

U Zagrebu 2009.

VODIČ UZ ZAKON O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE

Izdavač:

Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske

Za izdavača:

Luka Mađerić

Lektura:

Ante Kekez

Idejno rješenje naslovnice:

reklamna agencija Bruketa&Žinić OM

Priprema:

Bestias dizaj do.o.o.

Tisak:

Bestias dizajn d.o.o.

Naklada:

600 (500+100) primjeraka

Publikacija ovog Vodiča dio je aktivnosti projekta „Potpora provedbi Zakona o suzbijanju diskriminacije“ sufinanciranog kroz program PROGRESS od strane Europske komisije – Glavne uprave za zapošljavanje, socijalna pitanja i jednake mogućnosti.

Isključivu odgovornost za sadržaj ovog Vodiča snose projektni partneri Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Ured pučkog pravobranitelja i Centar za mirovne studije. Stavovi izneseni u ovom dokumentu ne predstavljaju službeni stav Europske komisije niti je Europska komisija odgovorna za daljnju upotrebu informacija sadržanih u ovom Vodiču.

CIP zapis dostupan u računalnom katalogu Nacionalne i sveučilišne knjižnice u Zagrebu pod brojem 722018

ISBN 978-953-99912-6-3

VODIČ UZ ZAKON O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE

A. GRGIĆ, Ž. POTOČNJAK, S. RODIN, G. SELANEC
T. ŠIMONVIĆ EINWALTER, A. UZELAC

UREDNIKA: TENA ŠIMONVIĆ EINWALTER

Popis korištenih kratica:

CEDAW - Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena
CERD - Konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije
ECR - Europska sudska izvješća
ECRI - Europska komisija protiv rasizma i nesnošljivosti
EKZLJP - Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda
EQUINET – Europska mreža tijela za jednakost
ESLJP - Europski sud za ljudska prava
ESP - Europski sud (pravde)
KZ – Kazneni zakon
OJ - Službeni list Europske unije
OZ – Ovršni zakon
UEEZ - Ugovor o Europskoj ekonomskoj zajednici
UEU - Ugovor o Europskoj uniji
UEZ - Ugovor o Europskoj zajednici
UFEU - Ugovor o funkcioniranju Europske unije
ZPP- Zakon o parničnom postupku
ZR – Zakon o radu
ZRS -Zakon o ravnopravnosti spolova
ZSD - Zakon o suzbijanju diskriminacije
ZZP – Zakon o zaštiti potrošača

<i>Popis korištenih kratica</i>	4
1. ANTIDISKRIMINACIJSKO PRAVO I ZAKON O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE (Tena Šimonović Einwalter, MJur)	9
1.1. Osnove antidiskriminacijskog prava: diskriminacija kao pravni pojam	10
1.2. Izvori antidiskriminacijskog prava	11
a) Hrvatsko antidiskriminacijsko pravo	11
I. Ustav RH	11
II. Antidiskriminacijsko zakonodavstvo do Zakona o suzbijanju diskriminacije	11
b) Međunarodno pravo	13
I. Dokumenti Ujedinjenih naroda i Međunarodne organizacije rada	13
II. Dokumenti Vijeća Europe	13
c) Europsko pravo	14
1.3. Zakon o suzbijanju diskriminacije kao novitet	16
1.4. Primjena Zakona o suzbijanju diskriminacije kao izazov	17
2. OPSEG I DOSEG ZAKONA O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE (Goran Selanec, LL.M. i Tena Šimonović Einwalter, MJur)	21
2.1. Diskriminacijske osnove i razlika u stupnju antidiskriminacijske zaštite	22
2.2. Diskriminacijske osnove i regulatorno područje primjene	24
2.3. Stavljanje u nepovoljniji položaj temeljem povezanosti i temeljem pogrešne predodžbe	26
3. OBLICI DISKRIMINACIJE (Goran Selanec, LL.M.)	29
3.1 Izravna diskriminacija	30
a) Uvod	30
b) Struktura izravne diskriminacije	31
I. Nepovoljno postupanje	31
II. Uvjetovanost nepovoljnog postupanja	34
3.2. Neizravna diskriminacija	38
a) Uvod	38
b) Struktura jamstva zabrane neizravne diskriminacije	38
c) Uvjet neravnomyjernog učinka	40
I. Neutralna mjera	40
II. Nepovoljni učinak neutralne mjere	40
a) Statistička neravnomyjernost učinka	41
aa) Neravnomyjerni učinak i komparator	42
ab) „Znatnost“ statističke razlike	42
d) Uvjet objektivnog opravdanja	44
I. Zakonitost cilja	45
II. Zahtjev primjerenosti	45
III. Zahtjev nužnosti	46

3.3. Posebni oblici diskriminacije	47
a) Uznemiravanje	47
b) Segregacija	49
c) Zabrana propuštanja razumne prilagodbe	51
d) Zabrana poticanja na diskriminaciju	54
e) Instrumenti podrške zabrani diskriminacije	55
I. Zabrana viktimizacije	55
II. Teži oblici diskriminacije	56
4. ZABRANA DISKRIMINACIJE I IZNIMKE OD ZABRANE DISKRIMINACIJE (Goran Selanec, LL.M.)	59
4.1. Doseg zabrane diskriminacije	60
4.2. Iznimke od zabrane diskriminacije	62
a) Iznimka nepatvorenog radnog svojstva	63
b) Iznimka radi zaštite zdravlja i javne sigurnosti	66
c) Iznimka radi zaštite vjerskog etosa religijskih zajednica	68
d) Iznimka u pogledu osiguravajućih usluga	71
e) Iznimke vezane uz postupanje na temelju dobi u radnim odnosima	72
f) Mjere pozitivnog djelovanja	74
g) Iznimke karakteristične za ZSD	76
4.3. Naknada štete	79
5. INSTITUCIONALNI OKVIR (Tena Šimonović Einwalter, MJur)	83
5.1. Pučki pravobranitelj kao središnje tijelo nadležno za suzbijanje diskriminacije	84
a) Institucija pučkog pravobranitelja do donošenja Zakona o suzbijanju diskriminacije	84
b) Obveza osnivanja tijela za suzbijanje rasne ili etničke diskriminacije	85
c) Ovlasti pučkog pravobranitelja u suzbijanju diskriminacije	85
d) Obveza prijavljivanja i davanja podataka te vođenja evidencija	87
5.2. Podjela nadležnosti između pučkog pravobranitelja i posebnih pravobranitelja/ica	88
5.3. Socijalni dijalog i suradnja s organizacijama civilnog društva	89
6. POSTUPAK PRED SUDOM (prof. dr. sc. Alan Uzelac)	93
6.1. Uvod	94
6.2. Individualna antidiskriminacijska sudska zaštita	95
a) Vrste individualne sudske zaštite prava na jednako postupanje	95
b) Incidentalna antidiskriminacijska zaštita	95
c) Posebna individualna antidiskriminacijska tužba	96
I. Općenito	96
II. O pojedinim antidiskriminacijskim zahtjevima	97
III. Objektivna kumulacija	98
IV. Nadležnost	99

V. Stranke u antidiskriminacijskom postupku	99
VI. Sudjelovanje trećih osoba u postupku	100
VII. Teret dokazivanja	101
VIII. Druga posebna procesna pravila ZSD-a	102
6.3. Kolektivna antidiskriminacijska sudska zaštita	103
a.) Općenito	103
b.) Udružna antidiskriminacijska tužba	103
I. Procesna legitimacija	103
II. Zahtjevi	104
III. Nadležnost i postupak	104
IV. Učinak pravomoćne presude	105
7. DOKAZIVANJE DISKRIMINACIJE I TERET DOKAZIVANJA U PRAVU EUROPSKE UNIJE (prof. dr. sc. Siniša Rodin)	107
7.1. Načelo jednakog postupanja	108
7.2. Razlikovanje izravne i posredne diskriminacije	108
7.3. Teret dokazivanja i učinkovita pravna zaštita	109
8. PREKRŠAJNE ODREDBE (Tena Šimonović Einwalter, MJur)	113
8.1. Sankcije za diskriminatorno postupanje	114
a) Europsko pravo i izbor vrste sankcija	114
b) Prekršajna odgovornost za diskriminatorno postupanje	115
c) Suzbijanje diskriminacije u Kaznenom zakonu	116
d) Odnos prekršajne, kaznene i građanskopravne odgovornosti i sankcija	118
8.2. Prekršajna odgovornost za nepodnošenje očitovanja, podataka i dokumenata pučkom pravobranitelju i posebnim pravobraniteljicama te za neomogućavanje uvida u njih i u spis	119
8.3. Prekršajno sankcioniranje viktimizacije	121
9. ODNOS ZAKONA O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE S USTAVOM I DRUGIM ZAKONIMA KOJI ZABRANJUJU DISKRIMINACIJU (prof. dr. sc. Željko Potočnjak i Andrea Grgić, mag. iur.)	125
9.1. Razvoj hrvatskog antidiskriminacijskog zakonodavstva	126
9.2. Međusoban odnos izvora prava o zabrani diskriminacije	127
9.3. Zabrana diskriminacije u Ustavu Republike Hrvatske i praksi Ustavnog suda	128
a) Čl. 14. Ustava	128
b) Praksa Ustavnog suda	129
9.4. Zakonska zabrana diskriminacije	132
9.5. Zaključna razmatranja	136
Prilog: Zakon o suzbijanju diskriminacije	141
Popis literature	154
<i>Kratke biografije autora</i>	164

1. ANTIDISKRIMINACIJSKO PRAVO I ZAKON O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE

(Tena Šimonović Einwalter, MJur)

1.1. OSNOVE ANTIDISKRIMINACIJSKOG PRAVA: DISKRIMINACIJA KAO PRAVNI POJAM

Načela jednakosti i nediskriminacije imaju središnje mjesto u svakom sustavu zaštite ljudskih prava. Pravo na slobodu od diskriminacije je univerzalno ljudsko pravo zajamčeno nizom međunarodnih dokumenata. Načelo jednakog postupanja jedna je od temeljnih vrijednosti Europske unije, a jednakost je vrijednost jamčena mnogim ustavima širom svijeta te je i u ustavnom poretku Republike Hrvatske jedna od najviših vrednota. Zaštita jednakosti i nediskriminacije odnosno suzbijanje diskriminacije temeljni je cilj antidiskriminacijskog prava.¹

Osnovni pojam antidiskriminacijskog prava jest pojam diskriminacije. No, što je zapravo diskriminacija? Najjednostavnije rečeno, diskriminacija je nejednako postupanje, odnosno stavljanje osoba u nepovoljniji položaj, na osnovu određenih karakteristika. A što je diskriminacija kao pravni pojam, prema Zakonu o suzbijanju diskriminacije? Zakon o suzbijanju diskriminacije ne sadrži definiciju diskriminacije u jednom članku, već zahtijeva čitanje više članaka istovremeno. Za postojanje diskriminacije traži se postojanje postupanja koje Zakon naziva oblikom diskriminacije (članak 2. – 5. Zakona) i to po nekoj od izrijekom navedenih diskriminacijskih osnova (članak 1. Zakona), a da nije riječ o jednoj od situacija obuhvaćenih iznimkama navedenim u Zakonu (članak 9.).² Formula za diskriminaciju bila bi:

D = (dp+do) - i

Diskriminacija =	(Diskriminatorno postupanje/ oblik diskriminacije	+	Diskriminacijska osnova) - iznimke
	npr. izravna diskriminacija ili neizravna diskriminacija itd. (članak 2. – 5.)		npr. rasno ili etničko podrijetlo, spol itd. (članak 1.) (članak 9.)

Antidiskriminacijsko pravo moguće je slikovito usporediti s drvom.³ Korijenje drva su vrijednosti zaštićene pravom koje su baza antidiskriminacijskih normi i iz kojih one izvire. Najčešće su to jednakost i ljudsko dostojanstvo, ali moguće su i druge bazne vrijednosti. Iz ovih vrijednosti raste zajedničko deblo, a to su ključni pojmovi antidiskriminacijskog prava, kao pojmovi izravne i neizravne diskriminacije. Grane drva su tipovi diskriminacije poput rasne diskriminacije ili spolne diskriminacije sa svojim posebnostima.⁴ Poteškoće mogu nastati kada su unutar istog pravnog sustava na snazi dokumenti u kojima su drugačije objašnjeni ključni pojmovi antidiskriminacijskog prava ili kada se norme temelje na različitim korijenskim vrijednostima pa pokušavaju postići različite ciljeve.

Do diskriminacije najčešće dolazi kada su neke grupe u društvu u nejednakom ili nepovoljnijem položaju u usporedbi s većinskim pučanstvom. Osobe s invaliditetom, pripadnici nacionalnih manjina, homoseksualci, pripadnici vjerskih manjina itd. zbog svoje 'različitosti' na meti su diskriminacije. Cilj antidiskriminacijskog prava jest promjena ovakvog stanja, odnosno suzbijanje diskriminacije. Taj se cilj ostvaruje s jedne strane preventivnim djelovanjem, prevencijom buduće diskriminacije putem promicanja jednakosti kao vrijednosti te s druge strane reaktivnim djelovanjem, suzbijanjem

postojeće diskriminacije putem osiguravanja pravne zaštite onima koji su diskriminirani, odnosno sankcioniranjem onih koji diskriminiraju.

Ostvarenje cilja antidiskriminacijskog zakonodavstva zahtijeva promjenu u duboko ukorijenjenom razmišljanju i zato ponekad ovi zakoni nailaze na otpor nekih dijelova društva. Zato je nužna snažna i jasna pravna zabrana diskriminacije, a idealnim oružjem u borbi protiv diskriminacije smatraju se sveobuhvatni antidiskriminacijski zakoni.⁵ Takav sveobuhvatni zakon jest i novi hrvatski Zakon o suzbijanju diskriminacije.

1.2. IZVORI ANTIDISKRIMINACIJSKOG PRAVA

Zakon o suzbijanju diskriminacije jest velika novina, ali zabrana diskriminacije nije novost u hrvatskom pravnom sustavu. Ustav RH⁶ te brojni zakoni i međunarodni ugovori koji su dio pravnog poretka izvori su hrvatskog antidiskriminacijskog prava. Izvore je moguće podijeliti na norme nacionalnog prava, norme međunarodnog prava te norme Europskog prava.

A) HRVATSKO ANTIDISKRIMINACIJSKO PRAVO

I. Ustav RH

Zabrana diskriminacije u hrvatskom je pravnom sustavu ustavna kategorija. Člankom 3. Ustava Republike Hrvatske propisane su najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske, jedna od kojih je jednakost, no to su i nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova. Ustav u članku 14. zabranjuje diskriminaciju proglašavajući da svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode neovisno o svojoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama, pri čemu je značajno primijetiti da listu diskriminacijskih osnova ostavlja otvorenom.

II. Antidiskriminacijsko zakonodavstvo do Zakona o suzbijanju diskriminacije

Hrvatsko antidiskriminacijsko zakonodavstvo do donošenja Zakona o suzbijanju diskriminacije sastojalo se od većeg broja zakona koji sadrže antidiskriminacijske odredbe. Među njima se ističu⁷ Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina,⁸ Zakon o radu,⁹ Zakon o ravnopravnosti spolova,¹⁰ Zakon o istospolnim zajednicama,¹¹ Zakon o državnim službenicima¹² te Kazneni zakon.¹³ Ovi će zakoni biti prikazani u najkraćim crtama,¹⁴ kao uvod u detaljnu razradu odredbi Zakona o suzbijanju diskriminacije kroz tekst ovog Vodiča te kako bi se omogućila ocjena u kojoj je mjeri ovaj Zakon značajan novitet.

Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina jamči pravo na slobodno izjašnjavanje o pripadnosti nacionalnoj manjini te ostvarivanje posebnih prava i sloboda pripadnika nacionalnih manjina.¹⁵ Ustavnim zakonom se izričito zabranjuje bilo kakva diskriminacija temeljena na pripadnosti nacionalnoj manjini te se pripadnicima nacionalnih manjina jamči jednakost pred zakonom i jednaka pravna zaštita.

Zakonom o radu detaljno je uređena zabrana diskriminacije na području rada i radnih odnosa. Zabranjena je izravna i neizravna diskriminacija, uznemiravanje i spolno uznemiravanje na temelju rase, boje kože, spola, spolnog opredjeljenja, bračnoga stanja, obiteljskih obveza, dobi, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovnog stanja, rođenja, društvenog položaja, članstva ili nečlanstva u političkoj stranci, članstva ili nečlanstva u sindikatu te tjelesnih ili duševnih poteškoća. Diskriminacija se zabranjuje glede uvjeta za zapošljavanje, uključujući kriterije i uvjete za izbor kandidata za obavljanje određenog posla, u bilo kojoj grani djelatnosti i na svim razinama profesionalne hijerarhije, napredovanja na poslu, pristupa svim vrstama i stupnjevima stručnog osposobljavanja, dokvalifikacije i prekvalifikacije, uvjeta zaposlenja i rada te svih prava iz radnog odnosa i u svezi s radnim odnosom, uključujući jednakost plaća, otkaza ugovora o radu, prava članova i djelovanja u udrugama radnika ili poslodavaca ili u bilo kojoj drugoj profesionalnoj organizaciji, uključujući povlastice koje proizlaze iz toga članstva.

Zakonom o ravnopravnosti spolova utvrđuju se opće osnove za zaštitu i promicanje ravnopravnosti spolova te određuje i uređuje način zaštite od diskriminacije na temelju spola i stvaranje jednakih mogućnosti za žene i muškarce. Zabranjuje se izravna i neizravna diskriminacija, uznemiravanje i spolno uznemiravanje. Ovim zakonom zabranjuje se i diskriminacija na temelju bračnog i obiteljskog statusa te diskriminacija na temelju spolne orijentacije.

Zakon o istospolnim zajednicama, kojim se uređuje istospolna zajednica i pravni učinci postojanja te zajednice, također zabranjuje diskriminaciju na temelju spolne orijentacije. Pritom se zabranjuje izravna i neizravna diskriminacija te poticanje na diskriminaciju na osnovi istospolne zajednice i homoseksualne orijentacije.

Zakonom o državnim službenicima propisano je da državni službenici u svojem postupanju ne smiju diskriminirati ili povlašćivati građane prema dobi, nacionalnosti, etničkoj i teritorijalnoj pripadnosti, jezičnom i rasnom podrijetlu, političkom ili vjerskom uvjerenju ili sklonosti, invalidnosti, obrazovanju, socijalnom položaju, spolu, bračnom ili obiteljskom statusu, spolnoj orijentaciji ili nekim drugim razlozima. Jamči se i pravo na pravedno i jednako postupanje prema svim državnim službenicima, bez obzira na njihovu rasnu pripadnost, političko uvjerenje, spol, bračni ili obiteljski status, spolnu orijentaciju, osobne uvjete, dob ili etničko podrijetlo te im se omogućava jednake uvjete za napredovanje, nagrađivanje i pravnu zaštitu.

Kazneni zakon zabranjuje zločin iz mržnje¹⁶ te propisuje kao posebna kaznena djela „Rasnu i drugu diskriminaciju“ u članku 174. te „Povredu ravnopravnosti građana“ u članku 106. Zakona. Člankom 174. određuje se kažnjavanje onog tko na temelju razlike u rasi, vjeri, jeziku, političkom ili drugom uvjerenju, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama, spolu, boji kože, nacionalnosti ili etničkom podrijetlu, krši temeljna ljudska prava i slobode priznate od međunarodne zajednice. U stavku 3. ovog članka inkriminira se govor mržnje. Prema članku 106. Kaznenog zakona kaznit će svatko tko na temelju razlike u rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama, ili zbog pripadnosti etničkoj i nacionalnoj zajednici ili manjini u Republici Hrvatskoj, uskrati ili ograniči slobodu ili pravo čovjeka i građanina utvrđeno Ustavom, zakonom ili drugim propisom, ili koji na temelju te razlike ili pripadnosti daje građanima povlastice ili pogodnosti.

B) MEĐUNARODNO PRAVO

I. Dokumenti Ujedinjenih naroda i Međunarodne organizacije rada

Najznačajniji antidiskriminacijski dokumenti Ujedinjenih naroda:

- » *Opća deklaracija o ljudskim pravima, 1948.*
- » *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, 1966.*
- » *Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima, 1966.*
- » *Konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije, 1965.*
- » *Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena, 1979.*
- » *Konvencija protiv torture i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja, 1984.*
- » *Konvencija o pravima djeteta, 1989.*
- » *Konvencija o pravima osoba s invaliditetom, 2007.*
- » *Konvencija Međunarodne organizacije rada (br. 100) o jednakosti plaća radnika i radnica za rad jednake vrijednosti, 1951.*
- » *Konvencija Međunarodne organizacije rada (br. 111) o zabrani diskriminacije u zvanju i zapošljavanju, 1958.*

Počevši od Opće deklaracije o ljudskim pravima, čiji 1. članak glasi „Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima.“, da bi se potom u članku 2. zabranila diskriminacija na osnovu rase, boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovine, rođenja ili drugog statusa⁷, gotovo svi značajniji međunarodni dokumenti za zaštitu ljudskih prava zabranjuju diskriminaciju. Neki dokumenti sadrže odredbu ili dvije kojima se zabranjuje diskriminatorno postupanje, a neki su, poput Konvencije o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije (CERD) ili Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW), u potpunosti usmjereni na suzbijanje diskriminacije određenog tipa te su posebice zbog djelovanja svojih odbora iznimno značajni instrumenti u borbi protiv diskriminacije. Bitno je istaknuti da je Republika Hrvatska stranka svih ovih paktova i konvencija te da su oni u skladu s Ustavom dio njenog pravnog poretka te su po pravnoj snazi iznad zakona.

II. Dokumenti Vijeća Europe

Najznačajniji antidiskriminacijski dokumenti Vijeća Europe:

- » *Konvencija (ETS br.5) za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, 1950.*
 - » *Europska povelja (ETS br.148) o regionalnim ili manjinskim jezicima, 1992.*
 - » *Okvirna konvencija (ETS br.157) za zaštitu nacionalnih manjina, 1995.*
 - » *Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini (ETS br.164), 1997.*
-

Od dokumenata antidiskriminacijskog karaktera donesenih u okrilju Vijeća Europe svakako je najznačajnija Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Europska konvencija),¹⁸ odnosno njeni članak 14.¹⁹ i Protokol 12. Članak 14. Konvencije zabranjuje diskriminaciju pri uživanju prava i sloboda koji su priznati u toj konvenciji.

Protokol 12 sadrži tzv. opću zabranu diskriminacije, odnosno za razliku od članka 14. koji zabranjuje diskriminaciju pri uživanju prava i sloboda koji su priznati u Europskoj konvenciji, Protokolom se zabranjuje diskriminaciju pri uživanju svih prava određenih zakonom (tj. svim zakonima koji su na snazi u određenoj državi).²⁰ Upravo zbog ovako širokog područja primjene mnoge države članice Vijeća Europe, pa i Europske unije, oklijevaju s potpisivanjem te potvrđivanjem ovog Protokola.²¹ Međutim, i prije donošenja modernog i sveobuhvatnog Zakona o suzbijanju diskriminacije, Republika Hrvatska je iskazala ozbiljnu političku volju za ulaskom u borbu protiv diskriminacije potvrđivanjem Protokola 12, koji je 1. travnja 2005. godine stupio na snagu.²²

Temeljem Protokola 12, u Republici Hrvatskoj je od 2005. godine zabranjena diskriminacija na osnovi spola, rase, boje kože, jezika, vjere, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovine, rođenja ili drugog statusa pri uživanju svih prava određenih zakonima koji su na snazi.

Značaj Protokola 12 još je i veći kad se podsjetimo da međunarodni ugovori, koji su sklopljeni, potvrđeni i objavljeni u skladu s Ustavom, a koji su isto tako i na snazi, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske i po pravnoj su snazi iznad zakona, pa i organskih zakona.

Dakako, prema nauku 'živućeg instrumenta',²³ Europska konvencija mora se čitati zajedno s praksom Europskog suda za ljudska prava kako bi se mogla tumačiti u svjetlu sadašnjih uvjeta: zasad se to odnosi na raznoliku praksu zanimljivog razvojnog puta po članku 14., a u budućnosti će dakako uključivati i sudsku praksu po Protokolu 12.²⁴

C) EUROPSKO PRAVO

Europsko pravo iznimno je bitan izvor antidiskriminacijskog prava za države članice Europske unije. Sklapanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju 2001. godine Republika Hrvatska se obvezala na usklađivanje svog zakonodavstva s propisima Zajednice, a time i s propisima na području suzbijanja diskriminacije. Europsko pravo postalo je bitan izvor antidiskriminacijskog prava i za Republiku Hrvatsku. Kako je vidljivo iz Obrazloženja Zakona o suzbijanju diskriminacije, upravo je obveza usklađivanja bila osnovni razlog pokretanja postupka izrade Zakona o suzbijanju diskriminacije.²⁵

I primarno i sekundarno zakonodavstvo Europske zajednice sadrži odredbe koje zabranjuju diskriminaciju. Desetljećima se Europsko pravo ograničavalo na borbu protiv diskriminacije na osnovu spola. Vezano za spol kao diskriminacijsku osnovu (Ugovor o Europskoj zajednici sadrži odredbu članka 141), postoje brojne direktive na području ravnopravnosti spolova te vrlo bogata sudska praksa. Ugovor o Europskoj zajednici zabranjuje i diskriminaciju na osnovu državljanstva u članku 12. Ugovora, no nije

riječ o klasičnoj osnovi diskriminacije, već se zabrana diskriminacije odnosi samo na diskriminaciju na osnovu državljanstva države članice Europske unije s ciljem omogućavanja slobodnog kretanja radnika. Za razvoj antidiskriminacijskog prava ključna promjena dolazi 1997. usvajanjem Amsterdamskog ugovora, koji u članak 13. Ugovora o Europskoj zajednici, te na taj način u Europsko pravo, po prvi puta uvodi nove diskriminacijske osnove: rasno ili etničko podrijetlo, vjeru ili uvjerenje, invaliditet, dob i spolnu orijentaciju. Na temelju članka 13. usvojene su i dvije direktive s kojima je usklađivanje izvršeno donošenjem Zakona o suzbijanju diskriminacije.

-
- » Direktiva Vijeća 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o primjeni načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o rasnom ili etničkom podrijetlu: koja se odnosi na rasno ili etničko podrijetlo te
 - » Direktiva Vijeća 2000/78/EC od 27.11.2000. o općem okviru za jednako postupanje pri zapošljavanju i odabiru zvanja: koja se odnosi na dob, invaliditet, spolnu orijentaciju i vjeru

bile su baza za izradu Zakona o suzbijanju diskriminacije.

Poznavanje i razumijevanje odredbi ovih direktiva preduvjet je za razumijevanje odredbi Zakona o suzbijanju diskriminacije. Na ove će se direktive morati oslanjati i pri primjeni Zakona. Osim poznavanja teksta direktiva u primjeni hrvatskog Zakona o suzbijanju diskriminacije, već sada je potrebno pažljivo pratiti praksu Europskog suda u Luxemburgu kako bi se i prije članstva hrvatska sudska praksa razvijala u skladu s europskom.²⁶

S obzirom da su odredbe Zakona o suzbijanju diskriminacije utemeljene na odredbama ovih direktiva, analiza pojedinih odredbi direktiva bit će dana u sljedećim poglavljima pri razradi glavnih odredbi Zakona. U najkraćim crtama moguće je reći da su glavna obilježja direktiva 2000/43/EZ i 2000/78/EZ da zabranjuju izravnu i neizravnu diskriminaciju, uznemiravanje, poticanje na diskriminaciju te propuštanje razumne prilagodbe kod osnove invaliditeta. Primjena *ratione personae* i jedne i druge direktive jest na sve osobe (pravne i fizičke), u privatnom i javnom sektoru. Obje direktive donose određene iznimke te dopuštaju, ali ne zahtijevaju pozitivne mjere. U objema se traži od država osiguravanje sudskog i/ili upravnog postupka, obrtanje tereta dokazivanja, pravo udruuga, organizacija i drugih tijela da sudjeluju u postupku kao zastupnici ili potpora tužitelju, zaštita od viktimizacije te sankcije koje bi trebale biti učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće.

Ključna razlika između ove dvije direktive je u činjenici da Direktiva 2000/43/EZ, koja se odnosi na rasno ili etničko podrijetlo, ima mnogo šire područje primjene. Ona se kao i Direktiva 2000/78/EZ odnosi na: (a) pristup zapošljavanju, (b) pristup stručnom osposobljavanju i usavršavanju, c) Rad i radne uvjete i (d) članstvo i djelovanje u organizacijama radnika ili poslodavaca. No Direktiva 2000/43/EZ o primjeni načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o rasnom ili etničkom podrijetlu odnosi se i na: e) socijalnu zaštitu, uključujući socijalnu sigurnost i zdravstvenu zaštitu; (f) socijalne pogodnosti; (g) obrazovanje te (h) dobra i usluge.²⁷ Veća snaga ove direktive očituje se i u činjenici da se samo u njoj propisuje obveza uspostave tijela za suzbijanje (rasne i etničke) diskriminacije dok trenutno Europsko pravo ne zahtijeva postojanje ovakvog tijela za suzbijanje diskriminacije po ostalim osnovama.

Glede prakse Europskog suda, poznavanje i praćenje koje je neizostavno za ispravnu primjenu prava, ona je, vezano za spol kao diskriminacijsku osnovu, vrlo bogata s obzirom da se razvijala godinama. Sudska se praksa, vezana za rasno ili etničko podrijetlo, spolnu orijentaciju, vjeru ili uvjerenje, dob i invalidnost, tek počinje razvijati. Zbog toga je za tumačenje određenih pojmova koji su zajednički različitim formama diskriminacije, pojmova koji pripadaju deblu iz ranije usporedbe antidiskriminacijskog prava s pravom, potrebno služiti se presudama donesenim glede diskriminacije na osnovu spola.

1.3. ZAKON O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE KAO NOVITET

Ako je diskriminacija već zabranjena nabrojanim zakonima, međunarodnim ugovorima koji su dio pravnog poretka te Ustavom Republike Hrvatske, po čemu je Zakon o suzbijanju diskriminacije značajan novitet? Što on donosi što dosada nije postojalo u hrvatskom pravu?

Iako je zabrana diskriminacije postojala u Ustavu RH, sada je ona razrađena konkretnim odredbama kojima se osigurava zaštita od diskriminacije.

Zakonom o suzbijanju diskriminacije točno su određena postupanja koja se smatraju diskriminatornim (oblici diskriminacije) i dana objašnjenja takvih postupanja te je uvedena vrlo značajna odredba o prebacivanju tereta dokazivanja. To nisu noviteti u hrvatskom pravnom sustavu, no dosad je ovakva zaštita od diskriminacije postojala prema Zakonu o ravnopravnosti spolova za spolnu diskriminaciju na različitim područjima i prema Zakonu o radu za diskriminaciju na području rada. Zakonom o suzbijanju diskriminacije ovakva razrađena zaštita od diskriminacije uvodi se u odnosu na vrlo velik broj diskriminacijskih osnova i na vrlo širokom području.

Zakon o suzbijanju diskriminacije sadrži vrlo detaljno razrađene postupovne odredbe, uvodeći posebne antidiskriminacijske tužbe i udružnu tužbu. U Zakonu su razrađene i prekršajne odredbe koje imaju za cilj sankcionirati neka ponašanja suprotna odredbama ovog Zakona. Uvodi se središnje tijelo nadležno za suzbijanje diskriminacije što naš pravni sustav dosad nije poznavao i čime je znatno proširen djelokrug pučkog pravobranitelja. Zakonom se uvode u hrvatsko antidiskriminacijsko pravo i neke diskriminacijske osnove koje su doduše bile dio pravnog poretka, ali samo kao dio međunarodnih ugovora te su sada prelaskom u zakonske odredbe dobile veću vidljivost.

Po nekim svojim karakteristikama Zakon o suzbijanju diskriminacije vrlo je napredan i znatno prelazi obveze koje proizlaze iz Direktive 2000/43/EC i 2000/78/EC. Glavna kritika trenutnog Europskog antidiskriminacijskog prava odnosi se na hijerarhiju koja postoji među šest diskriminacijskih osnova Europskog prava, s obzirom da je diskriminacija na osnovu rasnog ili etničkog podrijetla i spola zabranjena na mnogo širem području od diskriminacije na osnovu vjere, invaliditeta, spolne orijentacije i dobi.

Zakon o suzbijanju diskriminacije zabranjuje diskriminaciju po svih šest osnova Europskog prava na jednakoj razini, bez hijerarhije osnova, i to na području primjene koje je šire od onoga iz Direktive 2000/43/EC.²⁸

Za razliku od europskih direktiva, Zakon o suzbijanju diskriminacije uključuje i pojam višestruke diskriminacije, diskriminacije temeljem povezanosti, diskriminacije temeljem pogrešne predodžbe te se Zakonom imenuje središnje tijelo nadležno za suzbijanje diskriminacije koje je, zajedno s postojećim tri specijalizirana pravobranitelja,²⁹ nadležno za sve diskriminacijske osnove, a ne samo za rasno ili etničko podrijetlo kako zahtijeva Direktiva 2000/43/EC.

No, Zakon o suzbijanju diskriminacije sadrži i neka zakonska rješenja koja će zahtijevati povećanu pažnju. Izdvaja se iznimno velik broj osnova po kojima je zabranjena diskriminacija i to na širokom području primjene. Pritom su posebice problematične one diskriminacijske osnove za koje nije u potpunosti jasno što uključuju (primjerice društveni položaj ili obrazovanje). U poglavlju 2 ovog Vodiča tako se predlaže primjena različitih stupnjeva zaštite od strane sudova ovisno o diskriminacijskoj osnovi o kojoj je riječ kako bi se izbjegli neki neočekivani i neželjeni učinci Zakona. Drugo, neke od predviđenih iznimaka vrlo vjerojatno su preširoke u odnosu na postojeće standarde Europskog prava, dok neke iznimke za osnove koje ne dolaze iz prava Europske unije kao da nedostaju. Ovo područje vjerojatno će zahtijevati pažnju prvi prvim izmjenama i dopunama Zakona.

1.4. PRIMJENA ZAKONA O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE KAO IZAZOV

Cilj antidiskriminacijskog, suzbijanje diskriminacije, ostvaruje se preventivnim i reaktivnim djelovanjem.³⁰

Preventivno djelovanje uključuje podizanje razine svijesti građana o diskriminaciji te potrebi njenog suzbijanja te podučavanje ključnih sudionika na ovom području.

Ulogu u ovom dijelu primjene Zakona svakako imaju državna tijela. U skladu s tim, nakon donošenja Zakona o suzbijanju diskriminacije, Vlada RH je usvojila Nacionalni plan za borbu protiv diskriminacije za razdoblje od 2008. do 2013. godine te Akcijski plan za provedbu Nacionalnog plana za borbu protiv diskriminacije za 2008.–2009. godinu.³¹ Značajna je i uloga tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave u podizanju razine svijesti građana o potrebi borbe protiv diskriminacije, pogotovo uzevši u obzir posebni kontekst pojedinih lokalnih zajednica.

Jednu od ključnih uloga u preventivnom djelovanju treba odigrati pučki pravobranitelj, u suradnji s posebnim pravobraniteljicama, s obzirom da je Zakonom o suzbijanju diskriminacije ustanova pučkog pravobranitelja određena kao krovno antidiskriminacijsko tijelo u Republici Hrvatskoj: tzv. središnje tijelo nadležno za suzbijanje diskriminacije.

Međutim, bez aktivnog zalaganja nevladinih udruga učinkovita primjena ovog dijela ostvarivanja cilja Zakona je nemoguća. Uz vrlo aktivnu ulogu nevladinih udruga, Zakon o suzbijanju diskriminacije pretpostavlja i aktivnost sindikata, udruga poslodavaca, crkvi i vjerskih organizacija te Savjeta za nacionalne manjine s kojima se pučki pravobranitelj mora konzultirati pri izradi redovitih izvješća, mišljenja i preporuka o pojavama diskriminacije. I napokon, nemoguće je preskočiti ulogu i odgovornost medija u izgradnji stava javnosti o diskriminaciji.

Osnovni izazovi vezani za uspješno podizanje razine svijesti građana o potrebi suzbijanja diskriminacije te uspješno podučavanje ključnih sudionika, bit će osiguravanje uspješne suradnje između ključnih učesnika te osiguravanje dovoljne količine sredstava za ostvarivanje zadanih ciljeva.

U dijelu reaktivnog djelovanja na konkretne slučajeve diskriminacije, ključnu ulogu će imati sudovi, ali i odvjetnici, državni odvjetnici i nevladine udruge. Uz sudove i pučki pravobranitelj i posebne pravobraniteljice djeluju reaktivno s obzirom da je takva po svojem karakteru izvansudska pravna zaštita koju pružaju temeljem pritužbi građana na diskriminaciju. Ipak, osnovna pravna zaštita onih koji su diskriminirani i sankcioniranje onih koji diskriminiraju (prekršajna, kaznena i građanskopravna odgovornost) pruža se u odgovarajućim tipovima sudskih postupaka.

Izazova vezanih za uspješnu primjenu Zakona o suzbijanju diskriminacije u ovom reaktivnom djelovanju je mnogo. Uspješnost Zakona bit će prvenstveno mjerena kroz kvantificirano izraženu uspješnost ostvarivanja sudske zaštite od diskriminacije: kroz broj sudskih predmeta (osobito onih u kojima je utvrđena diskriminacija). Međutim, razloga za mali broj sudskih predmeta je mnogo: žrtve diskriminacije nisu uvijek sklone ići na sud jer je sama diskriminacija često za žrtvu neugodna, i zbog straha od viktimizacije zbog pokretanja sudskog postupka, svjedočenja u njemu i slično. Žrtve diskriminacije nisu uvijek sklone ići na sud ni ako naknada štete, koja ih potencijalno čeka ukoliko dobiju spor, nije motivirajuća.³² Ukoliko predmeta bude, suce (i odvjetnike) čeka iznimno težak zadatak.³³

Suci, nevladine udruge, državna tijela, pučki pravobranitelj, posebne pravobraniteljice, sindikati, mediji, poslodavci, odvjetnici, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, crkve i vjerske organizacije te, dakako, građani: sudionici su o kojima ovisi uspješnost primjene ovog Zakona. Hrvatski pravni sustav dobio je prvi sveobuhvatni Zakon o suzbijanju diskriminacije, a njegova primjena izazov je pred svima nama.

1. Iako je u Hrvatskoj još relativno neuobičajeno, izdvajanje antidiskriminacijskog prava (eng. Non-discrimination law) ili prava jednakosti (eng. Equality law) kao zasebnog područja uobičajeno je u SAD-u i nekim državama članicama Europske unije gdje ovo pravo postoji desetljećima te se kao posebni kolegij izučava na pravnim fakultetima. Vidjeti Bell, M, *Anti-discrimination Law and the European Union* (OUP 2002), Ellis, E, *EU Anti-Discrimination Law*, OUP 2005, Fredman, S, *Discrimination Law* (OUP, 2002)
2. Iako je ovo tema detaljne analize u sljedećim poglavljima, daje se pojednostavljeno radno objašnjenje diskriminacije kao pravnog pojma.
3. Michael Mine, *The EU Anti-Discrimination Directives 2000/43 and 2000/78 in Practice : An In-Depth Analysis*, ERA, Trier 26-27 May 2008.
4. Tako neki instrumenti stavljaju u središte pozornosti samo rasnu diskriminaciju poput CERD konvencije na međunarodnoj razini ili Direktive 2000/43/EC na razini Europskog prava ili samo na ravnopravnost spolova poput CEDAW konvencije na međunarodnoj razini, velikog broja direktiva na europskoj razini te Zakona o ravnopravnosti spolova na razini nacionalnog prava.
5. Europska komisija protiv rasizma i nesnošljivosti (ECRI) Opća politička preporuka br.7 o nacionalnom zakonodavstvu za borbu protiv rasizma i rasne diskriminacije, CRI(2003) 8, Strasbourg, 2003
6. Ustav RH (Narodne novine 56/90, 135/97, 8/98-pročišćeni tekst, 113/00, 124/00-pročišćeni tekst, 28/01, 41/01-pročišćeni tekst, 55/01-ispravak)
7. U Obrazloženju Zakona o suzbijanju diskriminacije navodi se da nacionalno antidiskriminacijsko zakonodavstvo uključuje samo ovdje navedene zakone te Zakon o službi u oružanim snagama Republike Hrvatske. Obrazloženje Prijedloga zakona o suzbijanju diskriminacije Vlade Republike Hrvatske iz svibnja 2008. godine; za mnogo širu listu zakona koji sadrže odredbe kojima se zabranjuje diskriminatorno postupanje te uređuju pojedina dodatna pitanja zabranjene diskriminacije vidjeti zadnje poglavlje ovog Vodiča autora Potočnjak i Grgić.
8. Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina (Narodne novine, br. 155/02).
9. Zakon o radu (Narodne novine, br. 38/95, 54/95, 65/95, 17/01, 82/01, 114/03, 142/03, 30/04, 137/04 -pročišćeni tekst i Odluka Ustavnog suda br. U-I-2766/2003 i dr. od 24. svibnja 2005. godine, Narodne novine, br. 68/05).
10. Zakon o ravnopravnosti spolova (Narodne novine, br. 82/08).
11. Zakon o istospolnim zajednicama (Narodne novine, br. 116/03).
12. Zakon o državnim službenicima (Narodne novine, br. 92/05, 142/06, 77/07, 107/07 i 27/08).
13. Kazneni zakon (Narodne novine, br. 110/97, 27/98, 50/00 – Odluka Ustavnog suda U.-I-241/2000 od 10. svibnja 2000. godine, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03 –Odluka Ustavnog suda U.-I-2566/03, U.-I-2892/03 od 27. studenog 2003. godine, 105/04, 71/06, 110/07 i 152/08).
14. Za prikaz različitosti i mogućih sukoba vidi posljednje poglavlje Vodiča u kojem autori Grgić i Potočnjak prikazuju odnos Zakona o suzbijanju diskriminacije s drugim zakonima koji zabranjuju diskriminaciju. Za detaljnu analizu razlika između pojedinih odredbi vidi: Potočnjak, Željko, „Pojam, osnove, oblici i izuzeci od zabrane diskriminacije nakon donošenja Zakona o suzbijanju diskriminacije i novelacije Zakona o ravnopravnosti spolova“, u: Crnić et al., *Antidiskriminacijsko zakonodavstvo i praksa, radni materijali - Trening za trenere, Projekt „Izgradnja kapaciteta i podizanje svijesti sudaca i državnih odvjetnika o antidiskriminacijskom zakonodavstvu“*, Zagreb, HPC, 2009.
15. Jamči se pravo na kulturnu autonomiju, pravo na samoorganiziranje i udruživanje radi ostvarivanja zajedničkih interesa, kao i pravo pristupa sredstvima javnog priopćavanja i obavljanja djelatnosti javnog priopćavanja na jeziku nacionalne manjine.
16. Članak 89. stavak 36. Kaznenog zakona objašnjava zločin iz mržnje kao „svako kazneno djelo iz Kaznenog zakona počinjeno iz mržnje prema osobi zbog njezine rase, boje kože, spola, spolne orijentacije, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovine, rođenja, naobrazbe, društvenog položaja, dobi, zdravstvenog statusa ili drugih osobina.“
17. Članak 2./1. Opće deklaracije o ljudskim pravima glasi „Svako pripadaju sva prava i slobode utvrđene u ovoj Deklaraciji bez ikakve razlike glede rase, boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovine, rođenja ili drugog statusa.“ Članak 7. glasi: „Svi su pred zakonom jednaki i svi imaju pravo na jednaku pravnu zaštitu, bez ikakve diskriminacije. Svi imaju pravo na jednaku zaštitu od bilo kakve diskriminacije kojom se krši ova Deklaracija, kao i od svakog poticanja na takvu diskriminaciju.“
18. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne Novine – Međunarodni ugovori, br. 6/99 – pročišćeni tekst, 8/99, 14/02 i 9/05)
19. Prema Obrazloženju Zakona o suzbijanju diskriminacije Republika Hrvatska je u razdoblju od 2000. do kraja 2006. godine imala u tijeku 45 predmeta protiv sebe u kojima je Europski sud za ljudska prava razmatrao diskriminaciju i u tom razdoblju nije utvrđena niti jedna povreda zabrane diskriminacije. Najčešće spominjani diskriminatorni razlozi bili su etnička pripadnost, različito tretiranje vojnih umirovljenika od ostalih kategorija umirovljenika te općenito navođenje diskriminatornog postupanja u okviru domaćih postupaka. Obrazloženje op.cit. (bilj. 7)
20. Čl. 1. Protokola 12 glasi: „1. Uživavanje 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 podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status. 2. Nitko ne smije biti diskriminiran od strane javnih tijela na bilo kojoj osnovi kako je navedeno u stavku 1.“
21. Podaci o ratifikacijama Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i dodatnih protokola dostupni su na sljedećoj stranici: www.echr.coe.int.
22. Vidi Zakon o potvrđivanju Protokola br.12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (NN MU br. 14/02) i Objavu o njegovom stupanju na snagu (Narodne Novine – Međunarodni ugovori, br. 9/05).
23. *Tyrer v United Kingdom* (1978) 2 EHRR 1 paragraf 31.
24. Vidjeti Arnadottir, O. M., 'Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights' (2003), *International Studies in Human Rights* te Potočnjak, Željko; Grgić, Andrea, „Važnost prakse Europskog suda za ljudska prava i Europskog suda pravde za razvoj

- hrvatskog antidiskriminacijskog prava“, u: Zbornik 47. susreta pravника, Opatija '09, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, str. 47.-109.
25. „Upravo u cilju usklađivanja zakonodavstva Republike Hrvatske na području diskriminacije, a slijedom obveza koje proizlaze iz Akcijskog plana za usklađivanje zakonodavstva i stvaranje potrebnih administrativnih kapaciteta za usvajanje i provedbu pravne stečevine EU na pregovaračkom području poglavlja 19. Socijalna politika i zapošljavanje, Vlada RH je Zaključkom od 31. svibnja 2007. godine pokrenula postupak izrade nacrtu prijedloga jedinstvenog antidiskriminacijskog zakona.“, Obrazloženje op.cit. (bilj. 7)
 26. Za detaljnije objašnjenje vidjeti: Čapeta, Tamara, „Direktive prije članstva u EU“, u: Rodin, Siniša; Čapeta, Tamara, Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu – s izabranim presudama Europskog suda u punom tekstu i komentarom, Pravosudna akademija, 2008., str. 59.-75.
 27. U postupku donošenja je nova direktiva Zajednice namijenjena proširenju zabrane diskriminacije na osnovu dobi, invaliditeta, spolne orijentacije i vjere ili uvjerenja i na ova područja.
 28. Pritom ovaj Zakon na tom istom širokom području primjene zabranjuje diskriminaciju za 17 diskriminacijskih osnova. Makar 'hijerarhija' i različiti standardi nisu poželjni među klasičnim diskriminacijskim osnovama (6 osnova iz prava Europske unije), u sljedećem poglavlju predlaže se svojevrsno stvaranje 'hijerarhije' među brojnim osnovama iz ZSD-a, s obzirom da je jedino razvijanjem različitih testova od strane sudova, moguće izbjeći neke neželjene učinke Zakona.
 29. U Republici Hrvatskoj uz pučkog pravobranitelja postoje i posebni pravobranitelji: za ravnopravnost spolova, za djecu i za osobe s invaliditetom.
 30. U skladu sa člankom 1. Zakona o suzbijanju diskriminacije, njime se osigurava zaštita i promicanje jednakosti, stvaraju se pretpostavke za ostvarivanje jednakih mogućnosti i uređuje zaštita od diskriminacije.
 31. Doneseni su i brojni nacionalni programi, politike, strategije i planovi koji su također važni za područje suzbijanja diskriminacije, kao što su: Nacionalni program zaštite i promicanja ljudskih prava 2008. – 2011., kojim se između ostalog predviđa i provođenje mjere „Suzbijanje rasne i druge diskriminacije“, Nacionalna politika za promicanje ravnopravnosti spolova za razdoblje od 2006. do 2010., Nacionalni program za Rome (2003.), Akcijski plan Desetljeća za uključivanje Roma 2005. - 2015., Nacionalni plan aktivnosti za prava i interese djece 2005. – 2012., Nacionalni program djelovanja za mlade (2003.) te Nacionalna strategija izjednačavanja mogućnosti za osobe s invaliditetom od 2007. do 2015.
 32. Dodatno je problematično ukoliko pritom sudski postupci traju dugo i zahtijevaju značajna sredstva.
 33. Riječ je o teškom području prava s novom terminologijom i nepoznatim institutima. Dodatno se za primjenu Zakona zahtijeva sustavno praćenje sudske prakse Europskog suda za ljudska prava te prakse Europskog suda u Luxembourg (idealno uz poznavanje osnova prava Europske unije).

2. OPSEG I DOSEG ZAKONA O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE

(Goran Selanec, LL.M. i Tena Šimonović Einwalter, MJur)

2.1. DISKRIMINACIJSKE OSNOVE I RAZLIKA U STUPNJU ANTIDISKRIMINACIJSKE ZAŠTITE

Jedno od glavnih obilježja Zakona o suzbijanju diskriminacije (ZDS) je izuzetno velik broj osnova u pogledu kojih Zakon uređuje diskriminaciju.

Zakon o suzbijanju diskriminacije u članku 1. stavku 1. navodi čak 17 diskriminacijskih osnova (kriteriji razlikovanja):

- » rasa ili etnička pripadnost ili boja kože,
- » spol,
- » jezik,
- » vjera,
- » političko ili drugo uvjerenje,
- » nacionalno ili socijalno podrijetlo,
- » imovno stanje,
- » članstvo u sindikatu,
- » obrazovanje,
- » društveni položaj,
- » bračni ili obiteljski status,
- » dob,
- » zdravstveno stanje,
- » invaliditet,
- » genetsko naslijeđe,
- » rodni identitet i izražavanje,
- » spolna orijentacija.

Istovremeno antidiskriminacijske direktive Europske unije, koje su bile primarni temelj izrade Zakona, zabranjuju diskriminaciju u pogledu 6 osnova:¹

- » spol, što uključuje i transseksualnost (rodni identitet i izražavanje),
- » rasno ili etničko podrijetlo,
- » invaliditet,
- » seksualna orijentacija,
- » vjersko uvjerenje,
- » dob.

Pristup koji uređuje diskriminaciju u pogledu velikog broja osnova podrazumijevano sadrži potrebu za određenom hijerarhijom između diskriminacijskih osnova koja proizlazi iz jednostavne činjenice da je razlikovanje u postupanju prema različitim skupinama osoba neophodan dio političkog i pravnog uređivanja društvenih odnosa. U tom smislu bilo bi izuzetno nepoželjno da sudovi počnu primjenjivati zabranu diskriminacije na isti način u pogledu svih navedenih osnova jer bi tako što imalo nesagledive posljedice za praktično funkcioniranje društva. Tako npr. kada bi zabranu izravne diskriminacije primjenjivali na jednaki način u pogledu osnove imovinskog stanja, kao što ćemo je

zbog obveze prema Europskoj uniji morati primjenjivati u pogledu osnove etniciteta, srušili bismo progresivni porezni sustav.

Najviši stupanj zaštite uživaju „tradicionalne“ diskriminacijske osnove koje nalazimo u antidiskriminacijskim direktivama Europske unije. U pogledu ovih osnova hrvatski sudovi već danas imaju obvezu antidiskriminacijska jamstva iz glave II. ZSD-a primjenjivati uzimajući u obzir način na koji se ona primjenjuju u pravnom poretku Europske unije, a nakon stupanja u članstvo Europske unije, njihove odluke morat će biti potpuno usklađene s praksom Europskog suda pravde. Sukladno tome, poglavlja II. i III. ove publikacije bavit će se prvenstveno najvišim stupnjem antidiskriminacijske zaštite koji se odnosi na tih šest osnova.

Razlog zbog kojeg ove osnove uživaju najviši stupanj zaštite vezan je uz svrhu antidiskriminacijskog prava. Antidiskriminacijska jamstva prvenstveno služe kako bismo uklonili prepreke stvarnoj jednakosti onih društvenih skupina koje se zbog duge povijesti diskriminacije s kojom se nose i u sadašnjosti nalaze u posebno podređenom položaju u konkretnom društvu.

Kako u kontekstu drugih osnova teško možemo govoriti o povijesti sustavne diskriminacije prema osobama zbog njihove pripadnosti nekoj prepoznatljivoj društvenoj skupini, osnove osim ovih šest uobičajeno uz sebe vežu niži stupanj antidiskriminacijske zaštite. Sukladno tome kontrola različitog postupanja na temelju takvih osnova uglavnom se svodi na test razumnosti ili nešto stroži test najmanje štetnog sredstva. Tako npr. da bi opravdao različito postupanje na temelju imovinskog stanja koje je temelj progresivnog poreznog sustava, zakonodavac bi trebao pokazati da nije očigledno nerazumno očekivati da će takvim postupanjem ostvariti neki društveni cilj koji bi trebao biti na korist društva u cjelini.

Test najmanje štetnog sredstva ide korak dalje i traži od autora mjere da dokaže kako je različito postupanje na kojem se mjera temelji nužno kako bi se ostvario njen legitiman cilj, tj. da ne postoji druga mjera koja bi podjednako uspješno mogla ostvariti isti cilj, ali s manje štetnih posljedica za osobe čije interese ograničava. Ovaj stupanj antidiskriminacijske zaštite poželjan je u kontekstu onih osnova za koje znamo da se koriste kao temelj za nepovoljno postupanje u limitiranom broju specifičnih društvenih odnosa kojima pridajemo značajnu važnost. To su npr. osnova sindikalnog članstva kao temelj diskriminacije u radnim odnosima ili osnova političkog uvjerenja kao temelj diskriminacije u odnosima unutar državnih i javnih ustanova.

Prvenstveni cilj oba navedena stupnja antidiskriminacijske zaštite je sprječavanje arbitrarnog postupanja, odnosno postupanja kojim se određena osoba namjerno želi dovesti u nepovoljni položaj zbog neke svoje karakteristike. Zbog takve svrhe oba stupnja zaštite temelje se na puno blažem obliku zabrane izravne diskriminacije od doktrine izravne diskriminacije koja se koristi u kontekstu šest „klasičnih“ diskriminacijskih osnova i koja, kao što ćemo vidjeti u II. poglavlju, nije nikako ograničena na namjerno diskriminatorno postupanje. Taj blaži oblik zabrane izravne diskriminacije zabranjuje upotrebu određene osnove samo ako se ona ne može opravdati nekim legitimnim društvenim ciljem. Sukladno tome, ovaj stupanj zaštite uopće ne uključuje zabranu neizravne diskriminacije osim ako se taj instrument ne koristi kako bi se razotkrila skrivena diskriminatorna namjera.

2.2. DISKRIMINACIJSKE OSNOVE I REGULATORNA PODRUČJE PRIMJENE

Još jedno bitno obilježje ZDS-a je njegov izuzetno širok doseg primjene. Zabrana diskriminacije iz ZDS-a odnosi se na sve subjekte pravnog sustava i na svim područjima društvenog života s tim da ZDS od sudova traži da posebnu pažnju daju diskriminaciji na područjima koje Zakon izričito navodi u čl. 8. Na neka od područja primjene sudovi će morati obratiti i posebnu pažnju zbog obveza koje za Republiku Hrvatsku proizlaze iz pravnog poretka Europske unije. Naime, antidiskriminacijske direktive EU-a zabranjuju diskriminaciju ne samo u pogledu manjeg broja osnova, već u i u značajno manjem broju regulatornih područja. U tom smislu najširi doseg ima Direktiva 2000/43 o rasnoj jednakosti, najuži Direktiva 2000/78 o jednakosti zapošljavanja,² a u sredini su direktive koje se odnose na spol kao diskriminacijsku osnovu (direktive 2000/54 i 2004/113).

Sljedeća tablica prikazuje razlike u dosegu antidiskriminacijskog prava Europske unije, prema diskriminacijskim osnovama:

	Rasa/ etnicitet 2000/43 Direktiva	Spol 2006/54 Direktiva, 2004/113 Direktiva	Spolna orijentacija 2000/78 Direktiva	Dob 2000/78 Direktiva	Invaliditet 2000/78 Direktiva	Vjersko uvjerenje 2000/78 Direktiva
Zaposlenje i radni odnos						
Socijalno osiguranje						
Usluge						
Obrazovanje						

■ Regulatorno područje primjene konkretne direktive.

Na područjima koje uređuju pojedine antidiskriminacijske direktive Europske unije hrvatski sudovi morat će primjenjivati antidiskriminacijska jamstva u pogledu osnova na koje se te direktive odnose u suglasnosti s praksom Europskog suda pravde. Štoviše, zbog posebnog položaja koji Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europske unije ima u hrvatskom ustavno-pravnom poretku, hrvatski sudovi već sada imaju obvezu uzimati u obzir odluke Europskog suda pravde kada primjenjuju one propise koji su rezultat postupka usklađivanja s pravnom stečevinom Europske unije. Kada se ova obveza primjeni na doseg primjene ZSD-a, nastaje sljedeća situacija:

	Rasa i etnicitet	Spol	Seksualna orijentacija	Dob	Invaliditet	Vjersko uvjerenje	Ostalih 11 osnova iz čl. 1. st. 1.
Radni odnosi							
Socijalno							
Tržišni odnosi							
Obrazovanje i znanost							
Zdravstvena zaštita							
Šport							
Stanovanje							
Javno informiranje							
Pravosuđe i uprava							
Društvene organizacije							
Umjetničko stvaralaštvo							
Ostala područja							

- Regulatorna područja u kojima će hrvatski sudovi imati dužnost odlučivati u skladu s odlukama Europskog suda pravde.
- Regulatorna područja u kojima će hrvatski sudovi imati dužnost odlučivati u skladu s odlukama Europskog suda pravde samo ako se radi o tržišnim uslugama.
- Regulatorna područja u kojima hrvatski sudovi neće imati obvezu pratiti odluke Europskog suda pravde, već će jamstva iz ZSD-a primjenjivati samostalno u skladu s drugim važnim međunarodnim konvencijama.

2.3. STAVLJANJE U NEPOVOLJNIJI POLOŽAJ TEMELJEM POVEZANOSTI I TEMELJEM POGREŠNE PREDODŽBE

Već je rečeno da nema diskriminacije ako nema veze između diskriminativnog postupanja (kao što je na primjer uznemiravanje ili segregacija) i neke od diskriminacijskih osnova (kao na primjer vjera ili spol). Dakle, da bi netko bio žrtva određenog tipa diskriminacije, trebao bi ili trebala bi imati 'potrebnu' karakteristiku. No, u pravilu svi imaju karakteristike iz članka 1. stavka 1.: neku dob, neki spol, neku spolnu orijentaciju i neko imovno stanje. Iako su po spomenutim osnovama najčešće diskriminirane starije osobe, žene, homoseksualci i osobe slabijeg imovnog stanja, koja karakteristika je 'potrebna' ovisit će o okolnostima slučaja. Moguće je tako biti diskriminiran kao muškarac u zanimanju u kojem prevladavaju žene ili kao mlađa osoba u organizaciji gdje se podržava senioritet umjesto postignuća.

No, je li moguće da netko bude žrtva određenog tipa diskriminacije, a da nema karakteristiku koja je 'potrebna' u određenom kontekstu? Je li moguće da primjerice netko tko nije Rom, bude diskriminiran na osnovu romske etničke pripadnosti? Prema članku 1. stavku 2. i stavku 3. Zakona o suzbijanju diskriminacije odgovor je potvrđan.³

Članak 1. ZSD-a

(2) Diskriminacijom u smislu ovoga Zakona smatra se stavljanje u nepovoljniji položaj bilo koje osobe po osnovi iz stavka 1. ovoga članka, kao i osobe povezane s njom rodbinskim ili drugim vezama.

(3) Diskriminacijom se smatra i stavljanje neke osobe u nepovoljniji položaj na temelju pogrešne predodžbe o postojanju osnove za diskriminaciju iz stavka 1. ovoga članka.

Stavkom 2. članka 1. zabranjuje se tzv. 'associated discrimination' ili diskriminacija temeljem povezanosti.

Ponekad ljudi mogu biti žrtve diskriminacije iako sami nemaju osobinu koja je 'potrebna' u određenom kontekstu, već tu osobinu imaju osoba ili osobe povezane s njom rodbinskim ili drugim vezama.

