti da će drugom radniku, koji je žrtva uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja, odgovarati za pretrpljenu štetu. Uz to postoji i mogućnost prekršajne odgovornosti zbog uznemiravanja i spolnog uznemiravanja temeljem odredbi čl. 25. i 26. ZSD-a i čl. 31. i 32. ZRS-a.

¹⁶⁸ Čl. 293. st. 1. točka 28. u vezi s čl. 130. st. 2. ZR-a.

¹⁶⁹ Prema mišljenju Vrhovnog suda RH, propisivanje prekršajne odgovornosti ZSD-om ne derogira kazneno djelo povrede prava na rad i drugih prava iz rada iz čl. 114. Kaznenog zakona (Narodne novine, br. 125/11, 144/12), već samo uvodi novi katalog prekršajnih djela dodatno štiteći jednakost zakona. Vrhovni sud RH, Kzz 11/2011-3 od 6. rujna 2011.

¹⁷⁰ O kaznenopravnim aspektima suzbijanja diskriminacije v. Mrčela, M., *Kaznenopravna gledišta*

KZ-a predviđa kazneno djelo „povrede ravnopravnosti“. Kazneno djelo „povrede slobode izražavanja nacionalne pripadnosti“ predviđeno je čl. 126. KZ-a, a javno poticanje na nasilje i mržnju (kojim se zabranjuje govor mržnje)¹⁷¹ uređeno je čl. 325. KZ-a. Pored toga, KZ sadrži i odredbe kojima se zabranjuje „zlostavljanje na radu“ (čl. 133.), „povreda prava iz socijalnog osiguranja“ (čl. 134.), „spolno uznemiravanje“ (čl. 156.) pod koje se također mogu podvesti određena diskriminirajuća ponašanja te „mučenje i drugo okrutno, neljudsko ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje“ (čl. 104.). Kao zasebno kazneno djelo ponovno je uvedeno „ropstvo“ (čl. 105.). „Zločin iz mržnje“ je kazneno djelo počinjeno zbog rasne pripadnosti, boje kože, vjeroispovijesti, nacionalnog ili etničkog podrijetla, invaliditeta, spola, spolnog opredjeljenja ili rodnog identiteta druge osobe, dakle počinjeno iz ograničenog broja zabranjenih osnova diskriminacije. Takvo postupanje uzima se kao otegotna okolnost ako KZ-om nije izričito propisano teže kažnjavanje.¹⁷² Povrh toga kad je kazneno djelo „prisile“ (čl. 138.) ili „prijetnje“ (čl. 139.) počinjeno iz mržnje postupak se pokreće po službenoj dužnosti iako je u ostalim slučajevima predviđeno pokretanje postupka privatnom tužbom.

Što se tiče kaznene odgovornosti kao oblika društvene reakcije na neprihvatljiva diskriminirajuća ponašanja, mislimo da taj oblik odgovornosti treba biti usmjeren na suzbijanje naročito teških oblika povrede prava na jednakost.¹⁷³ Za ostale oblike povrede zabrane diskriminacije mislimo da je primjerenija građanskopravna reakcija (npr. u obliku utvrđivanje diskriminatornog ponašanja, zabrane ili naređivanja određenog ponašanja, naknade štete, objave presude) ili prekršajna odgovornost (popraćena prilično visokim novčanim kaznama).

8. ZAKLJUČAK

Izvori antidiskriminacijskog prava iznimno su brojni i raznovrsni. Utoliko pri svakom odlučivanju o tome radi li se o diskriminatornom ponašanju ili ne

suzbijanja obespravljivanja, u: Antidiskriminacijsko zakonodavstvo i praksa, radni materijali - Training za trenere, Projekt „Izgradnja kapaciteta i podizanje svijesti sudaca i državnih odvjetnika o antidiskriminacijskom zakonodavstvu“, HPC, Zagreb, 2009., str. 120.-126.

¹⁷¹ V. presude Općinskog suda u Rijeci, K 12/1 od 11. siječnja 2011.; Općinskog suda u Osijeku, 4KRm-198/10 od 14. prosinca 2010.; Općinskog suda u Čakovcu, K-606/10 od 1. prosinca 2010. te Vrhovnog suda RH, I Kž 237/09 od 1. srpnja 2009.

¹⁷² Teže kažnjavanje je propisano samo kod manjeg broja kaznenih djela: „Teško ubojstvo“ (čl. 111. KZ-a), „Sakaćenje ženskih spolnih organa“ (čl. 116. KZ-a), „Tjelesna ozljeda“ (čl. 117. KZ-a), „Teška tjelesna ozljeda“ (čl. 118. KZ-a), „Osobito teška tjelesna ozljeda“ (čl. 119. KZ-a), „Teška kaznena djela protiv spolne slobode“ (čl. 154. KZ-a) i „Izazivanje nereda“ (čl. 324. KZ-a).

¹⁷³ Mrčela također svoja razmatranja o kaznenopravnim aspektima diskriminacije zaključuje upozorenjem da su kaznenopravne odredbe i njihova primjena posljednja mjera društvene reakcije koja se primjenjuje kad blaže mjere nisu učinkovite. V. Mrčela, M., *op. cit.*, bilj. 170., str. 125-126.

treba voditi računa o **relativno velikom broju međunarodnih i domaćih izvora prava**. Od domaćih izvora za suzbijanje diskriminacije u radnim odnosima naročito su važni 2008. godine doneseni **ZSD** (u primjeni od 1. siječnja 2009. godine), iste godine ponovno doneseni **ZRS** te 2009. godine doneseni novi **ZR** (u primjeni od 1. siječnja 2010. godine). U sklopu priprema RH za članstvo u EU tim su zakonima u nacionalnom pravnom poretku primijenjene **antidiskriminacijske direktive EU**. Usporedo s time postupno se počinje razvijati i nacionalna antidiskriminacijska sudska praksa. Međutim, pri tumačenju navedenih nacionalnih izvora i dalje je posebno važna **praksa ESLJP-a i Suda EU** u toj vrsti predmeta. Ta je praksa naročito važna u slučajevima kada su nepotpuno ili nejasno, a u nekim slučajevima čak i pogrešno, u nacionalni pravni poredak unesene odredbe EU direktiva. Međutim, problem pogrešne implementacije određenih odredbi prava EU može se, po našem mišljenju, riješiti tumačenjem domaćih izvora (od strane nadležnih sudova) antidiskriminacijskog prava u skladu s praksom tih sudova. Utoliko smo i mi u ovom radu pri tumačenju domaćeg prava koristili praksu ESLJP-a i Suda EU.

Smatramo da je u području antidiskriminacijskog prava naročito problematično razgraničenje što jeste, a što nije diskriminacija. Stoga smo u našim razmatranjima posebnu pozornost posvetili određenju **pojma diskriminacije i glavnih zamisli (koncepcija) vezanih uz te pojmove**. Pri tome osobito važnim smatramo pitanje nalaze li se osobe koje se uspoređuju zaista u usporedivoj situaciji. U RH pri pojmovnom određenju diskriminacije značajni problemi proizlaze i iz **vrlo širokog i po našem mišljenju nedovoljno promišljenog određivanja osnova diskriminacije** (npr. za radne odnose će biti zahtjevno razgraničiti bolest i invalidnost kao zabranjene osnove diskriminacije). Pri određivanju što jeste, a što nije diskriminacija važna je odrediti koji **su pravni odnosi obuhvaćeni primjenom antidiskriminacijskog prava** te kojim se opravdanjima eventualno mogu **opravdati određeni postupci** pri kojima odstupa od pravila o jednakosti. To je naročito veliki problem u pravnom poretku koje, poput hrvatskog, ima veliki broj zabranjenih osnova diskriminacije i široko područje (u materijalnom i subjektivnom smislu) pravnih odnosa na koje se primjenjuju antidiskriminacijski propisi. Stoga smo problematici izuzetaka i opravdanja kod diskriminacije u ovom zborniku posvetili posebni rad.

S obzirom da je za uspješnu implementaciju antidiskriminacijskog prava naročito važno **razlikovanje različitih oblika diskriminacije** u radu smo objasnili desetak oblika diskriminacije. Hrvatsko opće antidiskriminacijsko pravo sadržano u ZSD-u u tom smo dijelu ocijenili modernim i usklađenim s direktivama EU i praksom ESLJP-a i Suda EU. Međutim, za primjenu takvog modernog, zahtjevnog, ali ponekad nedovoljno jasnog prava potrebno je dodatno obrazovati suce te poticati udruge civilnog društva na razumijevanje i aktivnosti u promicanju jednakosti.

Značajan dio hrvatskog antidiskriminacijskog prava, relevantnog za radne odnose, sadržan je i u ZRS-u i ZR-u. Iz odredbi tih zakona proizlaze **brojne obveze za poslodavce**. Nasuprot tih obveza stoje prava radnika. Stoga smo posebno analizirali obveze poslodavaca u svezi s oglašavanjem slobodnih radnih mjesta i postupkom selekcije kandidata za zapošljavanje, provedbom rodno osviještene politike, planiranjem i provođenjem posebnih mjera za uspostavu ravnopravnosti spolova, davanjem informacija pravobraniteljici za ravnopravnost spolova, jednakosti plaća žena i muškaraca te zaštitom od uznemiravanja i spolnog uznemiravanja.

Zbog materijalnopravne važnosti **pravila o teretu dokazivanja** u antidiskriminacijskim sporovima posebno smo analizirali značenje tih pravila u sklopu raznovrsnih novih oblika postupanja u toj vrsti sporova. Utvrdili smo **brojne i raznovrsne mogućnosti pravne reakcije na diskriminatorna postupanja** (sve vrste sudova u različitim postupcima imaju mogućnost sankcioniranja diskriminatornog ponašanja). Ocijenili smo da vrsta i intenzitet pravne sankcije mora ovisiti o naravi i obliku diskriminatornog ponašanja. Kaznene sankcije, po našem mišljenju, trebaju biti rezervirane za naročito teške oblike diskriminatornog postupanja, a drugi oblici trebaju biti sankcionirani kroz prekršajne kazne te građanskopravne oblike sankcioniranja protuzakonitosti (odštetnu odgovornost, javno objavljivanje presude i sl.). Ustavni sud RH ima posebnu ulogu u eliminaciji diskriminatornih zakona i podzakonskih akata, a sudovi opće nadležnosti za utvrđenje ništetnosti kolektivnih ugovora, pravilnika o radu i drugih diskriminatornih općih pravnih akata. U sklopu suzbijanja diskriminatornih ponašanja posebno nam se važnim i prikladnim čine primjerene naknade štete zbog povreda prava osobnosti žrtava diskriminacije.

Summary

Željko Potočnjak, S.J.D.*
Andrea Grgić, LL.M.**

ANTI-DISCRIMINATION LABOUR LAW: BASIC NOTIONS AND
CONCEPTS

Arguing that Croatian anti-discrimination labour law has become immensely complex due to numerous international agreements, EU law and national law which regulate this sphere, this paper introduces the concept of Croatian anti-discrimination law and analyses its fundamental notions.

Key words: anti-discrimination labour law, Croatia, concept of discrimination, employer's duties, burden of proof, sanctions

* Željko Potočnjak, S.J.D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

** Andrea Grgić, LL.M., Assistant, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

ANTIDISKRIMINACIONO PRAVO SRBIJE U OBLASTI
RADA I STANDARDI EVROPSKE UNIJE

Prof. dr. sc. Senad Jašarević

U radu se prikazuje antidiskriminaciono zakonodavstvo Srbije iz oblasti rada, koje čini set od pet zakona donetih nakon 2006. godine, uključujući i Zakon o radu. Kao uzor za sačinjavanje ove legislative poslužili su dokumenti Evropske unije o jednakosti. U tekstu se govori o osnovnim dokumentima Evropske unije iz ove oblasti, te se ukratko prikazuje sadržaj antidiskriminacionih zakona Srbije. Potom se, u svetlu osnovnih pojmova o diskriminaciji (vrste, diskriminacioni osnovi, radnje, dokazivanje, zaštita) analiziraju pojedina rešenja u tim propisima, uz eventualno poređenje sa komunitarnim i drugim međunarodnim standardima.

Ključne reči: Evropska unija, Srbija, jednakost, zabrana diskriminacije, radni odnos

1. UVOD

Srbija je posle 2000. godine započela proces približavanja Evropskoj uniji (dalje u tekstu: EU), koji je 2008. i formalizovan zaključenjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa EU. U martu 2012. godine Srbija je stekla status kandidata za članstvo u EU.¹ Iskustva zemalja u tranziciji koje su pristupile EU pokazala su da su se u njima ispoljili mnogi pozitivni efekti procesa pridruživanja (restrukturiranje ekonomije, unapređenje demokratije i državne organizacije, porast stranih investicija, modernizacija rukovođenja, transfer znanja, smanjenje korupcije).² Jedan od rezultata je i unapređenje pravnog

* Dr. sc. Senad Jašarević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, Trg Dositeja Obradovića 1, Novi Sad, Republika Srbija.

Ovaj rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu: Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo, br. 179079, koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Srbije.

¹ O procesu pridruživanju Srbije EU v. Budimir, B.; Međak, V., *Pridruživanje Srbije Evropskoj uniji*, ISAC fond, Beograd, 2010., dostupno na: <http://www.isac-fund.org/download/Pridruzivanje-Srbije-EU.pdf> (26.10.2012.); Kancelarija Vlade Republike Srbije za evropske integracije, dostupno na: <http://www.seio.gov.rs/pocetna.1.html> (26.10.2012.).

² V. Lane, D., *Post-Communist States and the European Union*, Journal of Communist Studies and Transition Politics, vol. 23, br. 4, 2007., str. 468.

sistema, budući da zemlje - kandidati za članstvo, imaju obavezu da svoje propise postepeno harmonizuju sa komunitarnim pravnim poretkom (fran. *acquis communautaire*).³

Usled ovoga skoro svi noviji propisi iz oblasti radnih odnosa u Srbiji sačinjeni su pod uticajem regulative radnog i socijalnog prava EU (npr. Zakon o socijalno-ekonomskom savetu iz 2004. godine, Zakon o radu – 2005., Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu – 2005., Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti – 2009.).⁴ Uticaj prava EU naročito je bio veliki kada se radi o setu antidiskriminacionih zakona, koji regulišu i oblast zaštite od diskriminacije u domenu rada: Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom – 2006., Zakona o zabrani diskriminacije – 2009., Zakona o ravnopravnosti polova – 2009., Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu – 2010.⁵

Iako je uloga komunitarnih propisa pri sačinjavanju antidiskriminacionih akata Srbije bila velika, ipak se još uvek ne može govoriti o „harmonizovanosti“ sa komunitarnim standardima u oblasti rada. Naime, neka rešenja iz komunitarnih dokumenata o diskriminaciji na polju rada su doslovno preuzeta, ali pojedina ipak nisu dovoljno razrađena u odnosu na akte EU. Ipak, najveći problem predstavlja to što je harmonizacija prava Srbije znatno ispred usklađivanja u praksi sa evropskim standardima. Mnoga rešenja inspirisana legislativom EU još uvek nisu zaživela i pitanje je kada će (npr. u oblasti zabrane diskriminacije, zapošljavanja i napredovanja „ranjivih“ kategorija u društvu, veće zastupljenosti žena na rukovodećim pozicijama, pomirenja porodičnog i profesionalnog života, vrednovanja kućnog rada, uključivanja invalidnih lica u radni odnos, zlostavljanja na radu). U osnovne razloge ovakvog stanja spadaju: drugačiji mentalitet od zapadnoevropskog, „legalni fetišizam“ (mišljenje da se svi društveni problemi mogu rešiti isključivo donošenjem propisa), nedovoljna spremnost države za dosledno sprovođenje zakonodavstva, opšta sklonost stanovništva ka nepoštovanju propisa, formalizam u primeni prava, neefikasna sudska zaštita, nedovoljna spremnost da se prihvate promene u načinu ponašanja na radu, predrasude i stereotipi, socijalni mehaniz-

³ O uslovima ulaska u EU i komunitarnom pravnom poretku v. Barr, N., *From Transition to Accession*, u: Barr, N. (ur.), *Labor Markets and Social Policy in Central and Eastern Europe*, The World Bank, Washington, 2005., str. 10, 15.

⁴ Zakoni su prema redosledu kako su navedeni objavljeni u: 1) Zakon o socijalno-ekonomskom savetu (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 12/04), (dalje u tekstu: dalje u tekstu: Sl. glasnik RS); 2) Zakon o radu (Sl. glasnik RS, br. 24/05, 61/05, 54/09); 3) Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu (Sl. glasnik RS, br. 101/05); 4) Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti (Sl. glasnik RS, br. 36/09, 88/10).

⁵ Pomenuti zakoni su objavljeni u: 1) Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom (Sl. glasnik RS, br. 33/06); 2) Zakon o zabrani diskriminacije (Sl. glasnik RS, br. 22/09); 3) Zakon o ravnopravnosti polova (Sl. glasnik RS, br. 104/09); 4) Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu (Sl. glasnik RS, br. 36/10).

mi koji redukuju diskriminaciju (npr. nedovoljno učešće „ranjivih“ grupa u oblasti obrazovanja).

2. ANTIDISKRIMINACIONI PROPISI O RADU U EU

Legislativa kojom se reguliše pravo na jednakost zaposlenih, odnosno zabrana diskriminacije u oblasti radnog odnosa predstavlja jednu od naračivijih oblasti prava EU. Ona obuhvata više od polovine komunitarnih radnopravnih standarda, pri čemu u toj regulativi dominiraju dokumenti o ravnopravnosti polova. Odredbe o ravnopravnosti zaposlenih zastupljene su u mnogim komunitarnim aktima, počev od najvažnijih dokumenata EU (sporazuma o osnivanju i funkcionisanju iz 2010),⁶ preko Povelje o fundamentalnim pravima u Evropskoj Uniji - iz 2000. godine,⁷ Povelje Evropske zajednice o fundamentalnim socijalnim pravima radnika - iz 1989. godine,⁸ do konkretnije legislative (pravila, direktive), uključujući i „meko pravo“ (preporuke) i autonomne propise (okvirni kolektivni ugovori za teritoriju EU). Kada se radi o zaštiti od diskriminacije zaposlenih, značajnu ulogu ima i Sud pravde EU (ranije - Evropski sud pravde), kao i zaštitni mehanizmi koje upražnjava Evropska komisija.

Koncept zaštite jednakosti građana u EU razvijao se postepeno, da bi se danas došlo do ideje „transformativne“ - sveobuhvatne jednakosti. Ovakav vid jednakosti počiva na konceptu „jednakih mogućnosti“, odnosno težnji da se uspostavi puna socijalna i ekonomska ravnopravnost otklanjanjem tzv. sistemske nejednakosti. Podrazumeva ne samo borbu protiv diskriminacije, već i da se otkloni nejednakost u svim društvenim mehanizmima i struktura, koja u stvari dovodi do nejednakosti u ishodima, odnosno pravima građana.⁹

Najvažniji konkretni dokumenti koji uređuju oblast diskriminacije na radu u EU su direktive. Tu spadaju sledeći akti: 1) Direktiva 75/117/EEZ u principu jednakog plaćanja za muškarce i žene, iz 1975. godine; 2) Direk-

⁶ Konsolidovane verzije Sporazuma o Evropskoj Uniji i Sporazuma o funkcionisanju Evropske unije (neslužbeni prevod), SL C 83, 30. 3. 2010., (dalje u tekstu: Sporazum o EU i Sporazum o funkcionisanju EU). V. Sporazum o EU – tačka 3 preambule, čl. 2., 3., 9.; Sporazum o funkcionisanju EU - čl. 8., 10., 153., 157. tačke 1.-3., 4.

⁷ Povelja o fundamentalnim pravima u Evropskoj uniji (neslužbeni prevod), SL C 364, 18. 12. 2000., (dalje u tekstu: Povelja o fundamentalnim pravima u EU). Celo treće poglavlje Povelje o fundamentalnim pravima u EU posvećeno je jednakosti (čl. 20-26).

⁸ Savet Evropske Unije, *Povelja Evropske zajednice o fundamentalnim socijalnim pravima radnika*, 12. septembar 1989., dostupno na: <http://www.aedh.eu/The-Community-Charter-of.html> (26.10.2012.). V. tačku 16.

⁹ V. Hepple, B.; Veneziani, B., *The Transformation of Labour Law in Europe*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009., str. 129. i 158.; Jašarević, S., *Zaštita jednakosti zaposlenih u pravu Evropske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, vol. 44, br. 3, 2010., str. 258.

tiva 76/207/EEZ o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu pristupa zaposlenju, stručne obuke, unapređenja i uslova rada, iz 1976. godine (novelirana Direktivom 2002/73 EZ); 3) Direktiva 79/7/EEZ o primeni principa jednakog tretmana u oblasti socijalne sigurnosti, iz 1979. godine; 4) Direktiva 86/378/EEZ o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u profesionalnim sistemima socijalne sigurnosti, iz 1986. godine; 5) Direktiva 2010/41/EU o primeni principa jednakosti muškaraca i žena za samostalne delatnosti i o zaštiti samozaposlenih žena tokom trudnoće i materinstva, iz 2010. godine; 6) Direktiva 96/34/EZ o roditeljskom odsustvu (zamenjena Direktivom 2010/18/EU od 2010); 7) Direktiva 2000/78/EZ o ustanovljavanju opštih uslova za jednak tretman u zaposlenju i zanimanju, iz 2000. godine; 8) Direktiva 2000/43/EZ o rasnoj jednakosti, iz 2000. godine; 9) Direktiva 2006/54/EZ o primeni principa jednakih mogućnosti i jednakom tretmanu muškaraca i žena u oblasti zaposlenja i zanimanja (kojom su integrisane neke prethodne direktive o ravnopravnosti polova), iz 2006. godine.¹⁰ Indirektno je za oblast rada značajna i Direktiva 2004/113 EZ iz 2004. godine o primeni principa jednakog tretmana između muškaraca i žena u oblasti

¹⁰ Pomenuti dokumenti su, prema redosledu kako su gore navedeni, objavljeni u: 1) Direktiva Saveta 75/117/EEZ od 10. februara 1975. o principu jednakog plaćanja za muškarce i žene (neslužbeni prevod), SL L 45, 19. 2. 1975.; 2) Direktiva Saveta 76/207/EEZ od 9. februara 1976. o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu pristupa zaposlenju, stručne obuke, unapređenja i uslova rada (neslužbeni prevod), SL L 39, 14. 2. 1976., sa izmenama u Direktivi 2002/73/EZ Evropskoga parlamenta i Saveta od 23. septembra 2002. kojom se menja i dopunjuje Direktiva Veća 76/207/EEZ o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu pristupa zaposlenju, stručne obuke, unapređenja i uslova rada (tekst važi za Evropski gospodarski prostor), (neslužbeni prevod), SL L 269, 19. 10. 2002., (dalje u tekst: Direktiva 2002/73/EZ); 3) Direktiva Saveta 79/7/EEZ od 19. decembra 1978. o primeni principa jednakog tretmana u oblasti socijalne sigurnosti (neslužbeni prevod), SL L 6, 10. 1. 1979.; 4) Direktiva Saveta 86/378/EEZ od 24. jula 1986. o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u profesionalnim sistemima socijalne sigurnosti (neslužbeni prevod), SL L 225, 12. 8. 1986. Predmetna Direktiva izmjenjena je Direktivom Saveta 96/97/EZ od 20. decembra 1996. o izmeni Direktive 86/378/EZ o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u profesionalnim sistemima socijalne sigurnosti (neslužbeni prevod), SL L 046, 17. 2. 1997; 5) Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2010/41/EU od 7. jula 2010. o primeni principa jednakosti muškaraca i žena za samostalne delatnosti i o zaštiti samozaposlenih žena tokom trudnoće i materinstva (neslužbeni prevod), SL L 180, 19. 7. 2010.; 6) Direktiva Saveta 96/34/EZ od 3. juna 1996. o roditeljskom odsustvu (neslužbeni prevod), SL L 145, 19. 6. 1996., zamenjena Direktivom Saveta 2010/18/EU od 8. marta 2010. o implementaciji revidiranog Okvirnog sporazuma o roditeljskom odsustvu koji su sklopili BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC (neslužbeni prevod), SL L 68, 18. 3. 2010.; 7) Direktiva Saveta 2000/78/EZ od 27. novembra 2000. o ustanovljavanju opštih uslova za jednak tretman u zaposlenju i zanimanju (neslužbeni prevod), SL L 303, 2. 12. 2000., (dalje u tekstu: Direktiva 2000/78/EZ); 8) Direktiva Saveta 2000/43/EZ od 29. juna 2000. o rasnoj jednakosti (neslužbeni prevod), SL L 180, 19. 7. 2000.; (dalje u tekstu: Direktiva 2000/43/EZ); 9) Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2006/54/EZ od 5. jula 2006. o primeni principa jednakih mogućnosti i jednakom tretmanu muškaraca i žena u oblasti zaposlenja i zanimanja (preuređena verzija), (neslužbeni prevod), SL L 204, 5. 7. 2006., (dalje u tekstu: Direktiva 2006/54/EZ). Direktivom 2006/54/EZ objedinjene su direktive: 75/117/EEZ, 76/207/EEZ i 2002/73/EZ, 86/378/EEZ, 96/97/EZ, 97/80/EZ, 98/52/EZ.

pristupa i snabdevanja robom i uslugama, budući da se njome zabranjuje diskriminacija od strane zaposlenih prema kupcima i korisnicima usluga.¹¹

Ovim dokumentima se detaljno reguliše zabrana diskriminacije u pogledu **polu, rase ili etničke pripadnosti, invaliditeta, dobi, verskog uverenja i seksualnog opredeljenja** - u oblasti zapošljavanja, socijalne sigurnosti, pružanja usluga i obrazovanja (pri čemu svi dokumenti pokrivaju rad i zapošljavanje, ali ne i ostale oblasti).¹² Zaštita od diskriminacije podrazumeva zabranu neposredne i posredne diskriminacije, uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja. Obaveza jednakog tretmana odnosi se na sve zaposlene u javnom i privatnom sektoru, kao i na samozaposlena lica, a obuhvata: a) uslove i dostupnost zaposlenja, samostalne delatnosti ili zanimanja; b) dostupnost svim vrstama i nivoima profesionalne orijentacije, obuke, stručnog usavršavanja i profesionalne rehabilitacije; c) uslove zaposlenja i radne uslove, uključujući otkaze i plaćanje; d) članstvo i uključenost u organizacije radnika ili poslodavaca.¹³ Pomenutim dokumentima detaljno su uređeni i: izuzeci u pojedinim oblastima, mogućnost uvođenja mera afirmativne akcije, djelomično prebacivanje tereta dokazivanja na tuženog, zabrana viktimizacije, sankcije, naknada štete, sprovođenje regulative.

3. KRATAK PRIKAZ ZAKONODAVSTVA SRBIJE O ZABRANI DISKIMINACIJE NA RADU

Kao što smo pomenuli, nakon 2006. Srbija je donela set antidiskriminacionih zakona, koji između ostalog uređuju i oblast rada. Zabrana diskriminacije na radu uređena je i posebnom glavom Zakona o radu, a takođe pojedini posebni zakoni proklamuju poštovanje principa jednakosti u oblasti rada.¹⁴ Treba pomenuti i čl. 21. Ustava Republike Srbije, koji zabranjuje sve vidove diskriminacije, po bilo kom osnovu (osim kada su u pitanju mere afirma-

¹¹ Direktiva Saveta 2004/113 EZ od 13 decembra 2004 godine o primeni principa jednakog tretmana između muškaraca i žena u oblasti pristupa i snabdevanja robom i uslugama (neslužbeni prevod), SL L 373, 21. 12. 2004.

¹² O oblastima koje pokrivaju pojedini dokumenti v. ranije navede direktive EU.

¹³ V. npr. čl. 3. Direktive 2000/78/EZ, te čl. 1. i 6. Direktive 2006/54/EZ.

¹⁴ Npr. Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti (Sl. glasnik RS, br. 36/09, 88/10), pominje u čl. 5. načelo zabrane diskriminacije i načelo rodne ravnopravnosti; Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom (Sl. glasnik RS, br. 36/09) – u čl. 2. utvrđuje načelo zabrane diskriminacije lica sa invaliditetom i načelo rodne ravnopravnosti; Zakon o državnim službenicima (Sl. glasnik RS, br. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09), garantuje jednaku dostupnost radnih mesta (čl. 9.) i jednake mogućnosti u napredovanju, nagrađivanju i ostvarivanju pravne zaštite (čl. 11); prema Zakonu o državnoj upravi (Sl. glasnik RS, br. 79/05, 101/07, 95/10), čl. 5a: „Organi državne uprave staraju se u skladu sa Ustavom, zakonima i drugim aktima o sprovođenju posebnih mera radi postizanja pune ravnopravnosti lica ili grupe lica koja su suštinski u nejednakom položaju sa ostalim građanima.“; Zakon o zdravstvenoj zaštiti (Sl. glasnik RS, br. 107/05, 72/09, 88/10, 99/10, 57/11), čl. 20. utvrđuje zabranu diskriminacije prilikom pružanja zdravstvenih usluga.

tivne akcije).¹⁵ Srbija je 2003. godine stupila u članstvo Saveta Evrope (dalje u tekstu: SE) i ratifikovala Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, iz 1950. godine, zajedno sa pratećim protokolima.¹⁶ Time je preuzela obavezu da poštuje zabranu diskriminacije iz čl. 14. u vezi sa svim pravima iz tog dokumenta, po bilo kom osnovu. Protokolom br. 12 zabrana diskriminacije je proširena i na prava predviđena nacionalnim zakonima zemalja članica.¹⁷

Uticao prava EU prilikom donošenja gore pomenutih zakona nije bio jednak. Naime, svi zakoni su nadahnuti komunitarnim standardima, ali se neki baziraju na evropskom zakonodavstvu u većoj, a drugi u manjoj meri. Pojedini zakoni doslovno preuzimaju rešenja iz komunitarnog prava (kao Zakon o radu), drugi u nešto slobodnijoj formi slede regulativu EU i SE (Zakon o zabrani diskriminacije), dok su treći inspirisani i regulativom Međunarodne organizacije rada (dalje u tekstu: MOR) i uporednom praksom drugih zemalja (Zakon o zabrani zlostavljanja na radu). Takav pristup se ogleda i u sadržini, strukturi i rešenjima u antidiskriminacionim propisima. Reći ćemo par reči o svakom od njih, bez detaljnijeg upuštanja u sadržinu, o čemu će biti reči u sledećem delu rada.

Krenućemo od matičnog zakona za oblast radnih odnosa – **Zakona o radu** (dalje u tekstu: ZOR), iz 2005 godine. Zakon o radu u svom prvom delu, celu petu glavu (čl. 18.-23.) posvećuje zabrani diskriminacije. Pored opšte zabrane diskriminacije, regulišu se i: diskriminacioni osnovi, pojam neposredne i posredne diskriminacije, polja diskriminacije (od uslova za zasnivanje, preko obrazovanja, napredovanja, do prestanka radnog odnosa), zabrana i pojam uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja, opravdani izuzeci, dozvoljenost mera pozitivne/afirmativne akcije, mogućnost pokretanja postupka pred sudom radi naknade štete.

Zakon o zabrani diskriminacije (dalje u tekstu: ZZD), iz 2009. je „krovni“ zakon za tu oblast (mada je donet kasnije u odnosu na neke zakone). Zakonom se uređuju: opšta zabrana diskriminacije, oblici i slučajevi diskrimina-

¹⁵ Ustav Republike Srbije (Sl. glasnik RS, br. 98/06). Odredba čl. 21. glasi: „(1) Pred Ustavom i zakonom svi su jednaki. (2) Svako ima pravo na jednaku zakonsku zaštitu, bez diskriminacije. (3) Zabranjena je svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog ili fizičkog invaliditeta. (4) Ne smatraju se diskriminacijom posebne mere koje Republika Srbija može uvesti radi postizanja pune ravnopravnosti lica ili grupe lica koja su suštinski u nejednakom položaju sa ostalim građanima.“

¹⁶ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Službeni list Srbije i Crne Gore - Međunarodni ugovori, br. 9/03).

¹⁷ V. Agencija Evropske unije za temeljna prava; Vijeće Europe, *Priručnik o evropskom antidiskriminacionom pravu*, 2010., dostupan na: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HAND_BOOK_HR.pdf (26.10.2012.), str. 12 i 58.

cije, kao i postupci zaštite od diskriminacije. Takođe, ustanovljava se Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, kao samostalan i nezavisni državni organ za zaštitu od diskriminacije. Zakon je veoma obuhvatan. Njime se utvrđuje opšta zabrana diskriminacije i definišu njeni oblici, regulišu se posebni slučajevi diskriminacije (diskriminacija: u postupcima pred organima javne vlasti; u oblasti rada; u pružanju javnih usluga i korišćenju objekata i površina; verska diskriminacija; u obrazovanju i stručnom osposobljavanju; na osnovu pola; po osnovu seksualne orijentacije; diskriminacija dece; na osnovu starosnog doba; nacionalnih manjina; zbog političke i sindikalne pripadnosti; osoba sa invaliditetom; s obzirom na zdravstveno stanje). Regulise se i postupak pred Poverenikom za zaštitu ravnopravnosti i sudska zaštita – koja sadrži posebna pravila u odnosu na klasičan parnični postupak (hitnost, dopuštenost revizije u svim slučajevima, specifični tužbeni zahtevi, teret dokazivanja - na tuženom,¹⁸ mogućnost izricanja privremenih mera), mogućnost pokretanja postupka od strane drugih lica (Poverenika i organizacije koja se bavi zaštitom ljudskih prava - uz pristanak oštećenog), postojanje „dobrovoljnih ispitivača“, a predviđene su i prekršajne kazne (doduše, veoma skromne – najviše do oko 850 EUR za pravno lice).

Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom (dalje u tekstu: ZSDI), je bio prvi poseban antidiskriminacioni zakon u Srbiji (usvojen je 2006. godine). Zakon polazi od moderne „socijalne koncepcije“ lica sa invaliditetom,¹⁹ što znači da je akcenat mera otklanjanja diskriminacije na većem uključenju ovih osoba u društvo i aktivan rad. Kao i prethodni zakon, sadrži opštu zabranu i regulise oblike diskriminacije (to su neposredna i posredna diskriminacija, kao i povreda načela jednakih prava i obaveza; teški oblici diskriminacije), ustanovljava posebne slučajeve diskriminacije (u postupcima pred organom javne vlasti; u vezi sa udruženjima; u pružanju usluga i korišćenju objekata i površina; u vezi sa zdravstvenim uslugama; vaspitanjem i obrazovanjem; u zapošljavanju i radnim odnosima; u prevozu; bračnim i porodičnim odnosima), predviđaju se mere za podsticanje ravnopravnosti lica sa invaliditetom (osnivanje udruženja za podršku, stvaranje pristupačnog okruženja, integrisanje u opšti sistem vaspitanja i obrazovanja, pristup informacijama i dr.), propisuje se poseban postupak u sudskom sporu za zaštitu od diskriminacije osoba sa invaliditetom (proširena mogućnost

¹⁸ Čl. 45. st. 2. ZZD-a glasi: „Ukoliko tužilac učini verovatnim da je tuženi izvršio akt diskriminacije, teret dokazivanja da usled tog akta nije došlo do povrede načela jednakosti, odnosno načela jednakih prava i obaveza snosi tuženi.“

¹⁹ Prema čl. 3. ZSDI-a, u lica sa invaliditetom spadaju: „[...]osobe sa urođenom ili stečenom fizičkom, senzornom, intelektualnom ili emocionalnom onesposobljenošću koje usled društvenih ili drugih prepreka nemaju mogućnosti ili imaju ograničene mogućnosti da se uključe u aktivnosti društva na istom nivou sa drugima, bez obzira na to da li mogu da ostvaruju pomenute aktivnosti uz upotrebu tehničkih pomagala ili službi podrške“.

pokretanja postupka – npr. i od strane pratioaca lica sa invaliditetom; tužbeni zahtevi prilagođeni diskriminacionim sporovima; revizija; privremene mere), a predviđene su i kaznene odredbe (nažalost u sličnim iznosima kao kod prethodnog zakona). Otklanjanju problema u zapošljavanju lica sa invaliditetom trebalo bi da doprinese i **Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom**, iz 2009. godine. Po ovom zakonu, osobe sa invaliditetom mogu se zapošljavati pod posebnim uslovima (uz prilagođavanje poslova ili radnog mesta). Značajnu novinu predstavlja obaveza svakog poslodavca sa više od 20 zaposlenih, da zaposli određeni broj osoba sa invaliditetom (čl. 24.). U protivnom plaća penale u visini trostrukog iznosa minimalne zarade utvrđene u skladu sa propisima o radu, za svaku osobu koju je propustio da zaposli.

Zakon o ravnopravnosti polova (dalje u tekstu: ZRP), iz 2009. godine, veliku pažnju posvećuje unapređenju položaja polova (uglavnom žena), u oblasti rada (drugi deo Zakona nosi naslov: „Zapošljavanje, socijalna i zdravstvena zaštita“, čl. 11.- 26.). Može se reći da je njegova osnovna pozitivna karakteristika „strukturni pristup“ u otklanjanju diskriminacije. Naime, uz opštu zabranu diskriminacije (i uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja), Zakon sadrži niz konkretnih mera i mehanizama za oklanjanje neravnopravnosti polova (npr. obavezno sačinjavanje Plana mera za otklanjanje ili ublažavanje neravnomerne zastupljenosti polova, sastavljanje godišnjeg izveštaja o sprovođenju Plana; ustanovljavanje kvote od 30% zaposlenosti prema polu pri organima javne vlasti; obavezno sprovođenje mera afirmativne akcije; dužnost da zastupljenost polova u svakom ciklusu stručnog usavršavanja i obuke odslikava polnu strukturu zaposlenih kod poslodavca; mogućnost ustanovljavanja posebnih državnih fondova radi zapošljavanja manje zastupljenog pola i dr.). Predviđene su i „mere za pomirenje profesionalnog i porodičnog života“, tako što je npr. propisano da su ustanove socijalne i zdravstvene zaštite dužne da organizaciju rada i raspored radnog vremena prilagode potrebama korisnika, što znači i zaposlenih lica (čl. 25. Zakona). Međutim, ne može se reći da se do sada u ovome mnogo uspelo, pošto je Zakon za sada „mrtvo slovo na papiru“, najviše zahvaljujući nezainteresovanosti države.

Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, iz 2010. godine, indirektno spada u set antidiskriminacionih zakona. Naime, iako se ovaj zakon posredno, a u jednom članu i direktno dotiče diskriminacije (u čl. 3. se pominje da zaštita obuhvata i slučajeve seksualnog uznemiravanja), on uređuje jednu drugu pojavu u domenu radnih odnosa.²⁰ To je – mobing, kao sistematsko

²⁰ Zakonom se utvrđuje šta predstavlja mobing, ko mogu biti počinioci, postupak interne (medijacija) i sudske zaštite (uz određene specifičnosti, slično kao kod ranije pomenutih zakona – npr. hitnost, specifični tužbeni zahtevi, teret dokazivanja, privremene mere). Kazne su ne-

psihološko (ponekad i fizičko) zlostavljanje ili ponižavanje osobe od strane drugog pojedinca ili grupe, sa namerom da se naruši njegova/njena reputacija, ugled, ljudsko dostojanstvo, interitegritet, sa konačnim ciljem da se žrtva navede da napusti posao.²¹ Mada se mobing i diskriminacija nekada dotiču (diskriminacija može da spada u neku od radnji kojima se vrši mobing, ali se tu svrstava još oko 70 različitih vidova ponašanja), uglavnom mobing predstavlja „nespecifičan vid uznemiravanja“, koji pretežno nije motivisan diskriminatornim, već drugim razlozima i ima različite ciljeve u odnosu na diskriminaciju.²² Zato se zakonodavac Srbije odlučio da posebno reguliše ovu pojavu, mada se u mnogim zemljama (npr. u BiH i nekim članicama EU), zaposleni štite od mobinga po osnovu zabrane uzemiravanja/zlostavljanja u skladu sa propisima o zabrani diskriminacije.

4. ZAŠTITA OD DISKIMINACIJE NA RADU U SRBIJI

Prostor nam ne dozvoljava da se detaljno upuštamo u rešenja u pomenu tim antidiskriminacionim zakonima u Srbiji, tako da ćemo se ovde ograničiti na neka osnovna pitanja i karakteristične odredbe.

Pojam diskriminacije u navedenim propisima odgovara međunarodnim i evropskim standardima. Npr. prema ZZD-u, čl. 2., izrazi „diskriminacija“ i „diskriminatorno postupanje“ označavaju svako neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje (isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva), u odnosu na lica ili grupe kao i na članove njihovih porodica, ili njima bliska lica, na otvoren ili prikriven način, a koji se zasniva na rasi, boji kože, precima, državljanstvu, nacionalnoj pripadnosti ili etničkom poreklu, jeziku, verskim ili političkim ubeđenjima, polu, rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji, imovnom stanju, rođenju, genetskim osobenostima, zdravstvenom stanju, invaliditetu, bračnom i porodičnom statusu, osuđivanosti, starosnom dobu, izgledu, članstvu u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama i drugim stvarnim, odnosno pretpostavljenim ličnim svojstvima. Prema (ZRP-u), čl. 4.: „Diskriminacija po osnovu pola je svako neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje (isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva) koje ima za cilj ili posledicu da licu ili grupi oteža, ugrozi, onemogućiti ili negira priznanje, uživanje ili ostvarivanje ljudskih prava i sloboda u političkoj, ekonomskoj, društvenoj, kulturnoj, građanskoj, porodičnoj i drugoj oblasti“.

što veće u odnosu na prehodne zakone i kreću se i do blizu 34.000 EUR (400. 000 dinara) za pravna lica.

²¹ Definicija mobinga je preuzeta i delimično modifikovana iz: Eurofound, *Evropski rečnik industrijskih odnosa*, 2009., dostupan na: <http://www.eurofound.europa.eu/> (26.10.2012.).

²² V. Jašarević, S., *Mobing u praksi i dokumentima EU i Srbije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, vol. 42, br. 1-2, 2008., str. 543.

Osnovi po kojima se zabranjuje diskriminacija su slični onima koji su zastupljeni u međunarodnim standardima. Npr. u Ustavu je zabranjena diskriminacija: „[...]po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog ili fizičkog invaliditeta.“ ZOR predviđa dvadeset osnova,²³ a ZZD – dvadeset pet diskriminacionih osnova. Pri tome lista diskriminacionih osnova po pravilu nije „zatvorena“, već se uz nabrojane osnove predviđa i „otvorena klauzula o diskriminaciji“, zahvaljujući čemu broj diskriminacionih osnova faktički nije ograničen, kao što je to npr. u direktivama EU. U Ustavu je zabranjena diskriminacija „po bilo kom osnovu“, u ZOR osnov diskriminacije može da bude i: „neko drugo lično svojstvo“, a u ZZD: „pretpostavljeno lično svojstvo“. Ovakvo rešenje je veoma važno u oblasti radnih odnosa, gde se pored uobičajenih disriminacionih osnova javljaju i mnogi specifični razlozi diskriminacije, kao što su: staž, lični status, obavljanje funkcije, da li je lice radilo za državu ili drugog poslodavca, bračno stanje (oženjen/udata, razveden, nije u braku), rođenja izvan braka, porodične obaveze (broj dece, staranje o nesposobnim članovima porodice), namera da se ima potomstvo, da li je osoba pušač ili ne, da li konzumira alkohol, gojaznost, da li lice boluje od visokog pritiska, članstvo u udruženju ili pripadnost nekom pokretu, boravište, navike u vezi sa oblačenjem.²⁴

Oblici diskriminacije takođe odgovaraju aktuelnim pravnim standardima. Pored uobičajene podele na neposrednu i posrednu diskriminaciju, u propisima Srbije pominju se i drugi vidovi diskriminacije koji se javljaju u međunarodnim dokumentima. Npr. u ZZD, pored neposredne i posredne diskriminacije, zabranjeni su (u čl. 13.) i „teški oblici diskriminacije“, kao što su diskriminacija koja se ponavlja, „produžena“ diskriminacija (koja traje) ili „ukrštena“ diskriminacije (po više osnova). Prema ZSDI-u, čl. 26. (deo koji govori o diskriminaciji na radu): „Posebno težak oblik diskriminacije zbog

invalidnosti jeste uznemiravanje, vređanje i omalovažavanje zaposlenog sa invaliditetom od strane poslodavca, odnosno neposredno nadređenog lica u radnom procesu, zbog njegove invalidnosti.“ Isti zakon zabranjuje i „prenesenu diskriminaciju“ (prema. čl. 21. st. 1: „Zabranjeno je vršiti diskriminaciju zbog invalidnosti u zapošljavanju i ostvarivanju prava iz radnog odnosa prema: 1. osobi sa invaliditetom koja traži zaposlenje; 2. pratiocu osobe sa invaliditetom koji traži zaposlenje; 3. zaposlenoj osobi sa invaliditetom; 4. zaposlenom pratiocu osobe sa invaliditetom...“).

Definicije neposredne i posredne diskriminacije su manje-više preuzete iz komunitarnih standarda. Npr. prema ZOR-u, čl. 19.: „(1) Neposredna diskriminacija, u smislu ovog zakona, jeste svako postupanje uzrokovano nekim od osnova iz čl. 18. ovog zakona kojim se lice koje traži zaposlenje, kao i zaposleni, stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica u istoj ili sličnoj situaciji. (2) Posredna diskriminacija, u smislu ovog zakona, postoji kada određena naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa stavlja ili bi stavila u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica – lice koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog, zbog određenog svojstva, statusa, opredeljenja ili uverenja iz čl. 18. ovog zakona.“²⁵

Po ugledu na evropsko zakonodavstvo, diskriminacija uključuje i uznemiravanje i seksualno uznemiravanje.²⁶ Prema čl. 21 ZOR-a: „[...] (2) Uznemiravanje, u smislu ovog zakona, jeste svako neželjeno ponašanje uzrokovano nekim od osnova iz čl. 18. ovog zakona koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. (3) Seksualno uznemiravanje, u smislu ovog zakona, jeste svako verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog u sferi polnog života, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.“²⁷

²⁵ Prema Direktivi 2000/78/EZ (čl. 2.): „(a) smatraće se da je došlo do direktne diskriminacije kada je jedna osoba tretirana lošije u odnosu na drugu, tretira se ili bi mogla da bude tretirana u uporedivoj situaciji [...]“. Prema Direktivi 2006/54/EZ, čl. 2. direktna diskriminacija postoji: kada je jedna osoba tretirana lošije na osnovu pola, tretira se ili bi mogla da bude tretirana u uporedivoj situaciji. Posredna diskriminacija postoji kada naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa mogu da osobu jednog pola dovedu u nepovoljniji položaj u odnosu na osobe drugog pola, osim ako su takva odredba, kriterijum ili praksa objektivno opravdani legitimnim ciljem i pri tome su sredstva za ostvarivanje tog cilja odgovarajuća i neophodna.

²⁶ U svim direktivama EU o diskriminaciji od 2000. godine zabranjeno je uznemiravanje, dok Direktiva 2006/54/EZ zabranjuje seksualno uznemiravanje.

²⁷ V. i čl. 10. i 18. ZRP-a. Gore navedena definicija uznemiravanja potpuno odgovara definiciji iz čl. 2. st. 3. Direktive 2000/78/EZ. Pojam seksualnog uznemiravanja preuzet je iz Direktive 2006/54/EZ o ravnopravnosti polova (čl. 2. st. 1. tačka d), odnosno prethodne Direktive 2002/73/EZ, koja je i uvela pojam seksualnog uznemiravanja u komunitarno pravo. Ipak, ima malih razlika u prevodu, koje donekle narušavaju i smisao definicije (umesto teksta „a koje izaziva [...]“ u Zakonskom tekstu, u Direktivi stoji „a posebno kada izaziva [...]“).

²³ To su: pol, rođenje, jezik, rasa, boja kože, starost, trudnoća, zdravstveno stanje, invalidnost, nacionalna pripadnost, veroispovest, bračni status, porodične obaveze, seksualno opredeljenje, političko ili drugo uverenje, socijalno poreklo, imovinsko stanje, članstvo u političkim organizacijama, sindikatima ili neko drugo lično svojstvo.

²⁴ V. MOR, *Equality at work: Tackling the challenges*, 2007., dostupno na: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@webdev/documents/publication/wcms_082607.pdf (26.10.2012.), str. 15, 45-53; Grgurev, I., *Diskriminacija po temeljima koji nisu izriješkom zabranjeni u Zakonu o radu*, Radno pravo, br. 3, 2007., str. 42; Agencija Evropske unije za temeljna prava; Vijeće Europe, *op. cit.*, bilj. 17.; Dotinga, R., *Can boss insist on healthy habits?*, Christian Science Monitor, 11 January 2006, dostupno na: <http://www.csmonitor.com/2006/0111/p15s01-ussc.html/> (26.10.2012.); Furi-Perry, U., *Butting In: Employers Penalize Smokers and Overweight Workers*, LawCrossing, 8 November 2004, dostupno na: <http://www.lawcrossing.com/article/416/Butting-In-Employers-Penalize-Smokers-and-Overweight-Workers/#> (26.10.2012.); Zuparević, S., *Zabrana nošenja marama i diskriminacija u evropskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 47, br. 3, 2010., str. 693.

Radnje kojima se vrši diskriminacija na sličan način su uređene kao u međunarodnim standardima. Npr. ZZZD prema čl. 5.: „Oblici diskriminacije su neposredna i posredna diskriminacija, kao i povreda načela jednakih prava i obaveza, pozivanje na odgovornost, udruživanje radi vršenja diskriminacije, govor mržnje i uznemiravanje i ponižavajuće postupanje.“

Kao i u komunitarnom pravu, ustanovljavaju se **opravdani izuzeci** od zabrane diskriminacije, koji se uvode u situacijama kada je različit tretman opravdan ili neophodan. Npr. prema ZOR-u, čl. 22. st. 1.: (1) „Ne smatra se diskriminacijom pravljenje razlike, isključenje ili davanje prvenstva u odnosu na određeni posao kada je priroda posla takva ili se posao obavlja u takvim uslovima da karakteristike povezane sa nekim od osnova iz čl. 18. ovog zakona predstavljaju stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla, i da je svrha koja se time želi postići opravdana.“ Prema čl. 14. ZZZD-a (Posebne mere): „Ne smatraju se diskriminacijom posebne mere uvedene radi postizanja pune ravnopravnosti, zaštite i napretka lica, odnosno grupe lica koja se nalaze u nejednakom položaju.“²⁸

U opravdane izuzetke spadaju i **mere afirmativne akcije**. ZOR u čl. 22. st. 2. predviđa: „Odredbe zakona, opšteg akta i ugovora o radu koje se odnose na posebnu zaštitu i pomoć određenim kategorijama zaposlenih, a posebno one o zaštiti invalidnih lica, žena za vreme porodijskog odsustva i odsustva sa rada radi nege deteta, posebne nege deteta, kao i odredbe koje se odnose na posebna prava roditelja, usvojitelja, staratelja i hranitelja – ne smatraju se diskriminacijom.“ ZRP, čl. 13. reguliše „Plan mera za otklanjanje ili ublažavanje neravnomerne zastupljenosti polova i izveštaj o sprovođenju: (1) Poslodavac koji ima u radnom odnosu više od 50 zaposlenih na neodređeno vreme dužan je da usvoji plan mera za otklanjanje ili ublažavanje neravnomerne zastupljenosti polova za svaku kalendarsku godinu, najkasnije do 31. januara.“ Uz Zakon je usvojen i Pravilnik o sadržaju i načinu dostavljanja Plana mera za otklanjanje ili ublažavanje neravnomerne zastupljenosti polova i godišnjeg izveštaja o njegovom sprovođenju.²⁹

²⁸ Prema Direktivi 78/2000/EZ (čl. 2. st. 5.), iz 2000. godine, zabrana diskriminacije neće se odnositi na mere utvrđene nacionalnim zakonodavstvom koje su u demokratskom društvu neophodne radi zaštite javne sigurnosti, održavanja javnog reda, sprečavanja krivičnih dela, te radi zaštite zdravlja i prava i sloboda i drugih lica. U skladu sa Direktivom 2006/54/EZ o ravnopravnosti polova (čl. 2.), ne postoji diskriminacija: „[...] ako su takva odredba, kriterijum ili praksa objektivno opravdani zakonitim ciljem i pri tome su sredstva za ostvarivanje tog cilja odgovarajuća i neophodna.“

²⁹ Pravilnik o sadržaju i načinu dostavljanja Plana mera za otklanjanje ili ublažavanje neravnomerne zastupljenosti polova i godišnjeg izveštaja o njegovom sprovođenju (Sl. glasnik RS, br. 89/10). Prema čl. 5 tog Pravilnika, Izveštaj sadrži sledeće podatke: „1) procedure koje su sprovedene i mere koje su preduzete kod poslodavca tokom izveštajnog perioda radi otklanjanja ili ublažavanja neravnomerne zastupljenosti polova zaposlenih; 2) podatke o promenama u polnoj strukturi zaposlenih u prethodnoj kalendarskoj godini; 3) podatke o promenama u broju rukovodećih i izvršilačkih radnih mesta, u skladu sa opštim aktom poslodavca, prema

Kao jedna od mera afirmativne akcije ustanovljavaju se i „kvote“. Prema čl. 14. ZRP-a (podnaslov: „Jednaka dostupnost poslova i položaja“): „Ako zastupljenost manje zastupljenog pola u svakoj organizacionoj jedinici, na rukovodećim mestima i u organima upravljanja i nadzora iznosi manje od 30%, organi javne vlasti su dužni da primene afirmativne mere u skladu sa Zakonom o državnim službenicima i Zakonom o državnoj upravi.“

Jedan od uslova da zabrana diskriminacije zaživi u praksi je i „**zabrana viktimizacije**“ (odmazde, represije), zbog pokretanja postupka za zaštitu od diskriminacije ili ukazivanja na diskriminaciju. Žrtve diskriminacije koje ukažu na neravnopravan tretman često se u praksi zlostavljaju na razne načine (povećava se postojeća diskriminacija, zaposleni se zlostavlja od strane kolega i sredine, drugi zaposleni ga izbegavaju, premešta se na „lošije“ poslove, žrtva se „mobira“ da bi sama dala otkaz, otpušta po lažnom osnovu ili se proglašava tehnološkim viškom). Zabranu viktimizacije najpre su uveli komunitarni dokumenti (čl. 11. Direktive 2000/78/EZ, čl. 9. Direktive 2000/43/EZ, čl. 24. Direktive 2006/54/EZ),³⁰ da bi se ubrzo proširila i na nacionalna zakonodavstva. Prema čl. 8. ZRP-a: „Niko ne sme trpeti štetne posledice zbog toga što je kao svedok ili žrtva diskriminacije po osnovu pola dao iskaz pred nadležnim organom ili upozorio javnost na slučaj diskriminacije“. Prema čl. 20. istog zakona: „Pokretanje postupka od strane zaposlenog zbog diskriminacije po osnovu pola, uznemiravanja, seksualnog uznemiravanja ili seksualnog ucenjivanja ne mogu se smatrati opravdanim razlogom za otkaz ugovora o radu, odnosno prestanak radnog i drugog (ugovornog) odnosa po osnovu rada, niti mogu biti opravdan osnov da se zaposleni proglasi viškom zaposlenih u skladu sa propisima koji uređuju rad.“ ZZZD u čl. 9. predviđa „Zabranu pozivanja na odgovornost“: „Diskriminacija postoji ako se prema licu ili grupi lica neopravdano postupa lošije nego što se postupa ili bi se postupalo prema drugima, isključivo ili uglavnom zbog toga što su tražili, odnosno nameravaju da traže zaštitu od diskriminacije ili zbog toga što su ponudili ili nameravaju da ponude dokaze o diskriminatorskom postupanju.“

polnoj strukturi zaposlenih; 4) podatke o promenama u broju istovetnih radnih mesta, prema opštem aktu poslodavca, sa različitim neto zaradom koja se isplaćuje zaposlenom za puno radno vreme, prema polnoj strukturi zaposlenih; 5) podatke o promenama u ukupnom broju zaposlenih upućenih na stručno usavršavanje ili obuku, prema polnoj strukturi zaposlenih; 6) podatke o promenama u broju radnih mesta, prema opštem aktu poslodavca, za koja postoji opravdana potreba pravljenja razlika po polu, u skladu sa zakonom kojim se uređuje rad.“

³⁰ Npr. u čl. 24. Direktive 2006/54/EZ, u okviru podnaslova: „Viktimizacija“, predviđa se: „Države članice će uvesti u svoje nacionalne pravne sisteme takve mere koje su neophodne da bi se zaposleni zaštitili, uključujući i zaštitu kakvu uživaju predstavnici zaposlenih po nacionalnom zakonodavstvu ili praksi, od otkaza ili drugog štetnog tretmana od strane poslodavca kao reakciju na zahtev u okviru preduzeća ili u okviru druge pravne procedure sa ciljem pravne zaštite u vezi sa principom jednakog tretmana.“

Dokazivanje diskriminacije predstavlja veliki problem u praksi. Pošto diskriminacija uglavnom nije lako vidljiva, kao dokazi se često koriste statistički podaci ili drugi pokazatelji. Takođe, praktikuju se „test slučajevi“, odnosno „dobrovoljni ispitivači“ (kada se namerno iscenira diskriminatorna situacija). ZZD, u čl. 46. pominje instituciju „dobrovoljnih ispitivača“: „[...] (2) Lice koje se svesno izložilo diskriminatorskom postupanju, u nameri da neposredno proveriti primenu pravila o zabrani diskriminacije u konkretnom slučaju, može podneti tužbu iz čl. 43. t. 1, 2, 3. i t. 5. ovog zakona. [...] (4) Ako lice iz st. 3. ovog čl. nije podnelo tužbu, sud ga može saslušati kao svedoka. [...] (5) Prema licu iz stava 3. ovog čl. ne može se isticati prigovor podeljene odgovornosti za štetu koja potiče od akta diskriminacije.“ Da bi se obezbedili relevantni statistički pokazatelji, ZRP predviđa da je poslodavac dužan da vodi evidenciju o polnoj strukturi zaposlenih u skladu sa zakonom kojim se uređuju evidencije u oblasti rada i da podatke iz tih evidencija da na uvid inspekciji rada i organu nadležnom za ravnopravnost polova, a na način i u skladu sa zakonom kojim se uređuje zaštita podataka o ličnosti (čl. 12.).

U postupku dokazivanja veoma je važan **teret dokazivanja**. Žrtve diskriminacije izuzetno teško na sudu dokazuju diskriminaciju, pošto se ona vrši na perfidan način, a svedoci diskriminacije se ustručavaju da je potvrde. Da bi se dokazivanje olakšalo, EU pod uticajem američkog prava uvodi „podeljeni teret dokazivanja“, odnosno „teret dokazivanja na strani poslodavca“. Godine 1997. donosi se Direktiva 97/80/EZ o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na osnovu pola, po kojoj je teret dokazivanja po utvrđenju *prima facie* diskriminacije na tuženom licu (u oblasti rada – poslodavcu). Ovo rešenje preuzeli su svi kasniji antidiskriminacioni dokumenti EU,³¹ kao i noviji nacionalni propisi o zabrani diskriminacije koji su pod uticajem komunitarnog prava. Prema čl. 49. ZRP-a: „(1) Ne može se dokazivati da je neposredna diskriminacija po osnovu pola učinjena bez krivice, ako je među strankama nesporno ili je sud utvrdio da je izvršena radnja neposredne diskriminacije. Ako je u toku postupka tužilac učinio verovatnim da je izvršen akt diskriminacije po osnovu pola, teret dokazivanja da usled tog akta nije došlo do povrede načela jednakosti, odnosno načela jednakih prava i obaveza, snosi tuženi.“ Skoro identičan je čl. 45. ZZD-a.

Pokazalo se da antidiskriminacioni propisi bez **sankcije** ima malu šansu da zažive. Prema regulativi EU, sankcije u slučaju diskriminacije na radu trebalo bi da su: efikasne, proporcionalne, ubedljive. Njihova svrha je da se diskriminacija zaustavi, otklone ili ublaže negativne posledice diskriminatornog postupanja, kao i odvracanje od diskriminacije. Pored naknade štete

³¹ Direktiva Vijeća 97/80/EZ od 15. prosinca 1997. o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije utemeljene na spolu (neslužbeni prevod), SL L 014, 20. 1. 1998.; V. npr. čl. 10. Direktive 2000/78/EZ i čl. 19. pomenute Direktive 2006/54/EZ.

koja u ovoj oblasti predstavlja uobičajenu sankciju, prekršajnih kazni, objavljivanja presude (da bi se postigla moralna satisfakcija žrtve), zbog društvene opasnosti diskriminacije praktikuju se i krivične sankcije. Pored toga, pojavili su se i neki specifični načini sankcionisanja diskriminacije. Pojedine zemlje poslodavcima, počiniocima diskriminacije, uskraćuju mogućnost da dobiju poslove na javnim radovima, zatim, izuzimaju ih od mogućnosti da pribave bespovratna sredstva od strane države, zajmove, licence, dozvole, poreske olakšice ili im oduzimaju stečene beneficije.³²

Sankcije za diskriminaciju u pravu Srbije se mogu podeliti na: novčane i nenovčane. Prema ZZD-u, čl. 43., tužbom povodom diskriminacije može se tražiti: „1. zabrana izvršenja radnje od koje pretila diskriminacija, zabrana daljeg vršenja radnje diskriminacije, odnosno zabrana ponavljanja radnje diskriminacije; 2. utvrđenje da je tuženi diskriminatorски postupao prema tužiocu ili drugome; 3. izvršenje radnje radi uklanjanja posledica diskriminatornog postupanja; 4. naknada materijalne i nematerijalne štete; 5. objavljivanje presude donete povodom neke od tužbi iz tač. 1-4. ovog čl.“ Novčane kazne se po ovom zakonu kreću od 10.000 do 100.000 dinara (od oko 85 do 850 EUR), a kazniće se za prekršaj pravno lice, odnosno preduzetnik, službeno lice u organu javne vlasti, kao i fizičko lice.“ (čl. 51. ZZD-a). Predviđene su i krivične sankcije, koje u praksi skoro da se ne izriču. Krivični zakonik Republike Srbije, iz 2005.,³³ u čl. 137. utvrđuje: „(2) Ko primenom sile, pretnje, ili na drugi nedozvoljeni način drugome nanese veliki bol ili teške patnje s ciljem da od njega ili od trećeg lica dobije priznanje, iskaz ili drugo obaveštenje ili da se on ili neko treće lice zastraši ili nezakonito kazni, ili to učini iz druge pobude zasnovane na bilo kakvom obliku diskriminacije, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina.“

Sudovi su, u relativno retkim presudama o diskriminaciji na radu, u početku bili izuzetno blagi pri izricanju novčanih sankcija, što faktički nije odvracalo od diskriminacije, već je podsticalo.³⁴ U poslednje vreme izgleda da

³² *Worldwide Guide to Termination, Employment, Discrimination, and Workplace Harassment Laws*, Baker & McKenzie, Chicago, USA, 2006., dostupno na: <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article&context=lawfirms> (26.10.2012.).

³³ Krivični zakonik Republike Srbije (Sl. glasnik RS, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09).

³⁴ Npr. Opštinski i potom Apelacioni sud u Novom Sadu izrekao je javnom preduzeću iz Novog Sada da tužiocu zbog diskriminacije na ime naknade štete i naknade nematerijalne štete na ime duševnih bolova zbog povrede časti i ugleda, slobode i prava ličnosti, isplati iznos od 100.000 dinara (tada oko 900 EUR) i sudske troškove. U pitanju je bio slučaj diskriminacije po osnovu političke pripadnosti, kod koga je tužitelj nakon promene rukovodstva posle izvesnog vremena (decembra 2004.) raspoređen na nepovoljnije (niže) poslove, a nakon toga bio i otpušten. U toku tog perioda navodi da je bio šikaniran, izložen svakodnevnim pritiscima i prozivkama, oslovljavan sa „žuti“ (mислеći se pri tome na političko opredeljenje tužioca). Sud je nakon sprovedenog dokaznog postupka, utvrdio tačnost navoda tužitelja i doneo navedenu presudu (Opštinski sud u Novom Sadu, P-1-6/2011 od 8. aprila 2011; Apelacioni sud u Novom sadu, GZ. 1-1406/11 od 9. novembra 2011.).

se kaznena politika menja, te se izriču i veće novčane kazne. Npr. početkom februara 2012. godine domaća kompanija „Jat ervejz“ obavezana je da zbog diskriminacije po osnovu nacionalne pripadnosti i zlostavljanja isplati pilotu A. P. (52) više od 3,8 miliona dinara (oko 32.000 EUR), na ime naknade materijalne štete, troškova postupka i kamate.³⁵

5. ZAKLJUČAK

Srbija je donošenjem paketa antidiskriminacionih zakona znatno unapredila opšti pravni okvir za zaštitu jednakosti na radu. Tome će, uz mogućnost prilagođene sudske zaštite diskriminacionim sporovima, doprineti i novouspostavljeni - Poverenik za zaštitu ravnopravnosti. Značajna za ovu oblast je i delatnost Republičkog Zaštitnika građana,³⁶ odnosno Pokrajinskog ombudsmana (koji deluje na nivou Automne Pokrajine Vojvodine),³⁷ kao nezavisnih institucija za zaštitu ljudskih prava na teritoriji Srbije.

Poseban kvalitet nove regulative o zaštiti jednakosti u Srbiji predstavlja visoki stepen usaglašenosti sa pravom EU i međunarodnim standardima (OUN, SE, MOR). To možda predstavlja i njenu osnovnu manu, budući da se može ispostaviti da stanovništvo i sudovi nisu sposobni da na odgovarajući način primene propise o zabrani diskriminacije. Na to naročito utiču predrasude i stereotipi u društvu. Zbog toga bi, uporedo sa primenom regulative, trebalo raditi na podizanju svesti i tolerancije stanovništva o potrebi uvažavanja različitosti i pluralizma u društvu. Kampanjama podizanja svesti i edukacijom posebno bi trebalo da budu obuhvaćeni poslodavci, zaposleni i njihove organizacije.

³⁵ Presuda Višeg suda u Beogradu od 5. januara 2012., dostupno na: <http://www.bg.vi.sud.rs/lt/news/sluzba-za-odnose-sa-javnoscju/vesti-i-saopštenja/presuda-pfajfer-aleksandra-protiv-jat-a.html> (26.10.2012.).

³⁶ Ovaj organ, koji se bavi zaštitom prava građana u odnosu na organe državne vlasti, počeo je sa radom 2007. godine. V. Republički zaštitnik građana, dostupno na: <http://www.ombudsman.rs/> (26.10.2012.).

³⁷ V. Pokrajinski ombudsman, dostupno na: <http://www.ombudsmanapv.org/apvomb/> (26.10.2012.).

Summary

Senad Jašarević, S.J.D.*

SERBIAN ANTI-DISCRIMINATION LEGISLATION IN THE CONTEXT OF EU LEGAL STANDARDS

In this paper, the author presents an outline of the Serbian anti-discrimination legislation in the context of EU legal standards.

Serbia has embarked upon the process of accession to the European Union and the consequent gradual harmonization of the Serbian law with EU legal standards is to be expected. Legislation on the equality of employees is one of the most developed areas of EU law. EU instruments on the equality of the employees have been used as a model by the Serbian legislator in the effort to create new anti-discrimination legislation. Inspired by the Community standards, the following acts were drafted: the Labour Code of 2005, the Act on the Prevention of Discrimination against Persons with Disabilities of 2006, the Anti-Discrimination Act of 2009, the Gender Equality Act of 2009 and the Act on the Prevention of Harassment at Work of 2010. Although many solutions in these acts are based on Community standards (e.g. the definition of direct and indirect discrimination, harassment, sexual harassment), it is evident that practice in Serbia lags behind the aligned laws. Many legal norms inspired by the Community standards have not yet been implemented and it is uncertain whether they ever will be. The main causes are differences in the mentality, the existence of prejudices and stereotypes, formalism in the implementation of law and unwillingness of the employees to accept changes in the behaviour and attitudes at work.

Key words: European Union, Serbia, equality, prohibition of discrimination, employment relationship

* Senad Jašarević, S.J.D., Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad, Trg Dositeja Obradovića 1, Novi Sad, Republic of Serbia.

ZABRANA DISKRIMINACIJE U RADNOM ZAKONODAVSTVU U BOSNI I HERCEGOVINI

Doc. dr. sc. Mehmed Hadžić*

Zabrana diskriminacije u radnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini čvrsto je uvezana sa konceptom jednakosti u mogućnostima i tretmanu. Naime, jednakost u mogućnostima i tretmanu uz poštivanje prava na različitost je ugrađena u osnovne odredbe općih i posebnih propisa o radu koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Pri tom, zabrana diskriminacije u sistemskom smislu u radnom zakonodavstvu ima polazište i u dva zakona na nivou države Bosne i Hercegovine, i to: Zakonu o ravnopravnosti spolova i Zakonu o zabrani diskriminacije.

Pozitivna rješenja su usaglašena sa univerzalnim i regionalnim standardima koncepta jednakosti u mogućnostima i tretmanu, odnosno uređuju direktnu i indirektnu diskriminaciju i nove oblike diskriminacije poput uznemiravanja, seksualnog uznemiravanja i mobinga.

Otvorena i neriješena pitanja u ovoj oblasti, između ostalog, vezana su za zaštitu prava u slučaju diskriminacije. Ovo je postalo posebno vidljivo zbog činjenice da se radni sporovi rješavaju u parničnom postupku, te da se diskriminacija jako teško dokazuje, odnosno da je u aktuelnoj situaciji mali postotak sporova koji su prisutni u praksi.

Oslonom na ove premise, u radu se analiziraju pozitivno-pravna rješenja zabrane diskriminacije u Bosni i Hercegovini, odnosno regulativa u Federaciji Bosne i Hercegovine, Republici Srpskoj, Brčko distriktu Bosne i Hercegovine te u radnom zakonodavstvu koje se primjenjuje na zaposlenike u institucijama Bosne i Hercegovine sa akcentom na otvorena i dijelom neriješena pitanja.

Ključne riječi: diskriminacija, radno zakonodavstvo, jednakost, pravo na različitost, afirmativne akcije

1. UVOD

Jednakost u mogućnostima i tretmanu i zabrana diskriminacije se nalaze u neodvojivoj vezi sa osnovnim pravima na radu i vezi sa radom poput slobode rada, prava rada i prava na rad.¹ Uživanje i ostvarivanje ovih prava bilo u ne-

* Dr. sc. Mehmed Hadžić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, Obala Kulina bana 7, Sarajevo, Bosna i Hercegovina.

gativnom smislu (slobodu radnika u zasnivanju i raskidanju radnog odnosa bez prisile), bilo u pozitivnom smislu (obavezu države da stvori uvjete za ostvarivanje prava na rad) podrazumjeva da svako ponaosob, u skladu sa svojim afinitetima i psihofizičkim kapacitetima, određuje obim i razinu njihovog korištenja. Međutim ova individualna razina pretpostavlja postojanje objektivne opće razine u kojoj svi imaju jednakost u mogućnostima i tretmanu.

Temeljna „jednakost u bitnome“ svih ljudskih bića podrazumjeva jednako ljudsko dostojanstvo i na njemu utemeljena neotuđiva ljudska prava. To je ontološka osnovica etičkog načela jednakosti svih ljudi koje zahtijeva nediskriminaciju.²

Zabrana diskriminacije u radnim odnosima u cilju ostvarivanja jednakosti u mogućnostima i tretmanu u Bosni i Hercegovini (dalje u tekstu: BiH), u skladu sa njenim državnim ustrojstvom pored normativne uređenosti u zakonima o radu, je sadržana i u drugim normativnim aktima različite pravne snage. U ovom radu je dat kratki pregled pozitivno pravnih rješenja zabrane diskriminacije u BiH.

2. PRAVNI OKVIR ZABRANE DISKRIMINACIJE U BIH

Zabrana diskriminacije u BiH, zbog njenog specifičnog državnog ustrojstva, uvijek ima dvostruko ustavno uporište. Ustav BiH iz 1995. godine u čl. 2. st. 4. propisuje da: „Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovom članu ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava, osigurano je svim licima u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.“³ Aneks I Ustava BiH sadrži listu dodatnih sporazuma koji će

¹ O slobodi rada i pravu na rad v. Dedić, S.; Gradašćević-Sijerčić, J., *Radno pravo - drugo, novelirano i prošireno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2005., str. 182-184 i 185-187; Ravnić, A., *Osnove radnog prava - domaćeg, usporednog i međunarodnog*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2004., str. 98-110.

Dodatno autori N. Tintić u okviru prava na rad (Tintić, N., *Radno i socijalno pravo, Knjiga prva - Radni odnosi*, Narodne novine, Zagreb, 1969., str. 65), i S. Dedić i J. Gradašćević-Sijerčić kao zasebnu cjelinu (Dedić, S.; Gradašćević-Sijerčić, J., *op. cit.*, bilj. 1., str. 184-185), posebno elaboriraju pravo rada. „Pod pravom rada podrazumjeva se pravo na samostalno i slobodno obavljanje određenih poslova, odnosno zanimanja ili profesije. U širem smislu, pravo rada supsumira slobodu rada, jer se pod pravom rada podrazumjeva, u širem smislu, i sloboda čovjeka da radi samostalno ili da zasnjuje radni odnos gdje hoće i s kim hoće. Dakle pravo rada je u direktnoj vezi sa slobodom poduzetništva.“ (Dedić, S.; Gradašćević-Sijerčić, J., *op. cit.*, bilj. 1., str. 184-185).

² Gradašćević-Sijerčić, J., *Jednakost i diskriminacija u radnom zakonodavstvu BiH*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, vol. 52, 2009., str. 126.

³ „Ustav BiH nije zvanično preveden sa engleskog jezika na službene jezike BiH, niti je objavljen u ‘Službenom glasniku Bosne i Hercegovine’, osim Amandmana I. Ustavni sud BiH, kao njegov ‘čuvar’ u radu koristi neslužbeni prijevod koji je dostavio Ured Visokog predstavnika

se primjenjivati u BiH.⁴ Značaj ovih sporazuma se ogleda u tome što većina odluka koje se odnose na zabranu diskriminacije u ostvarivanju prava na radu i povodom rada, a koje su donijeli Dom za ljudska prava za BiH⁵ i Ustavni sud BiH, se upravo na njih pozivaju. Takođe, odredbom čl. 2. st. 2. Ustava BiH se propisuje da: „Prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.“⁶ Nakon što je 1. 4. 2005. stupio na snagu Protokol br. 12. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje u tekstu: EKLJP)⁷, čl. 2. st. 2. Ustava BiH dobiva potpuno drugačije značenje. Prvobitno, zaštita

u BiH. Ustavni sud BiH objavio je ovaj tekst u integralnoj formi kako na svojoj službeno internet stranici (www.ustavnisud.ba), tako i u publikaciji ustavnog suda BiH ‘Pravila ustavnog suda Bosne i Hercegovine’.“ Citirano prema: Steiner C. et. al., *Ustav Bosne i Hercegovine Komentar*, Fondacija Konrad Adenauer, Sarajevo, 2010., str. 1.

U ovom radu je korišten isključivo prevod dostupan na: http://ustavnisud.ba/public/download/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf (26.10.2012.).

Amandman I na Ustav BiH objavljen je u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: Sl. glasnik BiH), br. 25/09.

⁴ To su sljedeći sporazumi: 1. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948); 2. Ženevske konvencije I-V o zaštiti žrtava rata (1949) i Dopunski protokoli I-II (1977); 3. Konvencija koja se odnosi na status izbjeglica (1951) i Protokol (1966); 4. Konvencija o državljanstvu udatih žena (1957); 5. Konvencija o smanjenju broja lica bez državljanstva (1961); 6. Međunarodna konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije (1965); 7. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966) i Opcioni protokoli (1966 i 1989); 8. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966); 9. Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije u odnosu na žene (1979); 10. Konvencija protiv mučenja i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih tretmana ili kažnjavanja (1984); 11. Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja (1987); 12. Konvencija o pravima djeteta (1989); 13. Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika - migranata i članova njihovih porodica (1990); 14. Evropska povelja za regionalne jezike i manjine (1992); 15. Okvirna Konvencija za zaštitu nacionalnih manjina (1994).

⁵ “Na osnovu sporazuma o ljudskim pravima (Aneks 6. Opšteg okvirnog sporazuma za mir u BiH), Dom za ljudska prava (Human Rights Chamber) za BiH osnovan je kao dio Komisije o ljudskim pravima. Nadležnost Doma za ljudska prava pokazuju velike sličnosti sa nadležnostima Evropskog suda za ljudska prava, tako da se u oblasti zaštite ustavnih ljudskih prava i sloboda njegove nadležnosti preklapaju sa nadležnostima Ustavnog suda BiH. Dom za ljudska prava za BiH, koji je pod tim nazivom djelovao kao samostalna institucija i čija je djelatnost okončana 31. 12. 2003. godine, za razliku od Ustavnog suda BiH, u svom sastavu imao je većinu stranih sudija - osam naspram šest domaćih sudija.“ Steiner, C. et. al., *op. cit.*, bilj. 3., str. XXXII.

⁶ Dodatno, u odredbi čl. 2. st. 6. Ustava BiH se pojašnjava šta se podrazumjeva pod direktnom primjenom. Naime, njime je propisano da: „Bosna i Hercegovina, i svi sudovi, ustanove, organi vlasti, te organi kojima posredno rukovode entiteti ili koji djeluju unutar entiteta podvrgnuti su, odnosno primjenjuju, ljudska prava i osnovne slobode na koje je ukazano u stavu 2.“

⁷ BiH je bila među prvim državama koja je potpisala navedeni Protokol 24. 04. 2002. godine, a ratifikovala 29. 07. 2003. godine. Međutim, Protokol br. 12 je stupio na snagu tek 01. 04. 2005. godine nakon što ga je i deseta zemlja prihvatila u skladu sa procedurom iz čl. 5. Protokola br. 12 (Sl. glasnik BiH - Međunarodni ugovori br. 8/03).

protiv diskriminacije se protezala na sva prava i slobode utvrđene u EKLJP.⁸ Međutim, na temelju odredbe čl. 1. Protokola br. 12⁹, pored zaštite protiv diskriminacije prava i sloboda utvrđenih u EKLJP, sad se ta zaštita proširuje i na sva prava određena zakonom.¹⁰ U tom smislu, svako lice koja smatra da je bilo diskriminirano po bilo kojem osnovu, utvrđenom u bilo kojem zakonu u BiH u postupku zaštite svojih prava pred nadležnim organima iz čl. 2. st. 6. Ustava BiH može se direktno pozivati na EKLJP koja ima prioritet nad svim ostalim zakonima. Ako bi se u elaboraciji koristili vojnom terminologijom, čl. 1. Protokola 12 uz EKLJP se može nazvati „pancirnom normom“ jer „prolazi“ kroz čitav pravni sistem BiH i ima jaču pravnu snagu i prvenstvo primjene u odnosu na bilo koju drugu nacionalnu normu. Pored ustava BiH, drugo uporište za zabranu diskriminacije se nalazi u ustavima Federacije BiH,¹¹ Republike Srpske¹² i u Statutu Brčko distrikta BiH.¹³

⁸ Odredba čl. 14. EKLJP glasi: „Uživanje prava i sloboda priznatih u ovoj Konvenciji mora se osigurati bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što su spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, bogatstvo, rod ili bilo koja druga okolnost.“

⁹ „Uživanje svih prava određenih zakonom osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status.“

¹⁰ O primjeni Protokola br. 12 uz EKLJP u presudi ESLJP, *Sejdić i Finci protiv BiH* (zahtjevi br. 27996/06 i 34836/06), presuda od 22. prosinca 2009., v. Vehabović, F.; Izmirlija M.; Kadribašić A., *Komentar zakona o zabrani diskriminacije- sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010., str. 15-16.

¹¹ „Sve osobe na teritoriji Federacije uživaju prava na zabranu diskriminacije zasnovane na rasi, boji kože, polu, jeziku, religiji ili vjerovanju, političkim ili drugim uvjerenjima, nacionalnom ili socijalnom porijeklu.“ Odredba glave II. A., čl. 2. st. 1. t. d) Ustava Federacije BiH (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, br. 1/94; Amandman I, br. 1/94; Amandmani II-XXIV, br. 13/97; Amandmani XXV-XXVI, br. 13/97; Amandmani XXVII-LIV, br. 16/02; Amandmani LVI- LXIII, br. 22/02; Amandmani LXIV- LXVII, br. 52/02; Amandmani LXVIII- LXXXVII, br. 52/02; Amandman LXXXVIII, br. 18/03; Amandmani LXXXIX- XCIV, br. 63/03; Amandmani XCV-CII, br. 9/04; Amandmani CIII i CIV, br. 20/04; Amandman CV, br. 33/04; Amandman CVI, br. 72/05; Amandmani CVI-CVIII, br. 71/05; Amandman CIX br. 88/08), dalje u tekstu: Sl. novine FBiH.

¹² „Građani Republike su ravnopravni u slobodama pravima i dužnostima, jednaki su pred zakonom i uživaju istu pravnu zaštitu bez obzira na rasu, pol, jezik, nacionalnu pripadnost, vjeroispovest, socijalno porijeklo, rođenje, obrazovanje, imovno stanje, političko i drugo uverenje, društveni položaj ili drugo slično svojstvo.“. Odredba čl. 10. Ustava Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 21/92- prečišćeni tekst, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05 i 117/05), dalje u tekstu: Sl. glasnik RSrp.

¹³ „Svako ima prava da uživa sva prava i slobode garantovane Ustavom i zakonima Bosne i Hercegovine, ovim statutom i zakonima Distrikta, bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, uključujući diskriminaciju po osnovu spola, rase, seksualnog opredjeljenja, boje, kože, jezika, vjeroispovjesti, nacionalnog ili socijalnog porijekla, političkog ili drugog mišljenja, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovinskog stanja, rođenja ili drugog statusa. Posebno, svako ima pravo pristupa svim javnim institucijama i objektima u Distriktu, pravo da se slobodno kreće i određuje svoje mjesto prebivališta, poslovanja ili rada na cijeloj teritoriji Distrikta; pravo da kupuje i prodaje pokretnu i nepokretnu imovinu skladu sa zakonom. Sve lica na teritoriji Distrikta uživaju prava i slobode koje su im date Evropskom konvencijom o ljudskim pravi-

Zakonska zabrana diskriminacije u ostvarivanju i zaštiti prava na radu i u vezi sa radom u BiH je regulisana, na dva nivoa: na nivou države i na nivou entiteta. Na državnom nivou su donešeni Zakon o zabrani diskriminacije¹⁴ iz 2009. godine (dalje u tekstu: ZZD) i Zakon o ravnopravnosti spolova¹⁵ iz 2003. godine. Zbog materije koju reguliše i broja adresata na koje se odnosi ZZD u odnosu na druge zakone u BiH predstavlja opći zakon odnosno *lex generalis*. Stupanjem na snagu ovog zakona nisu stavljene van snage odredbe drugih zakona koje regulišu zabranu diskriminacije u skladu sa pravilom da kasniji zakon *lex posterior* derogira odnosno ukida raniji, ali se u njegovim prelaznim i završnim odredbama u čl. 24. st. 1. eksplicitno navodi da: „U slučaju neusaglašenosti drugih zakona sa ovim zakonom u postupcima po ovom zakonu, primjenjivaće se ovaj zakon.“ Takođe u odredbi st. 2. istog čl. se navodi da: „Svi zakoni i opšti propisi biće usaglašeni s odredbama ovog zakona u roku od godinu dana od dana njegovog stupanja na snagu.“¹⁶ Na ovaj način je izbjegnuto eventualno pitanje pravne snage ZZD-a u odnosu na ostale zakone koji regulišu zabranu diskriminacije, u svim drugim oblastima uključujući i radne odnose, čime se implicira da se njima kao *lex specialis* zakonima može ustanoviti isključivo povoljniji sistem zaštite od diskriminacije i u procesnom i u materijalnom smislu što je u saglasnosti sa primjenom principa *in favorem laboratoris*, tj. primjene povoljnijeg prava.¹⁷

Radno zakonodavstvo BiH čine propisi koji se donose i primjenjuju u Federaciji BiH (dalje u tekstu: FBiH), Republici Srpskoj (dalje u tekstu: RSrp),

ma i osnovnim slobodama. Ta prava i slobode će imati veću pravnu snagu u odnosu na svaki zakon koji je u suprotnosti sa Konvencijom. Sve institucije Distrikta će poštovati ta prava i slobode. Sudovi Distrikta će sprovođiti ta prava i slobode u skladu sa postupcima koji su predviđeni zakonima Distrikta. Kada se bave predmetima koji se odnose na optužbe u vezi s kršenjem tih prava i sloboda, sudovi Distrikta uzimaju u obzir precedentno pravo Evropskog suda za ljudska prava.“. Odredba čl. 13. st. 1. i st. 4. Statuta Brčko distrikta BiH- prečišćeni tekst (Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, br. 2/10), dalje u tekstu: Sl. glasnik BDBiH.

¹⁴ Sl. glasnik BiH, br. 59/09.

¹⁵ Sl. glasnik BiH, br. 16/03 i 102/09.

¹⁶ Svi zakoni i opšti propisi su trebali biti usaglašeni sa ZZD-om u roku od godine dana od dana njegovog stupanja na snagu tj. do 4. 8. 2010. godine. Izuzetak su odredbe i uvjeti koji si utvrđeni i međunarodnim ugovorima i sporazumima s vjerskim zajednicama, čime se ne dira u njihovu djelatnu, normativnu i organizacionu autonomiju i princip punog uživanja prava vjerskih sloboda i izražavanja. V. odredbu čl. 24 st. 1. i 2. ZZD-a.

¹⁷ Pozicija ZZD-a se u velikoj mjeri, ako izuzmemo specifičnosti državnog ustrojstva BiH, podudara sa pozicijom koju ima hrvatski Zakon o suzbijanju diskriminacije u odnosu na druge zakone u Republici Hrvatskoj, a koji se, kako navode Ž. Potočnjak i A. Grgić: „ima primjenjivati kao opći zakon *lex generalis* na svim pravnim područjima, osim ako nekim posebnim zakonom *lex specialis* (posebnost kojih se određuje po materijalnom ili personalnom kriteriju) nije određeno pitanje u cjelosti ili djelimično drugačije uređeno“. Potočnjak, Ž.; Grgić, A., *Odnos Zakona o suzbijanju diskriminacije s Ustavom i drugim zakonima koji zabranjuju diskriminaciju*, u: Šimonović Einwalter, T. (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009., str. 133.

Brčko distriktu BiH (dalje u tekstu: BDBiH) te na nivou institucija BiH. To znači da radno zakonodavstvo BiH karakteriše postojanje nekoliko vrsta zakona kojima se uređuju prava, obaveze i odgovornosti u radnom odnosu: zakoni BiH, zakoni FBiH, zakoni RSrp, zakoni BDBiH, te zakoni koje donosi ured Visokog predstavnika.¹⁸ U sva četiri zakonodavstva pored Zakona o radu¹⁹ kao *lex generalisa* donešeno je i niz drugih propisa kojima se uređuju prava na radu i povodom rada.²⁰

3. ZAKON O ZABRANI DISKRIMINACIJE

Predmet ovog Zakona, kako se navodi u čl. 1., jeste uspostavljanje okvira za ostvarivanje istih prava i mogućnosti svim licima u BiH i uređivanje sistema zaštite od diskriminacije. Ostvarivanje istih prava i mogućnosti pretpostavlja zaštitu od diskriminacije, a cilj zaštite od diskriminacije jeste postojanje jednakih početnih pozicija i uklanjanje svih prepreka u ostvarivanju prava i

¹⁸ Gradašević-Sijerčić, J., *Aktuelni izazovi u razvoju radnog prava*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, vol. 48, 2005., str. 195.; Gradašević-Sijerčić, J., voditeljica modula; Rizvić A.; Obradović R.; konsultantice, *Modul 2- Radno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine – radni odnosi u praksi*, Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Javna ustanova centar za edukaciju sudija i tužilaca FBiH, Javna ustanova centar za edukaciju sudija i javnih tužilaca u RSrp, Sarajevo, 2007., str. 12. Navedeni modul dostupan je na: www.fbih.cest.gov.ba (26.10.2012.).

¹⁹ Zakon o radu FBiH (Sl. novine FBiH, br. 43/99, 32/00 i 29/03), dalje u tekstu: ZOR FBiH. U proceduri je donošenje novog zakona o radu.; Zakon o radu RSrp- prečišćeni tekst (Sl. glasnik RSrp, br. 55/07), dalje u tekstu ZOR RSrp; Zakon o radu BDBiH- prečišćeni tekst (Sl. glasnik BDBiH, br. 19/06, 19/07 i 25/08), dalje u tekstu: ZOR BDBiH; Zakon o radu u institucijama BiH (Sl. glasnik BiH, br. 26/04, 7/05, 48/05 i 60/10), dalje u tekstu: ZOR u institucijama BiH.

²⁰ Na nivou BiH to je: Zakon o državnoj službi u institucijama BiH (Sl. glasnik BiH, br. 12/02, 19/02, 8/03, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09 i 8/10). Na nivou FBiH to su: Zakon o štrajku (Sl. novine FBiH, br. 14/00); Zakon o zapošljavanju stranaca (Sl. novine FBiH br. 111/12); Zakon o vijeću zaposlenika (Sl. novine FBiH, br. 39/04); Zakon o zaštiti na radu (Službeni list Socijalističke Republike BiH br. 22/90- u proceduri je donošenje novog zakona); Zakon o državnoj službi u FBiH (Službene novine FBiH, br. 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06 i 3/12); Zakon o namještenicima u organima državne službe u FBiH (Sl. novine FBiH, br. 49/05); Zakon o posredovanju u zapošljavanju i socijalnoj sigurnosti nezaposlenih osoba (Sl. novine FBiH, br. 41/01, 22/05 i 9/08); Opći kolektivni ugovor za teritorij FBiH (Sl. novine FBiH, br. 54/05 i 62/08). Na nivou RSrp to su: Zakon o zaštiti na radu (Službeni glasnik RSrp, br. 1/08 13/10); Zakon o savjetima radnika (Sl. glasnik RSrp, br. 26/01); Zakon o ekonomsko-socijalnom savjetu (Sl. glasnik RSrp, br. 110/08); Zakon o štrajku (Sl. glasnik RSrp, br. 111/08); Zakon o mirnom rješavanju radnih sporova (Sl. glasnik RSrp, br. 71/09 i 100/11); Zakon o administrativnoj službi u upravi RSrp (Sl. glasnik RSrp, br. 16/02, 62/02, 49/06 i 20/07); Zakon o državnim službenicima (Sl. glasnik RSrp, br. 118/08, 117/11 i 37/12); Zakon o inspekcijama u republici Srpskoj (Sl. glasnik RSrp, br. 113/05 i 1/08), čl. 57.-82.; Zakon o inspekcijama u RSrp (Sl. glasnik RSrp, br. 74/10); Zakon o posredovanju u zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti (Sl. glasnik RSrp, br. 30/10); Opšti kolektivni ugovor (Sl. glasnik RSrp, br. 40/10). Na nivou BDBiH to su: Zakon o zaštiti na radu BDBiH (Sl. glasnik BDBiH, br. 31/05 i 35/05); Zakon o štrajku (Sl. glasnik BDBiH, br. 3/06); Zakon o državnoj službi u organima uprave BDBiH (Sl. glasnik BDBiH, br. 28/06, 29/06, 19/07, 2/08, 9/08, 44/08, 25/09 i 26/09); Zakon o službenicima i namještenicima pravosuđa BDBiH (Sl. glasnik BDBiH, br. 36/07 i 2/08); Zakon o inspekcijama BDBiH (Sl. glasnik BDBiH, br. 24/08 i 25/08); Zakon o zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenost (Sl. glasnik BDBiH, br. 33/04, 19/07 i 25/08).

mogućnosti. Sadržajno ZZD propisuje šta se smatra diskriminacijom, na koga se primjenjuje zabrana diskriminacije, koji su to oblici diskriminacije, koji su izuzeci od principa jednakog postupanja, koje su oblasti primjene zakona, koja je centralna institucija za zaštitu od diskriminacije, postupke za zaštitu od diskriminacije, te kaznene odnosno prekršajne odredbe.

Diskriminacijom, prema čl. 2. st. 1. ZZD-a, smatra se svako različito postupanje, uključujući svako isključivanje, ograničavanje, ili davanje prednosti utemeljeno na stvarnim ili pretpostavljenim osnovama prema bilo kojem licu ili grupi lica na osnovu njihove rase, boje kože jezika, vjere, etničke pripadnosti, nacionalnog ili socijalnog porijekla, veze s nacionalnom manjinom, političkog ili drugog uvjerenja, imovnog stanja, članstva u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanja, društvenog položaja i pola, polnog izražavanja ili orijentacije, kao i svaka druga okolnost koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemoguću ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi prava i sloboda u svim oblastima javnog života. Pod pojmom različito postupanje se podrazumjevaju tri podoblika: isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti. Isključivanje se ogleda u onemogućavanju uživanja određenih prava i sloboda koja pripadaju drugim licima ili grupama. Ograničavanje se odnosi na situacije kad je uživanje određenih prava i sloboda omogućeno, ali ne na isti način i u istom obimu kao i drugim licima ili grupama. Davanje prednosti se ogleda u zabranjenoj vrsti davanja prednosti iako nisu ispunjeni zakonski uslovi da se takva prednost daje.²¹

I pored velikog broja eksplicitno navedenih zabranjenih osnova diskriminacije zakonodavac je listu ostavio otvorenom i omogućio da se različito postupanje po bilo kojem drugom osnovu koje bi imalo za svrhu ili posljedicu nemogućnost ostvarivanja istih prava i mogućnosti takođe smatra diskriminacijom. Određenje svakog pojedinačnog zabranjenog osnova kada se smatra da je došlo do diskriminacije, utvrđuje se na temelju domaćih i međunarodnih pravnih izvora te na temelju sudske prakse.²²

Zabrana diskriminacije primjenjuje se na sve javne organe, kao i na sva fizička ili pravna lica, kako u javnom tako i u privatnom sektoru, u svim oblastima, a naročito: zaposlenja, članstva u profesionalnim organizacijama, obrazovanja, obuke, stanovanja, zdravstva, socijalne zaštite, dobara i usluga namijenjenih javnosti i javnim mjestima, te obavljanja privrednih aktivnosti i javnih usluga.²³

²¹ Vehabović, F. et. al., *op. cit.*, bilj. 10., str. 31.

²² O izvorima pojmovnog određenja svakog zabranjenog osnova naznačenog u ZZD-u: *ibidem*, str. 41-67.

²³ Odredba čl. 2. st. 2. ZZD-a.

U odnosu na oblike diskriminacije definisane u čl. 3. i čl. 4. ZZD-a razlikuju se:

a) neposredna/izravna diskriminacija - različito postupanje uvjetovano nekim od diskriminatornih osnova kojim se lice/grupa lica stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od drugog lica/grupe lica u usporedivoj/sličnoj situaciji;

b) posredna/neizravna diskriminacija - postoji kad naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa, stavlja ili bi mogla staviti lice/grupe lica u nepovoljniji položaj po diskriminatornoj osnovi, u odnosu na druga lica u usporedivoj situaciji;

c) uznemiravanje - se smatra diskriminacijom u svim situacijama kad ponašanje uzrokovano nekim od diskriminatornih osnova ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva lica, a koja uzrokuje zastrašujuće neprijateljsko degradirajuće, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje;

d) polno uznemiravanje - svaki oblik neželjenog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog ponašanja polne prirode, koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva lica, a posebno kad uzrokuje zastrašujuće, neprijateljsko, degradirajuće, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje;

e) mobbing - oblik nefizičkog uznemiravanja na radnom mjestu koji podrazumjeva ponavljanje radnji koje imaju ponižavajući efekt na žrtvu sa svrhom ili posljedicom degradacije radnih uvjeta ili profesionalnog statusa zaposlenog;

f) segregacija - prisilno i sistematsko razdvajanje lica po nekoj od diskriminatornih osnova;

g) nalaganje i pomaganje drugima u vršenju diskriminacije;

h) poticanje na diskriminaciju - situacije zagovaranja nacionalne, vjerske ili rasne mržnje.²⁴

Različito postupanje po nekom od zabranjenih osnova i oblike diskriminacije treba tretirati kumulativno. Naime, da bi se dokazalo da je došlo do diskriminacije nije dovoljno dokazati da je došlo do povrede nekog prava i slobode isključivanjem, ograničavanjem ili davanjem prednosti zbog nekog stvarnog ili pretpostavljenog osnova kako je to definirano u čl. 2. st. 1 ZZD-a, već je potrebno uputiti na jedan od oblika diskriminacije iz čl. 3. odnosno čl. 4.²⁵

Izuzecima od zabrane diskriminacije odnosno od principa jednakog postupanja smatraju se one mjere i radnje koje se svode na nepovoljno razlikovanje ili različito postupanje ako su zasnovane na objektivnoj i razumnoj opravda-

²⁴ Gradašćević-Sijerčić J., *op. cit.*, bilj. 2., str. 135.

²⁵ Vehabović, F. *et. al.*, *op. cit.*, bilj. 10., str. 29.

nosti. ZZD navodi 8 mjera koje se neće smatrati diskriminacijskim kada se njima ostvaruje legitiman cilj i ako postoji razuman odnos proporcionalnosti između sredstava koja se koriste i cilja koji se nastoji realizovati.²⁶

Adresati koji su dužni da primjenjuju ZZD u svojim postupanjima su sva javna tijela na nivou države, entiteta, kantona, i BDBiH, općinske institucije i tijela, te pravna lica sa javnim ovlaštenjima, kao i sva pravna i fizička lica u svim oblastima života. I pored ovakvog *erga omnes* obuhvata adresata u zakonu se naglašava posebno obaveza u sljedećim oblastima života: a) zapošljavanja, rada i radnih uslova; b) obrazovanja, nauke i sporta; c) socijalne zaštite; d) zdravstvene zaštite; e) obuke; f) pravosuđa i uprave; g) stanovanja; h) javnog informisanja i medija; i) članstva u profesionalnim organizacijama; j) robe i usluga namijenjenih javnosti i javnim mjestima; k) obavljanja privredne djelatnosti, l) učešća u kulturnom i umjetničkom stvaralaštvu; m) jednakom

²⁶ „Zakonske mjere i radnje neće se smatrati diskriminacijskim kada se svode na nepovoljno razlikovanje ili različito postupanje ako su zasnovane na objektivnoj i razumnoj opravdanosti. Sljedeće mjere neće se smatrati diskriminacijskim kada se njima ostvaruje legitiman cilj i ako postoji razuman odnos proporcionalnosti između sredstava koja se koriste i cilja koji se nastoji realizovati i kada:

a) proizilaze iz sprovođenja ili donošenja privremenih posebnih mjera osmišljenih bilo da se spriječe ili nadoknade štete koje lica trpe, a koje su određene osnovima navedenim u čl. 2 ovog zakona, i to naročito za pripadnike ugroženih grupa poput lica sa invaliditetom, pripadnika nacionalnih manjina, žena trudnica, djece, omladine, starijih lica i drugih društveno isključenih lica, civilnih žrtava rata, žrtava u krivičnim postupcima, raseljenih lica, izbjeglica i azilanata, odnosno da se omogući njihovo puno učešće u svim oblastima života;

b) su zasnovane na obilježju koje se odnosi na bilo koji od osnova navedenih u čl. 2 ovog zakona kada, u ograničenim okolnostima, zbog prirode konkretnih profesionalnih aktivnosti koje su u pitanju ili konteksta u kojem se izvršavaju, takvo obilježje predstavlja stvarni i određujući uvjet u pogledu odabira zvanja. Ovaj izuzetak će biti predmet povremenih preispitivanja;

c) su zasnovane na razlikovanju, isključivanju ili davanju prednosti u vezi sa zapošljavanjem kao člana osoblja institucije koje se obavlja u skladu sa doktrinama, osnovnim postavkama, dogmama, vjerovanjima ili učenjima konkretne vjeroispovjesti ili vjere, s obzirom da je razlikovanje, isključenje ili davanje prednosti izvršeno savjesno kako ne bi došlo do povrede vjerskih osjećanja pripadnika te vjeroispovjesti ili vjere;

d) određuju maksimalnu starosnu dob najprimjereniju za prekid radnog odnosa i određuju starosnu dob kao uslov za penzionisanje;

e) su zasnovane na državljanstvu na način predviđen zakonom;

f) su zasnovane na realizaciji razumnih prilagođavanja s ciljem da se obezbijedi princip jednakog postupanja u odnosu na lica sa invaliditetom. Poslodavci su stoga prema potrebi u konkretnom slučaju dužni da preduzmu odgovarajuće mjere, radi omogućavanja da lica sa invaliditetom ostvari pristup, učestvuje ili napreduje u zaposlenju, odnosno da učestvuje u obuci, ako takve mjere ne nameću nesrazmjern teret poslodavcu;

g) stavljanje u nepovoljniji položaj pri utvrđivanju prava i obaveza iz porodičnog odnosa kada je to određeno zakonom, a posebno s ciljem zaštite prava i interesa djece, što mora biti opravdano legitimnom svrhom, zaštitom javnog morala, kao i pogodovanju braka u skladu sa odredbama porodičnih zakona;

h) prilikom zasnivanja radnog odnosa, uključuju u članstvo, te u djelovanju koje je u skladu s naukom i poslovanjem registrovanih crkava i vjerskih zajednica u BiH, kao i druge javne ili privatne organizacije koja djeluje u skladu s ustavom i zakonima, ako to zahtjevaju vjerske doktrine, uvjerenja ili ciljevi.“. Odredba čl. 5 ZZD-a.

učestvu u javnom životu svih građana; n) porodice; o) prava djeteta.²⁷ Iz navedenih oblasti u kojima se ZZD posebno primjenjuje može se uočiti da je da je segment radnih odnosa i socijalne sigurnost skoro u potpunosti pokriven što, obzirom na specifično državno uređenje BiH, treba da doprinese ujednačenom ostvarivanju, i u kvantitativnom i kvalitativnom smislu, principa jednakosti u mogućnostima i tretmanu neovisno o entiteskom normiranju ovih oblasti u materijalnom i procesnom smislu.

Centralna institucija za zaštitu od diskriminacije prema ZZD-u je Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: Ombudsmen BiH).²⁸ U okviru institucije Ombudsmena BiH je uspostavljen poseban odjel koji isključivo razmatra predmete navodne diskriminacije.²⁹ Nadležne institucije u BiH su dužne da vode redovnu evidenciju svih prijavljenih slučajeva diskriminacije, a prikupljene podatke će dostavljati Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice BiH. Takođe, u ovom ministarstvu će biti uspostavljena cen-

²⁷ Dodatne oblasti koje su uključene u svaku od navedenih v. u odredbi čl. 6. ZZD-a.

²⁸ Neke od njenih nadležnosti su da: 1) zaprima pojedinačne i grupne žalbe u vezi sa diskriminacijom; 2) fizičkim i pravnim licima koje su podnijele žalbu zbog diskriminacije pruža potrebna obavještnja o njihovim pravima i obavezama, te mogućnostima sudske i druge zaštite; 3) predlaže pokretanje postupka medijacije u skladu sa odredbama o medijaciji; 4) prikuplja i analizira statističke podatke o slučajevima diskriminacije; 5) podnosi godišnji, a prema potrebi i vanredne izvještaje parlamentarnoj skupštini BiH, Parlamentu FBiH, narodnoj skupštini RSrp i Skupštini BDBiH; 6) informiše javnost o pojavama diskriminacije; 7) na sopstvenu inicijativu sprovodi istraživanja u oblasti diskriminacije; 8) daje mišljenja i preporuke s ciljem sprečavanja i suzbijanja diskriminacije, te predlaže odgovarajuća zakonska i druga rješenja nadležnim institucijama BiH. Kompletnu listu nadležnosti Ombudsmena BiH v. u odredbi čl. 7. st. 2. ZZD-a.

²⁹ U Izvještaju o pojavama diskriminacije u BiH za 2011. godinu se navodi da su građani veoma malo informisani o mogućnosti obraćanja Instituciji ombudsmena, diskriminacija se ne prijavljuje u mjeri u kojoj je stvarno prisutna, i vrlo mali broj građana se odlučuje tražiti sudsku zaštitu u slučaju povrede prava. Institucija ombudsmena za ljudska prava BiH, *Izvještaj o pojavama diskriminacije u Bosni i Hercegovini za 2011. godinu*, februar 2012., dostupno na: http://www.ombudsmen.gov.ba/materijali/publikacije/diskriminacija/2011/BOS_DISKR2011.pdf (11.10.2012.), str. 7. Postupak po pojedinačnim žalbama građana predstavlja najznačajniji vid zaštite ljudskih prava. U instituciji ombudsmena za ljudska prava u 2011. godini registrovan je ukupno 191 predmet koji se odnosi na diskriminaciju. Pored predmeta iz 2011. godine u Odjel za zabranu diskriminacije (dalje u tekstu: Odjel) je prenesen 81 predmet iz 2010. godine, i jedan iz 2009. godine, tako da su ukupno u radu u Odjelu u 2011. godini bila 273 predmeta. U izvještajnom periodu Odjel je završio 88 predmeta iz 2011. godine i 40 iz 2010. godine i to odlukom o zatvaranju (102), preporukom (26), ili ostvarivanjem prava stranke u toku postupka istrage. Neophodno je napomenuti da određeni broj predmeta riješen u toku istrage, bilo posredovanjem, podsticanjem prijateljskog rješenja ili preduzimanjem medijacije između strana u sporu, bilo na način da odgovorni javni organ sam koriguje svoje postupanje nakon prvog obraćanja Institucije ombudsmena. *Ibidem*, str. 11. U 2009. godini najveći broj žalbi odnosio se na diskriminaciju po nacionalnoj osnovi (53), a u 2010. došlo je do znatnog smanjenja broja žalbi po osnovu nacionalne pripadnosti (14), a do povećanja broja žalbi podnesenih zbog mobinga (32). U 2011. godini nastavljen je trend rasta žalbi na mobing (41), a od ukupnog broja žalbi na nacionalnu diskriminaciju (43) samo u manjem broju slučajeva utvrđena je povreda prava i izdata preporuka (4). *Ibidem*, str. 12.

tralna baza podataka za počinjena djela diskriminacije, koja će se formirati na osnovu posebnih evidencija slučajeva diskriminacije utvrđene u krivičnim, parničnim, vanparničnim i izvršnim postupcima u okviru zakonodavnih, izvršnih i sudskih organa.³⁰

Postupci u okviru kojih lice ili grupa lica mogu tražiti zaštitu od diskriminacije su sudski i upravni. Ako povreda prava na jednako postupanje proizilazi iz upravnog akta, žalba u upravnom postupku i eventualno pokretanje upravnog spora na osnovu zaštite od diskriminacije, a kojom se zahtjeva poništenje takvog akta ne spriječava lice koje smatra da je diskriminisano da istovremeno pokrene sudski postupak za zaštitu od diskriminacije.³¹ Ostaje otvoreno pitanje kako i u kojoj mjeri će nadležni sudovi ovu normu stvarno primjenjivat, odnosno omogućavati da se povodom istog činjeničnog stanja istovremeno vodi i upravni postupak ili upravni spor i parnični postupak.³² U okviru sudske zaštite, lica koja su izložena bilo kojem obliku diskriminacije prema odredbama ZZD-a mogu podnijeti neku od posebnih tužbi i to: a) tužbu za utvrđenje diskriminacije, b) tužbu za zabranu ili otklanjanje diskriminacije i c) tužbu za naknadu štete, kao i da se presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje na trošak tuženika objavi u medijima, u slučaju kad je diskriminacija počinjena kroz medije.³³ Kad se svi zahtjevi zasnivaju na istom činjeničnom i pravnom osnovu oni se mogu istaknuti zajedno (kumulativno) u jednoj tužbi o kojoj se odlučuje u parničnom postupku, ako su svi zahtjevi u međusobnoj vezi i ako je isti sud stvarno nadležan za svaki od tih zahtjeva.³⁴ Za postupanje po ovim tužbama u prvom i drugom stepenu nadležni su sudovi opće mjesne nadležnosti. Rok za podnošenje tužbe iznosi tri mjeseca od dana saznanja o učinjenoj povredi prava, a najdalje jednu godinu od dana učinjene povrede. Pod zakonom predviđenim uvjetima određena udruženje, ustanove ili organizacije mogu podnijeti kolektivnu tužbu za zaštitu od diskriminacije ako učine vjerovatnim da je postupanjem tuženog povrijeđeno pravo na jednako postupanje većeg broja lica koja pretežno pripadaju grupi čija prava tužitelj štiti. U postupcima za zaštitu od diskriminacije

³⁰ V. odredbu čl. 8. ZZD-a. Ova baza podataka još uvijek nije uspostavljena. Takođe, još uvijek nije donešen pravilnik o načinima prikupljanja podataka o predmetima diskriminacije, iako je zakonski rok za njegovo donošenje bio 90 dana nakon usvajanja zakona. Institucija ombudsmena za ljudska prava BiH, *Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2011. godinu*, mart 2012., dostupno na: http://www.ombudsmen.gov.ba/materijali/publikacije/GI2011/GI_OmbBiH_2011_bos.pdf (11.10.2012.), str. 95.

³¹ V. odredbu čl. 11. st.1. i 2. ZZD-a.

³² Primjena ove odredbe omogućava donošenje dvije različite odluke, i u parničnom i u upravnom postupku, koje se odnose na isto činjenično stanje. V. Vehabović, F. et. al., *op. cit.*, bilj. 10., str. 97-99.

³³ O ovim vrstama tužbi v. Gradašćević-Sijerčić, J., *op. cit.*, bilj. 2., str. 138-139.

³⁴ V. odredbu čl. 12. st. 3 ZZD-a.

ako tužitelj (lice ili grupa lica) potkrijepi navode o tome da je zabrana diskriminacije prekršena, tuženi je dužan da dokaže da nije prekršio princip jednakog postupanja ili zabrane diskriminacije u predmetu rasprave.³⁵ Donošenje ZZD-a u praksi još uvijek nije polučilo željene rezultate.³⁶ Prema odredbi čl. 18 ZZD-a nijedno lice koje je prijavilo diskriminaciju ili učestvovalo u pravnom postupku za zaštitu od diskriminacije neće trpjeti nikakve posljedice zbog takvog prijavljivanja ili učestvovanja. Zakon je propustio da ova lica zaštiti u identičnoj mjeri kao i žrtve diskriminacije kako je to, obzirom na diskriminaciju po osnovu pola, utvrđeno Zakonom o ravnopravnosti polova uvođenjem instituta viktimizacije.³⁷

4. ZABRANA DISKRIMINACIJE U RADNIM ODNOSIMA

Zabrana diskriminacije u radnim zakonodavstvima u BiH je bila utemeljena i prije donošenja ZZD-a na državnom nivou. Naime, BiH je članica Međunarodne organizacije rada (dalje u tekstu: MOR) od 1993. godine, a notifikacijom o sukcesiji bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (dalje u tekstu: SFRJ) je prihvatila 66 konvencija MOR-a.³⁸ Ratificiranim konvencijama BiH se obavezala na poštivanje principa jednakosti u mogućnostima i tretmanu kako muškaraca i žena tako i radnika sa specifičnim svojstvima poput: migranata, sindikalnih predstavnika, radnika sa porodičnim obavezama i sl.

U zakonima o radu u BiH donešenim krajem 1990- tih godina, pored poštivanja principa jednakih mogućnosti i tretmana pojedinih kategorija radnika, kao i dodatnih zaštitnih normi vezanih za neke od tih kategorija, poput žena ili maloljetnika, zabranjena je diskriminacija lica koje traži zaposlenje kao i lica koja se zaposli u pogledu: 1) uvjeta za zapošljavanje, 2) uvjeta rada i prava iz radnog odnosa, obrazovanja, osposobljavanja i usavršavanja, 3) napredovanja u poslu i 4) otkaza ugovora o radu. Zabranjeni osnovi za diskriminaciju

³⁵ V. odredbu čl. 15. ZZD-a.

³⁶ Iako je od usvajanja ZZD-a prošlo više od dvije godine, donesena je samo jedna pravosnažna sudska presuda za diskriminaciju, i to od strane Kantonalnog suda u Mostaru (Broj P 58 0 P 0 56658 09 P), kao i jedna nepravosnažna sudska presuda za diskriminaciju od strane Općinskog suda u Livnu (Broj 68 0 P 017561 11 P). Institucija ombudsmena za ljudska prava BiH, *op. cit.*, bilj. 29., str. 7.

³⁷ Prema čl. 3.d Zakona o ravnopravnosti polova viktimizacija je oblik diskriminacije koji postoji kad se lice ili skupina lica dovede u nepovoljniji položaj zbog odbijanja naloga za diskriminatorsko postupanje, prijave diskriminacije ili svjedočenja u postupku zaštite od diskriminacije po osnovi pola ili ako je na bilo koji drugi način sudjelovala u postupku vođenom u slučaju diskriminacije po osnovi pola. Na osnovu ove odredbe obaveza tereta dokazivanja na tuženom u slučaju viktimizacije pošto je izjednačena sa diskriminacijom može se primjeniti jedino u slučajevima diskriminacije po osnovu pola. O viktimizaciji v. Vehabović, F. et. al., *op. cit.*, bilj. 10., str. 121-123.

