

NOVI STANDARDI HRVATSKOGA I EUROPSKOGA ANTIDISKRIMINACIJSKOG ZAKONODAVSTVA

Ana Horvat, dipl. iur. *

UDK 342.722/.724(4)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: listopad 2008.

Autorica razmatra odredbe novog Zakona o suzbijanju diskriminacije (Narodne novine, br. 85./2008.), donesena s ciljem ispunjenja obveze prilagodbe zahtjevima dvaju antidiskriminacijskih instrumenata Europske unije (Direktiva 2000/43/EC te 2000/78/EC). Razrađuju se novosti koje taj zakon uvodi u hrvatski pravni poredak kao nove oblike te osnove diskriminacije, kao i nova procesna sredstva antidiskriminacijske borbe. Posebno se osvrće na način na koji se pristupilo obvezi osnivanja tijela za promicanje jednakosti postupanja. Budući da su zadaće toga tijela u RH povjerene već postojećim institucijama pučkoga te specijaliziranih pravobranitelja, ne ispituje se samo koliko takvo rješenje odgovara zahtjevima Direktiva, već i koliko je teleološki opravdano, osobito s obzirom na materijalna i funkcionalna jamstva obavljanja njihovih novih zadaća. Stoga se služi usporedbom s iskustvima zemalja članica Europske unije, posebno komparativnim podatcima onih koje su zadaće antidiskriminacijskih tijela također povjerile pravobraniteljima.

Ključne riječi: Zakon o suzbijanju diskriminacije, Europska unija, pravobranitelj, diskriminacija

UVOD

Sklapanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju s Europskim zajednicama i njihovim državama članicama 2001. godine, RH je preuzela obvezu usklađivanja svojega pravnog sustava sa zahtjevima EU. Na području borbe protiv diskriminacije ti su zahtjevi izneseni u dvije posebno relevantne Direk-

* Ana Horvat, dipl. iur., asistentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

tive, 2000/43/EC¹, koja implementira načelo jednakosti postupanja neovisno o rasnome ili etničkom podrijetlu, te 2000/78/EC², koja definira opći okvir za ostvarivanje tog načela na području zapošljavanja i rada. Vlada RH svojim je zaključkom 31. 5. 2007. stoga pokrenula postupak izradbe prijedloga jedinstvenoga antidiskriminacijskog zakona, koji je dio *Akcijskog plana za usklađivanje zakonodavstva i stvaranja potrebnih administrativnih kapaciteta za usvajanje i provedbu pravne stečevine EU na pregovaračkom području poglavlja 19. Socijalna politika i zapošljavanje*³. Hrvatski je sabor zatim 9. srpnja 2008. i usvojio Zakon o suzbijanju diskriminacije⁴, kojim se prvi put u jednom zakonskom instrumentu općenito normira problematika diskriminacije. Provedba ZSD-a jedan je od ciljeva Nacionalne strategije za suzbijanje svih oblika diskriminacije koja još nije donesena, već je pripremljen samo Nacrt, iako je Stručna radna skupina pri Povjerenstvu za ljudska prava Vlade osnovana još 2003. godine.⁵

Kao sredstvo usklađivanja pravnog sustava Republike Hrvatske s *acquis communautaire*om EU, ZSD vjerno pravno transponira odredbe RED-a i EED-a, ali i prema nekim značajkama odskaače od uređenja ljudskih prava u zemljama EU. Tako uvodi nove oblike (propust razumne prilagodbe) te osnove diskriminacije, kao i posebne sudske procedure i prekršajne inkriminacije. Posebno je važno proširenje nadležnosti i ovlasti pučkoga te specijaliziranih pravobranitelja Republike Hrvatske kojim se te institucije transformiraju u tijela za promicanje jednakosti postupanja (EB)⁶, tj. tijela zadužena za provedbu antidiskrimina-

¹ 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 180/22-26. U daljnjem tekstu: RED.

² Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303/16-22. U daljnjem tekstu: EED.

³ Prema Konačnom prijedlogu Zakona o suzbijanju diskriminacije (str. 5.), koji je dostupan na web stranici www.vlada.hr/hr/content/download/50562/703634/file/22_02.pdf. Taj je dokument posebno važan za analizu Zakona jer sadržava i objašnjenja pozadine svakoga zakonskog članka te definira potrebna sredstva za njegovo provođenje.

⁴ Zakon je proglašen 15. srpnja 2008., dva mjeseca nakon podnošenja Saboru. Prema prijedlogu Vlade, donesen je u hitnom postupku sukladno čl. 159. Poslovnika Hrvatskog sabora, te je objavljen u Narodnim novinama, br. 85./2008. 21. srpnja 2008. godine. U daljnjem tekstu: ZSD.

⁵ U međuvremenu je Ured za ljudska prava Vlade RH 13. rujna 2007. predstavio nacrt Nacionalnog programa zaštite i promicanja ljudskih prava u Republici Hrvatskoj od 2008. do 2011. godine, koji među prioritarnim područjima navodi i suzbijanje rasne i druge diskriminacije. Usvojeni program objavljen je u Narodnim novinama, br. 119./2007.

⁶ Izvorni termin *equality body* u drugim jezicima Europske unije preveden je na sličan način: *organismi per la promozione della parità di trattamento* (tal.), *organismos de promoción de*

cijskog zakonodavstva pomoću svoje pretprocesne, preventivne te nadzorne funkcije. Velik je i potencijal njihova doprinosa aktivnoj zaštiti jednakosti putem ispomoći nevladinim organizacijama u podnošenju udruženih tužbi. Te promjene označuju novu etapu zaštite ljudskih prava u Hrvatskoj te veliku odgovornost stavljaju, ne samo pred pravobranitelje, već i na sudsku praksu RH.

Stoga je usvajanje dobro uravnoteženog zakonodavstva samo prvi korak u postizanju društva jednakosti – valja osigurati i jednaku učinkovitost provedbenih mehanizama, pri čemu se već očekivano ističu značajna sredstva koje to zahtijeva. U članku se tako ispituju značajke novoga zakona u svjetlu instrumenata povjerenih pravobraniteljima u RH te mogućnostima njihova smisljena korištenja istima, s osvrtom na komparativno-pravnu perspektivu.

1. DOSADAŠNJE HRVATSKO ANTIDISKRIMINACIJSKO ZAKONODAVSTVO

Republika Hrvatska nije do donošenja ZSD-a imala zakon koji bi sveobuhvatno uređivao problematiku diskriminacije. Među odredbama ustavne važnosti ističu se čl. 3. Ustava RH, koji među najviše vrjednote ustavnog poretka uključuje jednakost, te čl. 14. koji svima jamči prava i slobode, neovisno o njihovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, nacionalnome ili socijalnom podrijetlu, političkom ili drugome uvjerenju, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili ostalim osobinama.

Parcijalne antidiskriminacijske odredbe unutar svojih dosega daju pojedini zakoni, kao Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina,⁷ Zakon o radu,⁸

la igualdad de trato (španj.), *organismes de promotion de l'égalité de traitement* (franc.), *organi za spodbujanje enakega obravnavanja* (slo.). Upravo zbog duljine i nespretnosti naziva u radu će se za takva antidiskriminacijska "jednakosna" tijela upotrebljavati kratica EB.

⁷ Narodne novine, br. 155./2002.

⁸ Narodne novine, br. 38./1995. s ispravcima u Narodnim novinama, br. 54./1995. i 64./1995., izmjenama i dopunama u Narodnim novinama, br. 17./2001., 82./2001., 114./2003. i 30./2004. te ispravkom izmjena i dopuna u Narodnim novinama, br. 142./2003. Pročišćeni tekst objavljen je u Narodnim novinama, br. 137./2004. V. i odluku Ustavnog suda RH broj U-I-2766/2003. i dr. od 14. svibnja 2005., kojom su neke njegove odredbe ukinute. Uz ustavne osnove zabrane diskriminacije, Zakon o radu poznaje i one spolnoga opredjeljenja, bračnog stanja, porodičnih obveza, dobi, (ne)članstva u političkoj stranci/sindikatu te tjelesnih ili duševnih teškoća.

Zakon o ravnopravnosti spolova,⁹ Zakon o istospolnim zajednicama,¹⁰ Zakon o službi u oružanim snagama Republike Hrvatske,¹¹ Zakon o državnim službenicima,¹² te Kazneni zakon.¹³ Izmjene Kaznenog zakona iz 2004. zabranjenim su osnovama kaznenog djela rasne i druge diskriminacije u čl. 174. dodale i spolno opredjeljenje i ostale osobine,¹⁴ čl. 106. zabranjuje povredu ravnopravnosti građana,¹⁵ a izmjene iz 2006. zaokružile su kaznenopravnu zaštitu definiranjem zločina iz mržnje.¹⁶

⁹ Zakon objavljen u Narodnim novinama, br. 116./2003. (ZRS '03.), ukinut je odlukom Ustavnog suda RH broj U-I-2696/2003 od 16. 1. 2008. jer nije bio usvojen većinom potrebnom za organske zakone. Zamijenjen je novim (u daljnjem tekstu: ZRS '08.), proglašenim 15. 7. 2008. (zajedno sa ZSD-om) te objavljenim u Narodnim novinama, br. 82./2008. Važna je novost inkriminacija poticanja na diskriminaciju, koja je unesena i u Zakon o istospolnim zajednicama, također objavljenome u Narodnim novinama, br. 116./2003. ZRS '08. dio je provođenja nacionalne politike za promicanje ravnopravnosti spolova od 2006. do 2010. (Narodne novine, br. 114./2006.), te transponira ukupno 10 direktiva EZ-a (popis na str. 4. Konačnog prijedloga Zakona dostupnog na web stranici www.sabor.hr/fgs.axd?id=12207). Zakon definira pojmove ravnopravnosti spolova, diskriminacije na temelju spola, izravne i neizravne diskriminacije, uznemiravanja i spolnog uznemiravanja te posebnih mjera. Kao važnu novost, koordiniranu sa ZSD-om, donosi i osnivanje neovisnog tijela za suzbijanje diskriminacije na području ravnopravnosti spolova. Zadaće toga neovisnog tijela pridodane su postojećem Uredu pravobraniteljice za ravnopravnost spolova (čl.19. – 26. ZRS-a '08. te čl. 13. ZSD-a).

¹⁰ Narodne novine, br. 116./2003.

¹¹ Narodne novine, br. 33./2002.

¹² Narodne novine, br. 92./2005.

¹³ Narodne novine, br. 110./1997., 27./1998., 129./2000., 51./2001., 105./2004. te 71./2006.

¹⁴ Čl. 174./3. KZ-a: "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 proneše 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." Zanimljivo je da ista osnova nije dodana i u stavku 1., kod opće inkriminacije kršenja ljudskih prava i sloboda.

¹⁵ Čl. 106. KZ-a inkriminira uskraćivanje ili ograničavanje slobode ili prava čovjeka i građana utvrđenoga Ustavom, zakonom ili drugim propisom, kao i davanje povlastica i pogodnosti, a sve na temelju ustavno zaštićenih osnova različitosti, uz dodatak osnove pripadnosti etničkoj i nacionalnoj zajednici ili manjini.

¹⁶ Čl. 89. st. 36. KZ-a normira zločin iz mržnje kao svako kazneno djelo iz tog zakona počinjeno iz mržnje prema osobi zbog neke od ustavnih osnova zabrane diskriminacije,

2. OPĆE ODREDBE I POJMOVI ZSD-A TE DIREKTIVA (RED I EED)

1. Osnove diskriminacije

Izmjenama Ugovora o EU iz Amsterdama u Ugovor o EZ-u dodan je čl. 13., koji omogućuje Vijeću EZ-a da jednoglasno, na osnovi prijedloga Komisije i uz prethodno savjetovanje Europskog parlamenta, usvoji mjere za borbu protiv diskriminacije na temelju spola, rase ili etničkog podrijetla, vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili spolne orijentacije. Tako RED zabranjuje diskriminaciju na temelju rase ili etničkog podrijetla, a EED je vezan za osnove vjere ili uvjerenja, dobi, invaliditeta te spolne orijentacije.

(a) *Rasna¹⁷ i etnička diskriminacija*. Konvencija UN-a o suzbijanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1965. (*Commission for the Elimination of Racial Discrimination – CERD*)¹⁸ u čl. 1. definira rasnu diskriminaciju kao “svako razlikovanje, isključenje, ograničavanje ili pogodovanje zasnovano na rasi, boji kože, precima, nacionalnom ili etničkom podrijetlu”. Preporuka br. 7.¹⁹ Europske komisije za borbu protiv rasizma i netolerancije Vijeća Europe (*European Commission against Racism and Intolerance – ECRI*) rasizam pak definira kao “vjerovanje da osnova kao što je rasa, boja kože, jezik, vjera, nacionalnost ili nacionalno ili etničko podrijetlo opravdava prezir prema osobi ili skupini osoba, ili pojam nadmoćnosti osobe ili skupine osoba.” (čl. I/1.(a)). Istraživanje Eurobarometra²⁰

uz dodatak osnova spolne orijentacije, dobi i zdravstvenog statusa.

¹⁷ EU u odjeljku 6. Preambule RED odbija ideju o postojanju odvojenih ljudskih rasa, kao i svako tumačenje upotrijebljenog termina “rasa” u tom smjeru. Koliko je teško kategorizirati pojedine skupine osoba, pokazuje primjer Grčke, gdje se romska manjina na sjeveroistoku zemlje smatra dijelom muslimanske vjerske manjine, a u ostatku Grčke samo ugroženom socijalnom skupinom.

¹⁸ Položeno je 80 ratifikacija (zaključno s 21. 4. 2008.); Hrvatska ju je sukcesijom preuzela u svoj pravni poredak 8. 10. 1991. Definicijom iz CERD-a koristi se i Europski sud za ljudska prava – v. npr. *Jersild v. Denmark* od 23. 9. 1994., Series A, No.298; 19 EHRR 1 (1995.).

¹⁹ Preporuka br. 7.: Nacionalno zakonodavstvo za borbu protiv rasizma i rasne diskriminacije, CRI (2003.) 8 od 13. 12. 2002. Opće preporuke ECRI-ja (njih 11) dostupne su na web stranici Vijeća Europe, http://www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/4-publications/default.asp#P745_8461.

²⁰ *Special Eurobarometer 296 / Wave 69.1 - TNS opinion & social*, str. 13.; dostupno na http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_296_en.pdf. Eurobarometer je naziv serije anketa koje se od 1973. redovito (dva puta na godinu) provode za račun Europske komi-

pokazuje da je takav oblik diskriminacije u proteklih godinu dana iskusilo 2 posto Europljana, jednako kao i po osnovi vjere ili uvjerenja.

(b) *Vjera ili uvjerenje*. Kao i ostale osnove, ni ta nije definirana. Hrvatsko zakonodavstvo posebno definira samo pojam vjerskih zajednica kao zajednica vjernika – fizičkih osoba koje ostvaruju slobodu vjeroispovijedi jednakim javnim obavljanjem vjerskih obreda i ostalim očitovanjima svoje vjere. Ta pomalo kružna definicija za identifikaciju vjerske zajednice formalni kriterij upisa u registar, tj. Evidenciju vjerskih zajednica u RH²¹ zapravo čini presudnim. Ipak, oslonac pri tumačenju izraza “vjera” daju nam Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (*European Convention for the Protection of Human Rights – ECHR*) i presude Europskog suda za ljudska prava (*European Court of Human Rights – ECtHR*), prema kojima tim izrazom nisu obuhvaćene samo priznate vjere i filozofska uvjerenja (npr. budizam), nego i uvjerenja ateizma i agnosticizma.²²

(c) *Dob*. S obzirom na nedostatak posebnih referenci glede značenja tog pojma, valja zaključiti da ne pokriva samo, primjerice, ljude starije životne dobi.²³

sije. Odražava stanje javnog mnijenja širom svih država članica, a provodi ga konzorcij TNS Opinion & Social, koji čine Taylor Nelson Sofres i EOS Gallup Europe. Konkretno istraživanje provedeno je na uzorku od 24 746 osoba starijih od 15 godina. U svakoj je članici u anketi sudjelovalo najmanje 1 000 ispitanika, osim na Malti (500 ispitanika), Cipru (506) te u Litvi (513).

²¹ Čl. 1. Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica, Narodne novine, br. 83./2002.

²² Tako u vezi s čl. 9. ECHR-a, koji jamči slobodu mišljenja, savjesti i vjere, slučaj *Kokkinakis v. Greece* (1994.) 17 EHRR 397. U vrijeme svojeg djelovanja (do stupanja na snagu 11. Protokola 1. 11. 1998.) Europska komisija za ljudska prava uključila je pod zaštitu i neke pokrete koji bi se mogli nazvati kultovima: druidizam (*Chappell v. UK* (1987.) 53 DR 241), scijentologiju (*X and Church of Scientology v. Sweden* (1979.) 16 DR 68), pacifizam (*Arrowsmith v. UK* (1978.) 19 DR 5), veganstvo (*H v UK* (1993.) 16 EHRR CD 44). Neovisno o tomu, mišljenje EQUINET-a o prijedlogu nove direktive zahtijeva i izričito navođenje osoba koje ne pripadaju nijednoj vjeri – v. “Beyond the Labour Market – Opinion 2008-1”; pripremila od EQUINET-ova Radna skupina IV zadužena za uobličavanje politika, na http://www.equineteurope.org/multiattachments/2678/DocumentName/Beyond_Labour_online_v1.pdf. EQUINET je, naime, mreža nacionalnih EB-a, koja okuplja 28 tijela iz 23 zemlje članice EU. Vodi je nizozemska Komisija za jednako postupanje koja služi kao tajnik EQUINET-a. Zadaća mreže jest razvoj suradnje te razmjena informacija između EB-a širom Unije, čime se podupire jednolika implementacija antidiskriminacijskog prava. Financira se iz sredstava Akcijskog programa Europske zajednice za borbu protiv diskriminacije (PROGRESS 2007. – 2013.; v. *infra*, bilj.125.).

²³ U SAD-u, npr., “Age Discrimination in Employment Act” iz 1977. (29 U.S.C. §§ 621-634) pokriva samo radnike starije od 40 godina.