Primjer ovakve diskriminacije temeljem povezanosti bio bi kada osoba koja nije Rom, ne bude puštena u klub jer dođe s grupom prijatelja Roma. Osnova diskriminatorne zabrane ulaska je romska etnička pripadnost, ali ne njegova vlastita, već njegovih prijatelja. Diskriminacija na osnovu etničke pripadnosti kao da se na njega protegnula zbog prijateljske povezanosti, pa se stoga proteže i zaštita od diskriminacije. Primjer bi bio i kada netko bude uznemiravan na radnom mjestu kao otac sina deklariranog homoseksualca. Diskriminacijska osnova posrijedi je spolna orijentacija ne oca, već osobe s kojom je on u rodbinskoj vezi: njegovog sina. Obzirom da otac trpi diskriminaciju temeljem povezanosti, na njega se proteže ova zaštita od diskriminacije.⁴

Zanimljivo je primijetiti da u trenutku izrade nacrtu Zakona o suzbijanju diskriminacije zabrana diskriminacije temeljem povezanosti nije postojala u Europskom pravu, već samo u nacionalnim zakonodavstvima rijetkih država članica⁵ te se čekalo da Europski sud u slučaju *Coleman v. Attridge*⁶

da tumačenje štiti li Direktiva 2000/78 od diskriminacije temeljem povezanosti. Očekujući odluku u skladu s mišljenjem nezavisnog odvjetnika Poiares Madura⁷, u ZSD je uvrštena zabrana diskriminacije temeljem povezanosti, kako je na kraju i odlučio Europski sud presudom od 31. srpnja 2008. Naravno, zabrana diskriminacije temeljem povezanosti iz ZSD-a je mnogo šira, s obzirom da se u ovoj presudi govori o invaliditetu kao osnovi⁸ te se ona odnosi samo na područje rada i zapošljavanja.

Slično, stavkom 3. članka 1. zabranjuje se tzv. 'assumed discrimination' ili diskriminacija temeljem (pogrešne) predodžbe.

Ponekad do diskriminacije dolazi zbog predodžbe o nekoj osobi koja može, ali i ne mora, biti točna.

Netko može biti žrtva diskriminacije kao homoseksualac, dakle na osnovu spolne orijentacije. Ukoliko osoba jest homoseksualne orijentacije i trpi uznemiravanje, riječ je o jasnom slučaju. No, što ako je njegova sredina pogrešnog uvjerenja oko njegove homoseksualne orijentacije? Osoba i dalje trpi diskriminaciju, pitanje je samo uživa li pravnu zaštitu. Zbog ovakvih slučajeva zabranjuje se diskriminacija temeljem pogrešne predodžbe. U krajnjoj liniji u ovakvom slučaju postaje nebitno je li osoba ove ili one spolne orijentacije, bitno je jedino da trpi uznemiravanje te se uspostavlja pravna zaštita od tog uznemiravanja.

Uz hrvatsko i primjerice irsko zakonodavstvo izričito zabranjuje diskriminaciju kada se 'imputira' da neka karakteristika, tj. diskriminacijska osnova postoji. Govoreći o diskriminaciji temeljem predodžbe, u nekim je državama članicama Europske unije posebno aktualno ovo pitanje vezano uz rasnu diskriminaciju, tj. pitanje postoji li rasa kao karakteristika ili je, s obzirom na danas prihvaćeno stajalište o rasi kao društvenoj konstrukciji, nečija 'rasa' zapravo uvijek pitanje predodžbe.⁹

1. Direktiva Vijeća 2000/43/EC o uspostavljanju načela jednakog postupanja neovisno o rasnom ili etničkom porijeklu od 29. lipnja 2000., OJL 180. Direktiva Vijeća 2000/78/EC o uspostavljanju općeg okvira za jednaki tretman u zapošljavanju i zanimanju, usvojena 27. studenog 2000., objavljena 2. prosinca 2000., OJL 303. Direktiva Vijeća 2004/113/EC od 13. prosinca 2004. o provedbi načela jednakog postupanja između muškaraca i žena u pristupu ponudi robe i usluga OJ L 373. Direktiva 2006/54/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 5. srpnja 2006. o provedbi.
2. Trenutno je u postupku donošenje nove direktive koja bi protegnula zabranu diskriminacije na osnovu vjere, invaliditeta, spolne orijentacije i dobi izvan područja rada i zapošljavanja.
3. Diskriminacija temeljem povezanosti u određenom je smislu jest iznimka u odnosu na ranije spomenutu formulu u skladu s kojom diskriminacija = (diskriminatorno postupanje + oblik diskriminacije) – iznimke.
4. Za više primjera i detaljnu analizu ove problematike vidjeti Waddington, Lisa, protection for Family and Friends: Addressing Discrimination by Association, European anti-discrimination Law Review, No 5-2007, str. 13-21.
5. Irska je bila jedan od rijetkih primjera gdje je diskriminacija temeljem povezanosti bila zakonski zabranjena (Employment Equality Act u dijelu 6 (1) (b)), dok se austrijskim zakonom kojim se zabranjuje diskriminacija na osnovu invaliditeta (Disability Equality Act, 2005) zaštita od diskriminacije protezala na članove obitelji koji brinu za osobe s invaliditetom. Bell, Mark, Chopin, Isabelle and Palmer, Fiona, Developing Anti-Discrimination Law in Europe, The EU 25 Member States compared, Human European Consultancy and Migration Policy group 2006, str. 25.
6. C-303/06 S. Coleman v Attridge Law and Steve Law [2007] IRLR 88 U slučaju zaposlenice koja je smatrala da je diskriminirana od strane svog poslodavca na osnovu invaliditeta svog sina, Europski sud je odlučio da diskriminacija temeljem povezanosti može biti nezakonita na radnom mjestu. Pritom se ova zabrana odnosi na izravnu diskriminaciju i uznemiravanje iako je riječ o invaliditetu druge osobe, a ne one koja je uznemiravana ili izravno diskriminirana.
7. Mišljenje Nezavisnog odvjetnika Poiars Madura C-303/06 S. Coleman v Attridge Law and Steve Law od 31. siječnja 2008. godine
8. Glede diskriminacijskih osnova, osim u Republici Hrvatskoj, danas je diskriminacija temeljem povezanosti zabranjena u odnosu na veći broj osnova u Irskoj i Švedskoj, u Austriji i Francuskoj za invaliditet, ali ne i za druge osnove, a u Ujedinjenom Kraljevstvu i Slovačkoj za rasu, vjeru i spolnu orijentaciju, ali ne i za druge osnove. Waddington, Lisa, op.cit. (bilj. 4.)
9. Primjerice, francusko antidiskriminacijsko zakonodavstvo govori o pravoj ili pretpostavljenoj (*vraie ou supposé*) rasi, dok se u austrijskom, finskom i švedskom antidiskriminacijskom zakonodavstvu namjerno ne koristi riječ 'rasa' jer se smatra da korištenje te riječi potiče vjerovanje da je ljude moguće podijeliti na 'rase' pa se umjesto toga koriste izrazi 'etničko podrijetlo', 'etničko ili nacionalno podrijetlo' i 'etničko pripadanje'.

3. OBLICI DISKRIMINACIJE

(Goran Selanec, LL.M.)

Kao što je navedeno čl. 1. st.2., ZDS daje privremeno objašnjenje koje diskriminaciju određuje stavljanjem u nepovoljniji položaj bilo koje osobe po nekoj od zabranjenih osnova/kriterija razlikovanja iz čl. 1. st.1. Preciznije značenje ove načelne odredbe ZDS razrađuje u glavi II. propisujući nekoliko oblika diskriminacije. Kada odlučuju o diskriminaciji, hrvatski sudovi će se oslanjati prvenstveno na antidiskriminacijska jamstva iz glave II., a ne na čl. 1. st. 2.

Oblici diskriminacije koje ZDS zabranjuje u glavi II. su:

- » Izravna diskriminacija
- » Neizravna diskriminacija
- » Seksualno (spolno) uznemiravanje
- » Uznemiravanja
- » Propuštanje razumne prilagodbe
- » Poticanje na diskriminaciju
- » Segregacija

Uz navedene oblike glava II. također sadrži uredbe:

- » Viktimizacija
- » Teži oblik diskriminacije

3.1. IZRAVNA DISKRIMINACIJA

A) UVOD

Članak 2.

(1) Izravna diskriminacija je postupanje *uvjetovano* nekim od osnova iz članka 1. stavka 1. ovoga Zakona kojim se osoba stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u usporedivoj situaciji.

U hrvatskom pravnom poretku zabrana izravne diskriminacije ima status temeljnog antidiskriminacijskog jamstva i njegov je sastavni dio cijeli niz desetljeća. No, istovremeno ovaj instrument je u hrvatskom pravnom poretku imao relativno usko značenje i primjenu. Tradicionalno se ovo jamstvo koristilo prvenstveno za uklanjanje najočiglednijeg oblika diskriminacije: nepovoljnog postupanja na temelju predrasuda. Kako se ovaj oblik diskriminacije temelji na osjećaju prezira, često i mržnje prema pripadnicima određene društvene skupine, diskriminacija je prije svega bila poimana kao kazneno-pravni instrument.

Ovakvo poimanje diskriminacije imalo je, i još uvijek ima, nekoliko neželjenih posljedica. Prvo, tužbe povodom diskriminacije bile su izuzetno rijetke i prije svega su dolazile pred prekršajne ili kaznene sudove. U tom smislu hrvatski suci koji sude u građansko-pravnim parnicama nemaju iskustva s diskriminacijom.

Drugo, poimanje diskriminacije kao jamstva kazneno-pravne prirode izuzetno je suzilo smisao i opseg zabrane diskriminacije. Upravo zato jer je poimana kao kazneno djelo, diskriminaciju se u hrvatskom pravnom poretku učestalo poistovjećuje s *namjernim/svjesnim* nepovoljnim postupanjem prema nekoj osobi na temelju jasne društveno neprihvatljive *predrasude*.

Ovakvo usko poimanje diskriminacije ograničava učinkovitost antidiskriminacijskih jamstava i suprotno je poimanju diskriminacije koje prevladava u pravnom poretku Europske unije s kojim se ZSD uskladio.¹

B) STRUKTURA IZRAVNE DISKRIMINACIJE

Objašnjenje izravne diskriminacije iz čl. 2. st. 1. ZSD-a, koja je preuzeta iz 2000/78 Direktive Europske unije o općem antidiskriminacijskom okviru, ukazuje da se ovaj instrument sastoji od nekoliko elemenata. Kraljeznica izravne diskriminacije sastoji se od *nepovoljnog postupanja uvjetovanog nekom od diskriminacijskih osnova* koje je zakonodavac naveo u čl. 1. st. 1. ZSD-a. Glavno obilježje oba elementa je pravna neodređenost, tj. otvorenost različitim tumačenjima.

I. Nepovoljno postupanje

Tekst čl. 2. st. 1. ZSD-a sugerira da se nepovoljnost određenog postupanja dokazuje poredbenim pristupom. Drugim riječima, nepovoljno postupanje je svaka odluka odnosno postupak kojim je osoba dovedena u *nepovoljniji položaj* od druge osobe koja se nalazi u *sličnoj* situaciji. Ovakav pristup izravnoj diskriminaciji jasno odražava poimanje jednakosti prema kojem *sa sličnima treba postupati slično, a s različitima različito* (aristotelovsko načelo) čime se jednakost svodi na istovjetnost u postupanju.²

Aristotelovsko poimanje jednakosti je izuzetno problematičan pristup diskriminaciji jer je načelo samo po sebi *vrijednosno prazno*.³ Da bi bilo iole primjenjivo, načelo traži da između bezbroj sličnosti i različitosti, između dvije situacije koje uspoređujemo, *izaberemo* one koje smatramo važnima za konkretnu usporedbu. Ova odluka nije stvar logike, već isključivo našeg *vrijednosnog* izbora. U tom smislu, kada poistovjećuju izravnu diskriminaciju s aristotelovskim načelom, na sudovima leži odgovornost da obrazlože *zašto* su dvije situacije slične ili različite, odnosno da jasno odrede društvene vrijednosti i ciljeve zbog kojih smatraju da određene sličnosti/različitosti čine dvije situacije usporedivim ili ne. Bez ovakvog vrijednosnog obrazloženja njihove odluke, bit će teško razumljive i ostavljat će dojam samovoljnog postupanja.

Vrijednosna ispraznost aristotelovskog načela nije jedini oblik njene neodređenosti. Ako ustrajavamo na aristotelovskom načelu kao podlozi zabrane izravnoj diskriminaciji, moramo biti svjesni da postoje najmanje dva pristupa načelu da s istima treba postupati isto i obratno.

Prvi pristup traži je da se iz postupka odlučivanja o raspodjeli poželjnih prilika uklone gore navedeni kriteriji razlikovanja koji se tradicionalno koriste kako bi se pripadnike određenih skupina držalo u društveno podređenom položaju. Drugim riječima, odluka da se prema određenoj osobi postupa na određeni način prema ovom pristupu ne smije biti *uvjetovana* „zabranjenim“ kriterijem razlikovanja.⁴ U praktičnom smislu ovaj pristup ne ustrajava na komparatoru, tj. diskriminirana osoba ne treba *nužno*

dokazati da se prema njoj postupalo lošije od pripadnika/ce „suprotne“ skupini u sličnoj situaciji. Sve što treba dokazati je da je odluka koja je nepovoljna za njene osobne interese uvjetovana njenom pripadnošću određenoj društvenoj skupini.

Drugo, aristotelovsko načelo može se istovremeno tumačiti kao zahtjev za *objektivnom istovjetnošću postupanja*. Prema ovom pristupu, do diskriminacije dolazi *svaki* puta kada se prema dvije osobe „suprotnih“ karakteristika (npr. žena-muškarac, osoba katoličkog uvjerenja –osoba islamskog uvjerenja, osoba hrvatskog etniciteta-osoba romskog etniciteta, osoba heteroseksualne orijentacija-osoba homoseksualne orijentacije) koje se nalaze u „objektivno“ sličnoj situaciji (npr. da obavljaju objektivno isti posao) postupa različito. Prema ovom pristupu diskriminaciji, npr. potpuno je nevažno *zašto* je poslodavac isplaćivao različite plaće za objektivno isti rad osoba različitog spola ili etniciteta. Sama činjenica da je pripadnicama/ima zakonski zaštićenih skupina isplaćivao različite plaće za isti rad, čini izravnu diskriminaciju.

Objašnjenje izravne diskriminacije iz čl. 2. st. 1. ZSD-a na određeni je način spoj ova dva tumačenja aristotelovskog načela jednakosti. ZSD ustrajava na uvjetovanosti nepovoljnog postupanja jednim od zakonom zabranjenih kriterija razlikovanja, ali istovremeno vezuje diskriminaciju uz usporedivost situacija.

Ono što ovo zakonsko rješenje čini izazovnim za primjenu u praksi je činjenica da nije nimalo lako pomiriti ova dva različita pristupa. Kada bi se zakonski tekst shvatio doslovno, bilo bi potrebno dokazati ne samo da su dvije osobe u „objektivno“ sličnoj situaciji, već *i* da je različito postupanje prema dvije objektivno slične osobe uvjetovano nekim zakonski zabranjenim kriterijem razlikovanja.

Uvako formalizirani pristup mogao bi lako dovesti do apsurdnih situacija. Sud bi npr. mogao naći da odluka poslodavca da ne zaposli osobu romskog podrijetla, koja nema apsolutno iste karakteristike kao i osoba hrvatskog etniciteta, a koje sud iz nekog razloga smatra poželjnim za obavljanje konkretnog posla (dakle, prema ocjeni suda nisu objektivno slični) nije diskriminatorska iako postoje jasni dokazi da je poslodavac prvenstveno bio motiviran predrasudama prema Romima. Nema sumnje da bi takvo tumačenje čl. 2. st. 1. ZSD-a zabranu izravne diskriminacije učinilo potpuno neučinkovitim.

Glavni razlog zbog kojeg ZSD, prateći antidiskriminacijsko zakonodavstvo Europske unije, u objašnjenju izravne diskriminacije upućuje na povezivanje oba „aristotelovska“ pristupa je činjenica da je zakonodavac Europske unije pokušao uzakoniti bogatu praksu Europskog suda pravde u kojoj je Sud u različitim razdobljima koristio jedan ili drugi aristotelovski pristup izravnoj diskriminaciji. Tako je u nekim ranijim presudama, uključujući i pionirsku odluku *Defrenne II* kojom je Sud uveo načelo jednakosti plaća muškaraca i žena u Europski pravni poredak kao izravno primjenjivo pravo, Sud znao težiti „objektivnoj“ istovjetnosti postupanja.⁵ Drugim riječima, ako bi Sud smatrao da osobe suprotnog spola obavljaju „objektivno“ isti posao ili posao jednake vrijednosti, sama činjenica da su za taj posao plaćene različito, Sudu bi ukazivala da se radi o spolnoj diskriminaciji.

S vremenom se Sud udaljio od pristupa koji diskriminaciju poistovjećuje s objektivnom istovjetnošću postupanja i prvenstveno se usredotočio na *uvjetovanost* nepovoljnog postupanja zakonski zabranjenim kriterijem razlikovanja.

Izvan područja jednakih plaća Sud je bio skloniji pristupu koji diskriminaciju poima kroz *uvjetovanost* nepovoljnog postupanja nekim od zabranjenih osnova jer je izvan područja jednakih plaća za jednaki rad izuzetno teško tvrditi da su dvije osobe u „objektivno“ istoj situaciji. Tako bi npr. Sud mogao tvrditi da su dvije osobe koje se natječu za neko radno mjesto u „objektivno“ istoj poziciji ako imaju potpuno iste profesionalne sposobnosti koje su korisne za određeni posao. No takav pristup bio bi u očiglednoj suprotnošću s realnošću gdje poslodavci vrlo često koriste i kriterije odabira kandidata koji nisu izravno vezani uz njihovu stručnu osposobljenost za obavljanje određenog posla, ali ih poslodavac smatra korisnima za svoje poslovno okruženje.

Nedavna odluka u predmetu *Feryn* je možda i najuvjerljiviji pokazatelj da Sud izravnu diskriminaciju prvenstveno poima kao *uvjetovanost* nepovoljnog postupanja, odnosno da *ne ustrajava* na jasno određenom komparatoru kako bi ustanovio da je određeno postupanje uistinu bilo diskriminatorno.⁶ U konkretnom predmetu Sud je bio suočen s tužbom za izravnu diskriminaciju koju je podnijelo belgijsko nacionalno tijelo za kontrolu provedbe antidiskriminacijskih jamstva protiv ugledne kompanije *Feryn* čije je glavni direktor u medijima javno priznao da *Feyn* nije sklona zapošljavati „imigrante“ za poslove instalacije garažnih vrata zato jer im kupci ne vjeruju i ne žele ih pustiti u svoje domove. Pojam imigrant se posebno odnosio na osobe sjevernoafričkog podrijetla. Predmet *Feryn* je posebno zanimljiv jer nije bilo konkretne žrtve, a stoga niti konkretnog komparatora. Naime, nije postojao niti jedan dokaz da je poduzeće *Feryn* uistinu ikad odbilo zaposliti neku osobu sjevernoafričkog podrijetla.

Bez obzira na ovu činjenicu, Sud je našao da je postupak glavnog direktora trgovačkog društva oblik izravne diskriminacije. Prema mišljenju Suda, činjenica da je glavni direktor putem medija javno objavio diskriminatornu politiku zapošljavanja, vjerojatno je odvrtila neke od osoba sjevernoafričkog podrijetla od namjere da se prijave za posao u *Ferynu*. Štoviše, Sud je jasno ustanovio koji je smisao antidiskriminacijske zaštite osoba na Europskom tržištu rada i zauzeo stajalište da je cilj zabrane diskriminacije „*unaprijediti uvjete društvene uključenosti tržišta rada*“. Prema Sudu, zabranu izravne diskriminacije bilo je poželjno tumačiti na način koji uključuje i ovaj oblik diskriminatornog postupanja jer se time promiče *učinkovita zaštita* vrijednosnog cilja uključenosti.

Značajna prednost pristupa koji izravnu diskriminaciju poima kroz *uvjetovanost* nepovoljnog postupanja nekim od zabranjenih kriterija je što ne ovisi o komparatoru. Naime, postoji cijeli niz situacija u kojima komparator nije dostupan, odnosno u kojima se ustrajavanje na komparatoru čini usiljenim ili u kojima je komparator jednostavno nepotreban.⁷ Pristup koji izravnu diskriminaciju nužno svodi na usporedbu između osoba različitih karakteristika čini se posebno usiljenim u odnosu na diskriminacijske osnove kao što je npr. invaliditet. Jednostavno je teško prihvatiti da se s obzirom na težak društveni položaj ove društvene skupine i njihovo životno iskustvo može ikad tvrditi da se osoba s invaliditetom nalazi „u sličnoj situaciji“ kao i osoba koja se ne mora nositi s tom karakteristikom. Istovremeno, činjenica da u pogledu diskriminacije temeljem invaliditeta komparator „ne postoji“, ničime ne mijenja činjenicu da je odluka poslodavca da ne zaposli osobu s invaliditetom, iako je ona sposobna obavljati konkretni posao, izraz izravne diskriminacije.⁸

Europski sud pravde jasno je dao do znanje da komparator nije nužan element izravne diskriminacije. Drugim riječima, izravna diskriminacija ne svodi se na usporedbu osoba s različitim karakteristikama. Tako je u izuzetno važnom predmetu *Dekker* Suda našao da je odluka poslodavca da ne zaposli trudnicu, zbog financijskih gubitaka do kojih bi došlo zapošljavanjem takve osobe, izraz izravne diskrimi-

nacije temeljem spola bez obzira što u takvim slučajevima komparator ne postoji, tj. što tuženica nije mogla dokazati da bi poslodavac prema muškarcu u sličnoj situaciju postupao bolje.⁹ Prema ovom pristupu ono što čini neku odluku izravno diskriminatornom je njena *uvjetovanost razlogom koji u nepovoljni položaj može dovesti samo osobe jedne zaštićene skupine*.

Čl. 2. st. 1. ZSD-a objašnjava diskriminaciju prvenstveno kroz uvjetovanost nepovoljnog postupanja nekim od zabranjenih kriterija što se vidi iz činjenice da je Zakon dopustio da se diskriminacija dokazuje uz pomoć tzv. hipotetskog komparatora. To ne znači da u u ovom pristupu nema mjesta za komparatora. Činjenica da je sud našao da se situacija u kojoj se nalazi tužitelj razlikuje od situacije njegovog komparatora, mogla bi ukazivati da postoji dobar razlog koji nije povezan s njegovom pripadnošću nekoj zaštićenoj skupini (objektivni razlog), a koji bi mogao stajati iza odluke tuženika da prema takvim osobama postupi različito.

Primjer ovakve instrumentalizacije komparatora možemo naći u nedavnoj odluci *Coleman*.¹⁰ U konkretnom predmetu Sud je našao da je odluka o otkazu zaposlenice, zato jer je zahtijevala određenu prilagodljivost svog radnog vremena kako bi mogla brinuti o djetetu s invaliditetom, prekršila zabranu izravne diskriminacije temeljem invaliditeta iako tužiteljica sama nije pripadala u tu skupinu. Za Sud je ta činjenica bila potpuno nevažna jer je odluka o njenom otkazu bila uvjetovana kriterijem invaliditeta (njenog djeteta). No, iako je jasno odredio da izravna diskriminacija ovisi o uvjetovanosti postupanja nekim zabranjenim kriterijem, Sud je također dao do znanja da će gledati može li se odnos uvjetovanosti potvrditi i na temelju usporedbe postupanja prema diskriminiranoj jer bi to moglo ukazati na mogućnost da je poslodavac otpustio tužiteljicu zbog nekog drugog razloga, a ne invaliditeta njenog djeteta. U tom smislu komparator je dokazno sredstvo.

Komparator bi također mogao biti koristan i u onim situacijama kada nije jasno može li se određeno postupanje uistinu smatrati nepovoljnim. Najbolji primjer ove dileme je visina naknade za određeni rad. Kako u tržišnoj ekonomiji ne postoje neki jasni „objektivni“ kriteriji koji bi određivali „pravičnu“ novčanu naknadu za obavljeni rad, vrlo rijetko ćemo biti u položaju tvrditi da je određena visina naknade izraz „nepovoljnog“ postupanja ako kao usporednu točku nemamo na raspolaganju neku drugu osobu koja obavlja isti rad. Dok je kod situacija koje se odnose na odbijanje zapošljavanja, otkaz ili neki drugi oblik uskraćivanja određenih koristi ili pogodnosti jasno da je konkretno postupanje *nepovoljno* za određenu osobu bez obzira postoji li konkretni komparator ili ne, u slučajevima kao što je ovaj s visinom naknade za obavljeni rad nepovoljnost ćemo utvrđivati kao nedostatak *istovjetnosti* u postupanju.

II. Uvjetovanost nepovoljnog postupanja

Ključno pitanje u sporovima koji se odnose na izravnu diskriminaciju je *zašto* je došlo do nepovoljnog postupanja, tj. koji je *uzrok (temelj)* konkretne odluke koja je osobu dovela u nepovoljni položaj.

No, pitanje uvjetovanosti nepovoljnog postupanja nije nimalo jednostavno. Štoviše, glavni izazov koji ZSD stavlja pred sudove je kako prepoznati da je do određenog postupanja došlo *zbog* pripadnosti određene osobe nekoj zaštićenoj društvenoj skupini, tj. *na temelju* zabranjenog kriterija razlikovanja. Drugim riječima, što točno znači da je nepovoljno postupanje „uvjetovano“ nekom zabranjenom diskriminatornom osnovom? Znači li uvjetovanost da je donositelj sporne odluke imao *namjeru* kon-

kretnu osobu dovesti u nepovoljni položaj? Štoviše, što uključuje pojam „namjera“? Znači li namjeru da je nepovoljno postupanje moralo biti motivirano nekom društveno nepoželjnom šovinističkom predrasudom o vrijednosti pripadnika neke skupine? Uključuje li namjera i oslanjanje na zabranjene kriterije razlikovanja zbog zaštite nekih legitimnih osobnih interesa kao što su smanjenje troškova proizvodnje, zapošljavanje što učinkovitije radne snage ili zaštita osobnih vjerskih uvjerenja? Je li nam subjektivno stanje svijesti tuženika uopće važno za ocjenu uvjetovanosti određenog postupanja zabranjenim kriterijima razlikovanja ili su nam bitni isključivo učinci određenog postupanja? Drugim riječima, je li donositelj sporne odluke odgovoran čak i onda kada nije bio svjestan da je njegovo postupanje uzrokovano pripadnošću određene osobe konkretnoj društvenoj skupini, tj. da je zabranjeni kriterij razlikovanja nesvjesno ušao u postupak odlučivanja i utjecao na odluku?

Tekst ZSD-a i Direktiva Europske unije ne pružaju jasan odgovor na ova pitanja dok praksa Europskog suda pravde nudi samo djelomične odgovore. Tako iz već spomenute odluke *Coleman* jasno proizlazi da Sud smatra da zabrana izravne diskriminacije seže puno dalje od zabrane predrasude. U tom predmetu uopće nije bilo sporno da odluka poslodavca da raskine ugovor s tužiteljicom nije bila motivirana predrasadama prema osobama s invaliditetom, već isključivo činjenicom da zbog brige o svom djetetu s invaliditetom tužiteljica nije mogla odgovoriti na zahtjeve koje je poslodavac pred nju postavio u pogledu radnog vremena. Sud je svejedno našao da raskid ugovora, do kojeg je došlo zato jer je poslodavac smatrao da zbog invaliditeta svog djeteta tužiteljica neće moći učinkovito obavljati svoj posao, predstavlja izravnu diskriminaciju. Ključnu ulogu odigrala je činjenica da je poslodavac temeljio svoju odluku na svojoj stereotipiziranoj pretpostavci vezanoj uz kriterij invaliditeta.

No *Coleman*, a ni mnoge druge antidiskriminacijske odluke Europskog suda pravde nisu dale odgovor na ključno pitanje. Je li u trenutku donošenja diskriminirajuće odluke tuženik *trebao biti svjestan* da je njegova odluka temeljena na nekom od zakonom zabranjenih kriterija razlikovanja, tj. je li zabranjeni kriterij na neki način ipak ušao i „zagadio“ njegov postupak odlučivanja? No, ono što jasno proizlazi iz prakse Europskog suda pravde, koja je od presudne važnosti za tumačenje ZSD-a na onim područjima primjene zakona koji će našim priključivanjem u njeno članstvo prijeći u regulatornu nadležnost Europske unije, je da tumačenje koje izravnu diskriminaciju poistovjećuje s *namjerom* nepovoljnog postupanja koja je motivirana nekom predrasudom.

Iako se Europski sud pravde nije jasno izjasnio prema „nesvjesnoj“ izravnoj diskriminaciji, neki europski sudovi su u pogledu tog pitanja zauzeli puno određeniji stav. Britanski sudovi su u predmetu *James* zauzeli jasno stajalište da izravna diskriminacija ne ovisi o „subjektivnoj“ svijesti tuženika, već isključivo o „objektivnoj“ činjenici da je do konkretnog nepovoljnog postupanja došlo zbog pripadnosti konkretne osobe nekoj zaštićenoj skupini. U konkretnom predmetu Dom lordova je našao da je odluka lokalnih vlasti o besplatnom pristupu bazenu umirovljenim osobama oblik izravne diskriminacije na temelju *spola* jer muškarcima u dobnoj skupini od 60. do 65. godine (kada prema zakonu mogu u mirovinu) nije osigurana ista pogodnost kao i njihovim vršnjakinjama koje su prema zakonu stupile u mirovinu sa 60 godina.¹¹ Za Sud je bilo potpuno nevažno što tijelo lokalne vlasti koje je donijelo odluku nije imalo namjeru muškarce dovesti u nepovoljni položaj, odnosno što nije niti bilo svjesno da je njihova odluka povezana sa zabranjenim kriterijem razlikovanja. Ovaj pristup izravnoj diskriminaciji poznat je i kao „da nije“ [„but for“] doktrina jer *da* konkretan tužitelj *nije* bio muškog spola, konkretna pogodnost bi mu bila dostupna.¹²

„Da nije“ doktrina izravne diskriminacije je ustvari verzija aristotelovskog načela istovjetnosti u postupanju jer ustrajava da se prema pripadnicima različitih skupina postupa na istovjetan način bez obzira na konkretne životne okolnosti u kojima je došlo do određenog postupanja, odnosno konkretni položaj pripadnika različitih društvenih skupina u društvu. Činjenica je da je sporna mjera u predmetu *James* ciljala pomoći *svim* umirovljenim osobama kako bi im olakšala njihovu socijalnu situaciju, odnosno da su zaposleni muškarci u dobi od 60. – 65. godine lakše mogli priuštiti cijenu ulaznice na bazen nego njihove vršnjakinje u mirovini. U tom smislu „da nije“ doktrina izravne diskriminacije vrlo lako postaje izraz tzv. *formalne jednakosti* prema kojoj forma određenog postupanja, a ne njegovi konkretni učinci, jamči jednakost građana.

Europski sud pravde do sada nije izričito prihvatio niti odbacio ovu doktrinu „nesvjesne“ izravne diskriminacije. Neke odluke Suda, kao što su *Dekker* ili *Coleman*, u dobroj mjeri podsjećaju na „da nije“ doktrinu izravne diskriminacije. No, iz nekih drugih odluka proizlazi da Sud nije previše sklon „da nije“ doktrini izravne diskriminacije.

Tako je npr. u predmetu *Hlozek* Sud bio suočen s tvrdnjom da odluka poslodavca, koji je zbog restrukturiranja bio prisiljen otpuštati radnike, da osigura onim zaposlenicima kojima je ostalo pet godina do redovne mirovine isplatu tzv. „premostujuće“ mirovine dok ne ostvare pravo na redovnu mirovinu, predstavlja izravnu diskriminaciju. Premostujuća mirovina bila je socijalna mjera koju je poslodavac poduzeo kako bi zaštitio osobe starije dobi od nezaposlenosti jer je bilo jasno da su na konkretnom tržištu osobe kojima je ostalo 5 godina do zakonske mirovinske dobi bile najviše izložene riziku nezaposlenosti. Kako je mirovinska dob bila zakonski određena drugačije za žene i muškarce, žene u dobnoj skupini od 55-60 godina dobio su pravo na premostujuću mirovinu, a muškarci iste dobne skupine nisu. Štoviše, u konkretnom predmetu nije bilo sporno da je poslodavac bio svjestan da je njegova odluka dobrim dijelom vezana uz spolnu pripadnost radnika/ca.

Sud je našao da konkretna odluka poslodavca nije predstavljala izravnu diskriminaciju. Da je sud primijenio „da nije“ doktrinu, teško bi izbjegao zaključak da je „premostujuća“ mirovina za osobe kojima je ostalo pet godina do mirovine oblik izravne diskriminacije muških zaposlenika u dobnoj skupini od 55-60 godina. No, da bi izbjegao ovakav zaključak, Sud je na pomalo problematičan način upotrijebio usporedbeni pristup izravnoj diskriminaciji.

Prema obrazloženju Suda, odluka nije bila izraz izravne diskriminacije temeljem spola *zato jer* zaposlenici i zaposlenice u konkretnoj dobnoj skupini nisu bili u sličnoj situaciji te stoga i nisu trebali biti tretirani na isti način. Teško je povjerovati da je Sud svoju odluku uistinu temeljio na usporedbenom poimanju izravne diskriminacije. U tom smislu vrijedi primijetiti da je Sud našao potrebnim naglasiti da poslodavac nije imao *namjeru* diskriminirati svoje zaposlenike temeljem njihove spolne pripadnosti, već im pružiti vrstu potrebne socijalne zaštite što potvrđuju i *učinci* njegove mjere koja jednako štiti i muškarce i žene koji su izloženi visokom riziku nezaposlenosti. Drugim riječima, Sud je bio svjestan da je konkretna odluka bila uvjetovana spolnom pripadnošću zaposlenika i zaposlenica, ali ju je našao *društveno poželjnom* jer je pružala vrijednu socijalnu zaštitu onim ženama i muškarcima kojima je ona bila najpotrebnija.

Odluka *Hlozek* tako pokazuje da se Sud neće slijepo usredotočiti na pitanje upotrebe zabranjenog kriterija, odnosno da kada ocjenjuje krši li konkretna odluka zabranu izravne diskriminacije Sud neće

ignorirati niti razloge zbog kojih je konkretna odluka donesena (njen cilj), niti njene konkretne učinke. U tom smislu, Sud je u predmetu *Hlozek* prešutno odbacio „da nije“ doktrinu izravne diskriminacije, iako nije izričito ustvrdio da je taj pristup *uvijek* pogrešan način rješavanja diskriminacijskih sporova.

Nedoumice u praksi sudova pravnog poretka Europske unije u poimanju uvjeta uvjetovanosti nepovoljnog postupanja prate i različiti teorijski pokušaji da se izravnu diskriminaciju opiše na relativno jednostavan i određen način kako bi se olakšalo da se ovaj oblik diskriminacije što lakše prepozna u praksi.

Izravnu diskriminaciju tako se pokušalo se opisati kao *očiglednu i izričitu* upotrebu nekog od zabranjenih kriterija čime se određena osoba dovela u nepovoljni položaj. Ono čemu ovo poimanje izravne diskriminacije posvećuje posebnu pažnju je *forma* postupanja. U tom smislu do izravne diskriminacije dolazi kada je iz *teksta* određene odredbe ili uvjeta jasno da je zabranjeni kriterij razlikovanja utjecao na odluku, odnosno kad je iz forme samog postupka očigledno da je tuženik upotrijebio zabranjeni kriterij odlučivanja. Oglas u kojem se za određeni posao traže konobarice ili građani hrvatske nacionalnosti su klasični primjeri kada je iz teksta odredbe ili uvjeta jasno da je došlo do izravne diskriminacije. Klasični primjer kada forma postupanja odaje diskriminaciju je situacija gdje niti jednoj osobi romskog etniciteta nije dopušten ulaz u disko-klub iako ne postoji niti jedno pisano pravilo kojima se Romima zabranjuje ulaz u klub.

Problem s ovakvim pomalo formalističkim poimanjem izravne diskriminacije koje bi moglo biti privlačno domaćim sudovima zbog svoje jednostavnosti je da ono ne obuhvaća najučestalije oblike diskriminacije iz stvarnog života. Danas će rijetko koji poslodavac raspisati natječaj za slobodno radno mjesto u kojem će otvoreno isključiti osobe jednog spola, nacionalnosti ili recimo seksualne (spolne) orijentacije. No, značajan dio njih će *namjerno* ustrajavati na neutralnim kriterijima koji su od nekog značaja za konkretno radno mjesto, ali za koje su sigurni da će isključiti veliki broj pripadnika određene skupine. Isto tako je rijetka situacija u kojoj će neki klub odbiti ulaz baš svakoj osobi određene rase. Određeni manji broj pripadnika te društvene skupine će vjerojatno ući u klub „preko veze“, a neki jednostavno kako bi se vlasnik kluba zaštitio od moguće tužbe.

Oni koji izravnu diskriminaciju poimaju prvenstveno kroz formu nepovoljnog postupanja će ovakve slučajeve poistovjećivati s neizravnom diskriminacijom. No, takvo stajalište je problematično iz nekoliko razloga.

Prvo, ovakvo stajalište ima praktične posljedice za žrtve diskriminacije. Naime, da bi dokazao neizravnu diskriminaciju, tužitelj mora podastrijeti uvjerljive dokaze da je neka neutralna mjera imala posebno nepovoljne učinke za tu osobu kao pripadnicu neke zaštićene društvene skupine. U pravilu će se ti dokazi sastojati od statističkih pokazatelja da je određena neutralna mjera koja se postojano primjenjuje na sve osobe imala posebno nepovoljne posljedice za pripadnike jedne društvene skupine.

Kod izravne diskriminacije tužitelj mora pokazati kako je *moguće* da je do nepovoljnog postupanja došlo *zbog* toga jer je poslodavac na neki način upotrijebio zabranjeni kriterij razlikovanja. U našim konkretnim primjerima to znači da tužitelj može koristiti dokaze (npr. izjave svjedoka ili dopisivanje putem e-maila) koji pokazuju da je *moguće* da su poslodavac ili vlasnik kluba koristili neutralne mjere

s diskriminatornom *namjerom*. U tom trenutku odgovornost da dokaže da tome nije bilo tako prelazi na poslodavca ili vlasnika kluba.¹³ To je puno niži prag tereta dokazivanja za žrtve diskriminacije od onog kojeg zahtjeva zabrana neizravne diskriminacije. Drugim riječima, pristup koji izravnu diskriminaciju poima prvenstveno kroz formu postupanja otežava žrtvama diskriminacije da zaštite svoja prava pred sudovima.

Drugo, teško je vidjeti neki uvjerljiv vrijednosni razlog zašto se ovakva vrsta diskriminacije ne bi smatrala izravnom diskriminacijom. U ovakvim situacijama tuženik je očigledno bio svjestan da je zabranjeni kriterij utjecao na njegovu odluku da pripadnike određene društvene skupine dovede u nepovoljnu situaciju jer je postupao s diskriminatornom namjerom. Štoviše, ta namjera je vrlo često motivirana i nekom vrstom predrasude. Činjenica da je manji broj pripadnika diskriminirane skupine ipak uspio zadovoljiti lažno neutralni kriterij je u ovakvim situacijama gotovo beznačajna jer je donositelj odluke uspio ostvariti svoj diskriminatorni cilj.

3.2. NEIZRAVNA DISKRIMINACIJA

A) UVOD

Članak 2.

(2) Neizravna diskriminacija postoji kada naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa, stavlja ili bi mogla staviti osobe u nepovoljniji položaj po osnovi iz članka 1. stavka 1. ovoga Zakona, u odnosu na druge osobe u usporedivoj situaciji, osim ako se takva odredba, kriterij ili praksa mogu objektivno opravdati zakonitim ciljem, a sredstva za njihovo postizanje su primjerena i nužna.

Neizravna diskriminacija relativno je novi antidiskriminacijski instrument u hrvatskom pravnom sustavu u koji je ušao kroz Zakon o ravnopravnosti spolova i kroz Zakon o radu.¹⁴ Zakon o suzbijanju diskriminacije dodatno je proširio primjenu ovog jamstva na veći broj diskriminacijskih osnova i veći broj područja primjene.

B) STRUKTURA JAMSTVA ZABRANE NEIZRAVNE DISKRIMINACIJE

Prema tekstu čl. 2. st. 2. ZSD-a kralježnicu neizravne diskriminacije čini:

- » Nepovoljno djelovanje naizgled neutralne mjere za pripadnike/ice određene društvene skupine (tzv. neravnomyjerni učinak),
- » Objektivno opravdanje nepovoljnog učinka (tzv. načelo razmjernosti).

Također, svaki od navedena dva dijela ovog antidiskriminacijskog jamstva moguće je dodatno raščlaniti na posebne elemente.

U tom smislu uvjet *neravnomjernog učinka* sastoji se od:

- » neutralne odredbe, kriterija ili prakse koja proizvodi neravnomjerni učinak (neutralna mjera),
- » nepovoljnog položaja u kojeg je neutralna mjera dovela pripadnike određene skupine, a koji se dokazuje na temelju:
 - » usporedivih situacija u kojima se nalaze pripadnice/i diskriminirane skupine i pripadnici neke druge skupine (komparator),
 - » povezanosti nepovoljnog položaja s nekom od diskriminatornih osnova što se može dokazati:
 - » ili na temelju statističkog nerazmjera između broja pripadnika usporedivih skupina koji mogu zadovoljiti zahtjeve sporne mjere odnosno pripadnika koji mogu zadovoljiti takve zahtjeve,
 - » ili na temelju povrede nekog interesa tužiteljice/a koji je usko vezan uz njenu ili njegovu pripadnost određenoj skupini.

Ako je tužitelj uspio dokazati neravnomjerni učinak naizgled neutralne mjere, na tuženiku je da dokaže da je takva mjera *objektivno opravdana*. Uvjet objektivnog opravdanja je u svojoj biti test razmjernosti i kao takav se sastoji od:

- » zakonitog cilja koji se želi postići neutralnom mjerom (uvjet legitimnog cilja),
- » prikladnosti mjere za postizanje legitimnog cilja (uvjet sposobnosti, tj. prikladnosti mjere),
- » nužnosti mjere za postizanje legitimnog cilja (uvjet nužnosti mjere).

U slučaju da tuženik ne zadovolji bilo koji od tri navedena koraka testa razmjernosti, sama činjenica da mjera proizvodi neravnomjeren učinak na pripadnike određene društvene skupine koje štiti ZSD zahtijevat će od suda da odluči u korist tužiteljice/a, tj. da nađe da sporna naizgled neutralna mjera predstavlja neizravnu diskriminaciju.

Iako jamstvo neizravne diskriminacije ima značajno razrađenu strukturu, njegovo glavno obilježje je visoki stupanj otvorenosti različitim tumačenjima. Tako npr. niti Zakon niti direktive Europske unije ne pojašnjavaju što se podrazumijeva pod nepovoljnim položajem do kojeg dolazi zbog primjene neutralne mjere na različite skupne, niti određuju što znači da je do nepovoljnog položaja došlo „po osnovi“ nekog zabranjenog kriterija razlikovanja, odnosno kada su osobe koje pripadaju različitim skupinama toliko različite da ih ne možemo smatrati usporedivim iako se na njih primjenjuje ista neutralna mjera. Isto tako, ne pojašnjavaju kada je određeni cilj legitiman.

Na hrvatskim sudovima leži odgovornost da kroz konkretne predmete konkretiziraju značenje ovog antidiskriminacijskog jamstva uzimajući u obzir ciljeve, vrednote i pojedinačne interese s kojima će se suočavati u konkretnim predmetima, a koje hrvatski pravni poredak želi zaštititi ovim instrumentom.

C) UVJET NERAVNOMJERNOG UČINKA

Da bi uspio u sporu radi povrede zabrane neizravne diskriminacije, tužitelj/ica mora dokazati da je neutralnost nekog kriterija postupanja (mjere), koji se dosljedno primjenjuje na sve osobe bez obzira ne njihovu pripadnost nekoj društvenoj skupini, samo privid. Drugim riječima, mora dokazati da bez obzira na neutralnu formu sporne mjere, iz njenog *učinka* proizlazi da je pripadnost određenoj društvenoj skupini utjecala na određeni način na donošenje konkretne mjere.

Usredotočenost na konkretni učinak je temeljno obilježje ovog antidiskriminacijskog instrumenta. U tom smislu tužiteljica ili tužitelj mora dokazati da ih je određena formalno (prividno) neutralna mjera dovela u nepovoljan položaj kao pripadnike određene društvene skupine koja uživa zaštitu ZSD-a, tj. da zbog svoje pripadnosti toj društvenoj skupini ne mogu zadovoljiti zahtjeve koje pred njih postavlja konkretna mjera. Da bi zadovoljili ovaj zahtjev, tužiteljica ili tužitelj mora identificirati neutralnu mjeru te mora demonstrirati vezu između nepovoljnosti učinka konkretne mjere i pripadnosti određenoj društvenoj skupini.

I. Neutralna mjera

Prvi korak u dokazivanju neizravne diskriminacije je identifikacija neutralne mjere koja je tužiteljicu/a dovela u nepovoljnu poziciju. Prateći direktive Europske unije čl. 2. st. 2., ZSD zahtijeva da se identificira „naizgled neutralna odredba, kriterij, ili praksa“. Ovako široko određenje znatno olakšava identifikaciju neutralne mjere tužiteljima što se vidi iz odluke Europskog suda pravde u predmetu *Danfoss* u kojem je izričito odbacio zahtjev da tužiteljice moraju precizno identificirati kriterij određivanja visine plaća zbog kojeg su njihove plaće niže.¹⁵ Sve što je bilo dovoljno je činjenica da je poslodavac određenoj skupini svojih radnica/ka isplaćivao niže plaće. Sud je naglasio da je ovako niski prag dokazivanja na strani tužiteljice neophodan kako bi se one zaštitile od nejasnoća postupanja poslodavaca što je nužno radi ostvarivanja njihovog temeljnog prava na *učinkovitu sudsku zaštitu* od diskriminacije.

Iako nemaju obvezu pojasniti konkretni kriterij ili odredbu koja proizvodi nepovoljni učinak, vrlo često će takvi uvjeti sudjelovanja u društveno vrijednim prilikama biti prilično lako identificirati. Neki od primjera su:

- » Osomatna struktura punog radnog vremena jer u pogledu zapošljavanja u punom radnom vremenu u nepovoljni položaj dovodi žene na koje društvo još uvijek stavlja nerazmjerni teret brige za djecu i obitelj.
- » Pisana ili nepisana pravila oblačenja kao što je npr. pravilo da nije dozvoljeno nositi pokrivala za glavu što u nepovoljni položaj dovodi pripadnike nekih vjerskih skupina kojima je pokrivalo izuzetno važan dio njihovog vjerskog uvjerenja.
- » Uvjetovanje nekih povlastica postojanjem bračnog odnosa koje u nepovoljni položaj dovodi osobe homoseksualne orijentacije jer im nije dopušteno zasnivanje braka.

II. Nepovoljni učinak neutralne mjere

Da bi neutralna mjera bila neizravno diskriminatorna, ona mora proizvesti nepovoljni učinak za pripadnike određene društvene skupine koja uživa zaštitu ZSD-a. Nepovoljni učinak je ključni element kojeg tužitelji moraju dokazati. Važno je stoga naglasiti da nije svaki učinak koji je nepovoljan za pripadnicu/pripadnika određene zaštićene društvene skupine ujedno i diskriminatoran. Samo oni učinci

do kojih dolazi zbog njihove pripadnosti konkretnoj društvenoj skupini, odnosno zbog obilježja koje ih čini pripadnicima konkretne skupine, dolaze u doseg ovog antidiskriminacijskog jamstva.

Postoje dva načina dokazivanja da je do nepovoljnog učinka neutralne mjere došlo zbog pripadnosti tužitelja/ica određenoj društvenoj skupini.¹⁶ Prvi „uobičajen“ način razvio se kroz praksu Europskog suda pravde na području jednakosti spolova i temelji se na statističkom nerazmjeru učinka neke naizgled neutralne mjere. Drugi način je tek nedavno ušao u pravni poredak Europske unije kroz novo objašnjenje neizravne diskriminacije koje nalazimo u antidiskriminacijskim direktivama, a koje je prihvatio i ZDS. Ovaj „novi“ način dokazivanja ne ustrajava na statističkim podacima, već traži od tužitelja/ica da dokažu da je prividno neutralna mjera povrijedila neki njihov osobni interes koji je od određene važnosti za njihov identitet kao pripadnika/ca određene društvene skupine. Ovaj tekst ograničit će se na klasičan „statistički“ pristup.

a) Statistička nerazmjernost učinka

Prema konvencionalnom pristupu koji se razvio kroz bogatu praksu Europskog suda pravde u pogledu neizravne diskriminacije žena, tužitelji/ce su morali demonstrirati da znatno veći broj pripadnica/ka njihove skupine u usporedbi s pripadnicima/ama „suprotne“ skupine nije bio u mogućnosti zadovoljiti zahtjeve koje je pred njih stavila neutralne mjere.¹⁷ Činjenica da je „znatno veći broj“ osoba jedne skupine stavljen u nepovoljni položaj nekom neutralnom mjerom, dovoljna je da sud pretpostavi da je njena neutralnost prividna, odnosno da je njen nepovoljni učinak na neki način uvjetovan pripadnošću tužitelja određenoj zaštićenoj skupini. U tom trenutku teret dokazivanja prelazi na tuženika koji mora dokazati da postoji objektivno opravdanje takvog nerazmjernog učinka.

Od kad ga je Sud uspostavio u pionirskoj odluci u predmetu *Bilka* kojem je uveo zabranu neizravne diskriminacije u pravni poredak Europske unije, ovaj „statistički“ pristup je ostao dominantan pristup do današnjeg dana.¹⁸ No bez obzira na njegov dominantan položaj u praksi Europskog suda pravde, ovaj pristup pred europske sudove stavlja cijeli niz izazova u primjeni zabrane neizravne diskriminacije. U tom smislu vrijedi posebno naglasiti da je Europski sud pravde dosljedno izbjegavao točno objasniti kako se određuje i što čini „znatno veći broj“ pripadnika jedne skupine te je ta pitanja u pravilu ostavljao u nadležnosti nacionalnih sudova država članica zadržavajući sebi pravo djelovati u njihovoj praksi kada je to smatrao potrebnim. Dva su pitanja u tom pogledu stavljala nacionalne sudove pred posebne izazove.

Prvo, kako se određuje skupina (tzv. „bazen“) na temelju koje se određuje da je znatno veći broj pripadnika jedne društvene skupine stavljen u nepovoljniji položaj u odnosu na drugu društvenu skupinu? Ovo pitanje se ustvari svodi na dilemu komparatora koju smo već susreli kod zabrane izravne diskriminacije.

Drugo, kakav statistički procjep stoji iza pojma „znatno“?¹⁹ Za statističku razliku od 20% zasigurno gotovo sigurno možemo tvrditi da ukazuje da „znatno veći broj“ pripadnika jedne skupine nije u poziciji zadovoljiti određene naizgled neutralne zahtjeve. No, što je recimo s razlikom od 9%?

Odgovor na ova pitanja ne leži u statistici, već u vrijednosnoj procjeni sudova. Predstavlja li određena statistička razlika „znatno veći broj“ pripadnika jedne skupine ovisi o isključivo o tome smatramo li

društveno poželjnim da trošak postizanja stvarne jednakosti pripadnika određene društvene skupine stavimo na teret poslodavca iako bi učinci konkretne odluke u postizanju stvarne jednakosti mogli biti relativno ograničeni.

aa) Neravnomjerni učinak i komparator

Da bi dokazali da određena prividno neutralna mjera dovodi u nepovoljni položaj značajno veći broj pripadnika/ica neke zaštićene društvene skupine, tužitelj/ica mora odrediti skupinu osoba (tzv. bazen) koja čini podlogu na temelju koje će se izračunati udjeli osoba koje su uspjele i koje nisu uspjele zadovoljiti zahtjeve koje pred njih stavlja određena naizgled neutralna mjera. Tko čini takav statistički bazen, neće uvijek biti jasno. Sudovi će tako npr. morati odlučivati ulaze li u bazen samo osobe s određenim kvalifikacijama ili sve osobe na koje se određena mjera primjenjuje, odnosno ulaze li u bazen osobe u određenom odjelu nekog poslodavca, sve osobe zaposlene kod tog poslodavca ili možda sve osobe zaposlene u određenom zanimanju na konkretnom tržištu.²⁰

Prema *Bilka* nauku, pitanje komparatora u pravilu ne predstavlja značajno pitanje. U pravilu u statistički bazen ulaze svi pripadnici društvenih skupina koje su važne za konkretan predmet (npr. Romi-Hrvati, homoseksualne osobe – heteroseksualne osobe itd.) na koje se primjenjuje osporavana neutralna mjera. No, u praksi Europskog suda pravde možemo naći i predmete u kojem je Sud pitanju komparatora pristupio na problematičan način.

Primjer takve odluke nalazimo u predmetu *Gruber*.²¹ U konkretnoj odluci Sud je našao da odredba austrijskog Zakona o zaposlenima, prema kojoj zaposlenik/ica nema pravo na naknadu u povodu prestanka ugovora o radu ako je dao/dala otkaz bez važnog razloga, ne predstavlja neizravnu diskriminaciju iako u nepovoljni položaj stavlja znatno veći broj žena nego muškaraca prvenstveno zato jer ne priznaje da je prekid radnog ugovora zbog nedostatka slobodnih mjesta u vrtičkim ustanovama važan razlog. Prema Sudu, osobe koje nisu mogle osigurati uslugu njege za djecu ne mogu se uspoređivati s ostalim kategorijama radnika kojima zakon priznaje pravo na spornu naknadu kao što su npr. osobe kojima je poslodavac ozbiljno povrijedio čast jer je raskid njihovog ugovora o radu rezultat njihovog slobodnog izbora. Ovakvo poimanje slobode izbora koje odražava svjetonazor karakterističan za muškarce kao dominantnu društvenu skupinu u gotovo svim državama članicama Europske unije zasigurno ne pridonosi ostvarenju stvarne jednakosti žena i značajno potkopava smisao zabrane neizravne diskriminacije.

ab) „Znatnost“ statističke razlike

Prema konvencionalnom pristupu neizravnoj diskriminaciji iz predmeta *Bilka*, da bi se naizgled neutralna mjera mogla smatrati diskriminatornom, ona mora u nepovoljniji položaj dovesti *znatno veći broj* pripadnika/ica jedne skupine od pripadnika/ica druge skupine. Drugim riječima, nije svaka statistička razlika razlog da sud pretpostavi da je mjera diskriminatorna, već ona mora prijeći određeni prag „znatnosti“. Sam Sud je u svojoj praksi dosljedno izbjegavao dati točno objašnjenje tog praga te je to pitanje u pravilu ostavljao na slobodu nacionalnih Sudova.²²

Ustrajavajući na *znatnoj* statističkoj razlici, Europski sud pravde je ustvari želio ostvariti dva vrijednosna cilja. S jedne strane, Sud time želi podvrgnuti antidiskriminacijskoj kontroli samo one odluke

o podjeli vrijednih društvenih prilika za koje postoji relativno dobra vjerojatnost da su donesene pod *utjecajem kriterija pripadnosti* određenoj zaštićenoj skupini. S druge strane, na ovaj način Sud također želi osigurati da se antidiskriminacijskoj kontroli podvrgnu samo one situacije u kojima kriterij pripadnosti određenoj skupini predstavlja tako značajnu prepreku sudjelovanju pripadnika/ica društvenih skupina koje uživaju zakonsku zaštitu u određenoj prilici da je *društveno isplativo* od donositelja odluke, a to je najčešće poslodavac, tražiti da snosi teret odricanja onih kriterija izbora, odnosno raspodjele, koje on iz nekog razloga smatra poželjnima, ali koji u stvarnosti ne pridonose ostvarenju funkcije koje on obavlja.

U svjetlu navedenog jasno je da uvjet „znatne“ statističke razlike ne može imati čvrsti brojčani prag, već je njegovo konkretno značenje relativno. Tako npr. matematički relativno velika statistička razlika od 20% ne mora biti i „znatna“ ako se radi o malom statističkom uzorku (tzv. bazenu), odnosno ako statistička razlika od 5% više žena koje ne mogu zadovoljiti određeni kriterij za neki posao konkretno znači stotine žena više nego muškaraca koje ne mogu koristiti određenu vrijednu društvenu priliku, takva matematički relativno mala razlika će nam se učiniti društveno „znatnom“.

Ovakva relativnost statističkih dokaza u predmetima neizravne diskriminacije posebno je upozorenje hrvatskim sudovima koji nisu navikli na ovu vrstu dokaznog materijala. Još važnije, sudovi još uvijek nemaju dovoljnu razvijenu vještinu vrijednosnog tumačenja naizgled matematički objektivnih podataka. U tom svjetlu pomoć bi mogli naći u praksi Europskog suda pravde. Iako nije precizirao što točno znači „znatna“ statistička razlika, Sud je postavio određene smjernice koje bi nacionalnim sudovima trebale pomoći pri ocjeni učinka prividno neutralnih mjera. Tako je u predmetu *Enderby* Sud našao da statistički podaci koje koriste tužitelji moraju zadovoljiti određeni minimum valjanosti, tj. moraju pokrивati dovoljan broj pojedinaca, ne smiju odražavati čisto slučajne ili kratkotrajne fenomene i uglavnom se moraju činiti značajnima.²³

Još značajnija je odluka u predmetu *Seymour-Smith*.²⁴ Prema mišljenju Suda, ocjena nerazmjernog učinka dobila bi na uvjerljivosti ako bi se istovremeno uspoređivali statistički udjeli žena koje su uspjele i koje nisu uspjele zadovoljiti sporni neutralni kriterij sa statističkim udjelom muškaraca koji su uspjeli i koji nisu uspjeli zadovoljiti isti kriterij. U konkretnom predmetu Sud je prateći ovaj kriterij našao da razlika između 77.4% muškaraca i 68.9% žena koje su mogle zadovoljiti zahtjeve neutralni kriterij nije pokazivao da značajno veći broj žena nije mogao zadovoljiti sporni zakonski kriterij. Ovakav zaključak je pomalo iznenađujući jer razlika od gotovo 9% više žena, koja je u konkretnom predmetu značila da je stotine više žena ostalo bez konkretne koristi, zasigurno pokazuje da su kao društvena skupina žene bile u nepovoljnijem položaju. No istovremeno, Sud je našao da će i naizgled niži, ali uporan i relativno dosljedan statistički nerazmjer predstavljati značajnu razliku ako se utvrdi kroz duže vremensko razdoblje.

D) UVJET OBJEKTIVNOG OPRAVDANJA

U trenutku kada tužitelj/ica uvjeri sud da ih prividno neutralna mjera dovodi u nepovoljni položaj temeljem njihove pripadnosti određenoj skupini koja uživa zaštitu Zakona, teret dokazivanja prelazi na tuženika/cu koji moraju uvjeriti sud da za nerazmjerni učinak postoji objektivno opravdanje.

Uvjet objektivnog opravdanja sastoji se od tri zasebna zahtjeva. Da bi se obranio od tužbe za neizravnu diskriminaciju, tuženik/ica mora dokazati da prividno neutralna mjera:

- » namjerava ostvariti zakoniti cilj,
- » da je primjerena za ostvarenje tog cilja,
- » da je nužna za ostvarenje tog cilja

Drugim riječima, tuženik/ca moraju dokazati da njihova mjera zadovoljava načelo razmjernosti. Usprkos prividu logičnosti ovog načela, svaki od navedena tri zahtjeva potpuno su otvoreni različitim tumačenjima. Zbog svoje otvorenosti uvjet objektivnog opravdanja „nudi“ nekoliko različitih razina kontrole prividno neutralnih mjera. Koju razinu kontrole će sud odabrati, ovisi o društvenim vrijednostima i ciljevima koje sud smatra poželjnim zaštititi ovim antidiskriminacijskim jamstvom, odnosno o načinu na koji poima svrhu zabrane neizravne diskriminacije.