³⁸ Trenutno (2013. godina) je u BiH na snazi 69 ratifikovanih konvencija MOR-a. Lista ratifikovanih konvencija dostupna je na: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102704 (26.10.2012.).

su: rasa, boja kože, pol, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, seksualna orijentacija (ZOR u institucijama BiH, ZOR BD-BiH), imovno stanje, rođenje ili kakva druga okolnost, članstvo ili nečlanstvo u političkoj stranci, tjelesne ili duševne poteškoće ili drugi razlozi.³⁹ Dodatno ZOR RSrp i ZOR u institucijama BiH definišu neposrednu i posrednu diskriminaciju. Neposredna diskriminacija jeste svako postupanje uzrokovano nekim od zabranjenih osnova kojim se lice koje traži zaposlenje, kao i radnik stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica u istoj ili sličnoj situaciji.⁴⁰ Posredna diskriminacija postoji kad određena naizgled neutralna odredba, pravilo ili praksa stavlja ili bi stavila u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica- lice koje traži zaposlenje kao i radnika, zbog određene osobine, statusa, opredjeljenja utvrđenih zabranjenim osnovama.⁴¹ Ne smatra se diskriminacijom pravljenje razlika koje: 1) se prave u dobroj vjeri, a zasnovane su na zahtjevima koji se odnose na određeni posao, 2) koje se prave u dobroj vjeri, a zasnovane su na nesposobnosti lica da obavlja poslove predviđene za određeno radno mjesto, 3) aktivnosti koje imaju za cilj poboljšanje položaja lica koja se nalaze u nepovoljnom ekonomskom, socijalnom, obrazovnom ili fizičkom položaju.⁴²

U namjeri zaštite dostojanstva radnika, takođe samo u ZOR RSrp i ZOR institucijama BiH, propisana je obaveza poštivanja ravnopravnosti polova, te zabrana uznemiravanja, seksualnog uznemiravanja, nasilja na osnovu pola i mobinga.⁴³ Poslodavac je dužan preduzeti efikasne mjere s ciljem spriječava-

³⁹ Čl. 5. st. 1. ZOR FBiH, čl. 5. ZOR RSrp, čl. 4. st.1. ZOR BDBiH, čl. 6. ZOR u institucijama BiH.

⁴⁰ Čl. 107. st. 2. ZOR RSrp, čl. 86.a st. 2. ZOR u institucijama BiH.

⁴¹ Čl. 107. st. 3. ZOR RSrp, čl. 86.a st. 3. ZOR u institucijama BiH.

⁴² Čl. 5. st. 2. ZOR FBiH, čl. 4. st. 2. ZOR BD BiH, slično čl. 108. ZOR RSrp, čl. 86.b ZOR u institucijama BiH. U skladu sa ovom trećom stavkom u FBiH i RSrp su donešeni Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji, osposobljavanju i zapošljavanju lica sa invaliditetom (Sl. novine FBiH, br. 9/10), dalje u tekstu: ZPROZLI FBiH, te Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji, osposobljavanju i zapošljavanju invalida (Sl. glasnik RSrp, br. 37/12), dalje u tekstu: ZPROZI RSrp. Ova lica u FBiH imaju prednost pri zapošljavanju u okviru javnog sektora (državni organi, organi pravosuđa, organi lokalne uprave, javne službe, ustanove, fondovi, javna preduzeća i druga pravna lica koja nisu osnovana za zapošljavanje lica sa invaliditetom u skladu sa zakonom) ako ispunjavaju opće i posebne uvjete. V. čl. 15. st. 1. i 2. ZPROZLI FBiH. U RSrp ova lica mogu ostvarivati pojedina prava iz radnog odnosa u većem obimu nego ostali radnici poput dužeg otkaznog roka. V. odredbu čl. 43. st. 2. ZPROZI RSrp.

⁴³ Čl. 110. i čl. 111. ZOR-a RSrp, čl. 86.d i 86.e ZOR u institucijama BiH. O seksualnom uznemiravanju u privatnom sektoru v. Bakšić-Muftić, J.; Gradašćević-Sijerčić, J., *Istraživanje seksualnog uznemiravanja u privatnom sektoru u Bosni i Hercegovini, (sine nomine)*, Gender centar Federacije Bosne i Hercegovine; Sarajevo, 2011. Od 14 zaključaka prezentiranih nakon provedenog istraživanja ovdje će se izdvojiti posljednja dva: 1) Istraživanje je pokazalo da još uvijek oko jedna petina pojedinaca ne poznaje pojam seksualnog uznemiravanja/diskriminacije, te da ne može naznačiti šta znači seksualna diskriminacija. Ovaj podatak ukazuje na to da je neophodno nastaviti informiranje pojedinaca ne samo o pojavnosti seksualnog uznemiravanja nego i šta sve ono podrazumjeva. 2) Teška ekonomska situacija u kojoj se nalazi BiH, izuzetno visoka stopa nezaposlenosti, opća politička nesigurnost i siromaštvo, sve to mogu biti faktori

nja nasilja na osnovu pola, diskriminacije, uznemiravanja, seksualnog uznemiravanja u radu i/ili u vezi sa radom i mobinga te ne smije preduzimati nikakve mjere prema radniku zbog činjenice da se žalio na nasilje, diskriminaciju, uznemiravanje, seksualno uznemiravanje i mobing.⁴⁴

U antidiskriminacijskim parnicama iz radnih odnosa, ukoliko tužitelj iznese činjenice koje opravdavaju sumnju da postoji povreda prava (ZOR RSrp) odnosno podnese očigledan dokaz diskriminacije (ZOR FBiH), na tuženom je teret dokazivanja da takva povreda odnosno razlikovanje nije napravljena na osnovu diskriminacije.

5. ZABRANJENI OSNOVI ZA DISKRIMINACIJU U SUDSKOJ PRAKSI

Sudska praksa u okviru antidiskriminacijskih parnica u BiH još uvijek nije dovoljno razvijena. To potvrđuje činjenica da su nakon stupanja na snagu ZZD-a donešene smo dvije presude, od kojih jedna još uvijek nije pravosnažna. Jedan od razloga ovakvog stanja je i taj što sudski postupci, zbog prevelikog opterećenja sudova, dugo traju, te što se diskriminacija jako teško dokazuje. Ipak, u oblasti radnih odnosa, ovdje će se izdvojiti nekoliko odluka Doma za ljudska prava i Ustavnog suda BiH donešenih povodom nepoštivanja zabrane diskriminacije. Zabranjeni osnovi koji će biti razmatrani su nacionalnost, dob i prebivalište.

a) U predmetima *Zahirović protiv BiH i FBiH*, *Mitrović protiv FBiH*, *Vanovac protiv FBiH*, Dom za ljudska prava je utvrdio postojanje diskriminacije po osnovu nacionalnosti prilikom ostvarivanja prava na rad i pravične i povoljne uvjete rada zajamčene čl. 6. i 7. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.⁴⁵

b) U predmetu *Selimović i dr. protiv FBiH* Dom za ljudska prava je utvrdio postojanje diskriminacije po osnovu starosne dobi prilikom ostvarivanja prava na jednak pristup javnoj službi zaštićenog čl. 25.c Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.⁴⁶

koji utječu na seksualno uznemiravanje u privatnom sektoru, ali i na to da ta pojava ostane skrivena.

⁴⁴ Čl. 111. st. 6. ZOR RSrp, čl. 86.e st. 6. ZOR u institucijama BiH.

⁴⁵ Dom za ljudska prava za BiH, CH/97/67 (*Zahirović protiv BiH i FBiH*- odluka o prihvatljivosti i meritumu usvojena 10. 06. 1999., a uručena 08. 07. 1999.); CH/98/948 (*Mitrović protiv FBiH*- odluka o meritumu usvojena 02. 09. 2002., a uručena 06. 09. 2002.); CH/99/1714 (*Vanovac protiv FBiH*- odluka o prihvatljivosti i meritumu usvojena 04. 11. 2002., a uručena 08. 11. 2002.).

⁴⁶ Dom za ljudska prava za BiH, CH/01/7952 (*Selimović i dr. protiv FBiH*- odluka o prihvatljivosti i meritumu usvojena 08. 01. 2002., a uručena 11. 01. 2002.): „[d]om zapaža da 'starosna dob' nije ni među osnovama diskriminacije nabrojanim u čl. 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima niti je među onima koje su nabrojane u čl. 2. st. 2. t. b) Sporazuma.

c) U predmetu U-12/09 (Odluka o dopustivosti i meritumu donešena 28. 05. 2010.) Ustavni sud BiH, rješavajući po zahtjevu 23 poslanika Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine BiH i pet poslanika Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH, utvrdio je ništavost čl. 35. Zakona o plaćama i naknadama u institucijama BiH.⁴⁷ Istovremeno, Sud je rješavajući po navedenom zahtjevu u predmetu U-12/09 ukinuo i Odluku Vijeća ministara BiH o načinu i postupku ostvarivanja prava na naknadu za porodijsko odsustvo u institucijama BiH.⁴⁸ Podnosioci zahtjeva su naveli da je stupanjem na snagu osporenog zakona i osporene odredbe Ministarstvo finansija i trezora BiH izdalo instrukciju da se obustave isplate naknada plaća za vrijeme trajanja porodijskog odsustva iz budžeta BiH zaposlenicima porodijskim sa mjestom prebivališta u FBiH, koje im je do tog momenta redovno isplaćivao poslodavac. Istovremeno, porodijskim zaposlenicima čije je prebivalište u RSrp navedena naknada se isplaćivala u potpunosti iz sredstava budžeta BiH na teret Javnog fonda navedenog entiteta. Prema mišljenju podnosilaca zahtjeva, primjena osporene odredbe prouzrokovala je diskriminaciju i segregaciju zaposlenica u okviru iste institucije, jer onemogućava svim zaposlenicima iz iste institucije istog nivoa vlasti da jednako uživaju prava iz radnog odnosa. Ustavni sud je smatrao da je osporena odredba čl. 35. Zakona o plaćama i naknadama u institucijama BiH suprotna čl. 2. Ustava BiH u vezi sa čl. 1. Protokola broj 12 uz EKLJP, čl. 1., 2. i 11. Konvencije UN o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, kao i čl. 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i čl. 10. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, jer dovodi do različitog tretmana zaposlenica u institucijama BiH, a za takvo razlikovanje Ustavni sud BiH nije našao razumno i objektivno opravdanje, zbog čega je diskriminirajuća. Osnov diskriminacije u ovom slučaju, iako se Ustavni sud BiH poziva na Konvenciju UN-a o zabrani diskriminacije žena, nije pol već prebivalište zbog toga što se radi o istoj ciljnoj skupini (zaposlenice na porodijskom odsustvu iz istih institucija na istim nivoima vlasti). Nakon donošenja ove odluke Ustavnog suda BiH sve zaposlenice u institucijama BiH bez obzira na prebivalište ostvaruju naknadu pune plaće u periodu porodijskog odsustva. To ranije nije bio slučaj, jer su zaposlenice iz FBiH naknadu ostvarivale na temelju kantonalnih propisa koja je u pravilu bila niža, a u nekim kantonima propisi o naknadama nisu bili ni donešeni.

Obje odredbe, međutim, zabranjuju diskriminaciju po nabrojanim osnovama i po osnovama 'drugih okolnosti'. Izvod iz Stava 60 Odluke CH/01/7952.

⁴⁷ Zakon o plaćama i naknadama u institucijama BiH (Sl. glasnik BiH, br. 50/08 i 35/09).

⁴⁸ Odluka Vijeća ministara BiH o načinu i postupku ostvarivanja prava na naknadu za porodijsko odsustvo u institucijama BiH (Sl. glasnik BiH, br. 58/09).

6. ZAKLJUČAK

Jednakost u mogućnostima i tretmanu u radnom zakonodavstvu BiH ima dugogodišnju tradiciju još iz vremena bivše SFRJ, prije svega zahvaljujući usvojenim međunarodnim standardima sadržanim u konvencijama MOR-a. I nakon prelaska na tržišni način privređivanja i donošenja zakona o radu na nivou entiteta i BDBiH, te na nivou institucija BiH, ovi standardi su očuvani. Donošenjem ZZD-a 2009. na nivou BiH jednakost u mogućnostima i tretmanu i zabrana diskriminacije su dignuti na znatno viši nivo. Jedinствeno normativno uređenje više različitih oblika diskriminacije, izuzetaka od zabrane diskriminacije, organa koji su dužni da poštuju zabranu diskriminacije, te postupaka za zaštitu od diskriminacije na cjelokupnoj teritoriji BiH, sa aspekta ostvarivanja prava na radu i u vezi sa radom ima za posljedicu postojanje jedinstvenog i uravnoteženog sistema zaštite prava neovisno o radnom zakonodavstvu koje se primjenjuje na svakog konkretnog radnika.

Drugi značajan segment vezan za postupke za zaštitu od diskriminacije se veže uz primjenu Protokola 12 uz EKLJP. Naime, građani se u postupcima zaštite svojih prava pred nadležnim organima mogu direktno pozivati na EKLJP i njene protokole koja ima prioritet nad svim ostalim zakonima. Na ovaj način zabrana diskriminacije u uživanju svih prava određenih bilo kojim zakonom u BiH ima ustavnu snagu i ne može biti derogirana niti ograničena bilo kojim drugim aktom.

Summary

Mehmed Hadžić, S.J.D.*

PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN LABOUR LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

The prohibition of discrimination in the labour legislation of Bosnia and Herzegovina is based on the concept of equal opportunity and treatment. This concept, combined with the respect of the right to difference, is an integral part of the general and special labour laws in force in Bosnia and Herzegovina. The prohibition of discrimination is regulated by two Acts: the Gender Equality Act and the Anti-Discrimination Act.

Positive law is harmonized with the universal and regional non-discrimination standards. The two Acts regulate direct and indirect discrimination and some new forms of discrimination such as harassment, sexual harassment and mobbing. Legal protection of victims of discrimination remains an unresolved issue in this area of law. Victims of discrimination find it very hard to prove prima facie discrimination. This is probably the reason why there are few discrimination cases before national courts.

Based on these premises, the author has analysed solutions regarding the prohibition of discrimination incorporated in the positive law in the Federation of Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska and Brčko District, including the labour legislation as it applies to the civil servants in Bosnia and Herzegovina, with an emphasis on disputed issues.

Key words: discrimination, labour legislation, equality, right to difference, affirmative action

* Mehmed Hadžić, S.J.D., Assistant Professor Faculty of Law, University of Sarajevo, Obala Kulina bana 7, Sarajevo, Bosnia and Herzegovina.

RAZVOJ I SINERGIJA GLOBALNE CEDAW KONVENCIJE I REGIONALNE EUROPSKE ISTANBULSKE KONVENCIJE KAO INSTRUMENTATA ZA UKLANJANJE DISKRIMINACIJE I NASILJA NAD ŽENAMA

Dr. sc. Dubravka Šimonović*

Iako UN Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW konvencija ili Konvencija) iz 1979. godine ne navodi eksplicitno zabranu nasilja nad ženama, njezine odredbe ga obuhvaćaju te su omogućile autoritativno tumačenje od strane Odbora za uklanjanje diskriminacije žena (CEDAW odbora) kroz Opću preporuku Br. 19 iz 1992. godine da je nasilje nad ženama oblik spolne/rodne diskriminacije žena. Takvo shvaćanje potvrđuje i dalje razvija jurisprudencija CEDAW odbora prema Fakultativnom protokolu uz Konvenciju iz 2000. godine, te novija sudske praksa Europskog suda za ljudska prava u slučajevima nasilja nad ženama. Ovaj razvoj je potaknuo usvajanje te izričito definiranje rodno utemeljenog nasilja nad ženama kao kršenja ljudskih prava i oblika diskriminacije žena u novoj regionalnoj Konvenciji Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i obiteljskog nasilja (Istanbulskoj konvenciji) usvojenoj 2011. godine. Navedeno dovodi do sinergije između globalne CEDAW konvencije i regionalne Istanbulske konvencije kao kompatibilnih i djelomično preklapajući instrumenta za uklanjanje i diskriminacije i nasilja nad ženama.

Ključne riječi: diskriminacija, nasilje nad ženama, CEDAW konvencija, Istanbulska konvencija

1. UVOD

Zabrana diskriminacije na osnovu spola uvriježeni je standard antidiskriminacijskog prava te je spol kao diskriminacijska osnova uključen u Opću deklaraciju o ljudskim pravima iz 1948. godine¹ i većinu temeljnih UN i re-

* Dr. sc. Dubravka Šimonović, članica UN-ovog Odbora za uklanjanje diskriminacije žena (CEDAW odbor), zaposlena u Ministarstvu vanjskih i europskih poslova Republike Hrvatske, Trg Nikole Šubića Zrinskog 7-8, Zagreb.

¹ Opća deklaracija o ljudskim pravima u prijevodu na hrvatski jezik objavljena je u Narodnim novinama-Međunarodni ugovori br. 12 od 27.11.2009. Čl. 2. određuje: „Svakome pripadaju sva prava i slobode utvrđene u ovoj Deklaraciji bez razlike bilo koje vrste, kao što je rasa, boja kože, spol, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, imovina, rođenje ili drugi status“.

gionalnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava. Iako je dominantan oblik zabrane diskriminacije na osnovu spola zabrana koja se odnosi na diskriminaciju oba spola, 1979. godine usvojena je UN Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena (dalje u tekstu: CEDAW konvencija ili Konvencija)² koja se odnosi na zabranu diskriminacije žena na osnovu spola. Ona je kao rodno asimetričan antidiskriminacijski instrument bila *novum* na području inače rodno neutralnog međunarodnog prava o ljudskim pravima. CEDAW konvencija je stupila na snagu 1981. godine, a do danas je prihvaćena od strane 187 država.³ Republika Hrvatsku je država stranka od 1992. godine temeljem notifikacije sukcesije od SFR Jugoslavije kao države prednice koja ju je prihvatila 1981. godine.⁴ Iako je Konvencija druga po globalnoj prihvaćenosti ili broju ratifikacija u odnosu na devet temeljnih UN ugovora na području ljudskih prava,⁵ prva je po broju rezervi kojima se države stranke izuzimaju od obveze primjene određenih odredbi, odnosno zadržavaju postojeću diskriminaciju žena na određenim područjima. Navedeno gotovo univerzalno prihvaćanje ove Konvencije upućuje na njezin globalni značaj i ugled, ali velik broj rezervi otkriva stvarno stanje i neprihvatanje načela jednakosti i nediskriminacije žena na brojim područjima.⁶

² Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena od 18. prosinca 1979. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93, 3/01, 4/01, 15/03). CEDAW konvencija usvojena je rezolucijom Opće skupštine Ujedinjenih naroda 34/180 dana 18. prosinca 1979. Na engleskom jeziku dostupna je na: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx> (25.12.2013.).

³ Sedam država nije ratificiralo CEDAW konvenciju: Iran, Palau, Somalija, Sudan, Južni Sudan, Tonga, SAD, te Sveta Stolica.

⁴ Za neslužbeni prijevod CEDAW konvencije v. Šimonović, D., *Kratak vodič kroz CEDAW/Konvenciju o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena i njezinu primjenu u Republici Hrvatskoj*, Ured za ravnopravnost spolova Vlade RH, Biblioteka ONA, Zagreb, 2004., str. 95-105. Zadnji objavljeni prijevod CEDAW konvencije na srpskom jeziku objavljen je 1981. u Službenom listu SFRJ, br. 11/81. Vlada Republike Hrvatske usvojila je 13. studenog 1992. Odluku o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacije o sukcesiji, među kojim je navedena i Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena, objavljena u Službenom listu SFRJ, br. 11/81. Navedenom Odlukom preuzeti su tekstovi mnogostranih međunarodnih ugovora države prednice, te je određeno da će se službeni tekstovi ovih međunarodnih ugovora objaviti u roku od dvije godine, međutim za većinu njih uključujući i CEDAW konvenciju to još nije učinjeno. Za Odluku o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacije o sukcesiji v. Narodne novine – međunarodni ugovori, br. 12/93.

⁵ Do sada je usvojeno devet temeljnih UN ugovora na području ljudskih prava su: Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Međunarodna konvencija o uklanjanju rasne diskriminacije, Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, Konvencija protiv mučenja i drugog okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, Konvencija o pravima djeteta, Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih obitelji, Međunarodna konvencija za zaštitu svih osoba od prisilnih nestanaka, Konvencija o pravima osoba s invaliditetom.

UN, *The United Nations Human Rights Treaty System, Fact Sheet No. 30, Rev. 1.*, 2012., dostupno na: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> (25.12.2013.).

⁶ Rezerve su načelno dozvoljene prema čl. 28. CEDAW konvencije, osim onih koje nisu spojive

CEDAW konvencija ulazi u krug UN konvencija na području ljudskih prava koje uspostavljaju ekspertna tijela za praćenje njihove primjene, odnosno u grupu „živećih“ pravnih instrumenata koji se konstantno i sustavno razvijaju kroz primjenu i tumačenje. Njome je uspostavljen Odbor za uklanjanje diskriminacije žena (**CEDAW odbor**) koji se sastoji od 23 stručnjaka/inje. Konvencija je kao pravni instrument za zaštitu ljudskih prava ojačana usvajanjem dodatnog **Fakultativnog protokola** iz 2000. godine, koji omogućuje podnošenje CEDAW odboru individualnih pritužbi za zaštitu prava iz Konvencije, te zahtijeva za istragu o ozbiljnom ili sustavnom kršenju prava iz Konvencije.⁷ Fakultativni protokol je prihvaćen od 104 države stranke od kojih su četiri isključile mogućnost provođenja istraga o ozbiljnom ili sustavnom kršenju prava prema čl. 8. i 9.⁸ Porastom broja država stranaka na 187, te širenjem mandata kroz Fakultativni protokol, došlo je i do potrebe povećanja broja sastanaka CEDAW odbora, od početnog jednog sastanka godišnje⁹ sukladno čl. 20. st. 1. Konvencije (od 1982. do 1996.) do sadašnjih tri sastanka godišnje od po tri tjedana, a što je odobreno rezolucijom Opće skupštine UN-a.¹⁰ Produženje vremena zasjedanja CEDAW odbora uz proširenje mandata dovodi do promjene načina i karaktera njegova rada. CEDAW odbor od tijela koje je prisutno rijetko prerasta u tijelo koje zasjeda gotovo tri mjeseca godišnje.¹¹ Time mu je omogućena veća efikasnost i vidljivost te mogućnost sustavnog ekspertnog djelovanja čime on prerasta u sve značajnije međunarodno ekspertno tijelo

sa njezinom svrhom i predmetom. CEDAW odbor smatra da su čl. 2. i 16. centralni članci te da su rezerve uložene na njih inkompatibilne sa objektom i svrhom CEDAW konvencije. V. Opća skupština UN-a, *Statement on reservation of the CEDAW Committee, Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, A/53/38/Rev.1*, dostupno na: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx> (18.12.2012.).

⁷ Fakultativni protokol uz Konvenciju o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, službeni prijevod je objavljen u Narodnim novinama - Međunarodni ugovori, br. 3/01. Republika Hrvatska je ratificirala Fakultativni protokol uz CEDAW konvenciju 2001. godine. *Ibidem*.

⁸ Bangladeš, Belize, Kolumbija, Kuba. V. mrežnu stranicu UN-a, Ured Visoke povjerenice za ljudska prava, dostupno na: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> (18.12.2012.).

⁹ CEDAW odbor je 1982. održao sastanak od jednog tjedna u Beču, od 1982. -1987. održavao je sastanke od dva tjedana u Beču i New Yorku naizmjenično, 1988. je dobio treći tjedan, a od 1994. do 2008. je zasjedao samo u New Yorku. 1997. je dobio dva sastanka godišnje a od 2002. tri sastanka godišnje i dodatnih 5 dana za Radnu grupu za Fakultativni protokol. Od 2006. uz iznimku od 2009. održava tri sastanka godišnje. Od 2009. mijenja tajništvo i mjesto sastanaka tako da održava dva sastanka u Ženevi a jedan u New Yorku, a tajništvo postaje Ured Visoke Povjerenice za ljudska prava.

¹⁰ Opća skupština UN-a, Resolution adopted by the General Assembly on 22 December 2007, GA A/RES/62/218, dostupno na: <http://www.un.org/ga/search/view> (18.12.2012.).

¹¹ Uz redovno zasjedanje CEDAW odbora, održavaju se i dodatni sastanci Radne grupe za Fakultativni protokol i Radne grupe za pripremanje redovnih sastanaka. Radna grupa za Fakultativni Protokol je osnovana je 2001. godine, sastoji se od pet stručnjakinja CEDAW odbora, a bira se na dvije godine. Prvi sastanak je održan od 4. do 8. veljače 2002. te je do 2007. trajao po pet radnih dana, a od 2008. traje po 10 dana godišnje.

za tumačenje i praćenje primjene Konvencije.¹² Upravo ovaj razvoj ukazuje da CEDAW konvencija nije statičan, već je „živi“ pravni instrument koji se progresivno razvija i unapređuje sukladno izazovima i razvoju cjelokupnog društva.¹³ Dugoročno se može očekivati daljnje produžavanje vremena zasjedanja jer se povećava i broj pritužbi i broj zahtijeva za istragu prema Fakultativnom protokolu, a kod redovnog izvještavanja uveden je dodatni monitoring primjene Zaključnih preporuka.¹⁴

2. RAZVOJ I SINERGIJA

CEDAW konvencija uz normativne standarde uspostavlja i mehanizam nadzora, utemeljen na obvezi izvještavanja o primjeni Konvencije, kroz koji dolazi do interakcije između CEDAW odbora i država stranaka uz sudjelovanje nevladinih udruga i ostalih aktera.¹⁵ CEDAW odbor je od svog prvog sastanka održanog 22. listopada 1982.¹⁶ do danas razvio poseban instrumentarij za praćenje primjene i tumačenje Konvencije od strane država stranaka. To su **Zaključne preporuke** za pojedine države, **Opće preporuke** za sve države i **Odluke** u pojedinačnim slučajevima odnosno **Odluke** u istragama o kršenju Konvencije. Nakon razmatranja izvješća, podnesenog od države stranke CEDAW odbor konsenzusom usvaja individualizirane Zaključne preporuke

¹² U sklopu različitih ideja za reformiranje rada UN Ugovornih tijela izložena je i za sada usamljen prijedlog prema kojem bi CEDAW odbor postao stalno tijelo. Simonovic D., *Personal reflections*, u: Schopp-Schilling, H.B.; Flinterman, C. (ur), *The Circle of Empowerment: Twenty – Five Years of the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, The Feminist Press at the City University of New York, New York, 2007., str. 349-351. V. slična razmišljanja: Simonovic, D., *Treaty Bodies Reform and Strengthening process, Committee Experts*, dostupno na: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/HRTD/index.htm> (18.12.2012.). U odnosu na pritužbe prema svim ugovornim tijelima koje ih imaju prisutna je ideja osnivanja UN Suda za ljudska prava. V. Novak, M. et. al., *A World Court of Human Rights – Consolidated Statute and Commentary*, BIM Human Rights Study Series, vol. 22, Vienna, 2010.

¹³ Schopp-Schilling, H.B., *op.cit.*, bilj. 12., str. 10.-29.

¹⁴ Postupak „Follow-up to concluding observations“ uveden je od strane CEDAW odbora 2008. godine, kao dio redovne procedure izvještavanja pri čemu se u Zaključnim preporukama za svaku državu odaberu do dvije preporuke za koje se traži pisano izvješće o njihovoj primjeni u razdoblju od do dvije godine. Odbor na svakom sastanku razmatra ova pisana izvješća i prema potrebi traži dodatne informacije. Cilj ove procedure je jačanje primjene CEDAW konvencije. Više o Postupaku „Follow-up to concluding observations“ v. na mrežnim stranicama Ureda Visoke povjerenice za ljudska prava, dostupno na: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/followup.htm> (18.12.2012.).

¹⁵ CEDAW odbor je usvojio posebnu Odluku o načinu participacije nevladinih organizacija. V. CEDAW odbor, *Statement by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women on its relationship with non-governmental organizations*, 2008. te CEDAW odbor, *Statement on the relationship of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women with Parliamentarians*, 45. zasjedanje 2010., dostupno na: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/cedaws45.htm> (18.12.2012.).

¹⁶ Prvo izvješće CEDAW odbora je objavljeno 1983. godine. V. CEDAW odbor, *Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, (Vienna 18-22 Oct.1982):A/38/45 (GAOR, 38th sess., Suppl.no.45).

za dotičnu državu¹⁷ u kojima navodi uočene probleme te daje preporuke za njihovo uklanjanje.¹⁸ Na samom početku svoga rada 1982. CEDAW odbor započeo je sa usvajanjem Općih preporuka temeljem čl. 21. koje djeluju *erga omnes*, a tek od 1992. godine uvodi praksu usvajanja Zaključnih preporuka za svaku državu. Progresivan razvoj se vidio i kod Općih preporuka koje su početno bile tehničke naravi i vezane uz izvještavanje o primjeni Konvencije.¹⁹ Oko 1990. godine one se mijenjaju po karakteru i sadržaju jer tada Odbor započinje sa usvajanjem preporuka kojima tumači pojedine teme ili odredbe same Konvencije.²⁰ Ovaj instrumentarij Odbora koji je vezan uz izvještavanje dodatno je ojačan mogućnošću autoritativnog tumačenja odredbi Konvencije kroz Odluke CEDAW odbora u pojedinačnim pritužbama ili istragama prema Fakultativnom Protokolu. Putem njih CEDAW odbor kao „kvazi sudsko tijelo“ razmatra kršenje prava iz Konvencije, te tumači obveze država stranaka u konkretnim slučajevima njezina kršenja.²¹

Navedeni razvoj i praksa CEDAW odbora dovela je do jačanja CEDAW konvencije kao globalnog antidiskriminacijskog instrumenta za zaštitu ljudskih prava žena i za unaprjeđivanje položaja žena. CEDAW konvencija unosi i dvije temeljne novosti u antidiskriminacijsko pravo: prvu time što je asimetrični instrument za zaštitu ljudskih prava žena od diskriminacije (izravne i neizravne), a drugu time što propisuje obvezu usvajanja odgovarajućih mjera za unaprjeđivanje položaja žena do razine postizanja stvarne jednakost/ rav-

¹⁷ Na početku svoga rada 1992. i prvom razmatranju izvješća podnesenih temeljem čl. 18. CEDAW konvencije Odbor je na idućem zasjedanju usvajao zapisnik koji sadrži osnovne informacije o razmatranju podnesenih izvješća. CEDAW odbor je na svom drugom zasjedanju od 1. do 12. kolovoza 1983. razmatrao inicijalno izvješće Demokratske Republike Njemačke (CEDAW/C/SR.12 and 17), te je o njemu usvojio izvješće na svom trećem zasjedanju 1984. godine, A/39/45 (GAOR, 39th sess., Suppl.No.45, Vol II).

¹⁸ Nakon više od desetak godina rada i propitivanja ovlasti koje su se početno različito tumačene od strane eksperata, CEDAW odbor je uspostavio praksu sustavnog usvajanja posebnih Zaključnih preporuka za svaku Državu stranku nakon razmatranja izvješća. Prve godina rada CEDAW odbora obilježene su raspravama o mandatu i ideološkom podjelom između eksperata iz Istočnoeuropske grupe i Zapadnoeuropske grupe. V. članke: Evatt, E., *Finding a Voice for Women's Rights: Early Days of CEDAW*, *George Washington International Law Review*, vol. 34, br. 3, 2002., str. 515; Gonzales Martinez, A., *The UN and the Protection of Human Rights: Human Rights of Women*, *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 5, 2001., str 157-191.

¹⁹ CEDAW odbor, *General Recommendation No. 1*. usvojena na petom zasjedanju 1986., A/41/45 (GAOR, 41st sess., Suppl. No. 45); *General Recommendation No. 2*. usvojena na šestom zasjedanju iz 1987., u A/42/38. (GAOR, 42nd sess., Suppl. No.38), dostupno na: <http://www.un.org/womwnwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom1> (18.12.2012.).

²⁰ Prva takva je ona o obrezivanju žena iz 1990; CEDAW odbor, *General Recommendation No. 14 on female circumcision*, dostupna na: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (18.12.2012.).

²¹ CEDAW odbor je do studenog 2012. godine registrirao ukupno 47 slučajeva, te je usvojio 13 odluka o nedopustivosti pritužbe i 14 odluka o meritumu predmeta.

nopravnosti sa muškarcima.²² Time ona postavlja širok pravni okvir za postizanje pune rodne ravnopravnosti kroz poduzimanje pozitivnih mjera, a ne samo kroz uklanjanje različitih oblika diskriminacije žena. Naime, CEDAW konvencija obvezuje države stranke da formalno usvoje, ali i ostvaruju rodnu ravnopravnost. Čl. 2. Konvencije obvezuje države stranke na unošenje „načela jednakosti muškaraca i žena u nacionalne ustave ili druge odgovarajuće zakone“, ali i na „praktičnu primjenu tog načela.“²³ Kako bi se navedeno postiglo, CEDAW konvencija obvezuje države stranke na usvajanje sljedećih mjera: „odgovarajućih mjera za razvoj i napredovanje žena“ (čl. 3.), „privremenih posebnih mjera“ za ubrzanje postizanja jednakosti/ravnopravnosti spolova (čl. 4. st. 1.), „posebnih mjera“ za zaštitu majčinstva (čl. 4. st. 2.) te „odgovarajućih mjera“ za uklanjanje stereotipa o rodnim ulogama (čl. 5.). U antidiskriminacijskom pravu su najpoznatije „privremene posebne mjere“ koje se često nazivaju „pozitivne mjere“ ili „mjere afirmativne akcije.“ U CEDAW konvenciji one imaju međunarodnopravno utemeljenje i pravno su obvezujuće prema čl. 4. st. 1. koji navodi da su te mjere „privremene i usmjerene na ubrzanje *de facto* jednakosti između muškaraca i žena,“ te se stoga ne smatraju diskriminatornima. Primjer takvih mjera su kvote za političku participaciju žena, ili posebne edukacije za žene na područjima na kojima su podzastupljene. Za razliku od njih, Konvencija propisuje i posebne mjere kojima je cilj zaštita majčinstva (čl. 4. st. 2.) i koje štite žene u određenom životnom periodu kada one zbog posebnosti majčinstva imaju određene pogodnosti. Takve mjere također se ne smatraju diskriminacijom.²⁴ Vrlo značajna posebnost CEDAW konvencije je obveza sadržana u čl. 5. kojim se države stranke obvezuju na mijenjanje socijalnih, društvenih i kulturnih normi ponašanja odnosno predrasuda i stereotipa o ulozi muškaraca i žena utemeljenih na ideji „o podređenosti ili nadređenosti jednoga ili drugoga spola ili na stereotipnim ulogama muškaraca i žena.“ Upravo se socijalne norme o ulogama muškaraca i žena najsnažnije repliciraju u obitelji i podjeli uloga u obitelji te odgoju djece. Iako rodni stereotipi evoluiraju kroz vrijeme, još uvijek širom svijeta prevladavaju patrijarhalne socijalne norme koje na temelju diskriminatornih zakona ili diskriminatorne prakse i običaja osiguravaju tradicionalnu podjelu uloga u obitelji prema kojoj je muškarac glava obitelji.²⁵ Stoga čl. 5. st. 2. obvezuje dr-

²² Konvencija u čl. 2. koristi sintagmu „*principle of equality of man and women*“. U Hrvatskoj se koristi termin ravnopravnost spolova što bi bio odgovarajući termin za „*gender equality*“ no kako sam termin „*gender equality*“ nije u Konvenciji već je korišten u Pekinškoj Platformi za djelovanje iz 1995., tako je prema mišljenju autorice u prijevodu teksta CEDAW konvencije bolje koristiti doslovan prijevod i sintagmu „načelo jednakosti muškaraca i žena.“

²³ V. čl. 2. a) CEDAW Konvencije. V. i: Šimonović, D., *op.cit.*, bilj. 4., str. 14.

²⁴ CEDAW odbor; *General Recommendation No 25. on temporary special measures* (o privremenim posebnim mjerama), dostupno na: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (7.1.2013.).

²⁵ Rodni stereotipi odraženi su kroz povijest u zakonima prema kojima žene nisu imale punu

žave stranke da poduzimaju odgovarajuće mjere za prihvaćanje majčinstva kao društvene uloge i zajedničke odgovornosti muškaraca i žena u odgoju i razvoju djece, čime se uklanjaju rodni stereotipi o majci odgojiteljici, a ocu hranitelju obitelji.²⁶ Uz ove temeljne i okvirne odredbe, Konvencija sadrži i posebne članke (od čl. 6. do čl. 16.) za pojedina područja na kojima treba ukloniti diskriminaciju žena (obrazovanje, zapošljavanje, politička participacija, državljanstvo, zdravstvene zaštita itd.), no ona ne sadrži posebnu odredbu koja se odnosi na nasilje nad ženama.

Iako Konvencija nema posebnu odredbu o nasilju nad ženama, što je donekle vezano i uz tretiranje nasilja nad ženama u vrijeme kada je ona usvajana²⁷, ona sadrži vrlo sveobuhvatnu definiciju diskriminacije žena. Konvencija definira diskriminaciju žena u čl. 1.: „U svrhu ove Konvencije izraz ‘diskriminacija žena’ označava svaku razliku, isključenje ili ograničenje učinjeno na osnovi spola kojemu je posljedica ili svrha da ženama ugrozi ili onemogući priznanje, uživanje ili korištenje ljudskih prava i osnovnih sloboda na političkom, gospodarskom, društvenom, kulturnom, građanskom ili drugom području, bez obzira na njihovo bračno stanje, na osnovi jednakosti muškaraca i žena.“²⁸ Ta sveobuhvatna definicija diskriminacije žena uključuje razne oblike diskriminacije. Primjerice u Konvenciji su eksplicitno su navedeni „trgovanje ženama“ i „iskorištavanje prostitucije žena“ (u čl. 6.) a implicitno su obuhvaćeni svi oblici diskriminacije žena uključuju i nasilje nad ženama, ako ono ima za „svrhu ili posljedicu kršenje ljudskih prava žena“ na svim područjima, a posebice političkom, gospodarskom društvenom, kulturnom, građanskom, ili drugom području. Uz otvorenu listu obuhvaćenih područja na koja se primjenjuje Konvencija, ona sadrži i poseban čl. 16. koji zabranjuje diskriminaciju u obiteljskim odnosima, te tako direktno obuhvaća i područje obiteljskih odnosa koje je tradicionalno tretirano kao privatna sfera i bilo izuzeto iz domene međunarodne pravne regulacije. Nevedene odredbe predstavljaju temelj za definiranje nasilja nad ženama kao oblika diskriminacije žena. CEDAW odbor je prvo 1989. usvojio Opću preporuku br. 12 o nasilju nad ženama kojoj navodi da čl. 2., 5., 11., 12. i 16. Konvencije obvezuju države stranke da štite žene od nasilja te ih poziva da u svoja izvješća prema Konvenciji uključe informacije o zakonima i drugih mjerama vezanih uz zaštitu od nasilja, te o statistič-

poslovnu sposobnost, te nisu mogle biti birane u zakonodavna tijela ili nisu mogle raditi u određenim profesijama. V. Cook, J.R.; Cusack, S., *Gender Stereotyping, Transnational Legal Perspective*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010., str. 20.

²⁶ *Ibidem*, str. 26.

²⁷ Chinkin, C., *Violence Against Women*, u: Freeman, M. et. al., *The UN Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women*, Oxford University Press, New York, 2012., str. 444.

²⁸ CEDAW konvencija, čl. 1.

kim podacima.²⁹ Kako u njoj nedostaje objašnjenje kako je nasilje nad ženama obuhvaćeno navedenim člancima Konvencije, CEDAW odbor je 1992. godine usvojio Opću preporuku br. 19 o nasilju nad ženama u kojoj je pojasnio da „definicija diskriminacije iz članka 1. Konvencije uključuje rodno utemeljeno nasilje“ koje je „[...]nasilje prema ženi zato što je žena ili zato što disproportionalno pogađa žene. Ono uključuje akte kojima se nanosi fizičko, psihičko ili seksualno oštećenje ili patnja, prijetnje takvim aktima, prisila ili oduzimanje slobode.“³⁰ Dalje CEDAW odbor navodi: „Rodno utemeljeno nasilje koje ograničava ili isključuje uživanje ljudskih prava i temeljnih sloboda prema međunarodnom pravu ili prema konvencijama za zaštitu ljudskih prava je diskriminacija u smislu članka 1. Konvencije. Ta prava i slobode uključuju: pravo na život, pravo ne biti podvrgnut torturi, nehumanom ili ponižavajućem postupku ili kazni, pravo na slobodu i sigurnost osobe itd.“³¹ Prema čl. 2. Konvencije, zabrana diskriminacije se odnosi na zabranu diskriminacije od strane države, a prema st. 2. (e) i na diskriminaciju od bilo koje fizičke osobe. Upravo ta zabrana diskriminacije od strane fizičkih osoba uspostavlja odgovornost države za djela pojedinaca te je stoga izuzetno značajno da je CEDAW odbor pojasnio tu odredbu na način da država može biti odgovorna za kršenje ljudskih prava od strane pojedinca ako „s dužnom pažnjom“ (engl. *due diligence*) ne poduzme mjere da iste spriječi.³² Naime, država može biti odgovorna za kršenje ljudskih prava od strane pojedinca ukoliko s dužnom pažnjom ne poduzme mjere da iste spriječi, kazni počinitelja i osigura zaštitne servise i kompenzaciju žrtvi.³³ Opća preporuka br. 19 smatra se jednom od najznačajnijih Općih preporuka CEDAW odbora jer je njome pojašnjena nedovoljno vidljiva veza između diskriminacije i nasilja nad ženama, te je objašnjena obveza države da „s dužnom pažnjom“ sprečava i kažnjava rodno utemeljeno nasilje od strane pojedinca nad ženama. Neki autori smatraju da Opća preporuka br. 19 uspostavlja „vezu koje nema“³⁴ između diskriminacije

²⁹ U pogledu nasilja nad ženama CEDAW odbor je na osmom zasjedanju 1989. godine usvojio Opću preporuku. CEDAW odbor, *General Recommendation No. 12. on violence against women*, 1989., dostupno na: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (18.12.2012.).

³⁰ CEDAW odbor, *General Recommendation No. 19. on violence against women*, 1990., dostupno na: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (18.12.2012.).

³¹ *Ibidem*, paragrafi 6, 7 i 10.

³² Šimonović, D., *Introductory note to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, UN Audiovisual Library of International Law, Human Rights, 2008., dostupno na: www.untraty.un.org/cod/avl/pdf/ha/cedaw/cedaw_e.pdf (18.12.2012.).

³³ Opća preporuka br. 19 navodi: „Države mogu biti odgovorne i za privatne akte ako propuste djelovati sa dužnom pažnjom (*due diligence*) da preveniraju kršenje prava ili da istraže ili kazne akte nasilja i osiguraju kompenzaciju.“ Standard „*due diligence*“ 1988. primijenio je Inter-Američki Sud za ljudska prava u presudi *Velazquez Rodriguez v. Honduras*, presuda od 29. srpnja 1988., Inter-Am.Ct.H.R. (ser. C) No. 4 para. 172.

³⁴ Heisoo, S., *CEDAW and Violence against Women: Providing the „Missing Link“*, u: Schopp-

i nasilja, no detaljnom analizom same Konvencije postaje jasno da je ta veza implicitno sadržana u samoj konvenciji. Moglo bi se postaviti pitanje je li nedostatak izričite odredbe o nasilju nad ženama nedostatak Konvencije, koji iziskuje njezinu formalnu dopunu, no upravo njezina dosadašnja nesporna primjena na nasilje nad ženama omogućuje i drugačiji zaključak, te to pitanje ostaje otvoreno. Neki autori opravdano ističu da je Opća preporuka br. 19 „inkluzivnim tumačenjem“ usvojila formulu prema kojoj je „nasilje nad ženama izjednačeno sa diskriminacijom žena (VAW=SD)“ te je time ispunila prazninu u međunarodnom pravu koje nema eksplicitnu odredbu o zabrani nasilja nad ženama.³⁵ Nesumnjivo je ova Opća preporuka bila ključna za bolje razumijevanje i primjenu CEDAW konvencije na nasilje nad ženama. Ona je otvorila put koji su nakon toga pratili drugi globalni i regionalni instrumenti, iako ne u potpunosti. Tako je 1993. godine usvojena UN Deklaracija o eliminiranju nasilja nad ženama koja u prvom globalnom, iako pravno neobvezujućem instrumentu utvrđuje da je nasilje nad ženama kršenje ljudskih prava žena, ali ga izričito ne podvodi pod jedan od oblika diskriminacije žena kao što to čini Opća preporuka br. 19.³⁶ Na regionalnoj razini je 1994. godine usvojena Inter-Američka Konvencija o prevenciji, kažnjavanju i uklanjanju nasilja nad ženama (Konvencija iz Belem do Para) koja u čl. 1 proklamira „pravo svake žene na slobodu od nasilja u javnom i privatnom životu,“ te koja uključuje mehanizam izvještavanja.³⁷

3. ISTANBULSKA KONVENCIJA

Izloženi globalni razvoj antidiskriminacijskog prava u odnosu na nasilje nad ženama odražen je i u novoj Konvenciji Vijeća Europe o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i obiteljskog nasilja (Istanbulska konvencija) koja polazi od dosega CEDAW Opće preporuke br. 19 te definira nasilje nad ženama kao oblik diskriminacije žena i kršenja ljudskih prava.³⁸ Do sazrijeva-

Schilling, H.B.; Flinterman, C. (ur), *The Circle of Empowerment: Twenty-Five Years of the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, The Feminist Press at the City University of New York, New York, 2007., str. 223.

³⁵ Edwards, A., *Violence against Women under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, New York, 2011., str. 180 i str. 183.

³⁶ Ujedinjeni narodi, Declaration on the Elimination of Violence against Women, UNGA Res 48/104, 20 December 1993, dostupno na: <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm> (18.12.2012.).

³⁷ Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and eradication of Violence against Women (Convention of Belem Do Para), usvojena u Belem Do Para, Brazil, 1994. Čl. 1. glasi: „Svaka žena ima pravo biti slobodna od nasilja u javnom i privatnom životu.“; dostupno na: www.oas/juridico/english/signs/a-61.html (18.12.2012.).

³⁸ Čl. 3.(a) Istanbulske konvencije navodi: „nasilje nad ženama“ smatra se kršenjem ljudskih prava i oblikom diskriminacije žena i označava sva djela rodno utemeljenog nasilja koja imaju za posljedicu ili će vjerojatno imati za posljedicu tjelesnu, seksualnu, psihičku ili ekonom-

nja svijesti o potrebi usvajanja posebne Europske konvencije za sprječavanje nasilja nad ženama došlo u razdoblju od 2006. do 2008. kada je provedena Pan-europska kampanja Vijeća Europe o sprječavanju obiteljskog nasilja nad ženama, koja je osmišljena i nadgledana od grupe od osam stručnjaka (engl. *Task Force on Violence against Women*) imenovanih od strane Glavnog tajnika Vijeća Europe.³⁹ Sukladno mandatu, ta je grupa eksperata/ica, istražila postojeće stanje te usvojila Završno izvješće u kojem je zaključila da dotadašnja pravno neobvezujuća Preporuka Odbora ministra Vijeća Europe o zaštiti žena od nasilja (Rec(2002)5)⁴⁰ nije dovoljna te je predložila usvajanje pravno obvezujuće Europske konvencije o sprječavanju nasilja nad ženama.⁴¹ Kako je istovremeno predloženo i usvajanje konvencije o sprječavanju obiteljskog nasilja, te konvencije o sprečavanju rodnog nasilja, Odbor ministara Vijeća Europe objedinio je sve tri inicijative i osnovao *ad hoc* Odbor za izradu konvencije o sprječavanju nasilja nad ženama i obiteljskog nasilja (CAHVIO odbor).⁴² Rad na tekstu trajao je dvije godine i rezultirao usvajanjem Konvenciji Vijeća Europe o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i obiteljskog nasilja 2011. godine.⁴³ Konvencija je otvorena za potpisivanje u Istanbulu te joj je skraćeni naziv Istanbulska konvencija. Ona u velikoj mjeri kodificirala dotadašnji globalni razvoj u primjeni Konvencije, a Preporuka CEDAW odbora br. 19 navodi u njezinoj Preambuli.⁴⁴ Istanbulska konvencija uz jasne definicije „nasilja nad ženama“, „obiteljskog nasilja“ i „dužne pažnje“ koje do sada nisu postojale u obvezujućem međunarodnom instrumentu, sadrži i detaljne pravne norme vezane uz mjere prevenciju, zaštite i progon počinitelja. U njoj se definira nasilje nad ženama kao „povreda ljudskih prava i oblik diskriminacije žena“.

sku štetu ili patnju žena, uključujući prijetnje takvim djelima, prisilu ili namjerno oduzimanje slobode, bilo da se pojavljuju u javnom ili privatnom životu“.

³⁹ Dubravka Šimonović je bila izabrana za predsjedavajuću 2006. te potpredsjedavajuću 2007. godine, v. Vijeće Europe, *Final Activity Report of the Task Force to Combat Violence against Women, including Domestic Violence*, EG-TFV (2008)6; dostupno na: http://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolence/campaign/Source/final_Activity_report.pdf (18.12.2012.).

⁴⁰ Vijeće Europe, *Recommendation Rec (2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the Protection of Women against Violence*, dostupno na: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=280915>, (18.12.2012.).

⁴¹ Vijeće Europe, *op. cit.*, bilj. 39.

⁴² D. Šimonović i E. Ruler su izabrani za su-predsjedavajuće CAHVIO Odbora za izradu ove konvencije.

⁴³ Održano je osam sastanak CAHVIO odbora, Odbor ministara Vijeća Europe formalno je usvojilo Konvenciju 11. svibnja 2011. godine u Istanbulu gdje je i otvorena za potpisivanje; Vijeće Europe, *Convention on Preventing and combating violence against women and domestic violence*, Council of Europe Treaty Series-No. 210, Istanbul, 11. 5. 2011., dostupno na: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&NT=210> (10.12.2012.).

⁴⁴ U Preambuli Istanbulske konvencije navode se: CEDAW konvencija i njezin Fakultativni protokol te Preporuka br. 19 CEDAW odbora, ali se ne navodi UN Deklaracija o nasilju nad ženama. Prilikom njezine izrade odlučeno je da se u Preambuli navedu samo pravo-obvezujućim instrumenti ali je radi posebnog značaja ipak navedena CEDAW Preporuka br. 19. *Ibidem*.

Time se potvrđuje i, kao polazna točka za taj novi instrument usvaja interpretacija CEDAW odbora u Općoj preporuci Br. 19, da je rodno utemeljeno nasilje nad ženama oblika diskriminacije žena.⁴⁵ Istanbulska konvencija za svoju cilj navodi: „zaštitu žena od svih oblika nasilja te uklanjanje obiteljskog nasilja“, no uz to se navodi da će ona „doprinijeti suzbijanju svih oblika diskriminacije žena“, čime se ukazuje na jasnu povezanost nasilja nad ženama i diskriminacije. Ona pritom sadrži i neke odredbe koje su istovjetne ili slične onima iz CEDAW konvencije, a koje se odnose na usvajanje i primjena načela pune rodne ravnopravnosti i osnaživanje položaja žena. Istanbulska konvencija kao najnovija na tom području predstavlja moderan i sveobuhvatan instrument koji je rodno osviješten i koji se temelji na holističkom pristupu jer uključuje prevenciju nasilja, mjere za pomaganje žrtvama, progon počinitelja te sveobuhvatne politike za suzbijanje nasilja. Tijekom izrade ove konvencije korištena je sudska praksa Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP)⁴⁶ kao i jurisprudencija CEDAW odbora vezana uz slučajeve nasilja nad ženama, čime je dodatno ojačana njezina normativna razina u pogledu prevencije sličnih slučajeva.⁴⁷ Primjerice ESLJP je u predmetu *Opuz protiv Turske* iz 2009. godine vezanim uz obiteljsko nasilje po prvi puta rodno nasilje prema ženama tretirao kao povredu čl. 14. Europske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, a u njemu se referira i na CEDAW konvenciju i jurisprudenciju CEDAW odbora u slučajevima *A.T. protiv Mađarske* i *Yildirim protiv Austrija*.⁴⁸ Dosadašnji slučajevi CEDAW Odbora i Europskog suda za ljudska prava koji se odnose na nasilje nad ženama, upućuju na jasnu potrebu određenja rodnog nasilja nad ženama kao oblika diskriminacije žena i kršenja ljudskih prava te na nužnost usvajanja sveobuhvatnih sustava prevencije, zaštite i unapređivanja položaja žena prema standardima CEDAW konvencije i Istanbulske konvencije.

4. ZAKLJUČAK

CEDAW konvencija kao globalni antidiskriminacijski instrument obuhvaća nasilje nad ženama kao jedan od oblika diskriminacije žena, dok se Istanbulska konvencija kao regionalna europska konvencija fokusira na nasilja nad ženama i obiteljsko nasilje, te širi obuhvat time što kroz mjere prevencije i

⁴⁵ *Ibidem.*, čl. 2. Istanbulske konvencije.

⁴⁶ ESLJP, *Kontrova protiv Slovačke* (zahtjev br. 7510/04), presuda od 31. svibnja 2007.; ESLJP, *Tomašić i drugi protiv Hrvatske* (zahtjev br.46598/06), presuda od 15. travnja 2009.; *Opuz protiv Turske* (zahtjev br. 33401/02), presuda od 9. lipnja 2009.

⁴⁷ CEDAW odbor, *A.T. v. Hungary*, No. 2/2003; *Goekce v. Austria* 5/2005; *Yildirim v. Austria* 6/2006, dostupno na: <http://opcedaw.wordpress.com/communications/all-communications> (18.12.2012.).

⁴⁸ *Ibidem*.

osnaživanja žena ujedno doprinosi uklanjanju i drugih oblika diskriminacije žena. Te dvije konvencije imaju različit fokus i obuhvat no one nisu paralelni pravni instrumenti globalnog i regionalnog karaktera, već su kompatibilni i preklapajući instrumenti koji se nadopunjuju i uzajamno jačaju na području suzbijanja rodno utemeljenog nasilja nad ženama koje obje tretiraju kao kršenje ljudskih prava žena i oblik diskriminacije žena. Takvo tretiranje nasilja nad ženama kao oblika diskriminacije žena je kod CEDAW konvencije rezultat progresivnog razvoja i inkluzivne interpretacije od strane CEDAW odbora, dok se kod Istanbulske konvencije radi o prihvaćanju i kodificiranju takvog razvoja te izričitom definiranju nasilja nad ženama kao kršenja ljudskih prava i oblika diskriminacije žena. Istanbulska konvencija, uz konkretne međunarodnopravne definicije, sadrži i detaljne normativne standarde za prevenciju, kažnjavanje, zaštitu i kompenzaciju žrtava čime doprinosi pravnom uređenju ovog područja. Istanbulska konvencija je otvorena za pristupanje i državama izvan kruga članica Vijeća Europe, a i njezini standardi kao takvi potencijalno imaju univerzalnu vrijednost jer ih sve države mogu koristiti za poboljšanje nacionalnog zakonodavstva. Sinergija koja je uspostavljena između CEDAW konvencije i Istanbulske konvencije kroz pristup nasilju nad ženama kao obliku diskriminacije žena dodatno će ojačati nakon što dođe do stupanja na snagu Istanbulske konvencije te uspostave ekspertnog tijela za praćenje njezine primjene (GREVIO odbora) kao regionalnog pandana CEDAW odboru. CEDAW odbor već doprinosi tom razvoju time što u svojim Zaključnim preporukama koje usvaja nakon stupanja na snagu Istanbulske konvencije poziva države članice CEDAW konvencije koje su članice Vijeća Europe na njezino potpisivanje i/ili ratifikaciju jer se time osnažuje i primjena CEDAW konvencije, te uklanjanje nasilja nad ženama.⁴⁹

⁴⁹ Odbor je ovu praksu započeo od 2011. godine odnosno nakon stupanja Istanbulske konvencije na snagu. V. primjerice *Zaključne preporuke za Bugarsku*, paragraf 26 (e): „To set a time frame for the ratification of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence.“ 52. sastanak 2012. (18.12.2012.). V. *Zaključne preporuke za Norvešku*, para. 24. e); 51. sastanak CEDAW odbora 2012., *Zaključne preporuke za Crnu Goru*, para. 19. e), 50. sastanak CEDAW odbora 2011., dostupno na: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/sessions.htm> (18.12.2012.).

Summary

Dubravka Šimonović, S.J.D.*

DEVELOPMENT AND SYNERGY OF THE GLOBAL CEDAW CONVENTION AND THE REGIONAL EUROPEAN ISTANBUL CONVENTION AS INSTRUMENTS FOR THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AND VIOLENCE AGAINST WOMEN

Although the predominant form of the prohibition of sex-based discrimination in international human rights instruments is a gender neutral prohibition, in the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW Convention or the Convention), adopted in 1979, discrimination against women on the basis of sex is prohibited as a gender-asymmetric anti-discrimination instrument. The CEDAW Convention does not explicitly prohibits violence against women, but it implicitly contains this prohibition in the definition of discrimination against women and other provisions, which have led the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW Committee) to offer an authoritative interpretation according to which violence against women is a form of sex/gender discrimination against women. The 1992 General Recommendation No. 19 of the CEDAW Committee on Violence against Women explains that violence against women is a form of sex/gender discrimination against women, whereas States "may also be responsible for private acts if they fail to act with due diligence to prevent violations of rights or to investigate and punish acts of violence, and for providing compensation." This interpretation is confirmed and further developed by the decisions of the CEDAW Committee in specific cases related to violence against women under the Optional Protocol to the CEDAW Convention of 2000. The case law of the European Court of Human Rights is developing in the same direction. This development of anti-discrimination law that includes violence against women has influenced the adoption of the new Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (the Istanbul Convention) in 2011, which codifies, upholds and further develops standards in this area. In addition to the clear definitions of 'violence against women', 'family violence' and 'due diligence', which have never before been set out in a legally binding international instrument, it also contains detailed legal provisions related to measures for the prevention of violence, protection of victims and prosecution of perpetrators. In the sphere of violence against women, we can see the synergy or a mutually reinforcing effect of the CEDAW Convention and the Istanbul Convention. The application of one of these instruments on violence against women automatically triggers the application of the other, whereas the more detailed standards of the Istanbul Convention specify and complement the global CEDAW standards.

Key words: discrimination, violence against women, CEDAW, Istanbul Convention

* Dubravka Šimonović, S.J.D., Member of the UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW Committee), employed at Ministry of Foreign and European Affairs of the Republic of Croatia, Trg Nikole Šubića Zrinskog 7-8, Zagreb.

RAVNOPRAVNOST SPOLOVA U KONTEKSTU FLEKSIBILNIH OBLIKA RADA

Doc. dr. sc. Andrijana Bilić*

Politika fleksigurnosti iziskuje fleksibilnu organizaciju rada koja treba biti prilagođena potrebama poslodavaca u postizanju kompetitivnosti na tržištu i radnicima u harmonizaciji obiteljskih i poslovnih potreba i obveza. U radu autorica ukazuje na probleme implementacije onih fleksibilnih oblika rada prilagođenih osobama s obiteljskim odgovornostima, kod kojih najviše dolazi do izražaja spolna segregacija u državama Europske unije. Poseban naglasak je stavljen na situaciju u Republici Hrvatskoj. Zaključno se daju rješenja de lege ferenda.

Ključne riječi: rad s nepunim radnim vremenom, alternativne metode raspoređivanja radnih sati, prekovremeni rad, spolna segregacija

1. UVOD

Globalizacija ekonomije nužno dovodi do potrebe udovoljavanja zahtjevima fleksibilnosti na tržištu rada te posljedično deregulacije radnih odnosa u sustavu prava. Na fleksibilnost se ne smije gledati kao na monopol u rukama poslodavaca, budući da i radnici, kao i njihovi predstavnici, trebaju fleksibilnu organizaciju rada, kako bi što bolje prilagodili radne i privatne obveze svojim željama i potrebama. Međutim, nužno je osigurati pravu ravnotežu između fleksibilnosti u radnim odnosima i sigurnosti zaposlenja kako bi se uspostavila kompetitivnost tvrtki, povećala kvaliteta i produktivnost na radu, odnosno pomoglo, i poslodavcima, i radnicima u prilagodbi gospodarskim promjenama, što se postiže uvođenjem politike fleksigurnosti.¹ U tom kontekstu objema strankama radnog odnosa kojeg žele zasnovati stoje na raspola-

* Dr. sc. Andrijana Bilić, docentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, Split.

¹ V. Odluku Vijeća 2003/578/EZ od 22. srpnja 2003. o smjernicama za politiku zapošljavanja država članica, SL L 197, 5. 8. 2003. Ovakav neoliberalan stav, koji zagovara nemiješanje države u radne odnose, već njihovu regulaciju prepušta silama koje vladaju na tržištu rada, naišao je na oštre kritike većeg broja autora, uz objašnjenje da bi ovakav proces doveo do još nepoželjnijih posljedica, u prvom redu povećanja broja socijalnih slučajeva na globalnoj razini. V. Galbraith, J. K., *The Culture of Contentment*, Boston, New York, London, 1992.; Deakin, S.; Wilkinson, F., *Rights v Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards*, *Industrial Law Journal*, vol. 23, br. 4, 1994., str. 289-310.

ganju atipični oblici zapošljavanja,² kao i za vrijeme trajanja istog mogućnost fleksibilne organizacije rada.

Naime, fleksibilnost u radnim odnosima se može očitovati u svojim temeljnim oblicima: funkcionalnom³ (održavanjem standardne radne snage njenim profesionalnim usavršavanjem i izobrazbom, odnosno njenom redukcijom kroz uporabu instituta otkaza), numeričkom⁴ (sklapanjem ugovora o radu na određeno vrijeme,⁵ angažiranjem radne snage posredstvom agencije za privremeno zapošljavanje te radom na daljinu⁶), financijskom⁷ (sustavom varijabilnih plaća) te temporalnom⁸ (prekovremenim radom, alternativnim metodama raspoređivanja radnih sati te nepunim radnim vremenom).

Atipičnost navedenih radnih odnosa danas se može promatrati samo kao anakronizam, s obzirom na njihov svakodnevni porast.⁹ Ovakav proces posljedica je povećanog zapošljavanja u javnom sektoru, masovnog ulaska žena na tržište rada te potrebe veće fleksibilnosti na istom. Radnici zaposleni temeljem tzv. atipičnih ugovora o radu suočeni su s problemom nejednakosti u priznavanju prava iz radnog odnosa u odnosu na standardne radnike, odnosno one zaposlene na neodređeno vrijeme s punim radnim vremenom. Spomenuta prava odnose se na pravo na organiziranje i kolektivno pregovaranje, pravo na djelovanje u svojstvu radničkih predstavnika, pravo na profesionalno zdravlje i sigurnost na poslu, zaštitu od diskriminacije u pogledu zvanja i zanimanja, visinu plaće, zaštitu majčinstva, zaštitu od neopravdanog otkazivanja, plaćeni godišnji odmor i državne praznike te bolovanje.

U posljednja dva desetljeća većina država Europske unije (dalje u tekstu: EU) izmijenila je način regulacije atipičnih oblika rada, kao i organizacije

² Atipičnost se ogleda u različitosti od tipičnog oblika ugovora o radu, tj. onog na neodređeno vrijeme s punim radnim vremenom. Potonji oblik zapošljavanja osigurava stabilnost kako za radnike, tako i za poslodavce, budući da pozitivno utječe na razinu proizvodnje, ulaganje u ljudske resurse i motivaciju radnika.

³ Opširnije o funkcionalnoj fleksibilnosti u radnim odnosima v. u: Bilić, A., *Fleksibilnost i deregulacija u radnopravnim odnosima*, doktorska disertacija, Sveučilište u Splitu - Pravni fakultet, Split, 2012., str. 87-113.

⁴ *Ibidem*, str. 113-154.

⁵ O radu na određeno vrijeme v. Bilić, A., *Ugovor o radu na određeno vrijeme – usklađivanje radnog zakonodavstva Republike Hrvatske sa propisima Europske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 41, br. 73-74, 2004., str. 167-181.

⁶ Detaljnije o radu na daljinu u: Bilić, A., *Rad na daljinu prema međunarodnom, europskom i hrvatskom radnom zakonodavstvu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 48, br. 3, 2011., str. 631-647.

⁷ *Ibidem*, str. 154-161.

⁸ *Ibidem*, str. 161-192.

⁹ Bilić, A., *Fleksibilni oblici rada i radno pravo*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30, br. 2, 2009., str. 934 (tablica br. 4 – udio zaposlenih s punim i nepunim radnim vremenom u ukupnom broju zaposlenih za razdoblje od 2000.-2007.).

radnog vremena nastojeći ih uskladiti sa *acquis communautaire*.¹⁰ U pitanju je harmonizacija sa sljedećim pravnim izvorima EU: Direktivom 1999/70/EZ o Okvirnom sporazumu o radu na određeno vrijeme,¹¹ Direktivom 97/81/EZ o okvirnom sporazumu o radu s nepunim radnim vremenom (dalje u tekstu: Direktiva 97/81/EZ),¹² Direktivom 2008/104/EZ o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje,¹³ Okvirnim kolektivnim ugovorom o radu na daljinu,¹⁴ Direktivom 93/104/EZ o određenim aspektima organizacije radnog vremena (dalje u tekstu: Direktiva 93/104/EZ)¹⁵ te Direktivom 2003/88/EZ o određenim vidovima organizacije radnog vremena¹⁶ (dalje u tekstu: Direktiva 2003/88/EZ).

Iako se okvir ovih promjena razlikuje među državama, glavni cilj je gotovo identičan: povećati fleksibilnost tržišta rada kako bi se povećala učestalost kreacije novih radnih mjesta uz istovremeno izjednačavanje i poboljšavanje uvjeta rada radnika zaposlenih temeljem atipičnih ugovora o radu. Fleksibilnost u zapošljavanju i organizaciji rada potiču produktivnost, povećavaju zadovoljstvo radnika i ugled poslodavca. Međutim, činjenica da od ukupnog broja radne populacije upravo žene su te koje u većoj mjeri koriste spomenute oblike fleksibilnosti rada, upućuje na postojanje spolne neravnoteže što u konačnici ima negativan utjecaj na poziciju žena na tržištu rada i njihovu ekonomsku neovisnost.¹⁷

Fokus u ovom radu je na temporalnoj (internoj kvantitativnoj) fleksibilnosti, jer je spolna nejednakost u radnim odnosima upravo najizraženija u tom području. Ista podrazumijeva različitost fleksibilnih rješenja u pogledu duljine trajanja radnog vremena te njegove organizacije. Prethodno je važno napome-

¹⁰ Detaljnije o harmonizaciji nacionalnog radnog zakonodavstva država kandidatkinja za ulazak u EU sa *acquis communautaire*: Rozić, I.; Jašarević, S.; Bilić, A., *Harmonizacija nacionalnog radnog prava s komunitarnim radnim pravom uz poseban osvrt na fleksibilne oblike zapošljavanja (Republika Hrvatska, Bosna i Hercegovina i Srbija)*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 10, 2012., str. 330-361.

¹¹ Direktiva Vijeća 1999/70/EZ od 28. lipnja 1999. o Okvirnom sporazumu o radu na određeno vrijeme koji su sklopili ETUC, UNICE i CEEP, SL L 175, 10. 07. 1999.

¹² Direktiva Vijeća 97/81/EZ od 15. prosinca 1997. o okvirnom sporazumu o radu s nepunim radnim vremenom koji s sklopili UNICE, CEEP i ETUC, SL L 14, 20. 1. 1998.; dalje u tekstu: Direktiva 97/81/EZ.

¹³ Direktiva 2008/104/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19. studenog 2008. o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, SL L 327, 5. 12. 2008.

¹⁴ Okvirni kolektivni ugovor o radu na daljinu potpisan 16. srpnja 2002., dostupan na: http://ec.europa.eu/employment_social/dsw/public/actRetrieveText.do?id=10418 (26.10.2012.).

¹⁵ Direktiva Vijeća 93/104/EZ od 23. studenog 1993. o određenim aspektima organizacije radnog vremena, SL L 307, 13. 12. 1993.

¹⁶ Direktiva 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenog 2003. o određenim vidovima organizacije radnog vremena, SL L 299, 18. 11. 2003.

¹⁷ Europska komisija, *A roadmap for equality between women and men 2006-2010*, COM(2006) 92 final, 2006., dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0092:FIN:EN:PDF> (26.10.2012.).

nuti da u literaturi o fleksibilnosti u radnim odnosima susrećemo različite podjele i nazivlja. Osim tzv. Atkinsonove podijele fleksibilnosti susrećemo i sljedeće nazive, koje odgovaraju pojmu „fleksibilne radne prakse“: visoki učinak organizacije rada (engl. *high performance work organisations*),¹⁸ transformirana organizacija rada (engl. *transformed work organisation*),¹⁹ fleksibilna ili alternativna praksa na radnom mjestu (engl. *flexible or alternative workplace practices*),²⁰ sustavi uključenosti radnika (engl. *employee involvement systems*); sustavi fleksibilne proizvodnje (engl. *flexible production systems*),²¹ progresivne prakse menadžmenta ljudskih resursa (engl. *progressive human resource management practices*),²² sustavi visoke odgovornosti (engl. *high-commitment systems*),²³ visoko uključeni menadžment (engl. *high-involvement management*).²⁴ Spomenute strategije se u teoriji različito nazivaju: funkcionalna *versus* numerička fleksibilnost,²⁵ unutarnja (interna) *versus* vanjska (eksterna) fleksibilnost,²⁶ dinamička *versus* statička fleksibilnost,²⁷ te radni odnos usmjeren na organizaciju *versus* radni odnos usmjeren na posao.²⁸

2. SPOLNA DISKRIMINACIJA U ZAPOŠLJAVANJU I RADU

Općenito uzevši, koncept jednakosti i zabrane diskriminacije pretpostavljao bi zabranu svih razlikovanja, izdvajanja ili preferiranja u zapošljavanju neovisno o temeljima takvog nejednakog postupanja. Doktrina jednakog postupanja i zabrane diskriminacije u zapošljavanju našla je svoje mjesto u brojnoj međunarodnoj regulativi. U okviru normativne djelatnosti Ujedinjenih naroda načelo jednakosti je promovirano Deklaracijom o ljudskim pravima

¹⁸ Gittleman, M.; Horrigan, M.; Joyce, M., „Flexible“ workplace practices: evidence from a nationally representative survey, *Industrial and Labour Relations Review*, vol. 52, br. 1, 1998., str. 99-117.

¹⁹ Cotton, J. L., *Employee involvement: Methods for improving Performance and Work Attitudes*, Sage, Newbury Park, 1993.

²⁰ Macduffie, J. P., *Human resource bundles and manufacturing performance: organisational logic and flexible production systems in the world auto industry*, *Industrial and Labour Relations Review*, vol. 48, br. 2, 1995., 197-221.

²¹ Delaney, J. T.; Huselid, M. A., *The impact of human resource management practices on perceptions of organisational performance*, *Academy of Management Journal*, vol. 39, br. 4, 1996., str. 949-969.

²² Walton, R. E., *From control to commitment in the workplace*, *Harvard Business Review*, vol. 65, 1985., str. 77-84.

²³ Wood, S., *The transformation of work*, u: Wood, S. (ur.), *The Transformation of work Skill, Flexibility, and the Labour Process*, Unwin Hyman, London, 1989., str. 1-43.

²⁴ Wood, S., *Human resource management and performance*, *International Journal of Management Reviews*, vol. 1, br. 4, 1999., str. 367-413.

²⁵ Gittleman, M.; Horrigan, M.; Joyce, M., *op. cit.*, bilj. 18., str. 99-117.

²⁶ Cotton, J. L., *op. cit.*, bilj. 19.

²⁷ Macduffie, J. P., *op. cit.*, bilj. 20., str. 197-221.

²⁸ Delaney, J. T.; Huselid, M. A., *op. cit.*, bilj. 21., str. 949-969.

iz 1948.²⁹ gdje se u čl. 2. navodi: „[s]vatko može biti nositelj prava i sloboda priznatih u Deklaraciji, bez obzira na razlike po bilo kojoj osnovi kao što su rasa, boja kože, spol, jezik, vjersko opredjeljenje, političko ili drugo mišljenje, nacionalna ili socijalno podrijetlo, vlasništvo, rođenje ili neki drugi status“. Ista organizacija donosi 1965. Međunarodnu konvenciju o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije³⁰ u čijem čl. 5 je navedeno: „sve države članice obvezuju se poduzeti radnje kojima bi se zabranila i uklonila rasna diskriminacija u svim svojim oblicima te zajamčilo pravo svakome na jednakost pred zakonom, u pogledu uživanja određenog broja prava bez razlike s obzirom na rasu, boju kože, nacionalno ili etničko podrijetlo, uključujući ekonomska, socijalna i kulturna prava, posebice pravo na rad, jednakost plaće i sl“. Ovo načelo reafirmirano je u čl. 2 st. 1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima³¹ kao i u čl. 3 st. 7. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima donesenih 1966. godine.³² U pogledu spolne diskriminacije 1981. godine usvojena je Međunarodna konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije prema ženama³³ kojom se jamči jednakost temeljem spola. Međunarodna organizacija rada (dalje u tekstu: MOR), glavna međunarodna organizacija u okviru koje djeluju predstavnici radnika, poslodavaca i vlada država članica u rješavanju radnopravnih pitanja na međunarodnom planu, donijela je niz normativnih instrumenata na temu jednakosti i zabrane diskriminacije u zapošljavanju. Ovo načelo proklamirano je samim njenim Ustavom iz 1919., dok se njegovim amandmanom Filadelfijskom deklaracijom iz 1944. eksplicitno proklamira spomenuto načelo kao temeljno načelo prema kojem „sve osobe bez obzira na rasu, vjeru ili spol, imaju pravo na unaprjeđivati svoje materijalno stanje i duhovni razvoj u uvjetima slobode i digniteta, ekonomske sigurnosti i jednakih mogućnosti“. Spomenuto načelo našlo je mjesto i u brojnim konvencijama i preporukama MOR-a. Primjerice, Konvencija br. 100 o jednakosti plaća iz 1951.,³⁴ Konvencija br. 111 o diskriminaciji u zapošljavanju i zanimanju iz 1958.,³⁵ Konvencija br. 143 o radnicima

²⁹ Opća deklaracija o ljudskim pravima od 10. prosinca 1948. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/09).

³⁰ Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije od 7. ožujka 1966. (Narodne novine – međunarodni ugovori, br. 12/93).

³¹ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima od 16. prosinca 1966. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93).

³² Međunarodni pakt o gospodarskim socijalnim i kulturnim pravima od 16. prosinca 1966. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93).

³³ Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena od 18. prosinca 1979. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93, 3/01, 4/01, 15/03, dalje u tekstu CEDAW).

³⁴ Konvencija br. 100 o jednakom nagrađivanju muške i ženske radne snage za rad jednake vrijednosti od 29. lipnja 1951. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/95).

³⁵ Konvencija br. 111 koja se odnosi na diskriminaciju u pogledu zapošljavanja i zanimanja od 25. lipnja 1958. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 2/94).

migrantima,³⁶ Konvencija 169. o urođeničkom i plemenskom stanovništvu u nezavisnim zemljama kojom se regulira zapošljavanje manjina,³⁷ Konvencija br. 156 o jednakim mogućnostima i jednakom postupanju prema radnicima i radnicama: radnicima sa obiteljskim obvezama u kojoj se regulira diskriminacija na temelju obiteljskih obveza³⁸ te Konvencija br. 175 o radu s nepunim radnim vremenom koja se prije svega odnosi na rad žena.³⁹ Spomenuta doktrina priznata je kao pozitivno pravo u brojnim nacionalnim ustavima i zakonodavstvima.⁴⁰ Međutim, valja istaknuti spol kao temelj diskriminacije koji je najčešće predmet kako međunarodne i nacionalne, tako i regulative EU. Važne odredbe koje se odnose na spolnu diskriminaciju postale su sastavni dio osnivačkih ugovora, Ugovora o Europskoj zajednici i Ugovora o EU zahvaljujući Amsterdamskom ugovoru iz 1999. kojim je tadašnji čl. 119. (sada čl. 157. UFEU)⁴¹ nadopunjen čl. 2., čl. 3. st. 2., čl. 12., čl. 13, čl. 137. u kojima se eksplicitno reguliraju pitanja spolne diskriminacije. Nadalje, u Preambuli UEU⁴² članice EU potvrdile su temeljna socijalna prava na način kako je to učinjeno u Europskoj socijalnoj povelji iz 1961., Europskoj konvenciji o ljudskim pravima iz 1950. te u Povelji Zajednice o temeljnim socijalnim pravima radnika iz 1989. Preformuliranim čl. 141. Ugovora o EZ-u (sada spomenuti čl. 157. UFEU) naglašava se načelo jednakosti plaćanja muškaraca i žena za rad iste vrijednosti, te su dati novi jasni temelji za donošenje direktiva i drugih mjera u pogledu uklanjanja diskriminacije, kao i širenje mogućnosti za poduzimanje istih. Povelja o temeljnim pravima EU⁴³ proklamira jednakost odnosno nediskriminaciju zabranjujući svaku diskriminaciju, pa primjerice navodi onu zasnovanu na spolu, rasi, boji kože, etničkom ili socijalnom podrijetlu, genetskim osobinama, jeziku, vjeroispovijesti, političkom ili drugom mišljenju, pripadnosti nacionalnoj manjini, vlasništvu, invalidnosti, životnoj dobi i spolnoj orijentaciji. Pitanje diskriminacije u zapošljavanju i radu na razini EU osim u osnivačkim ugovorima detaljnije je regulirano u sekundarnom zakonodavstvu (poglavito direktivama). Naime, 1975. godine usvojena je Direktiva 75/117/

³⁶ Buklijaš, B.; Bilić, A., *Međunarodno radno pravo*, Pravni fakultet Split, Split, 2006., str. 477-484.

³⁷ Dostupno na: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312314:NO (26.10.2012.).

³⁸ Konvencija br. 156 o jednakim mogućnostima i jednakom tretmanu radnika i radnica: radnici s obiteljskim obvezama (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 5/00).

³⁹ Buklijaš, B.; Bilić, A., *op. cit.*, bilj. 36., str. 217-220.

⁴⁰ V. članke autora Ziskind, D. u časopisu *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 6, 1986.: *Labour Law in Latin American Constitutions*, str. 1; *Labour provisions in Asian Constitutions*, str.117; *Labour Provisions in the Constitutions of Europe*, str. 121.

⁴¹ Ugovor o funkcioniranju EU (pročišćena inačica iz 2012.), SL C 326, 26. 10. 2012.; dalje u tekstu UFEU.

⁴² Ugovor o EU (pročišćena inačica), SL C 326, 26. 10. 2012.; dalje u tekstu: UEU.

⁴³ Povelja o temeljnim pravima EU, SL C 326, 26. 10. 2012.

EEZ o primjeni načela jednakih plaća za muškarce i žene,⁴⁴ Direktiva 76/207/EEZ o implementaciji načela jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu pristupa zapošljavanju, profesionalnog osposobljavanja i usavršavanja te uvjeta rada,⁴⁵ Direktiva Vijeća 79/7/EEZ o postupnoj provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima socijalne sigurnost,⁴⁶ Direktiva 86/378/EEZ o primjeni načela ravnopravnosti muškaraca i žena u pogledu shema profesionalne socijalne sigurnosti,⁴⁷ Direktiva 97/80/EZ o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije utemeljene na spolu,⁴⁸ Direktiva Vijeća 2000/43/EZ o primjeni načela ravnopravnosti osoba bez obzira na njihovo raso ili etničko podrijetlo,⁴⁹ Direktiva 2000/78/EZ o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i odabiru zanimanja,⁵⁰ Odluka Vijeća 2000/750/EZ od 27. studenog 2000. kojom se utvrđuje program djelovanja EZ u borbi protiv diskriminacije,⁵¹ Direktiva 2002/73/EZ godine kojom se mijenja i dopunjuje Direktiva Vijeća 76/207/EEZ,⁵² te Direktiva 2006/54/EZ o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada.⁵³

Jedna od najprominentnijih strukturalnih promjena koja se u posljednja tri desetljeća dogodila na tržištu rada je masovan ulazak žena na to tržište,⁵⁴ i

⁴⁴ Direktiva Vijeća 75/117/EEZ od 10. veljače 1975. o primjeni načela jednakih plaća za muškarce i žene (neslužbeni prijevod), SL L 045, 19. 2. 1975.

⁴⁵ Direktiva Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o implementaciji načela jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu pristupa zapošljavanju, profesionalnog osposobljavanja i usavršavanja te uvjeta rada (neslužbeni prijevod), SL L 039, 14. 2. 1976.; dalje u tekstu: Direktiva 76/207/EEZ.

⁴⁶ Direktiva Vijeća 79/7/EEZ od 19. prosinca 1978. o postupnoj provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima socijalne sigurnost, SL L 6, 10. 1. 1979.

⁴⁷ Direktiva Vijeća 86/378/EEZ od 24. srpnja 1986. o primjeni načela ravnopravnosti muškaraca i žena u pogledu shema profesionalne socijalne sigurnosti (neslužbeni prijevod), SL L 225, 12. 8. 1986.

⁴⁸ Direktiva Vijeća 97/80/EZ od 15. prosinca 1997. o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije utemeljene na spolu (neslužbeni prijevod), SL L 14, 20. 1. 1998.

⁴⁹ Direktiva Vijeća 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o primjeni načela ravnopravnosti osoba bez obzira na njihovo raso ili etničko podrijetlo (neslužbeni prijevod), SL L 180, 19. 7. 2000.

⁵⁰ Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenog 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i odabiru zanimanja, SL L 303, 2. 12. 2000.

⁵¹ Vijeće EU, Odluka Vijeća 2000/750/EZ od 27. studenog 2000. kojom se utvrđuje program djelovanja Zajednice u borbi protiv diskriminacije (neslužbeni prijevod), SL L 303, 2. 12. 2000.

⁵² Direktiva 2002/73/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. rujna 2001. iz 2002. godine kojom se mijenja i dopunjuje Direktiva Vijeća 76/207/EEZ o primjeni načela ravnopravnosti muškaraca i žena s obzirom na mogućnost zapošljavanja, stručnog osposobljavanja i napredovanja te na uvjete rada (neslužbeni prijevod), SL L 269, 5. 10. 2002.

⁵³ Direktiva 2006/54/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. lipnja 2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada (preinačena)SL L 204, 26. 7. 2006.

⁵⁴ O razvoju uloge žena na tržištu rada v. Bilić, A., *Diskriminacija u Europskom radnom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 44, br. 3 - 4, 2007., str. 568-569.

to u kontekstu daljnje proizvodnje i tehnoloških promjena koji su uzrokovali pojavu učestalije primjene atipičnih oblika zapošljavanja i novih oblika organizacije rada kao što su samozapošljavanje, podugovaranje i *outsourcing*. Žene su još uvijek primarno profesionalno segregirane, koncentrirane u honorarnim poslovima, te zakinite za rodnu razliku plaća.⁵⁵ Taj globalni trend posljedica je „umrežavanja“ i globalizacije ekonomije, te rodne segmentacije tržišta rada koja iskorištava specifične uvjete ženske radne snage. Upravo takva fleksibilizacija na tržištu rada otvara nove mogućnosti za žene, koje su ujedno i prilagodljivije na lošije uvjete rada.

Bez obzira na promjene u socijalnom modelu na kojem je zasnovana podjela rada, žene i dalje primarno ostaju odgovorne za reproduktivnu zadaću u društvu. Dakle, premda se žene sve više kreću prema pozicijama viših razina zaposlenja, mnoge ili većina njih također zadržava glavnu odgovornost za kućanstvo i obiteljski život, održavajući tako i obrasce nejednakosti u zapošljavanju.⁵⁶ Stoga, mogućnost žena da zadrže svoj posao usprkos dvostrukom teretu (posao i obitelj), u velikoj mjeri ovisi o postojanju i razvoju javne socijalne službe te o uvođenju određenih pravnih normi kojima je svrha uklanjanje određenih prepreka koje stoje na putu razvoju karijere žene. Očividno je da su žene ulaskom na tržište rada još uvijek suočene sa preprekama u pogledu stjecanja prava uređenih radnim pravom, budući da je isto kreirano za industrijsko društvo i standardni ugovor o radu, a ne za društvo znanja i atipične oblike zapošljavanja.

3. TEMPORALNA FLEKSIBILNOST KAO MODUS PRILAGODBE RADNE SNAGE NOVONASTALIM UVJETIMA NA TRŽIŠTU RADA

U posljednja tri desetljeća u industrijaliziranom svijetu došlo je do značajnih odstupanja od tradicionalnog sustava organizacije rada utemeljenog na masovnoj proizvodnji koja potječe još iz industrijske ere te se krenulo prema čitavom nizu različitih pristupa koji se u širem smislu karakteriziraju kao „fleksibilni“ oblici organizacije rada. Zakonodavni okvir i napose regulativa radnog vremena u pojedinim državama ima važan utjecaj na stupanj slobode strukturiranja odgovarajućih organizacijskih politika poduzeća. Opći trend u industrijaliziranom svijetu je decentralizacija gospodarskog odlučivanja na razini pojedinih poduzeća, čime im se omogućava veća sloboda kretanja unutar zadanog zakonodavnog okvira. Ovaj čimbenik uzima u obzir visok stu-

⁵⁵ Giddens, A., *Sociology*, Polity Press, Cambridge, 2007., str. 391.

⁵⁶ Crompton, R.; Brockmann, M., *Class, gender and work-life articulation*, u: Perrons, D. et. al. (ur.), *Gender Divisions and Working time in the New Economy - Changing Patterns of Work, Care and Public Policy in Europe and North America*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham and Northampton, 2006., str. 105.

panj odstupanja u industrijskim odnosima i politikama upravljanja ljudskim resursima između poduzeća – čak između onih u istoj državi i industriji.

Pod pritiscima konkurencije u globalnoj ekonomiji poduzeća u sve većoj mjeri uvode fleksibilno organiziranje radnog vremena, u smislu odstupanja od standardnog broja sati i njihovog fiksnog rasporeda tijekom tjedna ili dana. Time dolazi do različitog grupiranja modela radnog vremena koji se ne razlikuju samo između država ili gospodarskih sektora, već i između tvrtki u istoj industriji ili čak između radnika u istoj kompaniji, što je u ovisnosti o prirodni posla koji on obavlja.

U pogledu promjena standardnog modela radnog vremena potrebno je ukazati na institucionalni kontekst u kojem se takve promjene događaju. Naime, pojavljuje se poveznica između različitih tipova institucionalnih struktura u državi koje reguliraju radno vrijeme – i stvarnih modela radnog vremena koji nastaju u istoj državi. Tako u industrijaliziranim zemljama postoje tri osnovna modela sustava radnog vremena:⁵⁷

- sustavi radnog vremena koje regulira država, primarno utemeljeni na nacionalnom zakonodavstvu;

- sustavi radnog vremena utemeljeni na pregovorima i kolektivnim ugovorima između socijalnih partnera na nacionalnoj razini, razini sektora i poduzeća;

- tržišno orijentirani sustavi radnog vremena, koji iako mogu uključivati zakone i kolektivne ugovore, prvenstveno su rezultat individualnih ugovora o radu.

Iako postoje značajna odstupanja na nacionalnoj razini, općenito, sustavi radnog vremena koje regulira država nastoje proizvesti koncentraciju radnih sati oko „normalnog“ radnog vremena koje je određeno propisima, a pri tom relativno mali broj radnika rade prekovremeno ili nepuno radno vrijeme (Francuska). Nasuprot tome, sustavi radnog vremena utemeljeni na pregovorima nastoje prikazati razlike u prosječnim satima rada, s koncentracijom radnih sati oko „normalnih“ u kojima kolektivni ugovori pokrivaju radno vrijeme primarno na nacionalnoj razini (Danska i Švedska), i višestruke grupe radnih sati u slučajevima koje predviđaju kolektivni ugovori sklopljeni na razini sektora/poduzeća. Naposlijetku, tržišno orijentirani sustavi (Australija, Sjedinjene Američke Države (dalje u tekstu: SAD), Japan) teže oblikovati široko raspršene radne sate, s relativno visokim udjelima radnika koji rade prekovremeno, ali i onih koji rade nepuno radno vrijeme.⁵⁸ Ovakvi sustavi radnog vremena

⁵⁷ Anxo, D.; O'Reilly, J., *Working time transitions and transitional labour markets*, u: Schmidt, G.; Gazier, B., (ur.), *The dynamics of full employment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2002.

⁵⁸ Anxo, D. et. al. (ur.), *Work patterns and capital utilisation: An internal comparative study*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1995.

imaju ulogu medijatora, odnosno interaktivno djeluju s vodećim silama koje oblikuju globalne promjene u organizaciji rada i „filtriraju“ takve sile kako bi proizveli promjene u dužini i rasporedu radnih sati. Spomenuta interakcija između vodećih sila koje oblikuju organizaciju rada na međunarodnoj razini i sustava radnih sati u svakoj državi teže usklađenosti, utemeljenosti na konkurentskoj stvarnosti u različitim gospodarskim sektorima i posebnoj mješavini gospodarskih odnosa i strategija upravljanja ljudskim resursima koje usvaja svako poduzeće kao odgovor na takvu stvarnost.⁵⁹ Štoviše, strategije poduzeća, korištene u provedbi navedenih ciljeva, mogu dovesti do toga da poduzeća u istoj državi i gospodarskom sektoru koriste različite rasporede radnog vremena.⁶⁰ Spomenute različitosti mogu biti veće u tržišno orijentiranim sustavima radnog vremena. Razlog je u nedostatku institucionalnih ograničenja radnog vremena uslijed ograničene naravi važećih propisa i izostanka kolektivnih pregovora u mnogim sektorima i privatnim poduzećima.

U pogledu organizacije radnog vremena u industrijski razvijenim zemljama zapažaju se tri kategorije: prekovremeni rad, alternativne metode raspoređivanja radnih sati i nepuno radno vrijeme.

3.1. Prekovremeni rad

Prekovremeni rad se odnosi na sate rada koji su inače duži nego utvrđeni „normalni“ sati rada u određenoj državi. Industrijalizirane države s visokom decentralizacijom odlučivanja u pogledu organizacije radnog vremena i sustavima radnog vremena koji su „tržišno“ orijentirani (Australija, Japan, Velika Britanija, SAD) teže supstancijalnom dijelu radne snage koji radi povećani broj radnih sati, za što velika većina radne snage ima izraziti interes zbog dodatnog izvora prihoda. Javlja se sve veći broj poslodavaca, čak i oni kod kojih postoji mogućnost fleksibilnog određivanja radnog vremena, koji se i dalje oslanjaju na povećani broj radnih sati kao važan mehanizam u odgovoru na fluktuacije u zahtjevima tržišta.⁶¹

⁵⁹ Primjerice, u gospodarskim djelatnostima bogatim kapitalom, kao što je automobilska industrija, troškovi rada su niži nego troškovi pogona i opreme. Stoga je fokus poduzeća u ovoj industriji na povećanju iskoristivosti kapitala, često putem produljenja radnih sati. Usp. Anxo, D. et al. (ur.), *op. cit.*, bilj. 58. U uslužnim djelatnostima u kojima postoji velik broj zaposlenih, kao što je maloprodaja, troškovi rada su jedinstvena najveća kategorija operativnih troškova i kao rezultat „sektorom upravljaju strategije smanjenja troškova zaposlenih.“ V. OECD, *Flexible working time: collective bargaining and government intervention*, Paris, 1995., str 34.

⁶⁰ Primjerice, poduzeća u gospodarskoj grani maloprodaje koja su konkurentna primarno zbog niskih troškova, imat će različite gospodarske odnose i strategije upravljanja ljudskim potencijalima, uključujući različite obrasce radnog vremena, nego poduzeća u istoj državi i u istom gospodarskom sektoru čiji su poslovni ciljevi fokusirani na osiguranje visoke razine usluge kupcima.

⁶¹ Primjerice, britanska kompanija koja prodaje pripremljenu i smrznutu hranu, zbog nepredviđenih promjena u zahtjevima tržišta, široko koristi povećanu uporabu prekovremenog rada,

Australija, SAD te Japan imaju najduže radno vrijeme u industrijaliziranom svijetu, s 20% radnika koji, u prosjeku, rade 50 sati ili više tjedno. Razlog leži u deregulaciji radnog vremena kod koje se odstupa od prethodnog sustava – regulatorne strukture s nagradama na temelju djelatnosti koja određuje normalno radno vrijeme, ograničenja ukupnog broja radnih sati, nagradnih bodova za plaću s obzirom na prekovremene sate – i kreće prema decentraliziranom, tržišnom orijentiranom sustavu utemeljenom na pregovaranju na razini poduzeća i posebno širokoj uporabi pojedinačnih ugovora o radu. Međutim, važno je naglasiti da do povećanja prekovremenih sati nije došlo samo u državama s tržišno orijentiranim sustavima radnog vremena, već i u određenim djelatnostima, primjerice informacijskoj,⁶² kao i za određene skupine zanimanja, najvećim dijelom upravljačkim i profesionalnim.⁶³

i povećani broj radnih sati, u državi sa sustavom radnog vremena koje je tržišno orijentirano. U poduzeću se radi tradicionalno u tri radne smjene u kojima radnici rade s punim radnim vremenom. Primarni kupci proizvoda poduzeća su supermarketi, koji često naglo mijenjaju raspored uz prethodnu obavijest u vrlo kratkom roku, često kraćem od 24 sata unaprijed. Budući da je većina hrane kojom raspolažu lako pokvarljiva, nije moguće stvoriti velike zalihe kako bi se odgovorilo na tako nestalne promjene u potražnji. Kao posljedica, od zaposlenika se tražilo da rade 21 sati tjedno prekovremeno. Pored toga, zaposlenici uobičajeno primaju obavijest unaprijed o prekovremenom radu. Poduzeće može zahtijevati veći broj prekovremenih sati, budući da u Velikoj Britaniji ne postoji zakonski okvir u vezi s rokovima u kojima se radnici moraju obavijestiti o prekovremenom radu. Nadalje, relativno konstantno se u ovoj grani privrede stavlja naglasak na sposobnost brzog odgovora na promjene u narudžbama kupaca, dakle na korištenje neplaniranog prekovremenog rada. Navedeni slučaj prikazuje kako nepredviđene promjene u zahtjevima kupaca mogu utjecati na produženje prekovremenih sati rada. Takvo rješenje nije pozitivno ni za radnike, ni za poduzeće koje je suočeno sa izostancima radnika s radnog mjesta (kao posljedica psiho-fizičkih bolesti koje nastaju kao posljedica dugotrajnog prekovremenog rada), kao i velikom fluktuacijom radne snage. V. Purcell, K.; Hoghart, T.; Simm, C., *Whose flexibility? The costs and benefits of non-standard working arrangements and contractual relations*, York Publishing Services/Joseph Rowntree Foundation, York, 1999.

⁶² Postoje nekoliko vodećih sila koje uzrokuju povećanje broja radnih sati u informacijskim djelatnostima: fiksno radno vrijeme i ograničenja proračuna što proizlazi iz ciljeva brojčane izvedbe za IT projekte; visok stupanj nesigurnosti u odnosu na vrstu i opseg posla koji se treba obaviti unutar zadanog projekta; potrebu za visokom razinom suradnje između IT timova i članova koji zahtijevaju supstancijalnu količinu vremena za koordinaciju; visoku razinu motiviranosti visokoobrazovane informatičke radne snage koja ih vodi; nepoštivanje propisa o radnom vremenu. V. Voss-Dahm, D., *Information technologies in Germany*, u: Mermet, E.; Lehnendorf, S. (ur.), *New forms of employment and working time in the service economy: county case studies conducted in five service sectors*, European Trade Union Institute, Bruxelles, 2001. Nadalje, o povećanju broja radnih sati u informacijskom sektoru u Nizozemskoj: Plantega, J.; Remery, C., *Information technologies in the Netherlands*, u: Mermet, E., Lehnendorf, S. (ur.), *New forms of employment and working time in the service economy: county case studies conducted in five service sectors.*, European Trade Union Institute, str. 11-13.

⁶³ U okviru EU, fenomen prekovremenog rada najprisutniji je u Velikoj Britaniji, budući da se radi o zemlji koja je prihvatila tržišno orijentirano radno vrijeme. Tako prekovremeni rad menadžera i stručnjaka koji u prosjeku rade više od 48 sati tjedno predstavlja više od polovice ukupnog radnog vremena svih radnika (v. mrežne stranice Trade Union Congress-a, dostupno na: <http://www.tuc.org.uk/workplace-issues/chemicals-and-dust/welfare-and-benefits/unpaid-overtime-%C2%A35bn-%C2%A328bn> (26.10.2012.)).

Shvaćajući težinu problema rastućeg broja nezaposlenih početkom 80-tih godina prošlog stoljeća na europskoj je razini ponovno⁶⁴ pokrenuta rasprava o radnom vremenu kako bi se uredilo pitanje organizacije radnog vremena i ograničila uporaba prekovremenog rada.⁶⁵ Tako je 23. studenog 1993. donesena Direktiva 93/104/EZ o određenim aspektima uređenja radnog vremena.⁶⁶ U Preambuli Direktive 93/104/EZ harmonizacija radnog vremena izričito je navedena kao jedan od ključnih čimbenika. *Rationae materiae* Direktiva 93/104/EZ je obuhvaćala odredbe o maksimalnom trajanju radnog vremena, dnevnom, tjednom te godišnjem odmoru, kao i odredbe o noćnom i smjenskom radu. Materijalni doseg te Direktive je bio skroman budući da je njome propušteno reguliranje pitanje rada vikendom, kao i sustavnog prekovremenog rada. Osim toga, njome je bilo obuhvaćeno stanje kakvo je zatečeno u državama članicama u vrijeme njenog donošenja, što je bila svakako njena manjkavost.

Najviše spora izazvalo je pitanje najdužeg trajanja tjednog radnog vremena. Na kraju je bio postignut, često kritizirani, kompromis prema kojem ono ne smije iznositi više od 48 sati tjedno, a referentni vremenski period iznosi čak četiri mjeseca, čime je stvorena diskrepancija glede preporuke Vijeća iz 1975. godine.⁶⁷

Na prijedlog Europske Komisije, na temelju čl. 137. st. 2. UEZ-a Vijeće i Parlament donijeli su 2003. godine novu Direktivu 2003/88/EZ o određenim aspektima uređenja radnog vremena.⁶⁸ Za razliku od Direktive 93/104/EZ, u novoj je Direktivi sadržano rješenje o najduljem trajanju tjednog radnog

EIROnline, *European industrial relations observatory online, Lightening the load of long working hours among Europe's managerial staff*, dostupno na: <http://www.eiro.eurofound.ie/1997/123/feature/EU9717170F.html> (26.10.2012.); EIROnline, *Professional staff work substantial additional hours*, 2001., dostupno na: <http://www.eiro.eurofound.ie/2011/08/feature/Dk021871f.html> (26.10.2012.); Jacobs, J. A.; Gerson, K., *Who are the overworked Americans?*, u: Golden, L.; Figart, D. (ur.), *Working time: International trends, theory and policy perspectives*, Routledge, London, 2000.

⁶⁴ Zahtjevi za uređenjem aspekta radnog vremena inicirani su još 70' godina prošlog stoljeća, što je rezultiralo preporukom Vijeća sukladno kojoj bi trajanje radnog tjedna iznosilo najduže 40 sati, a plaćeni godišnji odmor četiri tjedna. V. Schmidt, M., *Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2001., str. 72.

⁶⁵ Budući se oko tog pitanja nije mogao postići konsenzus u Vijeću prigoda za to je stvorena tek nakon što je 21. i 22. listopada 1991. godine na Ministarskoj konferenciji u Torinu odlučeno da se ažuriraju i prilagode materijalni sadržaji Europske socijalne povelje sa osnovnim socijalnim promjenama do kojih je došlo nakon što je usvojen njen tekst.

⁶⁶ Direktiva Vijeća 93/104/EZ stupila je na snagu 2. siječnja 1994, a države članice bile su je dužne implementirati do 23. studenog 1996. godine.

⁶⁷ Bodiroga - Vukobrat, N.; Laleta, S.; Jukić, A., *Posebosti reguliranja radnog vremena u kontekstu Smjernice 2003/88/EZ s osvrtom na nacionalna rješenja u Njemačkoj, Austriji i Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008., str. 85.

⁶⁸ Razlozi donošenja Direktive 2003/88/EZ bili su nužnost izmijene Direktive 93/104/EEZ u bitnim točkama: potrebitost osiguranja primjerenog vremena odmora za sve radnike; svijest o osjetljivosti ljudskog organizma na noćne radne uvjete; potreba prilagodivosti rada čovjeku te zbog potrebe fleksibilnog tumačenja odredaba te direktive, ali uz poštivanje i osiguranje sigurnosti i zdravlja radnika, što je sve istaknuto u Preambuli direktive.

vremena od 48 sati tjedno u što je uključen i prekovremeni rad.⁶⁹ Direktiva 2003/88/EZ ne dopušta produljenje referentnog vremena tjednog radnog vremena na više od šest mjeseci, osim u slučaju kad to odobrenje imaju socijalni partneri od strane države, koje opravdavaju objektivne, tehničke ili radnoorganizacijske okolnosti, u kojem slučaju se kolektivnim ugovorima može predvidjeti duže referentno razdoblje, ali na maksimalno dvanaest mjeseci.⁷⁰

Države članice ne moraju poštivati odredbu Direktive 2003/88/EZ o najduljem trajanju radnog tjedna ukoliko poštuju opća načela zaštite sigurnosti i zdravlja radnika, ali moraju osigurati da poslodavci poštuju niz ograničenja, što ovu odredbu, posebice u pogledu pravne sigurnosti radnika, čini vrlo diskutabilnom.⁷¹ Nadalje, u međuvremenu su presude Suda EU *Simap*⁷² te *Jaeger*⁷³ pokazale da je potrebno izvršiti detaljniju analizu u pogledu tumačenja pojma „radno vrijeme“. Stoga je Europska komisija, nakon prethodno provedenih konzultacija sa socijalnim partnerima,⁷⁴ 22. rujna 2004. godine podnijela konačnu verziju Prijedloga Direktive Europskog parlamenta i Vijeća za izmjenu Direktive 2003/88/EZ. Predložila je *in concreto* sljedeće: definicijama pojmova „radno vrijeme“ i „vrijeme odmora“ potrebno je dodati određenje pojmova „vrijeme dežurstva“ i „neaktivno vrijeme za vrijeme dežurstva“ za koje je decidirano određeno da se ne smatra radnim vremenom, osim ako unutardržavnim izvorom nije drugačije propisano. Referentno razdoblje i dalje ostaje četiri mjeseca, uz mogućnost da države produlje taj rok uz poticanje socijalnog dijaloga, ali u svakom slučaju ono ne bi smjelo prekoračiti vrijeme trajanja ugovora o radu; ukinuti mogućnost odstupanja od referentnog razdoblja od četiri mjeseca uz preciziranje zamjenskog razdoblja odmora u roku od 72 sata; predlaže se brisanje čl. 19 st. 1. i 3. te čl. 20. st. 2. čime bi se smanjio broj odstupanja od referentnog razdoblja koja su poradi izmijene predložene u 2. točki postala nepotrebna; odrediti uvjete koje država treba ispuniti ukoliko ne želi primjenu čl. 6. o najdužem trajanju tjednog radnog vremena, što bi u svakom slučaju tražilo odobrenje kolektivnim ugovorom sklopljenim na odgovarajućoj razini.⁷⁵

U okviru država EU-27 prekovremeni rad, bez obzira na spomenutu regulativu, dosta je ograničen (13,4% muškaraca i 8,7% žena), prvenstveno

⁶⁹ Čl. 6. Direktive 2003/88/EZ.

⁷⁰ *Ibidem*, čl. 19.

⁷¹ Bodiroga - Vukobrat, N.; Laleta, S.; Jukić, A., *op. cit.*, bilj. 67., str. 91.

⁷² Sud EU, C-303/98 *Simap* (2000) ECR I-7963.

⁷³ Sud EU, C-151/02 *Jaeger* (2003) ECR I-8415.

⁷⁴ Socijalni partneri nisu se usuglasili u pogledu *opt-out-a*, mogućnosti odstupanja referentnog razdoblja za računanje radnog vremena te definiciji radnog vremena.

⁷⁵ V. Europska komisija, Prijedlog direktive Europskog Parlamenta i Vijeća o dopuni Direktive 2003/88/EZ o određenim aspektima organizacije radnog vremena (neslužbeni prijevod), COM (2004), 0607 final.

zbog njegove financijske otegotnosti za poslodavce. Čak i u onim državama u kojima je zabilježena povećana uporaba tog instituta,⁷⁶ prisutan je neplaćeni prekovremeni rad. Isti se najčešće kompenzira slobodnim danima, i to češće radnicama. U pogledu razlika u spolu kod prekovremenog rada, uz iznimku Bugarske, veći je udio muškaraca. Posljedica je to činjenice što je prekovremeni rad radnika s obiteljskim obvezama moguć samo ako privatne obveze vezane za funkcioniranje kućanstva i skrb za djecu i starije članove obitelji izvršava neki drugi član obitelji, što je u najvećem broju slučajeva upravo žena. Time su one zakinite i u segmentu mogućnosti ostvarivanja povećane zarade. Međutim, prekovremeni rad u atipične sate može biti problematičan, posebice za radnike s djecom. Neke države, većinom nove članice EU, kao i države kandidatkinje za pridruživanje EU, su u ovom smislu predvidjele regulativu,⁷⁷ budući su više pogođene zlouporabom tog instituta.

3.2. Alternativne metode raspoređivanja radnih sati

Tijekom posljednja dva desetljeća javio se trend određivanja radnog vremena na način da se radni sati fleksibilno određuju i razlikuju na tjednoj, mjesечноj ili čak godišnjoj osnovi. Premda pojam fleksibilnosti radnog vremena nije novi fenomen – prekovremeni rad i rad u smjenama postoje gotovo cijelo stoljeće – tržišni trend je odstupanje od tradicionalnog „standardnog radnog tjedna“ i široki spektar mogućnosti određivanja radnih sati prema određenim potrebama. Ovo fleksibilno utvrđivanje radnog vremena uključuje raznolike oblike, od različitih početaka i završetaka smjenskog rada i rada vikendom, fleksibilnog početka i završetka radnog vremena, „zbijenog“ radnog tjedna i određivanja prosječnog trajanja radnog vremena u određenom vremenskom razdoblju, do godine dana. U tom smislu mogu se izdvojiti sljedeći oblici fleksibilnog radnog vremena:⁷⁸

- **raspoređeni radni sati** formalni programi **fleksibilnog određivanja radnog vremena** omogućuju radnicima variranje početka i završetka radnog vremena, a u nekim slučajevima čak i određivanje broja radnih sati tijekom

tjedna. Spomenuti programi uključuju određivanje „temelnog“ broja radnih sati tijekom kojih se od svih radnika očekuje nazočnost na radnom mjestu. Postoje određeni programi koji uopće ne zahtijevaju određivanje „temeljnih“ radnih sati. Ovom „temeljnog“ radnom vremenu prethode i slijede ga razdoblja fleksibilnog radnog vremena te se zaposlenicima daje mogućnost odabira vremena u kojem će odraditi preostali broj radnih sati, pod uvjetom da se ispuni broj predviđen ugovorom o radu u određenom razdoblju. Programi fleksibilnog određivanja radnog vremena također omogućuju radnicima kumuliranje „kredita“ ili „deficita“ odradenog broja sati, do određenog maksimuma. Deficiti se mogu odraditi u nastupajućem razdoblju, dok se akumulirani prekovremeni radni sati mogu zamijeniti slobodnim danima.

- pojam „**spremanja vremena**“ ili „**bilance radnih sati**“ uključuje vođenje podataka o odradenom broju radnih sati za pojedine radnike. Poput nekih vrsta programa fleksibilnog određivanja radnog vremena „spremanje vremena“ omogućuje radnicima kumuliranje „kredita“ ili „deficita“ broja radnih sati do određenog maksimuma. U ovom se slučaju radi o znatno dužim razdobljima, od nekoliko mjeseci do godine dana, pa i duže. Pravila specifičnih rješenja u određivanju uvjeta „spremanja vremena“ utvrđuju način i vremensko razdoblje u kojem se akumulirani prekovremeni sati mogu „potrošiti.“ U nekim slučajevima postoje značajna ograničenja utemeljena na operativnim potrebama poduzeća. U slučaju kratkotrajnih bilanci radnih sati koji su u praksi najčešći, prekovremeno odradeni sati mogu se koristiti u obliku plaćenog dopusta. U slučaju dugotrajnih bilanci radnih sati, akumulirani prekovremeni sati mogu se zamijeniti dužim plaćenim dopustom ili isplatom u slučaju prijevremenog umirovljenja.

- **Godišnje** omogućavaju variranje radnog vremena tijekom dužeg razdoblja. Sheme godišnje raspoređenih radnih sati određuju prosječan broj radnih sati koji se odraduju tijekom tjedna, odnosno referentnog razdoblja u rasponu od nekoliko tjedana do cijele godine. Ovaj pristup omogućava poduzećima povećanje broja radnih sati, primjerice, tijekom razdoblja s povećanim opterećenjem posla te da iste smanji u razdobljima sa smanjenog radnog opterećenja. Broj radnih sati koje treba odraditi tijekom svakog tjedna određuje poslodavac u skladu s potrebama poduzeća, obično u rasponu minimalnog i maksimalnog broja radnih sati, koji su podložni promjenama zbog dodatnih uvjeta navedenih u kolektivnim ugovorima poput prethodnog roka za dostavu obavijesti. Sheme godišnje raspoređenih radnih sati mogu se kombinirati s elementima fleksibilnog određivanja radnog vremena ili „spremanja“ vremena u razna rješenja koja su obično specifična za pojedina poduzeća.

Formalni programi fleksibilnog određivanja radnog vremena postoje u mnogim zemljama od sedamdesetih godina prošlog stoljeća i prilično su ra-

⁷⁶ Nizozemska, Austrija i Velika Britanija. V. <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/02/study/tm0302101s.htm> (26.10.2012.).

⁷⁷ Najekstenzivniju regulativu ima **Estonija** u kojoj je prekovremeni rad za radnika sa djecom mlađom od 12 godina života dopušten samo uz njegov izričit pristanak. U **Mađarskoj** prekovremeni rad za radnike s djecom mlađom od godine dana ili za radnika, samohranog roditelja je moguć samo uz njegov pristanak. Plantenga, J.; Remery, C., *Flexible working time arrangements, and gender equality, A comparative review of 30 european countries*, European Commission, Brussels, 2009., str. 34. U **Republici Hrvatskoj** (dalje u tekstu: RH) trudnica, roditelj s djetetom do tri godine starosti, samohrani roditelj s djetetom do šest godina starosti i radnik koji radi u nepunom radnom vremenu, može raditi prekovremeno samo ako dostavi poslodavcu pisanu izjavu o dobrovoljnom pristanku na takav rad, osim u slučaju više sile. Zakon o radu (Narodne novine, br. 149/09, 61/11, 82/12, 73/13), čl. 45; dalje u tekstu: ZR.

⁷⁸ Bilić, A., *op.cit.*, bilj. 3., str. 167-168.

šireni.⁷⁹ S druge strane, u nekim zemljama, sheme godišnje raspodijele radnih sati vrlo su rijetke ili uopće ne postoje, dok su u nekim zemljama vrlo raširene.⁸⁰ „Spremanje“ radnog vremena, iako podaci za većinu industrijski razvijenih zemalja nisu dostupni, prisutan je u Njemačkoj (37%) radnika⁸¹ te Francuskoj (12%).⁸²

Pomak prema fleksibilnijem određivanju radnih sati većinom iniciraju poduzeća, često slijedom promjena u organizaciji rada te kao odgovor na, ranije spomenute, pokretačke sile na tržištu. Postoje tri glavna razloga zbog kojih poduzeća traže povećanu fleksibilnost radnog vremena:

- zainteresirana su za fleksibilnije određivanje radnih sati radnika kako bi produžili ukupno trajanje radnog vremena. U slučaju proizvodnih poduzeća produženje radnog vremena je metoda boljeg korištenja postojećih kapitalnih sredstava i smanjenja jediničnih troškova proizvodnje. U pogledu poduzeća u uslužnom sektoru, produženje radnog vremena nema neposredne prednosti u odnosu na smanjenje troškova, već je sredstvo za širenje privlačnosti poduzeća za različite grupe potrošača i posredno povećanje njihove kompetitivne prednosti;

- zainteresirana su za korištenje fleksibilnih radnih sati kako bi lakše prilagodila svoje radno vrijeme potrebama tržišta, a posebice godišnju raspodjelu radnih sati koja je vrlo učinkovita i omogućuje poduzećima da spremno produže radno vrijeme u slučaju porasta potražnje te da ga smanje u slučajevima smanjenja radnog opterećenja;

- zainteresirana su za korištenje fleksibilnog radnog vremena kao dio mjera smanjenja troškova, iako je ovaj aspekt vremenske fleksibilnosti ponekad ograničen odredbama nacionalnog prava. Korištenje različitih shema radnog vremena može biti ekonomičnije od korištenja prekovremenog rada. Uvođe-

⁷⁹ Okvirno pokrivaju 1 od 21 radnika u SAD-u, Velikoj Britaniji i Japanu; 8% radne snage u Francuskoj, u Njemačkoj oko 35%. V. EIROOnline, *Working time developments and the quality of work*, 2001., dostupno na: www.eiro.eufound.ie/2001/11/study/TN011183S.html (26.10.2012.).

⁸⁰ Države s najdužim prosječno godišnje raspoređenim radnim satima (1,900 sati ili više): Grčka, Poljska, Mađarska, Republika Češka i Estonija); zemlje ispod prosjeka godišnje raspodijele radnih sati (1,800–1,900 sati): Litva, Irska, Rumunjska, Cipar, Italija, Ujedinjeno Kraljevstvo); države sa prosječnom raspodjelom godišnje raspoređenih radnih sati (1,600–1,800 sati): Malta, Portugal, Slovačka, Slovenija, Finska, Austrija, Bugarska i Španjolska; zemlje ispod prosjeka godišnje raspoređenih radnih sati (1,500–1,600 sati): Luksemburg, Švedska, Belgija, Danska i Francuska; zemlje sa najkraćom godišnjom raspodjelom radnih sati (ispod 1,500 sati): Njemačka, Norveška i Nizozemska. (EIROOnline, *Working time developments - 2011.*, dostupno na: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn1204022s/tn1204022s.htm#hd7> (26.12.2012.)). U Japanu 36% poduzeća koji zapošljavaju 23% ukupne radne snage u zemlji. (*Total Hours Worked and Scheduled Hours Worked*, Japanski institut za rad, 2002., str. 63, tablica 50.)