Izvjješće Eurobarometra pokazuje tu diskriminaciju u čak šest posto Europljana (među Talijanima, Česima i Mađarima je zabrinjavajućih 19 posto!).

(d) *Invaliditet*. Presuda Suda pravde Europskih zajednica (European Court of Justice – ECJ) u slučaju *Chacon Navas*²⁴ odnosi se na područje radnog prava i definira invaliditet kao “ograničenje koje rezultira pogotovo iz fizičkih, mentalnih ili psiholoških oštećenja i koje sputava sudjelovanje dotične osobe u profesionalnom životu”. Dana 3. svibnja 2008., pak, stupila je na snagu Konvencija UN-a o pravima osoba s invaliditetom,²⁵ koja takvim osobama smatra one “... koje imaju dugotrajna tjelesna, mentalna, intelektualna ili osjetilna oštećenja, koja u međudjelovanju s različitim preprekama mogu sprečavati njihovo puno i učinkovito sudjelovanje u društvu na ravnopravnoj osnovi s drugima” (čl.1/2).

Hrvatski Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom²⁶ takvom smatra svaku osobu “... kod koje postoji tjelesno, osjetilno ili mentalno oštećenje koje za posljedicu ima trajnu ili na najmanje 12 mjeseci smanjenu mogućnost zadovoljavanja osobnih potreba u svakodnevnom životu”. Valja spomenuti da RH vodi aktivnu politiku uključivanja osoba s invaliditetom u svakidašnji život i funkcioniranje zajednice, s jasnim ciljevima, rokovima i sredstvima financiranja iznesenima u Nacionalnoj strategiji izjednačavanja mogućnosti za osobe s invaliditetom od 2007. do 2015. godine.²⁷

Definiranje invaliditeta prouzročilo je teškoće, osobito Grčkoj te Sloveniji. Grčki antidiskriminacijski zakon (br. 3304/2005), naime, osobama s invaliditetom smatra samo one koje imaju teškoće pri nalaženju posla, i to ako njihov invaliditet doseže 50 posto te su registrirane u posebnom registru nezaposlenih osoba s invaliditetom (Zakon o kvotama n. 2643/1998).²⁸ Sloveniji se pak

²⁴ C-13/05 *Sonia Chacón Navas v. Euresť Colectividades SA*, od 11. 7. 2006. (ECR 2006 p.I-06467).

²⁵ RH je Konvenciju ratificirala 15. 8. 2007. (Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 6./2007.). Uz nas, u Europi su to učinile još samo Mađarska, Slovenija i Španjolska. Europska zajednica te njezine članice potpisale su je 30. 3. 2007.

²⁶ Narodne novine, br. 4./2002. te izmjene i dopune u Narodnim novinama, br. 33./2005. U daljnjem tekstu: ZPRZOI.

²⁷ Strategija je sastavni dio Zaključka Vlade RH od 5. lipnja 2007. Objavljena je u Narodnim novinama, br. 63./2007.

²⁸ Grčka, *Country Report on Measures to Combat Discrimination – Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC (Yannis Ktistakis)*, izvještaj sastavljen za Europsku mrežu pravnih stručnjaka u području nediskriminacije (European Network of Legal Experts – ENLE), stanje u zaključno s 8. 1. 2007, str. 15. Izvještaji za sve države članice dostupni su na

zamjera diskriminatorna narav njezina Zakona o socijalnoj skrbi, prema kojemu osoba kojoj je priznat status invalida prima socijalna davanja, no automatski nema pravo na traženje zaposlenja, osim ako se odrekne ukupnog statusa.²⁹ Štoviše, zaštita je dostupna samo osobama koje su službeno proglašene osobama s invaliditetom temeljem Zakona o mirovini i invaliditetu.

(e) *Spolna orijentacija*. Dok formulacije čl. 14. ECHR-a te čl. 1. Protokola br. 12 uz istu konvenciju ne spominju spolnu orijentaciju,³⁰ ECtHR ju je uključio u (otvorenu) listu osnova čl. 14. ECHR-a u slučaju *Salgueiro da Silva Mouta v Portugal*.³¹ EED je 2000. godine postao prvi međunarodni dokument koji taj temelj diskriminacije izrijekom normira, a njezin primjer slijedi i iste godine (7. 12. 2000. u Nici) proglašena Povelja temeljnih ljudskih prava (*Charter of Fundamental Rights of the European Union – CFR*, čl. 21.).

U RH diskriminaciju na temelju spolne orijentacije zabranjuju čl. 6./3. ZRS-a '08., čl. 21. Zakona o istospolnim zajednicama te čl. 2. Zakona o radu. Zanimljivo je spomenuti određene reakcije u medijima i društvu, vezane za zabrinutost da bi svojim odredbama ZSD derogirao Obiteljski zakon te omogućio posvojenje i odgoj djece parovima homoseksualne orijentacije. Iako ta rasprava uvelike prelazi zadaću ovoga rada, valja upozoriti na odredbu čl. 9. st. 2. toč. 10. ZSD-a, gdje je kao jedna od iznimki od zabrane diskriminacije uneseno i "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

ropa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/policy/aneval/mon_en.htm. ENLE je sastavljena od 27 nacionalnih stručnjaka te pet koordinatora za svako područje diskriminacije temeljem RED-a i EED-a. Njezina je zadaća davanje obavijesti i provedba nezavisnih analiza transpozicije RED-a i EED-a te produciranje polugodišnjeg Pregleda europskog antidiskriminacijskog prava, tematskih izvještaja te izvještaja za pojedine države. Koordinira je Human European Consultancy, u suradnji s Migration Policy Group, a financira je PROGRESS-a (bilj. 125.).

²⁹ Slovenija, *Country Report za ENLE* (Maja Tratar i Meira Hot), str. 3.

³⁰ Objе odredbe štite različitost na temelju spola, rase, boje kože, jezika, vjere, političkoga ili drugog uvjerenja, nacionalnoga ili socijalnog podrijetla, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovine, rođenja ili drugog statusa. No, čl. 14. Konvencije to čini glede kršenja u njoj nabrojениh temeljnih ljudskih prava, a 12. Protokol predstavlja jednu opću antidiskriminacijsku odredbu, u vezi sa **svim** pravima zaštićenima određenim zakonodavstvom. Kao i Hrvatska, u EU su ga ratificirale Finska, Cipar, Nizozemska, Španjolska, Luksemburg te Rumunjska.

³¹ App. No. 33290/96, od 21. 12. 1999.

djece, što mora biti opravdano legitimnom svrhom, zaštitom javnog morala, kao i pogodovanju braka u skladu s odredbama Obiteljskog zakona”.

(f) *Genetsko naslijeđe* jedna je od osnova normiranih ZSD-om (čl. 1./1.). U zakonodavstvu EU dio je samo *soft-law* CFR-a (čl. 21.),³² a unutar Vijeća Europe normira je Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini.³³ U SAD-u je 21. 5. 2008. donesena GINA (*Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*), koji zabranjuje taj oblik diskriminacije na području zdravstvenog osiguranja te rada. Naravno, ne pokriva članove vojske, kao ni ugovaranje životnog osiguranja, osiguranje od opasnosti nastanka invaliditeta te dugoročno osiguranje.³⁴ Valjalo bi i u nas razmisliti o mogućim usporedivim iznimkama od zabrane diskriminacije na temelju te osnove, svakako uz potrebne mjere opreza.

(g) *Rodni identitet i izražavanje*³⁵. Iako je uključivanje te osnove izazvalo protivljenje u širem društvu, u saborskom je glasovanju prošla neokrnjeno. U tom dijelu Hrvatska možda i najviše odskoče od tradicionalnog uređenja zaštite

³² Također je dio i čl. 1.(d)/1 novih *Staff Regulations*, kako su izmijenjene putem Uredbe Vijeća 723/2004 od 22. 3. 2004. (*Staff Regulations of officials of the European Communities and the Conditions of Employment of other servants of the European Communities, OJ L 124* od 27. 4. 2004., str. 1. – 118.).

³³ Vijeće Europe, ETS br. 164., donesena 4. 4. 1997. u Ovidu. Hrvatska ju je ratificirala 28. 11. 2003., no među ratificirajućim zemljama EU još nema Austrije, Belgije, Njemačke, Irske, Malte i Ujedinjenog Kraljevstva, iako Austrija i Belgija na snazi imaju zakonodavstvo koje zabranjuje osiguravatelju uporabu genetskog testiranja.

³⁴ *Public Law 110. – 233., May 21, 2008 (122 Stat. 881)*. Dijelovi koji se odnose na zdravstveno osiguranje počinju s primjenom u svibnju 2009., a na području zapošljavanja i rada u studenome 2009.

³⁵ Merriam-Websterov Medicinski rječnik rodni identitet definira kao “ukupnost fizičkih i bihevioralnih osobina koje su kulturalno označene kao muške ili ženske” (Merriam-Webster Online Medical Dictionary, na <http://medical.merriam-webster.com/medical/gender%20identity>). Rodni identitet definira se i kao duboko ukorijenjena psihološka identifikacija s muškim/ženskim, koja ne mora odgovarati spolu (biološka anatomija) dodijeljenome pri rođenju. Izražavanje podrazumijeva vanjske karakteristike i ponašanja vezana za rod (društveno značenje pripisano spolu – način na koji učimo interakciju s društvom, bilo to odijevanje, razgovor...) te je socijalno definirano (obično muževno/ženstveno) – prema: www.outandequal.org/summit/2006/documents/2006_SummitWorkshop_GIE_Handout.pdf. (Out & Equal Workplace Advocates je neprofitna organizacija sa sjedištem u San Franciscu u Kaliforniji koja se programima i različitim uslugama širom SAD-a zalaže za sigurno radno okruženje za LGBT osobe, tj. za lezbijke, homoseksualce, biseksualce te transrodne osobe).

ljudskih prava u Europi.³⁶ U pravu EU za sada postoje samo presude³⁷ koje interpretacijom značenja termina “spol” pokrivaju i diskriminaciju na temelju *operacije promjene spola*, i to u radnopravnom području. Mađarska spominje sličan termin “seksualnog identiteta” (različit od seksualne orijentacije) te ga štiti u čl. 8. svojega antidiskriminacijskog zakona,³⁸ a Njemački Federalni ustavni sud smatra također “seksualni identitet” (te orijentaciju) sastavnim dijelom ljudske osobnosti, zaštićenim jamstvom ljudskog dostojanstva i prava na osobnost.³⁹

2. Koncept diskriminacije

2.2.1. RED i EED

I RED i EED dijele klasifikaciju oblika diskriminacije na izravnu i neizravnu diskriminaciju, uznemiravanje te upute na diskriminaciju.

(a) *Izravna diskriminacija* postoji kada se s jednom osobom postupa nepovoljnije nego što se postupa, ili se postupalo, ili bi se postupalo s drugom osobom u usporedivoj situaciji (npr. poslodavac odbija zaposliti Jehovina svjedoka upravo zbog toga njegova obilježja).

³⁶ Osim Hrvatske, istu odredbu (i u ne manje žestokoj opoziciji) usvojila je i Švedska. Novi antidiskriminacijski zakon Kraljevine Švedske usvojen je 4. 6. 2008. te će stupiti na snagu istodobno sa ZSD-om, 1. 1. 2009. Njime se ujedinjuje zaštita dotad rastrkana u sedam zakona te se četiri postojeća ombudsmana udružuju u jedinstvenog Ombudsmana za jednakost. Valjalo bi da se i Hrvatska inspirira švedskim primjerom glede ujedinjavanja EB-a.

³⁷ *P v. S*, C-13/94 [1996] (otkaz ugovora o radu) te *Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, C-423/04 [2006] (utvrđivanje dobi za ostvarivanje prava na mirovinu). Među *soft-law* instrumentima je i Rezolucija Europskog parlamenta o diskriminaciji protiv transseksualaca od 9. 10. 1989. (OJ 256, str. 33.). Prije toga, 29. 9. 1989. i Vijeće Europe izdalo je Preporuku 1117 “o stanju transseksualaca”, kojom transseksualnost definira kao “sindrom karakteriziran dvojnomošću, onom fizičkom, te drugom psihološkom, zajedno sa tako snažnim uvjerenjem u pripadanje drugom spolu koje transseksualnu osobu navodi na traženje izvršenja ‘odgovarajuće’ tjelesne izmjene” (toč.1.).

³⁸ *Act CXXV of 2003 on Equal Treatment and the Promotion of Equality of Opportunities – Mađarska, Country Report za ENLE* (András Kadar), str. 82.

³⁹ *BverfGE* 49, 286; 96, 56; *Federal Constitutional Court 1 BvL 3/03*. Tako i *General Law on Equal Treatment* od 18. 8. 2006., *Bundesgesetzblatt I 2006, 1897, last amended on 2. 12. 2006.*, *Bundesgesetzblatt I 2006, 2742 – Njemačka, Country Report za ENLE* (Matthias Mahlmann), str. 9.

(b) *Neizravna diskriminacija* postojala bi kad bi naizgled neutralna odredba, praksa ili kriterij stavila osobu u mnogo gori položaj u usporedbi s drugom osobom, osim ako se ne bi mogla opravdati legitimnim ciljem, sredstva za postizanje kojega su prikladna i nužna (primjerice, određivanje više nadnice po satu radnicima koji rade puno radno vrijeme od onih koji rade manji broj sati – ako su među njima radnicima žene u većini, ta bi odredba predstavljala neizravnu diskriminaciju temeljem spola).

(c) *Uznemiravanje* je svako neželjeno ponašanje čiji je cilj ili učinak povreda dostojanstva osobe i stvaranje zastrašujućega, neprijateljskoga, degradirajućega, ponižavajućega ili uvrijedljivog okruženja (primjerice, rasistički komentari i odbijanje suradnje s kolegom romskog podrijetla). ZSD definira i vezani pojam *spolnog uznemiravanja*, ponavljajući odredbu čl. 4./3. Zakona o radu, te čl. 8./3. ZRS-a '08. (primjerice seksistički komentari muških radnika upućeni ženskim kolegicama). Prednost usvojene definicije, koja predviđa i učinak ponašanja, jest da ne traži postojanje namjere.

(d) *Uputa na diskriminaciju* (*instruction to discriminate*) različit je termin od mnogo šireg “poticanja” (*enticement*) koji je pak upotrijebilo hrvatsko zakonodavstvo. Iako oba pojma impliciraju namjeru, ZSD ju je i izrijeком uključio u čl. 4./1. Hrvatska je formulacija svakako šira jer poticanje ne ovisi o odnosu utjecajnosti, a “uputa” pak ovisi.⁴⁰ Slovački zakon tako traži da je osoba u podređenom položaju u odnosu prema davatelju upute,⁴¹ kao i švedski, češki, britanski, mađarski te bugarski (koji propisuju da poticatelj mora biti u takvom položaju iz kojega namjerno može utjecati na počinitelja).⁴²

2.2.2. Dodatni oblici diskriminacije uvedeni ZSD-om

ZSD vjerno usvaja definicije oblika diskriminacije iz RED-a i EED-a, no dodaje i važnu, **generalnu definiciju diskriminacije**. Naime. diskriminacijom

⁴⁰ Zbog toga termin “poticanje” upotrebljava, primjerice, poljsko i njemačko zakonodavstvo. Irski zakon upotrebljava pak sličan pojam, “navođenje” (*procurement...to engage*) – Sec.13. Equal Status Act 2000-2004 (Irska, Country Report za ENLE (Shivaun Quinlivan), str. 23).

⁴¹ Čl. 2./5. Antidiskriminacijskog zakona (Act No. 365/2004) – Slovačka, Country Report za ENLE (Zuzana Dlugosova), str. 17.

⁴² Dodatne odredbe uz bugarski Zakon o zaštiti od diskriminacije od 1. 1. 2004., §1/5 – na <http://www.mlsp.government.bg/equal/equalen/anti-discrimination%20law%20en.doc>.

se smatra "... stavljanje u nepovoljniji položaj bilo koje osobe po osnovi iz stavka 1. ovoga članka...". Kao i u definiciji pojedinih oblika, i tu hrvatski zakon (kao i europsko zakonodavstvo) postojanje diskriminacije čini ovisnima o usporedbi sa zamišljenim tretmanom osobe *bez* određenog obilježja u usporedivoj situaciji (tzv. *hypothetical comparator*). No, EQUINET signalizira na potrebu pomaka prema općoj definiciji koja ne samo da bi obuhvatila sve elemente diskriminacije, nego bi se i usredotočila na njezine uzroke i rezultate i time se odmakla od potrebe za hipotetskom usporedbom.⁴³ Takva, potpuno materijalna definicija, diskriminaciju bi shvaćala kao umanjivanje ili povredu dostojanstva osobe.

ZSD i dalje kategorizira zabranjena ponašanja te tako dodaje pojmove asocijativne i diskriminacije na temelju pretpostavljenog obilježja, segregacije,⁴⁴ kao i propuštanje razumne prilagodbe.

(a) Asocijativna (čl.1./2. ZSD-a) i diskriminacija temeljem pogrešne predodžbe (čl.1./3. ZSD-a) načini su **širenja osobnog dosega čl. 1./1. ZSD-a**, koji popisuje osobna obilježja – osnove diskriminacije. Ti oblici mogu dalje biti klasificirani prema pojavnim oblicima na izravnu i neizravnu te slične oblike diskriminacije. *Asocijativna diskriminacija* odnosi se na osobu koja sama ne posjeduje određenu karakteristiku, ali je se ipak diskriminira jer je (rodbinskim ili ostalim vezama) vezana uz osobu koja takvu karakteristiku posjeduje⁴⁵ (pri-

⁴³ *European Commission Proposals for new initiatives designed to prevent and combat discrimination outside the Labour Market based on gender, religion, disability, age and sexual orientation – An EQUINET opinion*, str. 7. (dostupno na http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/org/equi_en.pdf).