Najblažu razinu kontrole podrazumijeva ono stajalište koje neizravnu diskriminaciju vidi isključivo kao način da se spriječi izigravanje zabrane izravne diskriminacije. Prema ovom poimanju, svrha zabrane neizravne diskriminacije je otkriti je li neutralnom mjerom tuženik prekrivao namjeru da pripadnike određene skupine dovede u nepovoljni položaj. U tom smislu ako tuženik uvjeri sud da je naizgled neutralnom mjerom želio ostvariti cilj koji ni na koji način nije vezan uz pripadnost tužitelja/ice određenoj društvenoj skupini, dokazao je njenu objektivnost. U ovom pristupu zahtjev primjerenosti se svodi na blagu verziju testa sposobnosti mjere. Istovremeno, zahtjev nužnosti svodi se u blagu verziju testa razumnosti prema kojem tuženik mora jednostavno dokazati da je bilo razumno pretpostaviti da je mjera nužna za ostvarenje objektivnog cilja.

Ovako usko poimanje neizravne diskriminacije moglo bi biti privlačno za sudove koji diskriminaciju poistovjećuju s namjerom motiviranom predrasudama. No, ono značajno ograničava smisao zabrane diskriminacije i suprotno je shvaćanju diskriminacije koje nalazimo u pravnom poretku Europske unije iz kojeg je ZSD preuzeo ovaj antidiskriminacijski instrument.

Znatno višu razinu kontrole nalazimo u pristupu koji zabranu neizravne diskriminacije vidi kao način da se utvrdi stoje li iza konkretne prividno neutralne mjere određeni oblici stereotipova i strukturalnih nejednakosti. Drugim riječima, ovaj pristup od tuženika zahtijeva da dokaže da je upotrijebio spornu neutralnu mjeru jer mu je ona uistinu bila nužna kako bi ostvario neki legitiman cilj, a ne zato jer je na temelju ustaljenosti takve mjere u praksi jednostavno pretpostavio da će ona poslužiti određenom legitimnom cilju. Klasičan primjer ovakve mjere je kriteriji srednjoškolskog obrazovanja kao uvjet za zasnivanje radnog odnosa. Većina ljudi će jednostavno prihvatiti da će osoba sa srednjoškolskim obrazovanjem bolje obavljati neki posao od osobe koja nema takvo obrazovanje. No, takva pretpostavka nije nimalo očigledna. Postoji cijeli niz praktičnih manualnih poslova u kojima poslodavci ustrajavaju na srednjoškolskom obrazovanju iako ono nikako ne ukazuje na sposobnost osobe da obavlja takav posao. Istovremeno, takav kriterij predstavlja prepreku pripadnicima nekih

etničkih društvenih skupina kao što su Romi koji zbog svog podređenog položaja u društvu nisu u mogućnosti steći takvu vrstu obrazovanja.

U ovom pristupu neizravnoj diskriminaciji, koji igra značajnu ulogu u pravnom poretku Europske unije, od tuženika se zahtijeva da dokaže objektivnost svojih postupaka, tj. da dokaže da je sporna neutralna mjera u velikoj mjeri stvarno sposobna ostvariti svoj legitiman cilj i da ne postoji druga mjera koja bi mogla na jednak način ostvariti taj cilj, ali s manje štetnih posljedica za društvenu skupinu koju dovodi svojim učinkom u nepovoljni položaj.

Najstrožu razinu kontrole neutralnih mjera s nerazmjernim učinkom nalazimo u pristupu koji neizravnu diskriminaciju vidi kao zahtjev da se postigne ravnomjernija raspodjela društvenih prilika između različitih društvenih skupina kako bi se ojačala sposobnost pripadnika onih društvenih skupina koje se tradicionalno nalaze u podređenom društvenom položaju da savladaju prepreke s kojima se susreću u svakodnevnom životu. Prema ovom pristupu, koji igra određenu ulogu u pravnom poretku Europske unije, tuženik ne samo da mora dokazati da je prividno neutralna mjera stvarno sposobna ostvariti svoj legitiman cilj i da ne postoji manje ograničavajuća mjera koja bi taj cilj mogla postići podjednako kvalitetno, već mora i uvjeriti sud da je ona vrijednosno primjerena. Drugim riječima, tuženik mora uvjeriti sud da je cilj koji mjera pokušava postići od takve vrijednosti da je u konkretnom slučaju opravdano staviti sa strane društveni interes za postizanjem stvarne jednakosti tradicionalno diskriminiranih skupina u konkretnom društvu.

I. Zakonitost cilja

Da bi opravdao prividno neutralnu mjeru, tuženik prije svega mora uvjeriti sud da je njena svrha ostvariti neki zakoniti cilj. Kako je moguće da se nekom mjerom želi ostvariti neki cilj koji nije izričito zabranjen zakonom, ali koji bi na određeni način mogao biti diskriminatoran, poželjnije je pojam zakonitosti tumačiti u smislu legitimnosti cilja. Legitimni ciljevi bi bili oni ciljevi koji nisu izričito zabranjeni zakonom i nisu na bilo koji način uvjetovani nekim zabranjenim kriterijem razlikovanja, odnosno pripadnosti određenoj zaštićenoj skupini (objektivnost). No uvjet legitimnosti sadrži i neke druge zahtjeve.

Uvjet legitimnosti zahtijeva od tuženika da dokaže da je objektivni cilj koji mjera želi postići uistinu *stvaran*, tj. točno pojašnjava korist koju će postići spornom mjerom. Tako je npr. u predmetu *Rinner-Kühn* Sud našao da se mjera kojom su osobama koje rade skraćeno radno vrijeme uskraćene neke povlastice, što je imalo nerazmjerni učinak za zaposlene žene, ne može opravdati tvrdnjom da se na taj način štiti učinkovitost poduzeća jer osobe koje rade skraćeno radno vrijeme nisu jednako predane ili integrirane u poduzeće kao i osobe zaposlene u punom radnom vremenu.²⁵ Sud je našao da je takva tvrdnja neprihvatljiva jer se radi o pukoj generalizaciji za koju nema nikakvog dokaza. U predmetima kao što su *Hill*²⁶ ili *Jorgensen*²⁷ Sud je našao da općeniti ciljevi kao što su povećanje dobiti ili očuvanje proračuna ne mogu služiti kao legitimni ciljevi jer bi onemogućili učinkovitu primjenu zabrane neizravne diskriminacije.

II. Zahtjev primjerenosti

Nakon što su uvjerali sud da njihova prividno neutralna mjera teži postizanju nekog *stvarnog i konkretnog* legitimnog cilja, tuženici moraju zorno prikazati da je mjera primjerena za postizanje cilja. U praksi Europskog suda pravde to je u pravilu značilo da je sud potrebno uvjeriti da je mjera *sposobna* ostvariti cilj. Istovremeno, Sud nije odredio što točno znači da mjera mora biti sposobna, odnosno nije pojasnio koji stupanj kontrole treba primijeniti pri testiranju naizgled neutralnih mjera s nerazmjernim učinkom.

U predmetu *Bilka* Sud je našao da naizgled neutralna mjera mora težiti ostvarenju legitimnog cilja, mora *odgovarati* tom cilju i mora biti nužna za njegovo ostvarenje. Primjenjujući ovaj standard na konkretne činjenice tog predmeta, Sud je uspostavio relativno visok stupanj antidiskriminacijske kontrole prividno neutralnih mjera koji od tuženika traži da dokažu s *visokom vjerojatnošću* da će njihova mjera uistinu ostvariti proklamirani legitimni cilj. No i ova stroga razina kontrole ostavlja prostora za određenu slobodu. U tom smislu, na nacionalnim sudovima je da ovisno o konkretnom slučaju, odnosno o društvenim vrednotama i privatnim interesima oko kojih se odvija određeni spor, odrede može li određena mjera ostvariti svoj cilj u potpunosti ili u najvećem dijelu, odnosno mora li biti stvarno sposobna ostvariti svoj cilj ili mora postajati visoka vjerojatnost da će ga ostvariti.

Kako će iskoristiti ovu slobodu, ovisi isključivo o vrijednosnoj ocjeni suda. Drugim riječima, na stranaka je da uvjere sud da su njihovi interesi od takve društvene važnosti da bi sud trebao primijeniti strožu (ako želi zaštititi interese tužitelja), odnosno blažu (ako želi zaštititi interese tuženika) verziju testa sposobnosti.

III. Zahtjev nužnosti

Zahtjev nužnosti je zadnji element uvjeta objektivnog opravdanja i kao i ostali elementi ovog uvjeta njegovo značenje je otvoreno različitim tumačenjima što dodatno dozvoljava sudovima da razviju različite razine kontrole prividno neutralnih mjera.

Dva su uobičajena načina na koji možemo tumačiti zahtjev nužnosti. Zahtjev nužnosti tako npr. možemo shvatiti kao zahtjev da tuženik dokaže da legitimni cilj uopće ili barem u najvećoj mjeri ne bi mogao biti ostvaren bez sporne mjere. Znatno viši i poželjniji stupanj kontrole bi tumačio ovaj element uvjeta objektivnog opravdanja kao zahtjev da tuženik dokaže da ne postoji niti jedna druga mjera koja može ostvariti legitimni cilj na podjednako kvalitetan način, ali s manje štetnih posljedica za tužitelja/icu.

U praksi Europskog suda prisutne su obje varijante zahtjeva nužnosti. No, vrijedi spomenuti da je do sada strože tumačenje koje od poslodavca traži da dokaže da ne postoji manje štetna mjera imalo utjecajan položaj u predmetima u kojima su se pojedinci branili od neizravne diskriminacije u radnim odnosima. U tom smislu, opet kao primjer vrijedi spomenuti predmet *Bilka* u kojem je Sud našao da sporna mjera uskraćivanja mirovinskih povlastica svim radnicima/ama koji ne rade u punom radnom vremenu nije nužna kako bi se te osobe potaknulo da se prebace u radni odnos s punim radnim vremenom i tako počnu raditi i nedjeljom jer je Bilka na raspolaganju imala manju štetnu mjeru, tj. mogla je mirovinske povlastice jednostavno uvjetovati radom nedjeljom.

3.3. POSEBNI OBLICI DISKRIMINACIJE

Jamstva zabrane izravne i neizravne diskriminacije su bez sumnje dva najvažnija antidiskriminacijska instrumenta propisana Zakonom o suzbijanju diskriminacije. No, uz ova dva jamstva ZSD je u hrvatski pravni sustav uveo još nekoliko antidiskriminacijskih instrumenata kako bi pojedincima osigurao učinkovitu zaštitu prava na jednakost.

A) UZNEMIRAVANJE

Članak 3.

(1) Uznemiravanje je svako neželjeno ponašanje uzrokovano nekim od osnova iz članka 1. stavka 1. ovoga Zakona koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobe, a koje uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

(2) Spolno uznemiravanje je svako verbalno, neverbalno ili fizičko neželjeno ponašanje spolne naravi koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobi, koje uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

(3) Na uznemiravanje i spolno uznemiravanje na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ovoga Zakona koje se odnose na diskriminaciju.

Uznemiravanje je kao antidiskriminacijski instrument ušlo u hrvatski pravni sustav još kroz Zakon o ravnopravnosti spolova.²⁸ No, ZDS je ovo jamstvo proširio i na ostale osnove diskriminacije i ono je uz izravnu i neizravnu diskriminaciju bez sumnje najznačajniji antidiskriminacijski instrument u hrvatskom pravnom sustavu.

Prateći direktive Europske unije ZSD propisuje zabranu dva oblika uznemiravanja: uznemiravanje i spolno uznemiravanje te u čl. 3. st. 3. određuje uznemiravanje kao oblik diskriminacije. Istovremeno, ono što je odmah uočljivo u tumačenju uznemiravanja je da ovaj oblik diskriminacije ne ustrajava na komparatoru.²⁹ Drugim riječima, od tužitelja/ica se ne zahtijeva da dokazuju da se prema njima postupalo *manje povoljno* nego prema pripadniku/ici neke druge skupine. Ono što trebaju dokazati je da je konkretno postupanje:

- » bilo neželjeno s njihove strane,
- » bilo uvjetovano njihovom pripadnošću određenoj skupini,
- » kao cilj ili učinak imalo povredu dostojanstva tužitelja,
- » uzrokovalo strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

U tom smislu uznemiravanje je oblik pristupa koji diskriminaciju poima prvenstveno kroz *uvjetovanost* nepovoljnog postupanja nekim od zabranjenih osnova, tj. pripadnošću nekoj zaštićenoj skupini.

Razlika između spolnog uznemiravanja i uznemiravanja je prvenstveno u vrsti neželjenog postupanja. Kod spolnog uznemiravanja neželjeno postupanje je *seksualne naravi*. Klasični primjeri takvog ponašanja su prijedlozi seksualnog odnosa, seksualne sugestije, insinuuacije, „pošalice“ seksualnog sadržaja, oponašanje seksualnih akata, dodirivanje intimnih dijelova tijela, posterij ili kompjuterski zasloni seksualnog sadržaja i sl.

Kod uznemiravanja neželjeno postupanje nema neki posebni karakter, već je primarno da je ono na neki način uvjetovano pripadnošću osobe nekoj zaštićenoj skupini. U tom smislu treba imati na umu da je uz spolno uznemiravanje moguće imati i uznemiravanje na temelju spola. Klasični primjeri neželjenog ponašanja kod uznemiravanja su različiti vicevi o pripadnicima etničkih manjina ili o ženama (npr. popularni vicevi o plavušama), rasističke, seksističke, homofobične, itd. uvrede koje, na žalost, redovno možemo čuti u prijenosu gotovo bilo kojeg domaćeg sportskog događaja na javnoj televiziji. Nadalje, tu možemo ubrojiti i prigovore na način oblačenja ili ponašanja, odnosno komentare fizičkog izgleda. To su npr. učestali prigovori upućeni ženama da se odijevaju prenapadno, tj. „preseksi“, odnosno da se ponašaju muškobanjasto, a muškarcima da se oblače feminizirano, odnosno da se ponašaju kao „ženskice“. Istoj skupini pripadaju i komentari o higijeni osoba romskog etniciteta ili inteligenciji osoba bošnjačkog etniciteta, odnosno o seksualnim navikama homoseksualnih osoba ili oponašanje izgovora pripadnika neke skupine.

No uz ovakvo ponašanje, iz čijeg sadržaja je očigledna uvjetovanost nekom od zabranjenih osnova, u uznemiravanje je uključeno i ponašanje koje je neutralno po svom izgledu, ali se njima cilja neku osobu poniziti, odnosno emocionalno i psihološki iscrpiti zbog neke njene karakteristike, tj. pripadnosti određenoj skupini. Takvi prividno neutralni postupci su kleveta, skrivanje važnih informacija vezanih uz radni zadatak, umanjivanje vrijednosti kvalitete rada, isključivanje iz postupka odlučivanja, učestalo kritiziranje tim više ako je pred drugima, pretrpavanje zadacima i kratkim rokovima ili smanjivanjem odgovornosti i davanjem trivijalnih poslova itd.

U posljednje vrijeme su se ovakvi postupci u Hrvatskoj počeli prepoznavati kao tzv. mobbing. No ono što treba jasno naglasiti je da ako je ovakvo ponašanje *uvjetovano* pripadnošću osobe određenoj skupini, ono predstavlja uznemiravanje, tj. diskriminaciju na temelju neke osnove, a ne mobbing. Razlika je bitna jer se svođenjem takvog ponašanja na mobbing žrtvi uskraćuje da se koristi pogodnostima antidiskriminacijskim instrumentima kao što su prebacivanje tereta dokazivanja ili učinkovite naknade štete.

Ono što čini ovo jamstvo posebnim je njegova usredotočenost na posebnu vrstu učinka. Da bi došlo do uznemiravanja, nepoželjno ponašanje treba dovesti do povrede dostojanstva tuženika, a koja uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Ovakva formulacija je otvorena različitim tumačenjima i na sudovima je da odrede njen konkretniji sadržaj kroz konkretne predmete.

U tom svijetu korisno je napomenuti da su se u praksi razvila dva oblika uznemiravanja. Prvi oblik je tzv. „quid pro quo“ uznemiravanje koje je u karakteristično samo za seksualno uznemiravanje.³⁰ Pri ovom obliku tuženik je uvjetovao seksualnim odnosom neku korist koje je od važnosti za tužiteljicu kao što je npr. napredovanje ili ocjena na ispitu, Činjenica da je tužiteljica „dobrovoljno“ pristala na ovakav odnos, ili čak bila u nekoj vrsti veze sa nadređenim, tj. tuženikom, je nevažna za nastanak seksualnog uznemiravanja.

Drugi oblik uznemiravanja je tzv. neprijateljsko okruženje do kojeg može doći po bilo kojoj zabranjenoj osnovi. Kod ovog oblika uznemiravanja stvara se okruženje u kojem je osobi kao pripadnici/ku neke skupine postalo teško normalno obavljati svoje radne zadatke. Većina gore navedenih primjera nepoželjnog postupanja predstavlja ponašanje kojim se stvara neprijateljsko okruženje ako je takvo ponašanje učestalo, odnosno ako je kratkotrajno, ali dovoljnoe jačine da promijeni normalne radne uvjete.

Ono što pristup koji nalazimo u ZDS-u i direktivama Europske unije razlikuje od ovog klasičnog pristupa uznemiravanju, je ustrajavanje na povredi dostojanstva. Znači li ustrajavanje na dostojanstvu u tekstu objašnjenja da sama činjenica da se ponašanjem koje tužitelj/ica smatra neželjenim stvorilo tzv. neprijateljsko okruženje, ili da je došlo do „quid pro quo“ seksualne ucjene, nije dovoljna da sudovi zaključe da je osobi povrijeđeno dostojanstvo? Za razliku od direktiva Europske unije, tekst ZDS-a je puno otvoreniji prema tumačenju prema kojem bi stvaranje neprijateljskog okruženja (što uključuje i quid pro quo situacije), koje je dovoljno jako da bi „prosječan“ pripadnik/ica skupine kojoj pripada tužitelj/ica smatrao da su njime promijenjeni redovni radni uvjeti, odmah značilo i povredu njihovog dostojanstva. To bi zasigurno bilo puno praktičnije, učinkovitije, a time i poželjnije tumačenje ovog jamstva od ulaženja u teške dileme vezane uz koncept ljudskog dostojanstva.

B) SEGREGACIJA

Članak 5.

(1) Diskriminacijom iz članka 1. ovoga Zakona smatra se i segregacija.

(2) Segregacija u smislu ovoga Zakona predstavlja prisilno i sustavno razdvajanje osoba po nekoj od osnova iz članka 1. stavka 1. ovoga Zakona.

Segregacija je jedan od oblika diskriminacije koju ZSD nije preuzeo iz antidiskriminacijskih direktiva Europske unije. Vjerojatni razlog zašto segregacija nije izričito zabranjena direktivama Europske unije je da je zakonodavac EU-a smatrao kako je ovaj oblik diskriminatornog postupanja dobro pokriven zabranom izravne i neizravne diskriminacije.

Uistinu, ako pogledamo klasične oblike segregacije kao što su npr. odvojene škole za djecu s invaliditetom ili getoizacija pripadnika neke etničke ili vjerske skupine u posebna naselja, lako možemo uvidjeti da su to oblici postupanja iz čije *forme* je očigledno da je postupanje utemeljeno na nekom zabranjenom kriteriju razlikovanja. U slučajevima u kojima je došlo do razdvajanja pripadnika određenih skupina, a nije jasno da se radi o izravnoj diskriminaciji kao što je npr. u slučaju razdvajanja romske i hrvatske djece u posebne razred radi navodnog nedovoljnog poznavanja hrvatskog jezika, takvo postupanje se uvijek može podvrci kontroli zabrane neizravne diskriminacije.

Hrvatski zakonodavac je našao potrebnim pitanje segregacije regulirati u posebnoj normi vjerojatno zato jer je htio osigurati posebnu vidljivost ovog problema. U tome nema ništa neobično. No, na ovaj

način otvorila je pitanje ima li u ovom obliku diskriminacije nešto posebno na što bi sudovi trebali obratiti pažnju.

Prema ZSD-u, da bi razdvajanje po zabranjenoj osnovi bilo segregacija, ono mora biti *prisilno i sustavno*. Što točno znači ovaj uvjet, ZSD nije pojasnio, već je taj izazov ostavio hrvatskim sudovima. U tom smislu treba naglasiti da uvjet prisilnosti i sustavnost ne treba poistovjećivati niti s namjernim razdvajanjem po nekoj osnovi, niti s prijetnjom nekom silom.

Prisilno razdvajanje može se tumačiti kao svako razdvajanje koje je popraćeno nekim neželjenim učinkom za tužitelje/ice zbog kojeg je njihova mogućnost izbora ograničena. Tako npr. činjenica da u slučaju da ne prihvate da će njihovo dijete morati pohađati nastavu odvojeno od hrvatske djece djetetu biti odbijen upis u osnovnu školu, roditeljima romskog etniciteta predstavlja jasnu prisilu. Isto tako, sustavno razdvajanje može se tumačiti ne u smislu namjernog ciljanog razdvajanja osoba po njihovoj pripadnosti, već jednostavno u smislu trajne primjene nekog kriterija (kao što je npr. poznavanje jezika) koja dovodi do razdvajanja osoba različite pripadnosti. Nažalost, hrvatski Ustavni sud to nije prepoznao u nedavnoj odluci o segregaciji romske djece u osnovnim školama.³¹

No ovako široko tumačenje prisilnog i sustavnog razdvajanja povlači pitanje je li baš svako razdvajanje nužno i segregacija? Jesu li npr. odvojeni đачki domovi za dječake i djevojčice ili kulturna društva pa čak i zasebne škole za pripadnike nacionalnih manjina oblik segregacije? Moglo bi se tvrditi da ovakvi oblici razdvajanja nisu segregacija zato jer nisu prisilni. No nedostatak prisile nije uvijek očigledan u ovakvim slučajevima. Učenice koje ne prihvate mjesto u ženskom domu često neće biti u poziciji naći neki drugi smještaj. Mnogi roditelji koji bi željeli da im dijete pohađa integriranu školu ipak će ga upisati u školu za pripadnike neke manjine zbog rizika da će u integriranoj školi biti izloženo uznemiravanju. Istovremeno, sama činjenica da pri upisu u podijeljene đачke domove nije bilo nikakve prisile, ne znači i da nema segregacije ako je kvaliteta usluge u muškim domovima veća nego u ženskim. U takvom slučaju sama činjenica da djevojke nemaju izbor jednako kvalitetne usluge, predstavlja oblik prisile.

Samo objašnjenje segregacije iz ZSD-a ne otkriva kako riješiti ove dileme. U tom smislu hrvatskim sudovima bi mogla biti od pomoći vjerojatno najpoznatija presuda o segregaciji u povijesti anti-diskriminacijskog prava. U svojoj odluci *Brown v. Board of Education* američki Vrhovni sud je izričito odbacio nauku „razdvojeni, ali jednaki“ prema kojoj je bilo dopušteno razdvajati djecu bijele i crne rase u različite škole sve dok je kvaliteta tih škola bila na jednakoj razini.³² Sud je našao da sama činjenica da su crna djeca razdvojena od svojih bijelih vršnjaka i vršnjakinja zbog svoje rase proizvodi „*osjećaj inferiornosti u pogledu njihovog položaja u društvu koji može pogoditi njihova srca i umove na način koji se vjerojatno nikad više neće moći ispraviti.*“

Ovaj učinak društvene „inferiorizacije“ pripadnika određenih društvenih skupina je ono na što bi hrvatski sudovi trebali obratiti posebnu pažnju kada ocjenjuju predstavlja li određeno razdvajanje segregaciju.

C) ZABRANA PROPUŠTANJA RAZUMNE PRILAGODBE

Članak. 4.

(2) Diskriminacijom u smislu ovoga Zakona smatrat će se i propust da se osobama s invaliditetom, sukladno njihovim posebnim potrebama, omogući:

- » korištenje javno dostupnih resursa,
- » sudjelovanje u javnom i društvenom životu,
- » pristup radnom mjestu i odgovarajući uvjeti rada,

prilagodbom infrastrukture i prostora, korištenjem opreme i na drugi način koji nije nerazmjeran teret za onoga tko je to dužan omogućiti.

Zabrana propuštanja razumne prilagodbe još je jedno antidiskriminacijsko jamstvo koje je ZSD preuzeo iz pravnog poretka Europske unije. Instrument je namijenjen zaštiti i promicanju jednakosti osoba s invaliditetom i kao takav je novina u hrvatskom pravnom sustavu.

Zabrana propuštanja razumne prilagodbe temelji se na priznanju da je društvena diskriminacija osoba s invaliditetom utkana u strukturu društvenih normi ophođenja koje svakodnevno prihvaćamo kao objektivne, razumne ili čak pravične. Ona odražava vrijednosno stajalište da su društveni odnosi, odnosno raspodjela vrijednih društvenih prilika, u značajnom dijelu svojstveno nejednaki jer su uređeni prvenstveno u skladu s potrebama, mogućnostima i načinom života koji je karakterističan za onu društvenu skupinu koja u određenom društvu ima prevladavajuću ulogu. U tom smislu slično je zabrani neizravne diskriminacije.

No, ova dva jamstva ne dijele samo vrijednosnu podlogu. Niti jedan od ova dva jamstva ne pruža neku brzu formulu diskriminacije koju se može mehanički primijeniti na utvrđene činjenice konkretnog predmeta. Upravo suprotno, oba ukazuju da je njihova primjena u značajnoj mjeri pitanje vrijednosne ocjene suda o poželjnosti ravnoteže između interesa tuženika i osobe koja se zbog svoje pripadnosti podređenoj društvenoj skupini našla u nepovoljnom položaju.

Da bi uživala zaštitu ovog jamstva, osoba s invaliditetom mora ispuniti bitan uvjet. Ona mora dokazati da bi bila sposobna *smisleno* obavljati određeni posao kada bi tuženik poduzeo mjere prilagodbe njenim tjelesnim sposobnostima. Takvo stajalište zauzeo je i Europski sud pravde u *Chacón Navas* odluci u kojoj je zauzeo stajalište da Direktiva 2000/78/EC o jednakosti zapošljavanja štiti od diskriminacije one osobe s invaliditetom koje su „*osposobljene, sposobne i dostupne za obavljanje osnovnih funkcija radnog mjesta.*“³³ Shodno tome, osobe s invaliditetom, koje mogu obavljati neki posao i bez

prilagodbe, zaštićene su klasičnim jamstvom izravne diskriminacije. No tuženikova obveza jednakog postupanja ide i dalje. Osobe s invaliditetom koje ne mogu neki posao obavljati u trenutnom obliku, ali bi mogle izvršavati njegove temeljne zadatke uz prilagodbu, bile bi *diskriminirane* kada bi tuženik odbio poduzeti takve mjere prilagodbe iako one za njega ne bi predstavljale preveliko opterećenje.

Prateći zakonodavca EU-a, ZDS je uvjetovao prilagodbu potrebama osoba s invaliditetom zahtjevom *razumnosti*. Uvjet razumnosti ustvari je izraz želje određenog društva da nađe ravnotežu između dva suprotstavljena interesna stajališta: interesa osoba s invaliditetom za uključenost u sve društvene odnose i interesa privatnih i javnih ustanova da učinkovito obavljaju svoje dužnosti. U skladu s ovako dvodimenzionalnim karakterom, uvjet razumnosti djeluje u dva smjera.³⁴

S jedne strane uvjet razumnosti štiti interese tuženika od prevelikog tereta koji bi mogao ozbiljno naštetiti njihovom poslovanju. Vrlo često, ali ne i isključivo će taj teret biti izražen u nekom financijskom obliku. Društvu nije u interesu opteretiti tuženika u toj mjeri koja bi dovela do *značajnog* otpuštanja zaposlenih, *osjetnog* povećanja cijena ili pada kvalitete usluge ili *znatnog* slabljenja gospodarske konkurentnosti tuženika. Naravno, uvjet razumnosti ne djeluje jednako prema nekom privatnom poduzetniku i prema državnim i javnim tijelima. Zbog njihove temeljne obveze promicanja jednake uključenosti *svih* građana u društvene odnose, značajan dio mjera prilagodbe koji će predstavljati preveliko opterećenje za privatne osobe neće biti „nerazumne“ za državu i njena tijela koja moraju biti jednako dostupna svim njenim građanima

S druge strane, uvjet razumnosti štiti osobe s invaliditetom jer traži da ih se što učinkovitije uključi u društvene odnose i vrijedne prilike koje konkretno društvo pruža većini, a posebno pripadnicima prevladavajuće društvene skupine. Mjera prilagodbe koja ne osigurava neki osnovni stupanj učinkovitog sudjelovanja osoba s invaliditetom u nekom odnosu ili prilici teško da se može braniti kao razumna. Štoviše, na ovoj strani uvjet razumnosti djeluje kao izraz predanosti društva vrednoti stvarne jednakosti i u tom smislu od tuženika zahtijeva da u pogledu prilagodbe učini *sve što se može učiniti, a da ne predstavlja preveliko opterećenje*. U tom smislu, uvjet razumnosti djeluje kao zahtjev za preraspodjelom društvenih koristi jer traži od tuženika da se odrekne dijela svog profita kako bi dobrobiti tog društva od kojeg imaju koristi postale dostupnije svim njegovim članovima.

Ovakvo dvostruko značenje uvjeta razumnosti staviti će hrvatske sudove pred značajan izazov jer zahtijeva od njih da istovremeno procjenjuju je li prilagodba prezahtjevna i premalo učinkovita.

Da bi ocijenili razumnost neke mjere prilagodbe u smislu tereta koji ona stavlja na tuženika, sudovi bi se mogli djelomično osloniti na načela razmjernosti. Ocjenjujući mjeru, sudovi bi trebali ocijeniti je li konkretna mjera uopće sposobna i u kojoj mjeri omogućiti da konkretni tužitelj obavlja određeni posao usprkos svom invaliditetu. Ako je sposobna osigurati tužitelju da obavlja glavne zadatke određenog posla, sudovi bi nadalje trebali ocijeniti je li mjera *nužna* kako bi omogućila da konkretna osoba obavlja konkretni posao, tj. postoji li neka druga „jeftinija“ mjera. Ako ne zadovoljava jedan od ova dva kriterija, mjera već tada pada na testu razumnosti.

Ako zadovoljava ova dva uvjeta, tj. kada su utvrdili da postoji mjera koja može omogućiti tužitelju da obavlja konkretan posao, sudovi tada trebaju procijeniti kakvo opterećenje ona predstavlja za konkretnog tuženika. U tom smislu sudovi bi mogli uzeti u obzir cijeli niz kriterija kao što su:

» financijski trošak koji bi konkretna mjera prilagodbe zahtijevala od tuženika,

- » financijsku situaciju tuženika, odnosno kako će trošak prilagodbe utjecati na njegovo poslovanje,
- » hoće li financijski trošak imati značajnih posljedica za treće osobe kao što su zaposlenici ili korisnici usluga, posebno ako i oni pripadaju nekoj osjetljivoj društvenoj skupini (hoće li mjera *nužno* dovesti do otpuštanja, *znatnog* pada kvalitete usluge ili povećanja cijena),
- » hoće li mjera pretjerano poremetiti ustaljeni način obavljanja posla što bi mogao stvoriti probleme u poslovanju tuženika,
- » mogućnost korištenja državnim ili javnim sredstvima namijenjenim za svrhu prilagodbe potrebama osoba s invaliditetom,
- » utjecaj mjere prilagodbe na mjere zdravstvene i sigurnosne zaštite koje je tuženik dužan poštivati kao što je npr. zabrana životinja u radnom prostoru,
- » hoće li prilagodba potaknuti druge osobe sa sličnim invaliditetom da se prijavljuju za taj ili sličan posao,
- » odnos posljedica koje će mjera imati za poslovanje tuženika i koristi kojima će poboljšati život tužitelju.

Istovremeno na sudovima je zadatak da procijene i drugu stranu uvjeta razumnosti. U tom smislu sudovi trebaju utvrditi je li tuženik poduzeo sve što je mogao poduzeti kako bi prilagodio određeni posao ili uslugu konkretnim potrebama tužitelja. Kod ovog zadatka sudovi će često trebati obratiti pažnju na nekoliko elemenata postupka prilagodbe. U tom smislu sudovi bi trebali bi ocijeniti 1) je li tuženik poduzeo mjere prilagodbe kako bi osigurao jednakost prilika u postupku prijave za određeni posao ili neku drugu vrstu koristi kao što je obrazovno mjesto ili stručno osposobljavanje; 2) je li poduzeo mjere koje tužitelju omogućavaju da obavlja glavne zahtjeve nekog posla ili da se koristi glavnim obilježjima neke usluge; 3) je li poduzeo mjere koje omogućavaju tužitelju da uživa jednake koristi i privilegije nekog odnosa u kojem sudjeluje, kao što je npr. radni odnos (npr. je li prilagodio postupak ocjene kvalitete rada kako bi tuženik mogao koristiti privilegiju napredovanja ili povećanja plaće i sl.).

Pri ocjeni učinkovitosti mjere prilagodbe sudovi također na raspolaganju imaju niz kriterija koje mogu uzeti u obzir:

- » odgovaraju li mjere koje je tuženik poduzeo vrsti i stupnju invaliditeta tužitelja/ice,
- » je li tuženik uzeo u obzir i odgovorio na probleme na koje ga je tužitelj/ica uputio,
- » je li prilagodba mogla biti izvršena s manje troškova da je tuženik ranije, odnosno pravovremeno odgovorio na potrebe tužitelja/ice,
- » je li tuženik učinio stručnu procjenu mjera koje bi bile potrebne kako bi se njegov posao ili usluga prilagodili različitim grupama osoba s invaliditetom,
- » je li se tuženik u prilagodbi vodio po svom nahođenju ili je zatražio stručno mišljenje kao što je npr. mišljenje udruge osoba s invaliditetom, mišljenje pravobraniteljice za osobe s invaliditetom, odnosno je li uzeo u obzir medicinske izvještaje i preporuke?

Uz navedene kriterije sudovi bi pri ocjeni učinkovitosti prilagodbe morali obratiti posebnu pažnju na način na koji mjera pridonosi ostvarenju sljedećih ciljeva:

- » u kojem stupnju prilagodba pridonosi uspješnom sudjelovanju tužitelja/ice u određenom poslu ili korištenju određene usluge,

- » u kojem stupnju prilagodba osigurava jednakost tužitelja/ice u upotrebi prostorija i pogodnosti koje tuženik nudi ostalim zaposlenicima.
- » u kojem stupnju prilagodba omogućava tužitelju/ici da neovisno obavlja posao ili koristi neku uslugu, odnosno neovisno se kreće po konkretnom prostoru bez pratnje osobnog pomoćnika/ice?

Postoji cijeli niz mjera koje su dostupne tuženicima kako bi prilagodili svoje proslove ili usluge osobama s invaliditetom. Koju mjeru *moraju* poduzeti, ovisi prvenstveno o potrebama konkretne osobe s invaliditetom koja je zatražila pristup društvenoj prilici koja je u njihovoj kontroli. No u praksi su se sudovi najčešće susretali sa sljedećim primjerima:

- » prilagodbe prostora kao što su ugradnja rampe, pokretne trake ili dizala, uklanjanje namještaja, proširenje vrata, prilagodba zahoda, premještaj prekidača, itd,
- » preraspodjela dužnosti,
- » osiguranje osobe za pomoć kao što je npr. čitač,
- » nabava prilagođene uredske opreme kao što su prilagođeni telefoni, računala, posebni računalni programi,
- » prijevod dokumenata u Braille ili audio format,
- » prilagodba radnog vremena,
- » mogućnost rada od kuće,
- » reorganizacija slobodnih dana,
- » prilagodba kriterija za otkaz ili povećanje plaća,
- » osiguranje prijevoza ili parkirnog mjesta,
- » jasni i detaljni opisi radnog mjesta.

D) ZABRANA POTICANJA NA DISKRIMINACIJU

Članak 4.

(1) Poticanje na diskriminaciju, ako je počinjeno s namjerom, smatrat će se diskriminacijom u smislu članka 1. ovoga Zakona.

Za razliku od ostalih antidiskriminacijskih jamstava iz ZSD-a koji su utuživi nakon što je došlo do diskriminacije, ovaj instrument omogućava potencijalnim žrtvama da djeluju prije nego što je do diskriminacije došlo.

Iako je zabrana poticanja preuzeta iz direktiva EU-a, ZSD je ovo jamstvo propisao na način koji nije u potpunosti usklađen s tekstom koji nalazimo u direktivama. Dok ZSD propisuje da će se poticanje smatrati oblikom diskriminacije „*ako je počinjeno s namjerom*“, direktive Europske unije ne spominju namjeru i propisuju da „*uputa*“ da se neku osobu diskriminira „*će se moći*“ smatrati diskriminacijom. Kako direktive u svom tekstu ne spominju namjeru, preusko tumačenje poticanja, koje ustrajava na uputama nadređene osobe koje svjesno ciljaju da se neka osoba dovede u diskriminirajući položaj, bit će suprotne zahtjevima pravne stečevine Europske unije. Hrvatski sudovi će tako morati biti pažljivi da u regulatornim područjima iz antidiskriminacijskih direktiva Europske unije ovo jamstvo tumače i primjenjuju na način na koji ga tumači Europski sud pravde.

Istovremeno, ZSD ne ustrajava na „uputi“ za diskriminaciju, već koristi općenitiji pojam „poticanja“. U tom smislu ZSD dozvoljava da je do poticanja moglo doći ako je tuženik svojim ponašanjem, postupcima ili čak toleriranjem diskriminirajuće atmosfere u ustanovi za koju je nadležan, prešutno dao do znanja podređenima da nema sklonosti prema pripadnicima određene skupine.

Izjava direktora trgovačkog društva *Feryn*, koji je u razgovoru za medije javno priznao da nisu skloni zapošljavati imigrante zbog nepovjerenja kupaca, je primjer poticanja na diskriminaciju bez izričitog naloga.³⁵ Štoviše, ovaj primjer zorno pokazuje da je dio odredbe iz čl. 4. st. 1. prema kojem je poticanje diskriminacije „*ako je počinjeno s namjerom*“ otvoren vrlo širokom tumačenju poticanja. Naime, kako nije bilo izričitog naloga, tuženik iz predmeta *Feryn* se mogao pokušati braniti tvrdnjom da nije namjerno poticao druge na diskriminaciju. No, istovremeno bi se moglo tvrditi da je tuženik namjerno postupio na način koji su drugi mogli protumačiti kao poticanje čega je on *mogao* biti svjestan. Ovakvo tumačenje zabrane poticanja, koje namjeru ne poistovjećuje sa subjektivnom motivacijom, promiče učinkovitost zaštite od diskriminacije.

Primjer predmeta *Feryn* je koristan iz još jednog razloga. Naime, postupanje i izjave tuženika u tom predmetu nisu bile poticajne samo za zaposlenike tog trgovačkog društva. Zbog njegovog ugleda i određene vrste javnog autoriteta, tuženikove izjave mogle su na diskriminaciju potaknuti i osobe nad kojima on nema apsolutno nikakvu kontrolu kao nadređeni. Njegov primjer mogao je tako npr. biti poticaj i drugim poslodavcima koji svoj posao temelje na povjerenju kupaca koji imaju određene predrasude prema „imigrantima“ da ne zapošljavaju pripadnike te zaštićene društvene skupine.

Na hrvatskim sudovima je da odredbe ZSD-a o zabrani poticanja osiguraju tumačenje i primjenu kojom će spriječiti navedene primjere poticanja. Ništa u ZSD-u ne sprječava takvo tumačenje.

E) INSTRUMENTI PODRŠKE ZABRANI DISKRIMINACIJE

Uz navedene oblike zabrane diskriminacije ZSD propisuje i dva instrumenta koja ciljaju povećati njihovu učinkovitost.

I. Zabrana viktimizacije

Članak 7.

Nitko ne smije biti doveden u nepovoljniji položaj zbog toga jer je u dobroj vjeri prijavio diskriminaciju, nazočio diskriminaciji, odbio nalog za diskriminatornim postupanjem ili na bilo koji način sudjelovao u postupku vođenom povodom diskriminacije sukladno odredbama ovoga Zakona.

Zahvaljujući širokom objašnjenju iz ZSD-a, ovo jamstvo štiti *svakog*, a ne samo izravne žrtve diskriminacije. Tako npr. zaštitu ovog jamstva uživaju svjedoci diskriminacije, osobe koje su žrtvi pružile određenu vrstu podrške, a naročito one koje su žrtvu savjetovale o njenim pravima i mogućim oblicima zaštite. Tu se posebno ubrajaju predstavnici sindikata ili nevladinih organizacija koje se bave suzbijanjem diskriminacije. Zaštitu ovog jamstva također uživaju i osobe koje su npr. poslodavca upozorili

na njegove diskriminirajuće postupke ili diskriminirajuće postupke njegovih podređenih bez obzira jesu li same bile žrtve tih postupaka. Štoviše, prema ZSD-u bilo koji oblik nepovoljnog postupanja, a ne samo otkaz, smatra se viktimizacijom.

Istovremeno, ZSD štiti one osobe koje su postupale u „dobraj vjeri“. Ovaj uvjet djeluje u dva smjera. S jedne strane, može se tumačiti kao uskrata zaštite onim osobama koje su zlonamjerno optužile, prijavile ili tužile tuženika za diskriminaciju, iako su bile svjesne da diskriminacije nije bilo. S druge strane, uvjet je i zahtjev da se zaštite i one osobe koje su „u dobroj namjeri“ iskoristile neko od antidiskriminacijskih jamstava ili su vjerovala da je tuženik bio odgovoran spriječiti tuđe diskriminatorne postupke iako takva odgovornost nije bila na njemu.

ZSD ne ustrajava na namjeri viktimizacije i širina zaštite koju ZSD pruža žrtvama viktimizacije upućuje da do viktimizacije može doći i kada tuženikovo nepovoljno postupanje nije bilo *motivirano* činjenicom da je tužitelj/ica na neki način koristio antidiskriminacijska jamstva. Stoga svako nepovoljno postupanje, do kojeg ne bi došlo *da se* tužitelj/ica *nisu* koristili nekim antidiskriminacijskim jamstvom, predstavlja viktimizaciju.

II. Teži oblici diskriminacije

Članak 6.

(1) Težim oblikom diskriminacije u smislu ovoga Zakona smatrat će se diskriminacija počinjena prema određenoj osobi po više osnova iz članka 1. stavka 1. ovoga Zakona (višestruka diskriminacija), diskriminacija počinjena više puta (ponovljena diskriminacija), koja je počinjena kroz dulje vrijeme (produljena diskriminacija) ili koja posljedicama posebno teško pogađa žrtvu diskriminacije.

(2) Sud će voditi računa o okolnostima iz stavka 1. ovoga članka pri utvrđivanju visine naknade neimovinske štete te pri odmjerenju kazne za prekršaje utvrđene ovim Zakonom.

Uz navedene oblike diskriminacije ZDS je uveo i tzv. teže oblike diskriminacije koji uključuju višestruku diskriminaciju, ponovljenu diskriminaciju i produljenu diskriminaciju. Problem s ovim jamstvom je što je teško uvidjeti točan kriterij prema kojem su ovi oblici diskriminatornog postupanja „teži“.

Jasno je da se tzv. višestrukom diskriminacijom htjelo zaštititi osobe koje su izuzetno podložne diskriminaciji kao što su npr. Romkinje koje nisu diskriminirane samo zbog svog etničkog porijekla, već i zbog toga jer su žene. Ono što takve osobe čini posebno ranjivima je činjenica da se vrlo često nalaze u podređenom položaju unutar svoje društvene skupine zbog istovremene pripadnosti drugoj društvenoj skupini. No nije jasno zašto bi višestruka diskriminacije sama po sebi bila nužno i teži oblik diskriminacije kada nije teško zamisliti situaciju kao što je npr. „quid pro quo“ seksualno uznemiravanje koje bi po svojim posljedicama moglo biti puno teže od nekog oblika višestruke diskriminacije. Vrlo sličnu dilemu nalazimo i kod druga dva načina diskriminacije.

Antidiskriminacijsko pravo poznaje instrument koji bi sudovima bio koristan u navedenim situacijama. U tom smislu bilo bi poželjno kada bi sudovi kod ovakvih oblika diskriminacije koristili uredbu tzv. učinkovite naknade štete prema kojoj naknada ne samo da mora nadoknaditi nastalu štetu u njenoj cijelosti, već mora imati i *odbijajući učinak* prema tuženiku. No bilo bi nesvrishodno i suprotno zahtjevima pravne stečevine Europske unije ovaj izraz načela učinkovite sudske zaštite prava na jednakost ograničavati na oblike diskriminacije iz čl. 6. ZSD-a samo zato jer ih je zakonodavac odredio kao „teže“ oblike.

1. Vidi E. Ellis, "Gender Discrimination Law in the European Community" u *Discrimination law : concepts, limitations and justifications*, ed. Janet Dine and Bob Watt (London ; New York: Longman, 1996).
2. Sandra Fredman, *Discrimination law*, Oxford University Press, 2002, poglavlje 4.
3. Peter Westen, "The Empty Idea of Equality", *Harvard Law Review* 95, 1982.
4. Vidi u tom smislu Richard H. Fallon and Paul C. Weiler "Firefighters v. Stotts: Conflicting Models of Racial Justice", *The Supreme Court Review*, 1984.
5. Predmet 43/75 *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* [1976] ECR 455.
6. C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV* [2008] ECR I-05187.
7. Mark Bell, "Direct Discrimination" u *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, ed. Dagmar Schiek, et al. (Oxford: Hart, 2007), str. 206.
8. Za stajalište prema kojem diskriminacija nužno ovisi o komparatoru vidi Robert Wintemute, "When is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?", 27 *Ind Law J*, 1, 1998.
9. C-177/88 *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (JVJ-Centrum) Plus* [1990] ECR I-03941.
10. Case C-303/06 *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law* [2008] ECR I-05603.
11. *James v Eastleigh Borough Council* [1990] 2 AC 751.
12. Za "but for" pristup vidi Aileen McColgan, *Discrimination law: text, cases and materials*, 2nd ed., Hart, 2005, poglavlje 3.
13. O prebacivanju tereta dokazivanja kao izrazu načela učinkovite zaštite prava na jednakost vidi Rodin, Siniša, poglavlje 7 ove publikacije "Dokazivanje diskriminacije i teret dokazivanja u pravu Europske unije".
14. Zakon o ravnopravnosti spolova, Narodne novine 116/03, Narodne novine 82/08; Zakon o radu, Narodne novine 137/04 (pročišćena verzija).
15. Predmet 109/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss* [1989] ECR 3199.
16. Vidi Christa Tobler, *Limits and potential of the concept of indirect discrimination*, Office for Official Publications of the European Communities, 2008.
17. Vidi Catherine Barnard and Bob Hepple, "Substantive Equality", 59 *The Cambridge Law Journal*, 03, 2000.
18. Predmet 170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607.
19. Catherine Barnard and Bob Hepple, "Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith", 58 *Cambridge Law Journal*, 02, 1999.
20. Sandra Fredman, *Discrimination law*, Oxford University Press, 2002, poglavlje 4.
21. Predmet C-249/97 *Gabriele Gruber v Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG*. [1999] ECR I-05295.
22. Catherine Barnard and Bob Hepple, "Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith", 58 *Cambridge Law Journal*, 02, 1999.
23. Predmet C-127/92 *Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health* [1993] ECR I-05535.
24. C-167/97 *Regina v Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez* [1999] ECR I-00623.
25. Predmet 171/88 *Rinner-Kuhn v. FWW Spezialgebaudereinigung GmbH & Co. KG*. [1989] ECR 2743.
26. Predmet C-243/95 *Kathleen Hill and Ann Stapleton v The Revenue Commissioners and Department of Finance* [1998] ECR I-03739.
27. Predmet C-226/98 *Birgitte Jørgensen v Foreningen af Speciallæger og Sygesikringens Forhandlingsudvalg* [2000] ECR I-02447.
28. Zakon o ravnopravnosti spolova, Narodne novine 116/03, Narodne novine 82/08.
29. Vidi Aileen McColgan, *Discrimination law : text, cases and materials*, 2nd ed., Hart, 2005, str. 26.
30. Za ovaj oblik seksualnog uznemiravanja vidi Catharine A. MacKinnon, *Sexual harassment of working women : a case of sex discrimination*, Yale University Press, 1979.
31. Odluka Ustavnog suda u predmetu br. U-III/3138/2002.
32. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).
33. Predmet C-13/05 *Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA* [2006] ECR I-06467.
34. Lisa Waddington, "Reasonable Accommodation" u *materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, ed. Dagmar Schiek, et al. (Oxford: Hart, 2007), str. 635.
35. Predmet C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV* [2008] ECR I-05187.

4. ZABRANA DISKRIMINACIJA I IZNIMKE OD ZABRANE DISKRIMINACIJE

(Goran Selanec, LL.M.)

4.1. DOSEG ZABRANE DISKRIMINACIJE

Članak 8.

Ovaj se Zakon primjenjuje 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, osobito na područjima:

1. 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,
 2. obrazovanja, znanosti i športa,
 3. socijalne sigurnosti, uključujući i područje socijalne skrbi, mirovinskog i zdravstvenog osiguranja te osiguranja za slučaj nezaposlenosti,
 4. zdravstvene zaštite,
 5. pravosuđa i uprave,
 6. stanovanja,
 7. javnog informiranja i medija,
 8. pristupa dobrima i uslugama te njihovom pružanju,
 9. članstva i djelovanja u sindikatima, organizacijama civilnoga društva, političkim strankama ili bilo kojim drugim organizacijama,
 10. sudjelovanja u kulturnom i umjetničkom stvaralaštvu.
-

Uz izuzetno široki opseg (broj diskriminacijskih osnova i pojavnih oblika diskriminacije) ZSD-a jedna od njegovih najznačajnijih obilježja je njegova izuzetna širina. Jednostavno nema područja društvenog života, odnosno osobe, koja ne ulazi u doseg ovog Zakona. U tom pogledu ključan je čl. 8. ZSD-a. Odredba nabroja oko desetak regulatornih područja koja su od posebne važnosti za primjenu Zakona. No ono što je ključno u ovoj odredbi je dio koji određuje da se ZSD primjenjuje na sva državna tijela, sve fizičke i pravne osobe, „a osobito“ u nabrojanim područjima. Drugim riječima, svako područje društvenog života (regulatorno područje) ulazi u doseg ovog Zakona s tim da se posebna pažnja treba obratiti na uklanjanje diskriminacije iz izričito nabrojanih područja.

Doseg ZSD-a je toliko dalekosežan da je oslanjajući se isključivo na tekst ove odredbe moguće zamisliti situaciju u kojoj bi privatna osoba bila odgovorna za diskriminaciju jer na svoju privatnu zabavu nije htjela pustiti osobu zbog njene pripadnosti određenoj etničkoj skupini. Naravno, ovdje odmah treba naglasiti da je ovakav primjer samo moguće, ali ne i nužno tumačenje čl. 8. ZSD-a. Hoće li ZSD u stvarnosti imati ovakav doseg, ovisi prvenstveno o sudovima i njihovom vrijednosnom tumačenju odredbi ovog Zakona. U konkretnoj situaciji sud bi uistinu mogao naći da je organizator zabave odgovoran za diskriminaciju. U ZSD-u ne postoji ništa što bi spriječilo ovakvo tumačenje zabrane Zakona. No istovremeno sud bi mogao naći da ovakav slučaj uopće *ne ulazi* u doseg zabrane diskriminacije jer bi npr. takvo tumačenje bilo u suprotnosti s pravom na privatnost ili privatnost doma koje je zajamčeno Ustavom Republike Hrvatske. Ono što je od ključne važnosti u ovom primjeru je da niti

odredbe ZSD-a niti odredbe Ustava ne nalažu ovakvo rješenje, već bi ono bilo rezultat vrijednosnog uravnoteživanja suprotstavljenih interesa i vrednota od strane suda.

Još jedna posljedica ovako širokog postavljenog dosega Zakona je određena vrsta raslojavanja do koje će doći u praksi zbog obveze usklađene primjene hrvatskih zakona s pravnom stečevinom Europske unije. Kao što je već navedeno, obveza hrvatskih upravnih i sudskih tijela da hrvatske propise primjenjuju u skladu s načinom na koji se te odredbe primjenjuju u pravnom poretku Europske unije, ili preciznije kako ih tumači Europski sud pravde, neće biti aktualna samo od trenutka ulaska Republike Hrvatske u članstvo Europske unije. Hrvatski sudovi i upravna tijela su temeljem Ustava već i sada u određenoj mjeri počeli uzimati u obzir zahtjeve pravne stečevine Europske unije kada primjenjuju one propise koje je zakonodavna vlast donijela kako bi izvršila svoju obvezu usklađivanja s pravnom stečevinom Europske unije.¹ Ova obveza biti će od bitnog značaja za primjenu ZSD-a. Naime, u onim regulatornim područjima koja su u nadležnosti Europske unije, odnosno preciznije u kojima antidiskriminacijske direktive Europske unije zabranjuju diskriminaciju i u pogledu osnova diskriminacije koje su navedene u tim direktivama, hrvatski sudovi imat će obvezu primjenjivati antidiskriminacijska jamstva iz ZSD-a u skladu sa zahtjevima pravne stečevine Europske unije, odnosno s odlukama Europskog suda pravde. Takva „EU“ područja su: područje radnih odnosa i zapošljavanja (zabranjena diskriminacija na temelju rase/etniciteta, spola, vjeroispovijesti i uvjerenja, dobi, seksualne orijentacije i invaliditeta), područje socijalnog osiguranja i sigurnosti (zabranjena diskriminacija na temelju rase/etniciteta, spola), pristup dobrima i uslugama na tržištu (zabranjena diskriminacija na temelju rase/etniciteta i spola), članstvo u radničkim i drugim stručnim organizacijama (zabranjena diskriminacija na temelju rase/etniciteta), obrazovanje (zabranjena diskriminacija na temelju rase/etniciteta). U ostalim regulatornim područjima hrvatski sudovi samostalno će primjenjivati antidiskriminacijska jamstva iz ZSD-a.

4.2. IZNIMKE OD ZABRANE DISKRIMINACIJE

Članak 9.

(1) Diskriminacija u svim pojavnim oblicima je zabranjena.

(2) Iznimno od stavka 1. ovoga članka ne smatra se diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj u sljedećim slučajevima:

1. kada je takvo postupanje određeno zakonom u cilju očuvanja zdravlja i prevencije kaznenih i prekršajnih djela te kada su upotrijebljena sredstva primjerena i nužna cilju koji se želi postići,
2. pozitivna djelovanja, odnosno 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,
3. pogodovanja trudnicama, djeci, mladeži, starijim osobama, osobama s pravnom obvezom uzdržavanja koje redovito ispunjavaju obvezu uzdržavanja i osobama s invaliditetom u cilju njihove zaštite kada je takvo postupanje temeljeno na odredbama zakona, podzakonskog akta, programa i mjera,
4. 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,
5. pri zasnivanju radnog odnosa, uključenja 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 koja djeluje u skladu s Ustavom i zakonima, ako tako zahtijevaju vjerska doktrina, uvjerenja ili ciljevi,
6. na temelju dobi i spola pri ugovaranju premija, osiguranina i drugih uvjeta u osiguranju u skladu sa značajnim i točnim statističkim podacima i pravilima aktuarske matematike, pri čemu troškovi vezani uz trudnoću i majčinstvo ne mogu opravdati razlike,
7. određivanja najniže dobi i/ili profesionalnog iskustva i/ili stupnja obrazovanja kao uvjeta za zasnivanje radnog odnosa ili kao uvjeta za stjecanje drugih pogodnosti vezanih uz radni odnos kada je to predviđeno posebnim propisima,
8. određivanja prikladne i primjerene najviše dobi kao razlog za prestanak radnog odnosa te propisivanje dobi kao uvjeta za stjecanje prava na mirovinu,
9. na temelju državljanstva prema posebnim propisima,
10. stavljanja u nepovoljniji položaj pri uređivanju prava i obveze 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.

(3) Sve iznimke iz stavka 2. ovoga članka trebaju se tumačiti razmjerno cilju i svrsi zbog kojih su određene.

Zbog izuzetne širine ZSD-a, tj. njegovog dalekosežnog opsega i dosega, nije iznenađujuće da se zakonodavac odlučio za dosta velik broj iznimaka od zabrane diskriminacije. Najveći broj iznimaka ZSD je preuzeo iz antidiskriminacijskih direktiva Europske unije. U takve iznimke ulaze iznimka nepatvorenog radnog svojstva (čl. 9. st. 1. tč. 4.), iznimka radi zaštite zdravlja i javne sigurnosti (čl. 9. st. 1. tč. 1.), iznimka radi zaštite vjerskog etosa religijskih zajednica (čl. 9. st. 1. tč. 5.), iznimka u pogledu osiguravajućih usluga (čl. 9. st. 1. tč. 6.), iznimke vezane uz postupanje na temelju dobi u radnim odnosima (čl. 9. st. 1. tč. 7. i 8.), mjere pozitivnog djelovanja (čl. 9. st. 1. tč. 2.).

Članak 9. mogao bi u praksi stvoriti dosta problema zbog svoje otvorenosti različitim tumačenjima i zbog svoje širine. U tom smislu bilo bi izuzetno poželjno kada bi pri primjeni ovih iznimaka hrvatskim sudovima u obzir uzimali iskustva „iskusnijih“ europskih sudova kao što su Europski sud pravde ili Europski sud za ljudska prava koji su se kroz svoju praksu susretali sa sličnim izazovima koje će pred hrvatske sudove staviti ova odredba. Tu će od posebne važnosti biti praksa Europskog sud pravde jer je većina iznimaka preuzeta iz zakonodavstva EU-a. No opet vrijedi naglasiti da su hrvatskim sudovima odluke ovog Suda značajne samo na onim područjima koja su navedena u pojedinim antidiskriminacijskim direktivama EU-a. Oslanjati se na odluke Europskog suda pravde i u odnosima koja ne ulaze u „EU“ područja, neće neophodno biti korisno.

A) IZNIMKA NEPATVORENOG RADNOG SVOJSTVA (GENUINE PROFESSIONAL QUALIFICATION)

Članak 9.

(1) Diskriminacija u svim pojavnim oblicima je zabranjena.

(2) Iznimno od stavka 1. ovoga članka ne smatra se diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj u sljedećim slučajevima:

4. 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 odmjeran.

(3) Sve iznimke iz stavka 2. ovoga članka trebaju se tumačiti razmjerno cilju i svrsi zbog kojih su određene.

Vjerojatno u praksi najprisutnija iznimka od zabrane različitog postupanja na temelju nekog zakonom zabranjenog kriterija razlikovanja je upotreba nekog zabranjenog kriterija razlikovanja kao nepatvorenog radnog svojstva. Smisao ove iznimke je da se dopusti poslodavcima da u svom izboru za određeno radno mjesto ili posao daju prednost pripadnicima određene društvene skupine ako je njihova pripadnost neophodna za obavljanje konkretnog posla. Klasični primjeri ovakvog razlikovanja u postupanju su zapošljavanje pripadnika određene rase za ulogu likova koji pripadaju istoj rasi, zapošljavanje osoba odgovarajućeg spola za posao modnog modela za mušku ili žensku odjeću ili zapošljavanje osoba tinejdžerske dobi za reklame za kozmetiku namijenjenu njezi tinejdžerske kože.

Kao što ovi primjeri i pokazuju, najčešće se ne radi u slučajevima u kojima pripadnici drugih skupina uopće ne bi mogli obavljati određeni posao, već o tome da bi drugi, odnosno većina, zbog svojih osobnih sklonosti i pretpostavki smatrala da takve osobe ne obavljaju određeni posao na uspješan i prikladan način.² Uistinu, ništa osim društvenih sklonosti ne sprječava neku kvalitetnu glumicu da odglumi mušku ulogu. Isto tako, osim što bi to smatrali pomalo čudnim, ništa ne sprječava osobu starije dobi da odradi reklamu za kreme namijenjenu uklanjanju tinejdžerskih akni. Drugim riječima, u većini slučajeva pitanje je li pripadnost određenoj skupini nepatvoreno stručno svojstvo ne ovisi o nekom objektivnom kriteriju, već je određeno *društvenim kontekstom*.