⁸¹ IDS International department, *Pay and conditions in Germany*, Incomes data services, Ltd; London, 2001., str. 127.

⁸² *Ibidem*, str. 15.

nje godišnje raspodijele radnih sati ili modela „spremanja“ vremena – koji omogućavaju određivanje prosječnog trajanja radnog vremena ili njegovo kumuliranje kroz određeno razdoblje u rasponu od nekoliko tjedana do godine dana – uklanja potrebu poslodavaca da plaćaju premije za prekovremeni rad radnicima koji rade preko određenog „normalnog“ ili „redovnog“ broja radnih sati tijekom tjedna.

Iako fleksibilno radno vrijeme radnici, posebice oni s obiteljskim obavezama, smatraju poželjnim, mogućnost njegove uporabe je ograničena u većini država EU-27.⁸³ Postizanje temporalne fleksibilnosti alternativnim metodama raspoređivanja radnog vremena je rašireno u Austriji, Irskoj, Velikoj Britaniji te nordijskim zemljama.⁸⁴ Slabije se primjenjuju u državama karakteriziranim velikim udjelom malih tvrtki, kao u istočnim i južnim europskim državama, zbog komparativno visokih organizacijskih troškova. Osim toga, uporaba fleksibilnog rada nije toliko usmjerena na usklađivanje privatnog i poslovnog života, koliko na postizanje kompetitivnosti poslodavca. Glavna iznimka je u rasponu fleksibilnog dolaska i odlaska s posla.⁸⁵ U južnim i istočnim europskim državama, kao i državama kandidatkinjama za ulazak u EU, u kojima postoji dominacija malih i srednjih poduzeća i segmentirano tržište rada, regulacija radnog vremena je često vrlo rigidna. Fleksibilnost uključuje atipične ugovore o radu, neformalan rad, samozapošljavanje sa neznatnim radničkim pravima. Ovdje su žene daleko više zastupljene u fleksibilnom zapošljavanju, a samo manjina ima pristup fleksibilnom radnom vremenu ili imaju mogućnost samostalnog odlučivanja o vlastitom radnom vremenu. U ovim drža-

⁸³ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Comparative analysis of working time in the European Union*, dostupno na: ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6417 (26.10.2012.), str. 21.

⁸⁴ U Austriji trećina muškaraca i žena imaju pristup fleksibilnom rasporedu radnog vremena. Udio prekovremenog rada je relativno nizak (26% muškaraca i 12% žena), iako je često riječ o neplaćenom radu. U Velikoj Britaniji se ovaj modus organizacije radnog vremena smatra načinom promidžbe bolje ravnoteže između privatnog i poslovnog života u nedostatku ustanova dječje skrbi i dostupan je, ovisno o vrsti, u omjeru od 35% - 50%. Od 2002. godine roditelji mogu zatražiti fleksibilan rad radi njege djece, što je kasnije prošireno i za osobe koje skrbe za starije osobe. Kako bi se izbjegla spolna diskriminacija ovo pravo je priznato svim radnicima. U Irskoj također postoji mogućnost alternativnih raspoređivanja radnih sati, odnosno cijelog niza fleksibilnog određivanja radnog vremena, ali ne na zakonskoj osnovi. Plantenga, J.; Remery, C., *op. cit.*, bilj. 77., str. 53-65.

⁸⁵ U Belgiji gotovo 8% radne populacije može započeti i završiti svoj rad u kliznom radnom vremenu, dok 6,4% muškaraca i 7,2% žena mogu započeti i završiti rad u različito vrijeme, što je u ovisnosti od dogovora s poslodavcem. Samo 2,1% žena, u usporedbi sa 5,2% muškaraca ima mogućnost određivanja svog radnog vremena, a 8,9% žena, u usporedbi sa 10% muškaraca ima opciju „spremanja“ radnih sati. U Sloveniji postoji mogućnost fleksibilnog određivanja početka i kraja radnog vremena zbog obiteljskih razloga, što je u 2004. iskoristilo 28% žena i 29% muškaraca. U Estoniji 42% žena i 47% muškaraca su imali u 2010. godini mogućnost korištenja slobodnih dana zbog obiteljskih razloga. Međutim, o fleksibilnom radnom vremenu se ne pregovara zbog malog broja kolektivnih ugovora koji pokrivaju ovo pitanje, kao i zbog toga što fleksibilno radno vrijeme nije na listi vladinih političkih prioriteta. *Ibidem*.

vama fleksibilan rad označava onaj koji se obavlja na više radnih mjesta, sa dugim radnim vremenom te dijelom u neformalnom sektoru.⁸⁶

3.3. Rad s nepunim radnim vremenom

S obzirom na trajanje redovitog radnog dana odnosno tjedna, ugovor o radu može se, osim s punim, sklopiti i s nepunim radnim vremenom. Bez obzira što ugovor o radu s punim radnim vremenom i dalje predstavlja prevladavajući uzorak, ugovori o radu s nepunim radnim vremenom sve više dobivaju na važnosti. Razloga za to je nekoliko, od kojih su najvažniji povećanje participacija žena u ukupnom broju zaposlenih uslijed njegove primjene te fleksibilnost koju nudi rad s nepunim radnim vremenom koja, prema mnogima, predstavlja potreban uvjet prevladavanja posljedica ekonomske krize te instrument suočavanja sa gospodarskim izazovima budućnosti.⁸⁷

Institut nepunog radnog vremena ne uklapa se jednostavno u kvantitativnu definiciju u pogledu radnih sati. Štoviše, većina nacionalnih zakonodavstava ne daje definiciju rada s nepunim radnim vremenom.⁸⁸ Logično bi bilo definiciju izvoditi iz one o punom radnom vremenu. Problem, tim više, čini složenijim činjenica nepostojanja jedne jedinstvene definicije instituta punog radnog vremena.⁸⁹ Razlog leži u različitosti u pogledu trajanja punog rad-

⁸⁶ U Litvi je regulacija radnog vremena vrlo rigidna: udio zaposlenika koji rade između 39 - 41 sat tjedno je gotovo 20% viša od prosjeka EU-27. U Španjolskoj je regulacija radnog vremena predmet kolektivnih ugovora, ali njegova fleksibilna opcija često nije uključena. U Francuskoj fleksibilnost radnog vremena rijetko odgovara potrebama harmonizacije obiteljskog i privatnog života. Četvrtina radnika ima fleksibilno radno vrijeme, iako ono najčešće nije na dobrovoljnoj osnovi. Samo 16% radnika ima mogućnost samostalno odrediti svoje radno vrijeme, većinom su u pitanju visokospecijalizirani i samostalni radnici. Na Malti vlada nastoji ohrabriti tvrtke da usvoje radnu praksu prilagođenu obiteljskom životu, ali za sada manje uspješno, što je vidljivo iz najniže participacije žena na tržištu rada od svih država članica EU. *Ibidem*, str. 39-53.

⁸⁷ Weiss, M.; Schmidt, M., *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, Hague, 2000., str. 53.

⁸⁸ Tako i radno zakonodavstvo Belgije, Danske, Finske, Nizozemske, Norveške, Portugala, Švedske, Velike Britanije. Mayne, S.; Malyion, S., (ur.), *Employment law in Europe*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 2001., str. 80, 131, 167, 292, 652, 691, 737, 818.

⁸⁹ U RH prema čl. 46 ZR-a puno radno vrijeme ne smije biti duže od 40 sati tjedno. Na razini EU, u Direktivi 2003/88/EZ radno vrijeme se definira kao period u kojem radnik radi i na raspoložbi je poslodavcu obavljajući svoje aktivnosti i dužnosti u skladu s nacionalnim pravom i pravnom praksom. Prosječno trajanje tjednog radnog vremena neće prijeći 48 sati, a samo trajanje tjednog radnog vremena ograničit će se zakonima, i drugom regulativom administrativnim odredbama, te kolektivnim odnosno individualnim ugovorima. U Austriji se radno vrijeme definira kao vrijeme od početka do kraja rada u koji nije uključen period odmora, odnosno obuhvaća ispunjenje rada koji je predmet ugovora o radu, odnosno radno vrijeme u kojem je radnik spreman na rad, odnosno u kojem je radnik obavezan biti na, u većini slučajeva, mjestu rada, iako su tu uključena i poslovna putovanja i spremni su odmah započeti s radom što sve zajedno produžuje trajanje radnog vremena. Radno vrijeme u ovom kontekstu obuhvaća stanje pripravnosti radnika u hitnim slučajevima u kojima radnik može

nog vremena, ne samo u različitim nacionalnim pravnim sustavima, već i za pojedina zanimanja u okviru istog pravnog sustava te u različitim načinima određivanja broja radnih sati. Ipak, postoji određen broj pravnih sustava koji daju opću zakonsku definiciju rada s nepunim radnim vremenom.⁹⁰

biti na određenom mjestu po svojoj želji, ali se u slučaju poziva poslodavca mora javiti na posao za koji će ili neće biti plaćen ovisno o sporazumu iz kolektivnog odnosno individualnog ugovora. Vrijeme putovanja na posao i s posla nije uračunato u radno vrijeme. Radno vrijeme uređeno je *Arbeitszeitgesetz*, u kojem je osnažen opći princip o standardnom trajanju radnog vremena od 8 sati dnevno odnosno 40 sati tjedno, dok je samo iznimno dopušteno trajanje radnog vremena od 21 sati dnevno odnosno 50 sati tjedno. U Belgiji radno vrijeme obuhvaća vrijeme u kojem je radnik na raspoložbi poslodavcu. Pri tom se pravi distinkcija između fiksnog radnog vremena i promjenjivog radnog vremena. Opće pravilo prema Statutu o zaposlenju od 16. III 1971. je trajanje radnog vremena od 8 sati dnevno odnosno 39 sati tjedno. Iznimno trajanje radnog vremena može biti 9 odnosno 21 sati dnevno (nemogućnost radnika da se vrati kući), 12 sati dnevno i 50 sati tjedno (kontinuirani rad), odnosno 8 sati dnevno i 56 sati tjedno (prevencija od nesreća na poslu kod rukovanja strojevima odnosno opasnim materijalima). U Engleskoj radno vrijeme u kojem radnik radi, na raspoložbi je poslodavcu, obnaša svoje dužnosti, osposobljava za rad, te dodatni periodi o kojima su stranke postigle sporazum relevantnim ugovorom. Prema *Working Time Regulation* iz 1998. trajanje radnog tjedna ne smije prijeći 48 sati tjedno. U Francuskoj *Code de travail* definira radno vrijeme kao vrijeme u kojem je radnik na raspoložbi poslodavcu, u kojem mora udovoljiti zahtjevima poslodavca, i u kojem ne smije obavljati svoje privatne poslove. *Ordonnance* od 1.II 2000. određuje tjedno trajanje radnog vremena od 35 sati. U Njemačkoj radno vrijeme obuhvaća period od početka od kraja rada bez odmora, uključujući i vrijeme čekanja. Odlučni kriterij je nazočnost radnika na radnom mjestu, bez obzira da li je to unutar ili izvan tvrtke. Prema *Arbeitszeitgesetz* radno vrijeme ne smije prijeći 48 sati tjedno. U Italiji prema Statutu 196 od 24.VI 1997., te Statutu 409 od 27 XI 1998. normalno radno vrijeme je do 40 sati tjedno, dok se preko tog broja smatra prekovremenim radom. U Nizozemskoj prema *Wet Aanpassing Arbeidsduur* iz 2000. prosječno tjedno radno vrijeme za period od 7 tjedana ne smije biti duže od 40 sati. Povreda ove odredbe strogo se sankcionira, a može se čak proglasiti i kaznenim djelom. Najvažnija odredba ovog zakona je mogućnost radnika da pisanim podneskom traži od poslodavca da mu prilagodi radno vrijeme njegovim potrebama. Poslodavac radniku u pravilu mora izići u susret osim ako dokaže da bi tim korakom interesi tvrtke bili ugroženi. U Švedskoj prema *Working Time Act* trajanje radnog vremena tjedna je ograničeno na 40 sati. *Ibidem*.

⁹⁰ Primjerice: Austrija, Francuska, Grčka, Irska, Španjolska, Njemačka i Italija. U Austriji u Zakonu koji regulira radno vrijeme ugovor o radu s nepunim radnim vremenom (čl. 19 b), c), d), *Arbeitsverfassungsgesetz*) definira se kao ugovor u kojem se ugovora trajanje radnog tjedna koje je kraće od onog predviđenog u zakonu ili kolektivnim ugovorima. Njegovo trajanje mora biti stipulirano u ugovoru o radu, osim ako nije određeno pravilnikom o radu. U Francuskoj radnici s nepunim radnim vremenom su oni čije je radno vrijeme najmanje za 1/5 kraće od zakonski određenog tjednog odnosno mjesečnog radnog vremena, odnosno od broja sati punog radnog vremena utvrđenog kolektivnim ugovorom. Ne postoji zakonski minimum trajanja radnog vremena, osim za službenike koji ne mogu raditi kraće od polovine punog radnog vremena (*Part-time work Report V(1)*, International Labour Conference, 80. Session, International labour office, Geneva, 1993., str. 9.) Rad s nepunim radnim vremenom može se primjenjivati u tvrtki dokle god za to postoji pristanak zaposleničkog vijeća. Usp: *Atypical working (part one)*, European Industrial Relations Review, Sage Publishing, br. 281, 1997. U Italiji se rad s nepunim radnim vremenom definira kao rad kod kojeg je broj radnih sati manji od onog utvrđenog kolektivnim ugovorom, odnosno od radnog vremena radnika zaposlenih na puno radno vrijeme u razdoblju jednog tjedna, mjeseca ili godine. Talijansko radno zakonodavstvo pravi distinkciju između horizontalnog nepunog vremena - radno vrijeme raspodijeljeno kroz tjedan i vertikalnog nepunog vremena - kod kojeg je rad koncentriran na određeni broj dana u mjesecu odnosno godini. U Njemačkoj prema zakonskoj

Institut radnog odnosa s nepunim radnim vremenom nije jedinstven. Složen je i u svakom slučaju ima različite ciljeve te pravne posljedice koje se vežu za radnika koji se nalazi u takvom radnom odnosu. S jedne strane, svrha mu je omogućiti radniku da zapošljavanjem kod više poslodavaca kod kojih radi s nepunim radnim vremenom ostvari puno radno vrijeme. S druge strane, osigurava pravo radnika na rad s vremenom kraćim od onog zakonom utvrđenog kao punog radnog vremena. To su slučajevi povećanja opsega rada koji zahtjeva više radnika za određeno radno vrijeme u tijeku dana na pojedinim radnim mjestima, a na poslovima čiji opseg objektivno ne zahtjeva puno radno vrijeme.

Uspoređivanjem prava, zaštite, uvjeta i rokova zaposlenja radnika s nepunim radnim vremenom i usporedivog radnika s punim radnim vremenom može se postaviti pitanje diskriminacije radnika s nepunim radnim vremenom. Takva diskriminacija može se javiti u nekoliko segmenata vezanih za radni odnos radnika s nepunim radnim vremenom. U prvom redu oni mogu biti isključeni iz domene osobnog važenja kolektivnih ugovora, odnosno odredbi druge regulative. Ovakav slučaj imamo pri određivanju praga koji je potrebno prijeći da bi se radnik kvalificirao za dobivanje određenih beneficija odnosno zaštite, a koji se temelji na minimalnom broju radnih sati, odnosno minimalnoj plaći. Drugi oblik diskriminacije je vezan za neproporcionalno tretiranje radnika s nepunim radnim vremenom u odnosu na radnika s punim radnim vremenom (primjer: niža plaća radnika s nepunim radnim vremenom za isti rad iste vrijednosti). Treći oblik diskriminacije odnosi se na način dodjeljivanja određenih beneficija odnosno zaštitu koja ne uzima u obzir poseban položaj radnika s nepunim radnim vremenom, primjerice u pogledu rasporeda rada, usavršavanja, napredovanja u karijeri te u konačnici mirovinskih prava. Većina europskih država u svojim zakonskim odredbama nisu uređivale pitanje jednakog tretiranja radnika s punim i radnika s nepunim radnim vremenom, već je isto bilo prepušteno kolektivnom odnosno individualnom reguliranju.⁹¹ Nakon što je to pitanje regulirano na međunarodnoj i europskoj razini, situacija se mijenja.⁹² Naime, Konvencijom MOR-a br. 175 iz 1994. pred-

definiciji radnik zaposlen s nepunim radnim vremenom označava onog čiji je redovni radni tjedan kraći od usporedivog radnika koji radi s punim radnim vremenom unutar iste tvrtke (Sec. 2. para 2, II, *Beschäftigungsförderungsgesetz*, BGBl. I S. 876). *Ibidem*, str. 652, 818.

⁹¹ *Part-time work*, u: *Conditions of Work Digest*, vol. 8, br. 1., International Labour Organization, 1989., str. 193-257.

⁹² U Austriji su zakonski predviđene mjere za sprječavanje diskriminacije radnika zaposlenih s nepunim radnim vremenom. (Usporedbe radi i u RH je, sukladno čl. 43. st. 5. ZR-a u svezi s čl. 11. ZR-a, predviđena obveza poslodavca da radnicima koji rade u nepunom radnom vremenu/radnicima koji rade na temelju ugovora o radu na određeno vrijeme osigura iste uvjete rada kao i radnicima koji su sklopili ugovor za puno radno vrijeme/radnicima koji su sklopili ugovor na neodređeno vrijeme.) Specifične klauzule koje se odnose na rad s nepunim radnim vremenom mogu se pronaći u kolektivnim ugovorima, primjerice u Okvirnom kolektivnom

viđene su mjere koje će radnicima s nepunim radnim vremenom osigurati jednaku zaštitu kao i radnicima zaposlenim s punim radnim vremenom i to u pogledu: prava na organiziranje, kolektivno pregovaranje i prava djelovanja u ulozi radničkih predstavnika; profesionalne sigurnosti i zdravlja; diskrimi-

ugovoru radnika bijelih ovratnika u trgovini i industriji. Radnici s punim radnim vremenom koji se prebacuju na rad s nepunim radnim vremenom i koji su postali višak u roku od pet godina od prebacivanja na rad s nepunim radnim vremenom ostvaruju pravo na posebnu regulaciju prema kojoj se visina otpremnine ne računa prema visini plaće u posljednjem razdoblju prije otkazivanja radniku, već prema prosječnoj plaći zarađenoj u proteklom periodu od pet godina. Na razini tvrtke uspostavljanje radnog vremena kao i njegovo raspodjeljivanje unutar redovitog radnog tjedna je, u pravilu, regulirano pravilnikom o radu. Prema pravu o socijalnoj sigurnosti radnici zaposleni s nepunim radnim vremenom mogu biti uključeni u državnu shemu osiguranja koja uključuje mirovine, osiguranje za slučaj nezaposlenosti i bolesti, ali samo ako visina njihovih mjesečnih primanja nije ispod praga utvrđenog zakonom. U protivnom imaju pravo na osiguranje u slučaju nesreće. V. *Atypical working*, (part two), European Industrial Relations Review, Sage Publishing, br. 282, 1997., str. 21. U Francuskoj su radnici s nepunim radnim vremenom izjednačeni u pravima s radnicima s punim radnim vremenom. Odbijanje radnika da radi s nepunim radnim vremenom ne predstavlja valjanu osnovu za otkaz ugovora o radu. V. *Part-time work Report V(1)*, op. cit., bilj. 90., str. 9.; *Atypical working (part one)*, op. cit., bilj. 90., str. 5. U Njemačkoj najvažnija zakonska odredba je primjena načela jednakog postupanja prema radnicima s punim i radnika s nepunim radnim vremenom. Iznimke koje Federalni radni sud uvažava su vrlo rijetke, i to pod uvjetom da za to postoje opravdani razlozi, koji se ni u kojem slučaju ne smiju temeljiti na različitosti u dužini radnog vremena. Mogu proizaći samo iz odnosa svrhe mjera odnosno beneficija i opsega radnog vremena radnika s nepunim radnim vremenom. V. Weiss, M. et. al., op. cit., bilj. 87., str. 54. Kako bi se rad s nepunim radnim vremenom učinio privlačnijim za mala poduzetništva zakonodavac u poduzećima koja zapošljavaju više od pet radnika one radnike, čije redovito tjedno radno vrijeme nije duže od dvadeset sati tjedno, u pogledu zaštite od nepravednog otkaza, izjednačava sa radnicima s punim radnim vremenom. Središnje pitanje koje se želi regulirati kolektivnim ugovorima odnosi se na utvrđivanje minimalnog trajanja redovitog radnog tjedna radnika s nepunim radnim vremenom od dvadeset sati tjedno. Na taj način bi radnici s nepunim radnim vremenom bili obuhvaćeni sustavom socijalne sigurnosti koji im osigurava beneficije u slučaju nezaposlenosti te mirovinu u slučaju umirovljenja. Dvije klauzule koje predstavljaju sastavni dio većine sadržaja kolektivnih ugovora, a koje su izazvale intenzivnu raspravu odnose se na ograničenja osobnog dosegva važenja kolektivnog ugovora na radnike koji rade određen minimalan broj sati tjedno te klauzula po kojoj premija za prekovremeni rad pripada samo za rad koji prelazi normalno puno radno vrijeme. Federalni radni sud je u pogledu ovih pitanja zauzeo dva suprotstavljena mišljenja. Prema prvom, svrha premije za prekovremeni rad je kompenzacija za fizički napor, kao i zaštita radnika od prekomjernog radnog iskorištavanja. Upravo zbog toga ovo pravo mogu uživati radnici čije radno vrijeme se proteže iznad punog radnog vremena. Prema drugom mišljenju svrha plaćanja premije za prekovremeni rad predstavlja kompenzaciju za izgubljeno slobodno vrijeme. Prema tome obje grupe radnika bi imale pravo na ovu kompenzaciju čim se ovaj gubitak dogodi. Budući da negativno rješenje ovog pitanja posredno diskriminira u najvećoj mjeri žene, ono je izneseno pred Sud EU koji je stava da radnici s nepunim radnim vremenom ne bi imali pravo na kompenzaciju za prekovremeni rad, osim ako se ne radi o prekoračenju punog redovnog radnog vremena. V. Sud EU, C-399/92 *Stadt Lengerich and Others* (1994) ECR, I-05727. U Nizozemskoj osnovni uvjeti i rokovi zaposlenja primjenjuju se jednako na sve radnike bez obzira jesu li zaposleni s punim ili nepunim radnim vremenom. Cf. *Atypical Working (part two)*, op. cit., bilj. 92, str. 21. U Švedskoj radnici s punim i oni s nepunim radnim vremenom su izjednačeni u pogledu osnovnih prava i beneficija, kao što su otkazni rokovi i otpremnine. Prigodom uvođenja rada s nepunim radnim vremenom poslodavci moraju konzultirati sindikate. *Ibidem*.

nacije u zapošljavanju i zvanju; obračuna plaće; zaštite majčinstva; prestanku zaposlenja; plaćenog godišnjeg odmora, odnosno državnih praznika te bolovanja. Zakonske sheme socijalne sigurnosti koje su zasnovane na profesionalnoj aktivnosti moraju se prilagoditi tako da radnici s nepunim radnim vremenom uživaju jednake uvjete kao i radnici s punim radnim vremenom. Ovi uvjeti mogu biti određeni proporcionalno radnom vremenu, zaradi, ili drugim metodama koje su u skladu s nacionalnim zakonodavstvom i praksom. Prag, koji je potrebno prijeći kako bi se radniku koji je zaposlen s nepunim radnim vremenom priznala jednaka prava kao i radniku s punim radnim vremenom, bit će postavljen dovoljno nisko kako velik dio radnika zaposlenih s nepunim radnim vremenom ne bi ostao izvan domene zaštite. Države članice imaju mogućnost radnike čije je radno vrijeme ispod specificiranog praga isključiti iz domene važenja te konvencije. Također, poduzet će mjere koje će omogućiti lakši pristup produktivnom i slobodno izabranom radu s nepunim radnim vremenom. Navedene mjere sastojat će se u: razmatranju prava odnosno regulative koja može spriječiti odnosno obeshrabriti prihvaćanje rada s nepunim radnim vremenom, korištenju usluga službi za zapošljavanje kako bi se identificirale odnosno publicirale mogućnosti rada s nepunim radnim vremenom, poklanjajući posebnu pozornost, u okviru politike zapošljavanja, potrebama i željama specifičnih grupa, kao što su nezaposleni, radnici s obiteljskim obvezama, stariji radnici, radnici s invaliditetom te radnicima koji se profesionalno školuju odnosno usavršavaju; gdje je to moguće i u skladu s nacionalnim zakonodavstvom osigurati će se dobrovoljna mogućnost prijelaza rada s punim radnim vremenom na rad s nepunim radnim vremenom i *vice versa*. Konvenciji br. 175 se može prigovoriti nekoliko stvari. Naime, osiguravajući važna prava radnicima zaposlenim s nepunim radnim vremenom, istovremeno mijenja prirodu međunarodnih standarda u dva važna aspekta: uz priznavanje, Ustavom MOR-a i drugim konvencijama, osnovnih prava radnika s nepunim radnim vremenom, istovremeno sužava osobnu domenu svog važenja čime se smanjuje broj radnika kojima se ova prava priznaju; uvodi mjere koje će povećati zaposlenost, a koje istovremeno rezultiraju pogoršanjem uvjeta rada radnika zaposlenih u nepunom radnom vremenu. Naime, u pogledu odredbi koje se odnose na plaću zabranjena je diskriminacija radnika s nepunim radnim vremenom, ali samo u pogledu osnovne plaće za isti ili sličan rad, što u svakom slučaju predstavlja pogoršanje uvjeta tih radnika u odnosu na uvjete koji su bili predviđeni Konvencijom br. 100 MOR-a o jednakoj plaći muških i ženskih radnika za jednak rad iste vrijednosti u pogledu ne samo osnovne plaće, već i dodataka koji se isplaćuju izravno ili posredno, u novcu, ili drugim davanjima.⁹³

⁹³ Detaljnije: Buklijaš, B., Bilić, A., *op. cit.*, bilj. 36., str. 78-85.

Nadalje, na europskoj razini pregovori socijalnih partnera okončani su 6. lipnja 1997. zaključivanjem Okvirnog sporazuma o radu s nepunim radnim vremenom između UNICE, CEEP-a i ETUC-a. Isti je implementiran u Europsko radno zakonodavstvo putem Direktive Vijeća 97/81/EZ. Svrha tog sporazuma je uklanjanje diskriminacije radnika s nepunim radnim vremenom kao i poboljšanje kvalitete njihovih uvjeta rada te mogućnost razvoja rada s nepunim radnim vremenom koji će biti utemeljen na dobrovoljnoj osnovi, čime se daje prilog fleksibilnoj organizaciji radnog vremena, pri tom uzimajući u obzir potrebe radnika i poslodavaca. Ovaj sporazum odnosi se na radnike s nepunim radnim vremenom koji su sklopili ugovor o radu, odnosno ušli u radni odnos sukladno zakonu, kolektivnom ugovoru ili sudskoj praksi na snazi u državi članici. Države članice mogu iz objektivnih razloga u potpunosti ili djelomično isključiti radnike s nepunim radnim vremenom čiji se rad zasniva na privremenoj osnovi od primjene uvjeta ovog sporazuma. Težište u sporazumu stavljeno je na nediskriminatorno ponašanje prema radnicima s nepunim radnim vremenom što se vidi i iz primjene načela *pro rata temporis*. Ovo načelo daje mogućnost radnicima s nepunim radnim vremenom, čije radno vrijeme nije kraće od polovine redovnog radnog vremena, da se pri računanju ukupnog radnog iskustva koje se traži kao poseban uvjet pri zapošljavanju, smatra da je radnik radio s punim radnim vremenom gdje to opravdavaju objektivni čimbenici. Međutim, ovo načelo je u potpunosti prihvaćeno samo u pogledu jednakih plaća, a njegovo kršenje se smatra indirektnom diskriminacijom. Države članice, kao i socijalni partneri na europskoj razini ponukani su, a u skladu s nacionalnim pravom, kolektivnim ugovorima i sudskom praksom, identificirati prepreke koje mogu ograničiti odnosno eliminirati primjenu rada s nepunim radnim vremenom. Dakle, mogućnost obavljanja rada s nepunim radnim vremenom ostavljena je na odluku nacionalnim zakonodavstvima odnosno kolektivnim ugovorima, ili u njihovoj odsutnosti unilateralnoj odluci poslodavca. Iz navedenog proizlazi da Direktiva 97/81/EZ ne uspostavlja i ne jamči bezuvjetno ostvarenje prava radnika na rad s nepunim radnim vremenom, već je ostvarenje tog prava uvjetovano regulativom država članica. Sljedeće obveze država članica odnosno socijalnih partnera sadržane u Direktivi 97/81/EZ mogu se prije označiti kao preporuke nego kao obveze: uzeti u obzir zahtjeve radnika za zamjenom punog radnog vremena s nepunim radnim vremenom i *vice versa*; pravodobno obavijestiti radnike o raspoloživim radnim mjestima s punim odnosno nepunim radnim vremenom; olakšati pristup poslovima s nepunim radnim vremenom na svim razinama, kao i profesionalnom usavršavanju radnicima zaposlenim s nepunim radnim vremenom; obavješćivanje postojećih reprezentativnih tijela radnika u tvrtci o radu s nepunim radnim vremenom unutar tvrtke. Odbijanje radnika da se transferira s rada s punim radnim vremenom na rad s nepunim

radnim vremenom i *vice versa* ne predstavlja valjani razlog za otkaz, osim u slučaju postojanja za to poslovno-organizacijskih razloga.

Međutim, zakonske odredbe koje reguliraju osnovna prava radnika, u prvom redu, pravo na organiziranje i kolektivno pregovaranje, zaštitu od diskriminacije u pogledu zapošljavanja i zanimanja, pravo na istu plaću za isti rad jednake vrijednosti, mjere sigurnosti pri radu, koja su predviđena i na međunarodnoj razini, zamišljena su na način da se primjenjuju na sve radnike. Ista se u praksi teže primjenjuju, posebice za radnike s nepunim radnim vremenom i to onih s malim brojem radnih sati. U većini slučajeva što je broj njihovih radnih sati manji, to su im uvjeti rada lošiji. Iako u nekim, industrijski razvijenim zemljama, prava i zaštita radnika zaposlenih s nepunim radnim vremenom ne variraju u bitnom od onih s punim radnim vremenom, u drugima se pak radnici koji rade ispod određenog broja radnih sati tretiraju kao marginalni ili povremeni radnici.

Budući da su radnici s nepunim radnim vremenom još uvijek u najvećoj mjeri žene,⁹⁴ ovdje nije u pitanju samo diskriminacija radnika s nepunim radnim vremenom, već i spolna diskriminacija.⁹⁵ Posljedično, bilo kakav tretman radnika koji rade s nepunim radnim vremenom kojim su oni stavljeni u nepovoljniji položaj u odnosu na radnike s punim radnim vremenom, nezakoniti su i predstavljaju indirektnu diskriminaciju u pravu EU.⁹⁶

Zakonodavci država članica EU, kao i države kandidatkinje za ulazak u EU, shvaćajući da im institut rada s nepunim radnim vremenom služi kao sredstvo u borbi protiv nezaposlenosti, povećanja participacije žena na tržištu rada i njihove zaštite od diskriminacije,⁹⁷ a i zbog usklađivanja svog nacional-

⁹⁴ U EU 19,2% populacije je zaposleno s nepunim radnim vremenom. Od ukupno zaposlene populacije 31,9% žena i tek 8,7% muškaraca radi s nepunim radnim vremenom. V. EUROSTAT, *Report 2010.*, dostupno na: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/> (26.10.2012.). U Nizozemskoj 75% žena rade u nepunom radnom vremenu, u Njemačkoj 46%, u Italiji 45%, 42% u Velikoj Britaniji, 41% u Belgiji, 40% u Austriji i Švedskoj, 35% u Luksemburgu, 35% u Danskoj, preko 30% u Francuskoj i Irskoj preko 26%. V. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *op. cit.*, bilj. 83., str. 13

⁹⁵ Tobler, C., *Part-time Work in the Context of Indirect Discrimination*, str. 383-421 i Holtmaat, R., *The Issue of Overtime Payments for Part-time Workers in the Heming Case- Some Thoughts on Equality and Gender*, str. 411-444., u: Cravaritou, Y. (ur.), *The Regulation of Working time in the European Union*, P.I.E. - Peter Lang, Bruxelles, 1999.

⁹⁶ Bercusson, B., *European Labour Law*, Butterworths, London, 1996., str. 439.

⁹⁷ U tom smislu ozakonjena je mogućnost adaptacije radnog vremena potrebama radnika, ali i poslodavaca. Ovakav primjer imamo u radnom zakonodavstvu Njemačke i Nizozemske. Osobni doseg važenja nizozemskog WAA (*Wet op de aanpassing van der arbeidsduur* (Zakon o adaptaciji radnog vremena), stupio na snagu 1. srpnja 2000.) proteže se na javni i privatni sektor, dok njemački TzBfG (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge* (Zakon o radu s nepunim radnim vremenom i ugovoru o radu na određeno vrijeme), stupio na snagu 1. siječnja 2001.) ne pokriva službenike. Oba zakona omogućavaju smanjenje individualnog radnog vremena uz pretpostavku ispunjenja sljedećih uvjeta: poslodavac mora zapošljavati određeni broj radnika; radnik mora biti zaposlen kod istog poslodavca određeni vremenski

nog zakonodavstva sa *acquis communautaire*, točnije Direktivom 1997/81/EZ o radu s nepunim radnim vremenom, su intervenirali u ovu sferu. Neovisno o spomenutim zakonodavnim intervencijama rad s nepunim radnim je velikim dijelom nedobrovoljan i često praćen malom satnicom te marginalnim, slaboplaćenim poslovima na kojima su zaposlene većinom nisko kvalificirane žene i one s obiteljskim obvezama. Nadalje, u većini zemalja rad s nepunim vremenom pokazuje veću razliku u plaćama među spolovima, što dovodi do nižih socijalnih i mirovinskih beneficija. Poslodavci, u pravilu smatraju, da takvim radnicima nedostaje predanosti u radu zbog čega imaju i slabije šanse za napredovanje u karijeri. Međutim, nedavni trendovi u državama pokazuju povećanu javnu podršku dugotrajnom radu s nepunim radnim vremenom i/ili s punim radnim vremenom za žene u cilju smanjenja rizika od pojave siromaštva i kao pomoć u izbjegavanju nedostatka radne snage koja, velikim dijelom, proizlazi iz starenja populacije. S druge strane, nedavna ekonomska i financijska kriza oslabljuje navedeni trend zbog nedostatka resursa za usluge skrbi i nameće potrebu skraćivanja radnog vremena kao modusa rješavanja nezaposlenosti u vrijeme krize.⁹⁸ Nadalje, postoje velike razlike između država u pojavnosti dobrovoljnog rada s nepunim radnim vremenom.⁹⁹ Nevolj-

period. Kako bi se udovoljilo zahtjevu radnika za skraćivanjem radnog vremena potrebno je da isti poslodavca obavijesti o obujmu u kojem bi se radno vrijeme skratilo, kao i o raspodjeli radnog vremena u tijeku dana. Dok u Nizozemskoj radnik mora podnijeti ovaj zahtjev u pismenom obliku i to četiri mjeseca prije trenutka od kojeg bi radnik trebao raditi s skraćenim radnim vremenom, u Njemačkoj se ne traži pismeni oblik ovog zahtjeva koji poslodavcu mora biti upućen tri mjeseca prije očekivanog smanjenja radnog vremena radnika. Poslodavac je obvezatan sa radnikom raspraviti njegovu potrebu za skraćivanjem radnog vremena sa svrhom postizanja sporazuma po tom pitanju, osim ako specifični razlozi ne stoje na putu ispunjenja poslodavčeve obveze reduciranja radnog vremena. Razlozi koji se navode kao opravdani za odbijanje radnikove želje za reduciranjem radnog vremena svode se na operacionalne razloge, odnosno na ugroženost važnih interesa tvrtke. U obje spomenute zemlje poslodavac je obvezan obavijestiti radnika o svojoj odluci o skraćivanju i raspodjeli radnog vremena najmanje mjesec dana prije nego ono, prema želji radnika, postane efektivno. Obavijest poslodavaca o mogućnosti smanjenja radnog vremena mora biti u pisanom obliku, a u slučaju negativnog odgovora i obrazložena. Oba pravna sustava ne ovlašćuju radnika na traženje novog skraćivanja radnog vremena prije isteka roka od dvije godine. Bilić, A., *op.cit.*, bilj. 3., str. 190.

⁹⁸ Primjerice, u Sloveniji broj radnika sa smanjenim radnim vremenom se povećao uslijed krize, sukladno mjerama politike kojoj je svrha skraćivanje radnog vremena kako bi se očuvala radna mjesta. V. EUROOnline, *Part-time work in focus*, dostupno na: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/08/feature/si0308201f.htm> (26.10.2012.).

⁹⁹ U Nizozemskoj, udio žena koje nedobrovoljno rade s nepunim radnim vremenom je vrlo nizak (niži od 10%), dok njihovu preferirano prosječno tjedno radno vrijeme iznosi 24 sata. Međutim, u većini drugih država rad u nepunom radnom vremenu nije dobrovoljan. Većinom zbog toga što se takav rad vezuje uz niske prihode i stoga nije dobro prihvaćen od strane radnika. Tako u Španjolskoj takav rad nije dobrovoljna odluka u 52% slučajeva i ne smatra se mjerom za uspostavljanje ravnoteže između privatnog i poslovnog života, niti kao fleksibilan način rada, već kao modus ulaska na tržište rada. U Francuskoj 1/3 radnika zaposlenih u nepunom radnom vremenu bi željela raditi s punim radnim vremenom, dok je kvaliteta rada s nepunim radnim vremenom heterogena. U javnom i financijskom sektoru ovakav

kost poslodavaca da omogućuje rad s nepunim radnim vremenom te nedostatak ustanova skrbi objašnjava činjenicu što u nekim zemljama žene sa djecom napuštaju tržište rada.¹⁰⁰ I dalje je u većini europskih država prisutan model obitelji sa dva hranitelja zaposlena s punim radnim vremenom.¹⁰¹ Takva situacija rezultira niskim rascjepom između spolova u pogledu participacije i zaposlenosti, čak i za žene s djecom.¹⁰²

4. PROBLEMI I PERSPEKTIVE RAZVOJA FLEKSIBILNOG RADNOG VREMENA U KONTEKSTU RAVNOPRAVNOSTI SPOLOVA

Novi odnos uspostavljen između zakonodavstva i kolektivnog pregovaranja u svrhu postizanja veće fleksibilnosti u radnim odnosima te u tom smislu povezana decentralizacija sustava radnog vremena usmjerena na razinu tvrtke, utjecali su na distribuciju stvarnih radnih sati koji su postali raznoliki – raspoređeni, kako u okviru radnog dana, tako i radnog tjedna, mjeseca te na godišnjoj razini. Iako ti trendovi mogu odgovarati preferencijama radnika može se postaviti pitanje legitimne uloge zakona i kolektivnog pregovaranja prilikom reguliranja radnog vremena. Naime, s jedne strane se prenošenje dogovaranja oko rasporeda radnog vremena na razinu tvrtke može promatrati

vid rad je najčešće dobrovoljan i reverzibilan je, tj. mogu je prijelaz na rad u punom radnom vremenu i obratno, sa dugim radnim vremenom (80% punog radnog vremena) i redovitom satnicom. U Austriji prosječna plaća radnica po satu je za 14% niža nego onih koji rade u punom radnom vremenu. U državama koje su prošle sa planske ekonomije na tržišno gospodarstvo, prihvaćenost rada s nepunim radnim vremenom je još niža, zbog niskih nadnica te pogoršanja položaja žena na tržištu rada što se dogodilo tijekom tranzicijskog razdoblja. U takvim zemljama udio žena koje rade s nepunim radnim vremenom ili temeljem ugovora određenog trajanja ili koje uopće ne rade se povećao. Tako u RH rad s nepunim radnim vremenom je nedostatak rada u punom radnom vremenu, te se njegov porast može ukazivati na visoku nedobrovoljnu podzaposlenost. U Estoniji više od polovine zaposlenih s nepunim vremenom radi nedobrovoljno. Štoviše, više od 67% radnika koji bi željeli skratiti svoje radno vrijeme nisu u mogućnosti donijeti takvu odluku zbog niskih prihoda. U južnim i istočnim europskim zemljama niska prihvaćenost rada s nepunim radnim vremenom je podijeljena između poslodavaca i radnika, prvima zbog visokih organizacijskih troškova, posebice za srednja i mala poduzeća, a u drugim zemljama zbog visoke cijene rada. Plantenga, J.; Remery, C., *op.cit.*, bilj. 77.

¹⁰⁰ Primjerice, u Češkoj stopa zaposlenosti žena u dobi između 20 - 49 godina bez djece je skoro 50% viša u odnosu na žene s djecom mladom od šest godina (podatak iz 2009. godine). *Ibidem*.

¹⁰¹ Primjerice, Estonija, Hrvatska, Island, Portugal, Srbija, Švedska i Slovenija. *Ibidem*.

¹⁰² U Estoniji prosječno tjedno radno vrijeme za žene iznosi 37 sati, a za muškarce 49 sati. U Srbiji većina žena preferira prekovremeni rad, kako bi povećale kućni budžet. U Portugalu također je prisutan dualni model i 80% žena rade u punom radnom vremenu bez izlaska s tržišta rada nakon poroda. U Švedskoj je također prisutan dualni model, iako je rad s nepunim radnim vremenom uobičajen i javio se kao posljedica nedostatka radne snage, ali postoji trend povećanja tjednog radnog vremena za takve zaposlenike zbog povećanih troškova života i globalne krize. *Ibidem*.

kao stvaranje poticajnog okruženja u kojem se može učinkovito ostvarivati odabir radnika u pogledu rasporeda radnih sati. Kolektivno pregovaranje je posebno pogodno za reguliranje radnog vremena, budući da zakonodavstvo ne može biti dovoljno detaljno i opsežno, niti neizbježno odgovara preferencijama pojedinih radnika.¹⁰³ Upravo se na razini tvrtke takve preferencije mogu provesti u djelo. Kolektivno pregovaranje se može promatrati kao dinamična tehnika koja bolje odgovora potrebi prilagođavanja promjenama u stalnom procesu u odnosu na zakonodavstvo koje je po svojoj naravi statično. Osim toga, ono služi kao potencijalno sredstvo uklanjanja spolne nejednakosti, budući da daje mogućnost ženama da tim putem identificiraju svoje potrebe. S druge strane, ističe se zabrinutost zbog eventualnog slabljenja zakona ako se reguliranje radnog vremena transponira na kolektivno pregovaranje. U tom pogledu su posebno zabrinjavajuće odredbe o odstupanjima. Pa tako i, već spomenuta, Direktiva 2003/88/EZ o radnom vremenu ima ograničeni doseg s obzirom da kolektivni ugovori, pa čak i pojedinci mogu zanemariti većinu njezina sadržaja. Upitnost veze zakona i kolektivnog ugovora može se prenijeti i na vezu koja postoji između kolektivnih ugovora na razini industrijske grane i onih na razini pojedinog poslodavca uz rizik da se zaštitne odredbe prvog neće snažno odraziti na potonji.¹⁰⁴ U osiguravanju pojedinačnog utjecaja na radno vrijeme treba pažljivo razmotriti odnos između regulacijskih tehnika zakona i kolektivnih ugovora, zbog čega je nužno zajamčiti da potonji budu nadogradnja na temeljna zakonska prava.

Nadalje, postoji opasnost da će se regulacija radnog vremena prenijeti na institucije u kojima sindikati nisu priznati ili će o tom pitanju pregovore voditi predstavnici radnika koji ne dolaze iz sindikata ili pojedinci koji imaju ograničene pregovaračke ovlasti, budući su, u pravilu, podložni utjecaju poslodavaca i lako se mogu odreći prava koja proizlaze iz radnog odnosa. S obzirom na rastući trend utjecaja radnika na radno vrijeme tradicionalna pitanja o reprezentativnosti sindikata iziskuju nova razmatranja.

Unatoč potencijalnim prednostima pregovaranja na razini tvrtke u pogledu unapređenja spolne jednakosti u rasporedima radnog vremena, nestalna i nedostatna sindikalna predstavljenost žena i njihovih interesa, ostaje otvoren problem. Stoga, postoji opasnost da će se predstavnici radnika u današnjem sastavu usuglasiti oko rasporeda radnog vremena koji ne ide u prilog ženama, a posebice onima koji imaju obitelj. Zbog toga je nužno osigurati istinsku reprezentativnost svih radnika u poduzeću.

¹⁰³ Supiot, A., *Beyond employment, Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford University Press, New York, 2001., str. 84-90.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

Razvidno je da raspored radnog vremena uključuje interese, ne samo radnika, već i društva u cjelini. Stoga se postavlja pitanje: kako ostvariti interes društva, dok se istovremeno pojedincima dopušta afirmacija pojedinačnog odabira? Izražena je zabrinutost da će individualizacija radnog vremena, ako je nepažljivo osmišljena, potencijalno narušiti ono što je označeno kao „vremenski obrasci zajednice“, primjerice vrijeme tijekom noći, nedjeljni odmor, odmor tijekom radnog vremena te socijalne institucije koje odmor koriste, kao što su obitelj i sindikati.¹⁰⁵ Njihova zabrinutost naglašava potrebu sveobuhvatnog pristupa radnom vremenu koji dopušta pojedinačnu kontrolu rasporeda radnih sati, istovremeno štiteći pravo posvećeno životu u zajednici i ne narušavajući radničke standarde. S perspektive spola, povećana fleksibilnost radnog vremena može se promatrati kao pozitivan pomak, samo ukoliko individualizirano radno vrijeme može pomoći pojedincu (ženi) u harmonizacija privatnog i poslovnog života. Međutim takva fleksibilnost može imati i negativan utjecaj za žene na tržištu rada, posebice u slučaju rada s nepunim radnim vremenom kojeg one većinom obavljaju, budući da je spomenuti rad praćen niskim nadnicama i sa slabim mogućnostima za profesionalno usavršavanje i napredovanje u karijeri.

Implementacija fleksibilnih oblika zapošljavanja prilagođenih osobama s obiteljskim odgovornostima je posebice problematična u onim državama u kojima postoje prepreke u vidu niskih nadnica, tradicionalne organizacije rada, distribucije malih i srednjih poduzeća, ograničene dostupnosti usluga skrbi za djecu i starije, postojećeg sustava industrijskih odnosa, kao i opće kulturološke pozadine. Nadalje, financijska i ekonomska kriza i povećana međunarodna kompetitivnost promijenile su teme rasprava u većini država, u kojima su pitanja spolne jednakosti te uspostava ravnoteže između poslovnog i privatnog života zapostavljene. U spomenutim raspravama na važnosti ponovno dobiva fleksibilnost kojoj je svrha smanjenje troškova rada za poslodavce. U tom slučaju fleksibilan rad označava dugo dnevno/tjedno radno vrijeme te nepredvidivo radno vrijeme, kao i veću frekvenciju rada vikendom i u večernjim satima. Ograničeni javni budžeti u pogledu izdvajanja za usluge skrbi te rodiljne dopuste povećale su teret ženama u pogledu skrbi za djecu i starije osobe. Niske nadnice svojstvene fleksibilnim oblicima rada u mnogim istočnim europskim zemljama, kao i kandidatkinjama za ulazak u EU utjecale su na nizak interes radnika za takve vidove rada, kao i njihovu slabu reguliranost kolektivnim ugovorima. U spomenutim državama njihova slaba zastupljenost, tj. primjenjivost, posljedica je kulture rada u kojoj još uvijek dominira tradicionalna organizacija rada.

¹⁰⁵ *Ibidem.*

5. FLEKSIBILNO RADNO VRIJEME I SPOL – RH

Tržište rada u RH karakterizirano je fenomenom horizontalne i vertikalne segregacije što se reflektira u glavnim sferama nejednakosti između spolova posebice u pogledu zapošljavanja, kvaliteti posla koji odgovara ženinoj razini profesionalne kvalifikacije, razvoju karijere, visini plaće te iskustva vezanih uz diskriminaciju i uznemiravanje. Žene su i dalje te koje vode brigu o obitelji i zastupljenije su u radu s nepunim radnim vremenom, niže kvalificiranim poslovima te drugim atipičnim ugovorima o radu, najčešće privremenog karaktera.

Glavne prepreke jednakoj participaciji žena na hrvatskom tržištu rada mogu se podijeliti u dvije kategorije:

- praktične prepreke, kao što je pristup dostupnoj i fleksibilnoj skrbi za djecu i fleksibilnim oblicima zapošljavanja i
- kulturološke prepreke, uključujući perzistenciju neformalnih mreža iz kojih su žene isključene, nelagoda u pogledu žena u tijelima autoriteta i perzistencija kulture rada koja ne ohrabruje žene u postizanju uspjeha.

Jednakost postupanja među spolovima na tržištu rada u ovisnosti je o dovoljnom broju institucija i usluga skrbi za djecu i starije članove obitelji. U današnje vrijeme rođenje djeteta stavlja ženinu profesionalnu integraciju i reintegraciju na kocku, u smislu da i ako uspije u reintegraciji na tržištu rada nakon rođenja djeteta, suočava se znatnim poteškoćama u uspostavljanju ravnoteže između poslovnog i obiteljskog života. Naime, udio profesionalne skrbi za djecu u RH je jako nizak što je posljedica dvaju čimbenika: financijskog (skupoća usluga javne skrbi) i vrijednosnog (tradicionalne strukture u društvu podržavaju ovisnost o široj obitelji i njenoj podršci, posebice u pogledu brige za dijete i njegovog podizanja). Rad s nepunim radnim vremenom je moguć samo marginalno. Do sada ne postoji dostatno razvijena stabilna državna politika i pristup poslodavaca na radnom mjestu koji omogućava uspostavljanje bolje ravnoteže između privatnog i poslovnog života.

Kulturološki stavovi koji se odnose na podijele uloga u obitelji, prema kojima je otac hranitelj obitelji, a majka kućanica i ona koja skrbi za djecu, su još uvijek prisutni. Iako je RH revidirala sustav korištenja porodnog dopusta,¹⁰⁶

¹⁰⁶ Zakon o roditeljskim potporama (Narodne novine, br. 68/08, 110/08, 34/11, 54/13; dalje u tekstu: ZRRP), u čl. 7. propisuje jednakost prava roditelja bez obzira na njihovu bračnu ili izvanbračnu zajednicu, što je sukladno odredbama Ustava RH u dijelu koji se odnosi na majčinstvo i roditeljstvo. To se odnosi i na druge osobe „koje se brinu o djetetu, a koje se ne nalaze u bračnoj ili izvanbračnoj zajednici“. Roditeljski dopust se može koristiti i u dijelovima, čime je RH, u odnosu na prethodnu regulaciju, uvela puno fleksibilniji sustav. Za (samo)zaposlene roditelje pravo na roditeljski dopust (8 ili 30 mjeseci za blizance, treće ili svako sljedeće dijete) je pravo oba zaposlena roditelja koje oni mogu iskoristiti do 8. godine djeteta. Pravo na roditeljski dopust u pravilu koriste oba roditelja u jednakom trajanju od 4 ili 15 mjeseci, a mogu ga koristiti pojedinačno, obostrano istodobno ili naizmjenično, a iznimno

kako bi pospješila participaciju očeva u brizi oko djece, vrlo je mali broj očeva tu mogućnost iskoristio (0,6% u 2009. godini te 2,57% u 2011. godini). Majke u RH i dalje imaju vodeću ulogu u odgoju i brizi za djecu predškolskog uzrasta, a budući da je broj profesionalne skrbi za djecu vrlo ograničen, teško dostupan i prilično skup, ovakva situacija ne omogućava, niti potiče žene na aktivaciju na tržištu rada.

Iako je Ustavom RH¹⁰⁷ i zakonodavstvom¹⁰⁸ zajamčena jednakost spolova kao jedne od najveće vrijednosti, te su u tom smislu usvojene nacionalne politike,¹⁰⁹ planovi¹¹⁰ i strategije¹¹¹ za eliminaciju spolne nejednakosti, svakodnevna diskriminacijska praksa na svim razinama zapošljavanja i rada, pa čak i u okviru same obitelji svjedoči da su predviđene odredbe velikim dijelom samo mrtvo slovo na papiru. Također, iako je fleksibilnost na tržištu rada uvedena zakonodavnom reformom koja je implementirana u periodu između 2003. i 2009. godine, i iako ista predviđa izjednačavanje radnika koji rade temeljem nekih od atipičnih ugovora o radu s radnicima koji su standardno zaposleni,¹¹² praksa pokazuje suprotno. Tim više, uzimajući u obzir

i samo jedan roditelj, no o tome se moraju pisano izjasniti (čl. 14. st. 3. i čl. 13. st. 4.). Može se tijekom kalendarske godine koristiti najviše 2 puta, i to u trajanju od najmanje 30 dana (čl. 14. st. 6.). Bitno je naglasiti da zaposlena i samozaposlena majka koja nakon korištenja roditeljnog dopusta ili rada u skraćenom radnom vremenu nastavi dojiti dijete tijekom rada u punom radnom vremenu ima pravo na stanku za dojenje djeteta u trajanju od 2 sata dnevno (jednokratno ili 2 puta po 1 sat do godine dana života djeteta) neovisno od toga koristi li zaposleni otac u isto vrijeme za isto dijete jedno od prava propisanih predmetnim zakonom. Rodiljni dopust, roditeljski dopust te pravo na roditeljni i roditeljski dopust zaposleni i samozaposleni roditelj može koristiti i kao pravo na rad sa polovicom radnog vremena, a trajanje tog prava ovisi kad je isto započelo (čl. 15.).

¹⁰⁷ Čl. 3. Ustava RH (Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10).

¹⁰⁸ Zakon o ravnopravnosti spolova (Narodne novine, br. 82/08). Također, dio korpusa ZR-a su *mutatis mutandis* postale odredbe relevantnih direktiva iz domene spolne jednakosti. Tako ZR u čl. 83. propisuje jednakost plaća muškaraca i žena. Nadalje, ZRRP u čl. 2. st. 3. priznaje pravo na potpore za oba roditelja.

¹⁰⁹ Hrvatski sabor, *Nacionalna politika za promicanje ravnopravnosti spolova 2006.-2010.* (Narodne novine, br. 114/06) i Hrvatski sabor, *Nacionalna politika za ravnopravnost spolova 2011.-2015.* (Narodne novine, br. 88/11).

¹¹⁰ Vlada RH, *Nacionalni plan za poticanje zapošljavanja za 2009. - 2010.*, dostupno na: http://www.ogi.hr/files/strategije/Nacionalni_plan_za_poticanje_zaposljavanja_2009_2010_%28NP_PZ%29.pdf (26.10.2012.) te Vlada RH, *Nacionalni plan za poticanje zapošljavanja za 2011. - 2012.*, dostupno na: <http://www.mrms.hr/wp-content/uploads/2012/11/nacionalni-plan-za-poticanje-zaposljavanja-za-2011-i-2012-godinu.pdf> (26.10.2012.).

¹¹¹ Vlada RH, *Strategija razvoja ženskog poduzetništva u Republici Hrvatskoj 2010.-2013.*, dostupno na: http://www.ured-ravnopravnost.hr/site/preuzimanje/dokumenti/nac_strat/strategija-poduzet-2010-2013.pdf (26.10.2012.) te Vlada RH, *Zajednički memorandum o prioritetima zapošljavanja Republike Hrvatske 2008.*, dostupno na: http://www.rmupp.org/mreza/zip/Zajednicki_memorandum_o_prioritetima_politike_zaposljavanja_RH_%28JAP%29.pdf (26.10.2012.).

¹¹² ZR u čl. 11. propisuje jednakost radnika koji rade na određeno i neodređeno vrijeme, a na isti članak upućuje i čl. 43. st. 5. koji regulira rad radnika s nepunim radnim vremenom. Agencijski radnici su izjednačeni u pogledu visine plaće i drugih uvjeta rada, kao i radnici koji su standardno zaposleni kod korisnika (čl. 26. st. 5.). Radnici koji rade na izdvojenom

da upravo žene prevladavaju u atipičnim zaposlenjima, njihova pozicija je dvostruko teža na tržištu rada u odnosu na muškarce.

U pogledu rada s nepunim radnim vremenom važno je istaknuti da je samo mali broj radnika obuhvaćen ovim institutom. Razlog leži u činjenici što većina njih nije zainteresirana za takav rad, jer bi to automatski utjecalo na smanjenje kućnog budžeta. S aspekta poslodavaca smanjenje troškova rada korištenjem navedenog instituta ne može dovoljno ublažiti negativne strane takvog rada koji se odnose na nedostupnost takvih radnika klijentima za vrijeme redovitog radnog vremena. Trenutno jedini razlog rada u nepunom radnom vremenu je privremeni ili trajan nedostatak posla. Stoga, povećani udio ovakvog vida rada može upućivati na povećanu nedobrovoljnu podzaposlenost u državi (više od 40%).¹¹³ Naime, suočene sa financijskim problemima mnoge tvrtke se okreću skraćivanju radnog vremena kako bi premostile težak period. Od ukupnog broja zaposlenih 11,1% žena i 6,8% muškaraca rade s nepunim radnim vremenom.¹¹⁴ Ovaj vid rada najzastupljeniji je u primarnom i sekundarnom obrazovanju, poljoprivredi, a najmanje u industriji. Ženama je na ovaj način omogućena harmonizacija privatnog i obiteljskog života, tim više što ovaj vid rada mogu kombinirati sa porođnim dopustom te na taj način ne gube pravo na naknadu.¹¹⁵

Razni oblici organizacije radnog vremena zastupljeni u svijetu, u RH su podzastupljeni. S druge strane postoji znatna eksploatacija prekovremenog rada¹¹⁶ koji je posljedica velike ponude radne snage, visoke stope nezaposlenosti, nedjelotvorne inspekcije rada i neadekvatne kazne za poslodavce koji zlorabe ovaj institut. Nadalje, prisutan je i problem neplaćenog prekovremenog rada, koji se najčešće kompenzira slobodnim danima, što, u svakom slučaju, više pogađa žene.

6. ZAKLJUČNO PRIJEDLOZI DE LEGE FERENDA

Borba protiv diskriminacije i unapređivanje mogućnosti jednakog zapošljavanja i jednakog postupanja na radu zahtijeva uključivanje spolne dimenzije u javnu akciju i politiku, a gdje je to prikladno primjenu pogodnijeg postupanja prema ženama kako bi se polučila veća ravnoteža u odnosu na

mjestu rada moraju biti izjednačeni u pogledu visine plaće s radnicima koji rade na lokaciji poslodavca (čl. 15. st. 3.).

¹¹³ Hrvatski zavod za zapošljavanje, *Udio nezaposlenih u radnoj snazi i udio zaposlenih na nepuno radno vrijeme u ukupnoj zaposlenosti - Analitički bilten*, 2011., dostupno na: www.hzz.hr/UserDocsImages/analiticki_bilten_2012-2.pdf (26.10.2012.).

¹¹⁴ *Ibidem.*

¹¹⁵ ZRRP, čl. 9.

¹¹⁶ U borbi protiv zlorabe prekovremenog rada Hrvatski sabor je u ožujku 2011. godine usvojio Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja evidencije o radnicima (Narodne novine, br. 37/11).

muškarce na tržištu rada. Na taj bi se način ženama omogućilo potpunije i aktivnije sudjelovanje u društvenom životu te veća mogućnost pristupa zaposlenju i socijalnoj sigurnosti.

Načelo stvarne jednakosti može se ostvariti uvođenjem potrebnih mjera u politiku javne vlasti. Stoga, potrebno je ojačati legislativu koja prepoznaje i priznaje posebne potrebe žena radi njihove promidžbe i zaštite na tržištu rada. Takvo zakonodavstvo valja jačati dok god spol predstavlja temelj predrasuda i posljedično diskriminacije. Posebnu važnost u borbi protiv diskriminacije treba priznati kolektivnom pregovaranju bez kojeg bi jednakost među spolovima zapriječena u pravnim aktima ostala samo formalna, te se upravo pozitivnom akcijom socijalnih partnera formalna jednakost pretvara u aktualnu i stvarnu. Profesionalni i privatni život žene je u međuovisnosti. Na profesionalnom planu promjene u svijetu rada imaju stvaran i posebno jak utjecaj na žene: povećana subordinacija i veća nesigurnost posljedično utječu na nesuglasice u obiteljskoj sferi zbog veće fleksibilnosti radnog vremena, te zbog stresa izazvanog radnim naporom, te nesigurnošću posla. Vanjski čimbenici, kao što su promjene u strukturi obitelji, dodatno otežavaju položaj žene namećući joj dodatan ekonomski teret.

Zbog navedenog, preduvjeti povećane uporabe fleksibilnih oblika rada i uključenosti žena na tržištu rada, tj. rodno osviještene politike fleksibilnosti trebaju uključiti:

- promjenu u kulturi organizacije rada, tj. uspostavu tzv. *family-friendly* kulture koja uključuje: pozitivnu sliku očeva koji na sebe preuzimaju obiteljske obveze, pomoć roditeljima čija je nazočnost u kući uz istovremeni izostanak s posla nužan, omogućavanje roditeljima da ispunjavaju druge obiteljske obveze i sl. Takvo ponašanje iziskuje međusobnu fleksibilnost i povjerenje poslodavaca i radnika, što zahtjeva financijsku podršku te neprestanu pozornost kreatora javne politike i poslodavaca;

- u pogledu organizacije radnog vremena vrlo je važan element njegove predvidivosti, što je od posebnog značaja za uključivanje na tržište rada osoba s obiteljskim odgovornostima. Pri tom, radnike valja ohrabriti u postizanju kontrole nad vlastitim radnim vremenom, osobito uz pomoć kolektivnog pregovaranja. Uloga socijalnih partnera i kolektivnog pregovaranja, a posebice ono decentralizirane naravi (na razini trgovačkog društva), je jako bitno u implementaciji fleksibilnih oblika rada;

- inicijative poslodavaca mogu biti djelotvorne samo ako su popraćene mjerama koje uključuju *family-friendly* radno vrijeme u javnim službama, visoku kvalitetu i duže radno vrijeme usluga skrbi za djecu, starije i nemoćne, kao i uravnoteženiju podjelu obveza glede skrbi i brige unutar kućanstva;

- uspostavljanje savjetovališta glede fleksibilnog rada koja bi potpomogle razvoju karijera fleksibilnih radnika, uspostavi ravnoteže između njihovog

poslovnog i obiteljskog života te ih na taj način spriječilo u napuštanju tržišta rada. Uspostavljanje ovakve podrške ne treba biti inicirano samo socijalnom odgovornošću tvrtke, već i argumentacijom koja proizlazi iz dobre poslovne prakse. Navedeno zahtjeva visok stupanj povjerenja među strankama u radnom odnosu;

- jačanje utjecaja medija na kulturološke stavove u društvu glede korištenja prava u svezi sa zaštitom roditeljstva i radnog vremena te njegove organizacije, jačanjem svijesti muškaraca, odnosno društva u cjelini o nužnosti žena da rade u punom radnom vremenu i time postanu ekonomski neovisnije i da im se u tom smislu omogući nesmetan razvoj karijere, ili da rade s nepunim radnim vremenom ili temeljem nekog drugog fleksibilnog oblika zapošljavanja uz organizaciju radnog vremena koja će im omogućiti postizanje harmonizaciju obiteljskog i privatnog života;

- pojačati pokušaje postizanja formalne i stvarne jednakosti muškaraca i žena u svim područjima u kojima je ta jednakost nedovoljno zastupljena;

- podržati zaštitu u onim situacijama u kojima su posebice pogođene žene, posebice u pogledu trajne nejednakosti u raspodijeli kućanskih obveza i skrbi za djecu, između ostalog, osiguravanjem stalnosti zaposlenja usprkos prekidima te dopusta za potrebe izobrazbe i profesionalnog usavršavanja;

- mogućnost zastupanja žena na radu i u svezi rada u pogledu njihovih interesa kroz kolektivno pregovaranje. Naime, razvidno je da su sindikati i udruge poslodavaca još uvijek interesne organizacije u kojima većinu u članstvu imaju muškarci. Stoga, jedno od mogućih rješenja bilo bi uvođenje uvjeta koji se moraju zadovoljiti kako bi osoba mogla obnašati dužnost predstavnika radnika u socijalnim savjetodavnim tijelima, vodeći računa o dobroj zastupljenosti žena;

- ojačati i izobraziti inspekciju rada u pogledu spolne diskriminacije te zloporaba instituta fleksibilnog rada;

- osnažiti institucionalnu zaštitu prava žena u nas, ohrabriti rad ženskih *think-tank* udruženja, razviti atipične oblike zapošljavanja, inicirati tranziciju od fiksnog prema fleksibilnom radnom vremenu i posvetiti veću pozornost feminističkim aktivnostima. Ovakav pristup popraćen promjenom obrazovne politike, edukacijom sudaca i inspektora rada u domeni spolne jednakosti, te fleksibilnih oblika rada, kao i intenziviranje odgovorne uloge medija, formiranje i jačanje radnih sudova i ubravanje njihove aktivnosti, mogu dovesti do rušenja stereotipa i postizanje jednake raspodjele odgovornosti u obitelji i radnoj okolini, potvrđujući načela i vrijednosti jednakosti, kao neodvojivog dijela integriteta pojedinca.

Summary

Andrijana Bilić, S.J.D.*

FLEXIBLE WORKING ARRANGEMENTS AND GENDER EQUALITY

With the prospect of labour shortage coupled with mobility and environmental issues in the future, there is a need to increase, on the one hand, the working hours of women in their jobs and on the other hand, the time men spend performing unpaid care work. There is also a growing demand for organisational and employment flexibility, as well as for more innovative cost reduction strategies in companies.

Flexible work is seen as a way to answer these challenges and as a 'win-win' strategy for organisations, employees and society as a whole. It is expected to reduce overhead costs by increasing efficient use of resources, such as time, energy and office space, to reduce absenteeism and to increase the workers' job satisfaction. Also, from the gender equality perspective this strategy makes it possible for women to improve their position in the labour market. But this paper also presents the shortcomings associated with flexible working hours which may penalise women more than men.

All kinds of flexible working arrangements, such as part-time work, flexi-time, and teleworking, are discussed in the paper. The author compares legal solutions and examples of good practice in various European countries.

The paper focuses on these main issues: the different gender effects of flexible working arrangements and ways to prevent any unintended side-effects; the prerequisites for initiatives such as 'customised working hours'; the role of various players (government, social partners, employers, employees and others) in promoting and implementing flexible working policies.

Key words: part-time work, alternative regulation of working time, overtime, gender segregation

* Andrijana Bilić, S.J.D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Split, Domovinskog rata 8, Split.

DISKRIMINACIJA TRUDNIH RADNICA: KAKO USPJEŠNO POMIRITI TRUDNOĆU SA ZAHTJEVIMA TRŽIŠTA?

Izv. prof. dr. sc. Ivana Grgurev*

U radu se polazi od diskriminirajuće prakse prema trudnicama na tržištu rada kao problema čije bi uzroke i rješenja trebalo istražiti. Za razliku od relevantnih međunarodnih i regionalnih izvora prava starijeg datuma koji štite žene općenito, suvremeni izvori usmjereni su zabrani diskriminacije trudnica, roditelja i dojilja. Naime, pokazalo se kako normativno pretjerano široko formulirana zaštita prividno štiti, a stvarno vodi diskriminaciji žena na tržištu rada. U radu će se nastojati dokazati kako naš zakonodavac pojedinim lošim zakonskim rješenjima ne prati dosljedno spomenuti razvoj na međunarodnom i regionalnom planu. Jamstvo zabrane diskriminacije trudnica nedostatno je, ako se zabrana diskriminacije ne zaštite radnici s obiteljskim obvezama. Zato se u radu problematizira zahtjev radnika za usklađivanjem uvojeta rada njihovim obiteljskim prilikama. Zaključno se sugerira nacionalnom zakonodavcu prihvaćanje smjera usvojenog u suvremenim međunarodnim i regionalnim izvorima prava, osobito kroz razvoj pravne stečevine EU, te se time odgovara na pitanje kako bi pravo (zakonodavac) trebalo odgovoriti na vezu između trudnoće, roditeljstva i rada.

Ključne riječi: diskriminacija, trudna radnica, tržište rada

1. UVOD

Diskriminirajuća praksa kao i određene odredbe Zakona o roditeljnim i roditeljskim potporama (s diskriminirajućim učinkom),¹ nameću potrebu istra-

* Dr. sc. Ivana Grgurev, izvanredna profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

Ovaj rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Prilagodba hrvatskog radnog i socijalnog prava europskom socijalnom modelu“ (voditelj: prof. dr. sc. Željko Potočnjak) kojeg financira Ministarstvo znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske.

¹ Zakon o roditeljnim i roditeljskim potporama (Narodne novine, br. 85/08, 110/08 – isp., 34/11, 54/13); dalje u tekstu: ZRRP. O diskriminirajućim odredbama ZRRP-a vidjeti dalje u poglavlju „Zaštita majčinstva i roditeljstva – pravno uređenje i njegov utjecaj na položaj žena na domaćem tržištu rada“.

živanja veze između trudnoće, roditeljstva i rada. Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova u svojim godišnjim izvješćima navodi slučajeve u kojim se žene po povratka s rodiljnog ili roditeljskog dopusta premješta na slabije plaćena radna mjesta te im ubrzo nakon povratka prestaje radni odnos iz nekog fiktivnog gospodarskog razloga, slučajeve otkaza tijekom komplikacija u trudnoći, slučaj kada se za napredovanje traži određeni staž a u staž se ne ubraja vrijeme provedeno na rodiljnom dopustu te slučaj otkaza probnog rada zbog umjetne oplodnje.² To je domaća stvarnost, a bogata praksa Suda EU u tom području pokazuje kako je slično i u ostalim državama članicama EU.³ Žene fertile dobi posvuda su opterećene stereotipima i predrasudama o njihovu radu.

Društvena percepcija uloge oca različita je od društvene percepcije uloge majke. „Znati da je muškarac otac obično je manje informativno o tome kako on provodi svoje vrijeme i energiju nego znati da je žena majka.“⁴ Zbog stroge podjele rodni uloga, rijetko govorimo o roditeljstvu kao općem pojmu koji briše granice između roditeljskih obveza majke i oca. Na tržištu rada manje se cijene radnice opterećene obiteljskim obvezama. Naime, smatra se da te obveze nepovoljno utječu na njihovu posvećenost poslu te da je njihov rad iz tog razloga skuplji (zbog korištenja bolovanja zbog bolesti djece,⁵ korištenja roditeljskih prava od kojih neka padaju na teret poslodavca,⁶ a ona koja ne

² Dvije godine zaredom u svojim izvješćima, Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova upozorava na, po njenom mišljenju, diskriminirajuću praksu Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje (dalje u tekstu: HZZO) ukidanja statusa osigurane osobe i odbijanju isplate naknade plaće trudnicama uz obrazloženja da su fiktivno zasnovale radni odnos radi ostvarivanja prava na naknadu plaće tijekom bolovanja zbog komplikacija u trudnoći i rodiljnog dopusta. Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova, *Izvješće o radu za 2010. godinu*, ožujak 2011. te *Izvješće o radu za 2011. godinu*, ožujak 2012., dostupna na: <http://www.prs.hr/index.php/izvjesca> (6.12.2012.).

Smatram da nije moguće govoriti o zaštiti od diskriminaciji pri nezakonitom postupanju, odnosno, kršenju propisa, međutim, slažem se kako stav HZZO-a, da je radni odnos zasnovan tijekom trudnoće *a priori* fiktivan, predstavlja diskriminaciju na osnovi spola (trudnoća je neodvojiva od ženskog spola). Poslodavac pri zasnivanju radnog odnosa ne smije ženu koja traži zaposlenje pitati je li trudna te je ne smije odbiti zaposliti zbog njene trudnoće (čl. 67. st. 1. Zakona o radu, Narodne novine, br. 149/09, 61/11, 82/12; dalje u tekstu: ZR), te je tim više praksa HZZO-a upitna. O tome detaljniju dalje u poglavlju „Uloga Suda EU u zaštiti trudnica od diskriminacije“.

³ O tome detaljnije dalje u tekstu u poglavlju: Uloga Suda EU u zaštiti trudnica i roditelja od diskriminacije.

⁴ Phoenix i Woollett, citirano prema: James, G., *The legal regulation of pregnancy and parenting in the labour market*, Routledge Cavendish, London, 2009., str. 17.

⁵ Čl. 29. Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju (Narodne novine, br. 150/08, 94/09, 153/09, 71/10, 139/10, 49/11, 22/12, 57/12, 90/12, 123/12, 137/13) uređuje pravo na naknadu plaće za vrijeme bolovanja radi njege osigurane osobe – djeteta odnosno supružnika.

⁶ Čl. 20. ZRRP-a u svezi s čl. 68. st. 4. ZR-a. Riječ je o dopustu trudne radnice ili dopustu radnice koja je rodila ili dopustu radnice koja doji jer radi na poslovima koji su štetni po njezino zdravlje i/ili zdravlje djeteta koje doji uz naknadu plaće na teret poslodavca.

predstavljaju financijski teret poslodavcu ipak čine korisnicu nepouzdanom radnom snagom jer joj treba osigurati zamjenu za vrijeme korištenja tih prava). Domaća i strana istraživanja dokazuju postojanje diskriminacije trudnica i majki s malom djecom na tržištu rada. Tijekom 2012. godine Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova provela je istraživanje „Položaj trudnica i majki sa malom djecom na tržištu rada“ putem upitnika kojeg je ispunilo 937 žena. Prema prikupljenim podacima od 10 žena koje sudjeluju na hrvatskom tržištu rada, za vrijeme svoje trudnoće njih 4 su diskriminirane od strane poslodavca radi trudnoće ili činjenice da su koristile svoja roditeljska prava.⁷ Nadalje, prema istraživanju provedenom 2005. u Engleskoj od strane njihovog tijela za ravnopravnost (*Equal Opportunities Commission*) 80% osoba zaduženih za kadrovske poslove poslodavaca obuhvaćenih istraživanjem izjavilo je da bi dvaput promislilo prije nego što bi zaposlilo ženu fertile dobi.⁸

Pomirenja trudnoće sa zahtjevima tržišta nije važno samo za svaku pojedinu trudnu radnicu i njenu obitelj, već i za društvo u cjelini. Društvo, naime, s jedne strane treba žene na tržištu rada,⁹ treba ih kao majke (pronatalitetna politika),¹⁰ treba im netko tko će preuzeti na sebe skrb o nemoćnima (djeci i starijima), a s druge strane, društvo je preuzelo obvezu zabrane diskriminacije (između ostalog) na temelju spola. Kako pomiriti te međusobno suprotstavljene društvene ciljeve? Kako bih pokazala u kojem smjeru kreće razvoj zaštite trudnih radnica na međunarodnom i regionalnom planu te odgovorila na pitanje o pomirenju navedenih međusobno suprotstavljenih društvenih ciljeva, u radu analiziram tekst odgovarajućih konvencija Međunarodne organizacije rada (dalje u tekstu: MOR) i Europske socijalne povelje. Ukazujem na razvoj zaštite majčinstva i roditeljstva u pravu EU analizom relevantnih odredaba Direktive 92/85/EEZ o trudnim radnicama¹¹ i Direktive 2010/18/EZ

⁷ Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova, *Izvješće o radu za 2012. godinu*, ožujak 2013., dostupno na: <http://www.prs.hr/index.php/izvjesca/2012> (2.11.2013.).

⁸ James, G., *op. cit.*, bilj. 4., str. 33.

⁹ Treba ih jer su obrazovane. Žene u Hrvatskoj u posljednjih 20-tak godina u većem broju nego muškarci diplomiraju na visokim učilištima. 2010. godine 60,8% od ukupnog broja studenata koji su diplomirali na visokim učilištima bile su žene. V. Državni zavod za statistiku, *Žene i muškarci u Hrvatskoj 2012.*, 2012., dostupno na: <http://www.dzs.hr/> (7.12.2012.). Prema James, društvo treba žene i za rad u uslužnim djelatnostima u kojima su one u pravilu tradicionalno zaposlene. V. James, G., *op. cit.*, bilj. 4., str. 33. Time se naglašava tradicionalna podjela zanimanja po spolu tj. segregacija tzv. ženskih i muških zanimanja koja je osnovni uzrok nejednakosti plaća žena i muškaraca. O tome detaljnije: Grgurev, I., *Jednaka plaća za jednak rad ili rad jednake vrijednosti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 4, 2006., str. 1106-1108.

¹⁰ Potočnjak ističe značaj mjera za zaštitu majčinstva u poticanju nataliteta. Potočnjak, Ž., *Zaštita materinstva u međunarodnom i komparativnom pravu*, Žena, vol. 43, br. 3, 1985., str. 30.

¹¹ Direktiva Vijeća 92/85/EEZ od 19. listopada 1992. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja trudnih radnica i radnica koje su nedavno rodile ili doje (deseta pojedinačna direktiva u smislu članka 16. stavka 1. Direktive 89/391/EEZ), SL L 348, 28. 11. 1992. (dalje u tekstu: Direktiva 92/85/EEZ o trudnim radnicama).

o roditeljskom dopustu.¹² Time želim dokazati kako je razvoj međunarodnih i regionalnih izvora prava pošao od zaštite žena i stigao do zaštite trudnica i radnica koje su nedavno rodile ili doje, odnosno, da je takav razvoj rezultat promišljanja kako normativno uže uređenje zaštite (bolje rečeno, usmjerenje na zaštitu stanja u kojima se žena može naći – trudnoću i majčinstvo) sprečava diskriminaciju. U tom kontekstu, ne podupirem stav „manje je više“, već zagovaram optimalnu zaštitu koja neće imati diskriminirajući učinak.¹³ Navedeno ilustriram bogatom praksom Suda EU u tom području. Nadalje, želim dokazati kako domaći zakonodavac ne prati dosljedno međunarodni i regionalni razvoj u tom području. U dijelu rada koji je posvećen zaštiti trudnica u hrvatskom zakonodavstvu, problematiziram, pored prebacivanja troška nediskriminacije na poslodavca, produljenje obveznog roditeljskog dopusta u kontekstu autonomija pojedinca i posljedica koje takvo normativno rješenje ima na položaj žena na tržištu rada. Kako pored tradicionalnog shvaćanje uloge žene u društvu (primarno kao majke), postoji suvremeni pristup po kojem bi žene prije svega trebale biti uključene na tržištu rada,¹⁴ nastoji se ukazati kako rješenje nije u zagovaranju krajnosti, već u jamstvu autonomije pojedinca od strane zakonodavca i provoditelja normi. Polazim od legitimnosti izbora žene da radi i bude majka kao jednako vrijednog izboru žene da se isključivo posveti majčinstvu.¹⁵ Ako je tako, društvo ne smije stvarati prepreke ženama koje su se odlučile za obje uloge. Prepreke su iracionalne jer sprečavaju društvenu korist od takvog izbora.

¹² Direktiva Vijeća 2010/18/EU od 8. ožujka 2010. o provedbi revidiranog Okvirnog sporazuma o roditeljskom dopustu koji su sklopili BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP i ETUC te o stavljanju izvan snage Direktive 96/34/EZ, SL L 68, 18. 3. 2010. (dalje u tekstu: Direktiva 2010/18/EU o roditeljskom dopustu).

¹³ **Smatram potrebnim istaknuti da se ne zalažem za deregulaciju radnih prava trudnica, roditelja i dojilja, već za postizanje prave mjere i optimuma u uređenju njihovih prava.** Sintagma „manje je više“ (engl. *less is more*) posudila sam iz „ne-pravne“ književnosti. Naime, prvi ju je upotrijebio engleski pjesnik Robert Browning 1855. godine. Kasnije ju prihvaća arhitekt Ludwig Mies van der Rohe (1886-1969) kao pravilo minimalističkog dizajna. V. Leksikografski zavod Miroslav Krleža, *Hrvatska enciklopedija*, dostupno na: <http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=40605> (25.9.2013.).

¹⁴ Prema Gilbertu kultura kapitalizma podcjenjuje ekonomsku vrijednost odgoja djece, prevladavajuća feministička očekivanja precjenjuju društvene i emocionalne prednosti sudjelovanja u radnoj snazi, a politike zaštite roditeljstva podupiru vrijednosti kapitalizma i feminizma. Gilbert, N., *A Mother's Work, How Feminism, the Market, and Policy shape Family Life*, Yale University Press, New Haven, 2008., str. 4.

¹⁵ V. čl. 72. st. 3. ZR koji omogućuje trudnici da daje izvanredni otkaz ugovora o radu. Isto pravo daje i korisniku/korisnici roditeljskih prava (čl. 72. st. 1. ZR). Zakonodavac je, očigledno, bio vođen idejom da se pojedine trudne radnice žele isključivo posvetiti majčinstvu i izaći s tržišta rada. Danas je takva odluka, imajući u vidu loše gospodarske prilike, luksuz koji si rijetko tko može priuštiti.

2. POVIJESNI RAZVOJ PRAVNE ZAŠTITE TRUDNIH RADNICA U MEĐUNARODNIM I REGIONALNIM IZVORIMA PRAVA

2.1. Trudne radnice u konvencijama MOR-a

Republika Hrvatska je ratificirala Konvenciju br. 3 o radu žena prije i poslije poroda iz 1919. godine¹⁶ kao i Konvenciju br. 103 o zaštiti majčinstva (revidirana 1952. godine).¹⁷ Riječ je o konvencijama starim gotovo 100, odnosno 60 godina. Potočnjak ih naziva „zastarjelim instrumentima zaštite materinstva“.¹⁸ Konvencija br. 3 predviđa obvezni roditeljski dopust tijekom šest tjedana nakon poroda, pravo trudne radnice da šest tjedana prije očekivanog poroda ne radi uz liječničko uvjerenje, pravo na plaćeni roditeljski dopust, pravo na zdravstvenu zaštitu, pravo na stanku za dojenje i pravo na zabranu otkazivanja ugovora o radu tijekom korištenja roditeljskog dopusta i bolovanja zbog bolesti koja proizlazi iz trudnoće i poroda u trajanju kojeg odredi nadležna vlast (čl. 3. i 4. Konvencije br. 3). Konvencija br. 103, između ostalog, zahtijeva 12-tjedni roditeljski dopust koji mora uključivati razdoblje obveznog dopusta nakon poroda koje ne smije biti kraće od šest tjedana (čl. 3. st. 2. i 3. Konvencije br. 103.). Čl. 6. Konvencije br. 103 predviđa, jednako kao i već spomenuta odredba Konvencije br. 3 apsolutnu zabranu otkazivanja ugovora o radu tijekom roditeljskog dopusta. **Te konvencije prihvaćaju koncepciju zaštite žena, a ne koncepciju zaštite trudnica, roditelja i dojilja jer štiti ženu i od poslovno uvjetovanog otkaza, otkaza uzrokovanog skrivljenim ponašanjem kao i od izvanrednog otkaza tijekom trudnoće i korištenja roditeljskog dopusta.** Naime, sadrže tzv. apsolutnu zabranu otkazivanja tijekom roditeljskog dopusta što znači da zabranjuju otkazivanje ugovora o radu trudnoj radnici iz svakog razloga, pa tako i iz razloga nevezanih za trudnoću. Istu koncepciju prihvaćaju i Konvencija br. 45 o zapošljavanju žena na poslovima koji se obavljaju pod zemljom u rudnicama svih vrsta iz 1935. godine¹⁹ kao i Konvencija br. 89 o noćnom radu

¹⁶ Konvencija br. 3 o radu žena prije i poslije poroda od 29. listopada 1919. (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 3/00); dalje u tekstu: Konvencija br. 3.

¹⁷ Konvencija br. 103 o zaštiti majčinstva (revidirana 1952.) od 4. lipnja 1952. (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 3/00); dalje u tekstu: Konvencija br. 103.

¹⁸ Potočnjak, Ž., *op. cit.*, bilj. 10., str. 51.

¹⁹ Konvencija br. 45 o zapošljavanju žena na poslovima koji se obavljaju pod zemljom u rudnicama svih vrsta od 4. lipnja 1935. (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 1/02); dalje u tekstu: Konvencija br. 45. Hrvatska je obavijestila Međunarodnu organizaciju rada kako odredbe te konvencije nisu u skladu s pravnom stečevinom EU, odnosno direktivom koja zabranjuje diskriminaciju na temelju spola u području rada i zapošljavanja pa je Međunarodna organizacija rada ponudila Hrvatskoj da ratificira Konvenciju br. 176 o zaštiti na radu u rudnicama od 6. lipnja 1995. te da otkaze Konvenciju br. 45 tijekom jednogodišnjeg razdoblja predviđenog za to (30.5.2017.-30.5.2018.). V. MOR, *Direct request (CEACR) – adopted 2010, published 100th ILC session (2011): Undergraound Works (Women) Convention, 1935 (no. 45)-Croatia (Ratification 1991, 201)*, dostupno na: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2323826:NO (28.12.2012.).

žena u industriji iz 1948. godine.²⁰ Iako Hrvatska nije ratificirala Konvenciju br. 89 ipak je rješenja iz te konvencije prihvatila u Zakonu o radu iz 1995. godine.²¹ Jamstva predviđena navedenim konvencijama u praksi su se pokazala diskriminirajućima za žene jer su im onemogućila rad na određenom krugu poslova (koji se odvija isključivo ili većim dijelom noću) ili im onemogućila bolje plaćeni rad (pravo na povećani iznos plaće za noćni rad ili otežane uvjete rada).²²

Hrvatska, na žalost, nije ratificirala novije međunarodne izvore. Tako, nije ratificirala Konvenciju br. 183 o zaštiti majčinstva iz 2000. godine²³ koja revidira Konvenciju br. 103, a sadrži u čl. 8. **tzv. relativnu zabranu otkazivanja ugovora o radu trudnoj radnici i roditelji** za razliku od **tzv. apsolutne zabrane otkazivanja ugovora o radu trudnoj radnici i roditelji** sadržane u čl. 6. Konvencije br. 103. o zaštiti majčinstva (revidirane 1952. godine). Naime, spomenuti čl. 8. Konvencije br. 183 sadrži iznimnu mogućnost otkazivanja ugovora o radu tijekom trudnoće i roditeljnog dopusta iz razloga nevezanih uz trudnoću, rođenje djeteta i dojenje. U slučaju kada se otkáže ugovor o radu tijekom navedenih razdoblja, na poslodavcu je teret dokazivanja da su razlozi za otkaz ugovora o radu nevezani uz trudnoću, rođenje djeteta i dojenje.

Zaštita trudnica od diskriminacije nedostatna je ako ju ne prati zaštita od diskriminacije zbog obiteljskih obveza do kojih, između ostalog, dolazi po porodu. Stoga, u tom kontekstu treba spomenuti i Konvenciju br. 156 o jednakim mogućnostima i tretmanu radnika i radnica: radnici s obiteljskim obvezama iz 1981. čije su odredbe izrazito programske naravi i nalažu državi koja ju je ratificirala (dakle, i Hrvatskoj) nediskriminaciju radnika s obiteljskim obvezama kroz politike, mjere i stvaranje javnog mijenja koje bi pridonijelo rješavanju problema sukobljavanja radnih i obiteljskih obveza te diskriminacije radnika s obiteljskim obvezama.²⁴

Analizirane konvencije MOR-a rada prate društveni razvoj, ali ne utiru put novinama.²⁵ To je očekivano od međunarodnih izvora prava koji moraju biti

²⁰ Konvencija br. 89 o noćnom radu žena u industriji od 17. lipnja 1948., dostupna na: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312234 (28.12.2012.), dalje u tekstu: Konvencija br. 89.

²¹ Zakon o radu (Narodne novine, br. 38/95).

²² V. primjerice Sud EU, C-421/92 *Habermann-Beltermann* (1994) ECR I-01657.

²³ Konvencija br. 183 o zaštiti majčinstva od 30. svibnja 2000.; dalje u tekstu: Konvencija br. 183., dostupna na: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312328:NO (28.12.2012.).

²⁴ Konvencija br. 156 o jednakim mogućnostima i jednakom tretmanu radnika i radnica: radnici s obiteljskim obvezama (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 5/00); dalje u tekstu: Konvencija br. 156. Jedina odredba navedene Konvencije koja nema programski karakter je čl. 8. prema kojem obiteljske obveze ne smiju, kao takve, predstavljati opravdani razlog za prestanak radnog odnosa.

²⁵ O radu Međunarodne organizacije rada na zaštiti majčinstva od njenih početaka v. Vinković, M., *Zaštita majčinstva – stanje i perspektive hrvatskog radnog zakonodavstva*, Radno pravo, vol. 3,

prihvatljivi velikom broju država različitog stupnja ekonomskog/društvenog razvoja te su stoga nespremni (neprikladni) za hrabrije inicijative.

2.2. Trudne radnice u Europskoj socijalnoj povelji

Hrvatsku obvezuje Europska socijalna povelja iz 1961. godine,²⁶ dok za ratifikaciju revidirane Europske socijalne povelje iz 1996. godine²⁷ još nema političke volje. Naime, oba su teksta odraz svog vremena i teško je očekivati od teksta starog pedesetak godina da je prikladan, između ostalog, urediti područje koje se tako intenzivno razvija kao što je antidiskriminacijsko pravo. Da pojasnim. Čl. 8. Europske socijalne povelje iz 1961. jamči, pored plaćenog dopusta u trajanju od najmanje 12 tjedana te jamstva prava na stanku za dojenje djeteta, i apsolutnu zabranu otkazivanja tijekom roditeljnog dopusta. Nadalje, ista odredba zahtijeva od ugovornih stranaka da urede noćni rad žena u industriji te da zabrane svaki rad žena u podzemnim rudnicima i, prema potrebi, na svim za njih neprikladnim poslovima koji su opasni, teški ili štetni za zdravlje.²⁸ Riječ je odredbi koja je pod utjecajem ranije spomenutih Konvencija MOR-a br. 45 i 89. Tako preširoko, a ujedno diskriminirajuće po žene, formulirana zaštita djelomice je napuštena u revidiranoj Europskoj socijalnoj povelji iz 1996. Ne može se reći da ju u cijelosti napuštena jer i revidirana Europska socijalna povelja sadrži apsolutnu zabranu otkazivanja ugovora o radu tijekom trudnoće i korištenja roditeljnog dopusta, međutim, čl. 8. više ne štiti žene općenito već trudnice, žene koje su nedavno rodile i dojilje od noćnog rada te rada u rudnicima i u teškim uvjetima rada. Istom odredbom produljeno je trajanje roditeljnog dopusta s 12 na minimalno 14 tjedana. Nadalje, čl. 17. više ne predviđa pravo majki i djeteta na socijalnu i ekonomsku zaštitu već prava djece i mladeži na socijalnu, pravnu i ekonomsku zaštitu.

Navedeni razvoj na međunarodnoj i regionalnoj razini dokazuje kako je često teško odrediti granicu gdje prestaje zaštita, a gdje počinje diskriminacija. Također dokazuje kako je zabrana diskriminacije složena koncepcija koja se razvija s promjenama u društvu. Moguće je da se prava za koja se u vremenu njihova uređenja smatra da predstavljaju visoku razinu normativne zaštite, u praksi pokažu diskriminirajućima, a to zahtijeva njihovo redefiniranje.

br. 1, 2006., str. 6. V. i Vinković, M.; Godžirov, I., *Institut roditeljnog i roditeljskog dopusta u hrvatskom i poredbenom pravu*, Radno pravo, vol. 6, br. 3, 2009., str. 16. V. i: Potočnjak, Ž., *op. cit.*, bilj. 10., str. 31.- 33.

²⁶ Europska socijalna povelja od 18. listopada 1961. (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 15/02, 3/03).

²⁷ Revidirana Europska socijalna povelja od 3. svibnja 1996., dostupna na: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/163.htm> (28.12.2012.).

²⁸ U tom kontekstu treba spomenuti i čl. 17. Europske socijalne povelje iz 1961. koji predviđa **pravo majke i djeteta** na socijalnu i ekonomsku zaštitu, a ne **pravo roditelja** (što bi uključivalo i očeve) na takvu zaštitu.

3. TRUDNE RADNICE U HRVATSKOJ NASUPROT TRUDNIM RADNICAMA U EU

3.1. Trudne radnice u hrvatskom nacionalnom zakonodavstvu

3.1.1. Zaštita od otkaza

Kako bi se utvrdila širina zaštite trudnica od otkaza, pored utvrđenja štiti li ih se tijekom trudnoće i korištenja roditeljskih prava od otkaza bez obzira na razlog za otkaz (tzv. apsolutna zaštita od otkaza) ili ih se samo štiti od otkaza zbog trudnoće i korištenja tih prava, ali ne i od opravdanih razloga za otkaz tijekom tih razdoblja (tzv. relativna zaštita od otkaza), potrebno je usporediti razdoblje zaštite od otkaza u hrvatskom radnozaštitnom zakonodavstvu s razdobljem zaštite od otkaza u pravnoj stečevini EU.²⁹ Zaštita od otkaza ugovora o radu trudne radnice³⁰ u čl. 71. ZR-a formulirana je kao apsolutna zabrana otkazivanja ugovora o radu u skladu s međunarodnim i regionalnim pravnim izvorima starijeg datuma koji obvezuju Hrvatsku.³¹ Direktiva 92/85/EEZ o trudnim radnicama, jednako kao i Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (dalje u tekstu: CEDAW),³² sadrži relativnu zaštitu od otkaza.³³

Glede trajanja zaštite od otkaza treba reći da je u nas ta zaštita protegnuta na korištenje svih prava vezanih uz zaštitu roditeljstva (osim tijekom korištenja prava na mirovanje radnog odnosa do treće godine djetetova života), a neka od njih traju godinama. Primjerice, čl. 14. st. 2. ZRRP-a predviđa pravo na roditeljski dopust u trajanju od 30 mjeseci za rođene blizance, treće i svako sljedeće dijete, a čl. 16. istog propisa predviđa pravo na rad u skraćenom

²⁹ Detaljnije: Grgurev, I.; Ceronja, P., *Opoziv imenovanja trudne članice uprave – spolna diskriminacija?*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 61, br. 6, 2011., str. 1893-1896.

³⁰ O razlozima uvođenja te zabrane u Direktivu 92/85/EEZ o trudnim radnicama i u nacionalna zakonodavstva (štetan učinak otkaza na fizičko i mentalno zdravlje trudnice i roditelje; prijetnja otkazom kao poticaj na pobačaj) v. detaljnije: Grgurev, I.; Ceronja P., *ibidem*, str. 1892.

³¹ Posebnim je propisom, Stečajnim zakonom (Narodne novine, br. 44/96, 161/98, 29/99, 129/00, 123/03, 197/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12, 45/13), u čl. 120. st. 3. predviđena iznimka od apsolutne zabrane otkazivanja ugovora o radu trudnici i korisniku prava vezanih uz zaštitu roditeljstva. Navedena odredba, između ostalog, predviđa kako, nakon otvaranja stečajnog postupka, stečajni upravitelj u ime dužnika poslodavca i radnik mogu otkazati ugovor o radu, bez obzira na dogovoreno trajanje ugovora ili dogovoreno isključenje prava na redoviti otkaz te bez obzira na zakonske ili ugovorene odredbe o zaštiti radnika.

³² Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena od 18. prosinca 1979. (CEDAW) (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93, 3/01, 4/01, 15/03). Prema čl. 11. st. 2. a) CEDAW radi sprječavanja diskriminacije žena na osnovi braka ili majčinstva i osiguravanja njihova stvarnog prava na rad, države stranke poduzimaju odgovarajuće mjere: zabranu, pod prijetnjom poduzimanja sankcija, davanja otkaza zbog trudnoće ili majčinskog dopusta i diskriminacije pri otpuštanju s posla zbog bračnog stanja.

³³ O tome detaljnije dalje u tekstu.

radnom vremenu radi pojačane njege djeteta do navršene 3. godine života djeteta. S druge strane, Direktiva o trudnim radnicama u čl. 8. predviđa minimalno trajanja roditeljnog dopusta od 14 tjedana koji mora uključivati barem dva tjedna obveznog roditeljnog dopusta. U nas roditeljni dopust traje 28 tjedana (28 dana prije očekivanog poroda do šest mjeseci života djeteta) od kojih 14 tjedana (28 dana prije očekivanog poroda do 70 dana nakon poroda) žena obvezno mora iskoristiti. Dakako, zahtjevi Direktive predstavljaju samo minimum, a nacionalnim zakonodavstvom može se predvidjeti širi opseg zaštite. Ipak, treba upozoriti na negativne posljedice. Treba spomenuti kako je Odbor, koji nadzire primjenu CEDAW, u više navrata kritizirao nacionalna zakonodavstva pojedinih država istočne Europe i središnje Azije jer pretjeranom zaštitom žena potiču stereotipe o ženama majkama i ograničavaju ekonomske uvjete žena.³⁴ Sličnu kritiku pretrpjela je i Hrvatska od strane Europske komisije u Izvješću o napretku Republike Hrvatske za 2005. godinu u kojem je se, između ostalog, kritizira zbog dugih roditeljnih dopusta jer to vodi diskriminaciji žena na tržištu rada.³⁵

Posljednje izmjene Zakona o zaštiti na radu³⁶ uskladile su tekst Zakona o zaštiti na radu³⁷ s pravnom stečevinom EU suzivši zaštitu na trudne radnice, radnice koje su rodile ili doje dijete izmijenivši čl. 37. koji je predviđao, između ostalog, zaštitu žena. Nasuprot toj izmjeni (u skladu s pravnom stečevinom EU) koja prati razvoj zaštite trudnica na međunarodnom i regionalnom planu, isto se ne može reći za izmjene ZRRP-a iz 2011. godine,³⁸ kojima je produljeno trajanje obveznog roditeljnog dopusta koji mora koristiti majka. Dotad je nakon poroda majka morala koristiti 42 dana obveznog roditeljnog dopusta, a sada mora koristiti 70 dana nakon poroda. Dakle, obvezni roditeljni dopust mora koristiti, kada se uračuna 28 dana prije očekivanog poroda kada ga trudnica mora početi koristiti, **98 dana u neprekidnom trajanju** (čl. 12. st. 2. ZRRP-a). Postavlja se pitanje razloga za produljenje obveznog roditeljnog dopusta.³⁹ Vlada Republike Hrvatske objašnjava prijedlog za produljenje obveznog roditeljnog dopusta na sljedeći način: „Izmjenom članka 12. Zakona pro-

³⁴ Detaljnije u: Holtmaat, R.; Naber, J., *Women's Human Rights and Culture, From Deadlock to Dialogue*, Intersentia, Cambridge, 2011., str. 37.

³⁵ Europska komisija, Komunikacija Komisije – Strategija proširivanja 2005 od 9. studenog 2005. (neslužbeni prijevod), COM (2005), 561 final, str. 73. Detaljnije: Grgurev, I., *Zabrana diskriminacije u radnom pravu*, doktorska disertacija, Sveučilište u Zagrebu - Pravni fakultet, Zagreb, 2006., str. 164.

³⁶ Zakon o izmjenama Zakona o zaštiti na radu (Narodne novine, br. 143/12).

³⁷ Zakon o zaštiti na radu (Narodne novine, br. 59/96, 94/96, 114/03, 100/04, 86/08, 116/08, 75/09, 143/12).

³⁸ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o roditeljnim i roditeljskim potporama (Narodne novine, br. 34/2011).

³⁹ V. Sud EU, C-184/83 *Hofmann* (1984) ECR 03047 iz kojeg proizlazi da je produljenje obveznog roditeljnog dopusta u nas u skladu s pravnom stečevinom EU. O tome detaljnije dalje u tekstu.

pisuje se obvezni roditeljni dopust u trajanju od 98 dana od kojih zaposlena ili samozaposlena trudnica, odnosno majka koristi 28 dana prije termina za porod, a 70 dana poslije poroda, te dodatni roditeljni dopust do navršenih 6 mjeseci života djeteta kojeg majka može koristiti ili prenijeti to pravo na oca djeteta. Ovim je na nedvosmislen način uvažena odredba članka 8. stavka 1. Direktive Vijeća 92/85/EEZ koja glasi: 'Zemlje članice će poduzeti potrebne mjere kako bi radnicama u okviru značenja članka 2. osigurale pravo na neprekidno razdoblje porodnog dopusta od najmanje 14 tjedana prije i/ili nakon porođaja u skladu sa zakonodavstvom i/ili praksom odnosne zemlje.' Obzirom da je riječ o izričitom pravu radnice, bilo je nužno trajanje obveznog roditeljnog dopusta do 6. tjedna nakon rođenja djeteta, prema postojećim odredbama Zakona, produžiti do 10. tjedna.⁴⁰ Zaključujem kako je predlagatelj zakonskih izmjena pogrešno protumačio odredbu Direktive 92/85/EEZ, odnosno, zamijenio je ukupno trajanje roditeljnog dopusta iz čl. 8. st. 1. Direktive 92/85/EEZ o trudnim radnicama s obveznim roditeljnim dopustom. Naime, predlagatelj zakona je previdio/zanemario čl. 8. st. 2. Direktive o 92/85/EEZ trudnim radnicama koji predviđa obvezni roditeljni dopust u trajanju od dva tjedna prije i/ili nakon poroda. Riječ je o previdu s ozbiljnim posljedicama. Odredba o produljenju obveznog roditeljnog dopusta institucionalizira tradicionalnu podjelu rodnih uloga, model muškarca kao hranitelja obitelji i sprečava očeve u aktivnom roditeljstvu.⁴¹

Radi ostvarivanja prava na zaštitu od otkaza, potrebno je obavijestiti poslodavca o trudnoći. Otkaz radnici zbog sumnje poslodavca da je trudna također predstavlja izravnu diskriminaciju na temelju spola ako se potvrdi trudnoća, kao i ako se ne potvrdi (zbog pogrešne predodžbe o postojanju osnove za diskriminaciju iz čl. 1. st. 3. ZSD-a), a u svakom slučaju je neopravdan razlog za otkaz. Otkaz je ništetan ako je na dan davanja otkaza poslodavcu bilo poznato da je radnica trudna odnosno da koristi koje od zakonom, u čl. 71. st. 1. ZR-a, navedenih prava vezanih uz zaštitu roditeljstva, ili ako radnica u roku od 15 dana od dostave otkaza obavijesti poslodavca o trudnoći te o tome dostavi odgovarajuću potvrdu ovlaštenog liječnika.

Pored zaštite od otkaza, treba spomenuti, ZR trudnice štiti zabranom nejednakog postupanja prema njima (čl. 67. zabranjuje poslodavcu da odbije

⁴⁰ Vlada Republike Hrvatske, *Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o roditeljnim i roditeljskim potporama s konačnim prijedlogom zakona*, ožujak 2011, str. 29., dostupan na: <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=38252> (6.2.2013.).

⁴¹ Interesi djeteta, u slučaju kada se zaposlena majka želi vratiti na rad prije navršene prve godine života djeteta, zaštićeni su institutom stanke za dojenje (čl. 19. ZRRP-a). Interesi djeteta da ne bude predugo odvojeno od majke/roditelja štite se i u čl. 45. st. 6. i čl. 47. st. 11. ZR-a, na temelju kojih se ne može roditelja djeteta do tri godine starosti prisiliti na prekovremeni rad (osim u slučaju više sile) niti na rad u preraspodijeljenom radnom vremenu. Tako: Grgurev, I.; Ceronja P., *op. cit.*, bilj. 29., str. 1895.

zaposliti odnosno otkazati joj ugovor o radu te da traži podatke o ženinoj trudnoći), štiti trudnice i dojilje od rada na poslovima koji ugrožavaju njihov život ili zdravlje, odnosno djetetom život ili zdravlje (čl. 68.), predviđa da se razdoblja korištenja roditeljskih dopusta smatraju radom u punom radnom vremenu radi stjecanja odgovarajućih prava iz radnog odnosa ili u svezi s radnim odnosom (čl. 69.), omogućuje radniku koji koristi pravo na roditeljne i roditeljske vremenske potpore da mijenja način korištenja tog prava (čl. 70.), daje pravo radniku tijekom korištenja roditeljskih prava da otkáže ugovor o radu izvanrednim otkazom (čl. 72.) i jamči pravo povratka na prethodne ili odgovarajuće poslove nakon protoka korištenja roditeljskih prava (čl.73.).

Već spomenuta praksa na koju Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova upozorava u svojim godišnjim izvješćima, jednako kao i statistika o broju zaposlenih žena dokazuju diskriminaciju trudnica odnosno žena fertile dobi na hrvatskom tržištu rada,⁴² dok, nedosljedan zakonodavac, čini korak naprijed (u pravilu potaknut usklađenjem s pravnom stečevinom EU), zatim korak nazad (u konkretnom slučaju pogrešno protumačivši pravnu stečevinu EU).

3.1.2. Zaštita majčinstva i roditeljstva – pravno uređenje i njegov utjecaj na položaj žena na domaćem tržištu rada

Analizirati utjecaj zakonskog uređenja prava na položaj trudnica na tržištu rada nije moguće bez analize odredaba o zaštiti roditeljstva. Za razliku od roditeljnog dopusta koji nije spolno neutralan, roditeljski dopust jest spolno neutralan jer je namijenjen jednom i drugom roditelju i to na način da ga u jednakoj mjeri koriste oba roditelja. Naime, dok je roditeljni dopust namijenjen oporavku majke od poroda, roditeljski dopust namijenjen je odgoju djeteta što je podjednako uloga obaju roditelja. Međutim, porazne su statistike o korištenju roditeljskih vremenskih potpora od strane očeva.⁴³

Glede obveze da države članice EU, prema čl. 2. st. 2. Direktive 2010/18/EU o roditeljskom dopustu, predvide barem jedan mjesec roditeljskog dopusta kao neprenosivog s jednog roditelja na drugog (u praksi redovito očevi prenose svoje pravo korištenja roditeljskog dopusta na majke što je uzrokovano dijelom slabije plaćenim ženskim radom, a dijelom tradicionalnom podjelom rodnih uloga), treba reći da se važeći ZRRP posljednjim izmjenama uskladio s

⁴² Prema podacima Državnog zavoda za statistiku 2010. godine od ukupnog broja zaposlenih u Hrvatskoj 46,1% su žene, a 53,9% su muškarci. Stopa aktivnosti žena je 40,6%, a muškaraca 53,3%. Stopa zaposlenosti žena je 35,6%, a muškaraca 47,3%, dok je stopa nezaposlenosti žena 12,2% a muškaraca 11,4%. Slični su podaci i u godinama koje su prethodile 2010. V. Državni zavod za statistiku, *op. cit.*, bilj. 9.

⁴³ Dodatni roditeljni dopust 2011. godine koristilo je samo 0,47% očeva, a roditeljski dopust 3,33% očeva. Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova, *Izvješće o radu za 2011. godinu, op. cit.*, bilj. 2., str. 32.

tom odredbom.⁴⁴ Posljednjom Novelom ZRRP-a uveden je roditeljski dopust kojeg bi u pravilu trebala koristila oba roditelja u trajanju od 4 (za prvo i drugo rođeno dijete) ili 15 mjeseci (za blizance, treće i svako sljedeće dijete), a ako roditeljski dopust koristi samo jedan roditelj, dopust se koristi u trajanju od 6 mjeseci za prvo i drugo rođeno dijete, odnosno 30 mjeseci za rođene blizance i svako sljedeće dijete. Time se ukinuo poticaj očevima na korištenje roditeljskog dopusta na način kako ga predviđala dotad važeća odredba čl. 14. st. 4. ZRRP-a. Međutim, ako bi oba roditelja po novom zakonskom uređenju koristila po četiri mjeseca roditeljskog dopusta naizmjenice naposljedno nakon isteka roditeljskog dopusta, rezultat bi bio isti kao i dosad (kada je otac djeteta koristio barem tri mjeseca dopusta), naime, dijete bi bilo s roditeljem do 14. mjeseca života.

Problemizirajući neprenosivost roditeljskog dopusta nije moguće zanemariti činjenicu da su u nas nedostatni jaslički kapaciteti. Prema Planu razvoja sustava odgoja i obrazovanja, 2005. godine u Hrvatskoj je samo 43% djece predškolske dobi bilo obuhvaćeno predškolskim odgojem, dok je prosjek u EU 75%.⁴⁵ Navedeno je očito ponukalo predlagatelje izmjena ZRRP-a da predvide pravo na korištenje roditeljskog dopusta u trajanju od 6 mjeseci za prvo i drugo rođeno dijete, odnosno 30 mjeseci za rođene blizance i svako sljedeće dijete mjeseci ako ga koristi samo jedan roditelj. Stoga će vjerojatno i dalje majke nastaviti dosadašnju praksu da same koriste roditeljski dopust do prve godine života djeteta. Da nema te odredbe nastao bi problem kamo s djetetom zbog nedostatnih jasličkih kapaciteta.⁴⁶

3.2. Trudne radnice u *acquisu*

3.2.1. Relevantne direktive

Čl. 33. Povelje o temeljnim pravima EU,⁴⁷ predviđa pravo na pomirenje rada i obiteljskog života. Uloga socijalnih partnera na razini EU je u tom pogledu značajna (prvenstveno imajući u vidu Direktivu 2010/18/EU o roditelj-

⁴⁴ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o roditeljskim potporama (Narodne novine, br. 54/13); dalje u tekstu: posljednja Novela ZRRP-a.

⁴⁵ Ministarstvo znanosti, obrazovanja i sporta, *Plan razvoja sustava odgoja i obrazovanja 2005.-2010.*, rujan 2005., str. 41, dostupan na: www.vlada.hr (14.11.2012.).

⁴⁶ Potrebno je istaknuti unapređenje zaštite posvojitelja uvedeno posljednjom Novelom ZRRP-a. Trajanje posvojiteljskog dopusta sada traje 6 mjeseci neovisno o dobi posvojenog djeteta. Ipak, uočava se neusklađenost s Direktivom 2010/18/EU o roditeljskom dopustu. Naime, prema klauzuli 2. st. 1. navedene Direktive, roditeljski dopust posvojitelja bi trebao biti uređen jednako kao i roditeljski dopust bioloških roditelja, što je propušteno učiniti posljednjom Novelom ZRRP-a. Detaljnije: Čatipović, I., *Izmjene i dopune Zakona o radu i Zakona o roditeljskim potporama*, Revija za socijalnu politiku, god. 20, br. 3, 2013., str. 293-302.

⁴⁷ Povelja o temeljnim pravima Europske unije, SL C 326, 26. 10. 2012.

skom dopustu koja je rezultat sporazuma socijalnih partnera)⁴⁸ kao i (proaktivna) uloga Suda EU.⁴⁹

Direktiva 92/85/EEZ o trudnim radnicama je dio pravne stečevine EU od 1992. godine.⁵⁰ Uslijedila je Direktiva 96/34/EZ o roditeljskom dopustu⁵¹ koju je ukinula važeća Direktiva 2010/18/EU o roditeljskom dopustu. Njihov je nedostatak što ne predviđaju obvezu da roditeljski dopust mora biti plaćen. Od 2008. postoji Prijedlog za izmjenu Direktive 92/85/EEZ po kojem bi trajanja roditeljskog dopusta bilo dulje od onog kako predviđa Direktiva 92/85/EEZ o roditeljskom dopustu te se ne bi moralo započeti koristiti prije poroda, roditeljica bi imala tijekom korištenja roditeljskog dopusta pravo na naknadu pune plaće (u svakom slučaju ne nižu od naknade plaće tijekom bolovanja) te bi imala pravo tražiti poslodavca da uskladi raspored i trajanje radnog vremena njenoj novoj obiteljskoj situaciji.⁵² Treba reći kako navedene direktive uređuju prava zaposlenih roditelja, dakle onih koji skrbe isključivo za djecu, a time ostaju nezaštićeni oni radnici koji skrbe o odraslim članovima uže obitelji koji su nemoćni i trebaju skrb.⁵³

Europski Parlament oštro kritizira Komisiju i države članice EU jer su propustile poduzeti smislenu i učinkovitu akciju te osigurati provedbu u djelo cilja kojeg si je EU zadala: pomirenje profesionalnog s privatnim životom.⁵⁴

⁴⁸ Čl. 155. st. 2. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (pročišćena inačica iz 2012.), SL C 326, 26. 10. 2012. (dalje u tekstu: UFEU) omogućuje da sporazum socijalnih partnera sklopljen na razini EU, na prijedlog Europske komisije o pitanjima iz čl. 153. UFEU (zaštita na radu, uvjeti rada, socijalna sigurnost radnika, zaštita od otkaza, pravo radnika na suodlučivanje, ravnopravnost spolova na radu itd.) odlukom Vijeća postane direktivom.

⁴⁹ Slično: Caracciolo di Torella, E., *Is there a fundamental right to reconcile work and family life in the EU?*, u: Busby, N.; James, G., *Families, Care-giving and Paid Work, Challenging Labour Law in the 21st Century*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011., str. 52. i 58. O ulozi Suda EU u zaštiti trudnih radnica detaljnije: Grgurev, I.; Ceronja, P., *op. cit.*, bilj. 29., str. 1892.

⁵⁰ O širenju pojma trudne radnice u kontekstu Direktive 92/85/EEZ o trudnim radnicama i na trudne članice uprave društava kapitala u praksi Suda EU u predmetu C-232/09 *Danosa* ECR I-11405. V. detaljnije: Grgurev, I.; Ceronja, P., *op. cit.*, bilj. 29.