⁴⁴ Pojam koji se u europskoj kolektivnoj svijesti pretežno vezuje za događaje u SAD-u te u Južnoafričkoj Republici. No, kako to pokazuju presude ECtHR-a, među europskim zemljama ipak Grčka (*Sampanis and Others v. Greece*, app.no.32526/05) i Češka (*D.H. and Others v. the Czech Republic*, app.no.57325/00) odvajaju romsku od ostale djece u obrazovanju. Slovačka ih praksa čak u osnovnim školama smješta u razrede za djecu s "posebnim potrebama", što upućuje na uznemiravajuću percepciju njihovih sposobnosti, v. <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/europe/7098864.stm>. Hrvatska je pak u presudi od 17. srpnja 2008. (*Oršuš and Others v. Croatia*) oslobođena sumnje u segregaciju svojih Roma u osnovnim školama u Međimurju (tako i odluka Ustavnog suda RH od 7. veljače 2007. u istom slučaju, br. U-III/3138/2002).

⁴⁵ Slijedom toga, neki autori preferiraju i da se takav oblik naziva "transferiranom" diskriminacijom jer se posljedica posjedovanja neke karakteristike "prenosi" na drugu osobu – tako, primjerice, Simon Honeyball, *Discrimination by association* (na <http://webjcli.ncl.ac.uk/2007/issue4/honeyball4.html>) te Simon Forshaw i Marcus Pilgerstorfer, *Taking*

mjerice, odbijanje zapošljavanja majke invalidnog djeteta jer se pretpostavlja da će skrb za takvo dijete utjecati na kvalitetu obavljanja posla). Kao oblik diskriminacije u Europi je već⁴⁶ 2003. spominje ECRI u svojoj Preporuci br. 7.,⁴⁷ a svoje mjesto u pravu EU zauzela je 20. srpnja 2008. presudom ECJ-a u slučaju *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*.⁴⁸ Učincima te presude uvelike se širi pravna zaštita u zemljama koje dosad taj oblik nisu poznavale (primjerice, Austrija, Grčka, Litva i Estonija). Sve te zemlje ne poznaju još ni diskriminaciju na temelju pogrješne predodžbe, tj. pogrješnog uvjerenja o postojanju pojedinog obilježja u određene osobe (primjerice, pretpostavljanje da je neka osoba musliman jer ima arapsko ime).

(b) Oblici segregacije, spolnog uznemiravanja te propuštanja razumne prilagodbe predstavljaju pak **monističke oblike**⁴⁹ usto da su vezani samo za jednu osnovu – rase/etničkog podrijetla, spola tj. invaliditeta.

(c) Propuštanje razumne prilagodbe. Članak 5. EED-a normira “razumnu prilagodbu” kao obvezatan modus postizanja jednakosti invalida: *poslodavci* moraju poduzeti “prikladne mjere” kada to *pojedinačni slučaj* zahtijeva, koje omogućuju osobama s invaliditetom zapošljavanje⁵⁰, sudjelovanje u radu, napredovanje u

Discrimination Personally? An Analysis of the Doctrine of Transferred Discrimination (King's Law Journal, Vol. 19., No. 2., 2008.).

⁴⁶ Doduše, u SAD-u je još 1990. donesen savezni *Americans with Disabilities Act* (42 U.S.C. §§12101 *et seq*), s takvom tzv. *association provision* (42 U.S.C. §12112(b)(4)).

⁴⁷ Čl. III./6. (bilj. 19.).

⁴⁸ Case 303/06 – odluka od 17. srpnja 2008., još bez ECR broja. Diskriminaciju majke invalidnog djeteta identificirala je kao izravnu, u osloncu na odredbu EED-a koja zabranjuje diskriminaciju “na osnovi...” pojedinih karakteristika te, dakle, znači da ponašanje ne mora biti upravljeno isključivo i izravno prema osobi koja tu karakteristiku posjeduje – toč. 16. mišljenja AG Madura od 31. n I. 2008. Takvu jezičnu interpretaciju već primjenjuju Švedska (Švedska, Country Report za ENLE (Ann Numhauser-Henning), str. 27) i Slovenija (Slovenija, Country Report za ENLE (bilj. 29.), str. 12), a u Irskoj se pak izričito normira (Irsko, Country Report za ENLE (bilj. 40.), str. 16).

⁴⁹ Područje segregacije nije vezano samo za pojam rase, već je u prošlosti zabilježeno i na području spola te religije. No, dok su posljednje dvije osnove (nasreću) već iznimne u europskom kulturnom krugu, presude navedene u bilj. 44. ipak pokazuju otpornost prakse odvajanja osoba temeljem rasnih obilježja.

⁵⁰ Odluka irskog Suda za radne sporove (*Labour Court*) detaljno definira dvostupanjsku proceduru koju poslodavac mora slijediti kako bi ocijenio mogućnost zapošljavanja osobe s invaliditetom. Prvi stupanj uključuje utvrđivanje potpune činjenične situacije glede radnikove sposobnosti, zajedno sa stupnjem njegova oštećenja (u tu svrhu koristi se medicinskim dokazima dostupnim posredstvom radnikovog liječnika ili pribavljenim nezavisno). Nakon

karijeri ili osposobljavanje, *osim ako* te mjere predstavljaju *neproporcionalan teret* za poslodavca. No, teret ne će biti neproporcionalan ako je *u dovoljnoj mjeri* olakšan mjerama koje postoje unutar nacionalnih politika koje se odnose na osobe s invaliditetom. To je jedna od najvažnijih odredaba EED-a jer Konvenciju UN-a o pravima osoba s invaliditetom⁵¹ (koja tu obvezu sadržava u čl. 2.) nisu još (kako je već navedeno) ratificirale 24 od 27 članica EU.

ZSD razumnu prilagodbu zahtijeva ne samo glede pristupa radnome mjestu i odgovarajućim uvjetima rada, već i glede korištenja javno dostupnih resursa te sudjelovanja u javnome i društvenom životu (čl. 4./2.), i to prilagodbom infrastrukture i prostora, uporabom opreme i na drugi način koji nije nerazmjern teret. Sintagmu “pristup radnome mjestu” pritom valja shvatiti, ne samo kao fizičku dostupnost zgrada,⁵² nego i kao praktičnu mogućnost ostvarivanja zapošljavanja. Vidljivo je i da hrvatsko rješenje *u području rada* ne doseže opseg odredbe EED-a, no to je kompenzirano međunarodnim obvezama temeljem UN-ove Konvencije (čl. 2. u sprezi sa čl. 27.).

U svjetlu odluke ECJ-a u slučaju *Coleman* čini se bi obveza razumne prilagodbe ostvarila velik napredak za osobe koje trpe asocijativnu diskriminaciju. One bi od poslodavca mogle tražiti prilagodbu svojega radnog mjesta na način koji bi uzimao u obzir njihov položaj pružatelja skrbi za invalidnog člana obitelji (tzv. *primary carer*). To se može postići fleksibilnijim radnim vremenom, osiguranjem rada u podružnici bližoj kući, poštedom od noćnoga i prekovremenog rada itd. No, to sugerira i postojanje *dodatnih* obveznih mjera koje poslodavci moraju poduzeti, osim prilagodbe “infrastrukture i prostora...opreme”.

Druga je problematika jasno određivanje što je to “nesrazmjern teret”. EED procjenu vezuje za olakšavajući učinak nacionalnih mjera.⁵³ Može se reći da

toga procjenjuju se postupci i sredstva nužna za kompenzaciju radnikovih smanjenih sposobnosti. U oba je stupnja nužno omogućiti radniku da podnosi sve relevantne medicinske dokaze i podneske te na drugi način sudjeluje u svim radnjama istrage (*A Health and Fitness Club v. A Worker*, (EED037) – Irska, Country Report (bilj. 40.), str. 24.

⁵¹ V. bilj.25.

⁵² Te zahtjeve normiraju već Zakon o prostornom uređenju i gradnji (Narodne novine, br. 76./2007.) te popratni Pravilnik o osiguranju pristupačnosti građevina osobama s invaliditetom i smanjene pokretljivosti (Narodne novine, br. 151./2005. te izmjene i dopune u Narodnim novinama 61./2007.) glede građevina javne i poslovne namjene te stambene i stambeno-poslovne namjene.

⁵³ 14. odjeljak Preambule EED-a navodi da na tom području treba voditi računa o financijskim i ostalim troškovima koje prilagodbe iziskuje, o veličini i financijskoj moći poslodavca, kao i o mogućnosti ostvarivanja javnog financiranja ili druge pomoći.

hrvatsko zakonodavstvo odgovara na te zahtjeve spomenutim ZPRZOI-jem. Njegov čl. 29. daje poslodavcima pravo na porezne olakšice, novčani poticaji te poticaje predviđene posebnim ugovorom sklopljenim s nositeljem osiguranja zapošljavanja.⁵⁴ Ti poticaji mogu biti u obliku jednokratnih davanja, ali i sredstava za prilagodbu radnog mjesta i uvjeta rada, kreditnih sredstava po povoljnijim uvjetima za kupnju strojeva, opreme, alata i pribora potrebnoga za radnika s invaliditetom te sredstava naknade razlike zbog (ako uopće postoji) smanjenog radnog učinka ili za sufinanciranje dijela plaće osobnog asistenta osobe s invaliditetom. Očito je da će provedba tih odredbi svake godine ovisiti o prioritetima državnog proračuna.

(d) Još jedno važno poboljšanje predložka RED-a i EED-a jest i izričita zabrana višestruke diskriminacije u ZSD-u (čl. 6./1., gdje je kvalificirana kao jedan od **težih oblika diskriminacije**⁵⁵), tj. diskriminacije počinjene prema istoj osobi s *više* osnova. Najveći proboj tog koncepta u međunarodno pravo dogodio se 2001. usvajanjem Deklaracije br. 2. uz UN-ovu Durbansku deklaraciju.⁵⁶ Finski stručnjak Timo Makkonen⁵⁷ kategorizira obilje terminologije koje se na tom području pojavilo. Pod skupnim nazivom “intersekcionalna diskriminacija” okuplja pojmove “višestruke”⁵⁸ (*multiple*), “složene” (*compound*) te “intersekcionalne

⁵⁴ To su Fond za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom, Hrvatski zavod za zapošljavanje, Hrvatski zavod za mirovinsko osiguranje, nadležne službe socijalne skrbi, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili ostali entiteti.

⁵⁵ Među njima su i ponovljena (počinjena više puta, uz vremenski odmak) i produljena diskriminacija (tijekom duljeg vremena) te diskriminacija koja posljedicama posebno teško pogađa žrtvu.

⁵⁶ Donesena u sklopu UN-ove Svjetske konferencije protiv rasizma, rasne diskriminacije, ksenofobije te vezane netrpeljivosti u Durbanu u Južnoafričkoj Republici.

⁵⁷ Njegov istraživački projekt koji je financiralo Ministarstvo vanjskih poslova Finske pod nazivom *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institut za ljudska prava, Sveučilište u Åbou (travanj 2002.), dostupan je na <http://web.abo.fi/instut/imr/norfa/timo.pdf>. Makkonen je također jedan od tzv. *country experts*, koji za ENLE sastavlja izvještaje o stanju finskog zakonodavstva.

⁵⁸ Prema Makkonenovoj klasifikaciji, situacija da osoba u jednoj situaciji trpi diskriminaciju temeljem jedne svoje osobine, a u drugoj, *nepovezanoj*, temeljem druge svoje osobine. Taj je oblik teorijski vrlo važan te nije normiran ZSD-om kao zakonom koji se temelji na zabrani izoliranih i kažnjivih instanci nejednakog postupanja (osim u situaciji da ista osoba diskriminira drugu prema različitim osnovama u različitim vremenima, što se zasigurno rijetko događa). Neki autori taj oblik nazivaju i aditivnom diskriminacijom. Sarah Hannett, *Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No. 1 (2003), str. 65. – 86.

diskriminacije *stricto sensu*". Dok Makkonenov pojam "složene" diskriminacije sadržajem odgovara "višestrukoj" diskriminaciji u ZSD-u,⁵⁹ intersekcionalna diskriminacija *stricto sensu* nema usporedivu odredbu. Ona se, naime, odnosi na situaciju u kojoj se dvije osnove diskriminacije nađu kod iste osobe u takvoj interakciji da je stavljaju u specifičan položaj. Primjerice, žene invalidi trpe ne samo nejednak tretman o odnosu prema muškarcima i neinvalidima, već su i u nepovoljnijem položaju u odnosu prema muškarcima invalidima.⁶⁰ Ne može se previše naglasiti važnost borbe protiv tih, ne toliko uočenih oblika diskriminacije, posebice s obzirom na narav, primjerice, *strukturalne diskriminacije*. Ona ne može biti uklonjena fokusiranjem na pojedinačna ponašanja (kao što čini ZSD), već sastavljanjem integriranih, intersekcionalnih analiza kao podloge za formulaciju državnih antidiskriminacijskih politika.

Među zemljama EU višestruku diskriminaciju regulirale su Njemačka, Austrija, Španjolska te Rumunjska. Rješenje ZSD-a usporedivo je s rumunjskim,⁶¹ koji takvu diskriminaciju smatra "otežavajućom okolnosti", te austrijskim,⁶² koji je spominje pri određivanju iznosa naknade štete. Tako se i prema ZSD-u postojanje toga težeg oblika diskriminacije reflektira u povišenom iznosu naknade neimovinske štete (prema propisima koji uređuju obvezne odnose – čl. 11. ZSD-a) te prekršajne kazne za (spolno) uznemiravanje (čl. 6./2. ZSD-a). Moglo bi se odustati od propisivanja višestrukog uznemiravanja kao samo kvalificiranih oblika prekršaja te za takve slučajeve propisati obveznu primjenu najviše

⁵⁹ "Uzeti će se da se složena diskriminacija odnosi na situaciju u kojoj se nekoliko osnova diskriminacije dodaju jedna drugoj u *pojedinoj situaciji*: diskriminacija na jednoj osnovi dodaje se diskriminaciji na drugoj, kako bi stvorila *dodani teret*." V. Makkonen (bilj. 57.), str. 13.

⁶⁰ Izričitu referencu na taj teški problem sadržava, primjerice, Konvencija UN-a o pravima osoba s invaliditetom (čl. 6.). Sam termin intersekcionalne diskriminacije izvorište ima u '80-im godinama 20. stoljeća, posebice u radu Kimberlee Crenshaw, koja je prva identificirala specifičnu interakciju rase i spola u crnkinja u SAD-u (Makkonen (bilj. 57.), str. 13.). 3. odjeljak Preambule EED-a te 14. odjeljak Preambule RED-a ističu žene kao česte žrtve višestruke diskriminacije.

⁶¹ Rumunjski Zakon o jednakom postupanju iz 2006. V. *Tackling multiple discrimination: Practices, policies and laws*, izvještaj Europske komisije od studenoga 2007., ISBN 978-92-79-06953-6, dostupan na http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/stud/multidis_en.pdf.

⁶² Zakon o jednakosti osoba s invaliditetom (*Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen*), *Federal Law Gazette I No.82/2005 – Austrija, Country Report za ENLE* (Dieter Schindlauer), str. 11. – 12.

predviđene prekršajne kazne (a time više i ako uznemiravanje poprima oblik produljene,⁶³ ponovljene, tj. diskriminacije koja posebno teško posljedicama pogađa žrtvu). Budući da se ostali oblici diskriminacije zahvaćeni ZSD-om reguliraju kaznenim zakonodavstvom, višestruku i ponovljenu diskriminaciju treba promatrati isključivo u skladu s pravilima o stjecaju kaznenih djela (homogeni idealni, tj. realni stjecaj), a u slučaju posebno teških posljedica za žrtvu, treba usvojiti rješenje identično onomu u produljenim kaznenim djelima.

2.3. Osobni i materijalni doseg zaštite

2.3.1. Osobni doseg. Taj termin označuje krug osoba za koje vrijedi obveza ponašanja u skladu sa standardima izloženima u zakonodavstvu te krug njome zaštićenih osoba. Direktive obvezuju *sve osobe javnoga i privatnog sektora*, uključujući javna tijela (čl. 3./1. RED-a i EED-a), dakle, sve privatne i javne, fizičke i pravne osobe, naravno ne u isključivo privatnim transakcijama.⁶⁴ ZSD se također primjenjuje na cijeli javni i privatni sektor, uključujući državna tijela, jedinice lokalne i regionalne samouprave te pravne osobe s javnim ovlastima (čl. 8.).

Glede kruga zaštićenih osoba, slika je kompleksnija. Dok problem nije važan za primjenu EED-a, u RED-u se postavlja pitanje jesu li njome zaštićene i *pravne osobe*. Naime, i pravne osobe mogu trpjeti asocijativnu diskriminaciju pri dobivanju ugovora, oporezivanju te na ostale načine zbog osobina svojih zaposlenika.⁶⁵ RED potiče da se zaštite i pravne osobe, gdje god je to priklad-

⁶³ Taj bi oblik diskriminacije posebice zahtijevao najtežu moguću materijalnu posljedicu za prekršitelja jer se njome očituje perzistentna volja i namjera na zabranjeno postupanje. To, primjerice, prepoznaje Kazneni zakon u članku 61., u kojemu nudi upravo takvo rješenje za produljeno kazneno djelo. Novi Prekršajni zakon Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 107./2007.), koji prvi put u hrvatski pravni poredak uvodi pojam *produljenog prekršaja* (čl. 39., gdje regulira i određivanje kazne pri stjecaju prekršaja), izuzima primjenu odredbi o stjecaju na takve produljene prekršaje, no ne daje i alternativne odredbe o tome kako će se za taj oblik određivati prekršajna kazna.

⁶⁴ Naravno da se ne primjenjuju ako, primjerice, svoju nekretninu ne prodamo susjedima Afroamerikancima, nego bijelcima. Tako i prijedlog nove direktive u 15. odjeljku Preambule – v. *infra*, bilj. 74.