Tu se nalazi ključni problem ove iznimke od zabrane razlikovanja temeljem nekog zabranjenog kriterija. Činjenica da značaj određene karakteristike za obavljanje određenog posla ovisi prvenstveno o društvenim sklonostima i pretpostavkama, predstavlja opasnost da će poslodavci koristeći ovu iznimku donositi svoje odluke o raspodjeli vrijednih prilika pod utjecajem skrivenih društvenih predrasuda i stereotipova kojima se pridonosi učvršćivanju podređenog društvenog položaja određene društvene skupine. Glavna zadaća koja stoji pred hrvatskim sudovima kod primjene ove iznimke je da ne dopuste njenu upotrebu za prekrivanje društveno štetnih predrasuda ili stereotipova.

Gore navedeni primjeri predstavljaju uistinu možda bezazlenu upotrebu kriterija razlikovanja za uspješno obavljanje konkretnog posla. No, postoji cijeli niz primjera u kojima je upotreba zabranjenih kriterija razlikovanja kao nepatvorenog radnog svojstva puno problematičnija. Jedan od takvih primjera je zapošljavanje osoba određene rase u etničkim restoranima. Izvornost ovakvih restorana ovisi prvenstveno o kvaliteti hrane što nije ni u kakvoj vezi s pripadnošću osobe određenoj rasi. Istina, veliki dio ovisi i o kvaliteti usluge, a atmosfera u restoranu kojoj pridonosi porijeklo osoblja čini dio te usluge. No s druge strane, zapošljavanje pripadnika određene rase u takvim restoranima samo potvrđuje i učvršćuje raširene stereotipe o takvim osobama kao strancima odnosno osobama koje nisu jednaki dio određenog društva i kao takvi ne zaslužuju jednaki društveni status. Umjetni osjećaj autentičnosti atmosfere zasigurno nije vrijedan ovakvih društveno nepoželjnih posljedica.

Još složeniji primjer nalazimo u situacijama gdje se kriteriji poput rase ili spola koriste za izbor osoba u onim poslovima u kojima osjećaji intime ili povjerenja igraju bitnu ulogu. U tom smislu izuzetno je osjetljiva situacija u kojoj bi škola ili zdravstvena ustanova koja djeluje na području u kojem živi značajan broj Roma htjela zaposliti osobu romskog etniciteta jer opravdano drži da bi takve osobe mogle uspostaviti bolju komunikaciju s pripadnicima/ama romske manjine koji zbog učestale diskriminacije nisu uspostavile odnos povjerenja s lokalnom većinom. Je li takvo korištenje rase opravdano iznimkom nepatvorenog radnog svojstva? S jedne strane nema sumnje da bi liječnik romskog porijekla lakše uspostavio odnos povjerenja s romskim stanovništvom i time pridonio njihovom boljitku što znači da je njegova etnička pripadnost u neku ruku uistinu bitno svojstvo za obavljanje konkretnog posla. S druge strane, ovakva praksa zapošljavanja zasigurno u određenoj mjeri potvrđuje i održava postojeće nepovjerenje između etničkih skupina koje na kraju najviše šteti upravo Romima.

Sličnu dilemu nalazimo i u onim poslovima gdje je pripadnost spolu važna zbog osjećaja intime. Tako npr. na poslovima brige za i njege osoba kojima treba pomoć često se zapošljavaju osobe koje po spolu odgovaraju njegovanoj osobi. Ovakva upotreba spola kao nepatvorenog radnog svojstva posebno je bitna kada se radi o brizi za osobe ženskog spola, tim više ako su one starije dobi. U takvim slučajevima se redovito zapošljava njegovateljica. S jedne strane osjećaji intime osobe koja treba

ovu vrstu usluga zasigurno su od izuzetne važnosti. Teško da se može tvrditi da je posao njegovanja bio uspješan ako se njegovana osoba osjećala povrijeđenom ili čak zlostavljanom. U tom smislu pripadnost određenom spolu je uistinu bitno svojstvo za obavljanje konkretnog posla. S druge strane, ovakva vrsta osjetljivosti samo potvrđuje cijeli niz predrasuda i stereotipova koji učvršćuju društvenu nejednakost spolova.

Europski sud pravde susreo se sa sličnim dilemama u značajnom broju predmeta u kojima su poslodavci pokušali opravdati razlikovanje u postupanju prema ženama i muškarcima oslanjajući se na iznimku nepatvorenog radnog svojstva. Za sada se Sud još nije susreo s pokušajem da se ovom iznimkom opravda upotreba nekog drugog zabranjenog kriterija razlikovanja. Ključnu ulogu u pogledu upotrebe ove iznimke odigrao je predmet *Johnston*.³ U konkretnoj odluci Sud je našao da je odluka upravitelja policije o neproduživanju ugovora policajkama, koje su služile u naoružanim policijskim jedinicama u Sjevernoj Irskoj, zbog pretpostavke da bi njihova prisutnost mogla privući veći broj napada na takve jedinice i time pridonijeti eskalaciji nasilja, opravdana iznimkom nepatvorenog radnog svojstva. Prema mišljenju Suda, u konkretnom društvenom kontekstu u kojem je došlo do odluke, moguće je da je razlog zbog kojeg je upravitelj policije donio spornu odluku bio uistinu realan.

No, svjestan negativnih posljedica koje ovakva odluka ima na jamstvo jednakosti spolova, Sud je ustrajavao da se iznimka nepatvorenog radnog svojstva uvijek mora tumačiti strogo. U tom smislu je zatražio od nacionalnih sudova koji su bili u boljoj poziciji ocijeniti sve činjenice konkretnog slučaja da utvrde je li cilj, kojem služi sporna mjera koju se pokušava opravdati ovom iznimkom, uistinu stvaran; je li mjera u konkretnom slučaju uistinu sposobna ostvariti taj cilj te postoji li neka druga mjera koja bi mogla ostvariti isti cilj, ali s manje štetnih posljedica. Drugim riječima, nacionalni sudovi trebaju biti izuzetno pažljivi da poslodavci koji koriste ovu iznimku poštuju načelo razmjernosti.

Uz kontrolu načela razmjernosti Europski sud pravde je zadužio nacionalne sudove i da kontroliraju je li prestala potreba za ovakvom vrstom mjera zbog promjena u društvenom kontekstu zbog kojeg se konkretna mjera originalno smatrala neophodnom.

U kontekstu ZSD-a ova iznimka na važnosti dobiva i iz razloga koji nije odmah vidljiv iz čl. 9. Naime, ZSD nigdje izričito ne propisuje da su moguće iznimke od zabrane različitog postupanja temeljem osnova iz čl. 1. ZSD-a radi zaštite nekog temeljnog prava. Ova vrsta iznimaka posebno je bitna zbog izuzetno širokog opsega zabrane diskriminacije propisanog čl. 8. ZSD-a koja se odnosi na gotovo sva područja društvenog života i sve vrste društvenih odnosa.

No bez obzira što u ZSD-u nedostaje izričita odredba koja bi dozvoljavala iznimke od zabrane različitog postupanja radi zaštite temeljnih prava takve situacije, moguće ju je podvesti pod iznimku nepatvorenog radnog svojstva zahvaljujući široko postavljenom objašnjenju ove iznimke koje dozvoljava razlikovanje na temelju nekog zabranjenog kriterija ako se „*posao obavlja u takvim uvjetima da karakteristike povezane s nekim od osnova iz čl. 1 ovog Zakona predstavljaju stvarni i odlučujući uvjet obavljanja posla.*“

Klasični primjer ovakve situacije bilo bi razlikovanje na temelju nekog zabranjenog kriterija radi zapošljavanja na poslovima u vlastitom domu. U ovakvim situacijama činjenica da se radi o poslu koji je vezan uz privatnost doma i obiteljskog života, koji su kao temeljna prava osoba zaštićeni kako

Ustavom tako i Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava predstavlja *takav uvjet* da određena karakteristika povezana s nekim od osnova iz čl. 1 ZSD-a *predstavlja stvarni i odlučujući uvjet obavljana posla*. Ovakvo tumačenje iznimke nepatvorenog radnog svojstva prihvatio je i Europski sud pravde u svojoj odluci 165/82 *Komisija v. UK*.⁴

Osim na slučajeve zaštite temeljnog prava na privatnost doma i obiteljskog života ovakvo tumačenje iznimke nepatvorenog radnog svojstva može se primjenjivati kako bi se opravdalo različito postupanje na temelju nekog zabranjenog kriterija radi zaštite nekih drugih temeljnih prava osoba kao što su npr. sloboda izražavanja, sloboda udruživanja ili sloboda umjetničkog stvaralaštva. Naravno, kako i pravo na jednakost postupanja ima status temeljnog prava u pravnom poretku Republike Hrvatske, svako odstupanje od njega mora poštivati načelo razmjernosti što je, prateći doktrinu Europskog suda pravde, uspostavljeno u odluci *Johnston ZSD-a* i propisao u čl. 9. st. 3.

Naravno, sposobnost iznimke nepatvorenog radnog svojstva da pokrije situacije u kojima dolazi do različitog postupanja temeljem nekog zabranjenog kriterija iz čl. 1. ZSD-a nije neograničena i odnosi se samo na regulatorno područje radnih odnosa. Izvan ovog područja sudovi će morati izravno primjenjivati odredbe Ustava kojima se jamči neko temeljno pravo što je i njihova ustavna obveza.

Zbog njene širine ono što je karakteristično za ovu iznimku nepatvorenog radnog svojstva je da se vrlo često preklapa s nekoliko drugih iznimaka koje nalazimo u čl. 9. ZSD-a. Jedna od njih je i iznimka radi zaštite zdravlja i javne sigurnosti iz tč. 1. st. 2. čl. 9.

B) IZNIMKA RADI ZAŠTITE ZDRAVLJA I JAVNE SIGURNOSTI

Članak 9.

(1) Diskriminacija u svim pojavnim oblicima je zabranjena.

(2) Iznimno od stavka 1. ovoga članka ne smatra se diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj u sljedećim slučajevima:

1. kada je takvo postupanje određeno zakonom u cilju očuvanja zdravlja i prevencije kaznenih i prekršajnih djela te kada su upotrijebljena sredstva primjerena i nužna cilju koji se želi postići.

(3) Sve iznimke iz stavka 2. ovoga članka trebaju se tumačiti razmjerno cilju i svrsi zbog kojih su određene.

Kao i iznimku nepatvorenog radnog svojstva, ovu iznimku je ZSD preuzeo iz antidiskriminacijskih direktiva Europske unije, preciznije iz 2000/78/EC Direktive o jednakosti u zapošljavanju iako u značajno suženom opsegu. Dok 2000/78 Direktiva dopušta iznimku od zabrane diskriminacije radi zaštite zdravlja i javne sigurnosti, ZSD ograničava tu iznimku na prevenciju kaznenih i prekršajnih djela.

Nije lako uvidjeti kada bi razlikovanje na temelju kriterija kao što su spol, rasa/etnička pripadnost, vjersko uvjerenje, seksualna orijentacija, itd. moglo stvarno pridonijeti prevenciji kaznenih djela. Ovakvim određenjem vjerojatno se htjelo omogućiti izvršnoj vlasti da u određenim slučajevima zabrani javna okupljanja pripadnika društvenih skupina koje javnim istupom promiču svoje interese i prava, a koje bi mogle dovesti do nasilja. U hrvatskom kontekstu aktualan primjer takve vrste „rizičnog“ društvenog okupljanja je gay-parada koja se održava jednom godišnje u Zagrebu.

No, vrlo je upitno bi li se ova iznimka ikada mogla primijeniti na ovaj način. Naime, pravo na javno okupljanje je jedno od temeljnih prava osoba zajamčeno Ustavom Republike Hrvatske.⁵ Ono je također zajamčeno i Konvencijom Vijeća Europe za zaštitu temeljnih ljudskih prava i sloboda.⁶ U tom smislu ovo pravo uživa izuzetno visok stupanj zaštite i može se ograničiti samo u izuzetnim slučajevima.⁷

Štoviše, i sam ZSD priznaje da se ova iznimka mora tumačiti vrlo ograničavajuće jer ustrajava da takva mjera mora biti jedina dostupna mjera kojom bi se spriječilo neko kazneno djelo i da mora biti primjerena za sprječavanje takvog djela. Ovaj uvjet primjerenosti sadrži dvije komponentne. S jedne strane on dopušta samo one mjere koje su uistinu sposobne ostvariti svoje ciljeve što je u ovom slučaju sprječavanje kaznenih ili prekršajnih djela. S druge strane, on zahtjeva da vrijednost cilja koji se želi ostvariti spornom mjerom, mora biti veća od vrijednosti interesa koji se ograničava. U tom smislu izuzetno ograničavanje temeljne slobode javnog okupljanja moglo bi biti opravdano jedino ciljem sprječavanja nekog teškog kaznenog djela kao što je npr. ubojstvo i to jedino ako je izvršna vlast sigurna de će se to djelo dogoditi te da je zabrana javnog okupljanja jedini način da se ono spriječi.

Kada se radi o zaštiti zdravlja kao cilju koji se želi postići ovom iznimkom, u praksi se uglavnom radilo o slučajevima u kojima se pripadnicima određenih društvenih skupina zabranjivalo da sudjeluju u nekim aktivnostima koje su navodno bile rizične za njihovo zdravlje. Većina ovakvih mjera je u pravilu paternalističkog karaktera i teško da može preživjeti test razmjernosti na kojem ustrajava i ZSD.

Klasični primjeri ovakvih mjera u hrvatskom pravnom poretku su radni propisi kojima se zabranjuje zapošljavanje žena na određenim poslovima kao što su npr. podvodni ili podzemni poslovi. Ovakve mjere opravdavale su se zaštitom zdravlja žena iako su isti ti poslovi bili jednako opasni za zdravlje muškaraca. Ustvari, prvenstveni cilj ovakvih mjera bila je zaštita prokreacijske funkcije žena i promicanje njihove rodne uloge majki čime se ženama redovno ograničavala sloboda osobnog izbora i dovodilo ih u nepovoljniji položaj kako na tržištu rada tako i u društvu općenito.⁸

Europski sud pravde je u nekoliko navrata izrazio jasan stav da su ovakve mjere jasan oblik diskriminacije. Tako je u relativno nedavnoj odluci u predmetu C-203/03 *Komisija v. Republika Austrija* Sud našao da većina poslova iz kojih su žene bile isključene nije predstavljao nikakvu posebnu opasnost za njihovo zdravlje i još važnije da je postojao značajan broj muškaraca kojima su ti poslovi bili jednako rizični. Drugim riječima, dok je muškarcima bilo dozvoljeno da sami donose odluke o svom zdravlju, ženama je ta sloboda bila paternalistički ograničena. Prevedeno u jezik testa razmjernosti, mjera nije mogla biti opravdana iznimkom o zaštiti zdravlja zato jer je bilo upitno je li zaštita zdravlja uistinu bio stvarni cilj mjere? Pa čak i ako je, mjera taj cilj nije bila sposobna ostvariti, niti je bila nužna za njegovo ostvarenje.

Isto ovo stajalište vrijedilo bi i za slučajeve u kojima bi se ograničilo sudjelovanje pripadnika neke etničke ili dobne skupine u aktivnostima koje predstavljaju neki povećani rizik za njihovo zdravlje. Tako npr. odluka poslodavca da na izuzetno stresnim ili fizičkim zahtjevnim poslovima zapošljava samo osobe ispod neke dobne granice jer su one manje podložne riziku srčanog udara, ili su u tjelesno boljoj kondiciji, teško da bi preživjela test razmjernosti na kojem ustrajava i ZSD.

Uz navedene primjere do pitanja zaštite zdravlja može se doći i u kontekstu neizravne diskriminacije gdje određene prividno neutralne mjere zaštite sigurnosti i zdravlja radnika ili klijenata mogu u nepovoljni položaj dovesti pripadnike određenih skupina koje uživaju antidiskriminacijsku zaštitu. Tako će npr. zabrana životinja u restoranima imati posebno nepovoljan učinak na slijepu osobu. Kako se radi o neizravnoj diskriminaciji koja je u ovom slučaju popraćena i obvezom razumne prilagodbe, vlasnik restorana će svoju mjeru moći opravdati jedino ako dokaže da bi mu njezino uklanjanje predstavljalo izuzetno veliki („nerazuman“) teret. Kako je u ovaj test uključena i činjenica da konkretna mjera služi zaštiti zdravlja gostiju, vlasnik koji ne zadovolji navedeni prag neće se ponovo moći pozvati na istu činjenicu samo zato jer je ona zasebno propisana u čl. 9. ZSD-a.

C) IZNIMKA RADI ZAŠTITE VJERSKOG ETOSA RELIGIJSKIH ZAJEDNICA

Članak 9.

(1) Diskriminacija u svim pojavnim oblicima je zabranjena.

(2) Iznimno od stavka 1. ovoga članka ne smatra se diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj u sljedećim slučajevima:

5. pri zasnivanju radnog odnosa, uključnja 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.

(3) Sve iznimke iz stavka 2. ovoga članka trebaju se tumačiti razmjerno cilju i svrsi zbog kojih su određene.

Još jedna iznimka koja se dobrim dijelom preklapa s iznimkom nepatvorenog radnog svojstva je iznimka radi zaštite vjerskog etosa religijskih zajednica koju je ZSD dobrim dijelom preuzeo iz 2000/78/EC Direktive o jednakosti u zapošljavanju.

Prvenstvena svrha ove iznimke je da omogući vjerskim organizacijama i s njima povezanim udrugama da zapošljavaju ili primaju u svoje članstvo osobe koje dijele njihovo vjersko uvjerenje. Iznimka je nastala zbog potrebe da se nađe kompromis između slobode vjerskog uvjerenja i udruživanja s jedne strane i dalekosežnih posljedica zabrane diskriminacije koje su karakteristične za moderne sekularne demokracije s druge strane.

No, dva su temeljna pitanje s kojima će se hrvatski sudovi kao i njihove europske kolege i kolegice susresti u praksi, a na koje niti ZSD ni 2000/78/EC Direktiva ne pružaju jasan odgovor. Prvo, u kojoj mjeri takve organizacije mogu uskraćivati pristup radnim odnosima ili članstvu onim osobama koje ne dijele njihovu vjersku pripadnost. Drugo, mogu li takve organizacije uskraćivati pristup radnim odnosima ili članstvu i onim osobama koje dijele njihovo vjersko uvjerenje, ali ih smatraju nepogodnim zbog njihovih postupaka ili životnog stila.

Naime, prilično je jasno da će posao crkvenog službenika u npr. katoličkoj crkvi moći uspješno obavljati samo osoba koja je katolik po vjerskom uvjerenju (i koja je muškog spola). No nikako nije jasno da je neophodno da posao prodavača ili prodavačice u knjižari koja je u vlasništvu religijske organizacije obavlja osoba koja je istog vjerskog uvjerenja. Isto tako nije jasno da bi se u privatne škole ili vrtiće koje su osnovane od strane religijskih organizacija smjela upisivati samo djeca koja su istog vjerskog uvjerenja. Još je manje jasnije da bi takve organizacije trebale imati mogućnost koristiti ovu iznimku kako bi uskraćivale prilike zapošljavanja ili članstva onim osobama koje zbog nekog razloga ne odgovaraju njihovom svjetonazoru. Tako npr. nije jasno da bi katolička ili pravoslavna crkva odnosno islamska zajednica mogle temeljem ove iznimke iz radnog odnosa u nekoj od njihovih udruga, obrta ili trgovačkih društava isključiti ženu koja je iskoristila svoje pravo na prekid trudnoće ili osobu homoseksualne orijentacije.

Tekst čl. 9. st. 2. tč. 5. ZSD-a niti zahtijeva, niti brani takvo tumačenje, već je po svom značenju potpuno otvoren. Drugim riječima, ZSD je ostavio u nadležnosti sudova da donose ovako osjetljive odluke pažljivo vrednujući i važući sve interese i vrijednosti koje su uključene u konkretni slučaj koji je pred njima. Slično je i s tekstom čl. 4. st. 2. 2000/78/EC Direktive koji ovu iznimku regulira na znatno opsežniji način, ali ne daje izravan odgovor na navedena ključna pitanja. No, između teksta čl. 5. st. 4. ZSD-a i čl. 4. st. 2. 2000/78/EC Direktive na kojoj je temeljen ZSD, ipak postoji par razlika koje bi se mogle pokazati bitnima u praksi. Dok ZSD propisuje da je stavljanje u nepovoljni položaj dozvoljeno „*ako tako zahtijevaju vjerska doktrina, uvjerenje ili ciljevi*“, Direktiva izričito navodi da je tako što dopušteno kada „*vjera ili uvjerenje osobe predstavlja nepatvoren, legitiman i opravdan radni zahtjev uzimajući u obzir etos organizacije.*“ Štoviše, Direktiva propisuje da neće sprječavati ovakve organizacije da od svojih zaposlenika zahtijevaju da se ponašaju u dobroj volji i s odanošću etosu konkretne organizacije ako je takav zahtjev u skladu s ostalim odredbama Direktive.

Ovakav tekst Direktive puno snažnije *sugerira* da religijske organizacije neće biti u poziciji uskraćivati pristup *radnim odnosima* onim osobama koje zbog svojih postupaka ili stila života ne odgovaraju njihovim dogmatskim postavkama sve dok su te osobe zaštićene nekom od antidiskriminacijskih jamstava iz Direktive.⁹ Naravno, s obzirom na opseg Direktive koji ne uključuje diskriminaciju na temelju spola, ovakvo ograničenje primjene ove iznimke prvenstveno štiti osobe homoseksualne orijentacije, ali i osobe drugačijeg vjerskog uvjerenja sve dok se radi o onim radnim odnosima kao što su npr. posao prodavača/ice u knjižari ili prevoditelja/ice za gluhe u religijskim emisijama na javnoj televiziji u kojima vjerska pripadnost ne predstavlja *nepatvoren, legitiman i opravdan radni zahtjev uzimajući u obzir etos organizacije.*

Ovakvom tumačenju ove iznimke u korist ide i stajalište Europskog suda pravde prema kojem jamstvo zabrane diskriminacije po osnovama iz Direktiva ima značaj temeljnog načela pravnog poretka zbog čega se sve iznimke od ovog jamstva trebaju tumačiti strogo. Ovo stajalište je Sud zauzeo i

u prije spominjanom predmetu *Johnston* i ono od tada predstavlja jednu od temeljnih doktrina u antidiskriminacijskim odlukama Suda što je Sud potvrdio u relativno nedavnim odlukama o diskriminaciji temeljem dobi kao što su *Mangold*¹⁰ ili *Bartsch*¹¹. Kao što je navedeno, prema ovom stajalištu svaka iznimka od zabrane diskriminacije mora služiti stvarnom legitimnom cilju, mora biti uistinu sposobna ostvariti taj cilj te mora biti nužna za njegovo ostvarenje, tj. ne smije postojati niti jedna druga mjera koja može ostvariti isti cilj s manje štetnih posljedica za interese diskriminiranih osoba. Štoviše, prema stajalištu Suda tuženik koji se koristi nekom iznimkom od zabrane diskriminacije mora dokazati da je poduzeo sve što je u njegovoj moći kako bi pomirio svoje interese s društvenim interesom zaštite jednakosti.

ZSD je dobrim dijelom prihvatio ovakvo strogo stajalište koje je Europski sud razvio u svojoj praksi i kojeg odražavaju antidiskriminacijske direktive EU-a kada je u čl. 9. st. 3. izričito propisao da se sve iznimke imaju tumačiti *razmjerno cilju i svrsi zbog kojih su određene*.

Podršku ovakvom tumačenju ove iznimke daje još jedna činjenica. Kada bi se religijskim organizacijama dopustilo da osobama uskraćuju prilike vezane uz radne odnose zbog njihovih privatnih odluka koje nisu izravno vezane uz njihovo vjersko uvjerenje, u pitanje bi došla i mogućnost povrede temeljnog prava na privatnost takvih osoba. Naime, jedini način da poslodavci legitimno saznaju neke informacije privatne prirode o svojim zaposlenicima/ama kao što su npr. rastava, seksualna orijentacija ili prekid trudnoće je da im ih oni/e sami/e priopće. Pri bilo kojem drugom načinu prikupljanja informacije ove prirode postavilo bi se pitanje kršenja temeljnog prava na privatnost koje je zajamčeno kako Ustavom tako i Europskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava.¹² U tom svjetlu hrvatski sudovi bi trebali uzeti u obzir i stajalište Europskog suda pravde iz odluka kao što su *Schmitberger*¹³ ili *Omega*¹⁴ prema kojem nacionalni sudovi moraju paziti da mjere, kojima se na zakonom dopušten način ograničavaju neka prava koja za pojedince proizlaze iz pravnog poretka Europske unije, ne narušavaju temeljna prava osoba.

Da bi izbjegli bilo kakve zabune u pogledu obveza koje za RH proizlaze iz pravne stečevine EU-a, ovdje nije na odmet još jednom napomenuti da će u trenutku priključivanja Europskoj uniji, hrvatski sudovi biti dužni pratiti odluke Europskog suda pravde samo na onim područjima koja su u regulatornoj nadležnosti EU-a dok na ostalim područjima neće biti ograničeni odlukama tog suda.

D) IZNIMKA U POGLEDU OSIGURAVAJUĆIH USUGA

Članak 9.

(1) Diskriminacija u svim pojavnim oblicima je zabranjena.

(2) Iznimno od stavka 1. ovoga članka ne smatra se diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj u sljedećim slučajevima:

6. na temelju dobi i spola pri ugovaranju premija, osiguranina i drugih uvjeta u osiguranju u skladu s bitnim i točnim statističkim podacima i pravilima aktuarske matematike, pri čemu troškovi vezani uz trudnoću i majčinstvo ne mogu opravdati razlike.

(3) Sve iznimke iz stavka 2. ovoga članka trebaju se tumačiti razmjerno cilju i svrsi zbog kojih su određene.

Prateći 2004/113/EC Direktivu o jednakosti spolova u pristupu tržišnim uslugama i dobrima¹⁵ te 2000/78/EC Direktivu, ZSD je dopustio iznimku od zabrane diskriminacije na temelju dobi i spola pri ugovaranju osiguravajućih usluga. Ova iznimka dopušta pružateljima osiguravajućih usluga da pri utvrđivanju određene vrste rizika, kao što je podložnost bolesti, opasnost od prometne nezgode ili smrtnog slučaja, u obzir uzimaju statističke podatke koji se odnose samo na pripadnike jednog spola ili određene dobne skupine.

Na ovaj način ZSD je dopustio da pružatelji osiguravajućih usluga donose svoje odluke na temelju tzv. racionalnih stereotipova o osobama nekog spola ili dobi dok je istovremeno ostalim poslodavcima i poduzetnicima izričito zabranio upotrebu takve vrste stereotipova kao društveno nepoželjnih zbog njihovog negativnog učinka na položaj žena ili osoba starije dobi na tržištu rada.¹⁶ Isto tako, nema nikakvog razloga zašto su ZSD i EU Direktive dopustile ovu vrstu iznimke kada su već zabranile upotrebu etničke ili nacionalne pripadnosti u ugovaranju osiguravajućih usluga.¹⁷

Da nedosljednost bude još očitija ZSD je izričito zabranio (što je u svakom slučaju pozitivno) da se odluke o podložnosti nekoj vrsti rizika ne smiju temeljiti na statističkim podacima o rizicima odnosno troškovima vezanim uz trudnoću i majčinstvo. Kako je u ovom smislu ZSD dosljedno pratio 2004/113/EC Direktivu o jednakosti spolova u pristupu tržišnim uslugama i dobrima, treba naglasiti da u EU-ovoj pravnoj stečevini pojam „majčinstvo“ obuhvaća prvenstveno razdoblje nakon poroda za vrijeme trajanja tzv. majčinskog dopusta. U svakom slučaju činjenica da su ZSD i 2004/113/EC Direktiva ograničili ovakvu vrstu zaštite od primjene ove iznimke na majčinstvo, a ne na roditeljstvo što bi uključivalo i rizike odnosno troškove vezane uz očinstvo, je problematična jer učvršćuje rodni stereotip o majčinstvu kao primarnoj društvenoj ulozi žena što produbljuje spolnu nejednakost u raspodjeli odgovornosti za brigu o djeci.

U svakom slučaju i za ovu iznimku vrijedi obveza točnog tumačenja koju je u skladu sa stajalištem Europskog suda pravde iz predmeta *Johnston* ZSD propisao u čl. 9. st. 3. Ako se obveza točnog tumačenja primjeni na ovu iznimku, onda je na pružateljima osiguravajućih usluga da dokažu da upotreba

diskriminirajućih statističkih podataka uistinu odgovara realnosti, tj. da postoji neki objektivni razlog zbog kojeg su pripadnici određene skupine podložniji nekom riziku i da je ta mjera sposobna zaštititi financijske interese osiguravatelja od takvog rizika te, štoviše, da je nužna za postizanje tog cilja. U tom smislu, ako će se test razmjernosti iz čl. 9. st. 3. ZSD-a dosljedno primjenjivati, osigurateljima će npr. biti teško opravdati više premije zdravstvenog osiguranja za žene ako troškovi osiguranja žena nisu rezultat nekog objektivnog zdravstvenog razloga, već činjenice da znatno veći broj muškaraca nego žena posvećuje manje brige o svom zdravlju i stoga manje koristi zdravstvene usluge. Suprotno tumačenje značilo bi kažnjavanje žena zbog (neodgovornog) izbora razine zdravstvene zaštite karakterističnog za pripadnike muškog spola.

E) IZNIMKE VEZANE UZ POSTUPANJE NA TEMELJU DOBI U RADNIM ODNOSIM

Članak 9.

- (1) Diskriminacija u svim pojavnim oblicima je zabranjena.
- (2) Iznimno od stavka 1. ovoga članka ne smatra se diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj u sljedećim slučajevima:
 7. određivanja najniže dobi i/ili profesionalnog iskustva i/ili stupnja obrazovanja kao uvjeta za zasnivanje radnog odnosa ili kao uvjeta za stjecanje drugih pogodnosti vezanih uz radni odnos kada je to predviđeno posebnim propisima,
 8. određivanja prikladne i primjerene najviše dobi kao razlog za prestanak radnog odnosa te propisivanje dobi kao uvjeta za stjecanje prava na mirovinu.
- (3) Sve iznimke iz stavka 2. ovoga članka trebaju se tumačiti razmjerno cilju i svrsi zbog kojih su određene.

Prateći 78/2000 Direktivu o jednakosti u zapošljavanju, ZSD je dozvolio dvije iznimke od zabrane različitog postupanja na osnovu dobi u radnim odnosima. Prvo, ZSD je dopustio da se posebnim propisima, a što se prvenstveno odnosi na radno-pravno zakonodavstvo, može dopustiti određivanje najniže dobi, profesionalnog iskustva ili stupnja obrazovanja kao uvjeta za stjecanje bilo koje pogodnosti u radnom odnosu, uključujući i samo zapošljavanje. U tom smislu poslodavci koji postupaju temeljem takvih odredbi u načelu bi trebali biti zaštićeni od tužbi za diskriminaciju na osnovu dobi. Naravno, ovakva zaštita nije apsolutna.

Drugo, ZSD je također propisao da prestanak radnog odnosa temeljem propisane „prikladne i primjerene“ najviše dobi propisane zakonom, kao i propisivanje dobi kao uvjeta za stjecanje prava na mirovinu, ne predstavljaju diskriminaciju na osnovu dobi. U tom smislu poslodavci koji raskinu ugovor o radu zato jer je osoba navršila zakonom propisanu mirovinsku dob, ili koji uvjetuju pravo na dopunsku mirovinu koju poslodavac dobrovoljno nudi svojim radnicima određene dobi, u načelu bi trebali biti zaštićeni od diskriminacijskih tužbi na osnovu dobi. Ni u ovom slučaju zaštita nije apsolutna.

Što se tiče prve iznimke ona nije u potpunosti u skladu sa zahtjevima čl. 6. 2000/78 Direktive iako je utemeljena na toj odredbi. Prema čl. 6. Direktive, zakonsko propisivanje najniže dobi, profesionalnog iskustva ili stupnja obrazovanja kao uvjeta za stjecanje bilo koje pogodnosti u radnom odnosu dozvoljeno je samo ako se takvom mjerom želi ostvariti „objektivno i razumno opravdan legitimni cilj, uključujući legitimnu politiku zapošljavanja, promicanje ciljeva tržišta rada i stručnog osposobljavanja i ako su sredstva za postizanje tog cilja prikladna i nužna.“ Kako bi ispunili svoju obvezu prijateljskog tumačenja zakonskih odredbi, kojima se hrvatsko zakonodavstvo usklađuje sa zahtjevima pravne stečevine Europske unije, na hrvatskim sudovima vlada uvjet razmjernosti iz čl. 9. st. 3. ZSD sa čl. 6. st. 1. 2000/78 Direktive.

U tom svjetlu hrvatskim sudovima mogla bi biti korisna odluka Europskog suda pravde u predmetu *Mangold*.¹⁸ U konkretnoj odluci Sud je zauzeo stajalište da bilo koju iznimku od zabrane diskriminacije na osnovu dobi koja predstavlja jedno od temeljnih načela pravnog poretka Europske unije, treba tumačiti ograničavajuće. Sud je posebno pokazao da, iako će poštivati široku diskreciju država članica u pogledu procjene legitimnosti cilja koji žele postići mjerom ozakonjenja iznimke od zabrane različitog postupanja na temelju dobi, istovremeno će biti izuzetno točan u pogledu ocjene prikladnosti i nužnosti mjere. U tom smislu Sud će pažljivo kontrolirati je li mjera uistinu sposobna ostvariti konkretan cilj, odnosno postoji li neka druga mjera koja bi mogla postići isti cilj, ali s manje štetnih posljedica za pripadnike konkretne dobne skupine.

Vrlo slično stajalište Sud je zauzeo i u pogledu druge iznimke od zabrane diskriminacije na temelju dobi koju je ZSD propisao u čl. 9. st. 2. tč. 8. također prateći čl. 6. 2000/78/EC Direktive. Prema stajalištu Suda u odluci *Palacios* države imaju široku diskreciju u određivanju obavezne mirovinske dobi ako takvom mjerom žele promicati neki legitimni cilj politike zapošljavanja kao što je kontrola nezaposlenosti i postizanje ravnoteže između različitih generacija u pogledu zaposlenosti.¹⁹ Drugim riječima, Sud je pokazao da nije sklon dovoditi u pitanje legitimnost ciljeva politike zapošljavanja država članica. No, Sud je dao do znanja da neće biti jednako blag pri kontroli prikladnosti i nužnosti ovakvih mjera u pogledu postizanja njihovih legitimnih ciljeva. Tako je u konkretnom predmetu Sud prihvatio da je zakonski propis, prema kojem su poslodavci mogli jednostrano raskinuti radni odnos nakon što je osobe navršila 65 godina, opravdan iznimkom iz čl. 6. Direktive, ali samo nakon što je našao da je takva mjera sposobna ostvariti svoj cilj zaštite ovih osoba od tereta nezaposlenosti jer im jamči razumnu financijsku sigurnost kroz pravo na mirovinu.

Odluka u predmetu *Palacios* koristan je primjer kako tumačiti i primjenjivati čl. 9. st. 3. kada se radi o iznimci od zabrane diskriminacije na temelju dobi iz čl. 9. st. 2. tč. 8. ZSD-a

F) MJERE POZITIVNOG DJELOVANJA

Članak 9.

- (1) Diskriminacija u svim pojavnim oblicima je zabranjena.
- (2) Iznimno od stavka 1. ovoga članka ne smatra se diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj u sljedećim slučajevima:
- 2. pozitivne akcije, odnosno 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.
- (3) Sve iznimke iz stavka 2. ovoga članka trebaju se tumačiti razmjerno cilju i svrsi zbog kojih su određene.
-

Sljedeći antidiskriminacijske direktive Europske unije, ZSD je u čl. 9. st. 2. tč. 2. propisao da se mjere pozitivnog djelovanja ne smatraju diskriminacijom. Istovremeno, ZSD nigdje nije jasno precizirao koje mjere ulaze u opseg pozitivnog djelovanja.

Pozitivnim djelovanjem nazivamo sve one mjere, uključujući i one koje koriste neki zakonom zabranjeni kriterij razlikovanja, koje na određeni način ciljaju ukloniti prepreke jednakom sudjelovanju pripadnika/ica onih skupina koje, zbog sustavne diskriminacije kako u prošlosti tako i u sadašnjosti, u društvu imaju podređeni položaj. U tom smislu ovakve mjere su iznimka od zabrane različitog postupanja samo po svojoj *formi*. No, prema svojoj svrsi – postizanje stvarne jednakosti pripadnika društveno podređenih skupina – njih se teško može nazivati diskriminatornima iako često koriste neki od zabranjenih kriterija razlikovanja.

Pitanje pozitivnih mjera ne samo da je pravno izuzetno složeno već je ujedno i jedno od politički najosjetljivijih pitanja. Stoga bi bilo izuzetno naivno na ovako ograničenom prostoru pokušati opširno objasniti dileme vezane uz mjere pozitivnog djelovanja. U tom smislu ovaj tekst će se ograničiti isključivo na opis nekih osnovnih postavki ove vrste mjera stvarne jednakosti.

U praksi se pozitivno djelovanje najčešće poistovjećuje s mjerama kojima se pripadnicima/ama neke društvene skupine osigurava određena korist, odnosno prednost, u postupanju u odnosu na pripadnike/ce drugih društvenih skupina. Klasični primjeri takvih povlaštenih mjera su prednost pri zapošljavanju za trudnice ili, kao najradikalniji oblik pozitivnog djelovanja, predodređenost određenog broja zastupničkih mjesta u predstavničkim tijelima za predstavnike neke manjinske skupine (tzv. kvote).

No ovakve mjere kojima se daje izričita prednost pripadnicima određene skupine su samo manji dio mjera pozitivnog djelovanja.²⁰ Pozitivno djelovanje sadrži i cijeli raspon formalno neutralnih mjera kojima se cilja poboljšati položaj pripadnika/ica određene skupine u podređenom društvenom položaju. Tako npr. pozitivno djelovanje uključuje praćenje sastava radne snage, nekog tijela ili korisnika

nekih usluga kako bi se uočila podzastupljenost neke društvene skupine i prepoznali načini kako da se ta podzastupljenost ukloni. Nadalje, pozitivnom djelovanju pripadaju i mjere kojima se pokušava pripadnike podzastupljenih skupina obavijestiti o dostupnim prilikama kao što su slobodna radna mjesta, tečajevi stručnog osposobljavanja ili javni natječaji za dodjelu projekata. Ovoj skupini pripadaju i mjere koje od poslodavaca traže da preispitaju svoje kriterije odabira kandidata ili kriterije napredovanja kako bi se riješili onih koji nisu objektivno vezani za obavljanje određenog posla.²¹

Korak dalje idu one mjere kojima se određuje da se za određeni posao mora intervjuirati najmanje određeni broj pripadnika/ica podzastupljenih skupina ili kojima se određuje da određeni broj mjesta u tečajevima za stručno osposobljavanje ili usavršavanje mora biti rezerviran za pripadnike/ce podzastupljenih skupina. Cilj ove vrste pozitivnih mjera je povećati sposobnost pripadnika podzastupljenih skupina da se ravnopravno natječu za mjesta na tržištu rada s pripadnicima ostalih skupina. Isti cilj dijele i one mjere pozitivnog djelovanja kojima se povećava broj vrtićkih prostora ili kojima se određeni broj vrtićkih mjesta rezervira za djecu žena koje su zaposlene ili aktivno traže posao.

Europskom sudu pravde značajan izazov su predstavljale one mjere pozitivnog djelovanja koje idu još jedan korak dalje i koje zahtijevaju da se u slučaju da se na natječaj za radno mjesto prijavilo nekoliko jednako kvalificiranih kandidata da prednost pripadnicima/ama podzastupljenih skupina. Najradikalniji oblik pozitivnog djelovanja su kvote, tj. one mjere kojima se rezervira određeni broj mjesta ili usluga za pripadnike/ce podzastupljenih skupina.

Kao što pokazuju navedeni primjeri značajan broj mjera pozitivnog djelovanja uopće nije suprotan zabrani različitog postupanja jer ne koriste neki zabranjeni kriterij razlikovanja kako bi postigle svoj cilj. Za sudove su problem samo one mjere pozitivnog djelovanja koje koriste neki od zabranjenih kriterija razlikovanja kako bi osigurale prednost za pripadnike/ce podzastupljenih skupina. Kako ZDS određuje takve mjere kao iznimke od zabrane različitog postupanja, na njih se primjenjuje obveza poštivanja načela razmjernosti iz čl. 9. st. 3. ZSD-a. Drugim riječima, mjere pozitivnog djelovanja kojima se daje prednost pripadnicima podzastupljenih društvenih skupina moraju se tumačiti razmjerno svojem cilju i svrsi. Ovako postavljen uvjet razmjernosti u primjeni mjera pozitivnog djelovanja potpuno je otvoren za različita tumačenja što znači da je na hrvatskim sudovima da kroz svoju praksu preciziraju doseg mjera legitimnog djelovanja.

U tom svjetlu hrvatskim sudovima bi od koristi mogla biti praksa Europskog suda pravde koji je razvio prilično složenu doktrinu kontrole mjera pozitivnog djelovanja.²² Prema stajalištu koji je Sud razvio kroz cijeli niz predmeta koji su se ticali mjera pozitivnog djelovanja na području jednakosti spolova, mjere kojima se pripadnicima/ama podzastupljenog spola osigurava prednost kod *zapošljavanja ili napredovanja* su dozvoljene ako zadovoljavaju sljedeće uvjete.

Prvo, kao što je Sud uspostavio u izuzetno kritiziranoj odluci *Kalanke*, mjere pozitivnog djelovanja ne smiju biti rutinske i bezuvjetne, tj. pripadnici/e podzastupljenih skupina pri zapošljavanju ne smiju imati samim time i prednost.²³ U predmetima *Marschall*²⁴ i *Abrahamsson*²⁵ Sud je pojasnio da ovaj uvjet prvenstveno znači da se mjere pozitivnog djelovanja kojima se pripadnicima/ima podzastupljenih skupina daje prednost pri zapošljavanju mogu upotrebljavati samo u tzv. mat-pozicijama, tj. kada su kandidati koji pripadaju različitim skupinama jednako osposobljeni za konkretno radno mjesto za koje se natječu. To isto znači da je na području odnosa na tržištu rada Sud odbacio točne kvote kao neprihvatljive.

Drugo, mjere pozitivnog djelovanja kojima se pripadnicama/ima podzastupljenih skupina daje prednost pri zapošljavanju moraju imati jasno određen cilj koji žele postići, tj. moraju identificirati prepreku stvarnoj jednakosti prilika koju se takvim mjerama želi ukloniti. Treće, ovakve mjere moraju biti razmjerne, tj. moraju biti sposobne ostvariti svoj cilj i moraju biti nužne za njegovo ostvarenje. Četvrto, poslodavac mora moći uzeti u obzir posebne socijalne okolnosti karakteristične za suprotstavljenog kandidata/kinju (invaliditet, dugo razdoblje nezaposlenosti, samohrani roditelj) koje bi mogle prevagnuti u njegovu/njenu korist i zbog kojih bi konkretno mjesto pripalo njemu/njoj.

Ovakvo strogo tumačenje dopuštenosti mjera pozitivnog djelovanja Sud primjenjuje prvenstveno kod zasnivanja radnih odnosa ili napredovanja. U odluci *Lommers* Sud je dao do znanja da će u odnosima koji se ne tiču samog zapošljavanja ili napredovanja primjenjivati puno blaže tumačenje dopuštenosti mjera pozitivnog djelovanja. Tako je u konkretnom predmetu Sud jednostavno našao da su mjere pozitivnog djelovanja kojima je poslodavac dao prednost upisu u vrtić djeci zaposlenih žena dopuštene ako bi muškarci koji su u sličnoj poziciji, tj. koji nose teret odgoja djece (npr. samohrani očevi) dobili istu privilegiju.

Naravno, navedene odluke Europskog suda pravde odnose se isključivo na regulatorno područje odnosa na tržištu rada. Kako su i antidiskriminacijske odredbe Zakona o radu i ZDS-a rezultat usklađivanja hrvatskog pravnog sustava s pravnom stečevinom Europske unije, poželjno je da u sporovima iz ovog regulatornog područja hrvatski sudovi uzimaju u obzir praksu Europskog suda pravde. No istovremeno, doktrina koju je Europski sud pravde razvio u pogledu pozitivnog djelovanja nije nužno poželjna u drugim regulatornim područjima kao što su npr. obrazovanje ili sudjelovanje u političkim predstavničkim tijelima .

G) IZNIMKE KARAKTERISTIČNE ZA ZSD

Članak 9.

(1) Diskriminacija u svim pojavnim oblicima je zabranjena.

(2) Iznimno od stavka 1. ovoga članka ne smatra se diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj u sljedećim slučajevima:

3. pogodovanja trudnicama, djeci, mladeži, starijim osobama, osobama s pravnom obvezom uzdržavanja koje redovito ispunjavaju obvezu uzdržavanja i osobama s invaliditetom u cilju njihove zaštite kada je takvo postupanje temeljeno na odredbama zakona, podzakonskog akta, programa i mjera,

9. na temelju državljanstva prema posebnim propisima,

10. stavljanje u nepovoljniji položaj pri uređivanju prava i obveze 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.

(3) Sve iznimke iz stavka 2. ovoga članka trebaju se tumačiti razmjerno cilju i svrsi zbog kojih su određene.

Uz navedene iznimke od zabrane diskriminacije koje je preuzeo iz antidiskriminacijskih Direktiva Europske unije, ZSD sadrži i tri posebne iznimke koje su svojstvene samo ovom Zakonu. Sve tri iznimke su postavljene vrlo široko i u primjeni će predstavljati značajan izazov za sudove.

Prema čl. 9. st. 2. tč. 3. ZSD-a ne smatra se diskriminacijom pogodovanje trudnicama, djeci, mladeži i starijim osobama i osobama s obvezom uzdržavanja koje tu obvezu poštuju ako je pogodovanje utemeljeno na pravnim propisima. Ova iznimka nije posebno problematična jer je jasno da se njome želi zaštititi položaj ovih socijalno osjetljivih skupina. No kako se i na nju primjenjuje uvjet razmjernosti iz čl. 9. st. 3., jasno je da će takve mjere morati jasno odrediti konkretan cilj koji žele postići kako bi sudovi mogli utvrditi jesu li one sposobne i nužne za ostvarenje tog cilja.

No, hrvatski sudovi moraju biti svjesni određenih zahtjeva koji u pogledu primjene ove iznimke u području odnosa na tržištu rada proizlaze iz pravne stečevine Europske unije. Naime, mjere kojima se pogoduje mladeži i starijim osobama u pogledu radnih odnosa podliježu prije navedenom uvjetu iz čl. 6. 2000/78/EC Direktive prema kojem će takve mjere biti opravdane ako imaju „*objektivno i razumno opravdan legitimni cilj, uključujući legitimnu politiku zapošljavanja, promicanje ciljeva tržišta rada i stručnog osposobljavanja i ako su sredstva za postizanje tog cilja prikladna i nužna.*“ Štoviše, tu treba uzeti u obzir i odluku suda u predmetu *Mangold* prema kojoj svako razlikovanje u postupanju na temelju dobi treba tumačiti točno, a posebno u pogledu sposobnosti i nužnosti mjere za postizanjem nekog jasno određenog legitimnog cilja.

Slično je i s pogodovanjem trudnicama u radnim odnosima. Naime, u pravnom sustavu EU-a ovakvo pogodovanje dozvoljeno je samo ako je u skladu s odredbama 92/85/EEC Direktive o mjerama zaštite trudnih radnica, odnosno ako se njima štiti isključivo zdravlje ove skupine osoba.²⁶

Puno problematičnija je iznimka koju ZSD propisuje čl. 9. st. 2. tč. 9. prema kojoj je dopušteno svako dovođenje u nepovoljni položaj na temelju državljanstva kada je to dopušteno posebnim propisima. Ovom iznimkom ZSD je vjerojatno htio zaštititi od tužbi za diskriminaciju odluke o onim pravima koja se zbog svoje posebne prirode jamče samo osobama koje imaju bliske veze s konkretnom državom kao što je npr. pravo sudjelovanja na izborima ili pravo zapošljavanja na osjetljivim mjestima u tijelima javne sigurnosti, odnosno odluke o pristupanju cijelog niza socijalnih usluga koje su zajamčene osobama s hrvatskim državljanstvom iz praktičnog razloga što velika većina tih osoba poreznim doprinosima sudjeluje u financiranju tih usluga.²⁷ U tom smislu cilj ovakvih mjera je zasigurno legitiman.

No, zbog izuzetne širine ove iznimke sudovi će morati pažljivo kontrolirati da se ovom iznimkom ne pokušava prekriti diskriminacija na temelju neke druge osnove iz čl. 1. ZSD-a, a posebno na temelju kriterija razlikovanja kao što su rasa/etnicitet, vjersko uvjerenje ili nacionalnost koje se vrlo često u praksi pokušava zamaskirati različitim postupanjem na temelju državljanstva. Takvo korištenje kriterija državljanstva bilo bi suprotno jamstvu jednakosti iz čl. 14. st. 2. Ustava RH. U tom će smislu hrvatskim sudovima od posebne koristi biti jamstvo zabrane neizravne diskriminacije prema kojem bi mjere razlikovanja na temelju državljanstva, koje imaju nerazmjerni učinak na pripadnike neke od društvenih skupina u podređenom društvenom položaju kao što su npr. Romi, morale biti opravdane objektivnim ciljem koji nije ni na koji način uvjetovan etničkom pripadnošću te skupine odnosno prema kojem bi takve mjere morale biti sposobne i nužne za ostvarenje tog objektivnog cilja.

Primjena ove iznimke bez ovakvih kontrolnih osigurača, koji su između ostalog i propisani čl. 9. st. 3. ZSD-a, dovela bi u pitanje sami smisao ovog Zakona.

Najproblematičnija od svih iznimki je zadnja iznimka iz čl. 9. st. 2. tč. 10. ZSD-a. Naime, zbog izuzetne širine ova iznimka dopušta gotovo bilo koji oblik diskriminacije po bilo kojoj osnovi u pogledu prava i obveza iz obiteljskih odnosa ako je ona opravdana legitimnom svrhom, zaštitom javnog morala ili pogodovanju braka u skladu s odredbama Obiteljskog zakona. Kada bi se ova odredba tumačila doslovno, ona bi dozvolila zabranu sklapanja braka između pripadnika različitih etničkih skupina ako je to u skladu s moralnim svjetonazorom većine stanovništva i ako je propisano odredbama Obiteljskog zakona. Isto tako, doslovno tumačenje ove odredbe npr. dopušta da se osobama homoseksualne orijentacije uskrati bilo koje pravo iz obiteljskih odnosa što bi bilo više nego suprotno vrijednosnim postavkama na kojima počiva ZSD, ali i ustavni poredak RH.

Naravno, je li nekoj osobi ili skupini moguće uskratiti neko pravo iz obiteljsko pravnih odnosa, uključujući pravo na sklapanje braka, nije pitanje Obiteljskog zakona niti čak Zakona o suzbijanju diskriminacije, već isključivo pitanje temeljnih ljudskih prava zajamčenih Ustavom RH i cijelog niza međunarodnih ugovora o zaštiti ljudskih prava kojima je naš ustavno-pravni poredak dao nadzakonsku snagu. U tom smislu zbog načina na koji je ova iznimka propisana i tumačenja koje ona dopušta (iako i ne nužno zahtijeva) vrlo je moguće da se u praksi postavi pitanje njene ustavnosti.

Ono što hrvatski sudovi moraju imati na umu kada primjenjuju ovu iznimku je da u demokratskom pravnom poretku koji se temelji na zaštiti ljudskih prava i koji je predan idealu jednakosti *svih* svojih građana, društvene ustanove kao što su obitelj ili brak nisu i ne mogu biti same sebi svrha, njihova zaštita može biti važnija od zaštite temeljnih prava svake osobe. U tom smislu kada čl. 61. Ustava propisuje da je obitelj pod osobitom zaštitom države, onda to znači da ta zaštita mora biti usklađena i s ostalim jamstvima temeljnih prava koje Ustav jamči svim osobama, uključujući i jamstva jednakosti iz čl. 14 st. 1. i st. 2. Ustava RH. U demokratskom poretku koji je predan zaštiti temeljnih prava svih osoba Ustav ne podnosi da se važne društvene ustanove određuju temeljem nekog javnog morala iza kojeg uglavnom stoji svjetonazor dominantne društvene skupine, već isključivo na vrednotama i jamstvima koje propisuje Ustav.

U tom smislu, kada na ovu iznimku primjenjuju uvjet razmjernosti iz čl. 9. st. 3., hrvatski sudovi moraju taj uvjet primjenjivati izuzetno točno i u skladu s temeljnim pravima zajamčenim Ustavom RH.

4.3. NAKNADA ŠTETE

Članak 11.

Žrtva diskriminacije po odredbama ovoga Zakona ima pravo na naknadu štete prema propisima koji uređuju obvezne odnose.

ZSD nije sam postavio posebna pravila u vezi naknade štete koja je osobama nastala diskriminacijom, već je u tom pogledu uputio na postojeće propise o obveznim odnosima. Od postojećih propisa ključnu ulogu u pogledu naknade štete nastale diskriminacijom igra Zakon o obveznim odnosima.²⁸

Kako je ZSD zabranio diskriminaciju u izuzetno velikom broju područja, štetne posljedice zbog diskriminatornog postupanja mogu nastupiti u velikom broju oblika. U praksi se najčešće može susresti štetne posljedice iz radno-pravnih odnosa kao što je uskraćivanje zapošljavanja, otkaz ili uskraćivanje neke druge koristi vezane uz konkretan radno-pravni odnos. No, uz ovakve radno-pravne oblike štetne posljedice nastale diskriminacijom mogu poprimiti oblik ukraćivanja neke usluge kao što je ulazak u disco-klub ili restoran, odnosno uskraćivanje najma stana. Izvan tržišnih odnosa štetne posljedice mogle bi imati oblik odbijanja upisa u neku obrazovnu ustanovu, odnosno uskraćivanje pristupa članstvu neke udruge.

U najvećem broju navedenih primjera neće doći do imovinske štete, već eventualno do štete nastale gubitkom neke koristi, odnosno štete nastale povredom osobnosti. Tu odmah vrijedi napomenuti da u najvećem broju slučajeva ona prava šteta, kao što je uskraćivanje zapošljavanja ili neke tržišne usluge kao što je najam stambenog prostora, neće biti ispravljena jer sudovi u pravilu smatraju da kako se ne radi o zajamčenim pravima, ne postoji osnova na temelju koje bi sud mogao narediti njihovo ispunjenje kao što npr. može narediti povrat na radno mjesto u slučaju nezakonitog otkaza. U takvim slučajevima najčešće se određuje novčana naknade neke izmakle dobiti.

U svjetlu navedenog nekoliko odredbi Zakona o obveznim odnosima zaslužuje značajnu pažnju. Čl. 1046. ZOO-a tako propisuje da je šteta *umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava osobnosti (neimovinska šteta)*. Što se tiče izmakle koristi ZOO propisuje da se pri ocjeni visine izmakle koristi u obzir uzima *dobitak koji se mogao osnovano očekivati prema redovitom tijeku stvari ili prema posebnim okolnostima, a čije je ostvarenje spriječeno štetnikovom radnjom ili propuštanjem*.²⁹ Jednako otvorena je i odredba o naknadi štete nastale povredom osobnosti prema kojoj će ovaj oblik štete biti nadoknađen ako sud *nađe da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju*.³⁰ U takvom slučaju sud će dosuditi pravičnu novčanu naknadu, *nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema*.³¹ Što se tiče visine pravične novčane naknade, ZOO je propisao da će pri njenom određivanju sud *voditi računa o jačini i trajanju povredom izazvanih fizičkih boli, duševnih boli i straha, cilju kojemu služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom naravi i društvenom svrhom*.³²

Ovakve odredbe ostavljaju široku diskreciju sudovima da procjenjuju poželjnu visinu naknade štete. Posebno će biti zanimljivo pratiti praksu sudova u pogledu izmakle dobiti zbog diskriminatornog

uskraćivanja zapošljavanja. Ono što ovakve situacije čini izazovnim nije toliko činjenica da se nikad sa sigurnošću ne može tvrditi da bi tužitelj dobio neki posao da nije bio diskriminiran, koliko činjenica da bi mogao naći novi posao. Drugim riječima, ako je gubitak plaće ono što čini izmaklu korist koliko mjesečnih plaća je potrebno da bi se ona nadoknadila? Kod diskriminatornog uskraćivanja usluga situacija bi mogla bit znatno lakša jer takve usluge imaju tržišnu cijenu. U tom smislu na tužitelju je jednostavno da nađe uslugu jednake kvalitete i zatraži od tuženika da mu plati cijenu te usluge ako mu već sam ne želi pružiti konkretnu uslugu.

No, vrlo često diskriminacijom neće nastati nikakva materijalna šteta ili izmakla dobit. U tom slučaju jedina dostupna mogućnost je naknada štete nastale radi povrede osobnosti. Ono što ovaj oblik naknade štete čini posebno zanimljivim je činjenica da je sudovima ostavljena široka diskrecija procjene jer im ZOO izričito dopušta da procjenjuju pravičnu naknadu za ovu vrstu štete prema „cilju kojemu služi ta naknada.“ U kontekstu naknade štete nastale diskriminacijom ova odredba bi mogla imati posebnu važnost.

Naime, smisao antidiskriminacijskih jamstva nije isključivo pa niti prvenstveno kažnjavanje diskriminatornog postupanja, već uklanjanje diskriminacije iz svakodnevnih društvenih odnosa. U tom smislu kada odlučuju o naknadi štete nastale diskriminacijom, sudovi ne bi trebali biti „opsjednuti“ određivanjem opsega duševne boli, već prvenstveno učinkovitošću ovog oblika naknade u prevenciji diskriminacije. Isto vrijedi i za ocjenu naknade štete radi izmakle dobiti.

Hrvatski sudovi u svakom će slučaju imati obvezu ovakvog tumačenja odredbi za naknadu štete prozročene diskriminacijom na onim područjima koja su regulirana antidiskriminacijskim direktivama Europske unije. Naime, one koje je Sud zauzeo u predmetu *Von Colson* Europskog suda pravde, priznao je da države članice imaju široku diskreciju pri odabiru oblika sankcije za povredu oblika zabrane diskriminatornog postupanja koju propisuju direktive Europske unije.³³ No, Sud je isto tako zauzeo stajalište da ako su države članice odabrale naknadu štete kao oblik reakcije na kršenje zabrane diskriminacije, takva naknada ne samo da mora u potpunosti nadoknaditi nastalu štetu, već mora biti učinkovita i mora imati odbijajući učinak. Ovakva obveza tumačenja naknade štete proizlazi iz temeljne vrijednosti koju zabrana diskriminacije ima za pravni poredak EU-a i predstavlja zahtjev načela učinkovite zaštite temeljnih prava koja građanima jamči pravni poredak Europske unije. Isto ovo naučavanje Sud je primijenio i kada je od nacionalnih sudova zatražio da primjenjuju instrument prebacivanja tereta dokaza u postupcima povodom tužbi diskriminacije.³⁴

1. U tom smislu vidi odluku Ustavnog suda broj U-III/1410/2007.
2. Mark Bell, "Direct Discrimination" in *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, ed. Dagmar Schiek, et al. (Oxford: Hart, 2007), str. 276.
3. Predmet 222/84 *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651.
4. Predmet 165/82 *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* [1983] ECR 3431.
5. Čl. 42. Ustava RH.
6. Čl. 11. Europske konvencije o ljudskim pravima.
7. Vidi čl. 16. Ustava RH odnosno čl. 11. Europske konvencije o ljudskim pravima.
8. Vidi npr. Clare McGlynn, "Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law", 6 *European Law Journal*, 39, 2000.
9. Mark Bell, "Direct Discrimination" in *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, ed. Dagmar Schiek, et al. (Oxford: Hart, 2007), str. 308.
10. Predmet C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm* [2005] ECR I-09981.
11. Predmet C-427/06 *Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* [2008] ECR I-07245.
12. Vidi čl. 35. Ustava RH i čl. 8. Europske konvencije za ljudska prava.
13. Predmet C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich* [2003] ECR I-5659.
14. Predmet C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* [2004] ECR I-09609.
15. Direktiva Vijeća 2004/113/EC od 13. prosinca 2004. o provedbi načela jednakog postupanja između muškaraca i žena u pristupu ponudi robe i usluga *OJ L 373, 21.12.2004.*
16. O racionalnim stereotipovima vidi Cass R. Sunstein, "The anticaste principle. (Visions of Equality: The Future of Title VII)", 92 *Michigan Law Review*, 8, 1994.
17. Mark Bell, "Direct Discrimination" in *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, ed. Dagmar Schiek, et al. (Oxford: Hart, 2007), str. 303.
18. Predmet C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm* [2005] ECR I-09981.
19. Predmet C-411/05 *Félix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA* [2007] ECR I-08531
20. Vidi Christopher McCrudden, "Rethinking Positive Action" 15 *Industrial Law Journal*, (1986).
21. U tom smislu vidi Preporuku Vijeća o promicanju pozitivne akcije za žene, 84/635/EEC, OJ No. L 331/34, 19. prosinac 1984.
22. U tom smislu vidi Dagmar Schiek, "Positive Action before the European Court of Justice – New Conceptions of Equality in Community Law? From Kalanke and Marschall to Badeck", 16 *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, No. 3, (2000).
23. Predmet C-450/93 *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen* [1995] ECR I-03051.
24. C-409/95 *Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen* [1997] ECR I-06363.
25. Predmet C-407/98 *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist* [2000] ECR Page I-05539.
26. Direktiva Vijeća 92/85/EEC od 19. listopada 1992. o uvođenju mjera poticanja poboljšanja sigurnosti i zdravlja trudnih radnica i radnica koje su nedavno rodile ili koje doje, *OJ L 348, 28.11.1992.*
27. Vidi u tom smislu i čl. 16. Europske konvencije za ljudska prava.
28. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine 35/05.
29. Čl. 1089. st. 3. ZOO.
30. Čl. 1100. st. 1. ZOO.
31. Id.
32. Čl. 1100. st. 2. ZOO.
33. Case 14/83 *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891.
34. Vidi S. Rodin, poglavlje 7 ove publikacije "Dokazivanje diskriminacije i teret dokazivanja u pravu Europske unije".

