



ANALIZA ZAKONA
O RAVNOPRAVNOSTI
SPOLOVA



cesi

IMPRESUM

Autor:

mr.sc. Goran Selanec

Izdavač:

CESI

Za izdavačice:

Anamarija Gospočić

Lektura:

Kristina Šubašić

Grafičko oblikovanje:

BESTIAS

Naklada:

300

Godina izdanja:

2008.

CIP zapis dostupan u računalnom katalogu Nacionalne i sveučilišne knjižnice u Zagrebu pod brojem 664977.

ISBN 978-953-7203-10-8

Centar za edukaciju, savjetovanje i istraživanje
Center for Education, Counselling and Research
Nova cesta 4, 10 000 Zagreb; Tel: + 385 1 24 22 800
Fax: + 385 1 24 22 801; E-mail: cesi@zamir.net;
web stranica: www.cesi.hr, www.ravnopravnost.cesi.hr

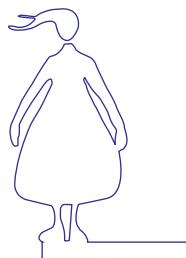


Katedra za europsko javno pravo
Jean Monnet Chair | Sveučilište u Zagrebu | Pravni fakultet



SADRŽAJ

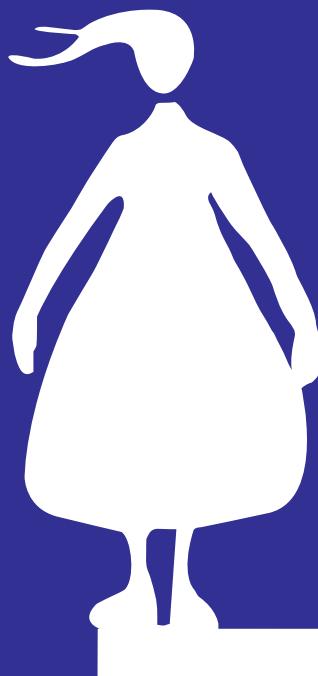
1. UVOD
2. VRIJEDNOSNI CILJEVI
3. ZABRANA DISKRIMINACIJE
4. ZABRANA UZNEMIRAVANJA I SPOLNOG UZNEMIRAVANJA
5. NEPOVOLJNO POSTUPANJE PREMA TRUDNICAMA
6. NEIZRAVNA DISKRIMINACIJA
7. IZUZECI OD ZABRANE DISKRIMINACIJE
8. POZITIVNE MJERE RADI PROMICANJA JEDNAKOSTI ŽENA I MUŠKARACA NA TRŽIŠTU RADA
9. UČINKOVITA ZAŠTITA PRAVA NA JEDNAKOST





1

UVOD





CILJEVI ANALIZE

Cilj analize je ukazati na nedostatke u hrvatskom pravnom okviru zaštite jednakosti spolova, kojim se jamči jednak položaj žena i muškaraca na tržištu rada.

Analiza polazi od dvije široko prihvачene pretpostavke:

1. Hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova u načelu ima dobra zakonska rješenja koja jamče jednakost spolova.
2. Propisi Republike Hrvatske o jednakosti spolova na tržištu rada u najvećem dijelu usklađeni su s pravnom stečevinom (acquis) Europske unije, čime je RH dobrom dijelom ispunila svoje obveze usklađivanja na području jednakosti spolova na tržištu rada.

Rezultati analize su pokazali da niti jedna od ove dvije pretpostavke nema osnova.

Analiza je prvenstveno htjela ukazati na nesuglasice unutar hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova, koje ozbiljno ugrožavaju učinkovitu zaštitu prava na jednakost žena i muškaraca na tržištu rada. U tom smislu, analiza je prije svega bila usmjerena na zakonske propise i prepreke njihovo primjeni. Isto tako, analiza je prvenstveno bila usmjerena na radne odnose i položaj žena i muškaraca na tržištu rada. Analiza je tako usredotočena na odnose zapošljavanja, napredovanja, uvjete zaposlenja, obrazovanja, ospozobljavanja, usavršavanja za rad, te na naknade za rad. Analiza stoga ne uključuje odredbe kojima se jamči jednakost spolova u sustavima socijalnog osiguranja, kao što su mirovinsko ili zdravstveno osiguranje. Ta važna područja zaslužuju samostalnu sveobuhvatnu analizu.

Primarni objekti analize su pravni izvori relevantni za zaštitu jednakosti spolova na tržištu rada:

1. Zakon o ravnopravnosti spolova (NN 116/03.),
2. Zakon o radu (NN 137/04),

3. Zakon o obveznim odnosima (NN 35/05.).

Ustanovljavanje nesuglasica i nedostataka unutar domaćih pravnih propisa na području zaštite jednakosti spolova na tržištu rada nije bila jedina svrha analize. Analiza je također imala za svrhu ukazati na neusklađenost domaćeg zakonodavstva s pravnom stečevinom Europske unije na tom području. Analiza je za potrebe te svrhe u obzir uzela pravne odredbe relevantnih Direktiva kojima se uređuje jednakost spolova na tržištu rada, ali i praksi Europskog suda pravde. Analiza stoji na stajalištu da nije svrhovito usklađivati hrvatsko zakonodavstvo s pravnom stečevinom EU na tom području, ako se u postupak usklađivanja ne uključi praksa Europskog suda pravde.

Pravni propisi Europske unije koje je analiza uzela u obzir pri ocjenjivanju usklađenosti hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova na tržištu rada su:

- Direktiva 2006/54/EC o provedbi načela jednakih prilika i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u radnim odnosima i zanimanjima (Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation).
- Direktiva 2004/113/EC o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u ponudi i pristupu dobrima i uslugama (Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services).
- Direktiva 2002/73/EC koja sadrži amandmane na Direktivu 76/207/ED o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnog ospozobljavanja i napredovanja te radnih uvjeta (Directive 2002/73/EC amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions).
- Direktiva 97/80/EC o teretu dokazivanja u slučajevima koji se odnose na diskriminaciju na temelju spola (Directive 97/80/EC on the burden of proof in cases of discrimination based on sex).
- Direktiva 92/85/EEC o uvođenju mjera kojima se potiče poboljšanje u sigurnosti i zdravstvenim uvjetima trudnih radnika i radnica koje su nedavno rodile ili doje (Directive 92/85/EEC on the introduction of measures to en-



- courage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding).
- Direktiva 76/207/ED o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnog osposobljavanja i napredovanja te radnih uvjeta (Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions).

Analiza je nastajala u periodu koji je veoma osjetljiv za hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova, kako zbog odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske kojom je ukinut Zakon o ravnopravnosti spolova (Odluka U-I / 2696 / 2003), tako i zbog pregovora koje će Republika Hrvatska voditi s Europskom Unijom u Poglavlju 19. - Socijalna politika i zapošljavanje - Pregovora o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji. U svjetlu navedenog, analiza je prvenstveno usmjerena prema hrvatskim zakonodavnim tijelima. Jedan od njenih glavnih ciljeva je bio pomoći hrvatskim zakonodavnim tijelima ukazujući na one dijelove hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova koji su problematični, kako sa stajališta učinkovite primjene hrvatskih propisa tako i sa stajališta usklađenosti s uvjetima koji za Republiku Hrvatsku na tom području proizlaze iz pravne stečevine Europske unije.

No, analiza je također usmjerena i prema tijelima koja su odgovorna za provedbu hrvatskih propisa zaštite jednakosti spolova na tržištu rada. U tom smislu, analiza nije isključivo usredotočena na tekstove zakonskih odredbi, već se do određene mјere bavi i vrijednosnom pozadinom pravnih instrumenata zaštite jednakosti spolova. Na taj način, cilj analize je bio približiti smisao tih instrumenata tijelima odgovornim za zaštitu jednakosti spolova, te ih tako podržati u njihovom zadatku učinkovite provedbe hrvatskih propisa kojima se jamči jednakost spolova na tržištu rada. U tom vrijednosnom dijelu, analiza se iz praktičkih razloga prostora, preglednosti i jednostavnosti zadržala na osnovama.

Na kraju, nije bila namjera zadržati se na kritičkoj analizi zakonodavnog okvira kojim se jamči jednakost spolova na tržištu rada, već dati i određene knostrukturivne prijedloge o mogućem rješavanju uočenih problema.

STRUKTURA ANALIZE

Analiza se sastoji od 4 dijela:

1. Vrijednosni ciljevi
2. Zabrana diskriminacije na temelju spola
3. Pozitivne mjere radi promicanja jednakosti spolova
4. Učinkovita zaštita prava na jednakost

U prvom dijelu analiza nastoji ustanoviti i približiti smisao vrijednosnih ciljeva koje promiče hrvatski okvir zaštite jednakosti spolova. Isto tako, upućuje na različita shvaćanja idealna jednakosti spolova koja se mogu vezati uz te ciljeve. Smisao prvog dijela je, prije svega, ukazati na konkretnе vrijednosti i interese koje valja imati na umu kod tumačenja i primjene hrvatskih zakonskih propisa kojima se jamči jednakost spolova.

U drugom dijelu analiza se bavi svim oblicima diskriminacije na temelju spola, uključujući i izuzetke od zabrane diskriminacije na temelju spola. Taj dio se tako bavi zabranom izravne diskriminacije, zabranom spolnog uznemiravanja, zabranom nepovoljnog postupanja na osnovu trudnoće i rodiljnog dopusta, te izuzecima od zabrane diskriminacije. Prvenstveni cilj tog dijela analize je bio ukazati na ozbiljne nedostatke unutar hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova u pogledu načina na koji hrvatska zakonska rješenja uređuju zabranu diskriminacije na temelju spola, ali i približiti smisao navedenih pravnih instrumenata.

Treći dio analize posvećen je tzv. mjerama pozitivne akcije. Smisao tog dijela analize bio je pojasniti ideju pozitivne akcije, uputiti na nedostatke u hrvatskim pravnim propisima kojima se uređuje mogućnost poduzimanja mjera pozitivne akcije, te predložiti neka konkretna rješenja kojima bi se taj dio hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova mogao poboljšati.

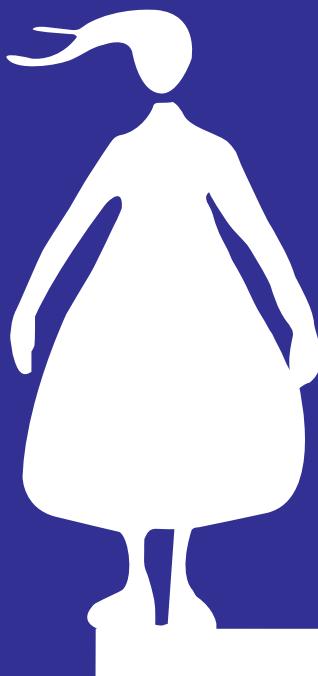


Četvrti dio analize posvećen je glavnim instrumentima kojima se pokušava osigurati učinkovita zaštita prava na jednako postupanje na tržištu rada. Taj dio analize se stoga prije svega bavi teretom prebacivanja dokaza u sporovima koji se tiču diskriminacije temeljem spola, te naknadom štete nastale diskriminacijom temeljem spola. Prvenstvena svrha tog dijela je ukazati na određene nedostatke, ali i određene uvjete koji proizlaze iz pravne stečevine Europske unije, a kojih će se hrvatska provedbena tijela morati pridržavati u praksi.



2

VRIJEDNOSNI CILJEVI



Jedno od značajnih obilježja hrvatskog pravnog okvira je pluralizam vrijednosnih ciljeva koje hrvatske zakonske odredbe vežu uz ideal jednakosti. Zakon o ravnopravnosti spolova, kao središnji zakonski instrument promicanja i zaštite jednakosti spolova, u čl. 5. tako propisuje da

Ravnopravnost spolova znači da su žene i muškarci jednako prisutni u svim područjima javnog i privatnog života, da imaju jednak status, jednakе mogućnosti za ostvarivanje svih prava, kao i jednaku korist od ostvarenih rezultata.

Drugim riječima, hrvatski pravni okvir je jednakost spolova odredio kroz različite vrijednosne ciljeve kojima bi trebalo težiti kroz primjenu ostalih normi koje pripadaju tom okviru. U tom smislu, provedbena tijela, prije svih sudovi, trebala bi pri tumačenju i primjeni zakonskih rješenja kojima se štiti jednakost spolova težiti da njihove odluke promiču:

- jednaku prisutnost žena i muškaraca u svim područjima javnog i privatnog života,
- jednak status žena i muškaraca,
- jednakе mogućnosti za ostvarivanje svih prava,
- jednaku korist od ostvarenih rezultata.

Korisno je primijetiti da, iako su postavljeni prilično široko i kao takvi su podložni različitim tumačenjima, svaki od navedenih vrijednosnih ciljeva gravitira drugačijem poimanju (konceptcijom) jednakosti koja nisu nužno sukladna, dapače vrlo često se znaju naći u sukobu. Priznanje da je veoma moguće da ideal jednakosti nema jedinstveno značenje, nego teži ostvarenju različitih suprotstavljenih interesa i vrijednosti, na određeni način je izraženo i u čl. 1. ZRS:

Ovim se Zakonom utvrđuju opće osnove za zaštitu i promicanje ravnopravnosti spolova kao temeljne vrednote ustavnog poretku Republike Hrvatske, te definira i uređuje način zaštite od diskriminacije na temelju spola i stvaranje jednakih mogućnosti za žene i muškarce.

Kao što ćemo vidjeti na nekoliko mjesta u ovoj analizi, posebno kod pitanja direktnе diskriminacije ili pozitivne akcije, cilj zaštite od nejednakog postupanja temeljem spola često zna doći u sukob s pozitivnim mjerama koje teže stvaranju jednakih mogućnosti za žene i muškarce. No bez obzira na suprotnosti između ovih ciljeva, hrvatski pravni okvir ih priznaje kao jednakо vrijedne načine zaštite



i promicanja ravnopravnosti spolova kao temeljne vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske.

Kako bi pojasnili moguće implikacije koje sadrži takav pluralistički način određivanja jednakosti pokušat ćemo ukratko pribiližiti moguća tumačenja svakog od četiri navedena vrijednosna cilja.

STATUSNA JEDNAKOST

Ovaj vrijednosni cilj vjerojatno je najlakše tumačiti kao jamstvo da će domaći pravni sustav ženama i muškarcima osigurati jednaku (ista) prava i propisati obveze u svim segmentima društvenog života. Drugim riječima, žene i muškarci imali bi zajamčena jednakna prava i obveze u statusu zaposlenika, roditelja, bračnih drugova, studenta, državljanina itd.

Takvo tumačenje bilo bi blisko onom poimanju jednakosti koje naglašava važnost svakog pojedinca te jednakost vidi kao konzistentnu primjenu istih standarda postupanja na svaku osobu, bez obzira na njezin spol, nacionalnu pripadnost, rasu i slične osobne karakteristike. Prema tom shvaćanju pojedinac je centralna vrijednost, te se svaku osobu mora štititi na jednak način, odnosno svakoj osobi se mora pružiti jednak prilika da uživa sve koristi koje pruža određeno društvo. U kontekstu jednakosti spolova, to shvaćanje bi zahtijevalo da niti jednoj osobi ne smije biti uskraćena mogućnost korištenja niti jednom društvenom prilikom ili korišću zato što pripada određenom spolu. Muškarci i žene moraju biti tretirani na isti način.

Takvo poimanje idealna jednakosti dobrim dijelom svoj izraz nalazi u zabrani diskriminacije temeljem spola u čl. 6. ZRS-a, odnosno u zabrani izravne diskriminacije u čl. 7. ZRS-a i čl. 2. ZR-a.



JEDNAKA KORIST OD OSTVARENIH REZULTATA

Ovaj vrijednosni cilj najlakše je shvatiti u smislu težnje za jamstvom da će trud koji žene i muškarci ulažu u cijeli niz društvenih zadataka i poslova biti jednakо cijenjen i jednakо nagrađen. Tako shvaćen, ovaj vrijednosni cilj možda je najbolje izražen kroz široko prihvaćeni postulat da svaka osoba mora biti jednakо plaćena za jednak rad, ili da svaka osoba mora dobiti priliku za promaknuće na temelju svog uloženog rada i profesionalnih dostignuća. Isto tako ga možemo naći u ideji da bi ograničeni broj mesta u višim oblicima obrazovanja trebao biti raspodijeljen na temelju ostvarenog znanja, bez obzira na pripadnost osobe nekoj društvenoj skupini.

Tako shvaćen, cilj jednakosti od ostvarenih rezultata je blizak poimanju jednakosti koja inzistira na jednakom postupanju prema svakoj osobi temeljem njenih osobnih kvaliteta odnosno sposobnosti i postignuća. U tom smislu, činjenica da osoba pripada određenom spolu (ili drugoj društvenoj skupini) je nevažna, jer ne određuje osobne kvalitete koje ta osoba posjeduje kao pojedinac. Takvo poimanje jednakosti je blisko koncepciji jednakosti koja inzistira na strogoj konzistentnosti u primjeni istih standarda postupanja na svaku osobu, iako s njom nije uvijek u potpunom suglasju.

Poimanje koje inzistira na vrijednosti osobnih sposobnosti i postignuća otvoreno je prema mogućnosti da su nejednake društvene prilike, a posebno otvorena diskriminacija u prošlosti, stavile određene društvene skupine u povoljniji položaj i time im dale prednost pri stjecanju važnih znanja i iskustava na temelju kojih se formiraju osobne sposobnosti i postignuća. U svjetlu takvih nejednakosti, to poimanje jednakosti spremno je tolerirati mjere kojima bi se osobama koje pripadaju skupinama u nepovoljnijem društvenom položaju dale određene prednosti, koje bi im omogućile razvitak njihovih stručnih sposobnosti i znanja, te tako osiguralo jednak polaznu poziciju s ostalim članovima društva u natjecanju za vrijedne društvene prilike kao što su radna mjesta, visoko obrazovanje ili pozicije u važnim društvenim tijelima. Takvo poimanje jednakosti često se naziva i formalnom jednakošću prilika.



Ta koncepcija nalazi svoj izražaj jednim dijelom u zabrani izravne diskriminacije (čl. 7. ZRS-a i čl. 2. ZR-a), jednim dijelom u zabrani indirektne diskriminacije (čl. 7. ZRS-a i čl. 2. ZR-a) te jednim dijelom u određenim mjerama pozitivne akcije (čl. 9. ZRS-a).

JEDNAKA MOGUĆNOST ZA OSTVARIVANJE SVIH PRAVA

Ovaj vrijednosni cilj vjerojatno je najprihvatljivije tumačiti kao težnju da se svim osobama osigura jednakna mogućnost korištenja društvenim dobrima (prilikama i materijalnim koristima), usprkos razlikama u njihovom društvenom položaju. Ovakav cilj je npr. izražen kroz načelo da bi mjesta u visokom obrazovanju trebala biti dostupna i djeci socijalno ugroženih roditelja, usprkos činjenici da ne posjeduju određeni nivo znanja koje se može steći u kvalitetnijim školama koje najčešće takvoj djeci nisu dostupne. Isto tako ga možemo naći u ideji da žene ne bi trebale snositi negativne posljedice u pogledu svoga radnog mjesta zbog svoje trudnoće.

Tako shvaćen, ovaj vrijednosni cilj najbolje odgovara poimanju jednakosti koje teži uklanjanju prepreka, koje se nalaze duboko ugrađene u strukturu društvenih odnosa i koje priječe osobe određenih društvenih skupina da na jednak način sudjeluju u svim društvenim prilikama, te tako sustavno dovode tu skupinu u nepovoljniji društveni položaj. To poimanje ne vidi pojedinačne slučajevе diskriminacije temeljem predrasuda ili stereotipnih stavova kao najvažniji uzrok nejednakosti spolova, već srž problema nalazi u nejednakoj podjeli društvenih uloga i njihovom nejednakom vrednovanju. U tom smislu, ova koncepcija prvenstveno teži uklanjanju strukturalne diskriminacije.

U kontekstu jednakosti spolova, takvo poimanje jednakosti kritički preispituje pravičnost i poželjnost trenutne raspodjele roditeljskih i obiteljskih dužnosti između žena i muškaraca, kritizira prividnu neutralnost i objektivnost cijelog niza kriterija na temelju kojih raspodjeljujemo društvene prilike, odnosno nagrađujemo doprinose žena i muškaraca, te upućuje na široko rasprostranjene rodne stereotipove o sposobnostima i interesima osoba jednog ili drugog spola



koji u značajnom broju segmenata društvenog života dovode do segregacije među osobama ženskog i muškog spola.

U svjetlu navedenog, to poimanje jednakosti je spremno ne samo tolerirati odstupanja od načela konzistentnog postupanja prema pojedincima već i zahtjeva takvo što, ako su takve mjere potrebne kako bi se uklonile ili ublažile strukturalne prepreke koje priječe stvarnu jednakost prilika. Stoga tu koncepciju jednakosti možemo dobrim dijelom naći u zabrani indirektne diskriminacije (čl. 7. ZRS-a i čl. 2. ZR-a), u zabrani diskriminacije temeljem trudnoće (čl. 64. ZR-a), u zabrani nepovoljnog postupanja prema ženama na porodiljnom dopustu, u obvezi osjetljivosti prema položaju spolova (čl. 3. ZRS-a) te u određenim mjerama pozitivne akcije (čl. 9. ZR-a).

JEDNAKA PRISUTNOST ŽENA I MUŠKARACA U SVIM PODRUČJIMA JAVNOG I PRIVATNOG ŽIVOTA

Ovaj vrijednosni cilj očigledno promiče stajalište da postoji određena vrijednost u razmernom sudjelovanju žena i muškaraca u svim odnosima, poslovima, institucijama i tijelima važnim za funkcioniranje određenog društva. Takvo shvaćanje nalazimo npr. u ideji da je poželjno imati razmernu raspodjelu mesta u svim tijelima političkog odlučivanja, odnosno razmerno sudjelovanje žena i muškaraca u svim važnijim javnim institucijama. Isto tako, susrećemo ga u stavu da je značajnija spolna nerazmjernost u strukturi zaposlenih na tržištu rada odraz društvene nejednakosti.

Taj vrijednosni cilj blizak je poimanju jednakosti koje je usredotočeno na položaj društvene skupine u društvu, odnosno koje vjeruje da je pravična raspodjela društvenih prilika i koristi između društvenih skupina jamstvo društvene jednakosti.

Postoji nekoliko mogućih razloga zašto ta vrsta jednakosti promiče razmernu raspodjelu između skupina. Takva raspodjela se ponekad shvaća kao neki oblik distributivne pravičnosti, jer jamči svim društvenim skupinama da će njihovi

članovi u najmanju ruku imati minimalno onoliko šansi za sudjelovanjem u vrijednim društvenim prilikama koliki je udio skupine u cjelokupnom društvu. Veoma često susrećemo i poimanje jednakosti koje razmjernost društvene raspoljene opravdava društvenom vrijednošću grupe. Prema tom poimanju, društvene skupine imaju određeni identitet - stil života, kultura, vrijednosni stavovi, zajednički osjećaj pripadnosti i lojalnosti, povijest i religija - koji je poželjnoštiti i promicati. Priznanje tog identiteta od strane ostalih društvenih skupina, odnosno društva u cjelini, je prema tom poimanju izraz društvene jednakosti.

No, razmjerna zastupljenost žena i muškaraca u svim područjima javnog i privatnog života može biti poželjna čak i ako nismo skloni ideji da postoji neki kolektivni identitet koji određuje naše osobne interese, stavove i potrebe. Tako je moguće vjerovati da činjenica pripadnosti određenoj skupini nosi sa sobom određeno iskustvo koje članovi drugih skupina ne posjeduju. U tom smislu, zato što su rezultat našeg životnog iskustva, osobni interesi i stavovi o različitim pitanjima od značaja za društvo različiti su od pripadnika jedne društvene skupine do druge. Razmjerna zastupljenost tako bi doprinijela različitosti stavova i ideja o važnim društvenim pitanjima, te tako povećala demokratičnost i legitimnost, ako ne i učinkovitost društvenih odnosa.

Takva poimanja jednakosti koja naglašavaju važnost društvene skupine bila bi izražena kroz određenu vrstu mjera pozitivne akcije (čl. 9 -12. ZRS-a), te u manjoj mjeri kroz zabranu indirektne diskriminacije. Mnoge mjere koje štite majčinstvo kao temeljnu rodnu ulogu osoba ženskog spola također često izražavaju jedno od opisanih stajališta koje promiče jednakost temeljenu na kolektivnom identitetu.

Takov pluralizam vrijednosnih ciljeva će zasigurno tumačenje i primjenu antidisplinacijskih instrumenata učiniti izazovnijim i složenijim zadatkom. No, stoga što priznaje da jednakost nije jednoznačan pojam već se sastoji od niza suprotstavljenih, ali jednak poželjnih vrijednosnih ciljeva, ovaj pristup definiranja jednakosti ostavlja provedbenim tijelima slobodu da ovisno o konkretnim okolnostima svakog pojedinog slučaja, odnosno ovisno o društvenom kontekstu i mogućim posljedicama koje bi iz određene odluke mogle proizići kroz tumačenje zakonskih instrumenata koji pripadaju hrvatskom okviru zaštite jednakosti spolova, nađu za taj slučaj najpravičnije i najuravnoteženije rješenje.



Provedbena tijela, naročito sudovi, trebala bi biti svjesna pluralizma vrijednosnih ciljeva pri tumačenju cijelog niza instrumenata koji su u izvjesnoj mjeri ostali neodređeni upravo kako bi dozvolili provedbenim tijelima da, ovisno o konkretnom slučaju i okolnostima, nađu najpoželjnije rješenje. To se posebno odnosi na zabranu indirektne diskriminacije, spolno uznemiravanje, mjere pozitivne akcije, prebacivanje tereta dokaza ili naknadu štete nastale diskriminacijom.

Štoviše, ovakav pluralizam vrijednosnih ciljeva također nalazimo u pravnom okviru zaštite jednakosti spolova u EU. Tako i u pravnim propisima, a još više u praksi Europskog suda pravde, nalazimo priznanje da jednakost spolova nije jednoznačan ideal. U praksi Europskog suda pravde tako možemo naći cijeli niz poimanja jednakosti, kao što su formalna jednakost, substancialna tj. stvarna jednakost, uža ili šira jednakost prilika itd. Obzirom na našu obvezu potpunog pravnog usklajivanja s pravnom stečevinom EU, bilo bi poželjno da pri primjeni domaćih zakonskih rješenja hrvatska provedbena tijela također uzmu u obzir i ciljeve kojima ti instrumenti služe u praksi Europskog suda pravde.

Ono što zabrinjava je vjerojatnost da hrvatski sudovi i ostala provedbena tijela nisu dovoljno opremljeni za primjenu instrumenata zaštite jednakosti spolova. Vrlo je vjerojatno da se s tim problemom nisu često susretali u praksi, odnosno da mnoge od instrumenata nisu niti imali prilike upoznati. Isto tako je vrlo vjerojatno da im kroz njihovo pravno obrazovanje nije pruženo kvalitetno znanje vezano uz problem nejednakosti spolova. U tom smislu, bez dodatnog ospozobljavanja, hrvatski sudovi vjerojatno neće biti svjesni svih implikacija koje pluralizam vrijednosnih ciljeva ima za tumačenje i primjenu konkretnih zakonskih instrumenata zaštite jednakosti spolova.