⁶⁵ Primjerice, Case C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* trenutno pred ECJ-em: iako je riječ o poslodavcu koji odbija zaposliti osobe marokanskog podrijetla, zanimljiva je njegova obrana u kojoj je tvrdio da nije uspijevao ugovarati poslove dok god je zapošljavao takve radnike.

no i u skladu s nacionalnim tradicijama te praksom (16. odjeljak Preambule). ECJ je također već ocijenio zabrane diskriminacije na temelju spola i dobi temeljnim načelima prava EU,⁶⁶ te nema razloga da se ista logika ne primijeni na ostale osnove iz direktiva.⁶⁷ Među zemljama EU uglavnom je prihvaćena zaštita pravnih osoba, osim u Litvi⁶⁸ i Švedskoj⁶⁹ (kategorično isključenje) te u Austriji, Irskoj i Estoniji (u Austriji i Irskoj isključenje proizlazi iz izričaja zakona, dok u Estoniji ono ima podlogu u pravnoj tradiciji; u Grčkoj i Latviji se pak gramatičkom interpretacijom ta zaštita implicira). U Sloveniji se ta zaštita iščitava iz odluke Ustavnog suda koja daje pravnim osobama pravo na uživanje onih sloboda i prava za koja je to moguće.⁷⁰ Tu je i jamstvo jednakog pristupa i djelovanja u organizacijama poslodavaca (čl. 3./1.(d) EED-a), koje organizacije su u zapadnoeuropskim zemljama pretežito sastavljene od pravnih osoba trgovačkog prava (u nas barem u dijelu u kojemu nije riječ o javnim službenicima i namještenicima).

2.3.2. *Materijalni doseg.* I RED i EED primjenjuju se na području zapošljavanja i rada,⁷¹ gdje je već postojala velika zaštita od diskriminacije na temelju spola te nacionalnosti. RED je donio inovaciju glede područja primjene: djeluje i na

⁶⁶ Za osnovu spola, v. Christopher Docksey, *The Principle of Equality Between Women and Men as a Fundamental Right Under Community Law*, 20 *Industrial Law Journal* 258, 260 (1991) te za dob (s nekim rezervama), *Case C-144/04 Werner Mangold v. Rüdiger Helm*. Temeljna načela prava ekstenzivno se tumače i prožimaju pravni poredak, posebice europsko pravo prihvaća tumačenje u svjetlu cilja i namjere direktiva (tzv. harmonična interpretacija).

⁶⁷ Marlene Schmidt, *The Mangold Case before the European Court of Justice*, 7 *German Law Journal* No.5 (1 May 2006), na www.germanlawjournal.com/article.php?id=728.

⁶⁸ Godine 2007. u parlamentarnu su proceduru ušli amandmani antidiskriminacijskoga litvanskog zakona kojim bi zaštita obuhvatila i pravne osobe. No, u rujnu je njihovo usvajanje odbijeno, ponajviše zbog regulacije spolne orijentacije koja bi im također bila uvedena – www.stopvaw.org/Lithuania2.html.

⁶⁹ Novi antidiskriminacijski zakon iz 2008. ispravlja taj nedostatak. V. bilj. 36.

⁷⁰ Slovenija, Country Report za ENLE (bilj. 29.), str. 23.

⁷¹ To je široko područje (usp. s odredbama hrvatskog Zakona o radu, čl. 2./4.) koje obuhvaća: (a) pristup zapošljavanju, samostalnim zanimanjima i zvanjima, uključujući kriterije te uvjete odabira, bez obzira na granu djelatnosti i razinu profesionalne hijerarhije, uključujući napredovanje; (b) pristup svim oblicima stručnog usmjeravanja, osposobljavanja, dokvalifikacije te prekvalifikacije, uključujući i praktičan rad (praksu); (c) uvjete zapošljavanja i rada; (d) članstvo i djelovanje u udruženju radnika ili poslodavaca ili u drugom udruženju čiji članovi obavljaju određenu profesiju, uključujući i povlastice koje ta udruženja pružaju (čl. 3./1. RED-a).

širokom području socijalne zaštite (uključujući socijalno osiguranje i zdravstvenu skrb), socijalnih pogodnosti,⁷² obrazovanja te pristupa i opskrbe dobrima i uslugama koje su dostupne javnosti,⁷³ uključujući i stanovanje. To je posljedično učinilo zaštitu temeljem EED-a neusklađenom te nedostatnom upravo glede tih područja. Stoga je Komisija 2. srpnja 2008. podnijela prijedlog nove direktive,⁷⁴ kojom bi se zaštita temeljem EED-a upotpunila te koordinirala s onom prema RED-u. Time je također učinjen korak prema olakšavanju tretiranja slučajeva višestruke diskriminacije.⁷⁵

ZSD obuhvaća sva područja spomenuta Direktivama,⁷⁶ no sadržava i važne dodatke. Naime, osim obrazovanja, normira i znanost, šport te sudjelovanje u kulturnome i umjetničkom stvaralaštvu. Ističe područja pravosuđa i uprave,⁷⁷

⁷² Bez čvrste definicije tog pojma u pripremnim dokumentima države članice u njega su uključile različite popuste i povlastice koje se pružaju, primjerice umirovljenicima i daci-ma (besplatan javni prijevoz, besplatne školske knjige, snižena cijena ulaznice za pred-stave itd.).

⁷³ Prema Priopćenju (*Communication*) Komisije upućene 2006. Europskom parlamentu i Vijeću o provođenju RED-a (COM(2006) 643 final), “kada se oglašavaju robe, usluge ili poslovi, čak i ako je to samo putem obavijesti istaknute na prozoru, na primjer, one su tada dostupne javnosti i posljedično padaju unutar dosega Direktive” (str. 3.).

⁷⁴ *Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, COM(2008) 426 final (2008/0140 (CNS))*. Prijedlog je formiran kao dio *Renewed Social Agenda: Opportunities, access and solidarity in 21st century Europe (COM(2008) 412)* te prati Priopćenje *Non-discrimination and Equal opportunities: A Renewed Commitment (COM(2008) 420)*.

⁷⁵ To u konačnici djeluje poticajno i na formiranje jedinstvenih jednakosnih tijela u zem-ljama EU, umjesto fragmentiranih struktura nadležnih za pojedina područja. V. tako najnoviji primjer Švedske (bilj. 36.).

⁷⁶ Zapošljavanje i rad, obrazovanje, socijalna sigurnost (uključujući socijalnu skrb, mirovin-sko i zdravstveno osiguranje te osiguranje za slučaj nezaposlenosti), zdravstvena zaštita, pristup dobrima i uslugama i pružanje istih (uz stanovanje), te članstvo i djelovanje u sindikatima.

⁷⁷ Naravno, isključene su odluke upravnih te sudskih tijela. Razlog je tomu ne samo previše važno načelo sudske neovisnosti, nego i procesne ekonomije – sve se pojedinačne odluke upravnih tijela te pravnih osoba s javnim ovlastima u RH moraju zasnivati na zako-nu te je predviđen mehanizam njihove nezavisne revizije, upravnim putem (žalbom) te upravnom tužbom. Također je zajamčeno pravo žalbe i na prvostupanjske odluke sudova (čl. 18. i 19. Ustava RH). Novim nadležnostima povjerenim pučkom pravobran-itelju djelomice je udovoljeno njegovim inicijativama da mu se Zakonom o pučkom pravobranitelju (Narodne novine, br. 60./1992., u daljnjem tekstu: ZPPr) daju ovlasti nadzora nad radom sudova i sudaca (inicijativa pučkog pravobranitelja od 1. 9. 2005. za

javnog informiranja i medija, a osim članstva i djelovanja u sindikatima, prepoznaje i angažman u organizacijama civilnog društva, političkim strankama te bilo kojoj drugoj organizaciji⁷⁸ (čl. 8. toč. 1. – 10.). Na području pravosuđa i uprave tim će mehanizmima biti osobito zahvaćeno djelovanje zatvorskog sustava, različita pitanja upravljanja postupkom (posebice zloraba procesnih ovlasti) te ostala administrativna i upravna pitanja u pravosuđu, kao i graničnoj kontroli, postupanju prema imigrantima, djelovanju poreznih tijela te policije. Latvijsko zakonodavstvo pak prati i najnoviji razvoj upravnog prava u Europi time što svojem EB-u dodjeljuje i dužnost nadzora nad poštovanjem načela dobre uprave.⁷⁹

2.4. Iznimke od zabrane diskriminacije

Čl. 9. ZSD-a vjerno preslikava zahtjeve RED-a i EED-a te prakse ECJ-a glede iznimaka od načela nediskriminacije. Među 10 (koje sve valja restriktivno tumačiti) neke valja pobliže razmotriti.

(a) Zakonom dopušteno postupanje radi očuvanja zdravlja i prevencije kaznenih i prekršajnih djela. Primjer iz hrvatskog zakonodavstva jest čl. 84. KZ-a

donošenje izmjena i dopuna ZPPr-a). Iako bi ZPPr hitno trebao proći modernizaciju te usklađivanje s naknadnim zakonodavstvom, ekstenzivan nadzor institucije pravobranitelja nad radom sudova morao bi biti ocijenjen neustavnim. Krug tijela nad kojima on, prema Ustavu RH, provodi nadzor predstavlja *numerus clausus* te nije u skladu s ustrojem vlasti u RH te na takav način remetiti ravnotežu pravnog sustava (v. zaključke sjednice Upravnog odbora Udruge hrvatskih sudaca od 23. rujna 2005. u Zagrebu, na www.uhs.hr/data_sve/sjednice/sjednica_uo_23_09_2005.html).

⁷⁸ Iznimka je predviđena u čl. 9. st. 2. toč. 5. ZSD-a, gdje je dopušteno stavljanje u nepovoljniji položaj pri zasnivanju radnog odnosa, primanju u članstvo ili djelovanju u sklopu crkve ili vjerske zajednice upisanih u evidenciju, tj. ostalih javnih ili privatnih organizacija ako tako zahtijevaju njihove vjerske doktrine, tj. uvjerenja i ciljevi. Naravno, odredba vrijedi samo dok se ta uvjerenja, ciljevi i doktrine kreću unutar okvira dopuštenih zakona te Ustavom RH.

⁷⁹ Latvija, *Country Report za ENLE* (Gita Feldhune), str. 49. To je novo i još nedovoljno definirano načelo europskoga upravnog prava koje se stvara unutar europskoga upravnog prostora. Najvažniji su izvori u EU za sada *Code of good administrative behaviour* (koji je na prijedlog Europskog ombudsmana usvojen 6. 9. 2001. u Europskom parlamentu), Povelja ljudskih prava iz Nice (čl. 41.), te čl. III. – 398. Ugovora o ustavu za Europu. Također je unutar Vijeća Europe u tom smislu 2007. donesena Preporuka 20. 6. 2007.

koji normira pravne posljedice osude, uključujući prestanak radnog odnosa i zabranu preuzimanja određenih poslova u državnim tijelima. U Republici Irskoj Vrhovni sud u slučaju *Re Article 26, Employment Equality Bill 1996* ([1997] 2 IR 321 at 376) odobrio je pak diskriminaciju na području zapošljavanja i rada onih osoba koje su osuđene (no, osude i ne mora biti!) za pedofiliju,⁸⁰ s obzirom na “ovisnički karakter određenih seksualnih prekršaja koji uključuju maloljetnike”.

(b) *Pozitivna akcija* podrazumijeva usvajanje mjera čiji je cilj sprječavanje ili kompenzacija nejednakosti vezanih za neku od osnova diskriminacije (čl. 5. RED-a te čl. 7. EED-a).⁸¹ ZSD u čl. 9. st. 2. toč. 2. Dopušta postupanje usmjereno na “poboljšanje položaja” (iako treba uključivati ne samo korektivnu, već i preventivnu akciju) manjina ili ostalih skupina osoba. U tom se smislu često reducira na pojam “pozitivne diskriminacije” koja se koristi načelno sumnjivim sredstvima *fiksiranja kvota* te interferira s načelima nediskriminacije.⁸² Dok jednako postupanje odražava srž nediskriminacije (jednak tretman, jednaka procedura), tj. **formalnu jednakost**, pozitivna akcija podrazumijeva **supstancijalnu jednakost**, zasnovanu na jednakosti rezultata (nema potrebu za hipotetskim usporedbama). Tako su te dvije koncepcije orijentirane na **pojedinačnu**, tj. **grupnu jednakost**. (Pozitivna je akcija nužno vezana uz sustavne pojave, potkrijepljene statističkim pokazateljima. Nije važno pati li konkretni korisnik afirmativnih mjera sam od diskriminacije.) Balansiranjem tih dvaju načela ostvaruje se rezultanta **jednakosti prilika**. Tada se mjere pozitivne akcije moraju prestati primjenjivati jer su samo privremeni instrumenti.⁸³

⁸⁰ Ne samo da ne mora postojati osuda, već je dostatno da je poslodavac uvjeren da ima pouzdanu informaciju, i to čak ne da se (potencijalni) zaposlenik odaje takvom ponašanju, već i da samo ima (neostvarenu) takvu sklonost. To je primjer kako zakonodavni instrumenti u dobroj namjeri mogu loše upotrijebiti mandat postupanja povjeren od strane EU.

⁸¹ Pozitivna akcija jest “proces uvođenja jednog dinamičnog, pristupa orijentiranog na rezultat, koji internalizira grupne dimenzije u jedan jednako statičan i individualan model formalne jednakosti” – *Beyond formal equality – Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, izvještaj Europske komisije iz lipnja 2007., dostupan na http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legnet/bfe07_en.pdf, str. 13.

⁸² COM2006/643 od 30. 10. 2006. o primjeni Direktive 2000/43/EC, toč. 3.6. (*Positive action*).

⁸³ Primjerice, odluka belgijskog Ustavnog suda BR. 157./2004., donesena 6. 10. 2004. – na www.arbitrage.be/public77f7200472004-157f.pdf. Hrvatski Ustavni sud u odluci br. U-I-764/2004., toč. 12. smatra da bi “morali postojati vrlo jaki ustavnopravno

Sve su članice prihvatile mogućnost pozitivne akcije, a Grčka i Španjolska čak su je ustavom nametnule kao *obvezu* državnih institucija. Iznimka je Slovačka, u kojoj je pozitivna akcija načelno dopuštena, no ne i glede rasnih i etničkih manjina.⁸⁴ Nizozemska je dopušta na osnovi dokaza o strukturalnoj diskriminaciji na temelju rase, invaliditeta te spola, a Finska samo u vezi sa svojim Sami narodom. Dopuštene metode imaju širok raspon, od posebnih stipendija za romsku djecu u Mađarskoj, do zakonom nametnute dužnosti državnim tijelima da aktivno promiču jednakost u Velikoj Britaniji te Finskoj. Komisija spominje, primjerice, omogućivanje stručne obuke osobama koje joj inače ne bi imale pristup, posebne stipendije, oglašavanje radnih mjesta ciljano na odabrane skupine.⁸⁵

3. INSTITUCIONALNI OKVIR PROVOĐENJA ANTIDISKRIMINACIJSKE POLITIKE

3.1. Europsko i međunarodno pravo

RED predviđa osnivanje posebnih tijela u zemljama članicama, koja bi bila zadužena za promicanje jednakosti i kojima bi bile povjerene zadaće **pružanja nezavisne pomoći** žrtvama diskriminacije glede postavljanja zahtjeva za pravnom zaštitom te njezina ostvarivanja. Tu su i zadaće **provođenja nezavisnih istraživanja te objavljivanja nezavisnih izvještaja i izdavanja preporuka**

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 u tom području Ustavni sud u pravilu poštuje izbor zakonodavne politike". Također smatra da "propisivanje navedene pozitivne mjere pri zapošljavanju pripadnika nacionalnih manjina ulazi u područje slobodne prosudbe zakonodavca i ima se smatrati opravdanom i dopuštenom sve dok traju razlozi zbog kojih je uvedena, o čemu u prvom redu odlučuje zakonodavac, odnosno sve dok se njome ne vrijeđa načelo razmjernosti, propisano člankom 16. Ustava, što je u prvom redu predmet ustavnosudske kontrole" (U-I-402/2003., toč. 9).

⁸⁴ Prema odluci slovačkog Ustavnog suda, u vezi s tim manjinama nedostaje izričita ustavna podloga. Pozitivna je akcija, naime, ustavom izričito dopuštena samo glede žena, trudnica, maloljetnika te osoba s invaliditetom – *Beyond formal equality* (bilj. 81.), str. 41. Odluka je dostupna na www.concourt.sk/S/s_index.htm.

⁸⁵ COM 2006/643 (bilj. 82.), str. 13.

u vezi s diskriminacijom (čl. 13./2. RED-a).⁸⁶ Koliko su te odredbe izazvale proturječne reakcije među samim zakonodavcima EU, dokazuje činjenica da usporediva obveza nije unesena u EED. No, prijedlog direktive koja bi EED trebala dopuniti sada, osam godina nakon njegova donošenja,⁸⁷ zahtijeva osnivanje usporedivog tijela.

Zemlje EU uglavnom su za taj zadatak osnivale nova tijela ili proširivale nadležnost postojećih. EB poprima različite oblike, no prevladavaju komisije (Velika Britanija, Nizozemska, Portugal, Austrija, Bugarska), različiti centri (Belgija, Slovačka), vlasti (*Authority*: Francuska, Njemačka, Mađarska, Irska) te ombudsmeni (Cipar, Grčka, Mađarska, Estonija, Latvija, Litva, Švedska, Finska). Iako je rok za početak rada tih tijela istekao još 19. srpnja 2003. (tj. 1. svibnja 2004. za 10 novih članica) ona u Češkoj, Poljskoj, Luksemburgu, Portugalu i Španjolskoj ili uopće ne postoje ili još nisu počela s radom. U Njemačkoj i na Malti tijela su počela djelovati tek 2007., tako da o njima ima vrlo malo ili nimalo podataka. Među državama u kojima funkcionira EB samo finsko i talijansko tijelo imaju mandat ograničen na područje rase i etničke pripadnosti, a ostale države pokrivaju i ostala područja. Belgija, Cipar, Švedska, Irska, Nizozemska i Bugarska su, pak, zemlje čija EB djeluju na svim područjima pokrivenim europskim antidiskriminacijskim pravom ili čak i širim međunarodnim dokumentima.