5. INSTITUCIONALNI OKVIR

(Tena Šimonović Einwalter, MJur)

5.1. PUČKI PRAVOBRANITELJ KAO SREDIŠNJE TIJELO NADLEŽNO ZA SUZBIJANJE DISKRIMINACIJE

A) INSTITUCIJA PUČKOG PRAVOBRANITELJA DO DONOŠENJA ZAKONA O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE

Imenovanje pučkog pravobranitelja ustanovljeno je Ustavom Republike Hrvatske. Pučki pravobranitelj definira se kao opunomoćenik Hrvatskog sabora koji štiti ustavna i zakonska prava građana u postupcima pred državnom upravom i tijelima koja imaju javne ovlasti.¹

Pučki pravobranitelj neovisan je i samostalan u svom radu i nitko mu ne smije davati upute i naloge za rad. Djeluje u okviru ustavnih i zakonskih odredbi, ali i međunarodnih ugovora iz područja zaštite i promicanja ljudskih prava, a koje je prihvatila Republika Hrvatska. Pučkom pravobranitelju mora se osigurati dostupnost svih podataka i obavijesti.²

Sukladno Zakonu o pučkom pravobranitelju³, pučki pravobranitelj u okviru svoga rada:

- 1) razmatra pojedinačne slučajeve ugroženosti prava građana koje su prilikom izvršavanja poslova iz svoje nadležnosti počinila tijela državne uprave i pravne osobe s javnim ovlastima, odnosno njihovi djelatnici
- 2) razmatra druga pitanja koja su od važnosti za zaštitu ustavnih i zakonskih prava, a o kojima je obaviješten putem sredstava javnog priopćavanja i drugih izvora saznanja, a odnose se na nepravilan rad tijela državne uprave i pravnih osoba s javnim ovlastima.

Dakle s jedne strane, pučki pravobranitelj razmatra pojedinačne slučajeve ugroženosti prava građana. Riječ je o reaktivnom djelovanju, pružanjem izvansudske pravne zaštite. Pritom je važno napomenuti da prema članku 6. Zakona o pučkom pravobranitelju, pučki pravobranitelj u pravilu ne postupa u stvarima u kojima je u tijeku upravni ili drugi postupak. S druge strane, pučki pravobranitelj ima ovlast 'razmatrati druga pitanja koja su od koristi za zaštitu ustavnih i zakonskih prava', što je okvir njegova preventivnog djelovanja koje se ostvaruje ukazivanjem na šire probleme na području zaštite prava građana, a posebice se ostvaruje putem godišnjeg izvješća koje pučki pravobranitelj podnosi Hrvatskom saboru.

Tijekom 2008. godine pučki pravobranitelj dobio je i status ustanove za promicanje i zaštitu ljudskih prava⁴ sa "statusom A". To je najviši status, a dodjeljuje ga Međunarodni koordinacijski odbor za nacionalne ustanove prema stupnju do kojeg ustanove za zaštitu ljudskih prava zadovoljavaju kriterije tzv. "Pariških načela."⁵

B) OBVEZA OSNIVANJA TIJELA ZA SUZBIJANJE RASNE ILI ETNIČKE DISKRIMINACIJE

Direktivom Vijeća 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o primjeni načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o rasnom ili etničkom podrijetlu, u članku 13. propisana je državama članica Europske unije obveza osnivanja 'tijela za suzbijanje diskriminacije' na osnovu ranog ili etničkog podrijetla, pa je osnivanje ovakvog tijela bila obveza Republike Hrvatske proizašla iz obveze usklađivanja. Sukladno tekstu direktive, državama članicama ostavljen je izbor hoće li ta tijela biti dio nacionalnih tijela za zaštitu ljudskih prava. Direktive Zajednice određuju minimum koji države moraju zadovoljiti, ali preko kojeg mogu ići, pa je pitanje hoće li ova tijela biti nadležna za suzbijanje diskriminacije i po drugim diskriminacijskim osnovama bio izbor svake države članice.

Prema Obrazloženju⁶, jedan od razloga zašto je odlučeno da se u Republici Hrvatskoj ne osniva novo tijelo osposobljeno za suzbijanje diskriminacije na osnovu rasnog i etničkog podrijetla, već da se nove ovlasti dodijele instituciji pučkog pravobranitelja, je preporuka Europske komisije protiv rasizma i nesnošljivosti (ECRI) dana u Trećem izvješću o Hrvatskoj.⁷ Jedna od preporuka je bila da hrvatske vlasti osiguraju Uredu pučkog pravobranitelja kadrove i financijska sredstva potrebna za uspješno obavljanje njegovih zadaća, naglašavajući da bi Ured trebao biti u stanju dati visoku važnost problemima rasizma i rasne diskriminacije. U istom Izvješću ECRI preporučuje da hrvatske vlasti u najkraćem roku osnuju jedno neovisno tijelo osposobljeno za suzbijanje rasizma i rasne diskriminacije. Spajanjem ove dvije preporuke došlo se do pučkog pravobranitelja kao neovisnog tijela za suzbijanje rasne diskriminacije, što je i bila obveza iz direktiva. No, odlučilo se ići preko zahtjeva direktiva i učiniti ga nadležnim za sve osnove iz članaka 1 ZSD-a koji nisu u nadležnosti posebnih pravobranitelja/ica.

C) OVLAŠTI PUČKOG PRAVOBRANITELJA U SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE

Središnje tijelo nadležno za suzbijanje diskriminacije

Članak 12.

(I.) Poslove središnjeg tijela nadležnog za suzbijanje diskriminacije obavlja pučki pravobranitelj.
(II.) Pučki pravobranitelj u okviru svoga rada:

1. zaprima prijave svih fizičkih i pravnih osoba iz članka 10. ovoga Zakona,
2. fizičkim i pravnim osobama koje su podnijele pritužbu zbog diskriminacije pruža potrebne obavijesti o njihovim pravima i obvezama te mogućnostima sudske i druge zaštite,
3. ako nije započet sudski postupak, ispituje pojedinačne prijave i poduzima radnje iz svoje nadležnosti potrebne za otklanjanje diskriminacije i zaštitu prava diskriminirane osobe,
4. upozorava javnost na pojave diskriminacije,
5. uz pristanak stranaka provodi postupak mirenja uz mogućnost sklapanja izvansudske nagodbe,
6. podnosi kaznene prijave u vezi sa slučajevima diskriminacije nadležnom državnom odvjetništvu⁸,
7. prikuplja i analizira statističke podatke o slučajevima diskriminacije,

8. u svom godišnjem izvješću, a po potrebi i izvanrednim izvješćem, Hrvatski sabor izvješćuje o pojavama diskriminacije,
 9. provodi istraživanja na području diskriminacije, daje mišljenja i preporuke te predlaže Vladi Republike Hrvatske odgovarajuća zakonska i strateška rješenja.
-

Jedna od osnovnih zadaća pučkog pravobranitelja na području suzbijanja diskriminacije je postupanje po prijavama (pritužbama) zbog diskriminacije. Građani koji smatraju da su diskriminirani mogu se obratiti pučkom pravobranitelju (ili posebnim pravobraniteljicama), no mogu i podnijeti tužbu nadležnom sudu. Ukoliko se obrate pučkom pravobranitelju i prijave diskriminaciju, pružit će im se potrebne obavijesti o pravima i obvezama te mogućnostima sudske i druge zaštite, prijava diskriminacije će se ispitati te će pučki pravobranitelj poduzeti radnje iz svoje nadležnosti potrebne za otklanjanje diskriminacije.

U odnosu na osobe koje su već pokrenule sudski postupak, pučki pravobranitelj neće moći postupati po prijavi diskriminacije, već će se u određenim slučajevima moći uključiti u spor kao umješač na strani tužitelja (žrtve diskriminacije)⁹.

Zakonom je pučkom pravobranitelju dana i nova ovlast da uz pristanak stranaka provodi postupak mirenja uz mogućnost sklapanja izvansudske nagodbe. Također se određuje da podnosi kaznene prijave u vezi sa slučajevima diskriminacije te za prekršaje propisane ZSD-om može podnijeti optužni prijedlog (čl. 29 ZSD), može sudjelovati u građanskom postupku kao umješač (čl. 21 ZSD) te podnijeti udružnu tužbu (čl. 24 ZSD).

Potrebno je istaknuti da su za svo postupanje po pritužbama radi diskriminacije uz pučkog pravobranitelja nadležne i posebne pravobraniteljice, ovisno o kojem se tipu diskriminacije u konkretnom slučaju radi, tj. ovisno o diskriminacijskoj osnovi koja je posrijedi.

Prvi podatci o postupanju po prijavama (pritužbama) radi diskriminacije biti će dio godišnjeg izvješća o pojavama diskriminacije koje će pučki pravobranitelj prvi puta podnijeti Hrvatskom saboru tijekom 2010. godine.

Proaktivna uloga pučkog pravobranitelja je praćenje te izvještavanje o pojavama diskriminacije u društvu. Sukladno Zakonu o suzbijanju diskriminacije, pučki pravobranitelj u ovom dijelu svog djelovanja prikuplja i analizira statističke podatke o slučajevima diskriminacije. U svom godišnjem izvješću, a po potrebi i izvanrednim izvješćem, Hrvatski sabor izvješćuje o pojavama diskriminacije te provodi istraživanja na području diskriminacije, daje mišljenja i preporuke te predlaže Vladi Republike Hrvatske odgovarajuća zakonska i strateška rješenja.¹⁰ U radu pučkog pravobranitelja kao središnjeg tijela nadležnog za suzbijanje diskriminacije tijekom prve godine primjene Zakona o suzbijanju diskriminacije na ovaj je dio posebno stavljen naglasak.¹¹

U skladu s imenovanjem središnjim tijelom nadležnim za suzbijanje diskriminacije, pučki je pravobranitelj postao članom Europske mreže tijela za promicanje jednakosti, tj. tijela za suzbijanje diskriminacije (eng. European Network of Equality Bodies - EQUINET) sa sjedištem u Bruxellesu.

D) OBVEZA PRIJAVLJIVANJA I DAVANJA PODATAKA TE VOĐENJA EVIDENCIJA

Osim iz članka 12. Zakona uloga pučkog pravobranitelja, uloga pučkog pravobranitelja (i posebnih pravobraniteljica) vidljiva je i iz članka 10. ZSD-a Obveza prijavljivanja i davanja podataka te članka 14. ZSD-a Vođenje evidencija.

U članku 10. Zakon propisuje dužnost:

1. prijaviti osnovanu sumnju na diskriminaciju pučkom pravobranitelju ili posebnim pravobraniteljima/icama
2. u roku od 15 dana dati sve podatke i tražene dokumente vezane uz diskriminaciju pučkom pravobranitelju ili posebnim pravobraniteljima/icama

Članak 10. stavak 1. propisuje da su sva državna tijela, tijela jedinica lokalne i područje (regionalne) samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima te sve pravne i fizičke osobe dužne prijaviti osnovanu sumnju na diskriminaciju pučkom pravobranitelju ili posebnim pravobraniteljima, uz pristanak osobe za koju postoji sumnja da je žrtva diskriminacije. Zamjetno je da je u prijedlogu Zakona bila predviđena i prekršajna sankcija (novčana kazna) za nepoštivanje ove obveze, no da ona nije postala dio Zakona o suzbijanju diskriminacije.

Članak 10. stavak 2. Zakona propisuje da su sva državna tijela, tijela jedinica lokalne i područje (regionalne) samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima te sve pravne i fizičke osobe dužne u roku od 15 dana dati sve podatke i tražene dokumente vezane uz diskriminaciju na zahtjev pučkog pravobranitelja ili posebnih pravobranitelja. Člankom 27. ZSD-a propisana je prekršajna odgovornost te sankcije za odgovorne osobe u državnom tijelu i jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave ako se navedeni podatci ne dostave u roku 30 dana.

U članku 14. Zakon propisuje dužnost:

1. pravosudnim tijelima da vode evidencije o sudskim predmetima te ih dostavljaju Ministarstvu pravosuđa
2. posebnim pravobraniteljima/icama da vode evidencije o slučajevima diskriminacije
3. Ministarstvu pravosuđa i posebnim pravobraniteljima/icama da evidencije dostavljaju pučkom pravobranitelju

Kako bi kao središnje tijelo pučki pravobranitelj mogao pratiti primjenu Zakona o suzbijanju diskriminacije, člankom 14. uvodi se dužnost svih pravosudnih tijela da vode evidencije o sudskim predmetima vezanim za diskriminaciju i po diskriminacijskim osnovama. Evidencije se dostavljaju Ministarstvu pravosuđa koje je dužno dostaviti ih pučkom pravobranitelju do 1. veljače za prethodnu kalendarsku godinu. Propisuje se da su posebni pravobranitelji/ce dužni voditi evidencije o slučajevima diskriminacije iz njihove nadležnosti te dostavljati evidencije i statističke podatke pučkom pravobranitelju. Pritom su pučki pravobranitelj i posebni pravobranitelji dužni sve evidencije o slučajevima diskriminacije iz njihove nadležnosti iskazati po spolu.

5.2. PODJELA NADLEŽNOSTI IZMEĐU PUČKOG PRAVOBRANITELJA I POSEBNIH PRAVOBRANITELJA/ICA

Prema članku 13. Zakona o suzbijanju diskriminacije, pojedine poslove iz članka 12. stavka 2. točke 1. do 6. ovoga Zakona obavljaju posebni pravobranitelji kada je to utvrđeno posebnim zakonom.

To znači da je pučki pravobranitelj kao središnje tijelo nadležan u odnosu na sve diskriminacijske osnove iz članka 1. stavka 1. ZSD-a za obavljanje poslova iz članka 12. stavka 2. točke 7., 8. i 9. Zakona.

U odnosu na sve diskriminacije osnove pučki pravobranitelj:

- » prikuplja i analizira statističke podatke o slučajevima diskriminacije,
- » u svom godišnjem izvješću, a po potrebi i izvanrednim izvješćem, Hrvatski sabor izvješćuje o pojavama diskriminacije,
- » provodi istraživanja na području diskriminacije, daje mišljenja i preporuke te predlaže Vladi Republike Hrvatske odgovarajuća zakonska i strateška rješenja.

Pojedine poslove iz članka 12. stavka 2. točke 1. do 6. Zakona obavljaju posebni pravobranitelji, svatko u odnosu na osnovu za koju je nadležan.

Za poslove:

- » zaprimanja prijava diskriminacije,
- » pružanja potrebnih obavijesti o pravima i obvezama te mogućnostima sudske i druge zaštite,
- » ispitivanja pojedinačnih prijava i poduzimanja radnji iz svoje nadležnosti potrebnih za otklanjanje diskriminacije,
- » upozoravanja javnosti na pojave diskriminacije,
- » provođenja postupka mirenja uz mogućnost sklapanja izvansudske nagodbe te
- » podnošenja kaznene prijave u vezi sa slučajevima diskriminacije nadležnom državnom odvjetništvu

nadležnost je podijeljena na sljedeći način:

- » u slučajevima diskriminacije na osnovu spola, spolne orijentacije, bračnog ili obiteljskog statusa i rodnog identiteta ili izražavanja nadležna je **pravobraniteljica za ravnopravnost spolova**;
 - » ukoliko je riječ o diskriminaciji na osnovu invaliditeta (i u određenim slučajevima diskriminaciji na osnovu zdravstvenog stanja) nadležna je **pravobraniteljica za osobe s invaliditetom**;
 - » ukoliko je riječ o diskriminaciji djece nadležna je **pravobraniteljica za djecu**;
 - » u slučajevima diskriminacije na osnovu ostalih diskriminacijskih osnova iz Zakona (rasa ili etnička pripadnost ili boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo uvjerenje, nacionalno ili socijalno podrijetlo, imovno stanje, članstvo u sindikatu, obrazovanje, društveni položaj, dob, zdravstveno stanje te genetsko naslijeđe) nadležan je **pučki pravobranitelj**.
-

Radi ispunjavanja zadataka koje je postavio Zakon o suzbijanju diskriminacije, potrebna je jaka suradnja pučkog pravobranitelja s posebnim pravobraniteljima/icama. Suradnja je potrebna zbog usklađivanja načina primjene hrvatskog antidiskriminacijskog zakonodavstva i međunarodnih pravnih standarada te zbog zajedničke potrebe sustavnog podučavanja djelatnika na području antidiskriminacijskog prava.

Pitanje suradnje pučkog pravobranitelja s posebnim pravobraniteljima/icama, te između posebnih pravobraniteljstava, je aktualno i u radu na pojedinačnim pritužbama građana.

Jednostavno se rješava situacija kada je pritužba dostavljena nenadležnoj ustanovi, primjerice kada se pučkom pravobranitelju osoba obrati s pritužbom na diskriminaciju na osnovu spola. U ovom slučaju pučki pravobranitelj se neće oglasiti nenadležnim i uputiti pritužitelja da se obrati pravobraniteljici za ravnopravnost spolova, već će radi uštede vremena pritužitelju, pritužbu odmah prosljediti nadležnoj pravobraniteljici.

Međutim, pitanje koje nije regulirano Zakonom o suzbijanju diskriminacije je pitanje rada na pritužbama kod kojih istovremeno postoji nadležnost više ustanova: slučajevi tzv. **pozitivnog sukoba nadležnosti**. Primjerice, tko je nadležan za rad na pritužbi radi diskriminacije djeteta s invaliditetom? Ili tko je nadležan kada je pritužiteljica diskriminirana kao žena Romkinja, istovremeno po osnovi spola i etničke pripadnosti? U radu na ovakvim predmetima ukazuje se potreba tijesne suradnje i povezivanja pučkog pravobraniteljstva, pravobraniteljstva za ravnopravnost spolova, pravobraniteljstva za djecu i pravobraniteljstva za osobe s invaliditetom u suzbijanju diskriminacije.

5.3. SOCIJALNI DIJALOG I SURADNJA S ORGANIZACIJAMA CIVILNOG DRUŠTVA

Socijalni dijalog i suradnja s organizacijama civilnog društva

Članak 15.

(1) Pučki pravobranitelj pri izradi redovitih izvješća, mišljenja i preporuka o pojavama diskriminacije konzultirat će socijalne partnere i organizacije civilnog društva koje se bave zaštitom i promicanjem ljudskih prava, organizacije koje se bave zaštitom prava skupina izloženih visokom riziku diskriminacije, crkve i vjerske organizacije upisane u Evidenciju vjerskih zajednica u Republici Hrvatskoj na temelju Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica te Savjet za nacionalne manjine.

(2) U smislu ovoga Zakona socijalni partneri su reprezentativne udruge sindikata i poslodavaca više razine.

Članak 15. Zakona o suzbijanju diskriminacije obvezuje pučkog pravobranitelja na konzultiranje s vrlo širokim krugom sudionika pri izradi redovitih izvješća, mišljenja i preporuka o pojavama diskriminacije.

Suradnja različitih učesnika u suzbijanju diskriminacije predviđena je direktivama 2000/43/EC te 2000/78/EC, no formulacije u direktivama su drugačije. U članku 12. Direktive 2000/43/EC te članku 14. Direktive 2000/78/EC pod naslovom „Dijalog s nevladinim organizacijama“ kaže se da će države

članice poticati dijalog s odgovarajućim nevladinim organizacijama.¹² Međutim, umjesto na odnos između države i nevladinih organizacija, hrvatski Zakon o suzbijanju diskriminacije stavlja u središte pozornosti odnos pučkog pravobranitelja kao neovisnog tijela s nevladinim organizacijama. Štoviše, Zakon propisuje da će se pučki pravobranitelj konzultirati s organizacijama civilnog društva pri izradi redovitih izvješća, mišljenja i preporuka o pojavama diskriminacije. No, nije u potpunosti jasno koji intenzitet komunikacije i s koliko širokim krugom¹³ nevladinih udruga zadovoljava odredbu o konzultacijama.

Nevladine udruge igraju značajnu ulogu u ostvarivanju ciljeva jednakosti i nediskriminacije. Uloga nevladinih udruga kao instrumenata civilnog društva u borbi protiv diskriminacije može uključivati promicanje raznolikosti i jednakosti kao društvenih vrijednosti, javno izražavanje potreba pojedinih osjetljivih skupina, potporu žrtvama diskriminacije i slično. Nevladine udruge mogu navedene aktivnosti provoditi samostalno ili u partnerstvu s drugim nevladinim udrugama radi lakšeg postizanja zajedničkih ciljeva, primjerice putem članstva u europskim mrežama udruga, te u suradnji s pučkim pravobraniteljem. U tom smislu, dijalog nevladinih organizacija s neovisnim tijelom poput pučkog pravobranitelja ima drugačiji karakter nego dijalog ili savjetovanje nevladinih organizacija s državnim tijelima.

Članak 15., vezano za suradnju pučkog pravobranitelja i nevladinih udruga, treba tumačiti poštujući odredbu o provođenju konzultacija pri izradi godišnjih izvješća, istovremeno potičući suradnju pučkog pravobranitelja i nevladinih udruga na područjima poput:

- » podizanja svijesti o postojanju diskriminacije i potrebi borbe protiv nje,
- » provođenja treninga/podučavanja ključnih sudionika, između ostalog zainteresiranih nevladinih udruga, uključujući lokalne udruge,
- » praćenja primjene Zakona te ukazivanja na nedostatke u primjeni,
- » provođenja istraživanja te
- » ukazivanja na nedostatke postojećih zakonskih odredbi.

Kod postupanja u konkretnim slučajevima diskriminacije suradnja nevladinih udruga i pučkog pravobranitelja može se ostvarivati kroz upućivanje građana od strane nevladinih udruga pučkom pravobranitelju radi zaprimanja prijave diskriminacije. No, udruge posebice igraju ulogu u pomaganju građanima u sudskom ostvarivanju prava. Također, kao i pučki pravobranitelj, udruge se mogu uključiti u građansku parnicu kao umješanci na strani tužitelja te mogu biti podnositelji udružne tužbe. Upravo će udruge često biti najbolji zaštitnici kolektivnih interesa neke skupine.

Glede socijalnog dijaloga, Zakon o suzbijanju diskriminacije također uvodi konzultacije i dijalog, no dijalog koji je drugačiji od onog iz direktiva. Članak 11. Direktive 2000/43/EC te članak 13. Direktive 2000/78/EC pod naslovom „Socijalni dijalog“ kažu da će države članice usvojiti odgovarajuće mjere za promicanje socijalnoga dijaloga između socijalnih partnera u cilju promicanja ravnopravnosti, uključujući i putem nadzora prakse na radnome mjestu, kolektivnih ugovora, kodeksa ponašanja te istraživanja ili razmjene iskustava i najbolje prakse. Propisivanje obveze konzultiranja pučkog pravobranitelja sa socijalnim partnerima, iako ima svoju funkciju, nije isto što i promicanje socijalnoga dijaloga između socijalnih partnera u cilju suzbijanja diskriminacije. Glede socijalnog dijaloga, članak 15 treba tumačiti poštujući odredbu o provođenju konzultacija, istovremeno imajući u vidu i spomenuti nadzor prakse na radnome mjestu, kolektivnih ugovora, kodeksa ponašanja itd.

1. Također, u postupcima pred Ministarstvom obrane, oružanim snagama i službama sigurnosti, pred tijelima lokalne i područne (regionalne) samouprave te koji štiti pravo na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu.
2. Sukladno članku 11. Zakona o pučkom pravobranitelju, pučkom pravobranitelju su dostupni svi podaci i informacije i on ima pravo uvida u svu dokumentaciju iz nadležnosti Republike Hrvatske i u sve spise organa državne uprave i tijela s javnim ovlastima pa i u one u kojima je odlučivano po pravu diskrecijske ocjene, bez obzira na stupanj njihove tajnosti. Također, organi državne uprave i tijela s javnim ovlastima dužni su omogućiti pučkom pravobranitelju dostupnost izvještajima i dokumentaciji, kao i pružiti mu svaku drugu pomoć koju od njih zatraži pučki pravobranitelj. Djelatnici u organima državne uprave i tijelima s javnim ovlastima dužni su surađivati s pučkim pravobraniteljem i na njegov zahtjev podnositi izvješća i odgovarati na upite.
3. Članak 5. Zakona o pučkom pravobranitelju (Narodne novine, br 60/92)
4. Tzv. NHRI (National Human Rights Institution)
5. Kriteriji Pariških načela (Paris principles) su: neovisnost zajamčena ustavom ili zakonom, autonomnost u odnosu na vlast, pluralizam u sastavu članstva, široke ovlasti za zaštitu i promicanje ljudskih prava, dostatna sredstva za neovisan rad te ovlasti za poduzimanje istražnih radnji.
6. Obrazloženje Prijedloga zakona o suzbijanju diskriminacije Vlade Republike Hrvatske iz svibnja 2008. godine
7. Europska komisija protiv rasizma i nesnošljivosti (ECRI), Treće izvješće o Hrvatskoj, CRI(2005)24, Strasbourg, 2005. (točka 49.).
8. Također, prema članku 29. ZSD-a, za prekršaje propisane ovim Zakonom, pored ovlaštenih tužitelja propisanih člankom 109. stavka 1. Prekršajnog zakona, pučki pravobranitelj i posebni pravobranitelji/ce mogu podnijeti optužni prijedlog. I prema članku 7. stavku 2. Zakona o pučkom pravobranitelju „Ako utvrdi da se radi o povredi prava s elementima kaznenog djela, prekršaja ili povrede radne discipline, pučki pravobranitelj može predložiti pokretanje kaznenog, prekršajnog ili disciplinskog postupka“.
9. U skladu sa člankom 21. ZSD-a Sudjelovanje trećih, obrađenim u poglavlju 6. ovog Vodiča. Pritom nema obveze pučkog pravobranitelja da se uključi u spor na zahtjev tužitelja, već će prema diskrecijskoj osnovi biti birani slučajevi od šireg značaja, u kojima se procijeni da je uključivanje u spor od šireg značaja (tzv. koncept strateškog parničjenja, eng. 'strategic litigation').
10. Ove ovlasti pučki pravobranitelj ima kao središnje tijelo, dakle u odnosu na sve diskriminacijske osnove iz Zakona o suzbijanju diskriminacije.
11. Tako je radi boljeg upoznavanja javnosti sa sadržajem novog Zakona i mehanizmima zaštite od diskriminacije, održana dosad prva konferencija u organizaciji Ureda pučkog pravobranitelja od njegova osnutka. Ured je sudjelovao u provođenju niza podučavanja ključnih sudionika u suzbijanju diskriminacije u Republici Hrvatskoj, izrađene su nove web-stranice Ureda pučkog pravobranitelja, pojačana je suradnja s nevladinim udrugama te je ostvarena suradnja sa sličnim tijelima u državama članicama Europske unije.
12. Članak 12. Direktive Vijeća 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o primjeni načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o rasnom ili etničkom podrijetlu glasi: „Države članice potiču dijalog s odgovarajućim nevladinim organizacijama koje, u skladu s njihovim nacionalnim pravom i praksom, imaju pravni interes za sudjelovanje u borbi protiv diskriminacije na osnovi rasnoga ili etničkoga podrijetla, a u cilju promicanja načela ravnopravnosti.“
13. Glede širine kruga aktera s kojima se traži savjetovanje, za očekivati je da će među navedenim akterima postojati vrlo različiti, pa i oprečnim stavovi o pojedinim pitanjima sa područja suzbijanja diskriminacije. Primjerice, vjerojatno će postojati neke razlike u mišljenju između organizacija civilnog društva koje se bave zaštitom i promicanjem ljudskih prava i crkvi i vjerskih organizacija. I socijalni partneri - reprezentativne udruge sindikata i poslodavaca više razine vjerojatno neće zastupati identične stavove.

6. POSTUPAK PRED SUDOM

(prof. dr. sc. Alan Uzelac)

6. 1. UVOD

Mehanizmi zaštite od diskriminacije prema ZSD-u mogu se podijeliti u dvije skupine, ovisno o tome je li riječ o djelovanju koje bi trebalo spriječiti pojave diskriminacije (preventivno djelovanje) ili bi trebalo reagirati na već uočene pojave diskriminacije (restitutivno i represivno djelovanje). U prvu skupinu ubraja se obrazovno i preventivno djelovanje i izvansudska pravna zaštita (čemu je posebno posvećen statusni okvir Glave IV), a u drugu prekršajna, kaznena i građanska odgovornost o kojoj se odlučuje u odgovarajućim tipovima sudskih postupaka.¹ Peta glava ZSD-a (Postupak pred sudom) posvećena je samo građanskopravnoj zaštiti, kao najvažnijem, izravnom aspektu zaštite povrede prava žrtava diskriminacije u pogledu kojeg ZSD jedino i sadrži posebne procesne odredbe.

Mogućnost da se u slučaju nejednakog postupanja zatraži pravna zaštita u građanskoj parnici, postojala je po općim odredbama Zakona o parničnom postupku i prije donošenja Zakona o suzbijanju diskriminacije. Zbog povrede osnovnih ustavnih i zakonskih prava svatko ima pravo obratiti se nadležnom sudu koji u redovnom parničnom postupku odlučuje o povredi prava (usp. čl. 1. ZPP-a). Posebne odredbe o suzbijanju diskriminacije postojale su u radnom zakonodavstvu.² U sklopu tih odredbi nalazile su se i neke posebne postupovne odredbe.

Ipak, do donošenja ZSD-a u praksi sudska zaštita od diskriminacije nije bila dovoljno učinkovita pa se zato ovim zakonom, slijedeći noviju europsku praksu, željelo učiniti korak dalje. Prilikom sastavljanja odredaba o postupku pred sudom osobito se imalo u vidu dvije direktive Vijeća ministara EZ koje se odnose na pojedine osnove diskriminacije.³ Na tragu preporuka iz te direktive (ali s još širim opsegom primjene) nalaze se široke postupovne mogućnosti sudjelovanja organizacija civilnog društva u antidiskriminacijskim sudskim postupcima kao i odredbe o teretu dokazivanja.⁴ Na toj je podlozi izgrađena i koncepcija kolektivne zaštite od diskriminacije kroz udružnu tužbu koja je do sada najdalekosežniji primjer sudske tužbe u javnom interesu (tzv. *actio popularis*) u hrvatskom pravu. Istodobno, proširene su i generalizirane procesne mogućnosti koje su bile uvedene po nekim posebnim zakonima, kao što su Zakon o radu (odredbe o okretanju tereta dokazivanja) i Zakon o zaštiti potrošača (udružna tužba).

6.2. INDIVIDUALNA ANTIDISKRIMINACIJSKA SUDSKA ZAŠTITA

A) VRSTE INDIVIDUALNE SUDSKE ZAŠTITE PRAVA NA JEDNAKO POSTUPANJE

Zaštita prava na jednako postupanje često se pojavljuje u vezi sa zaštitom drugih prava. Zbog toga se i antidiskriminacijska zaštita može ostvarivati na dva načina, u postupku u kojem se odlučuje o pravima koja se zbog diskriminacije krše, ili u samostalnom sudskom postupku. U tom smislu, u članku 16. ZSD-a ovlašćuje se potencijalne žrtve diskriminacije da zaštitu traže bilo u postupku u kojem se o pojedinom pravu odlučuje kao o glavnom pitanju, bilo u posebnom postupku. Time su razlučene dvije postupovne mogućnosti koje stoje na raspolaganju osobi koja smatra da su joj zbog diskriminacije povrijeđena prava:

1. podnošenje tužbe u kojoj će se tražiti zaštita subjektivnog prava (npr. prava iz radnog ili obveznog odnosa), a pritom se pozivati da je do povrede prava došlo zbog diskriminacije (**incidentalna antidiskriminacijska zaštita**), ili
2. podnošenje tužbe u kojoj će se tražiti da se o diskriminaciji odluči kao o glavnom pitanju (**posebna individualna antidiskriminacijska tužba**).

B) INCIDENTALNA ANTIDISKRIMINACIJSKA ZAŠTITA

Autorima postupovnih odredbi Zakona o suzbijanju diskriminacije bilo je bitno da se uređivanjem posebnog puta sudske zaštite ne otklone ili otežaju dosadašnje mogućnosti zaštite prava žrtava diskriminacije. Isticanje argumenata u sudskom postupku koji se tiču nejednakog postupanja kao eventualnog motiva povrede prava, kao i pozivanje na Zakon o suzbijanju diskriminacije ne bi smjeli poslužiti kao osnova za otklanjanje nadležnosti ili upućivanje na potrebu podnošenja posebnih antidiskriminacijskih tužbi. Utoliko, i nakon donošenja ZSD-a mogu se i dalje voditi i pokretati sve vrste sudskih postupaka zaštite prava po drugim zakonima, i to bilo po općim procesnim odredbama Zakona o parničnom postupku, bilo uz primjenu posebnih procesnih odredbi primjenjivih na pojedine specifične slučajeve (npr. posebnog parničnog postupka u radnim ili trgovačkim sporovima i sl.).

U incidentalnom sudskom postupku pitanje eventualne diskriminacije cijeni se i odlučuje kao tzv. **prethodno (prejudicijelno, incidentalno) pitanje**. Prethodno pitanje je određeno kao pitanje o postojanju prava ili pravnog odnosa koje sud mora u nekoj parnici riješiti, da bi odlučio o osnovanosti glavnog zahtjeva.⁵ Pitanje postojanja ili nepostojanja diskriminacije nije (samo) činjenično, već i kompleksno pravno pitanje o kojemu treba odlučiti u skladu s odredbama ZSD-a, pa se po toj osnovi svakako kvalificira za prejudicijelno rješavanje.

Odluka o postojanju ili nepostojanju diskriminacije u incidentalnom postupku neće ulaziti u izreku, već u obrazloženje sudske presude. O tom pitanju neće se zasnivati litispendencija, niti će se ono pravomoćno rješavati. Zato niti okolnost da se o postojanju diskriminacije istodobno odlučuje u nekom drugom postupku, bilo kao o glavnom ili prethodnom pitanju, neće sama po sebi biti zapreka da bi se nastavio i okončao pokrenuti postupak. Ako je u nekom drugom postupku o postojanju diskriminacije već pravomoćno odlučeno, takva će odluka naravno obvezivati i u postupku u kojem se pitanje diskriminacije incidentalno postavilo. S druge strane, međutim, **incidentalna odluka o postojanju**

diskriminacije obvezivat će sud i stranke samo u toj parnici jer će se učinci pravomoćnosti povezivati samo s onime što je ušlo u izreku sudske presude, a ne i s onim što je u njenom obrazloženju.

Usprkos tome što se na postupak incidentalnog rješavanja najvećim dijelom odnose postupovne odredbe drugih propisa, iz Zakona o suzbijanju diskriminacije proizlaze ipak još dvije dodatne procesne posebnosti.

Prva je odredba o hitnosti svih postupaka u kojima se odlučuje o postojanju diskriminacije (čl. 16. st. 3.) koja se odnosi i na postupke u kojima se ovo pitanje pojavljuje samo kao prethodno pitanje. Okolnost da se imperativ hitnosti ne odnosi samo na posebne antidiskriminacijske postupke proizlazi kako iz sustavnog smještaja ove odredbe u tzv. zajedničke odredbe (nadnaslov članka 16.), tako i iz izričaja norme koja nalaže da se što prije ispituju „sve tvrdnje o diskriminaciji“ (dakle, navodi na kojima se temelji zahtjev, bez obzira o kojem se zahtjevu radi).

Druga norma koja dolazi do izražaja i kod incidentalnog rješavanja tvrdnji o nejednakom postupanju je odredba o teretu dokazivanja iz čl. 20. ZSD-a. Naime, standard dokaza i pravila o raspodjelu tereta dokazivanja moraju se jednako primjenjivati u svim parničnim postupcima u kojima se o istom pitanju odlučuje, bez obzira na način na koji se odlučuje (incidentalno ili po posebnoj tužbi). U tom smislu je tvrdnja o teretu dokaza i stvorena (v. dalje pod 6.2.c VII).⁶

Iz suodnosa općih pravila i posebnih zahtjeva antidiskriminacijske zaštite proizlaze i neke daljnje posebnosti. Tako bi se, npr. u parnicama u kojima se pitanje diskriminacije pojavljuje kao prethodno pitanje, svakako trebalo na drugi način promatrati i mogućnost iz čl. 213. st. 1. ZPP-a prema kojoj je sud ovlašten da prekine postupak jer je odlučio da sam ne rješava prethodno pitanje. Naime, premda bi i u ovim slučajevima sud zadržao svoje diskrecijsko pravo da odluči što je svrhovitije, samostalno rješavanje prethodnog pitanja, ili prekid postupka uz čekanje da ovo pitanje kao glavno bude riješeno u drugom postupku, sam bi imperativ žurnog postupanja nalagao da se postupak prekida samo iznimno, kada čekanje na pravomoćnu odluku ne bi moglo uzrokovati bitnija odugovlačenja postupka (npr. onda kada je već donesena nepravomoćna odluka o postojanju diskriminacije, pa se samo čeka njena pravomoćnost). Također, kako je u odredbi o hitnosti postupka sadržan ne samo nalog za žurnim rješavanjem, već i svojevrsno rangiranje i prioritetiziranje u odlučivanju, sud bi pri vođenju postupka trebao birati onaj način i redoslijed poduzimanja radnji koji bi omogućio da se tvrdnje o diskriminaciji rasvijetle prve, ne ostavljajući ih tek za kraj postupka (arg. iz čl. 16. st. 3. ZSD-a).

C) POSEBNA INDIVIDUALNA ANTIDISKRIMINACIJSKA TUŽBA

I. Općenito

Člankom 17. ZSD-a uvodi se novi način zaštite prava na jednako postupanje: posebna (individualna) antidiskriminacijska tužba. Ta tužba obuhvaća više samostalnih antidiskriminacijskih tužbi, tj. posebnih antidiskriminacijskih zahtjeva:

- a. zahtjev za utvrđenjem diskriminacije (*deklaratorni antidiskriminacijski zahtjev*);
- b. zahtjev za zabranu diskriminacije (*prohibitivni antidiskriminacijski zahtjev*);

- c. zahtjev za uklanjanje diskriminacije ili njenih posljedica (*restitutivni antidiskriminacijski zahtjev*);
- d. zahtjev za naknadom štete uzrokovane diskriminacijom (*reparacijski antidiskriminacijski zahtjev*);
- e. zahtjev za objavom presude kojom je utvrđena diskriminacija (*publikacijski antidiskriminacijski zahtjev*).

II. O pojedinim antidiskriminacijskim zahtjevima

Deklaratorni antidiskriminacijski zahtjev je zahtjev kojim se traži utvrđenje povrede tužiteljevog prava na jednako postupanje. Pravna zaštita koja se pruža usvajanjem tog zahtjeva je preventivnog karaktera: sudska presuda autoritativno utvrđuje diskriminirajuću narav tuženikovog djelovanja. Odluka o zahtjevu uklanja dvojbu i djeluje obvezujuće u svim budućim odnosima između stranaka. U svim budućim postupcima između tužitelja i tuženika presuda kojom je diskriminacija pravomoćno utvrđena imaće snagu presuđene stvari (*res iudicata*). Zakon je mogućnost deklaratornog antidiskriminacijskog zahtjeva široko postavio: tužiti se može ne samo radi utvrđenja da je do povrede prava na jednako postupanje već došlo, nego i zbog toga što bi djelovanje tuženika moglo neposredno dovesti do diskriminacije. Pod djelovanjem se razumije kako aktivno djelovanje (činjenje, poduzimanje radnji), tako i pasivno djelovanje (propuštanje poduzimanja radnji). Usvajanje deklaratornog antidiskriminacijskog zahtjeva je pretpostavka za usvajanje publikacijskog zahtjeva.

Prohibitivni antidiskriminacijski zahtjev je zahtjev kojim se traži zabrana poduzimanja radnji kojima se krši ili može prekršiti tužiteljevo pravo na jednako postupanje. Tužba je osuđujućeg (kondemnatornog) karaktera, a u slučaju usvajanja od tuženika traži pasivnost, odnosno suzdržavanje od daljnjeg djelovanja. Odlučujući o njoj, sud može primijeniti i ovlast da skрати paricijski rok ili odredi da žalba ne zadržava ovrhu (v. dalje pod VIII.).

Restitutivni antidiskriminacijski zahtjev je zahtjev kojim se traži da tuženik izvrši radnje kojima se uklanja diskriminacija ili njene posljedice. Cilj takvog zahtjeva je da se situacija vrati u stanje u kojoj je bila prije povrede prava na jednako postupanje. Tužba je osuđujuća (kondemnatorna) i traži aktivno djelovanje tuženika. I kod nje se mogu primijeniti ovlasti iz čl. 22. ZSD-a.

Reparacijski antidiskriminacijski zahtjev je zahtjev kojim se traži naknada štete uzrokovana nezakonitom povredom prava na jednako postupanje. Naknađuje se šteta koja se nije mogla ispunjenjem obveze da se stvari vrate u prvobitno stanje (v. o restitutivnim zahtjevima). Zahtijevati se može kako naknada imovinske štete, tako i naknada neimovinske štete (duševnih boli).⁷ I ova je tužba kondemnatorna po naravi.

Publikacijski antidiskriminacijski zahtjev je zahtjev da se presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje objavi u medijima na trošak tuženika. Da bi bila dopustiva, ova se tužba po prirodi stvari mora kumulirati s (barem) deklaratornom antidiskriminacijskom tužbom, a sud će je usvojiti samo ako deklaratorni zahtjev usvoji, tj. ako utvrdi postojanje diskriminacije. Uz to, uvjeti za usvajanje

zahtjeva za objavom presude su još i (alternativno) da je do diskriminacije bilo došlo putem medija (npr. kroz javne medijske istupe pojedinih osoba), ili da su mediji o diskriminatornom djelovanju izvještavali. U potonjem slučaju potrebno je još da sud smatra da bi objava presude pridonijela naknadi nematerijalne štete (tj. da bi objava sama bila nužna radi zadovoljstva tužitelja), ili da bi pridonijela generalnoj prevenciji diskriminatornog djelovanja. Ako usvoji zahtjev, sud će načelno naložiti objavu presude u cijelosti. Samo iznimno, ako se time ne dovodi u pitanje svrha pružene pravne zaštite i ako je to potrebno radi interesa zaštite prava na privatnost, može se odrediti da se iz teksta presude uklone pojedini osobni podaci ili da se presuda objavi u dijelovima. Objava presude trebala bi se naložiti na mjestu i na način koji bi bio najsvrsishodniji. U slučaju da je sama diskriminacija učinjena posredstvom medija, sud bi trebao objavu naložiti u istim medijima, na način istovjetan ili usporediv prvobitnoj objavi. Posebnost odluke o publikacijskim antidiskriminacijskim zahtjevima je u tome što ona djeluje ne samo među strankama (*inter partes*), već temeljem izričite zakonske odredbe obvezuje i treće osobe (*ultra partes*). Naime, nakladnik medija u kojem treba presudu objaviti dužan je omogućiti objavu u skladu s izrekom presude, bez obzira na to je li u bilo kojem svojstvu bio sudjelovao u sudskom postupku. Zauzvrat, javni medij koji objavi presudu ima pravo da mu budu plaćeni svi odgovarajući troškovi i naknade koje će snositi tuženik (arg. iz čl. 17. st. 1. t. 4. i čl. 17. st. 6. ZSD-a).

III. Objektivna kumulacija

O svim antidiskriminacijskim zahtjevima odlučuje se u parničnom postupku, uz supsidijarnu primjenu odredbi Zakona o parničnom postupku (čl. 17. st. 2. ZSD-a). U jednoj se tužbi može zajedno istaknuti (kumulirati) više antidiskriminacijskih zahtjeva. Tužitelj može npr. samo tražiti da se u određenim pitanjima utvrdi postojanje diskriminacije, ali može isto tako uložiti i tužbu u kojoj će se simultano tražiti i utvrđenje diskriminacije, i zabrana buduće diskriminacije, i uklanjanje posljedica diskriminacije, i naknadu štete, i objava osuđujuće presude. O tome koje će se zahtjeve postaviti u konkretnoj parnici, odlučuje po svojoj slobodnoj dispoziciji tužitelj, uz vrlo malo ograničenja. On može npr. samo istaći zahtjev za naknadu štete, ili zahtjev za zabranom diskriminacije (pri čemu će se o postojanju diskriminacije odlučivati kao o prethodnom pitanju, v. gore pod 2.b.). Od raznih kombinacija isključeno je samo postavljanje samostalnog zahtjeva za objavom presude koja se može istaći samo zajedno uz zahtjev za utvrđenjem diskriminacije.

Uz mogućnost međusobnog kumuliranja antidiskriminacijskih tužbi, zakon je radi izbjegavanja dvojbe izričito omogućio i kumuliranje antidiskriminacijskih zahtjeva s drugim zahtjevima. Pritom su propisani i privilegirani uvjeti za objektivnu kumulaciju. Naime, antidiskriminacijski zahtjev se može istaći uz svaki drugi zahtjev o kojem se odlučuje u parničnom postupku, pod uvjetom da su svi zahtjevi u međusobnoj vezi, i da isti sud bude za njih stvarno nadležan. K tome, uvjet iste stvarne nadležnosti mora biti ispunjen samo za druge zahtjeve jer se antidiskriminacijski zahtjevi s njima mogu kumulirati bez obzira na to je li za te zahtjeve propisano rješavanje u redovitom ili u posebnom parničnom postupku (posebna kvalificirana atrakcija nadležnosti). Tako će se npr. antidiskriminacijski zahtjevi moći postaviti i u redovnom parničnom sporu pred općinskim sudom, i u posebnom (npr. radnom ili obiteljskom) sporu pred općinskim sudom, i u trgovačkom sporu pred trgovačkim sudom, zajedno uz posebne zahtjeve iz tih sporova. U svim tim sporovima postupak će se voditi po pravilima koja bi bila mjerodavna za kumulirane zahtjeve (npr. po pravilima za rješavanje radnih sporova), i uz odstupanja koja proizlaze iz postupovnih odredbi antidiskriminacijskog zakonodavstva. (v. čl. 17. st. 3. ZSD-a). Radi izbjegavanja svake dvojbe, zakon je izričito isključio mogućnost kumuliranja antidiskriminacijskih

tužbi s tužbama zbog smetanja posjeda. To jasno proizlazi iz pravila da se u posesornim parnicama (parnicama u kojima se štiti samo stvarno stanje stvari) ne mogu isticati zahtjevi za zaštitu prava (petitorni zahtjevi).

IV. Nadležnost

Za individualne antidiskriminacijske tužbe po čl. 17. ZSD-a bit će stvarno nadležan općinski sud (čl. 18. st. 1. ZSD-a). U slučaju da se one ističu zajedno s drugim zahtjevima za koje bi mogao biti nadležan drugi sud (npr. trgovački sud), onda će nadležan biti taj sud (v. gore pod III.). Što se tiče mjesne nadležnosti, tužitelj po svojem izboru može podnijeti tužbu bilo u sudu koji bi bio mjesno nadležan za tuženika (sud opće mjesne nadležnosti, u pravilu sud sjedišta ili prebivališta tuženika), bilo u sudu koji bi bio mjesno nadležan za tužitelja (sud mjesta u kojem tužitelj ima prebivalište ili boravište trajnije naravi), bilo u sudu mjesta gdje se dogodila šteta ili je počinjena radnja diskriminacije. Ovako širokim propisivanjem izberive (elektivne) nadležnosti željelo se izići u susret tužiteljima kako bi im se olakšao pristup sudskoj zaštiti i omogućio izbor foruma koji je za njih najpovoljniji. U parnicama u kojima se uz zaštitu od diskriminacije postavljaju i drugi zahtjevi, ovoj listi moguće mjesne nadležnosti valja pridodati još i sud koji bi bio mjesno nadležan za drugi kumulirani zahtjev.

V. Stranke u antidiskriminacijskom postupku

Stranke u posebnim individualnim antidiskriminacijskim parnicama jesu s jedne strane navodna žrtva diskriminacije, kao tužitelj, te s druge strane, kao tuženik, osoba u odnosu na koju se traži antidiskriminacijska zaštita, u pravilu osoba za koju se tvrdi da svojim djelovanjem krši ustavna i zakonska jamstva jednakog postupanja i stavlja neku osobu u nepovoljniji položaj po osnovama određenima u čl. 1. ZSD-a.

Tužitelj će u pravilu biti fizička osoba s obzirom na to da se većina razlikovnih osobina nabrojanih u čl. 1. (spol, rasa, etnička pripadnost itd.) može odnositi samo na fizičke osobe. Objašnjenje diskriminacije u čl. 1. je veoma široko, pa obuhvaća i stavljanje u nepovoljniji položaj osoba povezanih s osobom kod koje postoji neka od značajnih osobina (usp. čl. 1. st. 2.), tako da se ne može isključiti mogućnost da u iznimnim slučajevima aktivno procesno legitimirane budu i pravne osobe. Na to upućuje i tumačenje čl. 16. st. 1. koji određuje da pravo tražiti antidiskriminacijsku zaštitu ima „svatko tko smatra da mu je zbog diskriminacije povrijeđeno neko pravo.“

Tuženik u postupku jest osoba za koju se tvrdi da je povrijedila ili ugrozila tužiteljevo pravo na jednako postupanje. To može biti bilo koja pravna ili fizička osoba (npr. poslodavac, ustanova, organizacija civilnog društva, politička stranka, sindikat, službena osoba, osoba koja vrši radnje uznemiravanja iz čl. 3. i sl.). Krug pasivno legitimiranih osoba povezan je s područjem primjene ZSD-a objašnjenim u čl. 8. gdje se izričito spominju državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravne osobe s javnim ovlastima te sve druge pravne i fizičke osobe. U slučaju da se pokreće postupak zbog tvrdnje da je diskriminacija počinjena postupanjem državnog tijela (npr. tijela državne uprave ili suda), tužbu će trebati podnijeti protiv Republike Hrvatske jer njena tijela nemaju stranačku sposobnost. Isto vrijedi i za tijela područne (regionalne) samouprave gdje je pasivno legitimirana odgovarajuća jedinica, a ne njen dio (dakle, županija ili grad, a ne njezin ured ili služba).

Po općim procesnim pravilima postupak može zajednički pokrenuti više tužitelja, a tužba može biti podnesena protiv više tuženika ako su ispunjeni formalni i sadržajni uvjeti za suparničarstvo (v. čl. 196. ZPP-a). U slučaju da se radi o tvrdnjama o diskriminaciji širih razmjera, u kojoj bi broj potencijalnih tužitelja bio velik, zakon otvara i alternativu: mogućnost podnošenja udružne antidiskriminacijske tužbe (v. dalje pod 6.3.b).

VI. Sudjelovanje trećih osoba u postupku

Kao dodatna procesna posebnost uvedena Zakonom o suzbijanju diskriminacije pojavljuje se široka mogućnost da u postupku povodom individualne antidiskriminacijske tužbe sudjeluju i treće osobe (v. čl. 21. ZSD-a). Mogućnost da, kao umješači na strani javnog interesa (tzv. umješači *sui generis*), u postupku sudjeluju određene organizacije, nije strana hrvatskom zakonodavstvu, no uglavnom je bila ograničena na područje obiteljskog prava, gdje kao posebni umješač sudjeluje centar za socijalnu skrb.⁸ Na tragu preporuka Europske unije⁹ u antidiskriminacijskim postupcima uvedena je do sada najšira i najobuhvatnija mogućnost da kao svojevrsni „prijatelj suda“ (*amicus curiae*) u postupku interveniraju važne organizacije, tijela i službe. Iz zakonske formulacije, koja izričito naznačuje mogućnost da u postupku interveniraju „tijelo, organizacija, ustanova, udruga ili druga osoba“ proizlazi da se za miješanje priznaje stranačka sposobnost i oblicima organiziranja koji nemaju pravnu sposobnost. Ono što je odlučno, jest da se potencijalni umješač u okviru svoje djelatnosti bavi zaštitom prava na jednako postupanje u odnosu na skupine o čijim se pravima odlučuje u postupku. Ovaj uvjet zadovoljavale bi sve organizacije civilnog društva koje se bave promicanjem i zaštitom interesa skupina u pogledu kojih se pojavljuju pojedine osnove diskriminacije iz čl. 1. (npr. udruge za promicanje prava žena, organizacije etničkih manjina, organizacije koje promiču vjerska, politička ili druga uvjerenja, udruge za zaštitu prava pacijenata itd.). Budući da nije nužno da se umješač isključivo bavi zaštitom prava i interesa pojedine skupine (tj. u okviru svoje djelatnosti može se zalagati i za prava više skupina kojima pripada i konkretna skupina o kojoj je riječ, npr. pojedina manjina), legitimni interes za miješanje imale bi i organizacije koje se općenito bave ljudskim pravima i zaštitom od diskriminacije¹⁰. Kako u Hrvatskoj postoji preko 30 tisuća udruga, od kojih se njih 270 bavi zaštitom ljudskih prava i promicanjem interesa pojedinih skupina, krug mogućih umješača je širok,¹¹ posebno imajući u vidu da osim udruga mogu intervenirati i druge organizacije. Pri propisivanju mogućnosti da intervenira i pojedino državno ili drugo tijelo, posebno se imala u vidu mogućnost da se u nekim postupcima kao umješač pojavi pučki pravobranitelj ili neki od specijaliziranih pravobranitelja (npr. pravobranitelj za ravnopravnost spolova ili za osobe s invaliditetom).

Za razliku od općih pravila o miješanju, sud može dopustiti miješanje samo uz pristanak tužitelja. Njegovo protivljenje ima značenje apsolutne zabrane, pa sud u tom slučaju neće imati nikakve diskrecijske ovlasti, nego će zahtjev za miješanjem morati odbiti. U ostalome, na miješanje trećih osoba prema ZSD-u supsidijarno se primjenjuju odredbe Zakona o parničnom postupku (čl. 17. st. 2. ZSD-a). To znači da se umješač može umiješati u postupak od samog početka parnice; da u parnicu može stupiti i kasnije, tijekom cijelog postupka sve do pravomoćnosti odluke;¹² da je u postupku ovlašten stavljati prijedloge i poduzimati ostale parnične radnje (npr. iznositi činjenice ili ulagati pravne lijekove) koje bi mogao poduzimati i sam tužitelj, i to u rokovima koji se odnose na tužitelja. Budući da se umješač može umiješati samo na strani tužitelja (arg. iz čl. 21. st. 1. ZSD-a), on kao i obični umješač ima pravni interes samo za poduzimanje radnji koje bi išle u korist osobe koja se poziva na postojanje diskriminacije. Tužitelj bi u antidiskriminacijskim parnicama mogao oduzeti značenje radnjama po-

sebnih umješača po ZSD-u ako im se izričito usprotivi. U protivnom, smatralo bi se da se s poduzetim radnjama slaže, ako one nisu u suprotnosti s njegovim radnjama.

Valja upozoriti da se na troškove sudjelovanja umješača također primjenjuju standardne norme ZPP-a¹³, što znači da ti troškovi ulaze u ukupne parnične troškove, i da ih u pravilu naknađuje stranka koja je izgubila parnicu. S obzirom na to da se u antidiskriminacijsku parnicu načelno može umiješati i više organizacija, to može sa sobom dovesti do značajnijeg povećanja iznosa koji će na kraju pasti na teret stranke koja je izgubila parnicu. Osobito u slučaju da parnicu izgubi tužitelj na čijoj su se strani umješači umiješali, to bi moglo dovesti do nepravičnog rezultata. Stoga bi o tome trebalo voditi računa od samoga početka, pri čemu bi potencijalni umješači mogli unaprijed iskazati da od tužitelja neće tražiti plaćanje svojih troškova u slučaju gubitka spora (ili bi takvu izjavu od njih mogao tražiti tužitelj prije davanja pristanka na miješanje).

VII. Teret dokazivanja

Jedan od najznačajnijih instrumenata koji bi trebali povećati učinkovitost antidiskriminacijske sudske zaštite jest odredba o okretanju tereta dokazivanja. Ona je među normama koje izričito nalažu europske direktive.¹⁴ Prema standardnim pravilima procesnog prava, osoba koja treba u postupku dokazati za sebe povoljnu činjenicu, ima i teret dokazivanja (*onus probandi*), što znači da je dužna sa stupnjem izvjesnosti dokazati činjenicu na koju se poziva.¹⁵ Ako joj to ne pođe za rukom, sud će, primjenjujući pravila o teretu dokazivanja, u pravilu uzeti da činjenica koja nije dokazana ne postoji. Na temelju takvog utvrđenja može doći i do gubitka parnice (*actore non probante, reus absolvitur*).

Budući da je u kontekstu zaštite od diskriminacije iznimno teško sa sigurnošću dokazati da je nejednakost u postupanju motivirana nekom od nedopuštenih osnova diskriminacije, u ZSD-u se odstupa od standardnih zahtjeva za dokazivanje pojedinih činjenica. Prema čl. 20., stranka koja se poziva na diskriminaciju nije ju dužna dokazati sa stupnjem sigurnosti, već je dostatno da „učini vjerojatnim da je do diskriminacije došlo“. Ako ispuni taj uvjet, protivna strana (navodni diskriminator) dužna je dokazivati da diskriminacije nema. Ako ne dokaže sa stupnjem sigurnosti da diskriminacije nema, tijelo koje vodi postupak je dužno uzeti da je pravo na jednako postupanje povrijeđeno.

Standard vjerojatnosti koju je potrebno dokazati valja interpretirati u smislu europskih direktiva kao tzv. *prima facie* dokaz.¹⁶ Drugim riječima, ono što bi osoba koja se na diskriminaciju poziva morala dokazati jest da je došlo do njenog stavljanja u nepovoljniji položaj, te da bi bilo moguće (po redovnim pravilima iskustva i na temelju indicija u konkretnom slučaju) da je do toga došlo zbog izravne ili neizravne diskriminacije.¹⁷ Ako se u postupku konkludentno ne dokaže da je stavljanje u nepovoljniji položaj motivirano drugim, a ne nedopuštenim diskriminacijskim razlozima, u odluci će trebati početi od toga da je diskriminacija dokazana.