⁵¹ Direktiva Vijeća 96/34/EC od 3. lipnja 1996. o Okvirnom sporazumu o roditeljskom dopustu koji su sklopili BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP i ETUC (neslužbeni prijevod), SL L 68, 18. 3. 2010.

⁵² Europska komisija, Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o dopuni direktive Vijeća 92/85/EEZ o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja trudnih radnica i radnica koje su nedavno rodile ili doje (neslužbeni prijevod), COM (2008), 637 final.

⁵³ Za razliku od analiziranih direktiva, Konvencija br. 156 u čl. 1. st. 3. pored „uzdržavanog djeteta“ spominje i „drugog člana uže obitelji kojemu je očito potrebna njega ili potpora“. „Odredbe ove Konvencije se također primjenjuju i na radnike i radnice s obvezama u odnosu na druge članove njihove uže obitelji kojima je očito potrebna njihova njega i potpora, kad takve obveze ograničavaju njihove mogućnosti pripreme za uklanjanje, sudjelovanja ili napredovanja u gospodarskoj djelatnosti.“ Čl. 1. st. 2. Konvencije br. 156.

⁵⁴ Europski parlament, Rezolucija od 6. srpnja 2010. o netipičnim ugovorima, osiguranim profesionalnim putovima i novim oblicima socijalnog dijaloga, SL C 351 E, 2. 12. 2011., paragraf 23.

Taj je cilj značajan korak u postizanju jednog drugog cilja: ravnopravnosti spolova. U predmetu *Marschall* Sud EU je istaknuo kako je (ne)usklađivanje obiteljskih i profesionalnih obveza glavni razlog neravnopravnosti spolova, odnosno, glavna prepreka za postizanje ravnopravnosti spolova.⁵⁵

3.2.2. Uloga Suda EU u zaštiti trudnica i roditelja od diskriminacije

Kritičari rada Suda EU njegovu ulogu u 1980-tima vide kao „ideologa majčinstva“. Iako Sud EU igra važnu ulogu u zaštiti prava žena i jedan od najvažnijih ciljeva mu je ravnopravnost muškaraca i žena, ipak je u pojedinim presudama podržao tradicionalni model muškarca kao hranitelja obitelji. U tom kontekstu treba spomenuti predmet *Hofmann*, u kojem je Sud EU zaključio kako države članice uživaju u razumnim granicama slobodu prosudbe pri zaštiti majčinstva jer to spada u opći sustav socijalne zaštite svake države članice. Iz tog je razloga presudio kako dopust isključivo namijenjen majkama, nakon proteka obveznog roditeljskog dopusta, nije protivan Direktivi 76/207/EEZ niti ta Direktiva nameće obvezu državam članicama da dopuste očevima korištenje tog dopusta. Mnogi kritiziraju takvu praksu Suda EU jer smatraju da time održava postojeću rodnu podjelu u svijetu rada.⁵⁷ Guerrina u toj presudi vidi usmjerenje Suda EU prema zaštiti postojećih prava žena, a ne prema njihovom unapređivanju.⁵⁸ Nasuprot navedenom, nov pristup Suda vidljiv je u presudama u predmetima *Coleman*⁵⁹ i *Roca Álvarez*,⁶⁰ u kojima ističe potrebu usklađivanja poslovnih s obiteljskim obvezama.

⁵⁵ Sud EU, C-409/95 *Marschall* (1997) ECR I-06363. Slično: Caracciolo di Torella, E., *op. cit.*, bilj. 49., str. 63. i 64.

⁵⁶ Pritom se pozivaju na predmete Sud EU, C-163/82 *Komisija protiv Italije* (1983) ECR 03273; Sud EU, C-184/03, *op. cit.*, bilj. 39.; i Sud EU, C-476/99 *Lommers* (2002) ECR I-02891. O kritici rada Suda EU v. detaljnije: Caracciolo di Torella, E., *op. cit.*, bilj. 49., str. 55. Guerrina naglašava da se sudske presude ne javljaju u vakuumu, već su pod utjecajem društvenih, političkih i gospodarskih problema. Po njoj materijalna jednakost (engl. *substantive equality*) postaje žrtvom unutarnjih politika, osobnih predrasuda sudaca i interesa EU u cjelini. Guerrina, R., *Mothering the Union, Gender politics in the EU*, Manchester University Press, Manchester, 2005., str. 110.

⁵⁷ Tako Charpentier, L. i Shaw, J. Detaljnije u: Guerrina, R., *op. cit.*, bilj. 56., str. 96.

⁵⁸ Guerrina, R., *op. cit.*, bilj. 56., str. 96.

⁵⁹ Sud EU, C-303/06 *Coleman* ECR I-05603. O značaju te presude za razvoj antidiskriminacijskog prava EU v. Potočnjak, Ž.; Grgurev, I.; Grgić, A., *Dokazivanje prima facie diskriminacije*, u: Uzelac A. *et al.* (ur.), *Liber amicorum Mihajlo Dika – Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku, Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013., str. 323-347.

⁶⁰ Sud EU, C-104/09 *Roca Álvarez* (2010) ECR I-08661. U paragrafu 24 presude navodi se: „Položaj radnika i radnice, oca i majke malog djeteta su usporedivi glede moguće potrebe da se skрати dnevno radno vrijeme kako bi brinuli za svoje dijete.“

Sud EU se nije ograničio samo na diskriminaciju zbog trudnoće već, u pojedinim svojim presudama, širi pravnu zaštitu i na diskriminaciju u svezi s trudnoćom (*Kiiski*,⁶¹ *Mayer*⁶²).

Dalje u tekstu ističem stavove Suda EU iz kojih bi naša praksa trebala iščitati smjernice za svoj razvoj. Odbijanje zapošljavanja trudnice na poslovima na kojima je nacionalnim zakonodavstvom zabranjeno raditi trudnici predstavlja diskriminaciju na osnovi spola (*Mahlburg*,⁶³ *Habermann-Beltermann*⁶⁴). Sud EU je presudio kako svako odbijanje zapošljavanja zbog trudnoće predstavlja diskriminaciju na osnovi spola (*Dekker*⁶⁵).

Otkazivanje ugovor o radu sklopljenih na određeno vrijeme (Direktiva 99/70/EZ, *Tele Danmark*⁶⁶) zbog trudnoće čak i ako trudna radnica zbog trudnoće i poroda neće moći raditi veći dio vremena na koji je sklopljen ugovor o radu na određeno vrijeme, kao i u slučaju kada trudna radnica zamjenjuje radnicu nenazočnu na radu zbog trudnoće (*Webb*⁶⁷), prema stavu Suda EU predstavlja diskriminaciju na osnovi spola.

Izostanak, zbog trudnoće, ponude za sklapanje novog ugovora o radu na određeno vrijeme kod lančanih ugovora o radu predstavlja izravnu diskriminaciju na osnovi spola, stav je Suda EU (*Melgar*).⁶⁸ To je svakako zanimljivo i za našu praksu sklapanja lančanih ugovora o radu sa ženama fertile dobi koji se u pravilu sklapaju protuzakonito jer ne postoji objektivni razlog koji se prema čl. 10. st. 4. ZR-a zahtijeva za sklapanje takvih ugovora.

U predmetu *Hertz*⁶⁹ bila je riječ o otkazu ugovora o radu zbog dugotrajne bolesti uzrokovanoj trudnoćom. U toj presudi Sud EU je ograničio zaštitu isključivo na zaštitu od otkaza zbog trudnoće i korištenja roditeljskog dopusta. Naime, prema stavu Suda EU nije diskriminacija na osnovi spola otkazivanje ugovora o radu zbog korištenja bolovanja zbog bolesti uzrokovane trudno-

⁶¹ Sud EU, C-116/06 *Sara Kiiski* (2007) ECR I-07643. James kritizira argumente Suda EU jer se temelje na zabrani diskriminacije na temelju trudnoće tj. spola, a ne na činjenici da druga trudnoća dugoročno utječe na obitelj u cjelini i da je uzrokovala potrebu da se na drugačiji način urede obiteljske obveze prema djeci i sudjelovanje oba roditelja na tržištu rada. James, G., *op. cit.*, bilj. 4., str. 47.

⁶² Sud EU, C-356/03 *Mayer* (2005) ECR I-00295.

⁶³ Sud EU, C-207/98 *Mahlburg* (2000) ECR I-00549.

⁶⁴ Sud EU, C-421/92, *op. cit.*, bilj. 22.

⁶⁵ Sud EU, C-177/88 *Dekker* (1990) ECR I-03941. U konkretnom je slučaju nizozemsko zakonodavstvo, predviđevši da naknada plaće tijekom roditeljskog dopusta pada ne teret poslodavca, uzrokovalo da poslodavac odbije zaposliti trudnicu iako je bila za konkretno radno mjesto najbolje kvalificirana.

⁶⁶ Sud EU, C-109/00 *Tele Danmark* (2001) ECR I-06993.

⁶⁷ Sud EU, C-32/93 *Webb* (1994) ECR I-03567.

⁶⁸ Sud EU, C-438/99 *Melgar* (2001) ECR I-06915.

⁶⁹ Sud EU, C-179/88 *Hertz* (1990) ECR I-03979. V. isto u predmetu Sud EU, C-400/95 *Larsson* (1997) ECR I-02757. V. također: Sud EU, C-394/96 *Brown* (1998) ECR I-04185.

ćom. Sud je u toj presudi želio postići ravnotežu između zabrane diskriminacije na osnovi spola i zaštite poslodavca od administrativnih teškoća uzrokovanih dugotrajnim bolovanjem radnice (koje bi moglo trajati i godinama nakon poroda). Prema stavu Suda EU, žena je zaštićena od otkaza zbog trudnoće i korištenja roditeljskog dopusta, ali ako je nakon proteka roditeljskog dopusta bolesna „nema razloga za razlikovanjem bolesti uzrokovane trudnoćom ili porodom od bilo koje druge bolesti“ (paragraf 16). Taj se stav može jedino opravdati strahom od negativnih posljedica za zapošljavanje žena (nezapošljavanje žena zbog „pretjerane“ zaštite), ako bi se proširila zaštita od otkaza i na razdoblje bolovanja po proteku roditeljskog dopusta.

Zanimljivi su i novi predmeti pred Sudom EU o kojima još nisu donesene presude. U jednom od njih postavlja se pitanje ima li majka kojoj je surogat majka rodila dijete pravo na roditeljski dopust.⁷⁰ Razvoj medicine s jedne strane, te sve veći broj netradicionalnih obitelji (jednoroditeljskih, istospolnih itd.) s druge strane, vodi potrebi da im se pravo prilagodi te da se pravo na pomirenje obiteljskog i profesionalnog života ne vezuje isključivo uz biološke roditelje.

4. ZAHTJEV RADNIKA S OBITELJSKIM OBVEZAMA ZA FLEKSIBILNIM UVJETIMA RADA

Jamstvo zabrane diskriminacije trudnih radnica nedostavno je ako se zabrana diskriminacije ne protegne i na razdoblje koje slijedi nakon poroda, odnosno ako se od diskriminacije ne zaštite radnici s obiteljskim obvezama. Već spomenute programske odredbe Konvencije MOR-a br. 156 kao i Prijedlog za izmjenu Direktive 92/85/EEZ o trudnim radnicama ukazuju na potrebu da nacionalna zakonodavstva zajamče usklađivanje profesionalnih i obiteljskih obveza. Neka usporedna zakonodavstva već sadrže određena jamstva. U Ujedinjenom Kraljevstvu radnici-roditelji djece mlađe od 17 godina (18 godina ako su s invaliditetom) mogu, temeljem Zakona o pravima iz radnog odnosa iz 1996.⁷¹, tražiti od poslodavca fleksibilne uvjete rada, kao što su, primjerice, rad u nepunom radnom vremenu, drugačiji raspored radnog vremena (da rade četiri dana u tjednu ili da rade u poslijepodnevnoj smjeni), rad kod kuće itd.⁷²

⁷⁰ Sud EU, C-167/12 C.D. v S.T. (predmet u postupku odlučivanja). Dostupno je mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott od 26.9.2013. Kada bi se surogat majčinstvo u nas dopustilo, mislim da hrvatski sud ne bi imao problema s rješenjem tog pitanja ako bi primijenio analogiju s pravima posvojitelja.

⁷¹ Employment Rights Act, 1996, dostupan na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/section/80F> (6.12.2012.).

⁷² James, G., *op. cit.*, bilj. 4., str. 112. Isto pravo imaju i radnici koji skrbe o starijim članovima obitelji kao i oni koji skrbe o članovima obitelji koji su osobe s invaliditetom. Lyonette, C., *Atypical working in Europe and the impact on work-family reconciliation*, u: Busby, N.; James, G., *Families, Care-giving and Paid Work, Challenging Labour Law in the 21st Century*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011., str. 32.

Dakako, nije svaki poslodavac u mogućnosti da udovolji takvim zahtjevima, osobito ako je riječ o tzv. malom poslodavcu (u nas je to onaj koji zapošljava manje od dvadeset radnika). Engleski sudovi ocjenjuju, povodom tužbi radnika čiji su zahtjevi za fleksibilnim uvjetima rada odbijeni, jesu li poslodavci u svakom konkretnom slučaju imali opravdani razlog odbiti takav zahtjev.⁷³ Horton kritizira navedeno zakonsko rješenje jer su preširoko definirani razlozi iz kojih poslodavac ima pravo odbiti zahtjev za fleksibilnim uvjetima rada (dodatni troškovi za poslodavca, štetan utjecaj na kvalitetu, izvedbu ili sposobnost da se udovolji zahtjevima kupca, nemogućnost reorganizacije rada ili angažmana dodatne radne snage), a sudovi su ograničeni u kontroli (nisu ovlašteni utvrđivati je li poslodavac postupio pravično i razumno odbivši zahtjev pozivom na zakonom dopušteni razlog). Nadalje smatra ga nefleksibilnim jer ne omogućuje višemesečno izbjavanje s rada zbog pomoći pri liječenju osobi o kojoj radnik/radnica skrbi.⁷⁴ Horton vidi rješenje u izjednačavanju prava osoba s invaliditetom i osoba koje skrbe o djeci i nemoćnima na razumnu prilagodbu.⁷⁵

Radnici u nas nemaju pravo na prilagodbu rada u slučaju kada im obiteljske obveze uključuju skrb o djeci i/ili odraslim nemoćnim članovima uže obitelji. Razmišljajući o mogućem negativnom učinku zakonskog jamstva obveze razumne prilagodbe isključivo tom krugu radnika (moglo bi uslijediti izbjegavanje poslodavaca da zapošljavaju osobe s obiteljskim obvezama), postavlja se pitanje bi li se taj negativan učinak izbjegao propisivanjem obveze razumne prilagodbe vezano uz nekoliko zabranjenih osnova diskriminacije (uz dob i vjeru, svakako). Prijedlozi za izmjenu direktiva dobar su pokazatelj budućeg razvoja pravne stečevine EU. Ako se Prijedlog za izmjenu Direktive 92/85/EEZ o trudnim radnicama prihvati, nacionalna zakonodavstva država članica morat će omogućiti roditeljima da traže od poslodavaca prilagodbu rasporeda i trajanja radnog vremena njihovim novim obiteljskim prilikama. To bi prividno donijelo višu razinu zaštite, ali bi stvarno moglo dovesti do daljnje diskriminacije na tržištu rada. Zato smatram da bi nacionalna zakonodavstva razumnu prilagodbu trebala zajamčiti širem krugu osoba na način da se odnosi i na prilagodbu uvjeta rada dobi ili vjeri radnika, a ne samo na invaliditet i obiteljske obveze.

5. ZAKLJUČAK

Odgovor na pitanje kako pomiriti različite (međusobno suprotstavljene) društvene ciljeve (društvenu skrb za nemoćne, pronatalitetnu i antidiskrimi-

⁷³ James, G., *op. cit.*, bilj. 4., str. 114.

⁷⁴ Horton, R., *Care-giving and reasonable adjustment in the UK*, u: Busby, N.; James, G., *Families, Care-giving and Paid Work, Challenging Labour Law in the 21st Century*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011., str. 140.

⁷⁵ Slična sugestija: Horton, R., *ibidem.*, str. 147.

nacijsku politiku) leži u podjeli skrbi ne samo između roditelja (solidarnost žena i muškaraca), već prvenstveno u podjeli skrbi između roditelja/obitelji i društva. Odgovor na pitanje kako pomiriti trudnoću sa zahtjevima tržišta neodvojiv je od pitanja na koga pada teret zabrane diskriminacije. Teret zaštite majčinstva ne smije biti na poslodavcu jer će on/ona u tom slučaju izbjegavati zapošljavati žene.

Razvojem društva razvijaju se i promišljanja o zaštiti žena/trudnica/roditelja/dojilja i njihovoj diskriminaciji. Naime, pokazalo se kako normativno prividno pretjerano široko definirana zaštita žena vodi njihovoj diskriminaciji na tržištu rada. U tom slučaju pokazalo se da bi se zakonodavac trebao usmjeriti prema zabrani spolne diskriminacije, a ne prema širenju zaštite žena općenito. Hrvatska je još uvijek vezana zastarjelim međunarodnim i regionalnim izvorima prava te je potrebna politička volja za ratifikacijom suvremenijih instrumenata (prvenstveno Konvencije MOR-a br. 183 o zaštiti majčinstva iz 2000. godine). Pritom uloga zakonodavca ne bi smjela biti isključivo praćenje društvenog razvoja i njegovo bilježenje institucionalizacijom društvenih promjena jer je zakonodavac u položaju da utire put društvenim promjenama. Takvu je ulogu naš zakonodavac svojedobno preuzeo potičući (odredbom ZRRP-a) očeve na korištenje roditeljskog dopusta.

Domaća praksa i dalje ukazuje da smo konzervativno, tradicionalno društvo koje prvenstveno vidi ženu kroz njenu ulogu majke u društvu. Navedeno je potpomognuto produljenjem obveznog roditeljskog dopusta kojeg mora iskoristiti isključivo majka. Hrvatski zakonodavac ne kreće u dobrom smjeru iskazujući tradicionalni pristup ulozi žena u društvu. U kontekstu prava na zaštitu majčinstva, naglasak bi trebao biti na pravima, a ne na obvezama trudnica i roditelja kao što je to u slučaju produljenja obveznog roditeljskog dopusta. Ta je zakonska odredba unesena u ZRRP kao posljedica pogrešnog tumačenja pravne stečevine EU. Praksa se, usprkos (ili upravo potpomognuta) zakonskim rješenjima, i nadalje pokazuje diskriminirajućom. Rješenje vidim u takvom normativnom uređenju koje ne prisiljava trudnicu da 28 dana prije poroda mora prestati s radom i započeti koristiti obvezni roditeljski dopust već omogućuju trudnoj radnici da sama odluči hoće li započeti koristiti obvezni roditeljski dopust prije očekivanog poroda ili tek nakon njega. Slično predviđa i Prijedlog za izmjenu Direktive 92/85/EEZ o trudnim radnicama.

Uzrok diskriminirajuće prakse prema trudnicama na tržištu rada je tradicionalno promišljanje uloge žena u društvu. Promjene takvog promišljanja su moguće i mogu se potaknuti raznim mjerama: od prikaza uloge žena u društvu kroz školske udžbenike do mjera kojima se potiče ravnomjerna raspodjela uloga roditelja u odgoju i brizi za djecu. Tako se, primjerice, u Švedskoj uključivanje očeva u skrb o djeci predstavlja proaktivnim obrazovnim kampanjama kao njihovo socijalno pravo, važno za djecu i ravnopravnost spolova.⁷⁶

⁷⁶ James, G., *op. cit.*, bilj. 4., str. 47.

Ne treba osuđivati osoban odabir da se bude isključivo majkom i skrbi o djetetu, jer je skrb o djeci korisna za društvo. Treba imati u vidu, kako kaže Busby, da bez neplaćene skrbi (engl. *unpaid care*), tržišta ne bi rasla, gospodarstva ne bi napredovala, a kapitalizam ne bi bio moguć.⁷⁷ Međutim, ženama koje pored majčinstva žele sudjelovati i na tržištu rada (i to je stvar osobnog odabira žene, a ujedno je korisno za društvo), zakonodavac ne bi trebao otežavati položaj i time davati argumente poslodavcima za nastavak diskriminacije žena fertile dobi na tržištu rada.

U kojoj mjeri zakonodavac utječe na društvene vrijednosti, u kojoj mjeri ih proklamira i utječe na naš osobni odabir,⁷⁸ pitanje je za ozbiljna sociološka i psihološka istraživanja. Pravnoj teoriji preostaje, između ostalog, uspoređujući razna zakonodavstva i praksu, ukazati na pozitivna, nediskriminirajuća rješenja. Usprkos preuzetoj obvezi iz Konvencije MOR-a br. 156, zakonodavac, navodeći brojne zabranjene osnove diskriminacije u čl. 1. st. 1. Zakona o suzbijanju diskriminacije, nije našao mjesta i za obiteljske obveze kao zabranjenu osnovu diskriminacije, kao što su to učinila usporedna zakonodavstva,⁷⁹ a takvo što nedvojbeno štiti žene od neizravne diskriminacije na osnovi spola. Dakle, pozitivan pomak u našem antidiskriminacijskom zakonodavstvu bilo bi izdvajanje skrbi za nemoćne članove obitelji (djecu i odrasle) koja pogađa roditelje i one koji brinu o nemoćnim odraslim članovima obitelji ili partnerima (engl. *discrimination related to caring; caring as protected characteristic*) kao nove zabranjene osnove diskriminacije. Činjenica je da novi oblici rada, tzv. atipični rad, rad noću i smjenski rad ne pogoduju pomirenju rada s obiteljskim obvezama, a rješenje za to vidim u zakonskoj regulaciji obveze razumne prilagodbe uvjeta rada takvim radnicima (na sličan način kako je to predviđeno za osobe s invaliditetom). Da bi se izbjegao potencijalno diskriminirajući učinak takvog jamstva (izbjegavanje poslodavaca da zapošljava osobe s obiteljskim obvezama), obveza razumne prilagodbe morala bi biti zajamčena širem krugu osoba (primjerice, da se odnosi i na prilagodbu uvjeta rada dobi ili vjeri radnika), odnosno, trebala bi se odnositi na više zabranjenih osnova diskriminacije.

⁷⁷ Busby, N., *Unpaid care-giving and paid work within a rights framework: towards reconciliation?*, u: Busby, N.; James, G. (ur.), *Families, Care-giving and Paid Work, Challenging Labour Law in the 21st Century*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011., str. 203.

⁷⁸ Gilbert se pita kako kapitalizam, feminizam i država pridonose normama i vrijednostima neke kulture te kako tako generirani društveni pritisci utječu na izbor stila života i majčinstva. Gilbert, N., *op. cit.*, bilj. 14., str. 47.

⁷⁹ Tako je u Australiji, Malti i Rumunjskoj, primjerice. V. MOR, *General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, International Labour Office, Geneva, 2008., str. 328, dostupno na: [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/\(27.12.2012.\)](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/(27.12.2012.)).

Summary

Ivana Grgurev, S.J.D.*

DISCRIMINATION AGAINST PREGNANT WORKERS: HOW TO RECONCILE PREGNANCY WITH MARKET DEMANDS EFFECTIVELY?

In the introductory part of the paper, the author outlines the discriminatory practices against pregnant women which caused her to develop an interest in the topic. The premise is that the modern international and regional sources of law make no mention of the protection of women in general. They focus on prohibiting discrimination against pregnant women, women who have recently given birth or are breastfeeding. As it has been shown, this ostensibly broad protection leads to the discrimination of women in the labour market. This paper will show that the Croatian legislator has not ratified the relevant modern international and regional sources of law that have revised the old ones. The guarantee of non-discrimination of pregnant workers is inadequate if there is no protection against discrimination of workers with family responsibilities. Therefore, the author discusses the demands for flexible working arrangements made by working parents in order to achieve the reconciliation of professional and private life. In the last part of the paper, the author suggests that the legislator should align the laws with the recent developments in international and regional standards. The author thus answers the question how the laws (and the legislator) should respond to the nexus of pregnancy, parenting and work.

Key words: discrimination, pregnant worker, labour market

* Ivana Grgurev, S.J.D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

IZUZECI I OPRAVDANJA KOD ZABRANE DISKRIMINACIJE

Prof. dr. sc. Željko Potočnjak *
Andrea Grgić, mag. iur. **

Polazeći od shvaćanja da je u antidiskriminacijskom pravu naročito važno razgraničiti slučajeve koji spadaju pod zabranu diskriminacije od onih razlikovanja koja pod tu zabranu ne spadaju ili se u određenim slučajevima mogu opravdati, autori u radu analiziraju iznimke od zabranjene diskriminacije iz čl. 9. st. 2. Zakona o suzbijanju diskriminacije.

Pritom zastupaju tezu da usprkos izmjenama koje je ovaj članak pretrpio novom Zakonu o suzbijanju diskriminacije iz 2012. godine nisu u potpunosti ostvarene njegove svrhe – donošenje jedinstvenog i cjelovitog zakona kojim će se u Hrvatskoj urediti zabrana diskriminacije te usklađenje hrvatskih propisa s propisima EU. To je posljedica okolnosti da je zakonodavac s jedne strane, prilikom uređenja osobnog i materijalnog dosega zakona, te zabranjenih osnova diskriminacije pristupio vrlo široko, crpeći inspiraciju iz Ustava Republike Hrvatske, brojnih međunarodnih ugovora te prava EU. S druge pak strane, prilikom uređenja iznimaka od zabranjene diskriminacije iz čl. 9. st. 2. gotovo isključivo se vodio antidiskriminacijskim direktivama Europske unije.

Analizirajući kako su ta pitanja uređena u pravnim izvorima koji su bili uzor pri donošenju Zakona o suzbijanju diskriminacije te u praksi koju su u svezi s time razvili sudovi, naročito Sud Europske unije i Europski sud za ljudska prava, autori upozoravaju da ti izvori poznaju odnose koji su izuzeti iz diskriminacijske zaštite i opravdanja od zabranjene diskriminacije, dok Zakon o suzbijanju diskriminacije samo neke od tih odnosa prilično nemušto podvodi pod iznimke od zabranjene diskriminacije u čl. 9. st. 2. Pri takvom stanju stvari autori u ustavnoj odredbi o

* Dr. sc. Željko Potočnjak, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

** Andrea Grgić, mag. iur., asistentica, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

Autori se zahvaljuju Ivani Grgurev, Goranu Selanecu, Teni Šimonović Einwalter i Ivani Vukorepi na korisnim komentarima pri pisanju ovog rada.

Ovaj rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Prilagodba hrvatskog radnog i socijalnog prava europskom socijalnom modelu“ (voditelj: prof. dr. sc. Željko Potočnjak) kojeg financira Ministarstvo znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske.

razmjernosti pri ograničavanju temeljnih prava i sloboda traže moguće uporište za razgraničenje dopuštenih od nedopuštenih razlikovanja u spornim situacijama.

Ključne riječi: Zakon o suzbijanju diskriminacije, iznimke, opravdanja, Republika Hrvatska

1. UVOD

U nastojanju da hrvatsko zakonodavstvo što više prilagodi antidiskriminacijskim standardima Europske unije (dalje u tekstu: EU), hrvatski je zakonodavac donio nekoliko zakona kojima uređuje suzbijanje diskriminacije sa svrhom osiguranja ravnopravnosti građana. Među tim zakonima posebno se ističu Zakon o suzbijanju diskriminacije (dalje u tekstu: ZSD),¹ Zakon o ravnopravnosti spolova (dalje u tekstu: ZRS),² Zakon o istospolnim zajednicama (dalje u tekstu: ZIZ)³ i Zakon o radu (dalje u tekstu: ZR).⁴ Navedeni zakoni izrijekom predviđaju dvadesetak osnova⁵ po kojima je izričito zabranjeno razlikovati. Pored toga, Ustav Republike Hrvatske⁶ (dalje u tekstu: RH) u čl. 14. st. 1. sadrži tzv. otvorenu klauzulu koja zakonodavcu i sudovima omogućava utvrđivanje i daljnjih osnova po kojima je razlikovanje zabranjeno. Tako smo u relativno kratkom roku došli do situacije u kojoj hrvatsko zakonodavstvo zabranjuje diskriminaciju po nekoliko puta više osnova od onih po kojima, u sekundarnom antidiskriminacijskom pravu, diskriminaciju zabranjuje pravo EU.

Kao što se relativno smiono upustio u širenje diskriminacijskih osnova, što se može objasniti željom za što dosljednijom implementacijom drugih međunarodnih propisa koji zabranjuju diskriminaciju (a ne samo pravne stečevine EU), tako se hrvatski zakonodavac hrabro odlučio i za široko definiranje pravnih odnosa u vezi s kojima je zabranjeno diskriminatorno postupanje. Ovakvo hvale vrijedno postupanje zakonodavca je suvremeno i ambiciozno, ali je i krajnje upitno je li u dostatnoj mjeri promišljeno te jesu li institucije pripremljene za primjenu takvog prava.⁷

¹ Zakon o suzbijanju diskriminacije (Narodne novine, br. 85/08, 112/12).

² Zakon o ravnopravnosti spolova (Narodne novine, br. 82/08).

³ Zakon o istospolnim zajednicama (Narodne novine, br. 116/03).

⁴ Zakon o radu (Narodne novine, br. 149/09, 61/11, 82/12 - Zakon o kriterijima za sudjelovanje u tripartitnim tijelima i reprezentativnosti za kolektivno pregovaranje, 73/13); dalje u tekstu ZR.

⁵ ZSD predviđa 17 zabranjenih osnova diskriminacije, koje se djelomično poklapaju s zabranjenim osnovama iz ZRS-a i ZIZ-a (više o tome *infra*). ZR dodatno zabranjuje diskriminaciju među radnicima koji su sklopili ugovor o radu na određeno i neodređeno vrijeme (čl. 11. st. 2.), koji rade u punom i nepunom radnom vremenu (čl. 43. st. 5. u vezi s čl. 11. st. 2.) te radnika koji kod poslodavca (korisnika) rade temeljem ugovora o radu za privremeno obavljanje poslova i onih koji su s poslodavcem (korisnikom) sklopili „tipičan“ ugovor o radu (čl. 26. st. 5.).

⁶ Ustav RH (Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10).

⁷ V. primjerice analizu sudske prakse iz: Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova, *Izvešće o radu za 2010. godinu*, ožujak 2011., str. 30-36, dostupno na: <http://www.prs.hr/index.php/izvjesca> (25.2.2013.); analizu pristupa trudnica i žena koje su nedavno rodile socijalnim dava-

Naime, u pravu EU, u odnosu na osnove diskriminacije spola, rase, etničke pripadnosti, vjere ili uvjerenja, invaliditeta, spolne orijentacije i dobi taksativno i relativno jasno su definirana pravna područja u kojima je zabranjena diskriminacija. Pored toga, izričito su definirani odnosi na koje se antidiskriminacijska analiza⁸ uopće ne primjenjuje (**izuzeti odnosi**) te odnosi kod kojih se ona primjenjuje, uz istovremeno predviđanje uvjeta u kojima (inače zabranjeno) razlikovanje može biti dopušteno (**opravdanja za nejednako postupanje**). Za razliku od toga, pristup hrvatskog zakonodavca je bio drugačiji. ZSD-om iz 2008. godine⁹ (dalje u tekstu: ZSD 2008), kao općim zakonom koji zabranjuje diskriminaciju po 17 osnova hrvatski zakonodavac je prvo čl. 8. odredio da **svi pravni subjekti uživaju antidiskriminacijsku zaštitu u pogledu svih pravnih odnosa u koje stupaju i u odnosu na sve osnove diskriminacije**, da bi zatim kroz relativno usko definirane **iznimke** u čl. 9. st. 2. taksativno određene situacije izuzeo od takve zaštite. Dok propisivanje većeg broja osnova od onih koje su predviđene sekundarnim zakonodavstvom EU te širenjem pravne zaštite na pravne odnose koji nisu pokriveni antidiskriminacijskim direktivama EU samo po sebi nije ni pogrešno, a ni protivno pravu EU,¹⁰ uskim definiranjem iznimaka od diskriminacije hrvatski zakonodavac je stvorio više pravno zbunjujućih, gotovo paradoksalnih situacija na koje je pravna literatura već upozoravala.¹¹ Uz to, uređenje pojedinih iznimaka pokazalo se problematičnim u svjetlu pravilne implementacije prava EU.¹² Neke od tih nedostataka zakonodavac je pokušao otkloniti novelom ZSD-a 2012. godine¹³ (dalje u tekstu: ZSD 2012) kojima je izvršio značajne izmjene i dopu-

njima vezanim uz njihovo sudjelovanje na tržištu rada iz: Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova, *Izvešće o radu za 2011. godinu*, ožujak 2012., str. 33-36, dostupno na: <http://www.prs.hr/index.php/izvjesca> (25.2.2013.) te Pučki pravobranitelj, *Izvešće o pojavama diskriminacije za 2011. godinu*, lipanj 2012., dostupno na: <http://www.ombudsman.hr/hr/izvjesca-o-radu-pravobranitelja.html> (25.2.2013.).

⁸ Pod tim pojmom podrazumijevamo utvrđivanje jesu li određenim postupanjem ili mjerom osobe bile stavljene, stavljaaju li se i/ili bi li se mogle staviti u nepovoljniji položaj na osnovu određenih karakteristika (zabranjenih osnova diskriminacije) temeljem kojih je stavljanje u nepovoljniji položaj zabranjeno.

⁹ Zakon o suzbijanju diskriminacije (Narodne novine, br. 85/08).

¹⁰ Čl. 21. Povelje o temeljnim pravima EU, SL C 326, 26. 10. 2012., diskriminacija je zabranjena u odnosu na 12 osnova. V. o Povelji o temeljnim pravima EU: Selanec, G., *Povelja temeljnih prava Europske unije*, u: Rodin, S. et al. (ur.), *Reforma Europske unije: Lisabonski ugovor*, Narodne novine, Zagreb, 2009., str. 173-218.

¹¹ V. primjerice Potočnjak, Ž.; Grgić, A., *Važnost prakse Europskog suda za ljudska prava i Europskog suda pravde za razvoj hrvatskog antidiskriminacijskog prava*, u: Crnić, I. et al., *Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi*, Centar za mirovne studije, Zagreb, 2011., str. 5-67.

¹² Izmjene i dopune Zakona o suzbijanju diskriminacije bile su, između ostalog i motivirane primjedbama Europske komisije. V. Vlada Republike Hrvatske, *Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o suzbijanju diskriminacije, s konačnim prijedlogom zakona*, srpanj 2012., dostupan na: <http://www.mprh.hr/zakonodavne-aktivnosti03> (28.2.2013.).

¹³ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o suzbijanju diskriminacije (Narodne novine, br. 112/12).

ne čl. 9. st 2. Međutim, i tom je prigodom propustio još jednu priliku sistemski pristupiti toj materiji. S obzirom da se prilikom uređenja iznimaka pretežno i nedovoljno promišljeno vodio samo onim izuzecima i opravdanjima koji su predviđeni u antidiskriminacijskim direktivama EU-a, nije dovoljno sveobuhvatno pristupio njihovom uređenju. Sve to bi moglo stvoriti značajne probleme u primjeni hrvatskog antidiskriminacijskog prava. Budući da je nacionalna sudska praksa skromna, aktivni i pasivni adresati antidiskriminacijskih normi morat će se značajno osloniti na sudsku praksu Suda EU i Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP) koja na mnoga pitanja neće imati odgovora. Djelomično stoga što s pojedinim zabranjenim osnovama diskriminacije ni ti sudovi nemaju iskustva¹⁴ ili imaju tek skromno iskustvo,¹⁵ djelomično stoga što područja u kojima je zabranjeno diskriminirati definira puno uže,¹⁶ a djelomično stoga što se temelji na drugačijem pristupu sličnim institutima. Posljednje osobito vrijedi za pravo EU. Naime, dok pravo EU u područjima u kojima zabranjuje diskriminaciju sekundarnim zakonodavstvom razlikuje **izuzete odnose** i dopuštenja **opravdanja**, ZSD u **svim postojećim** pravnim područjima te slučajeve podvodi pod dopuštene **iznimke od zabranjene diskriminacije**.

Polazeći od stajališta da svako razlikovanje po zabranjenoj osnovi iz čl. 1. ZSD-a ne bi trebalo predstavljati zakonom zabranjenu diskriminaciju, u radu zastupamo tezu da usprkos noveli čl. 9. st. 2. ZSD-a nisu u potpunosti ostvarene svrhe ZSD-a – donošenje jedinstvenog i cjelovitog zakona te usklađenje domaćih propisa s propisima EU.¹⁷ Kako bi dokazali izloženu tezu, nakon uvodnog definiranja pojmova izuzetaka od zabranjene diskriminacije i opravdanja za nejednaka postupanja, u prvom dijelu rada, sažeto prikazujemo kako

¹⁴ Primjerice, u vremenu od donošenja Direktive 2000/78/EZ (20.11.2000.) koja zabranjuje diskriminaciju temeljem vjere ili uvjerenja, spolne orijentacije, invaliditeta i dobi (Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenog 2000. koja uspostavlja opći okvir za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja, SL L 303, 2. 12. 2000.; dalje u tekstu Okvirna direktiva 2000/78/EZ), do danas, Sud EU je donio 28 odluka koje se tiču povrede navedene direktive. Od toga se 4 odluke odnose na zabranu diskriminacije temeljem invaliditeta, 2 na zabranu diskriminacije temeljem spolne orijentacije, a 17 na zabranu diskriminacije temeljem dobi, a 3 odluke se tiču neimplementacije direktive od strane država članica. U vezi s diskriminacijom na temelju vjere ili uvjerenja nije donesena niti jedna odluka. Pretraživanje baze www.curia.europa.eu je učinjeno dana 28.3.2013.

¹⁵ U vremenu od 1959. do 2011., od 14.854 donesenih odluka kojima je utvrđena povreda Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 6/99, 8/99, 14/02, 9/05, 1/06); dalje u tekstu EKLJP, samo 179 odluka se odnosi na povredu čl. 14 Konvencije. V. ESLJP, dostupno na: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/2B783BFF-39C9-455C-B7C7-F821056BF32A/0/TABLEAU_VIOLATIONS_EN_2011.pdf (28.2.2013.).

¹⁶ V. *infra* o dosegu pojedinih EU direktiva.

¹⁷ Ministarstvo obitelji, branitelja i međugeneracijske solidarnosti, *Prijedlog Zakona o suzbijanju diskriminacije, s konačnim prijedlogom zakona*, svibanj 2008., dostupan na: <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=22264> (21.2.2013.).

su izuzeci i opravdanja uređeni relevantnim međunarodnim ugovorima, Ustavom RH te u antidiskriminacijskim pravu EU koji su poslužili kao uzor hrvatskom zakonodavcu prilikom formuliranja iznimaka od zabranjene diskriminacije (dalje u tekstu: pravo uzora). U drugom dijelu rada, analiziramo izmijenjene i dopunjene odredbe čl. 9. st. 2. ZSD o **iznimkama** od zabranjene diskriminacije sa stanovišta prava uzora. Prije zaključnog dijela rada ukratko ukazujemo na pravne situacije koje, po našem shvaćanju ne predstavljaju diskriminaciju, a nije ih moguće podvesti niti pod jednu iznimku od zabranjene diskriminacije iz čl. 9. st. 2. ZSD-a.

2. IZUZECI I OPRAVDANJA U PRAVU UZORA

Međunarodni, europski izvori antidiskriminacijskog prava te Ustav RH sadržavaju odredbe kojima se određeni pravni odnosi eksplicitno ili implicitno izuzimaju iz njihovog dosega i/ili odredbe kojima se načelno zabranjena razlikovanja mogu opravdati. Izuzeci i opravdanja dovode do iste posljedice jer određeno razlikovanje u području određenog pravnog odnosa ne smatraju zabranjenom diskriminacijom, već mjerom kojom se ostvaruju neke druge društvene svrhe. Ono što ih razlikuje jeste različita pravna analiza koja se pritom primjenjuje, a koja stavlja različite zahtjeve pred adresate propisa. Naime, pretpostavke pod kojima će određeno razlikovanje biti dopušteno zato što predstavlja izuzetak ili zato što je opravdano su različite.

U slučaju „izuzetih“ pravnih odnosa razlikovanje utemeljeno na inače zabranjenom osnovu diskriminacije neće se smatrati diskriminacijom naprosto iz razloga što oni nisu podvrgnuti antidiskriminacijskoj analizi. Kod takvih odnosa se samo utvrđuje potpadaju li oni pod predviđeni izuzetak, a ne i radi li se o inače zabranjenom razlikovanju po nekom od zabranjenih osnova diskriminacije. Drugačije je kod opravdanja za različito postupanje. Ovdje je u pravilu prvo potrebno provesti antidiskriminacijsku analizu te utvrditi postojanje inače zabranjenog razlikovanja, koje će ipak biti dopušteno pod uvjetom da zadovoljava načelo razmjernosti. Poštivanje ovog načela zahtjeva utvrđivanje tri elementa - različito postupanje po zabranjenom osnovu diskriminacije mora imati 1) određeni legitiman cilj; 2) mora biti prikladno te; 3) nužno za ostvarenje tog cilja (razmjernost u užem smislu).¹⁸ Kao što

¹⁸ Sud EU razvija autonomnu koncepciju načela razmjernosti. V. Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2. izdanje, Oxford University Press, Oxford, 2009.; Hos, N., *The Principle of Proportionality in the Viking and Laval Cases: An Appropriate Standard of Judicial Review?*, EUI Working Papers, LAW 2009/06, European University Institute, 2009.; Harbo, T. I., *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, *European Law Journal*, vol. 16, br. 2, 2010., str. 158–185. O koncepciji načela razmjernosti u praksi ESLJP v. Harris, D. J. et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. izdanje, Oxford University Press, Oxford, 2009.

ćemo kasnije vidjeti, antidiskriminacijski propis u nekim situacijama dopušta opravdanje različitog postupanja putem ovako formulirane opće klauzule o načelu razmjernosti. Ponekad unaprijed određuje koje posebne ciljeve, pod kojim uvjetima, smatra legitimnim. Mogućnosti opravdanja diskriminacije često ovisi i o intenzitetu sudske kontrole opravdanja. U načelu, kod razlikovanja temeljem osnova spola, rase/etničke pripadnosti, spolne orijentacije, dobi, vjere ili uvjerenja potreban je viši intenzitet sudske kontrole, što se ponekad izražava kroz formulacije postojanja „vrlo važnih razloga“ koji bi opravdali razlikovanje te ostavljanje „uske margine diskrecije“ subjektu kojem se stavlja na teret diskriminatorno razlikovanje.¹⁹ Za opravdanje razlikovanja temeljem ostalih zabranjenih osnova diskriminacije predviđa se nešto niži intenzitet sudske kontrole jer je ovdje dovoljno da opravdanje bude razumno, pri čemu je i margina diskrecije subjekta navodnog diskriminatornog razlikovanja.²⁰

2.1. Međunarodni ugovori

RH je dosada sklopila veći broj međunarodnih ugovora koji sadrže antidiskriminacijske obveze, među kojima se posebno ističu Konvencija Međunarodne organizacije rada (br. 100) o jednakosti plaća radnika i radnica za rad jednake vrijednosti,²¹ Konvencija Međunarodne organizacije rada (br. 111) o zabrani diskriminacije u zvanju i zapošljavanju,²² Konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije,²³ Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena,²⁴ Konvencija o pravima djeteta,²⁵ Konvencija o pravima

¹⁹ Formulacija „osobito važni razlozi“ osobito je prisutna u praksi ESLJP. V. primjerice ESLJP, *Stec i drugi protiv Velike Britanije* (zahtjevi br. 65731/01 i 65900/01), presuda od 12. travnja 2006., paragraf 52; Cf., ESLJP, *Petrovic protiv Austrije* (zahtjev br. 20459/92), presuda od 27. ožujka 1998., paragrafi 37 i 38; ESLJP, *Karner protiv Austrije* (zahtjev br. 40016/98), presuda od 24. lipnja 2003.; ESLJP, *Nachova protiv Bugarske* (zahtjevi br. 43577/98 i 43579/98), presuda od 6. srpnja 2005.; ESLJP, *D. H. protiv Češke Republike* (zahtjev br. 57325/00), presuda od 13. studenog 2007. O margini diskrecije v. više u Edel, F., *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2010., str. 104-145.

²⁰ Selanec, G.; Šimonović Einwalter, T., *Opseg i doseg Zakona o suzbijanju diskriminacije*, u: Šimonović Einwalter, T. (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009., str. 23.

²¹ Konvencija br. 100 o jednakom nagrađivanju muške i ženske radne snage za rad jednake vrijednosti od 29. lipnja 1951. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/95).

²² Konvencija br. 111 koja se odnosi na diskriminaciju u pogledu zapošljavanja i zanimanja od 25. lipnja 1958. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 2/94).

²³ Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije od 7. ožujka 1966. (Narodne novine – međunarodni ugovori, br. 12/93, dalje u tekstu CERD).

²⁴ Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena od 18. prosinca 1979. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93, 3/01, 4/01, 15/03, dalje u tekstu CEDAW) O toj konvenciji v. u radu Dubravke Šimonović, *Razvoj i sinergija globalne CEDAW konvencije i regionalne europske Istanbulske konvencije kao instrumenata za uklanjanje diskriminacije i nasilja nad ženama* koji je objavljen u ovom zborniku.

²⁵ Konvencija o pravima djeteta 20. studenog 1989. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93, 20/97, 4/98, 13/98, 5/02, 7/02, 2/03).

osoba s invaliditetom²⁶ te Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.²⁷

Međunarodni ugovori najčešće posredno izuzimaju određene situacije iz doseg antidiskriminacijske zaštite putem određivanja osoba i pravnih područja na koje se u njima sadržana zabrana diskriminacije primjenjuje.²⁸ One osobe i pravni odnosi na koje se zabrana diskriminacije ne odnosi, izuzeti su iz antidiskriminacijske zaštite. Primjerice EKLJP, u čl. 14. određuje da države koje su je ratificirale moraju osigurati uživanje njome priznatih prava i sloboda bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi. Dakle, u toj konvenciji sadržana zabrana diskriminacije s „otvorenom klauzulom“ zabranjenih osnova diskriminacije odnosi se samo na prava i slobode zajamčene tom konvencijom.²⁹ Za razliku od toga Protokol 12 uz tu Konvenciju sadrži opću zabranu diskriminacije za tijela javne vlasti u vezi s „bilo kojim pravom određenim zakonom“.³⁰ Iako je ESLJP sklon široko tumačiti što sve obuhvaćaju prava na

²⁶ Konvencija o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/07 i 5/08, dalje u tekstu Konvencija OSI).

²⁷ EKLJP, *op. cit.*, bilj. 15. Ništa manje značajni nisu niti Opća deklaracija o ljudskim pravima od 10. prosinca 1948. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/09), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima od 16. prosinca 1966. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93), Međunarodni pakt o gospodarskim socijalnim i kulturnim pravima od 16. prosinca 1966. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93), Europska socijalna povelja od 18. listopada 1961. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 15/02, 3/03) te revidirana Europska socijalna povelja od 3. svibnja 1996. (potpisana 6. studenog 2009., neratificirana na dan 30. 3.2013., tekst dostupan na: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?PO=Cro&MA=999&SI=3&CM=3&CL=ENG>), Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 14/97), Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini od 4. travnja 1997. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 13/03), Konvencija o državljanstvu od 6. studenog 1997. (potpisana 19. siječnja 1995., neratificirana na dan 30. 3. 2013. te Konvencija o prevenciji i suzbijanju nasilja nad ženama od 11. svibnja 2011. (potpisana 22. siječnja 2013., neratificirana na dan 30. 3. 2013. V. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?PO=Cro&MA=999&SI=3&CM=3&CL=ENG>).

²⁸ Izričito izuzimanje pojedinih pravnih odnosa iz doseg primjene pojedine antidiskriminacijske međunarodne konvencije moguće je putem stavljanja rezervi na pojedine odredbe konvencije, u skladu s njezinim „ciljem i svrhom“. V. npr. čl. 46. Konvencije OSI; čl. 20. st. 2. CERD. Iako je ova mogućnost predviđena u odnosu na sve međunarodne ugovore, ona je za hrvatski pravni poredak ograničenog značaja naprosto iz razloga što trenutno nije na snazi ni jedna relevantna rezerva koja bi suspendirala odredbe o zabrani diskriminacije.

²⁹ V. primjerice ESLJP, *Gaygusuz protiv Austrije* (zahtjev br. 1731/90), presuda od 16. studenog 1996., paragraf 36. Za suprotan primjer v. ESLJP, *Kostek protiv Njemačke* (zahtjev br. 9704/82), presuda od 28. kolovoza 1986.

³⁰ Obvezu poštivanja takve opće zabrane diskriminacije preuzele su samo one države (uključujući i RH) koje su ratificirale Protokol 12. Do 12.10.2013. taj je protokol ratificiralo 18 od 47 članica Vijeća Europe. V. Council of Europe, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=&DF=&CL=ENG> (12.10. 2013.).

koja se zaštita odnosi,³¹ zabrana diskriminacije sadržana u EKLJP te u Protokolu 12 podvrgnuta je kontroli ESLJP samo kada se radi o odnosima između pojedinca i državne vlasti.³² Polazeći od pristupa da zabrana diskriminacije iz čl. 14. EKLJP nije apsolutna, ESLJP je u svojoj antidiskriminacijskoj doktrini razvio shvaćanje da se razlikovanje temeljem zabranjene osnove može opravdati, temeljem opće primjene načela razmjernosti - ako je država za to razlikovanje imala **legitimni cilj** te ako je sredstvo koje je koristio primjereno za ostvarenje toga cilja, odnosno da je **prijeko potrebno (nužno) i razmjerno**. Prema praksi tog suda „postupanje je diskriminirajuće ako ‘nema objektivno i razumno opravdanje’, to jest, ako ne teži ostvarenju ‘legitimnog cilja’ te ako ne postoji ‘razumni odnos razmjernosti između upotrijebljenog sredstva i cilja kojemu se težilo’“.³³ Isti test razmjernosti, ESLJP primjenjuje kod utvrđivanja izravne i neizravne diskriminacije.

Izričito predviđanje opravdanja za nejednako postupanje u međunarodnim konvencijama je rijetko i uglavnom rezervirano za dva slučaja. Prvo, u slučaju izvanrednih situacija. Tako spomenuta EKLJP navodi u čl. 15. kako je moguće derogirati njezine odredbe (pa tako i čl. 14. EKLJP) „u slučaju rata ili drugog izvanrednog stanja koje ugrožava opstanak naroda [...] u opsegu koji je strogo određen potrebama tih izvanrednih prilika“.³⁴ Ta odredba u svojoj biti zapravo predstavlja izraz načela razmjernosti jer „rat ili drugo izvanredno stanje“ predstavlja legitiman cilj radi kojeg je moguće derogirati odredbe EKLJP, a „opseg koji je strogo određen potrebama tih izvanrednih prilika“ predstavlja izraz nužnosti mjera koje bi služile zadovoljenju spomenutog legitimnog cilja.³⁵ Drugo, u slučaju posebnih pozitivnih mjera koje obuhvaćaju

³¹ V. primjerice ESLJP, *Savez crkava „Riječ života“ i drugi protiv Hrvatske* (zahtjev br. 7798/08), presuda od 9. prosinca 2010., paragraf 104.

³² Ovo se odnosi na pojedince kao fizičke i pravne osobe (v. ESLJP, *Lithgow i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (zahtjevi br. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81), presuda od 8. srpnja 1986.) te prema Edelu ne isključuje tzv. incidentalni horizontalni učinak. V. Edelo komentirajući presudu ESLJP, *Pla i Puncernau protiv Austrije* (zahtjev br. 69498/01), presuda od 10. listopada 2006., u: Edel, F., *op. cit.*, bilj. 19., str. 44.

³³ V. presudu Velikog vijeća u predmetu ESLJP, *Oršuš protiv Hrvatske* (zahtjev br. 15766/03), presuda od 16. ožujka 2010., paragraf 156.

³⁴ Čl. 15. EKLJP glasi: „(1) U vrijeme rata ili drugog izvanrednog stanja koje ugrožava opstanak naroda svaka visoka ugovorna stranka može, u opsegu koji je strogo određen potrebama tih izvanrednih prilika, poduzeti mjere koje derogiraju njezine obveze iz ove Konvencije, uz uvjet da te mjere nisu nespojive s njezinim ostalim obvezama po međunarodnom pravu. (2) Na temelju te odredbe ne može se derogirati članak 2., osim za slučajeve smrti prouzročene zakonitim ratnim činima, niti članci 3., 4. (stavak 1.) i 7. (3). Svaka visoka ugovorna stranka koja se poslužuje tim pravom derogiranja svojih obveza mora glavnog tajnika Vijeća Europe u cijelosti obavijestiti o mjerama koje je poduzela i o razlozima radi kojih je to učinila. Ona će također obavijestiti glavnog tajnika Vijeća Europe o prestanku djelovanja tih mjera i o ponovnoj punoj primjeni svih odredaba ove Konvencije.“ Dodatno, čl. 16. EKLJP određuje kako se „[n]išta u člancima 10., 11. i 14. neće [...] smatrati kao da sprečava visoke ugovorne stranke u nametanju ograničenja političkoj djelatnosti stranaca“.

³⁵ Potrebnost mjere bi proizlazila bi, po nama, iz čl. 18. EKLJP koji glasi „[o]graničenja prava i

širok spektar raznovrsnih mjera kojima se jedna skupina osoba (kao što su žene, osobe s invaliditetom ili etničke manjine) stavlja u povoljniji položaj od drugih, sa svrhom postizanja stvarne jednakosti između tih skupina. Iako one narušavaju načelo formalne jednakosti kao dosljednog, simetričnog postupanja, pozitivne mjere su dopuštene dok god su razmjerne.³⁶

2.2. Ustav RH

Sročena po uzoru na čl. 14. EKLJP, ustavna zabrana diskriminacije sadržana je u čl. 14. Ustava RH.³⁷ No, za razliku od čl. 14. EKLJP, ta odredba ima samostalno djelovanje³⁸ te izravan učinak kako u odnosima između pojedinaca i državnih tijela (uključujući i tijela područne i lokalne samouprave) tako i u neposrednim odnosima među pojedincima. Iako iznimke od zabrane diskriminacije iz čl. 14. Ustava nisu predviđene Ustavom,³⁹ antidiskriminacijska zaštita u ustavnom poretku RH također nije apsolutna. Ustav RH na više mjesta predviđa mogućnost opravdanja za nejednako postupanje. Čl. 16. Ustava, koji predstavlja opći izraz načela razmjernosti predviđa da je (ustavne)⁴⁰ slobode i prava moguće ograničiti da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi

sloboda dopuštena ovom Konvencijom neće se primjenjivati u druge svrhe osim onih za koje su propisana“.

³⁶ Kod formalne jednakosti težište je na jednakoj primjeni prava u istim ili bitno istovrsnim slučajevima. Kod stvarne jednakosti uzima se u obzir i društveno uvjetovani nejednak položaj iz kojeg pojedinci, kao pripadnici neke skupine, polaze u društvenoj „utakmici“. O razlici između formalne i materijalne jednakosti v. više kod Fredman, S., *Discrimination Law*, 2. izdanje, Oxford University Press, Oxford, 2011. Pozitivne mjere izričito su predviđene primjerice čl. 4. CEDAW; čl. 1. st. 4. CERD; čl. 5. st. 3. i 4. Konvencije OSI.

³⁷ Smerdel, B.; Sokol, S., *Ustavno pravo*, 4. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2009., str. 113.

³⁸ Praksa Ustavnog suda RH u tom području je poprilično nedosljedna. U ranijim odlukama Ustavni sud RH je čl. 14. definirao kao odredbu koja sadržava opće načelo jednakosti. V. primjerice Ustavni sud RH, U-III-661/1999 od 13. ožujka. 2000., točka 9.; Ustavni sud RH, U-III-87/2000 od 27. ožujka. 2000., točka 9.1; Ustavni sud RH, U-III-500/2000 od 5. srpnja. 2000., točka 7. Međutim, Ustavni sud RH ubrzo odstupa od ovog stava pa sredinom 2000' ističe kako odredba nema samostalni učinak, već da se njezina primjena vezuje uz primjenu nekog drugog ustavom zajamčenog prava. V. primjerice Ustavni sud RH, U-III-2268/2002 od 27. svibnja. 2004., točka 5.; Ustavni sud RH, U-III-1311/2001 od 18. ožujka. 2005., točka 7. Novija praksa Ustavnog suda RH, inspirirana Protokolom 12 uz EKLJP ponovo ističe samostalno djelovanje čl. 14. Ustava RH. V. primjerice Ustavni suda RH, U-I-4170/2004 od 29. rujna 2010.; Ustavni sud RH, U-I-3084/2008 od 7. travnja. 2010. Analizom prakse Ustavnog suda RH u području čl. 14. Ustava RH bavili smo se u nekim ranijim radovima: Potočnjak, Z.; Grgić, A., *Odnos Zakona o suzbijanju diskriminacije s Ustavom i drugim zakonima koji suzbijaju diskriminaciju*, u: Šimonović Einwalter, T. (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009., str. 126-135; Grgić, A., *Recognizing Formal and Substantive Equality in the Oršuš Case*, u: Spiliopoulou Åkermark, S. et al. (ur.), *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 9, 2010., str. 327-366.

³⁹ Tj. u vremenu kada je Ustavni sud RH tumačio odredbu čl. 14. kao nesamostalnu, svi oni odnosi koji nisu ulazili u doseg nekog od drugih ustavnih prava, bili su izuzeti od antidiskriminacijske zaštite.

⁴⁰ Ustavni sud RH U-I-241/2000 od 10. svibnja 2000., točka 13.

te pravni poredak, javni moral i zdravlje. Kako bi proizvelo pravni učinak, ograničenje temeljeno na čl. 16. Ustava mora biti predviđeno zakonom.⁴¹ Test razmjernosti iz čl. 16. Ustava Ustavni sud RH je do sada razvijao po uzoru na praksu ESLJP te ga je primjenjivao uglavnom u slučajevima izravne diskriminacije.⁴² Izostanak primjene testa razmjernosti u slučajevima neizravne diskriminacije proizlazi iz činjenice da Ustavni sud RH u svojoj dosadašnjoj praksi nije prepoznao niti jedan slučaj neizravne diskriminacije.⁴³

Iduća odredba koja omogućava opravdanja za nejednaka postupanja sadržana je u čl. 17. st. 1. Ustava RH prema kojoj „[u] doba ratnog stanja ili neposredne ugroženosti neovisnosti i jedinstvenosti države, te velikih prirodnih nepogoda pojedine slobode i prava zajamčena Ustavom mogu se ograničiti“ uz uvjet da „[o]pseg ograničenja mora biti primjeren naravi pogibelji, a za posljednicu ne može imati nejednakost osoba s obzirom na rasu, boju kože, spol, jezik, vjeru, nacionalno ili socijalno podrijetlo.“ Iz ove odredbe, koja je nešto uža od gore spomenutog čl. 15. EKLJP, razvidno je da čl. 17. st. 3. Ustava RH, u izvanrednim situacijama iz čl. 17. st. 2. Ustava RH ne sprječava razlikovanja temeljem, primjerice, invaliditeta, zdravstvenog stanja ili dobi uz, dakako, zadovoljenje načela razmjernosti.⁴⁴ Za razliku od opravdanja koja bi se temeljila na čl. 16. Ustava RH, opravdanja koja bi se temeljila na čl. 17. st. 1. Ustava RH ne moraju biti predviđena zakonom.

Pored toga, Ustav RH na više mjesta izričito otvara mogućnost donošenja pozitivnih mjera u odnosu na neke posebno zaštićene kategorije osoba kao što su na nacionalne manjine,⁴⁵ osobe s invaliditetom,⁴⁶ hrvatske branitelje,⁴⁷ djeca i mladež te slabe i nemoćne osobe.⁴⁸ Iz prakse Ustavnog suda RH mogućnost

⁴¹ Izgleda da Ustavni sud RH ovaj uvjet tumači poprilično strogo zahtijevajući da ograničenje bude doslovno predviđeno zakonom. V. Ustavni sud RH, U-I-2766/2003 od 24. svibnja 2005. u kojoj je taj sud ukinuo čl. 53. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu (Narodne novine, br. 114/03) koja je predviđala mogućnost ugovaranja plaćanja doprinosa solidarnosti, a strankama kolektivnog ugovora ostavljala mogućnosti njegovog ugovaranja kolektivnim ugovorom. Jedan od razloga zašto je Ustavni sud RH tu odredbu našao protivnom čl. 14., u svezi s čl. 16. Ustava RH je da sporna odredba na taj način dopušta da se kolektivnim ugovorom ograniči Ustavom zajamčena sloboda udruživanja u sindikate.

⁴² V. primjerice Ustavni sud RH, U-I-1152/2000 od 18. travnja 2007. u kojoj je taj sud ukinuo brojne odredbe Zakona o mirovinskom osiguranju (Narodne novine, br. 102/98, 127/00, 59/01, 109/01, 147/02, 117/03, 30/04, 177/04 i 92/05).

⁴³ Na deklaratornoj razini, čl. 14. Ustava RH, prema mišljenju Ustavnog suda RH uključuje i neizravnu diskriminaciju. V. primjerice Ustavni sud RH, U-I-2767/2007 od 31. ožujka. 2009., točka 4.

⁴⁴ Prema mišljenju Ustavnog suda RH načelo razmjernosti je već sadržano u čl. 17. Ustava RH. V. Ustavni sud RH, U-I-1156/1999 od 26. siječnja 2000.

⁴⁵ Čl. 15. st. 2. Ustava RH.

⁴⁶ Čl. 58. st. 2. i čl. 65. st. 2. Ustava RH.

⁴⁷ *Ibidem*, ista odredba spominje i hrvatske ratne invalide, udovice, roditelje i djecu poginulih hrvatskih branitelja.

⁴⁸ Primjerice čl. 58. st. 1. i čl. 65. st. 1. Ustava RH.

pozitivnih mjera u odnosu na druge kategorije osoba izvodi se dodatno iz čl. 14. Ustava RH pod uvjetom da je mjera razmjerna u smislu čl. 16. Ustava RH.⁴⁹

2.3. Pravo EU

Pravo EU zabranu diskriminacije uređuje kao temeljno načelo prava EU,⁵⁰ „u granicama ovlasti Unije“ (čl. 19. UFEU).⁵¹ Dijelom je ta regulativa sadržana u primarnom pravu EUU (čl. 13. i 157. UFEU i čl. 21. Povelje o temeljnim pravima EU), a dijelom u sekundarnom pravu (antidiskriminacijskim direktivama). U primarnom pravu EU, čl. 21. st. 1. Povelje o temeljnim pravima EU, diskriminacija je zabranjena u odnosu na primjerice pobrojane osnove spola, rase, boje kože, etničkog ili socijalnog podrijetla, genetskih karakteristika, jezika, vjere ili uvjerenja, političkog ili bilo kojeg drugog mišljenja, pripadnosti nacionalnoj manjini, vlasništva, rođenja, invaliditeta, dobne i spolne orijentacije. St. 2. istoga članka u okviru dosega primjene ugovora i bez utjecaja na njihove posebne odredbe zabranjuje i diskriminaciju na temelju državljanstva. Antidiskriminacijskim direktivama zabrana diskriminacije posebno je uređena u odnosu na samo šest zabranjenih osnova. Na zabranu diskriminacije temeljem spola odnose se Direktive 7/79/EEZ,⁵² 2010/41/EU,⁵³ 2004/113/EZ⁵⁴ te Revidirana direktiva 2006/54/EEZ.⁵⁵ Diskriminacija temeljem rasne ili etničke pripadnosti posebno je uređena Rasnom direktivom 2000/43/EEZ,⁵⁶ a diskriminacija temeljem vjere, uvjerenja, dobi i spolne orijentacije Okvirnom direktivom 2000/78/EEZ.⁵⁷

⁴⁹ Ustavni sud RH, U-III-3138/2007 od 7. veljače 2007. (Romski razredi u Međimurju) u kojoj se Ustavni sud RH iz čl. 14. Ustava RH izveo pozitivne mjere prema pripadnicima jedne etničke skupine. V. *infra*.

⁵⁰ Sud EU, C-144/04 *Mangold* (2005) ECR I-09981; Sud EU, C-555/07 *Kücükdeveci* (2010) ECR I-00365.

⁵¹ Ugovor o funkcioniranju EU (pročišćena inačica iz 2012.) SL C 326, 26. 10. 2012 (dalje u tekstu: UFEU).

⁵² Direktiva Vijeća od 19. prosinca 1978. o postupnoj provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima socijalne sigurnosti, SL L 6, 10. 1. 1979; dalje u tekstu Direktiva 79/7/EEZ.

⁵³ Direktiva 2010/41/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 7. srpnja 2010. o primjeni načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama koji su samozaposleni i stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 86/613/EEZ, SL L 180, 15. 7. 2010.; dalje u tekstu Direktiva 2010/41/EU.

⁵⁴ Direktiva Vijeća 2004/113/EZ od 13. prosinca 2004. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu i nabavi robe, odnosno pružanju usluga, SL L 373, 21. 12. 2004; dalje u tekstu Direktiva 2004/113/EZ.

⁵⁵ Direktiva 2006/54/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. lipnja 2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada (preinaka), SL L 204, 26. 7. 2006.; dalje u tekstu: Revidirana Direktiva 2006/54/EZ.

⁵⁶ Direktiva Vijeća 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o implementaciji načela jednakog postupanja između osoba neovisno o rasnom ili etničkom podrijetlu (neslužbeni prijevod), SL L 180, 19. 7. 2000.; dalje u tekstu Rasna Direktiva 2000/43/EZ.

⁵⁷ *Op. cit.*, bilj. 14.

Svaka od spomenutih direktiva **precizno navodi osobe za koje su mjero-davne njezine antidiskriminacijske odredbe** (mjerodavnost *ratione personae*). Tako se Rasna direktiva 2000/43/EZ, Okvirna direktiva 2000/78/EZ, Direktiva 2004/113/EZ te Revidirana direktiva 2006/54/EZ (glede zabrane diskriminacije u područjima zapošljavanja, stručnog osposobljavanja i rada) primjenjuju se na sve osobe u javnom i privatnom sektoru, uključujući i javna tijela.⁵⁸ Revidirana direktiva 2006/54/EZ (glede zabrane diskriminacije u području profesionalnih mirovina) te Direktiva 79/7/EZ mjerodavne su samo za tražitelje zaposlenja, radnike, umirovljene radnike, samozaposlene, osobe čija je aktivnost prekinuta zbog bolesti, majčinstva, nezgode ili prisilne nezaposlenosti te članove obitelji tih osoba.⁵⁹ Direktiva 2010/41/EU se odnosi samo na samozaposlene i određene članove njihovih obitelji.⁶⁰ Nadalje, u svakoj direktivi su također **detaljno navedeni i pravni odnosi u području kojih je zabranjena diskriminacija** (mjerodavnost *ratione materiae*). Tako je u vrlo iscrpno pobrojanim područjima uvjeta zapošljavanja, samozapošljavanja, zanimanja, stručnog obrazovanja, uvjeta rada, članstva u profesionalnim organizacijama diskriminacija zabranjena temeljem Rasne direktive 2000/43/EZ, Okvirne direktive 2000/78/EZ te Revidirane direktive 2006/54/EZ.⁶¹ U području socijalne sigurnosti (što uključuje socijalnu i zdravstvenu zaštitu te socijalne pogodnosti) diskriminacija je zabranjena Rasnom direktivom 2000/43/EZ.⁶² U nešto užem području socijalnog osiguranja taksativno navedenih rizika, temeljem spola zabranjeno je diskriminirati Direktivom 79/7/EEZ te Revidiranom direktivom 2006/54/EZ uz razliku da se prva direktiva odnosi na javne sustave, a druga na privatne sustave socijalnog osiguranja.⁶³ Na vrlo usko područje osiguranja profesionalnih mirovina odnosi se i Okvirna direktiva 2000/78/EZ.⁶⁴ U području pristupa dobrima i uslugama (što uključuje usluge stanovanja, privatnog zdravstvenog osiguranja i osiguranja dobrovoljnih osobnih mirovina) diskriminacija je zabranjena Rasnom direktivom 2000/43/EZ te Direktivom 2004/113/EZ.⁶⁵ Konačno, u općenitom području obrazovanja diskriminacija je zabranjena također Rasnom direktivom 2000/43/EZ, a u samo užem području strukovnog obrazovanja Okvirnom direktivom 2000/78/EZ i

⁵⁸ Čl. 3. st. 1. Rasne direktive 2000/43/EZ; čl. 3. st. 1. Okvirne direktive 2000/78/EZ; čl. 3. st. 1. Direktive 2004/113/EZ; čl. 14. st. 1. Revidirane direktive 2006/54/EZ.

⁵⁹ Čl. 6. Revidirane direktive 2006/54/EZ; čl. 2. Direktive 7/79/EEZ.

⁶⁰ Čl. 2. Direktive 2010/41/EU.

⁶¹ Čl. 3. st. 1. točke (a)-(d) Rasne direktive 2000/43/EZ; čl. 3. st. 1. Okvirne direktive 2000/78/EZ; čl. 14. st. 1. Revidirane direktive 2006/54/EZ.

⁶² Čl. 3. st. 1. točke (e)-(f) Rasne direktive 2000/43/EZ.

⁶³ Čl. 3. Direktive 7/79/EEZ i čl. 7. Revidirane direktive 2006/54/EZ. U odnosu na samozaposlene osobe, na ona područja koja nisu obuhvaćena Direktivom 7/79/EEZ i Revidiranom direktivom 2006/54/EZ, primjenjuje se Direktiva 2010/41/EU (v. čl. 1. st. 2. Direktive 2010/41/EU).

⁶⁴ V. Sud EU, C-267/06 *Maruko* (2008) ECR I- 01757.

⁶⁵ Čl. 3. st. 1. točka (h) Rasne direktive 2000/43/EZ; čl. 3. st. 1. Direktive 2004/113/EZ.

Revidiranom direktivom 2006/54.⁶⁶ Naravno, one osobe i pravni odnosi koji nisu u području opisanog osobnog i materijalnog dosega direktiva izuzete su iz u njima sadržane zabrane diskriminacije.

Ustrajući u preciznosti, spomenute direktive pojedine pravne odnose dodatno izričito izuzimaju iz dosega primjene te izričito predviđaju opravdanja za nejednaka postupanja. O njima će biti više riječi u idućem poglavlju. Na ovom mjestu uvodno napominjemo da najviše izuzetaka od zabranjene diskriminacije predviđeno u području javnih i privatnih sustava socijalne sigurnosti (uključujući i socijalnu zaštitu), u odnosu na sve zabranjene osnove diskriminacije, osim rasne ili etničke pripadnosti.⁶⁷ Rasna direktiva 2000/43/EZ i Okvirna direktiva 2000/78/EZ predviđaju izuzetke u odnosu na državljane trećih zemalja i apatriide.⁶⁸ Potonja predviđa izuzetke u odnosu na oružane snage te u području bračnog statusa i njemu pripadajuća davanja.⁶⁹ Direktiva 2004/113/EZ predviđa izuzetke u odnosu na zapošljavanje i samozapošljavanje koji su obuhvaćeni drugim aktima EU, medije, oglašavanje i obrazovanje te slobodu odabira ugovaratelja, a Revidirana direktiva 2006/54/EZ u odnosu na područja zaštite žena u pogledu majčinstva, roditeljske i posvojiteljske dopuste.⁷⁰

U pogledu opravdanja za nejednaka postupanja potrebno je pripomenuti da **za izravnu diskriminaciju, u pravilu, nisu dopuštena opravdanja koja bi se temeljila na općoj primjeni načela razmjernosti.**⁷¹ Predviđene su dvije iznimke od ovog pravila: Okvirnom direktivom 2000/78/EZ kod razlikovanja **temeljem dobi** u području rada, zapošljavanja i samozapošljavanja te Direktivom 2004/113/EZ kod razlikovanja **temeljem spola** u području pristupa dobrima i pružanju usluga.⁷² U svim drugim slučajevima, izravnu diskriminaciju je moguće opravdati postizanjem samo onih ciljeva koji su izričito predviđeni direktivama, pod uvjetom da je ono prikladno njegovom zadovoljenju i nužno.⁷³ U tom smislu Rasna direktiva 2000/43/EZ, Okvirna direktiva 2000/78/EZ i Revidirana direktiva 2006/54/EZ, u području rada, zapošljavanja i samozapošljavanja predviđaju opravdanja za različita postupanja ako to za-

⁶⁶ Čl. 3. st. 1. točke (b) i (g) Rasne direktive 2000/43/EZ; čl. 3. st. 1. točka (b) Okvirne direktive 2000/78/EZ; čl. 14. st. 1. točka (b) Revidirane direktive 2006/54/EZ.

⁶⁷ Čl. 3. st. 2. i čl. 7. st. 1. Direktive 7/79/EEZ. Čl. 3. st. 3. i čl. 6. st. 2. Okvirne direktive 2000/78/EZ; čl. 8. i 11. Revidirane direktive 2006/54/EZ.

⁶⁸ Čl. 3. st. 2. Rasne direktive 2000/43/EZ; čl. 3. st. 2. Okvirne direktive 2000/78/EZ.

⁶⁹ Čl. 3. st. 4. i točka 22. Preambule Okvirne direktive 2000/78/EZ.

⁷⁰ Čl. 3. st. 2. - 4. Direktive 2004/113, ova direktiva također predviđa izuzetke u pogledu trudnoće i majčinstva: čl. 4. st. 2; čl. 16. i 28. Revidirane direktive 2006/54/EZ. Izuzetak u pogledu majčinstva predviđen je i čl. 4. st. 2. Direktive 7/79/EEZ.

⁷¹ V. primjerice Sud EU, C-177/88 *Dekker* (1990) ECR I-3941, paragraf 12.

⁷² Čl. 6. st. 1. Okvirne direktive 2000/78/EZ; čl. 4. st. 5. Direktive 2004/113/EZ.

⁷³ V. u tom smislu mišljenje neovisnog odvjetnika Elmera u Sud EU, C-249/96 *Grant* (1998) ECR I-621.

htijevaju posebne potrebe posla⁷⁴ te u slučaju pozitivnih mjera.⁷⁵ Uz to, Okvirna direktiva 2000/78/EZ predviđa opravdanje za različito postupanje vjerskih i drugih organizacija koje se zasnivaju na vjeri i uvjerenju u pogledu članstva i zapošljavanja u tim organizacijama s ciljem poštivanja njihova etosa.⁷⁶ Ista direktiva predviđa opravdanje s ciljem očuvanja javne sigurnosti, održanja javnog reda i prevencije kaznenih djela, radi zaštite zdravlja te zaštite prava i sloboda drugih ljudi.⁷⁷ Kod neizravne diskriminacije, pored gore spomenutih opravdanja izravne diskriminacije, predviđeno je opravdanje koje se temelji na općoj primjeni načela razmjernosti.⁷⁸

3. IZUZECI I OPRAVDANJA U HRVATSKIM ANTIDISKRIMINACIJSKIM PROPISIMA

Pravna stečevina EU u području antidiskriminacije implementirana je kroz više zakona, među kojima se kao krovni osobito ističu ZSD te ZRS.⁷⁹ Potonji su ujedno i organski zakoni kojima se razrađuju Ustavom utvrđena ljudska prava i temeljne slobode.⁸⁰ Po uzoru na pravo EU, ali i na međunarodne dokumente,⁸¹ zabranjuju diskriminaciju po sljedećim osnovama: rasa, boja kože ili etnička pripadnost, spol,⁸² jezik, vjera, dob, invaliditet, spolna

⁷⁴ Čl. 4. Rasne direktive 2000/43/EZ; čl. 4. st. 1. Okvirne direktive 2000/78/EZ; čl. 14. st. 2. Revidirane direktive 2006/54/EZ.

⁷⁵ Čl. 5. Rasne direktive 2000/43/EZ; čl. 5. i 7. Okvirne direktive 2000/78/EZ; čl. 3. Revidirane direktive 2006/54/EZ; čl. 5. Direktive 2010/41/EU.

⁷⁶ Čl. 4. st. 2. Okvirne direktive 2000/78/EZ.

⁷⁷ Čl. 2. st. 5. Direktive 2000/78/EZ.

⁷⁸ Čl. 2. st. 2. točka (b) Rasne direktive 2000/43/EZ; čl. 2. st. 2. (b-i) Okvirne direktive 2000/78/EZ; čl. 2. st. 1. točka (b) Direktive 2004/113; čl. 2. st. 1. točka (b) Revidirane direktive 2006/54/EZ; čl. 3. st. 1. točka (b) Direktive 2010/41/EU.

⁷⁹ Po uzoru na pravnu stečevinu Vijeća Europe donesen je i Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina (Narodne novine, br. 155/02, 80/10). Radi ograničenog prostora, u ovom radu smo se prvenstveno odlučili posvetiti odredbama ZSD-a.

⁸⁰ Prema mišljenju Ustavnog suda RH, U-I-2696/2003 od 16. siječnja 2008. ZRS je organski zakon kojim se razrađuju „Ustavom utvrđeno ljudsko pravo i temeljna sloboda iz čl. 3. Ustava i Glave III. Odjeljka 1. Ustava (članak 14. stavak 1. Ustava)“. V. točku 6. spomenute odluke. Kako se ljudska prava iz čl. 3. i čl. 14. st. 1. Ustava razrađuju i ZSD-om, smatramo da je i taj zakon nesumnjivo organski zakon. Istog je stava i Barić, S., *Organski zakoni u Republici Hrvatskoj: kritika prakse Ustavnog suda RH*, u: Barbić, J. (ur.), *Hrvatsko ustavno sudovanje: de lege lata i de lege ferenda*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2009., str. 392.

⁸¹ Iz Prijedloga ZSD-a 2008, proizlazi da je predlagatelj zakona prilikom podnošenja prijedloga uzeo u obzir odredbe Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, Međunarodnog pakta o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima, Konvencije protiv mučenja, CEDAW, Konvencije o pravima djeteta, Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta glede uključivanja djece u oružane sukobe, Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima djeteta o prodaji djece, dječjoj prostituciji i dječjoj pornografiji, EKLJP te njenih Protokola te preporuke Europske komisije protiv rasizma i nesnošljivosti. V. Ministarstvo obitelji, branitelja i međugeneracijske solidarnosti, *op. cit.*, bilj. 17., str. 5 i 6.

⁸² ZRS sadrži definiciju diskriminacije temeljem spola (čl. 6. st. 1.) te smatra spolnom diskriminacijom i nepovoljnije postupanje prema ženama na osnovu trudnoće i materinstva (čl. 6. st. 2.).

orijentacija, rodni identitet i njegovo izražavanje, političko ili drugo uvjerenje, genetsko naslijeđe, nacionalno ili socijalno podrijetlo, članstvo u sindikatu, imovno stanje, obrazovanje, društveni položaj, bračni ili obiteljski status te zdravstveno stanje.

Uspoređujući europske antidiskriminacijske propise s hrvatskim, dobiva se dojam da hrvatski propisi sadrže nedovoljno jasne pa čak i kontradiktorne odredbe o njihovom subjektivnom i materijalnom dosegu. Naime, ti propisi, s jedne strane, nastoje uvesti opću zabranu diskriminacije primjenljivu na sve pravne subjekte i sve pravne odnose, a s druge strane, istodobno nastoje preuzeti odredbe EU direktiva koje uređuju zabranu diskriminacije u relativno usko definiranim pravnim područjima. Primjerice ZRS u čl. 5. ravnopravnost spolova određuje kao jednaku prisutnost žena i muškaraca u svim područjima javnog i privatnog života. Međutim, istodobno taj zakon u čl. 13. uređuje zabranu diskriminacije u područjima zapošljavanja i rada, u čl. 14. u području obrazovanja, u čl. 15. u području djelovanja političkih stranaka, u čl. 16. u području medija, a u čl. 17. u području prikupljanja statističkih podataka. Sličan pristup nalazimo i u ZSD-u koji pri definiranju subjektivnog dosega u čl. 1. st. 2. određuje da se diskriminacijom smatra „stavljanje u nepovoljniji položaj bilo koje osobe“, a jednako tako u čl. 8. st. 1. propisuje da se njegove odredbe primjenjuju „[...]na postupanje svih državnih tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima te na postupanje svih pravnih i fizičkih osoba[...]“. Dakle, opći hrvatski antidiskriminacijski propis, što se tiče **subjektivne primjene** (*ratione personae*), dužne su primjenjivati sve fizičke i pravne osobe (uključujući državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravne osobe s javnim ovlastima), a jednako tako, njime predviđena pravna zaštita osigurava se svim pravnim i fizičkim osobama koje djeluju na području RH. U tom smislu aktivni i pasivni subjekti ZSD-om predviđene antidiskriminacijske zaštite su sve pravne i fizičke osobe koje djeluju na području RH. Jednaki pristup primijenjen je i pri određenju **materijalnog dosega** (*ratione materiae*). Naime, antidiskriminacijske norme ZSD-a primjenjuju se na postupanje „[...]osobito u područjima[...]“. Iz navedene odredbe o materijalnom dosegu općeg hrvatskog antidiskriminacijskog zakona zaključujemo da su pobrojana područja navedena samo primjera radi, a da zakon općenito zabranjuje diskriminaciju po u njemu navedenim osnovama u svim vrstama pravnih odnosa.⁸³ Iz svega

⁸³ Pobrojana su sljedeća područja: rada i radnih uvjeta; mogućnosti obavljanja samostalne ili nesamostalne djelatnosti, uključujući kriterije za odabir i uvjete pri zapošljavanju te napredovanju; pristup svim vrstama profesionalnog usmjeravanja, stručnog osposobljavanja i usavršavanja te prekvalifikacije; obrazovanja, znanosti i športa; socijalne sigurnosti, uključujući i područje socijalne skrbi, mirovinskog i zdravstvenog osiguranja te osiguranja za slučaj nezaposlenosti; zdravstvene zaštite; pravosuđa i uprave; stanovanja; javnog informiranja i medija; pristupa dobrima i uslugama te pružanju istih; članstva i djelovanja u sindikatima,

toga zaključujemo da je u RH u subjektivnom i materijalnom smislu postoji opća zabrana diskriminacije po u ZSD-u pobrojanim osnovama diskriminacije (uz mogućnost proširenja tih osnova zbog u Ustavu te EKLJP sadržane opće klauzule). Zakonske odredbe u kojima se navode određene osobe ili određeni pravni odnosi (područja primjene) smatramo samo primjericnim nabranjem (*exempli gratia*) pravnih subjekata i pravnih odnosa kod kojih je naročito potrebno obratiti pozornost radi sprečavanja diskriminacije.

ZSD izuzetke i opravdanja tretira kao iznimke od zabranjene diskriminacije koje su taksativno uređene u čl. 9. st. 2. Zakona. Prema slovu zakona moguće ih je koristiti u odnosu na sve pojavne oblike diskriminacije.⁸⁴ Neizravnu diskriminaciju je uz to moguće opravdati uz opću primjenu načela razmjernosti. Iznimke od zabranjene diskriminacije iz čl. 9. st. 2. koncepcijski su zamišljene kao opravdanja za stavljanje u nepovoljniji položaj. Naime, prema st. 3. istog članka, sve iznimke iz st. 2. „trebaju ostvarivati svoj legitimni cilj za koji su određene i moraju biti primjerene i nužne za ostvarenje tog cilja“. Izmjenama i dopunama ZSD-a iz 2012. godine sve iznimke iz čl. 9. st. 2. ZSD-a, osim one iz točke 4. (potrebe posla) pretrpjele su sadržajne promjene.⁸⁵ Pored toga, dodane su dvije nove iznimke, a iznimka iz točke 3. ZSD-a 2008. je brisana. Iznimke iz čl. 9. st. 2. ZSD-a možemo podijeliti u dvije skupine, one koje su donesene po uzoru na pravu stečevinu EU, te one koje su specifične za ZSD. U potonju skupinu ubrajamo samo iznimku iz čl. 9. st. 2. točka 3. (mjere socijalne politike). U nastavku ćemo ih razmotriti redoslijedom kojim su one navedene u zakonu, s time da ćemo iznimku iz točke 8. (opće opravdanje u odnosu na dob) obraditi prije iznimke iz točke 6. (posebno opravdanje u odnosu na dob).

3.1. Zaštita sloboda i prava drugih ljudi, pravnog poretka, javne sigurnosti i zdravlja

ZSD u u čl. 9. st. 2. točki 1. sadrži odredbu prema kojoj se diskriminacijom neće smatrati stavljanje u nepovoljniji položaj u slučaju „kada je takvo postupanje određeno zakonom radi očuvanja zdravlja, javne sigurnosti, održavanja javnog reda i mira, prevencije kaznenih djela i zaštite prava i sloboda drugih ljudi te ako su upotrijebljena sredstva u demokratskom društvu primjerena i nužna za postizanje željenog cilja, pod uvjetom da takvo postupanje ne dovede do izravne ili neizravne diskriminacije na osnovi rasne ili etničke pripadnosti, boje kože, vjere, spola, nacionalnog i socijalnog podrijetla, spolne

organizacijama civilnoga društva, političkim strankama ili bilo kojim drugim organizacijama; sudjelovanja u kulturnom i umjetničkom stvaralaštvu.

⁸⁴ Iako to prelazi okvire ovog rada, smatramo da ih je nemoguće koristiti kao opravdanje za primjerice, uznemiravanje ili spolno uznemiravanje.

⁸⁵ Iznimka iz čl. 9. st. 2. točke 4. pretrpjela je samo manje terminološke promjene utoliko što je riječ „priroda“ zamijenjena riječju „narav“, a riječ „karakteristike“ riječju „značajke“.

orijentacije i invaliditeta“.

Iz prijedloga izmjena i dopuna ZSD iz 2012. godine proizlazi da je ova odredba unesena po uzoru na čl. 2. st. 5. Okvirne Direktive 2000/78/EZ koja određuje da njene odredbe o zabrani diskriminacije temeljem vjere ili uvjerenja, spolne orijentacije, invaliditeta i dobi „neće utjecati na mjere koje proizlaze iz nacionalnog zakonodavstva, a koje su u demokratskom društvu potrebne zbog očuvanja javne sigurnosti, održavanja javnog reda i prevencije kaznenih djela, radi zaštite zdravlja te zaštite prava i sloboda drugih ljudi.“ Kako istu odredbu ne sadržavaju EU direktive koje zabranjuju spolnu i rasnu diskriminaciju, spomenutu iznimku je moguće koristiti samo kao opravdanje za razlikovanje temeljem osnova vjere ili uvjerenja, invalidnosti, dobi i spolne orijentacije. Drugim riječima, temeljem EU sekundarnog zakonodavstva, nije ju moguće koristiti kao opravdanje izravne⁸⁶ diskriminacije temeljem rasne ili etničke pripadnosti i spola⁸⁷ u područjima koja ulaze u materijalni doseg pripadajućih EU direktiva.

Odredba hrvatskog propisa istovremeno je šira i uža od odredbe čl. 2. st. 5 Okvirne direktive 2000/78/EZ. Njezina širina proizlazi iz činjenice da se ona odnosi ne samo na područje rada i zapošljavanja, već i na sva druga područja javnog života iz čl. 8 ZSD-a. Pored toga, ona se barem načelno odnosi na širi krug osnova no odredba čl. 2. st. 5. Okvirne direktive 2000/78/EZ jer su u njezinom dosegu nepovoljnija razlikovanja temeljem svih osnova iz čl. 1. st. 1. ZSD-a. Međutim, čl. 2. st. 5. Okvirne direktive 2000/78/EZ omogućava državama članicama da opravdavaju izravna i neizravna razlikovanja temeljem vjere ili uvjerenja, invalidnosti, dobi i spolne orijentacije. Za razliku od toga, odredba čl. 9. st. 2. točke 1. ZSD-a, takva ista postupanja uvjetuje zabranom diskriminacije po osnovama vjere, invalidnosti i spolne orijentacije.⁸⁸ Utoliko je odredba čl. 9. st. 2. točke 1. uža jer čl. 2. st. 5. Direktive 2000/78/EZ usvaja u cjelosti samo u odnosu na osnove dobi i uvjerenja.⁸⁹

⁸⁶ Načelno ju je moguće koristiti za opravdanje neizravne diskriminacije, pod uvjetom da prođe test razmjernosti.

⁸⁷ Primjerice, pozivanjem na zaštitu zdravlja nije je moguće koristiti za zabranu noćnog rada žena (Sud EU, C-13/93 *Office national de l'emploi v. Minne* (1994) ECR I-371) ili za zabranu rada u rudniku ženama (Sud EU, C-203/03 *Komisija protiv Austrije* (2005) ECR I-935) jer u ovim situacijama, prema mišljenju Suda EU štetni utjecaj rada jednako pogađao muškarce i žene. Drugačije bi bilo u situacijama su u dosegu Direktive Vijeća 92/85/EEZ od 19. listopada 1992. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu trudnih radnica te radnica koje su nedavno rodile ili doje (deseta pojedinačna direktiva u smislu članka 16. stavka 1. Direktive 89/391/EEZ), SL L 348, 28. 11. 1992.

⁸⁸ Osnove rasne ili etničke pripadnosti, boje kože, spola, nacionalnog i socijalnog podrijetla koje su posebno navedene u čl. 9. st. 2. točki 1. ZSD-a nisu relevantne za usporedbu širine te odredbe ZSD-a te Direktive 2000/78/EZ jer se potonji propis na njih ne odnosi.

⁸⁹ Moguće je da se time u potpunosti gubi smisao implementacije čl. 2. st. 5. Direktive 2000/78/EZ. V. Chalmers, D.; Davies, G.; Monti, G., *European Union Law*, 2. izdanje, Cambridge University Press, Cambridge, 2010., str. 564, koji navode da je čl. 2. st. 5. Direktive 2000/78/EZ unesen na zahtjev Ujedinjenog Kraljevstva kako bi se omogućilo donošenje mjera sa svrhom

Smatramo da se radi o problematičnoj odredbi koja može izazvati dosta konfuzije u tumačenju. Naime, radi se o iznimci koja u hrvatsko antidiskriminacijsko zakonodavstvo uvodi **dvostruko stupnjevani antidiskriminacijski test** koji je do sada bio prisutan samo u čl. 17. Ustava RH. U prvom stupnju provedbe ovog testa potrebno je utvrditi da stavljanje u nepovoljniji položaj po nekoj od ZSD-om zabranjenih osnova diskriminacije zadovoljava tri uvjeta. Prvo, da je ono predviđeno zakonom, iz čega zaključujemo da je iznimka upućena zakonodavcu kojem je jedinom, kao aktivnom subjektu antidiskriminacijske zaštite moguće „zakonom određivati“ razlike temeljem odredbe čl. 9. st. 2. točke 1.⁹⁰ Sve ostale fizičke i pravne osobe iz čl. 8. ZSD-a se mogu na ovu iznimku pozivati jedino ako je ona već predviđena zakonom. Drugo, da ono ima za cilj bilo očuvanje javne sigurnosti, javnog reda i prevenciju kaznenih djela, zaštitu zdravlja ili zaštitu prava i sloboda drugih ljudi;⁹¹ te treće, da je ono potrebno za ostvarenje spomenutih ciljeva.⁹² U drugom stupnju provedbe potrebno je utvrditi da različito postupanje dodatno ne dovodi do izravne ili neizravne diskriminacije na osnovi posebno zaštićenih osnova rasne ili etničke pripadnosti, boje kože, vjere, spola, nacionalnog i socijalnog podrijetla, spolne orijentacije i invaliditeta.⁹³ Razlikovanje koje ne prođe ovaj test, ne može biti opravdano iznimkom iz čl. 9. st. 2. točke 1. ZSD-a.

Međutim, ono što ostaje nedorečeno u odnosu na primjenu dvostruko stupnjevanog testa diskriminacije jeste sljedeće: sprečava li uvođenje dodatnog uvjeta iz drugog stupnja testa, *a priori* sva izravno ili neizravno diskriminatorna postupanja temeljem posebno zaštićenih osnova rasne ili etničke pripadnosti, boje kože, vjere, spola, nacionalnog i socijalnog podrijetla, spolne orijentacije i invaliditeta? Ili, dopušta razlikovanje i prema ovim osnovama, tražeći tek u drugom stupnju testa da postupanje ne dovodi do izravne ili neizravne diskriminacije na osnovi rasne ili etničke pripadnosti, boje kože, vjere, spola, nacionalnog i socijalnog podrijetla, spolne orijentacije i invaliditeta?

„zaštite javnost od aktivnosti vjerskih kultura ili pojedinaca s invaliditetom kao što je paranoidna shizofrenija koji bi mogli predstavljati opasnost za druge“.

⁹⁰ Iznimka iz čl. 17. Ustava RH je upućena Hrvatskom saboru, a ako se on ne može sastati, onda uz prijedlog Vlade i uz supotpis predsjednika Vlade, Predsjedniku Republike. V. čl. 17. st. 1.

⁹¹ Iznimka iz čl. 17. Ustava RH nema izričito određene legitimne svrhe radi koji je moguće vršiti ograničenja, već one proizlaze iz okolnosti u kojima je moguće pozvati se na nju, a to su ratno stanje, neposredna ugroženost neovisnosti i jedinstvenosti države te velikih prirodnih nepogoda. V. čl. 17. st. 1.

⁹² Prema čl. 17. st. 2. opseg ograničenja mora biti primjeren naravi pogibelji, koja formulacija, prema mišljenju Ustavnog suda RH, predstavlja izraz načela razmjernosti. V. Ustavni sud RH, U-I-1156/1999 od 26. siječnja 2000.

⁹³ Prema čl. 17. st. 2. Ustava RH ograničenje ne smije imati za posljedicu nejednakost osoba s obzirom na rasu, boju kože, spol, jezik, vjeru i nacionalno ili socijalno podrijetlo. Dodatno, temeljem st. 3., ni u slučaju neposredne opasnosti za opstanak države ne može se ograničiti primjena odredbi Ustava RH o pravu na život, zabrani mučenja, surovog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, o pravnoj određenosti kažnjivih djela i kazni, te o slobodi misli, savjesti i vjeroispovijedi.

Ako je odgovor na prvo pitanje pozitivan, čini nam se da bi ovu iznimku trebalo tumačiti na sljedeći način: temeljem odredbe čl. 9. st. 2. točke 1. ZSD-a zakonodavcu je dopušteno praviti izravne razlike (samo) u odnosu na osnove dobi, rodnog identiteta i njegovog izražavanja,⁹⁴ političkog ili drugog uvjerenja, genetskog nasljeđa, članstva u sindikatu, imovnog stanja, obrazovanja, društvenog položaja, bračnog ili obiteljskog statusa i zdravstvenog stanja. Takvo tumačenje nam se ne čini ispravnim jer neko postupanje koje izravno stavlja u nejednak položaj žene u području zapošljavanja, neće predstavljati izravnu diskriminaciju temeljem spola ako ujedno predstavlja posebne uvjete posla iz čl. 9. st. 2. točke 4. Stoga zaključujemo da odredba čl. 9. st. 2. točke 1. ipak dopušta neka razlikovanja temeljem posebno zaštićenih osnova rasne ili etničke pripadnosti, boje kože, vjere, spola, nacionalnog i socijalnog podrijetla, spolne orijentacije i invaliditeta.

Dok će neizravna razlikovanja temeljem ovih osnova biti moguće opravdati pod uvjetom da zadovoljavaju test razmjernosti iz čl. 2. st. 2. ZSD-a, smatramo da će izravna razlikovanja biti moguće opravdati samo putem posebnih opravdanja iz čl. 9. st. 2. točke 2.-10. Međutim, ako izravno razlikovanje nije moguće podvesti niti pod jednu drugu iznimku iz čl. 9. st. 2. točke 2.-10., ponovno nam se čini da bi stavljanje u nejednak položaj po kojoj od posebno zaštićenih osnova diskriminacije moglo biti *a priori* zabranjeno. Tako bi primjerice bilo zabranjeno institucionalizacijom preventivno ograničavati slobodu kretanja temeljem invaliditeta, jer takvo postupanje uvijek dovodi do izravne diskriminacije osoba s invaliditetom bez obzira na to je li institucionalni nadzor potreban radi zaštite javne sigurnosti, prevencije kaznenih djela ili zaštite sloboda i prava drugih institucionaliziranjem osoba temeljem primjerice nekih trajnih duševnih smetnji. Vrlo slično, u području vjere, temeljem ove iznimke ne bi bilo dopušteno s istim svrhama zabranjivati određene „štetne“ rituale koje prakticira određena vjera, jer bi takva zabrana izravno dovodila u nepovoljan položaj pripadnike samo one vjere koji takve rituale prakticiraju. Međutim, kako u navedenim slučajevima niti Okvirna direktiva 2000/78/EZ, niti čl. 14. EKLJP, niti čl. 16. Ustava RH ne bi *a priori* zabranjivala ovakva razlikovanja smatramo da radi njihove nadređenosti zakonodavac može uvijek, poštujući spomenute odredbe,⁹⁵ posebnim zakonom suziti doseg čl. 9. st. 2.

⁹⁴ Ovdje valja voditi računa da je u pravu EU osnova rodnog identiteta obuhvaćena osnovom spola. V. Sud EU, C-13/94 P. v. S. (1996) ECR I-2143.

⁹⁵ Valja naglasiti da Sud EU ovu iznimku tumači striktno. Tako je u predmetu *Prigge*, u kojem je razmatrano pitanje dobne diskriminacije zbog ograničavanja dobi pilota na 60 godina života, to pitanje analizirano i s aspekta važnosti dobrog zdravlja pilota za javnu sigurnost. I dok je Sud EU utvrdio da bi interesi javne sigurnosti navedeni u čl. 2. st. 5. Okvirne direktive 2000/78/EZ mogli biti prihvatljivo opravdanje, pri utvrđivanju nužnosti i primjerenosti primjerene mjere utvrdio je da u situaciji kada nacionalni i međunarodni propisi omogućavaju produženje dozvole za letenje do 65 godina života ta mjera nije niti nužna ni primjerena. Sud EU, C-447/09 *Prigge* (2011) ECR I-08003.

točke 1.⁹⁶ Pritom je u području nadležnosti EU prava potrebno osigurati poštivanje Okvirne direktive 2000/78/EZ, te voditi računa o tome da se ne dovodi do izravne diskriminaciju temeljem spola i rase ili etničke pripadnosti suprotno propisima EU koji zabranjuju diskriminaciju po ovim osnovama.⁹⁷ Obzirom na takve mogućnosti derogacije smatramo da odredba čl. 9. st. 2. točke 1. ZSD-a sa stanovišta zakonodavca ima prvenstveno simboličnu narav kroz koju on želi izraziti svoju posebnu privrženost zabrani diskriminacije temeljem osnova rasne ili etničke pripadnosti, boje kože, vjere, spola, nacionalnog i socijalnog podrijetla, spolne orijentacije i invaliditeta.⁹⁸ Ono što je zanimljivo pripomenuti je da su se krugu osnova koje su do sada Ustavom RH⁹⁹ uživale taj privilegirani tretman pridružile osnove spolne orijentacije i invaliditeta.

3.2. Pozitivne (posebne) mjere

Izuzimanje pojedinih pravnih odnosa iz antidiskriminacijske zaštite te predviđanje opravdanja za različito postupanje nije samo sebi svrha, već ima za cilj ostvariti neke druge interese koje u danom trenutku određeno društvo smatra legitimnim. Ti se interesi u pravilu ne sastoje u ostvarenju jednakosti,¹⁰⁰ osim kada je riječ o pozitivnim mjerama. Njihova nužnost se objašnjava time da su skupine osoba kojima se pogoduje, iz razloga ranijeg zanemarivanja njihovih posebnih potreba ili društvenih predrasuda prema njihovim karakteristikama ili sposobnostima, u stvarno nejednakom položaju da bi mogle imati jednake mogućnosti ili ostvarivati jednake rezultate u raznim područjima života.¹⁰¹ Iz ovog proizlazi i potreba njihovog privremenog djelovanja jer se smisao njihovog postojanja iscrpljuje postizanjem stvarne jednakosti.

Međutim, unatoč njihovoj korisnosti, pozitivne mjere se najčešće pravno ne formuliraju kao obveza adresata antidiskriminacijske zaštite, već tek kao njegovo pravo, koje on može ostvariti tek ako njihovim poduzimanjem ne-

⁹⁶ Pri tome bi za ocjenu dopuštenosti mjerodavni bili kriteriji Suda EU jer je jedino taj sud pozvan reći je li neka mjera koju bi hrvatski zakonodavac donio pozivanjem na čl. 16. potpada pod opravdanje iz čl. 2. st. 5. Okvirne direktive 2000/78/EZ.

⁹⁷ U vrijeme rata i drugog izvanrednog stanja ove odredbe pak mogu biti derogirane pozivom na čl. 15. EKLJP. Međutim, radi nadređenosti Ustava RH ovom međunarodnom ugovoru može se postaviti pitanje bi li to bilo u skladu s čl. 17. Ustava RH. Ustavnosudska praksa na ovo pitanje nije do sad dala odgovor.

⁹⁸ U prilog simboličnog značenja te odredbe govori i mogućnost zakonodavca da kasnijim zakonom može drugačije urediti određeno pitanje.

⁹⁹ Čl. 17. Ustava RH.

¹⁰⁰ Prema Fredman, ti interesi se mogu podijeliti u dvije skupine: ostvarivanje slobode kao vrijednosti koja nadopunjava neku drugu vrijednost (npr. sloboda govora, sloboda ugovaranja) te raznovrsni tržišno-ekonomski interesi (makroekonomski i mikroekonomski). Fredman, S., *op. cit.*, bilj. 36., str. 33-37.

¹⁰¹ Fredman, S., *Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide*, South African Journal on Human Rights, vol. 21, br. 2, 2005., str. 165.

razmjerno ne dovodi u nejednak položaj druge osobe. Na sličnim postavkama se zasniva i iznimka pozitivnih mjera iz čl. 9. st. 2. točke 2. ZSD-a. Ovom odredbom pozitivne mjere su definirane kao „posebn[e] mjer[e] koje uključuju bilo koju mjeru privremene naravi, koja je nužna i prikladna za ostvarivanje stvarne jednakosti društvenih skupina koje su u nepovoljnijem položaju, na temelju neke od osnova iz članka 1. ovoga Zakona kada je takvo postupanje temeljeno na odredbama zakona, podzakonskog akta, programa, mjera ili odluka u cilju poboljšanja položaja etničkih, vjerskih, jezičnih ili drugih manjina ili drugih skupina građana ili osoba diskriminiranih po osnovama iz članka 1. stavka 1. ovoga Zakona“. Iznimka pozitivnih mjera donesena je po uzoru na antidiskriminacijsko pravo EU¹⁰² od kojih se ipak razlikuje u bitnom. Odredbom čl. 9. st. 2. točke 2. ZSD mogućnost uvođenja pozitivnih mjera predviđena je u odnosu na sve osnove diskriminacije, dok je pravom uzora ona moguća samo u odnosu na osnove spola, rase, etničke pripadnosti, vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi i spolne orijentacije. Ovo ne smatramo osobitim problemom jer ZSD zabranjuje diskriminaciju po mnogo većem broju osnova no pravo uzora, a s druge strane naglašava da osobe kojima se pogoduje moraju biti „u nepovoljnijem položaju“, odnosno „diskriminirane“ po kojoj od osnova iz čl. 1. st. 1. ZSD-a. Smatramo da radi potonjeg ograničenja, na ovaj način ne bi bilo moguće primjerice pod pozitivne mjere podvoditi neke mjere kojima se pogoduje bračnim zajednicama ili članovima sindikata prije no što se utvrdi da su oni uistinu u društveno nepovoljnijem položaju. S tim u vezi smatramo da kod dokazivanja nepovoljnijeg položaja žena, osoba s invaliditetom, rasnih ili etničkih, vjerskih, dobnih i seksualnih manjina, sintagmu „diskriminiranih po osnovama iz članka 1. stavka 1. ovoga Zakona“¹⁰³ treba tumačiti kao uvažavanje notorne povijesne činjenice nejednakog (diskriminatorskog) postupanja prema tim osobama.

U isto vrijeme treba naglasiti da svako pogodovanje društvenim skupinama koje su u nepovoljnijem položaju ne može predstavljati pozitivne mjere. U tom smislu čl. 9. st. 2. ZSD-a određuje da one moraju biti privremene, nužne i prikladne za poboljšanje njihovog društvenog položaja. One mjere koje ne zadovoljavaju ovaj test razmjernosti predstavljat će izravnu ili neizravnu diskriminaciju društvenih skupina koje se ne pogoduju primjenom pozitivnih mjera. Hoće li određena mjera predstavljati pozitivnu mjeru ili diskriminaciju dosta ovisi o tome na koji način sud pristupa primjeni testa razmjernosti. Iz prakse Suda EU koja je razvijena samo u području rada i zapošljavanja,

¹⁰² Mogućnost donošenja pozitivnim mjerama predviđena je odredbom čl. 157. st. 4. UFEU, čl. 3. Revidirane direktive 2006/54/EZ te čl. 6. Direktive 2004/113/EZ u odnosu na spol, čl. 7. Okvirne direktive 2000/78/EZ u odnosu na vjeru ili uvjerenje, invaliditet, dob i spolnu orijentaciju te čl. 5. Rasne direktive 2000/43/EZ u odnosu na rasu ili etničku pripadnost.

¹⁰³ Čl. 9. st. 2. točka 2. ZSD-a.

pozitivne mjere su tumačene kao uske iznimke od načela zabrane diskriminacije.¹⁰⁴ Radi nadređenosti prava EU, u svim područjima koja se nalaze u doseg EU antidiskriminacijskog prava, hrvatski će sudovi morati tumačiti ove mjere na jednak način. Čini se da hrvatska ustavnosudska praksa testu razmjernosti kod pozitivnih mjera pristupa na nešto ekstenzivniji način no Sud EU. Tako je primjerice s jedne strane Sud EU u predmetima *Marschall*¹⁰⁵ i *Abrahamsson*¹⁰⁶ izrazio mišljenje da odredbe koje daju prednost u zapošljavanju kvalificiranim ženama, bez uzimanja u obzir specifičnosti relevantnih (viših) kvalifikacija muških kandidata ne predstavljaju dopuštene pozitivne mjere. S druge strane, prema mišljenju Ustavnog suda RH, odredbe koje daju prednost pri zapošljavanju pripadnicima podzastupljene nacionalne manjine pod uvjetom da ispunjavaju natječajem propisane uvjete smatrao pozitivnim mjerama koje doprinose ostvarenju stvarne jednakosti nacionalnih manjina, uopće ne razmatrajući transparentnost kriterija prema kojima se uspoređuju kandidati nacionalne manjine i nacionalne većine koji se jave na natječaj.¹⁰⁷ To međutim ne znači da svako ekstenzivno tumačenje načela razmjernosti kod pozitivnih mjera nužno pogoduje ostvarenju stvarne jednakosti. Primjerice, u povodu ustavne tužbe radi organiziranja posebnih romskih razreda u Međimurju Ustavni sud RH je ocijenio da se radi o pozitivnoj mjeri koja je namijenjena romskim učenicima radi slabog poznavanja hrvatskog jezika. Međutim, u istom predmetu (predmetu *Oršuš*) Veliko vijeće ESLJP je utvrdilo da smještajem u posebne razrede romski učenici nisu ostvarili korist u vidu (uspješnijeg) svladavanja hrvatskog jezika, pa takvu mjeru nije ocijenilo kao pozitivu mjeru, već je utvrdilo da se radi o neizravnom diskriminacijom temeljem etničke pripadnosti pri ostvarenju prava na obrazovanje.¹⁰⁸

Konačno, valja naglasiti da ZSD, po uzoru na Okvirnu direktivu 2000/78/EZ, na jednom mjestu odstupa od stava da pozitivne mjere predstavljaju pravo aktivnih subjekata antidiskriminacijske zaštite, a ne njihovu obvezu. Kada se radi o osobama s invaliditetom, ZSD čl. 4. st. 2. nameće obvezu razumne prilagodbe osobama s invaliditetom, nerazmjernan propust koje predstavlja zabranjenu diskriminaciju tih osoba.

¹⁰⁴ Ovo iz razloga što su pozitivne mjere u pravu EU formulirane kao mjere kojima se derogira načelo jednakosti kao temeljno načelo prava EU, a derogacije od temeljnih načela se uvijek tumače restriktivno. U tom smislu v. Sud EU, C-450/93 *Kalanke* (1995) ECR I-3069.

¹⁰⁵ Sud EU, C-409/95 *Marschall* (1997) ECR-I-06363.

¹⁰⁶ Sud EU, C-407/98 *Abrahamsson* (2000) ECR-I-05539.

¹⁰⁷ Ustavni sud RH, U-I-402/03 od 30. travnja 2008. Ovaj pristup Ustavnog suda RH usporediti s pristupom Suda EU koji je u predmetu *Abrahamsson*, naglasio da primjena kriterija kod odabira među kvalificiranim kandidatima mora biti transparentna i podložna reviziji kako bi se izbjegla svaka arbitrarna procjena kandidata. V. Sud EU, *ibidem*.

¹⁰⁸ Ustavni sud RH, U-III-3138/2002, *op. cit.*, bilj. 49.; ESLJP, *Oršuš protiv Hrvatske, op.cit.*, bilj. 33.

3.3. Provođenje mjera socijalne politike

Ambiciozno širenje zabranjenih osnova, zaštićenih osoba i materijalnog dosega antidiskriminacijske zaštite ZSD-om 2008 izravno je dovelo u pitanje opstojnost onih dijelova sustava socijalne sigurnosti čija je svrha pomoć socijalno najugroženijem stanovništvu. Naime, kako ti sustavi potrebu za pomoći zasnivaju na procjeni imovnog stanja ili posebno ranjivom društvenom položaju osobe kao pojedinca ili pripadnika neke zajednice (obitelji ili marginalizirane društvene skupine), zabrana diskriminacije temeljem pojedinih osnova iz čl. 1. st. 1. ZSD-a, u širokom području socijalne sigurnosti, bez istovremenog postojanja adekvatne „iznimke“ kosila se sa samom svrhom postojanja tih sustava. Posebno su na udaru bila prava koja tradicionalno ulaze u područje socijalne skrbi, a koja se vrlo često upravo temelje na razlikovanju po imovinskom stanju, socijalnom podrijetlu ili društvenom položaju. Neka od socijalnih davanja bilo je moguće opravdati kroz iznimke iz čl. 9. st. 2. točke 2. (posebne mjere) i točke 3. ZSD-a iz 2008. (pogodovanje posebno zaštićenim kategorijama osoba), međutim dosljedna primjena zabrane diskriminacije temeljem imovnog stanja ili društvenog položaja činila je zabranjenim u smislu čl. 9. st. 1. ZSD-a primjerice pravo na pomoć za uzdržavanje, pomoć za podmirenje troškova stanovanja ili doplatak za pomoć i njegu¹⁰⁹ jer ova prava naprosto nije bilo moguće podvesti niti pod koju iznimku iz čl. 9. st. 2. ZSD-a 2008. Iako bi, prema nama, ovakva „razlikovanja“ bilo ustavnopravno potpuno neprihvatljivo smatrati zabranjenom diskriminacijom,¹¹⁰ činjenica da ZSD nije pružao smisljeno rješenje ostavljala je snažan dojam kako svrha ZSD-a nije „stvaranje pretpostavke za ostvarivanje jednakih mogućnosti“,¹¹¹ već tek zabrana diskriminacije u svim javnim oblicima. Ovim se činilo da ZSD služi prvenstveno ostvarivanju formalne, a ne stvarne jednakosti. Zakonom o izmjenama i dopunama ZSD-a iz 2012. godine taj nedostatak je otklonjen uvođenjem posve nove točke 3. koja određuje da se diskriminacijom neće smatrati „provođenja mjera socijalne politike kojima se pogoduje osobama ili domaćinstvima težeg imovinskog ili socijalnog stanja pod uvjetom da takve mjere ne dovode do izravne ili neizravne diskriminacije na temelju spola, spolne orijentacije, rase, boje kože, etničke pripadnosti, vjerskog uvjerenja i invaliditeta“. Slično kao u slučaju iznimke iz čl. 9. st. 2. točke 1. radi se o iznimci koja uvodi dvostruko stupnjevani antidiskriminacijski test. U prvom stupnju provedbe ovog testa potrebno je utvrditi radi li se o mjeri socijalne politike koja određene osobe stavlja u nepovoljan položaj temeljem neke od osnova iz čl. 1. st. 1. ZSD-a jer daje kakvu pogodnost osobama ili domaćinstvima težeg

¹⁰⁹ Radi se o pravima uređenim Zakonom o socijalnoj skrbi (Narodne novine, br. 33/12 33, 46/2013, 49/2013).

¹¹⁰ Smatramo da bi to bilo protivno primjerice čl. 57. Ustava RH.

¹¹¹ Čl. 1. st. 1. ZSD-a.

imovnog ili socijalnog stanja. Ako je odgovor potvrđan, onda je se u drugom stupnju testa potrebno utvrditi dovodi li ta mjera istovremeno do izravne ili neizravne diskriminacije temeljem koje od posebno zaštićenih osnova iz točke 3. Mjere socijalne politike koje izravno stavljaju u nejednak položaj prema spomenutim zaštićenim osnovama neće dovoditi do izravne diskriminacije ako su obuhvaćene kojom od drugih iznimaka iz čl. 9.¹¹² Ako bi se pak radilo o naizgled neutralnoj mjeri, ona bi mogla biti opravdana ako zadovoljava uvjete iz čl. 2. st. 2. ZSD-a (neizravna diskriminacija).