Tu situaciju zasigurno treba uzeti u obzir pri izradi novog Zakona o ravnopravnosti spolova. U tom smislu, što se tiče utvrđivanja vrijednosnih ciljeva koji čine ideal jednakosti spolova, bilo bi korisno dati konkretnije obrazloženje što svaki od ciljeva koji čine ideal jednakosti uključuje.

ZAKLJUČCI I PREPORUKE

Glavni zaključci

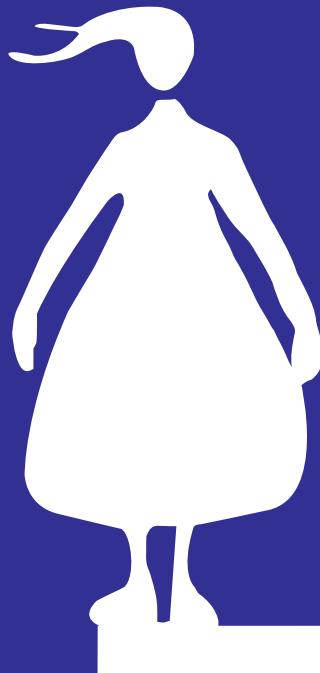
- Hrvatski pravni okvir ima relativno dobar vrijednosni okvir koji određuje ideal jednakosti muškaraca i žena.
- Vrijednosni ciljevi koje nabraja ZRS imaju potencijal biti od značajne pomoći pri tumačenju i primjeni niza konkretnih instrumenata zaštite i promicanja jednakosti.
- Izgleda da hrvatska provedbena tijela nisu svjesna pluralizma vrijednosnih ciljeva, što bi moglo otežati primjenu niza zakonskih instrumenata i dovesti do određenih problema u praksi.

Preporuke:

- Bilo bi korisno kada bi novi ZRS obrazložio što je točno svrha vrijednosnih ciljeva i što uključuje svaki od vrijednosnih ciljeva koji tvore ideal jednakosti spolova, te ih na taj način približio provedbenim tijelima.
- Pri konkretnijem određivanju vrijednosnih ciljeva trebalo bi voditi računa o njihovoj ulozi i značenju u pravnoj stečevini EU.

3

ZABRANA DISKRIMINACIJE





Zabrana diskriminacije je bez sumnje središnji pravni instrument promicanja i zaštite jednakosti spolova. To je lako uočljivo u Zakonu o ravnopravnosti spolova (ZRS) i Zakonu o radu (ZR). Takav značaj zabrane diskriminacije u skladu je i sa značenjem koje taj pravni instrument ima u politici promicanja jednakih prilika muškaraca i žena u sustavu Europske unije.

Analiza ipak pokazuje da zbog složenosti problema nejednakosti spolova, neizbjegne otvorenosti zakonskih rješenja te načina na koji ju je zakonodavac odredio, zabrana diskriminacije nije jedinstven instrument. Naprotiv, zabrana diskriminacije sastoji se od nekoliko različitih instrumenata koji nisu ujek u potpunom skladu, a teže promicanju različitih vrijednosti.

Ta tvrdnja nije kritika zakonodavcu, već upozorenje da zakonski tekst nikad neće do kraja uspjeti obuhvatiti problem nejednakosti spolova. Velika odgovornost stoga ostaje na provedbenim tijelima, posebno sudovima, koja bi trebala putem svojih odluka konkretnije odrediti sadržaj zakonom propisanih jamstava, imajući u vidu vrijednosne ciljeve koje je hrvatski pravni okvir pred njih postavio.

ZABRANA IZRAVNE DISKRIMINACIJE

Vrijednosna pozadina zabrane izravne diskriminacije

Zabrani izravne diskriminacije data je izuzetna važnost u pravnim sustavima kojima se jamči i promiče jednakost spolova i taj instrument se veoma često smatra najvažnijim jamcem jednakosti spolova. Štoviše, nerijetko je načelo jednakog postupanja izjednačeno s idealom jednakosti. Taj instrument stoga ima središnju ulogu u politici postizanja rodne jednakosti u Europskoj uniji.

No, bez obzira na važnost, taj je instrument još ujek obilježen nejasnoćama. Velik dio nejasnoća proizlazi iz činjenice da postoje dva različita pristupa izravnoj diskriminaciji.

Izravnu diskriminaciju se najčešće poistovjećuje sa strogom konzistentnošću u postupanju s pojedincima. Drugim riječima, do diskriminacije dolazi svaki put kada se osobe tretiraju različito zbog njihovog spola. Taj pristup je stoga često usredotočen na postupak odlučivanja, odnosno na kriterije na temelju kojih se

donosi neka odluka. Jednakost kao konzistentnost se temelji na prepostavci jednakе vrijednosti svake osobe kao pojedinca i u tom smislu prepostavlja da su sve osobe iste bez obzira na spol, rasu, nacionalnost ili ostale slične razlike. Kriterij spola stoga postaje zabranjenom osnovom za odlučivanje o interesima osoba. To znači da će prema ovom pristupu do izravne diskriminacije doći svaki put kada npr. poslodavac doneše neku odluku temeljem razloga što je osoba o čijim interesima se odlučuje određenog spola. Drugim riječima, stroga konzistentnost zahtjeva da poslodavac postupa prema svakoj osobi na isti način, bez obzira na njezin spol, odnosno razlike koje postoje između žena i muškaraca.

S druge strane, izravnoj se diskriminaciji često prilazi i kroz poredbeni (komparacijski) pristup. Zabранa izravne diskriminacije tako se često uzima kao izraz klasične ideje pravičnosti u obliku jednakog postupanja prema onima koji su isti, odnosno u istoj situaciji (jednako situirani). Stoga što je utemeljena na dihotomiji ‘isto-različito’, zabranom izravne diskriminacije također se prije svega inzistira na konzistentnosti postupanja. No, ovdje je u centru pažnje komparator, a ne sadržaj postupka odlučivanja. Da bi se utvrdila konzistentnost postupanja kojom se jamči jednakost, usporedbom se mora utvrditi da su dvije osobe slične. U tom smislu, za razliku od stroge konzistentnosti, takav pristup nužno ne negira sve razlike između žena i muškaraca.

Dva navedena pristupa dijele istu vrijednosnu pozadinu, iako ponekad nisu u potpunom suglasju. Oba pristupa shvaćaju jednakost kao konzistentnost, odnosno istost, te su usredotočena na pojedinca. Isto tako, u oba se pristupa ističe poštivanje forme kao jamstvo jednakosti dok su supstancialne posljedice konzistentnog postupanja izvan fokusa, ako ne i irelevantne.

No, između ova dva pristupa postoji jedna značajna razlika. Dok stroga konzistentnost ne dopušta nikakvu razliku u postupanju prema osobama, komparacijski pristup je otvoren prema mogućnosti da postoje situacije, poput trudnoće, u kojima se muškarci i žene razlikuju te bi stoga prema njima trebalo i različito postupati. Ono što je problematično kod komparacijskog pristupa je to što nije jasno prema kojim kriterijima bi se određivalo kada su žene i muškarci isti, a kada različiti. Isto tako, čak i kada bismo našli neki prihvatljivi način da odredimo koje razlike su bitne, morali bismo odgovoriti na pitanje kako točno prema tim razlikama postupati. Tvrđiti da su žene i muškarci u nekom pogledu različiti, samo nam govori da se prema njima ne bi trebalo postupati isto i ništa više.



Nerazumijevanje ova dva pristupa direktnoj diskriminaciji ponekad u praksi dovodi do absurdnih situacija. Ako bi se slijepo inzistiralo na poredbenom pristupu, otvorila bi se mogućnost interpretacije koja kaže da je svako različito postupanje prema osobama različitog spola koje se nalaze u sličnoj situaciji - diskriminacija. Tako bi se npr. pri donošenju odluke o zapošljavanju poslodavac morao isto odnositi prema kandidatu i kandidatkinji koji su jednako kvalificirani, iako iz nekih osobnih razloga, kao što je bolji dojam o jednom od kandidata, želi dati prednost jednoj od tih osoba. Procesni pristup ne inzistira toliko na različitom postupanju, koliko na njegovom uzroku. Različito postupanje je diskriminatorno samo ako je do njega došlo zbog pripadnosti određenom spolu. Drugim riječima, poslodavac iz gornjeg primjera ne bi bio ograničen u svom izboru ako je uzrok takvom postupanju bolji dojam, a ne spol te osobe.

Neusklađenost hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova

Hrvatski pravni sustav, nažalost, odražava opisanu nekonzistentnost u shvaćanju izravne diskriminacije. Tako se u članku 7. ZRS-a utvrđuje da:

Izravna diskriminacija postoji ako se prema osobi postupa ili bi se moglo postupati nepovoljnije u jednakim ili sličnim okolnostima u odnosu na osobu suprotnoga spola.

Takvom odredbom ZRS-a, inzistira se na poredbenom pristupu tumačenja izravne diskriminacije. Da bi se prema ZRS-u utvrdila izravna diskriminacija, osoba treba dokazati da se prema njoj postupalo nepovoljnije u usporedbi s osobom suprotnog spola u jednakoj ili sličnoj situaciji. Osoba suprotnog spola je odgovarajući komparator kada se nalazi u jednakim ili sličnim okolnostima. Komparator tako postaje ključni element diskriminacije.

ZRS-om je na taj način širom otvorena mogućnost tumačenja koja kaže da do izravne diskriminacije nije moglo doći ako se nije utvrdilo postojanje stvarnog ili hipotetskog komparatora. Takva interpretacija izravne diskriminacije može dovesti do absurdnih situacija. Temeljem ove odredbe moguće je tvrditi da, pravno gledajući, nema diskriminacije ako se usporedbom s određenim muškim komparatorom ne može utvrditi nepovoljnije postupanje iako postoje dokazi poput izjava, dopisa ili ponašanja poslodavca koji pokazuju da je do nepovoljnog postupanja došlo zato što je osoba ženskog spola. Vjerovatnost ovakvog tumačenja veća je u pravnim sustavima koji su skloni formalističkom tumačenju

pravnih normi, odnosno u onim pravnim sustavima koji nisu dovoljno upoznati s vrijednosnom pozadinama i svrhom tog pravnog instrumenta. Budući da hrvatski sudovi pokazuju obilježja takvog sustava, korisno je da se pri definiranju zabrana izravne diskriminacije u novom ZRS-u uzme u obzir mogućnost ovako iskrivljene primjene.

S druge strane, načinom na koji ZRS-a određuje izravnu diskriminaciju dozvoljava se i neka vrsta tzv. "uravnilovke". Tako se može tumačiti da je došlo do povrede zabrane izravne diskriminacije u slučaju da je poslodavac za istu vrstu posla osobu jednog spola plaćao više nego osobu drugog spola, iako razlika u plaći nije bila utemeljena na pripadnosti određenom spolu, već na nekom drugom razlogu, kao što je npr. uloženi trud ili odanost. Jednostavnim se primjerima veoma lako razotkrivaju ozbiljna ograničenja koja takvo tumačenje ima obzirom na mogućnost učinkovite primjene zabrane izravne diskriminacije. Pri zapošljavanju osoba s istim kvalifikacijama za posao, to nas tumačenje dovodi u pat poziciju. Naime, budući da su osobe zbog svojih jednakih kvalifikacija za posao za koji se natječu u sličnoj poziciji, ograničeno čitanje čl. 7/1. ZRS-a dovelo bi poslodavca pred absurdan izbor: zaposliti ili odbiti obje osobe. Iako su ovakva tumačenje dozvoljena tekstom čl. 7/1., teško ih je uskladiti sa svrhom koju ima zabrana izravne diskriminacije.

Istovremeno je u Zakonu o radu zauzet drugačiji stav prema izravnoj diskriminaciji. U čl. 2. ZR-a utvrđuje se da:

Izravna diskriminacija, u smislu ovoga Zakona, znači svako postupanje uvjetovano nekim od temelja iz stavka 1. ovoga članka kojim se osoba iz stavka 1. ovoga članka stavlja ili je bila stavljenja ili bi mogla biti stavljenja u nepovoljniji položaj od druge osobe u usporedivoj situaciji.

Takvom se definicijom pažnja usmjerava na sadržaj postupka odlučivanja, odnosno na mogućnost da je odluka poslodavca bila uvjetovana pripadnošću određenom spolu osobe o kojoj odlučuje. Spolna uvjetovanost odluke je postavljena kao glavni element izravne diskriminacije, dok postojanje komparatora dobiva sekundarnu ulogu. Postojanje komparatora tako postaje samo jedna od nekoliko mogućnosti dokazivanja da je došlo do izravne diskriminacije. Takve norme čine znatno manje vjerojatnim tumačenja koja bi dovela do gore opisanih absurdnih situacija.



Neusklađenošć hrvatskih pravnih propisa obzirom na određivanje izravne spolne diskriminacije, može se značajno ugroziti efikasna zaštita jednakosti spolova. Postoji nekoliko razloga koji podupiru takvu tvrdnju.

Prvo, odnosi na tržištu rada stavljeni su unutar dosega normi ZRS-a i ZR-a. Drugim riječima, kada je u pitanju poštivanje jednakosti spolova, oba su zakona primjenjiva na odnose poslodavaca i zaposlenih, odnosno osoba koje traže posao. U slučaju sukoba niti jedan zakon nema prednost, što stvara prostor pravne nesigurnosti kod sudskog odlučivanja. Takva situacija će se vjerojatno promjeniti donošenjem novog ZRS-a koji će imati pravnu snagu organskog zakona.

Dруго, особе које су дужне поštivati ове норме, исто као и тјела која су дужна осигурати њихову примјену, nemaju potrebnog iskustva које би им omogućilo razumijevanje svрhe која се ovим normama želi постиći. Stoga postoji vjerojatnost да ће у прaksi доći до низа ситуација у којима адресати или provedbena тјела neće biti sigurni kako прvesti закон, односно тumačenjem uskladiti sadržaj оve dvije norme. Ta mogućnost je veća u pravnim sustavima као што је hrvatski, у којима су судови склони uskom čitanju zakonskih propisa.

Neusklađenost između definicija izravne diskriminacije u ZR-u i ZRS-u posebno iznenađuje ako se uzme u obzir da je postupak definiranja ovih normi u saborskim odborima tekao gotovo istovremeno i da su u Saboru izglasane istog dana.

Konfuzija oko značenja izravne diskriminacije je tim veća što i sam ZRS sadrži značajne nedosljednosti u svojim odredbama које se odnose на diskriminaciju. Tako čl. 6. ZRS-a propisuje da:

Diskriminacija na temelju spola predstavlja svako normativno ili stvarno, izravno ili neizravno razlikovanje, isključivanje ili ograničenje temeljeno na spolu kojim se otežava ili negira ravnopravno priznanje, uživanje ili ostvarivanje ljudskih prava muškaraca i žena u političkom, obrazovnom, ekonomskom, socijalnom, kulturnom, građanskom i svakom drugom području života.

Obzirom da ZRS sadrži definicije, kako izravne tako i neizravne diskriminacije, potpuno je nejasna svrha оve odredbe. Čl. 6. ZRS-a ne samo da ne donosi neku dodatnu vrijednost, već širi prostor за konfuziju u pogledu poimanja i primjene instrumenta zabrane diskriminacije.

Prvo, ovakva definicija diskriminacije je u suprotnosti s čl.7. ZRS-a kojim se određuje izravna diskriminacija. Dok se u čl. 7.ZRS-a inzistira na jednakosti položaja osoba (poredbeni pristup), u čl. 6. ZRS-a se naglašava uvjetovanost nepovoljnog postupanja pripadnošću osobe određenom spolu (procesni pristup).

Drugo, obzirom da se u čl.6. ZRS-a naglašava uvjetovanost nepovoljnog postupanja na temelju spola, ta odredba je na određeni način bliža poimanju diskriminacije koje nalazimo u čl. 2. ZR-a. Drugim riječima, čl. 6. ZRS-a je u tom smislu širi od čl. 7. ZRS-a. No, istovremeno čl. 6. ZRS-a značajno sužava pojam diskriminacije. Diskriminacija je u čl. 6. ZRS-a tako usko vezana uz ostvarivanje ljudskih prava. Ako se strogo ograničimo na tekst odredbe, prema čl. 6. do diskriminacije može doći samo kad se radi o postupanju koje je vezano uz ostvarivanje nekog ljudskog prava. Nikako nije jasno zašto je zakonodavac našao potrebnim vezati diskriminaciju uz ljudska prava. Zabранa diskriminacije ima svoj značaj neovisno od ostalih ljudskih prava.

Takvo sužavanje zabrane diskriminacije samo dovodi do još veće konfuzije. Tako se može pojaviti tvrdnja da se i izravna diskriminacija iz čl. 7. ZRS-a, kao podvrsta diskriminacije iz čl. 6. ZRS-a, mora vezati uz ostvarivanje nekog ljudskog prava, odnosno da se odredbe ZRS-a primjenjuju na odnose na tržištu rada samo kad se radi o nekom ljudskom pravu. No, ako bi ova tvrdnja bila ispravna, doseg čl. 13. ZRS-a bio bi izuzetno ograničen, odnosno instrument zabrane diskriminacije izgubio bi ogroman dio svoje učinkovitosti.

Usklađenost s pravnom stečevinom EU

Zabrana izravne diskriminacije trenutno je propisana čl. 2 Direktive 2002/73 o jednakom postupanju:

Izravna diskriminacija: kada se prema jednoj osobi temeljem njenog spola postupa ili se postupalo ili se moglo postupati nepovoljnije nego prema drugoj osobi u usporedivoj situaciji.

Direct discrimination: where one person is treated less favourably on grounds of sex than another is, has been or would be treated in a comparable situation.

Istu odredbu nalazimo i u novoj Direktivi 2006/54 o jednakom postupanju i jednakosti prilika koja stupa na snagu u kolovozu ove godine.

Odmah se može vidjeti da je zabrana izravne diskriminacije iz čl. 2. ZR-a puno bliža načinu na koji je ovaj instrument ureden u pravnim propisima EU. Baš kao i Direktiva, odredba u ZR naglašava uvjetovanost odluke spolom osobe, ali i usporedivošću situacija osoba suprotnog spola. U tom smislu, što se tiče definicije zabrane izravne diskriminacije, ZR je usklađen s pravnom stečevinom EU. Iz gore opisanih razloga, isto se ne može tvrditi i za ZRS.

Obzirom na unutarnju neusklađenost hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova u pogledu zabrane izravne diskriminacije, vrijedi spomenuti i čl. 4. ZRS-a. Naime, ta je odredba neka vrsta "spasonosne klauzule" jer inzistira da se odredbe ZRS-a ne mogu tumačiti suprotno međunarodnim obvezama koje je RH preuzela na sebe. Tako je ZRS-om određeno da:

Odredbe ovoga Zakona ne smiju se tumačiti niti primjenjivati na način koji bi ogranicio ili umanjuo sadržaj jamstava o ravnopravnosti spolova koja izviru iz općih pravila međunarodnog prava, pravne stečevine Europske zajednice, te Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena i Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Vrijedi primijetiti da je ova odredba prvenstveno upućena tijelima zaduženim za provedbu pravnog okvira zaštite jednakosti spolova, ponajviše sudovima. Takva obveza usklađenog tumačenja posebno je vrijedna u svjetlu obvezu svih institucija hrvatskog pravnog sustava da hrvatske propise tumače i primjenjuju što je više moguće u skladu sa značenjem koje slični propisi imaju u pravnom sustavu EU-a. Štoviše, ova je odredba izravno upozorenje sudovima da ne inzistiraju na tekstualnom formalizmu pri tumačenju odredbi ZRS-a. Hrvatski sudovi dužni su odredbe o zaštiti jednakosti spolova tumačiti na način kojim se promiču isti ciljevi i vrijednosti kojima te odredbe služe u pravnom sustavu EU-a.

No, i ova odredba ima značajna ograničenja. Njezin najveći problem nije činjenica da rijetki sudovi u Hrvatskoj poznaju, prate i razumiju praksu Europskog suda pravde u području zaštite jednakosti spolova na tržištu rada. Tako nešto je teško očekivati u okolnostima u kojima se ne smatra potrebnim provoditi odluke Europskog suda pravde. Najveći problem ove odredbe leži u tome što se pomoću nje sudovi obvezuju da zakon tumače u skladu sa sudsakom praksom tijela koja često imaju veoma različito poimanje značenja, dosega i posljedica instrumenta zabrane diskriminacije. To se posebno odnosi na razlike u sudsakoj

praksi Europskog suda pravde i Europskog suda za zaštitu ljudskih prava. U tom je smislu učinkovitost ove odredbe veoma upitna.

Opisana nekonzistentnost u pogledu značenja izravne diskriminacije kojom je obilježen hrvatski pravni okvir zaštite, ima za posljedicu neusklađenost sa zahtjevima pravne stečevine EU-a u području rodne jednakosti. Činjenica da se u čl.2. ZR-a odražava značenje koje izravna diskriminacija ima u pravnom sustavu EU-a, nije dovoljan jamac usklađenosti. Pravna nesigurnost u pogledu značenja zabrane izravne diskriminacije, koja je izazvana nezadovoljavajućim definicijama u čl. 6. i 7. ZRS-a, suprotna je uvjetu minimalne jasnoće u određivanju pravnih pravila kojima se u domaći pravni sustav implementiraju odredbe zakonodavstva EU-a.

ZAKLJUČCI I PREPORUKE:

Glavni zaključci:

- Učinkovitost hrvatskog okvira zaštite jednakosti spolova ozbiljno je ugrožena zbog unutarnje nekonzistentnosti u pogledu definicije izravne diskriminacije.
- Definicija izravne diskriminacije u ZRS-a izuzetno je ograničavajuća i ne odgovara svrsi ovog instrumenta.
- Zabранa izravne diskriminacije u ZRS-u u suprotnosti je sa zabranom izravne diskriminacije u ZR-u.
- Zabранa izravne diskriminacije u ZRS-u nije usklađena s pravnom stečevinom EU.
- Postoji dodatna neusklađenost u pogledu izravne diskriminacije unutar samog ZRS-a koja samo povećava konfuziju.
- Zabранa izravne diskriminacije u ZR-u je propisana na zadovoljavajući način i u skladu je s pravnom stečevinom EU.



- Kako unutarnja nekonzistentnost ima za posljedicu pravnu nesigurnost u pogledu značenja izravne diskriminacije, hrvatski pravni okvir zaštite neće biti usklađen sa zahtjevima pravne stečevine EU-a sve dok se ta nekonzistentnost ne ukloni.

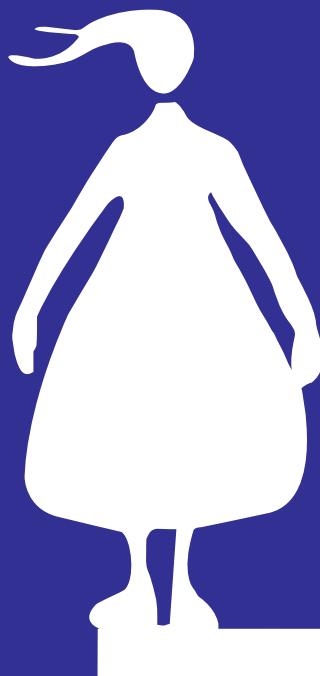
Preporuke:

1. Novi ZRS trebao bi sadržavati definiciju izravne diskriminacije koja naglašava uvjetovanost odluke pripadnošću pojedinca određenom spolu. Bilo bi korisno kad bi novi ZRS uz odgovarajuće prilagodbe preuzeo definiciju izravne diskriminacije iz ZR-a.
2. Iz novog ZRS bi svakako trebalo ukloniti sadašnji čl. 6. ZRS-a, jer takvoj vrsti odredbe nije mjesto u zakonu koji pokušava ukloniti diskriminaciju iz svih segmenta društvenog života, a ne samo iz odnosa koji se tiču zaštite ljudskih prava.
3. Kako bi se dosegla potpuna usklađenost s pravnom stečevinom EU, novi ZRS trebao bi naglasiti da se zabrana izravne diskriminacije odnosi kako na odnose na tržištu rada tako i na tržišne odnose ponude usluga i dobara.



ZABRANA UZNEMIRAVANJA I SPOLNOG UZNEMIRAVANJA

4





VRIJEDNOSNA POZADINA

Zabrana spolnog uznemiravanja relativno je novijeg datuma. Kao pravni instrument zaštite jednakosti spolova razvila se 80-ih godina prošlog stoljeća putem sudske prakse u Sjedinjenim Američkim Državama. Taj instrument je prvenstveno bio odgovor na situacije u kojima su osobe na višim položajima unutar radnog okruženja koristile svoju moć kako bi seksualno iskorištavale sebi podređene osobe, koje su velikom većinom bile žene. Takve situacije poznate su pod izrazom *quid pro quo*, jer se osobu sili da bira između upuštanja u seksualnu vezu ili štetnih posljedica za njezin profesionalni položaj. No, zabrana spolnog zlostavljanja obuhvatila je i situacije koje ne uključuju *quid pro quo* zahtjeve, ali uključuju ponižavanja i neugodu izazvanu seksualnim insinuacijama ili uvredama. Takva situacija obično je poznata kao ponižavajuće ili neprijateljsko radno okruženje. Do takvih situacija često dolazi u zanimanjima tj. radnim okruženjima koja se smatraju tradicionalno muškima.

Obje vrste situacija koje ulaze u opseg zabrane spolnog uznemiravanja pokazuju da je taj instrument prvenstveno bio reakcija na očiglednu neravnotežu moći između žena i muškaraca u radnim odnosima. No, još i važnije, zabrana spolnog uznemiravanja ukazivala je na posebnu strukturu neravnoteže moći između spolova. Ono što je posebno odbojno u obje vrste situacija je određena vrsta dehumanizacije osobe svođenjem na objekt nečije seksualne požude, odnosno objekt demonstracije nečije seksualne nadmoći.

Zanimljivo je primijetiti da je zabrana spolnog uznemiravanja u neku ruku rezultat neučinkovitosti zabrane izravne diskriminacije. Kroz praksu se pokazalo da zbog svoje podložnosti različitim tumačenjima, institut izravne zabrane diskriminacije nije uspio odgovoriti na izazove koje su postavljale gore opisane situacije, iako je bilo više nego očito da se radilo o problemu nejednakosti. U tom smislu, s jedne strane se pokazalo da se poredbenim pristupom, na kojem se često inzistira kod izravne diskriminacije (kao što je slučaj u čl. 5. ZRS-a), ne može dokazati puno jer u većini slučajeva komparator jednostavno ne postoji. Poslodavac će izuzetno rijetko imati seksualne sklonosti kako prema osobama ženskog tako i prema osobama muškog spola. S druge strane, pokazalo se da je čak i onda kada se zauzelo stajalište da je kod izravne diskriminacije presudna uvjetovanost odluke činjenicom o pripadnosti osobe određenom spolu, a ne

postojanje komparatora suprotnog spola, jamstvo zabrane izravne diskriminacije zakazalo.