Pravilo o okretanju tereta dokazivanja jedno je rijetkih pravila (uz pravilo o hitnosti postupanja iz čl. 16. st. 3.) koja nadilaze primjenu samo u sudskim postupcima. Naime, ova će norma važiti „u sudskim i drugim postupcima“ (čl. 20. st. 1. ZSD-a), čime je pokazano da se pravilo o okretanju tereta dokazivanja primjenjuje i u upravnim postupcima. S druge strane, ovo pravilo ne vrijedi u svim sudskim postupcima jer se temeljem čl. 20. st. 2. isključuje njezina primjena u prekršajnom i kaznenom postupku. Razlozi ovoga isključenja tiču se zaštite ustavnih prava okrivljenika gdje je prihvaćeno pravilo o tzv.

presumpciji nevinosti (*in dubio pro reo*). Primjenu pravila o teretu dokazivanja na kaznene postupke isključuju i europske direktive.¹⁸

VIII. Druga posebna procesna pravila ZSD-a

U kontekstu ostvarenja načela hitnosti pri pružanju antidiskriminacijske sudske zaštite, ZSD sadrži nekoliko normi koje bi trebale bitno pospješiti i ubrzati reakciju na moguća diskriminatorna djelovanja. S jedne strane, olakšani su zakonski uvjeti po kojima bi sud bio ovlašten u antidiskriminacijskim postupcima izricati privremene mjere, a s druge je strane sudu omogućeno da u nepravomoćnoj presudi skрати rok za dobrovoljno izvršenje, ili čak odredi da žalba neće zadržavati ovrhu presude.

Što se tiče privremenih mjera, koje bi u težim slučajevima sumnje u diskriminirajuće postupanje mogle biti osobito potrebne, sud ih može odrediti na prijedlog stranke bilo kada tijekom antidiskriminacijskog postupka, pa i prije njegova pokretanja. Sud će prijedlog usvojiti ako se zajedno ispune dva uvjeta. Prvi jest da je podnositelj zahtjeva učinio vjerojatnim da je povrijeđeno njegovo pravo na jednako postupanje. Ovaj je uvjet zadovoljen ako na temelju raspoloživih informacija proizlazi da postoji ozbiljna mogućnost da je tuženik djelovao diskriminirajuće (tzv. *prima facie* vjerojatnost diskriminacije). Po drugom uvjetu potrebno je da u konkretnom slučaju postoji po ocjeni suda potreba za izricanjem privremene mjere, i to iz barem jednog od tri razloga: 1. zato da se otkloni opasnost od nenadoknadive štete; ili 2. zato što je riječ o osobito teškoj povredi prava na jednako postupanje; te 3. zato da se spriječi nasilje. Ovi razlozi, (npr. osobito teška povreda) razlikuje se od standardnih uvjeta za izricanje privremenih mjera po Ovršnom zakonu¹⁹, i šire ovlašćuje sud da privremeno djeluje i naloži pojedine radnje i prije negoli što u potpunosti ispita sporne navode. Od pojedinih privremenih mjera u obzir bi dolazile npr. zabrana poduzimanja radnji koje bi mogle nanijeti štetu ili privremeno vraćanje zaposlenika na rad odnosno plaćanje naknade za vrijeme radnog spora,²⁰ ali i druge mjere kojima se privremeno uređuju sporni odnosi među strankama.²¹

Kada po posebnoj antidiskriminacijskoj tužbi sud usvoji prohibitivni ili restitutivni zahtjev ili odredi objavu presude u medijima (v. čl. 17. st. 1. t. 2. i 4. ZSD-a), sud je ovlašten da u nepravomoćnoj presudi skрати ili sasvim isključi paricijski rok (rok za dobrovoljno izvršenje činidbe). U slučaju da sud odredi da žalba ne zadržava ovrhu, tuženik je dužan ispuniti naloženu činidbu (npr. prekinuti diskriminirajuće djelovanje, vratiti u prijašnje stanje) odmah, bez obzira na okolnost što o njegovoj žalbi tek treba odlučiti viši sud. Oduzimanje odgađajućeg učinka žalbi može biti osobito djelotvorno i radi suzbijanja korištenja pravnih lijekova radi odugovlačenja postupka, a u situacijama u kojima je riječ o mogućnosti povreda s osobito teškim posljedicama koje protekom vremena postaju još i teže, ima i preventivan učinak. U istom smislu djeluje i mogući nalog da se o trošak tuženika objavi još nepravomoćna sudska presuda.

Radi izbjegavanja svake dvojbe, ZSD u čl. 23. propisuje da je u antidiskriminacijskim postupcima revizija uvijek dopuštena. To jasno proizlazi iz važnosti ovih postupaka za osiguranje jedinstvene primjene prava, što je jedna od ustavnih zadaća Vrhovnog suda. Zato je i logično da se kroz reviziju u svim ovim slučajevima omogući ujednačavanje primjene prava i osiguranje ravnopravnosti građana pred zakonom.

6.3. KOLEKTIVNA ANTIDISKRIMINACIJSKA SUDSKA ZAŠTITA

A.) OPĆENITO

Jedna od tipičnih poteškoća u slučajevima u kojima se pojavljuje velik broj potencijalnih žrtava sastoji se u tome da je po standardnim pravilima sudskog postupka potrebno, u odnosu na svaku od osoba koje se pozivaju na povrede svojih prava, to zasebno utvrditi. To dovodi do pokretanja velikog broja sudskih postupaka koji traju dugo, oduzimaju sredstva sudu i strankama te vode mogućnosti sadržajno različitih odluka u sličnim slučajevima. Odredbe o suparničarstvu samo djelomično ublažavaju ovu poteškoću, jer i onda kada po njima u postupku sudjeluje u istoj ulozi više stranaka, potrebno je da svaka od njih aktivno poduzima parnične radnje, a i u odnosu na svaku od njih treba zasebno utvrditi ispunjavanje zakonskih uvjeta. Uredba tzv. skupinske tužbe (*class action*), koji postoji u nekim državama, kod nas do sada nije postojao.²² Slijedeći opće svjetske i europske trendove²³ u pronalaženju novih instrumenata zaštite grupnih, klasnih i raširenih interesa, u Hrvatskoj se tek u posljednje vrijeme počeo koristiti model tzv. udružne tužbe (*Verbandsklage*). Do donošenja ZSD-a on je, međutim, bio prisutan samo kod zaštite prava potrošača.²⁴ Sada je taj model proširen i na antidiskriminacijske tužbe, čime je mogućnost za vođenje postupaka kolektivne zaštite prava (tzv. apstraktna sudska zaštita) znatno povećana, a za organizacije koje se bave ljudskopravnom tematikom i promicanjem interesa ugroženih skupina otvorio se nov prostor za djelovanje u promicanju antidiskriminacijske zaštite kroz strateško vođenje sudskih postupaka.

B.) UDRUŽNA ANTIDISKRIMINACIJSKA TUŽBA

I. Procesna legitimacija

Posebnost udružne tužbe očituje se u mogućnost da sudski postupak u svojstvu stranke pokreću osobe i organizacije koje same ne tvrde da su žrtve povrede prava, već postupak vode u ime zaštite prava skupine ili klase poimenično neidentificiranih osoba. Kako postupke ne vode u svom, već u tuđem interesu (koji se djelomično može identificirati i s općim, javnim interesom) udružnu se tužbu može smatrati podvrstom postupaka u javnom interesu (tzv. *actio popularis*, tužba u ime naroda).

Zakonom je izričito propisano da pravo na podnošenje udružne tužbe imaju „udruge, tijela, ustanove ili druge organizacije koje su osnovane u skladu sa zakonom, a imaju opravdani interes za zaštitu kolektivnih interesa određene skupine ili se u sklopu svoje djelatnosti bave zaštitom prava na jednako postupanje“ (čl. 24. st. 1.). Ova procesna legitimacija dobrim se dijelom poklapa s određenjem kruga legitimiranih za miješanje u individualnim antidiskriminacijskim postupcima, s time što je ovdje naglašeno pravo organizacija koje se generalno bave antidiskriminacijskim djelovanjem. Unatoč manjim razlikama u izričaju, smatramo da između određenja procesnih subjekata iz čl. 21. st. 1. i čl. 24. st. 1. praktički nema bitnih razlika²⁵. Različiti su, međutim, drugi uvjeti koje bi se trebalo ispuniti. Kako ovdje udruga ili tijelo samostalno pokreću postupak i imaju status stranke, one ne ovise o volji potencijalnih žrtava tako da im njihov pristanak za podnošenje tužbe ne treba. Da bi sud dopustio udružnu tužbu, njen podnositelj mora, međutim, barem sa stupnjem vjerojatnosti dokazati da je sporno postupanje tuženika moglo diskriminirati veći broj osoba koje pretežno pripadaju određenoj skupini, koja se po prirodi stvari može povezati s nekom od razlikovnih osobina iz čl. 1. ZSD-a (spol,

etnička pripadnost, vjera, spolna orijentacija, dob i sl.). U odnosu na pripadnike te skupine podnositelj mora imati legitimni interes za zaštitu njenih prava, što znači da udruga, ili druga organizacija koja postupak pokreće, treba dokazati da među svojim ciljevima ima ili zaštitu prava i interesa te skupine (npr. zaštitu prava oboljelih od HIV-a u parnici u kojoj se radi o njihovoj mogućoj diskriminaciji) ili da se inače unutar svoje djelatnosti općenito bave suzbijanjem diskriminacije, što uključuje i zaštitu prava na jednako postupanje skupine o kojoj se u postupku radi. U odnosu na priznavanje stranačke sposobnosti državnim i drugim tijelima ovdje *tim više* vrijedi sve ono što je rečeno u odnosu na njihovo pravo na miješanje u individualnim antidiskriminacijskim postupcima. Po odredbama ovoga zakona, *ius standi in iudicio* imali bi razni dijelovi državnog sustava vlasti, od pučkih pravobranitelja do ureda za ljudska prava, a potencijalno bi legitimaicju za pokretanje postupka imala i pojedina ministarstva koja se unutar svoje djelatnosti bave npr. spolnom ravnopravnošću ili zaštitom osoba starije dobi.

II. Zahtjevi

Zahtjevi koji se u udružnoj antidiskriminacijskoj tužbi mogu postaviti većim su dijelom jednaki zahtjevima koje se mogu tražiti i u individualnom postupku, s jednom bitnom razlikom. Postaviti se mogu i deklaratorni antidiskriminacijski zahtjevi (zahtjevi da se utvrdi da je tuženikovo postupanje diskriminiralo članove određene skupine); i prohibitivni antidiskriminacijski zahtjevi (zahtjevi za zabranom diskriminirajuće radnje), odnosno restitutivni antidiskriminacijski zahtjevi (zahtjevi da se izvrše radnje kojima se uklanja diskriminacija ili njezine posljedice), kao i publikacijski zahtjev (zahtjev za objavom sudske presude kojom je utvrđena diskriminacija). Povodom udružne tužbe ne može se, međutim zahtijevati naknada štete. Ako tužitelj takav zahtjev postavi, sud bi ga trebao odbaciti kao nedopušten.

III. Nadležnost i postupak

Za udružne tužbe u prvom je stupnju stvarno nadležan županijski sud (čl. 24. st. 3.). Okolnost da se u udružnim tužbama već po objašnjenju radi o pravima većeg broja osoba, kao i da kontekst zaštite prava na jednako postupanje traži veću ujednačenost sudske prakse, opravdavaju ovakvo podizanje nadležnosti na razinu suda višega ranga. Ovo rješenje odgovara nadležnosti županijskog suda za neke druge tipove postupaka, npr. u postupku za zabranu djelovanja udruge kojeg pokreće nadležno državno odvjetništvo.²⁶ Što se tiče mjesne nadležnosti, propisana je izberiva nadležnost suda općemjesno nadležnog za tuženika, suda mjesta na kojem je počinjena radnja diskriminacije ili Županijskog suda u Zagrebu. Otvorene mogućnosti naglašavaju stratešku stranu udružne antidiskriminacijske tužbe, olakšavajući pristup forumu koji će za tužitelja biti najpovoljniji.

U pogledu drugih pitanja (npr. mogućnosti izricanja privremenih mjera, oduzimanja odgodivog učinka žalbi, tereta dokazivanja, revizije itd.) vrijedit će jednaka pravila kao i za individualnu antidiskriminacijsku tužbu. Valja, međutim, uzeti da za udružnu tužbu ne bi bilo mjesta primjeni odredbi o kumulaciji s drugim zahtjevima s obzirom na to da ni stranke nisu identične, niti organizacije koje podižu udružnu tužbu imaju procesnu legitimaciju za podnošenje drugih zahtjeva, niti postoji ista stvarna nadležnost za njihovo rješavanje.

IV. Učinak pravomoćne presude

Kad povodom udružne tužbe bude donesena pravomoćna presuda, postavlja se pitanje kakvo će biti njeno značenje i učinak. S obzirom da udružna tužba predstavlja oblik skupne pravne zaštite, trebalo bi uzeti da u slučaju pozitivnog utvrđenja diskriminacije djeluje ne samo prema strankama u postupku (udruzi, tijelu ili drugoj organizaciji kao tužitelju te osobi za koju se tvrdi da je povrijedila pravo na jednako postupanje kao tuženiku) već i prema svim članovima skupine u odnosu na koju je diskriminacija utvrđena. U tom smislu, presuda kojom je utvrđena diskriminacija (no ne i presuda kojom je tužba odbijena) imala bi prejudicijelan učinak u svim parnicama koje bi se mogle voditi između žrtava diskriminacije i diskriminatora. To je posebno nužno s obzirom na to da se udružnom tužbom ne može tražiti naknada štete, tako da eventualnu naknadu moraju posebnom tužbom tražiti svi oni čija su prava povrijeđena. Zbog prejudicijelnog značenja presude povodom udružne tužbe, u posebnoj bi parnici sud, ako bude utvrđeno da je riječ o članu skupine, bio vezan utvrđenjem o postojanju diskriminacije, tako da se u odštetnoj parnici ne bi trebalo ponovno odlučivati o odgovornosti tuženika, već samo o postojanju i visini štete na strani tužitelja.²⁷ U istom smislu, prošireno subjektivno djelovanje osuđujuće presude donesene povodom udružne antidiskriminacijske tužbe omogućavalo bi svim (pa i budućim) članovima skupine da se na presudu pozovu, a odluka povodom prohibitivnog zahtjeva obvezivala bi diskriminatora da se i u svim budućim slučajevima suzdrži od takvog i sličnog ponašanja. Ovrhu na temelju osuđujuće presude u postupku skupne zaštite od diskriminacije mogao bi tražiti ne samo tužitelj (udruga ili druga organizacija), već i svaki član skupine o kojoj je riječ.²⁸ Iako su subjektivne granice učinka pravomoćnosti presuda povodom udružne tužbe proširene, tako da presuda djeluje *ultra partes*, litispendencija zasnovana povodom udružne tužbe nije zapreka za paralelno vođenje individualnih antidiskriminacijskih postupaka. U slučaju da povodom individualne antidiskriminacijske tužbe bude donesena pravomoćna presuda koja je po pitanju postojanja odgovornosti zbog diskriminacije sadržajno različita od kasnije pravomoćne odluke o udružnoj tužbi, moglo bi se po toj osnovi tražiti ponavljanje postupka (*arg.* iz čl. 421. st. 1. t. 9. ZPP-a).

1. Prekršajne sankcije uređene su u gl. VI Zakona, dok su kaznene sankcije ostale izvan ZSD-a, u Kaznenom zakonu (v. čl. 174. KZ). Sam sudski postupak u kaznenim i prekršajnim predmetima provodi se po odredbama mjerodavnih procesnih zakona, u koje se ZSD-om nije diralo.
2. Usp. čl. 2. do 2.d. Zakona o radu. Usp. i Grgurev, I., *Zabrana diskriminacije u radnom pravu*, Zagreb: Pravni fakultet (diss.), 2006.
3. Direktiva o uspostavljanju općeg okvira za jednaki tretman u zapošljavanju i zanimanju 2000/78/EC, usvojena 27. studenog 2000., objavljena prosinca 2000., OJL 303 (Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation); te Direktiva 2000/43/EC o uspostavljanju načela jednakog postupanja neovisno o rasnom ili etničkom porijeklu od 29. lipnja 2000., OJL 180 (Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin).
4. Usp. čl. 9. st. 1. do 2. i čl. 10. Direktive 2000/78/EC te čl. 7. i 8. Direktive 2000/43/EC.
5. V. čl. 12. ZPP-a. Više o prethodnom pitanju u: Dika, M., „Prethodno pitanje“ u parničnom postupku, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 26:2005., str. 1.-51; Triva/Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2004., 96.-100.
6. Jednako i Dika, M., *Sudska zaštita u antidiskriminacijskim stvarima*, u: Projekt (skripta), 2009., pod 4.5.1. i 4.5.5.
7. O šteti, njenim oblicima i dokazivanju v. Crnić, I., *Povrede prava osobnosti i neimovinska šteta*, u: Projekt (skripta), str. 3.-38.
8. Po ranijim propisima u nekim postupcima kao umješač se mogao pojaviti i državni odvjetnik.
9. Usp. čl. 9. st. 2. Direktive 2000/78/EC u kojem se državama članicama nalaže da osiguraju mogućnost sudjelovanja u sudskom ili upravnom postupku na strani tužitelja svim udrugama, organizacijama i drugim tijelima i osobama koje imaju legitimni interes za suzbijanje diskriminacije.
10. Uspoređujući ovlaštene organizacije po čl. 17. i čl. 24. ZSD-a, Horvat kritički primjećuje da je krug nevladinih organizacija kojima je priznato pravo na miješanje uži od onoga za podizanje udružne tužbe. To, međutim, nije sasvim točno. Miješanje iz čl. 21. odnosi se na postupke po čl. 17 koji su različiti od postupaka iz čl. 24. ZSD-a i po obliku sudjelovanja, i po nadležnosti. Kod udružnih tužbi radi se o zaštiti kolektivnih interesa i općem interesu za zaštitu od diskriminacije dok se kod individualnih antidiskriminacijskih tužbi radi o pojedinačnom slučaju diskriminacije u odnosu na pripadnika određene skupine. Otuda i razlike u stavovima, koje međutim ne dovode do bitnije razlike u opsegu primjene ovih normi. Izraz “baviti se u okviru djelatnosti” treba široko tumačiti, jer nije sporno da se npr. Centar za ljudska prava u okviru svoje djelatnosti bavi i zaštitom Roma od diskriminacije. Usp. Horvat, A., *Novi standardi hrvatskoga i europskoga antidiskriminacijskog zakonodavstva*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 58:2008., str. 1490.
11. Podaci iz Nacionalnog programa zaštite i promicanja ljudskih prava 2008.-2011.
12. Usp. čl. 206. st. 2. ZPP-a. Umješač bi mogao intervenirati i samostalnim podnošenjem žalbe, no s obzirom da mu je za miješanje potreban pristanak tužitelja, on bi uz žalbu trebao podnijeti i odgovarajuću izjavu tužitelja. Što se tiče izjavljivanja izvanrednih pravnih lijekova, umješač bi ih mogao podnositi samo ako je stupio u parnicu do pravomoćnosti odluke o tužbenom zahtjevu (čl. 208. st. 2. ZPP-a).
13. U nekim verzijama zakonskog prijedloga ZSD-a bila je sadržana posebna odredba o troškovima sudjelovanja posebnog umješača po čl. 21. ZSD-a, no ona u konačnici nije prihvaćena.
14. Usp. čl. 8. st. 1. Direktive 2000/43/EC: „*Member States shall take such measures as are necessary, in accordance with their national judicial systems, to ensure that, when persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them establish, before a court or other competent authority, facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment.*“
15. Usp. čl. 221a ZPP-a.
16. Tako i Dika, M., *Sudska zaštita u antidiskriminacijskim stvarima*, u: Projekt (skripta), 2009., pod 4.5.5.
17. O primjerima iz europskog prava v. više u poglavlju 7 ove publikacije “Dokazivanje diskriminacije i teret dokazivanja u pravu Europske unije”.
18. Usp. čl. 10. st. 3. Direktive 2000/78/EC te čl. 8. st. 3. Direktive 2000/43/EC.
19. Usp. čl. 298. i čl. 296. OZ.
20. V. čl. 299. st. 1. t. 6. i t. 10.
21. Čl. 299. st. 2.
22. Više o kolektivnoj sudskoj zaštiti u Yaezell, S., *From medieval group litigation to the modern class action*, New Haven, 1987.
23. O europskim trendovima i krugu država koje su prihvatile neki oblik kolektivne sudske zaštite v. Horvat, A., op. cit., str. 1488-1490.
24. V. Zakon o zaštiti potrošača, čl. 132.
25. V. *supra* bilj. 10.
26. V. čl. 35. Zakona o udrugama.
27. V. Dika, M., *Udružna tužba kao instrument apstraktne zaštite potrošača*, *Hrvatska pravna revija*, listopad 2003., str. 37.-43.; Dika/Triva, op. cit., str. 828. (sve u odnosu na Zakon o zaštiti potrošača). Naknadno, u izmjenama ZPP-a iz 2009. u zakon su dodane izričite odredbe o učinku sudske presude prema trećima i obvezujućoj snazi sudske oduke u postupku zaštite kolektivnih interesa potrošača (usp. čl. 138. i 138a. ZPP-a).
28. Arg. iz čl. 138. ZPP-a. Odredbama o pravnim učincima presuda u postupcima kolektivne zaštite prava bilo bi mjesto u zakonima u kojima se sustavno uređuje postupak u parničnom i ovršnom postupku, no s obzirom da je procesna materija kolektivne zaštite prava nova i utoliko tek djelomično i fragmentarno uređena, do općenitog i potpunog uređenja te materije valjalo bi *argumento a simile* primjenjivati norme koje su kazuistički riješile pojedina pitanja u posebnim područjima u kojima se instrumenti kolektivne zaštite prava prvi puta pojavljuju.

7. DOKAZIVANJE DISKRIMINACIJE I TERET DOKAZIVANJA U PRAVU EUROPSKE UNIJE

(prof. dr. sc. Siniša Rodin)

Čl. 20 Zakona o suzbijanju diskriminacije unosi u hrvatski pravni poredak dio pravne stečevine Europske unije vezane uz teret dokazivanja diskriminacije. Taj dio pravne stečevine sastavni je dio načela jednakog postupanja koje je začeto izvornim čl. 119 UEEZ, a tijekom vremena se razvilo kroz praksu Europskog suda koja je kasnije uzakonjena važnim direktivama. Cilj je ovog poglavlja pojasniti taj dio pravne stečevine Europske unije.

Izvorna direktiva koja je kodificirala praksu Europskog suda o teretu dokazivanja bila je direktiva 97/80/EC,¹ isti normativni izričaj ponavlja se i u kasnijim regulatornim mjerama, a najnoviji primjer regulacije tog područja nalazimo u čl. 8. Direktive 2000/43/EC o provedbi načela jednakog postupanja bez obzira na rasno ili etničko porijeklo.²

Pravo EU općenito, pa tako i na području tereta dokazivanja diskriminacije, bitno je i za nacionalne sudove s obzirom na to da je njihova obaveza interpretirati nacionalno pravo u svjetlu prava EU³ i pružati učinkovitu pravnu zaštitu subjektivnim pravima zajamčenim pravom EU. Tako i čl. 20 ZSD valja interpretirati u svjetlu značajnog primarnog i sekundarnog prava i prakse Europskog suda. Valja naglasiti da zaštita od diskriminacije ne ovisi o postojanju nekog drugog subjektivnog prava, te da se pravna zaštita odnosi na jednake mogućnosti sudjelovanja u različitim oblicima društvenih aktivnosti, što u konkretnom slučaju može, ali i ne mora, uključivati povredu nekog posebnog subjektivnog prava.

Za razumijevanje razloga zbog kojih je u pravu Europske unije razvijeno pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja, potrebno je osvrnuti se na dva usko povezana koncepta -načelo jednakog postupanja i koncept posredne (indirektne) diskriminacije.

7.1. NAČELO JEDNAKOG POSTUPANJA

Načelo jednakog postupanja prema muškarcima i ženama, propisano izvorno čl. 119. UEZ, a danas čl. 141 UEZ. Temeljem Ugovora iz Lisabona ovo načelo smješteno je u čl. 157 UFEU. Ono je temeljem čl. 141(3) dodatno uređeno direktivama. Riječ je o jednom od temeljnih socijalnih ciljeva Europske unije koji bi se mogao formulirati kao načelo prema kojemu je zabranjena svaka diskriminacija temeljem suspektih osnova diskriminacije kao što su spol, rasa ili etničko porijeklo, vjera ili uvjerenje, invaliditet, dob ili spolna orijentacija. Te su osnove diskriminacije propisane čl. 13 UEZ koji je ujedno i pravna osnova za donošenje sekundarnog prava. Lisabonskim ugovorom čl. 13 postaje čl. 19 UFEU.

7.2. RAZLIKOVANJE IZRAVNE I POSREDNE DISKRIMINACIJE

Iz značajnih direktiva i sudske prakse proizlazi da izravna diskriminacija postoji kada se prema nekoj osobi postupa na manje pogodan način nego što se postupa, što se postupalo, ili što bi se postupalo prema nekoj drugoj osobi u usporedivoj situaciji, a temeljem jednih od kriterija jednakog postupanja (npr. temeljem spola, rase itd.) Zakon o suzbijanju diskriminacije destilira pravnu stečevinu objašnjavajući izravnu diskriminaciju kao postupanje "... kojim se osoba stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u usporedivoj situaciji." Pri tome, primjenom pravila

pravne stečevine EU o dokazivanju, tužitelj koji ističe da je žrtva izravne diskriminacije mora uvjeriti sud da postoji vjerojatnost da određena mjera ili radnja predstavljaju akt izravne diskriminacije stoga što prema jednakima postupaju nejednako, odnosno stoga što prema nejednakima postupaju na jednak način. Ukoliko sud prihvati da takva vjerojatnost postoji, na tuženiku je dokazati da taj akt ili radnja imaju neki legitimni cilj te da mjera nije donesena s obzirom na neku od osnova diskriminacije poput spola, rase ili drugog.

Prema danas dobro utvrđenoj praksi Europskog suda i njenoj kasnijoj kodifikaciji u direktivama, **indirektna diskriminacija** postoji kada se neko pravno pravilo, na prvi pogled jednako odnosi na sve adresate, ali su učinci primjene tog pravnog pravila osobito otegotni za jednu određenu društvenu skupinu, primjerice žene, pripadnike određene rase i dr. Nakon početnog određenja pojma indirektna diskriminacije u predmetu *Defrenne II*⁴, kada je Europski sud dao do znanja da se načelo jednakog postupanja odnosi ne samo na izravnu, već i na posrednu (indirektnu) diskriminaciju, praktičnu primjenu koncepta indirektna diskriminacije moguće je pratiti počevši od odluke Europskog suda u predmetu *Jenkins*.⁵

7.3. TERET DOKAZIVANJA I UČINKOVITA PRAVNA ZAŠTITA

Europski sud smatra pravo na učinkovitu pravnu zaštitu jednim od temeljnih načela prava EU koje proizlazi iz ustavnih tradicija država članica i koje je potvrđeno Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁶ Pravo primjenjivo na prebacivanje tereta dokazivanja na tuženika potrebno je analizirati u kontekstu pružanja učinkovite pravne zaštite pravu na jednako postupanje. Dva su glavna razloga zbog kojih pravo EU propisuje prebacivanje tereta dokaza: zaštita slabije strane pravnog odnosa i osiguravanje pristupa informacijama kao izraz načela procesne jednakosti stranaka.

Kao prvo, funkcija prava je zaštita slabije strane pravnog odnosa.⁷ Ukoliko prebacivanje tereta dokazivanja izravno pridonosi ostvarivanju jednog od važnih ciljeva europske politike jednakog postupanja. To je naglašeno i u tč. (8) preambule Direktive 97/80/EC koja prebacivanje tereta dokazivanja na tuženika stavlja u izravnu vezu s ostvarivanjem ciljeva čl. 119 UEZ te direktiva 75/115/EEC i 76/207/EEC. To je također naglašeno u tč. (18) preambule gdje se izričito navodi kako je prebacivanje tereta dokaza na tuženika u funkciji pružanja učinkovite pravne zaštite žrtvama nejednakog postupanja.

Drugi važni razlog u funkciji učinkovite sudske zaštite jednakog postupanja odnosi se na pristup informacijama. Naime, žrtva diskriminacije, u pravilu, neće imati pristup važnim informacijama koje su utjecale na diskriminatorne radnje. Tu će se često raditi o skrivenim motivima tuženika ili o neobjavljenoj politici poslodavca ili državnog tijela. Tako je u predmetu *Danfoss*⁸ Europski sud naglasio da, u situacijama kada određena diskriminatorna mjera poslodavca nije dovoljno transparentna, žrtve diskriminacije nemaju nikakvu mogućnost ostvariti učinkovitu sudsku zaštitu.

U takvim okolnostima učinkovita pravna zaštita načela jednakog postupanja moguća je samo ukoliko teret dokazivanja bude prebačen na tuženika. To ističe i tč. (19) preambule Direktive 97/80/EEC koja

utvrđuje teškoće dokazivanja posredne diskriminacije dovodeći ih u izravnu vezu s ciljevima Direktive, tj. s pravilom o prebacivanju tereta dokaza.

Primjerice, ukoliko tužitelj dokaže da je statistički značajan broj žena u određenom poduzeću zaposlen na određeno vrijeme, dok je statistički značajan broj muškaraca u istom poduzeću zaposlen na neodređeno vrijeme, teret dokaza prebacuje se na poslodavca koji mora dokazati da takva praksa zapošljavanja proizlazi iz objektivnih faktora koji nisu ni u kakvoj vezi sa spolom kao osnovom diskriminacije. (Usp. Bilka - Kaufhaus, bilješka 12, §§ 29-30)

Prebacivanje tereta dokazivanja primjenjivo je i kod dokazivanja izravne i kod dokazivanja posredne (indirektne diskriminacije). Ipak, postoje određene razlike.

U prvom koraku, bez obzira je li riječ o izravnoj ili posrednoj diskriminaciji, osoba koja tvrdi da je došlo do povrede načela jednakog postupanja mora uvjeriti nacionalni sud da postoje činjenice na kojima se može utemeljiti presumpcija da postoji izravna ili posredna diskriminacija. Nakon toga teret dokaza je na tuženiku koji mora dokazati da nije došlo do povrede načela jednakog postupanja.

Iako postoje značajna pravna shvaćanja da se, kada je uspješno dokazana mjera ili akt izravne diskriminacije, tuženik ne može pozivati na opravdanja,⁹ praksa Europskog suda ukazuje drugačije.

Da bi se opravdala izravna diskriminacija, potrebno je dokazati da je sporno postupanje *opravdano objektivnim faktorima koji nisu u vezi ni sa kakvom diskriminacijom temeljem određene osnove diskriminacije* (npr. spol, invaliditet, rasa) i ni sa kakvim dovođenjem u vezu tužitelja s takvom osnovom.¹⁰

Kada je riječ o mjeri ili aktu *posredne* diskriminacije, sporni akt ili radnja biti će na prvi pogled neutralni, ali će imati određene štetne učinke za tužitelja, što je moguće dokazivati i statistički.¹¹ U takvoj situaciji tuženik može dokazivati da postoje “... *objektivno opravdani čimbenici koji se ne odnose ni na kakvu diskriminaciju* ...”.¹² Tada će sud koji odlučuje u sporu morati primijeniti test proporcionalnosti, odnosno morat će prosuditi je li osporavana mjera ili akt imala legitimni cilj, je li prikladna za ostvarivanje tog cilja te postoji li mjera koja može ostvariti isti legitimni cilj bez ili uz manje diskriminativnih učinaka.

Ukratko, glavna razlika kada je riječ o obrani u slučajevima izravne i posredne diskriminacije je u tome što je u slučajevima izravne diskriminacije moguće dokazivati samo da je sporni akt ili radnja imala neki dopušteni i legitimni cilj, te da se odluka ne temelji ni na kakvim kriterijima vezanim uz spol, rasu, invalidnost itd. Preostali analitički koraci testa proporcionalnosti uglavnom nisu primjenjivi.¹³ Drugim riječima, mora se raditi o situaciji gdje tuženik svoje subjektivno pravo nije ostvario zbog razloga koji se ne mogu dovesti u vezu s njezinim ili njegovim osobnim karakteristikama koje su iz perspektive načela jednakog postupanja sumnjive. Pri tome, objektivni kriteriji zbog kojih tužitelj nije ostvario svoje subjektivno pravo ne smiju biti tako objašnjeni da ih osobe određenih karakteristika koje su zaštićene direktivama (sumnjive karakteristike) uopće ne mogu ispuniti, ili da ih mogu ispuniti samo uz znatne teškoće.¹⁴ Ukoliko bi to bio slučaj, radilo bi se o posrednoj diskriminaciji.

S druge strane, u slučajevima posredne diskriminacije, kada su učinci spornog akta ili radnje posredno diskriminatorni, nakon prebacivanja tereta dokaza na tuženika tuženik mora u svakom slučaju dokazivati da sporni akt ili radnja ima legitiman cilj koji nije ni u kakvoj vezi s nekom od osnova diskriminacije. To, međutim, nije dovoljno, već sporni akt ili mjera mora proći i ostale analitičke korake testa proporcionalnosti. Oспорavana mjera mora biti prikladna za ostvarivanje legitimnog cilja te ne smije postojati alternativna mjera koja isti cilj ostvaruje uz manje štetne posljedice za osobu koja tvrdi da je u odnosu na nju povrijeđeno načelo jednakog postupanja.

Na kraju još nekoliko napomena. Već je rečeno da je u novijoj praksi Europski sud zauzeo shvaćanje da žrtva diskriminacije može biti i osoba koja osobno nema neku od zaštićenih karakteristika, ali je s takvom osobom u bliskoj vezi (predmet C-303/06 *Coleman*). Takvim je osobama potrebno priznati aktivnu procesnu legitimaciju i pružiti im učinkovitu sudsku zaštitu na nacionalnoj razini.

Drugo, primatelji pravnih pravila kojima se važne direktive prenose u nacionalno zakonodavstvo su ne samo tijela javne vlasti, već sve fizičke i pravne osobe. Drugim riječima, načelo jednakog postupanja, uključujući i pravila o teretu dokazivanja, primjenjivo je u horizontalnim pravnim odnosima između fizičkih i pravnih osoba. Pri tome pravo EU ima snagu interpretativnog izvora kojega nacionalni sud ili drugo tijelo mora koristiti pri interpretaciji nacionalnog prava.

Treće, postojanje izravne diskriminacije ne ovisi o postojanju tužitelja koji tvrdi da je žrtva diskriminacije. Tako je Europski sud odlučio¹⁵ da rasističke izjave direktora privatnog poduzeća predstavljaju diskriminatornu politiku zapošljavanja čak i kada žrtvu nije moguće precizno identificirati. U konkretnom slučaju tužbu pred belgijskim sudom podnio je Centar za jednake mogućnosti (Nacionalno tijelo za jednakost). Izjave direktora da ne želi zapošljivati osobe drugog etničkog porijekla za Europski sud bile su dovoljne da prebaci teret dokaza na tuženika. Ova je presuda važna imajući u vidu da čl. 20(1) ZSD govori o povredi prava tužitelja. Ovu bi normu valjalo interpretirati u svjetlu predmeta *Centrum* te proširiti njenu interpretaciju, uključujući i prebacivanje tereta dokaza, i na situaciju kada tužitelj koji ima aktivnu procesnu legitimaciju, a koji nije osobno oštećen, u sudskom postupku tvrdi da je povrijeđeno pravo na jednako postupanje u odnosu na drugu oštećenu osobu.

-
1. Council directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, OJ L 14/6. Središnja odredba navedene direktive sadržana je u čl. 4 i propisuje:
 - (1) Države članice, u skladu sa svojim pravnim sustavima, moraju poduzeti sve nužne mjere kako bi osigurale da, kada osobe koje se smatraju oštećenima zbog toga što na njih nije primjenjeno načelo jednakog postupanja pred sudom ili drugim nadležnim tijelom iznesu činjenice iz kojih se može presumirati da je počinjena izravna ili posredna diskriminacija, dokazivanje da nije bilo povrede načela jednakog postupanja počiva na tuženiku.
 - (2) Ova direktiva ne sprječava države članice da uvedu pravila dokazivanja koja su još povoljnija za tužitelje.
 - (3) Države članice ne moraju primjenjivati paragraf 1 na postupke u kojima sud ili drugo nadležno tijelo mora istražiti činjenice slučaja.
 2. Council directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin OJ L 180/22. Vidi i npr. Council directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303/16
 3. Vidi predmet 14/83, Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen, (1984) ECR 1891, § 26
 4. Predmet Defrenne II (1976) ECR 455, § 18
 5. Predmet 96/80 J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. (1981) ECR 911, § 13
 6. Predmet 222/84 Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (1986) ECR 1651, § 18
 7. U tom smislu vidi i mišljenje nezavisnog odvjetnika Lenza u predmetu Faccini Dori, § 54 mišljenja
 8. Predmet 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss (1989) ECR 3199, § 13 presude
 9. U tom smislu vidi npr. mišljenje nezavisnog odvjetnika Madura u predmetu C-17/05 B. F. Cadman v Health & Safety Executive (2006) ECR 9583, § 24 mišljenja
 10. Vidi predmet C-303/06 S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law (2008) ECR I-5603, § 55. Ova je presuda zanimljiva i zbog toga što je povreda načela jednakog postupanja utvrđena i zbog okolnosti osobe povezane sa žrtvom izravne diskriminacije (invaliditeta djeteta zaposlenika)
 11. Predmet C-127/92 Enderby, (1993) ECR 5535 §§ 16, 17, 19
 12. Predmet 170/84 Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz, (1986) ECR 1607, § 30 presude
 13. Osim u slučajevima koji se odnose na pravo na jednaku plaću za jednaki rad ili rad jednake vrijednosti gdje Europski sud primjenjuje i druge analitičke korake testa proporcionalnosti. Te analitičke korake mora provesti nacionalni sud. Vidi predmet C-381/99 Brunnhofer, (2001) ECR I-4961, §§ 68-69.
 14. U tom aspektu hrvatski Zakon o suzbijanju diskriminacije omogućuje opravdanje na temelju puno većeg broja osnova diskriminacije od onih koje su propisane direktivama.
 15. Predmet C-54/07 Centrum (2008) ECR I-5187, § 40

8. PREKRŠAJNE ODREDBE

(Tena Šimonović Einwalter, MJur)

8.1. SANKCIJE ZA DISKRIMINATORNO POSTUPANJE

A) EUROPSKO PRAVO I IZBOR VRSTE SANKCIJA

Usklađujući svoje zakonodavstvo s Europskim direktivama, države članice (i buduće države članice) trebaju osigurati „učinkovite, razmjerne i odvrćajuće sankcije“ za diskriminatorno postupanje.¹ Sukladno članku 15. Direktive 2000/43/EZ te članku 17. Direktive 2000/78/EZ, države članice utvrđuju sankcije za kršenje nacionalnih propisa usvojenih u skladu s odredbama ove Direktive te sve mjere potrebne za osiguravanje njihove primjene. Dakle, izbor vrste sankcija ostavljen je državama članicama.

Ovo proizlazi i iz prakse Europskog suda, koji je u predmetu *Von Colson*³ rekao da puna primjena direktive ne zahtjeva neki posebni oblik sankcije za nezakonitu diskriminaciju, već da sankcija bude takva da jamči pravu i učinkovitu zaštitu. Potom je u predmetu *Marshall (II)*⁴ otišao još dalje rekavši da Direktiva⁵ ne propisuje određenu mjeru koju treba poduzeti u slučaju povrede zabrane diskriminacije, već ostavlja države članice slobodnima da izaberu između različitih rješenja pogodnih za postizanje cilja Direktive, ovisno o različitim situacijama do kojih može doći, a kako bi se došlo do ‘potpunog zadovoljenja.’

U skladu s Europskim antidiskriminacijskim pravom, nužno je predviđanje građanskopravne odgovornosti i sankcija. Odnosno, predviđanje isključivo prekršajne i kaznenopravne odgovornosti i sankcija za diskriminatorno postupanje nije dovoljno.⁶

Hrvatsko antidiskriminacijsko pravo predviđa građanskopravnu, prekršajnu i kaznenopravnu odgovornost i sankcije.

U Zakonu o suzbijanju diskriminacije predviđene su prekršajna i građanska odgovornost. Kaznena odgovornost i kaznene sankcije ostale su izvan ZSD-a, u Kaznenom zakonu⁷, koji je stoga nužno citirati zajedno sa Zakonom o suzbijanju diskriminacije.

U vezi s prekršajnom i građanskom odgovornošću, Glava V. Zakona o suzbijanju diskriminacije ‘Postupak pred sudom’ posvećena je građanskopravnoj zaštiti,⁸ (a u Glavi III. Zakona, u članku 11., utvrđuje se pravo žrtve diskriminacije na naknadu štete), dok su prekršajne sankcije uređene Glavom VI. Zakona.

B) PREKRŠAJNA ODGOVORNOST ZA DISKRIMINATORNO POSTUPANJE

Zakonom o suzbijanju diskriminacije previđena je prekršajna odgovornost samo za dva oblika diskriminatornog postupanja (oblika diskriminacije): za uznemiravanje i za spolno uznemiravanje.

Člankom 25. ZSD-a propisuje se prekršajna odgovornost za uznemiravanje iz članka 3. stavka 1 Zakona.⁹ Prekršajna odgovornost i sankcioniranje postoji samo za namjeru, odnosno posebni cilj kojim počinitelj postupaju.¹⁰ Pritom se, u skladu s rečenim kod objašnjenja pojma uznemiravanja, postupanje mora temeljiti na jednoj od diskriminacijskih osnova iz članka 1. stavka 1. ZSD-a. U skladu s općim odredbama Prekršajnog zakona novčana kazna se može izreći: 1) fizičkoj osobi; 2) odgovornoj osobi u pravnoj osobi, državnom tijelu, pravnoj osobi s javnim ovlastima i jedinici lokalne i područje (regionalne) samouprave; 3) obrtniku ili osobi koja obavlja drugu samostalnu djelatnost u vezi s obrtom ili djelatnošću koju obavlja i 4) pravnoj osobi, pri čemu su za pojedine kategorije predviđene novčane kazne različite visine. Uslijed podudarnosti pojedinih obilježja bića ovog prekršaja s nekim kaznenim djelima,¹¹ u svakom konkretnom slučaju će trebati procijeniti radi li se o težoj povredi ili o prekršaju kako bi se izbjeglo dvostruko procesuiranje i kažnjavanje.¹²

Člankom 26. ZSD-a propisuje se prekršajna odgovornost za spolno (seksualno) uznemiravanje iz članka 3. stavka 2 Zakona.¹³ Uvažavajući razliku uznemiravanja i spolnog uznemiravanja, ovdje se postupanje neće temeljiti na jednoj od diskriminacijskih osnova iz članka 1. stavka 1. ZSD-a, a ključna je odlika postupanja da je riječ o ponašanju spolne naravi. I kod spolnog uznemiravanja novčana kazna se može izreći 1) fizičkoj osobi; 2) odgovornoj osobi u pravnoj osobi, državnom tijelu, pravnoj osobi s javnim ovlastima i jedinici lokalne i područje (regionalne) samouprave; 3) obrtniku ili osobi koja obavlja drugu samostalnu djelatnost i 4) pravnoj osobi. Kako bi se izbjeglo dvostruko procesuiranje i kažnjavanje, kod ove odredbe trebat će voditi računa da su radnje spolne naravi po jačini lakši oblik protupravnog djelovanja od kaznenih djela kod kojih je spolni odnošaj ili s njim izjednačena spolna radnja obilježje bića kaznenog djela (npr. spolni odnošaj zlouporabom položaja).¹⁴

Glede sankcija, u oba članka su, u skladu s Prekršajnim zakonom,¹⁵ za pojedine kategorije osoba predviđene novčane kazne različite visine. Oba članka predviđaju isključivo novčane sankcije, bez uvođenja primjerice zaštitnih mjera. Pritom je riječ o zamjetno visokim sankcijama, a u odnosu na sankcije propisane za uznemiravanje, kod spolnog uznemiravanja predviđene su više gornje granice novčanih kazni. Pogotovo se visokom čini mogućnost prekršajnog kažnjavanja novčanom kaznom do 200.000,00 kuna za uznemiravanje te čak 250.000,00 kuna za spolno uznemiravanje za obrtnike ili osobe koje samostalno obavljaju djelatnost. Pogotovo stoga što je moguće da žrtva diskriminacije istovremeno traži i naknadu štete,¹⁶ u kojem slučaju bi počinitelj plaćao i naknadu štete i visoku prekršajnu kaznu.

Usporedbeni prikaz odredbi o prekršajnom kažnjavanju za diskriminatorno postupanje

članak ZSD-a	članak 25.	članak 26.
oblik diskriminacije	uznemiravanje	spolno uznemiravanje
diskriminacijska osnova	na osnovu rase, etničke pripadnosti, boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovnog stanja, članstva u sindikatu, društvenog položaja, bračnog ili obiteljskog statusa, dobi, zdravstvenog stanja, invaliditeta, genetskog nasljeđa, rodnog identiteta ili izražavanja i spolne orijentacije	
novčana kazna: fizička osoba	od 5.000,00 do 30.000,00 kuna	od 5.000,00 do 40.000,00 kuna
novčana kazna: odgovorna osoba u pravnoj osobi, državnom tijelu, pravnoj osobi s javnim ovlastima i jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave	od 5.000,00 do 30.000,00 kuna	od 5.000,00 do 40.000,00 kuna
novčana kazna: obrtnik ili osoba koja obavlja drugu samostalnu djelatnost (u vezi s obrtom ili djelatnošću koju obavlja)	od 10.000,00 do 200.000,00 kuna	od 10.000,00 do 250.000,00 kuna
novčana kazna: pravna osoba	od 30.000,00 do 300.000,00 kuna	od 30.000,00 do 350.000,00 kuna

C) SUZBIJANJE DISKRIMINACIJE U KAZNENOM ZAKONU

Zakonom o suzbijanju diskriminacije propisana je prekršajna odgovornost samo za uznemiravanje i za spolno uznemiravanje. Za ostale oblike diskriminacije nisu propisane prekršajne sankcije, s obzirom da se smatralo da bi zbog postojanja kaznenog djela Povreda ravnopravnosti građana iz članak 106. KZ-a (iz Glave XI., Kaznena djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina) te Rasna i druga diskriminacija iz čl. 174. KZ-a (iz Glave XIII, Kaznena djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom) došlo do dvostrukog normiranja.

<p>Članak 106. KZ Povreda ravnopravnosti građana¹⁷</p> <p>Tko na temelju razlike u rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama, ili zbog pripadnosti etničkoj i nacionalnoj zajednici ili manjini u Republici Hrvatskoj, uskrati ili ograniči slobodu ili pravo čovjeka i građanina utvrđeno Ustavom, zakonom ili drugim propisom, ili koji na temelju te razlike ili pripadnosti daje građanima povlastice ili pogodnosti, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.</p>	<p>Članak 174. KZ KZ Rasna i druga diskriminacija¹⁸</p> <p>Tko na temelju razlike u rasi, vjeri, jeziku, političkom ili drugom uvjerenju, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama, spolu, boji kože, nacionalnosti ili etničkome podrijetlu krši temeljna ljudska prava i slobode priznate od međunarodne zajednice, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.</p>
--	--

Na prvi je pogled vidljiva sličnost ove dvije odredbe. Lista diskriminacijskih osnova je gotovo identična (izuzev osnove 'nacionalno ili socijalno podrijetlo' koja se izričito spominje samo u članku 106. KZ-a) te je zapriječena ista kaznenopravna sankcija. Razlika je u tome što se odredba članka 106. temelji na odredbama Ustava RH, zakona ili drugih propisa te govori o „uskrti ili ograničenju slobode ili prava čovjeka“, a odredba članka 174. se temelji na odredbama međunarodnog prava i govori o „kršenju temeljnih ljudskih prava“. Glede razgraničenja ovih dviju odredbi, ako bi činjenični opis optuženja mogao biti podveden pod oba djela, smatra se da bi zbog nadređenosti normi međunarodnog prava normama nacionalnog prava prednost imala odredba članka 174. KZ.¹⁹ Zbog spomenute podudarnosti odredbi, nema stjecaja između članka 106. stavka 1. i članka 174. stavka 1.

Dio diskriminatornog postupanja koje može biti predmetom građanskopravne odgovornosti dakako ne može biti predmetom kaznene odgovornosti. No, vezano za ono koje bi moglo biti, postavlja se pitanje koliko je postojeće rješenje iz KZ-a adekvatno u borbi protiv diskriminacije.

Članak 174. stavak 3. KZ, 'Govor mržnje'²⁰

Tko u cilju širenja rasne, vjerske, spolne, nacionalne, etničke mržnje ili mržnje po osnovi boje kože ili spolnog opredjeljenja, ili drugih osobina, ili u cilju omalovažavanja, javno iznese ili pronese zamisli o nadmoćnosti ili podčinjenosti jedne rase, etničke ili vjerske zajednice, spola, nacije ili zamisli o nadmoćnosti ili podčinjenosti po osnovi boje kože ili spolnog opredjeljenja, ili drugih osobina, kaznit će se kaznom zatvora od tri mjeseca do tri godine.

Kazneno djelo iz članka 174. stavka 3., tzv. govor mržnje, pogotovo je zanimljivo zbog svoje povezanosti s poticanjem na diskriminaciju kao oblikom diskriminacije iz ZSD-a. Međutim, s obzirom da se za ostvarenje obilježja djela istovremeno traži širenje mržnje ili omalovažavanje, kao cilj počinjenja djela, zatim da se radi o javnom iznošenju ili pronošenju i to zamisli o nadmoćnosti ili podčinjenosti, ljestvica je postavljena toliko visoko da ju dostižu samo vrlo rijetki primjeri govora mržnje.²¹ Ovo je vidljivo i iz podatka da su u razdoblju od 2004. do 2008. u Republici Hrvatskoj samo dvije osobe

pravomoćno osuđene za ovo djelo.²² Ovo znači da će dobar dio slučajeva poticanja na diskriminaciju u smislu ZSD-a koji bi mogli biti i prekršaj i kazneno djelo, zbog postojećih zakonskih rješenja eventualno biti predmetom isključivo građanskog postupka.

Za područje suzbijanja diskriminacije značajno je i da je u listopadu 2006. godine u Kazneni zakon uveden zločin iz mržnje. Prema članku 89. stavku 6. KZ-a «Zločin iz mržnje jest svako kazneno djelo iz ovoga Zakona, počinjeno iz mržnje prema osobi zbog njezine rase, boje kože, spola, spolne orijentacije, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovine, rođenja, naobrazbe, društvenog položaja, dobi, zdravstvenog statusa ili drugih osobina.» Vezano za primjenu ovog članka KZ-a, u zadnjim preporukama Odbora za ukidanje rasne diskriminacije Ujedinjenih naroda (CERD), danim Republici Hrvatskoj u ožujku 2009., kaže se: „Odbor potiče državu potpisnicu da pojača mjere u cilju sprječavanja i kaznenog progona svih slučajeva zločina iz mržnje i drugih oblika nasilja koji su povezani s etnicitetom, posebice kako bi se žrtvama pružio učinkovit i pravedan pravni lijek.“²³

D) ODNOS PREKRŠAJNE, KAZNE NE I GRAĐANSKOPRAVNE ODGOVORNOSTI I SANKCIJA

Iz više razloga s gledišta Europskog prava građanskopravne sankcije su najpoželjnija vrsta sankcija: prvo, jedino se njima omogućava kompenzacija žrtvi diskriminacije; drugo, jedino se u građanskom postupku ostavlja isključivo žrtvi diskriminacije da izabere želi li pokrenuti postupak te treće, jedna od odlika Europskog antidiskriminacijskog zakonodavstva je da namjera nije uvjet za postojanje diskriminacije zbog čega se naginje upravo građanskoj odgovornosti i tom tipu sankcija. Uistinu, prednost građanskog postupka i pripadajuće sankcije jest da se istovremeno vrše dvije funkcije: osigurava se naknada štete onima koji su bili diskriminirani, a sankcioniraju se oni koji diskriminiraju. Isto je mana prekršajnih sankcija, s obzirom da se isključivo sankcioniraju oni koji diskriminiraju dok žrtve diskriminacije od toga imaju samo posredno zadovoljenje.

Međutim, prekršajne i kaznenopravne sankcije imaju svoju društvenu funkciju. One šalju poruku društvene osude određenog ponašanja te na taj način utječu na počinitelje da se ubuduće tako ne ponašaju i odvraćaju moguće prekršitelje zakona (pritom je primjena kaznenopravnih sankcija *ultima ratio societatis*, rezervirana za po jačini teže oblike protupravnog diskriminatornog djelovanja). Njihovom prednošću može se smatrati i da odluka o pokretanju postupka nije isključivo na žrtvi diskriminacije. Ponekad primjerice žrtva diskriminacije neće pokrenuti građansku parnicu zbog straha od viktimizacije ili nedostatka financijskih sredstava (pogotovo očekujući sudski postupak dugog trajanja, a nesigurnog ishoda), što ne bi trebao biti razlog da počinitelj prođe bez posljedica, s obzirom da je sankcioniranje diskriminatornog postupanja i u javnom interesu.²⁴

U ovim bi se slučajevima mogao istovremeno ostvarivati javni interes i interes žrtve kada bi primjerice pučki pravobranitelj i posebna pravobraniteljica, kao neka tijela za suzbijanje diskriminacije iz država članica EU-a, imali ovlasti pokretati građanski postupak zbog diskriminacije. Oni kod pojedinačnih slučajeva diskriminacije nemaju te ovlasti no, prema članku 29. ZSD-a (za prekršaje propisane ovim Zakonom, pored ovlaštenih tužitelja propisanih člankom 109. stavka 1. Prekršajnog zakona), pučki pravobranitelj i posebni pravobranitelji/ce mogu podnijeti optužni prijedlog te na taj način postupati u širem interesu. Također, sukladno članku 12. stavku 2. točke 6. ZSD-a te članku 13. ZSD-a, u okviru svoga

rada pučki pravobranitelj i posebne pravobraniteljice podnose kaznene prijave u vezi sa slučajevima diskriminacije nadležnom državnom odvjetništvu.

Dobro je stoga radi ostvarivanja šireg društvenog interesa i slanja poruke da se ZSD-om predviđaju i prekršajne sankcije za diskriminatorno postupanje, pa makar samo za uznemiravanje i spolno uznemiravanje. Nažalost, nepostojanje prekršajne odgovornosti za druge oblike diskriminacije, posebice uzevši u obzir da je vrlo teško doseći standard koji zahtijeva Kazneni zakon za postojanje kaznene odgovornosti po članku 106. ili 174. KZ-a, uzrokuje da, ukoliko žrtva ne pokrene građansku parnicu, tijela poput pučkog pravobranitelja ili posebnih pravobraniteljica nisu u mogućnosti ništa poduzimati u pravnom smislu.

Zaključno, da bi Zakon o suzbijanju diskriminacije uistinu zaživio, potrebno je poticati pokretanje građanskih parnica. Ukoliko se vode prekršajni postupak zbog prekršaja predviđenih ZSD-om ili kazneni postupak, žrtva diskriminacije će i dalje moći tražiti naknadu štete. U svezi s odnosom prekršajnog i kaznenog postupka, moguće je paralelno vođenje postupka pri čemu počinitelj, koji je pravomoćnom presudom proglašen krivim za kazneno djelo koje obuhvaća i obilježje prekršaja, ne može nakon toga biti kažnjen u prekršajnom postupku (prekršaj je apsorbiran zakonskim bičem kaznenog djela).²⁵

8.2. PREKRŠAJNA ODGOVORNOST ZA NEPODNOŠENJE OČITOVANJA, PODATAKA I DOKUMENATA PUČKOM PRAVOBRANITELJU I POSEBNIM PRAVOBRANITELJICAMA TE ZA NEOMOGUĆAVANJE UVIDA U NJIH I U SPIS

Članak 27.

(1) **Odgovorna osoba** u državnom tijelu i jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave koja, na zahtjev pučkog pravobranitelja ili posebnog pravobranitelja, u roku od 30 dana od dana zaprimanja zahtjeva **ne podnese očitovanja, podatke i dokumente vezane uz diskriminaciju i ne omogući uvid u njih**, kaznit će se novčanom kaznom od 1.000,00 do 5.000,00 kuna.

(2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se **odgovorna osoba** u državnom tijelu i jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave koja na zahtjev pučkog pravobranitelja ili posebnog pravobranitelja u roku od 30 dana od dana zaprimanja zahtjeva **ne omogući uvid u spis**.

Za razliku od članaka 25. i 26. kojima se prekršajno sankcionira diskriminatorno postupanje, člankom 27. uvodi se prekršajna odgovornost za nepodnošenje očitovanja, podataka i dokumenata pučkom pravobranitelju i posebnim pravobraniteljicama te za neomogućavanje uvida u njih i u spis. Ovim člankom uvodi se prekršajna odgovornost i sankcija za nepoštivanje odredbe iz članka 10. stavka 2. ZSD-a. Riječ je o članku koji ima za cilj pospješiti primjenu Zakona o suzbijanju diskriminacije davanjem 'zubiju' zahtjevima pučkog pravobranitelja i posebnih pravobraniteljica kada u tijeku rada traže podnošenje očitovanja, podataka i dokumenata ili omogućavanje uvida u njih ili u spis. Međutim, on ima jednu značajnu manu.

Članak 10. stavak 2. ZSD-a

Tijela i osobe iz članka 8. ovoga Zakona dužni su u roku od 15 dana dati sve podatke i tražene dokumente vezane uz diskriminaciju na zahtjev pučkog pravobranitelja ili posebnih pravobranitelja.

Uvidom u članak 8. ZSD-a vidljivo je da su nositelji obveze u roku od 15 dana dužni dati na zahtjev pučkog pravobranitelja ili posebnih pravobranitelja sve podatke i tražene dokumente vezane uz diskriminaciju: sva državna tijela, tijela jedinica lokalne i područje (regionalne) samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima te sve pravne i fizičke osobe. Ukoliko to ne učine niti u roku od 30 dana, kaznit će se novčanom kaznom od 1.000,00 do 5.000,00 kuna iz članka 27. ZSD-a, no prijetnja novčanom kaznom za nedostavljanje podataka odnosi se isključivo na odgovorne osobe u državnom tijelu i jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave. Naime, za razliku od članka 10. stavka 2. u kojem se propisuje obveza dostavljanja podataka, koji koristi termin „tijela i osobe iz članka 8. ovoga Zakona“, prekršajna odredba članka 27. znatno je uža u vezi s adresatom norme.

Nažalost, time su ‘zubi’ pučkog pravobranitelja i posebnih pravobraniteljica u ovom kontekstu nepostojeći u odnosu na pravne osobe s javnim ovlastima, pravne osobe te fizičke osobe koje ne žele dostaviti podatke koji su ovim tijelima nužni za rad. Veliki dio ovlasti pravobranitelja na području suzbijanja diskriminacije odnosi se na rad po pritužbama građana gdje je za razmatranje postojanja diskriminacije nužno dobiti odgovor, tj. očitovanje prituženog tijela ili osobe. Iako bi možda i bilo moguće razumjeti oklijevanje zakonodavca oko uvođenja prekršajne sankcije za fizičke i pravne osobe, potpuno je nejasno zašto su pravne osobe s javnim ovlastima izuzete iz kruga osoba koje mogu prekršajno odgovarati za nedostavljanje podataka.

8.3. PREKRŠAJNO SANKCIONIRANJE VIKTIMIZACIJE

Članak 28.

- (1) Tko s namjerom dovede u nepovoljniji položaj osobu koja je u dobroj vjeri prijavila diskriminaciju ili na bilo koji način sudjelovala u postupku zbog diskriminacije sukladno odredbama ovoga Zakona, kaznit će se za prekršaj novčanom kaznom od 1.000,00 do 20.000,00 kuna.
 - (2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se za prekršaj tko s namjerom dovede u nepovoljniji položaj osobu koja je nazočila diskriminaciji ili koja je odbila nalog za diskriminatornim postupanjem.
 - (3) Za pokušaj iz stavka 1. i 2. ovoga članka počinitelj će se kazniti.
 - (4) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se za prekršaj odgovorna osoba u pravnoj osobi, državnom tijelu, pravnoj osobi s javnim ovlastima i jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave.
 - (5) Za prekršaj iz stavka 1. i 2. ovoga članka obrtnik i osoba koja obavlja drugu samostalnu djelatnost kaznit će se novčanom kaznom od 5.000,00 do 150.000,00 kuna.
 - (6) Za prekršaj iz stavka 1. i 2. ovoga članka pravna osoba kaznit će se novčanom kaznom od 20.000,00 do 200.000,00 kuna.
-

U članku 7. ZSD-a navodi se da nitko ne smije biti doveden u nepovoljniji položaj zbog toga jer je u dobroj vjeri prijavio diskriminaciju, nazočio diskriminaciji, odbio nalog za diskriminatornim postupanjem ili na bilo koji način sudjelovao u postupku vođenom povodom diskriminacije sukladno odredbama ovoga Zakona.