Čl. 13. RED-a ne specificira *kako* bi točno EB trebao funkcionirati. U tom se smislu valja zato osloniti na izvore međunarodnog prava koji su i inspirirali njihovo uključivanje u pravo EU: Opće preporuke br. 2. i 7. Vijeća Europe⁸⁸ te tzv. Pariška načela UN-ove Komisije za ljudska prava⁸⁹. Zahtjevi spomenutih dokumenata mogu se svesti na tri veća područja: nezavisnost tijela (pravna osnova postojanja te organizacijska i funkcionalna nezavisnost), raspoloživi

⁸⁶ 14. odjeljak Preambule ciljem EB-a ne postavlja samo pružanje pomoći žrtvama u pribavljanju pravne zaštite, već i samostalno aktivno analiziranje problema te proučavanje mogućih odgovora.

⁸⁷ No, ta direktiva ne rješava pitanje EB-a nadležnoga za područja već obuhvaćena EED-om. Logično je da će EU poticati proširenje mandata EB-a i na ta, zaobidena područja.

⁸⁸ ECRI je 13. lipnja 1997. usvojio Opću preporuku br. 2. o specijaliziranim tijelima za borbu protiv rasizma, ksenofobije, antisemitizma te nesnošljivosti na nacionalnoj razini (CRI (97) 36), a 13. prosinca 2002. i Preporuku br. 7. (v. bilj.19.).

⁸⁹ Komisija je ta načela izložila u svojoj Rezoluciji 1992./54., a Opća skupština UN-a usvojila ih je u prosincu 1993. Rezolucijom A/RES/48/143. Odnose se na odbore za ljudska prava i njihov poželjni status, ovlasti i načine djelovanja.

resursi (koji se također u širem smislu mogu smatrati jamstvima nezavisnosti) te njihove ovlasti.

3.2. Hrvatski EB

Zadaće središnjeg tijela za suzbijanje diskriminacije prema ZSD-u (čl.12.) preuzeo je Ured pučkog pravobranitelja⁹⁰. Dok čl. 12./1. enumerira detaljno nove ovlasti (toč. 1. – 9.), čl. 13. povjerava obavljanje pojedinih poslova i *specijaliziranim pravobraniteljima*, “kada je to utvrđeno posebnim zakonom”.⁹¹ No, iako ZSD stupa na snagu već 1. siječnja 2009., trenutačno samo pravobraniteljica za ravnopravnost spolova može i preuzeti te zadaće. Činjenica da je novi ZRS '08. proglašen istoga dana kada i ZSD navodi na zaključak da će slijediti i ostali zakoni o specijaliziranim pravobraniteljima.

Ako se ostane pri odvojenim tijelima za pojedine osnove diskriminacije, navedenu neusklađenost bit će nužno ispraviti. No, još bi preporučljivije bilo da se *de lege ferenda* razmotri ujedinjenje pravobraniteljskih ureda, ne samo radi veće učinkovitosti i sinergije vezanih odjela i više stručnoga kadra, već i radi smislene borbe protiv višestruke diskriminacije. Naime, kad bi rješenje višestruke diskriminacije bilo preuzimanje slučaja specijaliziranog pravobranitelja, trebalo bi usvojiti komplicirane smjernice raspodjele nadležnosti i suradnje, ovisno o uključenim osnovama diskriminacije. Ako se pak odluči da bi takvi slučajevi automatski potpadali pod nadležnost pučkog pravobranitelja, i dalje će biti potrebna uska suradnja s drugom stručnom službom koja posjeduje posebna znanja, što ponovno dovodi u sumnju potrebu postojanja odvojenih tijela. O tome da bi se takve strukture građanima činile zbnjujućim i kompliciranima ne treba ni govoriti.

⁹⁰ I među ostalim zemljama EU (Cipar, Grčka, Mađarska, Estonija, Latvija, Litva, Švedska, Finska) primjetan je proces transformacije postojećeg ombudsmana novim ovlastima temeljem antidiskriminacijskog zakonodavstva.

⁹¹ A to su: ZRS '08. (pravobranitelj za ravnopravnost spolova nadzire i diskriminaciju na osnovi bračnoga i obiteljskog statusa te spolne orijentacije – v. bilj. 9.), Zakon o pravobranitelju za djecu (Narodne novine, br. 96./2003.) te Zakon o pravobranitelju za osobe s invaliditetom (Narodne novine, br. 107./2007.).

3.2.1. Nezavisnost

(a) Glede samog *statusa* EB-a, očita je prednost tijela koja su osnovana ustavom ili barem zakonom te su stoga razmjerno zaštićena od ukidanja ovisnoga o političkim mijenama.⁹² Institucija pučkog pravobranitelja RH zasnovana je na čl. 92. Ustava, a njegove antidiskriminacijske nadležnosti (kao i postojanje i ovlasti specijaliziranih pravobranitelja) zajamčene su (organskim) zakonima. U ustavu su zasnovani i grčki ombudsman te EB Portugala i Mađarske. Drugi grčki EB (radni inspektorat) te litvansko tijelo nemaju *ni zakonsku ni ustavnu osnovu*.⁹³ Status EB-a razmjerno je slab i u Sloveniji, gdje je zagovornica načela jednakog postupanja (*Zagovornica načela enakega obravnavanja*) obični državni službenik. Drugo slovensko tijelo, Vladino vijeće za implementaciju načela jednakog postupanja, osnovano je vladinim dekretom na rok od pet godina, bez preprjeka da se on prije isteka roka povuče.⁹⁴

(b) Drugo jamstvo nezavisnosti jest *sastav EB-a*. Važno je (i ne samo zbog percepcije javnosti) sastoji li se ono od osoblja u statusu državnog službenika ili namještenika ili je njihov mandat temeljen na posebnoj osnovi. Uvijek postoji, naime, bojazan od mogućeg pritiska na osoblje koje ugovore o radu sklapa sa subjektom čije djelovanje treba nadzirati. Stoga je osobito pogodno za zemlje koje imaju ombudsmansku tradiciju iskoristiti njihov samostalan položaj. U RH su tako oni saborski povjerenici, imenovani na rok od 8 godina (2 saziva Sabora), uz pravo reizbora. Kao i njihovi zamjenici, imaju status državnih *dužnosnika*,⁹⁵ a zaposleni u stručnim pravobraniteljskim službama su državni službenici⁹⁶ koje imenuje sam ombudsman na temelju javnog natječaja. Pro-

⁹² Tako 1. načelo (A) poglavlja ECRI Preporuke br. 2. te br. 2. među Pariškim načelima (poglavlje *Competence and Responsibilities*).

⁹³ *Catalysts for change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC*, tematska publikacija Europske komisije iz travnja 2006., dostupna na http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legnet/06catalyst_en.pdf, str. 36., fn. 49.

⁹⁴ Dodatni problem slovenskog Vijeća jest i to što u njegovu sastavu sudjeluju predstavnici nevladinih organizacija, za koje također nema jamstava stabilnosti položaja jer ih njihove organizacije mogu u svakom trenutku povući iz Vijeća. *Ibid.*, str. 36.

⁹⁵ Zakon o obvezama i pravima državnih dužnosnika (Narodne novine, br. 101./1998., 135./1998., 105./1999., 25./2000., 73./2000., 30./2001., 59./2001., 114./2001., 153./2002., 16./2004., 30./2004., 121./2005., 151./2005.).

⁹⁶ Zakon o državnim službenicima (Narodne novine, br. 92./2005., 142./2006., 77./2007., 107./2007., 27./2008.).

blematično je ako je i sam čelnik EB-a državni službenik, kao u slovenskom primjeru te u zemljama s egzekutivnim ombudsmanima⁹⁷ (Austrija, Finska i Švedska⁹⁸). Pri takvim tijelima uvijek postoji određena doza sumnje u istinsko autonomno djelovanje isključivo radi zaštite interesa građana.

(c) Pitanje je i je li potrebno čelnicima EB-a dodijeliti određeni oblik imuniteta. Ono se osobito pojavljuje u zemljama koje su kao EB imenovala svoje ombudsmane, dakle, gdje to pitanje postoji i već prije njihova proširenja ovlasti. Hrvatski pravobranitelji ne uživaju imunitet kakav imaju, primjerice, suci ili saborski zastupnici, tj. nemaju usporedivu pravnu zaštitu od mogućnosti pokretanja kaznenog postupka i uhićenja. Takvo rješenje odgovara i rješenjima najviše zakonodavstava u ostalim zemljama koje su uredile status parlamentarnog ombudsmana.⁹⁹ No, jasno je da bi imunitet predstavljao jasno jamstvo sigurnosti i nezavisnosti ombudsmana, kao tijela koje je pozvano nadzirati široki djelokrug javnih tijela.¹⁰⁰ Ne smije se zaboraviti da još pripadamo mladim demokracijama poput Poljske, Albanije, Bosne i Hercegovine te Bugarske¹⁰¹ koje su sve, poučene iskustvima turbulentne prošlosti, svoje ombudsmane ojačale i imunitetom.

(d) I uz idealnu pravnu osnovu, EB će teško nezavisno funkcionirati ako njegovo *financiranje* ovisi o diskreciji ministarstva ili Vlade (takve aranžmane imaju navedeni egzekutivni ombudsmani). Poučan je danski primjer, gdje su do 2002. postojala dva EB-a koja je financirala vlada. Financiranje jednoga od njih potom je, nakon promjene vlasti, naglo prekinuto i tijelo je raspušteno.¹⁰²

⁹⁷ Razlika između parlamentarnih i egzekutivnih ombudsmana počiva na kriteriju tijela koje imenuje ombudsmana, čiji povjerenik on jest i kome odgovara za svoj rad – Aviani, Damir, *Parlamentarni ombudsman*, Pravni fakultet u Splitu, Split, 1999., str. 82. Pri tome egzekutivne ombudsmane imenuje Vlada kao kolektiv ili pojedini njezin član.

⁹⁸ Švedska ima parlamentarnog ombudsmana (*justitieombudsman*), no četvoricu specijaliziranih ombudsmana koji zajednički djeluju kao EB, imenuje Vlada. Novog ombudsmana za jednakost od 1. 1. 2008. imenovat će Riksdag (parlament).

⁹⁹ Aviani, Damir, *Pučki pravobranitelj Republike Hrvatske* (hrvatski parlamentarni ombudsman), Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991.), vol. 19., br. 1., 85. – 114. (1998.); str. 105.

¹⁰⁰ Tako i nekadašnji hrvatski pučki pravobranitelj Ante Klarić u Josip Šmidt, *Što je to pravi ombudsman*, TVRTKA: Pravno-gospodarska revija (1997.), 12.; str. 23. – 27.

¹⁰¹ Ombudsman Bugarske uživa imunitet jednak onome parlamentarnog zastupnika, onaj Albanije jednak sucima, a specifičnost ombudsmana BiH jest da je on strani državljanin i ima diplomatski imunitet.

¹⁰² *Catalysts for change?* (bilj. 93.), str. 37.

Suprotan je primjer Litve, čiji ombudsman ne polaže uopće račune o trošenju (parlamentarno) dodijeljenih sredstava.¹⁰³ Sredstva za rad hrvatskih pravobranitelja osiguravaju se u državnom proračunu te su, dakle, podložna samo usvajanju Sabora.¹⁰⁴ U proračunu za 2008. godinu Ured pučkog pravobranitelja raspolaže sa 6 976 000 kn¹⁰⁵ (6 242 900 kn za 2007. g.), pravobranitelj za djecu 5 573 000 kn (3 809 000 kn), za ravnopravnost spolova 2 854 000 kn, (2 612 000 kn) te za osobe s invaliditetom 2 333 000 kn.

3.2.2. Ovlasti

3.2.2.1. Pružanje nezavisne pomoći žrtvama (čl. 13. st. 2. alineja 1. RED) ZSD raščlanjuje u mogućnosti da pravobranitelj zaprima prijave (sve osobe dužne postupati prema ZSD-u moraju, uz pristanak žrtve, prijaviti povrijeđu), pruža potrebne obavijesti o pravima i obvezama te mogućnostima zaštite, ako nije započet sudski postupak, ispituje prijave te poduzima radnje iz svoje nadležnosti radi otklanjanja diskriminacije i zaštite žrtve, uz pristanak stranaka provodi postupak mirenja te podnosi kaznene prijave. Iz toga je razvidno da se funkcije EB-a u Hrvatskoj pri pomaganju žrtvama obavljaju u pretprocesnoj fazi te završavaju preuzimanjem slučaja nadležnih sudova i ostalih tijela. Ono nema ovlasti samostalnog podnošenja slučaja sudu nakon završetka svoje istrage (kao, primjerice, ombudsmani Latvije, Švedske i Finske) niti ima pravo autoritativnog odlučivanja (ombudsmani Cipra, Estonije i Litve¹⁰⁶). To je u skladu

¹⁰³ *Ibid.*, str. 39.

¹⁰⁴ Tako i ECRI Preporuka br. 2. (5. načelo (D) poglavlja), te 2. Pariško načelo.

¹⁰⁵ Od tih je sredstava 6 704 357 kn raspoređeno za potrebe plaća i doprinosa na plaće zaposlenima, a za informiranje i promidžbu predviđeno je samo 20 000 kn – Izmjene i dopune Državnog proračuna Republike Hrvatske za 2008. godinu (posebni dio), Narodne novine, br. 82./2008. Za usporedbu, proračun ciparskog ombudsmana za 2006. bio je 1 349 764,60 €. Cipar, prema posljednjem cenzusu, ima 758,363 stanovnika.

¹⁰⁶ Nakon istrage ciparski EB donosi obvezujuće odluke, u povodu čijega nepoštovanja ima ovlast nametanja malih novčanih kazni (po 85 € za svaki dan propusta). Odluke objavljuje u službenom glasilu, a rok za izvršenje iznosi 90 dana od objave odluke (Cipar, *Country Report za ENLE* (Nicos Trimikliniotis), str. 82. i 96.). Litvanski EB također nakon istrage donosi obvezujuće preporuke (Litva, *Country Report za ENLE* (Edita Ziobiene), str. 41.), a estonski EB može donositi obvezujuće odluke samo u slučaju diskriminacije među privatnim strankama, kada one pristanu na mirenje (*Catalysts for change?*(bilj. 93.), str. 75.).

s tradicionalnom ulogom ombudsmana u RH, koja se ZSD-om nije radikalno mijenjala. Dok Ustav RH u čl. 117. st. 1. povjerava obavljanje sudbene vlasti sudovima, očito je da bi povjeravanje sudskih ovlasti ombudsmanu iziskivalo njegovo strukturiranje kao tribunala, sa svim personalnim, organizacijskim i funkcionalnim zahtjevima koji iz toga slijede, što je s tom institucijom nespojivo. Nepotrebno je i bujanje administracije te paralelizam u obavljanju poslova, koje također ne favoriziraju ombudsmanovu daljnju procesnu ulogu. Spomenimo i da zakonodavstva Grčke¹⁰⁷ i Mađarske¹⁰⁸ zahtijevaju da se prije obraćanja ombudsmanu iscrpe svi pravni lijekovi u upravnom postupku, a estonski ombudsman može postupati samo kao *alternativa* sudskom procesu.¹⁰⁹

ZSD u odnosu prema ZPPr-u predstavlja *lex specialis* jer na specifičan način uređuje nadležnost i ovlasti pučkog pravobranitelja. U odnosu prema ustavnim i zakonskim odredbama širi se i krug osoba prema kojima može postupati. Dok su to, prema Ustavu (čl. 92.) tijela državne uprave, tijela koja imaju javne ovlasti, tijela lokalne i regionalne samouprave, oružane snage, službe sigurnosti te sva tijela državne vlasti kada je riječ o zaštiti prava na lokalnu i regionalnu samoupravu, ZSD popisu dodaje i sve (privatne) pravne i fizičke osobe. Ta je činjenica neke odredbe ZSD-a dovela u neobičan položaj jer zapravo smanjuju potencijal zaštitne funkcije ombudsmana.

(a) Temeljem ZPPr-a *postupanje pravobranitelja počinje* na tri načina: na temelju pritužbe građana, po službenoj dužnosti (*proprio motu*) te putem popularne tužbe (*actio popularis*). ZSD poznaje samo prvi od ovih načina, tj. omogućuje i da pritužbu podnese druga osoba osim žrtve, ali samo uz njezin pristanak (dakle, kao specifičan zastupnik). To stvara problem u dva smjera.

Prvi jest da nije jasno zašto je zakonodavac smatrao da upravo pri osjetljivom i akutnom problemu diskriminacije treba otežati podnošenje pritužbe protiv tijela države. Glede pritužbi protiv privatnih osoba situacija je jasna jer ombudsman temeljem ZPPr-a prema njima uopće nema ovlasti postupanja, a temeljem

¹⁰⁷ Čl. 4. Zakona 3094/2003 (Ombudsman i druge odredbe) dopušta ombudsmanu da prije poduzimanja pojedine istrage zatraži od žrtve da iskoristi raspoloživi upravni put žalbi (zakon je dostupan na http://www.synigoros.gr/en_law.htm). Iako ga zakon na to ovlašćuje ovisno o slučaju, sam ombudsman na svojoj web stranici ističe da stranke to trebaju činiti u svakom slučaju – http://www.synigoros.gr/en_what_is.htm.

¹⁰⁸ Mađarska, *Country Report za ENLE* (bilj. 38.), str. 63.

¹⁰⁹ Ombudsman može (a to i čini) radi procesne ekonomije odbiti postupati prema pritužbi ako žrtva može podnijeti tužbu sudu ili upotrijebiti neki drugi pravni lijek protiv povrjede – *Estonija, Country Report (Vadim Poleshchuk)*, str. 48.

ZSD-a ne može ih samostalno upozoravati, predlagati im ili ih sankcionirati. Pritom se osobna pritužba žrtve pojavljuje kao specifično očitovanje pravnog interesa te očuvanja procesne ekonomije. No, glede javnopravnih tijela koja ZPPr pokriva, ne postoji nijedna prepreka da se i dalje ne primjenjuju *actio popularis* te postupanje *ex officio*, ponajprije jer državna tijela ne zahtijevaju zaštitu od mogućeg šikaniranja onako kako traže osobe privatnog prava.¹¹⁰ Prema njima pravobranitelj može i mora postupati svim raspoloživim sredstvima ZPPr-a, a to su davanje prijedloga, preporuka, upozorenja, obavijesti te obavješćivanje samog vrha državne vlasti (Sabor) i javnosti u ako se tijela ne povinuju njegovu stajalištu. No, odredba čl.12./2. (1.) ZSD-a u sprezi s čl.10. ipak traži da pravobranitelj postupi isključivo na temelju prijave za koju je potrebna privola stranke. *De lege ferenda*, taj zahtjev treba izuzeti u slučajevima kad diskriminaciju provode javnopravna tijela.