Taj pristup primjeni zabrane izravne diskriminacije ostavio je poslodavcu mogućnost za tvrdnju da je do sporne situacije došlo zbog njegovih osjećaja prema konkretnoj osobi, a ne zbog njegova stava prema ženama. Drugim riječima, situacija predstavlja individualni slučaj, koji se ne bi dogodio da je neka druga osoba u pitanju. Na taj način poslodavac je mogao tvrditi da se ne radi o diskriminaciji na temelju spola, iako je optužba o zlostavljanju došla od osobe koja je zlostavljana zato jer je žena. Instrument zabrane spolnog uz nemiravanja uključen je u instrumentarij zaštite jednakosti spolova velikim dijelom kao odgovor na takva formalistička tumačenja. Štoviše, većina pravnih sustava koji su ozakonili taj instrument našla je svrshodnim naglasiti da je spolno uz nemiravanje posebno okrutan, ponižavajući i štetan oblik spolne diskriminacije. Slično je i s pravnim sustavima Europske unije i njenih članica.

ZABRANA SPOLNE DISKRIMINACIJE KAO DIO PRAVNE STEČEVINE EU

U pravne sustave europskih država zabrana spolnog uz nemiravanja počela se uvoditi tek krajem prošlog stoljeća. No, tek je Direktivom 2002/73 o jednakom postupanju zabrana spolnog uz nemiravanja postala dio pravne stečevine Europske unije. Direktiva 2002/73 u čl. 2. razlikuje dva oblika spolnog uz nemiravanja:

Uznemiravanje: gdje do neželenog ponašanja vezanog uz spol osobe dođe s namjerom ili posljedicom kršenja dostojanstva osobe i stvaranja prijetećeg, neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja.

Harassment: where an unwanted conduct related to the sex of a person occurs with the purpose or effect of violating the dignity of a person, and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment.

Seksualno uz nemiravanje: gdje do bilo kojeg oblika neželenog usmenog, neusmenog ili fizičkog ponašanja seksualne prirode dođe s namjerom ili posljedicom kršenja

dostojanstva osobe, posebno ako stvara prijeteće, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje

Sexual harassment: where any form of unwanted verbal, non-verbal or physical conduct of a sexual nature occurs, with the purpose or effect of violating the dignity of a person, in particular when creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment.

Uznemiravanje i seksualno uznemiravanje predviđeni ovom Direktivom smatrat će se diskriminacijom na temelju spola i kao takvi biti zabranjeni.

Harassment and sexual harassment within the meaning of this Directive shall be deemed to be discrimination on the grounds of sex and therefore prohibited.

Oba propisana oblika – uznemiravanje i seksualno uznemiravanje - spadaju pod ono što se ubičajeno naziva spolnim uznemiravanjem. Isto tako, jasno je da, praveći razliku između ta dva oblika, EU zakonodavac nije imao namjeru sugerirati da je jedan oblik štetniji od drugoga. Stoga nije potpuno jasno zašto je zakonodavstvo EU-a odlučilo razlikovati ova dva oblika. Moguće je da je EU zakonodavac vjerovao da će ovakav potez dodati određenu jasnoću pojmu spolnog uznemiravanja, odnosno spriječiti moguća tumačenja u praksi koja bi spolno uznemiravanje ograničila samo na ponašanja koja uključuju eksplisitne spolne radnje.

U svakom slučaju, način na koji je EU uredila problem spolnog uznemiravanja donio je jednu novinu. EU zakonodavstvo je kao ključni dio zabrane spolnog uznemiravanja postavilo povredu dostojanstva osobe. Praksa će pokazati je li ovo bilo dobro rješenje. No, naglašavajući važnost osobnog dostojanstva EU je u središte pažnje postavila ponašanje kojim se implicira niža ljudska vrijednost određene osobe. Na taj način je EU zakonodavstvo ovaj instrument približilo poimanju jednakosti koje inzistira na jednakoj vrijednosti svake osobe kao pojedinca. Isto poimanje jednakosti izraženo je i kroz zabranu izravne diskriminacije. EU je tako dobrom dijelom odstupila od izvornog poimanja spolnog uznemiravanja, koje je ovaj problem prvenstveno vidjelo kao izraz nejednakosti u raspodjeli društvene moći između žena i muškaraca kao društvenih skupina.

ZABRANA SPOLNOG UZNEMIRAVANJA U HRVATSKOM OKVIRU ZAŠTITE JEDNAKOSTI SPOLOVA

Hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova također je, pod utjecajem obveze usklađivanja sa stečevinom EU-a, posebnom normom priznao zabranu spolnog uznemiravanja, izjednačivši je s diskriminacijom na temelju spola. Zabrana spolnog uznemiravanja je tako priznata i ZRS-om i ZR-om. U skladu s odredbama EU-a, hrvatski pravni okvir razlikuje dvije vrste uznemiravanja – uznemiravanje uvjetovano spolom i spolno uznemiravanje.

Zakonom o ravnopravnosti spolova određuje se spolno uznemiravanje u čl. 8.:

- (1) *Uznemiravanje i spolno uznemiravanje predstavljaju diskriminaciju u smislu ovoga Zakona.*
- (2) *Uznemiravanje je svako neželjeno ponašanje uvjetovano spolom osobe, koje ima za cilj ili koje stvarno predstavlja povredu osobnog dostojanstva i koje stvara neugodno, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.*
- (3) *Spolno uznemiravanje je svako neželjeno verbalno ili neverbalno, odnosno fizičko ponašanje spolne naravi, koje ima za cilj ili koje stvarno predstavlja povredu osobnog dostojanstva i koje stvara neugodno, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.*

U Zakonu o radu navedena je veoma slična odredba u čl. 4.:

- (1) *Uznemiravanje i spolno uznemiravanje predstavljaju diskriminaciju u smislu članka 2. ovoga Žakona.*
- (2) *Uznemiravanje je svako neželjeno ponašanje uzrokovanog nekim od temelja iz članka 2. stavka 1. ovoga Žakona koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobe koja traži zaposlenje i radnika, a koje uzrokuje strah ili neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.*

(3) Spolno uznemiravanje je svako verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje spolne naravi koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobe koja traži zaposlenje i radnika, a koje uzrokuje strah ili neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

Hrvatski zakonodavac je dobrom dijelom, iako ne u potpunosti, ostao vjeran načinu na koji je spolno uznemiravanje uređeno u zakonodavstvu EU. Tako i hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova poznaje dva oblika spolnog uznemiravanja: uznemiravanje uvjetovano spolom i spolno uznemiravanja u užem smislu. Isto tako, oba oblika spolnog uznemiravanja temelje se prvenstveno na povredi osobnog dostojanstva.

Način na koji je hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova uredio zaštitu od spolnog uznemiravanja predstavljat će značajan izazov hrvatskim provedbenim tijelima. Povrede dostojanstva osobe predstavljat će glavni izazov, jer iz zakonskih odredbi nipošto nije jasno je li takva povreda stvar subjektivnog osjećaja ili objektivna činjenica.

Dostojanstvo je prije svega veoma osoban osjećaj i kao takav se razlikuje od osobe do osobe. U tom smislu, svaka osoba može drugačije doživjeti istu radnju. Npr. česti vicevi o "plavušama" mogu za jednu ženu biti veoma uvredljivi, a za drugu bezazlena šala. No, ovakva relativnost predstavlja za provedbena tijela značajan problem iz dva razloga. Prevelika relativnost povrede dostojanstva nosi u sebi rizik da će doći do prevelikog broja tužbi od kojih će mnoge u najmanju ruku biti nategnute. Istovremeno, činjenica da određena osoba ne mora određenu nepoželjnu radnju doživjeti kao povredu svog osobnog dostojanstva može ugroziti samu svrhu zabrane spolnog uznemiravanja, jer nepoželjna radnja ostaje nekažnjena. S druge strane, ako povredu dostojanstva shvatimo isključivo kao objektivno pitanje, također ćemo naići na značajne probleme. U društvenom kontekstu gdje je spolno uznemiravanje učestalo i gdje ga se tolerira, vjerojatno je da će značajan dio takvog ponašanja proći nekažnjeno, jer ga značajan dio ljudi neće doživljavati kao ozbiljan problem. Na taj način izigrat će se smisao ovog instrumenta, jer će se zapravo dozvoliti da spolno uznemiravanje ostane nekažnjeno zbog toga jer je učestalo. Štoviše, objektivizacija povrede dostojanstva može previše zanemariti perspektivu žrtve ili čak dovesti do tzv. sekundarne viktimizacije. U svjetlu navedenog, jasno je da zabrana spolnog uznemiravanja pred sudove postavlja zahtjevan zadatak pronalaženja ravnoteže između poštivanja

subjektivnog doživljaja žrtve i uspostave objektivnih ograničenja kojima bi se sprječilo izigravanje ovog oblika zabrane diskriminacije na temelju spola.

Kako bi se što više izbjegli opisani problemi bilo bi korisno da novi ZRS naglasi da se pri utvrđivanju spolnog uz nemiravanja provedbena tijela prvenstveno imaju usredotočiti na konkretnu radnju, te posebnu pažnju posvetiti obvezi prebacivanja tereta dokazivanja. U tom slučaju, ako bi tužiteljica uspjela učiniti vjerojatnim da je došlo do ponašanja koje je bilo uvjetovano spolom ili je bilo spolne (seksualne) naravi, provedbena tijela imala bi prepostaviti da je došlo do povrede dostojanstva. Tada bi bilo na poslodavcu da dokaže da do ponašanja nije došlo, ili da je ono bilo toliko bezazleno da ga niti jedna osoba ne bi doživjela kao povredu dostojanstva.

Da bi bilo kvalificirano kao spolno uz nemiravanje, ponašanje mora biti uvjetovano pripadnošću osobe određenom spolu. Spolna uvjetovanost je još jedno zajedničko obilježje oba oblika uz nemiravanja. Obično uz nemiravanje (čl. 8/2 ZRS-a, čl. 4/2 ZR-a) izričito je određeno kao „*svako neželjeno ponašanje uvjetovano spolom osobe*“. Kod spolnog uz nemiravanja u užem smislu (čl. 8/3 ZRS-a, čl. 4/3 ZR-a) sam karakter ponašanja – „*svako neželjeno verbalno ili neverbalno, odnosno fizičko ponašanje spolne naravi*,“ - odražava njegovu uvjetovanost spolnom pripadnošću osobe. Š obzirom na taj element, zabrana spolnog uz nemiravanja je slična zabrani izravne diskriminacije.

Kao i kod ostalih oblika spolne diskriminacije, diskriminatorna namjera je nebitna. Potpuno je nebitno je li diskriminator želio ili bio svjestan da svojim ponašanjem vrijeda dostojanstvo uz nemiravane osobe. U središtu pažnje je postojanje ponašanja kojim se vrijeda ljudsko dostojanstvo.

Glavnu razliku između dva oblika spolnog uz nemiravanja – uz nemiravanja uvjetovanog spolom i spolnog uz nemiravanja u užem smislu – nalazimo u sadržaju ponašanja koja čine ova dva oblika. Zabrana uz nemiravanja uvjetovanog spolom (čl. 8/2 ZRS-a, čl. 4/2 ZR-a) usredotočena je na ponašanje koje omalovažava tj. ponižava osobu u njenom svojstvu pripadnice ili pripadnika određenog spola. Takvo ponašanjem implicira stav da su osobe koje pripadaju određenom spolu manje vrijedne ili manje sposobne. U tom smislu zabranom ovog oblika uz nemiravanja pokušava se ukloniti način međuljudskog odnošenja unutar radnog okruženja kojim se odražava ili netrpeljivost temeljena na predrasudama, ili uvredljivo poimanje osobe temeljeno na stereotipnim stavovima. Mnogi oblici

ponašanja unutar radnog okruženja mogli bi se podvesti pod ovaj oblik uznemiravanja. Tako osobe kojima nadređeni daju teže zadatke, ignoriraju njihov trud ili strože ocjenjuju njihov posao, ponižavaju ih ili im ruše ugled pred ostalim suradnicima, imaju osnove za tužbu ako je takvo ponašanje nadređenog uvjetovano spolom osobe. Isto tako, ponašanje od strane kolega koje uključuje uvrede, podbadanja, dobacivanja, ponižavanja pred drugima ili neslane šale, spada pod ovaj oblik uznemiravanja ako je vezano uz pripadnost ponižene osobe određenom spolu. Korisno je napomenuti da takvo ponašanje ne treba imati nikakve seksualne konotacije, nego može imati sadržaj i oblike koje često susrećemo u situacijama narušenih međuljudskih odnosa. Ono što čini takvo ponašanje uznemiravanjem je njegov ponižavajući karakter i spolna uvjetovanost.

Ono što smo nazvali spolnim uznemiravanjem u užem smislu, predstavlja izričit sadržaj seksualnog karaktera. Većina ljudi ovaj oblik uznemiravanja može prepoznati u seksualnim ponudama, ucjenama ili čak povredama tjelesnog integriteta od strane nadređenih osoba, odnosno poslodavaca. To je klasični oblik uznemiravanja *quid pro quo*. Taj oblik uznemiravanja obuhvaća razne uvrede seksualne naravi, dobacivanja i insinuacije seksualnog karaktera, komentare o fizičkim obilježjima seksualne prirode ili o seksualnom životu osobe itd. Zajedničko takvim oblicima ponašanja jest svodenje (degradiranje) osobe na seksualni objekt. Žena ili muškarac nisu percipirani kao osobe koje zasluzuju poštovanje, nego kao objekti zadovoljavanja nekog oblika seksualne požude. Počinitelji ove vrste ponašanja često neće ni ciljati na povredu ljudskog dostojaanstva druge osobe; bez obzira na njihovu motivaciju takvo degradirajuće ponašanje dehumanizira čovjeka čime se duboko vrijeđa njegovo dostojaanstvo.

Da bi se određeno ponašanje moglo okarakterizirati kao spolno uznemiravanje jednog ili drugog oblika, hrvatski pravni okvir, uz spolnu uvjetovanost, kumulativno inzistira na dodatnom uvjetu. Tako se i ZRS-om i ZR-om određuje da uznemiravanje

predstavlja povredu osobnog dostojaanstva koje stvara neugodno, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

Kumulativno inzistirajući na tzv. neprijateljskom radnom okruženju, hrvatski zakonodavac je značajno ograničio opseg i učinkovitost ovog pravnog instrumenta.

Nije teško zamisliti određenu jednokratnu radnju kojom se povrijedilo dostojanstvo osobe, ali koju se zbog dužine trajanja i/ili ograničenosti na jednu osobu možda ne bi opisalo kao stvaranje neugodnog, neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog radnog okruženja.

Isto tako, nije teško zamisliti situacije u kojima dolazi do stvaranja radnog ozračja neugodnog ili uvredljivog nekim osobama zbog njihove pripadnosti određenom spolu - ozračja koje će otežavati njihov rad, ali koje možda takve osobe neće okarakterizirati kao povredu svog osobnog dostojanstva, jer su na njega do određene mjere postale otporne. Kao primjer se mogu navesti radna okruženja u kojima se nalaze plakati tzv. „erotskog“ sadržaja ili okruženja u kojima su česte „šale“ na račun osoba određenog spola ili podbadanja sa seksualnim konotacijama. Takva radna okruženja sigurno predstavljaju oblik spolnog uzinemiravanja bez obzira vrijeđaju li dostojanstvo određene osobe ili ne.

Inzistiranjem na kumulativnom zadovoljavanju obaju uvjeta, hrvatski zakonodavac ostavio je prostora tome da značajan broj nepoželjnih seksističkih, odnosno spolno uvjetovanih uvredljivih ponašanja ostane bez odgovarajuće sankcije. Na taj se način zanemaruje perspektiva onih osoba koje se najčešće susreću s uzinemiravanjem na radnom mjestu, ali se i nedovoljno štiti radno okruženje koje potiče radnu učinkovitost.

USKLAĐENOST S PRAVNOM STEČEVINOM EU

Kumulativnim postavljanjem uvjeta kod oba oblika uzinemiravanja, hrvatski pravni okvir zapravo je u sukobu s pravnom stečevinom EU-a u ovom području. Naime, Direktiva 2002/73 koja je trenutno na snazi, ali i Direktiva 2006/54 koja će prethodnu zamijeniti 15. kolovoza 2008., inzistiraju na kumulativnosti dva uvjeta samo kod uzinemiravanja uvjetovanog spolom.

Dakle, do spolnog uzinemiravanja u užem smislu dolazi ako se nekim ponašanjem seksualnog karaktera vrijeda osobno dostojanstvo, a naročito, ali ne neophodno, ako se njime stvara tzv. neprijateljsko radno okruženje. Dva uvjeta nisu postavljena kumulativno, već je neprijateljsko radno okruženje postavljeno kao moguća i posebno nepoželjna posljedica ponašanja seksualnog karaktera.



U tom smislu čl. 8. ZRS-a i čl. 4. ZR-a u najmanju ruku treba uskladiti s čl. 2. Direktive 2006/54 u dijelu koji se odnosi na spolno uz nemiravanje u užem smislu. Budući da je Direktiva pravni instrument kojim se namjerava jamčiti samo minimalna razina zaštite, bilo bi znatno korisnije, radi učinkovitosti i jednostavnosti primjene, da se spolna uvjetovanost ponašanja i uvjet stvaranja neprijateljskog okruženja postave alternativno kod oba oblika uz nemiravanja.

Obzirom na dosad navedeno, dovoljno je razloga da se ponašanje kojim se stvara neprijateljsko radno okruženje odredi kao uz nemiravanje, bez obzira na to smatra li osoba da je njime povrijeđen njezin subjektivni osjećaj dostojanstva ili ne. Takva vrsta ponašanja zaslužuje zakonsku sankciju na temelju činjenice da je u osnovi utemeljena na predrasudama ili stereotipima, odnosno na seksualnoj objektivizaciji osobe određenog spola. Čak i da zakonodavac ostane na kumulativno postavljenim uvjetima za uz nemiravanje, ponašanje kojim se stvara neprijateljsko raspoloženje teško može izbjegći sankciju temeljem zabrane izravne diskriminacije iz čl. 6/1. ZRS-a, odnosno čl. 2/2 ZR-a.

JAMSTVA UČINKOVITE ZAŠTITE OD SPOLNOG UZNEMIRAVANJA

Kako bi osigurao što učinkovitiju zaštitu od bilo kojeg oblika uz nemiravanja, hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova, temeljem čl. 30. ZR-a, donio je hvalevrijedan institut zaštite dostojanstva radnika. Članak 30. ZR-a tako navodi:

- (1) *Poslodavac je dužan zaštiti dostojanstvo radnika za vrijeme obavljanja posla tako da im osigura uvjete rada u kojima neće biti izloženi uz nemiravanju ili spolnom uz nemiravanju. Ova zaštita uključuje i poduzimanje preventivnih mjera.*
- (2) *Dostojanstvo radnika štiti se od uz nemiravanja ili spolnog uz nemiravanja poslodavca, nadređenih, suradnika i osoba s kojima radnik redovito dolazi u doticaj u obavljanju svojih poslova.*

- (3) Postupak i mjere zaštite dostojanstva radnika uređuju se kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca ili pravilnikom o radu.
- (4) Uznemiravanje i spolno uznemiravanje predstavlja povredu obveza iz radnog odnosa.
- (5) Poslodavac koji zapošjava više od 20 radnika dužan je imenovati osobu koja je osim njega ovlaštena primati i rješavati pritužbe vezane za zaštitu dostojanstva radnika.
- (6) Poslodavac ili osoba iz stavka 5. ovoga članka dužna je, u roku utvrđenom kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca ili pravilnikom o radu, a najkasnije u roku od osam dana od dostave pritužbe, ispitati pritužbu i poduzeti sve potrebne mjere primjerene pojedinom slučaju radi sprečavanja nastavka uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja ako utvrdi da ono postoji.
- (7) Ako poslodavac u roku iz stavka 6. ovoga članka ne poduzme mjere za sprečavanje uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja ili ako su mjere koje je poduzeo očito neprimjerene, radnik koji je uznemiravan ili spolno uznemiravan ima pravo prekinuti rad dok mu se ne osigura zaštita, pod uvjetom da je u dalnjem roku od osam dana zatražio zaštitu pred nadležnim sudom.
- (8) Ako postoje okolnosti zbog kojih nije opravdano očekivati da će poslodavac zaštititi dostojanstvo radnika, radnik nije dužan dostaviti pritužbu poslodavcu i ima pravo prekinuti rad, pod uvjetom da je zatražio zaštitu pred nadležnim sudom i o tome obavijestiti poslodavca u roku od osam dana od dana prekida rada.
- (9) Za vrijeme prekida rada iz stavka 7. i 8. ovoga članka radnik ima pravo na naknadu plaće u visini kao da je radio.
- (10) Svi podaci utvrđeni u postupku zaštite dostojanstva radnika su tajni.
- (11) Protivljenje radnika ponašanju koje predstavlja uznemiravanje ili spolno uznemiravanje ne smije biti razlog za diskriminaciju radnika.
- (12) U slučaju spora teret dokazivanja je na poslodavcu.

U čl. 30/1 ZR-a tako se dodatno pojašnjava zabrana uznemiravanja iz čl. 4. te se zahtijeva od poslodavca da osigura uvjete rada u kojima zaposlena osoba neće biti izloženi uznemiravanju ili spolnom uznemiravanju, što uključuje poduzimanje preventivnih mjera. U tu svrhu svaki (sic!) poslodavac ima obvezu ustanoviti postupak i mjere zaštite dostojanstva radnika. Postupak i mjere zaštite uređuju se kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca ili Pravilnikom o radu (čl. 30/3 ZR). Ustanovljenim postupkom i mjerama (uključujući i preventivne mjere) namjerava se osigurati zaštita zaposlene osobe od uznemiravanja od strane poslodavca, ali i od strane ostalih nadređenih s kojima zaposlena osoba redovito dolazi u doticaj prilikom obavljanja poslova (čl. 30/2).

Uz ove odredbe člankom 30. ZR-a uspostavljaju se još neka zanimljiva jamstva zaštite od ovog oblika diskriminacije. Tako je svaki poslodavac koji zapošljava više od dvadeset osoba dužan imenovati osobu koja je osim njega ovlaštena primati i rješavati pritužbe vezane uz zaštitu dostojanstva radnika. Svaki je poslodavac dužan najkasnije u roku od osam dana od dostave pritužbe, ispitati pritužbu i poduzeti sve potrebne mјere koje odgovaraju pojedinom slučaju, radi sprečavanja nastavka uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja ako utvrdi da ono postoji. U suprotnom slučaju ili u slučaju da postoje okolnosti zbog kojih nije opravданo očekivati da će poslodavac zaštiti dostojanstvo radnika, uznemiravana osoba ima pravo prekinuti rad dok joj se ne osigura zaštita, pod uvjetom da je u (dalnjem) roku od osam dana zatražila zaštitu pred nadležnim sudom. Za vrijeme prekida rada uznemiravana osoba ima pravo na punu plaću (čl. 30/7-9).

Naravno, stvarni učinak ovih hvalevrijednih rješenja ovisit će prvenstveno o njihovoj primjeni u praksi. Iako nije moguće osloniti se na službene podatke, do sada nemamo saznanja da je neko trgovачko društvo, obrtnik ili bilo koji drugi oblik organiziranja društva koji zapošljava radnike ili radnice, uključujući nevladine organizacije, poštovao obvezu iz čl. 30. ZR-a. U tom smislu posebna odgovornost leži na državnom inspektoratu za rad i njegovoj upitnoj osposobljenosti da osigura primjenu čl. 30. ZR-a. Treba priznati značajan, ali često prešućivan nedostatak ovakve vrste jamstva. Odredbe kojima se utvrđuje zabrana spolnog uznemiravanja nisu jednostavne, što jasno proizlazi iz ove analize. Njihova vrijednosna podloga, cilj i konkretni zahtjevi nisu lako dostupni niti iskusnim pravnicima, a još manje osobama koje se ne mogu osloniti na neku vrstu pravnog obrazovanja. Naivno je od poslodavca očekivati da poštuje normu ako ne razumije što ona konkretno zahtijeva. Slično vrijedi i za državne

službe koje su dužne brinuti se da poslodavac primjenjuje te odredbe. Uz nužno osposobljavanje državnog inspektorata, neophodno je stoga pronaći način da se poslodavcima putem konkretnih slučajeva i primjera dobre prakse približi smisao ovog instrumenta. U tom smislu bilo bi korisno da institucije zadužene za provedbu ZRS-a i ZR-a osmisle i osiguraju tečajeve osposobljavanja za osobe koje su, temeljem čl. 30. ZR-a, određene da zaprimaju i rješavaju pritužbe o uzinemiravanju.

Vjerojatno najzanimljivije pitanje koje se člankom 30. ZR-a implicitno postavlja, jest odgovornost poslodavca za štetu nastalu uzinemiravanjem s posebnim nagnaskom na šteti koju nije prouzročio sam poslodavac već netko od zaposlenika. Korisno je krenuti od odredbe kojom se oba oblika uzinemiravanja određuju kao povreda radnog odnosa (čl. 30/4 ZR-a), što za sobom povlači pravo zaposlene osobe na izvanredan otkaz, uključujući pravo na naknadu štete od strane poslodavca zbog neizvršenja obveza preuzetih ugovorom o radu (čl. 114. ZR-a). Treba naglasiti da ovaj oblik zaštite, nažalost, nije izričito osiguran ni za slučaj kršenja zabrane diskriminacije iz čl. 2. ZR-a, iako nema nikakvih razloga da se diskriminatorno postupanje poslodavca ne sankcionira istom mjerom. Naknadi štete nastale diskriminacijom posvećeno je više pažnje u kasnijem dijelu analize.

Odredba čl. 30/4. ZR-a posebno je zanimljiva u pogledu naknade plaća koje bi bile ostvarene da nije došlo do prekida radnog odnosa, a naročito ako je ugovor o radu bio sklopljen na neodređeno vrijeme. Sudovima je ovdje ostavljen znatan prostor i odgovornost za određivanje takve vrste naknade. Kao što je obrazloženo u kasnijem dijelu analize koji se bavi učinkovitošću zaštite prava pojedinaca da ih se ne diskriminira, pravna stečevina EU-a, a naročito praksa Europskog suda pravde (Odluka 14/83 Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen), pred sudove postavljaju određene standarde učinkovite zaštite prava pojedinaca kojih se hrvatski sudovi imaju obvezu držati pri određivanju ovakve naknade.

U pogledu drugih oblika štete koji mogu nastati uzinemiravanjem, korisno je ponovo naglasiti da se člankom 30. inzistira na obvezi poslodavca da uspostavi postupak rješavanja pritužbi i poduzme mjere za osiguravanje uvjeta rada u kojima zaposlena osoba neće biti izložena nikakvom obliku uzinemiravanja. Mjere uključuju preventivno djelovanje te moraju osigurati zaštitu od uzinemiravanja od strane bilo koje zaposlene ili treće osobe s kojom uzinemiravana osoba redovito dolazi u poslovni kontakt. U svjetlu navedenog, korisno je čl. 109. ZR-a



tumačiti kao obvezu poslodavca da uznemiravanoj osobi u potpunosti nadoknadi nastalu štetu bez obzira na to je li za nju izravno odgovoran poslodavac sam ili netko od zaposlenih.