U članku 28. ZSD-a konkretizira se zaštita od viktimizacije na način da se u 1. stavku previđa prekršajna odgovornost za onoga tko s namjerom dovede u nepovoljniji položaj osobu koja je u dobroj vjeri prijavila diskriminaciju ili na bilo koji način sudjelovala u postupku zbog diskriminacije. Za ovaj je prekršaj predviđena novčana kazna od 1.000,00 do 20.000,00 kuna. Ista je kazna predviđena i za onoga tko s namjerom dovede u nepovoljniji položaj osobu koja je nazočila diskriminaciji ili koja je odbila nalog za diskriminatornim postupanjem (2. stavak članka 28.) te u oba slučaja za odgovornu osobu u pravnoj osobi, državnom tijelu, pravnoj osobi s javnim ovlastima i jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave. S druge strane, za prekršaj iz stavka 1. i 2. ovoga članka obrtnik i osoba koja obavlja drugu samostalnu djelatnost kaznit će se novčanom kaznom od 5.000,00 do 150.000,00 kuna, a pravna osoba novčanom kaznom od 20.000,00 do 200.000,00 kuna.

U Obrazloženju²⁶ se navodi da je svrha ove odredbe zaštita tzv. „zviždača“, ali i svih drugih osoba koje u dobroj vjeri prijavljuju diskriminaciju ili na drugi način sudjeluju u postupku povodom diskriminacije (npr. kao svjedoci). Odredba kojom se objašnjava viktimizacija u ZSD-u je vrlo široka te je stoga široka i ova prekršajna odredba kojom se predviđa odgovornost i sankcija za viktimizaciju.

Uvidom u članak 9. Direktive 2000/43/EZ kojim se objašnjava viktimizacija,²⁷ vidljivo je da je u direktivama zapravo riječ o zaštiti inicijalne žrtve diskriminacije, koja bi mogla dodatno patiti kao posljedica podnošenja tužbe ili vođenja postupka povodom diskriminacije. Za razliku od „zviždača,“ koji

primjerice otkriva način poslovanja svog poslodavca suprotan zakonu i sl., ali gdje se ne mora raditi o njemu ili njoj samoj kao žrtvi, kod viktimizacije u užem smislu riječ je ponajviše o potrebi zaštite osobe koja nakon što je sama bila žrtva, o tome događaju ili događajima progovori. Zamislivo je u kakve poteškoće može doći radnik ili radnica koji se požale nadređenom svog nadređenog na šefovo diskriminatorno postupanje, a potom trebaju nastaviti svaki dan dolaziti na posao.

Hrvatski ZSD ovu zaštitu proširuje na cijeli niz osoba osim same žrtve diskriminacije: na svjedoke konkretnog diskriminatornog čina, na osobu koja je prijavila diskriminaciju²⁸ (gdje je žrtva sama osoba ili netko treći), na osobu koja je odbila nalog poslodavca da diskriminatorno postupi ili pak na osobu koja svjedoči u postupku povodom tužbe za utvrđenje diskriminacije. Za nadati se da će ova odredba biti dovoljna da suzbije strah od viktimizacije koji je jedan od razloga malog broja predmeta na području suzbijanja diskriminacije.

1. Odjeljak 26 preambule Direktive 2000/43/EZ te odjeljak 35 preambule Direktive 2000/78/EZ. Štoviše, u članku 15. Direktive 2000/43/EZ te članku 17. Direktive 2000/78/EZ stoji „Predviđene sankcije, koje mogu biti isplata novčane naknade žrtvi, moraju biti učinkovite, razmjerne i preventivne.“
2. Opširnije o temi sankcija u pravu EU-a u Tobler, Christa, Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law, Employment and social affairs, European Commission, 2005
3. C 14/83 Von Colson v Land Nordrhein-Westfalen, para 23
4. C 271/91 Marshall v Southhampton and South Wales Hampshire Area Health Authority (Marshall II), para 23, 24, 25
5. Sud je to doduše rekao u odnosu na Direktivu 76/207 koja se odnosi na spol, no kao što je već istaknuto, za tumačenje ovakvih pitanja koja su zajednička za različite tipove diskriminacije ('pojmovi antidiskriminacijskog debla'), pogotovo u nedostatku sudske prakse za ostalih pet diskriminacijskih osnova Europskog prava, nužno je korištenje prakse Europskog suda s područja ravnopravnosti spolova.
6. Galbraith-Marten, Jason, Remedies and Sanctions, The EU Anti-Discrimination Directives 2000/43 and 2000/78 in Practice : An In-Depth Analysis, ERA, Trier 26-27 May 2008.
7. Kazneni zakon (Narodne novine, br. 110/97, 27/98, 50/00 – Odluka Ustavnog suda U.-I-241/2000 od 10. svibnja 2000. godine, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03 – Odluka Ustavnog suda U.-I-2566/03, U.-I-2892/03 od 27. studenog 2003. godine, 105/04, 71/06, 110/07 i 152/08)
8. Više o građanskopravnoj zaštiti, kao najvažnijem, izravnom gledištu zaštite povrede prava žrtava diskriminacije vidi u poglavlju 6. Vodiča
9. Članak 3. stavak 1 ZSD-a: „Uznemiravanje je svako neželjeno ponašanje uzrokovano nekim od temelja iz članka 1. stavka 1. ovoga Zakona koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobe, a koje uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.“
10. Obrazloženje Prijedloga zakona o suzbijanju diskriminacije Vlade Republike Hrvatske iz svibnja 2008. godine.
11. Primjerice kazneno djelo Uvreda iz čl. 200. KZ ili Rasna i druga diskriminacija iz čl. 174. KZ
12. Obrazloženje, op.cit. (bilj. 10.)
13. Članak 3. stavak 2. ZSD-a: „Spolno uznemiravanje je svako verbalno, neverbalno ili fizičko neželjeno ponašanje spolne naravi koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobe, koje uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.“
14. Obrazloženje, op.cit. (bilj. 10.)
15. Prekršajni zakon, (Narodne novine br.107/07), na snazi od 1. siječnja 2008.
16. Pavlović smatra da ne postoji zakonsko opravdanje za propisivanje novčane kazne odgovornoj osobi u iznosu manjem nego obrtniku, dapače da je odgovornoj osobi trebalo zaprijetiti strožom kaznom, Pavlović, Šime, Komentar Zakona o suzbijanju diskriminacije, Organizator, Zagreb, 2009., str. 224.
17. Prema stavcima 2. i 3. istog članka koji se odnose na povredu prava nacionalnih manjina, kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina kaznit će se onaj tko pripadniku naroda, etničke i nacionalne zajednice ili manjine uskratiti ili ograničiti pravo na slobodu izražavanja narodnosne pripadnosti ili na kulturnu autonomiju, dok će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine kazniti onaj tko suprotno propisima u uporabi jezika i pisma, uskratiti ili ograničiti građaninu njegovo pravo služiti se svojim jezikom i pismom.
18. Sukladno stavku 2. ovog članka, kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina kaznit će se i tko progoni organizacije ili pojedince zbog njihova zalaganja za ravnopravnost ljudi.
19. Mrčela, Marin, Kaznenopravna gledišta suzbijanja obespravljanja u Crnić et al., Antidiskriminacijsko zakonodavstvo i praksa, radni materijali: Trening za trenere, Projekt „Izgradnja kapaciteta i podizanje svijesti sudaca i državnih odvjetnika o antidiskriminacijskom zakonodavstvu“, Zagreb: HPC, 2009., str. 120. tako i Horvatić, Željko i Šeparović Zvonimir, Kazneno pravo, posebni dio, Masmedia, Zagreb, 1999., str. 177.
20. Prema stavku 4. kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do tri godine onaj tko s ciljem iz stavka 3. ovoga članka putem računalnog sustava raspačava ili na drugi način učini dostupnim javnosti materijale kojima se poriče, znatnije umanjuje, odobrava ili opravdava kazneno djelo genocida ili zločina protiv čovječnosti.
21. Za moguće elemente definicije vidjeti Europska komisija protiv rasizma i nesnošljivosti (ECRI) Opća politička preporuka br.7 o nacionalnom zakonodavstvu za borbu protiv rasizma i rasne diskriminacije, CR(2003) 8, Strasbourg, 2003 te Office of the High Commissioner for Human Rights: Model National Legislation for the Guidance of Governments in the Enactment of Further Legislation Against Racial Discrimination, 2003
22. U ovom razdoblju prijavljena je 41 osoba, a optuženo je 14 osoba. Mrčela, op.cit. (bilj. 19.), str. 121.
23. Preporuke Odbora za ukidanje rasne diskriminacije Ujedinjenih naroda Republici Hrvatskoj, CERD/C/HRV/CO/8, 5. ožujak 2009
24. U skladu sa člankom 24. ZSD-a, ukoliko je riječ o zaštiti kolektivnih interesa određene skupine, umjesto žrtvi diskriminacije tužbu mogu podnijeti udruge, tijela, ustanove ili druge organizacije (udružna tužba).
25. Pavlović, Šime, op.cit. (bilj. 16.), str. 222.
26. Obrazloženje op.cit. (bilj. 10.)
27. „Države članice dužne su uvesti u svoje nacionalne pravne sustave sve potrebne mjere za zaštitu pojedinaca od svakog nepovoljnog postupanja ili nepovoljnih posljedica koji su reakcija na podnošenje tužbe ili pokretanje postupka radi ostvarivanja načela ravnopravnosti“ (članak 9. Direktive 2000/43/EZ).
28. To može biti prijava nadređenom u tijelu ili pravnoj osobi, ali i prijava pučkom pravobranitelju ili nekoj od posebnih pravobraniteljica.

9. ODNOS ZAKONA O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE S USTAVOM I DRUGIM ZAKONIMA KOJI ZABRANJUJU DISKRIMINACIJU

(prof. dr. sc. Željko Potočnjak i Andrea Grgić, mag. iur.)

9.1. RAZVOJ HRVATSKOG ANTIDISKRIMINACIJSKOG ZAKONODAVSTVA

Pravno uređenje zabrane diskriminacije, započeto donošenjem Ustava Republike Hrvatske,¹ pojačalo se sredinom devedesetih godina prošloga stoljeća (donošenjem Zakona o radu) od kada je doneseno tridesetak zakona koji izravno ili neizravno (više ili manje opsežno) uređuju pojedina stajališta te uredbe.² Donošenje, odnosno izmjene i dopune tih zakona bile su potaknute procesom prilagodbe domaćeg pravnog sustava pravnoj stečevini Europske unije,³ odnosno ispunjavanjem obveza koje je Republika Hrvatska preuzela temeljem ratificiranih međunarodnih ugovora među kojima najznačajnije mjesto zauzima Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: EKZLJP ili Konvencija).⁴ Usporedno s normativnim uređenjem zabrane diskriminacije, pojačala se i praksa Ustavnog suda na ovom području. Ustavni sud je u više navrata ukidao odredbe zakona za koje je utvrdio da su protivne ustavnom načelu nediskriminacije sadržanom u čl. 14. Ustava,⁵ odnosno odlučivao o postojanju povreda tog temeljnog ljudskog prava u postupcima koje su pokretali pojedini građani podnošenjem ustavnih tužbi. Time je, s jedne strane, djelovao poticajno na zakonodavca jer je ukazivao na potrebu mijenjanja propisa,⁶ a s druge strane, postavio je određene standarde za tumačenje i razvoj zabrane diskriminacije u hrvatskom pravu. Normativna aktivnost zakonodavca zaokružena je u ljeto 2008. godine donošenjem Zakona o suzbijanju diskriminacije koji je stupio na snagu 1. siječnja 2009. godine (u daljnjem tekstu ZSD).⁷ U literaturi prevladava stajalište da su ZSD, kao i Zakon o ravnopravnosti spolova, nesumnjivo organski zakoni.⁸

U ovom poglavlju analizirat ćemo samo domaće antidiskriminacijske propise. U prvom dijelu problematizirat ćemo pitanje međusobnog odnosa raznih domaćih izvora prava koji uređuju ovaj statut. Drugi dio poglavlja biti će posvećen ustavnim odredbama o zabrani diskriminacije te njihovom tumačenju od strane Ustavnog suda. Naša je teza da je praksa Ustavnog suda počela razvijati predodžbu tog pravnog statuta po uzoru na Europsku konvenciju, ali uz određene neujednačenosti, nedorečenosti i na različitim postavkama od prakse tumačenja EKLP-a, razvijene od strane Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu ESLJP), premda je Konvencija bila jedan od uzora ustavotvorcu pri pisanju Ustava⁹ te je, jednako tako, više puta predstavljala izvor inspiracije Ustavnom sudu u odlučivanju o povredi čl. 14. st. 1. Ustava.¹⁰ Konačno, u trećem dijelu bavit ćemo se zakonima koji sadrže antidiskriminacijske odredbe. U tom dijelu pokušat ćemo odgovoriti na pitanje kako usklađeno primjenjivati odredbe brojnih zakona na čiju primjenu utječe stupanje na snagu Zakona o suzbijanju diskriminacije.

9.2. MEĐUSOBAN ODNOS IZVORA PRAVA O ZABRANI DISKRIMINACIJE

Brojnost izvora prava kojim je uređena zabrana diskriminacije u domaćem pravnom poretku otvara vrlo složeno pitanje njihovog međusobnog odnosa. Prvenstveno radi se o pravnim propisima različite hijerarhijske važnosti koje donose različiti subjekti prava. Dok Ustav i zakone donosi Hrvatski sabor, međunarodni su ugovori sporazumi međunarodnopravnih subjekata koji su uređeni međunarodnim pravom.¹¹ Prema čl. 5. Ustava zakoni moraju biti u suglasnosti s Ustavom, a ostali propisi i s Ustavom i sa zakonom. Međunarodni pak ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona.¹²

U odnosu na Europsku konvenciju to znači „...da su je sudovi i druga državna tijela dužna izravno primjenjivati te, u slučaju da su njezine odredbe u suprotnosti s hrvatskim zakonima i drugim propisima, primijeniti izravno odredbe Konvencije...“¹³ Drugim riječima, EKZLJP ima izravan učinak u hrvatskom pravnom poretku i po pravnoj je snazi iznad zakona.

Ustavom utvrđenu hijerarhiju propisa u pravnom poretku Republike Hrvatske čine Ustav, međunarodni ugovori, zakoni i drugi (podzakonski) propisi. Međutim, s tim u vezi, postavljaju se dva dodatna pitanja. Prvo, koje tijelo će biti nadležno za odlučivanje o sadržajnom nesuglasju tih izvora prava? Odgovor je važan kako u odnosu na propise različite pravne snage (primjerice, Ustav i međunarodni ugovori), tako i u odnosu na pravne propise istog pravnog ranga (zakon i zakon). Zatim, imajući u vidu brojnost zakonskih odredaba koje sadržavaju relativno opsežne antidiskriminacijske odredbe, pred primateljima zakonskih odredbi o zabrani diskriminacije nalazi se zahtjevan pravni zadatak utvrđivanja koju od više konkurirajućih odredaba zakona primijeniti na određeni slučaj. Radi se o vrlo zahtjevnoj zadaći za domaću poslovnu i sudsku praksu koja, kada su u pitanju antidiskriminacijski propisi, o tom pitanju do sada gotovo da nije zauzimala stajališta.¹⁴

Prema čl. 128. Ustava, Ustavni sud odlučuje o suglasnosti zakona s Ustavom. Nadležan je nadalje za ocjenu suglasnosti nacionalnog zakona s međunarodnim ugovorom.¹⁵ U oba slučaja Ustavni sud će ukinuti zakon, ili pojedine njegove odredbe, ako utvrdi da on nije suglasan s Ustavom. Međutim, u rješenju u predmetu U-I-672/2001¹⁶ Ustavni sud je izrazio mišljenje da nije nadležan ocjenjivati suglasnost međunarodnih Ugovora neposredno s Ustavom.¹⁷ Osim toga, niti međusobna usklađenost zakona ne može biti predmetom ustavnosudskog postupka, neovisno o tome radi li se o organskim¹⁸ ili „običnim“¹⁹ zakonima. Jedinstvenu primjenu zakona treba dakle, temeljem čl. 118. st. 1. Ustava, osigurati Vrhovni sud Republike Hrvatske.²⁰ Pritom je taj sud, kao i svi drugi sudovi u Republici Hrvatskoj, dužan suditi temeljem Ustava i zakona.²¹

9.3. ZABRANA DISKRIMINACIJE U USTAVU REPUBLIKE HRVATSKE I PRAKSI USTAVNOG SUDA

A) ČL. 14. USTAVA

U hrvatskoj pravnoj teoriji, zakonodavnoj i ustavnosudskoj praksi postoji sporazum da se temeljna²² ustavna osnova zabrane diskriminacije nalazi u čl. 14. st. 1. Ustava, u odjeljku koji je posvećen zaštititi ljudskih prava i temeljnih sloboda (Zajedničke odredbe), te glasi:

„Svatko 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, naborzbi, društvenom položaju ili drugim osobinama.“

Da je ova odredba zapravo razrada ustavnog načela jednakosti, naglašeno je kroz st. 2. istog članka „svi su pred zakonom jednaki“. Ovo načelo jednakosti, u odnosu na osobine spomenute u čl. 14. st. 1., nije neograničeno jer se prema čl. 16. Ustava slobode i prava (pa prema tome i pravo iz čl. 14. st. 1. – pravo na jednakost s drugima, odnosno pravo na postupanje bez diskriminacije) mogu ograničiti zakonom, u svrhu zaštite sloboda i prava drugih ljudi, pravnog poretka, javnog morala ili zdravlja. Međutim, svako ograničenje mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinačnom slučaju.²³

Analizom spomenutih ustavnih odredaba proizlazi da bi bitni elementi neustavne diskriminacije bili:

- 1) nejednakost u uživanju sloboda i prava utemeljena na osobinama iz čl. 14. st 1. Ustava;
 - 2) nepostojanje na zakonu utemeljenog ograničenja toga prava (prava na ravnopravnost);
- čije ograničenje je dopušteno samo ako mu je svrha zaštita sloboda i prava drugih, pravnog poretka, javnog morala ili zdravlja;
 - čije ograničenje mora biti razmjerno naravi potrebe (cilja) koji se njime želi postići i to u svakom pojedinačnom slučaju.
-

B) PRAKSA USTAVNOG SUDA

Prema stajalištu Ustavnog suda, po uzoru na pravno stajalište ESLJP-a, diskriminacija predstavlja „različito postupanje.“²⁴ Pritom se napominje da „čl. 14. Ustava ne zabranjuje zakonodavcu da prava i obveze pojedinih istovrsnih ili sličnih skupina uređuje različito, ako se time ispravljaju postojeće nejednakosti među tim skupinama ili za to postoje drugi opravdani, na Ustavu utemeljeni razlozi. Različito uređenje prava i obveza, međutim, smatrat će se diskriminirajućim ako propisano razlikovanje nema objektivnog i razumnog opravdanja, odnosno ako se time ne ostvaruje legitimni cilj ili ako ne postoji razmjernost između propisane zakonske mjere i cilja koji se nastoji postići.“²⁵ Iz toga, prilično sigurno, možemo zaključiti da u postupcima apstraktne kontrole ustavnosti i zakonitosti (kontrole ustavnosti zakona i ustavnosti i zakonitosti drugih propisa) Ustavni sud dopuštenost različitog postupanja ispituje primjenom odredbi čl. 16. Ustava kojeg naziva načelom razmjernosti.²⁶ Primjena toga načela u konkretnim postupcima zaštite pojedinačnih ustavnih prava nije toliko izvjesna. U ustavnosudskim postupcima konkretne kontrole ustavnosti (pokrenutim podnošenjem ustavnih tužbi protiv sudskih presuda i drugih pravnih akata kojima je odlučeno o nečijem pravu, obvezi ili odgovornosti za kazneno djelo), pokrenutim zbog povrede prava (ne biti diskriminiran) iz čl. 14. st. 1. Ustava, Ustavni sud se, kako u odlukama u kojima usvaja²⁷ ustavnu tužbu tako i u odlukama u kojima ju odbija,²⁸ nevoljko izjašnjava o povredi načela razmjernosti iz čl. 16. Ustava. To smatramo velikim nedostatkom sa stanovišta pravne sigurnosti primatelja antidiskriminacijskih normi. Imajući u vidu da taj sud u nekim svojim odlukama razmatra povredu načela razmjernosti, kada povodom ustavne tužbe odlučuje o povredi čl. 14. st. 2. (jednakost pred zakonom),²⁹ zaključujemo da primjeni testa razmjernosti ima mjesta (da ga je potrebno provoditi) i pri utvrđivanju povrede čl. 14. st. 1. Ustava. U takvom nas stajalištu učvršćuje činjenica da Ustavni sud i u nekim drugim slučajevima konkretne kontrole ustavnosti pojedinačnih pravnih akata postojanje povrede ustavnog prava utvrđuje na temelju ocjene je li ograničenje slobode ili prava razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinačnom slučaju (čl. 16. st. 2. Ustava). To je Ustavni sud na primjer učinio pri ocjeni dopuštenosti ograničenja prava na slobodu (pravo iz čl. 22. Ustava)³⁰ Dapače, u jednom predmetu, kako se nama čini, povreda načela razmjernosti iz čl. 16. st. 2. Ustava bila je samostalna osnova za usvajanje ustavne tužbe i ukidanje pobijanih rješenja.³¹ Iz toga zaključujemo da je, u slučaju utvrđivanja diskriminacije (dopuštenih granica razlikovanja), prema hrvatskom Ustavu moguće i potrebno provoditi test razmjernosti. Loše je što stajalište o tom pitanju Ustavni sud još do sada nije jasno izrazio.

Dok je prije navedeno objašnjenje zabranjene diskriminacije u praksi Ustavnog suda poprilično usuglašeno sa stajalištem ESLJP-a,³² čini nam se da bi odluka u predmetu U-III-3138/2002 (Romski razredi u Međimurju) sugerirala da ideja zabranjene diskriminacije iz čl. 14. st. 1. Ustava sadržava još jedan element, a to je da cilj, motiv, odnosno uzrok (jednom riječju – namjera) nejednakog postupanja mora biti diskriminiranje.³³ Ne ulazeći uopće u različit sadržaj pojmova cilj, motiv ili uzrok (koje izgleda da Ustavni sud koristi kao sinonime), smatramo da gore izložena ideja diskriminacije iz čl. 14. st. 1. Ustava ne zahtijeva da je namjera različitog postupanja element važan za postojanje diskriminacije. Naprotiv, u okviru dopuštenog ograničenja iz čl. 16. zahtijeva da zakonom predviđeno ograničenje koje dovodi do različitog postupanja ima svrhu u zaštiti sloboda i prava drugih ljudi, pravnog poretka, javnog morala ili zdravlja. Mišljenja smo da tumačenje čl. 14. st. 1. Ustava u smislu potrebe za utvrđivanjem diskriminatornog cilja, motiva ili uzroka nejednakog postupanja bitno otežava položaj onoga tko se poziva na diskriminaciju. On bi trebao dokazivati još jednu činjenicu, a ukoliko je ne dokaže, sud dalje ne bi morao ulaziti u ocjenu razmjernosti ograničenja i cilja.³⁴ Dokazivanje namjere, cilja ili motiva

diskriminiranja kod neizravne diskriminacije iznimno je teško, gotovo i nemoguće, pa bi i uvođenjem namjere diskriminiranja, neizravna diskriminacija *de facto* bila isključena iz doseg č. 14. st. 1.³⁵ Ustava. Time bi i doseg č. 14. bio bitno sužen.

Smatramo da bi ispravno tumačenje trebalo biti da će ponašanje predstavljati diskriminaciju ukoliko dovodi do neravnopravnosti koji nema opravdanje u legitimnom cilju uz poštivanje načela razmjernosti. Namjera da se neko diskriminira nije bitan element postojanja diskriminacije. Cilj, motiv ili razlog koji dovodi do diskriminacije predstavlja nelegitiman cilj iz č. 16. Ustava jer predstavlja „različito postupanje“ kao opreku onoj jednakosti koja je u č. 3. Ustava navedena kao najviša vrednota ustavnog poretka i temelj tumačenja Ustava. U prilog takvom tumačenju ističemo da se u pravu Europske unije te praksi EKZLJP-a ne traži namjera kao konstitutivni element niti izravne, niti neizravne diskriminacije.³⁶

Pri određivanju doseg zabrane diskriminacije iz č. 14. Ustava treba voditi računa i o stajalištu Ustavnog suda da, „Diskriminacija po osnovi č. 14. st. 1. nije samostalna pravna osnova za ustavnu tužbu, već mora biti istaknuta zajedno s nekim drugim (materijalnim) ustavnim pravom koje jamči Ustav.“³⁷ S obzirom da je Republika Hrvatska, uz EKZLJP, ratificirala i Protokol br. 12, koji zabranjuje diskriminaciju u svezi s bilo kojim pravom zajamčenim pravom, ostaje pitanje koji će sud, ako to nije Ustavni, osigurati zaštitu od diskriminacije u svezi s pravima koja nisu ustavna prava i slobode.³⁸ Mislimo da i iz primjene Protokola 12. proizlazi novi zahtjev prema svim sudovima da u postupcima koji se pred njima vode osiguraju zaštitu od diskriminacije.

Nadalje, Ustavom pobrojanih osamnaest osobina temeljem kojih je zabranjeno diskriminirati (osnove diskriminacije) navedeno je samo primjera radi jer č. 14. st. 1. zabranjuje diskriminaciju i po drugim osobinama. Do sada je Ustavni sud donosio pravorijeke o diskriminaciji temeljem spola,³⁹ dobi,⁴⁰ naobrazbe,⁴¹ društvenog položaja,⁴² pripadnosti nacionalnoj manjini,⁴³ vjere⁴⁴ te etničke ili rasne pripadnosti.⁴⁵ Ovoj listi se mogu pridodati i u č. 14. st. 1. izričito nespomenute osnove bračnog statusa⁴⁶ te (ne)članstva u sindikatu.⁴⁷ Međutim, skloni smo zaključku da je Ustavni sud ovu „otvorenu odredbu“ zabranjenih osnova diskriminacije proširio na diskriminaciju temeljem „položaja u ostvarenju prava na zaradu“⁴⁸ čija osnova bi se razlikovala od osnove društvenog položaja već navedenog u č. 14. st. 1. U konkretnom slučaju radilo se o tome da državnim službenicima Ministarstva unutarnjih poslova koji su radili na poslovima obrade podataka nije plaćena naknada za noćni rad dok je ta naknada plaćena pripadnicima temeljne i kriminalističke policije. Tu nam se problematičnim čine dvije stvari. Prvo, kako postaviti standard tumačenja te osnove (izvan okolnosti konkretnog slučaja) kada je notorna društvena činjenica da su ljudi u različitom položaju u ostvarivanju prava na zaradu, već iz okolnosti različitog obrazovanja - za koje je Ustavni sud u odluci U-I 2273/2001 istaknuo da „propisivanje formalnog stupnja naobrazbe, odnosno propisivanje određenog stupnja obrazovanja, odgovarajuće stručne spreme te posebnih stručnih znanja i vještina, kao uvjeta za zaposlenje ili trajanje zaposlenja ne smatra se diskriminacijom u smislu č. 14. stavka 1. Ustava“⁴⁹! Drugo, sud je u konkretnom slučaju propustio odgovoriti na pitanje jesu li podnositelji ustavne tužbe – „obrađivači podataka“ u relativno sličnom položaju, odnosno relativno usporedivom položaju s državnim službenicima u sektoru temeljne i kriminalističke policije glede ostvarivanja prava na naknadu za noćni rad, radi primjerice različite naobrazbe ili uvjeta rada koji bi određivali njihov „položaj u ostvarivanju prava na naknadu“.

Time se Ustavni sud propustio jasnije odrediti u svezi s načinom određivanja skupina osoba koje se uspoređuju i po kojim kriterijima se te skupine uspoređuju, a to je vrlo bitno za utvrđenje sadržaja pojma diskriminacije kao stavljanja u neravnopravan položaj.⁵⁰ Buduća ustavnosudska praksa nužno će trebati odgovoriti na ta pitanja.⁵¹

Dok iz pojedinih stajališta Ustavnog suda proizlazi da Ustavni sud smatra da čl. 14. st. 1. obuhvaća oblike izravne i neizravne diskriminacije,⁵² Ustavni sud se u odlukama u kojima utvrđuje povredu čl. 14. st. 1. Ustava ne izjašnjava o kojem od ta dva oblika diskriminacije se radi.⁵³ Čini se da je okvirna koncepcija pristupa Ustavnog suda ovim oblicima jednaka. Gleda se postoji li razlikovanje po zabranjenoj osnovi za koje nema legitimnog cilja te razmjernost između zakonske mjere i cilja koji se nastoji postići. Međutim, s tim u vezi otvara se nekoliko poprilično složenih pitanja na koje ćemo pokušati odgovoriti. Je li kod izravne diskriminacije Ustavni sud zaista postavio zahtjev provođenja testa „legitimnog cilja i razmjernosti“? Odgovara li taj test testu legitimnog cilja i razmjernosti koji se u pravu EU primjenjuje samo kod neizravne diskriminacije, drugim riječima je li zakonom moguće propisivati da je izravnu diskriminaciju moguće opravdavati testom legitimnog cilja i razmjernosti izvan onih izuzetaka koji bi bili taksativno navedeni zakonom?

Na prvo pitanje odgovor je nužno pozitivan. Prema čl. 16. Ustava dopušteni su izuzeci od diskriminacije općenito (dakle, izravne i neizravne) ako su predviđeni zakonom, ako se njime štite taksativno navedena dobra i ako su ograničenja razmjerna naravi potrebe za ograničenjem. Sud ih je dužan ispitivati u „svakom pojedinačnom slučaju“. Tako su i tzv. pozitivne mjere usko povezane s izravnom diskriminacijom. Naime, u slučaju tih mjera radi se o namjernom pogodovanju određene skupine osoba ili više takvih skupina s ciljem otklanjanja postojeće nejednakosti i njihovog razlikovanja po određenim osobinama kao iznimke od izravne diskriminacije. Prema mišljenju Ustavnog suda pozitivne mjere su dopuštene i ulaze u područje slobodne ocjene zakonodavca te se mogu smatrati opravdanim i dopuštenim sve dok traju razlozi zbog kojih su uvedene, o čemu u prvom redu odlučuje zakonodavac, odnosno sve dok se njome ne vrijeđa načelo razmjernosti propisano čl. 16. Ustava, što je u prvom redu predmet (apstraktne) ustavnosudske kontrole.⁵⁴

Što se tiče mogućnosti da se zakonom propiše da je izravnu diskriminaciju moguće općenito opravdati testom „legitimnog cilja i razmjernosti“ (pored konkretnijih, taksativno zakonom predviđenih izuzetaka), potrebno je naglasiti kako ta mogućnost do danas nije otklonjena u praksi ESZLJP-a⁵⁵ te da je izričito predviđena u slučaju izravne diskriminacije temeljem dobi u pravu Europske unije.⁵⁶ Međutim, prema mišljenju Ustavnog suda u pravilu bi morali postojati „vrlo jaki ustavnopravno prihvatljivi razlozi da bi Ustavni sud ocijenio suglasnim s Ustavom različitost zakonskog uređenja koje se temelji isključivo na razlici u osobinama navedenim u članku 14. stavku 1. Ustava. S druge strane, ako su u pitanju opće mjere gospodarske i socijalne politike, onda zakonodavac ima relativno široke ovlasti diskrecije, pa na tom području Ustavni sud u pravilu poštuje izbor zakonodavne politike.“⁵⁷ Napominjemo da je ove razloge (koji mogu biti predmet ustavnosudske kontrole), prema čl. 16. Ustava, sud dužan ispitivati u „svakom pojedinačnom slučaju“, vodeći računa o načelu jednakosti kao temelju za tumačenje Ustava. Slijedom navedenog, kako mi razumijemo postavljeni problem, Ustav ne priječi da se zakonom predvidi općenito provođenje testa „legitimnog cilja i razmjernosti“, ali je ta mogućnost ustavna u vrlo restriktivnim okolnostima, o čemu Ustavni sud odlučuje u svakom pojedinačnom slučaju. Tako je primjerice u odluci U-I-2766/2003⁵⁸ Ustavni sud ukinuo odredbu Zakona o radu koja

je općenito omogućavala nametanje „doprinosa solidarnosti“ kolektivnim ugovorom i nečlanovima sindikata, bez njihovog pristanka, suprotno načelu (negativne) slobode udruživanja iz čl. 43. Ustava.

Što se tiče primjene testa razmjernosti i na neke situacije koje nisu zakonom uređene, mislimo da odredba čl. 16. st. 1. Ustava prilično rigorozno priječi takvu mogućnost. Naime, pravo da se ne bude diskriminiran, kao jedno od Ustavom zajamčenih prava, može se ograničavati samo zakonom. Utoliko se i test razmjernosti može, po našem mišljenju, provoditi samo u odnosu na ona ograničenja koja su zakonom predviđena. Uporište za takvo stajalište nalazimo i u odluci Ustavnog suda o ukidanju odredbi Zakona o radu o doprinosu solidarnosti. Mislimo da je dio razloga za ukidanje tih odredbi i uređenje određenih pitanja u svezi s doprinosom solidarnosti drugim pravnim aktima, a ne zakonom. I ovdje će se pred sudovima, napose pred Ustavnim sudom, javiti pitanje je li u složenim i dinamičnim pravnim odnosima do određene mjere potrebno omogućiti, uz opću zabranu diskriminacije, normiranje određenih izuzetaka i nekim drugim pravnim aktima (npr. kolektivnim ugovorima).

9.4. ZAKONSKA ZABRANA DISKRIMINACIJE

Do stupanja na snagu Zakona o suzbijanju diskriminacije, pravno uređenje zabranjene diskriminacije bilo je vrlo djelomično. Visoki zakonski standardi pravne zaštite bili su prvenstveno postavljeni na području zabrane diskriminacije temeljem pripadnosti nacionalnoj manjini. *Ratione materiae*, zabrana diskriminacije se vrlo brzo probila i na područje radnih odnosa.⁵⁹ Tamo je diskriminacija bila zabranjena temeljem čak sedamnaest osnova (osobina). Vrlo brzo, zabrana nejednakog postupanja temeljem spola, bračnog i obiteljskog statusa i spolne orijentacije izašla je izvan okvira radnopravne zaštite te se, vrlo slično zabranjenoj diskriminaciji temeljem pripadnosti nacionalnoj manjini, počela širiti na područje obrazovanja, političkog života i medija te dostupnosti roba i usluga.

Može se reći da se odredbe, kojima se zabranjuje diskriminatorno postupanje, jamči jednako postupanje ili čak povoljnije postupanje pojedinim zaštićenim društvenim skupinama, odnosno predviđaju iznimke od zabranjene diskriminacije ili uređuju pojedina dodatna pitanja zabranjene diskriminacije,⁶⁰ nalaze u sljedećim zakonima: Ustavnom zakonu o pravima nacionalnih manjina,⁶¹ Zakonu o odgoju i obrazovanju na jeziku i pismu nacionalnih manjina,⁶² Zakonu o radu (dalje u tekstu ZR),⁶³ Zakonu o ravnopravnosti spolova (dalje u tekstu ZRS),⁶⁴ Zakonu o istospolnim zajednicama,⁶⁵ Zakonu o državnim službenicima,⁶⁶ Zakonu o službi u oružanim snagama u Republici Hrvatskoj,⁶⁷ Zakonu o sudovima,⁶⁸ Zakonu o sustavu državne uprave,⁶⁹ Zakonu o državnom odvjetništvu,⁷⁰ Zakonu o blagdanima, spomendanima i neradnim danima u Republici Hrvatskoj,⁷¹ Zakonu o azilu,⁷² Zakonu o strancima,⁷³ Zakonu o obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi,⁷⁴ Zakonu o medijima,⁷⁵ Zakonu o elektroničkim medijima,⁷⁶ Zakonu o hrvatskoj radioteleviziji,⁷⁷ Zakonu o mirovinskom osiguranju,⁷⁸ Zakonu o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom,⁷⁹ Zakonu o roditeljskim potporama,⁸⁰ Zakonu o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji,⁸¹ Zakonu o nasljeđivanju,⁸² Obiteljskom zakonu,⁸³ Kaznenom zakonu,⁸⁴ Zakonu o zaštiti na radu,⁸⁵ Zakonu o volonterstvu,⁸⁶ Zakonu o javnoj nabavi,⁸⁷ Zakonu o zaštiti od nasilja u obitelji,⁸⁸ Zakonu o doplatku za djecu,⁸⁹ Zakonu o socijalnoj skrbi,⁹⁰ Zakonu o obveznom zdravstvenom osiguranju,⁹¹ Zakonu o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju,⁹² Zakonu o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme zaposlenosti,⁹³ Zakonu o zdravstvenom osiguranju zaštite zdravlja na radu,⁹⁴ Zakonu o obveznim odnosima,⁹⁵ Zakonu o parničnom postupku.⁹⁶

Kako primjenjivati odredbe navedenih zakona nakon stupanja na snagu Zakona o suzbijanju diskriminacije 1. siječnja 2009. godine? Vrlo je teško dati jednostavan i na sve slučajeve primjenljivi odgovor. Imajući općenito u vidu oskudnost sudske prakse na području zabranjene diskriminacije, u budućnosti očekujemo značajnije korištenje izvanrednog pravnog lijeka: revizije. Njegovim ulaganjem treba potaknuti Vrhovni sud na zauzimanje stajališta o primjeni konkurirajućih zakona.

Vodeći računa o tome da Zakon o suzbijanju diskriminacije ima za primatelje sve pravne i fizičke osobe te da se primjenjuje općenito na postupanje javnopravnih i privatnopravnih fizičkih i pravnih osoba, mišljenja smo da se ZSD 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 cijelosti ili djelomično drugačije uređeno. Pri tome bi Vrhovni sud trebao odgovoriti i na pitanje ima li ZSD kao organski zakon veću pravnu snagu (je li on *lex superior*) od običnih zakona koji zabranjuju diskriminaciju. U svakom slučaju, pri traženju odgovora na pitanje koji od više konkurirajućih zakona primijeniti, važno je i načelo da kasniji zakon (*lex posterior*) derogira raniji zakon. Pri tome treba voditi računa o kod nas dosta raširenom shvaćanju da kasniji opći zakon ne utječe na važenje ranijih posebnih zakona.

Zakon o zabrani diskriminacije je opći zakona, ali pred njim prednost u primjeni imaju zakoni koji po materijalnom kriteriju (s obzirom na pravno pitanje koje uređuju) i personalnom kriteriju (osobe na koje se odnose) posebno i detaljnije uređuju zabranu diskriminacije. Pri utvrđivanju koji je zakon mjerodavan važno je voditi računa i o vremenu stupanja određenog zakona na snagu te o činjenici da kod nas prevladava stajalište da opći zakon ne derogira posebni zakon.

Pri zauzimanju stajališta o primjeni zakona koji uređuju zabranu diskriminacije te sadržaju zaštite od diskriminacije Vrhovni sud, odnosno sudovi općenito, moraju voditi računa o izravnom učinku odredaba Europske konvencije⁹⁷ te se voditi ostvarenjem načela jednakosti iz čl. 3. Ustava, čl. 1. st. 1. ZSD-a te čl. 4. ZRS-a. Jednako tako, sudovi bi inspiraciju za svoje odluke na tom području trebali naći u direktivama Europske zajednice koje su bile uzor pri stvaranju hrvatskih zakonskih rješenja te u praksi Europskog suda pravde koji tumači i osigurava primjenu tih direktiva.⁹⁸

Pri odlučivanju o primjeni i sadržaju hrvatskih antidiskriminacijskih zakona valja voditi računa da Zakon o suzbijanju diskriminacije u načelu priznaje pravnu zaštitu šire nego dosadašnji zakoni jer uvodi nove, do sada izričito nepriznate, osnove diskriminacije, nove i kvalificirane oblike diskriminacije te proširuje doseg izričitih iznimaka koje opravdavaju različito postupanje po diskriminatornim osnovama. Na nekim pak mjestima ZSD širi doseg postojećih oblika diskriminacije, kao što je to primjerice kod viktimizacije ili segregacije.⁹⁹

U području zabrane viktimizacije odlučujuća je odredba čl. 7. ZSD-a jer pruža znatno širu zaštitu nego odredbe čl. 22a st. 11. te čl. 108. st. 2. ZR-a. Smatramo da je ovom odredbom radnik zaštićen od viktimizacije i u odnosu na bivšeg poslodavca.

U svim takvim slučajevima mišljenja smo da je potrebno primijeniti, od stupanja na snagu ZSD-a 1. siječnja 2009. godine, značajne odredbe upravo tog zakona. Naime, u tim je slučajevima ZSD uredio neka od pitanja koja prethodno nisu bila uređena.

Na onim pak mjestima gdje bi ZSD pružao užu pravnu zaštitu od posebnog zakona, mišljenja smo da bi se u svakom slučaju trebao primijeniti posebni zakon.

Primjerice, u slučaju spolnog uznemiravanja postoje određene različitosti u ZR-u, ZSD-u te ZRS-u. Dok ZSD i ZR sadržavaju poprilično ujednačena objašnjenja ovog ponašanja, čini se da zahtijevaju kumulativno ispunjenje povrede dostojanstva te zastrašujućeg, neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja kako bi konstituirale spolno uznemiravanje. S druge strane, prema ZRS-u spolno uznemiravanje se ostvaruje već u ponašanju spolne naravi s ciljem povrede osobnog dostojanstva. Kako je ZRS *lex specialis* u odnosu na ZR i u odnosu na ZSD, kod spolnog uznemiravanja (čak i izvan rada) smatramo mjerodavnim objašnjenje iz ZRS-a. Međutim, u svim onim slučajevima kada se uznemiravanje ili spolno uznemiravanje događa na radu, ostat će nadalje važne za poslodavca i radnika odredbe iz čl. 22. a, kao i obveza koja u svrhu zaštite dostojanstva proizlazi za poslodavca iz čl. 123. ZR-a. U slučaju spora, teret dokazivanja je na poslodavcu.¹⁰⁰

Drugačije uređenje pojedinog pitanja u okviru statuta zabranjene diskriminacije može predstavljati detaljniju razradu statuta ili nametanje nekih posebnih obveza primateljima norme. Tada opet dolazi u obzir primjena posebnog zakona.

Premda ZSD zabranjuje diskriminaciju osobito na području rada, u odnosu na posebnu osnovu spola, kao *lex specialis* osobito su bitne odredbe čl. 82. ZR-a prema kojima je poslodavac dužan radnicima različitog spola isplatiti jednaku plaću za jednak rad ili rad jednake vrijednosti.¹⁰¹ Posebne obveze, prema čl. 13. ZRS –a, postoje za poslodavca prilikom oglašavanja potrebe za zapošljavanjem.

Veliki broj zakona sadržava odredbe koje predstavljaju iznimke od zabranjene diskriminacije iz čl. 9 st. 2. ZSD-a.

Primjerice, prema čl. 9. st. 2. t. 3. ZSD-a ne smatra se diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj određivanje prikladne i primjerene najviše dobi kao razlog za prestanak radnog odnosa. Poslodavcu je stoga dopušteno, primjenjujući odredbu čl. 103. t. 3. ZR-a, protiv volje radnika raskinuti ugovor o radu kada radnik navrš 65 godina i 20 godina staža osiguranja.

Međutim, postoje i slučajevi kada se odredbe posebnih zakona samo na prvi pogled uklapaju u čl. 9. st. 2. ZSD-a i čine predviđene iznimke, ali je dvojbeno zadovoljavaju li takve iznimke sve kriterije kojima iznimke moraju udovoljavati da bi bile dopuštene?

Primjerice, čl. 52 ZR-a zabranjuje se noćni rad žena u industriji. Moguće je tumačiti da se ova odredba uklapa u iznimku predviđenu u čl. 9. st. 2. t. 1. ZSD-a (zaštita zdravlja, u ovom slučaju žena). Međutim sudska praksa će morati odgovoriti na pitanje što je cilj navedene odredbe (zaštita zdravlja žena ili stavljanje žena ili/i muškaraca u nejednak položaj) te jesu li „upotrijebljena sredstva primjerena i nužna cilju koji se želi postići“.¹⁰² Sudovi, napose Ustavni sud, morat će odgovoriti na pitanje jesu li u hrvatskom pravu relativno brojni izuzeci (razlikovanja koja se nastoje opravdati zaštitom određenih posebnih skupina osoba) zaista legitimni i razmjerni.

Konačno, moramo napomenuti da propust zakonodavca u određivanju iznimaka od zabranjene diskriminacije izaziva određene nedoumice glede primjene pojedinih zakona.

Primjerice, ZSD uređuje zabranu diskriminacije na temelju dobi i na području socijalne sigurnosti, uključujući i područje socijalne skrbi, mirovinskog i zdravstvenog osiguranja te osiguranja za slučaj nezaposlenosti (čl. 8. t. 3) u čijem području se dob vrlo često javlja kao uvjet za stjecanje svojstva osiguranika ili stjecanje određenih prava. S tim u vezi u čl. 9. st. 2. t. 8 određeno je da se diskriminacijom ne smatra stavljanje u nepovoljniji položaj „...propisivanje dobi kao uvjeta za stjecanje prava na mirovinu“. Čini se da se navedeni izuzetak odnosi samo na dob kao uvjet za stjecanje prava na mirovinu. *A contrario* izgleda da bi nakon stupanja na snagu ZSD-a na području socijalne sigurnosti bilo zabranjeno propisivati uvjet dobi za pristup (primjerice, stjecanje svojstva osiguranika) ili ostvarivanje prava iz zdravstvenog osiguranja, socijalne skrbi, osiguranja za slučaj nezaposlenosti i slično. Slične dvojbe javljaju se i u svezi s dopuštenim kriterijima pri određivanju premija u privatnom osiguranju.

Prema pravilu *lex posterior* izgleda da bi u ovakvim slučajevima trebalo primijeniti odredbe ZSD-a. Obzirom da dvojimo o namjeri zakonodavca da ovako široko uredi zabranu diskriminacije u hrvatskom pravu, smatramo da će u budućnosti biti nužno ponovo redefinirati standarde zabranjene diskriminacije, barem u pogledu dozvoljenih izuzetaka.

9.5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Pravno uređenje zabrane diskriminacije u Hrvatskoj se naglo razvija. Kulminacija ove normativne aktivnosti hrvatskog zakonodavca dogodila se u ljeto 2008. godine donošenjem ZSD-a kojim se, u želji za članstvom u Europskoj uniji, nacionalno zakonodavstvo nastoji uskladiti s *acquis communautaire*-om EZ-a te međunarodnim aktima Vijeća Europe. Ovim je u domaćem pravnom poretku ozakonjena opća zaštita od zabranjene diskriminacije. Normativan razvoj diskriminacije praćen je razvojem sudske prakse Ustavnog suda.

Pohvalnim smatramo da Ustavni sud u praksi polazi od ideje zabranjene diskriminacije razvijene u pravu EKZLJP-a. Različito uređenje prava i obveza smatrat će se diskriminirajućim ako propisano razlikovanje nema objektivnog i razumnog opravdanja, odnosno ako se time ne ostvaruje legitimni cilj ili ako ne postoji razmjernost između propisane zakonske mjere i cilja koji se nastoji postići. Također, vrlo korisnim smatramo da se Ustavni sud, po uzoru na ESLJP, izjasnio da čl. 14. Ustava ne zabranjuje zakonodavcu da prava i obveze pojedinih istovrsnih ili sličnih skupina uređuje različito ako se time ispravljaju postojeće nejednakosti među tim skupinama ili za to postoje drugi opravdani, na Ustavu utemeljeni razlozi, ali da je pritom nužno poštivati načelo razmjernosti propisano čl. 16 Ustava, što je u prvom redu predmet ustavnosudske kontrole.

Dvojbenim smatramo to što se čini da, suprotno pravu uzora, Ustavni sud dodaje još jedan element u pravnu konstrukciju ovog statuta, a to je namjera, cilj odnosno svrha diskriminiranja. Smatramo da ustrajavanje na ovom elementu može bitno suziti doseg čl. 14. st. 1., na taj način isključujući iz njega ideju neizravne diskriminacije.

Problematičnim nam se čini i da je Ustavni sud „otvorenu odredbu“ zabranjenih osnova diskriminacije proširio na diskriminaciju temeljem „položaja u ostvarenju prava na zaradu“ bez da je obrazložio u čemu se ova osnova sastoji, kako se određuju skupine i kriteriji usporedbe. Smatramo da je time sud propustio jasno odrediti elemente bitne za određenje diskriminacije kao stavljanje u neravnopravan položaj. Sve ovo ukazuje da Ustavni sud još uvijek nema cjelovitu i razvijenu ideju o zabrani diskriminacije, već tu ideju postupno razvija od slučaja do slučaja.

Obzirom da Ustavni sud smatra da pitanje međusobne usklađenosti zakona nije predmet ustavnosudske kontrole, prvenstveno su sudovi ti koji će se naći pred izazovnim zadatkom utvrđivanja koje od više konkurirajućih odredaba zakona primijeniti na određeni slučaj. Vrhovni sud je tu da osigura jedinstvenu primjenu zakona. Kako su sudovi dužni suditi na temelju Ustava, smatramo da posebnu pozornost treba posvetiti praksi Ustavnog suda koja je u skladu s praksom koju je ESLJP razvio u okviru tumačenja Europske konvencije. Sudovi bi osim toga trebali izravno primjenjivati Konvenciju u svakom onom slučaju kada su njezine odredbe u suprotnosti sa zakonima i drugim propisima. Osim toga, sve značajne odredbe zakona trebale bi biti tumačene i u skladu sa čl. 3. Ustava, čl. 1. st. 1. ZSD-a te čl. 4. ZRS-a suština kojih je zaštita i promicanje jednakosti kao najviše ustavne vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske. Hrvatski sudovi poticaj za svoje presude trebaju tražiti i u direktivama Europske unije koje su bile uzor pri normativnom uređenju zabrane diskriminacije te bogatoj praksi Europskog suda pravde koji je nadležan za tumačenje i primjenu prava Europske unije.

1. Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst i 55/01 - ispravak) zabranjuje diskriminaciju u čl. 14.
2. Popis propisa vidi u nastavku.
3. Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 14/01, 14/02, 1/05, 7/05, 9/05 i 11/06).
4. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne Novine – Međunarodni ugovori, br. 6/99 – pročišćeni tekst, 8/99, 14/02 i 9/05).
5. Tako su primjerice Odlukom Ustavnog suda U-I-764/2004 od 21. ožujka 2007. (Narodne novine, br. 34/07) ukinute odredbe čl. 1. Zakona o izmjeni i dopuni Zakona o plaćama sudaca i drugih pravosudnih dužnosnika (Narodne novine, br. 17/04); Odlukom Ustavnog suda U-I-1152/2000 i dr. od 18. travnja 2007. (Narodne novine, br. 43/07) ukinute su odredbe čl. 21. st. 2. i čl. 30., čl. 31., čl. 66., i čl. 78. st. 2. 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); Odlukom Ustavnog suda U-I-2766/2003 od 24. svibnja 2005. (Narodne novine, br. 68/05) ukinute su odredbe čl. 1., čl. 51., čl. 53. i čl. 74. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu (Narodne novine, br. 114/03).
6. Vidjeti primjerice Odluku Ustavnog suda U-I-1152/2000 i dr. od 18. travnja 2007. (Narodne novine, br. 43/07).
7. Zakon o suzbijanju diskriminacije (Narodne novine, br. 85/2008).
8. Barić, Sanja, „Organski zakoni u Republici Hrvatskoj“, u: Hrvatsko ustavno sudovanje *de lege lata* i *de lege ferenda*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2009., str. 392. Analizirajući odredbe Ustava Smerdel i Sokol zaključuju da su, prema čl. 82. Ustava, organski zakoni oni kojima se uređuju nacionalna prava, a koje Hrvatski sabor donosi dvotrećinskom većinom glasova svih zastupnika te zakoni kojima se razrađuju Ustavom utvrđena ljudska prava i temeljne slobode, izborni sustav, ustrojstvo, djelokrug i način rada državnih tijela te ustrojstvo lokalne i područne (regionalne) samouprave, a koje Hrvatski sabor donosi većinom glasova svih zastupnika. Vidjeti u: Smerdel, Branko; Sokol, Smiljko, Ustavno pravo, Zagreb, Narodne novine d.d., 2009., str. 17.-18. Vidjeti i odluku Ustavnog suda U-I-2696/2003 od 15. srpnja 2008. godine. (Narodne novine, br. 14/2008) kojom je uslijed formalne neustavnosti ukinut Zakon o ravnopravnosti spolova (Narodne novine br. 116/03) obzirom da za donošenje ovog zakona, kao organskog zakona, nije glasovao dovoljan broj zastupnika.
9. Smerdel, Branko; Sokol, Smiljko, Ustavno pravo, Zagreb, Narodne novine d.d. 2009., str. 113. O razvoju prakse ESLJP-a i ESP-a na području zabranjene diskriminacije vidjeti više u našem radu Potočnjak, Željko; Grgić, Andrea, „Važnost prakse Europskog suda za ljudska prava i Europskog suda pravde za razvoj hrvatskog antidiskriminacijskog prava“, u: Zbornik 47. susreta pravnika, Opatija '09, Hrvatski savez udruge pravnik u gospodarstvu, str. 47.-109.
10. O utjecaju stajališta ESLJP vidjeti: Potočnjak, Željko; Stresec, Mirjana, „Europski sud za ljudska prava i Ustavni sud Republike Hrvatske u zaštiti ljudskih prava“, u: Hrvatsko ustavno sudovanje *de lege lata* i *de lege ferenda*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2009., str. 209.-246.
11. Vidjeti čl. 1. Zakona o potvrđivanju (ratifikaciji) Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 1/94).
12. Čl. 140 Ustava.
13. Smerdel, op. cit. (bilj. 9), str. 111.
14. Zadatak je tim zahtjevniji ako se imaju u vidu moguće relativno ozbiljne sankcije u obliku naknade štete i prekršajne odgovornosti predviđene propisima o zabrani diskriminacije.
15. Vidi Rješenje Ustavnog suda U-I-745/1999. od 8. studenog. 2000. godine (Narodne novine, br. 112/2000).
16. Rješenje Ustavnog suda U-I-672/2000 od 25. veljače 2004. godine (neobjavljeno). Hrvatsko ustavno sudovanje *de lege lata* i *de lege ferenda*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2009., str. 130.
17. Prema Omejec, Ustavni je sud nadležan za ocjenu ustavnosti domaćih zakona o ratifikaciji (potvrđivanju) međunarodnih ugovora u formalnom smislu (to jest nadležan je ocijeniti je li zakon donijelo Ustavom propisano nadležno tijelo te je li zakon donesen na način i u postupku propisanom Ustavom). Ustavni sud do danas nije odlučio o pitanju materijalne suglasnosti zakona o potvrđivanju međunarodnog ugovora s Ustavom. Omejec, Jasna, „O potrebnim promjenama u strukturi hrvatskog ustavnog sudovanja (prilog reformi ustavnog sudovanja)“, u: Hrvatsko ustavno sudovanje *de lege lata* i *de lege ferenda*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2009., str. 131.
18. Točka 5. Rješenja Ustavnog suda U-I-1681/2003 i U-I-207072003 od 17. rujna 2003. (Narodne novine, br. 152/2003) „...predlagatelji pogrešno polaze od toga da je Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina više pravne snage od Zakona o izborima. Oba su zakona organski zakoni jednake pravne snage čiju međusobnu usklađenost Ustavni sud nije nadležan ocjenjivati.“
19. Točka 8. Odluke Ustavnog suda U-I-491/2009. od 19. lipnja 2009. godine (Narodne novine, br. 88/09) „Iz navedene ustavne odredbe proizlazi da Ustavni sud ne ocjenjuje međusobnu usklađenost zakona, odnosno propisa iste pravne snage.“
20. Isto proizlazi i iz čl. 24., t. 1. Zakona o sudovima (Narodne novine, br. 150/05, 16/07 i 113/08).
21. Čl. 117., st. 3. Ustava.
22. Čl. 15. Ustava jamči ravnopravnost pripadnicima svih nacionalnih manjina čija ravnopravnost se uređuje ustavnim zakonom koji se donosi po postupku za donošenje organskih zakona.
23. Dodajemo i da je čl. 17. Ustava predviđeno da se u doba ratnog stanja ili neposredne ugroženosti neovisnosti i jedinstvenosti države te velikih prirodnih nepogoda pojedine slobode i prava zajamčena Ustavom mogu ograničiti. Ali i ovdje čl. 17. predviđa da opseg ograničenja mora

biti primjeren naravi pogibelji, a za posljedicu ne može imati nejednakost osoba s obzirom na rasu, bolju kože, spol, jezik, vjeru, nacionalno ili socijalno podrijetlo. Međutim, niti u slučaju neposredne opasnosti za opstanak države ne može se ograničiti primjena odredbi Ustava 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.