3.4. Stvarni i odlučujući zahtjevi određenog posla

Antidiskriminacijske direktive EU, a po uzoru na njih i naš ZSD, dopuštaju da se inače zabranjeno razlikovanje opravda činjenicom da je to razlikovanje nužno pri obavljanju određenog posla. U tom slučaju zbog **naravi određenog posla ili okolnosti u kojima se on obavlja** inače zabranjeno razlikovanje može biti **stvaran i odlučujući uvjet za njegovo obavljanje**.¹¹³ Međutim, da bi takvo razlikovanje bilo dopušteno ono mora imati **legitiman cilj** i mora biti **razmjerno**. U tom smislu i ZSD u čl. 9. st. 2. točka 4. određuje da se „[...] ne smatra diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj [...] u odnosu na određeni posao kada je **priroda posla takva** ili se **posao obavlja u takvim uvjetima** da karakteristike povezane s nekim od osnova iz članka 1. ovoga Zakona predstavljaju **stvarni i odlučujući uvjet obavljanja posla** pod uvjetom da je **svrha koja se time želi postići opravdana i uvjet odmjeren**“.

Temeljem takvog opravdanja neće npr. biti zabranjeno postaviti **uvjet spola** kada je spol stvarni i odlučujući uvjet za obavljanje određenog posla, kao što je to muški spol kod zapošljavanja baritona ili ženski spol kod zapošljavanja sopranistice. Jednako tako uvjet spola može se postaviti kod zapošljavanja sigurnosnog osoblja ili čuvara u zatvorima zaduženih za tjelesni pregled. Osim spola i druge inače zabranjene osnove diskriminacije mogu biti stvarni i odlučujući uvjet za obavljanje određenog posla. Npr. može se postaviti **uvjet najniže i/ili najviše dobi** kod obavljanja nekih naročito teških i zahtjevnih poslova. Tako je Sud EU u predmetu *Wolf* ocijenio da je dopušten uvjet najviše dobi (trideset godina života) prilikom prvog zapošljavanja u vatrogasnoj postrojbi.¹¹⁴

U svakom slučaju kada se neka od zabranjenih osnova diskriminacije ili neka od karakteristika povezanih s nekom od zabranjenih osnova diskriminacije javlja kao uvjet za zaposlenje, napredovanje, stručno osposobljavanje, određivanje plaće ili drugog prava iz radnog odnosa, otkaz ugovora o radu

ili se radi o osobini na temelju koje će se odlučiti o nekom drugom pravu ili obvezi iz radnog odnosa, trebat će utvrditi može li se postavljanje takvog uvjeta opravdati nekim **legitimnim ciljem**. Pored toga, trebat će ocijeniti postoji li **razmjernost** između tako postavljenog uvjeta i cilja koji se njegovim postavljanjem želi postići. Samo u slučaju ispunjenja tih dvaju zahtjeva radit će se o dopuštenom razlikovanju, a ne o diskriminaciji. Tako u praksi Suda EU nalazimo i shvaćanje da propisivanje najviše dobi za pilota komercijalnih zrakoplova može biti opravdano sigurnošću kao legitimnim ciljem, ali da uvjetu razmjernosti ne udovoljava kolektivni ugovor koji predviđa prestanak ugovora o radu sa šezdeset godina života s obzirom da nacionalni i međunarodni propisi dozvoljavaju, pod određenim uvjetima, bavljenje tim zanimanjem do šezdesetpete godine života.¹¹⁵

3.5. Poštovanje etosa crkve ili druge organizacije djelatnost koje se temelji na religiji ili uvjerenju

Kada se radi o **zapošljavanju od strane crkvi ili vjerskih organizacija** stvarni i odlučujući uvjet za obavljanje određenog posla može biti i pripadnost određenoj crkvi, odnosno poštovanje njezinog nauka.¹¹⁶ U tom smislu Okvirna direktiva 2000/78/EZ u čl. 4. st. 2. predviđa da se neće smatrati diskriminacijom razlikovanje na temelju vjere ili uvjerenja ako se radi o zapošljavanju u crkvi ili nekoj drugoj javnoj ili privatnoj organizaciji etos koje se temelji na vjeri ili uvjerenju, ako zbog naravi poslova ili konteksta u kojima se oni obavljaju vjera ili uvjerenje osobe koja se zapošljava predstavlja stvarni, legitimni i opravdani uvjet za obavljanje tog posla, vodeći računa o etosu organizacije (koja zapošljava radnika – op. autora). Pri primjeni tog opravdanja treba voditi računa o ustavnim odredbama i načelima te načelima prava EU te se time ne može opravdati razlikovanje po nekim drugim osnovama (zabranjenim u pravu EU – op. autora). Pod uvjetom da su poštovane ostale odredbe te Direktive time se ne ograničava pravo crkava i drugih javnih i privatnih organizacija, etos kojih se temelji na vjeri ili uvjerenju, a koje djeluju u skladu s nacionalnim ustavom i zakonima **da od pojedinaca koji rade za njih traže da postupaju u dobroj vjeri i s lojalnošću prema etosu tih organizacija**.

Nastojeći uskladiti nacionalno zakonodavstvo s navedenim odredbama Okvirne direktive 2000/78/EZ nacionalni je zakonodavac u čl. 9. st. 2. točka 5. propisao da se neće smatrati diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj „pri obavljanju profesionalnih aktivnosti, odnosno zasnivanju radnog odnosa, uključenju u članstvo te u djelovanju koje je u skladu s naukom i poslanjem

¹¹² Najčešće bi se radilo o pozitivnim mjerama.

¹¹³ *Op. cit.*, bilj. 74.

¹¹⁴ Sud EU, C-229/08 *Wolf* (2010) ECR I-00001.

¹¹⁵ V. Sud EU, C-447/09, *op. cit.*, bilj. 95.

¹¹⁶ U biti radi se radi se o podvrsti prethodnog opravdanja „stvarnim i odlučujućim zahtjevom određenog posla“.

crkve i vjerske zajednice upisane u Evidenciju vjerskih zajednica u Republici Hrvatskoj, te druge javne ili privatne organizacije čiji se sustav vrijednosti temelji na vjeri ili uvjerenju, a koja djeluje u skladu s Ustavom i zakonom, ako tako zahtijevaju vjerska doktrina ili uvjerenja, u slučaju kada zbog prirode tih aktivnosti ili okolnosti u kojima se obavljaju, vjera ili uvjerenje neke osobe predstavljaju istinski, zakonit i opravdan uvjet za obavljanje posla, uzimajući u obzir sustav vrijednosti te organizacije“.¹¹⁷ Uspoređujući odredbu čl. 4. st. 2. Okvirne direktive 2000/78/EZ s čl. 9. st. 2. točka 5. ZSD-a u prvom redu možemo primijetiti da je odredba čl. 9. st. 2. točke 5. ZSD-a ipak uža. Naime, ona ne sadrži ograničenje iz druge rečenice čl. 4. st. 2. Okvirne direktive 2000/78/EZ koji govori da razlikovanje temeljem vjere ili uvjerenja ne bi smjelo opravdati diskriminaciju na temelju neke druge osnove. U području obavljanja profesionalnih aktivnosti, koje ulaze u područje materijalnog dosega Okvirne direktive 2000/78/EZ, pravilna implementacija odredbe čl. 4. st. 2. Okvirne direktive 2000/78/EZ bi zahtijevala dodavanje i ovog ograničavajućeg uvjeta. Drugim riječima, u području zapošljavanja, razlikovanje temeljem vjerskih uvjerenja bi bilo opravdano (pod uvjetima navedenim u tom stavku) ako istovremeno ne dovodi do diskriminacije temeljem svih onih osnova po kojima je zabranjeno diskriminirati u pravu EU. Dopušteno razlikovanje temeljem vjerskog uvjerenja ne bi pak predstavljalo diskriminaciju po nekoj drugoj osnovi ako bi došlo u doseg nekog od drugih opravdanja predviđenih posebnim direktivama (najčešće bi se radilo o posebnim uvjetima posla iz neke od posebnih direktiva).

Odredba čl. 9. st. 2. točke 5. ZSD-a nam se u isto vrijeme čini i nešto šira od čl. 4. st. 2. Okvirne direktive 2000/78/EZ jer pored obavljanja profesionalnih aktivnosti obuhvaća uključenje u članstvo u crkvama i drugim javnim ili privatnim organizacijama, čiji se sustav vrijednosti temelji na vjeri ili uvjerenju. Sa stanovišta prava EU ovo ne smatramo pogrešnom implementacijom direktive naprosto iz razloga što područje uključanja u ove organizacije uopće nije u materijalnom dosegu EU antidiskriminacijskih direktiva. Slijedom navedenog, primjerice svaka vjerska organizacija upisana u Evidenciju vjerskih zajednica u RH može slobodno ne primati u članstvo osobe koje ne dijele njihova vjerska uvjerenja. Međutim, ako bi učlanjenje u ove organizacije istovremeno ograničavalo primjerice pristup uslugama koje se nude na tržištu osobama određenog spola ili rase, tada bilo bi opet potrebno utvrditi da razlikovanje temeljem vjere ili uvjerenja ne predstavlja zabranjenu diskriminaciju po kojoj od tih osnova.

¹¹⁷ Prije izmjena i dopuna, ova iznimka je bila uređena čl. 9. st. 2. točka 5. ZSD-a iz 2008. godine koja je glasila: „pri zasnivanju radnog odnosa, uključanja u članstvo te u djelovanju koje je u skladu s naukom i poslanjem crkve i vjerske zajednice upisane u Evidenciju vjerskih zajednica u Republici Hrvatskoj, te druge javne ili privatne organizacije koje djeluju u skladu s Ustavom i zakonima, ako tako zahtijevaju vjerska doktrina, uvjerenja ili ciljevi“.

Imajući u vidu da čl. 1. st. 1. ZSD-a zabranjuje diskriminaciju temeljem političkog ili drugog uvjerenja, u praksi bi se moglo javiti pitanje mogu li se na odredbu čl. 9. st. 2. točka 5. ZSD-a pozivati političke stranke, sindikati ili nevladine udruge koje se zasnivaju na određenim vrijednostima koje predstavlja njihov etos, a istovremeno ne predstavlja vjersko uvjerenje. Pitanje je od osobite važnosti baš u pogledu uvjeta za učlanjenja ili isključenje iz članstva u tim organizacijama obzirom da bi se u pitanjima zapošljavanja nabrojene organizacije mogle pozivati na čl. 9. st. 2. točka 4. ZSD-a (posebne potrebe posla). Imajući u vidu da bi razlikovanje temeljem političkog uvjerenja izlazilo iz dosega EU antidiskriminacijskih direktiva,¹¹⁸ smatramo da odgovor na ovo pitanje u velikoj mjeri ovisio o tome kako će hrvatski sudovi u tim situacijama tumačiti pojam „vjera ili uvjerenje“ iz čl. 9. st. 2. točke 5. ZSD-a. Moguće je da hrvatski sudovi taj pojam protumače isključivo po uzoru na čl. 9. EKLJP koja pod pojmom vjera ili uvjerenje smatraju samo vjerska ili slična filozofska uvjerenja.¹¹⁹ Smatramo da bi taj pristup bio pogrešan. Pravilnije nam se čini tumačiti ga na način da on, pored vjerskih i drugih uvjerenja, uključuje i politička i druga (nevjerska) uvjerenja, imajući u vidu da ZSD u čl. 1. st. 1. zabranjuje diskriminaciju temeljem „političkog i drugog uvjerenja“ te da pitanja članstva u nekoj organizaciji ulaze u doseg čl. 11. EKLJP (sloboda udruživanja). U tom smislu bismo ukazali na presudu u slučaju *ASLEF protiv Ujedinjenog Kraljevstva* gdje je ESLJP našao povredu čl. 11. EKLJP u situaciji u kojoj je britanskim propisom jednom sindikatu bilo onemogućeno isključenje iz sindikalnog članstva člana koji je javno zastupao političke stavove suprotne vrijednostima tog sindikata.¹²⁰

Konačno je potrebno naglasiti da sama činjenica da pojedino vjersko ili drugo uvjerenje čini sastavni dio etosa organizacije koja se na njega poziva prilikom zasnivanja radnog odnosa, uključanja u članstvo ili djelovanje, ne čini samo po sebi razlikovanje temeljem vjere ili uvjerenja opravdanim. U pogledu primjene ovog opravdanja zanimljiv je jedan danski slučaj koji pokazuje da to **opravdanje ima ograničene učinke**. U tom je slučaju čistaču otkazan ugovor o radu stoga što nije bio pripadnik nacionalne Luteranske crkve. Tužitelj (radnik) je smatrao da se navedeno opravdanje **ne odnosi na osobe koje obavljaju poslove koje nisu bitni za etos institucije** kao što su to npr. poslovi čišćenja. Zatražio je naknadu štete u visini 8.000 eura zbog povrede danskog

¹¹⁸ U okvirima regulatorne nadležnosti EU, pojam vjera ili uvjerenje bi bio tumačen sukladno tumačenju EKLJP. V. čl. 52. Povelje temeljnih prava EU te v. *infra*.

¹¹⁹ Prema stajalištu ESLJP u predmetu *Pretty protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, uvjerenje da bi osoba trebala počiniti asistiranje samoubojstvu ne predstavlja „uvjerenje“ u smislu čl. 9 iz razloga što ne predstavlja oblik iskazivanja vjere ili uvjerenja koji se manifestira kroz bogoslužje, poučavanje, praktično vršenje ili pridržavanje običaja. ESLJP, *Pretty protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (zahtjev br. 2346/02), presuda od 29. travnja 2002., paragraf 82.

¹²⁰ ESLJP, *ASLEF protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (zahtjev br. 11002/05), presuda od 27. veljače 2007.

zakonodavstva i Direktive, a tužena crkva je na prvom ročištu priznala tužbeni zahtjev.

3.6. Opće opravdanje kod uvjeta dobi

Zbog demografskih promjena, naročito starenja stanovništva, posljednjih se godina **sve više pozornosti, naročito u pravu EU, posvećuje dobnoj diskriminaciji**. Pri tome, zbog važnosti dobi za ostvarenje prava u različitim situacijama postaje pravno vrlo zahtjevno urediti tu vrstu diskriminacije. Stoga Okvirna direktiva 2000/78/EZ već u točki 25. preambule naglašava da **zabrana dobne diskriminacije nije apsolutna**, već da razlika u postupanju s obzirom na dob može biti opravdana u određenim situacijama te da stoga dobnu diskriminaciju treba posebno urediti. To posebno uređenje sadržano je u čl. 6. te direktive koji uređuje opravdanje za slučaj razlikovanja na temelju dobi, a odnosi se, prije svega, na korištenje **opće klauzule** kojom se može opravdati ne samo **neizravna**, već i **izravna** diskriminacija. To predstavlja odstupanje od pristupa prema kojem u pravu EU za izravnu diskriminaciju nisu postojala opća opravdanja već samo direktivama izričito propisani izuzeci. Prema odredbi čl. 6. st. 1. Okvirne direktive 2000/78/EZ države članice mogu propisati da se diskriminacijom na temelju dobi ne smatra razlikovanje koje je u okolnostima nacionalnog prava **objektivno i razumno opravdano legitimnim ciljem**, uključujući legitimnu politiku zapošljavanja, ciljeve tržišta rada i stručnog obrazovanja, a **sredstva za ostvarenje tog cilja su prikladna i nužna**. Direktiva navodi, primjera radi, sljedeće okolnosti u kojima razlikovanje po kriteriju dobi može biti dopušteno: a) propisivanje posebnih uvjeta dobi za zapošljavanje i stručno obrazovanje, zaposlenje i zanimanje, uključujući otkazivanje i plaćanje za mlade ljude, starije radnike i osobe s obvezom brige o drugoj osobi, a u cilju poticanja njihove stručne integracije ili zaštite; b) utvrđivanje minimalnog uvjeta dobi, profesionalnog iskustva ili staža u službi za pristup zaposlenju ili određenim pravima u svezi sa zaposlenjem; c) utvrđivanje najviše dobi za zaposlenje koja se temelji na zahtjevima stručnog obrazovanja za poslove o kojima se radi ili potrebi razumnog razdoblja trajanja zaposlenja prije umirovljenja.

Odredba čl. 6. st. 1. Okvirne direktive 2000/78/EZ implementirana je čl. 9. st. 2. točka 8. ZSD-a, koja je nakon izmjena i dopuna iz 2012. godine značajno proširila mogućnost opravdanja razlikovanja temeljem dobi u odnosu na ZSD iz 2008. godine. Naime, prema odredbama ZSD-a iz 2008. godine diskriminaciju temeljem dobi je bilo moguće opravdati u svega par slučajeva: u području zapošljavanja i rada¹²¹ te u vrlo uskom području socijalnog osiguranja, što se

¹²¹ Čl. 9. st. 2. točke 4., 7. i 8. ZSD-a 2008.

uglavnom svodilo na dob kao uvjet za stjecanje prava na mirovinu¹²² te pri ugovaranju premija, osiguranina i drugih uvjeta osiguranja.¹²³ Iako to nije bilo protivno antidiskriminacijskom pravu EU, dovodilo je do brojnih apsurdnih rješenja osobito u područjima socijalnog osiguranja i socijalne skrbi koja su gotovo potpuno ostala izvan dosega primjene tih opravdanja. Ako bi se dosljedno željelo provesti načelo zabrane diskriminacije u svim područjima iz čl. 8. ZSD-a, onda bi primjerice propisivanje dobi kao uvjeta za stjecanje prava na mirovinsko osiguranje za nezaposlene osobe ili propisivanje najviše dobi kao uvjeta za prestanak prava na doplatu za djecu bilo *a priori* nedopušteno na prosto iz razloga što se ove situacije nisu mogle podvesti ni pod jedno opravdanje iz čl. 9. st. 2. ZSD-a iz 2008. godine.¹²⁴ Ovi nedostaci su sada otklonjeni čl. 9. st. 2. točka 8. ZSD-a iz 2012. godine koji sada omogućava opravdanje izravne i neizravne diskriminacije temeljem dobi i u svim drugim područjima koja ulaze u materijalni doseg čl. 8. ZSD-a primjenom općeg testa razmjernosti, uz tek primjerično nabranje situacija koje bi predstavljale opravdana razlikovanja.¹²⁵ Valja naglasiti međutim da će primjeri navedeni u čl. 9. st. 2. točka 8. ZSD-a biti opravdani samo pod uvjetom da su objektivno i razumno opravdani legitimnim ciljem te ako su sredstva za njegovo postizanje primjerena i nužna. Ovdje, barem u području rada i zapošljavanja od velike važnosti može biti upravo tumačenje usvojeno u praksi Suda EU koji je posljednjih godina imao priliku posebnu pozornost posvetiti upravo dobnoj diskriminaciji.¹²⁶ Tako je u predmetu *Mangold* Sud EU zauzeo stajalište da **zabrana dobne**

¹²² Čl. 9. st. 2. točka 8. ZSD-a 2008.

¹²³ Čl. 9. st. 2. točka 6. ZSD-a 2008.

¹²⁴ Do sličnih situacija se dolazilo u području rada i zapošljavanja gdje bi primjerice, određivanje najviše dobi za zaposlenje na određenim poslovima (primjerice pilota li vatrogasaca) bilo *a priori* nedopušteno jer je čl. 9. st. 2. točka 7. ZSD-a 2008. dopuštao pravdanje samo kod određivanja najniže dobi kao uvjeta za zasnivanje radnog odnosa.

¹²⁵ Nakon izmjena i dopuna ZSD-a, čl. 9. st. 2. točka 8. glasi: „na osnovi dobi, ako je takvo postupanje objektivno i razumno opravdano legitimnim ciljem, uključujući legitimne ciljeve socijalne politike, socijalne i zdravstvene zaštite, politike zapošljavanja, promicanja ciljeva tržišta rada i stručnog osposobljavanja, te ako su sredstva za njegovo postizanje primjerena i nužna. Primjerice, diskriminacijom se ne smatra: određivanje najniže ili najviše dobi i/ili profesionalnog iskustva i/ili stupnja obrazovanja kao uvjeta za zasnivanje radnog odnosa ili kao uvjeta za stjecanje drugih pogodnosti vezanih za radni odnos; određivanje prikladne i primjerene najviše dobi kao razloga za prestanak radnog odnosa, a koja je sukladna uvjetima za stjecanje prava na starosnu mirovinu, propisivanje dobi ili razumnog razdoblja zaposlenja kao uvjeta za stjecanje ili ostvarivanje prava na mirovinu, ili drugog prava iz sustava socijalne sigurnosti, uključujući i područje socijalne skrbi, mirovinskog i zdravstvenog osiguranja te osiguranja za slučaj nezaposlenosti i određivanje dobi kao uvjeta za pristup obrazovanju ili određenim dobrima ili uslugama, pod uvjetom da su zadovoljeni uvjeti iz prve rečenice ove točke”.

¹²⁶ V. detaljnije u Grgurev, I., *Diskriminacija na osnovi dobi u radnom odnosu – analiza hrvatskog zakonodavstva i pravne stečevine EU*, u: Leutar, Z. (ur.), *Socijalni rad i borba protiv siromaštva i socijalne isključenosti – profesionalna usmjerenost zaštiti i promicanju ljudskih prava*, Zaklada Marija De Mattias, Zagreb, 2011., str. 31. - 48.

diskriminacije spada među načela prava EU te da je zbog neudovoljavanja uvjetu nužnosti i primjerenosti dobno diskriminatorna odredba njemačkog zakona koja dopušta da se ugovori o radu na određeno vrijeme sklapaju, bez ikakvih ograničenja, s osobama starijim od 52 godine života.¹²⁷ Međutim, u predmetu *Félix Palacios* Sud EU je zauzeo stajalište da nije protivna Okvirnoj direktivi 2000/78/EZ odredba španjolskog zakona koja dopušta da se kolektivnim ugovorom predvidi prestanak ugovora o radu kada radnik napuni 65 godina života i stekne uvjete za stjecanje na doprinosima utemeljenu mirovinu, pod uvjetom da se radi o mjeri koja je objektivno i razumno opravdana u kontekstu nacionalnog prava legitimnim ciljem politike zapošljavanja i tržišta rada, a sredstvo kojim se ostvaruje taj cilj, koji je u javnom interesu, nije neprikladno i potrebno je za njegovo ostvarenje.¹²⁸ U predmetu *Age Concern England* izraženo je stajalište Suda EU da kada se radi o opravdanju izravne dobne diskriminacije nacionalno zakonodavstvo ne mora sadržavati točno utvrđenu listu opravdanja, ali opravdanja moraju biti povezana s ciljevima legitimne socijalne politike kao što su politika zapošljavanja, tržišta rada i stručnog obrazovanja. Kod takvog opravdanja (izravne dobne diskriminacije) koriste se isti standardi koji se općenito koriste i kod opravdanja neizravne diskriminacije, ali su pri utvrđivanju opravdanja nacionalni sudovi dužni ustanoviti visoke standarde dokazivanja postojanja legitimnog opravdanja.¹²⁹ U predmetu *Hennigs* Sud EU je utvrdio da nije u skladu s načelom zabrane dobne diskriminacije određivanje plaće s obzirom na dob zaposlenika, ali da je dopušten vremenski ograničeni prijelazni sustav, inače usmjeren na otklanjanje dobnog razlikovanja, koji radi sprečavanja smanjenja plaća privremeno omogućava zadržavanje dobno uvjetovanih razlika u plaćama.¹³⁰ U predmetu *Kücükdıveci* Sud EU je ocijenio da je protivno načelu zabrane dobne diskriminacije neuzimanje u obzir, prilikom izračunavanja otkaznog roka, staža navršenog prije dvadesetpete godine života.¹³¹ U predmetu *Georgiev* Sud EU je ocijenio da je u skladu s Okvirnom direktivom 2000/78/EZ bugarsko zakonodavstvo koje propisuje obvezno umirovljenje sveučilišnih nastavnika sa 68 godina života, a koji nakon 65 godine života mogu nastaviti raditi samo na temelju ugovora o radu na određeno vrijeme koji se sklapa na godinu dana i može se obnoviti najviše dva puta. Međutim, takvo zakonsko uređenje je u skladu s Direktivom samo ako ono služi ostvarenju legitimnog cilja povezanog, među ostalim, s politikom zapošljavanja i tržišta rada, kao što je osiguranje kvalitete obrazovanja i najbolje moguće raspodjele poslova

¹²⁷ Sud EU, C-144/04, *op. cit.*, bilj. 50.

¹²⁸ V. Sud EU, C-411/05 *Félix Palacios de la Villa* (2007) ECR I- 8531.

¹²⁹ V. Sud EU, C-388/07 *Age Concern England* (2009) ECR I-01569.

¹³⁰ V. Sud EU, C-297/10 i C-298/10 *Hennigs* (2011) ECR I-07965.

¹³¹ Sud EU, C-555/07, *op. cit.*, bilj. 50.

među različitim generacijama sveučilišnih nastavnika te ako ono omogućuje ostvarenje tog cilja prikladnim i nužnim sredstvima.¹³²

3.7. Dob (i spol) u strukovnim mirovinskim programima

Pored općeg opravdanja temeljem dobi iz čl. 6. st. 1. relevantnog za područje rada i zapošljavanja, Okvirna direktiva 2000/78/EZ sadrži i posebnu mogućnost opravdanja koja se odnosi na strukovne mirovinske sustave. Naime, prema čl. 6. st. 2. Okvirne direktive 2000/78/EZ u strukovnim mirovinskim programima¹³³ dopušteno je (ne predstavlja diskriminaciju) propisivanje dobi kao uvjeta za pristup u takve programe, stjecanje prava na starosnu ili invalidsku mirovinu u takvim programima, uključujući utvrđivanje različite dobi za zaposlenike, njihove skupine ili kategorije te korištenje u takvim programima kriterija dobi pri aktuarskim izračunima, pod uvjetom da takva razlikovanja ne dovode do spolne diskriminacije.

Nastojeći preuzeti tu odredbu Okvirne direktive 2000/78/EZ u nacionalno zakonodavstvo hrvatski je zakonodavac izmjenama i dopunama ZSD-a iz 2012. godine, u čl. 9. st. 2. točka 6. predvidio da se ne smatra diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj „na temelju dobi pri ugovaranju premija osigurnina i drugih uvjeta u osiguranju na temelju opće prihvaćenih načela procjene rizika, u skladu s točnim statističkim podacima i pravilima aktuarske matematike“. S obzirom da je u hrvatskom pravu područje primjene dobne diskriminacije određeno znatno šire nego u pravu EU ta odredba, po našem mišljenju, dopušta svim privatnim osigurateljima (dakle ne samo u strukovnim mirovinskim programima) propisivanje različitih uvjeta dobi pri uređenju osiguranja kojeg su oni nositelji. Izgleda da privatni osiguratelji ne bi smjeli razlikovati svoje osiguranike po drugim zaštićenim osnovama, osim po kriteriju dobi.¹³⁴ Privatni osiguratelji u strukovnim mirovinskim osiguranjima će, međutim, prilikom primjene odredbe čl. 9. st. 2. točka 6. ZSD-a morati dodatno voditi računa o tome da razlikovanje temeljem dobi istovremeno ne dovodi do spolne diskriminacije jer je tako predviđeno čl. 6. st. 2. Okvirne direktive 2000/78/EZ. Kao i u drugim slučajevima, i ovdje je propušteno nadodati taj (ograničavajući) uvjet.¹³⁵

¹³² Sud EU, C-250/09 i C-268/09 *Georgiev* (2010) ECR I-11869.

¹³³ O strukovnim mirovinskim programima v. Vukorepa, I., *Mirovinski sustavi: Kapitalno financiranje kao čimbenik socijalne sigurnosti*, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, Zagreb, 2012., str. 21-42, 171, 217.

¹³⁴ Napominjemo da bi javni osiguratelji rizika starosti ili invalidnosti (te ostalih rizika koji se osiguravaju u javnim sustavima socijalne sigurnosti) mogli različito uređivati prava temeljem osiguranih rizika za osobe različite dobi pozivom na iznimku iz čl. 9. st. 2. točka 8. ZSD-a.

¹³⁵ Smatramo da između riječi „premija“ i „osigurnina“ treba stajati interpunkcijski znak zareza.

Treba upozoriti da gore prikazana odredba čl. 9. st. 2. točke 6. ZSD-a iz 2012. godine stupila na snagu 30. lipnja 2013. godine.¹³⁶ Do tog datuma na snazi je bila odredba čl. 9. st. 2. točka 6. ZSD iz 2008. godine koja je osim razlikovanja na temelju dobi, određivala da se i **nejednako postupanje na temelju spola ne smatra diskriminacijom „[...] pri ugovaranju premija, osiguranina i drugih uvjeta u osiguranju** u skladu s relevantnim i točnim statističkim podacima i pravilima aktuarske matematike, pri čemu troškovi vezani uz trudnoću i majčinstvo ne mogu opravdati razlike“.¹³⁷ Tom, prije važećom, odredbom u nacionalno zakonodavstvo bio je prenesen izuzetak iz čl. 5. st. 2. Direktive 2004/113/EZ o primjeni načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa i opskrbe robama i uslugama. Kako je u međuvremenu Sud EU za izuzetak iz čl. 5. st. 2. Direktive 2004/113/EZ utvrdio da je **protivan načelu prava EU o zabrani spolne diskriminacije** (s učinkom od 21. prosinca 2012.),¹³⁸ valjalo je istu iznimku brisati i iz hrvatskog propisa (s učinkom od prvog dana punopravnog članstva RH u EU). Pravna posljedica spomenutog brisanja se sastoji u tome da privatnim osigurateljima u primjerice zdravstvenim i životnim osiguranjima ili osiguranjima dobrovoljnih osobnih mirovina (koje nisu strukovne mirovine) nije dopušteno pravljenje razlike temeljem spola prilikom izračuna visine davanja iz tih osiguranja. Drugim riječima, u području ovih osiguranja od 1. srpnja 2013. godine postoji obveza primjene uniseks tablice kod izračuna visine mirovina.¹³⁹ Pri tome upozoravamo da je pravno dvojbeno nastala i u području dodatnih strukovnih mirovina. Naime, pri implemenataciji Revidirane direktive 2006/54/EZ, izvršenoj donošenjem ZSD-a nacionalni zakonodavac nije izrjekom iskoristio iznimku iz čl. 9. st. 1. točka h koja dopušta razlike temeljem spola kod aktuarskih izračuna visine mirovine. S obzirom da je ZSD kasniji zakon od ZMOD-a i da je njime izvršena implementacija mjerodavne EU direktive, smatramo da od 1. srpnja 2013. postoji obveza primjenjivanja uniseks tablice i u području dodatnih strukovnih mirovina, iako čl. 28.a ZMOD-a predviđa takav izuzetak.¹⁴⁰ Očekujemo da će svaku dvojbu o dovezima zabrane spolne diskriminacije u području dodatnih strukovnih mirovina u cijelosti otkloniti tek novi Zakon o mirovinskim osiguravajućim društvima čije je donošenje u tijeku.¹⁴¹

¹³⁶ V. čl. 7. Zakona o izmjenama i dopunama ZSD-a.

¹³⁷ V. čl. 6. Zakona o izmjenama i dopunama ZSD-a.

¹³⁸ Sud EU, C-236/09 *Test-Achats* (2011) ECR I-00773.

¹³⁹ U tom smislu će u području mirovinskog osiguranja biti potrebno mijenjati čl. 39. st. 2. Zakona o mirovinskim osiguravajućim društvima i isplati mirovine na temelju individualne kapitalizirane štednje (Narodne novine, br. 106/99, 63/00, 107/07, 114/11); dalje u tekstu ZMOD.

¹⁴⁰ Ako je naše shvaćanje ispravno onda će u tom području trebati mijenjati čl. 28.a ZMOD.

¹⁴¹ To bi trebao učiniti čl. 105. novog ZMOD-a u vezi s kojim je u tijeku javna rasprava. V. <http://rasprava.mrms.hr/bill/savjetovanje-o-prijedlogu-zmod/> (12.10.2013.). Nažalost, odredbe tog članka nisu jasno i nedvosmisleno oblikovane, pa ako ostane u postojećem tekstu i dalje će tražiti tumačenje koje će morati biti usklađenom s pravom EU.

3.8. Pristup dobrima, uslugama i sportu

Čl. 9. st. 2. točke 7. ZSD-a određuje da se iznimno od st. 1. tog članka diskriminacijom ne smatra stavljanje u nepovoljniji položaj „[...]u pristupu dobrima, uslugama i sportu te pružanju istih ako je pristup dobru i/ili usluzi namijenjen isključivo ili prvenstveno pripadnicima jednog spola ili osobama s invaliditetom pod uvjetom da je takvo postupanje objektivno i razumno opravdano legitimnim ciljem te ako su upotrijebljena sredstva primjerena i nužna cilju koji se želi postići“. Radi se o odredbi koja je unesena po uzoru na vrlo sličnu odredbu čl. 4. st. 5. Direktive 2004/113/EZ o načelu jednakog postupanje prema muškarcima i žena u pristupu robama i pružanju usluga.¹⁴² Odredba čl. 9. st. 2. točka 7. ZSD-a je ipak šira jer dodatno omogućava razlikovanje na osnovi invaliditeta. Kako je istovremeno trebamo sagledavati u svjetlu Rasne direktive 2000/43/EZ, koja se također primjenjuje na području pristupa robama i pružanju usluga, različito postupanje pozivom na čl. 9. st. 2. točka 7. ZSD-a ne smije dovesti do izravne ili neizravne diskriminacije temeljem rasne ili etničke pripadnosti.¹⁴³

Valja naglasiti da svrha ove iznimke nije posebno pogodovanje osobama određenog spola ili osobama s invaliditetom,¹⁴⁴ već uvažavanje činjenice da osobe u odnosu na koje ju je moguće primijeniti imaju neke posebitosti koje su vezane za njihov spol, odnosno invaliditet koje pravni poredak uvažava pod uvjetom da je različito postupanje opravdano legitimnom svrhom, nužno i potrebno.¹⁴⁵

Odredbu čl. 9. st. 2. točka 7. ZSD-a treba tumačiti sagledavajući doseg Direktive 2004/113/EZ (barem kada se radi o razlikovanju temeljem spola), koja određuje da se pojam „robe“ ima tumačiti sukladno pravu EU u području slobode kretanja roba, a pružanje usluga u smislu čl. 57. UFEU¹⁴⁶ te koja eksplicitno proširuje svoju primjenu i na usluge stanovanja.¹⁴⁷ Stoga, bez obzira na to što čl. 8. točka 8. ZSD-a pristup dobrima i uslugama navodi kao posebno

¹⁴² Čl. 4. st. 5. Direktive 2004/113/EZ glasi: „Ova Direktiva neće spriječiti razlike u postupanju, ako je pristup dobrima i uslugama isključivo ili prvenstveno pripadnicima jednog spola opravdan legitimnom svrhom te ako su sredstva za postizanje tog cilja prikladna i nužna.“

¹⁴³ Ovo iz razloga što Rasna direktiva 2000/43/EZ ne sadrži opravdanje nalik na ono iz čl. 4. st. 5. Direktive 2004/113/EZ.

¹⁴⁴ Pogodovanju osobama s invaliditetom su namijenjene mjere razumne prilagodbe iz čl. 4. st. 2. ZSD-a te posebne pozitivne mjere iz čl. 9. st. 2. točka 2. Potonje također služe svrsi pogodovanja osobama određenog spola.

¹⁴⁵ Kao legitimne svrhe direktiva osobito navodi: zaštitu žrtava seksualnog nasilja (što bi opravdalo prihvatilišta za osobe jednog spola), privatnost i doličnosti (što bi opravdalo pružanje usluge smještaja u domu osobe koja pruža uslugu), slobode udruživanja (u slučaju članstva u privatnim jednospolnim klubovima), organizacija sportskih aktivnosti (u slučajevima jednospolnih sportskih događanja). V. točku 16. Preambule Direktive 2004/113/EZ.

¹⁴⁶ Točka 11. Preambule Direktive 2004/113.

¹⁴⁷ Točka 16. Preambule Direktive 2004/113.

područje primjene zakona, smatramo da se na ovu iznimku moguće pozvati i u drugim područjima navedenim u čl. 8. ZSD-a, koja ulaze u materijalni doseg Direktive 2004/113/EZ (npr. usluge privatnog zdravstvenog osiguranja, stanovanje, pristup dobrima i uslugama u kulturi itd.). Čak štoviše, smatramo da se ta iznimka ima primijeniti i na pristup dobrima i uslugama i u onim područjima koja su izričito isključena iz dosega Direktive 2004/113/EZ te iz EU dosega antidiskriminacijske zaštite (kao što su mediji, oglašavanje i obrazovanje). Tada međutim, valja osobito voditi računa da postupanje bude sukladno jamstvu jednakosti iz Ustava RH te drugih međunarodnih ugovora koji zabranjuju diskriminaciju temeljem spola i invaliditeta.

Imajući u vidu da se odredba čl. 9. st. 2. točka 7. ZSD-a odnosi samo na osnove spola i invaliditeta, zaključujemo da temeljem ove odredbe nije dopušteno razlikovanje prema niti jednoj drugoj osnovi iz čl. 1. st. 1. ZSD-a, s izuzetkom dobi.¹⁴⁸ Čini nam se da bi ovo moglo dovesti do nekih problematičnih rješenja koja bi valjalo uzeti u obzir prilikom budućih izmjena ZSD-a. Primjerice, izgleda da se na ovu odredbu ne bi mogle pozvati sindikati kada pružaju uslugu pravne pomoći u radnim odnosima samo članovima sindikata, naprosto iz razloga što se ona ne odnosi na članstvo u sindikatu. Slično bi bilo u slučaju vjerskih škola ili vrtića koji se ne bi mogli pozvati na odredbe ove iznimke u slučaju da uslugu odgoja ili obrazovanja pružaju pripadnicima samo jedne konfesije.

3.9. Ulazak i boravak stranaca u RH te određena prava stranaca

ZSD u čl. 9. st. 2. točka 9. određuje da se „iznimno od st. 1. ovog članka ne smatra diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj [...] na temelju državljanstva prema posebnim propisima“. Ovako formulirana odredba se već na prvi pogled čini neobičnom jer državljanstvo ne predstavlja jednu od osnova iz čl. 1. st. 1. ZSD-a temeljem koje je zabranjeno diskriminirati. Upravo zato je potrebno odgovoriti na pitanje koji je stvarni doseg iznimke iz čl. 9. st. 2. točka 9. ZSD-a. Prema našem mišljenju tom odredbom željelo se iz materijalnog dosega zabrane diskriminacije (tj. iz čl. 8. ZSD-a) isključiti određene pravne odnose kod kojih je posebnim propisom državljanstvo predviđeno kao uvjet za stjecanje prava u hrvatskom pravnom poretku. Ako je tome tako, onda se kao zaključak nameće tvrdnja da je zakonodavac točka 9. zapravo želio spriječiti da se pasivni adresati antidiskriminacijske zaštite pozivaju na zakonsku zabranu diskriminacije po osnovama iz čl. 1. ZSD-a, u pravnim područjima koja bi bila u materijalnom dosegu čl. 8. ZSD-a, a u kojima se posebnim propi-

¹⁴⁸ Čl. 9. st. 2. točka 8. predviđa opće opravdanje nejednakog postupanja temeljem dobi. Ovdje također valja voditi računa da je u pravu EU osnova rodnog identiteta obuhvaćena osnovom spola. V. Sud EU, C-13/94, *op. cit.*, bilj. 94.

som kao kriterij razlikovanja nameće državljanstvo. U praktičnom smislu to bi značilo da se, primjerice, u postupku stjecanja prava na potpore za stanovanje Romi - stranci ne bi mogli pozivati na zabranu rasne ili etničke diskriminacije iz ZSD (kao oblik neizravne diskriminacije) u onim slučajevima u kojima poseban propis razlikuje hrvatske državljane i strance u ostvarivanju prava na to socijalno davanje.¹⁴⁹ Ako uzmemo u obzir pravo EU koje je hrvatskom zakonodavcu služilo kao uzor prilikom njezine formulacije, čini nam se da je upravo to bio cilj navedene odredbe.¹⁵⁰ Isto tako nam se čini da je hrvatski zakonodavac u pokušaju implementacije EU prava nehotice omogućio širenje tog izuzetka preko granica dopuštenog EU pravom, EKLJP i Ustavom RH. Naime, Direktive 2000/43/EZ i 2000/78/EZ iz područja svog materijalnog dosega izuzimaju razlikovanja temeljem državljanstva te određuju da njihove odredbe ne dovode u pitanje odredbe i uvjete u vezi sa ulaskom i boravkom državljan trećih zemalja i osoba bez državljanstva na teritoriju država članica, kao ni na postupanje koje proizlazi iz pravnog statusa tih državljan trećih zemalja i osoba bez državljanstva.¹⁵¹ Što to znači? Slično kao u slučaju odredbe čl. 9. st. 2. točka 9. ZSD-a čini se da to, s jedne strane znači da se na odredbe tih direktiva ne može pozvati državljanin države članice EU koji smatra da je diskriminiran temeljem koje od njima zabranjenih osnova diskriminacije ako je istovremeno izložen ograničenju temeljem državljanstva, primjerice na temelju propisa o ulasku i boravku državljan trećih država u EU.¹⁵² Zatim, čini se da to znači i da se na odredbe tih direktiva ne bi mogao pozvati državljanin države koja nije članica EU ili osoba bez državljanstva (državljan trećih država) u odnosu na primjenu propisa koji uređuju njihov ulazak, boravak i rad u RH ili u odnosu na razlikovanja koja proizlaze iz njihovog statusa državljan trećih država.¹⁵³ Tako se primjerice na direktive ne bi mogao pozvati Rom – državljanin Bosne i Hercegovine u ostvarivanju prava na stalni boravak u

¹⁴⁹ V. primjerice Sud EU, C-571/10 *Kamberaj* (2012) ECR I-000 iz koje proizlazi da ovakve situacije ne bi bile u dosegu Rasne direktive 2000/43/EZ.

¹⁵⁰ Tako proizlazi i iz Nacrta prijedloga Zakona o suzbijanju diskriminacije. V. Ministarstvo branitelja, obitelji i međugeneracijske solidarnosti, *op. cit.*, bilj. 17., str. 27.

¹⁵¹ Čl. 3. st. 2. Rasne direktive 2000/43/EZ i čl. 3. st. 2. Okvirne direktive 2000/78/EZ.

¹⁵² Ta tvrdnja je ograničenog dometa. V. naime točku 29. Preambule Direktiva 2011/98/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 13. prosinca 2011. o jedinstvenom postupku obrade zahtjeva za izdavanje jedinstvene dozvole za boravak i rad državljanima trećih zemalja na državnom području države članice te o zajedničkom skupu prava za radnike iz trećih zemalja koji zakonito borave u državi članici, SL L 343, 23. 12. 2011., koja navodi kako „[d]ržave članice trebaju provoditi [njene] odredbe [...] bez diskriminacije na temelju spola, rase, boje, etničkog ili socijalnog podrijetla, genetičkih karakteristika, jezika, vjere ili uvjerenja, političkog ili drugog mišljenja, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovinskog stanja, rođenja, invaliditeta, dobi ili spolnog opredjeljenja, a posebno u skladu s Direktivom Vijeća 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o provođenju načela jednakog postupanja prema osobama bez obzira na njihovo rasno ili etničko podrijetlo i Direktivom Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja“.

¹⁵³ *Ibidem*.

RH.¹⁵⁴ S druge strane, to ne znači da se državljanin treće države ne bi mogao pozvati na zabranu diskriminacije temeljem bilo koje pravom EU zabranjene osnove diskriminacije primjerice u području zapošljavanja ako ima odobren boravak u državi članici EU.¹⁵⁵ Naime, Direktive 2000/43/EZ i 2000/78/EZ ne dopuštaju državama članicama široko izuzimanje svih pravnih odnosa („[...] na temelju državljanstva, prema posebnim propisima“) koje bi dopuštalo općenito ili bilo koje razlikovanje temeljem državljanstva. Utjecaj državljanstva države članice EU na stjecanje pojedinih prava u drugoj državi članici EU uređen je brojnim odredbama EU prava o slobodi kretanja i državljanstvu EU. Te odredbe ne samo da općenito zabranjuju diskriminaciju temeljem državljanstva, već dodatno određuju da se imaju implementirati bez diskriminacije temeljem koje od osnova iz čl. 21. Povelje temeljnih prava EU.¹⁵⁶ Situacije pak u kojima je dopušteno razlikovanje temeljem državljanstva predviđene su izričito. Imajući u vidu nadređenost prava EU, doseg odredbe čl. 9. st. 2. točke 9. ZSD-a ograničen je u svakom slučaju u kojem zadire u područje prava EU o, primjerice, slobodi kretanja osoba.

Dalje, činjenica da odredba čl. 9. st. 2. točka 9. ZSD-a dopušta razlikovanja temeljem državljanstva ne znači niti da bi stranci (bilo kao državljani država članica EU ili državljani trećih država) u RH bili općenito izuzeti od antidiskriminacijske zaštite temeljem bilo koje od osnova navedenih u ZSD-u jer bi se oni tada alternativno mogli pozivati na zabranu diskriminacije iz čl. 14. Ustava RH ili EKLJP. Pozivanje pak na spomenute izvore prava otvara dvije nove, međusobno isprepletene dimenzije određenja dosega iznimke iz čl. 9. st. 2. točke 9. ZSD-a. Naime, osim što predviđaju zabranu diskriminacije po osnovama u odnosu na koje točka 9. želi dopustiti razlikovanje u odnosu na državljanstvo, ti pravni izvori predviđaju i samo državljanstvo kao zabranjenu osnovu diskriminacije.¹⁵⁷ To znači da su svi pravni propisi koji eksplisit-

¹⁵⁴ Ovdje bi imale prednost odredbe prava EU koje se tiču ulaska i boravka državljanina trećih zemalja i osoba bez državljanstva na teritoriju država članica te odredbe o njihovom pravnom statusu. Radilo bi se o čl. 77-79 UFEU te sekundarnom zakonodavstvu donesenom temeljem njih. Više u: Herzfeld Olsson, P., *Giving to those who have and taking from those who have not – the development of an EU policy on workers from third countries*, Formula Working Paper, No.34, 2012., dostupno na: <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/freemov/publications/papers/2012/> (12. 2.2012.).

¹⁵⁵ V. primjerice Sud EU C-415/10, *Meister* (2012) ECR I-00000.

¹⁵⁶ V. primjerice točku 31. Preambule Direktive 2004/38/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji na slobodno kretanje i boravište na području države članice, kojom se izmjenjuje Uredba (EEZ) br. 1612/68 i stavljaju izvan snage direktive 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ, SL L 158, 30. 4. 2004.

¹⁵⁷ Čl. 14. Ustava RH zabranjuje diskriminaciju i temeljem državljanstva.

V. Ustavni sud RH, U-I-673/196 od 21. travnja 1999. kojom su ukinute odredbe Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (Narodne novine, br. 92/96) koje su od prava na naknadu isključivale strane državljane i strane pravne

no ili implicitno predviđaju državljanstvo kao osnovu razlikovanja svejedno podvrgnuti ustavnoj i konvencijskoj kontroli zabrane diskriminacije, neovisno o postojanju iznimke iz čl. 9. st. 2. točke 9. ZSD-a. Pored toga u odnosu na sve zabranjene osnove diskriminacije Ustav RH i EKLJP postavljaju dva dodatna ograničenja. I Ustav RH i EKLJP dopuštaju iznimke od zabranjene diskriminacije pod uvjetom da konkretna iznimka ima legitiman cilj u vidu zaštite slobode i prava drugih ljudi, pravnog poretka, morala i zdravlja te da je nužna i primjerena (drugim riječima – da je razmjerna). Dodatno Ustav RH u čl. 16. zahtijeva da svako ograničenje ustavom zajamčenih sloboda i prava bude određeno zakonom. Dok možemo prihvatiti da je prvo ograničenje sadržano u čl. 9. st. 3. ZSD-a, smatramo da drugo ograničenje nije dovoljno prepoznato ZSD-om jer čl. 9. st. 2. točka 9. dopušta pozivanje na iznimku državljanstva općenito u „propisima“ (viši rodni pojam od pojma „zakon“). Obzirom da se radi o ograničenju ustavnog prava na jednakost, mislimo da je **ustavnopravno neprihvatljivo da se ti izuzeci predviđaju podzakonskim propisima.**

3.10. Odnosi uređeni Obiteljskim zakonom

Što se tiče obiteljskih odnosa Okvirna direktiva 2000/78/EZ koja uređuje opći okvir za zabranu diskriminacije u svezi sa zaposlenjem i zanimanjem u točki 22. preambule navodi da je ona „bez utjecaja na nacionalno pravo u svezi s bračnim odnosima te davanjima koja ovise o tom statusu“. Za razliku od toga ZSD iz 2008. je u čl. 9. st. 2. točka 10. sadržavao jednu značajno širu odredbu prema kojoj se diskriminacijom nije smatralo „stavljanje u nepovoljniji položaj pri uređivanju prava i obveza iz obiteljskog odnosa kada je to određeno zakonom, a osobito u cilju zaštite prava i interesa djece, što mora biti opravdano legitimnom svrhom, zaštitom javnog morala, kao i pogodovanju braka u skladu s odredbama Obiteljskog zakona“.

Smatramo da se radilo o prilično nejasnoj odredbi,¹⁵⁸ koja je unesena u zakonski tekst 2008. godine amandmanom Vlade RH nakon javnih rasprava, u koju su bile uključene i institucije Katoličke crkve, a rasprave su bile povezane sa zakonskim normiranjem „rodnog identiteta“ i „spolne orijentacije“ kao za-

osobe. Čl. 14. EKLJP također uključuje zabranjenu osnovu državljanstva. V. ESLJP, *Gaygusuz protiv Austrije*, op.cit., bilj. 29.

¹⁵⁸ Primjerice, nejasno je bilo odnosio li se pojam „prava i obveze iz obiteljskog odnosa“ samo na različito uređenje prava i obveze u području obiteljskih odnosa *stricto sensu* (npr. iz Obiteljskog zakona) ili se odnosio i na druge propise koji ne uređuju obiteljske odnose, ali u kojima postojanje ili nepostojanje prava i obveze iz obiteljskog odnosa (primjerice obveza uzdržavanja) utječe na stjecanje nekih drugih prava (npr. pravo na bolovanje radi njege oboljelog bračnog druga). Pored toga, nejasno je bilo što točno mora biti opravdano legitimnom svrhom, ako su „zaštita prava i interesa djece“, „zaštita javnog morala“ i „pogodovanje braka“ već bile određene kao legitimne svrhe ograničenja iz čl. 9. st. 2. točka 10.

branjenih osnova diskriminacije.¹⁵⁹ Stoga, u kontekstu tih rasprava, eventualno se moglo protumačiti da se tom iznimkom **željelo isključiti pozivanje na diskriminaciju temeljem rodnog identiteta ili spolne orijentacije pri uređenju bračnih odnosa i posvojenja djece.**

Ta iznimka je izmjenama i dopunama ZSD-a iz 2012. godine zamijenjena odredbom čl. 2. st. 2. točka 10. koja sad glasi: „kod stavljanja u nepovoljniji položaj pri uređivanju prava i obveza uređenih Obiteljskim zakonom, a osobito u svrhu legitimne zaštite prava i dobrobiti djece, zaštite javnog morala i pogodovanja braku, pri čemu upotrijebljena sredstva moraju biti primjerena i nužna“. Nova odredba je nešto uža jer iz zabrane diskriminacije isključuje samo ona prava i obveze koja su uređeni Obiteljskim zakonom,¹⁶⁰ te nešto jasnija jer su „zaštite prava i dobrobiti djece, zaštite javnog morala i pogodovanje braku“ uobličene kao legitimne svrhe radi kojih je dopušteno razlikovanje. Pored toga, mogućnost stavljanja u nepovoljniji položaj je dodatno sužena uvjetom da „upotrijebljena sredstva moraju biti primjerena i nužna“.

Smatramo međutim da se i nakon izmjena i dopuna radi o relativno široko stiliziranoj iznimci koja izaziva dosta dvojbi prilikom tumačenja. U prvom redu, izgleda da se ona odnosi na sve ZSD-om predviđene osnove diskriminacije (a ne samo na osnove rodnog identiteta ili spolne orijentacije) te na uređenja svih prava i obveza iz Obiteljskog zakona (a ne samo uređenja braka i posvojenja djece). Iz toga bi se tekstualnom analizom moglo zaključiti da bi ta odredba omogućavala ograničavanje prava na roditeljsku skrb temeljem roditeljeva invaliditeta, etničke pripadnosti ili spolne orijentacije, ako je to potrebno i nužno radi zaštite prava i interesa djeteta ili zaštite javnog morala. Pored toga, iz tako formulirane iznimke nije jasno može li se na nju pozvati samo zakonodavac kada Obiteljskim zakonom uređuje prava i obveze ili i onda kada on ista prava uređuje nekim drugim zakonom (primjerice kada bi uređivao posvojenje ZIZ-om). Nejasno je može li se na tu iznimku pozvati i netko drugi, primjerice poslodavac kada u radnom odnosu radi pogodovanja braka ili zaštite javnog morala omogućava ostvarenje prava na plaćeni dopust iz ZR-om¹⁶¹ samo radi sklapanja braka ili proslave trogodišnjice izvanbračne zajednice¹⁶² (prava koje je uređeno Obiteljskim zakonom), a ne i radi proslave

¹⁵⁹ Prijedlog Zakona o suzbijanju diskriminacije iz 2008. godine koji je bio predmet saborske rasprave i koji nije sadržavao taj izuzetak. V. Ministarstvo obitelji, branitelja i međugeneracijske solidarnosti, *op. cit.*, bilj. 17. Stoga zaključujemo da je ta iznimka unesena u zakonski tekst amandmanom Vlade RH.

¹⁶⁰ Obiteljski zakon (Narodne novine, br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/2013).

¹⁶¹ Pravo na plaćeni dopust uređeno je ZR-om kao pravo na oslobođenje od obveze rada uz naknadu plaće, za važne osobne potrebe, a osobito u svezi sa sklapanjem braka, porodom supruge, težom bolesti ili smrću člana uže obitelji. V. čl. 65. ZR-a.

¹⁶² Kako bi temeljem izvanbračne zajednice u kojoj nije rođeno zajedničko dijete izvanbračni partneri mogli stjecati prava uređena tim zakonom, potrebno je da ona traje 3 godine. V. čl. 3. Obiteljskog zakona.

trogodišnjice istospolne zajednice¹⁶³ (pravo koje nije uređeno istim zakonom). Konačno, ta odredba sadrži „otvorenu klauzulu“ legitimnih svrha iz čega zaključujemo da omogućava opravdanje izravnih razlikovanja bilo kojim drugim ciljem koji bi bio legitiman. Ako su ovi zaključci o širini navedene iznimke točni, njezino tumačenje može doći su sukob s Ustavom RH, međunarodnim ugovorima te pravom EU.

Prostor ne dopušta širu analizu pa ćemo samo navesti par primjera. EKLJP ne propisuje kako bi države trebale urediti institut braka (pa prema tome brak mogu urediti kao zajednicu života muškarca i žene) ili njegovo sklapanje, niti propisuje kako bi države trebale urediti svoje sustave socijalnog osiguranja. Međutim, ako prilikom odlučivanja je li brak sklopljen ili ne istovremeno ne uzimaju u obzir kulturološke specifičnosti jedne etničke manjine, pa to ima utjecaja na stjecanje prava iz mirovinskog osiguranja za preživjelog „bračnog“ druga, takvo postupanje može predstavljati povredu čl. 14. EKLJP u vezi s čl. 1. Protokola 1 (pravo vlasništva), neovisno o tome što je mjera bila opravdana legitimnom svrhom održivosti sustava socijalnog osiguranja.¹⁶⁴ Sličan je pristup prava EU. Ako bi, kao u gornjem primjeru, poslodavac u radnom odnosu, radi pogodovanja braku ili zaštite javnog morala, uskraćivao pravo na plaćeni dopust kod proslave trogodišnjice istospolnog partnerstva, tada bi on izravno diskriminirao temeljem spolne orijentacije protivno Okvirnoj direktivi 2000/78 i ne bi se mogao pozvati na iznimku nejednakog postupanja pri uređivanju prava i obveza uređenih Obiteljskim zakonom sa svrhom zaštite javnog morala ili pogodovanja braka.

Glede legitimnih svrha izričito spomenutih u čl. 2. st. 2. točka 10. ZSD najproblematičnija nam se čini svrha pogodovanja braka i to već sa stanovišta samog Ustava RH. Kako „pogodovanje braka“ nije posebno zaštićena vrednota koju promiče hrvatski ustavni poredak,¹⁶⁵ niti smatramo da bi pogodovanje braka bio razlog za ograničenje sloboda i prava iz čl. 16. Ustava RH, čini nam se ustavnopravno neprihvatljivo, pozivanjem na tu svrhu, ograničavati načelo jednakosti koje pak predstavlja temeljno načelo ustavnog poretka te temelj za tumačenje Ustava RH. Upravo suprotno. Smatramo da se prava i obveze

¹⁶³ Kako bi temeljem istospolne zajednice istospolni partneri mogli stjecati prava uređena tim zakonom, potrebno je da ona traje tri godine. V. čl. 2. ZIZ-a.

¹⁶⁴ ESLJP, *Muñoz Díaz protiv Španjolske* (zahtjev br. 49151/07), presuda od 8. prosinca 2009., paragraf 64.

¹⁶⁵ Autori zahvaljuju Ani Horvat Vuković što im je skrenula pažnju na ovu okolnost. U čl. 62. Ustava RH se navodi da se brak i pravni odnosi u braku, izvanbračnoj zajednici i obitelji uređuju zakonom. Čl. 62. Ustava RH nadopunjen je odredbom prema kojoj je brak zajednica muškarca i žene, izglasanoj na državnom referendumu 1.12.2013. Slažemo se s tumačenjem Sanje Barić prema kojoj spomenuta referendumska odredba Ustava RH „rezervira samo naziv „brak“ za zajednicu žene i muškarca“. V. Penić, G., *Stručnjaci razbili 10 najčešćih mitova o gay brakovima*, Jutarnji list, 18. 11. 2013., dostupno na: <http://www.jutarnji.hr/strucnjaci-razbili-10-najcesjih-mitova-o-gay-brakovima/1140413/> (2.12.2013.).

iz Obiteljskog zakona koje razrađuju pojedine ustavne odredbe kao što su čl. 62. Ustava RH imaju tumačiti upravo uz poštivanje načela jednakosti, a ne u svrhu pogodovanja braka. Kada se pak radi o „javnom morala“ u svrhu „zaštite prava i interesa djece“ napominjemo da čak i Konvencija o pravima djeteta, koja se zasniva na načelu primarnosti zaštite najboljeg interesa djeteta te koja dopušta ograničenje pojedinih konvencijskih prava pozivom na zahtjeve „morala“,¹⁶⁶ istovremeno u čl. 2. nalaže državama da sva prava iz Konvencije tumače u harmoniji s načelom zabrane diskriminacije prema djetetu i njegovim roditeljima ili zakonskim skrbnicima, a ne, kako bi proizlazilo iz odredbe čl. 9. st. 2. točka 10. ZSD-a, da zaštitu interesa djece ili javni moral čine imperativom koji „osobito“ opravdava nejednako postupanje. Slično tome, ako bi se radi zaštite javnog morala ograničavala prava po kojoj od osnova iz čl. 1. st. 1. ZSD-a, potrebno je imati na umu da već u samu vrijednost javnog morala hrvatskog društva ugrađena zabrana diskriminacije te njoj srodna načela jednakosti i zaštite ljudskog dostojanstva¹⁶⁷ i osobnosti.¹⁶⁸ Slijedom svega navedenog, radi nadređenosti Ustava RH, međunarodnih ugovora te prava EU, zaključujemo da je doseg te iznimke puno uži od onog što bi sugerirala njegova tekstualna širina.

4. ČL. 16. USTAVA RH: „IZNIMKA U SJENI“?

U prethodnoj analizi upozorili smo da će način na koji su u čl. 9. st. 2. ZSD-a definirane pojedine iznimke imati za posljedicu da će neka nejednaka postupanja usmjerena na ostvarenje legitimnih društvenih interesa ipak predstavljati zabranjenu diskriminaciju jer neće biti zadovoljeni svi za primjenu iznimke propisani uvjeti. Međutim, postoje i situacije koje niti približno nije moguće dovesti u vezu niti s jednom iznimkom iz čl. 9. st. 2. ZSD-a. U pravilu, radilo bi se o slučajevima izravnog stavljanja u nepovoljniji položaj temeljem osnova socijalnog podrijetla, imovnog stanja, obrazovanja (izvan sustava rada i zapošljavanja) te društvenog položaja, osobito onda kada takvo postupanje ne predstavlja neizravnu diskriminaciju prema kojoj osnovi iz čl. 1. st. 1. ZSD-a. Primjerice, plaćanje određene naknade za pohađanje (doktorskog) studija stavlja u neravnopravan položaj osobe slabijeg imovnog stanja (ili siromašnijeg socijalnog podrijetla ili društvenog položaja) koje tu naknadu ne mogu platiti, s posljedicom da ih se isključuje iz pristupa usluzi obrazovanja. Uvjetovanje upisa na studij određenom razinom obrazovanja istovremeno isključuje iz pristupa obrazovanju one osobe koje odnosnu razinu obrazovanja ne

¹⁶⁶ Čl. 3. u vezi s čl. 10. st. 3. (sloboda ulaska i izlaska iz države stranke) ili čl. 13. st. 2. (sloboda izražavanja vjere ili uvjerenja) ili čl. 14. st. 3. (sloboda udruživanja) Konvencije o pravima djeteta.

¹⁶⁷ Čl. 35. Ustava RH jamči štovanje (ljudskog) dostojanstva te osobnog i obiteljskog života.

¹⁶⁸ Čl. 22. Ustava RH određuje da je čovjekova osobnost nepovrediva.

zadovoljavaju. Iako naknada za pohađanje studija može biti prikladna i nužna za ostvarivanje svrhe pokrivanja troškova studija, a uvjet stjecanja određenog prethodnog obrazovanja imati za svrhu ekonomičniju organizaciju studija (ili osiguranja visokog standarda naobrazbe), dosljednom primjenom ZSD-a ti bi slučajevi predstavljali izravnu diskriminaciju temeljem imovnog stanja i obrazovanja jer se ne mogu podvesti niti pod jednu iznimku iz čl. 9. st. 2. ZSD-a. Sve ovo dodatno dovodi u pitanje cjelovitost iznimaka ZSD-a.

U isto vrijeme, unatoč postojanja ZSD-a, opstaju određene nejednakosti čija je svrhovitost još više dvojbena. Tako primjerice za razliku od bračnih ili izvanbračnih partnera, istospolni partneri u mirovinskom osiguranju nisu osigurani za slučaj smrti partnera, nemaju pravo na obiteljsku mirovinu, ni na zakonsko pravo nasljeđivanja imovinskih prava iz mirovinskog osiguranja iza preminulog partnera jer nisu obuhvaćeni pojmom članova obitelji osiguranika,¹⁶⁹ niti mogu mirovinu primiti kao zajedničku mirovinu sa zajamčenim razdobljem (ovo pravo nemaju ni izvanbračni partneri).¹⁷⁰ Iz istog razloga istospolni partneri nemaju pravo na status osiguranika u obveznom zdravstvenom osiguranju¹⁷¹ ni na naknadu plaće uslijed bolesti partnera.¹⁷² Ako pak sporazumno raskinu radni odnos radi premještaja partnera u drugo mjesto prebivališta, nemaju pravo na naknadu za vrijeme nezaposlenosti.¹⁷³ Niti jedno od ovih izravnih stavljanja u neravnopravan položaj između istospolnih, bračnih i izvanbračnih partnera nije moguće opravdati iznimkama iz čl. 9. st. 2. ZSD-a. U tom se kontekstu ZSD ukazuje kao zakon upitne učinkovitosti.

Međutim, unatoč navedenim kontroverzama, posebni propisi i prakse koji mimo ZSD-a omogućavaju, nama prihvatljivije ili neprihvatljivije nejednako-

¹⁶⁹ Istospolni partneri ne ulaze u krug članova obitelji koji su temeljem čl. 21. Zakona o mirovinskom osiguranju (Narodne novine, br. 102/98, 127/00, 59/01, 109/01, 147/02, 117/03, 30/04, 177/04, 92/05, 43/07, 79/07, 35/08, 40/10, 121/10, 139/10 – Zakon o odgađanju usklađivanja mirovina, 61/11, 114/11, 76/12); dalje u tekstu ZMO, osigurani za slučaj smrti osiguranika ili korisnika starosne, prijevremene starosne ili invalidske mirovine radi čega nemaju pravo na obiteljsku mirovinu iz prvog stupa mirovinskog osiguranja i drugog stupa mirovinskog osiguranja. (V. čl. 28., st. 3. ZMOD-a.) Za nasljeđivanje v. primjerice čl. 32., st. 5. ZMOD-a te čl. 5. st. 1. ZOMO u vezi s čl. 8. Zakona o nasljeđivanju (Narodne novine, br. 48/03, 163/03, 35/05).

¹⁷⁰ V. čl. 30. st. 1. točka 4. ZMOD-a.

¹⁷¹ Osim dakako ako ga ne ostvare po nekoj drugoj osnovi jer temeljem čl. 10. st. 1. točka 1. Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju, status člana obitelji osigurane osobe imaju samo bračni i izvanbračni drugovi, sukladno propisima o obiteljskim odnosima (Narodne novine, br. 80/2013, 137/13); dalje u tekstu ZOZO. Zakon o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju (Narodne novine, 85/06, 150/08, 71/10) isti krug osoba isključuje iz dopunskog i dodatnog zdravstvenog osiguranja (čl. 13. st. 2. i čl. 19. st. 2.).

¹⁷² Čl. 39. st. 1. točka 5., u vezi s čl. 10. točka 1. ZOZO pravo imaju samo supružnici (bračni i izvanbračni).

¹⁷³ Temeljem čl. 40. st. 1. točka 1. Zakona o posredovanju pri zapošljavanju u pravima za vrijeme nezaposlenosti (Narodne novine, br. 80/08, 94/09, 121/10, 25/12, 118/12, 12/13) to pravo pripada samo bračnim i izvanbračnim drugovima.

sti, opstaju neovisno o tome što je ZSD zasigurno organski zakon, kojim se razrađuju temeljna ljudska prava, koji bi kao takav, prema jednom stajalištu Ustavnog suda RH trebao imati veću pravnu snagu od posebnih zakona (i drugih propisa), osobito kada su oni tek „obični“ zakoni kojima se ne razrađuju temeljna ljudska prava.¹⁷⁴ Kako to objasniti? Razlog svakako treba tražiti u dva razmišljanja koja trenutno dominiraju u hrvatskom pravnom poretku i koja oduzimaju „hijerarhijski učinak“ organskim zakonima u odnosu na obične zakone.¹⁷⁵ Prvo, također izraženo u praksi Ustavnog suda RH, govori da međusobna usklađenost zakona ne može biti predmetom ustavnosudskog postupka, neovisno o tome radi li se o organskim¹⁷⁶ ili običnim zakonima.¹⁷⁷ To znači da je sudskoj praksi prepušteno da kroz pravila o međusobnim odnosima zakona odluči o tome koji će zakon primijeniti. S tim u vezi je i drugo razmišljanje koje se tiče tumačenja antinomija između dva zakona. Prema široko prihvaćenom pravilu (raniji ili kasniji) opći zakon ne derogira (raniji ili kasniji) specijalni zakon, iako je potonji tek „običan“, a ne „organski“ zakon kojim se razrađuju temeljna ljudska prava.¹⁷⁸ Sinergijom ova dva razmišljanja dolazimo do zaključka da „diskriminatornost“ odredaba posebnih propisa zapravo ovisi o tome jesu li one ustavne, a ne zakonite. To jest, jesu li protivne čl. 16. u svezi s čl. 14. Ustava RH, a ne jesu li one protivne odredbama ZSD-a.¹⁷⁹ U tom smislu, radi nadređenosti Ustava RH ne samo ZSD-u već i svim posebnim zakonima, smatramo da katalogu iznimaka iz čl. 9. ZSD-a treba pridodati još jednu - čl. 16. Ustava RH, koji je „iznimka u sjeni“. To znači da će pri procjeni je li neko postupanje dopušteno, jer se na njega primjenjuje neka antidiskriminacijska iznimka, trebati voditi računa i o ustavnoj odredbi o razmjernosti pri ograničavanju temeljnih ljudskih prava i sloboda. Stoga će, po našem mišljenju, naročito u slučajevima koji nisu pokriveni antidiskriminacijskim pravom EU trebati utvrđivati radi li se o izuzecima koji se mogu podvesti pod Ustavom dopuštena ograničenja temeljnih prava i sloboda. Dakako, u slučajevima koji ulaze u područje primjene prava EU, radi nadređenosti prava

¹⁷⁴ Prema mišljenju Ustavnog suda RH veća pravna snaga organskih zakona izvire iz kvalificirane većine koja je potrebna za njihovo donošenje. V. Ustavni sud RH, U-I-774/2000 od 20. prosinca 2000., točka 6.

¹⁷⁵ Razmišljanja su već kritizirana od strane Sanje Barić. V. Barić, S., *op. cit.*, bilj. 80.

¹⁷⁶ Ustavni sud RH, U-I-1681/2003 i U-I-2007/2003 od 17. rujna 2003.

¹⁷⁷ Ustavni sud RH, U-I-491/2009 od 19. lipnja 2009.

¹⁷⁸ Napominjemo da je moguće i drugačije razmišljanje prema kojem u slučajevima antinomija između općeg i posebnog propisa iste pravne snage daje prednost onom koji je pravedniji. V. Bobbio, N., *Eseji iz teorije prava*, Logos, Split, 1988., str. 123-135.

¹⁷⁹ Zbog takvog pristupa, koji ima uporište u praksi Ustavnog suda RH, niti Vrhovni sud RH pri tumačenju i primjeni zakona ne vodi računa radi li se o organskom ili običnom zakonu. To ima za posljedicu oduzimanje organskim zakonima „hijerarhijskog efekta“ veće pravne snage, tj. da organski zakoni, bez obzira na činjenicu da je za njihovo donošenje potrebna kvalificirana većina saborskih zastupnika, *de facto* nemaju jaču pravnu snagu od običnih zakona.

EU, biti će potrebno dati prednost onom propisu kojim su u nacionalni pravni poredak unesene odredbe pravne stečevine EU.¹⁸⁰

5. ZAKLJUČAK

Polazeći od stajališta da svako razlikovanje po zabranjenoj osnovi iz čl. 1. ZSD-a ne bi trebalo predstavljati zakonom zabranjenu diskriminaciju, autori su u radu pokušali dokazati tezu da usprkos noveli čl. 9. st. 2. ZSD-a nisu u potpunosti ostvarene svrhe ZSD-a – donošenje jedinstvenog i cjelovitog zakona kojim se uređuje suzbijanje diskriminacije te usklađenje domaćih propisa iz tog područja s pravnom stečevinom EU. ZSD nije jedinstven i cjelovit zakon jer u dijelu zabranjenih osnova diskriminacije, osobnog i materijalnog dosega zakona širi zaštitu preko obveze iz antidiskriminacijskih direktiva, dok u dijelu iznimaka od zabranjene diskriminacije implementira samo odredbe antidiskriminacijskih direktiva (osim kod mjera socijalne politike). To vrlo često čini nemušto, ostavljajući prostora za dvojbu oko pravilne ili svrhovite implementacije direktiva. Dobar primjer za to je iznimka iz čl. 9. st. 2. točka 1. ZSD-a o zaštiti sloboda i prava drugih ljudi, pravnog poretka, javne sigurnosti i zdravlja, za koju smatramo da ima samo deklaratorno i vrlo zbunjujuće značenje. Drugi primjer je iznimka iz čl. 9. st. 2. točka 10. ZSD-a o odnosima uređenim Obiteljskim zakonom, za koju nije jasno je li upućena samo zakonodavcu prilikom reguliranja prava i obveza iz Obiteljskog zakona ili i drugim adresatima antidiskriminacijske zaštite u drugim područjima s pozivom na prava i obveze i Obiteljskog zakona. U tom drugom slučaju, u regulatornim područjima nadležnosti prava EU, moglo bi se čak postaviti pitanje pravilne primjene prava EU.

Fokusirajući se prilikom reguliranja iznimaka od zabranjene diskriminacije na EU direktive, ZSD ne vodi računa da, pored opravdanja za nejednaka postupanja, antidiskriminacijske direktive određene odnose izuzimaju iz svog materijalnog dosega s posljedicom da se na njih ne primjenjuje antidiskriminacijska zaštita. Iako ti odnosi nisu u regulatornom dosegu antidiskriminacijskih direktiva EU, oni su u regulatornom dosegu ZSD-a koji za njih ne predviđa adekvatnu iznimku. Na taj način se s jedne strane doima kao da je diskriminacija više zabranjena u područjima gdje EU antidiskriminacijsko pravo nije jako razvijeno (primjerice području zaštite javne sigurnosti i zdravlja iz čl. 9. st. 1. točka 1. ZSD-a), nego u područjima u kojima je ona razvijena. S druge strane, u onim područjima u kojima je sve više prisutno napuštanje tradicionalnih pristupa partnerskim i obiteljskim odnosima nejednakosti perzistiraju, iako niti za njih nema odgovarajućeg opravdanja među iznimkama iz čl. 9. st. 2. ZSD-a. Primjer za to je različito postupanje prema istospolnim partnerima

¹⁸⁰ V. primjerice Sud EU, C-106/77 *Simmenthal* (1978) ECR I-00629.

u području socijalnog osiguranja. Unatoč tim kontroverzama, posebni propisi i prakse koji mimo ZSD-a omogućavaju više ili manje prihvatljivije nejednakosti, opstaju. Radi nadređenosti Ustava RH, stava Ustavnog suda RH da ne odlučuje o međusobnoj usklađenosti organskih i običnih zakona, već samo o njihovoj usklađenosti s Ustavom RH te općeg pravila za rješavanje sukoba među pravnim propisima iste snage, smatramo da je te diskrepancije ZSD-a moguće riješiti tako da se iznimkama iz čl. 9. st. 2. ZSD-a pridoda još jedna – čl. 16. Ustava RH koji predstavlja izraz općeg načela razmjernosti. Dakako radi nadređenosti prava EU, u područjima koja ulaze u nadležnost EU, njegov doseg će biti ograničen tim pravom. U područjima koja nisu u nadležnosti EU, ali su nadležnost EKLJP, doseg čl. 16. Ustava RH ograničen je i Protokolom 12 uz EKLJP.

Summary

Željko Potočnjak, S.J.D.*

Andrea Grgić, LL.M.**

PROHIBITED DISCRIMINATION: EXCEPTIONS AND JUSTIFICATIONS

The starting point of this paper is that it is of utmost importance in anti-discrimination law to draw a clear line between situations which constitute prohibited discrimination and those that do not, and between situations which constitute justified unequal treatment and those that do not. Article 9 (2) of the Croatian Anti-discrimination Act (hereafter ADA) which specifies the exceptions to prohibited discrimination is analysed against this backdrop.

The paper argues that the objectives of ADA (the creation of a coherent and comprehensive anti-discrimination legal framework in Croatia) are not achieved despite the 2012 amendments to Article 9 (2) of the ADA.

This is the consequence of the legislator's twofold approach to ADA. On the one hand it adopted a wide and comprehensive approach to the regulation of prohibited

grounds and to the personal and substantive scope of the ADA. It drew inspiration from the Croatian Constitution, numerous international agreements and EU law. On the other hand, its approach to ADA Article 9 (2), which defines the exceptions to prohibited discrimination, was narrower as it mainly drew inspiration from EU anti-discrimination directives.

Following an analysis of the law which served as a model for ADA, and focusing predominantly on the case law of the CJEU and ECHR, the authors show that the model law and the related jurisprudence are very careful when they regulate the width of anti-discrimination protection. This is done through a detailed definition of exceptions from prohibited discrimination and justifications of unequal treatment.

The approach of the Croatian legislator is different: few of the exceptions and justifications from the model law are quite ineptly implemented through ADA Article 9 (2), and this renders the provision of ADA Article 9 (2) quite narrow. At the same time, the legislator upholds the existence of many special laws with discriminatory provisions that do not fall under any of the exceptions listed in ADA Article 9 (2), which thus contravene ADA. According to the authors, this goes against ADA, if ADA is to be considered as an act which lays down a coherent and comprehensive anti-discrimination legal framework.

*This also indicates that the list of exceptions in ADA Article 9 (2) is not exhaustive. It should be supplemented by Article 16 of the Croatian Constitution, which lays down the general principle of proportionality. According to the authors, the concept according to which Article 16 of the Constitution is the "shadow exception" to be taken side by side with the catalogue of exceptions in ADA Article 9 (2) is the best explanation for the existence of the more or less justified discriminatory provisions in special laws. However, Article 16 of the Constitution can be used as an additional exception to prohibited discrimination only in situations which exclusively fall within Croatian law. In situations which fall within EU law, because of the principle of its supremacy, only the exceptions and justifications from the *acquis communautaire* are allowed.*

Key words: Anti-discrimination Act, exceptions, justifications, Croatia

* Željko Potočnjak, S.J.D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

** Andrea Grgić, LL.M., Assistant, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

KAKO OSIGURATI OPSTANAK „OSTALIH“: DOKIDANJE INSTITUCIONALNE DISKRIMINACIJE NACIONALNIH MANJINA U BOSNI I HERCEGOVINI

Dr. sc. Antonija Petričušić*

Suvremeno bosanskohercegovačko društvo, državno ustrojstvo, politika, pa čak i svakodnevni život građana ograničeni su normativno-institucionalnim rješenjima mirovnog sporazuma iz Daytonu, kojeg u aneksu IV čini i Ustav Bosne i Hercegovine. U Ustavu su pripadnici etničkih skupina koji ne pripadaju trima konstitutivnim narodima nazvani „Ostali“. Uvriježeno je mišljenje da njih čine državljani Bosne i Hercegovine koji pripadaju jednoj od sedamnaest zakonom priznatih nacionalnih manjina te građanke i građani koje/i se ne izjašnjavaju kao pripadnici ijednog konstitutivnog naroda. Premda (mnogo)brojnost zajednica kojima je priznat manjinski status sugerira na prvi pogled kvalitetnu manjinsku politiku, u nefunkcionalnoj državi koja je koncipirana kao konsocijacijska demokracija (organizirajući državni ustroj temeljem jednakomjerne zastupljenosti tri pripadnika konstitutivnih naroda u tijelima vlasti), biti pripadnikom nacionalne manjine često rezultira isključenošću, asimilacijom, diskriminacijom i(li) neostvarenjem propisanih prava. Hrvatska znanstvena literatura oskudijeva radovima koji analiziraju (neefikasnost) pravnog i institucionalnog sustav Bosne i Hercegovine te presudu Europskog suda za ljudska prava u slučaju Sejdić i Finci, koja nalaže zabranu diskriminiranja „Ostalih“ u pristupu najvišim državnim funkcijama i do sada je najvažniji motivator nužnih ustavnih promjena. Teoretski koncept defektne demokracije primijenjen je kako bi se opisale povijesno-društvene i zakonodavne okolnosti u kojima su građani/ke koje/i ne pripadaju konstitutivnim narodima (a među njima je najveći broj pripadnika nacionalnih manjina) diskriminirani i isključeni iz pojedinih političkih funkcija te su im negirana prava na političku participaciju. Potom članak analizira zakonski jamčena kolektivna prava nacionalnih manjina, budući je to svojevrsni „korektiv“ za isključenje iz najviših političkih funkcija. Članak zatim analizira činjenicu diskriminacije nacionalnih manjina u pogledu ostvarenja potpune jednakosti državljana pri ostvarenju pasivnog i aktivnog biračkog prava, raščlanjivanjem odredbi presude Europskog suda za ljudska prava u slučaju Sejdić

* Dr. sc. Antonija Petričušić, znanstvena novakinja-viša asistentica, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

i Finci. Konačno, članak sugerira područja unaprijeđenija i modele suzbijanja diskriminacije nacionalnih manjina te moguće modele uključivanje pripadnika nacionalnih manjina u zakonodavna i izvršna tijela države.

Ključne riječi: Bosna i Hercegovina, defektna demokracija, „Ostali“, nacionalne manjine, konstitutivni narodi, diskriminacija, isključenost, pravo na političku participaciju, Sejdić i Finci, provedba presude Europskog suda za ljudska prava

1. UVOD

Dvojica državljana Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: BiH), Dervo Sejdić i Jakob Finci, podnijela su tužbe Europskom sudu za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP) protiv BiH 3. srpnja i 18. kolovoza 2006. godine radi diskriminatorskih odredbi Ustava BiH i Izbornog zakona BiH¹ koje im kao građanima romskog i židovskog etničkog podrijetla onemogućavaju kandidiranje na izborima za zastupnike u Domu naroda Parlamentarne skupštine BiH i na izborima za člana Predsjedništva BiH. Pozivajući se na čl. 3., 13. i 14., čl. 3. Protokola br. 1² i čl. 1. Protokola br. 12 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: Protokol br. 12)³, tvrdili su da su diskriminirani radi svog romskog i židovskog porijekla. ESLJP je krajem 2009. godine u presudi slučaja *Sejdić i Finci protiv BiH*⁴ donio odluku da Ustavom BiH utemeljena odredba, koja isključivo građanima i građankama koji pripadaju jednom od tri konstitutivna naroda, tj. Bošnjacima, Hrvatima i Srbima, dopušta obnašanje određenih državnih službi: člana tročlanog Predsjedništva BiH, Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH, te predsjedavajućeg oba doma Parlamentarne skupštine i njihovih zamjenika, predstavlja diskriminaciju nacionalnih manjina i povredu čl. 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: Europska konvencija) zajedno s člankom 1. Protokola broj 12. Kako je BiH već bila ratificirala Protokol br.

¹ Okvirni mirovni sporazum za mir u BiH, Aneks IV: Ustav BiH, dostupno na: http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=380&lang=bs (20.1.2013.); Izborni zakon (Službeni glasnik BiH, br. 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05, 52/05, 65/05, 77/05, 11/06, 24/06, 32/07, 33/08, 37/08); dalje u tekstu: Sl. glasnik BiH.

² Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te Protokol broj 1., Protokol broj 4., Protokol broj 6. i Protokol broj 7. uz Konvenciju (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 6/99); Ispravak Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te Protokola broj 1., Protokola broj 4., Protokola broj 6. i Protokola broj 7. (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 8/99).

³ Zakon o potvrđivanju Protokola broj 12. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 11/04); Objava o stupanju na snagu Protokola broj 12. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 9/05).

⁴ ESLJP, *Sejdić i Finci protiv BiH* (zahtjevi br. 27996/06 i 34836/06), presuda od 22. prosinca 2009. Na bosanskom jeziku presuda je dostupna na: Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice, <http://www.mhrr.gov.ba> <http://www.mhrr.gov.ba/uredtizastupnika/novosti/?id=1008> (20.1.2013.).

12, koji jamči uživanje svih prava predviđenih zakonom bez diskriminacije, presuda Velikog vijeća ESLJP u slučaju *Sejdić i Finci* upravo je i prva presudu u kojoj je ESLJP utvrdio povredu prema Protokola br. 12.

Naime, takvim isključivanjem pripadnika nacionalnih manjina iz najviših pozicija koje kreiraju političke odluke zemlje, negirano je načelo jednakosti svih građanki i građana. Nadalje, takva je praksa suprotna međunarodnim standardima zaštite ljudskih prava iz nekoliko drugih međunarodnopravnih izvora ljudskih i manjinskih prava: Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima⁵, Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije,⁶ Okvirne konvencije Vijeća Europe za zaštitu prava nacionalnih manjina (dalje u tekstu: Okvirna konvencija)⁷ i Preporuka iz Lunda o učinkovitom sudjelovanju nacionalnih manjina u javnom životu Organizacije za europsku sigurnost i suradnju (dalje u tekstu: Preporuke iz Lunda; OESS)⁸ koji propisuju pravo na sudjelovanje nacionalnih manjina u javnom životu. Okvirna konvencija obvezuje države potpisnice stvoriti uvjete nužne za učinkovito sudjelovanje osoba koje pripadaju nacionalnim manjinama u kulturnom, društvenom i gospodarskom životu i javnim poslovima, posebice koji se tiču njih samih.⁹ Savjetodavni odbor u tematskom komentaru o učinkovitom sudjelovanju izrazio je stav da je ostvarenje učinkovitog sudjelovanja nacionalnih manjina u javnom životu pokazatelj stupnja pluralizma i demokracije nekog društva te predstavlja sastavni dio primjene načela dobrog upravljanja u pluralističkom društvu.¹⁰ Preporuke iz Lunda objašnjavaju sadržaj manjinskih prava u dijelu koji se odnosi na sudjelovanje nacionalnih manjina u

⁵ Čl. 2. st. 1., čl. 25. i čl. 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Službeni prijevod teksta Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima objavljen je u Službenom listu Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (dalje u tekstu: SL SFRJ) – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 7/71. Republika Hrvatska je postala stranka temeljem notifikacija o sukcesiji 8.10.1991. Međunarodni ugovori kojih je Republika Hrvatska postala stranka temeljem notifikacija o sukcesiji objavljeni su Odlukom o objavljivanju multilateralnih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 12/93).

⁶ Čl. 5. Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (SL SFRJ - Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 6/67); Odluka o objavljivanju multilateralnih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 12/93).

⁷ Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 14/97).

⁸ OESS, *Preporuke iz Lunda o učinkovitom sudjelovanju nacionalnih manjina u javnom životu*, dostupno na: <http://www.osce.org/hr/hcnm/32242> (20.1.2013.).

⁹ Čl. 15. Okvirne konvencije. V. također: Petričušić, A., *Sudjelovanje nacionalnih manjina u javnom životu*, u: Žagar, M. et al., *Manjine i europske integracije*, Stina, Split, 2005., str. 54-69.

¹⁰ Savjetodavni odbor za Okvirnu konvenciju za zaštitu nacionalnih manjina, *Tematski komentar o učinkovitom učestvovanju pripadnika nacionalnih manjina u kulturnom, socijalnom i ekonomskom životu i javnim poslovima*, 22. veljače 2008., dostupno na: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_fcnmdocs/PDF_Commentary_Participation_sr.pdf (20.1.2013.).

političkom životu države. One sugeriraju državama članicama OESS-a kako osigurati sudjelovanje manjina u upravljanju državom kao cjelinom kao i kako omogućiti manjinama samoupravu u određenim lokalnim i unutarnjim pitanjima. Načelo kojim Preporuke iz Lunda započinju ističe da je učinkovito sudjelovanje nacionalnih manjina u javnom životu bitna sastavnica miroljubivog i demokratskog društva.

U uvodnom dijelu rada predstavljam koncept konsocijacijske demokracije (engl. *consociational democracy*; njem. *Konkordanz-demokratie*), koja karakterizira složen politički ustroj BiH te koncept defektne demokracije (engl. *invalid democracy*; njem. *Defekte Demokratie*) koji nalazim primjerenim za objašnjenje povijesno-političkih okolnosti u BiH pod kojima je došlo do diskriminatorne prakse koja negira pojedinih građana pod jednakim uvjetima pravo na pristupa javnim funkcijama. U drugom dijelu rada ću predstaviti ustavno-pravna jamstva zaštite prava nacionalnih manjina u BiH. Unatoč mnogobrojnim zajednicama koje imaju priznat manjinski status, ali su teritorijalno disperzirane i malobrojne, pitanje zaštite nacionalnih manjina u ovoj zemlji ni u kojem slučaju nije sigurnosno pitanje. Pitanje priznanja i ostvarivanja prava manjina isključivo je pitanje ostvarivanja ljudskih prava svih državljana te pitanje ostvarivanja stvarne i faktične jednakosti. To zahtijeva i uklanjanje eventualnih institucionalnih i drugih oblika diskriminacije kojima pripadnici nacionalnih manjina bivaju izloženi. Ovaj članak će stoga predstaviti do sada predložene modalitete dokidanja institucionalizirane diskriminacije koja onemogućava potpuno ostvarenje prava na političko sudjelovanje pripadnika nacionalnih manjina u određenim državnim službama. Članak predstavlja doprinos znanstvenoj literaturi, posebice hrvatskoj, o pravnom i institucionalnom sustavu BiH,¹¹ koja do sada ne sadrži analizu presude ESLJP u slučaju *Sejdić i Finci*.¹²

¹¹ V. Chandler, D., *Bosnia: Faking Democracy after Dayton*, Pluto Press, London, 2000.; Kasapović, M., *Bosna i Hercegovina - Podijeljeno društvo i nestabilna država*, Politička kultura, Zagreb, 2005.; Knaus, G.; Martin, F., *Travails of the European Raj*, Journal of Democracy, vol. 14, br. 3, 2003., str. 60-74.

¹² O presudi i njenim implikacijama za dugo najavljivanu ustavnu reformu u BiH postoji već niz znanstvenih radova, posebice u bosanskohercegovačkoj, ali i međunarodnoj literaturi. V. npr.: Abazović, D.; Mujkić, A.; Vehabović, F.; Vajzović, E. (ur.), *Mjesto i uloga 'Ostalih' u Ustavu Bosne i Hercegovine i budućim ustavnim rješenjima za Bosnu i Hercegovinu*, Institut za društvena istraživanja Fakulteta političkih nauka u Sarajevu, Sarajevo, 2010.; Ademović, N., *Karakter i implikacije presude Evropskog suda za ljudska prava „Sejdić i Finci protiv BiH“*, EURAC/Institut za društvena istraživanja Fakulteta političkih nauka, Sarajevo, 2010.; Bardutzky, S., *The Strasbourg Court on the Dayton Constitution; Judgment in the Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, 22 December 2009, European Constitutional Law Review, vol. 6, br. 2., 2010., str. 309-333; Cariolou, L., *Recent Case Law of the European Court of Human Rights concerning the Protection of Minorities*, European Yearbook of Minority Issues, vol. 7, br. 1, 2007./2008., str. 513-544; Džihonović, Š., *Mogućći pristup izvršenju odluke Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Sejdić-Finci protiv Bosne i Hercegovine*, Pravna misao, br. 7-8, 2010., str. 53-80; Milanović, M., *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, American Journal of International Law, vol. 104, 2010., str. 636-640.

2. BIH: NEKONSOLIDIRANA DEFECTNA KONSOCIJACIJSKA DEMOKRACIJA

BiH je u institucionalno-pravnom smislu primjer konsocijacijske demokracije. Taj je koncept demokracije za podijeljena društva počeo analizirati nizozemski politolog Arend Lijphart još u šezdesetim godinama prošloga stoljeća.¹³ Na primjeru tadašnje ideološke segmentiranosti Austrije i Švicarske opisao ga je u to doba i Gerhard Lehbruch,¹⁴ a među utemeljitelje teorije konsocijacijske demokracije ubrajaju se još i Hans Daalder,¹⁵ Val R. Lorwin,¹⁶ Eric Nordlinger,¹⁷ Kenneth D. McRae¹⁸ te Jürg Steiner.¹⁹ Konsocijacijska demokracija tradicionalno je uspostavljena u državama u kojima postoje duboke etničke, religijske ili ideološke podjele i rascjepi, poput Švicarske, Nizozemske, Belgije i Austrije. Pluralna društva naime zahtijevaju drugačije metoda donošenja odluka od onih svojstvenih većinskom modelu demokracije koji

¹³ Lijphart, A., *The Politics of Accommodation: Pluralism and Democracy in The Netherlands*, University of California Press, Berkeley, 1968. V. i: Lijphart, A., *Typologies of democratic regimes*, Comparative political studies, vol. 1, br. 1, 1968., str. 3-24; Lijphart, A., *Consociational Democracy*, World Politics, vol. 21, br. 2, 1969., str. 207-225; Lijphart, A., *Democracy in Plural Societies. A Comparative Exploration*, Yale University Press, New Haven, 1977.

¹⁴ Lehbruch, G., *Proporzdemokratie: Politisches System und politische Kultur in der Schweiz und in Österreich*, Mohr, Tübingen, 1967. V. Lehbruch, G., *A non-competitive pattern of conflict management in liberal democracies: the case of Switzerland, Austria and Lebanon*, u: McRae, M.D. (ur.), *Consociational Democracy: Political Accommodation in Segmented Societies*, McClelland and Stewart, Toronto, 1974., str. 90-97; Lehbruch, G., *Consociational democracy, class conflict and the new corporatism*, u: Schmitter, P.C.; Lehbruch, G. (ur.), *Trends towards corporatist intermediation*, Sage, London, 1979., str. 53-56; Lehbruch, G., *Konkordanz-demokratie*, u: Schmidt, M. G. (ur.), *Lexikon der Politik, Die westlichen Länder*, Beck, Munich, 1992., str. 206-211; Lehbruch, G., *Consociational democracy and corporatism in Switzerland*, Publius, vol. 23, br. 2, 1993., str. 43-60.

¹⁵ Daalder, H., *The Netherlands: Opposition in a Segmented Society*, u: Dahl, R. A. (ur.), *Political Oppositions in Western Democracies*, Yale University Press, New Haven, 1966., str. 188-236; Daalder, H., *On building consociational nations*, International social science journal, vol. 23, br. 3, 1971., str. 355-370; Daalder, H., *The Consociational Democracy Theme*, World Politics, vol. 26, br. 4, 1974., str. 604-621; Daalder, H., *Consociationalism, Center and Periphery in the Netherlands*, u: Torsvik, P. (ur.), *Mobilization, Center-Periphery Structures and Nation-Building. A Volume in Commemoration of Stein Rokkan*, Universitetsforlaget, Oslo, 1981., str. 181-240.

¹⁶ Lorwin, V. R., *Segmented pluralism: ideological cleavages and political cohesion in the smaller European democracies*, Comparative politics, vol. 3, br. 2, 1971., str. 141-175.

¹⁷ Nordlinger, E., *Conflict Regulation in Divided Societies*, MA: Harvard Studies in International Affairs, Cambridge, 1972.

¹⁸ McRae, K. D. (ur.), *Consociational Democracy: Political Accommodation in Segmented Societies*, McClelland & Stewart, Toronto, 1974.; McRae, K. D., *Comment: Federation, Consociation, Corporatism: An Addendum to Arend Lijphart*, Canadian Journal of Political Science, vol. 12, br. 3, 1979., str. 517-522; McRae, K. D., *Conflict and Compromise in Multilingual Societies: Belgium*, Wilfrid Laurier University Press, Waterloo, 1986.

¹⁹ Steiner, J., *Gewaltlose Politik und kulturelle Vielfalt. Hypothesen entwickelt am Beispiel der Schweiz*, Paul Haupt, Bern, 1970.; Steiner, J., *The principles of majority and proportionality*, British journal of political science, vol. 1, br. 1, 1971., str. 63-70; Steiner, J., *The consociational theory and beyond*, Comparative politics, vol. 13, br. 2, 1981., str. 339-354; Steiner, J. et. al., *Consociationalism and corporatism in Western Europe: still the politics of accommodation?*, Boom, Amsterdam, 2002.

primjenjuje načelo većine u procesu donošenja političkih odluka. Osim toga, pluralna društva su često nestabilna jer su konflikti u političkoj zajednici koja reprezentira pluralne društvene segmente neminovni i brojni. Iako konsocijalizam koji izvire iz etničkih društvenih podjela može činiti najčešćim modelom konsocijacije, Mirjana Kasapović podsjeća da „konsocijacijska demokracija nije namijenjena samo etnički, nego i raso, vjerski, klasno i kulturno podijeljenim društvima. Nizozemska i Austrija nisu institucionalizirale konsocijacijsku demokraciju zato što su bile etnički podijeljena društva. Ni Izrael, Libanon, Urugvaj i Kolumbija nisu ozakonili institucije konsocijacijske demokracije zbog etničke rascijepljenosti svojih društava. Ali zbog etničke segmentacije društava to su učinile Švicarska, Belgija, Cipar i, uvjetno rečeno, Kanada. Pokazalo se, istina, da su etničke podjele teže prevladive od vjerskih, socijalnih ili kulturnih podjela unutar jedne nacije.“²⁰ Kasapović dalje objašnjava da je baš zato „logično što su se najprije i najbrže društveno homogenizirale i politički ‘dekonsocijacijske’ upravo neetničke konsocijacijske demokracije u Nizozemskoj i Austriji“.²¹

Da bi pluralna društva opstala, a da u njima ne dođe do separatizma, moguće je ili asimilirati manjine ili pak sukobe među društvenim segmentima institucionalizirati putem konsocijacijske demokracije. Upravo ona priznaje i uvažava postojanje društvenih segmenata i rascjepa među njima, nastojeći uključivanjem pluralnih društvenih segmenata u politički proces uspostaviti stabilnu i funkcionalnu demokraciju. Prema Lijphartu, konsocijacijsku demokraciju, da bi omogućila suživot pluralnih društvenih segmenata, čine četiri obilježja pri čemu akomodaciju interesa svih segmenata smatra suštinom konsocijacijske stabilnosti.²² Vladu stoga čini **velika koalicija**, budući su na taj način zastupljeni politički zahtjevi svih značajnih segmenata pluralnog društva. Nadglasavanje manjih segmenata onemogućuje **uspostava institucije veta** na kojeg se ima pravo pozvati svaki od segmenata. **Načelo proporcionalnosti** segmenata je oživljeno u institucionalnoj podjeli osiguravajući raspodjelu položaja i sredstava. I konačno, **autonomija segmenata** osigurava da je manjina sama sebi vlast u pitanjima koja se tiču njenog opstanka. Stoga su u državama konsocijacijske demokracije uspostavljeni institucionalni aranžmani koji jamče utjecaj i samostalnost svakog važnijeg segmenta (kroz npr. federalni ili decentralizirani sustav, razmjerni izborni sustav).²³

²⁰ Kasapović, M., *Metodološki problem kritike konsocijacijske demokracije u Bosni i Hercegovini*, *Status*, vol. 12, 2007., str. 141.

²¹ *Ibidem*.

²² Lijphart, A., *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, Yale University Press, New Haven, 1977.

²³ Weller, M.; Wolff, S. (ur.), *Autonomy, self-governance and conflict resolution: Innovative approaches to institutional design in divided societies*, Routledge, London, 2005.; Máiz, R. (ur.), *Identity and Territorial Autonomy in Plural Societies*, Frank Cass, London, 2000.; Suksi, M. (ur.), *Autonomy: Applications and Implications*, Kluwer Law International, The Hague, 1998.

Budući je u prirodi konsocijacijske demokracije produbljivanje pluralnosti društva, kritičari konsocijacije navode da su takve političke i društvene zajednice, zbog podjele vlasti među segmentima u konstantnoj krizi, demokratski procesi često neučinkoviti, a vlast nestabilna.²⁴ Na primjer, Donald Rothchild i Philip Roeder tvrde da „institucije podjele vlasti često olakšavaju tranziciju iz građanskog rata, ali onemogućile konsolidaciju mira i demokracije“.²⁵ No konsocijacijski mehanizmi „nužno ne ‘zaleđuju’ i ne produbljuju postojeće društvene rascjepe“.²⁶ Naprotiv, brojni su primjeri gdje politički sustav zahvaljujući pregovaranju političkih elita svakog od segmenata uspjeva ostati stabilan i djelotvoran.

Primjeri konsocijacijskog modela, u literaturi poznatog i kao podjela vlasti (engl. *power-sharing*),²⁷ danas su prisutni u zemljama regije koje su relativno nedavno bile izložene međuetničkim sukobima (ne samo u BiH, već i na Kosovu i u Makedoniji).²⁸ Konsocijacijskim modelom pokušalo se u tim etnički,

²⁴ Rabushka, A.; Shepsle, K., *Politics in Plural Societies: A Theory of Democratic Instability*, OH: Charles E. Merrill, Columbus, 1972.; Barry, B., *The Consociational Model and its Dangers*, *European Journal of Political Research*, vol. 3, br. 4, 1975., str. 393-412; Barry, B., *Review Article: Political Accommodation and Consociational Democracy*, *British Journal of Political Science*, vol. 5, br. 4, 1975., str. 477-505; Pappalardo, A., *The Conditions for Consociational Democracy: A Logical and Empirical Critique*, *European Journal of Political Research*, vol. 9, br. 4, 1981., str. 365-90; Van Schendelen, M. P., *The Views of Arend Lijphart and Collected Criticisms*, *Acta Politica*, vol. 19, br. 1, 1984., str. 19-55; Jung, C.; Shapiro, I., *South Africa's Negotiated Transition: Democracy, Opposition and the New Constitutional Order*, *Politics and Society*, vol. 23, br. 3, 1995., str. 269-308; Lustick, I.; Lijphart, A., *Lakatos and Consociationalism*, *World Politics*, vol. 50, br. 3, 1997., str. 88-117; Bogaards, M., *The Favourable Factors for Consociational Democracy: A Review*, *European Journal for Political Research*, vol. 33, br. 4, 1998., str. 475-496; Bogaards, M., *The Uneasy Relationship between Empirical and Normative Types in Consociational Theory*, *Journal of Theoretical Politics*, vol. 12, br. 4, 2000., str. 395-424. Čak i Lijphart sam se pozabavio kritikom koncepta u Lijphart, A., *Time Politics of Accommodation: reflections, fifteen years later*, *Acta Politica*, vol. 19, br. 1, 1984., str. 9-17. V. Lijphart, A., *Definitions, Evidence, and Policy: A response to Matthijs Bogaards*, *Journal of Theoretical Politics*, vol. 12, br. 4, 2000., str. 425-431.

²⁵ Rothchild, D.; Roeder, P., *Power Sharing as an Impediment to Peace and Democracy*, u: Philip, R.; Rothchild, D., *Sustainable Peace: Power and Democracy After Civil Wars*, Cornell UP, Ithaca, 2005., str. 41.

²⁶ Kasapović, M., *op. cit.*, bilj. 20., str. 142.

²⁷ Lijphart, A., *The wave of power-sharing democracy*, u: Reynolds, A. (ur.), *The architecture of democracy: constitutional design, conflict management and democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2002., str. 37-54; Schneckener, U., *Making Power-Sharing Work: Lessons from Successes and Failures in Ethnic Conflict Regulation*, *Journal of Peace Research*, vol. 39, br. 2, 2002., str. 203-228.

²⁸ Kettley, C., *Power-Sharing and Ethnic Conflict: The Consociational-Integrative Dichotomy and Beyond*, *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 1, 2001./2002., str. 247-268; Stefan Wolff, *Conflict Resolution Between Power Sharing and Power Dividing, or Beyond*, *Political Studies Review*, vol. 5, br. 3, 2007., str. 377-393; Grewe, C.; Riegner, M., *Internationalized Constitutionalism in Ethnically Divided Societies: Bosnia-Herzegovina and Kosovo Compared*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 15, 2011., str. 1-64; Korenica, F.; Doli, D., *The Politics of Constitutional Design in Divided Societies: The Case of Kosovo*, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, vol. 6, br. 6, 2010., str. 265-292; Bieber, F., *Recent Trends in Complex Power-Sharing in Bosnia and Herzegovina*, *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 1, 2001.-2002., str. 269-

vjerski, a nekad i jezično podijeljenim društvima uspostaviti uvjete u kojima će duboko podijeljena društva moći postići značajniju razinu demokratske stabilnosti. Politički sustav BiH uspostavljen Daytonskim sporazumom upravo je institucionalizirao povijesnu vjersku i etničku podijeljenost društva, osiguravajući raspodjelu političkih položaja na svim razinama vlasti po strogoj etničkoj ključu. Kao rezultat pacificiranja među-etničkih tenzija, efikasno funkcioniranje institucijama žrtvovano je nauštrb zastupljenosti konstitutivnih naroda u glomaznom, skupom i neučinkovitom državnom aparatu.²⁹ Osim toga, konsocijalizam koji je primijenjen u BiH prvenstveno rezultira suradnjom političkih elita, a ne pacificira podjele i ne potiče suradnju društvenih segmenta. Prema Urlichu Schneckeneru, „ne treba svaki oblik institucionalizirane, dugogodišnje unakrsno-stranačke suradnje unutar nacionalnih država nazivati konsocijacijom. Ovakvu konsenzusnu politiku je bolje nazivati korporativnom ili proporcionalnom demokracijom.“³⁰ Prema Lijphartu, „konsocijacija podrazumijeva supostojanje ‘segmentnih podjela’ i suradnju elita, dok se korporativizam odnosi samo na potonje. Konsocijacija je stoga više sveobuhvatna, budući ne opisuje samo način vlasti, nego i određeni tip društva.“³¹ Lijphart nadalje uspjech konsocijacija u podijeljenim europskim društvima pripisuje upravo suradnji čelnika različitih skupina koja nadilazi parcijalne i subkulturne raskole.³² Florian Bieber na primjer tvrdi da BiH nalikuje korporativnoj konsocijaciji te da bi „liberalnije konsocijacijsko uređenje moglo [...] efikasnije pomiriti etničko predstavljanje i liberalnu demokraciju“.³³

Konsocijacijski model u BiH je potvrđen činjenicom proporcionalne podjele vlasti među konstitutivnim narodima i pravom veta radi osiguranja tzv. vitalnih nacionalnih interesa pojedinog konstitutivnog naroda na svim razinama vlasti. I segment autonomnosti je osiguran teritorijalnom podjelom na dva entiteta, te dodatnim podjelama unutar jednog od njih. Element konsoci-

282.; Bieber, F., *The Challenge of Institutionalizing Ethnicity in the Western Balkans: Managing Change in Deeply Divided Societies*, European Yearbook of Minority Issues, vol. 3, 2003./2004., str. 89-108; Bieber, F.; Keil, S., *Power-Sharing Revisited: Lessons Learned in the Balkans*, Review of Central and East European Law, vol. 34, br. 4, 2009., str. 337-360.

²⁹ Bieber, F., *Bosna i Hercegovina poslije rata: Politički sistem u podijeljenom društvu*, Buybook, Sarajevo, 2009. V. također: Gavrić, S.; Banović, D.; Krause, C. (ur.), *Uvod u politički sistem BiH - izabrani aspekti*, Fondacija Konrad Adenauer/Sarajevski Otvoreni Centar, Sarajevo, 2009.; Kasim, T. et al., *Proces odlučivanja u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine: stanje, komparativna rješenja, prijedlozi*, Fondacija Konrad Adenauer, Sarajevo, 2009.

³⁰ Schneckener, U., *Making Power-sharing Work: Lessons from Successes and Failures in Ethnic Conflict Regulation*, Journal of Peace Research, vol. 39, br. 2, 2002., str. 204.

³¹ Lijphart, A., *Democracy in Plural Societies. A Comparative Exploration*, Yale University Press, New Haven, 1977., str. 5.

³² *Ibidem*, str. 16.

³³ Bieber, F., *Reforma Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH, Osvrt br. 1/2012*, Analitika, Sarajevo, 2012., dostupno na: <http://www.analitika.ba/files/BieberFlorian%20Osvrt%20BiH%20BHS%20-%20Final%2019%20apr%2012.pdf> (20.1.2013.), str. 3.

jacije najmanje je ostvaren u zahtjevu suradnje političkih elita pojedinog konstitutivnog naroda. Vlast na državnom nivou podijeljena je među tročlanim rotirajućim Predsjedništvom, Vijećem ministara i dvodomnom Parlamentarnom skupštinu koju čine Predstavnički dom (donji dom) i Dom naroda (gornji dom). Sudska vlast sastoji se od Ustavnog suda BiH, koji je uspostavljena Daytonskim sporazumom, i od Suda BiH i Visokog sudskog i tužilačkog vijeća koji su uspostavljeni naknadno. Izvršna vlast je dakle na državnoj razini podijeljena između Predsjedništva³⁴ i Vijeće ministara BiH.³⁵ Kolektivno Predsjedništvo čini po jedan predstavnik konstitutivnih naroda (gdje se naporednim glasovanjem na rok od četiri godine Bošnjak i Hrvat biraju na teritoriju Federacije BiH (dalje u tekstu: FBiH), a srpski član s teritorija Republike Srpske (dalje u tekstu: RSrp)). Predsjedavajući tripartitnog predsjedništva mijenja se svakih osam mjeseci i on obnaša funkciju šefa države. Zakonodavnu vlast na državnom nivou čini dvodomna Parlamentarna skupština u kojoj oba doma imaju istovjetna ovlaštenja. Sastoji se od Predstavničkog doma i Doma naroda, a svi zakoni moraju biti usvojeni u oba doma Parlamentarne skupštine BiH. Predstavnički dom ima 42 člana, od kojih se dvije trećine neposredno biraju s teritorije FBiH, a jedna trećina s teritorije RSrp. Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH čini 15 delegata, od kojih su dvije trećine, po pet Bošnjaka i Hrvata, delegati iz FBiH, a jedna trećina, pet Srba, delegati iz RSrp na rok od dvije godine. Nominirane bošnjačke, odnosno hrvatske delegate iz FBiH biraju bošnjački, odnosno hrvatski delegati u Domu naroda FBiH, dok delegate iz RSrp bira Narodna skupština RSrp. Svaki od domova ima predsjednika i dva zamjenika (po jedan Srbin, Hrvat i Bošnjak). I ostale institucije na državnom nivou (sudovi, ministarstva, agencije itd.) ustrojene su prema načelu pariteta konstitutivnih naroda. Ipak, istovjetnost nadležnosti oba parlamentarna doma je svojevrsni bosanskohercegovački kuriozitet. Venecijanska komisija navodi da dvodomni parlamentarni sistemi „tipični su za federativne države, te stoga i ne iznenađuje da se Ustav opredijelio za dva doma. Međutim, uobičajena svrha drugog doma u federativnim državama je da se osigura jača zastupljenost manjih entiteta. [...] Prema tome, Dom naroda nije odraz federativnog karaktera države, već je to dodatni mehanizam koji ide u korist interesa konstitutivnih naroda. Osnovna funkcija Doma naroda po Ustavu je da, ustvari, bude dom gdje će se koristiti veto za zaštitu vitalnog interesa.“³⁶ I Florian Bieber ističe da baš „[n]epostojanje razlike između dva parlamentarna doma predstavlja očitu slabost bosanskohercegovačkog poli-

³⁴ Čl. V. točke 1.-3. Ustava BiH.

³⁵ Čl. V. točka 4. Ustava BiH. V. Zakon o Vijeću ministara Bosne i Hercegovine, (Sl. glasnik BiH, br. 30/03, 42/03, 81/06, 76/07, 81/07, 94/07 i 24/08).

³⁶ Točka 35. Mišljenja o ustavnoj situaciji u Bosni i Hercegovini i ovlaštenjima Visokog predstavnika (Mišljenje Venecijanske komisije), CDL-AD(2005)004, 11.3.2005., dostupno na: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2005\)004-bos.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2005)004-bos.aspx) (21.01.2013.).

tičkog sistema [jer se na] taj način nepotrebno [...] dupliciraju mogućnosti za veto i usložnjava se zakonodavni postupak“.³⁷

I u FBiH, kao i na državnoj razini, postoji dvodomni parlament: uz neposredno biran Zastupnički dom, postoji i posredno izabrani Dom naroda. Predstavničko tijelo u RSrp je prvotno bila jednodomna Narodna skupština čiji se zastupnici biraju na neposrednim izborima, da bi ustavnim amandmanima kasnije bilo uspostavljeno i Vijeće naroda RSrp. Vijeće naroda nije zakonodavno tijelo nego vrši kontrolu izglasanih zakona, propisa i akata u Narodnoj skupštini radi utvrđivanja da li se izglasanim zakonom, propisom ili aktom ugrožavaju vitalni nacionalni interesi konstitutivnih naroda. Nakon amandmana na ustave FBiH i RSrp koje je potakla odluka Ustavnog suda BiH o konstitutivnosti naroda³⁸ delegati iz reda „Ostalih“ sudjeluju u radu gornjih domova oba entitetska parlamenta: sastav Vijeća naroda i Doma naroda mora biti paritetan tako da svaki konstitutivni narod ima isti broj zastupnika. Predviđeno je najmanje 8, a najviše 17 članova je iz reda jednog od konstitutivnih naroda. „Ostali“ su zastupljeni u broju koji ne prelazi jednu polovicu predstavnika jednog konstitutivnog naroda u Vijeću naroda, odnosno Domu naroda.³⁹ Kao rezultat ovog rješenja Dom naroda u FBiH čine 58 izaslanika od kojih po 17 izaslanika iz reda svakog od konstitutivnih naroda i sedam izaslanika iz reda „Ostalih“. Vijeće naroda u RSrp čini 28 delegata i to po osam delegata iz svakog konstitutivnog naroda i četiri delegata iz reda „Ostalih“. Osim što su uključile pripadnike nekonstitucionalnih naroda u rad najviših političkih tijela entiteta i kantona, amandmani na ustave entiteta su propisali proporcionalnu zastupljenost pripadnika konstitutivnih naroda i „Ostalih“ u institucijama kantona i općina u skladu s rezultira popisa (još uvijek posljednjeg) stanovništva iz 1991. godine.

Mehanizmi podjele vlasti u BiH onemogućavaju usvajanje odluka suprotnih interesima svakog od konstitutivnog naroda, a uključuju veto za zaštitu vitalnog interesa i entitetski veto. I na državnom i na entitetskim nivoima uvedeno je pravo veta na osnovu vitalnih interesa za sva tri konstitutivna

³⁷ Bieber, F., *op. cit.*, bilj. 33., str. 4.

³⁸ Ustavni sud BiH, U 5/98 od 4. srpnja 2000. (Treća djelomična odluka Ustavnog suda BiH o konstitutivnosti naroda). Odluka je utvrdila konstitutivnost sva tri naroda na cijelom teritoriju BiH i zahtijevala izmijene ustava obaju entiteta kojima se osigurala puna ravnopravnost tri konstitutivna naroda na čitavom području BiH. Ova je presuda „osigurala da sva tri naroda imaju jednaka kolektivna prava u oba entiteta, već i zbog činjenice da je istovremeno na konzistentan način očuvala pravnu fikciju prema kojoj su konstitutivni narodi zaista dovoljno međusobno različiti da zaslužuju zasebna kolektivna prava“. V. Morawiec-Mansfield, A., *Ethnic but Equal: The Quest for a New Democratic Order in Bosnia and Herzegovina*, Columbia Law Review, vol. 103, br. 8, 2003., str. 2052-2093.