Drugi problem pojavljuje se kada nema pojedinačne, određene ili odredive žrtve. To nisu samo pojave neizravne diskriminacije (pri kojima konkretna povrjeda još i ne mora nastati), nego, primjerice, javne objave uvredljivih oglasa.¹¹¹ U tim bi slučajevima, naime, prema ZSD-u, bila dopuštena tzv. udružna tužba, koju podižu izravno nezainteresirane udruge, tijela, ustanove ili organizacije. One, prema čl. 24. ZSD-a, moraju biti osnovane u skladu sa zakonom, moraju imati opravdani interes za zaštitu kolektivnih interesa određene skupine ili se u sklopu svoje djelatnosti baviti zaštitom prava na jednako postupanje te moraju

¹¹⁰ Nije izgledno ni da se zakonodavac pribijavao iznenadne pojave mnogo slučajeva: u sklopu cijeloga područja djelovanja pravobranitelja 2005. godine bila su 1 653 slučaja, 2006. ih je bilo 1 655, a 2007. 1 878. Od toga se oko 15 posto odnosi na dugotrajnost postupka pred sudovima, što nije predmet zanimanja antidiskriminacijske jedinice koja treba biti osnovana pri Uredu pučkog pravobranitelja temeljem ZSD-a. Valja uzeti u obzir i predviđeno golemo povećanje sredstava te broja osoblja u Uredu – prema konačnom prijedlogu ZSD-a iz svibnja 2008. godine, u državnom proračunu za 2009. osigurat će se dodatnih 2 000 000,00 kn (od čega 1 200 000,00 za Ured pučkog pravobranitelja) te će se zaposliti još troje radnika u uredu pravobranitelja, među kojima dva savjetnika te jedan stručni suradnik.

¹¹¹ Primjerice, mađarski slučaj trgovačkog društva koje se bavi iznajmljivanjem stanova, koje je javnim oglasom kao razloge diskvalifikacije potencijalnih najmoprimaca navelo “životinje i obojenu kožu”. Prema mađarskom zakonu, u ovom slučaju nije ni dopušteno ništa osim *actio popularis* jer nema konkretne, individualizirane žrtve te je podržavanje tužbe preuzela nevladina organizacija NEKI – v. Bea Bodrogi, *Legal Standing – The Practical Experience of a Hungarian Organisation*, *European Anti-discrimination Law Review*, Issue No.5, July 2007, 23. – 29., str. 27.

učiniti vjerojatnim da je više osoba, koje uglavnom pripadaju skupini čija prava one štite, povrijeđen postupanjem tuženika. Pitanje je mogu li prije podizanja takve tužbe one podnijeti i prijavu EB-u, a da je ne prati potpis navodne jedne ili više žrtava. Odgovor bi mogao biti da čl. 10. zahtijeva konkretan potpis samo ako postoji određena/odrediva žrtva, ne i kada je riječ o više osoba čiji se identitet ne može raspoznati. To potkrjepljuje i cilj samog ZSD-a, “promicanje jednakosti kao najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske” (čl. 1.). To bi značilo i da se prijava EB-u shvaća kao neka vrsta “trijaže” prije nego što se optereti sudove ili ostala tijela, odnosno, da nije izgledno vođenje sudskog postupka ako je prethodno mišljenje EB-a o postojanju diskriminacije negativno. To bi posebno bilo izraženo kad bi sudska praksa otišla u takvom smjeru da stajalištu pravobranitelja pridaje takvu *dokaznu snagu* koja bi bila *dostatna za prebacivanje tereta dokazivanja*. Naime, čl. 8. RED-a te čl. 10. EED-a zahtijevaju da teret dokazivanja nepostojanja diskriminacije padne na tuženoga čim žrtva podnese dokaz koji čini *vjerojatnim* njezino postojanje (*prima facie* dokaz), a tako određuje i ZSD u čl. 20. (gdje istodobno isključuje primjenu u kaznenom i prekršajnom pravu radi temeljnog načela presumpcije nevinosti).

(b) Nakon što zaprimi prijavu, pravobranitelj *poduzima radnje iz svoje nadležnosti*. Nijedan od EB-ovih ombudsmana nema zakonom ograničeno vrijeme u sklopu kojega mora postupati. Jedino litvanski ima kratak, jednomjesečni rok za istragu (koji je iznimno moguće produljiti za još mjesec dana).¹¹² ZSD traži samo da se svi podatci i traženi dokumenti dostave pravobranitelju u roku od 15 dana od traženja.

Vrlo je važna obveza *savjetovanja žrtava o raspoloživim pravnim sredstvima* jer žrtve često pripadaju socijalno ugroženim kategorijama stanovništva¹¹³ (primjerice Romi, nezaposleni, osobe s invaliditetom). Potencijalno snažna funkcija jest ona *miritelja*. Tu ulogu EB preuzima prema sporazumu stranaka te u tom svojstvu može posredovati pri sklapanju izvansudske nagodbe koja, prema čl.10./2. Zakona o mirenju,¹¹⁴ ima svojstvo ovršne isprave ako su potpisi javno-bilježnički ovjereni. Time se rad sudova i ostalih tijela može uvelike rasteretiti te minimizirati društvene troškove parničnja.¹¹⁵ Zakon o mirenju, koji se u

¹¹² Čl. 22. Zakona Republike Litve o jednakim mogućnostima, 1. 12. 1998., Br. VIII-947.; na <http://www3.lrs.lt/owa-bin/owarepl/inter/owa/U0079670.doc>.

¹¹³ Izvješća pučkog pravobranitelja za 2006. te 2007. godinu, dostupna na <http://www.ombudsman.hr/default.asp?ru=13&sid=&akcija=&jezik=1> u PDF formatu.

¹¹⁴ Narodne novine, br. 163./2003.

¹¹⁵ Ta će ovlast imati posebnu težinu ako bi se za diskriminaciju optuživalo neko od državnih tijela jer je, prema odredbi čl.186. a Zakona o parničnom postupku (Službeni list

tom slučaju primjenjuje supsidijarno uz ZSD, zahtijeva da se mirenje završi ako se unutar 60 dana ne postigne nagodba.¹¹⁶ Naravno, volja optuženih da u tom procesu sudjeluju izravno je proporcionalna s razinom kazni s kojima su suočeni u slučaju izgubljenog spora. Te su kazne u RH samo djelomično “učinkovite, proporcionalne i odvratajuće” (čl. 15. RED-a i čl. 17. EED-a). Osim prava na naknadu (ne)imovinske štete prema pravilima obveznog prava (čl. 11. ZSD-a), uznemiravanje te spolno uznemiravanje zapriječeni su prekršajnim kaznama (čl. 25. te 26. ZSD-a), a ostali se oblici diskriminacije (izravna, neizravna, segregacija, propuštanje razumne prilagodbe, poticanje na diskriminaciju) svi mogu podvesti pod kazneno djelo povrede ravnopravnosti građana¹¹⁷ (čl. 106. KZ-a), za koje je propisana kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina. Iako je sam *sustav* inkriminacija diskriminatornog ponašanja cjelovit i zaokružen, moraju se primijetiti prenisko postavljene donje granice prekršajnih kazni. Za (spolno) uznemiravanje ona iznosi mizernih 5 000,00 kn za fizičke osobe, tj. samo 30 000,00 kn za pravne osobe, a za viktimizaciju¹¹⁸ iznosi smiješnih 1 000,00 kn. Posebno je neučinkovit raspon kazni od 1 000,00 do 5 000,00 kn za odgovornu osobu 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 za diskriminaciju i ne omogući uvid u njih (čl. 27. ZSD-a). Valja zaključiti da dobru volju zakonodavca treba pratiti i jednako oštar pristup kažnjavanju prekršitelja, ako se ne želi da ZSD postane još jedna *lex imperfecta*.

(c) Načini na koje europski EB-ovi ombudsmeni pomažu žrtvama vrlo su različiti, čemu je zasigurno pogodovao i sam RED, koji u čl. 13./2. zahtijeva da EB može “pružati nezavisnu pomoć žrtvama... u njihovom postavljanju pri-

SFRJ, br. 4./1977., 36./1977., 36./1980., 69./1982., 58./1984., 74./1987., 57./1989., 20./1990., 27./1990. i 35./1991.; Narodne novine, br. 53./1991., 91./1992., 58./1993., 112./1999., 88./2001., 117./2003. i 84./2008.), mirenje obavezan korak prije podnošenja tužbe protiv Republike Hrvatske. Odredbe ZPP-a, prema čl. 17./2. te 24./4. ZSD-a, primjenjuju se supsidijarno.

¹¹⁶ To se može produžiti na još dodatnih 60 dana, čl. 9./2. Zakona o mirenju (Narodne novine, br. 163./2003.).

¹¹⁷ Osim izričito navedenih osnova, norma je otvorena, tj. pokriva i diskriminaciju na temelju razlike u “drugim osobinama” (bilj. 15.).

¹¹⁸ Ako se s namjerom stavi u nepovoljniji položaj osoba koja je u dobroj vjeri prijavila diskriminaciju ili na bilo koji način sudjelovala u postupku zbog diskriminacije ili nanočila diskriminaciji te odbila nalog za diskriminatornim postupanjem.

tužbi”. Dok su neke države tu obvezu shvatile samo kao zahtjev za pružanjem informacija te posredovanjem (finski ombudsman), drugima su pak, kao i Hrvatskoj, EB *kvazisudska tijela*, koja provode primanje i samostalno istraživanje pritužbi te izdavanje mišljenja.¹¹⁹ U skladu s tim ovisi i “jačina” tih tijela.

Finski egzekutivni ombudsman¹²⁰ u svojem se radu mnogo više bavi provođenjem istraživanja i prikupljanjem podataka nego davanjem nezavisne pomoći žrtvama. Pravnu pomoć u podnošenju pritužbi Tribunalu za diskriminaciju daje samo ako smatra da je određeno pitanje dovoljno važno. Može na zahtjev žrtava provoditi mirenje, a posebni ombudsman za Ålandske otoke miriti može samo ako je izgledno da će to spriječiti buduću diskriminaciju.

Ciparski je ombudsman primjer snažnog kvazisudskog tijela, koje smatra da je saslušanje i istraživanje pritužbi na objektivan i neutralan način nespojivo s pružanjem pomoći žrtvama (ipak, njegovo osoblje redovito, neslužbeno obavlja i tu funkciju). Njegova su mišljenja obvezujuća (kao i ona ombudsmana u Estoniji i Litvi), objavljuju se u službenom listu te on zbog njihova nepoštovanja može izricati novčane kazne.¹²¹ Njegova odluka predstavlja temelj za kasnije traženje odštete u sudskom postupku, a uz te ovlasti, može i izdavati *pravilnike o dobrom ponašanju*,¹²² koji sadržavaju mjere koje osobe privatnoga i javnog sektora moraju poduzeti.

Sami pokretati istrage, bez prijedloga stranaka, mogu ciparski, estonski (prema javnim tijelima) te litavski ombudsman, a ovisno o završetku istrage, estonski može dati i preporuku o oslobođenju žrtve od plaćanja sudskih pri-

¹¹⁹ To su ombudsmani Cipra, Estonije, Grčke, Latvije i Litve, usto da grčki i latvijski (kao i hrvatski) ombudsman nemaju mogućnost davanja obvezujućih mišljenja. Ciparski, estonski, grčki i litvanski uopće nemaju mandat pružanja pomoći žrtvama, no to su upravo tijela koja su ovlaštena posredovati među strankama, što nas upućuje na to da je riječ o lingvističkoj zbrci.

¹²⁰ Finska, *Country Report za ENLE* (Timo Makkonen), str. 49. – 51.

¹²¹ Protiv njih je omogućen specifičan pravni put upravne tužbe – *Cipar, Country Report* (bilj. 106), str. 82. – 83.

¹²² Termin “*code of conduct*” označuje “načela, vrijednosti, standarde, ili pravila ponašanja kojima se trebaju rukovoditi odluke, postupci i sustavi neke organizacije na takav način da (a) doprinose dobiti ključnih sudionika, i (b) poštuju prava svih sastavnih dijelova na koje njeno djelovanje utječe” – Međunarodna federacija računovođa, u *Defining and Developing an Effective Code of Conduct for Organizations*, dostupno na <http://www.ifac.org/Members/Downloads/DefiningandDevelopinganEffectiveCodeofConductforOrgs.pdf>, str. 8. Osim ciparskoga, zadaću donošenja tih pravilnika ima još i EB Ujedinjenog kraljevstva – Komisija za rasnu jednakost.

stojbi, tj. o njezinu besplatnom pravnom zastupanju u budućem postupku. Ombudsmeni Finske, Latvije te Švedske također idu i dalje u pružanju pomoći žrtvama, tako da uz njihov pristanak sami podnose tužbe sudu i predstavljaju stranku.¹²³ Obično to čine u slučajevima jakoga precedentnog potencijala, čime uvelike stranku rasterećuju brige o vođenju parnice, kao i velikih troškova angažiranja odvjetnika. Drugi način na koji EB olakšavaju takve stručne i financijske teškoće žrtava jest mogućnost da sami iz svojih fondova izdvajaju određena sredstva za odvjetničke usluge u strateški važnim slučajevima, kao što čine tijela Velike Britanije i Irske.

3.2.2.2. Širenje informacija te suradnja s nevladinim sektorom (čl. 10. i 12. RED-a te 12. i 14. EED-a). Direktive zahtijevaju učinkovito širenje informacija o postojećem te novom zakonodavstvu usvojenome za njihovu provedbu, širom nacionalnog teritorija i posebice zainteresiranim skupinama osoba. Na tu se prirodno nadovezuje obveza suradnje s nevladinim organizacijama, i to onima koje su zainteresirane za borbu protiv diskriminacije i promicanje načela jednakog postupanja. Iako nisu izrijekom povjerene EB-ima, u državama članicama EU upravo su oni i (prirodno) preuzeli te zadaće.

(a) Vlada je (u konačnom prijedlogu ZSD-a) predvidjela potrebu za osiguranjem 400 000 kn radi *promocije Zakona u javnosti* (letci, brošure, medijske kampanje, spotovi...), no ne i zaduženo tijelo. Pretpostavka je da će tu zadaću preuzeti samo EB jer te aktivnosti već i provodi u sklopu dosadašnjih ovlasti. Ciparski ombudsman tako provodi seminare podizanja svijesti o zakonu i njegovoj provedbi, te zanimljivu inicijativu seminara za policijske službenike o prikupljanju podataka kod rasno motiviranih zločina (!). Finski ombudsman provodi osposobljavanje službenika u ministarstvima te lokalnoj samoupravi. Mađarska služi kao uzor osnivanjem po jedne tzv. Kuće mogućnosti u svakoj od 20 županija (te u Budimpešti), sastavljene od pravnikar te dva sociologa / psihologa, zadužena za provođenje istraživanja te širenje informacija. Osobito bi u sklopu pravobraniteljeve funkcije pružanja pomoći žrtvama diskriminacije valjalo razmisliti o formiranju 4-5 makroregionalnih ureda širom Hrvatske, koji bi bili ustrojeni prema načelu sličnome mađarskome. Dosadašnja praksa, prema kojoj pravobranitelj obilazi samo povremeno i samo poneka područja Lijepe Naše, nije prilagođena potrebi pristupačnosti žrtvama diskriminacije.¹²⁴

¹²³ Pri tome švedski ombudsman nastupa samo supsidijarno – ako je žrtva član sindikata, ombudsman može preuzeti tu ulogu samo ako to sam sindikat ne učini – Švedska, *Country Report za ENLE* (bilj. 48.), str. 51.

¹²⁴ U svojem izvješću o radu za 2007. godinu pučki se pravobranitelj na str. 2. žali da “građani još uvijek nedovoljno znaju o instituciji pučkog pravobranitelja” (na <http://>

Najveća učinkovitost širenja informacija postiže se dobrom suradnjom s nevladinim organizacijama te različitim udrugama građana, koji zastupaju i okupljaju pripadnike društva pogađane praksom diskriminacije. Dobar je primjer podjela 10 000 letaka na Brailleovu pismu udrugama članicama Hrvatskog saveza slijepih, koju je Ured pučkog pravobranitelja proveo 2007. Može se očekivati da će mu u daljnjim aktivnostima uvelike pripomoći očekivana sredstva PROGRESS-a¹²⁵.

(b) Ključ uspjeha antidiskriminacijskog zakonodavstva jest upravo *uska suradnja krovnog tijela s nevladinim organizacijama te različitim udruženjima građana*, kojom se kreira efikasna premreženost cijeloga nacionalnog teritorija elementima sposobnima za podupiranje žrtava diskriminacije. Nije ključna samo uloga takvih NGO-a u širenju informacija, već je važno i nuđenje pomoći žrtvama. Tako su u Švedskoj na lokalnoj razini formirani antidiskriminacijski odbori, koje vode i nadziru NGO-i koji nude savjetovanje i pomoć žrtvama diskriminacije, a NGO-i su i osnivači središnjeg Centra za rasizam. Irski se EB služi pravnim mehanizmima partnerstva te zajedničkim pothvatima (*joint venture*) u suradnji sa NGO-ima. Zbog iskustva i razgranate “terenske” djelatnosti idealni su partneri u uspostavljanju EB-a, i kao njihovi članovi i kao izvor iskusnoga i stručnog osoblja. Tako su u Belgiji, Francuskoj, Finskoj, Danskoj, Španjolskoj, Portugalu i Sloveniji ili dio samog EB-a, ili nadzornog/savjetodavnog mehanizma (primjerice, u Finskoj pet predstavnika NGO-a djeluje u savjetodavnom tijelu EB-a, zaduženome za koordinaciju s nevladinim sektorom).¹²⁶ Slovački Nacionalni centar za ljudska prava redovito u slučajevima diskriminacije traži pri provođenju istrage stručna mišljenja i pomoć organizacija za ljudska prava.

www.ombudsman.hr/Download/2008/04/01/IZVJESCE_ZA_2007.pdf). Na web stranici pučkog pravobranitelja dostupan je popis posjeta i obilazaka pojedinih županija: u 2006. te 2007. obidene su po tri županije, u trajanju od po 4 dana (<http://www.ombudsman.hr/default.asp?ru=105&sid=&akcija=&jezik=1>).