Zanimljivo je pitanje prava poslodavca na regres za isplaćenu naknadu štete prouzročenu od strane nekog od zaposlenih. Po ZR-u poslodavac ima pravo na regres ako je zaposlena osoba štetu prouzročila namjerno ili krajnjom nepažnjom (čl. 107.). Otvoreno je pitanje kakva se svijest o djelu krajnje nepažnje konkretno zahtijeva od zaposlenika. No, bez obzira na otvorenost čl. 107. ZR-a, poslodavcu je lakše tvrditi da je ova norma zadovoljena ako je zaposlena osoba bila upoznata s obvezom zabrane uznemiravanja, odnosno ako je poslodavac postupao u skladu s obvezama iz čl. 30.

ZAKLJUČCI I PREPORUKE

Glavni zaključci:

- Hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova dijelomično je usklađen s pravnom stečevinom EU u pogledu zabrane spolnog uznemiravanja.
- Neodređenost uvjeta *povrede dostojanstva osobe* koji čini važan element oba oblika zabrane spolnog uznemiravanja mogla bi dovesti do značajnih problema kod primjene ovog instrumenta u praksi.
- Hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova nepotrebno je ograničio učinkovitost oba oblika zabrane spolnog uznemiravanja kumulativno postavljajući uvjet stvaranja neprijateljskog radnog okruženja.
- Hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova sadrži hvalevrijedan institut zaštite dostojanstva zaposlenih osoba na kojem treba inzistirati u praksi.

Preporuke:

1. Kako bi se zadovoljio uvjet usklađenosti s pravnom stečevinom EU u novi ZRS treba uvrstiti novu definiciju uznemiravanja uzrokovanog spolnim

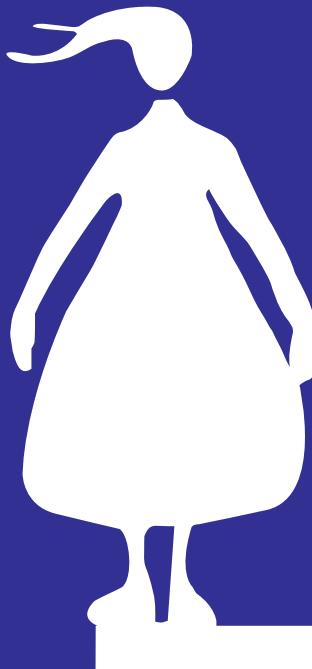


(seksualnim) ponašanjem koja ne inzistira na stvaranju neprijateljskog radnog okruženja kao kumulativnom uvjetu.

- Bilo bi poželjno kad bi novi ZRS odustao od kumulativnosti ovog elementa kod definiranja oba oblika spolnog uznemiravanja.
2. Kako bi se što je više moguće izbjegli problemi koji u praksi mogu nastati zbog neodređenosti uvjeta *povrede dostojanstva osobe*, bilo bi korisno da se u novi ZRS uključi odredba koja bi od provedbenih tijela zahtjevala da se pri utvrđivanju spolnog uznemiravanja prvenstveno usredotoče na postojanje konkretnog ponašanja, što bi bilo dovoljno za pretpostavku da je došlo do povrede dostojanstva.
 3. Kako bi se zadovoljio uvjet usklađenosti s pravnom stečevinom EU novi ZRS trebao bi naglasiti da zabrana oba oblika spolnog uznemiravanja vrijedi i za tržišne odnose pružanja usluga i dobara.

NEPOVOLJNO POSTUPANJE PREMA TRUDNICAMA

5





VRIJEDNOSNA POZADINA

Trudnoća tradicionalno predstavlja problem u promicanju jednakosti spolova. Vjerojatno glavni razlog za tako što leži u činjenici da nepovoljno postupanje prema trudnim osobama nije lako podvesti pod pojmom diskriminacije na temelju spola.

Slično kao i pri problemu spolnog uznemiravanja, instrument zabrane izravne diskriminacije često se nije pokazao od velike pomoći osobama koje su zbog svoje trudnoće bile stavljene u nepovoljni položaj od strane svojih poslodavaca. Nepovoljno postupanje na temelju trudnoće nije lako pomiriti s idejom izravne diskriminacije iz nekoliko razloga. S jedne strane, ako se oslonimo na poredbeni pristup izravnoj diskriminaciji najlakše je zaključiti da ne možemo utvrditi da je došlo do diskriminacije iz jednostavnog razloga jer ne postoji komparator.

Zabранa izravne diskriminacije temelji se na odluci poslodavca o interesima neke osobe. Ako poslodavac postupi nepovoljno prema osobi zato što je ženskog spola, provedbenim tijelima ne preostaje ništa drugo nego utvrditi izravnu diskriminaciju. Nije odmah uočljivo da se isto može tvrditi i za odluku poslodavca u odnosu na trudnoću radnice. Drugim riječima, nije jasno zašto se činjenica trudnoće poistovjećuje s činjenicom spola bez obzira na to što je trudnoća vezana isključivo uz jedan spol. Poredbeni pristup izravnoj diskriminaciji može donekle funkcioniрати u ovom kontekstu samo ako nađemo neko kompromisno rješenje u pogledu komparatora. U tom smislu u praksi se često uspoređuje postupanje prema trudnim osobama s postupanjem prema bolesnim osobama muškog spola. Takva komparacija uglavnom pogoduje poslodavcima. Prvo, dozvoljava im da prema trudnim osobama postupaju jednak loše kao i prema bolesnim osobama. Npr. ako poslodavac može otpustiti ili ne zaposliti osobu koja će biti duže vrijeme odsutna s posla zbog svoje bolesti, jednak može postupiti i prema trudnim osobama bez obzira što su posljedice takvog postupanja za takve osobe značajno različite. Drugo, usporedbom bolesnih i trudnih osoba promiče se stav da nepovoljno postupanje poslodavca prema trudnim osobama nije uvjetovano spolom već brigom oko učinkovitog poslovanja.

Takov stav igra veoma važnu ulogu u pristupu izravnoj diskriminaciji koji nagašava uvjetovanost odluke poslodavca pripadnošću osobe određenom spolu.

Iako ne inzistira na postojanju komparatora, niti ovaj pristup nije se pokazao učinkovitim oblikom zaštite trudnih osoba od nepovoljnog postupanja. Glavni razlog je što kriterij trudnoće nije lako izjednačiti s kriterijem spola. Kada poslodavac odbije zaposliti trudnu osobu njegova odluka je uvjetovana trudnoćom, a ne spolom što se prvenstveno vidi iz činjenice da bi ista osobe bila zaposlena da nije bila trudna bez obzira na to što je ženskog spola. Ovakva odluka nije motivirana predrasudama ili stereotipnim stavovima prema osobama ženskog spola, odnosno nije iracionalna. Upravo suprotno, odluka je motivirana konkretnim posljedicama koje ulazak ili ostanak u ugovornom odnosu s trudnom osobom ima za poslovanje poslodavca i u tom smislu je njena racionalnost očita.

Iz perspektive koja je usredotočena na interes uspješnog poslovanja gore navedeni argumenti izgledaju veoma uvjerljivo. No, jednostavnom promjenom kuta gledanja njihova uvjerljivost gubi na snazi. Prvo, trudnoća i bolest su slični samo po svojim učincima za interes poslodavca. Iz svake druge perspektive čini se gotovo besmislenim uspoređivati ova dva fiziološka stanja. Prvo, bolest je patološko neželjeno stanje. Suprotno tome, trudnoća je u najvećem broju slučajeva izraz ljudskog samoostvarenja. Prokreacijom ljudi ostvaraju možda najdublje odlike svoje ljudskosti i ostvaruju vrstu povezanosti koja je od izuzetne vrijednosti za društvo. Trudnoća je u tom smislu određena vrsta temeljnog ljudskog interesa. Štoviše, prokreacija je od izuzetne važnosti za društvo iz cijelog niza dobro poznatih razloga. Iz ove perspektive, dozvoliti usporedbu bolesnih osoba s trudnim osobama zbog sličnih učinaka koja ova dva stanja mogu imati za interes poslodavca, znači dati društveno veću vrijednost interesu profitabilnog poslovanja nego interesu zaštite odnosa između roditelja, odnosno roditelja i djece tj. obitelji.

Drugo, trudnoća sa sobom donosi okolnosti koje su veoma različite od onih u kojima se nalaze osoba koje su pogodene bolešću. Rođenje djeteta predstavlja značajnu promjenu u životima roditelja i sa sobom često nosi značajne financijske izdatke. Osobe koje ostanu bez izvora finansijske sigurnosti u tom periodu dovedenu su u veoma tešku i stresnu situaciju. Štoviše, žene će zbog trudnoće i brige za djecu izbivati s posla češće i duže nego muškarci zbog neke bolesti. U tom smislu, uređenje društvenih odnosa koje dopušta poslodavcima da postupaju jednako nepovoljno prema trudnim osobama kao i prema osobama muškog spola koje su pogodene bolešću, dovest će žene u nepovoljniji društveni položaj kao društvenu skupinu. Na taj način trudnoća i briga o djetetu postat će ujedno i prepreka jednakosti žena.



Treće, argument da nepovoljno postupanje prema trudnim osobama nije vezano uz spol osobe je u najmanju ruku nepotpun. Trudnoća je suštinski dio ženske fiziologije. Štoviše, ona je jedna od ključnih fizičkih karakteristika koja razlikuje žene i muškarce. Uostalom, nepovoljno postupanje na temelju trudnoće pogađa samo žene baš kao što bi ih pogađala odluka koja je utemeljena na njihovoј pripadnosti ženskom spolu. U tom smislu, odluka koja se temelji na razlogu trudnoće je dobrim dijelom uvjetovana pripadnošću osobe točno određenom spolu.

Kao instrument zaštite jednakosti spolova zabrana diskriminacije na temelju trudnoće se razvila kao odgovor na opisane nedostatke, odnosno neučinkovitost instrumenta zabrane izravne diskriminacije. Štoviše, dobar dio pravnih sustava, uključujući EU i njene članice, izričito je priznao diskriminaciju na temelju trudnoće kao oblik izravne diskriminacije na temelju spola. Na taj način napravljen je značajan korak prema poimanju jednakosti koje je usredotočeno ne na formu postupanja prema osobama različitog spola, nego na učinke koje to postupanje ima na stvarnu poziciju žena i muškaraca u društvu, odnosno k poimanju koje naglašava strukturalne prepreke koje priječe ženama (i muškarcima) da se jednakost koriste vrijednim prilikama koje pruža društvo.

POLOŽAJ NEPOVOLJNOG POSTUPANJA NA TEMELJU TRUDNOĆE U HRVATSKOM PRAVNOM OKVIRU

Stav hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova prema nepovoljnomy postupanju poslodavaca u odnosu na trudnice veoma je ambivalentan. Otvoreno je pitanje koje se stajalište u vezi s tim promiče unutar hrvatskog pravnog okvira.

U Zakonu o ravnnopravnosti spolova, kao središnjem pravnom aktu hrvatskog okvira zaštite jednakosti spolova, uopće se ne spominje nepovoljno postupanje na temelju trudnoće, iako je općeprihvaćeno da je upravo ono jedan od najvećih problema s kojim se žene susreću pri ulasku i napredovanju na tržištu rada i kojim se značajno određuje njihov položaj u društvu.

Zakonom o radu izričito se zabranjuje nejednako postupanje prema trudnim osobama. No, usprkos tome, način kojim se uređuje njihov položaj nije u potpunosti zadovoljavajući. ZR sadrži niz odredaba o položaju trudnih osoba i osoba na rodiljnom dopustu. Neke od važnijih su:

ČLANAK. 64.

Poslodavac ne smije odbiti zaposliti ženu zbog njene trudnoće, otkazati joj ugovor o radu ili je, osim pod uvjetima iz članka 65. ovoga Zakona, premjestiti na druge poslove.

ČLANAK. 66.

- (1) *Za vrijeme trudnoće, poroda i njege djeteta radnica ima pravo na rodiljni dopust.*
- (2) *Radnica može početi koristiti rodiljni dopust 45 dana prije očekivanoga poroda i može ga koristiti do godine dana djetetova života.*
- (3) *Dan očekivanoga poroda utvrđuje ovlašteni liječnik.*
- (4) *Za blizance, treće i svako sljedeće dijete radnica može koristiti rodiljni dopust do navršene treće godine djetetova života.*
- (5) *Radnica obvezno koristi rodiljni dopust u razdoblju od 28 dana prije poroda do šest mjeseci djetetova života (obvezni rodiljni dopust). Pravo na obvezni rodiljni dopust utvrđen prema odredbama ovoga Zakona koristi se u neprekinutom trajanju.*
- (6) *Na vlastiti zahtjev, žena iznimno može početi raditi prije nego dijete navrši šest mjeseci života, ali ne prije isteka 42 dana poslije poroda.*
- (7) *Ako je dijete prerano rođeno, produžuje se rodiljni dopust iz stavka 2. ovoga članka za toliko vremena za koliko je dijete prerano rođeno.*
- (8) *Nakon proteka obveznoga rodiljnog dopusta iz stavka 5. i 6. ovoga članka, ako se roditelji tako sporazumiju, pravo na rodiljni dopust može koristiti djetetov otac.*

(9) Ako djetetov otac koristi pravo iz stavka 8. ovoga članka u trajanju od najmanje tri mjeseca, rodiljni dopust iz stavka 2. i 4. ovoga članka produžuje se za dva mjeseca.

ČLANAK. 77.

(1) Za vrijeme trudnoće, korištenja rodiljnog dopusta, korištenja prava na rad u skraćenom radnom vremenu roditelja, odnosno posvojitelja, korištenja posvojiteljskoga dopusta i dopusta za njegu djeteta s težim smetnjama u razvoju te petnaest dana nakon prestanka trudnoće, odnosno prestanka korištenja tih prava, poslodavac ne može otkazati trudnici, odnosno osobi koja se koristi nekim od spomenutih prava.

(2) Otkaz je ništav ako je na dan davanja otkaza poslodavcu bilo poznato postojanje okolnosti iz stavka 1. ovoga članka ili ako radnik u roku od petnaest dana od dostave otkaza obavijesti poslodavca o postojanju okolnosti iz stavka 1. ovoga članka te o tome pridonese odgovarajući potvrdu ovlaštenog liječnika ili drugoga ovlaštenog tijela.

(3) Okolnosti iz stavka 1. ovoga članka ne sprječavaju prestanak ugovora o radu sklopljenog na određeno vrijeme, istekom vremena na koje je sklopljen taj ugovor.

ČLANAK. 79.

Nakon što je prošao rodiljni dopust, posvojiteljski dopust ili rad u skraćenom radnom vremenu, radnik koji je koristio neko od tih prava ima pravo povratka na poslove na kojima je radio prije korištenja toga prava, a ako je prestala potreba za obavljanje tih poslova, poslodavac mu je dužan ponuditi sklapanje ugovora o radu za obavljanje drugih odgovarajućih poslova.

Način na koji ZR uređuje položaj trudnih osoba i osoba na rodilnjom dopustu ima nekoliko značajnih nedostatka.

Prvo, nepovoljno postupanje prema trudnim osobama i osobama na rodilnjom dopustu nije određeno kao diskriminacija na temelju spola, što ima veoma praktične pravne posljedice. Kao što je kasnije obrazloženo, uz zabranu izravne diskriminacije temeljem spola vežu se i određene pravne mjere kojima se želi osigurati učinkovita zaštita prava pojedinaca da ne trpe diskriminaciju. Tu prije

svega vrijedi spomenuti instrumente prebacivanja tereta dokaza i naknade svih oblika štete nastale diskriminacijom. U slučaju da se nepovoljno postupanje prema trudnim osobama i osobama na rodilnjom dopustu ne odredi kao oblik izravne diskriminacije na temelju spola, vjerojatno je da sudovi neće primijeniti ove zaštitne mjere na takve slučajeve nepovoljnog postupanja.

Drugo, način na koji se propisuje zabrana nepovoljnog postupanja prema trudnim osobama, odnosno zaštita položaja osoba na rodilnjom dopustu je preuzak. Tako čl. 64. ZR-a štiti trudne osobe od nepovoljnog postupanja samo u pogledu mogućnosti zapošljavanja, otkaza i premještaja na drugo radno mjesto. Čl. 77. i čl. 79. ZR-a štite osobe na rodilnjom dopustu od nepovoljnog postupanja samo u pogledu otkaza i mogućnosti povratka na staro radno mjesto. U pogledu svih ostalih prava vezanih uz radnih odnos, kao što su npr. mogućnost korištenja godišnjeg odmora ili bolovanja, mogućnost napredovanja, prava na razne finansijske dodatke, mogućnost sudjelovanja u stručnom ospozobljavanju, itd. osobe koje su trudne ili su na rodilnjom dopustu ostaju izložene mogućnosti nepovoljnog postupanja. Na ovaj način čak se i otvara veoma nepoželjna mogućnost nepovoljnog postupanja u pogledu plaća trudnih osoba uz opravданje mogućom nižom efikasnošću ili povećanim izostancima s radnog mjesta.

Navedeni nedostaci mogli bi biti veoma lako uklonjeni kada bi se tumačenjem utvrdilo da je bilo kakvo nepovoljno postupanje na temelju trudnoće ili rodilnjog dopusta oblik izravne diskriminacije na temelju spola. No, čini se da to nije stav hrvatske sudske prakse i da hrvatski sudovi nejednako postupanje prema trudnim osobama i osobama na rodilnjom dopustu ne tumače kao oblik spolne diskriminacije, već kao kršenje posebnih prava kojima je zakonodavac omogućio zaštitu majki. Iz ovakvog stava npr. slijedi da nejednako postupanje prema trudnim osobama iz čl. 64. nije oblik diskriminacije na temelju spola, nego upravo suprotno, vrsta povlaštene zaštite koju zakonodavac nije omogućio muškarcima u sličnom položaju. Drugim riječima, ona bi bila iznimka od zabrane izravne diskriminacije temeljem spola. Nažalost, zbog neobjavljanja sudske prakse u Republici Hrvatskoj ovakvu tvrdnju nije moguće potkrijepiti konkretnim odlukama. No, ako hrvatska sudska praksa uistinu zastupa ovakvo stajalište, hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova je u tom slučaju u oštem sukobu s pravnom stečevinom EU. Štoviše, uska zaštita od nejednakog postupanja prema trudnim osobama i osobama koje su na rodilnjom dopustu iz ZR, te navedeni stav hrvatske sudske prakse teško da služi promicanju vrijednosti



i ciljeva sadržanih u čl. 5. ZRS-a, posebno promicanju načela jednakih prilika i jednakih mogućnosti korištenja svih prava.

USKLAĐENOST HRVATSKOG PRAVNOG OKVIRA S PRAVNOM STEČEVINOM EUROPJSKE UNIJE

Stajalište da nejednako postupanje prema trudnicama nije oblik spolne diskriminacije suprotno je pravnoj stečevini EU-a u području rodne jednakosti. Europski sud pravde veoma je rano zauzeo tumačenje da je nepovoljno postupanje temeljem trudnoće, ali i temeljem boravka na prodiljnem dopustu u pogledu bilo kojeg segmenta radnog odnosa, suprotno načelu jednakog postupanja prema ženama i muškarcima tj. izravna diskriminacija na temelju spola (*Predmet C-177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus; Predmet C-32/93 Carole Louise Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd; Predme; C-394/96 Mary Brown v Rentokil Ltd.*).

Štoviše, Europski sud je zauzeo stajalište da su mjere kojima se štiti položaj osoba koje su trudne ili su na rodiljnem dopustu izraz načela jednakog postupanja, a ne izuzetak od tog načela (*Predmet 136/95 Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v Evelyn Thibault*).

Takvo stajalište Europskog suda pravde je kasnije jasno potvrđeno i europskim zakonodavstvom. Tako Direktiva 2002/73 o jednakom postupanju koja je na snazi do kolovoza ove godine u čl. 2/7 propisuje:

Ova Direktiva je bez predrasuda prema odredbama koje se tiču zaštite žena, posebno u pogledu trudnoće i rodiljnog dopusta.

Žena na rodiljnem dopustu imati će pravo, po isteku rodiljnog dopusta, vratiti se na svoje radno mjesto ili na ekvivalentno radno mjesto čiji uvjeti i okolnosti neće biti manje povoljni za tu osobu, kao i pravo na svaku korist od poboljšanja radnih uvjeta na koje bi bila ovlaštena za vrijem svoje odsutnosti.

Nepovoljno postupanje prema ženama vezano uz trudnoću ili rodiljni dopust u smislu Direktive 92/85/EEC biti će oblik diskriminacije u smislu ove Direktive.

This Directive shall be without prejudice to provisions concerning the protection of women, particularly as regards pregnancy and maternity.

A woman on maternity leave shall be entitled, after the end of her period of maternity leave, to return to her job or to an equivalent post on terms and conditions which are no less favourable to her and to benefit from any improvement in working conditions to which she would be entitled during her absence.

Less favourable treatment of a woman related to pregnancy or maternity leave within the meaning of Directive 92/85/EEC shall constitute discrimination within the meaning of this Directive.

Nova Direktiva 2006/54 o jednakom postupanju koja će zamijeniti sadašnju Direktivu 2002/73 je još jasnija u stajalištu da je nepovoljno postupanje prema osobama koje su trudne ili su na rodiljnog dopustu oblik izravne diskriminacije na temelju spola, odnosno da mjere kojima se na pozitivan način uređuju prava i položaj takvih osoba na tržištu rada nisu iznimka od zabrane izravne diskriminacije:

ČLANAK. 2/2/C

Za potrebe ove Direktive, diskriminacija uključuje:

svako nepovoljno postupanje prema ženama vezano uz trudnoću ili rodiljni dopust u smislu Direktive 92/85/EEC.

For the purposes of this Directive, discrimination includes:

any less favourable treatment of a woman related to pregnancy or maternity leave within the meaning of Directive 92/85/EEC.

ČLANAK. 15

Žena na rodiljnog dopustu imati će pravo, po isteku rodiljnog dopusta, vratiti se na svoje radno mjesto ili na ekvivalentno radno mjesto čiji uvjeti i okolnosti neće

biti manje povoljni za tu osobu, kao i pravo na svaku korist od poboljšanja radnih uvjeta na koje bi bila ovlaštena za vrijeme svoje odsutnosti.

A woman on maternity leave shall be entitled, after the end of her period of maternity leave, to return to her job or to an equivalent post on terms and conditions which are no less favourable to her and to benefit from any improvement in working conditions to which she would have been entitled during her absence.

Kao što se vidi iz navedenih odredbi, u Direktivi 2006/54 više nema odredbe kojom se implicira da su majke kojima se uređuju prava i položaj žena koje su trudne ili su na rodiljnog dopustu izuzetak od zabrane izravne diskriminacije temeljem spola. U tom smislu Direktiva 2006/54 bolje odražava stajalište Europskog suda pravde da su takve majke, iako se odnose samo na osobe ženskog spola, izraz, a ne iznimka od načela jednakog postupanja.

Direktiva 92/85 o zaštiti trudnica, žena koje su nedavno rodile ili žena koje doje propisuje prava koja države članice moraju osigurati osobama koje su trudne ili su na rodiljnog dopustu. Ova analiza neće se upuštati u procjenu je li hrvatsko zakonodavstvo u skladu s obvezama koje proizlaze iz te Direktive. No, ono što je bitno za ovu analizu je činjenica da iz Direktive 2006/54 jasno proizlazi da je svako postupanje zbog kojeg osobe koje su trudne ili su na rodiljnog dopustu trpe nepovoljne posljedice zato jer se koriste nekim od prava koja su im zajamčena temeljem Direktive 92/85, oblik izravne diskriminacije na temelju spola.

U svjetlu navedenog, može se zaključiti da odredbe ZR-a kojima se uređuje položaj osoba koje su trudne ili su na rodiljnog dopustu nisu u skladu s pravnom stečevinom EU iz najmanje dva razloga. Prvo, nepovoljno postupanje prema osobama koje su trudne ili su na rodiljnog dopustu nije jasno određeno kao izravna diskriminacija na temelju spola. Drugo, ZR štiti takve osobe od nepovoljnog postupanja u pogledu veoma ograničenog skupa prava iz radnog odnosa. Pravna stečevina EU zahtjeva da takve osobe budu zaštićene od bilo kakvog nepovoljnog postupanja na temelju trudnoće ili rodiljnog dopusta u pogledu bilo kojeg segmenta radnog odnosa.

Kako bi se hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova uskladio s pravnom stečevinom EU u novi ZRS potrebno je uvrstiti odredbu kojom će se svaki oblik nepovoljnog postupanja prema osobama koje su trudne ili su na rodiljnog dopustu izričito odrediti kao oblik izravne diskriminacije na temelju spola. Takva

odredba morala bi u potpunosti biti usklađena s čl. 2/2/c Direktive 2006/54. Novi ZRS bi trebao izričito naglasiti da se ovakva zabrana diskriminacije odnosi na svaki segment radnog odnosa, a ne samo na uski skup prava iz radnog odnosa koji se štiti ZR-om. Isto tako, da se u potpunosti zadovolje uvjeti iz pravne stečevine EU, u novi ZRS bi trebalo uvrstiti odredbu kojom bi se svaka uputa da se nepovoljno postupa prema nekoj osobi zbog njene pripadnosti određenom spolu, odnosno trudnoće ili boravka na rodiljnom dopustu izričito odredila kao oblik izravne diskriminacije. Bilo bi poželjno kad bi se iste odredbe uvrstile i u ZR kako bi se u što većoj mjeri izbjegla mogućnost unutarnjeg sukoba hrvatskih zakonskih propisa.

ZAKLJUČCI I PREPORUKE

Glavni zaključci:

- U pogledu zabrane nepovoljnog postupanja prema trudnim osobama i osobama koje se nalaze na rodiljnom dopustu hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova nije usklađen s pravnom stečevinom EU.
- Hrvatski pravni okvir ne određuje nepovoljno postupanje prema trudnim osobama kao oblik izravne diskriminacije temeljem spola, što ima konkretnе praktične posljedice po mogućnost učinkovite zaštite i suprotno je pravnoj stečevini EU.
- ZR sadrži odredbu kojom se zabranjuje nepovoljno postupanje prema trudnim osobama, ali je ta odredba veoma nezadovoljavajuća.
- ZR ograničava zaštitu radnih prava osoba koje su trudne na zaštitu od odbijanja zapošljavanja, otkaza i premještaja na drugo radno mjesto. U pogledu ostalih prava iz radnog odnosa, osobe koje su trudne ostaju izložene mogućnosti nepovoljnog postupanja od strane poslodavca. Takva ograničena zaštitu prava iz radnog odnosa osoba koje su trudne je suprotna pravnoj stečevini EU.

- Hrvatski pravni okvir ne određuje nepovoljno postupanje prema osobama na rodiljnom dopustu kao oblik izravne diskriminacije temeljem spola, što ima konkretnе praktične posljedice po mogućnost učinkovite zaštite i suprotno je pravnoj stečevini EU.
- ZR na izuzetno uski način štiti prava iz radnog odnosa osoba koje su na rodiljnom odnosu, što je u suprotnosti s pravnom stečevinom EU.