³⁹ Čl. 3. Sporazuma o provedbi Odluke Ustavnoga suda Bosne i Hercegovine o konstitutivnosti naroda, dostupan na: <http://www.osceBiH.org/documents/osceBiHtldocti2002032811520809cro.pdf> (20.1.2013.). Točka 6. Mišljenja Venecijanske komisije, *op.cit.*, bilj. 36.

naroda u oba doma, s ciljem onemogućavanja donošenja političkih odluka protiv volje pojedinog od konstitutivnih naroda. Definiciju vitalnog interesa Ustav BiH ne sadrži, no njenim tumačenjem bavio se do sada Ustavni sud BiH,⁴⁰ ali ponudio ju je Sporazum o provedbi Odluke Ustavnoga suda BiH o konstitutivnosti naroda. Prema njemu, vitalni nacionalni interesi konstitutivnih naroda su „ostvarivanje prava konstitutivnih naroda da budu adekvatno zastupljeni u zakonodavnim, izvršnim i pravosudnim tijelima vlasti; identitet jednog konstitutivnog naroda; ustavni amandmani; organizacija tijela javne vlasti; jednaka prava konstitutivnih naroda u procesu donošenja odluka; obrazovanje, vjeroispovijest, jezik, njegovanje kulture, tradicije i kulturno naslijeđe; teritorijalna organizacija; sustav javnoga informiranja; i druga pitanja koja bi se tretirala kao pitanja od vitalnog nacionalnog interesa, ukoliko tako smatra 2/3 članova jednog od klubova zastupnika konstitutivnih naroda u Domu naroda, odnosno Vijeću naroda“.⁴¹ S druge strane, definicija vitalnog interesa iz entitetskih ustava „omogućava da praktično bilo šta bude definirano kao vitalni interes“.⁴² Općenita je kritika Doma naroda upravo u pogledu prava veta jer „njegovi članovi vide obranu interesa svoga naroda kao svoj isključivi zadatak, bez učešća u uspjehu zakonodavnog procesa“.⁴³ U praksi Dom naroda ipak najčešće potvrđuje zakone usvojene u Predstavničkom domu jer je prethodno postignut sporazum najutjecajnijih stanaka sva tri naroda. Ipak, delegati u Domu naroda mogu uložiti veto na usvajanje određenog zakona u parlamentarnoj proceduri koji je već usvojen u Predstavničkom domu. Ako većina delegata jednog od konstitutivnih naroda smatra da određeni zakon ugrožava vitalni nacionalni interes jednog njihovo naroda, ulaže veto na taj zakon i saziva se Zajednička komisija koju čine po jedan delegat iz bošnjačkog, hrvatskog i srpskog naroda i koja u roku od pet dana mora postići suglasnost. Ako ista izostane, zakon se prosljeđuje Ustavnom sudu BiH koji donosi konačnu odluku. No, pored veta za zaštitu vitalnog interesa, Ustav predviđa veto dvije trećine delegata iz jednog od entiteta.⁴⁴ Venecijanska komisija smatra da je entitetski veto, obzirom na postojanje veta za zaštitu vitalnog interesa, višak.⁴⁵

Kako je već gore spomenuto, autonomnost segmenata donekle je osigurana teritorijalnom podjelom države na dva entiteta: FBiH, u kojoj većinu čine Bošnjaci i Hrvati te RSrp u kojoj su većina Srbi. Primjer BiH plastično dokazuje kako je etnička pripadnost uspostavljena kao „najočitija politička

⁴⁰ Ustavni sud BiH, U-8/04 od 25. lipnja 2004. (Odluka Ustavnog suda o vetu za zaštitu vitalnog interesa protiv Okvirnog zakona o visokom školstvu).

⁴¹ Čl. 4. Sporazuma o provedbi Odluke Ustavnoga suda Bosne i Hercegovine o konstitutivnosti naroda.

⁴² Točka 33. Mišljenja Venecijanske komisije, *op.cit.*, bilj. 36.

⁴³ *Ibidem*, točka 36.

⁴⁴ Čl. IV. točka 3. (d) Ustava BiH.

⁴⁵ Točka 34. Mišljenja Venecijanske komisije, *op.cit.*, bilj. 36.

razdjelnica⁴⁶ već u samom tekstu Ustava BiH. Naime, u preambuli Ustava BiH, Bošnjaci, Hrvati i Srbi opisani su kao konstitutivni narodi.⁴⁷ No, tko su „Ostali“, tj. koje to kategorije državljana/ki BiH svrstavamo u ovu ustavnu kategoriju? Svakako, to su svi građani i građanke BiH koji ne izražavaju pripadnost niti jednom od tri konstitutivna naroda. No, to nikako ne podrazumijeva da su „Ostali“ isključivo pripadnici nacionalnih manjina. „Ostali“ su i svi oni građani koji, iz bilo kojeg razloga, ne iznose svoj etnokulturni identitet (tzv. neopredijeljeni), ili se izjašnjavaju regionalno, ili pak kao Bošnjaci, gdje potonje često implicira njihov građanski identitet državljana BiH. Zaključno, „Ostali“ su, kako to navode Edin Hodžić i Nenad Stojanović, tri kategorije građana/ki BiH: „(1) osobe koje pripadaju drugim narodima, narodnostima, etničkim skupinama i sl. - npr.: Romi, Jevreji, Albanci, Slovenci, Crnogorci, Česi, Rusini itd., (2) osobe iz tzv. miješanih brakova, (3) osobe koje iz ličnih/ideoloških/principijelnih razloga ne žele pripadati bilo kakvoj etnički definiranoj zajednici (npr. zato što žele biti samo građani Bosne i Hercegovine i ništa drugo)“.⁴⁸

Mišljenje o ustavnoj situaciji u BiH⁴⁹ Europskog povjerenstva za demokraciju kroz pravo (tzv. Venecijanske komisije)⁵⁰ iz 2005. godine sugerira da „[u]stavna pravila o funkcioniranju državnih organa, međutim, nisu zamišljena tako da proizvedu jaku vladu, već da spriječe da većina donosi odluke koje mogu imati negativne posljedice po druge grupe. Razumljivo je da je u pos-

⁴⁶ Birnir, J.K., *Ethnicity and Electoral Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007., str. 41-42.

⁴⁷ Za usporedbu, Ustav Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine iz 1974. godine u preambuli navodi da su „radnička klasa, radni ljudi i narodi Bosne i Hercegovine - Srbi, Muslimani, Hrvati i pripadnici drugih naroda i narodnosti koji u njoj žive“ bosanskohercegovački narodi. Za razliku od drugih republika bivše Jugoslavije, zakonodavci BiH nisu je ni pokušali „definirati kao domovinu konkretno imenovanih stanovnika, nego njenih (nepreciziranih) naroda i radničke klase.“ Citirano u: International Crisis Group, *Provedba jednakopravnosti: odluka o konstitutivnosti naroda u Bosni i Hercegovini, Izvještaj br. 128, 2002.*, dostupno na: http://www.crisisgroup.org/-/media/Files/europe/128_bosnia_constituent_people (20.1.2013.), str. 2.

⁴⁸ Hodžić, E.; Stojanović, N., *Novi-stari ustavni inženjering? Izazovi i implikacije presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Sejdić i Finci protiv BiH*, Analitika - Centar za društvena istraživanja, Sarajevo, 2011., str. 51.

⁴⁹ Mišljenje Venecijanske komisije, *op.cit.*, bilj. 36.

⁵⁰ Europsko povjerenstvo za demokraciju kroz pravo je savjetodavno tijelo Vijeća Europe za ustavna pitanja. Naziva se Venecijanska komisija jer mu je sjedište u Veneciji gdje se održavaju plenarne sjednice Povjerenstva. Osim toga, uspostavljanje Europskog odbora za demokraciju kroz pravo inicirano je u Veneciji na sastanku europskih ministara vanjskih poslova u siječnju 1990., a formalizirano u svibnju te godine. Venecijanska komisija je izvorno trebala poslužiti kao stručna ispostava prilikom formuliranja ustava zemalja u tranziciji, ali se u međuvremenu afirmirala kao institucija koja okuplja nezavisne pravne stručnjake čiju ekspertizu u pripremi nacrtu zakona i međunarodnih sporazuma rado koriste zemlje članice Vijeća Europe, al i nekoliko zemalja koje nisu članice ove međunarodne organizacije. V. Nick, S., *New prospects for Croatia's cooperation with the Venice Commission*, Croatian International Relations Review, vol. 17, br. 5, 1999., str. 163-167.

tkonfliktnoj situaciji postojalo (i još postoji) nedovoljno povjerenja između etničkih grupa da se omogući da vlada djeluje samo po principu većine. U takvoj situaciji se moraju naći specifični oblici zaštite koji osiguravaju da sve najveće grupe, u BiH su to konstitutivni narodi, mogu prihvatiti ustavna pravila i osjećati se njima zaštićenima. Posljedica toga je da Ustav BiH osigurava zaštitu interesa konstitutivnih naroda ne samo kroz teritorijalne aranžmane koji odražavaju njihove interese, već i kroz sastav državnih organa i pravila o njihovom funkcioniranju. U takvoj situaciji, zaista mora biti uspostavljena ravnoteža između potrebe da se zaštite interesi svih konstitutivnih naroda s jedne strane, i potrebe za djelotvornom vladom s druge.“⁵¹ Osim toga, prema Ustavu BiH i Izbornom Zakonu BiH pripadnici nacionalnih manjina diskriminirani su u mogućnosti ravnopravnog sudjelovanja u procesima upravljanja državom jer nemaju pod jednakim uvjetima pravo pristupa pojedinim javnim funkcijama. U slučaju isključenja manjina iz političkog života onemogućena je zastupljenost interesa svih dijelova građanstva, osobito onih koje se tiču očuvanja njihovih identitetskih specifičnosti, kao i njihovo učinkovito sudjelovanje u postupku donošenja odluka. Poštivanje ljudskih prava svih građana, osobito ugroženih skupina i manjina, temelj je demokratskog društva. Kako demokratske institucije i političke strukture isključuju određen dio stanovništva BiH, ova se zemlja stoga može smatrati etnički ekskluzivnom-neliberalnom defektnom demokracijom. Defektne demokracije definiraju se kao „sustavi vladavine koje odlikuje postojanje uvelike funkcionalnoga demokratskoga izbornog režima koji regulira pristup vlasti, ali su zbog poremećaja u funkcionalnoj logici jednoga ili više ostalih parcijalnih režima izgubljeni komplementarni oslonci koji su u funkcionalnoj demokraciji nužni kako bi se osigurali sloboda, jednakost i kontrola“.⁵²

Koncept usidrenih i defektnih demokracija razvili su njemački teoretičari političke transformacije Klaus von Beyme, Wolfgang Merkel i Hans-Jürgen Puhle.⁵³ Naglašavajući da je koncept defektne demokracije suprotan konceptu usidrene demokracije, predstavnici teorije transformacije političkih sustava

⁵¹ Točka 29. Mišljenja Venecijanske komisije, *op.cit.*, bilj. 36.

⁵² Merkel, W.; Puhle, H.-J.; Croissant, A. (ur.), *Defekte Demokratien. Theorien und Probleme*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2003., str. 66. V. Merkel, W.; Puhle, H.-J.; Croissant, A. (ur.), *Defekte Demokratien. Defekte Demokratien in Osteuropa, Ostasien und Lateinamerika*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006.

⁵³ Više o konceptu defektne demokracije v. u: Merkel, W.; Croissant, A., *Formale und informale Institutionen in defekten Demokratien*, Politische Vierteljahresschrift, vol. 41, br. 1, 2000., str. 3-30; Croissant, A.; Thiery, P., *Von defekten und anderen Demokratien*, Welt Trends, br. 29, 2000./2001., str. 9-32; Merkel, W., *Ukotoljene i manjkave demokracije*, Politička misao, vol. 41, br. 3, 2004., str. 80-104; Merkel, W., *Embedded and Defective Democracies, Democratization*, Special Issue: Consolidated or Defective Democracy? Problems of Regime Change, vol. 11, br. 5, 2004., str. 33-58; Knobloch, J., *Defekte Demokratie oder keine?*, Lit Verlag, Münster/Hamburg/London, 2002.; Krennerich, M., *Defekte Demokratie*, u: Nohlen, D.; Schultze, R.O. (ur.), *Lexikon der Politikwissenschaft*, Beck, München, 2005., str. 119-121.

razmatraju elemente koji nedostaju demokratskim režimima da bi se legitimirali kao potpune predstavničke demokracije.⁵⁴ Oba ova koncepta biti će podrobnije objašnjena u sljedećim odjeljcima.

Klaus von Beyme tvrdi da se demokratski sustav ne legitimira isključivo prema formalnim kriterijima liberalne predstavničke demokracije, već kroz integraciju podsustava koji tvore „sustav konzekventnih demokratskih pravila igre u usidrenoj demokraciji“.⁵⁵ Ti se podsustavi u radovima Wolfganga Merkela nazivaju „parcijalnim režimima demokracije“ u pravnoj državi i prema njima definira pet istodobno konstitutivnih parcijalnih režima: „(i) demokratski izborni režim, (ii) režim prava na političku participaciju, (iii) parcijalni režim građanskih prava na slobodu, (iv) institucionalno osiguranje kontrole podjele vlasti [*horizontal accountability*], i (v) jamstvo da je, *de jure* i *de facto*, osigurano učinkovito vladanje vlasti demokratski izabranih predstavnika“.⁵⁶

Koncept defektne demokracije suprotan je dakle konceptu usidrene ili ukotvljene demokracije budući da ovaj drugi objašnjava da su stabilne demokracije dvostruko usidrene: „*iznutra*, budući da pojedini parcijalni režimi u demokraciji osiguravaju svoje normativno i funkcionalno postojanje pomoću međusobne ovisnosti i samostalnosti; *izvanjski*, budući da su parcijalni režimi u demokraciji usidreni pomoću niza uvjeta koji omogućuju demokraciju i štite je od izvanjskih i unutarnjih šokova i tendencija destabilizacije“.⁵⁷ Osim unutarnje i vanjske usidrenosti, za konsolidaciju mlade demokracije iznimno su važni ekonomski kontekst, tj. prosperitetno gospodarstvo, razvijeno civilno društvo te međunarodna i regionalna integriranost države.⁵⁸ Prvi je kriterij važan stoga što „[r]azvijena privreda koja sprječava krajnju bijedu, pluralizira društvenu strukturu, te pridonosi tome da se materijalni i kognitivni resursi društva ne raspodjeljuju eklatantno nejednako i nepravedno jest zaštitnik demokracije i obično pridonosi kvaliteti pravne države i participacije u demokratskoj zajednici. Vrijedi i obratno: nedovoljna razvijena privreda i krajnje nejednaka raspodjela materijalnih i kognitivnih resursa štete stabilnosti

⁵⁴ Von Beyme, K., *Suvremeni oblici predstavničke demokracije*, Anali Hrvatskog politološkog društva, vol. 4, br. 1, 2008., str. 7-26.

⁵⁵ *Ibidem*, str. 6. V. Merkel, W.; Puhle, H.-J.; Croissant, A. (ur.), *Defekte Demokratien. Theorien und Probleme*, op. cit., bilj. 52., str. 48.

⁵⁶ Merkel, W., *Transformacija političkih sustava. Uvod u teoriju i empirijsko istraživanje transformacije*, Fakultet političkih znanosti, Zagreb, 2011.

⁵⁷ *Ibidem*, str. 23. Prema Robertu Dahlu, američkom teoretičaru demokracije, poliarhiju, svojevršni idealtip demokracije, karakteriziraju (i) birani dužnosnici, (ii) slobodni i pošteni izbori, (iii) sloboda izražavanja, (iv) pristup alternativnim izborima informiranja, (v) autonomija udruženja, (vi) sveobuhvatno građansko pravo. I primjenom ovog koncepta proizlazi da BiH nije potpuna demokracija. V. Dahl, R. A., *Polyarchy: Participation and Opposition*, Yale University Press, New Haven, 1971.

⁵⁸ Lipset, S.M., *Political man: The social bases of politics*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1981., str. 31.

i kvaliteti demokracija u pravnoj državi“.⁵⁹ Postojanja razgranatog civilnog društva jamči na primjer zaštitu od samovolje države, osnažuje demokraciju i socijalni kapital. Posljedično, više razine socijalnoga kapitala doprinose učinkovitijem funkcioniranju političkih institucija.⁶⁰ Merkel upozorava da je „[p]ojava (etnički) ekskluzivnih i neliberalnih demokracija vjerojatnija [...] ako se društveni kapital akumulira duž etničkih i vjerskih linija“,⁶¹ tada treba promovirati „tocquevilleovsku inačicu“ društvenog kapitala budući takav „ublažava ekskluzijske ili neliberalne tendencije“.⁶² Konačno, stabilnost i kvalitetu demokracije uvjetuje i „[u]klopljenost u međunarodne, multilateralne, privredne ili demokratske političke integracijske sklopove“.⁶³ U deficitu svih gore elaboriranih kriterija konsolidiranosti demokracije jasno je da je BiH još na putu konsolidiranja i usidrenja demokracije.

Wolfgang Merkel tvrdi da je neka država defektna demokracija u slučaju kada „je neki parcijalni režim usidrene demokracije toliko oštećen da mijenja cjelokupnu logiku demokracije u pravnoj državi“.⁶⁴ Drugim riječima defektne demokracije su „one demokracije u kojima je razorena uzajamna usidrenost parcijalnih režima i poremećena cijela logika demokracije u pravnoj državi“.⁶⁵ Merkel nadalje tvrdi da se prema disfunkciji pojedinog parcijalnog režima demokracije u pravnoj državi pojavljuje određeni tip defektne demokracije: (i) ekskluzivna, (ii) enklavna, (iii) neliberalna i (iv) delegativna demokracija.⁶⁶ **Ekskluzivna demokracija** „postoji ako je jedan ili više važnih segmenata odraslih građana isključeno iz državljanškog prava na univerzalne izbore“.⁶⁷ Ovaj primjer defektne demokracije negira univerzalno biračko pravo i njegovu primjenu, na taj način negirajući suverenost naroda kao temeljno načelo demokracije.⁶⁸ Sa stajališta teorije demokracije problematično je čak i „ako se useljenicima i nakon mnogo godina stalnog prebivanja u nekoj zemlji uskraćuje građanski status, a da useljenik pritom želi i da je pripravan odustati od svoje prvobitne pripadnosti nekoj državi“.⁶⁹ **Enklavna demokracija** pojavljuje se u slučajevima kada određene „veto sile poput vojske, gerile, milicije, podu-

⁵⁹ Merkel, W., op. cit., bilj. 56., str. 23.

⁶⁰ Putnam, R. D., *Kako demokraciju učiniti djelotvornom*, Fakultet političkih znanosti, Zagreb, 2003. V. Putnam, R. D., *Better Together. Restoring the American Community*, Simon & Schuster, New York, 2003.

⁶¹ Merkel, W., *Ukotvljene i manjkave demokracije*, op. cit., bilj. 53., str. 98.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Merkel, W., op. cit., bilj. 56., str. 24.

⁶⁴ *Ibidem*, str. 25.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*; v. Merkel, W.; Puhle, H.-J.; Croissant, A. (ur.), *Defekte Demokratien. Theorien und Probleme*, op. cit., bilj. 52., str. 239.

⁶⁷ Merkel, W., op. cit., bilj. 56., str. 25.

⁶⁸ *Ibidem*; v. također V. Merkel, W.; Puhle, H.-J.; Croissant, A. (ur.), *Defekte Demokratien. Theorien und Probleme*, op. cit., bilj. 52., str. 239.

⁶⁹ Merkel, W., op. cit., bilj. 56., str. 34.

zetnika ili veleposjednika, multinacionalnih koncerna – izvuku određene političke domene iz dohvata demokratski legitimiranih predstavnika⁷⁰. Specifična je za zemlje Latinske Amerike i Jugoistočne Azije, gdje vojska preuzima veto ulogu u politici, a rijetka u Istočnoj Europi ili Srednjoj Aziji.⁷¹ **Neliberalna demokracija** najčešći je tip defektne demokracije, a pojavljuje se kada sudbena vlast nije sposobna efikasno kontrolirati izvršnu i zakonodavnu vlast. U neliberalnoj demokraciji „[p]rava pojedinca na građansku slobodu i zaštitu djelomice su suspendirana ili još nisu etablirana“⁷² što negira jednakost svih građana koja je „srž liberalnog samorazumijevanja“.⁷³ **Delegativnu demokraciju** karakterizira ograničena kontrola izvršne vlasti od strane zakonodavne i sudbene vlasti što rezultira slabim obvezujućim učinkom ustavnih normi na djelovanje vlade. U takvim demokracijama, „[n]arušene su kontrole podijeljenih vlasti, koje su funkcionalnim demokracijama potrebne kako bi održale uravnoteženim lanac političkog predstavništva. Vlade, koje većinom vode karizmatični predsjednici, zaobilaze parlament, utječu na pravosuđe, narušavaju načelo legalnosti, potkopavaju kontrolu vlasti i jednostrano pomiču odmjerenu ravnotežu vlasti u korist (predsjedničke) izvršne vlasti“⁷⁴ Merkel ističe da je neliberalna demokracija⁷⁵ najčešći podtip defektne demokracije, dok „je ekskluzivnoj demokraciji odzvonilo jer je neskriveno isključivanje većih dijelova populacije iz političke participacije sve rjeđa pojava. No ekskluzivnost nije iskorijenjena već samo prikrivena u obliku neliberalne diskriminacije (uglavnom etničkih) manjina.“⁷⁶ Kako su legitimitet demokratskog sustava i pravne države u BiH dovedeni u pitanje zbog Ustavom onemogućene predstavjenosti „Ostalih“ na najvišim političkim funkcijama, u toj je zemlji neosporno nedjelotvoran parcijalni režim participativne demokracije, tj. prava na političku participaciju svih odraslih građana/ki, radi se o defektnoj demokraciji neliberalno-ekskluzivnog tipa. BiH je osim toga, uslijed vrlo uskih nadležnosti institucija koje djeluju na najvišoj, državnoj razini, i nefunkcionalna država.⁷⁷

⁷⁰ *Ibidem*, str. 25-26.

⁷¹ Merkel, W.; Puhle, H.-J.; Croissant, A. (ur.), *Defekte Demokratien. Theorien und Probleme*, op. cit., bilj. 52., str. 249.

⁷² Merkel, W., op. cit., bilj. 56., str. 26.

⁷³ Merkel, W.; Puhle, H.-J.; Croissant, A. (ur.), *Defekte Demokratien. Theorien und Probleme*, op. cit., bilj. 52., str. 261.

⁷⁴ Merkel, W., op. cit., bilj. 56., str. 26.

⁷⁵ Više o konceptu neliberalne demokracije v. u: Zakaria, F., *The Rise of Illiberal Democracy*, Foreign Affairs, vol. 76, br. 6, 1997., str. 22-43; Karatnicky, A., *The Decline of Illiberal Democracy*, Journal of Democracy, vol. 10, br. 1, 1999., str. 112-123.

⁷⁶ Merkel, W., *Ukotvljene i manjkave demokracije*, op. cit., bilj. 53., str. 95.

⁷⁷ Točka 12. Mišljenja Venecijanske komisije, op. cit., bilj. 36. Najvećim dijelom kao posljedica djelovanja Ureda Visokog predstavnika, institucije koja je Daytonskim sporazumom osnovana s ciljem potpore provedbe mirovnog sporazuma, uspostavljene su ili su prenesene ovlasti na neke državne institucije: u području odbrane, obavještajnih službi, pravosuđa i indirektnog oporezivanja. Unatoč najavama, mandat Ureda Visokog predstavnika zbog nedostatka napretka u reformama produljen je nekoliko puta.

3. USTAV IZ MIROVNOG SPORAZUMA KOJI JE ISKLJUČIO „OSTALE“ IZ PRAVA NA POLITIČKO SUDJELOVANJE

Iz gore predstavljenog teoretskog koncepta daje se zaključiti da su u bosanskohercegovačkoj defektnoj konsocijacijskoj demokraciji narušena načela pravednosti i jednakosti građana/ki i to u samom ustavnom tekstu. No, da bi se ova diskriminacijska praksa objasnila, potrebno je prisjetiti se okolnosti u kojima su Ustav BiH, ali i ustavi njezinih entiteta, usvojeni. Robert M. Hayden razmatra što se događa „kada nema demosa, kada nijedna politička zajednica ne prihvaća državu (teritorij s vladom) kao svoju vlastitu, jer je stanovništvo razdijeljeno u različite etničke skupine, gdje nijedna ne čini većinu stanovništva, a većina članova svake najgorom ugrozom doživljava opasnost od podređenosti drugima? Može li u takvom slučaju ustav (kao skup pravila kojem je cilj uspostaviti vlast) biti izrađen da osnaži navodne građane koji se odbijaju predstavljati kao 'državljan' kako bi uspostavili vlast? Ako se pak vlast može nametnuti protiv volje velikog postotka njenih navodnih građana, može li ona tvrditi da je demokratska - mehanizam kojim suvereni narod izdaje naredbe o svojim poslovima - u nedostatku demosa?“⁷⁸ Slično za BiH zaključuje i Mirjana Kasapović, koja smatra da „ne postoji temeljni konsenzus konstitutivnih etničkih skupina o državnoj zajednici“⁷⁹ te Marie-Joëlle Zahar koja tvrdi da „država je osporavana, a ne utemeljena na konsenzualnim dogovorima“.⁸⁰ Upravo je nedostatak „demosa“ doveo do toga da ustavotvorna procedura bude rezultat izvana nametnutih rješenja. Naime, BiH Ustav je dio Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH, „sačinjen i donesen bez procedura koje bi osigurale demokratski legitimitet. On predstavlja jedinstven slučaj ustava koji nije nikad objavljen na službenim jezicima države, već je usuglašen i objavljen na engleskom jeziku.“⁸¹

⁷⁸ Hayden, R. M., „Democracy“ without a Demos? *The Bosnian Constitutional Experiment and the Intentional Construction of Nonfunctioning States*, East European Politics & Societies, vol. 19, br. 2, 2005., 226-259, str. 227.

⁷⁹ Kasapović, M., op. cit., bilj. 11., str. 15.

⁸⁰ Zahar, M. J., *Foreign Intervention and State Reconstruction: Bosnian Fragility in Comparative Perspective*, u: Kostovićova, D.; Bojčić-Dzelilović, V. (ur.), *Persistent State Weakness in the Global Age*, Ashgate, Farnham, 2009., str. 117.

⁸¹ ESLJP, *Sejdić i Finci protiv BiH*, op. cit., bilj. 4., točka 6. presude. V. Begić, K., *Bosna i Hercegovina od Vanceove misije do Daytonskog sporazuma (1991-1996.)*, Bosanska knjiga, Sarajevo, 1997.; Bakšić-Muftić, J., *Razumijevanje Dejtonskog Ustava 10 godina kasnije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 42, br.1-2, 2005., str. 67-92; Miljko, Z., *Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2006; Marko, J., „United in Diversity?“, *Problems of State- and Nation-building in Post-conflict Situations: The Case of Bosnia-Herzegovina*, Vermont Law Review, vol. 30, br. 3, 2006., str. 503-550; Steiner, C.; Ademović, N. (ur.), *Ustav Bosne i Hercegovine: Komentar*, Fondacija Konrad Adenauer, Sarajevo, 2010.

Christine Bell i Catherine O'Rourke navode da „okvirni mirovni sporazumi obično za cilj imaju uspostaviti ili produžiti primirje povezujući ga s novim političkim i pravnim strukturama, putem onoga što je u suštini ustavni okvir ili 'karta moći' države. To uključuje uspostavljanje institucija vlasti i ključnih pravnih institucija, u što bi se moglo nazvati 'ustavni trenutak' koji nastoji riješiti unutarnji i vanjski državni legitimitet.“⁸² Tzv. Daytonski ustav je potvrdio suverenost, nezavisnost i cjelovitost BiH, ali je modificirao njenu unutrašnju strukturu na dvije teritorijalne jedinice, entiteta: FBiH i RSrp. Kako je već gore spomenuto, Ustav je državnim institucijama BiH dodijelio neznatne nadležnosti, većinu njih delegirajući na entitete ili kantone, što je i glavni razlog neefikasnosti države. Naime, budući je vlast „rasplinuta na previše nivoa [...] obično je vrši jedinica koja je premala da djelotvorno ispunjava svoje funkcije“.⁸³ Ustav RSrp⁸⁴ je usvojen 1992, „kao ustav separatističkog entiteta koji je tvrdio da je nezavisna država. Zasnovan je bio na konceptu unitarne države.“⁸⁵ Ustav FBiH,⁸⁶ usvojen u lipnju 1994. godine, „bio je dio Washingtonskog [mirovnog] sporazuma i odražavao je kompromis, postignut uz američko posredovanje, između Bošnjaka i Hrvata“.⁸⁷ Ustav Federacije „je uspostavio izuzetno decentraliziranu federaciju deset kantona, sa pet kantona prvenstveno bošnjačkog karaktera, tri kantona prvenstveno hrvatskog, i dva mješovito bošnjačko/hrvatskog. Na nivou Federacije BiH, predviđeni su komplicirani aranžmani da se osigura da brojčano manje hrvatsko stanovništvo ne bi bilo preglasano od Bošnjaka.“⁸⁸

Izborni sustavi koji se u okviru mirovnih ugovora dogovaraju trebaju biti potporniji rješavanja sukoba i podjela.⁸⁹ Pri tome se često zaboravlja da „izborni sustav koji je inicijalno bio najprikladniji za okončanje sukoba ne mora biti i najbolji za dugoročno upravljanje sukobom“.⁹⁰ Kako navodi Maja Sahadžić, činjenica da je Daytonski mirovni sporazum nastao kao posljedica niza

⁸² Bell, C.; O'Rourke, C., *The people's peace? Peace agreements, civil society, and participatory democracy*, International Political Science Review, vol. 28, br. 3, 2007., str., 329.

⁸³ Točka 14. Mišljenja Venecijanske komisije, *op.cit.*, bilj. 36.

⁸⁴ Ustav RSrp (Glasnik Republike Srpske, br. 21/92 – prečišćeni tekst, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05 i 117/05), dalje u tekstu: Glasnik RSrp.

⁸⁵ Točka 4. Mišljenja Venecijanske komisije, *op.cit.*, bilj. 36.

⁸⁶ Ustav FBiH (Službene novine FBiH, br. 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05 i 88/08), dalje u tekstu: Sl. novine FBiH.

⁸⁷ Točka 5. Mišljenja Venecijanske komisije, *op.cit.*, bilj. 36.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Cf. Sisk, T. D., *Power sharing and international mediation in ethnic conflicts*, United States Institute of Peace Press, Washington, D. C., 1996.

⁹⁰ Reilly, B.; Reynolds, A., *Electoral Systems and Conflict in Divided Societies*, u: Stern, P. C.; Druckman, D. (ur.), *International Conflict Resolution After the Cold War*, National Academy Press, Washington, D. C., 2001., str. 420. V. Wolff, S., *Electoral Systems Design and Power Sharing Regimes*, u: O'Flynn, I.; Russell, D. (ur.), *Powersharing: New Challenges for Divided Societies*, Pluto, London, 2005., str. 59-74.

kompromisa ogleda se i izbornom sustavu BiH.⁹¹ Doista, uz diskriminatorni tretman nekonstitutivnih naroda u Ustavu BiH i izborna regulativa BiH omogućuje im političku participaciju na nekoliko funkcija, upravo onih koje su Ustavom BiH propisane isključivo za pripadnike konstitutivnih naroda: Bošnjake, Hrvate i Srbe. Manjinama je onemogućeno obnašati funkciju člana tročlanog Predsjedništva BiH, Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH, te predsjedavajućeg oba doma Parlamentarne skupštine i njihovih zamjenika. Drugim riječima, Ustav BiH „ozbiljno ugrožava princip jednakosti građana u pogledu pristupa najvažnijim državnim funkcijama“.⁹² Prema izbornom zakonodavstvu, samo pripadnici/ce jednog od konstitutivnih naroda (Bošnjaci, Hrvati i Srbi), i to samo ukoliko prebivaju na području entiteta u kojem konstitutivni narod kojem pripadaju ima dominantnu prisutnost (dakle, Bošnjaci i Hrvati s teritorija FBiH, a Srbi s teritorija RSrp), mogu biti birana u Dom naroda, odnosno u tročlano Predsjedništvo BiH.⁹³ Ovakve odredbe izbornog zakonodavstva onemogućuju državljanima/kama BiH koja se izjašnjavaju kao „Ostali“ sudjelovati u najvišim političkim funkcijama.

Ipak, i različita tijela koja nadgledaju primjenu međunarodnih instrumenata koji jamče ljudska prava uzela su u obzir poslijeratne okolnosti u kojima je uspostavljen politički sustav BiH. Odbor za eliminaciju rasne diskriminacije Ujedinjenih naroda (dalje u tekstu: CERD) izrazio je stav da je struktura trenutnog Ustava BiH, koja osigurava određena prava isključivo na etničkoj osnovi, a koja je proizašla iz Daytonskog mirovnog sporazuma bila potrebna, kao prijelazno rješenje, te da bi osigurala mir nakon oružanog sukoba. Međutim, Odbor također navodi da trenutačno ustavom propisano osiguravanje prava na etničkoj osnovi ugrožava potpuno provođenje Konvencije. Stoga je Odbor naložio BiH da nastavi sa izmjenama relevantnih odredbi državnog ustava i Izbornog zakona, s ciljem osiguranja jednakog uživanja prava glasa i kandidature svim građanima bez obzira na etničku pripadnost.⁹⁴

Venecijanska komisija također se složila da je „raspodjela mjesta u državnim organima između konstitutivnih naroda bila [...] centralni element Daytonskog sporazuma koji je omogućio mir u BiH. U takvom kontekstu je teško negirati legitimnost normi koje mogu biti problematične iz ugla ne-

⁹¹ Sahadžić, M., *The Electoral System of Bosnia and Herzegovina: A Short Review of Political Matter and/or Technical Perplexion*, Suvremene teme, god. 2, br. 1, 2009., str. 61-78.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Čl. IV. i čl. V. Ustava BiH, te čl. 8. Izbornog zakona.

⁹⁴ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding observations on Bosnia and Herzegovina*, CERD/C/BIH/CO/6, dostupno na: http://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obudsmen_doc2013031102051_839eng (20.1.2013.), paragraf 11, str. 2. V. također: Council of Europe: Secretariat of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, *Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities - Opinion on Bosnia and Herzegovina Adopted on 27 May 2004*, ACFC/INF/OP/1(2005)003, dostupan na: <http://www.refworld.org/docid/447d92904.html> (20.1.2013.).

diskriminacije, ali neophodne za postizanje mira i stabilnosti i izbjegavanje daljnjeg gubitka ljudskih života. Uključivanje takvih pravila u tekst Ustava [BiH] u to vrijeme, shodno tome, ne zaslužuje kritiku, mada je suprotno osnovnom duhu Ustava koji ima za cilj da spriječi diskriminaciju.⁹⁵

I ESLJP je u presudi slučaja *Sejdić i Finci* izrazio stav kako su sporne ustavne odredbe koje isključuju „Ostale“ iz političkog života zemlje bile opravdane u vrijeme kada su usvojene i slijedile su cilj koji je općenito u skladu s općim ciljevima Europske konvencije, a to je uspostava mira. Sud čak naglašava da je cilj „ovih odredbi bio da se zaustavi brutalni sukob obilježen genocidom i etničkim čišćenjem. Priroda tog sukoba bila je takva da je bilo neophodno pristati na „konstitutivne narode“ (tj. Bošnjake, Hrvate i Srbe) kako bi se osigurao mir. Ovo, i bez neophodnog opravdanja, može objasniti odsustvo predstavnika ostalih zajednica (kao što su lokalne zajednice Roma i Jevreja) na mirovnim pregovorima i preokupaciju učesnika stvarnom ravnopravnošću među „konstitutivnim narodima“ u postratnom društvu.“⁹⁶

Ta presuda, osim toga, već dulje vremena najavljuvanju, ali nepostignutoj „ustavnoj reformi u Bosni i Hercegovini [daje] dodatnu hitnost, jer promjene Ustava više nisu vezane samo za olakšavanje odlučivanja u Bosni i Hercegovini i povećavanje efikasnosti države, te osiguravanje njene lakše integracije u Evropsku uniju.“⁹⁷ Bieber tvrdi da je implementacija presude neizvjesna i zahtjevna stoga što „[p]ored psiholoških prepreka da se Ustav promijeni, izmjenama kojima bi se izvršila presuda *Sejdić - Finci* dotakli bi se i stubovi sistema vlasti, tj. ustavna ravnoteža između posebnih prava tri konstitutivna naroda i prava garantiranih svim građanima ove države.“⁹⁸ Dakle, prepreka izvršenju presude *Sejdić i Finci* ne leži u istinskoj diskriminatornoj intenciji zakonodavca. Zbog toga je diskriminacija „Ostalih“, kako pripadnika nacionalnih manjina, tako i nacionalno nesvrstanih građana i građanki, izravna posljedica slabosti i defektnosti demokracije koja zahtjeva što hitniju izmjenu ustava kojom bi se omogućile institucionalne promjene i reforme državnog aparata. Ljiljana Mijović, bivša sutkinja ESLJP koja je sudjelovala u elaboriranju presude, upravo tvrdi da su se „sve slabosti državnosti Bosne i Hercegovine, vidne ali ignorisane u trenutku njenog pristupanja Savjetu Evrope, u ovom predmetu iskazale u svom punom obliku.“⁹⁹ Stoga su nakon presude ESLJP ustavne promjene nužnost iz dva razloga: „radi usklađivanja Ustava države, ali i ustava entiteta i kantona [...] sa važećim međunarodnim, ali i regionalnim dokumentima o ljudskim i građanskim pravima, a ponajviše sa

⁹⁵ Točka 74. Mišljenja Venecijanske komisije, *op.cit.*, bilj. 36.

⁹⁶ ESLJP, *Sejdić i Finci protiv BiH*, *op. cit.*, bilj. 4., točka 45.

⁹⁷ Bieber, F., *op. cit.*, bilj. 33., str. 3.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Mijović, Lj., *Uvodno izlaganje, u Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Sejdić-Finci*, Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2010., str. 14.

Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, i samim tim ukidanja različitih diskriminatorskih elemenata koji se odnose na politička prava određenih grupa stanovništva, te radi izgradnje funkcionalne države, sa strukturama vlasti i nadležnostima koje će omogućiti ubrzavanje procesa donošenja odluka i njihove implementacije, a naročito u kontekstu implementacije *acquis communautaire* u procesu evropskih integracija.“¹⁰⁰

4. NORMATIVNA JAMSTVA OSTVARIVANJA PRAVA NACIONALNIH MANJINA KOJA POTVRĐUJU PREVLADAVAJUĆI KONSOCIJACIJSKI KORPORATIVIZAM

Joseph Marko smatra da presuda ESLJP-a ukazuje na nužnost proširivanja koncepta kolektivne jednakosti konstitutivnih naroda i na manjinske kolektivitete u BiH.¹⁰¹ Iako svi pripadnici „Ostalih“ nisu nužno i formalno pripadnici nacionalnih manjina, oni jesu faktično manjina „i statistički, i društveno-politički, i ustavnopravno, i međunarodnopravno (što se vidi iz Ustava i niza drugih akata koji štite i afirmiraju prava samo konstitutivnih naroda); i vremenski (jučer, danas, sutra) i prostorno (u općinama, kantonima, entitetima i državi)“.¹⁰² Postoje i empirijski pokazatelji koji to potvrđuju. Izvještaj o rezultatima ispitivanja javnog mnijenja o percepciji i iskustvu diskriminacije s početka 2012. godine navodi da su „[i]dentiteti koje ispitanici prepoznaju kao najčešće osnove diskriminacije [...] nacionalni, etnički, vjerski, kao i pripadnost manjinama“.¹⁰³ Prema prikupljenim rezultatima, pripadnici nacionalnih manjina smatraju da je diskriminacija na osnovi etničke pripadnosti najrašireniji oblik diskriminacije jer ih čak 74,5% smatra da je to pojava u njihovim lokalnim zajednicama. 12,8% ispitanika koji pripadaju nacionalnim manjinama su prijavili osobno iskustvo diskriminacije temeljem etničke pripadnosti, „u zdravstvenim institucijama (9,4%); na radnom mjestu (4,5%), od strane zaposlenih u obrazovnim institucijama (11,0%) i prilikom otvaranja bankovnog računa, odnosno dobijanja kredita (12,7%)“.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Banović, D.; Gavrić, S., *Ustavna reforma u Bosni i Hercegovini*, Politička misao, vol. 47, br. 2, 2010., str. 160.

¹⁰¹ Marko, J., *Doprinos presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine daljem razumijevanju sistema zaštite kolektivnih i individualnih prava*, u: Abazović, D. et al. (ur.), *Mjesto i uloga „Ostalih“ u Ustavu Bosne i Hercegovine i budućim ustavnim rješenjima za Bosnu i Hercegovinu*, Institut za društvena istraživanja Fakulteta političkih nauka u Sarajevu, Sarajevo, 2010., str. 143.

¹⁰² Hodžić, E.; Stojanović, N., *op.cit.*, bilj. 48., str. 51-52.

¹⁰³ Fond Otvoreno društvo, *Izvještaj o rezultatima ispitivanja javnog mnijenja o percepciji i iskustvu diskriminacije*, dostupan na: <http://www.diskriminacija.ba/sites/default/files/Diskriminacijatiizvjestaji1.pdf> (20.1.2013.), str. 3-4.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

BiH vlasti su osigurale brojna normativna i institucionalnim jamstva kojima je cilj osiguranje jednakosti svih građana, očuvanje njihovih identitetskih i kulturnih specifičnosti te barem djelomično učešće u političkom procesu određenih etničkih skupina. Unatoč diskriminatornom isključivanju manjinskih etničkih skupina u tekstu Ustavu BiH, bosanskohercegovačko zakonodavstvo uredilo je prava pripadnika nacionalnih manjina Zakonom o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina koji propisuje „prava i obaveze pripadnika nacionalnih manjina u BiH i obaveze organa vlasti u BiH da poštuju i štite, očuvaju i razvijaju etnički, kulturni, jezični i vjerski identitet svakog pripadnika nacionalne manjine u BiH, koji je državljanin BiH“.¹⁰⁵ Prema tom Zakonu, sljedeće nacionalne zajednice uživaju manjinsku zaštitu u BiH: Albanci, Crnogorci, Česi, Talijani, Mađari, Makedonci, Nijemci, Poljaci, Romi, Rumunji, Rusi, Rusin, Slovaci, Slovenci, Turci, Ukrajinci i Židovi. Zakon o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u BiH dalje je razrađen na entitetskom nivou. Entitet RSrp je normirala „prava i obaveze pripadnika nacionalnih manjina u Republici Srpskoj“ Zakonom o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina RSrp te „obaveze organa vlasti u Republici Srpskoj da poštuju i štite, očuvaju i razvijaju etnički, kulturni, jezički i vjerski identitet svakog pripadnika nacionalne manjine u Republici Srpskoj, koji je državljanin Bosne i Hercegovine i Republike Srpske“.¹⁰⁶ Drugi BiH entitet, FBiH, tek je 2008. godine izglasala entitetski zakon koji regulira manjinska prava. Zakon o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u FBiH propisuje „prava i obaveze pripadnika nacionalnih manjina u Federaciji BiH, Savjetodavno vijeće pripadnika nacionalnih manjina Federacije, te obaveze organa vlasti da poštuju i štite, očuvaju i razvijaju etnički, kulturni, jezični i vjerski identitet svakog pripadnika nacionalne manjine u Federaciji, koji je državljanin Federacije odnosno BiH“.¹⁰⁷ Unatoč postojanju manjinskog zakona na razini FBiH, što implicira usuglašenost ove materije na razini deset kantona koji čine teritorijalne jedinice FBiH, samo su četiri kantona donijela zakonodavstvo koje obvezuje institucije pod njihovom nadležnošću: Zakon o zaštiti pripadnika nacionalnih manjina u Tuzlanskom kantonu,¹⁰⁸ Zakon o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u Kantonu Sarajevo¹⁰⁹ i Zakon o zaštiti pripadnika nacionalnih manjina u Unsko-san-

¹⁰⁵ Čl. 1. Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina (Sl. glasnik BiH, br. 12/03 i 76/05).

¹⁰⁶ Čl. 1. Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina (Službeni glasnik RSrp, br. 2/04).

¹⁰⁷ Čl. 1. Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u FBiH (Sl. novine FBiH, br. 56/08).

¹⁰⁸ Zakon o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u Tuzlanskom kantonu (Službene novine Tuzlanskog kantona, 14/09).

¹⁰⁹ Zakon o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u Kantonu Sarajevo (Službene novine Kantona Sarajevo, br. 27/11).

skom kantonu¹¹⁰ te Zakon o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u Bosansko-podrijskom kantonu.¹¹¹

Ipak, u složenoj državnoj strukturi BiH, postojanje državnog manjinskog zakona nije pridonijelo značajnijem poboljšanja statusa nacionalnih manjina.¹¹² Uspostava normativno-institucionalnog okvira za ostvarivanje prava nacionalnih manjina u BiH trajala je dugi niz godina, a iz donjeg teksta proizlazi da često nije ni rezultirala provedivim mjerama. Na početku je provedba državnog zakona zahtijevala da njegove odredbe budu prenesene u zakonodavni tekst svakoga entiteta što je „pojelo“ nekoliko godina normativno-institucionalnog uređenja prava manjina. No, unatoč normativno-institucionalnom okviru zaštite manjina koji jest uspostavljen, njegova provedba je nadasve ograničena u mehanizmu podjele vlasti koji favorizira konstitutivne narode. Politički sustav opterećen je ostvarenjem prava tri konstitutivna naroda pri čemu „Ostali“ lako ostaju izvan položaja moći i izvan mjesta donošenja političkih odluka. Osim toga, višestoljetni proces asimilacije odigrao je svoje, pa se tek donošenjem manjinskog zakonodavstva javila želja kod građana da osvijeste, a često i instrumentaliziraju svoju (ponekad ranije zaboravljenu) etničku pripadnost. Budući da je manjinski model relativno nedavno uspostavljen, nacionalne manjine nisu organizirane te je neznatan njihov utjecaj na društveni život u zajednicama u kojima obitavaju. Provedbi propisanih manjinskih prava svakako ne pomaže ni činjenica teritorijalne raspršenosti manjinskih zajednica. Upravo u nedostatku značajnije brojnosti, manjinama u ovoj zemlji malo znači „pravo na zastupljenost u organima vlasti na svim nivoima, razmjerno procentu njihovog učeća u stanovništvu prema posljednjem popisu u BiH“¹¹³ ili pravo na „zastupljenost u organima vlasti i javnim službama na svim nivoima, razmjerno procentu njihovog učeća u stanovništvu“¹¹⁴ RSrp. Čak ni Savjet ministara, institucija nadležna za praćenje ostvarivanja prava manjina, „nema podataka o učešću u odlučivanju i zaposlenosti pripadnika manjina na nižim nivoima vlasti, kao što su kantoni i opštine“.¹¹⁵ Kako bi se

¹¹⁰ Zakon o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u Unsko-sanskom kantonu (Službeni glasnik Unsko-sanskog kantona, 4/12).

¹¹¹ Zakon o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u Bosansko-podrijskom kantonu (Službene novine Bosansko-podrijskog kantona, 8/12).

¹¹² V. Vlajičić - Crnjanski, K., *Položaj nacionalnih manjina u političkom sistemu*, u: Gavrić, S. et al. (ur.), *Uvod u politički sistem BiH - izabrani aspekti*, Fondacija Konrad Adenauer/Sarajevski otvoreni centar, Sarajevo, 2009., str. 116-133. V. Čorni, A., *Primjena Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina*, Helsinški parlament građana Banja Luke i Savez nacionalnih manjina RS, Banja Luka, 2006.

¹¹³ Čl. 19. Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina (Sl. glasnik BiH, br. 12/03). V. Dopune Izbornog zakona Bosne i Hercegovine (Sl. glasnik BiH, br. 76/05).

¹¹⁴ Čl. 16. Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina (Sl. glasnik RSrp, br. 2/04).

¹¹⁵ Savjet ministara, *Provi izvoještaja o zakonodavnim i drugim mjerama o provođenju načela utvrđenih u Okvirnoj konvenciji za zaštitu nacionalnih manjina*, 2003., dostupan na: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_fcnmdocs/PDF_1st_SR_Bosnia_bs.pdf (25.1. 2013.), str. 40.

ipak na neki način osigurala uključenost manjina u politički život države, Parlamentarna skupština BiH osnovala je 2006. godine Vijeće nacionalnih manjina BiH, posebno savjetodavno tijelo koje okuplja pripadnike nacionalnih manjina.¹¹⁶ Vijeće daje mišljenja, savjete i prijedloge Parlamentarnoj skupštini BiH o svim pitanjima koja se tiču prava, položaja i interesa nacionalnih manjina u BiH. Osim toga, Vijeće može delegirati stručnjaka u radu Ustavno-pravne komisije i Komisije za ljudska prava oba doma Parlamentarne skupštine BiH.¹¹⁷ Osim toga, i u RSrp je ustrojen Savjet nacionalnih manjina RSrp, kao posebno savjetodavno tijelo.¹¹⁸ Na razini FBiH pak ustrojeno je Vijeće manjina FBiH, kao savjetodavno tijelo Parlamenta FBiH.¹¹⁹

U izostanku formalne jednakosti kod pristupa političkim funkcijama, manjinskim zakonodavstvom trebalo bi se ostvariti očuvanju tradicije, kulture i identiteta pripadnika nacionalnih manjina na jednak način kako je to Ustavom BiH i ustavima entiteta jamčeno konstitutivnim narodima. No, ni ovaj segment ostvarivanja zaštite manjina nije u BiH uspješno proveden. Tako je prvotno bilo propisano pravo na obrazovanje na jeziku i pismu nacionalnih manjina iz Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina, koji je nametao obvezu entitetima i kantonima u FBiH omogućiti obrazovanje na jeziku manjine, bilo faktično neostvarivo.¹²⁰ Budući je u praksi ova odredba bila neprovediva, jer nacionalne manjine ne čine apsolutnu ili relativnu većinu ni u jednom bosansko-hercegovačkom gradu, općini ili naselju, amandmanom iz 2005. godine promijenjeno je u smisli da „obrazovne vlasti u BiH [...] su obavezne [...] u školama, u kojima učenici - pripadnici jedne nacionalne manjine čine najmanje jednu trećinu, osigurati obrazovanje na jeziku te manjine, a ako čine jednu petinu - osigurati dodatnu nastavu o jeziku, književnosti, historiji i kulturi manjine kojoj pripadaju, ako to zahtijeva većina njihovih roditelja“.¹²¹ Slično pravo na manjinsko obrazovanje formuliraju i entitetski manjinski zakoni.¹²²

BiH također priznaje i štiti pravo svakom pripadniku nacionalne manjine u BiH da upotrebljava svoj jezik, privatno i javno.¹²³ U mjestima u kojima pri-

¹¹⁶ Čl. 21. Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina (Sl. glasnik BiH, br. 12/03). V. također: Odluka o osnivanju vijeća nacionalnih manjina (Sl. glasnik BiH, br. 38/06).

¹¹⁷ Čl. 22. Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina (Sl. glasnik BiH, br. 12/03).

¹¹⁸ *Ibidem*, čl. 17.

¹¹⁹ Čl. 16.-21. Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u FBiH (Sl. novine FBiH, br. 56/08).

¹²⁰ Čl. 14. Zakona o zaštiti prava nacionalnih manjina (Sl. glasnik BiH, br. 12/03).

¹²¹ Čl. 5. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina (Sl. glasnik BiH, br. 76/05).

¹²² Čl. 10. Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u FBiH (Sl. novine FBiH, br. 56/08).

¹²³ Čl. 11. Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina (Sl. glasnik BiH, br. 12/03).

padnici nacionalne manjine čine apsolutnu ili relativnu većinu stanovništva, organi vlasti trebali bi osigurati upotrebu jezika manjine.¹²⁴ Na razini FBiH manjinama se također jamči „pravo svakom pripadniku nacionalne manjine da upotrebljava svoj jezik slobodno i bez ometanja, privatno i javno, usmeno i pismeno“.¹²⁵ No, obim ovog prava je prilično uzak: uz pravo upotrebljavati svoje ime i prezime na jeziku manjine, pripadnici nacionalnih imena mogu koristiti vlastiti jezik pred organima vlasti „u gradovima, općinama i mjesnim zajednicama, u kojima pripadnici nacionalne manjine čine većinu stanovništva“¹²⁶ te isticati toponime na manjinskom jeziku i pismu, a iznimno je moguće koristiti ova prava i kada pripadnici nacionalne manjine ne čine većinu stanovništva, ukoliko tako utvrde gradovi i općine svojim statutima. Zakon FBiH ne predviđa uporabu manjinskih jezika i pisama u političkom procesu, dakle u općinskim, kantonalnim ili entitetskim zakonodavnim tijelima.¹²⁷ Do sada je BiH podnijela tri izvještaja o zakonodavnim i drugim mjerama o provođenju načela utvrđenih u Okvirnoj konvenciji za zaštitu nacionalnih manjina, u prosincu 2003., lipnju 2007. te svibnju 2012. godine.¹²⁸ U ovom mehanizmu nadgledanja provedbe prava manjina, vlasti se kontinuirano ekskulpiraju za djelomičnu provedbu odredbi manjinskih zakona zbog nefunkcionalnog institucionalnog sustava vlasti, a i Savjetodavni odbor,¹²⁹ tijelo nadležno za provedbu Okvirne konvencije, je ukazao na „[z]abrinjavajući nedostatak komunikacije i koordinacija između različitih nivoa vlasti oko provođenja zakona i politika o nacionalnim manjinama“.¹³⁰ Savjetodavni odbor je u pogledu diskriminacije „Ostalih“ u političkom procesu primijetio da „[o] sobe koje pripadaju nacionalnim manjinama trpe diskriminaciju, odobrenu zakonom, u vezi s njihovim sudjelovanjem u javnim poslovima, budući da još uvijek nemaju pravo biti izabrane na određene funkcije, čak one na najvišoj

¹²⁴ *Ibidem*, čl. 12.

¹²⁵ Čl. 8. Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u FBiH (Sl. novine FBiH, br. 56/08).

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*, čl. 8. i 9.

¹²⁸ Sva izvješća dostupna su na mrežnim stranicama Vijeća Europe: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/Table_en.asp#Bosnia_and_Herzegovina (25.1. 2013.).

¹²⁹ U praćenju provedbe Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina sudjeluju Odbor ministara i Savjetodavni odbor, tijelo kojeg čine neovisni stručnjaci. Postupak nadgledanja izvršavanja Okvirne konvencije zahtijeva da država podnese redovita izvješća (prvo u roku od godinu dana od ratifikacije, a potom periodična izvješća svakih pet godina ili po konkretnom zahtjevu Odbora ministara). Izvješća ispituje Savjetodavni odbor koji donosi mišljenje o provedbi Okvirne konvencije koje se prosljeđuje državi, a koja ima priliku dati primjedbe na to mišljenje. Potom, na osnovu mišljenja Savjetodavnog odbora, Odbor ministara donosi rezoluciju koja sadrži zaključke i preporuke državi o provedbi Okvirne konvencije.

¹³⁰ Savjetodavni odbor Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, *Drugo mišljenje o BiH*, dostupno na: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/PDF_2nd_OP_BiH_bs.pdf (25.1.2013.), točka 14.

razini. To je, zajedno s opstankom kategorije 'Ostalih' u Ustavu glavni uzrok nezadovoljstva osoba koje pripadaju nacionalnim manjinama. One su obavijestile Savjetodavni odbor da ih donosioci politička odluka često tretiraju kao građane drugog reda.“¹³¹

Moguće je stoga zaključiti da su manjine u BiH osim radi isključenosti iz najviših političkih funkcija u zemlji, diskriminirane i zbog neprovedivih mjera koje je manjinsko zakonodavstvo predvidjelo, a da je isključivi „dobitnik“ bosanskohercegovačke manjinske politike uski sloj manjinske političke elite koji je uspio zauzeti položaje unutar novoosnovanog manjinskog institucionalnog aparata osigurane manjinskim zakonima. Na taj način se konsocijacijski korporativizam samo „uselio“ u još jedno područje politike, ne doprinoseći ni najmanje nadilaženju supkulturnih rascjepa i integraciji pripadnika nacionalnih manjina u društvene zajednice.

5. KAKO DOKINUTI INSTITUCIONALIZIRANU DISKRIMINACIJU U NEFUNKCIONALNOJ DRŽAVI: DO SADA PREDLOŽENA RJEŠENJA KOJA BI OMOGUĆILA PROVOĐENJE PRESUDE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Sejdić i Finci nisu prvi državljani BiH koji su pravnim putem pred sudbenim instancama pokušali okončati diskriminatornu praksu isključivanja „Ostalih“ iz najviših političkih funkcija. Sulejman Tihić, bivši član Predsjedništva BiH, podnio je Ustavnom sudu BiH 27. travnja 2004. godine zahtjev za ocjenom suglasnosti čl. IV/1, IV/1.(a), IV/3.(b) i V/1. Ustava BiH s čl.14. Europske konvencije i čl. 3. Protokola broj 1 uz Europsku konvenciju. Tihić je osim toga podnio i poseban zahtjev za ocjenu suglasnosti čl. 8. 1. st. 1. i 2. Izbornog zakona BiH sa čl. 3. Protokola broj 1 uz Europsku konvenciju, čl. 1. Protokola broj 12 uz Europsku konvenciju, te čl. 2. st. 1. točka c) i čl. 5. st. 1. točka c) Međunarodne konvencije o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije. Tihić je kao podnositelj zahtjeva istaknuo da „sve odredbe koje rezerviraju određen javni položaj za Bošnjaka, Hrvata i Srbina, bez mogućnosti izbora građanina pripadnika „Ostalih“, krše članak 5. Međunarodne konvencije o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije, koja se prema Aneksu I Ustava BiH mora primjenjivati u BiH i ne predstavlja samo obvezu države BiH, već jamčena pojedinačna prava, i to politička prava, osobito pravo sudjelovanja na izborima - pravo glasa i kandidature prema sustavu općeg i jednakog prava glasa, pravo sudjelovanja u vladi, kao i upravljanju javnim poslovima na svim razinama i pravo pristupa, pod jednakim uvjetima, javnim funkcijama“. Ustavni sud BiH je zaključio da je nenadležan jer „[z]a uspostavu nadležnosti Ustavnog suda iz članka VI/3.(a) Ustava Bosne i Hercegovine nužno je i

¹³¹ *Ibidem*, točka 18.

postojanje 'spora' u smislu ove ustavne odredbe. U konkretnom se slučaju ne radi o 'sporu' koji proistekne iz ovog Ustava između entiteta, ili između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta, ili između institucija Bosne i Hercegovine, nego o mogućem konfliktu između međunarodnog i domaćeg prava. Osim toga, obzirom da se u konkretnom slučaju traži ispitivanje usklađenosti pojedinih odredbi Ustava Bosne i Hercegovine s odredbama Europske konvencije, Ustavni sud primjećuje da prava iz Europske konvencije ne mogu imati superiorniji status u odnosu na Ustav Bosne i Hercegovine, jer je Europska konvencija kao međunarodni dokument stupila na snagu na temelju Ustava Bosne i Hercegovine, te ustavne ovlasti proističu iz Ustava Bosne i Hercegovine, a ne iz Europske konvencije.“¹³² Ovakva je odluka Ustavnog suda BiH, kojom je odbacio ocjenjivanje ustavnosti određenih odredbi Ustava BiH, diskutabilna jer prema tekstu Ustava BiH „u Bosni i Hercegovini izravno se primjenjuju prava i slobode garantirani Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kao i njezinim protokolima“, a ti akti „imaju prioritet nad svim drugim zakonima“.¹³³ Slično je prema tumačenju Faruka Vehabovića, koji smatra da je Ustavni sud BiH bio „nadležan *ratione materiae* ispitati da li postoji konflikt između pojedinih odredbi Ustava BiH i Evropske konvencije“,¹³⁴ budući da „postoji obaveza svih državnih organa u Bosni i Hercegovini da primjenom prava i principa iz Evropske konvencije preispituju sve akte koji mogu dovesti do kršenja pojedinačnih prava i osiguraju njihovu zaštitu od eventualnih povreda“.¹³⁵ Nedostatno je ovakvo „[i]sključivo jezičko tumačenje nadležnosti Ustavnog suda“¹³⁶ jer je „standard kontrole svakako i Evropska konvencija, njeni protokoli i međunarodni sporazumi koji su sastavni dio Ustava BiH, kako je to eksplicitno navedeno u članu VI/3.c) Ustava BiH“.¹³⁷ Vehabović nadalje tvrdi da „bilo bi pogrešno tumačiti nadležnosti Ustavnog suda isključivo u pogledu isključivih nadležnosti utvrđenih u članu IV/3.f) i članu VI. Ustava BiH, jer Ustavni sud, 'podržavajući Ustav', svoje nadležnosti mora crpiti i iz drugih ustavnih odredbi“.¹³⁸

Unatoč dvjema prvotnim odlukama Ustavnog suda BiH o nedopustivosti revizije zbog nenadležnosti za odlučivanje o tome ima li Europska konvencija prednost u odnosu na Ustav BiH, u svojoj kasnijoj odluci Ustavni sud BiH je

¹³² Ustavni sud BiH, U-5/04 od 1. travnja 2006., točka 14 (Odluka Ustavnog suda o dopustivosti). V. Ustavni sud BiH, U-13/05 od 26. svibnja 2006. (Odluka Ustavnog suda u o dopustivosti).

¹³³ Čl. II. 2. Ustava BiH. V. Vehabović, F., *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Asocijacija Alumni Centra za interdisciplinarnu postdiplomske studije, Sarajevo, 2006.

¹³⁴ Vehabović, F., *op. cit.*, bilj. 133., str. 90.

¹³⁵ *Ibidem*, str. 88.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*, str. 89.

došao do drugačijeg zaključka. U presudi povodom tužbe Ilijaza Pilava, kojega je Stranka za BiH kandidirala na parlamentarnim izborima 2006. godine za člana Predsjedništva BiH iz RSrp, a Središnje izborno povjerenstvo BiH odbilo njegovu kandidaturu s obrazloženjem da se isključivo državljani srpske nacionalnosti iz RSrp mogu kandidirati za funkciju člana Predsjedništva BiH, Ustavni sud BiH je ocjenjivao bi li došlo do povrede odredbi Europske konvencije, ali i utvrdio osnove za legitimno ograničenje prava iz Konvencije.¹³⁹ U tužbi je tužitelj povredu svojih prava obrazložio činjenicom da se, prema članku II/2. Ustava BiH, prava i slobode predviđene Europskom konvencijom i njenim protokolima direktno primjenjuju i imaju prioritet nad svim ostalim zakonima i zbog toga smatra da mu je kandidatura za člana Predsjedništva BiH odbijena isključivo na osnovu njegovog nacionalnog porijekla što predstavlja povredu čl. 1. Protokola broj 12. Europske konvencije koji jamči uživanje svih prava određenih zakonom bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, pa tako i radi nacionalnog podrijetla, te zahtjeva da nitko ne smije biti diskriminiran od strane javnih tijela na bilo kojoj osnovi, uključujući i nacionalno porijeklo. Ustavni sud BiH je ustanovio da je nesporno kako „odredba člana V Ustava Bosne i Hercegovine, kao i odredba člana 8. Izbornog zakona iz 2001. godine ima restriktivan karakter u smislu da ograničava prava građana u pogledu mogućnosti Bošnjaka i Hrvata iz RSrp, odnosno Srbina iz Federacije Bosne i Hercegovine, da se kandidiraju za izbor za člana Predsjedništva Bosne i Hercegovine. Međutim svrha tih odredbi je jačanje pozicija konstitutivnih naroda tako da se na nivou države kao cjeline osigura da se Predsjedništvo sastoji od predstavnika sva tri konstitutivna naroda. S obzirom na aktualnu situaciju u Bosni i Hercegovini, ograničenje nametnuto Ustavom i Izbornim zakonom iz 2001. godine koje postoji u pogledu prava apelanata u smislu različitog postupanja sa kandidaturom apelanata u odnosu na kandidaturu drugih kandidata koji su Srbi i koji se neposredno biraju s teritorije RSrp, u ovom trenutku je opravdano budući da postoji razumno opravdanje za takvo postupanje. Dakle, s aspekta trenutnog stanja u BiH i specifičnosti ustavnog uređenja, a imajući u vidu trenutna ustavna i zakonska rješenja, osporenim odlukama Suda BiH i CIK [Centralne izborne komisije] nije došlo do povrede prava apelanata iz člana 1. Protokola broj 12 uz Europsku konvenciju i člana 25. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, budući da osporene odluke nisu arbitrarne, odnosno da su zasnovane na zakonu te, dakle, služe legitimnom cilju, imaju razumno opravdanje te na apelante ne stavljaju pretjeran teret budući da je ograničenje prava apelanata proporcionalno cilju šire društvene zajednice u smislu očuvanja uspostavljenog mira, nastavka dijaloga i samim tim stvaranja uvjeta za izmjene navedenih odredbi Ustava Bosne i Hercegovine i Izbornog zakona iz 2001.“¹⁴⁰

¹³⁹ Ustavni sud BiH, AP 2678/06 od 29. rujna 2006.

¹⁴⁰ *Ibidem*, točka 22.

ESLJP je ipak zauzeo drugačiji stav u pogledu legitimnosti ograničenja prava na političku participaciju. U presudi u predmetu *Sejdić i Finci* utvrdio je naime da su sporne ustavne odredbe koje isključuju „Ostale“ iz političkog života zemlje bile opravdane u vrijeme kada su usvojene i slijedile su cilj koji je općenito u skladu s općim ciljevima Europske konvencije, a to je uspostava mira. Razmatrajući razdoblje od dana kada je BiH ratificirala Europsku konvenciju (kada počinje *ratione temporis* nadležnost Suda), zaključio je da dugotrajna nemogućnost tužitelja za kandidiranje na izborima za Dom naroda nema objektivno i prihvatljivo opravdanje te ona predstavlja kršenje čl. 14. Konvencije u svezi s čl. 3. Protokola br. 1. ESLJP je, vjerojatno imajući na umu krhkost bosanskohercegovačkog konsocijacijskog aranžmana, u presudi naveo i da „prema Konvenciji ne postoji bilo kakav zahtjev da se u potpunosti napuste mehanizmi dijeljenja vlasti koji su specifični za Bosnu i Hercegovinu, te možda još uvijek nije sazrelo vrijeme za politički sistem koji bi predstavljao prostu refleksiju vladavine većine“.¹⁴¹

Međunarodna zajednica, posebice u okviru Vijeća Europe, putem Rezolucija Parlamentarne skupštine i mišljenja Venecijanske komisije pokušala je i prije presude ESLJP sugerirati obrise ustavnih reformi koje bi najprije omogućile da funkcioniranje institucija na državnom nivou bude poboljšano s ciljem stvaranja moderne i funkcionalne države, ali i onemogućile daljnju ustavnu diskriminaciju svih onih koji nisu pripadnici konstitutivnih naroda. Slično tvrdi Gianni Buquicchio, predsjednik Venecijanske komisije, koji napominje da je za BiH „neophodan [...] sistematičniji pristup koji osigurava minimum ovlaštenja na državnom nivou, što zahtijeva bilo koja suvremena demokratska država“.¹⁴² U tu svrhu, Parlamentarna skupština Vijeća Europe u nekoliko je navrata urgirala da vlasti BiH, posebice nakon što je ESLJP ustanovio diskriminaciju „Ostalih“, a prije parlamentarnih izbora koji su slijedili nakon presude, da uspostave konstruktivan dijalog o konkretnim prijedlozima za ustavnim promjenama.¹⁴³

Prilikom pristupanja Vijeću Europe 24. travnja 2002. godine, BiH se obvezala da će u roku od godine dana, uz pomoć tzv. Venecijanske komisije, preispitati izborno zakonodavstvo u svjetlu standarda Vijeća Europe i izvršiti izmjene tamo gdje je potrebno da bi se ukinula ustavna diskriminaciju

¹⁴¹ ESLJP, *Sejdić i Finci protiv BiH*, op. cit., bilj. 4., točka 48.

¹⁴² Steiner, C.; Ademović, N. (ur.), op. cit., bilj. 81., str. xxix.

¹⁴³ Rezolucija 1383 (2004) o poštivanju preuzetih obveza od strane Bosne i Hercegovine, Rezolucija 1513 (2006) o Ustavnoj reformi u Bosni i Hercegovini, Rezolucija 1626 (2008) u pogledu obveza od strane Bosne i Hercegovine, Rezolucija 1701 (2010) o funkcioniranju demokratskih institucija u Bosni i Hercegovini, Rezolucija 1725 (2010) o hitnoj potrebi za ustavnim reformama u Bosni i Hercegovini, Rezolucija 1855 (2012) o funkcioniranju demokratskih institucija u Bosni i Hercegovini. Sve rezolucije dostupne na mrežnim stranicama Parlamentarne skupštine Vijeća Europe: <http://www.assembly.coe.int/nw/Home-EN.asp> (20.01.2013.).

građana/ki koji/e ne pripadaju konstitutivnim narodima. To se doista i dogodilo, a u svom mišljenju o ustavnoj situaciji u BiH i ovlaštenjima Visokog predstavnika, Venecijanska komisija je predložila sveobuhvatna rješenja koja bi doprinijela istovremeno efikasnosti državnih institucija i dokidanju institucionalne diskriminacije „Ostalih“. Bio je to prvi maksimalistički pokušaj rješavanja isključenosti „Ostalih“, koji se (ipak) u trenutnom političkom kontekstu bosansko-hercegovačkog podijeljenog društva, u kojemu je institucionalizacija konstitutivnih etnita tvrdo zacementirana podjelom političkih i administrativnih funkcija među elitama konstitutivnih naroda, ne čini izvjesnim.

Venecijanska komisija je dakle još 2005. godine zatražila od BiH vlasti da poduzme opsežnu ustavnu reformu zasnovanu na konsenzusu političkih elita, koja bi se postupno odvijala, a kroz supstantivnu promjenu nadležnosti nekoliko postojećih konsocijacijskih mehanizama osigurala bi ne samo učinkovitiju i jeftiniju upravu, već i eliminirala diskriminaciju „Ostalih“. Venecijanska komisija navodi da u BiH postoji niz ustavnih odredbi koje osiguravaju interese konstitutivnih naroda, između ostalog: veto za zaštitu vitalnog interesa u Parlamentarnoj skupštini, dvodomni sustav i kolektivno Predsjedništvo na etničkom osnovu. Mnogobrojnost konsocijacijskih elemenata, prema njenom mišljenju, „djelotvornu vladu čini izuzetno teškom, ako ne i nemogućom“.¹⁴⁴ Kako presuda u predmetu *Sejdić i Finci* zahtijeva ukidanje diskriminacije u pogledu pristupa političkim funkcijama u Predsjedništvu BiH i Domu naroda, ovdje ću navesti prijedloge Venecijanske komisije u vezi s ova dva tijela. Iako kolektivno Predsjedništvo ocjenjuje kao „izuzetno neuobičajeno rješenje“¹⁴⁵ koje „ne djeluje ni funkcionalno, ni efikasno“,¹⁴⁶ Venecijanska komisija drži da „[u] kontekstu BiH, njegovo postojanje djeluje, opet, motivirano potrebom da se osigura učešće predstavnika svih konstitutivnih naroda u svim bitnim odlukama“.¹⁴⁷ Najbolje rješenje bi, prema Venecijanskoj komisiji, bilo „da se izvršna vlast koncentrira na Vijeće ministara kao tijelo tipa kolegija, u kojem su zastupljeni svi konstitutivni narodi. Onda bi jedan predsjednik kao šef države bio prihvatljiv. Obzirom na multietnički karakter zemlje, posredni izbor predsjednika u Parlamentarnoj skupštini sa većinom koja osigurava da će predsjednik uživati šire povjerenje među svim narodima, djeluje kao opcija koja bi se preferirala u odnosu na neposredne izbore. Mogla bi se dodati i pravila o rotaciji, uz uslov da novoizabrani predsjednik ne može biti pripadnik istog konstitutivnog naroda kao i njegov prethodnik.“¹⁴⁸ Ipak, svjesni da je radikalnije rješenje neizvjesno i da je „teško predvidjeti u Bosni i Hercegovini

¹⁴⁴ Točka 36. Mišljenja Venecijanske komisije, *op.cit.*, bilj. 36.

¹⁴⁵ *Ibidem*, točka 38.

¹⁴⁶ *Ibidem*, točka 39.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*, točka 40.

jednog predsjednika“¹⁴⁹, Venecijanska komisija istakla je i pragmatičniju mogućnost preoblikovanja pravila o Predsjedništvu koja bi bila „kompatibilna sa međunarodnim standardima, a da se zadrži politički balans u zemlji“.¹⁵⁰ Konkretno, Venecijanska komisija sugerira da je ovakvo rješenje moguće ako „se predvidi da ne više od jednog člana Predsjedništva može biti iz jednog konstitutivnog naroda ili iz reda ostalih, i da se ovo kombinira sa izbornim sistemom koji će osigurati zastupljenost oba entiteta“.¹⁵¹

Po pitanju nezastupljenosti „Ostalih“ u Domu naroda, Venecijanska komisija je također ponudila rješenje. Radi povećanja učinkovitosti političkog procesa, predlažu „da bi bilo bolje premjestiti ostvarivanje prava veta za zaštitu vitalnog interesa u Predstavnički dom i ukinuti Dom naroda. Ovo bi uskladilo procedure i omogućilo usvajanje zakona bez ugrožavanja legitimnih interesa bilo kog naroda. To bi riješilo i problem diskriminatornog sastava Doma naroda.“¹⁵² I u pogledu reforme ove institucije Venecijanska komisija nudi pragmatičnije i radikalno rješenje. U pragmatičnijem prijedlogu sugerira da bi bilo „moguće odrediti maksimalni broj mjesta za predstavnike svakog konstitutivnog naroda“¹⁵³ u Domu naroda ili, navodeći da radikalnije rješenje preferira, „Dom naroda jednostavno ukinuti, a mehanizam veta za zaštitu vitalnog interesa koristiti u Predstavničkom domu“.¹⁵⁴

Nekoliko dosadašnjih pokušaja čelnika vodećih političkih stranaka da reformiraju ustavno-političkog sustava BiH nisu urodila plodom.¹⁵⁵ Na temelju Mišljenja Venecijanske komisije, a pod patronatom međunarodne zajednice, u travnju 2006. godine dogovoren je tzv. „aprilski paket“ ustavnih reformi. Unatoč prethodnom usuglašavanju stavova, prijedlog nije prošao parlamentarno glasovanje. Nekoliko godina kasnije, u listopadu 2009. godine, ponovno na temelju mišljenja Venecijanske komisije i uz podršku međunarodne zajednice, usuglašavan je kroz nekoliko krugova razgovora neznatno izmijenjen reformski prijedlog u Butmiru, naselju u predgrađu Sarajeva. U tom, tzv. Butmirskom procesu, čelnici vodećih političkih stranaka bili su još manje spremni prihvatiti predloženi paket reformi za poboljšanje sustava vlasti i uspostavu funkcionalne države. Iako presuda u predmetu *Sejdić i Finci* obvezuje vlasti BiH na izmjenu ustavno-pravnog uređenja države, u svjetlu

¹⁴⁹ *Ibidem*, točke 39. i 77.

¹⁵⁰ *Ibidem*, točka 76.

¹⁵¹ *Ibidem*, točka 77.

¹⁵² *Ibidem*, točka 36.

¹⁵³ *Ibidem*, točka 80.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ Marko, J., *Constitutional Reform in Bosnia and Herzegovina 2005.-06*, European Yearbook of Minority Issues, vol. 5, 2007., str. 207-218; Vehabović, F., *Zašto neće doći do sistematskih ustavnih promjena*, Sveske za javno pravo, vol. 1-2, 2010., str.36-56; Kukić, S., *Reforme u uvjetima etnički konfliktnih društava - primjer Bosne i Hercegovine*, Informatologia, vol. 44, br. 1, 2011., str. 19-26.

ranijih neuspjelih dogovora političkih elita, ne čudi da politički konsenzus u pogledu prijeko potrebnih izmjena spornih ustavnih odredbi, nakon čega bi tek treba uslijediti usuglašavanje izbornog zakonodavstva, nije postignut. Deklarativna spremnost nositelja izvršne vlasti, Vijeća ministara BiH, da izvrši presudu iskazana je usvajanjem Akcijskog plana za izvršenje presude *Sejdić i Finci* 4. ožujka 2010. godine.¹⁵⁶ Akcijski plan je predvidio osnivanje Radne skupine koji čine tri ministra (pravde, civilnih poslova i odbrane), sedam stranačkih predstavnika i tri predstavnika iz klubova naroda u Domu naroda Parlamentarne skupštine. Već nerealnim zahtjevom da Radna skupina do 29. ožujka (dakle, u manje od mjesec dana) predloži amandmane na Ustav BiH, a izmjene Izbornog zakona do 15. travnja, Vijeće ministara BiH osudilo je na neuspjeh kompleksan zadatak izmjene Ustava BiH i Izbornog zakona. Radna skupina održala je nekoliko sastanaka na kojima nije usuglašen niti jedan prijedlog. Potom je Vijeće ministara u listopadu 2011. godine predložilo da se u okviru Parlamentarne skupštine osnuje Privremena zajednička komisija oba doma koja bi pripremila prijedloge za provođenje presude.¹⁵⁷ Logika kojom će parlamentarni zastupnici moći osigurati inkluzivan pristup provedbi presude i kompromisnom iznalaženju rješenja amandmanima na Ustav BiH i Izborni zakon bila je motivator za uspostavljanja ovog (novog) tijela zaduženog za provedbu presude ESLJP. No, zamka prekratkih rokova ponovljena je, jer je Komisija trebala pripremiti prijedloge amandmana na Ustav BiH do 30. studenoga 2010., a prijedloge izmjena Izbornog zakona do 31. prosinca iste godine, te ih dostaviti Predstavničkom domu i Domu naroda u parlamentarnu proceduru. Iako je mandat Privremene zajedničke komisije u nekoliko navrata produživan, njen je rad okončan krajem 2012. godine „zaključkom da Komisija nije postigla takav stepen saglasnosti, koji je potreban za predlaganje amandmana na Ustav BiH“.¹⁵⁸ Florian Bieber stoga ispravno ističe da „ne postoji jednostavno ustavno rješenje kojim bi se na lagan način izvršila presuda Evropskog suda za ljudska prava. Naravno, moguće je formulirati jednostavne ustavne izmjene, kao što su to učinile pojedine političke stranke,

¹⁵⁶ Odluka o formiranju Radne grupe za provođenje Akcijskog plana za izvršenje presude Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu u predmetu *Sejdić i Finci* protiv Bosne i Hercegovine (Sl. glasnik BiH, br. 27/10).

¹⁵⁷ Zaključak o osnivanju Privremene zajedničke komisije oba doma za sprovođenje presude Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu u predmetu *Sejdić i Finci* protiv BiH, usvojio Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH, na sjednici od 30.09. 2011. i Predstavnički dom, na sjednici od 11. 10. 2011. Dostupno na: https://www.parlament.ba/sadrzaj/komisije/dom_naroda/ustavnopravna/ostale_aktivnosti/Default.aspx?id=31786 (20.1.2013.).

¹⁵⁸ *Izvještaj o radu Privremene zajedničke komisije oba doma za provođenje presude Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu u predmetu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine za period od 05.01.2012 do 12.03.2012*, dostupno na: <http://www.ustavnareforma.ba/files/EURAC/Aktuelnosti/bs.bs.%20Izvještaj-o-radu-Privremene-zajedničke-komisije-oba-doma-za-provođenje-presude-Evropskog-suda-za-ljudska-prava-u-Strazburu-u-predmet-u-Sejdić-i-Finci-protiv-BiH05.01.-12.03.2012.pdf> (20.1.2013.).

kojima bi se formalno uklonila diskriminacija, ali se pri tome ne bi napravile nikakve suštinske izmjene, tj. ne bi se riješili temeljni problemi koji se tiču isključenosti i mehanizama odlučivanja.“¹⁵⁹ Bosanskohercegovačke nacionalne manjine dale su sličan doprinos pokušaju provođenja presude ESLJP. Tako je Vijeće nacionalnih manjina BiH predložilo dva ustavna amandmana koja predstavljaju minimalističko rješavanje zahtjeva provođenja presude ESLJP.¹⁶⁰ Prvi amandman bi u preambuli Ustava BiH uz konstitutivne narode spomenuo zakonom priznate nacionalne manjine u BiH. Drugi amandman odnosi se na povećanje broja članova Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH za četiri predstavnika nacionalnih manjina, pri čemu bi dva bila iz RSrp i dva iz FBiH, a birala bi ih entitetska vijeća nacionalnih manjina. Ciljajući i na izmjenu izbornog zakonodavstva, Vijeće nacionalnih manjina BiH osim toga predlaže da se uz tri člana Predsjedništva BiH bira još jedan iz reda građana koji se ne izjašnjavaju kao konstitutivni narodi s područja cijele BiH. Bieber pak kritizira ovaj prijedlog jer su „[n]acionalne manjine suviše [...] malobrojne da bi efektivno učestvovala u odlučivanju na isti način kao tri “konstitutivna naroda”, a takav bi pristup i dalje sa visokih funkcija isključivao građane koji se ne žele ili ne mogu identificirati sa postojećim kategorijama etničkog identiteta. Mada je teoretski moguće zamisliti formiranje poslaničkog kluba za ‘Ostale’, koji odbijaju etničku samoidentifikaciju, ovakva bi kategorija bila podložna zloupotrebi i vjerojatno se njome ne bi postiglo puno više od povećanja nadmetanja među strankama koje predstavljaju dominantne etnonacionalne zajednice.“¹⁶¹

Zaključno, postavlja se pitanje, je li međunarodna zajednica, putem mehanizama nadgledanja i prisile koji su joj na raspolaganju, učinila dovoljno u okviru svojih nadležnosti da motivira nužne ustavne promjene koje će dokučiti diskriminaciju „Ostalih“. Za izvršenje presuda ESLJP-a zadužen je Odbor ministara, međuvladino tijelo kojeg čine ministri vanjskih poslova svake države članice.¹⁶² U praksi, međutim, ministri delegiraju tu zadaću stalnim predstavnicima vlada u Strasbourgu, koji zadaću nadzora dalje delegiraju diplomatima ili stručnjacima.¹⁶³ Ipak, Odbor ministara donosi rezolucije i prepo-

¹⁵⁹ Bieber, F., *op. cit.*, bilj. 33., str. 4.

¹⁶⁰ V. npr.: *Zapisnik sa sjednice Privremene zajedničke komisije oba doma za izvršenje presude Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu u predmetu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*, 3. studeni 2011., dostupno na <http://www.ustavnareforma.ba/files/EURAC/Aktuelnosti/bs.Zapisniksa-5.-sjednice-Privremene-zajedničke-komisiji-za-implementaciju-presude-Sejdic-Finci03.11.2011.pdf> (20.1.2013.).

¹⁶¹ Bieber, F., *op. cit.*, bilj. 33., str. 4.

¹⁶² Čl. 46. Europske konvencije. Uz izvršenje presuda ESLJP, Odbor skrbi i za izvršenje odluka odbora uspostavljenih prema Europskoj socijalnoj povelji, Okvirnoj konvenciji za zaštitu nacionalnih manjina i Konvenciji o sprječavanju mučenja i nečovječnog postupanja.

¹⁶³ Čali, B.; Bruch, N., *Nadziranje izvršenja presuda Evropskog suda za ljudska prava*, Priručnik za organizacije civilnog društva, CMS, Zagreb, 2011., str. 11.

ruke kojima nastoji potaknuti države na izvršenje obveza preuzetih Konvencijom. Nakon presude, Parlamentarna skupština Vijeće Europe ponavljano je pozivala vlasti BiH da uklone diskriminatorne odredbe prema „Ostalima“.¹⁶⁴ Moguće je da će ESLJP postupiti slično kao u slučaju *Greens i M. T. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁶⁵ i odrediti rok u kojem će BiH biti dužna zakonodavnom procedurom provesti presudu.¹⁶⁶

Ipak, članstvo u Europskoj uniji (EU) moralo bi biti najsnažnijim motorom nužnih promjena koje bi osigurale i uključivanje „Ostalih“ u najviše političke funkcije. No, iako je međunarodna zajednica eventualni uspjeh ključnih ustavnih reformi vezala uz napredak prema članstvu u EU i NATO-u, ovi vanjskopolitički ciljevi čine se nedostatni za dogovor bosanskohercegovačkih političkih elita.¹⁶⁷ Na primjer, kod potpisivanja i ratifikacija Ugovora o stabilizaciji i pridruživanju BiH se 2008. obvezala ispuniti prioritete iz Europskog partnerstva koje, *inter alia*, zahtjeva „poštivanje ljudskih prava i temeljnih sloboda, uključujući, ako je potrebno, reformiranjem ustavnog okvira“.¹⁶⁸ Jedan od glavnih prioriteta bila je i izmjena izbornog zakonodavstva u pogledu broja članova Predsjedništva i broja zastupnika Doma naroda kako bi se osigurala puna usklađenost s Europskom konvencijom. Izvješća Europske komisije o

¹⁶⁴ V. Council of Europe: Committee of Ministers, *Resolution CM/ResCMN(2009)6 on the implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities by Bosnia and Herzegovina*, 9 December 2009, dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/4c7616f62.html> (20.1.2013.); Council of Europe: Parliamentary Assembly, *Resolution 1701 (2010) Functioning of democratic institutions in Bosnia and Herzegovina*, 26 January 2010, dostupno na: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1701.htm> (20.1.2013.); Council of Europe: Parliamentary Assembly, *Recommendation 1914 (2010), Urgent need for constitutional reform in Bosnia and Herzegovina*, 29 April 2010, dostupno na: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/EREC1914.htm> (20.1.2013.); Council of Europe: Committee of Ministers, *Interim Resolution CM/ResDH(2011)291, Execution of the judgment of the European Court of Human Rights Sejdić and Finci against Bosnia and Herzegovina*, December 2010, dostupno na: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1881897&Site=CM> (20.1.2013.); Council of Europe: Committee of Ministers, *Ministers' Deputies Information documents, CM/Inf/DH(2011)6*, 8 February 2011, dostupno na <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1744311&Site=CM> (20.1.2013.).

¹⁶⁵ ESLJP, *Greens i M.T. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (zahtjevi br. 60041/08 i 60054/08), presuda od 23. studenog 2010.

¹⁶⁶ Kako navode Nedim Kulenović, Inja Hažialić-Bubalo i Mirza Korajlić: „Vijeće Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Greens i M. T. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* donijelo je pilotsku presudu, imajući u vidu preko 2500 sličnih aplikacija, u kojoj je odredilo šestomjesečni rok, od konačnosti presude, u kojem Ujedinjeno Kraljevstvo mora donijeti nacrt zakona o izmjeni zakonodavstva koje je određeno kao nekompatibilno sa Evropskom konvencijom, te usvojiti takav nacrt u bilo kojem roku kojeg odredi Odbor ministara.“ V. Kulenović, N.; Hažialić-Bubalo, I.; Korajlić, M., *Presuda Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine: Konkretna posljedice - prvi pregled*, Sveske za javno pravo, br. 1-2, 2010., str. 19.

¹⁶⁷ Aybet, G.; Bieber, F., *From Dayton to Brussels: The Impact of EU and NATO Conditionality on State Building in Bosnia and Herzegovina*, *Europe-Asia Studies*, vol. 63, br. 10, 2011., str. 1911-1937.

¹⁶⁸ Odluka Vijeća 2008/211/EZ od 18. veljače 2008. o načelima, prioritetima i uvjetima sadržanim u Europskom partnerstvu s Bosnom i Hercegovinom i ukidanju Odluke 2006/55/EZ (neslužbeni prijevod), SL L 80, 19. 3. 2008.

napretku BiH ukazuju na to da je tempo provedbe (ustavnih) reformi nedostatan za konkretizaciju statusa zemlje kandidatkinje za članstvo u EU jer „[u] spostava učinkovitog koordinacijskog mehanizma među različitim razinama vlasti za prenošenje, primjenu i provedbu zakona EU, tako da zemlja može jednoglasno odgovarati na pitanja EU“¹⁶⁹ još uvijek, zbog izostanka dogovora političkih elita, nije postignuta. Posljednje izvješće Europske komisije iz listopada 2012. godine navodi „mali napredak u provođenju presude ESLJP u predmetu *Sejdić-Finci* i uspostavljanju funkcionalnih i održivih institucija“.¹⁷⁰ Izostanak suradnje političkih elita oko nužnih ustavnih promjena, posjednica je toga što bosanskohercegovački korporativni konsocijalizam nagrađuje očuvanje podjela među segmentima, a ne sankcionira ishodima izbora (budući da je glasačko tijelo etnički podijeljeno, kao rezultat institucionaliziranih podjela glasa prema tzv. „etničkom ključu“, a osim toga rijetke su političke stranke u BiH koje nisu monoetnički profilirane).¹⁷¹

6. ZAKLJUČAK

Neprovođenje presude ESLJP iz 2009. godine kojom je ustanovljeno da se ustavnim odredbama koje onemogućavaju kandidiranje pripadnika nacionalnih manjina za najviše državne funkcije krše odredbe Europske konvencije i Protokola 12 direktna je posljedica nekonsolidirane i defektne konsocijacijske demokracije u BiH. Naime, provođenje presude koja pretpostavlja ustavno ustanovljenje (političke) jednakosti svih građana zahtjeva reviziju Ustava koji sadrži instrumente podjele vlasti među trima konstitutivnim narodima u krhkoj post-konfliktnoj državi. Stoga odluka ESLJP ni tri godine nakon donošenja nije provedena, ne zbog toga što političke elite zatiru pravo na političku participaciju „Ostalima“, nego zato što provođenje presude zahtjeva suštinsku izmjenu Ustava i narušavanje krhke stabilnosti u ovoj zemlji. Naime, da provedu presudu, politički čelnici BiH trebali bi uskladiti svoje često kontradik-

¹⁶⁹ Europska komisija, *Bosnia and Herzegovina 2012 Progress Report - Commission Staff Working Document accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013, SWD(2012) 335 final*, 10 October 2012, dostupno na: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2012/package/ba_rapport_2012_en.pdf, (20.1.2013.), str. 9.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Na ovo pitanje je pažnju svratio i bivši Visoki predstavnik Paddy Ashdown, koji je na sjednici Venecijanske komisije istaknuo da „ukoliko Bosna i Hercegovina želi ući u EU i NATO, ona će morati biti krajnje funkcionalna država i ništa manje od toga. Politički lideri Bosne i Hercegovine već počinju shvaćati da su suočeni s izborom: da zadrže sadašnji ustav i snose ekonomske, socijalne i političke posljedice, ili da izvrše ustavne promjene i tako Bosnu i Hercegovinu učine stabilnom, funkcionalnom i prosperitetnom državom unutar Evropske unije.“ V. Venecijanska komisija: *Izveštaj sa 60. Plenarne sjednice Venecijanske komisije, CDL-PV(2004)003 od 3. prosinca 2004*, str. 18. Citirano u točki 17. ESLJP, *Sejdić i Finci protiv BiH*, op. cit., bilj. 4.

torne pozicije i interese svojih etnički jasno podijeljenih glasača koji su posljedica duboke društvene podijeljenosti etnokulturalnih segmenata. No, kako upozorava Wolfgang Merkel defektne demokracije „nisu ni u kojem slučaju nužno prijelazni režimi. One mogu stvarati stabilne veze sa svojim okruženjem i popriličan broj pripadnika elita i građana smatra ih primjerenim rješenjima za gomilu problema u postautokratskim demokracijama.“¹⁷² Da bi se takav prevladavajući stav podijeljenosti društva prevladao u BiH, Joseph Marko sugerira da bi institucionalizaciju etničnosti tri konstitutivna naroda trebalo „iskorijeniti i iz načina razmišljanja većine građana BiH [koji su se nekritično] navikli na ovaj *modus vivendi*“.¹⁷³ No, u etnički duboko podijeljenom društvu u kojem je institucionalizacija etniciteta duboko ukorijenjena na svim razinama vlasti, preporuka Josepha Marka, da je „ovom problemu [...] potrebno prići, prije svega, ozbiljno, sistemski i institucionalno, te ‘pročešljati’ pravni sustav BiH u okviru sveobuhvatne akcije i tako ga dovesti u sklad sa presudom *Sejdić i Finci protiv BiH*“,¹⁷⁴ zvuči preoptimistično, ako ne i neizvedivo.

ESLJP je spomenuo u presudi da „zakonom ozakonjene razlike po osnovu etničke pripadnosti mogu pogoršati tenzije, umjesto jačati konstruktivne i održive odnose među svim etničkim grupama, koje su neophodne za održivost multietničke države.“¹⁷⁵ Doista, da bi konsocijacijska demokracija bila uspješna, nužno je da postoji kultura pregovaranja i traženja kompromisa koja je osnova suradnje među elitama. Čini se da je upravo izostanak istih razlog zašto diskriminacija „Ostalih“ unatoč presudi ESLJP opstaje u BiH. Diskriminatorne ustavne odredbe kojima su nepripadnici konstitutivnih naroda lišeni pasivnog biračkog prava za određene političke funkcije bit će izmijenjene tek kada političke elite postignu dogovor o reformi državnih institucija i eventualnog teritorijalnog ustrojstva entiteta, pazeći da se ne ugrozi kompleksan mehanizam podjele vlasti među konstitutivnim narodima. No, činjenica je da čak i djelotvorna konsocijacija ne može učinkovito uključiti baš sve, posebice manjinske društvene segmente pa ako BiH vlasti doista teže uspostavljanju demokratskog društva koje se temelji na jednakim pravima svih građana i građanki, neki od elemenata konsocijacije morat će nužno biti žrtvovani ili ublaženi.

Dva su moguća iznalaženja rješenja za dokidanje institucionalne diskriminacije onih građana i građanki BiH koji se ne izjašnjavaju kao pripadnici konstitutivnih naroda: **minimalistički** pristup reformama koji bi osigurao

¹⁷² Merkel, W., *Ukrotljene i manjkave demokracije*, op. cit., bilj. 53., str. 100.

¹⁷³ Marko, J., *Doprinosi presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine daljem razumijevanju sistema zaštite kolektivnih i individualnih prava*, op. cit., bilj. 101., str. 147.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ ESLJP, *Sejdić i Finci protiv BiH*, op. cit., bilj. 4., točka 37.

provođenje odluke ESLJP i formalno dokinuo diskriminaciju „Ostalih“ tako što bi u postojeće strukture vlasti tek osigurao zastupljenost i „Ostalih“, te **maksimalistički** pristup koji bi, kroz ustavnu reformu koja bi rezultirala institucionalnim, a možda i teritorijalnim promjenama, posredno osigurao da „Ostali“ više ne budu diskriminirani. U demokraciji koja je defektna zbog isključivanja dijela građana iz političkog procesa, ali i radi nedjelotvornosti institucija, za sad se to čini teško izvediv zadatak. Ipak, za kvalitetu i učinkovitost bosanskohercegovačke demokracije bit će potrebno ustavni primat kolektivnih prava zamijeniti jamstvom individualnih ljudskih prava jer jedino potonje omogućuje dosljedno ostvarivanje ljudskih prava i sloboda u skladu sa standardima iz Europske konvencije. To ne pretpostavlja nužno ukidanje svih konsocijacijskih mehanizama, već „optimizirani teritorijalni federalizam i personalnu [kulturnu] autonomiju“¹⁷⁶ konstitutivnih naroda koja ne zahtijeva teritorijalno razgraničenje.

Činjenica je da „pritisak“ mnogobrojnih međunarodnih organizacija ne doprinosi iznalaženju rješenja. Kršenje ljudskih prava olako se tolerira i ne sankcionira suspenzijom članstva u međunarodnim organizacijama. Naime, ne treba smetnuti s uma da je izvršenje presude međunarodna obaveza BiH. Stoga i međunarodna zajednica snosi dio odgovornosti za neizvršavanje presude. Naime, Odbor ministara nadležan je nadzirati izvršenje presuda ESLJP. Iako to čini preko rezolucija Parlamentarne skupštine Vijeća Europe i diplomacija država članica te međunarodne organizacije, nameće se zaključak da je politički pritisak i kritika zemalja članica Vijeća Europe glede neprovođenja presude ESLJP nedovoljna. Naime, svakoj se članici Vijeća Europe koja teško krši ljudska prava može suspendirati pravo zastupanja i Odbor ministara je može pozvati da se povuče. Ako se ta članica pozivu ne odazove, Odbor ministara može odlučiti da njezino članstvo u Vijeću prestaje od dana koji Odbor odredi. Ovakva mjera nije (još) poduzeta u slučaju BiH, vjerojatno zbog iznimne krhkosti bosanskohercegovačkog konsocijacijskog aranžmana koji već sedamnaest godina opstaje zbog djelomične i opadajuće potpore, nekoordiniranih intervencija, a počesto i žmirenja nad kršenjima temeljnih ljudskih prava međunarodne zajednice.

¹⁷⁶ Fetahagić, S. S.; Vehabović, F., *Demokratija bez građana? - u potrazi za modelom političke participacije svih ustavnih kategorija u Bosni i Hercegovini*, Asocijacija Alumni Centra za interdisciplinarnu postdiplomske studije (ACIPS), Sarajevo, 2012., str. 13.

Summary

Antonija Petričušić, S.J.D.*

HOW TO ENSURE THE EXISTENCE OF 'OTHERS': THE ELIMINATION OF INSTITUTIONAL DISCRIMINATION OF NATIONAL MINORITIES IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

The contemporary society in Bosnia and Herzegovina, its state structure, politics, and even the daily lives of its citizens are all shaped by the normative and institutional solutions foreseen in the Dayton Peace Agreement, which contains the Constitution of Bosnia and Herzegovina in Annex IV. Ethnic groups that do not belong to the three constituent peoples are referred in the text of the Constitution as 'Others'. They are citizens who belong to one of seventeen legally recognized national minorities or citizens who do not identify themselves as members of one of the constituent peoples. Although the protection for a large number of minority communities foreseen in the law at first glance implies there is a solid minority policy, being a member of a minority in a dysfunctional state, which is conceived as a consociational democracy (in which a political structure requires a proportional representation of three constituent peoples in all public institutions), often results in the exclusion, assimilation, discrimination, and/or failure to realise the minority rights envisaged by the law. In the Croatian scientific literature, there is scant research either on the ineffectiveness of the legal and institutional system of Bosnia and Herzegovina or on the European Court of Human Rights judgement in the *Sejdić and Finci* case, which prohibits the discrimination against 'Others' in the access to the highest political posts. This judgement has been given the strongest momentum to the necessary constitutional changes. The theoretical concept of defective democracy is applied to describe the socio-historical and legal circumstances in which citizens who do not belong to constituent peoples (most of them are members of national minorities) are discriminated, and excluded from some political functions, and are denied the right to political participation. The paper analyses the legal guarantees of collective rights for national minorities, because they serve as a remedy of sorts for their exclusion from the highest political posts. The paper finally analyses the Constitutional reform process that has been embarked upon: it should guarantee equal access to political functions for all citizens.

Key words: Bosnia and Herzegovina, defective democracy, 'Others', national minorities, constituent peoples, discrimination, exclusion, right to political participation, *Sejdić and Finci*, implementation of judgment of the European Court of Human Rights

* Antonija Petričušić, S.J.D., Senior Assistant, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

PRAVO EU U BORBI PROTIV DISKRIMINACIJE ROMA: KOJIM PUTEM NAPRIJED?

Mr. sc. Tena Šimonović Einwalter*

Direktiva 2000/43/EZ predstavlja korak naprijed u razvoju europskog razumijevanja jednakosti i postavlja okvire za borbu protiv rasne i etničke diskriminacije na razini Europske unije (EU). Do sada su sve države članice transponirale nje-ne odredbe u svoje nacionalno zakonodavstvo, a konkretni učinci su trebali stići do onih najugroženijih. Istovremeno, EU-MIDIS istraživanje (engl. the European Union Minorities and Discrimination Survey), kao prvo i najveće istraživanje te vrste, pokazalo je da su Romi najdiskriminiranija etnička skupina u EU. U radu se stoga razmatra do koje mjere Direktiva 2000/43/EZ doista postavlja učinkoviti okvir za suzbijanje diskriminacije kada je riječ o diskriminaciji Roma. Nadalje, u radu se, iz perspektive učinkovitosti borbe protiv diskriminacije Roma, razmatraju određene nedorečenosti i nedostaci Direktive 2000/43/EZ. Argumentira se stav da je neka pitanja moguće riješiti na EU razini adekvatnim tumačenjem od strane Suda EU, dok je na nacionalnim razinama moguće usvajanje zakona koji nadilaze minimum koji nalaže ta Direktiva. Međutim, razmatra se i predlaže mogućnost snažnije zakonodavne akcije na razini Unije, kao odgovor na (ne)učinkovitost Direktive 2000/43/EZ u odnosu na diskriminaciju s kojom su suočeni Romi. Konačno, u svijetlu količine predrasuda prema Romima, rezultata istraživanja koji pokazuju da je riječ o najdiskriminiranijima te protjerivanja Roma građana EU iz određenih država članica EU, pita se i je li došlo vrijeme za ponovno razmatranje prijedloga za donošenje zasebne direktive koja bi se odnosila specifično na Rome.

Ključne riječi: Direktiva 2000/43/EZ, diskriminacija, Romi

1. UVOD

Kako se učinkovito boriti protiv diskriminacije Roma, pitanje je na koje nema jednog jednostavnog odgovora. Razlog je složena kombinacija potpitanja i okolnosti vezanih uz etnicitet, socio-ekonomski status i kulturu Roma te institucionalnu diskriminaciju i stav većine prema Romima.¹ Dosadašnji po-

* Mr. sc. Tena Šimonović Einwalter, zamjenica Pučke pravobraniteljice Republike Hrvatske, Opatička 4, Zagreb.

¹ To je jedan od zaključaka rasprava vođenih na okruglim stolovima u Ateni u lipnju 2009., u Parizu u prosincu 2009. te u Ateni u rujnu 2010., u okviru posebne inicijative Europske mreže

kušaji formuliranja odgovora mogu se podijeliti prema razinama na nacionalne (ali i područne i lokalne), međunarodne i pokušaje Europske unije (dalje u tekstu: EU) te prema tipu na pravne odgovore i na politike i inicijative.² U radu se iz perspektive uspješnosti u borbi protiv diskriminacije Roma razmatraju dosadašnji odgovori na razini EU i to posebice pravni, u vidu normi antidiskriminacijskog prava EU.

Dugo vremena diskriminacija Roma nije bila unutarnje pitanje te nije percipirana kao pitanje od osobitog značaja za EU. Bila je to tema značajna na europskom istoku i ljudskopravaška tema kojom se trebalo baviti Vijeće Europe. Međutim, nakon što je 1997. godine usvojen Amsterdamski ugovor, odnosno nakon što je 2000. godine donesena Direktiva Vijeća 2000/43/EZ o uspostavljanju načela jednakog postupanja neovisno o rasnom ili etničkom porijeklu od 29. lipnja 2000.³ te nakon što se EU 2004. te 2007. godine proširila na istok, okolnosti su se promijenile. Pravo EU počelo je uključivati zabranu rasne ili etničke diskriminacije, a Romi su postali najveća etnička manjina u EU, ujedno i najdiskriminiranija. Iako EU i države članice imaju zajedničku odgovornost poboljšati društvenu uključenost i integraciju Roma, posebice pitanje diskriminacije Roma postalo je europsko pitanje.

Nakon 2000. godine nisu doneseni drugi pravnoobvezujući akti, već se EU posebice okrenula neobvezujućim aktima mekog prava (engl. *soft law*) i različitim inicijativama. No, usprkos svim aktivnostima koje se poduzimaju posljednjih godina, još uvijek postoji velika diskrepancija između standarda kojem se teži i situacije u kojoj većinom žive Romi u praksi.

U radu se zastupa stav da je, osobito na razini EU, neophodno kombiniranje formalnog zakonodavstva sa aktima mekog prava i različitim pozitivnim inicijativama. U tom se kontekstu propituje je li možda došlo vrijeme za razmatranje nedostataka antidiskriminacijskog zakonodavstva EU vezano specifično za učinkovitost borbe protiv diskriminacije Roma. Postavlja se teza da je Direktiva o rasnoj jednakosti unaprijedila borbu protiv rasne ili etničke diskriminacije i pružila važne alate za borbu protiv diskriminacije Roma, ali da je ona ipak u određenim aspektima nedostatna. U radu se daju prijedlozi za poboljšanje europskopavnog okvira za borbu protiv diskriminacije Roma.⁴

tijela za suzbijanje diskriminacije i promicanje jednakosti (Equinet) za jačanje kapaciteta ovih tijela za borbu protiv diskriminacije Roma i Putnika. V. Equinet, *Equinet opinion: Making equality legislation work for Roma and Travellers*, 2010., str. 6., dostupno na: http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/23_03_10_equinet_roma_opinion_w_template_final_1.pdf (20.10.2012.).

² Ovdje se ne razmatraju odgovori civilnog društva među kojima se ističu brojne inicijative lokalnih, nacionalnih i međunarodnih nevladinih organizacija te mreža organizacija koje rade na suzbijanju diskriminacije Roma.

³ Direktiva Vijeća 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o primjeni načela ravnopravnosti osoba bez obzira na njihovo rasno ili etničko podrijetlo (neslužbeni prijevod), SL L 180, 19. 7. 2000., (dalje u tekstu: Direktiva 2000/43/EZ ili Direktiva o rasnoj jednakosti).

⁴ Rad se nastavlja na raniji rad koji sadrži generalnu kritiku Direktive 2000/43/EZ: Šimonović

U prvom dijelu rada postavlja se kontekstualni okvir kroz kratki prikaz dijela pitanja i okolnosti koje čine ovu problematiku osobito kompleksnom. U drugom dijelu prikazuje se dosadašnji odgovor EU, pri čemu se posebna pažnja pridaje Direktivi 2000/43/EZ koja sadrži detaljno razrađenu zabranu rasne ili etničke diskriminacije i koja se mora primjenjivati u svim državama članicama EU, pa stoga i glede diskriminacije Roma. U trećem dijelu rada se propituje kojim putem naprijed, razmatrajući mogućnosti izmjene postojećeg pravnog okvira i njihovu izglednost. Identificiraju se praznine i nedorečenosti europskopavnog odgovora i daju prijedlozi za izmjene i dopune Direktive o rasnoj jednakosti, odnosno, poželjno tumačenje postojećih odredbi.

2. KONTEKSTUALNI OKVIR: ROMI KAO NAJVEĆA I NAJDISKRIMINIRANIJETA ETNIČKA MANJINA U EU

2.1. Romi kao sveeuropska etnička manjina

Prije izlaganja se upozorava da kada se u radu govori o Romima rečeno se dakako ne odnosi na sve Rome, no određena razina poopćavanja je potrebna za opisivanje stanja i statusa Roma kao specifične skupine. Također, uvažava se da svaki čovjek ima različite identitete, uključujući dob i spol i spolnu orijentaciju i etničko podrijetlo i mnoge druge te da se ljudi ne samodefiniraju putem samo jedne od ovih karakteristika, međutim, diskriminacija kao pravni pojam zahtijeva fokus na neke određene karakteristike, a tema ovog rada je etnička diskriminacija Roma.

Jedna od specifičnosti Roma kao etničke skupine je status kojeg bi se moglo nazvati sveeuropskim manjinskim statusom. Naime, s obzirom na nepostojanje romske države,⁵ Romi se nalaze u situaciji koja je specifična, iako ne jedinstvena, jer ima i drugih etničkih skupina u Europi koje nemju svoju nacionalnu državu.⁶ No, za razliku od drugih etničkih manjina, koje su manjine u pojedinim državama članicama, Romi žive diljem cijele EU, što ih čini svojevrsnom sveeuropskom manjinom i opravdava razmatranje diskriminacije Roma na europskoj razini.

Einwalter, T., *Far But Not Far Enough: An Idealist Critique of the Racial Equality Directive*, Croatian Yearbook of European Law and Policy, vol. 4, 2008., str. 195-222.

⁵ Marushiakova, E.; Popov V., *The Roma – a Nation Without a State? Historical Background and Contemporary Tendencies*, dostupno na: <http://www.uni-leipzig.de/~diffint/index.php/diffint/article/viewFile/81/52> (20.1.2013.)

⁶ Škoti, Velšani, Baski, Katalonci, Korzikanci ili Bretonci su primjeri etničkih manjina bez vlastite nacionalne države. V. Foster, C. R. (ur.), *Nations without a State: Ethnic Minorities in Western Europe*, Praeger Publishers, New York, 1980.

U brojčanom smislu, Romi su pak najveća etnička manjina u Europi.⁷ Osobit problem vezano za učinkovito suzbijanje diskriminacije Roma je nepostojanje statičkih podataka, pa i vezano za najosnovniji podatak o broju pripadnika te etničke skupine na području država članica. EU (Europska komisija)⁸ i Vijeće Europe⁹ navode da u Europi trenutno živi 10 do 12 milijuna Roma, od čega prema procjenama Europske komisije u EU živi 6 milijuna Roma, a većina njih su građani EU.¹⁰

Iako Romi žive u svim državama članicama EU, najveći broj pripadnika romske zajednice živi u Rumunjskoj, Bugarskoj, Mađarskoj, Slovačkoj, Republici Češkoj te Španjolskoj.¹¹ To valja imati na umu pri razmatranju dostatnosti Direktive 2000/43/EZ za borbu protiv diskriminacije Roma zbog vremenske dinamike donošenja Direktive s jedne strane i proširenja EU s druge.¹² Naime, u vrijeme kad se Direktiva donosila Romi nisu bili najveća etnička manjina u Europi i nisu bili u fokusu u kojem su danas, jer EU tada nije uključivala niti jednu od gore navedenih država osim Španjolske. Broj Roma u EU je drastično porastao kao posljedica petog vala proširenja, kada je Direktiva već bila kakva je danas, a od tada nije bilo nekog dodatnog, specifičnog odgovora ili modifikacije europskog prava usmjerene na borbu protiv diskriminacije Roma.

Vrlo su specifična i pitanja etniciteta, pa se između ostalih postavlja i pitanje je li riječ o jednoj heterogenoj etničkoj skupini ili o više etničkih skupina te, ako je riječ o potonjem, koliko je opravdano podvoditi ih pod zajednički nazivnik, kako terminološki,¹³ tako i razvijanjem jedinstvenih mjera i politika. Naime, neke se skupine za potrebe formuliranja politika na razini EU pribraja u skupinu „Romi,“ iako one same sebe ne smatraju Romima. Tako u nekim zapadnoeuropskim državama pojam „Rom“ označava one Rome koji su tijekom 19. stoljeća došli iz istočne Europe, dok skupine sa zapadnoeuropskim podrijetlom (u Njemačkoj i Italiji Sinti, u Francuskoj Sinti ili Manuši, a u

⁷ Mrežna stranica Europske komisije, dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/discrimination/roma/index_en.htm (20.10.2012.).

⁸ *Ibidem*.

⁹ Mrežna stranica Vijeća Europe, dostupno na: http://www.coe.int/t/dg3/romatravellers/default_en.asp (20.10.2012.).

¹⁰ Mrežna stranica Europske komisije, dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/discrimination/roma/index_en.htm (20.10.2012.).

¹¹ Mrežna stranica mađarskog predsjedavanja EU, dostupno na: <http://www.eu2011.hu/developing-european-roma-policy> (23.10.2012.).

¹² 2004. godine članice su postale Češka, Estonija, Cipar, Latvija, Litva, Mađarska, Malta, Poljska, Slovačka i Slovenija, dok su 2007. godine članice postale Rumunjska i Bugarska.

¹³ Terminološki problem stvara i činjenica da se tradicionalno korišteni izrazi (primjerice engleski *Gypsy*, španjolski *Gitano*, njemački *Zigeuner*, francuski *Tsigane*, talijanski *Zingaro* i sl.) u nekim jezicima danas smatraju vrlo uvredljivima (npr. u njemačkom), dok se u nekima i dalje koriste (npr. u španjolskom, ali i engleskom), a posebice je zanimljivo da same romske skupine ponekad žele da se za njih koristi tradicionalni izraz, a ne onaj koji je u službenoj uporabi.

Ujedinjenom kraljevstvu Romanichali)¹⁴ imaju zasebni identitet, uključujući u literaturi i propisima.¹⁵ Posebno je problematično termin „Romi“ koristiti za Putnike (engl. *Travellers*).¹⁶ Naime, usprkos razlikama, gore navedene skupine ipak vuku zajedničko podrijetlo iz Indije te su nekada dijelile jezik i kulturu, no stoljeća kontakata s drugim kulturama, uključujući i pokušaje asimilacije doveli su do njihove današnje heterogenosti. Termin Putnici pak objedinjuje skupine različitog podrijetla, kojima je zajednički nomadski stil života.

Međutim, EU za potrebe formuliranja akata mekog prava i inicijativa na razini EU sve navedene skupine pribraja u tzv. krovni izraz „Romi“,¹⁷ ali u svim dokumentima koristi svojevrstu „izjavu o odricanju od odgovornosti“. Ta se izjava s vremenom mijenjala, a zadnja korištena u službenom dokumentu je da se termin „Romi“ koristi za „različite skupine (kao što su Romi, Sinti, Kali, Romanichali, Bajaši, Aškali, Egipćani, Jeniši, Domi, Lomi) te uključuje i Putnike, bez negiranja specifičnosti i različitosti životnih stilova i situacija ovih skupina.“¹⁸

Nadalje, kontekstualni okvir ne može se iscrtati bez barem kratkog razmatranja socio-ekonomskih faktora, s obzirom da toliko velik broj Roma živi u siromaštvu i društvenoj isključenosti. Posebice pojam društvene isključenosti, koji kao da je postao zaštitni znak europske socijalne politike,¹⁹ na rijetko se koju skupinu odnosi kao na Rome. U Nacionalnoj strategiji za uključivanje Roma do 2020. Republike Hrvatske (dalje u tekstu: RH) navodi se da društvena isključenost ima tri osnovne dimenzije isključenosti: prva je ekonomska koja se ogleda u dugotrajnoj ovisnosti o naknadama socijalne pomoći i dugotrajnoj isključenosti iz svijeta plaćenog rada; druga je nepriznavanje socijalnih, građanskih i političkih prava koja se javlja kao uskraćenost prava, dok treću

¹⁴ Pietarinen, K., *Roma and Traveller Inclusion in Europe-Green Questions and Answers*, Green European Foundation i the Finnish Green Cultural and Educational Centre Visio, Belgija, 2011., dostupno na: http://gef.eu/uploads/media/Roma_and_Traveler_Inclusion.pdf (25.10.2012.).