¹²⁵ PROGRESS jest program zapošljavanja i društvene solidarnosti EU, s mandatom od 2007. do 2013. i s proračunom od 743,25 milijuna €. Financira opsežnu kampanju EU “Za raznolikost. Protiv diskriminacije”, u sklopu koje provodi i natječaje za dodjelu sredstava organizacijama u zemljama članicama te kandidatima za članstvo. Ured pučkog pravobranitelja prijavljen je na natječaj za dodjelu sredstava, a odgovor se očekuje u listopadu 2008. Prema neslužbenim informacijama, radilo bi se o iznosu od oko 100.000 €.

¹²⁶ Tako Pariška načela traže pluralizam sastava EB-a (poglavlje o nadležnosti i ovlastima, 1. načelo). Također i ECRI Opća preporuka br. 2., D) poglavlje: Upravljanje i funkcioniranje specijaliziranih tijela, 4. načelo.

Kao i hrvatski EB, i provincijski EB Austrije i Mađarske imaju zakonsku dužnost održavanja dijaloga s NGO-ima.

(c) Najvažnije područje djelovanja NGO-a u razvijenim zemljama sve više postaje njihova procesna uloga. Neki od njih samostalno iniciraju postupak mirenja pred ombudsmanom (Finska – uz naknadni pristanak žrtve), no pravi instrumenti jačanja njihove uloge dodani su nacionalnim pravnim sustavima temeljem odredbi čl. 7. RED-a (tj. čl. 9. EED-a). Oni zahtijevaju da se, radi učinkovite obrane prava, omogući udrugama, organizacijama i ostalim pravnim osobama s legitimnim interesom da, uz pristanak žrtve, nastupaju u njezino ime (*on behalf*) ili uz nju (*in support*) u postupcima predviđenima za zaštitu novonormiranih prava. Države članice te su obveze šaroliko shvatile, no među nastupanje *on behalf* žrtve možemo ubrojiti slučajeve samostalnog istupanja NGO-a kao nositelja same tužbe, tj. zahtjeva nadležnom tijelu, u ime žrtve ili putem specifičnih skupnih tužbi (bilo tzv. *Verbandsklage* – udružna tužba hrvatskog ZSD-a i slična tužba u Nizozemskoj, bilo *actio popularis* mađarskog oblika ili klasična *class action* u Švedskoj). Samo “podupiranje” žrtve u njezinu istupanju pred nadležnim tijelom (*in support*) podrazumijeva institute umješača te *amicum curiae* (Latvija i Irska). No, na “terenu”, među samim državama članicama, prevladava liberalno i neučinkovito shvaćanje da su zahtjevi Direktiva dostatno zadovoljeni omogućivanjem organizacijama da nastupaju kao pravni zastupnici žrtava. Još su restriktivnije one koje traže da “pristanak stranke” poprimi oblik formalne punomoći (Finska i Grčka).

(c1) Pri odlučivanju o pokretanju daljnjeg procesa (ako postupak pred EB-om nije prouzročio prijateljsko rješavanje problema), žrtva je spriječena razmatranjima o financijskim troškovima te o dugotrajnosti sporova. Obje te prepreke uvelike su umanjene ako zakonodavstvo omogućuje nastupanje NGO-a u ime žrtve, kao i ako njihovim članovima daje zajamčeno priznanje za nastupanje u svojstvu pravnih zastupnika žrtava. Dok obje varijante hrvatsko pravo ipak još nije uvelo, istupanje u ime žrtve već uvelike označuje sudske postupke u susjednoj Mađarskoj te u Poljskoj, a uspješno se rabi i na Cipru, u Švedskoj i Latviji (gdje to može činiti i ombudsman). Restriktivne su države koje samo dopuštaju da sindikati pravno zastupaju svoje članove u radno-pravnim sporovima (Estonija i Grčka). Posebnu vrstu prepreke nalazimo u Francuskoj i Belgiji. Ondje je pravno zastupanje dopušteno samo organizacijama koje djeluju najmanje pet godina.¹²⁷

¹²⁷ Za Belgiju tako čl. 31. Zakona od 25. 2. 2003. (Belgija, *Country Report za ENLE* (Olivier De Schutter), str. 82.), a za Francusku čl. 48. – 1. Zakona o tisku od 29. 7. 1881. (Francuska, *Country Report za ENLE* (Sophie Latraverse), str. 62.).

(c2) *Skupne tužbe* osobito su pogodno sredstvo za borbu protiv strukturne te institucionalizirane diskriminacije. Švedska poznaje klasičnu *class action* usporedivu pravu SAD-a. Pojedina žrtva podnosi tužbu u svoje ime, no učinci presude odnose se na sve pogođene osobe, iako same nisu stranke u postupku. No, takva je konstrukcija ipak nepoznata u ostatku zemalja EU. Hrvatska je pak iskoristila drugačiji, postojeći institut udružne tužbe, koji primjenjuje od 2003. i donošenja Zakona o zaštiti potrošača.¹²⁸ Tako ZSD u čl. 24. predviđa da “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 postupanje¹²⁹ mogu podnijeti tužbu protiv osobe koja je povrijedila pravo na jednako

¹²⁸ Narodne novine, br. 96./2003.

¹²⁹ Zakon o udrugama (Narodne novine, br. 88./2001., 11./2002.) predviđa da će se djelovanje udruge zabraniti ako ona obavlja djelatnosti koje nisu u skladu s ciljevima utvrđenima statutom (čl. 35./3.). Mađarska *actio popularis* postavljanje udružne tužbe omogućuje ne samo tzv. društvenim i interesnim organizacijama, nego i državnom odvjetništvu te samom EB-u. No, krug NGO-a, kojima je takva aktivna legitimacija omogućena, obuhvaća samo one čiji je statutarni cilj ostvarivanje zaštite ljudskih prava, što je, dakle, uže od hrvatske norme koja poznaje i organizacije koje mogu dokazati legitiman interes. Taj se interes ocjenjuje kao prejudicijelno pitanje dopuštenosti tužbe. Upravo je u tom pravnom interesu razlika prema klasičnoj *class action* SAD-a, u kojoj aktivna legitimacija pripada samo izravnoj, konkretnoj žrtvi, a ne nekoj neizravno zainteresiranoj udruzi. Takve su *class actions* u europskim porecima nezamislive jer privatni tužitelj postavlja zahtjev u ime cijele skupine povrijeđenih osoba, no nije obvezan o tome prethodno s njima raspraviti. Te druge osobe imaju samo mogućnost u određenom se roku od donošenja presude izrijekom izuzeti od njezinih pravnih učinaka (inače moraju primiti dosuđenu naknadu štete te se odriču samostalnog parničanja jer stvar za njih postaje *res iudicata*). Taj se nedostatak rješava u tzv. *class action Austrian style*, tj. *class action* na austrijski način. Naime, moguće je na austrijske udruge za zaštitu potrošača asignirati prava potrošača, koji tako ne moraju individualno ulaziti u parnicu, već to u njihovo ime čini takva udruga. Time se minimiziraju troškovi i rizik za pojedine potrošače, a time se i zaobilazi odredba koja reviziju čini ovisnom o vrijednosti predmeta spora (skup takvih individualnih potraživanja redovito prelazi tu granicu). V., primjerice, Alexander Klauser, *Group Litigation in Austria* (sažetak govora sa stručne konferencije održane u Beču 24. veljače 2006. godine) na <http://www.eu2006.bmsg.gv.at/cms/eu2006/attachments/4/2/7/CH0604/CMS1133429025309/klauser.pdf>. Uz udruge za zaštitu potrošača, Nizozemska i Engleska na isti se način koriste i individualnim predstavnikom ili tzv. *public trustee* – Harald Koch, *Die Verbandsklage in Europa*, 113 *Zeitschrift fuer Zivilprozess [ZZP]* 413, 425 (2000), te *Non-class Group Litigation Under EU and German Law*, 11 *Duke Journal of Comparative and International Law* 355, 357 (2001), istog autora.

postupanje, ako učine vjerojatnim¹³⁰ da je postupanjem tuženika povrijeđeno pravo na postupanje većeg broja osoba koje pretežno pripadaju skupini čija prava tužitelj štiti.” Tim člankom nisu obuhvaćene samo organizacije za zaštitu (općih) ljudskih prava kao Hrvatski helsinški odbor (koji je u Poljskoj organizacija koja preuzima najviše nastupanja u ime žrtava u konkretnim postupcima¹³¹), već i pojedinačne udruge koje okupljaju osobe s povećanim rizikom viktimizacije (npr. Kontra, ISKORAK, ženske udruge). One su osobito osposobljene za te postupke jer u svome radu raspoložu ne samo poznavanjem specifičnosti pojedinog tipa žrtava, već i relevantnim informacijama, uz činjenicu da svojom potporom osiguravaju legitimitet pojedine tužbe. Iako ni za te tužbe, kao ni za one koje podnosi pojedinačna žrtva, nije predviđen rok podnošenja, valja ga iščitati iz naravi zahtjeva koji se u takvoj tužbi mogu postaviti, a uži su od onih raspoloživih pojedinačnoj žrtvi.¹³² Dok u konstitutivnim zahtjevima to nije problem (ovisi o vremenu trajanja diskriminacije ili o njezinim posljedicama), postavljanje deklaratornog zahtjeva treba biti vezano za postojanje pravnog interesa osoba koje se tom udružnom tužbom neizravno štite. Naime, presudama donesenima temeljem takvih udružnih tužbi valjalo bi, uz “kreativni napor sudske prakse”,¹³³ priznati prošireno prejudicijelno djelovanje. Osuđujući

¹³⁰ Zahtjev za dokazivanjem vjerojatnosti očitito treba vezati za potrebu dokazivanja broja i prirode osoba zahvaćenih povrjedom, a ne za vjerojatnosti same povrjede. U tom bi slučaju odredba ZSD-a o prebacivanju tereta dokazivanja bila isključena u udružnim tužbama jer bi već za samu dopustivost tužbe bilo potrebno *prima facie* dokazati povredu.

¹³¹ Bea Bodrogi (bilj. 111.), str. 26.

¹³² Uz institut udružne tužbe, ZSD predviđa i posebnu tužbu za zaštitu od diskriminacije, koju žrtva podnosi općinskom sudu (čl. 18.) te u kojoj može zahtijevati donošenje deklaratorne presude (tužba za utvrđivanje diskriminacije), konstitutivne presude (tužba za zabranu ili otklanjanje same diskriminacije ili njezinih posljedica), naknadu sve (ne)imovinske štete prouzročene povrjedom (tužba za naknadu štete), te objavljivanje konačne presude na trošak tuženika (ako je povreda počinjena djelovanjem medija ili je informacija o zabranjenom postupanju objavljena u medijima, a objavljivanje presude potrebno je radi potpune naknade učinjene štete ili zaštite od nejednakog postupanja u budućim slučajevima) – čl.17. ZSD-a. Osim te posebne tužbe, žrtva može uvijek postaviti navedene zahtjeve i na dosadašnji način, tj. u postupku u kojemu se o povrijeđenom pravu odlučuje kao o glavnom pitanju. Udružnom tužbom iz očitih razloga nije moguće postaviti zahtjev za naknadom štete te se, za razliku od pojedinačne tužbe, podnosi županijskom sudu (a ne općinskome). Važno je primijetiti da je u svim postupcima, prema ZSD-u, revizija uvijek dopuštena (čl. 23. i 24./4. ZSD-a).

¹³³ Dika, Mihajlo, *Udružna tužba kao instrument apstraktne zaštite potrošača*, Hrvatska pravna revija, listopad 2003., str. 37. – 43.

judikat trebao bi djelovati u korist osoba koje su konkurentno ovlaštene za podnošenje tužbe, odnosno u korist osoba koje organizacija koja je podnijela tužbu predstavlja.¹³⁴ To znači da je primarna uloga udružnih tužbi olakšanje i skraćivanje postupaka koji se posljedično mogu pokrenuti nakon pravomoćnosti presude. Pritom će osobito trebati poštovati odredbu ZSD-a o hitnosti provođenja postupaka (čl. 16./3.) jer, primjerice, rokovi za potraživanja iz radnog odnosa ili naknade štete iznose samo tri godine. Uključivanjem NGO-a u fokus dolazi i njihova praksa vođenja tzv. strateških parnica, tj. izbora i podupiranja slučajeva koji imaju konkretnu precedentnu važnost, koji utječu na prava i obveze šireg kruga osoba tako da se mudro koriste ograničenim resursima uz najveći učinak.¹³⁵ Kako je već predloženo *supra*, najbolji bi rezultati slijedili iz sinergije djelovanja pravobranitelja te NGO-a jer bi provođenje istraga te prikupljanje podataka u suradnji s EB-om uvelike rasteretilo kapacitete organizacija, a razmjena spoznaja uvelike bi pridonijela podizanju razine zaštite žrtava, posebno s obzirom na pravobraniteljevu funkciju sastavljanja izvješća i posljedičnih preporuka o izmjenama zakonodavstva.

(c3) Već ukorijenjen institut umješača ZSD rabi i u postupcima koje sam normira. Iako za razliku od dosadašnjih normi o umješačima sadržanima u Zakonu o parničnom postupku¹³⁶ zahtijeva i *pristanak* žrtve na čijoj se strani umješač pridružuje (čl. 21./2. ZSD-a), zanimljivo je primijetiti da je krug NGO-a kojima je dopušteno miješanje *uži* od onoga za podizanje udružne tužbe, tj. dopušteno je samo onima koji se “u okviru svoje djelatnosti bave zaštitom prava na jednako postupanje u odnosu na skupine o čijim se pravima odlučuje u postupku”. *Ratio* tog razlikovanja nije jasan jer bi umješač ionako sudjelovao uz “blagoslov” žrtve te svojim radnjama ne bi mogao pogoršati procesni položaj stranke, nego bi učinio upravo suprotno. Nije izgledno ni da je bojazan zakonodavca bila u iznenadnoj najezdi NGO-a u antidiskriminacijskim po-

¹³⁴ Međutim, to je djelovanje judikata asimetrično jer se na odbijajuće presude navodi počinitelja diskriminacije ne bi mogli pozivati u naknadnim postupcima. *V. ibid.*, str. 41.

¹³⁵ V. priručnik za strateško parničenje, izdan 2004. u suradnji s Centrom za prava Roma, Međunarodnog centra za zaštitu ljudskih prava (INTERIGHTS) te Grupacije za migracijsku politiku (MPG), raspoloživ na adresi: <http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2180/DocumentName/strategyclitigationmanual.pdf> (*Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: From Principles to Practice – a manual on the theory and practice of strategic litigation with particular reference to the EC Race Directive*).

¹³⁶ Zakon o parničnom postupku (ZPP), Narodne novine, br. 53./1991., 91./1992., 112./1999., 88./2001., 117./2003., 88./2005., 02./2007. te 84./2008.

stupcima. Doduše, konačan prijedlog zakona upućenoga u saborsku proceduru sadržavao je i st. 4. čl. 21. koji je zahtijevao da umještač snosi troškove svojeg sudjelovanja neovisno o ishodu postupka, što zaista upućuje na izvjesnu nepovjerljivost prema samom institutu. No u konačnom glasovanju taj stavak ipak nije usvojen. Glede kruga legitimiranih, Grčka, primjerice, također zahtijeva pristanak stranke, no krug NGO-a obuhvaća sve koje dokažu svoj legitimni interes. Mađarska usvaja hrvatsko rješenje, no bez razlikovanja tih kriterija od onih za podizanje udružne tužbe. Latvija i Švedska nemaju posebne odredbe o sudjelovanju umještača, već se primjenjuju redovite, darežljive odredbe građanskog postupka.

(c4) Posebno je zanimljiv *institus amici curiae*,¹³⁷ još nepoznat hrvatskom zakonodavstvu. Latvijsko zakonodavstvo u antidiskriminacijskim upravnim postupcima poznaje “udruženje osoba koje se smatra priznatim predstavnikom interesa u nekom sektoru i od koje se mogu očekivati stručna mišljenja, mogu u pisanom obliku zatražiti od suda za dozvolu podnošenja svojih mišljenja glede činjenica ili prava u relevantnom sektoru”.¹³⁸ Irski je Vrhovni sud teleološkom interpretacijom direktiva te irskog zakonodavstva odobrio irskom EB-u nastupanje kao *amicus curiae* u dva slučaja vezana za smještaj romskih obitelji.¹³⁹ Uz prethodno izrečeno mišljenje o mogućnosti sudjelovanja hrvatskog pravobranitelja u konkretnim antidiskriminacijskim postupcima, moglo bi se promisliti o uvođenju ovog nadasve korisnog instituta izrijeком i u hrvatski ZSD-a, osobito u obliku našeg uvjerenja u mogućnost davanja određene dokazne snage mišljenjima ombudsmana. Davanje nepristranih interpretacija zakona te stručnih mišljenja ne bi znatnije opterećivalo pravnu službu ureda pravobranitelja te bi zaokružilo njegovu zadaću davanja pomoći žrtvama i u obliku procesne potpore.

(d) Jedna od odredaba koja je naišla na žestoko protivljenje nekih nevladinih organizacija nalazi se u čl. 15. ZSD-a, koji zahtijeva da pravobranitelj pri izradbi izvješća, mišljenja i preporuka o pojavama diskriminacije *konzultira*,

¹³⁷ *Amicus curiae* jest osoba koja nije stranka u nekom postupku, ali koja sud ili od koje sud traži da u tom postupku dostavi podnesak jer ima snažan interes u predmetnu (*A person who is not a party of a lawsuit but who petitions the court or is requested by the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in the subject matter.*) – *Black’s Law Dictionary, 7th Edition, West Group, 1999.*

¹³⁸ Latvija, *Country Report za ENLE* (bilj. 79.), str. 41.