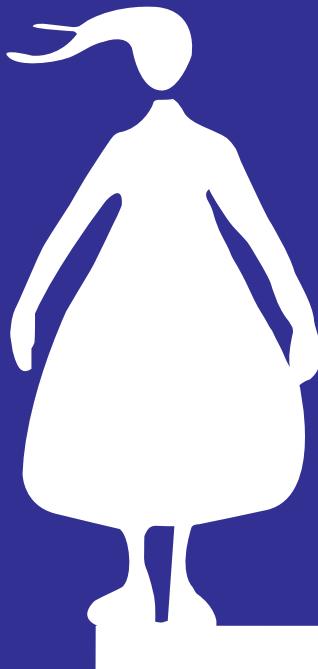
Preporuke:

1. Kako bi se hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova uskladio s pravnom stečevinom EU u novi ZRS potrebno je uvrstiti odredbu kojom će se svaki oblik nepovoljnog postupanja prema osobama koje su trudne ili su na rodiljnom dopustu izričito odrediti kao oblik izravne diskriminacije na temelju spola.
 - Takva odredba morala bi u potpunosti biti usklađena s čl. 2/2/c Direktive 2006/54.
 - Novi ZRS bi trebao izričito naglasiti da se ovakva zabrana diskriminacije odnosi na svaki segment radnog odnosa, a ne samo na uski skup prava iz radnog odnosa koji se štiti ZR-om.
2. Novi ZRS bi trebao sadržavati odredbu kojom bi se svaka uputa da se nepovoljno postupa prema nekoj osobi zbog njene pripadnosti određenom spolu, odnosno trudnoće ili boravka na rodiljnom dopustu izričito odredila kao oblik izravne diskriminacije.
3. Bilo bi korisno te iste izmjene uvesti i u ZR.
4. Treba provjeriti u kojoj mjeri je ZR usklađen s Direktivom 92/85 o zaštiti trudnica, žena koje su nedavno rodile ili žena koje doje te ispraviti moguće neusklađenosti ili intervencijom kroz novi ZRS ili izmjenama ZR-a.
5. Kako bi se hrvatski pravni okvir zaštite u potpunosti uskladio s pravnom stečevinom EU, novi ZRS trebao bi naglasiti da se odredba o zabrani diskriminacije trudnih osoba ili osoba na rodiljnom dopustu odnosi i na tržišne odnose ponude usluga i dobara.



6

NEIZRAVNA DISKRIMINACIJA





Zabrana neizravne diskriminacije odnosi se na situacije u kojima naizgled neutralno ponašanje, koje izravno ne razlikuje osobe temeljem spola, u konačnici proizvodi drugačiji učinak za žene i muškarce, odnosno jedne ili druge stavlja u nepovoljniju poziciju.

Iz navedenog opisa odmah je vidljivo da je zabrana neizravne diskriminacije značajno različit instrument promicanja jednakosti spolova od zabrane izravne diskriminacije. Prvo, zabrana neizravne diskriminacije počiva na drugačijim vrijednosnim osnovama, odnosno njome se promiču drugačiji ciljevi od onih kojima se teži pomoću zabrane izravne diskriminacije. Drugo, sadržajna struktura dva instrumenta je znatno drugačija. Treća razlika je očekivana posljedica prethodne dvije. Učinkovita primjena zabrane neizravne diskriminacije temelji se na uspješnom razumijevanju i služenju drugačijom vrstom podataka od onih koji su u središtu pažnje kod zabrane izravne diskriminacije. Drugim riječima, uspješnost dokaznog postupka ovisi o drugačijoj vrsti činjenične podloge.

VRIJEDNOSNA POZADINA ZABRANE NEIZRAVNE DISKRIMINACIJE

Jedno od temeljnih obilježja ovog instrumenta je usredotočenost na konkretnе rezultate određenog ponašanja. Za usporedbu, zabrana izravne diskriminacije usredotočena je prije svega na sadržaj ponašanja, odnosno postupak odlučivanja o interesima pojedinaca. Ako je sadržaj u skladu s pravnim zahtjevima, tj. ako pripadnost spolu osobe o čijim se interesima odlučuje nije igrala nikakvu ulogu pri odlučivanju, rezultati postupka odlučivanja su legitimni bez obzira na njihov učinak. Dok se pri zabrani izravne diskriminacije formom postupka odlučivanja jamči ispravnost rezultata, pri zabrani neizravne diskriminacije, sadržajem rezultata, tj. njihovim učinkom na poziciju pripadnica ili pripadnika dvije različite društvene skupine, određuje se društvena prihvatljivost (pravičnost).

Usredotočenost na konkretnе učinke određenog postupanja donijela je zabrani neizravne diskriminacije epitet instrumenta kojim se promiče supstancialna, odnosno stvarna jednakost žena i muškaraca. S druge strane, usredotočenost zabrane izravne diskriminacije na sadržaj postupka odlučivanja odnosno, kako



bi mnogi rekli, na formu postupka, donijela je ovom instrumentu ne tako laskavu titulu formalne jednakosti.

Zabrana neizravne diskriminacije često se smatra izrazom supstancialne jednakosti, jer se pretpostavlja da se njome promiče preraspodjela društvenih prilika i materijalnih koristi (društveno dobro) između žena i muškaraca kao različito pozicioniranih društvenih skupina. Takvo stajališta pretpostavlja da se društvena jednakost postiže uravnoteženom, odnosno proporcionalnom raspodjelom društvenog dobra između društvenih skupina.

U dijelu u kojem je bilo riječi o vrijednosnim ciljevima koji prema ZRS-u čine ideal jednakosti vidjeli smo da cilj razmjernog sudjelovanja, odnosno razmjerne prisutnosti žena i muškaraca u društvenim odnosima ima značajnu ulogu u hrvatskom pravnom okviru zaštite.

No, navedeno poimanje zabrane neizravne diskriminacije ima svojih problematičnih strana. Prvo, kao što ćemo uskoro vidjeti, uopće nije jasno teži li zabrana neizravne diskriminacije preraspodjeli društvenog dobra između različitih društvenih skupina.

Drugo, nije jasno zašto bi se uravnotežena podjela dobara, najčešće sukladna udjelu društvene skupine u sveukupnom sastavu društva, trebala smatrati odrazom jednakosti društva. Nekritička usredotočenost na društvenu skupinu kao osnovu jednakosti u društvu ima svojih značajnih problema. Stajališta koja naglašavaju važnost društvene skupine veoma često zanemaruju moguće štetne posljedice za pojedince i njihovu osobnu autonomiju. To posebno vrijedi za ona stajališta koja zastupaju vrijednost zaštite identiteta određene skupine. Prema ovom shvaćanju jednakosti, proporcionalna raspodjela društvenog dobra bitna je kako bi se skupini omogućilo da očuva svoj posebni identitet koji obično uključuje kulturu, način života i karakterističan sustav vrijednosti. Takvo shvaćanje jednakosti često u sebi nosi određeni rizik tzv. esencijalizacije pojedinca, jer često implicira da zbog obilježja kao što su spol ili nacionalna pripadnost koja nas čine članovima određene društvene skupine, dobrim dijelom imamo predodređeni osobni identitet, odnosno da smo s ostalim pripadnicima te skupine slični u ponašanju, ciljevima, stavovima, potrebama, težnjama i sl. Štoviše, takva stajališta ne gledaju blagonaklono na pojedince koji se previše otklanjaju od tako određenog kolektivnog identiteta, što ponekad vodi isključivanju takvih pojedinaca iz cijelog niza društvenih prilika i odnosa. Rizik ovakve vrste esencijalizacije



pojedinaca već je u onim uređenjima u kojima se društveno dobro raspodjeljuje između društvenih skupina na temelju njihove veličine tj. brojnosti.

Hrvatskom pravnom sustavu su takvo shvaćanje jednakosti i uz njega vezani problemi poznati iz konteksta jednakosti nacionalnih manjina. No, ono se isto tako često može naći i u društvenom diskursu o poželjnem uređenju jednakost između žena i muškaraca.

Obzirom na opisane nedostatke pristupa koji nekritički naglašava ulogu društvenih skupina u ostvarivanju jednakosti, treba razmotriti i činjenicu da većina društava koja se određuju kao demokratska promiče vrijednosni stav da se osoba vrednuje kao pojedinac, odnosno u skladu sa svojim osobnim kvalitetama, trudom, izborom i postignućima. S tog stajališta, činjenica neuravnotežene raspodjele između društvenih skupina sama po sebi ne mora nužno značiti nejednakost, iako se mora priznati da će veoma često biti pouzdan pokazatelj njihovog nepovoljnog položaja.

Iznesena kritika nikako ne znači da zabrana neizravne diskriminacije nije značajan doprinos ostvarivanju jednakosti žena i muškaraca. No, njena najznačajnija vrijednost ne leži u preraspodjeli društvenog dobra, nego u razotkrivajućoj kritici uređenja društvenih odnosa. Usredotočenost ovog instrumenta na učinak koji određena mjera proizvodi za različite društvene skupine, izraz je sumnjičavosti prema navodnoj neutralnosti te mjeru. Činjenica da naizgled neutralna mjera ima nepovoljniji učinak za jednu društvenu skupinu nije neprihvatljiva sama po sebi, ali je u svakom slučaju dovoljno upozorenje da bismo trebali preispitati razloge zbog kojih je došlo do nerazmernog učinaka za različite skupine.

Sumnjičavost prema takvom učinku ne slijedi iz stava da je jednakost zajamčena proporcionalnom raspodjelom između društvenih skupina. Upravo suprotno, ona slijedi iz činjenice da nerazmerni učinak navodno neutralne mjeru nije lako pomiriti s vrijednosnim stavom da je jednakost zajamčena nagrađivanjem osobe temeljem njenih osobnih kvaliteta truda, talenta i postignuća. Takvo se poimanje jednakosti temelji na pretpostavci da su sve osobe u načelu, manje ili više, podjednako sposobne ostvariti svoje različite talente, težnje i samoodređene ciljeve, bez obzira na fizička obilježja kao što su spol, boja kože i sl. Ako se inzistira na logici ove pretpostavke, slijedi da bi društvene skupine, npr. žene i muškarci, u načelu trebale biti podjednako uspješne pri iskorištanju društvenih prilika kada bi se nalazile u podjednakim društvenim pozicijama i bile

suočene s jednakim društvenim zahtjevima. Dakle, neuravnoteženost učinka neke neutralne mjere upozorava na moguću nejednakost društvenih okolnosti za žene i muškarce (tzv. strukturalna diskriminacija).

Kritičnost ovog instrumenta nije stoga temeljena na sumnji da određena mjera proizvodi nepovoljne učinke za jednu skupinu zato što je njena neutralnost lažna, odnosno zato što je obilježje kao što je spol osobe na skriveni način ipak utjecalo na odluku poslodavca. Zabранa neizravne diskriminacije ne osporava da je poslodavac postupao jednakom prema svim osobama, tj. da je konzistentno primjenjivao istu neutralnu mjeru na žene i muškarce. Kritičnost proizlazi iz sumnje da uređenost društvenih odnosa u načelu postavlja žene i muškarce na različite društvene „startne pozicije“ s obzirom na zahtjeve koji proizlaze iz nainzgled neutralne mjere. Nerazmernost učinka proizlazi iz činjenice da navodno objektivna profesionalna mjerila uspješnosti koja konzistentno primjenjujemo na žene i muškarce na tržištu rada najčešće odražavaju interes, potrebe i životni stil karakterističan za osobe koje pripadaju skupini u dominantnom društvenom položaju. U kontekstu jednakosti spolova to bi značilo da navodno neutralne mjere u biti pogoduju životnom stilu, ulozi i interesima osoba muškog spola. U neku ruku, ovakve mjere od žena i muškarca očekuju da trče istu utrku s tim da žene često startaju s udaljenije startne pozicije.

Kritičnost ovog instrumenta stoga odražava priznanje da su naša društva, posebno odnosi na tržištu rada, još uвijek obilježena nejednakosću žena i muškarca. Uzroci nejednakosti ne leže toliko u ograničenom broju slučajeva u kojima pojedini poslodavci isključuju žene temeljem predrasuda ili stereotipnog poimanja ženskog spola, odnosno roda. Uzroci su mnogo dublje – u načinu na koji su uređeni odnosi u našem društvu, osobito u društvenim (rodnim) ulogama i očekivanjima koje društvo stavlja pred osobe ženskog ili muškog spola. Ovo se posebno odnosi na nejednaku raspodjelu uloga i obveza u obitelji, naročito u pogledu brige o djeci. Zabranom neizravne diskriminacije se stoga priznaje postojanje strukturalne diskriminacije žena (i muškaraca). To je vjerojatno najveća vrijednost ovog instrumenta.

Zabранa neizravne diskriminacije usmjerava našu pažnju na dva povezana oblika strukturalne diskriminacije u društvu. Prijе svega, potaknuti smo na razotkrivanje diskriminirajućih prepreka koje se kriju u strukturi društvenih odnosa. Taj nas instrument potiče da razotkrijemo način na koji razlika u društvenom položaju i rodnim ulogama žena i muškaraca utječe na mogućnosti osoba jednog

spola da se pruženim prilikama koriste jednakо uspješno kao osobe drugog spola. Klasičan primjer je načelno nepovoljan učinak koji, u odnosu na zaposlene žene, proizlazi iz neutralne mjere nagrađivanja dužeg radnog staža. Tako bi analiza nepovoljnijeg učinka ove naizgled neutralne mjere utemeljene na navodno profesionalno objektivnim kriterijima ocjenjivanja uspješnosti, vjerojatno razotkrila da je glavni razlog njene nepovoljnosti za žene taj što u većini slučajeva žene preuzimaju društvenu obvezu brige o djeci i njege ostalih članova obitelji, zbog čega češće izostaju s posla. Nepovoljni učinak koji ovakva raspodjela obiteljskih obveza ima za karijeru zaposlenih žena odražava diskriminativnu strukturu takvog društvenog uređenja.

Drugi je oblik strukturalne diskriminacije, na koji se upozorava zabranom neizravne diskriminacije, dominacija pripadnika jedne društvene skupine u kreiranju društvenih mjerila uspješnosti i raspodjele društvenog dobra, koja se često prikazuju kao objektivna ili neutralna. Tako se npr. pri ocjenjivanju kandidata za neki posao često uz njihovu stručnu sposobljenost ocjenjuje i njihov karakter, odnosno uvjерljivost u nastupu koja se izjednačava sa samopouzdanjem, čvrstim stavom i jačinom glasa (tzv. karakter željezne ruke). To su obilježja koja uglavnom idu u korist osobama muškog spola, odnosno roda. Istovremeno se ne uzimaju u obzir kvalitete kao što su strpljivost, tolerancija, otvorenost prema različitim mogućnostima, sposobnost postizanja kompromisa i sl. To su obilježja koja uglavnom idu u korist osobama ženskog spola, odnosno roda. Preferiranjem određenih sposobnosti nad drugima, jednakо korisnima, daje se prednost gledištu ili normi koja je karakteristična za jednu (dominantnu) društvenu skupinu. U tom smislu objektivnost ili neutralnost takvih mjera je samo paravan za društveno dominantan položaj jedne skupine.

Ovakva kritika (tzv. kritika muške norme) zapravo upućuje na činjenicu da su žene uglavnom isključene iz postupaka u kojima se odlučuje o uređenju važnih društvenih odnosa, poput ulaska na tržište rada i napredovanja u karijeri, nagrađivanja uloženog rada, ravnoteže između tržišne uspješnosti (zarade) i obiteljskog života i sl. Ta kritika stoga također upućuje na nedostatak ravnoteže u raspodjeli društvene moći između žena i muškaraca. Zabranom neizravne diskriminacije tako se ukazuje na nedostatak osnovnog oblika demokratičnosti u društvenom odlučivanju.

No, zabrana neizravne diskriminacije ima svojih ograničenja. Nasuprot njenoj prodornoj kritičnosti stoji njen upitna učinkovitost. Pod pitanjem učinkovi-

tosti ne ciljamo na pitanje problematične primjene instrumenta iako, kao što je vidljivo dolje, postoji tendencija da se primjena ovog instrumenta bespotrebno zakomplicira. Zabrana neizravne diskriminacije ne pruža odgovarajuće rješenje problema koji je tako učinkovito izašao na vidjelo. Posljedica povrede zabrane neizravne diskriminacije u najboljem je slučaju uklanjanje naizgled neutralne mjere poslodavca, koja proizvodi nepovoljniji učinak za zaposlene osobe jednog spola nego za osobe drugog spola. Na taj način, djelomično se uvažava društvena situacija koja je karakteristična za žene i tako se ublažuje tzv. muška norma, ali ostaju nedirnuti stvarni uzroci nepovoljnog učinka, kao što su neuravnotežena raspodjela obveza u obitelji ili nedovoljna demokratičnost postupaka odlučivanja na tržištu rada.

Zabranom neizravne diskriminacije postiže se neka vrsta redistribucijskog učinka, iako nije jasno u kojoj mjeri. Pogrešno bi bilo shvatiti redistribucijski učinak zabrane neizravne diskriminacije kao naknadu za strukturalnu diskriminaciju, iako je upravo to učestalo mišljenje. Naime, posljedica ukidanja neutralne mjere poslodavca koja proizvodi neuravnoteženi učinak, može biti nova mjera koja će imati jednaku korist za neizravno diskriminiranu skupinu (izjednačavanje prema gore), ali i mjera kojom bi se oduzeo povoljniji položaj pogodovane skupine (izjednačavanje prema dolje). Iako bi izjednačavanje prema gore bilo sukladno vrijednostima koje se promiču, praksa ne inzistira na takvom rješenju. Redistribucijski učinak stoga ne može imati ulogu naknade za pretrpljenu diskriminaciju, niti se njime može osigurati neka pravična raspodjela društvenog dobra između društvenih skupina. Redistribucijskim učinkom u najboljem slučaju zaustavlja se pogoršavanje nepovoljnijeg položaja i širenje jaza između dvije skupine. U tom smislu, redistribucijski učinak ima „vatrogasnu“ ulogu i najviše pridonosi zaštiti *statusa quo*.

Značajna prepreka učinkovitosti zabrane neizravne diskriminacije je određena vrsta promašene usmjerenosti. Tim se instrumentom najveći dio odgovornosti za diskriminaciju prebacuje na poslodavca koji nije izravan uzrok diskriminacije. Tako, s jedne strane imamo situaciju u kojoj ukidanje određene mjeri s neuravnoteženim učinkom neće ukloniti pravi uzrok diskriminirajućeg učinka, ali je moguće da će našteti profitabilnosti poslodavčevog poslovanja. S druge strane, imamo situaciju u kojoj poslodavac sam snosi posljedice za diskriminaciju za koju nije odgovoran izravno već samo kao dio šireg društvenog uređenja, koje žene stavlja u nepovoljniji položaj.



Takva promašenost ima za posljedicu određene kompromise koje nalazimo u strukturi instrumenta, a koji dodatno opterećuju njegovu ionako upitnu učinkovitost. Zabranu neizravne diskriminacije naime zabranjuje samo one neutralne mjere s neuravnoteženim učinkom za koje se dokaže da nisu neophodne za poslovanje poslodavca. Na taj način, zabranom neizravne diskriminacije dozvoljava se određeno vaganje (balansiranje) između interesa poslodavca i interesa osoba u nejednakom položaju (odnosno između interesa društva za učinkovitim tržišnim poslovanjem i interesa za postizanjem jednakosti svih pripadnica i pripadnika društva).

Obzirom na opisanu promašenost, nije iznenađujuće da se tim instrumentom u krajnjem slučaju preferira interes poslodavca. Tim „iskupljujućim“ rješenjem dodatno se ograničava mogućnost da se zabranom neizravne diskriminacije smanji jaz nejednakog položaja između žena i muškaraca na tržištu rada.

ZABRANA NEIZRAVNE DISKRIMINACIJE U HRVATSKOM PRAVNOM OKVIRU ZAŠTITE JEDNAKOSTI SPOLOVA

Zabранa neizravne diskriminacije obično sadrži nekoliko sastavnica. Treba obratiti pažnju na:

- mjeru koja proizvodi neuravnoteženi učinak,
- skupinu koja je suočena s takvim nepovoljnim učinkom,
- važnost mjere za poslovanje poslodavca.

Svaka od ovih sastavnica znatno je složenija nego što se to na prvi pogled čini. Praksa je pokazala da se svakom sastavnicom može znatno, i često nepotrebno, otežati primjenu ovog instrumenta. To se posebno odnosi na određivanje skupine koja je stavljena u nepovoljni položaj, te konkretno određivanje nepovoljnog učinka (položaja). Hrvatskoj bi u tom smislu trebali posebno poučnima biti primjeri iz prakse Europskog suda pravde.

Hrvatski pravni okvir sadrži zabranu neizravne diskriminacije koja djelomično odražava takvu strukturu. Tako se Zakonom o ravnopravnosti spolova u čl. 7/2 određuje da:

Neizravna diskriminacija postoji kada neutralna pravna norma, kriteriji ili praksa u jednakim ili sličnim okolnostima stavljaču osobu jednoga spola u nepovoljniji položaj u odnosu na osobu suprotnog spola.

Istovremeno se Zakonom o radu u čl. 2/3 određuje da:

Neizravna diskriminacija, u smislu ovoga Zakona, postoji kada određena naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa, osobu iz stavka 1. ovoga članka, zbog njenoga određenog obilježja, statusa, opredjeljenja, uvjerenja ili vrijednosnog sustava koji čine temelje za zabranu diskriminacije iz stavka 1. ovoga članka, stavila ili bi stavili u nepovoljniji položaj u odnosu na druge osobe.

Odmah je uočljiva značajna unutarnja neusklađenost hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova pri određivanju neizravne diskriminacije.

Mjera koja proizvodi neuravnoteženi učinak

U pogledu prve sastavnice zabrane neizravne diskriminacije u oba se zakona neutralna mjera s nepovoljnim učinkom definira na isti način. Hrvatski pravni okvir je, u skladu s pravnom stečevinom EU-a, prihvatio široko određenje kojim se može obuhvatiti bilo koja vrsta postupanja poslodavca. Nije važno je li mjera propisana nekim pravilnikom o radu, odnosno ugovorom ili je ustaljena u praksi poslodavca ili je pak jednokratna mjera. Štoviše, ovako širokim određenjem postaje nevažno je li mjera zakonski propisana mogućnost ili čak obveza poslodavca. Mjera jednostavno ulazi u doseg navedenih zakonskih propisa ako proizvodi nepovoljni učinak.

Skupina koja je suočena s nepovoljnim učinkom neutralne mjere

Situacija je znatno drugačija u pogledu ključnog elementa zabrane neizravne diskriminacije. Zbunjuje način na koji hrvatski pravni okvir određuje skupinu koja je pogođena nepovoljnim učinkom neutralne mjere. U oba se zakona inzistira na komparativnom pristupu pri utvrđivanju nepovoljnog učinka neutralne mjere, ali se izražavaju veoma različita stajališta o tome koga bi trebalo uspoređivati.



U ZRS-u se tako određuje da se tom mjerom u nepovoljni položaj stavljuju osobe (množina), iako se ostavlja potpuno otvorenim koliko osoba. Prema ZR-u dovoljno je da se navedenom mjerom u nepovoljniji položaj stavi samo jedna osoba. S druge strane, ZRS-om se omogućuje da se kao komparator uzme jedna osoba, dok se ZR-om inzistira na više osoba iako njihov broj nije određen.

Premda ovakve primjedbe mogu izgledati kao neka vrsta pravničkog formalizma, one zadiru u sam smisao tog instrumenta. Vrijednost zabrane neizravne diskriminacije leži prvenstveno u njenoj mogućnosti da, kroz neuravnoteženost učinka navodno neutralne mjere, ukaže na strukturalnu diskriminaciju tj. na činjenicu da je određena struktura društvenih odnosa dovela u nepovoljniji položaj čitavu društvenu skupinu. Taj antidiskriminacijski instrument pomoći će nam razotkriti ovu vrstu diskriminacije samo ako se usredotočimo na učinke koje navodno neutralna mjera proizvodi za veći broj osoba koje pripadaju određenoj skupini. Ako se, prema uputi iz ZR-a, usredotočimo na samo jednu osobu i nepovoljni učinak koji određena mjera ima za nju u usporedbi s nekoliko osoba suprotnog spola, nećemo saznati ništa o strukturalnoj diskriminaciji temeljem pripadnosti određenom spolu. Postoji nebrojeno mnogo razloga zbog kojih bi neka neutralna mjera mogla biti nepovoljna za neku osobu. Ono što nas zanima sa stajališta zaštite jednakosti žena i muškaraca na tržištu rada – povezanost nepovoljnog učinka neutralne mjere s pripadnošću osobe određenom spolu – samo je jedan od mogućih uzroka. Ista primjedba vrijedi i za rješenje koje je ponuđeno čl. 2/3 ZR-a. O uzrocima nepovoljnog učinka nećemo znati ništa više ako nekoliko osoba jednog spola, za koje neutralna mjera proizvodi nepovoljni učinak, usporedimo sa samo jednom osobom suprotnog spola koja nije suočena s istim učinkom.

Iako rješenja koja nalazimo u ZRS-u i ZR-u pate od istog nedostatka, nije teško zamisliti probleme koje njihova neusklađenost u pogledu ovog pitanja može i vjerojatno hoće proizvesti u praksi. Kako oba zakona uređuju radne odnose, veoma je vjerojatno da će hrvatski sudovi utrošiti dosta energije i vremena kako bi riješili dilemu – da li kao osnovu usporedbe uzeti jednu ili više (i koliko točno) osoba koje se žale na nepovoljni učinak mjeru, odnosno jednu ili više (i koliko točno) osoba suprotnog spola koje nisu suočene s istim nepovoljnim učinkom?

Obzirom na činjenicu da je zabrana neizravne diskriminacije novi instrument u hrvatskom zakonodavstvu, te da zbog neiskustva postoji značajno nerazumi-

jevanje njegove primjene, nije vjerojatno da će hrvatski sudovi znati učinkovito riješiti ovu lažnu dilemu, do koje dolazi zbog tekstualne neusklađenosti dva zakona. Vjerojatnije je da će, zbog složenosti, sudovi pokušati izbjegći upotrebu ovog instrumenta, te da će doći do neusklađenosti sudske prakse kod sudova koji se uhvate u koštac s ovako lošim zakonskim rješenjima. Da bi se osigurali minimalni uvjeti za učinkovitu primjenu tog instrumenta, potrebno je što prije međusobno uskladiti čl. 2/3 ZR-a i čl. 7/2 ZRS-a.