¹⁵ Primjerice u 2012. je Parlament Schleswig-Holsteina usvojio posebnu ustavnopravnu razinu zaštite za Sinte i Rome. V. Mahlmann, M., *Sinti and Roma Protection in the Schleswig-Holstein Constitution*, ENLE News report, 15 studeni 2012., dostupno na: <http://www.non-discrimination.net/content/media/DE-44-2012%20Flash%20Report%20Germany%20Sinti%20and%20Roma%202015.11.2012.pdf> (20.11.2012.).

¹⁶ Kao što je navedeno, EU koristi termin Romi, navodeći uvijek da on uključuje i Putnike, dok Vijeće Europe koristi odvojene termine „Romi i Putnici“. I Europska mreža tijela za suzbijanje diskriminacije Equinet koristi odvojene termine „Romi i Putnici“. Equinet, *op. cit.*, bilj. 1.

¹⁷ U ovom radu se također koristi jedan zajednički termin za te skupine odnosno šire shvaćeno vrlo heterogeni etnički skupinu, uz uvažavanje raznolikosti, na način na koji to čine institucije EU, prvenstveno jer se analizira odgovor EU.

¹⁸ Europska komisija, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, National Roma Integration Strategies: a first step in the implementation of the EU Framework*, COM(2012) 226 final, Brussels, 21.5.2012., str. 2., bilj. 1.

¹⁹ Šućur, Z., *Siromaštvo, višedimenzionalna deprivacija i socijalna isključenost u Hrvatskoj*, Revija za sociologiju, vol. 37, br. 3-4, 2006., str. 131.

čine narušeni socijalni odnosi, pri čemu društvena isključenost Roma uključuje te tri, ali i druge dimenzije isključenosti, poput političke, financijske, kulturne, simboličke ili prostorne.²⁰ Sve te vrste isključenosti su međusobno povezane i stvaraju za Rome, posebno one koji žive u segregiranim romskim zajednicama, posebni *circulus vitiosus* društvene isključenosti.²¹

Iznimno visok stupanj društvene isključenosti Roma potvrdili su rezultati najnovijeg istraživanja situacije u kojoj žive Romi i dimenzija njihove društvene isključenosti, o kojem je 2012. godine objavljeno Izvješće Agencije za temeljna prava (dalje u tekstu: FRA) i Programa Ujedinjenih naroda za razvoj (dalje u tekstu: UNDP).²² U istraživanju je ispitivana situacija u kojoj žive Romi u 11 država članica, a neki od dobivenih rezultata su da je: svega 15% mladih Roma završilo srednju školu (u usporedbi sa 70% mladih ne-Roma koji žive u okolnom području); 45% žive u kućanstvima koja nemaju barem jedno od slijedećeg: unutarnju kuhinju, WC, kadu ili struju te da 90% Roma živi ispod nacionalnih granica siromaštva.²³

Naposljetku, kontekst borbe protiv diskriminacije Roma uključuje i visok stupanj predrasuda i stereotipa prema ovoj manjinskoj etničkoj skupini. Prema najnovijem istraživanju o stavovima prema Romima provedenom u EU,²⁴ sveukupno 34% ispitanika iz EU je smatralo da bi njihovim sugrađanima bilo nelagodno da romska djeca pohađaju školu sa njihovom djecom. Isto je smatralo čak 58% ispitanika u Slovačkoj, 52% u Republici Češkoj, ali i 49% ispitanika u Luksemburgu, 48% u Italiji, 46% u Mađarskoj, 44% u Belgiji, 42% u Danskoj i na Cipru, 41% u Francuskoj, 38% u Nizozemskoj, 35% u Bugarskoj te 33% u Irskoj, a što pokazuje da bez obzira na sve provedene nacionalne i europske kampanje velik broj Europljana još uvijek ima negativne stavove prema Romima, ali i da su negativni stavovi prisutni u različitim krajevima EU.

Sve navedeno oslikava situaciju u kojoj živi većina Roma u EU i čini kontekst u kojem treba razmatrati diskriminaciju Roma u EU.

2.2. Diskriminacija Roma u EU

Romi nisu samo najveća nego i najdiskriminiranija manjinska etnička skupina u EU. Ovo je pokazalo istraživanje European Union Minorities and

²⁰ Vlada RH, *Nacionalna strategija za uključivanje Roma do 2020.*, str. 5., dostupno na: www.vlada.hr/hr/content/download/234773/3443990/.../64.-16.pdf (15.1.2013.).

²¹ *Ibidem.*

²² Mrežne stranice Agencije za temeljna prava EU (FRA), dostupno na: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/2099-FRA-2012-Roma-at-a-glance_EN.pdf (15.1.2013.).

²³ *Ibidem.*

²⁴ Europska komisija, *Special Eurobarometer 393, Discrimination in the EU in 2012*, dostupno na: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb_special_399_380_en.htm (5.1.2013.) str. 113.

Discrimination Survey (EU-MIDIS),²⁵ provedeno 2008. godine kao prvo istraživanje o diskriminaciji manjinskih skupina provedeno u cijeloj EU, a koje je omogućilo usporedbu diskriminiranosti pripadnika različitih manjinskih skupina. Prema ovom istraživanju 47% Roma, odnosno 1 od 2 intervjuirana Roma ili Romkinje, bilo je diskriminirano temeljem svog etniciteta barem jednom u proteklih 12 mjeseci. To je navelo čak 64% ispitanika u Republici Češkoj, 62% u Mađarskoj, 59% u Poljskoj te 55% u Grčkoj.

Istraživanje je također pokazalo da je nedostatan prijavljivanje osobit problem kod diskriminacije Roma. U prosjeku čak 79% diskriminiranih Roma nije nikome prijavilo da su bili diskriminirani (66-92% ovisno o državi članici o kojoj je riječ). Najčešći razlog za neprijavlivanje je uvjerenje ispitanika da se „ništa ne bi dogodilo ili promijenilo“ prijavljivanjem.

Izvešće FRA i UNDP-a objavljeno u svibnju 2012. koje iznosi prve rezultate FRA pilot istraživanja i regionalnog istraživanja UNDP-a, Svjetske banke i Europske komisije iz 2011. godine,²⁶ navodi da su rezultati potvrdili iznimno visok stupanj diskriminacije Roma te da Romi nisu svjesni svojih prava.

Visoku prisutnost diskriminacije Roma diljem EU potvrđuju i iskustva neovisnih tijela za suzbijanje diskriminacije i promicanje jednakosti u državama članicama EU,²⁷ a koja se posebno ogleda u pristupu obrazovanju, zapošljavanju, stanovanju i zdravstvenim uslugama. Ta tijela posebno ukazuju na visoku pojavnost institucionalne diskriminacije Roma.²⁸ Ta posebna podvrsta diskriminacije opisuje se kao kolektivni propust institucija ili organizacija da nekome (zbog rasnog ili etničkog podrijetla) pruže odgovarajuću uslugu, a temelji se na praksama, stavovima i ponašanjima koja vode diskriminaciji, uključujući i putem nesvjesnih predrasuda, neznanja, nepromišljenosti i stereotipa.²⁹ Do institucionalne diskriminacije dolazi kada institucije, odnosno pravila ili prakse institucija na sistemskoj razini neke pojedince ili skupine dovode u nepovoljniji položaj. Borba protiv institucionalne diskriminacije, koja će često biti u bliskoj vezi sa neizravnom diskriminacijom kao oblikom diskriminacije, zahtjeva nove i preventivne načine djelovanja.

²⁵ Istraživanje je tijekom 2008. godine provela Agencija za temeljna prava EU (FRA), a tijekom istraživanja su u 20 minuta dugačkim razgovorima intervjuirani migranti i pripadnici etničkih manjinskih skupina (23,500 osoba i dodatnih 5,000 iz većinskih populacija) u svih 27 država članica EU. V. Agencija za temeljna prava EU (FRA), *Data in Focus Report - the Roma*, dostupno na: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/413-EU-MIDIS_ROMA_EN.pdf (20.9.2012.).

²⁶ Mrežne stranice Agencije za temeljna prava EU (FRA), dostupno na: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/2099-FRA-2012-Roma-at-a-glance_EN.pdf (15.1.2013.).

²⁷ Equinet, *op. cit.*, bilj. 1.

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ Ova definicija bazirana je na institucionalnom rasizmu ustanovljenom u Ujedinjenom Kraljevstvu nakon što je zaključeno da je londonska policija odgovorna za usmrćivanje crnog tinejdžera Stephena Lawrencea 1999. V. Equinet, *Equinet perspective: Equality Bodies Combating Discrimination on the Ground of Racial or Ethnic Origin*, 2012., str. 5.

3. EUROPSKI ODGOVOR NA DISKRIMINACIJU ROMA

3.1. Mogućnosti i ograničenja odgovora na EU razini

Zbog karakteristika EU i posebnosti prava EU, posebice načela prenese-nih ovlasti te načela supsidijarnosti i razmjernosti, ali i načela nadređenosti i izravnog učinka, odgovor na situaciju Roma na EU razini ima neka svoja inherentna ograničenja, ali i prednosti u odnosu na nacionalnu ili međuna-rodnu razinu.

Prednost je mogućnost formuliranja europskog odgovora na diskrimina-ciju sveeuropske manjine. Tako se u točki 28. Preambule Direktive o rasnoj jednakosti navodi da je cilj te Direktive osiguravanje zajedničke visoke razine zaštite od diskriminacije u državama članicama, a on se ne može u dovoljnoj mjeri postići samostalnim djelovanjem država članica nego ga, zbog dimenzija i učinaka predviđenog djelovanja, može bolje postići EU. Zbog toga što se Direktivom o rasnoj jednakosti uvode minimalni zahtjevi³⁰ koji se očekuju od država članica, one države koji žele osigurati više standarde u smislu diskri-minacije Roma, u pravilu su slobodne to učiniti. Istovremeno, diskriminirani-ma se pruža europskoppravna zaštita u onim državama kod kojih možda dođe do promjene političke klime u odnosu na trenutak kada je Direktiva usvajana, jer jednom kada je usvojena ona nadalje obvezuje države članice u pogledu ci-lja. No, za razliku od slične nadnacionalne garancije zaštite pojedinaca i grupa od diskriminacije kod instrumenata međunarodnog prava, temeljem načela nadređenosti i izravnog učinka pravo EU stvara subjektivna prava za pojedin-ce te zahtijeva neprimjenu normi nacionalnog pravnog poretka kada su one u koliziji s pravom EU.

No, zbog toga što EU ima samo one ovlasti koje na nju prenese države čla-nice, EU je ograničena u smislu mogućnosti pružanja odgovora na sve ranije iznesene probleme. Primjerice, u odnosu na društvenu isključenost i integraci-ju Roma, europske institucije i države članice imaju zajedničku odgovornost. U europskom kontekstu kada EU nema potrebne ovlasti ili se države članice ne mogu dogovoriti oko donošenja pravnoobvezujućih akata, često se donose mjere odnosno akti mekog prava (kao komunikacije o integraciji Roma o ko-jima se govori u sljedećem poglavlju ovog rada). Ograničenje kod suzbijanja diskriminacije u smislu usvojenih standarda u Direktivi o rasnoj jednakosti predstavlja činjenica da je za donošenje formalnog antidiskriminacijskog za-konodavstva potrebna suglasnost svih država članica, pa nedostatak političke volje kod nekih država članica utječe na to koliko visok će biti zajednički eu-ropski minimum,³¹ dok temeljem načela razmjernosti Direktiva ne bi trebala

³⁰ Čl. 6. st. 1. Direktive 2000/43/EZ.

³¹ Kada se u radu kritizira EU ili institucije EU u smislu angažiranosti i volje za povećanjem učin-

ići preko onoga što je nužno za ostvarenje cilja osiguravanje zajedničke visoke razine zaštite od diskriminacije u državama članicama. S obzirom na sve re-čeno, razmatranje učinkovitosti prava EU u borbi protiv diskriminacije Roma zapravo je razmatranje koliko visoka jest odnosno koliko visoko bi mogla i trebala biti postavljena zajednička razina, svojevrsni najniži zajednički naziv-nik, zaštite od diskriminacije u EU.

3.2. Akti mekog prava i inicijative na razini EU

Odgovor EU na društvenu isključenost i diskriminaciju Roma u posljed-nje vrijeme uključuje veći broj neobvezujućih akata mekog prava i različitih inicijativa. Tako se od 2008. godine održavaju Romski sastanci na vrhu (engl. *Roma Summits*) koji okupljaju najvišu razinu predstavnika institucija EU, vla-da država članica i civilnog društva. Od 2009. godine organizira se Europska platforma za uključivanje Roma kao godišnji sastanak koji služi razmjeni do-bre prakse, a tijekom prvog sastanka su utvrđena Zajednička temeljna na-čela o uključivanju Roma.³² Na Rome se obraća posebna pažnja pri defini-ranju europske borbe protiv društvene isključenosti, pa tako i u Europskoj platformi protiv siromaštva i društvene isključenosti: europskom okviru za socijalnu i teritorijalnu koheziju³³ usvojenoj 2010. godine i Europskoj strategiji za pametan, održiv i uključiv rast – Europa 2020.³⁴ Akti mekog prava posebno usmjereni na Rome su Socijalna i ekonomska integracija Roma u Europi iz 2010. godine te posebice Okvir EU za nacionalne strategije integracije Roma do 2020. godine,³⁵ temeljem kojeg se od država članica očekivala izrada nacio-

kovitosti Direktive 2000/43/EZ u borbi protiv diskriminacije Roma ova kritika je prvenstveno usmjerena na države članice odnosno Vijeće. Europski parlament je bio snažan zagovornik zaštite Roma od diskriminacije, a Europska komisija istovremeno je bila pokretač promjena i hvalevrijednih inicijativa, ali je i razočarala u zauzimanju jasnog stava u pogledu diskriminacije Roma prilikom deportacije Roma iz Francuske u Rumunjsku i Bugarsku 2010. godine.

³² Načela obuhvaćaju: (1) konstruktivne, pragmatične i nediskriminatorne politike; (2) ekspli-citno, ali ne i isključivo usmjerenje; (3) interkulturalni pristup; (4) usmjerenost ka uključivanju u maticu; (5) svijest o rodnoj dimenziji; (6) prijenos politika temeljenih na dokazima; (7) upo-raba instrumenata EU; (8) uključivanje regionalnih i lokalnih vlasti; (9) uključivanje civilnog društva; i (10) aktivno sudjelovanje Roma. V.Vlada RH, *op. cit.*, bilj. 20.

³³ Europska komisija, *Communication from the Commission to the Council, the European Parlia-ment, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – The European Platform against Poverty and Social Exclusion: A European framework for social and territorial cohesion*, 2010., dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0758:FIN:EN:PDF> (20.8.2012.).

³⁴ Europska komisija, *Europa 2020 – Europska strategija za pametan, održiv i uključiv rast*, ožu-jak 2010., dostupno na: http://www.mobilnost.hr/prilozi/05_1300804774_Europa_2020.pdf (20.8.2012.).

³⁵ Europska komisija, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - An EU Framework for National Roma Integration Strategies up to 2020*, travanj 2011., dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/policies/discrimination/docs/com_2011_173_en.pdf (20.8.2012.).

nalnih strategija integracije Roma kako bi se ispunili postavljeni ciljevi EU-a za integraciju Roma.³⁶ U svibnju 2012. godine Komisija je objavila komunikaciju Nacionalne strategije integracije Roma: prvi korak u primjeni EU Okvira³⁷ u kojoj je iznijela svoju ocjenu izrađenih nacionalnih strategija, uz jasnu naznaku da se od država članica očekuje njihova primjena.

3.3. Relevantno primarno pravo EU i praksa ESLJP-a

Za suzbijanje diskriminacije Roma značajni su čl. 2. Ugovora o EU (dalje u tekstu: UEU), koji navodi da se Unija temelji, između ostalog, na vrijednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, jednakosti i poštovanja ljudskih prava te čl. 3. st. 3. UEU o ciljevima Unije u kojem se navodi da ona priječi između ostalog društveno isključivanje i diskriminaciju. Čl. 6. st. 1. UEU Povelja temeljnih prava EU dobila je istu pravnu snagu kao osnivački ugovori. Čl. 6. st. 3. UEU utvrđuje se da temeljna prava, kako ih jamči Konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama (dalje u tekstu: EKLJP) i kako proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, tvore opća načela prava EU. Proaktivna uloga EU u borbi protiv diskriminacije vidi se iz čitanja citirane odredbe čl. 3. st. 3. UEU zajedno s čl. 10. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU) prema kojem će u definiranju i primjeni svojih politika i aktivnosti EU imati za cilj borbu protiv diskriminacije, između ostalog na osnovi rasnog ili etničkog podrijetla.

Za razvoj antidiskriminacijskog prava osobito je važan čl. 19. UFEU (ranije čl. 13. Ugovora o Europskoj zajednici), koji nema izravan učinak, već je pravni temelj koji ovlašćuje na donošenje pravnih akata i koji je omogućio donošenje direktiva za borbu protiv diskriminacije, uključujući Direktive o rasnoj jednakosti.³⁸

Temeljna prava kao dio općih načela prava EU također su izvor primarnog prava, a na ovom području osobito je važno opće načelo jednakog postupanja i nediskriminacije. Odlukom u predmetu *Mangold*³⁹ Sud EU sud je zauzeo stajalište da se načelo nediskriminacije mora smatrati općim načelom prava EU.

Povelja o temeljnim pravima EU, čije odredbe su dužne poštivati sve institucije EU te države članice kada primjenjuju pravo EU, obuhvaća cjelinu građanskih, političkih, socijalnih i ekonomskih prava koja su zajamčena gra-

³⁶ Nacionalna strategija RH za uključivanje Roma do 2020. je također rađena u skladu s EU Okvirom. V. Vlada RH, *op. cit.*, bilj. 20.

³⁷ Europska komisija, *op. cit.*, bilj. 18.

³⁸ Ugovor o osnivanju Europske zajednice (konsolidirana verzija 1997.), (neslužbeni prijevod), SL C 340, 10. 11. 1997. U pogledu predmeta diskriminacije na osnovi dobi v. npr. Sud EU, mišljenje nezavisnog odvjetnika Mazaka u predmetu C-411/05 *Félix Palacios de la Villa*.

³⁹ Sud EU, C-144/04 *Mangold* (2005) ECR I-9981.

đanima EU.⁴⁰ Jedna od četiriju glava Povelje nosi naslov „jednakost“, a u čl. 21. st. 1. Povelje zabranjuje se bilo kakva diskriminacija te se primjerice navodi ona na temelju spola, rase, boje kože, etničkog ili socijalnog podrijetla, genetskih osobina, jezika, vjere ili uvjerenja, političkoga ili bilo kakvoga drugog mišljenja, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovine, rođenja, invalidnosti, dobi ili seksualne orijentacije. Relevantno za etničke manjine, pa time i romsku manjinu svakako je i da prema čl. 22. „Unija poštuje kulturnu, vjersku i jezičnu raznolikost“. Temeljem čl. 52. st. 3. Povelje u onoj mjeri u kojoj Povelja sadrži prava koja odgovaraju pravima zajamčenima EKLJP, značenje i opseg primjene tih prava trebaju biti jednaki onima iz EKLJP, pri čemu ta odredba ne sprječava da pravo EU pruži širu zaštitu.

S obzirom da bi se prava iz Povelje trebala tumačiti u skladu s konvencijskim standardima, iako nije riječ o izvoru primarnog EU prava kao takvom, na ovom mjestu se u najkraćim crtama izlaže kakva je do sada bila praksa Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP) u pogledu zaštite Roma od rasne ili etničke diskriminacije sukladno čl. 14 i Protokolu 12 uz EKLJP.

Pritom prvo valja naznačiti da su u pogledu suzbijanja diskriminacije EKLJP i ESLJP nažalost dugo bili slaba utjeha diskriminiranim diljem Europe, uključujući Rome. Naime, statistika ESLJP u pogledu rasne ili etničke diskriminacije je dugo vremena bila poražavajuća,⁴¹ a donedavno stanje stvari dobro oslikava kritika koju je tom sudu uputio sudac Bonello u svojem izdvojenom mišljenju u predmetu *Anguelova protiv Bugarske*⁴² iz 2002: „Kurdi, obojejni, Muslimani, Romi i drugi su ponovno i ponovno ubijani, mučeni i sakaćeni, ali Sud nije uvjeren da njihova rasa, boja kože, državljanstvo/nacionalnost ili mjesto podrijetla imaju išta s tim.“⁴³

I doista tek je 2005. donesena prva presuda u kojoj je ESLJP našao povredu konvencijske zabrane rasne ili etničke diskriminacije iz čl. 14 EKLJP, a ta presuda u predmetu *Nachova i dr. protiv Bugarske*⁴⁴ odnosila se upravo na slučaj diskriminacije Roma. U tom slučaju došlo je do usmrćivanja dva mlada Roma od strane policijskog službenika koji ih je pokušao uhititi, a ESLJP je, slično

⁴⁰ Povelja o temeljnim pravima Europske unije, SL C 326, 26. 10. 2012.; Grubiša, D., *Lisabonski ugovor i europsko građanstvo*, Politička misao, vol. 47, br. 4, 2010., str. 193.

⁴¹ Za kritiku ESLJP-a u pogledu nenalaženja povrede konvencijske zabrane rasne diskriminacije iz čl. 14 EKLJP v. Dembour, V. M. D., *Who believes in human rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006., str. 133-137. V. i Sebok, E., *The Hunt for Race Discrimination in the European Court*, 2002, EUMAP: EU Monitoring and Advocacy Program Online Journal. The ECHR and the Future of Human Rights in Europe. dostupno na: <http://www.eumap.org/journal/features/2002/may02/racediscreucourt> (20.8.2012.).

⁴² ESPLJ, *Anguelova protiv Bugarske* (zahtjev br. 38361/97), presuda od 13. lipnja 2002.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ ESLJP, *Nachova i drugi protiv Bugarske* (zahtjevi br. 43577/98 i 43579/98), presuda od 6 lipnja 2005.

kao u kasnijem predmetu *Šečić protiv Hrvatske*,⁴⁵ našao povredu čl. 14. zajedno sa čl. 2. EKLJP, obzirom da bugarske vlasti nisu istražile jesu li događaji koji su doveli do smrti bili rasno motivirani.

Iako je međuvremenu donesen niz presuda u kojima je nađena povreda čl. 14. u pogledu diskriminacija Roma, među kojima su i slučaj *Šečić protiv Hrvatske*⁴⁶ i slučaj *Oršuš protiv Hrvatske*,⁴⁷ posebice je zanimljivo da su neke od najznačajnijih presuda u praksi ESLJP vezano za diskriminaciju donesene upravo vezano za etničku diskriminaciju Roma. Tako je prvi predmet u kojem je ESLJP našao neizravnu diskriminaciju, *DH protiv Češke*,⁴⁸ ujedno bio i ključni predmet za rasvjetljavanje postojeće segregacije Roma u školstvu. I u prvom predmetu u kojem je ESLJP našao povredu antidiskriminacijskog Protokola 12, predmetu *Sejdić i Finci protiv BiH*,⁴⁹ diskriminacija je utvrđena u odnosu na aplikante židovskog i romskog podrijetla. Te presude o segregaciji u školstvu i diskriminatorskom postupanju policije u odnosu na Rome ujedno pokazuju prisutnost institucionalne diskriminacije Roma, borba protiv koje zahtijeva rješenja koja se odmiču od formalne koncepcije jednakosti i uključuje promjenu postojećih pravnih paradigmi. Takav razvoj sudske prakse ESLJP-a u zadnjih desetak godina pokazuje i značajan pomak u shvaćanju diskriminacije Roma kao jednog od gorućih pitanja zaštite ljudskih prava na širem europskom prostoru.

3.4. Direktiva o rasnoj jednakosti i praksa Suda EU

Pod pojmom jednakog postupanja u Direktivi 2000/43/EZ se označava nepostojanje izravne ili neizravne diskriminacije na temelju rasnoga ili etničkoga podrijetla (čl. 2. st. 1.), potom se u st. 2. definira izravna i neizravna diskriminacija. U st. 3. se navodi definicija uznemiravanja, uz naznaku da će se tako definirano uznemiravanje smatrati diskriminacijom u smislu st. 1. dok se u st. 4. navodi da će se poticanje na diskriminaciju smatrati diskriminacijom u smislu st. 1. Direktiva sadrži unaprjeđene definicije oblika diskriminacije, posebice neizravne diskriminacije, koji su rezultat zakonodavnog razvoja i razvoja sudske prakse na području zabrane spolne diskriminacije u pravu EU.

Direktiva predviđa zaštitu od viktimizacije, pa čl. 9. obvezuje države članice da uvedu u svoje nacionalne pravne sustave sve nužne mjere za zaštitu pojedinaca od bilo kakvog nepovoljnog postupanja ili bilo kakvih nepovoljnih

⁴⁵ ESLJP, *Šečić protiv Hrvatske* (zahtjev br. 40116/02), presuda od 31. svibnja 2007.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ ESLJP, *Oršuš i drugi protiv Hrvatske* (zahtjev br. 15766/03), presuda od 16. ožujka 2010.

⁴⁸ ESLJP, *DH i drugi protiv Češke* (zahtjev br. 57325/00), presuda od 13. studenog 2007.

⁴⁹ ESPLJP, *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine* (zahtjev br. 27996/06 i 34836/06), presuda od 22. prosinca 2009.

posljedica koje bi mogle uslijediti kao reakcija na podnošenje pritužbe ili pokretanje postupka čiji je cilj zaštita načela jednakog postupanja.

Posebna snaga Direktive o rasnoj jednakosti proizlazi iz njezina širokog opsega primjene. Sukladno čl. 3. st. 1. u okvirima ovlasti prenesenih na EU ona se primjenjuje na sve osobe, kako u javnome tako i u privatnome sektoru, uključujući javna tijela i to u području rada i zapošljavanja, ali i pristupa sustavu socijalne skrbi i socijalne sigurnosti, pristupa dobrima i uslugama, uključujući stanovanje te na području obrazovanja.

Područja primjene Direktive navedena su u čl. 3. st. 1., međutim st. 2. istog članka navodi da se Direktiva ne odnosi na razlike u postupanju koje se temelje na državljanstvu i ničime ne utječe na odredbe i uvjete za ulazak i boravak državljana trećih država i osoba bez državljanstva na teritoriju država članica, niti na bilo kakav postupak koji je povezan s pravnim statusom državljana trećih država i osoba bez državljanstva o kojima je riječ.

Iznimka koju Direktiva također predviđa je situacija u kojoj su potrebe određenog posla takve da je opravdano zahtijevati od kandidata za taj posao određeno rasno ili etničko podrijetlo. No, istinske zahtjeve zaposlenja (engl. *genuine and determining occupational requirements*)⁵⁰ valja usko tumačiti jer bi široko tumačenje te iznimke dovelo u pitanje zabranu rasne ili etničke diskriminacije na području rada i zapošljavanja.

Na posljeticu, iznimka koja u biti nije iznimka od zabrane diskriminacije već način njenog postizanja,⁵¹ je dopuštanje pozitivne akcije u č. 5. Direktive. Direktiva ne čini pozitivnu akciju obvezatnom, ali ju niti ne brani, već objavljuje da u cilju osiguravanja pune jednakosti u praksi, načelo jednakog postupanja ne sprječava državu članicu da zadrži ili usvoji posebne mjere čiji je cilj sprječavanje ili kompenzacija nepovoljnog položaja vezano za rasno ili etničko podrijetlo.

U okvirima nadležnosti EU i u okvirima mogućnosti direktive kao pravnog akta, u Direktivi se propisuje kakve sudske i druge postupke su države članice dužne osigurati u slučajevima rasne ili etničke diskriminacije. Odredbe Direktive koje se odnose na sudske i druge postupke karakterizira viši stupanj fleksibilnosti, jer se uvažavaju razlike koje postoje u nacionalnim pravnim sustavima. Istovremeno, ove odredbe proizvele su najveći konkretni

⁵⁰ Selanec navedeno prevodi kao „nepatvoreno radno svojstvo“. V. Selanec, G., *Zabrana diskriminacije i iznimke od zabrane diskriminacije*, u: Šimonović Einwalter, T. (ur.), *Vodič uz zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava, Zagreb, 2009., str. 63.

⁵¹ Dakako, ovisno o tome s pozicije koje vizije jednakosti se gleda. S pozicije formalne jednakosti riječ je o iznimci jer se prema pojedincima ili grupama ne postupa jednako već različito te se stoga uvodi pravna mogućnost da se ove mjere ne gleda kao diskriminaciju većine na korist manjine. Suprotno, s pozicije supstantivne (materijalne) jednakosti nije riječ o iznimci već o načinu ostvarenja pune jednakosti u praksi jer bez ovih mjera, a s obzirom na različite startne pozicije, neki pojedinci ili grupe bez obzira na uloženi rad i trud neće biti u poziciji ostvarivati jednake rezultate kao pripadnici društveno privilegiranih skupina.

učinak u velikom broju država članica gdje je do obveze prenošenja Direktive diskriminacija bila zabranjena samo na ustavnoj razini te u kaznenom pravu. Te odredbe Direktive stvorile su obvezu državama da propišu mehanizme utvrđenja diskriminacije (dostupnost sudskih i/ili upravnih postupaka⁵² te mogućnost da udruge, organizacije ili druga pravna tijela mogu sudjelovati, u ime ili kao potpora tužitelju, u sudskim i/ili upravnim postupcima⁵³), da propišu da u ovim postupcima dolazi do prebacivanja tereta dokazivanja⁵⁴ te da predvide učinkovite, razmjerne i odvraćajuće građanskopravne sankcije,⁵⁵ čime je omogućena učinkovita pravna zaštita diskriminiranih u nacionalnim pravnim porecima.

Direktiva ostvaruje i svrhu podupiranja različitih aktera u društvu koji se bore protiv diskriminacije, s obzirom da obvezuje na socijalni dijalog,⁵⁶ na dijalog s organizacijama civilnog društva⁵⁷ te na promociju vlastitih nediskriminacijskih odredbi i provedbenog zakonodavstva.

Važna značajka Direktive o rasnoj jednakosti jest da obvezuje države članice da osnuju ili odrede i adekvatno osnaže tijelo koje će neovisno djelovati u borbi protiv diskriminacije te u promicanju jednakog postupanja. Čl. 13. Direktive određuje da će države članice odrediti tijelo ili tijela za promicanje jednakog postupanja prema svim osobama bez diskriminacije na temelju rasnoga ili etničkoga podrijetla. Ova tijela mogu biti dio tijela koja su na nacionalnoj razini zadužena za zaštitu ljudskih prava ili za zaštitu prava pojedinaca, a nadležnost tih tijela mora uključivati pružanje neovisne pomoći žrtvama diskriminacije vezano za njihove pritužbe na diskriminaciju, provođenje neovisnih istraživanja te objavljivanje neovisnih izvješća i izradu preporuka vezano za diskriminaciju.

Čl. 17. Direktive o rasnoj jednakosti se odnosi na proces izvještavanja o provedbi te Direktive te na prijedloge za njene izmjene i dopune. Države članice trebaju priopćiti Europskoj komisiji najkasnije do 19. srpnja 2005. i svakih pet godina nakon toga, sve informacije koje su Europskoj komisiji nužne za podnošenje izvješća Europskome parlamentu i Vijeću o primjeni te Direktive.⁵⁸ U svjetlu primljenih informacija, u to će izvješće biti uključeni, ako je to potrebno, prijedlozi za izmjene i dopune te Direktive.

⁵² Čl. 7. st. 1. Direktive 2000/43/EZ.

⁵³ Čl. 7. st. 2. Direktive 2000/43/EZ.

⁵⁴ Čl. 8. Direktive 2000/43/EZ.

⁵⁵ Čl. 15. Direktive 2000/43/EZ.

⁵⁶ Čl. 11. Direktive 2000/43/EZ.

⁵⁷ Temeljem čl. 12. Direktive 2000/43/EZ.

⁵⁸ Izvješće Europske komisije će uzeti u obzir mišljenje Europskog centra za nadzor rasizma i ksenofobije (European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, EUMC) koji je 2007. osnažen i pretvoren u EU Agenciju za temeljna prava (European Union Agency for Fundamental Rights ili *Fundamental Rights Agency*, FRA) te gladišta socijalnih partnera i odgovarajućih nevladinih organizacija.

Razmatranje odgovora prava EU isključivo kroz analizu teksta Direktive 2000/43/EZ bilo bi nepotpuno te se stoga ukratko izlaže i dosadašnja sudska praksa. Pritom se za rasno ili etničko podrijetlo kao noviju EU osnovu, odnosno za tumačenje Direktive o rasnoj jednakosti, sudska praksa tek počinje razvijati i u tom se smislu mnoga razjašnjenja tek očekuju. Iako ni u jednom predmetu do sada nije bila riječ o diskriminaciji Roma, posebice je značajan predmet *Feryn*⁵⁹ u kojem je Sud EU pojasnio da postojanje izravne diskriminacije ne zahtijeva postojanje konkretne utvrđene žrtve diskriminacije već je dovoljna izjava poslodavca u javnosti da neće zapošljavati djelatnike određenog rasnog ili etničkog podrijetla jer je ista ozbiljno razuvjerila manjinske kandidate da uopće apliciraju za posao. Za diskriminaciju Roma je posebno značajno da nije bilo od važnosti što se poslodavac vodio željama klijenata koje su se bazirale na predrasudama.

Istovremeno presuda je značajna i jer je Sud EU pojasnio da ako države članice ovlaste tijela i organizacije da podnose tužbe, one to mogu činiti i kada ne djeluju u ime konkretnog tužitelja ili kada je konkretnog tužitelja/žrtvu diskriminacije nemoguće identificirati. To može biti vrlo značajno u predmetima diskriminacije Roma, osobito institucionalne diskriminacije.

Osim u predmetu *Feryn*⁶⁰ Sud je bio pozvan tumačiti Direktivu i u predmetu *Vajnai*,⁶¹ međutim oglasio se nenadležnim, jer je predmet spora bio izvan dosega prava EU. Bio ju je pozvan tumačiti i u presudi u predmetu *Galina Meister*⁶² te u predmetu *Belov*,⁶³ prvom predmetu koji se odnosio na diskriminaciju Roma, u kojem se Sud EU također oglasio nenadležnim.

4. KOJIM PUTEM NAPRIJED?

4.1. Mogući načini promjene pravnog okvira i njihova izglednost

Više je mogućih načina za poboljšanje europskog pravnog okvira za učinkovitije suzbijanje diskriminacije Roma. Jedna mogućnost bila bi donošenje pravnog instrumenta specifično usmjerenog na Rome. Druga mogućnost bila bi predlaganje odnosno usvajanje izmjena i dopuna Direktive 2000/43/EZ u skladu sa dosadašnjim iskustvima u primjeni. Naposljetku, određeno poboljšanje moglo bi se ostvariti i širokom interpretacijom koju bi pojedinim odredbama koje su nedorečene u budućnosti mogao dati Sud EU.

⁵⁹ Sud EU, C-54/07 *Feryn* (2008) ECR I-5187.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Sud EU, C-328/04 *Attila Vajnai* (2005) ECR I-8577.

⁶² Sud EU, C-415/10 *Meister* (2012) ECR I-0000.

⁶³ Sud EU, C-394/11 *Belov* (2013) ECR I-0000.

Glede prve mogućnosti, čl. 19. UFEU je pravni temelj koji ovlašćuje na donošenje akata za borbu protiv diskriminacije, uključujući temeljem rasnog ili etničkog podrijetla. On bi mogao biti pravni temelj i za donošenje novih pravnih akata, primjerice usmjerenih specifično na Rome. Još 2004. godine EU Mreža nezavisnih stručnjaka za temeljna prava, u svom „Izvešću o situaciji temeljnih prava u Europskoj uniji za 2003.“, pozvala je EU na donošenje Direktive posebno usmjerene na poticanje integracije Roma.⁶⁴ Preporuku Desegregacijske direktive je ponovilo i ekspertno izvješće „Situacija Roma u proširenoj EU“⁶⁵ iz 2004., objavljeno 2006. godine. No, te su inicijative u međuvremenu u potpunosti napuštene. Dapače, današnja perspektiva EU uključuju ideju da je ispravni pristup diskriminaciji Roma tzv. eksplicitno, ali ne i isključivo usmjerenje.⁶⁶

Glede druge mogućnosti, 2013. godine se iščekuje drugo izvješće Europske komisije o implementaciji Direktive, s naglaskom na uočenim problemima te uz moguće predlaganje potrebnih izmjena i dopuna teksta Direktive, pa je ovo posebno pogodan trenutak za ocjenu Direktive 2000/43/EZ i njene učinkovitosti u borbi protiv diskriminacije Roma. Europska komisija je, prigodom prvog izvješća o implementaciji Direktive 2006. godine, pridala posebnu pažnju problemima vezanim za prenošenje Direktive u nacionalno zakonodavstvo, no nakon navođenja nekih problema uočeni u primjeni, navela je da trenutno ne vidi potrebu predlaganja izmjena i dopuna Direktive, a temeljem nedostatnog iskustva u primjeni Direktive te nedostatka sudske prakse Suda EU.⁶⁷ Danas više ne stoji argument da nema dovoljno iskustva u primjeni Direktive, no i dalje stoji da nema značajnije sudske prakse Suda EU kojom se interpretiraju odredbe Direktive 2000/43/EZ. No, je li predlaganje izmjena i dopuna Direktive izgledno?

Procjenjujući politički trenutak nije realno očekivati da će Europska komisija u svom izvješću predložiti izmjene i dopune Direktive 2000/43/EZ. Da trenutno nema političke volje za izmjenu postojećeg zakonodavnog okvira, vidljivo je iz nemogućnost dogovora na razini EU oko prijedloga tzv. Hori-

⁶⁴ Mrežna stranica European Roma Rights Centre, dostupno na: <http://www.errc.org/article/eu-experts-recommend-directive-on-roma-integration--european-union-network-of-experts-in-fundamental-rights-calls-for-roma-integration-directive/1921> (21.10.2012.).

⁶⁵ Europska komisija, *The Situation of Roma in an Enlarged European Union*, Focus Consultancy Ltd./European Roma Rights Center/European Roma Information Office, Luxembourg, 2006., Preporuka br. 14, str. 48.

⁶⁶ „Eksplicitno, ali ne i isključivo usmjerenje“ je naziv drugog od deset načela iz Deset zajedničkih temeljnih načela o uključivanju Roma. V. Vlada RH, *op.cit.*, bilj. 20.

⁶⁷ Europska komisija, Report from the Commission to the Council and the European Parliament - The application of Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Brussels, 30.10.2006., COM(2006) 643 final, str. 3., [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006DC0643R\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006DC0643R(01):EN:NOT) (29.11.2013.).

zontalne direktive.⁶⁸ Ilustracija nedostatka političke volje je i odluka Europske komisije da se, nakon što je Francuska 2010. godine deportirala otprilike 8,000 Roma u Rumunjsku i Bugarsku protiv Francuske pokrene infrakcijski postupak zbog povrede prava na slobodno kretanje, ali ne i zbog rasne ili etničke diskriminacije.⁶⁹ Naposljetku, gospodarska kriza koja traje već neko vrijeme, dodatno je nepogodna za aktivnosti koje bi vodile većoj zaštiti manjinskih etničkih skupina, a posebice Roma prema kojima u većem broju država još uvijek postoje negativni osjećaji većine birača.

S obzirom na navedeno, pri razmatranju postojećih praznina i nedorečenosti europskopravnog odgovora pažnja se usmjerava na mogućnost izmjena i dopuna Direktive 2000/43/EZ, ali i na razmatranje mogućih tumačenja pojedinih odredbi postojećeg teksta Direktive od strane Suda EU u budućoj sudskoj praksi.

4.2. Preostale praznine i nedorečenosti s nekim prijedlozima

4.2.1. Neodređenost pojma rasne ili etničke diskriminacije

Direktiva 2000/43/EZ zabranjuje diskriminaciju temeljem rasnog ili etničkog podrijetla, ali ne definira što je „rasno ili etničko podrijetlo.“ Zbog ranije navedenog spleta okolnosti i pitanja vezanih uz romski etnicitet, kulturu, društvenu isključenost i prisutne predrasude za učinkovito suzbijanje diskriminacije Roma, bilo bi osobito važno šire definiranje etničkog podrijetla odnosno etničke diskriminacije u pravu EU.

Jedno rješenje bila bi izmjena Direktive 2000/43/EZ na način da se u Direktivi pojasni da osnova „rasno ili etničko podrijetlo“ obuhvaća preklapajuće osnove poput rasnog podrijetla, boje kože, etničkog podrijetla, pripadnosti nacionalnoj manjini, a potencijalno se dovede u vezu i s osnovama poput jezika, kulture i vjere (jer bez izmjene čl.19. UFEU nije moguće zabranjivati diskriminaciju temeljem tih osnova već isključivo temeljem „rasnog ili etničkog podrijetla“). Druga mogućnost, koja bi također uključivala izmjenu Direktive, bila bi usvajanje definicije slične onoj iz čl. 1. UN-ove Konvencije o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije,⁷⁰ dakle bez definiranja osnove „rasnog ili et-

⁶⁸ Horizontalna direktiva je direktiva koja bi zabranu diskriminacije temeljem vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi i spolne orijentacije proširila na sva područja obuhvaćena Direktivom 2000/43/EZ.

⁶⁹ Mrežna stranica Euronews, dostupno na: <http://www.euronews.com/2010/09/29/france-slapped-for-eu-free-movement-infracton-not-discrimination/> (20.10.2012.).

⁷⁰ Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije od 7. ožujka 1966. (Narodne novine – međunarodni ugovori, br. 12/93), dalje u tekstu: CERD. CERD u čl. 1. st. 1. definira rasnu i etničku diskriminaciju: „U ovoj Konvenciji izraz „rasna diskriminacija“ odnosi se na svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva koji se zasnivaju na rasi, boji, precima, nacionalnom ili etničkom porijeklu i koji imaju za svrhu ili

ničkog podrijetla," već definiranjem rasne ili etničke diskriminacije i to na širi način. Treći način bio bi da Sud EU dade tumačenje pojmu „rasno ili etničko podrijetlo“, tumačeći taj pojam široko i inkluzivno, imajući u vidu kompleksni etnicitet Roma.

4.2.2. Razgraničenje etničke i vjerske diskriminacije

S prethodnim je povezano pitanje razgraničenja etničke i vjerske diskriminacije. Kod diskriminacije Roma također se javlja pitanja kako razgraničiti diskriminaciju temeljem vjere i diskriminaciju temeljem etniciteta, kad je vjera često sastavni element etniciteta pojedinih skupina i podskupina.⁷¹ Isto ne bi trebalo biti osobito relevantno, no trenutno jest s obzirom da se vjerska diskriminacija zabranjuje Direktivom 2000/78/EZ⁷² koja ima znatno uže područje primjene od Direktive 2000/43/EZ.⁷³ Na razlikovnim područjima, poput pružanja usluga, pravo EU zabranjuje diskriminaciju samo temeljem etničkog podrijetla.

Ta hijerarhija diskriminacijskih osnova,⁷⁴ tj. nedostatak koherentnog pristupa prema svih šest diskriminacijskih osnova europskog prava, trenutno se smatra jednim od glavnih nedostataka pravnog okvira protiv diskriminacije u pravu EU. Bilo bi nužno što skorije donošenje Horizontalne direktive koja bi proširila zabranu diskriminacije temeljem vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi i spolne orijentacije na sva područja obuhvaćena Direktivom 2000/43/EZ. Rješavanje tog pitanja ne može biti pitanje sudačke kreativnosti, već mora biti pitanje iznalaženja političke volje država članica EU da dokinu postojeću hijerarhiju među diskriminacijskim osnovama.

4.2.3. Diskriminacija temeljem predodžbe i temeljem povezanosti

Specifični aspekt pitanja koga se sve štiti od etničke diskriminacije jest proteže li se, s obzirom na princip samoodređenja svake osobe vezano za vlastito rasno ili etničko podrijetlo, zaštita od rasne ili etničke diskriminacije i na one

za rezultat da unište ili da ugroze priznavanje, uživanje ili vršenje, pod jednakim uvjetima, prava čovjeka i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, socijalnom i kulturnom polju ili na svakom drugom polju javnog života.“

⁷¹ Ponekad će biti vrlo teško utvrditi je li nošenje dugih suknji ili nošenje marama kod žena iz pojedinih romskih skupina vanjski izraz toga što su Romkinje ili toga što su primjerice Muslimanke (ili specifične kombinacije).

⁷² Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenog 2000. koja uspostavlja opći okvir za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja, SL L 303, 2. 12. 2000.; dalje u tekstu: Direktiva 2000/78/EZ.

⁷³ Direktiva Vijeća 2000/78/EZ odnosi se na dob, invaliditet, spolnu orijentaciju i vjeru.

⁷⁴ Za detaljan prikaz hijerarhije, uključujući i položaj spola kao osnove u ovoj hijerarhiji v. Holzleither, E., *Mainstreaming Equality: Dis/Entangling Grounds of Discrimination*, Law and Contemporary Problems, 2005., str. 927.

osobe romskog podrijetla koje se deklariraju kao pripadnici većinskog naroda. Smatra se da bi, iako još nema tumačenja Suda EU u pogledu ovog pitanja, odgovor morao biti potvrđan, a sugerira ga i jezik osnove koji govori ne o etnicitetu nego o „etničkom podrijetlu“.

Međutim, manje je jasno proteže li se zaštita od rasne ili etničke diskriminacije i na one osobe koje nisu romskog podrijetla, ali su izravno diskriminirane ili uznemiravane jer ih diskriminatori doživljavaju kao Rome, primjerice jer žive u romskim naseljima ili osobe koje su diskriminirane zbog svoje veze s Romkinjom ili Romom odnosno povezanosti s Romima. U Direktivu 2000/43/EZ bilo bi poželjno ugraditi zabranu diskriminacije temeljem pogrešne predodžbe. Međutim, tu konstrukciju bi, vrlo vjerojatno, mogao u budućnosti, kroz svoju praksu, razviti i Sud EU. Da je isto moguće pokazuje predmet *Coleman*,⁷⁵ u kojem je Sud EU prepoznao diskriminacije temeljem povezanosti. Vezano za taj koncept, u Direktivi bi moglo biti pojašnjeno da se diskriminacija temeljem povezanosti zabranjuje i u pogledu osnove rasnog ili etničkog podrijetla, odnosno, Sud EU bi mogao potvrditi da se i kod osnove rasnog ili etničkog podrijetla od diskriminacije štiti i osoba koja sama nema određenu karakteristiku koja je zabranjena osnova diskriminacije kada je diskriminirana temeljem svoje povezanosti s osobom koja je ima.⁷⁶

4.2.4. Višestruka diskriminacija

Kako svaki čovjek ima različite identitete: dob i spol i spolnu orijentaciju i etničko podrijetlo itd., tako su pripadnici romske etničke skupine ujedno Romkinje, stariji Romi, Romi s invaliditetom (ili kombinacija navedenog) te su kao takvi izloženi višestrukoj diskriminaciji. Nužno je predvidjeti europskopравни odgovor na višestruku diskriminaciju, kao pojavu kada je jedna osoba istovremeno diskriminirana temeljem više različitih diskriminacijskih osnova. U teoriji je razvijen niz oblika, pa se u širem kontekstu višestruke diskriminacije razlikuju i interseksijska diskriminacija, sastavljena diskriminacija i preklapajuća diskriminacija, no trenutno višestruka diskriminacija niti u jednom svojem obliku nije izriječno zabranjena u Direktivi 2000/43/EZ. Isto bi svakako trebalo učiniti pri prvim izmjenama i dopunama Direktive.

Višestruku diskriminaciju bi mogao u europsko antidiskriminacijsko pravo uvesti i Sud EU, kada bi se pred njim našao slučaj diskriminacije Romkinje koja je istovremeno diskriminirana kao žena i kao pripadnica romske manjinske etničke skupine. Sud EU bi tako dobio mogućnost kreirati europskopravnu definiciju pojma višestruke diskriminacije.

⁷⁵ Sud EU, C-303/06 *Coleman* (2008) ECR I-5603.

⁷⁶ To bi se odnosilo, primjerice, na situaciju kada je diskriminacija usmjerena na neromkinju koja se udala za Roma upravo stoga jer se udala za Roma.

4.2.5. Opseg primjene Direktive

Direktiva se primjenjuje na sve osobe, u javnome i u privatnome sektoru, uključujući javna tijela i to u području rada i zapošljavanja, ali i u pogledu pristupa sustavu socijalne skrbi i socijalne sigurnosti, te dobrima i uslugama, uključujući stanovanje te na području obrazovanja. Međutim, država može diskriminirati ne samo pri pružanju usluga, već i pri obavljanju nekih svojih drugih uloga, primjerice vezano za ovlasti policije. Za suzbijanje kako izravne pojedinačne diskriminacije, tako i institucionalne diskriminacije Roma bilo bi iznimno korisno kada bi se Direktiva kojom se zabranjuje rasna ili etnička diskriminacija odnosila na sve uloge države, a što je sada pokriveno antidiskriminacijskim zakonodavstvom samo manjeg broja država članica.⁷⁷ No s obzirom na trenutne pravne i političke okolnosti, u pogledu tog pitanja još je uvijek presudna garancija nediskriminacije iz EKLJP.

Ni borba protiv stereotipa trenutno nije u opsegu Direktive. Predrasude i stereotipi, bilo oni svjesni ili oni nesvjesni, mogu voditi diskriminaciji u njenim različitim oblicima. Poslodavci i pružatelji usluga, ali i donosioci svih oblika odluka ponekad donose odluke temeljem stereotipa prema Romima, a stereotipi se prenose i u sustavima obrazovanja, putem kulturnih proizvoda i javnim govorom u medijima. Poštujući slobodu govora i izražavanja kao ljudsko pravo, borba protiv diskriminacije ipak uključuje i borbu protiv stereotipa, pa bi se izmjenama i dopunama Direktive moglo obuhvatiti i stereotipno prikazivanje Roma.⁷⁸

4.2.6. Državljanstvo kao iznimka

Jedan od izuzetaka koje predviđa Direktiva je isključenje diskriminacije temeljem državljanstva (trećih država) iz opsega primjene Direktive 2000/43/EZ. Direktiva ne pokriva razlike u postupanju koje se temelje na državljanstvu i ne utječe na odredbe i uvjete za ulazak i boravak državljana trećih zemalja i osoba bez državljanstva na području država članica niti na postupak koji je povezan s pravnim statusom državljana trećih zemalja i osoba bez državljanstva. Istu odredbu moguće je promatrati kao iznimku, jer se od rasne ili etničke diskriminacije štite sve osobe koje se nalaze na teritoriju EU, osim kada je riječ o državljanima trećih država, a razlike u postupanju se tiču navedenih pitanja i temelje na njihovom državljanstvu (a ne na rasnom ili etničkom podrijetlu, no evidentno je da između ovih pojmova postoji bliska veza). U praksi će biti vrlo teško razgraničiti diskriminaciju Roma državljana trećih država temeljem etničkog podrijetla i državljanstva treće države. Pose-

⁷⁷ Equinet, *op. cit.*, bilj. 1., str. 24.

⁷⁸ *Ibidem*.

bice je Hepple⁷⁹ snažno kritizirao tu odredbu Direktive objašnjavajući razlike između imigracijske politike i načina postupanja prema migrantima da bi na kraju zaključio da je, ograničavanjem zaštite samo na državljane, potkopana univerzalnost ljudskih prava. U smislu prijedloga budućih izmjena i dopuna, bilo bi poželjno brisati tu odredbu Direktive, jer, zbog ograničenja prisutnih u tekstu čl. 19. UFEU u Direktivu o rasnoj jednakosti, ne bi bilo moguće dodati zabranu diskriminacije temeljem državljanstva, iako bi isto bilo u skladu s Općom preporukom UN-ovog Odbora za uklanjanje svih oblika rasne diskriminacije o diskriminaciji nedržavljana.

Korisno bi bilo i kada bi Sud EU u nekom od budućih predmeta usko tumačio ovu iznimku, upućujući da ju se ne bi smjelo koristiti za izbjegavanje obveze zaštite od rasne ili etničke diskriminacije, kako izravne tako i neizravne, svih osoba na području država članica.

4.2.7. Mjere pozitivne akcije

S obzirom na ranije opisanu životnu situaciju i stupanj društvene isključenosti velikog broja Roma jasno je da su mjere pozitivne akcije ili posebne mjere način za osiguravanje postizanja ne samo jednakosti u praksi, već i jednakih mogućnosti, jer dobro osmišljene mjere pozitivne akcije⁸⁰ omogućavaju izjednačavanje drugačijih startnih pozicija, primjerice romske i ne-romske djece. Međutim, Direktiva ne čini pozitivnu akciju obvezatnom, već se navodi da u cilju osiguravanja pune jednakosti u praksi, načelo jednakog postupanja ne sprječava državu članicu da zadrži ili usvoji posebne mjere čiji je cilj sprječavanje ili kompenzacija nepovoljnog položaja vezano za rasno ili etničko podrijetlo.

Navedena odredba ostavlja dojam da su one države članice u kojima postoji politička volja za ostvarenjem pune jednakosti u praksi slobodne koristiti mjere pozitivne akcije kao način za ostvarivanje ovog cilja u mjeri u kojoj žele. No, mjere pozitivne akcije su jedino pitanje gdje države članice zapravo nisu slobodne ići preko EU minimuma kojeg postavlja Direktiva. Naime, bez obzira na nacionalni konsenzus i utemeljenost na progresivnom nacionalnom pravu, usvojene mjere ne smiju prelaziti granicu dopustivosti prema pravu EU, a koju svojim tumačenjem postavlja Sud EU. Sud EU međutim još niti jednom nije bio u prigodi iscrtnati granice dopuštene pozitivne akcije u pogledu rasnog ili etničkog podrijetla. Ukoliko bi pak Sud EU tumačio ovu odredbu Direktive 2000/78/EZ na način na koji je tumačio sličnu odredbu na području ravnopravnosti spolova, određene mjere pozitivne akcije koje se trenutno ko-

⁷⁹ Hepple, B., *Race and Law in Fortress Europe*, *Modern Law Review*, vol. 67, 2004., str. 1-15.

⁸⁰ Osmišljavanje, ali i praćenje primjene mjera pozitivne akcije koje se odnose na Rome trebalo bi u dovoljnoj mjeri uključivati Rome.

riste u odnosu na Rome i druge etničke manjine ne bi bile u skladu s pravom EU jer sadržavaju automatizam u pogodovanju isključivo temeljem etniciteta kao zaštićene karakteristike.⁸¹

Smatra se da bi, u pogledu podizanja učinkovitosti borbe protiv diskriminacije, bilo korisno u Direktivi propisati dužnost država da uvode mjere pozitivne akcije za sve etničke manjine koje se nalaze u osobito lošem položaju i koje su osobito podložne diskriminaciji. Konkretno, umjesto da se u odredbi o pozivnoj akciji navodi da načelo jednakog postupanja ne sprječava državu članicu da zadrži ili usvoji posebne mjere, moglo bi se propisati da u cilju osiguravanja pune jednakosti u praksi, načelo jednakog postupanja zahtjeva od država članica da zadrže ili usvoje posebne mjere čiji je cilj sprječavanje ili kompenzacija nepovoljnog položaja vezano za rasno ili etničko podrijetlo.

Glede granica dopustivosti mjera pozitivne akcije temeljem Direktive 2000/43/EZ poželjno bi bilo kada bi usvojeno tumačenje Suda EU bilo šire nego ono u pogledu mjera usmjerenih na suzbijanje spolne diskriminacije, te tako omogućilo državama članicama unapređenje položaja Roma i drugih etničkih manjina.

4.2.8. Razumna prilagodba za etnicitet

Europsko antidiskriminacijsko zakonodavstvo uključuje zahtjev razumne prilagodbe isključivo u odnosu na invaliditet u Direktivi 2000/78/EZ, međutim ne uključuje odredbu o razumnoj prilagodbi specifičnim potrebama pripadnika etničkih skupina.⁸² Takav institut bi omogućio različito tretiranje onih situacija koje zahtijevaju različito postupanje, odnosno izbjegavanje situacija u kojima jednako postupanje prema svima stvara probleme nekim skupinama s obzirom na njihov specifičan stil života. Isto ne bi bio oblik pozitivne akcije kao specijalne mjere za unaprijed definiranu skupinu osoba, već bi omogućilo prilagodbu, u vidu iznimke od inače primjenjivanih pravila ili prakse.

Primjerice, razumna prilagodba bi se mogla koristiti u odnosu na neke skupine s obzirom na njihov nomadski ili polu-nomadski stil života. De Schutter⁸³ ukazuje da je ESLJP došao blizu definiranju razumne prilagodbe u

⁸¹ Za detaljno istraživanje gdje bi na području suzbijanja rasne ili etničke diskriminacije mogla biti postavljena granica v. Caruso, H. C. D., *Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives*, Harvard International Law Journal, vol. 44, br. 2, 2003., str. 331.

⁸² Iako se onima koji ovaj pojam promatraju isključivo iz perspektive prava EU ili hrvatskog prava može činiti neobičnim prijedlog da se on koristi i za druge osnove a ne samo invaliditet, možda će biti zanimljivo pojašnjenje da je razumna prilagodba kao koncept usvojena iz američkog antidiskriminacijskog prava gdje se koristila vezano za vjeru i vjerske različitosti, ali je EU pravo odlučilo koncept vezati samo za invaliditet kao diskriminacijsku osnovu.

⁸³ De Schutter, O., *The prohibition of discrimination under European human rights law: Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2005., str. 57.

svojoj praksi, time što se u predmetu *Thlimmenos*⁸⁴ tražila razumna prilagodba za članove određenih vjerskih skupina, međutim kritizira da, kada je ESLJP u nizu od pet predmeta imao prilike odlučiti da je Ujedinjeno Kraljevstvo trebalo postupiti drugačije prema Romima koji žive u kamp kućicama i ne primijeniti pravila koja se redovno odnose na korištenje zemljišta jer je njihova situacija drugačija od ostatka populacije, to nije učinio. I mišljenje Equinet-a temeljeno na praktičnom radu tijela za suzbijanje diskriminacije i promicanje jednakosti u suzbijanju diskriminacije Roma je da bi bilo korisno kada bi antidiskriminacijsko pravo EU uvelo neke mehanizme za uvažavanje kulturnih različitosti, odnosno kada bi se ovim zakonodavstvom zahtijevala od poslodavaca i pružatelja usluga razumna prilagodba kulturama i identitetima i razlikama koje iz njih proizlaze.⁸⁵

4.2.9. Pozitivne dužnosti

Neke države članice EU su u svoja nacionalna antidiskriminacijska zakonodavstva uvele tzv. pozitivne dužnosti, no Direktiva o rasnoj jednakosti ne obvezuje države članice na njihovo propisivanje. Uvođenje pozitivnih dužnosti je način odmicanja od isključivo *post festum* reakcije jer u biti znači prevenciju diskriminacije, na način da se pravom unaprijed propisuju neke pozitivne dužnosti i njihovi nositelji. Ovaj mehanizam se u praksi pokazao kao vrlo koristan, posebice kada je riječ o suzbijanju institucionalne diskriminacije,⁸⁶ koja posebice pogađa Rome. Pozitivne dužnosti se mogu kretati od propisivanja dužnosti za poslodavce i pružatelje usluga do propisivanja dužnosti tijelima javnog sektora da u obavljanju svog rada moraju voditi dužnu pažnju o jednakosti,⁸⁷ na način da uključuju razmatranje utjecaja svojih odluka i politika na osjetljive skupine prije njihova donošenja te prate utjecaj tijekom provedbe.

Pozitivne dužnosti su primjerice uvedene u europsko antidiskriminacijsko zakonodavstvo u odnosu na ravnopravnost spolova kasnijom Direktivom 2006/54/EZ koja zahtijeva od država članica da uvedu tzv. *gender mainstreaming* u područja na koja se ta direktiva odnosi te da pruže potporu poslodavcima da usvoje planirani i sistemski pristup ravnopravnosti spolova.⁸⁸ S obzirom da se cilj suzbijanja diskriminacije, a posebice institucionalne diskriminacije Roma, može mnogo učinkovitije postići propisivanjem obveze na aktivan rad

⁸⁴ ESLJP, *Thlimmenos protiv Grčke* (zahtjev br. 34369/97), presuda od 6. travnja 2000.

⁸⁵ V. Equinet, *op. cit.*, bilj. 1., str. 24.

⁸⁶ V. Equinet, *op. cit.*, bilj. 29., str. 6.

⁸⁷ *Ibidem*, str. 6 - 7.

⁸⁸ Direktiva 2006/54/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. lipnja 2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada (preinaka), SL L 204, 26. 7. 2006.

na promicanju jednakosti, dopuna Direktive 2000/43/EZ u ovom smislu bi bila vrlo poželjna. Direktiva bi mogla sadržavati pozitivnu dužnost država članica da provode mjere potrebne za promicanje jednakosti, uključujući naravno i Roma, ali i obvezu država članica da pri izradi nacrtu propisa i politika i njihovoj primjeni uzimaju u obzir položaj etničkih manjina, uključujući romske manjine.

4.2.10. Tijela za suzbijanje diskriminacije i promicanje jednakosti

Iako je vrlo korisno da je Direktivom o rasnoj jednakosti određena obveza država da osnuju ili dodijele nove ovlasti postojećim tijelima, nažalost tekst Direktive nije u dovoljnoj mjeri definirao status, posebice neovisnost, i ulogu tijela za suzbijanje diskriminacije i promicanje jednakosti. Time je propuštena prigoda obvezivanja država na stvaranje jakih neovisnih tijela sa zadaćom proizvodnje sinergijskog učinka suzbijanja diskriminacije i promicanja jednakosti, kao potencijalno vrlo učinkovitih aktera borbe protiv diskriminacije.

Pri izmjenama i dopunama Direktive bilo bi poželjno izriječno navesti da ta tijela moraju biti neovisna, što bi bilo daleko bolje od trenutne formulacije da svoje zadaće moraju neovisno izvršavati. Nadalje, tijelima bi samom Direktivom mogla biti dana zadaća posebnog uzimanja u obzir i rada na suzbijanju diskriminacije posebno ranjivih etničkih skupina, uključujući Rome.

4.2.11. Vizija jednakosti

Na razini teorijskog razmišljanja gotovo svi gore navedeni prijedlozi izmjena postojećeg okvira imaju nešto zajedničko, a to je da su rezultat nešto drugačije vizije jednakosti nego što je ona koja je trenutno sadržana u Direktivi 2000/43/EZ.

Razmatrajući uvriježeno razlikovanje tri različite vizije jednakosti, posebice etablirano kroz znanstveni rad Fredman⁸⁹ (formalne jednakosti ili jednakosti kao konzistentnosti, kao starije tradicionalne vizije; jednakosti u praksi ili jednakosti rezultata, tj. materijalne, odnosno supstantivne jednakosti,⁹⁰ kao starije progresivne vizije jednakosti; te jednakosti mogućnosti kao novije hibridne vizije koja pokušava pomiriti prve dvije), može se reći da je vizija jednakosti sadržana u Direktivi 2000/43/EZ ona jednakosti mogućnosti. Direktiva 2000/43/EZ odražava tenziju između ovih suprotstavljenih vizija jednakosti, odnosno utjelovljuje viziju jednakosti kao jednakih mogućnosti.⁹¹ Istovremeno

⁸⁹ U brojnim djelima, primjerice v. Fredman, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002., str. 1-26.

⁹⁰ V. Barnard, C.; Hepple, B., *Substantive Equality*, The Cambridge Law Journal, vol. 59, br. 3, 2000., str. 562-595.

⁹¹ Ta vizija jednakosti primamljiva je kao teoretska konstrukcija, međutim u praksi pokazuje

no Fredman ukazuje na manjkavosti tradicionalnih pristupa u kojem se protiv diskriminacije bori nakon što je do nje došlo, kojeg naziva jednakošću treće generacije i zagovara kao novinu jednakost četvrte generacije koja je fokusirana na pozitivne dužnosti i prevenciju diskriminacije.⁹² Može se zaključiti da se kritike koje se u ovom radu upućuju Direktivi te prijedlozi za poboljšanje pravnog okvira upravo kreću linijom zagovaranja četvrte generacije jednakosti, odnosno kombiniranja *post festum* i preventivnog pristupa.

Usporedivo, McCrudden⁹³ koristi razlikovanje tri modela povezanih s pojmom jednakosti: model individualne pravde, model grupne pravde, i participativni model ili jednakost kao sudjelovanje. Prvi je model fokusiran na postizanje pravde za pojedince, često putem sudskih postupaka te se može smatrati starijim konzervativnijim pristupom, drugi je fokusiran na odnose među grupama i grupnu pravdu, uključujući borbu protiv institucionalne diskriminacije i redistribuciju resursa i može se smatrati starijim progresivnijim pristupom, dok treći model označava proaktivni preventivni pristup uključivanja razmatranja nediskriminacije i jednakosti u postupcima odlučivanja (mainstreaming). Može se reći da je model sadržan u Direktivi o rasnoj jednakosti prvenstveno model individualne pravde, s elementima modela grupne pravde (neizravna diskriminacija, mogućnost da tijela pokreću tužbe), no da u Direktivi trenutno izostaju elementi jednakosti kao sudjelovanja. Prijedlozi za poboljšanje pravnog okvira izneseni u ovom radu kreću se linijom zagovaranja kombiniranja sva tri navedena modela jer su u velikoj mjeri komplementarni.

5. ZAKLJUČAK

U radu je prikazana situacija u kojoj žive Romi diljem EU, kao i to da je visok stupanj prisutnosti diskriminacije Roma europska činjenica. Ukratko je prikazan dio europskog odgovora na situaciju Roma koji se sastoji od različitih inicijativa, akata mekog prava usmjerenih na pospješivanje društvene uključenosti i integracije Roma, ali i od provođenja istraživanja i prikupljanja podataka na razini EU o ovoj najvećoj i najdiskriminiranijoj etničkoj manjini. S obzirom na temu rada, pažljivo je prikazan europskopравни odgovor na diskriminaciju Roma, kroz izlaganje relevantnih izvora primarnog prava, posebice

određene probleme, kako zbog unutarnjih kontradiktornosti odnosno nejasnoće cilja, tako i zbog teške mjerljivosti uspješnosti. V. Makkonen, T., *European handbook on equality data, Why and how to build to a national knowledge base on equality and discrimination on the grounds of racial and ethnic origin, religion and belief, disability, age and sexual orientation*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2006., str. 14.

⁹² Fredman, *op. cit.*, bilj 89.

⁹³ McCrudden, C., *International and European Norms Regarding National Legal Remedies for Racial Inequality* u: S. Fredman (ur.), *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*, Oxford University Press, Oxford, 2001., str. 251-309.

ce Povelje o temeljnim pravima EU. Daleko najveća pažnja je pridana analizi Direktive o rasnoj jednakosti kao temeljnom zakonodavnom aktu europskog prava relevantnom za borbu protiv diskriminacije Roma, cijelo vrijeme imajući na umu pitanje u kojoj mjeri ona zadovoljava potrebe borbe protiv diskriminacije Roma kao specifične etničke skupine.

Direktivu 2000/43/EZ se svojedobno hvalilo kao „prekretnicu u borbi protiv diskriminacije u Europi.“⁹⁴ I doista, Direktiva je donijela ogroman napredak na području borbe protiv rasne ili etničke diskriminacije u EU, uključujući i u odnosu na Rome. Njome su uvedeni razrađeni mehanizmi korištenje kojih su države članice dužne osigurati za zaštitu pojedinaca i skupina od tog vida diskriminacije u postupcima pred sudskim i drugim nadležnim tijelima. Direktiva je uvela nove definicije oblika rasne ili etničke diskriminacije u pravne sustave koji ih prije obveze prenošenja te Direktive nisu poznavali te je postavila obvezu državama članicama da osnuju ili odrede tijela nadležna za suzbijanje rasne diskriminacije i promicanje jednakosti u državama članicama EU.

Međutim, trinaest godina nakon donošenja Direktive 2000/43/EZ rasna ili etnička diskriminacija je i danas jedan od najvećih problema na području ljudskih prava u Europi, a najdiskriminiranija etnička manjina u EU su Romi. Taj kontrast između detaljno razrađene zabrane rasne ili etničke diskriminacije u Direktivi 2000/43/EZ i realnosti diskriminacije Roma dovodi do zaključka da Direktiva ne ide dovoljno daleko i trenutno ne zahtjeva od država članica uvođenje svih alata potrebnih da bi borba bila učinkovita.

U radu su se stoga razmatrali nedostaci antidiskriminacijskog zakonodavstva EU vezano za učinkovitost borbe protiv diskriminacije Roma. Zaključak je da je Direktiva o rasnoj jednakosti nedostatna iz dva temeljna razloga: prvi se odnosi na suzbijanje rasne ili etničke diskriminacije generalno, pa onda i na Rome, a drugi specifično vezano na adekvatnost odgovora u odnosu na diskriminaciju Roma.

Prvi razlog jest da je Direktiva o rasnoj jednakosti u vrijeme kad je donošena djelomično sadržavala tadašnje teorijske i praktične dosege do kojih su u svojim dotadašnjim naporima došle neke države članice, no da je u međuvremenu došlo do razvoja novih obećavajućih mehanizama i modela. Naime, Direktiva je 2000. godine građena na dostignućima najnaprednijeg nacionalnog antidiskriminacijskog zakonodavstva država članica, u prvom redu temeljem britanskog modela, ali u trenutku kada je to nacionalno zakonodavstvo već

⁹⁴ European Network against Racism (ENAR), *Response of the European Network against Racism (ENAR) 'Council Directive implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, 2000/43/EC: Five year report on the application of the Directive - Overview of ENAR's initial assessment'*, 2005., dostupno na: http://cms.horus.be/files/99935/MediaArchive/pdf/OKT05_ENAR_RD_5yr_Report.pdf (20.3.2013.).

bilo kritizirano i u početku postupka izmjene od tradicionalnog *post festum* antidiskriminacijskog pristupa ka preventivnom pristupu, odnosno kombinaciji ova dva pristupa kao najučinkovitijem načinu obračunavanja s diskriminacijom.⁹⁵ Između ostalog u velikoj mjeri zbog obveze prenošenja Direktive u međuvremenu je došlo do procvata nacionalnog antidiskriminacijskog zakonodavstva i neka rješenja usvojena na nacionalnoj razini (poput primjerice zabrane višestruke diskriminacije, diskriminacije temeljem povezanosti ili predodžbe) mogla bi poslužiti kao inspiracija za izmjene i dopune Direktive, a kako bi se osiguralo podizanje zajedničkog europskog minimuma i u onim državama članicama koje još uvijek imaju tradicionalni antidiskriminacijski pristup bez većeg naglaska na prevenciju diskriminacije i promociju jednakosti.

Zaključeno je da Direktiva utjelovljuje u praksi problematični model jednakih mogućnosti, bez usvajanja četvrte generacije jednakosti i bez potrebnog naglaska na prevenciji, a što je čini u određenim aspektima nedostatnom. Stoga, ukoliko bi se željelo unaprijediti borbu protiv diskriminacije u svim državama članicama, moglo bi se izmjenama i dopunama Direktive koncepte poput pozitivnih dužnosti unijeti u pravo EU i time dignuti zajednički europski minimum. Posebice zbog prisutnosti institucionalne diskriminacije Roma te nedostatnog prijavljivanja Roma žrtava diskriminacije, upravo bi ovakva promjena pristupa mogla biti ključna u povećanju učinkovitosti europskog odgovora na postojeću diskriminaciju Roma.

Drugi razlog nedostatnosti Direktive 2000/43/EZ, specifično u odnosu na borbu protiv diskriminacije Roma, je da je donesena u vrijeme prije nego što su Romi postali najveća etnička manjina u Europi i prije nego što je diskriminacija Roma postala tema u fokusu EU na način na koji je to danas. Zato nisu razmatrani u dovoljnoj mjeri potreba obračunavanja sa segregacijom i institucionalnom diskriminacijom, odnosno nije omogućena razumna prilagodba u odnosu na etnicitet s obzirom na specifičan stil života jednog dijela Roma. Direktiva niti za osiguravanje pune jednakosti u praksi ne zahtjeva od država članica da zadrže ili usvoje posebne mjere čiji je cilj sprječavanje ili kompenzacija nepovoljnog položaja te se ne zabranjuje višestruka diskriminacija.

U radu se zaključuje da bi cilj europskog antidiskriminacijskog zakonodavstva trebao biti promjena postojećeg stanja kojeg odlikuje visok stupanj prisutnosti diskriminacije Roma, a što se samo djelomično može postići reaktivnim djelovanjem, dakle suzbijanjem diskriminacije do koje je već došlo putem osiguravanja pravne zaštite onima koji su diskriminirani i sankcioniranjem onih koji diskriminiraju. Za postizanje nediskriminacije i jednakosti po-

⁹⁵ Hepple, B., *op. cit.*, bilj. 79. Za detaljnu kritiku britanskog modela Hepple, B.; Coussey, M.; Choudhury, T., *Equality, a New Framework: Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-discrimination Legislation*, Hart Publishing, Oxford i Portland, 2000.

trebno je uz navedeno i dodatno stavljanje naglaska na rušenje institucionalne diskriminacije Roma i na prevenciju buduće diskriminacije putem kombinacije pravnih i izvanpravnih mjera, pri čemu bi europsko antidiskriminacijsko zakonodavstvo, idealno putem izmjena i dopuna Direktive 2000/43/EZ, trebalo uključivati zahtijevanje posebnih mjera, zabranu višestruke diskriminacije, razumnu prilagodbu za etničke različitosti te posebice uvođenje pozitivnih dužnosti, kao što je obveza javnopравnih tijela da uključuju razmatranje utjecaja svih svojih odluka i politika na osjetljive skupine poput romske manjine prije njihova donošenja.

Uz države članice i njihovu političku volju, institucije EU te različite interesne skupine, ključnu ulogu u pogledu definiranja europskog odgovora na diskriminaciju Roma i viziju jednakosti na ovom području, vjerojatno će ipak odigrati Sud EU. S obzirom na ocijenjenu (ne)izglednost skorijih izmjena i dopuna Direktive 2000/43/EZ, zadatak određivanja značenja pojmova koje Direktiva trenutno sadrži bit će na Sudu EU te je za nadati se da će on, kada prvi put bude pozvan tumačiti Direktivu o rasnoj jednakosti u predmetu diskriminacije Roma, iskoristiti priliku da pruži jasan signal da EU može pružiti adekvatni odgovor na postojeću diskriminaciju ove sveeuropske etničke manjine.

Summary

Tena Šimonović Einwalter, MJur*

EU LAW IN THE FIGHT AGAINST DISCRIMINATION OF ROMA: THE WAY AHEAD

How to efficiently fight the discrimination of Roma is a question to which there is no one simple answer, because of a complex amalgamation of issues and circumstances related to ethnicity, socio-economic status and culture of the Roma population, institutional discrimination and attitude of the majority towards Roma. In 2000, the Racial Equality Directive was enacted and in 2004 and 2007, the EU expanded eastwards. Subsequently, the EU law expanded to include the prohibition of racial or ethnic discrimination and Roma became the largest ethnic minority in the EU, but also the most discriminated one. However, is the European answer to the discrimination of Roma adequate?

The paper analyses attempts to end the discrimination of Roma at the EU level, especially legislative ones, i.e., the provisions of the EU anti-discrimination law. The view is

* Tena Šimonović Einwalter, MJur, Deputy Ombudswoman of the Republic of Croatia, Opatička 4, Zagreb.

that it is necessary to combine formal law with soft law and various positive initiatives, especially at EU level, but that the time has come to review the lacunae in the EU anti-discrimination law as it relates specifically to the efforts to prevent the discrimination of Roma. The argument in the paper is that the Racial Equality Directive has advanced the fight against racial or ethnic discrimination and has provided valuable tools for the fight against the discrimination of Roma, but that it remains inadequate in some respects. Some suggestions are made to improve the European legal framework for the fight against the discrimination of Roma.

The paper concludes that the goal of the European anti-discrimination law should be to change the current situation which is characterised by a high level of discrimination against Roma. This can only partly be achieved through ex post factum proceedings, by fighting discrimination which has already occurred through providing legal protection for those who have been discriminated against and sanctioning those who have discriminated. In order to achieve non-discrimination and equality in practice, greater emphasis should be placed on dismantling the institutional discrimination of Roma and on preventing future discrimination, which could be achieved through amending Directive 2000/43/EC, as suggested in the paper.

Key words: Directive 2000/43/EC, discrimination, Roma minority

IZAZOVI SUVREMENOG ANTIDISKRIMINACIJSKOG PRAVA – SVJETLO NA KRAJU TUNELA?

Doc. dr. sc. Snježana Vasiljević*

Suvremeno antidiskriminacijsko pravo suočava se s krizom vlastitog metodološkog i konceptualnog poimanja te se nalazi pred izazovom primjene pred nacionalnim sudovima. U ovom radu cilj je prikazati usporednom analizom suvremenog antidiskriminacijskog zakonodavstva način transformacije određenih antidiskriminacijskih koncepata iz američkog pravnog sustava kroz europski antidiskriminacijski okvir u nacionalni pravni sustav.

Ključne riječi: uznemiravanje, spolno uznemiravanje, mobing, američko antidiskriminacijsko pravo, EU koncept zabrane diskriminacije

1. UVOD

Suvremeno antidiskriminacijsko pravo suočava se s krizom vlastitog metodološkog i konceptualnog poimanja te se nalazi pred izazovom primjene pred nacionalnim sudovima. U ovom radu cilj je prikazati usporednom analizom suvremenog antidiskriminacijskog zakonodavstva način transformacije određenih antidiskriminacijskih koncepata iz američkog pravnog sustava kroz europski antidiskriminacijski okvir u nacionalni pravni sustav.

U Republici Hrvatskoj (dalje u tekstu: RH), prve zakonom detaljnije razrađene antidiskriminacijske norme usvojene su početkom prošlog desetljeća, međutim do danas u primjeni nisu polučile značajne rezultate. Kad kažem „značajne rezultate“, mislim na broj pravomoćnih presuda pred nacionalnim sudovima u svezi diskriminacije koje bi poslužile kao statistički dokaz da diskriminacija u hrvatskom društvu postoji. Drugim riječima, proces reforme hrvatskog pravosuđa i njegove „eupeizacije“ je vrlo spor, što rezultira vrlo malim brojem sporova u svezi diskriminacije. S obzirom da „značajni rezultati“ primjene antidiskriminacijskih normi izostaju, moglo bi se *a contrario* zaključiti da diskriminacija u hrvatskom društvu ne postoji. No je li zaista tako?

* Dr. sc. Snježana Vasiljević, docentica Pravnog fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

Moju tezu neučinkovite primjene antidiskriminacijskog prava i postojanja diskriminacije u hrvatskom društvu potkrepljuju recentni primjeri pokušaja ograničavanja prava seksualnih manjina,¹ zatim nedavno protjerivanje Roma iz Škabrnje,² strukturalna diskriminacija nacionalnih manjina,³ te kontinuirano diskriminiranje žena i mladih na tržištu rada.⁴ Politička i stručna elita uključena je u aktualnu raspravu o pravima seksualnih manjina, definiciji braka na razini ustavnog vrednote, međutim položaj ranjivih skupina vrlo je nepovoljan u vremenima globalne ekonomske krize i krize moralnih vrijednosti. Sve to utječe i na stvaranje sveobuhvatne antidiskriminacijske politike kako na europskoj tako i na nacionalnoj razini o čemu će više riječi biti u nastavku. Jesu li neki „jednakiji“ od drugih, legitimno je pitanje u državi koja jamči svima jednaka prava u odnosu na ustavom i zakonom zaštićenu individualnu karakteristiku. U literaturi to se naziva hijerarhijom jednakosti.⁵

Znanstvena analiza europskog i nacionalnog antidiskriminacijskog okvira uz komparativni prikaz američkog antidiskriminacijskog zakonodavstva ukazat će na postojeće prednosti i nedostatke sadašnjeg pravnog okvira za suzbijanje diskriminacije. Za početak ću krenuti od analize europskog pravnog okvira koji je temelj nacionalnog antidiskriminacijskog prava i ocjene usklađenosti nacionalnog prava. S obzirom da antidiskriminacijsko pravo Europske unije (dalje u tekstu: EU) izvire iz sustava Sjedinjenih Američkih Država (dalje u tekstu: SAD), smatram neophodnim usporediti osnovne odrednice oba modela i naznačiti njihove prednosti i nedostatke u komparativnoj analizi kojom ću se baviti u drugom dijelu ovog rada. Šira i dublja analiza zahtijevala bi opsežnije i dugotrajnije izučavanje sudske prakse unutar oba sustava što je u ovom radu nemoguće obuhvatiti s obzirom na vremenska i metodološka ograničenja. S obzirom da je diskriminacija sveobuhvatan pojam koji je disperzivno definiran različitim pravnim aktima i sustavno različit u različitim normativnim okvirima, ograničenja ove analize proizlaze iz činjenice da je nemoguće na jednom mjestu i ograničenim brojem znanstvenih metoda

¹ T.R. ILGA Europe, *Milanović nije omogućio bračnu jednakost zbog opozicije Katoličke crkve*, 16.5.2013., dostupno na: <http://www.crol.hr/portal/aktivizam-politika/dogaaji/4782-ilga-milanovi-nije-omoguo-branu-jedna-ost-zbog-opozicije-katolike-crkve.html> (20.9.2013.).

² Luić, A., *Romi u Škabrnji: ogradili su nas kao pse, a i mi smo Hrvati*, Večernji list, 2.5.2012., dostupno na: <http://www.vecernji.hr/regije/romi-skabrnji-ogradili-su-nas-kao-pse-a-mi-smo-hrvati-clanak-404954> (1.9.2012.).

³ Bieber, F.; Džihic, V., *Introduction*, Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe, vol. 11, br. 3, 2012., str 1-7, dostupno na: <http://www.ecmi.de/fileadmin/downloads/publications/JEMIE/2012/Introduction.pdf> (26.10.2012.).

⁴ V. Kamenov, Ž.; Galić, B., *Rodna ravnopravnost i diskriminacija u Hrvatskoj: Istraživanje „Percepcija, iskustva i stavovi o rodnoj diskriminaciji u Republici Hrvatskoj“*, Ured za ravnopravnost spolova i Vlade Republike Hrvatske, Biblioteka ONA, Zagreb, 2011.

⁵ V. Bell, M., *Racism and equality in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

analizirati tako širok i dubok problem kao što je diskriminacija. Stoga ću se na ovom mjestu baviti isključivo analizom europskog, američkog i hrvatskog normativnog okvira. Na kraju ću zaključno prikazati kako je transformacija antidiskriminacijskih pravnih rješenja od američkog preko europskog pravnog sustava završila u hrvatskom pravnom okviru.

2. EUROPSKO ANTIDISKRIMINACIJSKO PRAVO

Europski sustav temeljnih ljudskih prava ima tri razine: Vijeće Europe, sustav Organizacije za europsku sigurnost i suradnju i sustav EU. Postoji izvjesna interakcija između navedena tri okvira o čemu će više riječi biti u nastavku. Razvijeni europski sustav ljudskih prava, nastao je kao reakcija na masovna kršenja ljudskih prava tijekom Drugog svjetskog rata. Europska ekonomska zajednica koja je uspostavljena 1957. godine nije se bavila političkim pitanjima kao što su ljudska prava. Ipak, osamdesetih godina 20. stoljeća s političkom integracijom Europe u pravcu EU, ljudska prava i demokracija postaju ključni pojmovi jedinstvenog europskog pravnog poretka. Glavnu ulogu u toj promjeni ima Sud Europske unije (engl. *Court of Justice of the European Union*, dalje u tekstu: Sud EU) koji je ojačao svoju nadležnost nad ljudskim pravima izvodeći je iz „zajedničkih ustavnih tradicija država članica“⁶ i međunarodnih ugovora kojih su države članice stranke, primjerice Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: EKLJP) koju je RH ratificirala 1997. godine.⁷ Načelo jednakosti i nediskriminacije imalo je osobitu važnost u pravu Europske zajednice, a tijekom godina uzdignuto je na razinu općeg načela. Od osamdesetih godina Europska zajednica razvija politiku ljudskih prava i u svojim odnosima prema trećim zemljama, što se odražava i u tzv. kriterijima iz Kopenhagena iz 1993.⁸ za otvaranje prema državama iz jugoistočne Europe. Današnja EU rezultat je polustoljetne evolucije koja je počela u okvirima Europskih zajednica pedesetih godina 20. stoljeća. Europska zajednica prerasla je u EU 1993. godine kada je stupio na snagu Ugovor iz Maastrichta. Tim ugovorom uspostavljena EU sastoji se od tri tzv. stupa, koji se razlikuju po naravi suradnje u njihovom okviru među državama članicama. Trojaka struktura EU zadržala se izmjenama Ugovora iz Maastrichta, Ugovorom iz Amsterdama 1999., i Ugovorom iz Nice 2003. sve do 2009. Novu etapu u razvoju europske integracije obilježio je Lisabonski ugovor kojim su se dotadašnja tri stupa rekonstruirala u dva čime je nadležnost EU proširena

⁶ Sud EU, C-29/69 *Stauder* (1969) ECR 419; Sud EU, C-4/73 *Nold Kohlen* (1974) ECR 491.

⁷ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/99).

⁸ O Kopenhaskim kriterijima v. Europska komisija, *Enlargement – Accession*, 2012., dostupno na: http://ec.europa.eu/enlargement/policy/glossary/terms/accession-criteria_en.htm (20.3.2013.).

i na dotadašnji treći stup koji obuhvaća suradnju u kaznenim pitanjima i policijsku suradnju. Ugovor je stupio na snagu 1. prosinca 2009. godine, a donosi moderne institucije i optimizirane metode rada, a kojima će se EU učinkovitije moći baviti izazovima u današnjem svijetu.⁹

Primarno i sekundarno europsko pravo u području jednakih mogućnosti između žena i muškaraca razvijalo se posljednjih tridesetak godina, kako bi se diskriminacija na temelju spola vezana uz plaću, uvjete rada i socijalnu sigurnost učinila vidljivom. Tijekom godina, praksa Suda EU pomogla je u tumačenju i provedbi pravnog okvira spolne diskriminacije. Danas, jednakost između žena i muškaraca prepoznata je kao jedan od ključnih ciljeva EU uključivanjem rodne dimenzije u sve njezine djelatnosti. Nastavljajući se na iskustvo EU u borbi protiv diskriminacije na temelju spola, sredinom devedesetih godina prošlog stoljeća kosenzus je postignut i oko reguliranja ostalih oblika diskriminacije na razini EU, uključujući europsko primarno i sekundarno zakonodavstvo. Rezultat tog procesa je uključivanje novog čl. 13. u Ugovor o Europskoj uniji (dalje u tekstu: UEU). Nadalje, Ugovor iz Amsterdama jača postojeće odredbe o zaštiti ljudskih prava u UEU (čl. 6. i 7.) uvodeći niz načela na kojima se EU temelji („sloboda, demokracija, poštovanje ljudskih prava i temeljnih sloboda i vladavina prava“), dajući Sudu EU ovlasti da zajamči poštovanje tih načela od strane europskih institucija, te predviđajući sankcije u slučaju kršenja temeljnih načela od strane države članice.¹⁰ Tim se ugovorom, njegovim čl. 13., do tada važeća zabrana diskriminacije u plaćama između muškaraca i žena proširila i na zabranu diskriminacije temeljene na spolu, rasi, etničkom porijeklu, invaliditetu, dobi i spolnoj orijentaciji. Borba protiv diskriminacije postala je uz održivi razvoj, visoku zaposlenost i socijalnu politiku sastavnim dijelom prioriteta ukupnog razvoja EU.¹¹ Usvajanje čl. 13. odraz je rastućeg prepoznavanja potrebe razvijanja koherentnog i integritanog pristupa u suzbijanju diskriminacije.

⁹ Lisabonski ugovor kojim se mijenja i nadopunjuje Ugovor o Europskoj uniji i Ugovor o osnivanju Europske zajednice (neslužbeni prijevod), SL L C 306, 17. 12. 2007.

¹⁰ Ugovor o osnivanju Europske zajednice (konsolidirana verzija 1997.), SL C 340, 10. 11. 1997., dalje u tekstu: Ugovor o EZ.

¹¹ Čl. 13. Ugovora o EZ u engleskom izvorniku glasi:
 "1. Without prejudice to other provisions of this Treaty and within the limits of the powers conferred by it upon the Community, the Council, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.
 2. By way of derogation from paragraph 1, when the Council adopts Community incentive measures, excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States in order to contribute to the achievement of the objectives referred to in paragraph 1, it shall act in accordance with the procedure referred to in Article 251."

Mjere za suzbijanje diskriminacije uključene su i u temeljne ciljeve EU.¹² Europska komisija je odlučila dati učinak ovlastima koje su navedene u čl. 13. i 1999. godine donijela je paket prijedloga. To je dovelo do jednoglasnog usvajanja ključnih direktiva 2000. godine kojima je cilj da svim pojedincima koji žive na teritoriju EU omogući učinkovitu pravnu zaštitu od diskriminacije.¹³ Direktiva 2000/43/EZ (engl. *Racial Equality Directive*) zabranjuje izravnu i neizravnu diskriminaciju, kao i navođenje tj. poticanje na diskriminaciju na temelju etničkog ili rasnog podrijetla. Ona pokriva područje zapošljavanja, usavršavanja, obrazovanja, socijalne sigurnosti, zdravstvene skrbi, stanovanja te pristupa robama i uslugama. Pored toga, u svojoj Preambuli zabranjuje i višestruku diskriminaciju.¹⁴ Iako se u pravnoj doktrini tzv. interseksijski pristup diskriminaciji primjenjuje u slučajevima višestruke diskriminacije kada se dvije ili više osnova za diskriminaciju preklapaju ili egzistiraju istovremeno u konkretnom slučaju, europsko primarno i sekundarno zakonodavstvo ograničeno je u pogledu pravne zaštite kod višestruke diskriminacije. Višestruku diskriminaciju, iako nije izričito zabranjena europskim direktivama o jednakim mogućnostima, su neke države članice zabranile općim antidiskriminacijskim aktima (npr. Švedska, RH) što je širi opseg zaštite od onog kojeg nude direktive. Nažalost, takav oblike diskriminacije u praksi nacionalnih sudova nije prepoznat niti u jednoj državi članici. Diskriminacija se u praksi europskih sudova promatra isključivo jednostrano. Drugim riječima, sudska praksa promatra diskriminaciju isključivo po jednoj osnovi (engl. *single axis approach*), bilo da se radi o spolu, rasi, etničkoj pripadnosti ili nekoj drugoj diskriminacijskoj osnovi. Jednostrani pristup analizira diskriminaciju na temelju svake pojedine osnove za diskriminaciju izolirano. Zamislimo da su u istim slučajevima žrtve diskriminacije na temelju spola bile ujedno i pripadnici neke od ranjivih odnosno marginaliziranih skupina (npr. pripadnici LGTB populacije, Romi i dr.). Sudovi vjerojatno ne bi uzeli u obzir činjenicu da je do diskriminacije došlo, pored primjerice spola, i zbog rasne ili etničke pripadnosti. Iako ti elementi ne moraju biti nužno naglašeni, činjenica je da se dis-

¹² Članak je obvezao Vijeće ministara na konkretnu akciju pa su donesene dvije direktive i Akcijski program za razdoblje od 2001. do 2006. godine.

¹³ Direktiva Vijeća 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o implementaciji načela jednakog postupanja između osoba neovisno o rasnom ili etničkom podrijetlu (neslužbeni prijevod), SL L 180, 19. 7. 2000., (dalje u tekstu: Direktiva 2000/43/EZ) i Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenog 2000. koja uspostavlja opći okvir za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja, SL L 303, 2. 12. 2000., (dalje u tekstu: Direktiva 2000/78/EZ).

¹⁴ Točka 14. Preambule Direktive 2000/43/EZ o usvajanju načela jednakog postupanja prema osobama bez obzira na njihovu rasnu ili etničku pripadnost se poziva na „primjenu načela ravnopravnosti bez obzira na rasno ili etničko podrijetlo, te bi Zajednica trebala, u skladu s odredbama članka 3. stavka 2. Ugovora o EZ-u, nastojati ukloniti nejednakosti i promicati ravnopravnost muškaraca i žena, osobito zato što su žene često žrtve višestruke diskriminacije.“

krimiraju najčešće upravo ranjive skupine kao što su žene, pripadnici druge rase ili etničke grupe. Veći dio postojeće literature o višestrukoj diskriminaciji upravo krtizira takav pristup iz pravne perspektive.¹⁵

Direktive kao akti europskog sekundarnog prava, za razliku od uredbi, ne zamjenjuju nacionalne norme jednom europskom normom. Upravo suprotno, osnovni, i Ugovorom o EZ predviđeni, način primjene direktiva jeste posredstvom internog prava svake od država članica. Nacionalno pravo mora biti prilagođeno u mjeri u kojoj je to nužno da bi se ostvario cilj zbog kojeg je direktiva u prvom redu i bila usvojena, no to ne znači da svaka država članica u području direktive ima jednake norme. U tom su smislu direktive akti izuzetno federalnog karaktera, jer omogućavaju istovremeno i jedinstvo, ali i različitosti između sastavnih dijelova EU – njenih država članica. U integraciji koja se sastoji od različitih sastavnica – država i naroda koji imaju mnogo različitih karakteristika: različitu povijest, kulturno nasljeđe, klimu, jezik, pa stoga i navike, potrebe i želje, ne čudi da su upravo direktive tip akta izuzetno pogodan za ostvarivanje „jedinstva u raznolikosti“, što je i moto europske integracije. Iako su direktive, dakle, prikladan tip akta, ostvarivanje ciljeva integracije putem direktiva znatno je složenije, nego metodama unifikacije prava. Nakon isteka implementacijskog roka, neovisno o tome je li država provela direktivu ili ne, nacionalni sud mora interpretirati nacionalno pravo, bez obzira je li doneseno prije ili nakon direktive, te bez obzira je li doneseno specifično za provedbu direktive ili ne, u skladu s direktivom.¹⁶ Ako država nije uopće provela direktivu fizičke i pravne osobe mogu se pozivati na direktivu koja je jasna, bezuvjetna i određena, kao na zaštitu od nacionalnog prava koje im je suprotno i to u postupcima protiv države. Takva direktiva stvara subjektivno pravo koje su nacionalni sudovi obavezni štiti. Nacionalni sud mora primijeniti direktivu i izuzeti iz primjene normu nacionalnog prava koja joj je suprotna.

Direktiva stvara subjektivna prava u odnosima između pojedinca i države, čak i kada država djeluje *iure gestionis*, te čak i u pogledu djelovanja države koje nije utvrđeno propisom, već proizlazi iz prakse njenih tijela. Tako je u predmetu *Marshall*, Sud EU utvrdio da se u tom slučaju radilo o diskriminaciji na temelju spola te da se osoba uključena u sudski postupak može pozvati na direktivu protiv države bez obzira na svojstvo u kojemu država nastupa (kao privatni poslodavac ili državna vlast), iako Sud EU nije direktivama nikad priznao horizontalan izravan učinak. U oba je slučaja nužno spriječiti da se država okoristi svojim vlastitim propustom da ispuni obveze propisane pravom

¹⁵ V. Schiek, D.; Lawson, A. (ur.), *EU Non-Discrimination Law and Intersectionality: investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*, Ashgate, Farnham, 2011.

¹⁶ V. Rodin, S.; Čapeta, T., *Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu: s izabranim presudama Europskog suda u punom tekstu i komentarom*, Pravosudna akademija, Zagreb, 2008.

EU. Sud EU je u konkretnom slučaju odlučio tumačiti položaj države vrlo široko (i kao *iure gestionis* i kao *iure imperii*) tako da se gospođa Marshall mogla u svakom slučaju pozvati na sadržaj Direktive 76/207/EEZ. Iako to nije učinio u predmetu *Marshall*, u predmetu *Foster* (također se radilo o diskriminaciji na temelju spola), u kojem se tužiteljice također pozivaju na sadržaj Direktive o 76/207/EEZ, Sud EU je utvrdio koje kriterije neko tijelo mora ispuniti da bi bilo državno tijelo za potrebe izravnog učinka (da je u nadležnosti ili kontroli države ili ima posebne javne ovlasti).¹⁷ Ako država nije provela direktivu, ili ako ju je provela, ali je to učinila nepotpuno, pogrešno ili neučinkovito, nacionalni sud mora interpretirati nacionalno pravo u svjetlu teksta i svrhe direktive kako bi ostvario njene ciljeve. To je potrebno čak i kada direktiva nema izravni učinak, tj. kada ne stvara sama po sebi subjektivna prava koja su nacionalni sudovi obavezni štiti. Država može izabrati oblik i metodu provedbe direktive, ali oni moraju biti djelotvorni i moraju imati učinak koji odvrća od kršenja direktive. Upravo se o tome raspravljalo u predmetu *Von Colson i Kamman*,¹⁸ u kojem dvije kvalificirane socijalne radnice nisu dobile zaposlenje u isključivo muškom zatvoru, već su umjesto njih zaposlili muškarce s lošijim kvalifikacijama budući da je uprava zatvora smatrala da bi bilo rizično zaposliti žene. Sud EU je trebao protumačiti Direktivu 76/207/EEZ na način da su države članice dužne predvidjeti nacionalnim pravom mjere koje su nužne da sve osobe pogođene diskriminacijom mogu ostvariti svoje zahtjeve sudskim putem. Sud EU polazi od pretpostavke da provedba direktiva mora biti djelotvorna. Osim toga, u ovom je predmetu Sud EU prvi put objasnio da osim izravnih, direktive mogu imati i neizravne (posredne), odnosno interpretativne učinke u nacionalnom pravu.

Daljni razvoj zakonodavstva i sudske prakse na području rodne jednakosti u EU je iskoristio neke od novina koje su predstavljene Direktivom 2000/43/EZ i Direktivom 2000/78/EZ. Važno je istaknuti da su spomenute direktive značajno podigle stupanj zaštite od diskriminacije širom EU. Kao posljedi-

¹⁷ Sud EU, C-152/84 *Marshall* (1986) ECR 723; Sud EU, C-188/89 *Foster and Others* (1990) ECR I-3313; Sud EU, C-148/78 *Pubblico Ministero* (1979) ECR 1629; Sud EU, C-91/92 *Faccini Dori* (1994) ECR I-3325. Direktiva Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o implementaciji načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja, profesionalnog obrazovanja i uvjeta rada (neslužbeni prijevod), SL L 39, 14. 2. 1976., (dalje u tekstu: Direktiva 76/207/EEZ).

¹⁸ Sud EU, C-14/83 *Von Colson i Kamann* (1984) ECR I-1891. Interpretacija nacionalnog prava u skladu s direktivom ima svoje granice. To je zabrana retroaktivnosti i zaštita pravne sigurnosti, te zabrana dovođenja pojedinaca u teži pravni položaj u kaznenim stvarima (Sud EU, C-80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* (1987) ECR 3969). Kad rješava spor između pojedinaca, nacionalni sud obavezan je prilikom primjene odredaba domaćeg prava donesenih radi prijenosa obveza utvrđenih direktivom, razmotriti čitav skup pravila nacionalnoga prava i interpretirati ih što je moguće više u svjetlu teksta i svrhe direktive kako bi postigao rezultat u skladu s ciljem kojem direktiva teži (Sud EU, spojeni predmeti C-397/01 i C-403/01 *Pfeiffer and Others* (2004) ECR I-8835).

ca, kada govorimo o zakonodavstvu u tom području, EU je razvila jedan od najnaprednijih zakonodavnih okvira u svijetu. Direktive zahtijevaju značajne promjene nacionalnog zakonodavstva u svim državama članicama, čak i u onim državama koje imaju sveobuhvatno antidiskriminacijsko zakonodavstvo.¹⁹

U nekim državama to je uključilo predstavljanje potpuno novog pristupa antidiskriminacijskom zakonodavstvu i politici utemeljenoj na subjektivnim pravima. Države članice dužne su nadopuniti vlastito zakonodavstvo o ravnopravnosti spolova u svjetlu Direktive o tekstu Direktiva 2002/73/EZ,²⁰ Direktive 2000/78/EZ kao i Direktive 2000/43/EZ. To je dovelo do usvajanja nacionalnih zakona koji pokrivaju diskriminaciju na temelju spola usporedo sa ostalim temeljima za diskriminaciju. Nakon toga, donesena je i Direktiva 2004/113/EZ kojom se uvodi načelo ravnopravnosti muškaraca i žena u pristupu dobrima i uslugama te pružanju istih kojom se po prvi puta zaštita pruža i izvan tržišta rada.²¹ Konačno, donesena je i preinačena Direktiva 2006/54/EZ o uvođenju načela jednakih mogućnosti i načela jednakog postupanja za muškarce i žene pri zapošljavanju i radu.²² Direktive su po prvi puta u mnogim državama članicama predstavile zaštitu od diskriminacije na temelju određenih osnova. One zahtijevaju uvođenje novih definicija i pravnih koncepata, poput definicija izravne i neizravne diskriminacije, uznemiravanja i spolnog uznemiravanja, posebnih mjera te zabrane viktimizacije.

Kada se radi o uznemiravanju i spolnom uznemiravanju, europsko pravo sadržajno preuzima tzv. američku antidiskriminacijsku paradigmu (engl. *Discriminatory Approach*), odnosno definicija diskriminacije sadržajno je vezana uz postojanje taksativno navedenih zaštićenih karakteristika, odnosno diskriminatornih osnova. Procjena postojanja diskriminatorne osnove primarno je u rukama sudova. Neke države članice u praksi primjenjuju tradicionalnu kontinentalnu paradigmu zaštite dostojanstva (engl. *Dignity Harm Approach*). Međutim, vrlo često u praksi dolazi do tzv. dvostrukog ili mješovitog pristupa diskriminaciji (engl. *Double Approach*). Taj dvostruki pristup diskriminaciji vidljiv je u definicijama uznemiravanja i spolnog uznemiravanja koje pored američkog pravnog sadržaja uključuju izričaj „sa ciljem ili svrhom povrede

¹⁹ Direktiva 2000/43/EZ i Direktiva 2000/78/EZ.

²⁰ Direktiva Vijeća 2002/73/EZ od 23. rujna 2002. o izmjeni i dopuni Direktive Vijeća 76/207/EEZ o načelu jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zapošljavanju, stručnom usavršavanju, napredovanju na poslu i uvjetima rada (neslužbeni prijevod), SL L 269, 5. 10. 2002., (dalje u tekstu Direktiva 2002/73/EZ).

²¹ Direktiva Vijeća 2004/113/EZ od 13. prosinca 2004. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu i nabavi robe, odnosno pružanju usluga, SL L 373, 21. 12. 2004.

²² Direktiva 2006/54/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. lipnja 2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada (preinaka), SL L 204, 26. 7. 2006.; dalje u tekstu: Direktiva 2006/54/EZ.

ljudskog dostojanstva".²³ Iako je većina država članica implementirala Direktivu 2006/54/EZ i to u širem opsegu no što to sama direktiva predviđa, sve one razlikuju uznemiravanje (najčešće ga se u dokumentima i sudskoj praksi označava pojmom *mobing*) od spolnog uznemiravanja i uznemiravanja povezanog sa spolom kao dva odvojena koncepta. Tako uznemiravanje kao oblik diskriminacije u praksi ostaje skriveno iza koncepta *mobinga*, odnosno zlostavljanja na radnom mjestu.²⁴ To bi se moglo opisati kao primjena dvostrukih antidiskriminacijskih standarada.

Unatoč činjenici da su spomenute antidiskriminacijske direktive u većoj ili manjoj mjeri ispravno prevedene u nacionalno zakonodavstvo, njihov učinak nije ispunio ambicije tvoraca njihovog sadržaja. Štoviše, razina svijesti pojedinaca u državama članicama o postojanju i štetnosti uznemiravanja kao diskriminacije nije u dovoljnoj mjeri razvijena, dok je s druge strane većina građana senzibilizirana na postojanje fenomena *mobinga*.²⁵ Time je i svrha antidiskriminacijskih direktiva bitno smanjena budući da se diskriminacija na temelju spola stavlja u drugi plan. Čak je i sudska praksa vrlo oskudna, dok se najveći dio sadržajno bavi *mobingom*, zatim seksualnim uznemiravanjem dok uznemiravanje povezano sa spolom gotovo da i ne postoji u sudskoj praksi nacionalnih sudova. U svezi uznemiravanja povezanog sa spolom, predmet *Coleman*²⁶ o kojem je odlučivao Sud EU trebao bi potaknuti podizanje svijesti o spomenutom obliku diskriminacije. Dvostruki pristup diskriminaciji promatra položaj pojedinca neovisno o spolu i strukturnu diskriminaciju dok zanemaruje činjenicu da je statistički najveći broj upravo žena pogođen seksualnim uznemiravanjem i uznemiravanjem povezanim sa spolom. Praksa sudova u svezi uznemiravanja povezanim sa spolom i spolnog uznemiravanja u području kretanja roba i usluga gotovo i ne postoji. Čak i institut prebacivanja tereta dokazivanja koji je ispravno implementiran u nacionalna zakonodavstva država članica, u praksi se ne implementira ili se to čini na pogrešan način. U nekim državama koje primjenjuju „paradigmu zaštite dostojanstva“, prebacivanje tereta dokazivanja se ne primjenjuje isključivo na diskriminatorno uznemiravanje, već i na uznemiravanje u širem smislu (tzv. *mobing*). Međutim, države su ugradile odrebu o prebacivanju tereta dokazi-

²³ Numhauser, A.; Lulom, S., *Harassment Related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries: Discrimination versus Dignity*, European Network of Legal Experts in the field of Gender Equality, European Commission, Directorate General for Justice, 2011., str. 1.

²⁴ Ovo se posebno odnosi na Belgiju, Švedsku (National Work Environment Authority Ordinance AFS 1993; Vicimization at Work), Francusku (Social Modernization Act, 2002), FYROM, Portugal i Sloveniju. Također, slična je situacija i u Hrvatskoj, Češkoj, Finskoj, Islandu, Italiji, Irskoj, Luksemburgu, Nizozemskoj, Norveškoj, Poljskoj, Slovačkoj, Španjolskoj, Turskoj i Velikoj Britaniji (Protection from Harassment Act, 1997).

²⁵ Numhauser, A.; Lulom, S., *op. cit.*, bilj. 23., str.7.

²⁶ Sud EU, C-303/06 *Coleman* (2008) ECR I-05603.

vanya u opći antidiskriminacijski zakon, dok u zakonima o parničnom postupku takva odredba izostaje.²⁷

Rokovi za prenošenje antidiskriminacijskih direktiva u nacionalno pravo su prošli, međutim ispravna provedba direktivi u nacionalno pravo ne iscrpljuje mogućnost da se fizičke i pravne osobe pred nacionalnim sudovima pozivaju izravno na subjektivna prava zajamčena direktivom. To će biti moguće kada je direktiva ispravno provedena u nacionalno pravo, ali primjena nacionalnog prava ne ostvaruje rezultat koji direktiva propisuje.²⁸ Na područjima koja uređuju pojedine antidiskriminacijske direktive EU, hrvatski sudovi morat će primjenjivati antidiskriminacijska jamstva u pogledu osnova na koje se te direktive odnose u skladu s praksom Sud EU koja postaje legitiman izvor prava, po općem načelu nadređenosti prava EU.²⁹ Postoje kašnjenja u prenošenju spomenutih direktiva u mnogim državama članicama, iako postoje pozitivni znaci o napretku.³⁰ Europska komisija poduzima potrebne zakonske mjere kontrole kako bi omogućila da navedene direktive budu prenesene u zakonodavstva svih država članica. Jedna od mogućnosti je i postupak tužbe protiv države članice, ali i mehanizam zaštite pojedinaca pred nacionalnim sudovima zbog neimplementacije, nepotpune ili pogrešne implementacije direktive u skladu s načelom odgovornosti države za štetu i klauzule lojalnosti sadržane u Lisabonskom ugovoru.³¹

Pozitivno je i vrijedno spomena da su u postupku prenošenja direktiva u nacionalno pravo, neke države članice zadovoljile i više od minimalnih standarda postavljenih u zakonodavstvu EU. Primjerice, neke su države članice zabranile diskriminaciju izvan zapošljavanja na temelju vjerskog ili drugog uvjerenja, invaliditeta, dobi i spolne orijentacije. Sve države članice su usvojile jedinstveni i sveobuhvatni antidiskriminacijski okvir.³²

Također, uočljiv je i pozitivan trend osnivanja jedinstvenih tijela za promicanje jednakosti koja se bave svim osnovama za diskriminaciju koji su navedeni u direktivama. Takva tijela nisu „izum“ Europske komisije, jer su u nekim državama osnovana daleko ranije (Velika Britanija, Nizozemska, Švedska). Tako je Europska komisija predvidjela i osnivanje učinkovitih mehanizama za

²⁷ Numhauser, A.; Laulom, S., *op. cit.*, bilj. 23., str. 20.

²⁸ Krajnji rok za prenošenje Direktive 2000/43/EZ bio je 19. srpnja 2003. Krajnji rok za prenošenje Direktive 2000/78/EZ bio je 2. prosinca 2003., iako su neke države članice iskoristile mogućnost da zahtijevaju dodatni rok do tri godine kako bi usvojile odredbe koje se odnose na diskriminaciju na temelju dobi i invaliditeta. V. Sud EU, C-62/00 *Marks & Spencer* (2002) ECR I-6325.

²⁹ Sud EU, C-6/64 *Flaminio Costa* (1964) ECR 585.

³⁰ Academy of European Law (ERA), *Implementation of EU anti-discrimination law in the Member States: a comparative approach*, 2011., dostupno na: http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/01_Overview/2011_04%20Chopin_EN.pdf (25.6.2013.).

³¹ Sud EU, C – 6/90 i 9/90 *Francovich & Bonifaci* (1991) ECR I-5375.

³² Academy of European Law (ERA), *op. cit.*, bilj. 30., str. 5.

suzbijanje diskriminacije po uzoru na Komisiju SAD-a za jednake mogućnosti na radu (engl. *Equal Employment Opportunity Commission*).³³ Zanimljivo je kako su u EU takve vrste posebnih tijela doživjele ekspanziju dok istovremeno u Americi određenu stagnaciju.³⁴ Međutim, u EU, osim u već spomenutim državama nije postojala zajednička odluka o osnivanju jedinstvenih tijela za suzbijanje diskriminacije sve do „krize“ u Austriji kada je na vlast došla ekstremna desnica što je ujedinilo EU u nastojanjima za suzbijanje rasne diskriminacije. Austrijska kriza bila je plodno tlo za usvajanje Direktive 2000/43/EZ i utjelovljenja potreba za osnivanje učinkovitih i neovisnih mehanizama na razini država članica. Osnivanjem takvih tijela građanima je ponuđena jeftinija i brža alternativa za rješavanje diskriminacijskih sporova, kao i poticanje i osvještavanje kako nevladinog sektora tako i pojedinaca na jačanje kolektivne svijesti o štetnosti diskriminacije i potrebi razvijanja kulture jednakih mogućnosti i nediskriminacije.³⁵ Stoga su nacionalna tijela za suzbijanje diskriminacije primarno postala ključna u osvještavanju i suzbijanju diskriminacije. Ipak, ustavna zaštita, odnosno ustavna tradicija država članica predstavlja prozor kroz kojega je zaštita temeljnih prava ušla u europski pravni okvir i to kroz opća pravna načela. Naime, Sud EU je razvio doktrinu da pravo EU ne proizlazi samo iz ugovora i zakonodavstva već i iz općih pravnih načela.³⁶ Tako je ustavna tradicija država članica ušla je u pravni poredak prava EU, a Sud EU pridao je poseban značaj i EKLJP. Ovo poštivanje ljudskih prava potvrdile su države članice u preambuli Jedinstvenom aktu iz 1986. godine,³⁷ a kasnije je uključeno u čl. 6. (prijašnji čl. F) Ugovora o EU,³⁸ koji se temelji na EKLJP i ustavnim tradicijama koje dijele države članice.³⁹

Sud EU u Luksemburgu stvoren je kako bi osigurao provođenje osnivačkih ugovora, ali i ujednačeno tumačenje europske pravne stečevine. Nikada se nije izravno bavio zaštitom ljudskih prava kao što je to činio Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu (engl. *European Court of Human Rights*, dalje u tekstu: ESLJP), budući da je zaštita ljudskih prava u nadležnosti država članica, već se bavio isključivo zaštitom temeljnih prava i tržišnih sloboda. Sud EU nadzire zakonitost radnji EU i na neizravan način ispituje narušavanje temeljnih prava te je uključio EKLJP u zakonodavstvo EU, ali ne u smislu stvarne

³³ Američka Komisija za jednake mogućnosti na radu osnovana je na temelju Zakona o građanskim pravima (*Civil Rights Act*) iz 1964., a započela je s radom 1972. godine.

³⁴ De Witte, B., *New Institutions for Promoting Equality in Europe: Legal Transfers, National Bricolage and European Governance*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, br. 1, 2012., str. 49-74.

³⁵ *Ibidem*, str. 49-74.

³⁶ Sud EU, C-4/73 *Nold* (1974) ECR 491, paragraf 13.