24. Točka 7.1. Odluke Ustavnog suda U-III-3138/2002 od 7. veljače 2007. godine (Narodne novine, br.22/07).
25. Točka 12. Odluke Ustavnog suda U-I-764/2004. od 21. ožujka 2007. godine. (Narodne novine, br. 34/07).
26. Vidjeti primjerice točke 10.-13. Odluke Ustavnog suda U-I-241/2000 od 10. svibnja 2000. godine. (Narodne novine, br. 50/00).
27. Odluka Ustavnog suda U-III-1600/2004 od 17. listopada 2007. godine (Narodne novine, br. 114/07); Odluka Ustavnog suda U-III-2914/2002 od 16. svibnja 2007. godine. (Narodne novine, br. 65/07).
28. Odluka Ustavnog suda U-III-3138/2002 od 7. veljače 2007. godine (Narodne novine, br.22/07); Odluka Ustavnog suda U-III-4632/2004. od 29. rujna. 2006. godine, www.usud.hr, pretraživanje vršeno na dan 29. listopada 2009. godine.
29. Tako Ustavni sud ispituje poštivanje načela razmjernosti iz čl. 16. Ustava prilikom odlučivanja o povredi čl. 14. st. 2. (načelo jednakosti) u vezi s čl. 48. st. 1. Ustava (jamstvo prava vlasništva) - vidi: U-III- 135/2003 od 17. ožujka 2009. godine (Narodne novine, br. 42/09), U-III-825/2006 od 20. studenog 2008. godine i U-III/2391/2005 od 1. listopada 2008., www.usud.hr, pretraživanje vršeno na dan 29. listopada 2009. godine. Jednako tako, o povredi čl. 14. st. 2. (načelo jednakosti) u vezi s načelom razmjernosti (čl. 16. st. 2.) i ustavnom zaštitom obitelji (čl. 61. st. 1) Ustavni sud je odlučivao u predmetu U-III-4003/2005. od 24. travnja 2008. godine, (Narodne novine, br. 59/08).
30. Vidi Odluku Ustavnog suda U-III- 4182/2008 od 17. ožujka 2009. godine (Narodne novine, br. 38/09).
31. Vidi Odluku Ustavnog suda U-III- 1297/2006 od 5. ožujka 2009. godine (Narodne novine, br. 36/09).
32. Prema shvaćanju ESLJP, diskriminacija u smislu čl. 14. Konvencije jeste „različito postupanje prema osobama u istovrsnim ili bitno sličnim okolnostima, ukoliko „ne postoji razumno i objektivno opravdanje“; to jest ukoliko se razlikovanjem ne želi postići zakonit cilj ili ukoliko ne postoji „razuman odnos proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava te cilja koji se želi ostvariti“. Vidjeti predmet Abdulaziz, Cabales and Balkandali v The United Kingdom (1985) 7 EHRR 471. para. 72.
33. Točke 7.1. – 12. Odluke Ustavnog suda U-III-3138/2002 od 7. veljače 2007. godine (Narodne novine, br.22/07). Slično zastupa i Horvat, Ana, „Segregacijom do integracije“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 46:2/2009., str. 443.-472., na str. 456.
34. Upravo na takav način rezonira Ustavni sud u spomenutoj odluci U-III-3138/2002. Vidjeti osobito točku 73. odluke. Cf. ibid.
35. *De iure* se čini da Ustavni sud prihvaća da čl. 14. st. 1 obuhvaća i neizravnu diskriminaciju. Vidjeti primjerice točku 4. Rješenja Ustavnog suda U-I-2767/2007 (Narodne novine, br. 51/09) u kojem Ustavni sud u kontekstu pozitivnih mjera ističe kako se istim mjerama „...sprječavaju oblici otvorene (direktne) ili prikrivene (indirektne) diskriminacije...“
36. Za izravnu diskriminaciju vidjeti slučaj C-69/80 Worringham v. Lloyds Bank (1981) ECR 767., za neizravnu diskriminaciju vidjeti D.H. and others v The Czech Republik. zahtjev br. 57325/00, presuda od 13. studenog 2007.
37. Točka 4. Odluke Ustavnog suda U-III- 2607/2004. od 3. veljače 2005. godine, www.usud.hr, pretraživanje vršeno na dan 29. listopada 2009. godine.
38. Zakon o potvrđivanju Protokola br. 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 14/2002).
39. Odluka Ustavnog suda U-I-1152/2000 i dr. od 18. travnja 2007. godine (Narodne novine, br. 43/07)
40. Odluka Ustavnog suda U-III-4632/2004. od 29. rujna. 2006. godine, www.usud.hr, pretraživanje vršeno na dan 29. listopada 2009. godine.
41. Rješenje Ustavnog suda U-I-2273/2001. od 9. veljače 2005. godine, www.usud.hr, pretraživanje vršeno na dan 29. listopada 2009. godine.
42. Odluka Ustavnog suda U-I-241/2000 od 10. svibnja 2000. godine (Narodne novine, br. 50/2000).
43. Rješenje Ustavnog suda U-I-2767/2007 od 31. ožujka 2009. godine, (Narodne novine, br. 51/09)
44. Odluka Ustavnog suda U-III-2914/2002 od 16. svibnja 2007. godine (Narodne novine, br. 65/07).
45. Odluka Ustavnog suda U-III-3138/2002 od 7. veljače 2007. godine (Narodne novine, br. 22/07).
46. Odluka Ustavnog suda U-I-1152/2000 i dr., op cit. (bilj. 39).
47. Odluka Ustavnog suda U-I-2766/2003. od 24. svibnja 2005. godine (Narodne novine, br. 68/05).
48. Odluka Ustavnog suda U-III-1600/2004 od 17. listopada 2007. godine (Narodne novine, br. 114/07).
49. Op. cit. (bilj. 41), točka 3.
50. Na ovo je u Izdvojenom mišljenju uz Odluku U- III-1600/2004 upozoravao i sudac Ustavnog suda dr. sc. Željko Potočnjak, op. cit. (bilj. 48).
51. U praksi ESLJP-a i ESP-a izuzetna se pažnja poklanja utvrđivanju postojanja osobe u usporedivoj situaciji prema kojoj je postupano povoljnije. O tome vidi više u Potočnjak, Željko; Grgić Andrea, „Važnost prakse Europskog suda za ljudska prava i Europskog suda pravde za razvoj hrvatskog antidiskriminacijskog prava“, op cit. (bilj. 9) str 69.-70. te 73.-76.
52. Još jednom skrećemo pozornost na točku 4. Rješenja Ustavnog suda U-I-2767/2007, op. cit. (bilj. 43) u kojem Ustavni sud u kontekstu pozitivnih mjera ističe kako se istim mjerama „...sprječavaju oblici otvorene (direktne) ili prikrivene (indirektne) diskriminacije...“

53. Čini se da Ustavni sud činjenične okolnosti u predmetu U-III-3138/2002 (Romski razredi u Međimurju), op. cit. (bilj. 45) analizira sa stanovišta izravne diskriminacije, pozivajući se na presudu Malog vijeća ESLJP u predmetu D.H. protiv Češke od 7. veljače 2006. U istom je predmetu Veliko vijeće naknadno presudilo 13. studenog 2007. godine da se radilo o obliku neizravne diskriminacije.
54. Točka 4. Rješenja Ustavnog suda U-I-2767/2007 od 31. ožujka 2009. godine, (Narodne novine, br. 51/09).
55. U praksi ESLJP-a uobičajeno se koristi jedno objašnjenje diskriminacije. Prema shvaćanju suda različito postupanje prema osobama u istovrsnim ili bitno sličnim okolnostima predstavlja diskriminaciju, u smislu čl. 14., ukoliko „ne postoji razumno i objektivno opravdanje“; to jest ukoliko se razlikovanjem ne želi postići zakonit cilj ili ukoliko ne postoji „razuman odnos proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava te cilja koji se želi ostvariti.“ Iz ovog zaključujemo da ESLJP test „legitimnog cilja i razmjernosti“ primjenjuje i na izravnu i na neizravnu diskriminaciju. Za izravnu diskriminaciju vidi primjerice Abdulaziz, Cabales and Balkandali v The United Kingdom (1985) 7 EHRR 471, a za neizravnu diskriminaciju D.H. and others v The Czech Republic. zahtjev br. 57325/00. presuda od 13. studenog 2007.
56. Čl. 6. Direktive 2000/78/EZ. Iz slučaja C-144/04 Werner Mangold v. Rüdiger Helm (2005) ECR I-09981 razvidno je da će ESP primjenu ove mogućnost interpretirati strogo.
57. Odluka Ustavnog suda br. U-I-764/2004 od 21. ožujka 2007. godine (Narodne Novine, br. 34/07) Sličan pristup je usvojen i u praksi ESLJP-a. Vidjeti primjerice Abdulaziz, op. cit. (bilj. 55), para. 78.
58. Odluka Ustavnog suda U-I-2766/2003. od 24. svibnja 2005. godine (Narodne novine, br. 68/05).
59. Podrobnije o razvoju pravnog uređenja zabrane diskriminacije, osobito u svezi s radnim odnosima vidi u: Grgurev, Ivana, Zabrana diskriminacije u radnom pravu, Doktorska disertacija, Zagreb, Sveučilište u Zagrebu - Pravni fakultet, 2006., te u našem radu: Potočnjak, Željko, „Zabrana diskriminacije, uznemirivanja i spolnog uznemirivanja u radnim odnosima“ u: Crnić, Ivica et al, Radni odnosi u Republici Hrvatskoj, Zagreb: Organizator i Pravni fakultet, 2007., str. 47-99.
60. Primjerice pravo na naknadu štete ili teret dokazivanja. Više o naknadi štete zbog diskriminacije vidjeti u: Potočnjak, Željko; Grgurev, Ivana, „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. Opća redakcija: Petar Klarić, Zagreb, Narodne novine, 2007., str.43.-86.
61. Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina (Narodne novine, br. 155/02). Više o pravima nacionalnih manjina u hrvatskom ustavnom pravu vidi u: Petričević, Antonija, „Croatian Constitutional Law on the Rights of National Minorities“, 2 European Yearbook of Minority Issues (2004), str. 607.-629.
62. Zakon o odgoju i obrazovanju na jeziku i pismu nacionalnih manjina (Narodne novine, br. 51/00 i 56/00).
63. Zakon o radu (Narodne novine, br. 38/95, 54/95, 65/95, 17/01, 82/01, 114/03, 142/03, 30/04, 137/04 -pročišćeni tekst i Odluka Ustavnog suda br. U-I-2766/2003 i dr. od 24. svibnja 2005. godine, Narodne novine, br. 68/05).
64. Zakon o ravnopravnosti spolova (Narodne novine, br. 82/08).
65. Zakon o istospolnim zajednicama (Narodne novine, br. 116/03). Više o pravnom uređenju istospolnih zajednica u Republici Hrvatskoj vidi u: Korać, Aleksandra, „Ljudska prava i pravno uređenje istospolnih zajednica u domaćem zakonodavstvu“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 55:3-4/2005., str. 801.-834.
66. Zakon o državnim službenicima (Narodne novine, br. 92/05, 142/06, 77/07, 107/07 i 27/08).
67. Zakon o službi u oružanim snagama u Republici Hrvatskoj (Narodne novine, br. 33/02, 58/02, 175/03, 136/04, 76/07, 88/09 i 124/09).
68. Zakon o sudovima (Narodne novine, br. 150/05, 16/07 i 113/08).
69. Zakon o sustavu državne uprave (Narodne novine, br. 75/93, 92/96, 48/99, 15/00, 127/00, 59/01, 199/03 i 79/07).
70. Zakon o državnom odvjetništvu (Narodne novine, br. 76/09).
71. Zakon o blagdanima, spomendanima i neradnim danima u Republici Hrvatskoj (Narodne novine, br. 33/96, 96/01, 13/02, 136/02, 112/05, 59/06 i 55/08).
72. Zakon o azilu (Narodne novine, br. 79/07).
73. Zakon o strancima (Narodne novine, br. 79/07 i 36/09).
74. Zakon o obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi (Narodne novine, br. 87/08 i 86/09).
75. Zakon o medijima (Narodne novine, br. 59/04)
76. Zakon o elektroničkim medijima (Narodne novine, br.122/03, 79/07, 32/08 i 65/09).
77. Zakon o hrvatskoj radioteleviziji (Narodne novine, br. 25/03).
78. 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 – Odluka Ustavnog suda br. U-I-1152/2000 i dr. od 18. travnja 2007. godine, 79/07 i 35/08).
79. Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom (Narodne novine, br. 143/02 i 33/05). Više o diskriminaciji osoba s invaliditetom vidi u: Grgurev, Ivana, „Diskriminacija na temelju tjelesnih ili duševnih poteškoća u radnom pravu“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 54:3-4/2004., str. 655.-662.
80. Zakon o roditeljskim potporama (Narodne novine, br. 85/08 i 110/08).
81. Zakon o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji (Narodne novine, br. 174/0492/05, 2/07 – Odluka Ustavnog suda br. U-I-4585/05 i dr. od 20. prosinca 2006. godine, 107/07 i 65/09).
82. Zakon o nasljeđivanju (Narodne novine, br. 48/03 i 163/03).

83. Obiteljski zakon (Narodne novine, br. 116/03, 17/04, 136/04 i 107/07).
84. Kazneni zakon (Narodne novine, br. 110/97, 27/98, 50/00 – Odluka Ustavnog suda U.-I-241/2000 od 10. svibnja 2000. godine, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03 – Odluka Ustavnog suda U.-I-2566/03, U.-I-2892/03 od 27. studenog 2003. godine, 105/04, 71/06, 110/07 i 152/08).
85. Zakon o zaštiti na radu (Narodne novine, br. 59/96, 94/96, 114/03, 86/08 i 75/09).
86. Zakon o volonterstvu (Narodne novine, br. 58/07).
87. Zakon o javnoj nabavi (Narodne novine, br. 110/07 i 125/08).
88. Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji (Narodne novine, br. 116/03).
89. Zakon o doplatku za djecu (Narodne novine, br. 94/01, 138/06, 107/07, 37/08 – Odluka Ustavnog suda U.-I-3851/2004 od 24. ožujka 2008. godine).
90. Zakon o socijalnoj skrbi (Narodne novine, br. 73/97, 27/01, 59/01, 82/01, 103/03, 44/06 i 79/07).
91. Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju (Narodne novine, br. 150/08 i 94/09).
92. Zakon o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju (Narodne novine, br. 85/06 i 150/08).
93. Zakon o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti (Narodne novine, br. 80/08 i 94/09).
94. Zakon o zdravstvenom osiguranju zaštite zdravlja na radu (Narodne novine, br. 85/06 i 68/08).
95. Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05, 41/08).
96. Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, br. 26/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 84/08 i 123/08).
97. Slažemo se sa Smerdelom koji smatra da izravna primjena Europske konvencije znači i primjenu jurisprudencije suda koja je razvijena u tumačenju odredaba konvencije. Smerdel, op. cit. (bilj. 9), str. 112.
98. Direktive Europske zajednice i praksa Europskog suda pravde su i bile uzor domaćem zakonodavcu prilikom donošenja ZSD-a. Vidjeti: Prijedlog Zakona o suzbijanju diskriminacije, str. 5.-7. <http://www.sabor.hr/Default.aspx>.
99. Odredbu o zabrani segregacije nalazimo u čl. 4. st. 5 Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina, op cit. (bilj. 61).
100. Zakon o radu, op. cit. (bilj. 63), čl. 22a, st. 12.
101. O obvezi poslodavca da radniku isplati jednako plaću za jednak rad ili rad jednake vrijednosti, s osvrtom na pravo Europske unije vidjeti više u: Grgurev, Ivana, „Jednaka plaća za jednak rad ili rad jednake vrijednosti“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56:4/2006., str. 1103.-1142.
102. Prema praksi ESP-a zabranjeno bi bilo, pozivanjem na zaštitu zdravlja, isključivati žene iz obavljanja određenih poslova, kao što bi to bio noćni rad ili rad u rudniku (s iznimkom trudnica i roditelja), gdje su osobe muškog i ženskog spola jednako izložene za zdravlje štetnim utjecajima. Vidi slučaj C-13/93 Office national de l'emploi v Minne (1994) ECR I-371 i slučaj C-203/03 Commission v Austria (2005) ECR I-935.

PRILOG: ZAKON O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE

ZAKON O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE

I. OPĆE ODREDBE

Svrha zakona

Članak 1.

- (1) Ovim se Zakonom osigurava zaštita i promicanje jednakosti kao najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske, stvaraju se pretpostavke za ostvarivanje jednakih mogućnosti i uređuje zaštita od diskriminacije na osnovi rase ili etničke pripadnosti ili boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovnog stanja, članstva u sindikatu, obrazovanja, društvenog položaja, bračnog ili obiteljskog statusa, dobi, zdravstvenog stanja, invaliditeta, genetskog naslijeđa, rodnog identiteta, izražavanja ili spolne orijentacije.
- (2) Diskriminacijom u smislu ovoga Zakona smatra se stavljanje u nepovoljniji položaj bilo koje osobe po osnovi iz stavka 1. ovoga članka, kao i osobe povezane s njom rodbinskim ili drugim vezama.
- (3) Diskriminacijom se smatra i stavljanje neke osobe u nepovoljniji položaj na temelju pogrešne predodžbe o postojanju osnove za diskriminaciju iz stavka 1. ovoga članka.

II. OBLICI DISKRIMINACIJE

Izravna i neizravna diskriminacija

Članak 2.

- (1) Izravna diskriminacija je postupanje uvjetovano nekim od osnova iz članka 1. stavka 1. ovoga Zakona kojim se osoba stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u usporedivoj situaciji.
- (2) Neizravna diskriminacija postoji kada naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa, stavlja ili bi mogla staviti osobe u nepovoljniji položaj po osnovi iz članka 1. stavka 1. ovoga Zakona, u odnosu na druge osobe u usporedivoj situaciji, osim ako se takva odredba, kriterij ili praksa mogu objektivno opravdati zakonitim ciljem, a sredstva za njihovo postizanje su primjerena i nužna.

Uznemiravanje i spolno uznemiravanje

Članak 3.

- (1) Uznemiravanje je svako neželjeno ponašanje uzrokovano nekim od osnova iz članka 1. stavka 1. ovoga Zakona koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobe, a koje uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.
- (2) Spolno uznemiravanje je svako verbalno, neverbalno ili fizičko neželjeno ponašanje spolne naravi

koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobi, koje uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

(3) Na uznemiravanje i spolno uznemiravanje na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ovoga Zakona koje se odnose na diskriminaciju.

Poticanje na diskriminaciju i propuštanje razumne prilagodbe

Članak 4.

(1) Poticanje na diskriminaciju, ako je počinjeno s namjerom, smatrat će se diskriminacijom u smislu članka 1. ovoga Zakona.

(2) Diskriminacijom u smislu ovoga Zakona smatrat će se i propust da se osobama s invaliditetom, sukladno njihovim specifičnim potrebama, omogući:

- » korištenje javno dostupnih resursa,
- » sudjelovanje u javnom i društvenom životu,
- » pristup radnom mjestu i odgovarajući uvjeti rada, prilagodbom infrastrukture i prostora, korištenjem opreme i na drugi način koji nije nerazmjerni teret za onoga tko je to dužan omogućiti.

Segregacija

Članak 5.

(1) Diskriminacijom iz članka 1. ovoga Zakona smatra se i segregacija.

(2) Segregacija u smislu ovoga Zakona predstavlja prisilno i sustavno razdvajanje osoba po nekoj od osnova iz članka 1. stavka 1. ovoga Zakona.

Teži oblici diskriminacije

Članak 6.

(1) Težim oblikom diskriminacije u smislu ovoga Zakona smatrat će se diskriminacija počinjena prema određenoj osobi po više osnova iz članka 1. stavka 1. ovoga Zakona (višestruka diskriminacija), diskriminacija počinjena više puta (ponovljena diskriminacija), koja je počinjena kroz dulje vrijeme (produljena diskriminacija) ili koja posljedicama posebno teško pogađa žrtvu diskriminacije.

(2) Sud će voditi računa o okolnostima iz stavka 1. ovoga članka pri utvrđivanju visine naknade neimovinske štete te pri odmjeravanju kazne za prekršaje utvrđene ovim Zakonom.

Zaštita od viktimizacije

Članak 7.

Nitko ne smije biti doveden u nepovoljniji položaj zbog toga jer je u dobroj vjeri prijavio diskriminaciju, nazočio diskriminaciji, odbio nalog za diskriminatornim postupanjem ili na bilo koji način sudjelovao u postupku vođenom povodom diskriminacije sukladno odredbama ovoga Zakona.

Područje primjene

Članak 8.

Ovaj se Zakon primjenjuje 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, osobito u područjima:

1. 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,
2. obrazovanja, znanosti i športa,
3. socijalne sigurnosti, uključujući i područje socijalne skrbi, mirovinskog i zdravstvenog osiguranja te osiguranja za slučaj nezaposlenosti,
4. zdravstvene zaštite,
5. pravosuđa i uprave,
6. stanovanja,
7. javnog informiranja i medija,
8. pristupa dobrima i uslugama te pružanju istih,
9. članstva i djelovanja u sindikatima, organizacijama civilnoga društva, političkim strankama ili bilo kojim drugim organizacijama,
10. sudjelovanja u kulturnom i umjetničkom stvaralaštvu.

III. ZABRANA DISKRIMINACIJE

Zabrana diskriminacije i iznimke od zabrane diskriminacije

Članak 9.

(1) Diskriminacija u svim pojavnim oblicima je zabranjena.

(2) Iznimno od stavka 1. ovoga članka ne smatra se diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj u sljedećim slučajevima:

1. kada je takvo postupanje određeno zakonom u cilju očuvanja zdravlja i prevencije kaznenih i prekršajnih djela te kada su upotrijebljena sredstva primjerena i nužna cilju koji se želi postići,

2. pozitivne akcije, odnosno 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,
3. pogodovanja trudnicama, djeci, mladeži, starijim osobama, osobama s pravnom obvezom uzdržavanja koje redovito ispunjavaju obvezu uzdržavanja i osobama s invaliditetom u cilju njihove zaštite kada je takvo postupanje temeljeno na odredbama zakona, podzakonskog akta, programa i mjera,
4. 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 odmjeran,
5. pri zasnivanju radnog odnosa, uključenja 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,
6. na temelju dobi i spola 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,
7. određivanja najniže dobi i/ili profesionalnog iskustva i/ili stupnja obrazovanja kao uvjeta za zasnivanje radnog odnosa ili kao uvjeta za stjecanje drugih pogodnosti vezanih uz radni odnos kada je to predviđeno posebnim propisima,
8. određivanja prikladne i primjerene najviše dobi kao razlog za prestanak radnog odnosa te propisivanje dobi kao uvjeta za stjecanje prava na mirovinu,
9. na temelju državljanstva prema posebnim propisima,
10. stavljanje u nepovoljniji položaj pri uređivanju prava i obveze 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.

(3) Sve iznimke iz stavka 2. ovoga članka trebaju se tumačiti razmjerno cilju i svrsi zbog kojih su određene.

Obveza prijavljivanja i davanja podataka

Članak 10.

(1) Tijela i osobe iz članka 8. ovoga Zakona dužni su prijaviti osnovanu sumnju na diskriminaciju pučkom pravobranitelju ili posebnim pravobraniteljima, uz pristanak osobe za koju postoji sumnja da je žrtva diskriminacije.

(2) Tijela i osobe iz članka 8. ovoga Zakona dužni su u roku od 15 dana dati sve podatke i tražene dokumente vezane uz diskriminaciju na zahtjev pučkog pravobranitelja ili posebnih pravobranitelja.

Pravo na naknadu štete

Članak 11.

Žrtva diskriminacije po odredbama ovoga Zakona ima pravo na naknadu štete prema propisima koji uređuju obvezne odnose.

IV. INSTITUCIONALNI OKVIR

Središnje tijelo nadležno za suzbijanje diskriminacije

Članak 12.

(1) Poslove središnjeg tijela nadležnog za suzbijanje diskriminacije obavlja pučki pravobranitelj.

(2) Pučki pravobranitelj u okviru svoga rada:

1. zaprima prijave svih fizičkih i pravnih osoba iz članka 10. ovoga Zakona,
2. fizičkim i pravnim osobama koje su podnijele pritužbu zbog diskriminacije pruža potrebne obavijesti o njihovim pravima i obvezama te mogućnostima sudske i druge zaštite,
3. ako nije započet sudski postupak, ispituje pojedinačne prijave i poduzima radnje iz svoje nadležnosti potrebne za otklanjanje diskriminacije i zaštitu prava diskriminirane osobe,
4. upozorava javnost na pojave diskriminacije,
5. uz pristanak stranaka provodi postupak mirenja uz mogućnost sklapanja izvansudske nagodbe,
6. podnosi kaznene prijave u vezi sa slučajevima diskriminacije nadležnom državnom odvjetništvu,
7. prikuplja i analizira statističke podatke o slučajevima diskriminacije,
8. u svom godišnjem izvješću, a po potrebi i izvanrednim izvješćem Hrvatski sabor izvješćuje o pojavama diskriminacije,
9. provodi istraživanja u području diskriminacije, daje mišljenja i preporuke te predlaže Vladi Republike Hrvatske odgovarajuća zakonska i strateška rješenja.

Posebni pravobranitelji

Članak 13.

Pojedine poslove iz članka 12. stavka 2. točke 1. do 6. ovoga Zakona obavljaju posebni pravobranitelji kada je to utvrđeno posebnim zakonom.

Vođenje evidencija

Članak 14.

- (1) Sva pravosudna tijela dužna su voditi evidencije o sudskim predmetima vezanim za diskriminaciju i osnovama diskriminacije po kojima se ti postupci vode te ih dostavljati ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa.
- (2) Posebni pravobranitelji dužni su voditi evidencije o slučajevima diskriminacije iz njihove nadležnosti.
- (3) Ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa i posebni pravobranitelji iz stavka 2. ovoga članka dužni su dostaviti evidencije i statističke podatke o sudskim predmetima vezanim za diskriminaciju, pučkom pravobranitelju do 1. veljače za prethodnu kalendarsku godinu.
- (4) Pučki pravobranitelj i posebni pravobranitelji dužni su sve evidencije o slučajevima diskriminacije iz njihove nadležnosti iskazati po spolu.

Socijalni dijalog i suradnja s organizacijama civilnog društva

Članak 15.

- (1) Pučki pravobranitelj pri izradi redovitih izvješća, mišljenja i preporuka o pojavama diskriminacije konzultirat će socijalne partnere i organizacije civilnog društva koje se bave zaštitom i promicanjem ljudskih prava, organizacije koje se bave zaštitom prava skupina izloženih visokom riziku diskriminacije, crkve i vjerske organizacije upisane u Evidenciju vjerskih zajednica u Republici Hrvatskoj na temelju Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica te Savjet za nacionalne manjine.
- (2) U smislu ovoga Zakona socijalni partneri su reprezentativne udruge sindikata i poslodavaca više razine.

V. POSTUPAK PRED SUDOM

Zajedničke odredbe

Članak 16.

- (1) Svatko tko smatra da mu je zbog diskriminacije povrijeđeno neko pravo može tražiti zaštitu toga prava u postupku u kojem se o tom pravu odlučuje kao o glavnom pitanju, a može tražiti i zaštitu u posebnom postupku propisanom u članku 17. ovoga Zakona.
- (2) Posebni postupci za zaštitu od diskriminacije u području rada i zapošljavanja smatrat će se sporovima iz radnih odnosa.

(3) Sud i druga tijela koja provode postupak dužna su radnje u postupku poduzimati hitno, nastojeći da se sve tvrdnje o diskriminaciji što prije ispituju.

Posebne tužbe za zaštitu od diskriminacije

Članak 17.

(1) Osoba koja tvrdi da je žrtva diskriminacije po odredbama ovoga Zakona ovlaštena je podnijeti tužbu i tražiti:

1. da se utvrdi da je tuženik povrijedio tužiteljevo pravo na jednako postupanje, odnosno da radnja koju je poduzeo ili propustio može neposredno dovesti do povrede prava na jednako postupanje (tužba za utvrđenje diskriminacije),
2. da se zabrani poduzimanje radnji kojima se krši ili može prekršiti tužiteljevo pravo na jednako postupanje, odnosno da se izvrše radnje kojima se uklanja diskriminacija ili njezine posljedice (tužba za zabranu ili otklanjanje diskriminacije),
3. da se naknadi imovinska i neimovinska šteta uzrokovana povredom prava zaštićenih ovim Zakonom (tužba za naknadu štete),
4. da se presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje na trošak tuženika objavi u medijima.

(2) O zahtjevima iz stavka 1. ovoga članka odlučuje sud primjenjujući odredbe Zakona o parničnom postupku, ako ovim Zakonom nije drukčije određeno.

(3) Zahtjevi iz stavka 1. ovoga članka mogu se istaknuti zajedno sa zahtjevima za zaštitu drugih prava o kojima se odlučuje u parničnom postupku ako su svi zahtjevi u međusobnoj vezi i ako je isti sud stvarno nadležan za njih, bez obzira na to je li za te zahtjeve propisano rješavanje u redovitom ili u posebnom parničnom postupku, osim sporova o smetanju posjeda. U tom slučaju primjenjuju se mjerodavna pravila za vrstu spora o kojoj je riječ, ako ovim Zakonom nije drukčije određeno.

(4) Zahtjev za objavu presude iz stavka 1. točke 4. ovoga članka sud će usvojiti ako utvrdi:

1. da je do povrede prava na jednako postupanje došlo posredstvom medija, ili
2. da je informacija o postupanju koje krši pravo na jednako postupanje bila objavljena u medijima, a objavljivanje presude je potrebno radi potpune naknade učinjene štete ili zaštite od nejednakog postupanja u budućim slučajevima.

(5) Ako usvoji zahtjev za objavom presude, sud će naložiti da se presuda objavi u cijelosti. Iznimno, sud može odrediti da se presuda objavi u dijelovima ili da se iz teksta presude uklone određeni osobni podaci ako je to potrebno radi zaštite privatnosti stranaka i drugih osoba, a ne dovodi u pitanje svrhu pružene pravne zaštite.

(6) Presuda kojom se nalaže objava u medijima obvezuje nakladnika medija u kojem treba objaviti presudu, bez obzira na to je li bio stranka u postupku.

Nadležnost

Članak 18.

(1) Ako ovim Zakonom nije drukčije određeno, za sporove po tužbi iz članka 17. stavka 1. ovoga Zakona u prvom je stupnju stvarno nadležan općinski sud.

(2) Za sporove po tužbi iz članka 17. stavka 1. ovoga Zakona nadležan je pored suda opće mjesne nadležnosti i sud na čijem području tužitelj ima prebivalište, odnosno boravište te sud mjesta gdje se dogodila šteta ili je počinjena radnja diskriminacije.

Privremene mjere

Članak 19.

(1) Prije pokretanja ili u tijeku postupka povodom zahtjeva iz članka 17. stavka 1. ovoga Zakona sud može, na prijedlog stranke, odrediti privremene mjere.

(2) Na privremene mjere iz stavka 1. ovoga članka na odgovarajući način se primjenjuju odredbe Ovršnog zakona. Iznimno, pretpostavke za određivanje privremenih mjera iz stavka 1. ovoga članka jesu: 1. da je podnositelj zahtjeva učinio vjerojatnim da je povrijeđeno njegovo pravo na jednako postupanje te 2. da je određivanje mjere potrebno radi otklanjanja opasnosti od nenadoknadive štete, osobito teške povrede prava na jednako postupanje, ili sprječavanja nasilja.

Teret dokazivanja

Članak 20.

(1) Ako stranka u sudskom ili drugom postupku tvrdi da je povrijeđeno njezino pravo na jednako postupanje prema odredbama ovoga Zakona, dužna je učiniti vjerojatnim da je došlo do diskriminacije. U tom slučaju teret dokazivanja da nije bilo diskriminacije leži na protivnoj stranci.

(2) Odredba stavka 1. ovoga članka ne primjenjuje se u prekršajnom i kaznenom postupku.

Sudjelovanje trećih

Članak 21.

(1) U parnicu povodom tužbe iz članka 17. stavka 1. ovoga Zakona može se kao umješlač na strani tužitelja diskriminacije pridružiti tijelo, organizacija, ustanova, udruga ili druga osoba koja se u okviru svoje djelatnosti bavi zaštitom prava na jednako postupanje u odnosu na skupine o čijim se pravima

odlučuje u postupku. O sudjelovanju umješača odlučuje sud primjenjujući na odgovarajući način odredbe Zakona o parničnom postupku.

(2) Sud će dopustiti sudjelovanje umješača iz stavka 1. ovoga članka samo uz pristanak tužitelja.

(3) Umješač iz stavka 1. ovoga članka može poduzimati radnje u postupku i ima u postupku sva prava koja pripadaju umješaču.

Rok za ispunjenje činidbe, ovršnost

Članak 22.

U povodu zahtjeva iz članka 17. stavka 1. točke 2. i 4. ovoga Zakona sud može odlučiti da žalba ne zadržava ovrhu ili odrediti kraći rok za ispunjenje činidbe koje su naložene tuženiku.

Izvanredni pravni lijekovi

Članak 23.

U postupcima iz članka 17. stavka 1. ovoga Zakona revizija je uvijek dopuštena.

Udružna tužba za zaštitu od diskriminacije

Članak 24.

(1) Udruge, tijela, ustanove ili druge organizacije koje su osnovane u skladu sa zakonom, a imaju opravdani interes za zaštitu kolektivnih interesa određene skupine ili se u sklopu svoje djelatnosti bave zaštitom prava na jednako postupanje mogu podnijeti tužbu protiv osobe koja je povrijedila pravo na jednako postupanje, ako učine vjerojatnim da je postupanjem tuženika povrijeđeno pravo na jednako postupanje većeg broja osoba koje pretežno pripadaju skupini čija prava tužitelj štiti.

(2) U tužbi iz stavka 1. mogu se istaknuti zahtjevi da se:

1. utvrdi da je postupanje tuženika povrijedilo pravo na jednako postupanje u odnosu na članove skupine,
2. da se zabrani poduzimanje radnji kojima se krši ili može prekršiti pravo na jednako postupanje, odnosno da se izvrše radnje kojima se uklanja diskriminacija ili njezine posljedice u odnosu na članove skupine,
3. da se presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje na trošak tuženika objavi u medijima.

(3) O tužbi iz stavka 1. ovoga članka u prvom stupnju odlučuje županijski sud opće mjesno nadležan za tuženika, ili županijski sud mjesta na kojem je počinjena radnja diskriminacije ili Županijski sud u Zagrebu.

(4) Ostale postupovne odredbe ovoga Zakona koje se odnose na tužbe iz članka 17. stavka 1. ovoga Zakona na odgovarajući se način primjenjuju na tužbu iz stavka 1. ovoga članka.

VI. PREKRŠAJNE ODREDBE

Članak 25.

(1) Tko s ciljem prouzročenja straha drugome ili stvaranja neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja na temelju razlike u rasi, etničkoj pripadnosti, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovnom stanju, članstvu u sindikatu, društvenom položaju, bračnom ili obiteljskom statusu, dobi, zdravstvenom stanju, invaliditetu, genetskom naslijeđu, rodnom identitetu ili izražavanju i spolnoj orijentaciji povrijedi njegovo dostojanstvo, kaznit će se za prekršaj novčanom kaznom od 5.000,00 do 30.000,00 kuna.

(2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se za prekršaj odgovorna osoba u pravnoj osobi, državnom tijelu, pravnoj osobi s javnim ovlastima i jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave.

(3) Za prekršaj iz stavka 1. ovoga članka koji učini obrtnik ili osoba koja obavlja drugu samostalnu djelatnost u vezi s obrtom ili djelatnošću koju obavlja, kaznit će se novčanom kaznom od 10.000,00 do 200.000,00 kuna.

(4) Za prekršaj iz stavka 1. ovoga članka pravna osoba kaznit će se novčanom kaznom od 30.000,00 do 300.000,00 kuna.

Članak 26.

(1) Tko s ciljem prouzročenja straha drugome ili stvaranja neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja radnjama spolne naravi povrijedi njegovo dostojanstvo, kaznit će se za prekršaj novčanom kaznom od 5.000,00 do 40.000,00 kuna.

(2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se za prekršaj odgovorna osoba u pravnoj osobi, državnom tijelu, pravnoj osobi s javnim ovlastima i jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave.

(3) Za prekršaj iz stavka 1. ovoga članka obrtnik ili osoba koja obavlja drugu samostalnu djelatnost kaznit će se novčanom kaznom od 10.000,00 do 250.000,00 kuna.

(4) Za prekršaj iz stavka 1. ovoga članka pravna osoba kaznit će se novčanom kaznom od 30.000,00 do 350.000,00 kuna.

Članak 27.

(1) Odgovorna osoba u državnom tijelu i jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave koja na zahtjev pučkog pravobranitelja ili posebnog pravobranitelja, u roku od 30 dana od dana zaprimanja

zahtjeva ne podnese očitovanja, podatke i dokumente vezane uz diskriminaciju i ne omogući uvid u njih kaznit će se za prekršaj novčanom kaznom od 1.000,00 do 5.000,00 kuna.

(2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se za prekršaj odgovorna osoba u državnom tijelu i jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave koja na zahtjev pučkog pravobranitelja ili posebnog pravobranitelja u roku od 30 dana od dana zaprimanja zahtjeva ne omogući uvid u spis.

Članak 28.

(1) Tko s namjerom dovede u nepovoljniji položaj osobu koja je u dobroj vjeri prijavila diskriminaciju ili na bilo koji način sudjelovala u postupku zbog diskriminacije sukladno odredbama ovoga Zakona, kaznit će se za prekršaj novčanom kaznom od 1.000,00 do 20.000,00 kuna.

(2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se za prekršaj tko s namjerom dovede u nepovoljniji položaj osobu koja je nazočila diskriminaciji ili koja je odbila nalog za diskriminatornim postupanjem.

(3) Za pokušaj iz stavka 1. i 2. ovoga članka počinitelj će se kazniti.

(4) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se za prekršaj odgovorna osoba u pravnoj osobi, državnom tijelu, pravnoj osobi s javnim ovlastima i jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave.

(5) Za prekršaj iz stavka 1. i 2. ovoga članka obrtnik i osoba koja obavlja drugu samostalnu djelatnost kaznit će se novčanom kaznom od 5.000,00 do 150.000,00 kuna.

(6) Za prekršaj iz stavka 1. i 2. ovoga članka pravna osoba kaznit će se novčanom kaznom od 20.000,00 do 200.000,00 kuna.

Članak 29.

Za prekršaje propisane ovim Zakonom, pored ovlaštenih tužitelja propisanih člankom 109. stavkom 1. Prekršajnog zakona, optužni prijedlog može podnijeti pučki pravobranitelj i posebni pravobranitelj.

VII. PRIJELAZNE I ZAVRŠNE ODREDBE

Članak 30.

Ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa objavit će obrasce za statističko praćenje vezano uz članak 14. ovoga Zakona u »Narodnim novinama« u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu ovoga Zakona.

Članak 31.

Ovaj Zakon objavit će se u »Narodnim novinama«, a stupa na snagu 1. siječnja 2009.

POPIS LITERATURE

1. KNJIGE I ČLANCI

Barić, Sanja, „Organski zakoni u Republici Hrvatskoj“, u: Hrvatsko ustavno sudovanje de lege lata i de lege ferenda, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2009, str. 391-404.

Barnard, Catherine; Hepple, Bob, „Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith“, 58 Cambridge Law Journal 2, 1999.

Barnard, Catherine; Hepple Bob, „Substantive Equality“, 59 The Cambridge Law Journal 3, 2000.

Bell, Mark, „Direct Discrimination“ Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law, ed. Dagmar Schiek, et al., Oxford: Hart, 2007.

Bell, Mark, Anti-discrimination law and the European Union, Oxford University Press, 2002.

Bell, Mark; Chopin, Isabelle; Palmer, Fiona, Developing Anti-Discrimination Law in Europe, The EU 25 Member States compared, Human European Consultancy and Migration Policy Group, 2006.

Crnić, Ivica, „Povrede prava osobnosti i neimovinska šteta“, Antidiskriminacijsko zakonodavstvo i praksa, radni materijali - Trening za trenere, (Projekt „Izgradnja kapaciteta i podizanje svijesti sudaca i državnih odvjetnika o antidiskriminacijskom zakonodavstvu“), HPC, Zagreb, 2009.str. 71. – 110.

Ćapeta, Tamara, „Direktive prije članstva u EU“, u: Rodin, Siniša; Ćapeta, Tamara, Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu – s izabranim presudama Europskog suda u punom tekstu i komentarom, Pravosudna akademija, 2008.

Dika, Mihajlo, „Prethodno pitanje u parničnom postupku“, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 26:2005., str. 1.-51.

Dika, Mihajlo, „Sudska zaštita u antidiskriminacijskim stvarima“, Antidiskriminacijsko zakonodavstvo i praksa, radni materijali - Trening za trenere, (Projekt „Izgradnja kapaciteta i podizanje svijesti sudaca i državnih odvjetnika o antidiskriminacijskom zakonodavstvu“), HPC, Zagreb, 2009.str. 48-70.

Dika, Mihajlo, „Udružna tužba kao instrument apstraktne zaštite potrošača“, Hrvatska pravna revija, listopad 2003., str. 37-43

Ellis, Evelyn, EU Anti-Discrimination Law, Oxford University Press, 2005.

Ellis, Evelyn, „Gender Discrimination Law in the European Community“, Discrimination law : concepts, limitations and justifications, ed. Janet Dine and Bob Watt, London ; New York: Longman, 1996.

Fallon, Richard H.;Weiler, Paul C. "Firefighters v. Stotts: Conflicting Models of Racial Justice", The Supreme Court Review, 1984.

Fredman Sandra, Discrimination law, Oxford University Press, 2002.

Galbraith-Marten, Jason, „Remedies and Sanctions“, The EU Anti-Discrimination Directives 2000/43 and 2000/78 in Practice : An In-Depth Analysis, ERA, Trier, 2008

Grgurev, Ivana, „Diskriminacija na temelju tjelesnih ili duševnih poteškoća u radnom pravu“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 54:3-4/2004, str. 655-662.

Grgurev, Ivana, „Jednaka plaća za jednak rad ili rad jednake vrijednosti“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56:4/2006, str. 1103-1142.

Grgurev, Ivana, Zabrana diskriminacije u radnom pravu, Doktorska disertacija, Zagreb, Sveučilište u Zagrebu - Pravni fakultet, 2006.

Horvat, Ana, „Segregacijom do integracije“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 46:2/2009, str. 443-472

Horvat, Ana, „Novi standardi hrvatskoga i europskoga antidiskriminacijskog zakonodavstva“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 58:2008., str. 1490.

Horvatić, Željko i Šeparović, Zvonimir, Kazneno pravo, posebni dio, Masmedia, Zagreb, 1999.

Korać, Aleksandra, „Ljudska prava i pravno uređenje istospolnih zajednica u domaćem zakonodavstvu“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 55:3-4, str. 801-834.

MacKinnon Catharine A., Sexual harassment of working women : a case of sex discrimination, Yale University Press, 1979.

McColgan Aileen, Discrimination law: text, cases and materials, 2nd ed., Hart, 2005.

McCrudden Christopher, "Rethinking Positive Action" 15 Industrial Law Journal, 1986.

McGlynn Clare, "Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law", 6 European Law Journal, 39, 2000

Mine, Michael , The EU Anti-Discrimination Directives 2000/43 and 2000/78 in Practice : An In-Depth Analysis, ERA, Trier, 2008.

Mrčela, Marin, „Kaznenopravna gledišta suzbijanja obespravljanja“ Antidiskriminacijsko zakonodavstvo i praksa, radni materijali - Trening za trenere, (Projekt „Izgradnja kapaciteta i podizanje svijesti sudaca i državnih odvjetnika o antidiskriminacijskom zakonodavstvu“), HPC, Zagreb, 2009. str. 120.-126.

Omejec, Jasna, „O potrebnim promjenama u strukturi hrvatskog ustavnog sudovanja (prilog reformi ustavnog sudovanja)“, u: Hrvatsko ustavno sudovanje de lege lata i de lege ferenda, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2009, 23-163, str. 131.

Petričušić, Antonija, „Croatian Constitutional Law on the Rights of National Minorities“, 2 European Yearbook of Minority Issues (2004), str. 607-629

Potočnjak, Željko, „Zabrana diskriminacije, uznemirivanja i spolnog uznemirivanja u radnim odnosima“ u: Crnić, Ivica et al, Radni odnosi u Republici Hrvatskoj, Zagreb: Organizator i Pravni fakultet, 2007., str. 47-99.

Potočnjak, Željko, Pojam, osnove, oblici i izuzeci od zabrane diskriminacije nakon donošenja Zakona o suzbijanju diskriminacije i novelacije Zakona o ravnopravnosti spolova Antidiskriminacijsko zakonodavstvo i praksa, radni materijali - Trening za trenere, (Projekt „Izgradnja kapaciteta i podizanje svijesti sudaca i državnih odvjetnika o antidiskriminacijskom zakonodavstvu“), HPC, Zagreb, 2009. str. 1.-47.

Potočnjak, Željko; Grgić, Andrea, „Važnost prakse Europskog suda za ljudska prava i Europskog suda pravde za razvoj hrvatskog antidiskriminacijskog prava“, u: Zbornik 47. susreta pravnika, Opatija '09, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, str. 47-109.

Potočnjak, Željko; Grgurev, Ivana, „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, profesionalne oboljenja i dr. Opća redakcija: Petar Klarić, Zagreb, Narodne novine, 2007., str.43-86.

Potočnjak, Željko; Stresec, Mirjana, „Europski sud za ljudska prava i Ustavni sud Republike Hrvatske u zaštiti ljudskih prava“, u: Hrvatsko ustavno sudovanje de lege lata i de lege ferenda, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2009, str. 209-246.

Schiek, Dagmar, “Positive Action before the European Court of Justice – New Conceptions of Equality in Community Law? From Kalanke and Marschall to Badeck”, 16 The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, No. 3, 2000.

Smerdel, Branko; Sokol, Smiljko, Ustavno pravo, Zagreb, Narodne novine, 2009.

Sunstein Cass R., “The anticaste principle. (Visions of Equality: The Future of Title VII)”, 92 Michigan Law Review, 8, 1994.

Šimonović Einwalter, Tena, „Far, but not far enough: An Idealist Critique of the Race Equality Directive“, Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 4, 2008, str.195-222

Tobler Christa, Limits and potential of the concept of indirect discrimination, Office for Official Publications of the European Communities, 2008.

Tobler, Christa, Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law, Employment and social affairs, European Commission, 2005

Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, Narodne novine, 2004.

Waddington Lisa, "Reasonable Accommodation", Materials and text on national, supranational and international non-discrimination law, ed. Dagmar Schiek, et al., Oxford: Hart, 2007.

Waddington, Lisa, „Protection for Family and Friends: Addressing Discrimination by Association“, European Anti-Discrimination Law Review, No 5-2007, str. 13-21.

Westen Peter, "The Empty Idea of Equality", Harvard Law Review 95, 1982.

Wintemute Robert, "When is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?" 27 Ind Law J, 1, 1998.

Yaezell, Stephen C., From medieval group litigation to the modern class action, New Haven, 1987.

2. USTAV, ZAKONI I DRUGI NACIONALNI PROPISI

Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst i 55/01 - ispravak)

Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina (Narodne novine, br. 155/02)
Obiteljski zakon (Narodne novine, br. 116/03, 17/04, 136/04 i 107/07)

Kazneni zakon (Narodne novine, br. 110/97, 27/98, 50/00 – Odluka Ustavnog suda U.-I-241/2000 od 10. svibnja 2000. godine, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03 – Odluka Ustavnog suda U.-I-2566/03, U.-I-2892/03 od 27. studenog 2003. godine, 105/04, 71/06, 110/07 i 152/08)

Zakon o azilu (Narodne novine, br. 79/07)

Zakon o blagdanima, spomendanima i neradnim danima u Republici Hrvatskoj (Narodne novine, br. 33/96, 96/01, 13/02, 136/02, 112/05, 59/06 i 55/08)

Zakon o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju (Narodne novine, br. 85/06 i 150/08)

Zakon o doplatku za djecu (Narodne novine, br. 94/01, 138/06, 107/07, 37/08 – Odluka Ustavnog suda U.-I-3851/2004 od 24. ožujka 2008. godine)

Zakon o državnom odvjetništvu (Narodne novine, br. 76/09)

Zakon o državnim službenicima (Narodne novine, br. 92/05, 142/06, 77/07, 107/07 i 27/08)

Zakon o elektroničkim medijima (Narodne novine, br.122/03, 79/07, 32/08 i 65/09)

Zakon o hrvatskoj radioteleviziji (Narodne novine, br. 25/03)

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

Zakon o javnoj nabavi (Narodne novine, br. 110/07 i 125/08)

Zakon o medijima (Narodne novine, br. 59/04)

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 – Odluka Ustavnog suda br. U-I- 1152/2000 i dr. od 18. travnja 2007. godine, 79/07 i 35/08)

Zakon o nasljeđivanju (Narodne novine, br. 48/03 i 163/03)

Zakon o obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi (Narodne novine, br. 87/08 i 86/09)

Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05 i 41/08)

Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju (Narodne novine, br. 150/08 i 94/09)

Zakon o odgoju i obrazovanju na jeziku i pismu nacionalnih manjina (Narodne novine, br. 51/00 i 56/00)

Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, br. 26/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 84/08 i 123/08)

Zakon o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti (Narodne novine, br.80/08 i 94/09)

Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom (Narodne novine, br. 143/02 i 33/05)

Zakon o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji (Narodne novine, br. 174/0492/05, 2/07 – Odluka Ustavnog suda br. U-I-4585/05 i dr. od 20. prosinca 2006. godine, 107/07 i 65/09)

Zakon o pučkom pravobranitelju (Narodne novine, br. 60/92)

Zakon o radu (Narodne novine, br. 38/95, 54/95, 65/95, 17/01, 82/01, 114/03, 142/03, 30/04, 137/04 -pročišćeni tekst i Odluka Ustavnog suda br. U-I-2766/2003 i dr. od 24. svibnja 2005. godine, Narodne novine, br. 68/05)

Zakon o ravnopravnosti spolova (Narodne novine br. 116/03)

Zakon o ravnopravnosti spolova (Narodne novine, br. 82/08)

Zakon o roditeljskim i roditeljskim potporama (Narodne novine, br. 85/08 i 110/08)

Zakon o službi u oružanim snagama u Republici Hrvatskoj (Narodne novine, br. 33/02, 58/02, 175/03, 136/04, 76/07 i 88/09, 124/09)

Zakon o socijalnoj skrbi (Narodne novine, br. 73/97, 27/01, 59/01, 82/01, 103/03, 44/06 i 79/07)

Zakon o strancima (Narodne novine, br. 79/07 i 36/09)

Zakon o sudovima (Narodne novine, br. 150/05, 16/07 i 113/08)

Zakon o sustavu državne uprave (Narodne novine, br. 75/93, 92/96, 48/99, 15/00, 127/00, 59/01, 199/03 i 79/07)

Zakon o suzbijanju diskriminacije (Narodne novine, br. 85/2008)

Zakon o volonterstvu (Narodne novine, br. 58/07)

Zakon o zaštiti na radu (Narodne novine, br. 59/96, 94/96, 114/03, 86/08 i 75/09)

Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji (Narodne novine, br. 116/03)

Zakon o zdravstvenom osiguranju zaštite zdravlja na radu (Narodne novine, br. 85/06 i 68/08)

3. MEĐUNARODNI UGOVORI

Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 1/94)

Konvencija Međunarodne organizacije rada (br. 100) o jednakosti plaća radnika i radnica za rad jednake vrijednosti (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 3/00)

Konvencija Međunarodne organizacije rada (br. 111) o zabrani diskriminacije u zvanju i zapošljavanju (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 5/99)

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

Konvencija o pravima osoba s invaliditetom, (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/07, 5/08)

Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br.12/93)

Konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br.12/93)

Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini (ETS br.164) (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br.13/03)

Konvencija protiv torture i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br.12/93)

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne Novine – Međunarodni ugovori, br. 6/99 – pročišćeni tekst, 8/99, 14/02 i 9/05)

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br.12/93, 7/95, 11/95)

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

Okvirna konvencija (ETS br.157) za zaštitu nacionalnih manjina, (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br.14/97)

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 14/01, 14/02, 1/05, 7/05, 9/05 i 11/06)

4. PROPISI EU PRAVA

Direktiva Vijeća 92/85/EEZ od 19. listopada 1992. godine o provođenju poticajnih mjera za poboljšanje sigurnosti i zdravlja trudnih radnica te radnica koje su nedavno rodile ili doje na radnome mjestu OJ L 348

Direktiva Vijeća 2000/43/EC o uspostavljanju načela jednakog postupanja neovisno o rasnom ili etničkom porijeklu od 29. lipnja 2000., OJL 180

Direktiva Vijeća 2000/78/EC o uspostavljanju općeg okvira za jednaki tretman u zapošljavanju i zanimanju, usvojena 27. studenog 2000., objavljena 2. prosinca 2000., OJL 303

Direktiva Vijeća 2004/113/EC od 13. prosinca 2004. o provedbi načela jednakog postupanja između muškaraca i žena u pristupu ponudi robe i usluga OJ L 373

Direktiva 2006/54/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 5. srpnja 2006. o provedbi

načela jednakih mogućnosti i jednakog tretiranja muškaraca i žena u pitanjima zapošljavanja i obavljanja zanimanja.

Direktiva Vijeća 97/80/EC od 15. prosinca 1997. o obvezi iznošenja dokaza u slučajevima diskriminacije utemeljene na spolu OJ L 14/6

5. SUDSKE ODLUKE

5.1. Ustavni sud Republike Hrvatske

U-I-764/2004 od 21. ožujka 2007. (Narodne novine, br. 34/07)
U-I- 1152/2000 i dr. od 18. travnja 2007. (Narodne novine, br. 43/07)
U-I-2696/2003 od 15. srpnja 2008. godine. (Narodne novine, br. 14/2008)
U-I-2766/2003 od 24. svibnja 2005. (Narodne novine, br. 68/05)
U-I-745/1999. od 8. studenog. 2000. godine (Narodne novine, br. 112/2000)
U-I-672/2000 od 25. veljače 2004. godine
U-I-1681/2003 i U-I- 207072003 od 17. rujna 2003. (Narodne novine, br. 152/2003)
U-I - 491 / 2009 od 19. lipnja 2009. godine (Narodne novine, br. 88/09)
.U-III-3138/2002 od 7. veljače 2007. godine (Narodne novine, br.22/07)
U-I-241/2000 od 10. svibnja 2000. godine (Narodne novine, br. 50/00)
U-III-3138/2002 od 7. veljače 2007. godine (Narodne novine, br.22/07)
U-III- 2607/2004 od 3. veljače 2005. godine
U-I-1152/2000 i dr. od 18. travnja 2007. godine (Narodne novine, br. 43/07)
U-III-4632/2004. od 29. rujna. 2006. godine
U-I-2273/2001. od 9. veljače 2005. godine
U-I-2767/2007 od 31. ožujka 2009. godine, (Narodne novine, br. 51/09)
U-III-1600/2004 od 17. listopada 2007. godine (Narodne novine, br. 114/07)
U-III-2914/2002 od 16. svibnja 2007. godine. (Narodne novine, br. 65/07)
U-III- 135/2003 od 17. ožujka 2009. godine (Narodne novine, br. 42/09)
U-III-825/2006 od 20. studenog 2008. godine
U-III-4003/2005. od 24. travnja 2008. godine, (Narodne novine, br. 59/08)
U-III- 4182/2008 od 17. ožujka 2009. godine (Narodne novine, br. 38/09)

5.2. Europski sud (pravde)

C-427/06 Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH (2008) ECR I-07245
C-170/84 Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz (1986) ECR 1607
C-226/98 Birgitte Jørgensen v Foreningen af Speciallæger and Sygesikringens Forhandlingsudvalg (2000) ECR I-02447
C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV (2008) ECR I-05187
C-203/03 Commission v Austria (2005) ECR I-935

- C-165/82 Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland [1983] ECR 3431
- C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health (1993) ECR I-05535
- C-450/93 Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen (1995) ECR I-03051
- C-177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus (1990) ECR I-03941
- C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich [2003] ECR I-5659
- C-411/05 Félix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA [2007] ECR I-08531
- C-43/75 Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (1976) ECR 455
- C-249/97 Gabriele Gruber v Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG. (1999) ECR I-05295
- C-109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss (1989) ECR 3199
- C-96/80 J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. (1981) ECR 911
- C-409/95 Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen (1997) ECR I-06363
- C-407/98 Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist (2000) ECR I-05539
- C-243/95 Kathleen Hill and Ann Stapleton v The Revenue Commissioners and Department of Finance (1998) ECR I-03739
- C-222/84 Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (1986) ECR 1651
- C-271/91 Marshall v Southampton and South Wales Hampshire Area Health Authority (1993) ECR I-4367
- C-13/93 Office national de l'emploi v Minne (1994) ECR I-371
- C-36/02 Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn [2004] ECR I-09609
- C-167/97 Regina v Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez (1999) ECR I-00623
- C-303/06 S. Coleman v Attridge Law and Steve Law (2008) ECR I-05603
- C-14/83 Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen (1984) ECR 1891
- C-13/05 Sonia Chacón Navas v Euresť Colectividades SA (2006) ECR I-06467
- C-381/99 Susanna Brunnhofer v Bank der österreichischen Postsparkasse AG, (2001) ECR I-4961
- C-144/04 Werner Mangold v. Rüdiger Helm (2005) ECR I-09981
- C-69/80 Worringham v. Lloyds Bank (1981) ECR 767

5.3. Europski sud za ljudska prava

- Abdulaziz, Cabales and Balkandali v The United Kingdom (1985) 7 EHRR 471
- D.H. and others v The Czech Republic. zahtjev br. 57325/00. presuda od 13. studenog 2007. godine
- Tyler v United Kingdom (1978) 2 EHRR 1

5.4. Drugi sudovi

- James v Eastleigh Borough Council (1990) 2 AC 751
- Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)

6. KORIŠTENE INTERNETSKE STRANICE

EQUINET - <http://www.equineteurope.org/>
Europski sud za ljudska prava - <http://www.echr.coe.int/>
Europska unija on-line - <http://www.europa.eu.int/>
EURLEX - <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>
Europski sud (pravde)- <http://curia.eu.int/en/index.htm>
Hrvatski sabor - <http://www.sabor.hr/Default.aspx>
Ured pučkog pravobranitelja - <http://www.ombudsman.hr/>
Ustavni sud - <http://www.usud.hr/>
Vijeće Europe - <http://www.coe.int/>

7. OSTALO

Europska komisija protiv rasizma i nesnošljivosti (ECRI) Opća politička preporuka br.7 o nacionalnom zakonodavstvu za borbu protiv rasizma i rasne diskriminacije, CRI(2003) 8, Strasbourg, 2003

Europska komisija protiv rasizma i nesnošljivosti (ECRI), Treće izvješće o Hrvatskoj, CRI(2005)24, Strasbourg, 2005

Mišljenje nezavisnog odvjetnika Lenza, od 9. veljače 1994., u predmetu C-91/92 Paola Faccini Dori v. Recreb Srl (1994) ECR I-03325

Mišljenje nezavisnog odvjetnika Madura, od 18. svibnja 2006., u predmetu C-17/05 B. F. Cadman v Health & Safety Executive (2006) ECR 9583

Prijedloga Zakona o suzbijanju diskriminacije s Konačnim prijedlogom Zakona iz svibnja 2008. godine

KRATKE BIOGRAFIJE AUTORA

Andrea Grgić, mag. iur. znanstvena je novakinja na Katedri za radno i socijalno pravo na Pravnom fakultetu u Zagrebu. Završila je poslijediplomski studij iz Europskog prava na Utrecht University, Kraljevina Nizozemska. Koautorica je rada iz područja zabranjene diskriminacije u pravu Europske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i pravu Europske unije.

Prof. dr. sc. Željko Potočnjak profesor je radnog i socijalnog prava na Pravnom fakultetu u Zagrebu. Sudjelovao je u pripremi zakona kojima je reformirano hrvatsko tržište rada i mirovinski sustav generacijske solidarnosti. Od 2001. do 2009. bio je sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske. Osim radova iz područja radnog i socijalnog prava objavio je i veći broj radova u svezi sa zaštitom ljudskih prava, posebno zabranom diskriminacije.

Prof. dr. sc. Siniša Rodin doktorirao je na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu 1995. godine. Magistrirao je na University of Michigan Law School, Ann Arbor, Michigan 1992. godine. Specijalizirao je europsko pravo na Sveučilišnom Institutu u Firenci, a njemačko ustavno pravo na Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht u Heidelbergu. Dobitnik je University of Michigan Law School Merit Award, te Rektorove nagrade Sveučilišta u Zagrebu. 2001/2002 kao Fulbright Visiting Scholar radi na Harvard Law School. Član je International Association of Constitutional Law i European Communities Studies Association. Urednik je zbornika radova *JEDNAKOST MUŠKARCA I ŽENE - PRAVO I POLITIKA U HRVATSKOJ I EUROPSKOJ UNIJI ZAGREB 2003*, TE AUTOR RADOVA *Rodna jednakost - temeljni pojmovi i uloga europskog konteksta i Hrvatska agenda jednakosti rodova za 21. stoljeće*. Predstojnik je Jean Monnet Katedre za Europsko javno pravo na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

Goran Selanec, LL.M. (University of Michigan), doktorski je kandidat na University of Michigan Law School. Diplomirao je na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Završio magistarski studij (LL.M.) na University of Michigan Law School. Autor se niz godina bavi pravom jednakosti, a primarno područje interese mu je jednakost spolova u pravnom poretku Europske Unije.

Tena Šimonović Einwalter, MJur (University of Oxford), Koordinatorica je za područje suzbijanja diskriminacije u Uredu pučkog pravobranitelja. Diplomirala je *magna cum laude* na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, magistrirala pravo ljudskih prava i europsko antidiskriminacijsko pravo na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Oxfordu te trenutno završava magistarski studij iz međunarodnih odnosa na Fakultetu političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu. Dobitnica je Rektorove nagrade Sveučilišta u Zagrebu te Diplome Međunarodnog Instituta za ljudska prava u Strasbourgu. Sudjelovala je u radu radne skupine koja je izradila nacrt hrvatskog Zakona o suzbijanju diskriminacije.

Prof. dr. sc. Alan Uzelac redoviti je profesor na Katedri za građansko procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Sudjelovao je kao istraživač i/ili voditelj u više znanstvenih i stručnih projekata u Hrvatskoj i drugim zemljama. Predavao je kao gostujući predavač na više sveučilišnih ustanova u Hrvatskoj, Europi i Sjedinjenim Državama te na stotinjak skupova u zemlji i inozemstvu. Od 1993. sudjeluje u radu UNCITRAL-ove skupine za arbitražu i mirenje. Jedan je od članova osnivača Europske komisije za učinkovitost pravosuđa (CEPEJ) pri Vijeću Europe, a u toj je komisiji obnašao i više funkcija (član predsjedništva, predsjednik radne skupine za trajanje sudskih postupaka). Između ostalih

područja kojima se bavi, predaje na kolegijima iz zaštite ljudskih prava na poslijediplomskom studiju, gdje se posebno bavi pitanjima iz prakse Europskog suda za ljudska prava. Sudjelovao je radnoj skupini koja je izradila nacrt hrvatskog Zakona o suzbijanju diskriminacije, gdje je pripremio nacrt odredbi o sudskoj zaštiti te sudjelovao pri općoj redakciji teksta.