Ono zbog čega je možda došlo do neusklađenosti dva zakonska rješenja je na-stojanje zakonodavca da uskladi hrvatske propise sa pravnom stečevinom EU-a. Naime, ZRS i ZR u pogledu zabrane neizravne diskriminacije odstupaju od načina na koji je taj instrument do nedavno bio definiran u pravnoj stečevini EU-a i u praksi Europskog suda pravde, koja je kasnije kompilirana u Direktivi 97/80/EZ o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije temeljem spola (tzv. Direktiva o teretu dokazivanja). Člankom 2. ove Direktive određuje se:

Za svrhu primjene načela jednakog postupanja iz stavka 1., neizravna diskriminacija postoji kada prividno neutralna odredba, mjerilo (kriteriji) ili praksa stavljuju u nepovoljniji položaj znatno viši udio osoba koje pripadaju jednom spolu, osim ako je ta odredba, mjerilo ili praksa prikladna i nužna te može biti opravdana objektivnim razlozima nepovezanim sa spolom.

For purposes of the principle of equal treatment referred to in paragraph 1, indirect discrimination shall exist where an apparently neutral provision, criterion or practice disadvantages a substantially higher proportion of the members of one sex unless that provision, criterion or practice is appropriate and necessary and can be justified by objective factors unrelated to sex.

Hrvatska zakonska rješenja išla su u smjeru Direktive 2002/73 kojom je zabранa neizravne diskriminacije određena na znatno drugačiji način. U toj je Direktivi navedeno da do neizravne diskriminacije dolazi:

Gdje bi naizgled neutralna odredba, mjerilo ili praksa mogla staviti osobe jednog spola u znatno nepovoljniji položaj u usporedbi s osobama drugog spola, osim ako je ta odredba, mjerilo ili praksa objektivno opravdana legitimnim ciljem i ako su sredstva kojima smjera postići taj cilj prikladna i nužna.

Where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of one sex at a particular disadvantage compared with persons of the other sex, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary.

Ista odredba nalazi se i u čl. 2. Direktive 2006/54.

Nažalost, odmah se može primijetiti da se u svojoj dobroj namjeri zakonodavac iz nekog razloga izgubio u prijevodu. Direktiva 2002/73 koja je trenutno na snazi kao polazište usporedbe uzima **osobe jednog spola** (dakle množina) i stavlja ih u poredbeni odnos s **osobama drugog spola** (dakle opet množina).

Isto tako, za razliku od hrvatskih zakonskih rješenja ovom se Direktivom insistira na standardu **znatno nepovoljnijeg položaja** kao pragu čiji prelazak čini neutralnu mjeru diskriminirajućom. Na taj se način Direktivom postavlja otvoreni, fleksibilni standard kojim se od sudova traži da u svakom pojedinom slučaju nađu pravedno rješenje obzirom na konkretne okolnosti predmeta koji je pred njima.

Moguće objašnjenje takve neusklađenosti hrvatskih zakonskih rješenja je fluktuacija zakonskih prijedloga koji su prethodili konačnoj definiciji koja danas stoji u Direktivi 2002/73. Jednim od nacrtu definicije zabrane neizravne diskriminacije, koji je izradila Europska komisija, uistinu se predlaže usporedba jedne osobe s više osoba suprotnog spola da bi se utvrdilo je li neutralna mjera neizravno diskriminativna. Od tog rješenja se nakon znatnog broja kritika naposljetku odustalo. No, moguće je da su saborske radne skupine pri pisanju nacrtu u obzir uzele upravo ovaj ili sličan prijedlog. Kako se gore navedenim razlikama u zakonskim rješenjima otvara mogućnost različitih posljedica kod primjene ovog instrumenta u praksi, slijedi da hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova nije uskladen s pravnom stečevinom EU-a u području rodne jednakosti. Članke 7/2 ZRS-a i 2/3 ZR-a, prije međusobnog uskladihanja, treba uskladiti s relevantnim propisima EU-a.

Isto tako, do lutanja u prijevodu vjerojatno ne bi došlo da su se u obzir uzeli razlozi zbog kojih je zakonodavac EU-a uopće ušao u postupak redefiniranja zabrane neizravne diskriminacije. Svrha nove definicije je u prvom redu spriječiti da primjena ovog instrumenta ovisi o nekoj vrsti statističkog formalizma. Naime, primjena ovog instrumenta od strane nacionalnih sudova država članica

EU-a, pokazala je tendenciju sudova da pri tumačenju izraza *znatno viši udio osoba koje pripadaju jednom spolu*, na kojem je počivala odredba čl. 2. prijašnje Direktive o teretu dokazivanja, previše energije i vremena troše tražeći odgovor u statističkim računicama.

U sudskej praksi pojavila su se dva značajna pitanja u vezi s određivanjem skupina koje bi sudovi trebali uspoređivati da bi utvrdili neizravnu diskriminaciju.

Prvo, praksom Europskog suda pravde i Direktivom o teretu dokaza ostavljeno je otvoreno pitanje oko udjela osoba određenog spola koji bi trebao biti relevantan. Tako se pojavilo pitanje da li udio odrediti ukupnim brojem zaposlenih kod poslodavca, ukupnim brojem osoba određene struke zaposlenih kod poslodavca, ukupnim brojem osoba određenog spola zaposlenih kod poslodavca ili ukupnim brojem osoba koje su kvalificirane za određeni posao. Dilema se mogla dodatno zakomplikirati jer nema razloga za ograničavanje samo na osobe zaposlene kod poslodavca. Navedena pitanja mogla su se podići na višu razinu, gdje bi se utvrđivao udio u ukupnom broju osoba određene djelatnosti na tržištu rada ili čak u ukupnom broju zaposlenih na tržištu rada.

Druge pitanje, koje je mučilo znatan broj nacionalnih sudova, bilo je da li udio odrediti samo na osnovi osoba obaju spolova koje su ovom mjerom postavljene u nepovoljan položaj, ili treba istovremeno uzeti u obzir i udio osoba obaju spolova koje su mjerom postavljene u povoljan položaj. Ako se ova dilema spoji s gore navedenom, nije teško zamisliti niz mogućih komplikacija koje mogu nastati primjenom ovog instrumenta.

Najteže prihvatljiva dilema koja se pojavila u sudskej praksi bila je ona o visini razlike između udjela osoba suprotnog spola. Sudovi su kroz praksu pokazali izuzetnu upornost u pokušaju definiranja statističkog praga kojim bi se odredilo da li neutralna mjera proizvodi nepovoljni učinak za određenu spolnu skupinu. Drugim riječima, sudovima nije bilo jasno kolika treba biti razlika između broja žena i muškaraca koji su neutralnom mjerom stavljeni u nepovoljni položaj da bi mjeru bila diskriminativna, odnosno je li prag 5%, 7%, 10% ili viši postotak razlike. Slično je bilo s pitanjem o razlici koja je bila tako niska da nije odmah predstavljala nepovoljni učinak, ali se s vremenom pokazala izrazito stabilnom i njen bi krajnji učinak, promatran u dužem razdoblju, bio znatno drugačiji (*Predmet C-167/97 Regina v Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*). Nije teško zamisliti kako su ova pitanja utjecala



na dužinu trajanja postupka, ili kako bi utjecala na postupke pred domaćim sudovima gdje postoji problem neopravdano dugog trajanja postupka.

Navedene dileme pokazuju nedovoljno razumijevanje vrijednosti i ciljeva koji se promiču zabranom neizravne diskriminacije. Priznanje da je diskriminacija temeljem spola utkana u strukturu našeg društva, odnosno u način na koji uređujemo značajan broj odnosa bitnih za funkcioniranje društvenog sustava, svojstven je zabrani neizravne diskriminacije i njime se od sudova zahtijeva uklanjanje mјera koje produbljuju nejednakost položaja žena i muškaraca. U tom smislu sudovi ne mogu robovati formulama, već su odgovorni prosuđivati uzroke negativnog učinka neke mјere od slučaja do slučaja na temelju svih okolnosti. (*Predmet C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*). Ako utvrde da je neutralnom mjerom čak i vrlo mali broj osoba stavljen u nepovoljni položaj zbog pripadnosti određenom spolu, zabranom neizravne diskriminacije zahtijeva se uklanjanje takve mјere pod uvjetom da je poslodavac ne može opravdati nekim legitimnim ciljem kao nužnu. Statistike mogu pomoći da se utvrdi uzrok nepovoljnog učinka, ali sama statistika nije dovoljna. Obzirom na zaokupljenost sudova statistikama, razumljivo je da je europski zakonodavac našao svrshodnim promijeniti zakonsku definiciju iz Direktive o teretu dokazivanja da bi pažnju sudova usredotočio na važnija pitanja koja se tiču neizravne diskriminacije.

S druge strane, nije jasno je li novom definicijom neizravne diskriminacije iz Direktive 2002/73 ostvaren navedeni cilj. Koliko god postojala kušnja nepotrebнog komplikiranja pri primjeni tog instrumenta u praksi, statistike su ipak usko vezane uz smisao zabrane neizravne diskriminacije. Uzroci nepovoljnog učinka neutralne mјere za određenu osobu temeljem njene spolne pripadnosti najbolje su vidljivi kroz učinke koje ista mјera ima za veći broj ljudi oba spola. Stoga je kontraproduktivno, pri utvrđivanju nepovoljnosti učinka određene mјere, odbaciti grupu kao fokus interesa i usredotočiti se na jednu ili mali broj osoba, što kao mogućnost proizlazi iz nove definicije zabrane neizravne diskriminacije iz Direktive 2002/73 te iz hrvatskih pravnih inačica ove definicije. Takvo rješenje dovodi do novih rizika neučinkovite primjene.

Prvo, njime se otvaraju vrata novom obliku formalizma u odlučivanju, što bi trebalo uzeti u obzir pri izradi novog ZRS-a. Tako postoji rizik da se sudovi jednostavno zadovolje činjenicom da je nekoliko osoba jednog spola stavljeno

u nepovoljniji položaj od nekoliko osoba drugog spola, bez ispitivanja stvarnih uzroka takve razlike.

Drugo, takav novi način definiranja indirektne diskriminacije koji ne naglašava važnost skupine u određivanju negativnosti učinka mjere, nosi rizik da će provedbena tijela početi strože inzistirati na uvjetovanosti nepovoljnog učinka spolnom pripadnošću. Neka bi tijela tako mogla inzistirati da tužiteljice dokažu da su u izričito nepovoljan položaj stavljene zbog svog spola, pri čemu će se pripadnost spolu tumačiti usko u svjetlu fizičkih obilježja, a ne pripadnosti društvenoj skupini. Takvim bi se tumačenjem uklanjale neutralne mjere kojima su žene stavljene u nepovoljniji položaj zbog svoje fizionomije (tjelesna težina, visina, brzina, snaga i sl.). No, pitanje je koliko bi takvo tumačenje bilo učinkovito kod mjera kojima su žene stavljene u nepovoljniji položaj zbog svojih rodnih uloga, odnosno obveza koje ispunjavaju obzirom na brigu za djecu, starije, obitelj i sl. Takva vrsta rizika posebno je izražena u načinu kojim je čl. 2/3 ZR-a odredio zabranu neizravne diskriminacije.

Nije sigurno da je novom definicijom zabrane neizravne diskriminacije riješen problem nepotrebnog inzistiranja na kompleksnim statistikama. Gore navedene statističke nedoumice i komplikacije mogle bi se ponovo pojaviti kao dio tumačenja pojma "znatno nepovoljniji položaj" koji je uveden Direktivom 2002/73. Nije teško zamisliti da će se u praksi ova ključna norma nove definicije i dalje izjednačavati sa znatnom statističkom razlikom u broju osoba obaju spolova koje su tom mjerom stavljene u nepovoljan položaj. Tumačenje ove veoma otvorene pravne norme kroz statističke podatke o broju osoba jednog i drugog spola koje se nalaze u nepovolnjem položaju u neku je ruku najdostupniji izbor.

U svakom slučaju, hrvatski zakonodavac bi pri usklađivanju domaćeg pravnog okvira s europskom pravnom stečevinom trebao uzeti u obzir navedene problematične strane definicije zabrane neizravne diskriminacije iz Direktive 2002/73. Treba naglasiti da se pojam znatno nepovoljnijeg položaja tumači prvenstveno, ali ne i isključivo, temeljem razlike u veličini udjela osoba oba spola koje su pogodjene neutralnom mjerom koja se ispituje. Isto tako, treba naglasiti da one razlike u udjelu osoba oba spola za koje se pokaže da nisu rezultat slučajnosti (tj. za koje nije očigledno da su posljedica nekog drugog uzroka osim spolne pripadnosti) ukazuju na neizravnu diskriminaciju. Posebno je važno istaknuti da se nepovoljni utjecaj mjere, odnosno značaj razlike u udjelima osoba oba



spola, ocjenjuje na temelju svih okolnosti svakog pojedinačnog slučaja čime se uklanja mogućnost mehanički primjenjivih statističkih pragova.

Navedeni nedostaci hrvatskih odredbi nisu najzanimljivije obilježje kojim je hrvatski pravni okvir odredio zabranu neizravne diskriminacije. Ono je vezano uz treći važan element ovog instrumenta odnosno mogućnost opravdanja mjere s diskriminirajućim učinkom.

Važnost mjere za poslovanje poslodavca

Mogućnost opravdanja mjere s nepovoljnim učinkom važnošću legitimnog cilja čijem postizanju mjeru služi, standardni je element zabrane neizravne diskriminacije od samog začetka tog instrumenta. Mogućnost opravdanja korisno je promatrati u svjetlu navedene činjenice da se tim instrumentom krajnja odgovornost postavlja pred poslodavca, iako njegovo ponašanje nije, barem ne izravno, uzrok diskriminirajućeg učinka naizgled neutralne mjere. Mogućnost opravdanja odražava priznanje o dalekosežnim posljedicama otvorene diskriminacije iz prošlosti i ukorijenjenosti nejednakog položaja u veliki dio odnosa u društvu. Ispravljanje strukturalne društvene diskriminacije pod svaku cijenu u tom bi smislu moglo imati dalekosežne posljedice za stabilnost funkciranja društvenih odnosa. Zabранa neizravne diskriminacije stoga, kao dio svoje strukture sadrži vrijednosni izbor koji dopušta poslodavcu da zadrži neizravno diskriminirajuću mjeru, ako bi njezino ukidanje imalo previše štetne posljedice za njegovo poslovanje. Time se ne štite samo interesi poslodavca nego i interesi zaposlenih koji bi vjerojatno snosili dobar dio posljedica negativnog poslovanja, te širi interesi stabilnog funkcioniranja tržišta.

Europska pravna stečevina također je od samog početka upotrebe instrumenta, postavila mogućnost opravdanja mjere s negativnim učinkom u strukturi zabrane neizravne diskriminacije. Važnost tog elementa jasno je naglašena u tada inovativnoj presudi Europskog suda pravde u predmetu Bilka (*Predmet 170/84 Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*), što je kasnije potvrđeno definicijom zabrane neizravne diskriminacije u Direktivi o teretu dokazivanja. Nova definicija iz Direktive 2002/73 također sadrži mogućnost opravdanja. Mjera za koju je utvrđeno da proizvodi nepovoljan učinak za jednu spolnu skupinu tako može opstati

ako se može objektivno opravdati legitimnim ciljem i ako su sredstva postizanja tog cilja prikladna i nužna.

Takvom se definicijom u europskom zakonodavstvu stavlja velika odgovornost pred provedbena tijela, a prije svega pred nacionalne sudove koji su čuvari učinkovite primjene europskih propisa u nacionalnom pravnom poretku. Nacionalni sudovi posebnu pozornost moraju obratiti na tri elementa:

- legitimnost cilja,
- objektivnost legitimnog cilja,
- prikladnost i nužnost mjere.

Drugi i treći element mogli bismo nazvati "tehničkim" elementima. Kod utvrđivanja objektivnosti cilja sud ima obvezu utvrditi da navedeni cilj nije samo zamisliva mogućnost, nego da poslodavac ima iskreni i stvarni interes da se cilj ostvari. (*Predmet 171/88 Ingrid Rinner-Kühn v FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG; Predmet C-187/00 Helga Kutz-Bauer v Freie und Hansestadt Hamburg*). Kod utvrđivanja prikladnosti i nužnosti sud ima obvezu utvrditi može li se mjerom koja se pokušava opravdati ostvariti cilj. Na kraju, obveza je suda da utvrdi postoji li neka druga učinkovita mjera za ostvarenje cilja s manje štetnim učinkom za diskriminiranu spolnu skupinu. (*Predmet C-457/93 Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e. V. v Johanna Lewark; Predmet C-243/95 Kathleen Hill and Ann Stapleton v The Revenue Commissioners and Department of Finance; Predmet C-226/98 Birgitte Jørgensen v Foreningen af Speciallæger og Sygesikringens Forhandlingsudvalg*)

Najizazovniji element za sudove ipak je utvrđivanje legitimnosti cilja. Pitanje legitimnosti je prije svega vrijednosni sud. Hoće li neki interes koji poslodavac (ili zakonodavac ako je u pitanju neki pravni propis) želi postići spornom mjerom biti legitiman, ovisi o vrijednosti koju će sud dodijeliti tom interesu nasuprot interesu ukidanja nepovoljnog položaja diskriminirane društvene skupine. (*Predmet C-317/93 Inge Nolte v Landesversicherungsanstalt Hannover; Predmet C-167/97 Regina v Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*). O nacionalnom суду ovisi hoće li se poslodavčev interes profitabilnog poslovanja smatrati legitimnim i dovoljno vrijednim ciljem da se njime može opravdati diskriminirajući učinak mjere, ili će interes kojim se opravdava nepovoljna mjera morati biti toliko vrijedan kao što je npr. neophodnost upitne mjere za smisao poslovanja.



Što se tiče hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova, uopće nije jasno poznaje li on mogućnost opravdanja mjere kojom je jedna spolna skupina stavljena u nepovoljniji položaj u pogledu zahtjeva koje mjera sadrži. ZRS i ZR sadrže mogućnost opravdanja diskriminativne mjere, ali nije jasno uključuje li ta mogućnost i opravdanje nepovoljne mjere kao nužnog sredstva za postizanje određenog legitimnog cilja koji poslodavac želi ostvariti. Kako je mogućnost opravdanja diskriminativnog postupanja u hrvatskom pravnom okviru određena kao zasebna norma i odnosi se na zabranu izravne i neizravne diskriminacije, korisno je ovu dilemu obraditi kao dio pitanja o mogućnosti izuzetaka od diskriminativnih postupaka. Zaključci i preporuke vezani uz mogućnost opravdanja mjera s nepovoljnim učinkom bit će stoga obrazloženi u dijelu analize koji se bavi tim pitanjem.

ZAKLJUČCI I PREPORUKE:

Glavni zaključci:

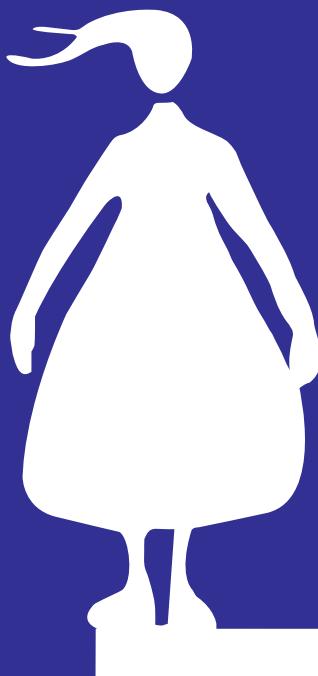
- Unutar hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova postoje ozbiljne nedosljednosti u pogledu načina na koji je uređena zabrana neizravne diskriminacije.
- Način na koji je neizravna diskriminacija definirana u ZR-u i ZRS-u ne odgovara svrsi tog instrumenta zaštite jednakosti.
- Nedosljednosti između načina na koji je zabrana neizravne diskriminacije uređena u ZRS-u i u ZR-u ukazuju da postoji određeno nerazumijevanje u pogledu značenja i svrhe tog instrumenta zaštite nejednakosti spolova.
- Definicija zabrane neizravne diskriminacije u ZRS-u nije u skladu s pravnom stečevinom EU.
- Definicija zabrane neizravne diskriminacije u ZR-u nije u skladu s pravnom stečevinom EU.

Preporuke:

1. Novi ZRS trebao bi sadržavati definiciju zabrane indirektne diskriminacije koja će u potpunosti biti uskladena s definicijom zabrane indirektne diskriminacije iz čl. 2. Direktive 2006/54 o jednakom postupanju i jednakosti prilika.
2. Bilo bi poželjno da nova odredba o neizravnoj diskriminaciji također uključi određena pojašnjenja kojima bi se olakšalo tumačenje i primjena ovog instrumenta u praksi:
 - Bilo bi korisno kada bi nova odredba o neizravnoj diskriminaciji naglasila da se pojam *znatno nepovoljnijeg položaja* tumači prvenstveno, ali ne i isključivo, temeljem razlike u veličini udjela osoba oba spola koje su pogodjene neutralnom mjerom koja se ispituje.
 - Bilo bi korisno naglasiti da one razlike u udjelu osoba oba spola za koje se pokaže da nisu rezultat slučajnosti (tj. za koje nije očigledno da su posljedica nekog drugog uzroka osim spolne pripadnosti) ukazuju na neizravnu diskriminaciju.
 - Važno je istaknuti da se nepovoljni utjecaj mjere, odnosno značaj razlike u udjelima osoba oba spola, ocjenjuje na temelju svih okolnosti svakog pojedinačnog slučaja, čime bi se u praksi uklonila mogućnost inzistiranja na mehaničkom primjenjivanju statističkih pragova.
3. Potrebno je potaknuti i izmjenu čl. 2/3. ZR-a kako bi se ta odredba u potpunosti uskladila s novom definicijom zabrane indirektne diskriminacije u budućem ZRS-u i time izbjegla mogućnost bilo kakvog nesporazuma u praksi.
4. Kako bi dosegao potpunu uskladenost s pravnom stečevinom EU, novi ZRS treba naglasiti da se zabrana indirektne diskriminacije odnosi kako na odnose na tržištu rada, tako i na tržišne odnose ponude usluga i dobara.

IZUZECI OD ZABRANE DISKRIMINACIJE

7





IZUZECI OD IZRAVNE DISKRIMINACIJE U HRVATSKOM PRAVNOM OKVIRU ZAŠTITE JEDNAKOSTI SPOLOVA

Hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova sadrži prilično široko određene izuzetke od zabrane diskriminativnog postupanja.

U ZRS-u u čl. 7/3. navodi se slijedeće:

Diskriminacijom se ne smatraju pravne norme, kriterij ili praksa koji su nužni, odnosno mogu biti opravdani objektivnim činjenicama koje su neovisne o spolu.

Istovremeno se u ZR-u u čl. 3. navodi slijedeće:

(1) Ne smatra se diskriminacijom pravljenje razlike, isključenje ili davanje prvenstva u odnosu na određeni posao kada je priroda posla takva ili se posao obavlja u takvim uvjetima da karakteristike povezane s nekim od temelja iz članka 2. stavka 1. ovoga Zakona predstavljaju stvarni i odlučujući uvjet obavljanja posla, pod uvjetom da je svrha koja se time želi postići opravdana i uvjet odmjerena.

(2) Sve mјere predviđene ovim ili posebnim zakonom i odredbe ovoga ili posebnih zakona, kolektivnih ugovora, pravilnika o radu i ugovora o radu koje se odnose na posebnu zaštitu i pomoć određenim kategorijama radnika, a posebice one o zaštiti invalida, starijih radnika, trudnica i žena koje koriste neko od prava iz zaštite majčinstva, kao i odredbe koje se odnose na posebna prava roditelja, posvojitelja i skrbnika ne smatraju se diskriminacijom niti smiju biti temelj diskriminacije.

Izuzetno je bitno primijetiti da se obje odredbe odnose na zabranu izravne i neizravne diskriminacije. Navedenim odredbama, hrvatski je zakonodavac prije svega proizveo izuzetnu neusklađenost unutar domaćeg pravnog okvira zaštite jednakosti spolova. Isto tako, navedene odredbe u oštrom su sukobu s pravnom stečevinom EU-a u području rodne jednakosti.

Usklađenost s pravnom stečevinom EU

Daleko najoštriji sukob hrvatskog pravnog okvira s europskom pravnom stečevinom izazvan je činjenicom da domaće zakonodavstvo dopušta opravdanje izravne diskriminacije. Zbog ozbiljnosti tog sukoba, ne samo da nije moguće tvrditi da je hrvatski pravni okvir usklađen s pravnom stečevinom EU-a u području rodne jednakosti, nego je i vjerojatno da Hrvatska neće biti u poziciji zatvoriti poglavlj pregovora o pridruživanju EU koje uključuje pitanje jednakosti spolova.

Posebno je zabrinjavajuće što se ova kritika odnosi isključivo na ZRS koji je trebao biti ključni instrument hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova. Sa stajališta usklađenosti sa stečevinom EU, odredba o izuzecima od zabrane izravne diskriminacije koju nalazimo u ZR-u je prihvatljiva, no to je nevažno obzirom da se u pogledu diskriminacije na tržištu rada ZRS primjenjuje na radne odnose jedнако kao i ZR. Potpuno je nejasno zašto je zakonodavac prihvatio ovakvo rješenje. Dopuštajući iznimku od zabrane izravne diskriminacije, ugrozen je smisao glavnog instrumenta zaštite jednakosti spolova.

Dobronamjerno objašnjenje tog postupka opet upućuje na neku vrstu izgubljenosti u prijevodu. Naime, čl. 7/3 ZRS-a gotovo je doslovni prijevod jednog dijela definicije o neizravnoj diskriminaciji iz sad već opozvanog čl. 2/2 Direktive 97/80 o teretu dokazivanja. Taj članak navodi:

Za svrhe načela jednakog postupanja iz 1. stavka, do neizravne diskriminacije dolazi kada naizgled neutralna odredba, kriteriji ili praksa dovode u nepovoljniji položaj osjetljivo veći dio pripadnika jednog spola osim ako je ta odredba, kriterij ili praksa prikladna i nužna i može biti opravdana objektivnim činjenicama koje su neovisne o spolu.

For purposes of the principle of equal treatment referred to in paragraph 1, indirect discrimination shall exist where an apparently neutral provision, criterion or practice disadvantages a substantially higher proportion of the members of one sex unless that provision, criterion or practice is appropriate and necessary and can be justified by objective factors unrelated to sex.

Drugim riječima, čini se da je hrvatski zakonodavac uzeo dio stare definicije o zabrani neizravne diskriminacije koji dopušta opravdanje neutralne mjere



s nerazmjernim učinkom i proširio mu doseg u hrvatskom pravnom sustavu, ozakonivši ga kao mogućnost opravdanja izravne i neizravne diskriminacije.

Što god bio uzrok takvog postupka, praktične posljedice čl. 7/3 ZRS-a mogle bi biti dalekosežne. Ovom se odredbom otvara mogućnost vaganja između interesa osoba da budu zaštićene od negativnih posljedica do kojih dolazi zbog njihove pripadnosti određenom spolu, te interesa poslodavca da koristi diskriminirajuće mјere za postizanje ciljeva, kao što su veća profitabilnost, skladno radno okruženje i slični "objektivni" interesi naizgled nevezani uz spol osobe.