¹³⁹ *Doherty v. South Dublin County Council and Ors.* ([2006] IESC 57), i *Lawrence v. Mayo Country Council and Ors.* – Irska, *Country Report za ENLE* (bilj. 40.), str. 43.

osim socijalnih partnera (reprezentativne udruge sindikata i poslodavaca više razine), Savjeta za nacionalne manjine te organizacije civilnog društva koje se bave zaštitom ljudskih prava ili prava skupina izloženih visokom riziku diskriminacije, također i “*crkve i vjerske organizacije upisane u Evidenciju vjerskih zajednica u Republici Hrvatskoj*”. Civilne udruge, naime, smatraju da dikcija čl. 15. mora konzultiranje vjerskih zajednica ograničiti na slučajeve *vjerske diskriminacije*, a ne i omogućiti njihovo miješanje u pravni meritum ostalih oblika diskriminacije.¹⁴⁰ Na europskoj razini od kraja '80-ih godina 20. stoljeća Komisija održava stalan dijalog s vjerama, crkvama i zajednicama uvjerenja.¹⁴¹ U izmjene Ugovora o EZ dogovorene u Amsterdamu uvedena je Deklaracija br. 11. o statusu crkava i ne-konfesionalnih zajednica, koja predviđa da “Europska unija poštuje i ne utječe na status crkava i vjerskih udruženja ili zajednica u nacionalnom pravu zemalja članica. Europska unija jednako poštuje status filozofskih i ne-konfesionalnih organizacija”. Gradeći na tome čl. 17. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (Lisabonski ugovor) ponavlja te odredbe te u st. 3. Dodaje: “Priznajući njihov identitet te specifičan doprinos, Unija će održavati otvoreni, transparentan i redovan dijalog sa ovim crkvama i organizacijama.” Postojećom normom ZSD-a Hrvatska također prepoznaje koristan utjecaj autoritativnoga gledišta u razmatranje *vjerskih pitanja i sloboda*, a nikako ne omogućuje utjecaj religije na *sva* aktualna pitanja hrvatske (sekularne) države. U izostanku dopune ZSD-a u smjeru zahtjeva civilnih udruga valja se obratiti opreznosti hrvatskog sudstva, koje bi se pritom trebalo voditi analogijom sa usporedivom obvezom konzultiranja Savjeta za nacionalne manjine¹⁴² istog stavka.

3.2.2.3. Provođenje istraživanja te izdavanje izvješća i preporuka (čl. 13./2. RED-a) Osim ombudsmanove važne uloge u pretprocesnoj (u nekim zemljama i procesnoj) fazi te u mirenju stranaka, možda je i vrijednija njegova preventivna uloga nadzornika prakse u javnome i privatnom sektoru te u nacionalnom zako-

¹⁴⁰ Zajedničko priopćenje za javnost od 3. srpnja 2008. Lezbijske udruge Kontra, udruge Iskorak, Centra za prava seksualnih i rodnih manjina te Ženske mreže Hrvatska, na www.kontra.hr.

¹⁴¹ Informacije o dijalogu s vjerskim zajednicama i crkvama na razini EU mogu se naći na web stranici BEPA-e (Bureau of European Policy Advisers) Europske komisije na http://ec.europa.eu/dgs/policy_advisers/index_en.htm.

¹⁴² Očito je da se Savjet mora konzultirati samo o pitanjima diskriminacije po osnovi etniciteta, tj. nacionalnosti, a ne, primjerice, o pitanjima homoseksualnosti. Na jednak način valja ograničiti i uključivanje vjerskih zajednica na njihovu pastoralnu i katehetsku funkciju.

nodavstvu. Članak 12. ZSD-a dodjeljuje mu zadaću provođenja istraživanja na području diskriminacije, što uključuje i prikupljanje i analiziranje statističkih podataka o slučajevima.¹⁴³ Na njihovu temelju valja izrađivati mišljenja i preporuke koje podnosi Vladi RH radi formiranja odgovarajućih zakonskih i strateških rješenja.¹⁴⁴ Uz te, ima i tradicionalnu funkciju podnošenja redovitih godišnjih (te prema potrebi i izvanrednih) izvješća Hrvatskom saboru. Također, prema čl. 10. ZPPr-a, ima mogućnost zakonodavne inicijative Hrvatskom saboru glede zakona koji se odnose na zaštitu ustavnih i zakonskih prava građana.

Valjalo bi postupno osposobljavati nevladine organizacije te Vladine urede (za ljudska prava i ravnopravnost spolova) za potpuno preuzimanje tih preventivnih funkcija te time rasteretiti ured pravobranitelja. One, naime, iziskuju posebno obrazovano te angažirano osoblje, koje ne bi smjelo biti ono koje je zaduženo za pomaganje žrtvama diskriminacije, već bi se trebalo sastojati od diplomiranih sociologa ili ekonomista.¹⁴⁵ Tako u latvijskom uredu ombudsmana na 25 pravnika dolazi samo 1 osoba s drugom fakultetskom naobrazbom. Ombudsmani Finske i Švedske nemaju takve zadaće jer postoje druge, vrlo sposobne institucije koje su za to posebno zadužene, tako da se oni u potpunosti okreću pomaganju žrtava. Pri izostanku sredstava za provođenje obuhvatnih istraživanja, ciparski i latvijski ombudsmani njihovo provođenje povjeravaju uglavnom sveučilištima. Naravno, valja sve izvještaje i preporuke učiniti javno dostupnima, čime se osigurava transparentnost procedure. Izvještaji bi morali obuhvatiti ne samo statističke podatke o oblicima i strukturi žrtava, već istražiti i uzroke diskriminacije, na što se prirodno nadovezuje zadaća nuđenja rješenja u borbi protiv identificiranih fenomena. Osobito će ključnu ulogu te

¹⁴³ To zahtijeva ne samo dobru suradnju s NGO-ima (*supra*), već i sa sudskim tijelima te Državnim zavodom za statistiku. Švedski ombudsmani su tako 2005. u suradnji sa Središnjim uredom za statistiku proveli opsežno istraživanje o učestalosti diskriminacije na temelju etniciteta, invaliditeta te seksualne orijentacije. Čl. 14. ZSD-a posebno normira dužnost vođenja evidencija pa su pravosudna tijela te posebni ombudsmani obvezni voditi evidencije o predmetima vezanima za diskriminaciju te osnovi diskriminacije. Pravosudna tijela te su podatke obvezna prosljediti ministarstvu nadležnome za poslove pravosuđa, koje (kao i posebni pravobranitelji) statistiku mora predati Uredu pučkog pravobranitelja do 1. veljače za prethodnu kalendarsku godinu. Sve evidencije moraju biti iskazane prema spolu (intersekcionalni aspekt).

¹⁴⁴ Među EB-ima ombudsmanima, estonski nema ovlasti provođenja istraživanja te davanja preporuka. Kako ne pruža ni pomoć žrtvama diskriminacije, pripada zemljama čiji EB zapravo uopće ne dostiže standarde direktiva da bi se zaista nazivao EB-om.

¹⁴⁵ *Catalysts for change* (bilj. 93.), str. 40.

ombudsmanove aktivnosti imati u prva tri mjeseca provođenja zakona jer se nakon isteka tog roka Vlada obvezala predložiti potrebne dopune i izmjene zakona. Valja reći da taj rok zasigurno nije dovoljan da bi se uočili nedostatci zakona te potreba za izmjenama. U većini članica EU slučajeva je u prvih godinu dana bilo iznimno malo (u Grčkoj, primjerice, 26 slučajeva), što treba pripisati neupoznatosti pučanstva sa sadržajem svojih prava.¹⁴⁶ Ekstreman je primjer estonski ombudsman, koji je u pet godina rada zaprimio ukupno 10 zahtjeva za mirenjem, a ostala tijela nisu primila nijednu tužbu ili zahtjev.¹⁴⁷ Dvanaest zemalja EU u 2006. i 2007. godini nisu zabilježile niti jednu nametnutu sankciju ili dodijeljenu odštetu za diskriminaciju,¹⁴⁸ a sama Velika Britanija ima više presuđenih slučajeva nego sve ostale članice EU zajedno¹⁴⁹ (no, valja zapaziti da *Komisija za rasnu jednakost* djeluje još od 1979., te je služila kao predložak za EB).

Pri ispunjavanju te grupe zadaća Hrvatska bi se mogla ugledati na Sloveniju, gdje je 2006. formirana *baza podataka* o svim aktivnostima koje vladini uredi, NGO-i i ostale profesionalne institucije poduzimaju na području jednakih mogućnosti i borbe protiv diskriminacije. Bazu podataka vodi Ured za jednake mogućnosti te je objavljena na njegovim službenim web stranicama. Sadržava podatke o istraživanjima, upoznavanju i usavršavanju na području antidiskriminacijskog zakonodavstva, o akcijama podizanja svijesti o problemima diskriminacije te o stvaranju mreža skupina i pojedinaca aktivnih na spomenutim područjima.¹⁵⁰

Među aktivnosti davanja preporuka svakako bi *de lege ferenda* trebalo EB-u povjeriti funkcije analogne onima koje Vladin ured za ravnopravnost spolova

¹⁴⁶ Eurobarometer (bilj. 20.) pokazuje da je samo jedna trećina građana EU upoznata sa svojim pravima u slučaju diskriminacije ili uznemiravanja, i to četiri godine nakon što je proveden proces nacionalne implementacije.

¹⁴⁷ Estonija, *Country Report za ENLE* (bilj. 109.), str. 51.

¹⁴⁸ To su bile Slovenija, Češka, Estonija, Litva, Poljska, Grčka, Španjolska, Portugal, Luksemburg, Cipar, Danska i Njemačka. Luksemburg, Češka i Poljska su, naime zemlje, koje uopće još nemaju funkcionirajući EB, a u Njemačkoj je počeo s radom tek 2007. godine.

¹⁴⁹ *Fundamental Rights Agency, Annual report 2008., TK-AG-08-001-EN-C, str.7. EU Agency for fundamental rights (FRA)* nastala je proširenjem mandata dotadašnjeg Europskog centra za praćenje rasizma i ksenofobije (*European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia – EUMC*), temeljem Višegodišnjeg okvirnog plana Agencije (Multi-annual framework – MAF) usvojenoga 28. veljače 2008. na sjednici Justice and Home Affairs Council EU.

¹⁵⁰ Slovenija, *Country Report za ENLE* (bilj. 29.), str. 69.

ima temeljem ZRS-a '08. ili, alternativno, te zadaće povjeriti Vladinu uredu za ljudska prava. To su, primjerice, odredbe koje zahtijevaju da sva tijela državne uprave i pravne osobe u pretežitom vlasništvu države donesu planove djelovanja za promicanje i uspostavljanje ravnopravnosti (čl. 11./1.). Potom, da su jedinice lokalne i regionalne samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima i ostale pravne osobe i obrtnici koji zapošljavaju više od 20 zaposlenih obvezni u svoje opće akte unijeti antidiskriminacijske zakonske odredbe (čl. 11./5.), a također i da su "državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima, obrazovne i znanstvene institucije te pravne osobe u pretežitom vlasništvu države i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave dužna... provoditi programe izobrazbe o ravnopravnosti spolova za svoje djelatnike/ce". Izgledno je da bi se time čak i najviše pridonijelo podizanju opće svijesti o problematici diskriminacije te bi se (najvažnije) predvidjeli i unutarnji mehanizmi sankcioniranja nedopuštenog ponašanja. Time bismo se pridružili zemljama poput Velike Britanije, koje među zadaće EB-a uključuju i aktivno promicanje jednakosti tako da nadziru upravo sastavljanje, donošenje te provođenje planova jednakosti.¹⁵¹ U vezi s mogućom proaktivnom ulogom EB-a valja naposljetku spomenuti inicijativu švedskog ombudsmana za rasnu, etničku i vjersku diskriminaciju, koji u suradnji s NGO-ima provodi situacijsko testiranje, tj. tajne provjere "na terenu" radi utvrđivanja načina poštovanja antidiskriminacijskih odredbi. Razvidno je da se upravo na taj način mogu prikupiti najtočnije informacije o svakidašnjem ponašanju nadziranih osoba te kod njih kreirati potreban oprez i ljubaznost u ponašanju.

4. ZAKLJUČAK

Kao i uvijek, naglasak je sada na učinkovitosti *provođenja* ZSD-a. Iako neke njegove odredbe (primjerice, uvođenje pojma rodnog identiteta i izražavanja) odstupaju od intimnog stajališta prosječnog stanovnika Hrvatske, taj zakon treba promatrati kao priliku za napredak građanske kulture dijaloga i tolerancije te pokazivanja lojalnosti europskom duhu prihvaćanja različitosti.

Što boljoj provedbi ZSD-a mogle bi pripomoći promjene čije uvođenje *de lege ferenda* treba razmotriti. Među njima je ujedinjenje antidiskriminacijskih

¹⁵¹ ECRI, *Third Report on the United Kingdom*, dostupan na http://www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/1-ecri/2-country-by-country_approach/united_kingdom/United%20Kingdom%20third%20report%20-%20cri05-27.pdf.

jedinica ureda pučkoga te specijaliziranih ombudsmana. Normiranje višestruke diskriminacije mora biti popraćeno procesnim smjernicama te vrijednim kaznenim i prekršajnim odredbama, koje moraju biti revidirane i glede svih pojedinačnih oblika diskriminacije (osobito glede podizanja novčanih kazni). Izričito treba zaštititi i pravne osobe, a razjašnjenje ustavnopravnog okvira za donošenje mjera pozitivne će akcije nedvojbeno u budućnosti biti jedno od težih pitanja pred Ustavnim sudom.

Očito se podbacilo u tome da se pravobraniteljima pruži realan supstrat (u obliku stručnog osoblja te vrijednih financijskih sredstava) obavljanja golemih zadaća koje su im ZSD-om povjerene. U izostanku nade u povećanje danih sredstava treba jačati postojeći funkcionalni kapacitet. To znači proširenje mogućnosti pokretanja istražnih antidiskriminacijskih postupaka te ostvarivanje jake suradnje s NGO-ima. Presudama temeljem udruženih tužbi treba izričito priznati prošireni prejudicijelni učinak, a barem neke zadaće treba povjeriti Uredu za ljudska prava Vlade RH ili NGO-ima.

Nedvojbeno predložene izmjene i preraspodjele zadaća i ovlasti zahtijevaju napore i zakonodavca i praktičara, no još se veći zahtjevi postavljaju glede kreiranja osnovne politike jednakosti. To znači da potrebne institucionalne izmjene moraju biti temeljene na *policy* razmatranjima, pa je još nužnije napokon donijeti Nacionalnu strategiju za suzbijanje svih oblika diskriminacije. Samo donošenje zakona nije i ne smije biti dovoljan znak provedbe naših europskih obveza, kao što nije ni u interesu stanovnika Republike Hrvatske imati zakone – “Potemkinova sela”.

Summary

Ana Horvat *

NEW STANDARDS OF CROATIAN AND EUROPEAN ANTI-DISCRIMINATION LEGISLATION

The author considers the provisions of the new Act on the Elimination of Discrimination, enacted in the fulfillment of Croatia's obligations of transposing two of the

* Ana Horvat, LL. B., Assistant, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

European Union anti-discrimination legal instruments – Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. She defines the novelties introduced by this Act into Croatia’s legal order in view of new forms and grounds of discrimination, as well as new procedural means of the fight against discrimination. She particularly pays attention to the way in which the obligation to institute an equality body has been fulfilled. Since the tasks of this body in Croatia have been entrusted to the already existing institutions of parliamentary and specialized ombudsmen, she questions not only to what extent that solution is satisfactory given the demands of the Directives, but also how it is justified teleologically, especially given the substantive and functional guarantees of their performance. With this aim, she uses comparison to the European Union Member States’ experiences, especially the comparative data of those among them that have also entrusted the equality body’s tasks to their ombudsmen.

Key words: Act on the elimination of discrimination, European Union, ombudsman, discrimination

Zusammenfassung

Ana Horvat **

DIE NEUEN STANDARDS IN DER KROATISCHEN UND EUROPÄISCHEN ANTIDISKRIMINIERUNGSGESETZGEBUNG

Die Autorin erörtert die Bestimmungen des neuen Gesetzes über die Bekämpfung der Diskriminierung (Gesetzblatt Narodne novine 85/2008), das zwecks Erfüllung der pflichtgemäßen Anpassung an die Vorgaben der beiden Anti-Diskriminierungsinstrumente der Europäischen Union, der Richtlinie 2000/43/EG und 2000/78/EG, verabschiedet wurde. Analysiert werden die Neuerungen, die als neue Formen und Grundlagen der Diskriminierung sowie neue Prozessmittel der Diskriminierungsbekämpfung aufgrund dieses Gesetzes Teil der kroatischen Rechtsordnung werden. Besonderes Augenmerk gilt dem Ansatz, der bezüglich der Verpflichtung, eine Stelle zur Förderung der Gleichbehandlung

** Ana Horvat, Diplom. Jurist, Assistentin an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

einzurichten, gewählt wurde. Da die Aufgaben dieser Stelle in der Republik Kroatien den bereits existierenden Institutionen des Bürgerbeauftragten (Ombudsmannes) und spezialisierter Bürgerbeauftragter anvertraut sind, wird nicht nur geprüft, inwieweit eine solche Lösung den Anforderungen der Richtlinie entspricht, sondern auch, inwiefern sie teleologisch gerechtfertigt ist, insbesondere hinsichtlich der materiellen und funktionellen Gewähr für die Erfüllung ihrer neuen Aufgaben. Zu diesem Zweck werden Erfahrungen aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union als Vergleichsgrundlage herangezogen, vornehmlich die komparativen Angaben aus jenen EU-Ländern, die die Aufgaben der Anti-Diskriminierungsstellen ebenfalls ihren Bürgerbeauftragten anvertraut haben.

Schlüsselwörter: Gesetz über die Bekämpfung der Diskriminierung, Europäische Union, Bürgerbeauftragter/Ombudsmann, Diskriminierung