³⁷ Jedinstveni europski akt od 17. veljače 1986. (neslužbeni prijevod), SL L 169, 29. 6. 1987.

³⁸ Ugovor o Europskoj uniji od 7. veljače 1992. (neslužbeni prijevod), SL C 191, 29. 7. 1992.

³⁹ Predmeti: Sud EU, C-29/69, *Stauder* (1969) ECR 419; Sud EU, C-4/73 *Nold v Commission* (1974) ECR 00491; Sud EU, C-60/00 *Mary Carpenter* (2002) ECR I-006279.

inkorporacije, budući da se Sud EU smije koristiti samo pravnim aktima EU. Kada se radi o diskriminaciji, oba suda nastoje uskladiti sudsku praksu tako što se Sud EU u svojoj praksi često poziva na presude ESLJP. Iako EU još uvijek nije pristupila EKLJP, ta konvencija je često izvor inspiracije Sudu EU prilikom oblikovanja načela temeljnih prava EU. Štoviše, u čl. 6. st. 3. UEU određeno je da temeljna prava zajamčena EKLJP koja proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, čine opća pravna načela EU. U istom članku, UEU predviđa pristupanje EKLJP. Stupanjem na snagu Protokola 14 EKLJP od 1. lipnja 2010., ispunjene su formalne pretpostavke za pristup. ESLJP je u predmetu *Bosphorus*⁴⁰ izrazio mišljenje kako postoji (oboriva) pretpostavka da su temeljna ljudska prava zaštićena pravom Zajednice na način koji je ekvivalentan zaštiti koju pruža EKLJP. Osim toga, u predmetu *Stec*,⁴¹ u kojem se radilo o spolnoj diskriminaciji u zakonskim sustavima socijalne sigurnosti, ESLJP se pozvao na „veliku uvjerljivu vrijednost“ presude Suda EU donesene u istom slučaju.⁴²

Važne promjene u području pravne zaštite temeljnih prava na razini EU-a donosi stupanje na snagu Lisabonskog ugovora. Posebnost Lisabonskog ugovora je da uvažava značaj temeljnih ljudskih prava tako što Povelja o temeljnim pravima EU postaje njegov sastavni dio, što znači da konačno dobiva obvezujući karakter. Ipak, jedan od nedostataka je taj što, iako Povelja o temeljnim pravima EU postaje pravno obvezujući dokument, ona u cijelosti nije inkorporirana u tekst Lisabonskog ugovora. Povelja se u Lisabonskom ugovoru ne navodi *in extenso*, nego on u čl. 6. UFEU⁴³ (bivši čl. 6. UEU-a) kaže da EU priznaje prava, slobode i načela određena Poveljom EU o temeljnim pravima te da Povelja ima jednaku pravnu snagu kao i Ugovori. Poveljom se ni na koji način ne proširuju nadležnosti Unije kako su utvrđene ugovorima. Prava, slobode i načela Povelje tumače se u skladu s općim odredbama Glave VII. Povelje kojom se uređuje njezino tumačenje i primjena, uzimajući u obzir objašnjenja iz Povelje kojima se uređuju izvori tih odredaba. Tim istim člankom propisano je da Unija pristupa EKLJP. Za poštivanje načela Povelje nadležan je Sud EU. Osim toga, dvije države - Velika Britanija i Poljska - izu-

⁴⁰ ESLJP, *Bosphorus Airways protiv Irske* (zahtjev br. 45036/98), presuda od 30. lipnja 2006.

⁴¹ ESLJP, *Stec i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (zahtjevi br. 65731701 i 65900/01), presuda od 12. travnja 2006.

⁴² Potočnjak, Ž.; Grgić A., *Važnost prakse Europskog suda za ljudska prava i Europskog suda pravde za razvoj hrvatskog antidiskriminacijskog prava*, Zbornik 47. susreta pravnika Opatija '09., Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, 2010., str. 47-109.

⁴³ Lisabonski ugovor usvojen je na Međuvladinoj konferenciji u Lisabonu održanoj 18. i 19. listopada 2007. Potpisan je na svečanoj ceremoniji održanoj u Lisabonu 13. prosinca 2007. i službeno je dobio naziv Ugovor iz Lisabona. Lisabonski ugovor stupio je na snagu 1. prosinca 2009. godine.; Povelja o temeljnim pravima EU, SL C 326, 26. 10. 2012.; Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćena inačica iz 2012.), SL C 326, 26. 10. 2012., (dalje u tekstu: UFEU).

zele su se iz njezine primjene. Međutim to ne znači da se Povelja o temeljnim pravima EU ne primjenjuje na njih, već samo čini jasnijim da se ona ne primjenjuje na interne situacije. Povelja o temeljnim pravima EU je tako postala vrlo važan dokument kojim se Sud EU koristi u interpretaciji prava EU.⁴⁴ Načelo nediskriminacije na temelju spola ili etničke pripadnosti, Sud EU je u brojnim slučajevima prihvatio kao temeljno pravo EU, gdje se iznimke moraju vrlo usko tumačiti.⁴⁵ Sadržajno, Povelja o temeljnim pravima EU utjelovljuje veliki broj prava već sadržanih u EKLJP. Ipak, promatrajući ih odvojeno, svaka od njih predstavlja zasebni mehanizam pravne zaštite i temelj je judikature dva različita europska suda. To nas uvodi u problematiku nadležnosti dvaju sudova.

Oba suda su međunarodne institucije koje djeluju o okviru dvije različite međunarodne organizacije: EU i Vijeća Europe. Sud EU nadležan je za tumačenje europskog prava u svrhu njegove ujednačene primjene u svim državama članicama. ESLJP nadležan je za zaštitu temeljnih prava u svim državama članicama Vijeća Europe koje su ratificirale EKLJP (trenutno ih je 47 uključujući i RH). Sudu EU zahtjeve za tumačenjem nacionalnog prava u svjetlu prava EU podnose nacionalni sudovi država članica, dok zahtjeve ESLJP podnose pojedinci ili njihovi ovlaštteni zastupnici. Nijedan ni drugi nisu prizivni sudovi. U slučaju Suda EU, ako mu nacionalni sud uputi prethodno pitanje u svezi tumačenja nacionalnog prava, mora zastati s postupkom i sačekati njegovo tumačenje. Ako je tumačenje Suda EU različito od onoga što nalaže norma nacionalnog prava, nacionalni sudac mora izuzeti iz primjene normu nacionalnog prava i izravno primjeniti normu europskog prava. S obzirom da niti ESLJP nije prizivni sud u odnosu na domaće sudove, neophodno je da se prvo iscrpe sva domaća pravna sredstva, osim ako osoba koja podnosi zahtjev ESLJP dokaže da bi i pravna zaštita bila nedjelotvorna. U pravnom lijeku koji se podnosi najvišem sudu države protiv koje se osoba želi žaliti potrebno je iznijeti barem u osnovi iste pritužbe koje će se kasnije iznijeti u zahtjevu ESLJP. Kao što se može zaključiti iz navedenog, postoji problem različitog identiteta Suda EU i ESLJP u Strasbourgu. Što se zaštite temeljnih prava tiče, ESLJP u Strasbourgu ima nešto jednostavniji posao budući da ima katalog („listu“) temeljnih prava sadržanu u EKLJP, ali i ima drukčije ovlasti i organizacijsku strukturu od Suda EU. EKLJP stvorena je kako bi zaštitila ljudska prava, pa stoga možemo uočiti i raznolikost u ciljevima dvaju sudova odnosno funkcionalno razlikovanje, budući da je Sud EU više orijentiran na zaštitu u ekonomskim pitanjima i to u području četiri tržišne slobode, kao svoj

⁴⁴ Povelju o temeljnim pravima EU, Sud EU je primjerice primjenjivao u idućim slučajevima: Sud EU, C-245/01 *RTL Television GmbH* (2003) ECR 0000; Sud EU, T-116/01 i T-118/01 *P & O European Ferries (Vizcaya) & SA* (2000) ECR 0000.

⁴⁵ Sud EU, C-13/94 *P* (1996) ECR I-2143.

primarni cilj. Ne postoji obvezna suradnja između dvaju sudova. Nažalost, i mehanizmi sankcioniranja država članica zbog nepoštivanja odluka obaju sudova još uvijek su prilično slabi. Tako primjerice postojeća situacija u unutrašnjoj legislativi država članica uvelike utječe na to koliko će država članica poštivati odluke ESLJP-a u Strasbourgu. Egzistencija oba suda u europskom pravnom okviru i interakcija u odlučivanju o temeljnim pravima, može ojačati status ljudskih prava ako će surađivati i odlučivati u skladu s općim načelima koja se nalaze u ustavnim tradicijama država članica. S druge strane, može se raditi i o maču sa dvije oštrice ako bi sukob nadležnosti doveo do različitih tumačenja, a time i pravne nesigurnosti. Po tome je europski sustav zaštite od diskriminacije jedinstven u odnosu na sustav SAD-a.

Unatoč činjenici da države članice mogu postaviti i više standarde zaštite od diskriminacije od onih predviđenih direktivama, praksa nacionalnih sudova vrlo je skromna.⁴⁶ Iako je europsko pravo postalo dijelom nacionalnog prava u državama članicama, antidiskriminacijski koncepti sadržani u direktivama različito se interpretiraju pred nacionalnim sudovima. Primjerice, predmet *Feryn*, zasada je jedini uspješan slučaj pozivanja na Direktivu 2000/43/EZ koji se pojavio pred Sudom EU u postupku koji se odvijao pred belgijskim radnim sudom između tijela za suzbijanje diskriminacije i privatnog poslodavca.⁴⁷ Ta odluka je od velike važnosti za daljnji razvoj europskog antidiskriminacijskog prava jer je jasni pokazatelj da Sud EU pri tumačenju izravne diskriminacije ne ustrajava na jasno određenom komparatoru (objektu usporedbe) kako bi ustanovio da je određeno postupanje uistinu bilo diskriminatorno. Predmet *Feryn* posebno je zanimljiv jer nije bilo konkretne žrtve pa stoga niti konkretnog komparatora. Osim toga, učinio je i otklon od uobičajenog individualističkog pristupa diskriminaciji, štiteći određenu grupu građana, i ne opominjući isključivo diskriminatora pojedinca, već i sve ostale kako je diskriminacija društveno neprihvatljivo ponašanje. Koliko je europski antidiskriminacijski model slijedio desetljećima ranije izgrađen američki model bit će više riječi u nastavku.

3. ANTIDISKRIMINACIJSKO PRAVO SAD-A

„Kada govorimo o ljudskim pravima u SAD-u važno je shvatiti logiku američkog koncepta jednakosti. Općenito, SAD vjeruje u ljudska prava za sve, ali ih promatra isključivo kroz vizuru svog ustava i Zakona o građanskim pravima iz 1964. Pokret za građanska prava 60-tih godina donio je Zakon o građanskim pravima, koji je postao realnost zahvaljujući Martinu Lutheru Kin-

⁴⁶ Pučki pravobranitelj, *Izveštje o radu za 2012. godinu*, 2013., dostupno na: <http://www.ombudsman.hr/dodaci/Izvjescje%20puckog%20pravobranitelja%20za%202012.g..pdf> (20.9.2013.).

⁴⁷ Sud EU, C-54/07 *Feryn* (2008) ECR I-05187.

gu i afro-američkim crkvama. Pokrenuli su pitanje rasne (ne)jednakosti, ali i rodne. Mnogi su bili protiv ideje da se tada povlači i pitanje položaja žena, jer su mislili da će to biti glavna prepreka usvajanju zakona, ali ipak nije. Model pokreta iz 60-ih služio je kao osnova za feministički, ali i današnji LGBT pokret. Međutim feminizam je postao 'elitistički' pravac koji se bavio isključivo ženama bjelkinjama. Ostao je slijep za žene crkinje, žene lezbijke, žene s invaliditetom i druge žene koje su osim činjenice spola posjedovale neke druge karakteristike koje su im umanjile životne šanse. Danas za svaku individualnu karakteristiku postoji po jedan pokret. Ideja 60-ih nije bila da se pitanje ravnopravnosti 'cjepka' na linijama identiteta, međutim upravo se to dogodilo. SAD se ne poziva na međunarodne obveze i konvencije niti se osvrće na eventualne kritike. Većina američkih građana zaista vjeruje da je SAD najbolja i najveća zemlja na svijetu, ostajući potpuno slijepi za probleme poput prenatrpanih zatvora, nejednakosti u obrazovanju, smrtnu kaznu."⁴⁸ S druge strane, Europa je prihvatila izazov učiti od SAD-a i primijeniti američka iskustva u suzbijanju diskriminacije. Međutim, nastojala je i zadržati svoj tradicionalni sustav pravnog shvaćanja i na taj način smo dobili jedan specifičan antidiskriminacijski model koji se u praksi nije pokazao osobito uspješnim, budući da je zaštita ljudskih prava prije svega u nadležnosti država članica koje njeguju vlastita ustavna načela i tradiciju. Europa je dosljedno 'uvozila' američke antidiskriminacijske koncepte, posebno Velika Britanija koja je na američkom modelu izgradila antidiskriminacijski sustav koji djeluje već gotovo četiri desetljeća. EU je prateći anglosaksonski model, direktivama nastojala obuhvatiti osnovne smjernice američkog antidiskriminacijskog koncepta.⁴⁹ Međutim to je vrlo ambiciozan poduhvat. Naime, teško je obuhvatiti individualne karakteristike pojedinca s jedne strane i pripadnost određenoj društvenoj skupini s druge strane. Prevladavajuća strategija antidiskriminacijskih zakona je identificirati grupe koje su predmet iracionalne, proizvoljne, ili sustavne diskriminacije, locirati pripadajuće karakteristike tih skupina, i pravno uokviriti te karakteristike kao i zabranjene osnove (npr., rasu, etničko podrijetlo, spol, vjeru i dr.) i na tome zabraniti diskriminaciju pri zapošljavanju, pružanju usluga i slično.

Promišljajući budućnost, promatrajući američki model koji je doživio reverzibilnu progresiju, možemo li ponuditi bolju alternativu od sadašnjih rješenja?⁵⁰ Kako u SAD-u, tako se i u Europi istovremeno događa urušavanje postojećeg antidiskriminacijskog modela i njegovi kritičari pokušavaju iznjedrati nova rješenja. Striktno vezanje diskriminacije uz taksativno nave-

⁴⁸ Siegel, R. L., *Ljudska prava: slučaj Amerika*, 18.3.2013., dostupno na: <http://www.diskriminacija.ba/node/369> (23.6.2013.).

⁴⁹ Choudhry, S., *Distribution vs. Recognition: The Case of Anti-Discrimination Law*, George Mason Law Review, vol. 9, br. 1, 2000., str. 145-177.

⁵⁰ Fleming, J. E., *There is only One Equal Protection Clause: An Appreciation of Justice Stevens's Equal Protection Jurisprudence*, Fordham Law Review, vol. 74, br. 4, 2006., str. 2301-2311.

dene diskriminacijske osnove koje su propisane Građanskim zakonom (rasa, boja kože, vjerska pripadnost, spol i nacionalno podrijetlo), proširene kroz nekoliko posebnih zakona na federalnoj razini (Zakon o zabrani diskriminacije trudnica, Zakon o zabrani diskriminacije na temelju dobi na području rada, Zakon o osobama s invaliditetom, Zakon o jednakoj plaći za jednak rad, Zakon o kontroli i reformi migracije, Zakon o građanskim pravima iz 1866., Zakon o zabrani diskriminacije na temelju genetskog naslijeđa) pokazalo se kao produbljivanje socijalnih nejednakosti budući da se određene „taksativno navedene grupe“ favoriziraju čime se doprinosi stvaranju tzv. hijerarhije jednakosti. Na primjeru koncepta uznemiravanja kao oblika diskriminacije, može se zamijetiti da su europski i američki antidiskriminacijski koncepti pomalo izgubili svoju primarnu svrhu, budući da dominira isključivo individualistički pristup koji nema u vidu rješavanje problema strukturalne društvene diskriminacije zakonima definiranih marginaliziranih skupina u društvu, pa time isključuje i učinkovitu implementaciju posebnih mjera koje su primarno trebale ispraviti određene društvene nejednakosti.⁵¹ To je SAD pomalo odvelo od sna Martina Luthera da će njegovo četvoro male djece jednoga dana živjeti u naciji gdje im neće biti suđeno prema boji njihove kože, nego po njihovom karakteru. S druge strane, paradoksalno „cjepkanje“ ravnopravnosti na linijama identiteta, dovelo je da pojedine „ranjive“ skupine nisu zainteresirane za probleme drugih društvenih skupina koja proživljavaju slična iskustva (primjerice feminističke organizacije se ne bave pitanjima rasnih ili etničkih manjina, LGTB zajednice se ne bave pitanjima ostalih manjina), zaboravljajući da vrlo često iskustva diskriminacije mogu biti višestruka. Drugim riječima, antidiskriminacijski zakoni nam na prvi pogled nude mnogo, no kad ih se pokuša primijeniti u praksi, dolazi se do zaključka da se takvim rješenjima dobija vrlo malo ili gotovo ništa. Građanska prava nude mnogo, ali ne dovoljno: oportunisti ih koriste kako bi uspjeli u obrazovanju i na tržištu rada, dok ih različite interesne grupe koriste kako bi koristile različite privilegije. Ekstremni ljevičari i desničari ih koriste u vlastite svrhe, a najgore od svega kako bi odvucli pažnju od stvarnih društvenih nejednakosti.⁵² I u RH imamo recentan argument u prilog navedene tvrdnje, politiziranje instituta referenduma i braka s ciljem ograničavanja prava seksualnih manjina i politiziranjem dvojezičnih ploča u Vukovaru u svrhu prikrivanja stvarnih društvenih nejednakosti.

Vratimo se Lutherovom snu i slici današnjeg američkog antidiskriminacijskog zakonodavstva koja izgleda prilično tmurno. Energija kojom je odisao

⁵¹ Ford, R. T., *The Double Secret Danger in the Supreme Court's Affirmative Action Ruling*, Slate, 27.6.2013., dostupno na: http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2013/06/supreme_court_and_affirmative_action_will_only_elite_wealthy_colleges_end.html (25.9.2013.).

⁵² Ford, R. T., *How Law Corrupts the Struggle for Equality?*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2011.

američki pokret za građanska prava šezdesetih godina prošlog stoljeća je bitno oslabila, a vidovitost američke antidiskriminacijske paradigme u potpunosti izbljedita, budući da je ustavno i federalno antidiskriminacijsko pravo izgubilo na snazi zahvaljujući pravnim i političkim nesuglasticama. Sudnice su postale mjesto društvenih i ideoloških sukoba različitih interesnih grupa, umjesto da promiču antidiskriminacijske zakone i smanjivanje nejednakosti u društvu. Neki antidiskriminacijski koncepti koji su nastali tijekom građanskog pokreta bitno su suženi poput definicija invaliditeta, neizravne diskriminacije (engl. *disparate impact*) i posebnih mjera (engl. *affirmative action*).⁵³ Time je imunitet koncepta jednakosti naglo oslabio. Nažalost, niti jedna antidiskriminacijska norma ne sadrži ljekovita svojstva. Ključni problem je postaviti jasnu dijagnozu problema.

Nije svako razlikovanje diskriminatorno. Pravi je izazov utvrditi kada se doista radi o diskriminaciji i stvoriti zakon koji će biti dovoljno osjetljiv na različite oblike diskriminacije. Postoje tri načina putem kojih se može nositi s takvim izazovom. Prvi je putem opće ustavne klauzule jednakosti bez navođenja zaštićenih karakteristika. Ovaj pristup ostavlja mogućnost diskrecijske ocjene sucima radi li se o diskriminaciji u konkretnom slučaju. Drugi način je ustavna zabrana diskriminacije koja sadrži tzv. otvorenu listu zaštićenih karakteristika što sucima ostavlja ograničenu razinu diskrecije hoće li proširiti postojeću listu. I treći način je onaj koji se najviše koristi u europskom antidiskriminacijskom pravu da se u ustavu navodi zatvorena lista zaštićenih karakteristika čime se uskraćuje mogućnost zakonodavne inicijative za dodavanje novih karakteristika na postojeću listu. Prvi pristup je utjelovio Četrnaesti amandman Ustava SAD-a koji, kao što smo vidjeli, kaže da države jednostavno ne mogu „unutar svoje nadležnosti poricati pravo pojedincima na jednakost pred zakonom“.

Četrnaesti amandman Ustava SAD-a sadrži kaluzulu jednakosti (engl. *Equal Protection Clause*) koja predstavlja tzv. otvorenu klauzulu, ostavljajući sudovima da utvrde koje su to zaštićene karakteristike. Kako bi to ispravno učinio, Vrhovni sud SAD-a je razvio trostruku razinu tumačenja opravdanja, od kojih se najstroži kriterij (engl. *strictest scrutiny*) odnosi na rasnu i etničku diskriminaciju, a srednja razina na spol (engl. *intermediate scrutiny*). Kako je utvrđeno u predmetu *US v. Virginia*,⁵⁴ test zahtijeva od države „vrlo uvjerljivo opravdanje.“ To znači da države moraju dokazati da je diskriminatorno postupanje opravdano u svrhu ostvarenja važnih vladinih ciljeva. To stavlja na tuženika zahtjevan teret opravdanja, ali ne u toj mjeri kao u slučajevima rasne

⁵³ Siegel, R., *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, Harvard Law Review, vol. 117, br. 5, 2004., str. 1470.

⁵⁴ Vrhovni sud SAD-a, *United States v. Virginia* 116 S Ct 2264 (1996) od 26. lipnja 2006.

diskriminacije. Ostale zaštićene karakteristike podvrgnute su najblažoj, racionalno utemeljenoj, razini opravdanja (engl. *rational basis scrutiny*).⁵⁵

Zakoni doneseni na federalnoj razini u svrhu provedbe Četrnaestog amandmana moraju biti sukladni i razmjerni povredi amandmana. U posljednjih nekoliko godina, Vrhovni sud SAD-a je sve restriktivniji u tumačenju ove formule, osobito kada savezni antidiskriminacijski zakoni propisuju pravne lijekove protiv države, suprotno ustavnom načelu koje daje imunitet državam u slučaju tužbi za naknadu novčane štete u sporovima koje pokreću pojedinci iz te ili neke od drugih federalnih država. Stoga je Vrhovni sud SAD-a srušio odredbu Zakona o diskriminaciji temeljem dobi u području rada (ADEA)⁵⁶ i Zakona o osobama s invaliditetom su propisivali da državni službenici mogu tužiti državu kao poslodavca za povredu Zakona.⁵⁷ Osim toga, Ustav SAD-a se odnosi samo na slučajeve diskriminacije počinjene od strane države i njezinih tijela. Međutim, privatno pravni odnosi nisu u potpunosti izuzeti iz ustavne kaluzule jednakosti. U poznatom slučaju *Shelley v. Kraemer*, Vrhovni sud SAD-a presudio je da su sudovi bili vezani Četrnaestim amandmanom prilikom primjene običajnog prava u pojedinačnim ugovorima. U ovom slučaju, zemljoposjednici su sklopili restriktivne ugovore s ciljem isključivanja crnaca iz vlasništva nekretnina ili stanarskih prava. Sud je precizirao da pravni poslovi između dvije privatne stranke sami po sebi nisu u suprotnosti s Ustavom SAD-a. Međutim, također je presudio da u provedbi ugovora koji ograničavaju individualna prava i slobode kao što se radilo u ovom slučaju, predstavlja ograničenje načela jednakosti pred zakonom od strane države.⁵⁸

Od 1990. godine, u nizu sudskih slučajeva zaključeno je da je moć Kongresa donositi zakone kojima se uređuju građanska prava u skladu s Četrnaestim amandmanom vrlo ograničena. Iako Četrnaesti amandman daje Kongresu snagu provođenja materijalnih jamstava iz načela jednakosti donošenjem odgovarajućeg zakonodavstva, Vrhovni sud SAD-a je smatrao da je odgovornost na sudu, a ne kongresu, definirati sadržaj ustavnih jamstava.⁵⁹ Taj pristup je preuzet kako bi se ograničio broj donošenja posebnih antidiskriminacijskih odredbi na federalnoj razini.⁶⁰ Slično stajalište Vrhovni sud SAD-a je zauzeo i u odnosu na Zakon o nasilju nad ženama iz 1994. godine, zaključivši da je Kongres prekoračio ustavne ovlasti u tumačenju Četrnaestog amandmana.⁶¹

⁵⁵ Fredman, S., *Comparative study of anti-discrimination and equality laws of the US, Canada, South Africa and India*, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, European Commission, Directorate General for Justice, Luxembourg, 2012.

⁵⁶ Vrhovni sud SAD-a, *Alden v. Maine* 527 US 706 (1999) od 23. lipnja 1996.

⁵⁷ Vrhovni sud SAD-a, *Kimel v. Florida Bd. of Regents* 528 US 62 (2000) od 11. siječnja 2000.

⁵⁸ Vrhovni sud SAD-a, *Shelley v. Kraemer* 334 US 1 (1948) od 3. svibnja 1948.

⁵⁹ Vrhovni sud SAD-a, *City of Boerne v. Flores* 521 US 507 (1997) od 25. lipnja 1997.

⁶⁰ Vrhovni sud SAD-a, *Board of Trustees of University of Alabama v. Garrett* 531 US 356 (2001) od 21. veljače 2001.

⁶¹ Vrhovni sud SAD-a, *United States v. Morrison* 529 US 598 (2000) od 15. svibnja 2000.

Antidiskriminacijska praksa SAD-a se počela razvijati i prije donošenja Zakona o građanskim pravima zahvaljujući Četrnaestom amandmanu.⁶² Ipak, Glava VII Zakona o građanskim pravima temelj je američkog antidiskriminacijskog okvira. Primjenjuje se kako na državna tijela tako i na privatne poslodavce koji zapošljavaju 15 ili više zaposlenika. Glava VII zabranjuje diskriminaciju u odnosu na rasu, etničko porijeklo, boju kože, vjeroispovijest, dok su dob i invaliditet zaštićeni posebnim zakonima. Diskriminacija na temelju spolne orijentacije ne spada u zaštićenu karakteristiku prema Zakonu o građanskim pravima. Koncept razumne prilagodbe u antidiskriminacijskom pravu SAD-a ne odnosi se isključivo na diskriminaciju na temelju invaliditeta, već i na religijsku pripadnost.⁶³

Što se višestruke diskriminacije tiče, američki sudovi su počeli prepoznati dvostruku diskriminaciju žena crkinja još 1980. godine.⁶⁴ Kasnije su sudovi počeli priznavati kao kumulativne elemente i druge zaštićene karakteristike, ali samo kao dvostruku diskriminaciju koja nužno u sebi sadrži spolnu potčinjenost i neki drugi oblik diskriminacije pored toga (engl. *sex plus approach*).⁶⁵ Ipak od svih antidiskriminacijskih koncepata, najviše prašine je podigao koncept uznemiravanja (engl. *harassment*). Prema američkom shvaćanju, uznemiravanje je oblik diskriminacije, način zlostavljanja pripadnika spolnih i rasnih manjina, ali i drugih ugroženih skupina (poput LGTB manjina) koje traže više društvene mobilnosti kroz rad. Međutim i pravo EU tvrdi to isto ako analiziramo pravni okvir ranije spomenutih direktiva o jednakosti. Ipak, prvi zakoni koji zabranjuju takav oblik uznemiravanja pojavili su se u SAD-u kao način zaštite rasnih manjina. No, danas kada se govori o uznemiravanju ono se najčešće veže uz spol i spolnost kao osnovu uznemiravanja (spolno uznemiravanje). Američki koncept uznemiravanja imao je snažan utjecaj u međunarodnom pravu, budući da je potaknuo izradu brojnih zakona, zakonskih odredbi, pravilnika i drugih akata kojima se nastoji spriječiti takav oblik diskriminacije.⁶⁶ Uznemiravanje uključuje spolno uznemiravanje ili neželjeno ponašanje spolne naravi, uključujući seksualne usluge i ostale oblike verbalnog i fizičkog uznemiravanja. Uznemiravanje ne mora biti isključivo seksualne prirode, naime može uključivati uvredljive komentare na

⁶² Vrhovni sud SAD-a, *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954) od 17. svibnja 1954. Američki Vrhovni sud je odlučio da su državni zakoni koji određuju postojanje zasebnih javnih škola za crnu i bijelu djecu protuustavni.

⁶³ Article 703(a)(1) of the Civil Rights Act of 1964, Title VII, 78 Stat 255, 42 USC 2000e-2(a) (1) (zabrana diskriminacije na temelju vjeroispovijesti na području rada).

⁶⁴ USA Federal Court of Appeals, *Jefferies v. Harris County Community Action Assn* 615 F.2d 1025 (5th Cir 1980) od 21. travnja 1980., str. 1034.

⁶⁵ United States District Court, District of Columbia, *Judge v. Marsh* 649 F.Supp. 770 (1986) od 12. prosinca 1986.

⁶⁶ Glava VII Zakona o građanskim pravima iz 1964. Civil Rights Act of 1964, P.L. 88-353, 78 Stat. 241 (1964).

temelju spola (uznemiravanje povezano sa spolom). Primjerice, počinitelj i žrtva mogu biti osobe različitog ili istog spola. Iako zakon striktno ne zabranjuje jednostavne oblike zadirkivanja, usputne komentare ili izolirane incidente, uznemiravanje je protuzakonito ako stvara uznemiravajuće ili neprijateljsko radno okruženje ili ako predstavlja razlog za odluku poslodavca koja ide na štetu radnika (otkaz ugovora o radu, premještanje na drugo radno mjesto i dr.). Vrhovni sud SAD-a prepoznao je prvi put spolno uznemiravanje kao oblik diskriminacije 1986. godine u predmetu *Meritor Savings Bank v. Vinson*.⁶⁷ U SAD-u, sudovi su utvrdili spolno uznemiravanje u području rada i zapošljavanja te obrazovanja.⁶⁸

Stvarni sadržaj koncepta spolno uznemiravanja definiran je smjernicama Komisije SAD-a za jednake mogućnosti iz 1980. godine. Spolno uznemiravanje je definirano u dva oblika – ucjena tj. kao usluga za protuuslugu (*quid pro quo*) te neprijateljsko okruženje.⁶⁹ Prvi oblik predstavlja odnos moći, odnosno nadređenosti i podređenosti, dakle žrtva i počinitelj nisu u ravnopravnom položaju te ucjena podrazumjeva pružanje usluga seksualne naravi. Kod drugog oblika, ne mora se raditi o neravnopravnom položaju žrtve i počinitelja, odnosno oni mogu biti u ravnopravnom horizontalnom odnosu i ne mora nužno uključivati odluke štetne po zaposlenike (poput premještanja na drugo radno mjesto ili otkaza ugovora o radu). U tužbenim zahtjevima utemeljenim na neprijateljskom radnom okruženju (engl. *hostile environment claim*), ne mora postojati element ucjene, niti odluka poslodavca na štetu zaposlenika, dovoljno je postojanje neprijateljskog radnog okruženja. Zaštićeno pravo je „pravo na rad u okruženju slobodnom od diskriminacije, izrugivanja i uvreda“. Ovaj standard postavljen je u već spomenutom predmetu *Meritor* koji je u američkoj sudskoj praksi najpoznatiji i najcitiraniji slučaj spolnog uznemiravanja. Naime, u svojoj odluci u tom predmetu, Vrhovni sud SAD-a zauzeo je stajalište da tužbe uslijed postojanja neprijateljskog radnog okruženja imaju pravnu osnovu u Glavi VII Zakona o građanskim pravima koji predstavlja najsveobuhvatniji zakon o građanskim pravima u američkoj povijesti. Kao što je već rečeno, Glava VII Zakona o građanskim pravima je primarni izvor prava za utuživanje diskriminacije, ali samo u odnosu na zaštićene karakteristike (engl. *protected characteristics*) i spolnog uznemiravanja kao oblika diskriminacije u

⁶⁷ Vrhovni sud SAD-a, *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U. S. 54 (1986) od 19. lipnja 1986.

⁶⁸ Glava IX, Amandman o obrazovanju iz 1972.

⁶⁹ Definicija Komisije SAD-a za jednake mogućnosti: „Neželjeno ponašanje seksualne prirode, seksualne ucjene i drugi oblici verbalnog ili fizičkog ponašanja seksualne naravi smatraju se seksualnim uznemiravanjem ako 1) odluka o pristanku na takvo ponašanje utječe eksplicitno ili implicitno na odluku o zapošljavanju; 2) pristanak na ili odbijanje spolnog uznemiravanja se koristi pri odlučivanju o tome hoće li pojedinac dobiti ugovor o radu ili neće; 3) ima učinak ili svrhu nerazumnog utjecaja na radne sposobnosti pojedinca i stvaranje straha, neprijateljskog ili uvredljivog okruženja.“

SAD-u.⁷⁰ Eventualno proširenje zabrane diskriminacije izvan opsega zaštićenih karakteristika moguće je kroz peti i četrnaesti amandman Ustava SAD-a, međutim Vrhovni sud SAD-a je u tim situacijama odredio strogu razinu kontrole opravdanja. Ustav SAD-a i ustavi nekih federalnih država omogućavaju dodatnu zaštitu ako je poslodavac neko državno tijelo ili je država na neki način potaknula diskriminatornu praksu poslodavca. Četrnaesti amandman izričito zabranjuje državi kršenje individualnih prava i jamči jednaku zaštitu.⁷¹ U području radnih odnosa pravo na jednaku zaštitu ograničava ovlasti državne i federalne vlade da diskriminira pojedince na području rada i zapošljavanja, čime su zaštićeni i pojedinci koji se natječu za radno mjesto ako pripadaju nekoj od zaštićenih skupina. Ustav SAD-a se ne odnosi izravno na diskriminaciju u privatnom sektoru, ali je tijekom godina privatni sektor postao predmetom zakonske regulativne na državnoj i federalnoj razini. Peti i četrnaesti amandman Ustava SAD-a ograničavaju mogućnost da državna ili federalna tijela diskriminiraju pojedince ili potiču diskriminatornu praksu. Peti amandman izričito zabranjuje federalnoj vladi da ne ograničava protuzakonito pojedincima pravo na život, slobodu i uživanje prava vlasništva. On također sadrži implicitno jamstvo da su pojedinci jednaki pred zakonom.⁷²

Prema Glavi VII Zakona o građanskim pravima, odgovornost poslodavca za uznemiravanje na radnom mjestu ovisi o statusu uznemiravatelja. Ako je uznemiravatelj suradnik zaposlenika koji je prijavio uznemiravanje, poslodavac je odgovoran samo u slučaju kada nije osigurao radno okruženje slobodno od uznemiravanja. Ako je uznemiravatelj nadređeni, primjenjuju se drukčija pravila. Ako uznemiravanje koje vrši nadređeni kulminira u promjeni radnopravnog statusa (npr. sprječavanje napredovanja, otkaz ugovora o radu s ponudom izmijenjenog ugovora, redoviti ili izvanredni otkaz ugovora o radu i dr.), poslodavac je objektivno odgovoran.⁷³ Ako ne dođe do promjene radnopravnog statusa, poslodavac može izbjeći odgovornost u sljedećim okolnostima:

⁷⁰ Tužba za spolno uznemiravanje pred američkim federalnim sudovima prema Glavi VII Zakona o građanskim pravima iz 1964. godine mora u prvom koraku biti podnijeta Komisiji SAD-a za jednake mogućnosti pri zapošljavanju u roku od 180 dana od kada se dogodio čin spolnog uznemiravanja. Nakon što je slučaj zaprimljen, Komisija ima rok od 180 dana da započne istragu u svezi navoda iz tužbe. U tom trenutku, tužitelj može tražiti tzv. potvrdu o pravu na sudsku tužbu (engl. *Notice of Right to Sue*), bez koje tužitelj nema aktivnu legitimaciju da podnese privatnu tužbu pred federalnim sudom.

⁷¹ Amandman XIV. Ustava SAD-a, dostupno na mrežnim stranicama: Cornell University Law School, Legal Information Institute, <http://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv> (26.10.2012.).

⁷² Amandman V. Ustava SAD-a, dostupno na mrežnim stranicama: Cornell University Law School, Legal Information Institute, <http://www.law.cornell.edu/constitution/billofrights#amendmentv> (26.10.2012.).

⁷³ Vrhovni sud SAD-a, *Burlington Industries, Inc. v. Ellerth* 524 U. S. 742, 761 (1998) od 26. lipnja 1998.

(1) ako je s dužnom pažnjom učinio sve kako bi spriječio i ispravio uznemiravajuće ponašanje;

(2) ako je tužitelj nerazumno propustio mogućnost da iskoristi preventivne mjere koje je poslodavac poduzeo kako bi spriječio uznemiravanje.⁷⁴

Nakon nekoliko desetljeća od stupanja na snagu spomenutog zakona, američka javnost i sudovi su proširili vlastito shvaćanje spolne, odnosno rodne (engl. *gender*) diskriminacije, što je rezultiralo porastom broja tužbenih zahtjeva pred sudovima SAD-a. Tako su SAD 90-tih godina prošlog stoljeća potresla tri velika skandala (Anita Hill, Paula Jones i Monica Lewinsky) vezana upravo za slučajeve spolnog uznemiravanja.⁷⁵ Spomenuti slučajevi dodatno su ohrabрили pojedince u podizanju tužbi na osnovu spolnog uznemiravanja. Porast broja tužbi za spolnog uznemiravanje natjerao je američke sudove da preispitaju vlastito tumačenje problema uznemiravanja kao i rodne diskriminacije općenito. Srž problema predstavlja (ne)postojanje diskriminatorne namjere, odnosno različitog utjecaja diskriminatornog ponašanja u različitim situacijama te metode dokazivanja diskriminacije kroz postupak čija su pravila određena smjernicama Komisije SAD-a za jednake mogućnosti.⁷⁶ Linija između diskriminatorne namjere u slučajevima izravne diskriminacije i diskriminirajućeg učinka kod neizravne diskriminacije nije sasvim jasna i precizna.⁷⁷ U američkog pravnoj teoriji usvajanje koncepta neizravne diskriminacije (engl. *disparate impact*) predstavlja obećavajuću strategiju za učinkovito suzbijanje diskriminacije od inzistiranja na postojanju namjere u svrhu dokazivanja diskriminacije (engl. *different treatment claim*). Razlika između neizravne diskriminacije (dokazivanju diskriminatornog učinka u tzv. *disparate impact claims*) i izravne diskriminacije (inzistiranje na postojanju diskriminatorne namjere u tzv. *different treatment claims*) potiče različite diskusije budući da pomiče granicu između konsenzusa i razilaženja o konceptu jednakosti u pravu. Koncept neizravne diskriminacije stoga igra dvostruku ulogu u građanskom pravu. Na konkretnoj razini, on određuje na koju stranu će prevagnuti teret dokazivanja. Upravo tom linijom išla je i presuda Vrhovnog suda SAD-a u predmetu *Smith v. City of Jackson*⁷⁸, kojom je sud proširio opseg Zakona o suzbijanju diskriminacije na temelju dobi u području rada (ADEA), odre-

⁷⁴ Vrhovni sud SAD-a, *Faragher v. Boca Raton* 524 U. S. 775, 807 (1998) od 26. lipnja 1998; Vrhovni sud SAD-a, *Maetta Vance, Petitioner v. Bal State University* 570 U.S. (2013) od 24. lipnja 2013.

⁷⁵ Black A. E.; Allen, J. L., *Tracing the Legacy of Anita Hill: The Thomas/Hill Hearings and Media Coverage of Sexual Harassment, Gender Issues*, vol. 19, br. 1, 2001., str. 33-52.

⁷⁶ Smjernice za slučajeve spolnog uznemiravanja dostupne na mrežnim stranicama U.S. Government Printing Office, *Guidelines on discrimination because of sex*, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2012-title29-vol4/xml/CFR-2012-title29-vol4-part1604.xml> (20.4.2013.).

⁷⁷ Rutherglen, S., *Disparate Impact, Discrimination and the Essentially Contested Concept of Equality*, *Fordham Law Review*, vol. 74, br. 4, 2006., str. 2313-2338., dostupno na: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4157&context=fllr>. (20.9.2013.).

⁷⁸ Vrhovni sud SAD-a, *Smith v. City of Jackson* 544 U.S. 228 (2005) od 30. ožujka 2005.

đujući da pojedinac može podići tužbu za neizravnu diskriminaciju navodeći da je naizgled neutralna politika poslodavca imala diskriminirajući učinak na pojedince koji su u dobi od 40 godina ili više.⁷⁹ Prije tog slučaja, federalni žalbeni sudovi bili su podijeljeni oko toga mogu li pojedinci podići tužbu za neizravnu diskriminaciju jer su se dotad isključivo podizale tužbe zbog izravne diskriminacije na temelju dobi u području rada, kada je bilo moguće dokazati namjeru prema Zakonu o diskriminaciji temeljem dobi u području rada (ADEA). Naime, zaštita od diskriminacije predviđena je federalnim antidiskriminacijskim zakonima ako pojedinac spada u kategoriju „osoba sa zaštićenim karakteristikama“. U tom slučaju, najučinkovitiji način dokazivanja diskriminacije je posjedovanje tzv. direktnog ili izravnog dokaza (engl. *direct evidence*). Međutim, vrlo je mala vjerojatnost da će primjerice poslodavac ili neposredno nadređeni izravno diskriminirati. Diskriminiranje pojedinca na radnom mjestu vrlo često se čini na vrlo podmukao način. Tako se u većini slučajeva pojedinac kao žrtva diskriminacije oslanja na tzv. neizravni ili posredni dokaz (engl. *circumstantial evidence*). U tom slučaju potrebno je utvrditi presumpciju diskriminacije (engl. „*prima facie case*“ of discrimination) prema tzv. „McDonnell-Douglas testu“,⁸⁰ kojeg je uspostavio Vrhovni sud SAD-a u istoimenoj presudi, nakon čega se teret dokaza prebacuje na poslodavca. Prema McDonnell-Douglas testu, potrebno je odgovoriti na četiri pitanja kako bi utvrdili postojanje osnove za diskriminaciju: radi li se o pojedincu sa zaštićenim karakteristikama, je li pojedinac kvalificiran za određeno radno mjesto, je li poslodavac povrijedio prava iz radnog odnosa i je li zaposlio osobu koja ne spada u kategoriju pojedinaca sa zaštićenim karakteristikama (engl. *protected class characteristics*).

Test „posrednog dokazivanja“ je vrlo fleksibilan i mijenjao se tijekom godina u skladu s okolnostima kako bi se izbjegao mehanički odnosno formalni pristup diskriminaciji. Osoba koja se smatra žrtvom diskriminacije ako ne posjeduje izravni dokaz morat će prikupiti dovoljno posrednih dokaza kako bi uvjerala porotu da se radi o diskriminaciji. Osim osnovna četiri pitanja uspostavljena putem McDonnell-Douglas testa, razvila su se i druga pitanja u praksi, koja mogu pomoći pojedincima da prikupe što veći broj tzv. posrednih dokaza. Ne postoji magični dokaz za utvrđivanje diskriminacije. Kada pojedinac dokaže postojanje osnove za diskriminaciju, poslodavac je dužan ponuditi legitimno i nediskriminatorno opravdanje za konkretno postupanje, što i nije problem budući da zakoni zahtijevaju samo da navede opravdani razlog, dakle ne mora *de facto* dokazati istinski razlog. U tom slučaju presumpcija diskriminacije nestaje i teret dokaza prelazi na tužitelja koji mora svoju tužbu potkrijepiti konkretnim dokazima. Ako poslodavac ne ponudi legitimno

⁷⁹ Rutherglen, S., *op. cit.*, bilj. 77., str. 2313-2338.

⁸⁰ Vrhovni sud SAD-a, *McDonnell Douglas Corp. v. Green* 411 U.S. 792 (1973) od 14. svibnja 1973.

opravdanje, presumpcija diskriminacije ostaje i tužitelj dobiva spor. Tužitelj mora biti u stanju dokazati da eventualno opravdanje poslodavca predstavlja samo izgovor kako bi prikrilo diskriminaciju (npr. gospodarska kriza kao izlika za otpuštanje nekog tko se poslodavcu ne sviđa). Tužitelj u tom slučaju mora dokazati ne samo da je takva izjava poslodavca neutemeljena, već i izravnu vezu s postojanjem stvarnog razloga koji je protuzakonit, odnosno da je takav razlog povezan s diskriminatornim postupanjem. Pionirska odluka Vrhovnog suda SAD-a u predmetu *Griggs*, od izuzetne je važnosti za razvoj antidiskriminacijskog prava SAD-a jer je u tom predmetu Vrhovni sud SAD-a po prvi puta prepoznao koncept neizravne diskriminacije prema Glavi VII Zakona o građanskim pravima. Vrhovni sud SAD-a je u svom zaključku iznio sljedeću tvrdnju: „*Griggs* snažno sugerira primjenu teorije diskriminirajućeg učinka, odnosno prepoznavanje neizravne diskriminacije prema ADEA”.⁸¹ Taj predmet je bitan za strukturu dokaznog postupka jer je odredio dokazivanje neizravne diskriminacije. U slučaju tužbe za neizravnu diskriminaciju nije potrebno imati čvrste dokaze za postojanje diskriminacije i vrlo često se dokazuje statističkim analizama.

Taj slučaj značio je da poslodavac može odgovarati za diskriminaciju na temelju dobi iako njegova praksa i politika nije imala namjeru da bude diskriminatorna. Ipak to nije olakšalo položaj tužitelja u sporu budući da on mora identificirati postojanje diskriminatorne prakse koja je uzrok statističkog nesrazmjera (primjerice to nisu uspjeli utvrditi u spomenutom predmetu *Smith*) i čak iako identificiraju takvu praksu, poslodavac će izbjeći odgovornost ako za takvu praksu dokaže razumno opravdanje. Štoviše, nije dovoljno da tužitelj (u ovom slučaju zaposlenik) samo tvrdi da je postojao nesrazmjerni učinak u tužbi za neizravnu diskriminaciju, već mora utvrditi postojanje posebne prakse koja je dovela do statistički nesrazmjernog učinka prema zaposlenicima. Dakle, granica fleksibilnosti postojanja razumnog opravdanja poslodavca u slučajevima neizravne diskriminacije vrlo je rastezljiva u korist poslodavca čemu svjedoči i europska praksa.⁸² Drugim riječima, magični dokaz ne postoji.

Upravo ta rastezljiva fleksibilna granica opravdanja posljedično je dovela i do fleksibilnijeg dokazivanja izravne diskriminacije. Shvaćanje da se diskriminacija može prepoznati iz konteksta, uključujući radnje i izjave poslodavca, postaje sve raširenije u odnosu na dosadašnji klasični model usporedbe te korištenje metode usporedive osobe (engl. *comparator*), u odnosu na ostale zaposlenike. Takva praksa uspostavljena je u pionirskim predmetima u kojima je odlučivao Vrhovni sud SAD-a u slučajevima spolnog uznemiravanja. Doista,

⁸¹ Vrhovni sud SAD-a, *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424 (1971) od 8. ožujka 1971.

⁸² Vrhovni sud SAD-a, *Wards Cove Packing Co. v. Atonio* 490 U.S. 642 (1989) od 5. lipnja 1989 (post-*Griggs*); Sud EU, C-381/99 *Brunhoffer v. Bank der Osterreichischen Postsparkasse AG* (2001) ECR I-4961.

u prvom takvom slučaju *Meritor*, taj sud je zauzeo stajalište da uznemiravanje može dovesti do diskriminacije, komparatori su bili samo jedna od opcija na dugačkoj listi tehnika dokazivanja diskriminatorne namjere u konkretnom slučaju. U predmetu *Meritor*,⁸³ spomenuti sud je razmatrao je li nadređeni u banci, koji je postupio na „spolno neprihvatljiv način“, to učinio isključivo radi spola ili je postojao neki od razloga koji su navedeni u smjernicama Komisije SAD-a za jednake mogućnosti. Vrhovni sud SAD-a je naglasio da ne predstavlja svako takvo ponašanje diskriminaciju, već isključivo „dovoljno oštre i uvredljive radnje“. Međutim, niti jedan od argumenata u raspravi o spolnog uznemiravanju nas ne dovodi do zaključka da je ponašanje uvjetovano spolom, isključivo motivirano spolom, a ne nekom drugom osnovom diskriminacije. To je i Vrhovni sud SAD-a potvrdio u istoj odluci. Ključno pitanje bilo je, mora li žrtva, osim samog čina spolnog uznemiravanja, dokazivati i neke druge okolnosti poput degradacije, promjene radnog mjesta ili otkaza ugovora o radu kako bi uspjela s diskriminatornim tužbenim zahtjevom. Spomenuti sud je zaključio da to nije nužno. Slično stajalište zauzeo je Vrhovni sud SAD-a u predmetu *Oncale v. Sundowner Offshore Services*,⁸⁴ dodajući da je metoda komparatora zadnja na listi tehnika za dokazivanje postojanja veze između diskriminirajućeg ponašanja i zakonom zaštićene karakteristike. Nadalje, u istom predmetu Vrhovni sud SAD-a proširuje vlastito shvaćanje spolnog uznemiravanja i zaključuje da „najistaknutije i najjednostavnije metode, uključuju razmatranje uznemiravajućih izjava i ponašanja kao takvog u odnosu na spol, odnosno spolnu orijentaciju žrtve.“ Drugim riječima, kao što je to i Vrhovni sud SAD-a protumačio, utvrđivanje diskriminacije na radnom mjestu zahtijeva ne samo razmatranje „upotrijebljenih riječi“ ili fizičkog akta uznemiravanja, već i također, konstelaciju postojećih okolnosti, očekivanja i međusobne veze. Osim toga, iako spolna orijentacija nije izričito navedena kao diskriminatorna osnova u Zakonu o građanskim pravima, Vrhovni sud SAD-a je koncept spola protumačio u širem smislu dajući mu novi epitet. Sličan problem nalazimo i u slučajevima diskriminacije na temelju stereotipa, kada je metoda komparatora također nedovoljna kako bi se utvrdilo postojanje diskriminacije. Hipotetski, možda je prilikom zapošljavanja, prednost dana muškom kandidatu za određeno radno mjesto, ali ako su ranije zapošljavane žene i zaposleni muški kandidat ima kvalifikacije koje mu idu u prilog, onda ne možemo zaključiti da se radilo o diskriminaciji na temelju spola. Međutim, ako su razlozi poslodavca da ne zaposli ženu na određeno radno mjesto bili njena nedostatna ženstvenost, njeno odijevanje (ne odijeva se ženstveno i ne šminka), onda možemo zaključiti da se radi o diskriminaciji koja

⁸³ Vrhovni sud SAD-a, *Meritor Savings Bank v. Vinson* 477 U.S. 57 (1986) od 19. lipnja 1986.

⁸⁴ Vrhovni sud SAD-a, *Joseph Oncale v. Sundowner Offshore Services Incorporated et al.* 523 US 75, No. 96-568 (1998) od 4. ožujka 1998.

je spolne naravi, odnosno na temelju stereotipa, a nije isključivo uvjetovana spolom. Takvu vrstu rasprave Vrhovni sud SAD-a je vodio u predmetu *Price Waterhouse*.⁸⁵ Ipak, u nekim slučajevima sudovi i dalje inzistiraju na postojanju stvarnog komparatora (kada se radi o dokazivanju (ne)postojanja jednake plaće za jednak rad). Iako današnje antidiskriminacijsko pravo u konceptu spolnog uznemiravanja implicira i uznemiravanje na osnovi spolne orijentacije, strogo formalni pristup i društveno politička reforma bilu su nužan preduvjet za sadržajno proširenje koncepta pa čak i u američkom društvu koje je uvijek slovalo kao napredno, odnosno liberalno u odnosu na Europu.⁸⁶ Drugim riječima, da ste početkom devedesetih godina bili u Americi uznemiravani na radnom mjestu kao osoba homoseksualne spolne orijentacije, ne biste imali velike mogućnosti pravne zaštite. Važan korak u proširenju tumačenja koncepta diskriminacije i zaštićenih karakteristika odigrala je praksa Vrhovnog suda SAD-a. Paradoks formalnog pristupa konceptu uznemiravanja kada je riječ o spolu vidljiv je i u drugoj ilustraciji: ako nadređeni upućuje radniku komentare na temelju izgleda vezano uz spol, radnik će imati osnovu za tužbu zbog spolnog uznemiravanja, međutim ako ga svakodnevno zlostavlja jer mu se ne sviđa i želi ga se riješiti kako bi zaposlio nekog drugog, taj radnik nema pravnu osnovu za diskriminacijsku tužbu. Pravo EU pokušalo je doskočiti tom problemu pravnim uređenjem zaštite dostojanstva,⁸⁷ pa će radnik u tom slučaju, iako nema diskriminatornu osnovu za diskriminacijsku tužbu, imati pravnu osnovu za zaštitu dostojanstva u građanskoj parnici. To možemo promatrati pozitivno, u smislu zaštite radnika od „uznemiravanja“ koje ne počiva na taksativno navedenim diskriminatornim osnovama i ne radi se uvijek o nepovoljnom postupanju u odnosu na drugog pojedinca. Međutim, ako postoji diskriminatorna osnova, onda je učinkovitija pravna zaštita kroz diskriminacijsku tužbu. Problem je što se u praksi ne prepoznaje što je diskriminacija i koja je razlika između diskriminatornog postupanja u odnosu na mobing. Anglosaksonski pravni sustav ne radi razliku između uznemiravanja i spolnog uznemiravanja, u smislu europskih direktiva. U pravnom okviru SAD-a uznemiravanje predstavlja diskriminaciju po zakonom utvrđenim

⁸⁵ Vrhovni sud SAD-a, *Price Waterhouse v. Hopkins* 490 U.S. 228, No. 87-1167 (1989) od 1. svibnja 1989.

⁸⁶ Vrhovni sud SAD-a priznao je spolnu orijentaciju kao zaštićenu karakteristiku prvi put u predmetu *Romer v. Evans* 517 U.S. 620 (1996) od 20. svibnja 1996., i to je bila prva presuda, nakon predmeta *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986) od 30. lipnja 1986., da je kazneno pravo države Georgija koje kriminalizira seksualne odnose u homoseksualnim vezama u skladu s Ustavom SAD-a. Tek nakon sedamnaest godina, Vrhovni sud SAD-a je odlučio promijeniti svoje stajalište u predmetu *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003) od 26. lipnja 2003. u kojem je rekao da „odlučka u predmetu *Bowers* nije bila ispravna u to vrijeme, a ni sada“.

⁸⁷ Čl. 2. Direktive br. 2002/73/EZ koji definira spolno uznemiravanje: „Spolno uznemiravanje je svako neželjeno ponašanje spolne naravi koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobe, osobito kada uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.“

osnovama, slično kao i u europskim nacionalnim zakonima, ali na federalnoj razini pojedine države donijele su posebne propise o zabrani nediskriminatornog uznemiravanja na radnom mjestu. U EU, Velika Britanija je već 1997. donijela poseban Zakon o zaštiti od uznemiravanja.⁸⁸

Nameće se logično pitanje otkud tolike različite interpretacije istih ili sličnih koncepata? Znači li to da američki i europski pravnici nemaju jedinstveno tumačenje koncepta jednakosti i zabranje diskriminacije? Možda se odgovor na pitanja ne krije u tumačenju, već u samom sadržaju. Krenemo li od usporedbe europskog i američkog modela, otkrit ćemo neke različitosti, ali i sličnosti. Ako prihvatimo tezu da postoje određene razlike između europskog i američkog antidiskriminacijskog okvira, potrebno je otkriti koji su uzroci različitosti. De Burca u svojoj recentnoj komparativnoj analizi ističe nekoliko razloga: kulturološki i ideološki, razlike političkog i institucionalnog sustava te različiti vremenski slijed.⁸⁹ Ako gledamo kulturološki, europski kontinent, s obzirom na višestoljetnu povijest i različite kulture koje egzistiraju na istom kontinentu, pokazao se plodnijim i receptivnijim za relativno brži razvoj antidiskriminacijskog prava u smislu uklanjanja postojećih društvenih, političkih i ekonomskih nejednakosti putem normativnog okvira načela jednakog postupanja i nediskriminacije. U Europi zaštita ljudskih prava odnosno jednakih mogućnosti predstavlja dobrobit društva, ali i odgovornost države. Za usporedbu, američki ustavni i federalni okvir primarno štite individualnu slobodu i pravo izbora, a ulogu države vide u omogućavanju pojedinca da uživa individualnu slobodu. Primjer za to su europska zakonska uređenja obvezatnog roditeljnog dopusta i obvezatne dobi za mirovinu koju Amerikanci smatraju stereotipnom i diskriminatornom, smatrajući da pojedincu treba ostaviti mogućnost izbora, odnosno vlastite odluke, dok Europa zagovarajući načelo zajedničke dobrobiti i zaštite dostojanstva određuje zajedničke hijerarhije vrijednosti, a time i jednakosti sviđalo se to pojedincima ili ne.

Drugo objašnjenje de Burce leži u prirodi postojećih političkih i institucionalnih sustava. SAD imaju polarizirani politički sustav i oštar ideološki procijep koji vrlo često rezultira kočenjem socijalnih programa i politika kao i diskvalificiranjem pojedinih antidiskriminacijskih koncepata poput poseb-

⁸⁸ Velika Britanija je 1997. godine donijela poseban Zakon o zaštiti od uznemiravanja (engl. *Protection from Harassment Act*) kojim definira uznemiravanje na sljedeći način: „(8) U smislu ovog članka:

(a) „ponašanje“ uključuje verbalno izražavanje;

(b) „uznemiravanje“ uključuje uzrokovanje straha ili tjeskobe; tijek ponašanja mora uključivati štetno ponašanje koje se dogodilo barem dva puta.“. Tekst Zakona dostupan je na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/40/crossheading/england-and-wales>. (20.9.2013.).

⁸⁹ De Burca, G., *The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law*, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research paper Series, Working Paper No. 11-80, 2011.

nih mjera. Politički sustav EU je difuzan, tehnokratski, ali i depolitiziran u određenim segmentima. Zadnjih nekoliko godina države članice su usvojile niz antidiskriminacijskih zakona, pojedinačnih normi i strategija u skladu sa primarnim i sekundarnim europskim pravom čime bi se moglo konstatirati postojanje konsenzusa o politikama jednakih mogućnosti i nediskriminacije i relativno brzog usvajanja antidiskriminacijskog zakonodavstva. Osim toga, europske pravne norme mogu biti izravno primjenjive u državama članicama. Sud EU je također važan čimbenik u tumačenju i jedinstvenoj primjeni europskog prava. Na prvi pogled, u EU postoji konsenzus oko važnih antidiskriminacijskih pitanja, no određena pitanja ostaju još uvijek kamen spoticanja i bez jednostavnog rješenja (poput diskriminacije na temelju spolne orijentacije, rasne pripadnosti, religije, diskriminacije migranata i dr.).

Imajući u vidu treći razlog koje ističe de Burca, a to je različiti vremenski slijed recepcije antidiskriminacijskog prava, SAD su nekoliko desetljeća ispred Europe u kreiranju antidiskriminacijskog zakonodavstva. Iako je Europa počela razvijati zakone za suzbijanje spolne diskriminacije sedamdesetih godina prošlog stoljeća, europsko antidiskriminacijsko pravo doživjelo je procvat na legislativnoj razini tek početkom ovog stoljeća. Iako su sve države članice donijele posebne sveobuhvatne antidiskriminacijske zakone, ako promatramo razinu implementacije recentnog antidiskriminacijskog prava EU u praksi, rezultati su poražavajući. Implementacija prava EU ne znači samo prenošenje normi primarnog i sekundarnog EU prava u nacionalni pravni okvir već i njihovu primjenu u praksi. Naime već u 2007. godini, Europska komisija je pokrenula postupak protiv četrnaest država članica zbog zakašnje ili nepotpune implementacije Direktive 2000/43/EZ i protiv sedamnaest država članica zbog neimplementacije Direktive 2000/78/EZ.⁹⁰ Osim navedenih pravnih postupaka koje je pokrenula Europska komisija protiv država članica, vrlo je mali broj sudskih predmeta u kojima se poziva na pravne osnove iz dviju spomenutih direktiva koje su bile osnova za donošenje krovnih antidiskriminacijskih zakona u državama članicama.⁹¹

Slično tome, u SAD-u Zakon o građanskim pravima (engl. *Civil Rights Act*) iz 1964. predstavlja krovni antidiskriminacijski zakon. Prema tom zakonu uspostavljena je Komisija SAD-a za jednake mogućnosti (engl. *Equal Employment*

⁹⁰ Academy of European Law (ERA), *op. cit.*, bilj. 30.

⁹¹ U većini slučajeva radi se o diskriminaciji na temelju dobi, uključujući: Sud EU, C-411/05 *Palacios de la Villa* (2007) ECR I-8531; Sud EU, C-227/04 *Lindorfer* (2007) ECR I-6767; Sud EU, C-427/06 *Bartsch* (2008) ECR I-7245; Sud EU, C-388/07 *Age Concern England* (2009) ECR I-1569; Sud EU, C-88/08 *Hütter* (2009) ECR I-5325; Sud EU, C-555/07 *Kücükdereci* (2010) ECR I-00365; Sud EU, C-499/08 *Andersen* (2010) ECR I-09343; Sud EU, C-45/09 *Rosenblatt* (2010) ECR I-09391; Sud EU, C-250/09 and 268/09 *Georgiev* (2010) ECR I-11869; invaliditet i povezane karakteristike: Sud EU, C-303/06 *Coleman* (2008) ECR I-5603 i Sud EU, C-13/05 *Chacón Navas* (2006) ECR I-6467, te spolne orijentacije i rase: Sud EU, C-267/06 *Maruko* (2008) ECR I-1757.

Opportunities Commission) koja predstavlja institucionalni mehanizam zaštite poput pravobranitelja za ljudska prava i specijaliziranih pravobranitelja u Europi s tom razlikom da Komisija SAD-a ima puno veće ovlasti od europskih tijela za jednakost. Između ostalog, ta komisija donosi preporuke za postupanje u slučajevima diskriminacije. Prema tim preporukama, diskriminacijska tužba (engl. *charge of discrimination*) se podnosi ako se radi o nejednakom postupanju po nekoj od taksativno navedenih osnova (rasa, boja kože, religijska pripadnost, spol, etničko porijeklo, invaliditet, dob, uključujući genetske karakteristike i zdravstveno stanje). Osim toga osnovu za diskriminacijsku tužbu predstavlja i spolno uznemiravanje te drugi oblici uznemiravanja (ukoliko podnesete pritužbu u svezi diskriminacije ili na neki način sudjelujete u diskriminacijskom postupku). Podnošenje takve tužbe Komisiji SAD-a za jednake mogućnosti pretpostavka je za sudsku tužbu (osim u slučaju povrede prava zaštićenog posebnim Zakonom o jednakoj plaći).⁹²

U slučaju da pojedinac kao žrtva diskriminacije dobije spor, ima pravo na naknadu štete koja se utvrđuje u skladu s pretrpljenom financijskom ili emocionalnom štetom. Svrha naknade štete je vratiti pojedinca u položaj u kojem bi se nalazio da primjerice nije dobio otkaz (povratak na radno mjesto, isplata neisplaćene plaće, zatezne kamate, naknade izgubljene dobiti poput one za bolovanje, godišnji, mirovinsko osiguranje i sl., ali i naknada eventualne buduće dobiti u slučaju da pojedinac ne nađe posao za koji je kvalificiran u doglednom vremenu) kao i neki drugi oblici naknade materijalne ili nematerijalne štete.⁹³ Može se zaključiti da je pravni sustav SAD-a nastojao pojednostaviti prepoznavanje i dokazivanje diskriminacije, a zahvaljujući smjernicama Komisije SAD-a za jednake mogućnosti olakšao borbu strankama u pravnom ringu. Po tome je i svojstvena američka antidiskriminacijska paradigma. Ono što ostaje enigma jest doseg suzbijanja diskriminacije koji je uglavnom ograničen na tržište rada.

Ako uzmemo u obzir činjenicu da je u SAD-u, među nezaposlenima, najveći broj pripadnika rasnih i etničkih manjina, onda je jasno zašto je zakonodavni okvir za suzbijanje diskriminacije primarno usredotočen na tržište rada. Slično je i u EU. Primarno i sekundarno europsko pravo tek je početkom ovog stoljeća počelo svoju ekspanziju zabrane diskriminacije i izvan tržišta rada.

⁹² Postoje strogi vremenski rokovi za ispunjavanje tužbe za utvrđivanje diskriminacije na radu u okviru pravila koja određuje Komisija SAD-a za jednake mogućnosti. U nekim slučajevima, postoji rok od 180 dana za prijavu diskriminacije toj komisiji, dok u drugim slučajevima pokrivenim antidiskriminacijskim zakonima država taj rok može biti i do 300 dana. U svakom slučaju, preporuka Komisije SAD-a za jednake mogućnosti je da se diskriminacija prijavi što ranije. Sva pravila nalaze se na mrežnoj stranici Komisije SAD-a za jednake mogućnosti (*U.S. Equal Employment Opportunity Commission*) dostupnoj na: <http://www.eeoc.gov/> (12.3.2013.).

⁹³ Više detalja može se naći na službenim stranicama Komisije SAD-a za jednake mogućnosti, dostupno na: <http://www.employeeightpost.com/tags/front-pay/> (20.4.2013.).

Međutim, to ne znači da diskriminacija izvan tržišta rada nije postojala i ranije. Čak štoviše, diskriminacija izvan tržišta rada, predmet je za jedno sveobuhvatno interdisciplinarno istraživanje. Međutim, pravo je pitanje koliko smo zaista napredovali u suzbijanju diskriminacije? Promatrajući američki model, mnogi danas kritiziraju opće stanje ljudskih prava u SAD-u i visoki stupanj rasne i etničke diskriminacije. S druge strane, prije samo malo više od stotinjak godina, etnička slika SAD-a izgledala je posve drukčije. Kao mali podsjetnik, vremeplov nas vodi do davne 1900. godine kada je u gradu Montgomeryju, u saveznoj američkoj državi Alabama, prihvaćena odluka o različitim dijelovima za bijelce i crnce u javnom prijevozu. Prva četiri reda sjedišta pripadala su bijelcima, a preostala sjedišta tamnopusim putnicima, koji su predstavljali većinu.⁹⁴ Ako bi prednji dio autobusa bio prazan, crnci su mogli sjediti u srednjem dijelu, a ako su prva četiri reda bila zauzeta, morali su se pomaknuti u stražnji dio ili čak napustiti autobus kada u njemu nije bilo dovoljno prostora. Vozači su imali pravo proizvoljno pomicati znak upute gdje počinje „crni“ dio autobusa jer su se trebali brinuti za to da svi bijelci imaju sjedeća mjesta. Crnci, također, nisu smjeli ulaziti na prva vrata, tamo su samo plaćali kartu, a onda su izlazili i ponovo morali ući na zadnja vrata. Prvog prosinca 1955. godine crkinja Rosa Parks, se suprotstavila takvoj uobičajenoj proceduri nakon čega je uhićena i osuđena zbog kršenja javnog reda i nepoštovanja lokalnog propisa. Nakon toga su se okupili pripadnici i pripadnice crnačke zajednice, koje je predvodio Martin Luther King, i dogovorili se da će zbog njenog uhićenja bojkotirati javni promet. Crnačka zajednica u Montgomeryju nije se vozila autobusima više od godinu dana, zbog čega je prijevoznik ukinuo neke od linija. Bojkot je prijevoznika oštetio i u financijskom smislu, jer su prodali znatno manje karata. Nakon više od godinu dana u Montgomeryju su promijenili rasističko zakonodavstvo i dozvolili crncima da zauzimaju ista sjedišta u autobusu kao i bijelci.⁹⁵

Ono što je poruka američkog iskustva jest da svaki mali korak kojeg pojedinac napravi može biti veliki za čovječanstvo jer je u borbi protiv diskriminacije primarna osviještenost pojedinaca koja može dovesti i do promjene zakona koji su pisani voljom dominantne većine. Je li to tako i u hrvatskom slučaju?

4. HRVATSKO ANTIDISKRIMINACIJSKO ZAKONODAVSTVO

Hrvatski antidiskriminacijski okvir, obuhvaća tri razine zaštite. Prva razina zaštite je ustavna razina, budući da Ustav RH⁹⁶ kao temeljni akt sadrži

⁹⁴ Parks, R.; Haskins, J., *My story*, Puffin, New York, 1999.

⁹⁵ *Ibidem*, str. 10.

⁹⁶ Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10 i 85/10 - pročišćeni tekst); dalje u tekstu Ustav RH.

opću klauzulu jednakosti (čl. 14.), ali i opću zabranu diskriminacije na temelju rase, boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovine, rođenja, naobrazbe, društvenog položaja ili drugih osobina (tzv. otvorena klauzula). Druga razina zaštite obuhvaća nekoliko važnih organskih zakona koji su okosnica zaštite temeljnih prava pojedinaca i suzbijanja različitih oblika diskriminacije. Primarno su to Zakon o suzbijanju diskriminacije (dalje u tekstu: ZSD),⁹⁷ kao krovni zakon, zatim Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina (dalje u tekstu: UZPNM),⁹⁸ Zakon o ravnopravnosti spolova (dalje u tekstu: ZRS),⁹⁹ Zakon o istospolnim zajednicama (dalje u tekstu: ZIZ),¹⁰⁰ i Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zaštiti osoba s invaliditetom.¹⁰¹ Uskoro bi druga razina zaštite trebala postati bogatija za još jedan novi zakon i to Zakon o životnom partnerstvu¹⁰² koji se trenutno nalazi u javnoj raspravi. Treću razinu zaštite predstavljaju obični zakoni, poput Zakona o radu (dalje u tekstu: ZR)¹⁰³ koji sadrže odredbe na koje se pojedinci mogu pozvati kako bi zaštitili dostojanstvo, kao jednu od temeljnih vrijednosti zaštićenih Ustavom RH (čl. 130.). Iako je hrvatsko zakonodavstvo postalo bogatije za nove antidiskriminacijske norme, ostaju određene posljedice brze tehničke harmonizacije (zapravo na brzinu pisanih zakona), budući da nakon više od pet godina od stupanja na snagu novih zakona, ne postoji dovoljan broj pravomoćnih sudskih presuda kojim bi se dokazala njihova učinkovitost, te da se novousvojene norme u praksi doista i primjenjuju.¹⁰⁴ U sudskoj praksi često se poziva na diskriminaciju bez dostatnog obrazloženja¹⁰⁵ ili bez predlaganja dokaza o postojanju diskriminacije.¹⁰⁶ Osim toga, činjenica diskriminacije ističe se u kasnim fazama postupka kada su parnične stranke procesno onemogućene isticati nove činjenice ili se zahtjev temeljen na diskriminaciji ostvaruje pogrešnim pravnim sredstvom.¹⁰⁷

⁹⁷ Zakon o suzbijanju diskriminacije (Narodne novine, br. 85/98, 112/12).

⁹⁸ Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina (Narodne novine, br. 155/02, 80/10).

⁹⁹ Zakon o ravnopravnosti spolova (Narodne novine, br. 82/08).

¹⁰⁰ Zakon o istospolnim zajednicama (Narodne novine, br. 116/03).

¹⁰¹ Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zaštiti osoba s invaliditetom (Narodne novine, br. 143/02, 33/05).

¹⁰² Ministarstvo uprave, *Nacrt Zakona o životnom partnerstvu*, dostupan na: http://www.uprava.hr/UserDoc/Images/Savjetovanja%20sa%20zainteresiranom%20javno%C5%A1%C4%87u/2013/zivotno_partnerstvo/Nacrt%20zakona%20o%20C5%BEivotnom%20partnerstvu%20-%2017%2010.pdf (22.10.2013.).

¹⁰³ Zakon o radu (Narodne novine, br. 149/09, 61/11, 82/12, 73/13).

¹⁰⁴ Jedna nepravomoćna odluka Općinskog suda u Rijeci, P-15/2010 od 3. listopada 2011.

¹⁰⁵ Vrhovni sud RH, Revr 554/07-2 od 3. listopada 2007; Vrhovni sud RH, Revr 617/06-2 od 11. siječnja 2007.

¹⁰⁶ Vrhovni sud RH, Revr 829/07-2 od 14. svibnja 2008.; Vrhovni sud RH, Revr 850/07-2 od 31. siječnja 2008.

¹⁰⁷ Vrhovni sud RH, Revr 787/07 od 23. siječnja 2008.; Vrhovni sud RH, Revr 22/07-2 od 4. travnja 2007.

U praksi je sve češći problem neprepoznavanja što diskriminacija jest, a što nije, dok neki tužitelji učestalo svako razlikovanje podvode pod diskriminaciju (najčešće uznemiravanje), nerazumijevajući da je ona zabranjena samo ako se temelji na zabranjenim osnovama razlikovanja.¹⁰⁸

Na primjeru uznemiravanja na radnom mjestu, iako je hrvatsko radno zakonodavstvo usklađeno s direktivama EU u području diskriminacije, ono još uvijek nije u praksi poslužilo kao adekvatno sredstvo zaštite, zbog nerazumijevanja sadržaja definicije pojedinih oblika diskriminacije, čime se sužava opseg pravne zaštite. Posljedica toga je da se i ono malo slučajeva uznemiravanja i spolnog uznemiravanja apsorbira u parnicama za mobing u građanskoj parnici.¹⁰⁹ ZRS doslovno preuzima definicije uznemiravanja i spolnog uznemiravanja iz Direktiva 2006/54/EZ (čl. 2. st. 1. točke c i d) i Direktive 2004/113/EZ (čl. 2. točke c i d). Obje definicije inzistiraju na postojanju ponašanja koje ima svrhu ili cilj u povredi ljudskog dostojanstva, čime se ne predmnijeva postojanje namjere. Međutim, u praksi hrvatskih sudova, diskriminacija se tumači prilično formalno, sužavajući njezin sadržaj na postojanje namjere.¹¹⁰ Nadalje, prva verzija ZSD-a, nije u potpunosti prenijela smisao direktiva u vlastite odredbe. Zakonom o izmjenama i dopunama ZSD-a, ispravljen je nedostatak prve verzije u kojoj se kumulativnim pretpostavkama krio zahtjev za postojanjem namjere, odnosno *de facto* povrede ljudskog dostojanstva, u slučajevima spolnog uznemiravanja.¹¹¹

U RH ne postoje sustavne statistike o zastupljenosti uznemiravanja i spolnog uznemiravanja. U 2012., Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova je većinu pojedinačnih pritužbi zaprimila zbog diskriminacije u području zapošljavanja i rada, a 42,5% pritužbi je zaprimljeno radi spolnog uznemiravanja u području zapošljavanja i radnih odnosa. Podnijele su ih isključivo žene.¹¹²

¹⁰⁸ Potočnjak, Ž.; Grgić A., *op. cit.*, bilj. 42., str. 54.

¹⁰⁹ Istražujući hrvatsku sudsku praksu u slučajevima diskriminacije i mobinga u većini slučajeva tužbe za mobing sadrže i postojanje diskriminacije na temelju spola ili etničke pripadnosti. Tužbe su analizirane zahvaljujući arhivi Ureda Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova kojoj su sudovi prema Zakonu o ravnopravnosti spolova dužni dostaviti predmete u svezi diskriminacije na temelju spola. Analizirajući tužbene zahtjeve zanimljivo je uočiti različiti iznos tužbenih zahtjeva za diskriminaciju i mobing koji se kreće u rasponu od 10.000 do 700.000 kuna. U pravilu su tužbeni zahtjevi za mobing višestruko veći od onih za diskriminaciju u kojima sud dodjeljuje u prosjeku oko 30.000 kuna plus zatezne kamate i parnični troškovi.

¹¹⁰ Selanec, G., *Case study: Croatia*, u: Numhauser, A.; Lailom, S., *Harassment Related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries: Discrimination versus Dignity*, European Network of Legal Experts in the field of Gender Equality, European Commission, Directorate-General for Justice, 2011., str. 59-66.

¹¹¹ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o suzbijanju diskriminacije (Narodne novine, br. 112/12).

¹¹² Ured Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova, *Izvešće o radu za 2012. godinu*, 2013., dostupno na: <http://www.prs.hr/attachments/article/633/IZVJESCE2012web.pdf> (26.10.2012.).

U većem broju slučajeva radi se o spolnom uznemiravanju od strane njima nadređenih osoba, na način da su bile izložene pritisku da stupe u seksualnu vezu sa zlostavljačem, na što nisu pristale, ili što su se prijateljski odnosile prema tom zlostavljaču, što je od njegove strane protumačeno kao poziv na seksualni kontakt, ili iz razloga što su u jednom trenutku s tom osobom bile u nekoj vrsti veze koju su željele prekinuti (manji broj pritužbi).

ZRS i ZSD ne definiraju izričito adresate pravne norme kojom se zabranjuje spolno uznemiravanje. U tom smislu, nije jasan stupanj odgovornosti poslodavca u slučajevima diskriminacije na temelju spola. S druge strane, ZR u čl. 130. sugerira da poslodavac može biti odgovoran za spolno uznemiravanje. Čl. 130. ZR-a nameće obvezu poslodavcu da definira i implementira unutar-nja pravila, postupke i zaštitne mjere vezano uz pritužbe koje se odnose na spolno uznemiravanje. Prema toj odredbi, poslodavac koji zapošljava 20 i više radnika ima obvezu imenovanja osobe ovlaštene za rješavanje pritužbe za povredu dostojanstva radnika sa zakonskim rokom od 8 dana u kojem je dužna riješiti prigovor. Budući da tu obvezu imaju svi navedeni poslodavci, nameće se zaključak da su oni koji su to propustili učiniti ili nisu odgovorili u zakonskom roku na pritužbu u svezi spolnog uznemiravanja, izravno odgovorni za spolno uznemiravanje (objektivna odgovornost). Nadalje, Zakon o obveznim odnosima¹¹³ propisuje odgovornost poslodavca za naknadu štete koju njegov zaposlenik nanese trećoj strani (čl. 1061).

Uočeno je da se postupci za zaštitu dostojanstva ne provode na način kako je propisano ZR-om. Primjerice, negdje uopće ne postoji povjerenik/ca za zaštitu dostojanstva radnika, niti opći akt kojim bi predmetni postupak bio detaljno reguliran, stranke i/ili svjedoci se ne ispituju propisno, o toj radnji se ne sastavlja odgovarajući zapisnik, ne provode se svi potrebni i/ili predloženi dokazi, ne donose se jasne i nedvosmislene odluke o tome je li do uznemiravanja došlo ili nije. Diskriminacija na radnom mjestu je vrlo učestala, ali njezini različiti oblici i posljedice ostaju nezamjećeni jer se ne povezuju s uzrocima koje nalazimo upravo na radnom mjestu. Zadnji dostupni podaci vezani uz sudjelovanje muškaraca i žena na tržištu rada također pokazuju tendenciju pogoršanja nepovoljnog položaja žena na hrvatskom tržištu rada u 2012. u odnosu na 2011.¹¹⁴ Na tržištu rada i dalje postoji očigledna rodno

¹¹³ Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05, 41/08 i 125/11).

¹¹⁴ Prema podacima Državnog zavoda za statistiku, stopa nezaposlenosti među ženama u zadnjem tromjesečju 2011. iznosila je 11,9% dok je kroz 2012. osjetno porasla te je u njenom trećem tromjesečju iznosila 14,3%. Prema podacima HZZ-a, od ukupnoga broja evidentiranih nezaposlenih u prosincu 2012. koji je iznosio 358.214 bilo je 189.856 nezaposlenih žena (53%), što je za 12,4 % više nego u prosincu 2011. Nadalje, podaci HZZ-a također pokazuju kako raste stopa dugoročne nezaposlenosti među ženama. Tako je udio muškaraca nezaposlenih dulje od godinu dana u ukupnom broju nezaposlenih muškaraca iznosio 42,6% dok je udio žena nezaposlenih dulje od godinu dana u ukupnom broju nezaposlenih žena iznosio 45,8%.

uvjetovana segregacija zanimanja koja je usko povezana sa jazom u plaćama između žena i muškaraca što je protivno načelu uravnotežene zastupljenosti spolova u svim područjima javnog i privatnog života propisanog čl. 5. ZRS-a. S obzirom na dugotrajnost rodno uvjetovane segregacije na hrvatskom tržištu rada, jasno je kako spolna uravnoteženost kao vrednota propisana ZRS-om neće biti ostvarena slobodnim funkcioniranjem tržišta rada usmjerenim klasičnim antidiskriminacijskim jamstvima već su nužno potrebne dugoročne proaktivne i/ili pozitivne mjere izgradnje uravnoteženog sudjelovanja.¹¹⁵ Osim toga, učinkovita pravna zaštita, nužan je preduvjet ostvarenja načela jednakih mogućnosti. Međutim, prema sadašnjoj praksi, ženska prava svedena su na formalno tumačenje sadržaja pravnih normi i u slučaju da nisu obuhvaćena kontekstom u kojem se diskriminacija događa, obično bivaju zanemarena, a spol kao ravnopravna diskriminacijska osnova ostaje nevidljiv.¹¹⁶ Iako je u američkoj praksi, kroz slučajeve spolnog uznemiravanja, o čemu je već bilo dosta riječi ranije u tekstu, sudska praksa nastojala kroz prebacivanje tereta dokazivanja olakšati položaj tužitelja (žrtve), u hrvatskom slučaju takva praksa vrlo je rijetka. Time su žrtve diskriminacije na radnom mjestu „uskraćene“ u svojim pravima iz direktiva EU o prebacivanju tereta dokazivanja čija je svrha zaštita slabije strane u postupku. Izostanak prebacivanja tereta dokazivanja u predmetima u svezi diskriminacije je u izravnoj suprotnosti s europskim pravom. Dodatan problem predstavljaju parnični postupci u svezi mobinga koji u sebi sadrži diskriminatorno postupanje budući da je u građanskim parnicama teret dokazivanja na strani tužitelja.¹¹⁷ Sud EU smatra pravo na učinkovitu pravnu zaštitu jednim od temeljnih načela prava EU koje proizlazi iz ustavnih tradicija država članica i koje je potvrđeno EKLJP. Dva su glavna razloga zbog kojih pravo EU propisuje prebacivanje tereta dokaza zaštita slabije strane pravnog odnosa

Državni zavod za statistiku, Žene i muškarci u Hrvatskoj, 2012., dostupno na: http://www.dzs.hr/Hrv_Eng/menandwomen/men_and_women_2012.pdf (20.07.2013.).

¹¹⁵ U *Izvoještaju pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2012. godinu* navedeno je da „prema posljednjim dostupnim obrađenim podacima koje je DZS objavio u 2012., prosječna bruto plaća koje žene ostvaruju na tržištu rada iznosila je 7.223 kune dok je prosječna bruto plaća koju ostvaruju muškarci iznosila 8.044 kune. Žene na hrvatskom tržištu rada zarađuju 89,8% onog iznosa kojeg zarađuju muškarci odnosno muškarci u godinu dana u prosjeku zarade 4.404 bruto kuna više od žena.“ Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova, *Izvoješće o radu za 2012. godinu*, 2013, dostupno na: <http://www.prs.hr/attachments/article/633/IZVJESCE2012web.pdf> (20.07.2013.).

¹¹⁶ Goldberg, S., *Discrimination by Comparison*, Yale Law Journal, vol. 120, br. 4, 2011., str. 728-812.

¹¹⁷ Presuda Općinskog suda u Varaždinu, P. 43/09-21 od 24. studenog 2009. godine i presuda Županijskog suda u Varaždinu, Gž 211/10-2. od 05. listopada 2010. godine u kojoj je u sudskom postupku tužiteljica dokazivala postojanje uznemiravanja i psihičkog zlostavljanja (mobing) i to sukladno odredbama čl. 130. ZR-a i čl. 1048. ZOO-a, a naknadu nematerijalne štete sukladno odredbama čl. 103. ZR-a i čl. 1100. ZOO-a. Teret dokazivanja postojanja mobinga i teret dokazivanja nematerijalne štete bio je na strani tužiteljice (radnice).

i osiguravanje pristupa informacijama kao izraz načela procesne jednakosti stranaka.¹¹⁸

Hrvatsko pravo je formalno implementiralo koncept prebacivanja tereta dokazivanja sadržan primjerice u čl. 19. Direktive 2006/54/EZ. Odredba o prebacivanju tereta dokazivanja nalazi se također u ZRS-u te ZSD-u. Odredbe o teretu dokazivanja trebale bi se primjenjivati u sudskim postupcima u svezi diskriminacije bez obzira na područje (rad, pristup robama i uslugama, politička participacija i dr.). Nažalost, hrvatski sudovi u praksi inzistiraju na tome da njihova odluka mora biti rezultat objektivno procijenjenih svih relevantnih činjenica u odnosnom slučaju. Drugim riječima, dokazni postupak se svodi na to da onaj koji tuži taj i dokazuje čime se ne implementiraju odredbe o prebacivanju dokazivanja u nacionalnom pravu, odnosno ne provođenju spomenute Direktive 2006/54/EZ.¹¹⁹ Osim toga, sadašnja pravna zaštita prema ZR-u, ne pokriva problematiku moralnog uznemiravanja, odnosno zlostavljanja na radnom mjestu u dovoljnoj mjeri.¹²⁰ Kada se primjerice radi o uznemiravanju na radu ne možemo reći da se uvijek radi o diskriminaciji po nekoj od osnova koje su predviđene Ustavom RH, ZR-om, ZSD-om, ZRS-om ili čak normama međunarodnih ugovora koji su na snazi u RH. Izmjene postojećeg ZR-a ili donošenje novog posebnog zakona nužno je kao i izrada naputaka za poslodavce kako bi stvorili učinkovita pravna sredstva za suzbijanje uznemiravanja na radu.¹²¹

U hrvatskom pravu uznemiravanje ne obuhvaća ostale oblike zlostavljanja radnika (engl. *mobbing*, *workplace bullying*) budući da je usko vezano uz diskriminacijsku osnovu. Pravo RH pravo „njeguje“ tzv. dvostruki pristup

¹¹⁸ To je naglašeno i u toč. (8) preambule Direktive 97/80/EZ koja prebacivanje tereta dokazivanja na tuženika stavlja u izravnu vezu s ostvarivanjem ciljeva Čl. 119 UEZ (danas čl. 157. UFEU), te Direktiva 75/115/EEZ i 76/207/EEZ. Isto je također naglašeno u toč. (18) preambule gdje se izričito navodi kako je prebacivanje tereta dokaza na tuženika u funkciji pružanja učinkovite pravne zaštite žrtvama nejednakog postupanja.

¹¹⁹ U slučajevima mobinga najčešće se primjenjuje odredbe o zaštiti prava osobnosti iz ZOO-a. ZOO pritom ne poznaje inverziju tereta dokazivanja, tako da se primjenjuju opća načela (svatko dokazuje činjenicu na koju se poziva).

¹²⁰ U strukturiranom razgovoru s pravnim savjetnikom u Udruzi za zaštitu žrtava mobinga iznesen je zaključak da se u 2012. godini Udruzi obratilo 12 žena žrtava spolnog uznemiravanja i zlostavljanja, jedna žena je bila žrtva diskriminiranja s osnova spolne orijentacije, a dvije osobe su bile diskriminirane s osnova razlike u spolovima (neravnopravnost u napredovanju u usporedbi s muškim kolegama i manja plaća u odnosu na muške radnike). Tužbe su podnijete u tri slučaja spolnog uznemiravanja. Iako je proteklo godinu dana, niti jedan postupak nije okončan, štoviše, nije okončan niti na općinskom sudu. Tužbu je podnijela jedna radnica kojoj je otkazan ugovor o radu zbog razlike u spolnoj orijentaciji (lezbijka). Postupak nije okončan. Iz ranijih godina postoji presuda Općinskog suda u Rijeci, Prs-323/09 od 14. ožujka 2011. godine (uznemiravanje i vrijeđanje po nacionalnoj i spolnoj osnovi - *Hildegarde Superina protiv HEP Proizvodnja d.o.o.*).

¹²¹ Bodiroga Vukobrat, N.; Francišković, T.; Pernar, M., *Mobbing*, Društvo psihologa Primorsko-goranske županije, Rijeka, 2006.

(engl. *double approach*) o kojem je u uvodu bilo više riječi. Naime, iako je uznemiravanje ZSD-om definirano kao diskriminacija, u praksi se uznemiravanje tumači kao diskriminatorno i nediskriminatorno („mobing“). Mobing je širi rodni pojam od uznemiravanja te će samo u određenim slučajevima mobing biti uznemiravanje i stoga obuhvaćen ZSD-om. Važeći ZR štiti isključivo dostojanstvo radnika u slučaju uznemiravanja (koje se vrlo usko tumači vezujući se uz taksativno navedene diskriminacijske osnove) i spolnog uznemiravanja. Mobing je fenomen zlostavljanja na poslu, a ključna razlika u odnosu na uznemiravanje u smislu ZSD-a je da kod mobinga nije presudna veza s određenom diskriminacijskom osnovom. Drugim riječima, postojeća pravna rješenja pružaju zaštitu od diskriminacije dok ne pružaju učinkovitu zaštitu od mobinga. U hrvatskoj praksi prevladavaju tužbeni zahtjevi u svezi mobinga pa čak i u situacijama kada se radi o diskriminaciji na radnom mjestu. Time diskriminacija ostaje „nevidljiva“ čime se sužava pravna zaštita žrtvama diskriminacije, a žrtve mobinga se upuštaju u dugotrajan i neizvjestan sudski spor.¹²²

Tijekom 2007. godine, izrađen je Nacrt prijedloga Zakona o zlostavljanju na radu¹²³ koji bi pitanje zlostavljanja na radu riješilo u cijelosti i u odnosu na sve zaposlene – kod pravnih i fizičkih osoba, u javnom i privatnom sektoru, javne i državne službenike i namještenike te djelatne vojne osobe. Osim toga, važno je istaknuti prijedlog da se u odnosu na krug osoba obuhvate ne samo osobe u radnom odnosu, već i osobe koje obavljaju rad bez radnog odnosa ili su na osposobljavanju kod poslodavca - osobe koje traže zaposlenje, osobe koje su na stručnom osposobljavanju kod poslodavca bez zasnivanja radnog odnosa, učenike i studente koji su kod poslodavca na praktičnoj obuci, te osobe koje za vrijeme izdržavanja kazne zatvora ili odgojne mjere obavljaju određene poslove.

Na temelju takvog prijedloga zakona, u regiji su posebne zakone o sprječavanju zlostavljanja na radu donijele Srbija¹²⁴ i Crna Gora.¹²⁵ Ako promatramo europski i hrvatski sustav izdvojeno, pronaći ćemo razlike u referentnoj točki. Ako uspoređujemo Hrvatsku sa nekim državama članicama EU iz tzv. istočnog bloka koju čine Češka, Slovačka, Poljska i Mađarska (tzv. Višegradska grupa),¹²⁶ uvidjet ćemo da imaju širu zaštitu od diskriminacije, odnosno radno

¹²² Selanec, G., *op. cit.*, bilj 111., str. 59-66.

¹²³ Hrvatski sabor, Odbor za ravnopravnost spolova, *Prijedlog Zakona o sprječavanju zlostavljanja na radu (PZ_747)*, dostupan na <http://www.sabor.hr> (26.10.2012.).

¹²⁴ Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 36/10), dostupan na: http://polj.uns.ac.rs/Files/interniDokumenti/Zakon_spr_zlostavljanja.pdf (26.10.2012.).

¹²⁵ Zakon o zabrani zlostavljanja na radu (Službeni list Crne Gore, br. 30/12), dostupan na: <http://www.sluzbenilist.me/PravniAktDetalji.aspx?tag={D3EE49E8-F67F-42F0-BDF5-79CB8F9577B2}> (20.9.2013.).

¹²⁶ Više o Višegradskoj grupi dostupno na mrženim stranicama Visegrad Group-a: <http://www.visegradgroup.eu/> (20.9.2013.).

zakonodavstvo pruža učinkovitiju zaštitu od zlostavljanja na radu.¹²⁷ Primjerice, mađarski Zakon o promicanju jednakih mogućnosti iz 2003. sadrži veliki broj zabranjenih osnova za diskriminaciju, ali i tzv. otvorenu klauzulu.¹²⁸

U praksi europskih nacionalnih sudova štiti se primarno dostojanstvo koje je ujedno i pravna osnova za utuživost naknade štete. Međutim, koncept dostojanstva može imati trostruki značaj kao: vrijednost, načelo i pravna osnova za određena prava. Prvo se odnosi na zahtjev za zaštitom dostojanstva u smislu određivanja vrijednosti jednakih za sve, drugo se odnosi na opće načelo koje je ravnopravno u odnosu na druga načela (poput načela nediskriminacije) u svrhu određivanja primjene ostalih načela i treće kako bi pružilo pravnu osnovu za naknadu štete u slučaju kršenja individualnih prava. Svrhu i značaj koncepta dostojanstva trebalo bi procjenjivati u okviru jedne od navedenih tri karakteristike. U praksi se vrlo često ne razumije primjena tog koncepta, odnosno dolazi do miješenja spomenute tri karakteristike njegovog sadržaja, a posljedica toga je da nam koncept dostojanstva u praksi radi više pomutnju nego što bi od njega trebali imati stvarne koristi. Neki ga smatraju generičkim konceptom koji ne posjeduje tradicionalnu pravnu definiciju ili tumačenje te mu stoga nedostaje konkretna materijalna forma.¹²⁹ Posljedica toga je i prilično neodređeni stav Suda EU prilikom balansiranja između tržišnih sloboda i temeljnih prava. Tako je i nezavisna odvjetnica Stix-Hackl u jednoj od ključnih presuda Suda EU, *Omega*, upravo izrazila svoj stav o konceptu dostojanstva rekavši da „niti jedno pravno načelo nije toliko teško uključiti u pravo koliko je to slučaj sa konceptom dostojanstva“.¹³⁰

Hrvatski se sudovi bore sa utvrđivanjem i dokazivanjem diskriminacije u pojedinim slučajevima. Tako je 12. srpnja 2012. godine, Općinski sud u Varaždinu donio presudu vezano za slučaj diskriminacije Darija Krešića, zaposlenog na Fakultetu organizacije i informatike u Varaždinu. Općinski sud u Va-

¹²⁷ Češki Zakon o radu (262/2006 Coll.) nameće obvezu poslodavcu da promiče načelo jednakih mogućnosti u odnosu na sve zaposlenike u uvjete rada, plaću, profesionalno usavršavanje i mogućnosti postizanja funkcionalnih i drugih oblika napredovanja (Glava IV, para. 16. i 17.). Dostupan na: http://www.mpsv.cz/files/clanky/3221/Labour_Code_2012.pdf (20.10.2013.). Češka je zadnja država članica u EU koja je usvojila poseban i sveobuhvatni Zakon o suzbijanju diskriminacije koji nudi širu listu osnova za zabranu diskriminacije od onih propisanih EU direktivama. Czech Republic/Antidiskriminacijski zakon 198/2009 Sb. od 23. travnja 2008, dostupan na: <http://collaborativeportal.atis4all.eu/en-GB/MarketPlace/Legislation/CountryDetail.aspx?id=49> (20.10.2013.).

¹²⁸ Zakon o promicanju jednakih mogućnosti, br. CXXV iz 2003. stupio je na snagu 28. prosinca 2003. Dostupan na: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.HUN.3-Annex3.pdf> (20.9.2013.).

¹²⁹ McCrudden, C., *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, European Journal of International Law, vol. 19, br. 4, 2008., str. 655-724.

¹³⁰ Sud EU, Mišljenje Nezavisne odvjetnice Stix-Hackl u predmetu C-36/02, *Omega Spielhallen GmbH*; presuda Suda EU, C-36/02 *Omega Spielhallen - und Automatenaufstellungs-GmbH* (2004) ECR I – 9641.

raždinu je donio prvu pozitivnu presudu u slučaju diskriminacije na osnovu spolne orijentacije povodom tužbe građanina tako što je u njegovom slučaju utvrdio diskriminaciju na temelju spolne orijentacije, uznemiravanje na temelju spolne orijentacije te zabranio Fakultetu poduzimanje radnji kojima se sprečava napredovanje Darija Krešića na Fakultetu. Krešić je zato podnio pred Općinskim sudom u Varaždinu antidiskriminacijsku tužbu protiv Fakulteta organizacije i informatike, a kojoj su se kao umješači pridružile udruge Kontra i Iskorak te Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova. Budući da se radi o prvom takvom postupku, nakon priopćenja za javnost svi mediji su o tome izvještavali. Krešić je na pitanja novinara potvrdio činjenice iz tužbe. Međutim, temeljem toga, isti sud je donio i presudu protiv Darija Krešića, s nalogom da plati 30 000 kuna, na osnovu širenja neistina počinivši kazneno djelo klevete. U usmenom obrazloženju presude sutkinja je navela kako nije sporno da je Krešić bio uznemiravan, ali o tome nije smio govoriti u medijima!¹³¹ Prateći takve kontradiktorne odluke, i Vrhovni sud RH je počeo razvijati kontradiktornu antidiskriminatornu praksu tako što je slijedeći iskustva Suda EU u predmetu *Feryn*, zauzeo načelni stav da je diskriminacija prema određenim grupama zabranjena iako ne postoji konkretna žrtva diskriminacije. Vrhovni sud RH u presudi od 28. veljače 2012. izmijenio je presudu Županijskog suda te odlučio u korist tužitelja, a protiv tadašnjeg predsjednika Hrvatskog nogometnog saveza (dalje u tekstu: HNS) Vlatka Markovića. On je naime u medijima izjavio kako homoseksualci neće, dok god je on predsjednik HNS-a, igrati u hrvatskoj nogometnoj reprezentaciji te kako samo zdravi ljudi igraju nogomet.¹³² Međutim u kasnijoj odluci, povodom slične stvari, Vrhovni sud RH je donio sasvim suprotnu odluku.¹³³ Naime, u svojoj izjavi iz 2012. godine, Zdravko Mamić je izjavio da ni u njegovoj reprezentaciji ne bi mogli igrati nogomet, jer on gej čovjeka „ne vidi kako ide glavom na kopačku, ali ga vidi kao baletana, tekstopisca i novinara“, no Županijski sud u Zagrebu oslobodio ga je optužbi za diskriminaciju, a tu je presudu potvrdio i Vrhovni sud RH. Ta

¹³¹ Općinski sud u Varaždinu, 18P-3153/10-89 od 12. srpnja 2012.

¹³² „Sporna izjava tuženika predstavlja povredu dostojanstva osoba iste spolne orijentacije, a smisao koje izjave: omalovažavanje i poniženje tih osoba, se nameće samo po sebi, što znači da su tužitelji u smislu odredbe čl. 20. ZSD u konkretnom slučaju učinili vjerojatnim da je do diskriminacije ciljane skupine osoba došlo. S druge pak strane, kako tuženik tijekom postupka nije dokazao da takvom izjavom nije diskriminirao te osobe, to se pravilnom primjenom odredbe čl. 3. u svezi s odredbom čl. 20. ZSD ima smatrati da je tuženik učinio uznemiravanje osoba ciljane skupine, a koje uznemiravanje je izjednačeno sa diskriminacijom.“ Presuda Vrhovnog suda RH, Gž 25/2011-2 od 28. veljače 2012.

¹³³ „Pravno shvaćanje ovog suda tuženikova tvrdnja da osobe istospolne orijentacije imaju sposobnosti biti baletan, tekstopisac, novinar, a ne i nogometaš koji „ide glavom na kopačku“, za te osobe nije uvredljiva i uznemiravajuća u toj mjeri da kod njih uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Slijedom navedenog proizlazi da je prvostupanijski sud osnovano zaključio da u konkretnom slučaju nije riječ o diskriminaciji i sukladno tome pravilno primijenio materijalno pravo kada je antidiskriminacijske zahtjeve tužitelja ocijenio neosnovanim.“ Presuda Vrhovnog suda RH, Gž 12/2011-2 od 18. travnja 2012.

presuda je u potpunosti suprotna presudi protiv Vlatka Markovića za izjavu koja je gotovo identična Mamićevoj, a Vrhovni sud RH podlogu za takvo tumačenje nalazi u utvrđivanju da je Marković pasivno legitimiran kao fizička osoba koja djeluje i neosporno ima utjecaj u nogometu, dok u slučaju Mamić navodi da je neosnovana tvrdnja tužitelja o mogućnosti tuženikovog utjecaja na izbor igrača za reprezentaciju, te da tuženik kao izvršni dopredsjednik Dinama ne odlučuje tko će igrati u reprezentaciji. Ustavna zadaća Vrhovnog suda RH, kao najvišeg suda, jest osiguravanje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana, pa je apsurdno da isti sud u sličnim predmetima donosi dijame-tralno suprotne presude.

Na kraju se može zaključiti da se u bespuću antidiskriminacijskih normi, hrvatski sudovi bore sa tumačenjem diskriminacije i zaštitom dostojanstva vrlo formalnim oružjem svodeći diskriminaciju na taksativno navedene zakonske osnove. Ipak, time hrvatska sudska praksa ne predstavlja izolirani slučaj. Međutim, u slučajevima nediskriminatornog uznemiravanja (mobinga) pokušavaju taj nedostatak ukloniti pozivajući se na koncept dostojanstva koji u konkretnom slučaju predstavlja pravnu osnovu za naknadu štete. Tako je u presudi Općinskog radnog suda u Zagrebu iz 2012. godine,¹³⁴ odbijen tužbeni zahtjev tužiteljice koja je kao pravnu osnovu za diskriminaciju navela društveni položaj, u obrazloženju presude, sud nije utvrdio postupanje tuženika koje bi se temeljilo na nekom od zabranjenih osnova diskriminacije, odnosno na nekom zabranjenih osnova uznemiravanja te je „valjalo odbiti tužbeni zahtjev koji tužiteljica temelji na takvom utvrđenju“. Nadalje su u presudi navodi: „[...] iz provedenog dokaza sud je utvrdio da postupanje tuženika ima obilježja uznemiravanja koje podvodimo pod pojam mobinga koje ne mora biti uzrokovano niti jednom od navedenih temelja – ono može biti posljedica individualnih ili grupnih obrazaca ponašanja. Međutim, takve osnove uznemiravanja ne uživaju sudsku zaštitu prema odredbama Zakona o radu, pa je u tom slučaju valjalo primijeniti adekvatne odredbe Zakona o obveznim odnosima.“ U drugom predmetu, Županijski sud u Rijeci je potvrdio odluku prvostupanijskog suda kojom je utvrđeno da je tužiteljica uznemiravana na radnom mjestu čime su povrijeđena njena prava i dostojanstvo, čast, ugled, tjelesno i duševno zdravlje. U točki II. izreke naloženo je tuženiku da tužiteljici na ime naknade štete uslijed povrede prava osobnosti isplati pravičnu novčanu naknadu u iznosu od 30.000,00 kuna uz pripadajuću zakonsku kamatu“.¹³⁵ Shodno različitim pravcima tumačenja diskriminacije, uznemiravanja i koncepta dostojanstva, raspon tužbenih zahtjeva za naknadu štete razlikuje se od slučaja do slučaja.¹³⁶ U slučaju nediskriminatornog uznemiravanja utvrđena

¹³⁴ Općinski radni sud u Zagrebu, 25 Pr-35/10-19 od 10. travnja 2012.

¹³⁵ Županijski sud u Rijeci, Gž-4371/2011-2 od 23. studenoga 2011.

¹³⁶ Sud je raspravljao i utvrđivao činjenice koje je tužitelj naveo u tužbi, a to je: narušavanje ugleda, časti, ljudskog dostojanstva, boli zbog eliminiranja tužitelja iz službe i time uništenja

težina povreda i okolnosti u takvom slučaju opravdavaju dosuđene pravične novčane naknade za neimovinsku štetu. Tako je primjerice u već spomenutoj presudi Općinskog suda u Rijeci, obrazloženo prema kojim kriterijima je sud došao do pravičnog iznosa naknade: „Naime, u slučaju kulminacije više povreda prava osobnosti kao što su u konkretnom slučaju utvrđene navedene povrede, za tako međusobno povezane i isprepletene oblike tih povreda, ukazuje se opravdanim dosuditi jedan iznos pravične naknade za sve utvrđene oblike neimovinske štete.“. Unatoč činjenici da nediskriminatorno uznemiravanje na radnom mjestu nije adekvatno uređeno nacionalnim pravom, pred hrvatskim sudovima dominiraju sporovi i presude na osnovu mobinga.¹³⁷ Dominiraju postupci iz područja rada, no presude koje su zaprimali od sudova uglavnom se tiču mobinga. Smatrajući da je riječ o diskriminaciji, građani ustvari utužuju zlostavljanje na radu odnosno mobing koji nije uzrokovan niti je povezan s nekom diskriminacijskom osnovom i zbog čega se razlikuje od diskriminacije, a što sudovi uglavnom pravilno prepoznaju. Očito je da mobing kao društveno neprihvatljivo ponašanje u okviru građanskog prava treba posebno regulirati te javnost dodatno educirati o pravima i mogućnostima sudske zaštite. Sudska praksa je pokazala kako činjenice utvrđene u takvim sporovima upućuju na zaključak kako se ova dva pravna instituta u pravilu pojavljuju zajedno ili se u znatnoj mjeri preklapaju, a razni oblici diskriminacije najčešći vanjski pojavni elementi mobinga.¹³⁸ Zasad jedini pozitivan po-

profesionalne karijere, odnosno narušavanje njegovog mentalnog i fizičkog zdravlja, straha i fizičkih bolova, budući da su isti u smislu čl. 1100 st. 2. ZOO kriterijima (mjerila) odnosno kvalifikatorne okolnosti koje utječu na visinu pravične novčane naknade za pretrpljenu neimovinsku štetu. Općinski sud u Rijeci, Prs-484/08 od 30. srpnja 2010.

¹³⁷ Prema statistikama Ministarstva pravosuđa, tijekom 2012. godine vodilo se ukupno 116 parničnih, postupaka radi diskriminacije i to po 52 tužbi iz prethodnog razdoblja te po njih 64 podnesenih tijekom 2012. godine. Pravomoćno je dovršeno 16 postupka i to osam u roku godine dana, osam u duljem roku, tako što je usvojena jedna tužba, tri ih je odbijeno, a 12 postupaka riješeno je na drugi način, odnosno okončani su iz procesnih razloga i bez donošenja odluka o glavnoj stvari. Nedovršenih građanskih postupaka ostaje 100. Ured Pučkog pravobranitelja Republike Hrvatske, *Izveštće o pojavama diskriminacije za 2012. godinu*, 2013., dostupno na: <http://www.ombudsman.hr/dodaci/Izve%20o%20pojavama%20diskriminacije.pdf> (20.9.2013.).

¹³⁸ Pred Općinskim sudom u Splitu vodilo se 11 postupaka radi diskriminacije i 5 postupaka radi povrede dostojanstva u kojima se pojavilo pitanje mogućeg diskriminatornog postupanja. Pred Županijskim sudovima u Splitu, Osijeku i Dubrovniku do sada nije vođen niti jedan postupak zbog diskriminacije niti u prvom niti u drugom stupnju. Ono što je karakteristično za postupke pred sudovima je da tužitelji/ce u svojim tužbenim zahtjevima uopće ne navode konkretnu osnovu diskriminacije što značajno otežava poziciju suda jer ga stavlja pred dilemu da odbije tužbu kao neosnovanu ili da se sam upušta u istragu moguće osnove. Pred Općinskim sudom u Rijeci vodilo se 8 postupaka radi diskriminacije. Od toga broja, 1 postupak vodio se radi višestruke diskriminacije na temelju spola i nacionalnosti, 4 postupka vodila su se radi uznemiravanja i povrede dostojanstva na radnom mjestu bez da je precizirana osnova. Pred Županijskim sudom u Rijeci vodio se 1 spor radi diskriminacije u prvom stupnju i to po osnovi spolne orijentacije. Uz ovaj postupak, najmanje 3 postupka vodila su se radi diskriminacije po žalbi na odluku općinskog suda, od čega 1 radi višestruke diskriminacije na temelju spola i nacionalnosti. Preostala 2 postupka vođena su radi uznemi-

mak u diskriminacijskim sporovima predstavlja prva pravomoćna presuda u svezi diskriminacije na osnovi spolne orijentacije koju je u srpnju 2013. godine donio Županijski sud u Varaždinu, potvrđujući odluku Općinskog suda u predmetu Krešić.¹³⁹ Možda je upravo ta presuda svjetlo na kraju tunela.

5. ZAKLJUČAK

Analizirajući usporedno europski, američki i hrvatski antidiskriminacijski pravni okvir, na ovom mjestu mogu odgovoriti na pitanja s početka teksta. Zaista se suvremeno antidiskriminacijsko pravo suočava se s krizom vlastitog metodološkog i konceptualnog poimanja te se nalazi pred izazovom primjene pred nacionalnim sudovima. Iako je europsko pravo pod određenim uvjetima izravno primjenjivo u državama članicama, antidiskriminacijski koncepti sadržani u direktivama različito se interpretiraju pred nacionalnim sudovima. Nažalost, još je uvijek vrlo malo slučajeva izravnog pozivanja na sadržaj direktiva o jednakom postupanju posebice u novim državama članicama. Iako su nakon osamostaljenja RH 1991. godine, prve antidiskriminacijske norme usvojene početkom prošlog desetljeća, do danas u primjeni nisu polučile značajne rezultate, o čemu svjedoče i izvještaji Pučke pravobraniteljice i Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova iz 2012. godine koje se susreću sa sve većim brojem prijava u svezi diskriminacije. Sasvim je evidentno da je proces reforme hrvatskog pravosuđa i njegove „europeizacije“ vrlo spor, što rezultira vrlo malim brojem sporova u svezi diskriminacije.

Na pitanje jesu li neki „jednakiji“ od drugih, odgovor je pozitivan slijedeći američku i europsku praksu koja je ravnopravnost „rascjepkala“ po linijama identiteta i time „ojačala“ segregaciju ranjivih skupina, dajući time manju šansu pojedincima da se suprotstave višestrukim iskustvima diskriminacije. S druge strane, antidiskriminacijski zakoni njeguju formalni individualistički pristup koji štiti pojedinca od pojedinca, ali ne i od društva u kojem većina nameće stavove manjini. Svojim odlukama Vrhovni sud SAD-a je nastojao utjecati na američku svijest, ali očito nedovoljno jer su rasna i etnička diskriminacija i dalje sveprisutne u američkom društvu. Američke sudnice su postale mjesto ideoloških sukoba, a priča o diskriminaciji poslužila je samo kao oružje u borbi protiv određenih političkih stavova. Za vrijeme predsjednika Clintona kulminirale su afere spolnog uznemiravanja koje su išle u prilog Republikancima,

ravanja i povrede dostojanstva, ali bez konkretnog navođenja osnove uznemiravanja. Pred Općinskim sudom u Varaždinu do sada se vodilo 5 postupaka radi diskriminacije. Od toga broja, 1 postupak vodio se radi diskriminacije na temelju spolne orijentacije. Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova, *Istraživanje: učestalost anti-diskriminacijskih predmeta u sudskoj praksi*, 2012., dostupno na: <http://www.prs.hr/attachments/article/633/U%C4%8Destalost%20antidiskriminacijskih%20predmeta%20u%20sudskoj%20praksi.pdf> (15.07.2013.).

¹³⁹ Županijski sud u Varaždinu (stalna služba u Koprivnici) donio je prvu pravomoćnu presudu u svezi diskriminacije 9. srpnja 2013. (GŽ-5048/12-2).

a danas je Obama sinonim pokušaja preobrazbe američkog društva u rasno tolerantnu, ali i *gay friendly* oazu. U takvom kaosu društvenih vrijednosti, sudovi se priklanjaju „manje“ revolucionarnim rješenjima, produbljujući time jaz između različitih društvenih skupina što rezultira općim nepovjerenjem u pravosuđe i vladavinu prava. Činjenica da općinski i županijski sudovi u RH još uvijek ne objavljuju sudsku praksu, onemogućava se sustavan i sveobuhvatan uvid u razvoj sudske prakse u pogledu antidiskriminacijske zaštite. Na temelju analiziranih podataka i uvida u postojeće sudske odluke važno je ukazati da broj sudskih postupaka radi diskriminacije još nije izrazit, ali raste; značajan je broj postupaka radi diskriminacije na temelju spolne orijentacije što je zasluga udruga civilnog društva; s obzirom da diskriminacija na temelju spola predstavlja najrašireniju vrstu diskriminacije treba naglasiti još uvijek izuzetno mali broj postupaka radi spolne diskriminacije; jamstvo zabrane neizravne diskriminacije i dalje je nepoznanica za sudsku praksu prvenstveno jer nema tužbi radi neizravne diskriminacije; veliki broj tužbenih zahtjeva koji ne sadrže specifikaciju osnove diskriminacije pokazuju kako značajan broj odvjetnika/ica još uvijek ima nedoumica oko načina primjene antidiskriminacijskih jamstava što otežava posao sudova i značajno umanjuje učinkovitost zaštite.

Summary

Snježana Vasiljević, S.J.D.*

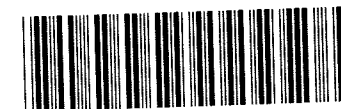
CHALLENGES OF MODERN ANTI-DISCRIMINATION LAW – LIGHT AT THE END OF THE TUNNEL?

Modern anti-discrimination law is facing a crisis of its own methodological and conceptual understanding, and there is the challenge of its application before national courts. This comparative review of anti-discrimination legislation analyses the transformation of anti-discrimination norms from the U.S. legal system through the European anti-discrimination framework into the national legal system. The process of the reform of the judiciary in Croatia is very slow and there is a huge backlog of pending cases, including those that pertain to discrimination. In Croatia, the first detailed anti-discrimination provisions were adopted at the beginning of the last decade, but their application to date has not produced significant results. Given that there are no “significant results” of the implementation of anti-discrimination norms, there could be an a contrario conclusion that discrimination in the Croatian society does not exist. But is this really the case?

Key words: harassment, sexual harassment, mobbing, U.S. anti-discrimination law, EU concept of anti-discrimination

* Snježana Vasiljević, S.J.D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

PRAVNI FAKULTET
ZAGREB



600012213