Na taj način ZRS-om je grubo ugrožen vrijednosni temelj na kojem počiva ideja zabrane izravne diskriminacije i načela jednakog postupanja koje nalazimo u samim osnovama pravne stečevine EU-a. Zabranom izravne diskriminacije želi se iz postupka odlučivanja na tržištu rada ukloniti utjecaj predrasuda, ali i stereotipnih stavova o osobama koje pripadaju određenom spolu. Time se izražava stajalište da društveni odnosi od izuzetne vrijednosti za pojedince, poput onih na tržištu rada, moraju biti uređeni u skladu s vrijednosnom pretpostavkom da su žene i muškarci kao osobe suštinski jednakovrijedni. Stoga žene i muškarci moraju imati jednaku mogućnost da se za vrijedne društvene prilike kao što su obrazovanje, zaposlenje ili profesionalno napredovanje, izbore temeljem svojih osobnih kvaliteta, ponajviše temeljem sposobnosti, truda i postignuća. Dopoštanjem mogućnosti opravdanja izravne diskriminacije, kao što je ono u čl. 7/3 ZRS-a, dobrim dijelom bi se poništo taj vrijednosni stav. Tako bi npr. poslodavcima bilo dopušteno da svoje odluke donose na osnovi stereotipnih sudova o ženama, a ne na osnovi kvaliteta pojedinačne osobe, ako bi uspjeli dokazati da je takva poslovna politika korisna za njihovo poslovanje.

Kako je izravna diskriminacija jedan od glavnih uzroka nejednakosti žena i muškaraca na tržištu rada, ali i u društvu općenito, njezina je stroga zabrana temelj politike jednakih prilika na tržištu rada Europske unije. U svjetlu navedenog, slijedilo bi da hrvatski pravni okvir i pravna stečevina EU-a počivaju na različitim vrednotama, tj. da su vrijednosno neusklađeni.

Tako široka mogućnost opravdanja izravne diskriminacije ozbiljno ugrožava zaštitu jednakosti spolova i treba je što prije ukloniti iz hrvatskog pravnog okvira. Isto tako, kako bi se što vjernije ispunila obveza usklađenosti hrvatskog pravnog okvira s pravnom stečevinom EU-a, mogućnost opravdanja treba biti ograničena na tri razloga koja su dopuštena u zakonodavstvu EU-a.

Izuzeci od zabrane izravne diskriminacije u pravnoj stečevini EU

Europska pravna stečevina od najranijih dana i ključne Direktive 76/207 o provedbi načela jednakog postupanja navodi samo tri razloga za odstupanje od primjene načela jednakog postupanja, tj. zabrane izravne diskriminacije. Europski sud pravde je dodatno postrožio mogućnost odstupanja od primjene zabrane izravne diskriminacije, uspostavivši nizom odluka načelo kojim se navedeni izuzeci imaju tumačiti striktno.(Predmet 222/84 Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary; **Predmet C-285/98 Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland.**)

Direktivom 2002/73, koja predstavlja izuzetno važan amandman Direktive o jednakom postupanju, potvrđeno je postojanje samo tri iznimke od primjene zabrane izravne diskriminacije. Tri iznimke koje trenutno poznaje pravna stečevina EU-a navedene su u čl. 2. Direktive 2002/73:

- kvalifikacije *bona fide* (čl. 2/6),
- mjere zaštite žena, posebno u pogledu trudnoće i majčinstva (čl. 2/7),
- pozitivna akcija (čl. 2/8).

S izmjenama iz Direktive 2006/54/EC o provedbi načela jednakih prilika i jednakog postupanja s te je liste skinuta iznimka o zaštiti žena, posebno u pogledu trudnoće i majčinstva. To ne znači da su mjere kojima se regulira položaj trudnica i majki novorođenčadi u radnom odnosu odjednom postale mjere kojima se diskriminiraju muškarci. Naprotiv, takve mjere kojima se promiče jednakost prilika žena na tržištu rada su obvezatne i propisane su Direktivom 92/85 o zaštiti zaposlenih osoba koje su trudne. Štoviše, Europski sud pravde je našao da su mjere kojima se štiti položaj zaposlenih osoba koje su trudne ili su na rodiljnom dopustu odraz načela jednakog postupanja. Kako su mjere kojima se štiti položaj zaposlenih osoba koje su trudne ili su na rodiljnom dopustu uređene Direktivom 92/85, odredba koja je dopuštala mjere zaštite žena, posebno u pogledu trudnoće i majčinstva kao izuzetak od zabrane izravne diskriminacije postala je suvišna. Štoviše, njenim sklanjanje s liste dozvoljenih iznimaka smanjena je mogućnost opravdanja onih mjeru koje navodno štite položaj žena, a u biti se prema ženama postavljaju pokroviteljski promičući stereotipne stavove o njihovoj poželjnoj rođnoj ulozi u društvu, prvenstveno ulozi njegovateljice djece i domaćice.

Nadalje, čini se da nakon Direktive 2006/54/EC niti pozitivna akcija više neće biti klasična iznimka od načela jednakog postupanja. No, pitanju pozitivne akcije



posvećen je poseban dio analize. Ovdje će stoga nešto više biti rečeno samo o kvalifikacijama *bona fide*, što zapravo jest jedina prava iznimka od zabrane izravne diskriminacije.

KVALIFIKACIJE BONA FIDE

Pod pojmom kvalifikacije *bona fide* kriju se poslovi za čije obavljanje spol osobe predstavlja određeni značaj. To su npr. poslovi poput glume, pjevanja, umjetničkog poziranja, modnog manekena, raznih vjerskih dužnosti, zatim dojilja, primanja, njegovateljskih poslova i sl. Praksa Europskog suda pravde je pokazala da ova iznimka uključuje i mjere kojima se ograničava sudjelovanje žena u određenim vojnim ili policijskim poslovima (*Predmet 222/84 Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary; Predmet C-273/97 Angela Maria Sirdar v The Army Board and Secretary of State for Defence; Predmet C-285/98 Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland*).

U tim slučajevima, poslodavac izričito ili prvenstveno traži osobe određenog spola jer fizička obilježja, ali često i društvene konvencije i osobni osjećaji vezani uz taj spol, pospješuju obavljanje gore navedenih poslova. U glumačkom poslu se tako npr. važnim smatraju fizička obilježja, dok je kod njegovanja starijih osoba često u pitanju društveno formirana preferencija. U svakom slučaju, odluka poslodavca je uvjetovana spolom osobe i ako bismo inzistirali na logici zabrane izravne diskriminacije takvo bi postupanje bilo zabranjeno.

Ono što je bitno primijetiti kod tog izuzetka od zabrane izravne diskriminacije je da je on rezultat našeg vrijednosnog izbora. Postupanje temeljem tog izuzetka zapravo jest diskriminacija temeljem spola. Nema razloga da osoba ženskog spola ne odgumi neku „mušku“ ulogu jednakoj ili bolje od osobe muškog spola. Isto tako, još je manje razloga da osoba muškog spola ne bude jednak dobar ili bolji njegovatelj nepokretne osobe od neke osobe ženskog spola. Takvi poslovi nisu objektivno nedostupni osobama jednog spola kao što je to, recimo, posao dojilje. Ipak, ovaj oblik diskriminacije dozvoljavamo, jer smatramo da su na taj način ispunjene neke društveno konvencije koje još uvijek smatramo vrijednim štititi, dok istovremeno držimo da negativne posljedice takvog izbora nisu zabrinjavajuće. Kvalifikacijama *bona fide* izražen je društveno određeni vrijednosni izbor, a ne, kako se često smatra, „objektivno“ obilježje posla u pitanju.

Hrvatski pravni okvir poznaje tu iznimku od zabrane izravne diskriminacije zahvaljujući čl. 3. ZR-a:

Ne smatra se diskriminacijom pravljenje razlike, isključenje ili davanje prvenstva u odnosu na određeni posao kada je priroda posla takva ili se posao obavlja u takvim uvjetima da karakteristike povezane s nekim od temelja iz članka 2. stavka 1. ovoga Zakona predstavljaju stvarni i odlučujući uvjet obavljanja posla, pod uvjetom da je svrha koja se time želi postići opravdana i uvjet odmijeren.

Ta odredba je vjerna čl. 2/6 Direktive 2002/73, odnosno čl. 14/2 Direktive 2006/54:

Države članice mogu propisati da se u pogledu zapošljavanja, uključujući i stručno osposobljavanje koje vodi zapošljavanju, razlike u postupanju koje su utemeljene na obilježjima koja su povezana sa spolom neće smatrati diskriminacijom gdje zbog razloga prirode određenih zanimanja koja su u pitanju ili zbog okolnosti u kojem se ona obavljaju takva obilježja predstavljaju stvarni i odlučujući uvjet obavljanja posla uz jamstvo da je svrha takvog razlikovanja legitimna i da je uvjet razmijeren.

Member States may provide, as regards access to employment including the training leading thereto, that a difference of treatment which is based on a characteristic related to sex shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate.

S druge strane, ZRS ne sadrži izričito ovu iznimku, iako je prije kritizirani čl. 7/3. ZRS-a dovoljno širok da uključi kvalifikacije *bona fide*. Kako je čl. 7/3. poželjno što prije ukloniti iz hrvatskog pravnog sustava, bilo bi korisno da se u novi ZRS uključi odredba koja će regulirati to pitanje u skladu sa ZR-om i pravnom stećevinom EU-a.

Odredba kojom se reguliraju kvalifikacije *bona fide* pomalo je nespretno sročena pravna norma. Odredba ostavlja dojam da zakonodavac, svjestan osjetljivosti i problematičnosti tog pitanja, koje je posebno izraženo u strogom pristupu zabrani izravne diskriminacije, nije znao kako ostati vjeran svojoj politici netole-



riranja izravne diskriminacije i istovremeno dopustiti određena diskriminirajuća postupanja čvrsto ukorijenjena u društvenoj stvarnosti. Rezultat je odredba koja obiluje otvorenim pravnim standardima i određenim stupnjem cirkularnosti.

Radi boljeg razumijevanja, treba naglasiti tri elementa koja igraju veoma važnu ulogu u primjeni ove odredbe u praksi:

- Spol treba predstavljati stvarni i odlučujući uvjet obavljanja posla.
- Cilj koji se želi postići diskriminirajućim postupanjem mora biti legitiman (uvjet opravdanosti).
- Uvjet da osoba pripada određenom spolu mora biti razmjeran svom cilju (uvjet razmjernosti).

Sudovi prije svega imaju odgovornost odlučivati je li obilježje spola *stvarni i odlučujući uvjet obavljanja posla*. Što se tiče zahtjeva da uvjet mora biti stvaran, treba utvrditi služi li se poslodavac prirodnom poslu kao izlikom kako bi prekrio diskriminaciju temeljem predrasuda ili stereotipnih predodžbi, kao stvarne razloge zbog kojih želi isključiti osobe određenog spola.

Zahtjev da spol bude odlučujući, daleko je teže pitanje. Njime se od sudova traži da utvrde je li spol od presudne važnosti za kvalitetno obavljanje određenog posla. Obzirom na prije navedene razloge, bilo bi štetno kada bi sudovi ovo pitanje shvatiti kao "tehničko" pitanje i usredotočili se na traženje navodno objektivnih obilježja nekog posla. Uostalom, izuzetno je teško naći poslove koje iz objektivnih tj. fizičkih razloga ne bi mogle obavljati osobe oba spola. Hoće li spol biti odlučujući uvjet, ne ovisi o objektivnim zahtjevima posla, nego o načinu na koji društvo poima dobro obavljanje nekog posla obzirom na stajališta i konvencije koje se drže vrijednim poštovanja.

Pitanje je li spol odlučujući uvjet prije svega je vrijednosno pitanje za koje je zakonodavac (kako u Hrvatskoj tako i u Europskoj Uniji) našao svrsishodnim zadužiti nacionalne sudove. U tom smislu od sudova se traži da preuzmu odgovornost za vrijednosne odluke, kao što je pitanje je li društveno prihvatljivo *a priori* isključiti žene iz odabira za neku "mušku" ulogu, iako postoji određeni broj glumica koje veoma dobro mogu obaviti taj posao i *vice versa*, ili je li bolnicama, a posebno onim koje su dio državnog zdravstvenog sustava, dopušteno da zbog subjektivnih zahtjeva pacijentica isključuju muškarce iz poslova primalja ili njegovatelja.

Drugi element na kojem se inzistira u čl. 3.ZR-a (i u čl. 2/6 Direktive 2002/73) je uvjet legitimnosti, odnosno opravdanosti cilja. Obično se pod legitimnošću cilja misli na odluku o društvenoj prihvatljivosti interesa koji se želi postići pomoći mjeru o kojoj se odlučuje. U neku ruku, ovaj uvjet se čini pomalo suvišnim jer je svrha *bona fide* diskriminirajućih mjeru kvalitetnije obavljanje nekog posla, što je zasigurno legitiman cilj. U tom smislu, uvjet se čini donekle cirkularnim. No, sudovi moraju biti syesni da ih to pitanje kod određenih poslova ipak može dovesti u veoma osjetljive situacije. Tako bi npr. sudovi mogli doći u poziciju ocjenjivati legitimnost cilja kojeg Crkva u ulozi poslodavca želi postići isključivanjem žena iz svećeničkih službi na temelju dogme da su žene manje sposobne ili vrijedne obavljati takav posao.

Treći se element odnosi na razmjernost poslodavčeve mjeru kojom on isključuje osobe određenog spola. Uvjet razmjernosti također bi mogao predstavljati zahtjevan izazov za sudove. Uvjet razmjernosti može se tumačiti na dva načina. Tako bi se moglo tvrditi da se načelom razmjernosti od sudova zahtijeva da procijene postoje li neka druga mjeru kojom poslodavac može jednakodobro postići svoj cilj bez diskriminirajućeg postupanja. No, ovaj je test čini se već uključen u pitanje je li spol odlučujući uvjet za obavljanje posla. Stoga se čini da u ovom kontekstu uvjet razmjernosti implicira odgovornost sudova da odlučuju je li mjeru ovakve vrste prihvatljiva, obzirom na omjer između koristi postignute ostvarivanjem nekog legitimnog interesa poslodavca i mogućih negativnih posljedica koje ima za promicanje jednakosti žena i muškaraca. Tako shvaćeno, načelo razmjernosti traži od sudova da odluče što zasluzuje veću društvenu zaštitu – specifični interes poslodavca ili inzistiranje na primjeni načela jednakog postupanja prema ženama i muškarcima.

U svjetlu navedenog, bilo bi korisno kada bi zakonodavac u novom Zakonu o ravnopravnosti spolova pobliže pojasnio svaki od tri navedena uvjeta, ili našao neki drugi način da upozna hrvatske sudove s njihovim smisлом i problemima koji se mogu pojaviti u praksi kod primjene te odredbe. Isto tako, jasno je da su odredbe u čl. 60., čl. 61. i čl. 63. koje brane rad žena noću ili na određenim poslovima suprotne pravnoj stečevini Europske Unije i trebalo bi ih što prije ukloniti iz hrvatskog okvira zaštite jednakosti spolova.



MOGUĆNOST OPRAVDANJA NEIZRAVNE DISKRIMINACIJE U HRVATSKOM PRAVNOM OKVIRU ZAŠTITE JEDNAKOSTI SPOLOVA

Stajalište hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova u vezi s mogućnošću opravdanja naizgled neutralnih mjera, koje u nepovoljni položaj stavljuju veći broj osoba jednog spola nego drugog, u najmanju je ruku nejasno. No, kao što ćemo vidjeti u ovom slučaju posebno je problematičan Zakon o radu.

ZRS-a formalno ne predstavlja problem, jer kao što smo vidjeli čl. 7/3 ZRS-a je gotovo doslovan prijevod dijela stare definicije zabrane neizravne diskriminacije iz Direktive 97/80 o teretu dokazivanja, koji se odnosi na mogućnost opravdanja naizgled neutralnih mjera s nerazmjernim učinkom. Kao što je gore navedeno, ZRS-u u čl. 7/3. propisuje:

Diskriminacijom se ne smatraju pravne norme, kriterij ili praksa koji su nužni, odnosno mogu biti opravdani objektivnim činjenicama koje su neovisne o spolu.

U tom smislu ZRS je poslodavcima (ili zakonodavcu) omogućio da opravdaju neizravno diskriminirajuće mjere objektivnim činjenicama nevezanim uz spol osobe, pod uvjetom da je mjera nužna za ostvarenje tog cilja (uvjet nužnosti).

No, i ova odredba ima jedan značajan nedostatak. Nedostatak leži u tome što odredba ne postavlja dovoljno visok vrijednosni prag prihvatljivosti cilja kojim se mjera može opravdavati. U tom smislu, poslodavca ništa ne sprečava da kao objektivnu činjenicu navede veću profitabilnost poslovanja. Na sudovima je da naprave vrijednosni izbor i odluče je li vrijednost takvog opravdanja veća ili manja od ciljeva koji se žele postići uklanjanjem naizgled neutralnih mjera s diskriminirajućim učinkom.

Usklađenost s pravnom stečevinom EU

Ništa bitno se ne bi promijenilo niti kada bi se novim ZRS definicija zabrane neizravne diskriminacije uskladila s čl. 2/2 Direktive 2002/73 o jednakom postupanju, odnosno čl.2/1/b nove Direktive 2006/54 o jednakom postupanju i jednakosti prilika koji propisuje da do neizravne diskriminacije dolazi:

Gdje bi naizgled neutralna odredba, mjerilo ili praksa mogla staviti osobe jednog spola u znatno nepovoljniji položaj u usporedbi s osobama drugog spola, osim ako je ta odredba, mjerilo ili praksa objektivno opravdana legitimnim ciljem i ako su sredstva kojima smjera postići taj cilj prikladna i nužna.

Where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of one sex at a particular disadvantage compared with persons of the other sex, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary.

Kao i gore navedena definicija iz opozvane Direktive 97/80 o teretu dokazivanja i takva formulacija formalno ostavlja mogućnost niskog praga opravdanja mjera s nerazmjernim učinkom. U tom smislu, pravna stečevina EU je u pogledu pitanja visine praga opravdanja takvih mjeru ostala neodredena i ostavila njegovo rješenje diskreciji nacionalnih pravnih sustava. No, ovdje vrijedi napomenuti da ništa u pravnoj stečevini EU ne sprečava nacionalne pravne sustave da prag opravdanja neutralnih mjeru s nerazmjernim učinkom postave visoko.

U svjetlu navedenog, uključujući i izuzetnu problematičnost sadašnjeg čl. 7/3. ZRS-a, novi ZRS bi trebao sadržavati odredbu o zabrani neizravne diskriminacije koja je usklađena s novom definicijom zabrane neizravne diskriminacije iz čl. 2/1/b Direktive 2006/54, ali koja će prag opravdanja mjeru s nerazmjernim učinkom postaviti znatno više nego što je on trenutno postavljen u ZRS-u. U tom smislu, novi ZRS bi poslodavcima trebao dopuštati da opravdaju svoje naizgled neutralne mjeru s nerazmjernim učinkom za pripadnike jednog spola samo ako su one nužne ili u najmanju ruku od izuzetnog značenja za njihovo poslovanje.

Situacija je znatno problematičnija u pogledu ZR-a, odnosno načina na koji taj zakon određuje mogućnost opravdanja naizgled neutralne mjeru s diskriminirajućim učinkom. Kao što je već navedeno, čl. 3. ZR-a određuje da se diskriminacijom ne smatra

pravljenje razlike, isključenje ili davanje prvenstva u odnosu na određeni posao kada je priroda posla takva ili se posao obavlja u takvim uvjetima da [spol] predstavlja stvarni i odlučujući uvjet obavljanja posla, pod uvjetom da je svrha koja se time želi postići opravdana i uvjet odmijeren.



Takvo opravdanje diskriminacije je opravdanje temeljem kvalifikacija *bona fide*, jer se temelji na prepostavci da su fizička obilježja određena spolom osobe izuzetno važna za obavljanje posla. Ako se čl. 3/1. čita kao klasično opravданje kvalifikacija *bona fide*, onda je ta odredba neprimjenjiva na situacije koje se odnose na neizravno diskriminirajuće mjere. Razlog je veoma jednostavan. Neizravno diskriminirajuće mjere su po definiciji sadržajno neutralne, dok je postupanje poslodavca temeljem kvalifikacija *bona fide* sadržajno utemeljeno na spolnoj pripadnosti osobe, znači, nije neutralno.

Čini se da se kao kod čl. 7/3. ZRS-a hrvatski zakonodavac i ovdje izgubio u prijevodu, ali ovaj puta u kontekstu ZR-a. Tako su iz europskog zakonodavstva gotovo doslovno prevedene odredbe kojima se određuju izuzeci od zabrane izravne diskriminacije, te su ZR-om ozakonjene kao izuzeci od zabrane kako izravne tako i neizravne diskriminacije.

Takvo što uopće ne bi bilo toliko problematično, da zakonodavac nije zaboravio (osim ako postupak nije bio svjesni izbor) ozakoniti i klasičnu mogućnost opravdanja naizgled neutralne mjere s diskriminirajućim učinkom. Tako se ZR-om poslodavcima ne dopušta da opravdaju svoje mjere nužnošću za postizanje nekog legitimnog cilja od važnosti za njihovo poslovanje. U slučaju da je ovo bio svjestan izbor, hrvatski zakonodavac je postavljanjem odnosa između društvenog interesa postizanja jednakosti i interesa poslodavca i učinkovitog funkciranja tržišta, napravio još nezabilježen korak. Do sada niti jedan pravni sustav nije zabranio neutralne mjere s nerazmjernim učinkom, bez da je poslodavcima dopustio barem mogućnost da takve mjere opravdaju ako su od ključne važnosti za njihovo poslovanje.

U svakom slučaju, kako bi se što više izbjegao mogući konflikt s pravnom stечevinom EU, odnosno konfuzija koja u praksi može nastati zbog nesuglasnosti unutar hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova, u ZR-a bi trebalo uvesti novu definiciju zabrane neizravne diskriminacije koja će u riječ biti usklađena s definicijom zabrane neizravne diskriminacije u novom ZRS-u. U tom smislu i za ZR vrijedi gore navedena preporuka o načinu na koji bi trebalo propisati zabranu neizravne diskriminacije.

ZAKLJUČCI I PREPORUKE

Glavni zaključci

- Hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova u ozbilnjom je sukobu s pravnom stečevinom EU jer je dopustio široke izuzetke od zabrane izravne diskriminacije.
- Široko postavljenom mogućnošću opravdanja izravne diskriminacije u čl. 7/3. ZRS-a ozbiljno su ugroženi kako smisao tj. vrijednosni temelj, tako i učinkovitost instrumenta zabrane izravne diskriminacije.
- Način na koji čl. 3. ZR-a uređuje izuzeće od zabrane izravne diskriminacije je u načelu zadovoljavajući.
- Hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova nije usklađen s pravnom stečevinom EU u pogledu mogućnosti opravdanja naizgled neutralnih mjer s nerazmjernim učinkom po pripadnike jednog spola. Posebno je problematičan ZR koji ne propisuje mogućnost opravdanja takvih mjer.

Preporuke

1. Potrebno je što krije ukloniti čl. 7/3. ZRS-a iz hrvatskog pravnog sustava zaštite jednakosti spolova.
2. Novi ZRS treba sadržavati odredbu koja dozvoljava izuzeće od zabrane izravne diskriminacije samo za slučajeve postupanja na temelju kvalifikacija *bona fide*.
 - Ova odredba treba biti u potpunosti usklađena s čl. 3/1. ZR-a i čl. 14/2. Direktive 2006/54.
 - Bilo bi korisno kada bi se u novom ZRS-u pojasnilo što se od provedbenih tijela očekuje kod ocjenjivanja je li postupanje temeljem kvalifikacija bilo odlučujuće, legitimno i razmjerno.
3. Novi ZRS treba sadržavati novu odredbu o zabrani neizravne diskriminacije koja je u potpunosti usklađena s čl. 2/1/b Direktive 2006/54, ali koja



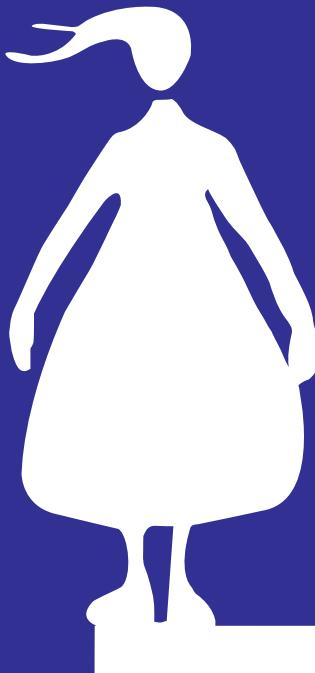
bi ujedno postavila prag opravdanja naizgled neutralnih mjera s nerazmernim učinkom na višu razinu.

- Bilo bi korisno kada bi novi ZRS poslodavcima dopuštao da opravdaju svoje naizgled neutralne mjere s nerazmernim učinkom za pripadnike jednog spola samo ako su one nužne, ili u najmanju ruku od izuzetnog značenja za njihovo poslovanje.
4. Sadašnju definiciju zabrane neizravne diskriminacije iz čl.2/3. ZR-a trebalo bi zamijeniti novom definicijom, koja će u potpunosti biti usklađena s čl. 2/1/b Direktive 2006/54, ali i s definicijom zabrane neizravne diskriminacije iz novog ZRS-a.
- Kao i kod ZRS-a, bilo bi korisno kada bi ova nova odredba poslodavcima dopuštala da opravdaju svoje naizgled neutralne mjere s nerazmernim učinkom za pripadnike jednog spola samo ako su one nužne, ili u najmanju ruku, od izuzetnog značenja za njihovo poslovanje.
5. Iz ZR bi što prije trebalo ukloniti čl. 60., čl. 61. i čl. 63.



POZITIVNE MJERE RADI PROMICANJA JEDNAKOSTI ŽENA I MUŠKARACA NA TRŽIŠTU RADA

8





Ovaj dio analize posvećen je tzv. mjerama pozitivne akcije. Pozitivna akcija je širok pojam, koji obuhvaća cijeli niz mjera kojima je krajnji cilj poboljšati položaj društvenih skupina koje se nalaze u podređenom društvenom položaju. Svrha takvih mjera je osigurati tzv. stvarnu ili substancialnu jednakost.

Postoji cijeli niz pozitivnih mjera koje zakonodavac ili javne, odnosno privatne osobe u svojstvu poslodavca, mogu poduzeti kako bi postigli konkretniju jednakost spolova, ali vjerojatno najpoznatiji oblik pozitivnih mjera je tzv. pozitivna ili afirmativna (affirmative) akcija. Pojam pozitivne akcije obično podrazumijeva neku vrstu prednosti za osobe određenog spola, kako bi im se osigurala neka korist na tržištu rada za koju se pojedinci obično natječu temeljem svojih talenata, truda i postignuća. Najradikalniji oblik pozitivne akcije su tzv. kvote kojima se određeni broj prilika namjenjuje posebno za osobe određenog spola. Pozitiva akcija privlači pažnju zbog svoje kontroverznosti do koje dolazi zbog nekoliko razloga o kojima će biti više riječi kroz ovaj dio analize.

VRIJEDNOSNA POZADINA MJERA POZITIVNE AKCIJE

Pozitivne mjere se veoma često nisu lagano uklapale u strategije promicanja jednakosti spolova. Glavni razlog je što takve mjere nerijetko dolaze u sukob s načelom jednakog postupanja, koje inzistira na konzistentnoj primjeni istih kriterija postupanja na sve pojedince bez obzira na njihov spol. Suprotno tome, pozitivne mjere često razlikuju između osoba temeljem njihove spolne pripadnosti, kako bi ostvarile neki od svojih ciljeva i u konačnici dovele do stvarne jednakosti muškaraca i žena.

Slično kao u slučaju zabrane indirektne diskriminacije, zato što je usredotočena na specifične stvarne rezultate, a ne na oblik postupanja, za pozitivnu akciju se često tvrdi da cilja postizanju substancialne nasuprot formalne jednakosti. No, baš kao i u slučaju zabrane indirektne diskriminacije nije u potpunosti jasno što taj pojam sadrži i zahtjeva. Mjere pozitivne akcije mogu se koristiti kako bi se postigli veoma različiti ciljevi koji odgovaraju veoma različitim poimanjima (konceptcijama) jednakosti. U tom smislu, hoće li netko određenu pozitivnu

mjeru doživjeti kao izražaj substancialne jednakosti, prvenstveno ovisi o načinu na koji shvaćamo jednakost kao društvenu vrijednost. Za mjere pozitivne akcije često se smatra da promiču stvarnu jednakost, jer se prepostavlja da ciljaju preraspodjeli društvenog dobra između društvenih skupina, ovisno o njihovom povlaštenom ili nepovoljnem društvenom položaju i tako izjednačavaju položaj pripadnika i pripadnica u društvu. No, iz istog razloga se jednakost često tvrdi da te mjere diskriminiraju osobe, jer vrijedne društvene prilike i koristi raspodjeljuju na osnovi spolne pripadnosti, a ne osobnih kvaliteta i zasluga svake pojedinačne osobe. Problem je, s oba ova stajališta, u tome što se one veoma često oslanjaju na pojednostavljenje shvaćanja pozitivne akcije i njene svrhe tj. ciljeva.

Mjere pozitivne akcije se uistinu mogu koristiti kako bi se osigurala jednakost društvenih skupina koja se temelji na razmjerne rasподjeli vrijednih društvenih prilika i koristi. Kako bi se ostvario taj cilj razmjerne jednakosti društvenih skupina, veoma često se koriste tzv. kvote kojima se zadržava određeni broj prilika ili određeni udio neke druge koristi za pripadnike, odnosno pripadnice određenih društvenih skupina. No, ako se pozitivne mjere koriste kako bi se ostvario taj oblik jednakosti, treba biti svjestan određenih negativnih strana ovakvog poimanja tog idealisa o kojima je već bilo govora u dijelu koji se bavi instrumentom zabrane indirektne diskriminacije.

Istovremeno, mjere pozitivne akcije mogu se koristiti kako bi se postigli ciljevi koji se najčešće vežu uz načelo jednakog postupanja. Tako se pozitivne mjere mogu koristiti kako bi se osobama koje pripadaju podzastupljenim društvenim skupinama poboljšala osobna sposobnost natjecanja za veoma vrijedne društvene prilike, kao što su npr. radna mjesta ili mesta u visokom obrazovanju koja se dodjeljuju na temelju osobnih kvaliteta, sposobnosti i postignuća pojedinaca. Cijeli niz pozitivnih mjer služio bi upravo postizanju tog cilja. Pozitivne mjere poput pozitivne reklame, osobnih poziva ili zadržavanja određenog broja mesta za osobni razgovor s poslodavcem, bi se tako mogle koristiti kako bi se što više osoba podzastupljenog spola ohrabriло да se prijavljuju na natječaje za radna mjesta ili mesta u obrazovanju. Druga vrsta mjera bi težila povećanom sudjelovanju osoba podzastupljene društvene skupine u raznim stručnim ili obrazovnim programima, kako bi se povećala njihova profesionalna sposobnost. Pozitivna akcija bi, u tom kontekstu, mogla otic̄i i toliko daleko da bi dozvolila da se pri zapošljavanju ili napredovanju odobri prednost osobama podzastupljene društvene skupine koje su jednakost kvalificirane za neko radno mjesto kao i kandidat nadzastupljene skupine, ako postoje značajni pokazatelji da predrasude



ili stereotipni stavovi koje je teško otkriti utječu na postupak odlučivanja kod određenog poslodavca. Naravno, takve mjere bi se smatrali izuzecima i trebale bi biti veoma ograničene u svom opsegu i trajanju.

Za takvu vrstu pozitivnih mjera može se reći da promiču formalnu jednakost prilika, jer su usredotočene na pojedinca i njegovu sposobnost da zadovolji profesionalne kriterije raspodjele vrijednih prilika i koristi na tržištu rada, koji se konzistentno primjenjuju na sve osobe bez obzira na njihov spol.

No, mjere pozitivne akcije su se pokazale najzanimljivijima kada idu za uklanjanjem tzv. strukturalnih prepreka jednakosti pripadnika, odnosno pripadnika društvenih skupina. Takav oblik pozitivne akcije teži ostvarivanju stvarne, realne jednakosti prilika. Ono je također usredotočeno na pojedinca, a ne na grupu. Ali, za razliku od formalne jednakosti prilika, u kontekstu jednakosti spolova to shvaćanje smatra da nejednakost nije samo rezultat pojedinačnih slučajeva diskriminacije i tradicionalnih podjela iz prošlosti koje se temelje na stereotipnim stavovima o ženama i muškarcima, već da se njeni glavni uzroci nalaze u trenutačnoj strukturi društvenih odnosa, odnosno nejednakoj raspodjeli društvenih uloga i obveza između osoba ženskog i muškog spola. U tom smislu, pripadnost grupi igra puno veću ulogu pri određivanju naših mogućnosti korištenja vrijednim društvenim prilikama, nego što to prepostavlja formalna jednakost prilika koja naglašava vrijednost profesionalne sposobljenosti osoba za (tržišno) natjecanje između pojedinaca. Stvarna jednakost promiče stajalište da, čak kada su jednako stručno sposobljeni, žene i muškarci nemaju jednakе mogućnosti korištenja vrijednim društvenim prilikama zbog niza konkretnih prepreka, koje proizlaze iz njihovih društvenih rodnih uloga i obveza, odnosno iz načina na koji društvo vrednuje specifične osobine i doprinose karakteristične za njihov rod.

U svjetlu navedenog, ovaj tip pozitivnih mjera tako veoma često teži uklanjanju negativnih posljedica koje nejednaka raspodjela roditeljskih i obiteljskih obveza ima za položaj žena u zaposlenju. U tom smislu, pozitivne mjere isle bi npr. za povećanjem dostupnosti vrtićkih mjeseta ili cijelodnevnog školskog boravaka. Isto tako, moglo bi se obvezati poslodavca da osigura vrtičke usluge za svoje zaposlenice, ili bi se zaposlenim ženama mogla osigurati prednost pri upisu djece u javne vrtiće. Drugom vrstom mjera bi se moglo obvezati poslodavca da osigura dodatna stručna sposobljavanja za zaposlenike i zaposlenice koji su duže vrijeme izbivali s posla zbog brige o djeci ili drugim članovima obitelji kojima je bila

potrebna njega. Ta vrsta pozitivne akcije također bi mogla koristiti mјere kojima bi se ženama kao podzastupljenom spolu osigurala prednost pri zapošljavanju ili napredovanju, kako bi se poništilo učinak predrasuda ili stereotipnih stavova o ženama kao osobama koje će zanemarivati posao zbog svojih obiteljskih uloga. Takva mјera bi posebno mogla uključivati samohrane roditelje.

Oblik pozitivne akcije koja teži uklanjanju strukturalnih barijera jednakosti također uključuje mјere koje bi ciljale uklanjanju posljedica rasprostranjenih stereotipnih stavova o ženama i muškarcima. Njihova svrha bi bila da kroz povećanje sudjelovanja žena u svim vrstama društvenih odnosa u kojima su one podzastupljene povećaju njihovu vidljivost u društvo. Na taj način bi se postepeno eliminirali stereotipni stavovi i potaknuto žene da sudjeluju u svim vrstama društvenih odnosa. Te mјere bi tako posebno bile usredotočene na one društvene odnose u kojima je vidljiva spolna segregacija. Tako bi neke od tih pozitivnih mјera išle za povećanjem sudjelovanja žena u obrazovanju za one profesije u kojima dominiraju muškarci. Isto tako bi se moglo obvezati poslodavce da osmisle planove kako povećati sudjelovanje osoba podzastupljenog spola u svim radnim odjelima i na svim razinama njihovog društva ili institucije. Takvi planovi odnosili bi se na određeno vremensko razdoblje i morali bi identificirati razloge podzastupljenosti, te sukladno tome postaviti konkretnе ciljeve i rokove u kojima oni moraju biti ostvareni. Obzirom na cilj ove grupe pozitivnih mјera, posebno bi zanimljive bile one kojima bi se pokušalo osigurati sudjelovanje žena u upravljačkim tijelima i poslovima. Takva bi mјera bila posebno važna u javnim institucijama, kao što su tijela državne i lokalne uprave te tijela pravosudnog sustava.

Možda najzanimljiviji dio pozitivne akcije koja teži uklanjanju strukturalnih barijera je onaj koji uključuje obvezu preispitivanja i redefiniranja raznih profesionalnih kriterija sudjelovanja i nagrađivanja osoba na tržištu rada. Tako bi se poslodavce moglo obvezati da preispitaju kriterije kojima se služe kada odlučuju o zapošljavanju, napredovanju i nagrađivanju svojih zaposlenika i zaposlenica. Svrha takve mјere bi bila da se poslodavce obveže da uklone one kriterije koji im nisu nužni za uspješno poslovanje, a koji pogoduju interesima i stilu života osoba nadzastupljenog spola. Odnosno, da uključe u svoje odlučivanje one kriterije koji bi mogli biti korisni za njihovo poslovanje, a koji pogoduju rodnim ulogama koje su uobičajene za osobe podzastupljenog spola. Tako bi se npr. iz odlučivanja o napredovanju mogli isključiti kriteriji staža, senioriteta ili starosti. Poslodavac bi također trebao procijeniti stvarnu korisnost kriterija kao što su mogućnost



prekovremenog ostanka, fleksibilnost u pogledu mesta obavljanja posla ili stalna dostupnost i raspoloživost poslodavcu. Posebnu pažnju bi trebalo obratiti na ulogu koju pri odlučivanju ima osobni dojam o karakteru kandidata, posebno ako se taj dojam formira na kriterijima kao što su samouvjerjenost, ambicioznost ili nastup jer su to osobine koje češće idu na ruku osobama muškog roda. S druge strane, poslodavac bi bio dužan u svom odlučivanju uzeti u obzir npr. kriterij iskustva dobivenog kroz njegovanje djece ili starijih osoba, ako je ono korisno za njegovo poslovanje. Isto tako bi se moglo odrediti da se radni odnos s određenim trajanjem dopusti, odnosno odsustvo s tržišta rada zbog brige za djecu ili nemoćne članove obitelji ne bi se smjeli procijenjivati kao negativni razlozi.

Većina navedenih primjera mjera pozitivne akcije koja teži uklanjanju strukturalnih prepreka jednakosti žena i muškaraca dolazi, manje ili više, u sukob s načelom jednakog postupanja koje naglašava konzistentnost i istost u postupanju prema pojedincima. Stoga, glavni izazov koji se postavlja pred takve mjere je naći odgovarajuću ravnotežu između efikasnog ostvarivanja svojih ciljeva i zaštite pozicije pojedinaca čije interesu ograničavaju. U tom smislu, ovaj oblik pozitivne akcije će se veoma često oslanjati na neki oblik načela razmjernosti. Posebno će se paziti da u pogledu ograničavanja interesa pojedinaca suprotnog spola pozitivne mjere ne idu preko onog što je nužno potrebno kako bi se ostvario njihov cilj.

POZITIVNE MJERE U HRVATSKOM PRAVNOM OKVIRU ZAŠTITE JEDNAKOSTI SPOLOVA

Mjesto pozitivnih mjer u hrvatskom pravnom okviru je daleko od utvrđenog. Tako nije jasan niti njihov doseg (na koga se odnose) niti opseg (koji oblici su dozvoljeni). Takva neodređenost nije iznenađujuća jer hrvatski pravni okvir nema jasno određene ciljeve kojima bi pozitivne mjere trebale služiti.

I u tom slučaju dva ključna hrvatska zakona su zauzela drugačija stajališta u pogledu pozitivnih mjera. Dok ZR uopće ne spominje pozitivne mjere, ZRS ima nekoliko prilično nejasnih odredbi koje se tiču tog instrumenta. Štoviše, ZRS ima i posebnu glavu koja je posvećena isključivo pozitivnim mjerama (Glava III – Posebne mjeru – čl. 10. – 12.), no ono što ostavlja dojam zbnjenosti je činjenica da je osnovna odredba o pozitivnim mjerama, čl. 9. izostavljena iz te

glave i ostavljena u Glavi II, koja sadrži definicije pojmova. Relevantne odredbe ZRS-a tako propisuju:

ČLANAK. 9.

(1) *Posebne mjere su specifične pogodnosti kojima se osobama određenog spola omogućuje ravnopravno sudjelovanje u javnom životu, otklanjaju postojeće nejednakosti ili im se osiguravaju prava u kojima su ranije bili prikraćeni.*

(2) *Posebne mjere se uvode privremeno radi ostvarivanja stvarne ravnopravnosti žena i muškaraca i ne smatraju se diskriminacijom.*

ČLANAK. 10.

Posebne mjere se utvrđuju propisima kojima se uređuju pojedina područja javnog života.

ČLANAK. 11.

(1) *Državna tijela, pravne osobe s javnim ovlastima, te pravne osobe u pretežitom vlasništvu države ili jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, obvezna su primjenjivati posebne mjere i donijeti planove djelovanja za promicanje i uspostavljanje ravnopravnosti spolova.*

(2) *Tijela iz stavka 1. ovoga članka donose planove djelovanja iz djelokruga svoje nadležnosti na osnovi analize položaja žena i muškaraca, utvrđuju razloge za uvođenje posebnih mjeru, ciljeve koje treba postići, način provedbe i metode nadziranja provedbe.*

(3) *Planove djelovanja iz stavka 1. ovoga članka prethodno odobrava Ured za ravnopravnost spolova Vlade Republike Hrvatske.*

ČLANAK. 12.

(1) *Provođenjem posebnih mjer promicat će se ravnopravno sudjelovanje žena i muškaraca u tijelima zakonodavne, izvršne i sudbene vlasti, uključujući javne službe, te postupno povećavati uključivanje podzastupljenog spola tako da njegova zastupljenost dosegne razinu njegovog udjela u ukupnom stanovništvu Republike Hrvatske.*



- (2) *U svrhu ostvarivanja cilja iz stavka 1. ovoga članka uvodit će se posebne mjere kada je zastupljenost jednoga spola osjetno neuravnotežena.*
- (3) *Pri imenovanju u državna tijela i tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave i druge pravne osobe s javnim ovlastima, mora se voditi računa o ravnomjernoj zastupljenosti oba spola.*
- (4) *Pri imenovanju članova odbora, povjerenstava i izaslanstva koja zastupaju Republiku Hrvatsku na međunarodnoj razini, državna tijela dužna su voditi računa o jednakoj zastupljenosti žena i muškaraca u odborima, povjerenstvima ili izaslanstvima.*

Ovako sročena odredba ostavlja otvorenim cijeli niz pitanja koja su od ključne važnosti za mogućnost konkretnijeg razumijevanja uloge pozitivnih mjer u hrvatskom pravnom okviru zaštite jednakosti spolova, odnosno za primjenu ove odredbe.

DOSEG POZITIVNE AKCIJE

Iz odredbe proizlazi da je ZRS načelno otvoren prema mjerama kojima se daje određena prednost osobama jednog spola, odnosno mjerama koje su uvjetovane spolnom pripadnošću te su kao takve suprotne zabrani izravne diskriminacije.

No, ostaje nejasno tko točno može provoditi mjerne pozitivne akcije, odnosno dopušta li se čl. 9. ZRS-a provođenje takvih mjer isključivo tijelima i institucije javno-pravne prirode, ili je ta mogućnost otvorena i privatnim osobama.

Isto tako, ostaje otvorenim može li se temeljem ovog zakona na poduzimanje pozitivnih mjer obvezati samo javne osobe, ili je ta mogućnost dozvoljena i prema privatnim osobama. Drugim riječima, mogu li razna provedbena tijela kao što su sudovi ili državni inspektorat, temeljem ovog zakona obvezati privatne osobe na poduzimanje pozitivnih mjer, ako takvo što smatraju potrebnim za učinkovitu zaštitu zakonskih ciljeva.

VRIJEDNOSNI CILJEVI I OPSEG POZITIVNE AKCIJE

Situacija nije bitno drugačija niti u pogledu opsega pozitivnih mjera. Na temelju odredaba ZRS-a teško je tvrditi koji su oblici pozitivnih mjera dopušteni, odnosno isključeni. Stoga i to pitanje ostaje potpuno otvorenim.

Zakonodavac je u čl. 9. ZRS-a veoma široko postavio ciljeve koje bi pozitivne mjere trebale ostvariti. Ciljevi kao što su *ravnopravno sudjelovanje, otklanjanje nejednakosti, osiguranje ranije prikraćenih prava*, a ponajviše *stvarne jednakosti* su veoma zvučna načela. No, činjenica je da njihov konkretniji sadržaj i implikacije ostaju otvorenim pitanjem i traže konkretniju razradu bilo od strane zakonodavca, ili od strane provedbenih tijela.

Svako od navedenih načela iz čl. 9. ZRS-a može se tumačiti na više načina.

Cilj ravnopravnog sudjelovanja u javnom životu tako možemo tumačiti u klasičnom smislu konzistentne primjene istih prava i obveza na žene i muškarce. No, istovremeno nam je otvoreno i puno šire tumačenje ovog standarda.

Također bismo mogli tvrditi da cilj ravnopravnog sudjelovanje teži brojčanoj izjednačenosti, odnosno podjednakom sudjelovanju žena i muškaraca u javnim tijelima i institucijama. Štoviše, važnost podjednakog sudjelovanja bismo mogli braniti na nekoliko načina, ovisno o poimanju jednakosti koje nam je blisko. Tako bi mogli tvrditi da je podjednako sudjelovanje važno jer društvene prilike i koristi trebaju biti podjednako raspodijeljeni svim relevantnim društvenim skupinama kako bi se zadovoljile njihove specifične potrebe i očuvao njihov poseban identitet. Isto tako, mogli bi tvrditi da društveno dobro ne mora biti raspodijeljeno između društvenih skupina, odnosno da ne postoji neki posebni identitet koji je karakterističan za žene ili muškarce kojeg bi bilo poželjno štititi, ali da je podjednako sudjelovanje važno kako bi se povećala društvena vidljivost žena kao podzastupljenog spola i time uklonili rasprostranjeni stereotipni stavovi o ženama i njihovim sposobnostima, potrebama ili interesima. Također bi se moglo tvrditi da se, iako muškarci i žene nemaju neki predodređeni identitet, njihova stajališta o cijelom nizu bitnih pitanja razlikuju zbog nejednakog položaja i uloga koje te skupine imaju u društvu. U tom smislu, načela demokratičnosti



i pluralizma bi nalagala da su žene i muškarci podjednako zastupljeni u svim tijelima i institucijama javno-pravne prirode.

Isto tako, cilj ravnopravnog sudjelovanja bi mogli tumačiti u smislu stvarne jednakosti prilika za žene i muškarce. Prema tom tumačenju, ravnopravno sudjelovanje bi značilo jednaku mogućnost korištenja vrijednim društvenim prilikama. Odnosno, to tumačenje bi tražilo da se kod uređenja raspodjele prilika za sudjelovanjem u važnim društvenim poslovima, javnim tijelima i pozicijama u obzir moraju uzeti strukturalne prepreke koje onemogućuju osobe jednog ili drugog spola da se jednakost koriste takvim prilikama.

Slično je i u pogledu cilja koji zahtjeva otklanjanje postojećih nejednakosti. Taj pravni standard se veoma lako može tumačiti kao zahtjev za uklanjanjem ili prevladavanjem svih skrivenih oblika predrasuda i stereotipnih stavova koji utječu na odlučivanje. Takvo tumačenje bi prvenstveno dozvoljavalo mjere koje bi težile većoj transparentnosti postupka odlučivanja, odnosno objektivnosti kriterija koji se primjenjuju na kandidate. U najboljem slučaju bi takvo tumačenje tražilo od poslodavca ili druge odgovorne osobe da pri imenovanju u tijela odlučivanja imaju na umu veću spolnu uravnoteženost sastava tijela.

No, taj isti cilj se može tumačiti i puno šire. Oni koji podržavaju jednakost temeljenu na razmjernej raspodjeli između društvenih skupina bi tako mogli tvrditi da taj cilj dozvoljava mjere koje bi osigurale da polovica mjesta pripadne ženama, a polovica muškarcima. Takvo shvaćanje bi dozvolilo mjere poput strogih kvota. S druge strane, oni koji teže stvarnoj jednakosti prilika mogli bi tvrditi da taj cilj teži ka uklanjanju strukturalnih barijera, koje u stvarnom životu otežavaju sudjelovanje žena u važnim društvenim poslovima i postupcima odlučivanja. To shvaćanje bi pak dozvolilo cijeli niz pozitivnih mjeru, od obveze redefiniranja kriterija sudjelovanja i nagradivanja do davanja određene prednosti osobama podzastupljenog spola pri imenovanju, zapošljavanju ili napredovanju.

Posebno je zanimljiv cilj osiguranja ranije prikraćenih prava. Spektar tumačenja ovog standarda jednakosti seže od mjeru kao što su npr. posebna jamstva u obliku finansijske naknade koju je poslodavac obvezan dati osobama onog spola koji je u prošlosti diskriminirao, do obveze takvih poslodavaca da zaposle određeni broj osoba koje pripadaju spolu kojem je poslodavac uskraćivao korištenje prilika na tržištu rada nad kojima je imao kontrolu. Ništa u odredbama ZRS-a

koje se odnose na pozitivne mjere ne upućuje nas na to gdje bi trebali povući crt u tako široko otvorenom spektru mogućih tumačenja.

U svjetlu tako visokog stupnja otvorenosti čl. 9. ZRS-a, normalno bi bilo u obzir uzeti čl. 12. ZRS-a koji pokušava konkretnije odrediti opseg pozitivne akcije. No nažalost, čl. 12. ZRS-a nije od prevelike pomoći, jer i dalje ostaje nejasno što se točno želi postići mjerama pozitivne akcije. Stoga i dalje nismo u mogućnosti tvrditi koje su konkretnе mјere dozvoljene, odnosno koje se smatraju oblikom izravne diskriminacije. Štoviše, čl. 12. ZRS-a do određene mјere povećava nedređenost zakonskih rješenja vezanih uz institute pozitivne akcije, jer istovremeno koristi različite pojmove kao što su *ravnopravno sudjelovanje*, *ravnopravna zastupljenost*, *jednaka zastupljenost* ili *uključivanje podzastupljenog spola*. U tom smislu, nije jasno predstavljaju li ti pojmovi isti ili različite ciljeve.

Ono što se na temelju čl. 12. ZRS-a s određenom sigurnošću može tvrditi je da se *osjetna neuravnoteženost* u pogledu zastupljenosti oba spola u određenoj *javnoj instituciji* smatra dovoljno dobrim pokazateljem da se žene i muškarci u toj instituciji ne nalaze u jednakom položaju, što zahtjeva provođenje pozitivnih mјera kako bi se osigurala njihova stvarna jednakost. No, činjenica da znamo kada bi trebalo početi s provođenjem pozitivnih mјera nije od velike pomoći kada nije jasno koje mјere se mogu provoditi, a da se njima ne diskriminira one osobe suprotnog spola čiji će interesi takvим mjerama biti ograničeni.

Ali obzirom na znatnu pažnju koju čl. 12. ZRS-a daje činjenici *zastupljenosti* žena i muškaraca u javnim tijelima, treba naglasiti da bi bilo izuzetno štetno kada bi se ova odredba shvatila kao podrška poimanju jednakosti koje promiče ravnopravnu raspodjelu društvenog dobra između društvenih skupina. Takvo tumačenje bi mnogima moglo biti posebno privlačno obzirom da čl. 12. ZRS-a govori o uključivanju podzastupljenog spola do razine njegove zastupljenosti u ukupnom stanovništvu. Vjerojatnost da bi to tumačenje moglo dobiti značajniju podršku u praksi je tim veća što je cilj razmjerne brojčane zastupljenosti lagano ostvariv, odnosno mjerljiv cilj. Takva mehanička primjenjivost čini ovakvo tumačenje izuzetno privlačnim za upravna i sudska tijela, koja zbog razloga jednostavnosti često daju prednost takvim lako primjenjivim standardima.

No, takvo tumačenje bi bilo prenagljen i previše pojednostavljen.



Prvo, ništa u tekstu čl. 9. i 12.ZRS-a ne upućuje na to da je ono neophodno ili čak poželjno. Štoviše, ono je u ozbilnjom sukobu s cijelim nizom vrijednosnih pretpostavki koje se nalaze u pozadini hrvatskog pravnog okvira zaštite jednakosti spolova. To prije svega vrijedi za ideju da je svaka osoba sposobna samostalno odlučivati o svojim interesima, ciljevima i osobnom identitetu. Stoga ju je poželjno vrednovati prema njenim jedinstvenim kvalitetama i ostvarenjima, a ne prema njenoj pripadnosti određenoj skupini. Činjenica pripadnosti određenoj skupini je od značajne važnosti za veliki broj ljudi i ne bi trebala biti zanemaravana pri uređivanju društvenih odnosa, osobito ako je jasno da se određene društvene skupine nalaze u nepovoljnijem položaju od drugih. No, naša pripadnost određenoj skupini nikako ne bi smjela predstavljati prepreku našoj sposobnosti da sami odredimo naše interese i planove. Poimanje jednakosti koje inzistira na razmjernej podjeli društvenog dobra između društvenih skupina temelji se na stavovima koji predstavljaju ozbiljnu prijetnju tom idealu.

Štoviše, poimanje jednakosti koje stoji na stajalištu da žene i muškarci kao društvene skupine imaju različite interese i potrebe koje treba jednakoštiti može, u krajnjem slučaju, dovesti i do određene vrste segregacije. Tako npr. ništa u tekstu čl. 12. ZRS-a ne sprečava tumačenje da je jednakost zastupljena spolova u određenoj instituciji ostvarena samim time što u ukupnom broju zaposlenika sudjeluje jednak broj osoba oba spola, iako većina žena radi određenu vrstu poslova u kojima ne sudjeluje većina muških zaposlenika u tom tijelu.

Drugo, činjenica da u radu određenog tijela sudjeluje jednak broj žena i muškaraca ne mora nužno značiti da je ostvaren cilj jednakosti spolova. Brojčana uravnoteženost nikako ne jamči da su uklonjene strukturalne prepreke koje priječe ženama i muškarcima da se jednakokvalitetno koriste svojim prilikama. Tako npr. nejednakost u raspodjeli roditeljskih i obiteljskih obveza može i dalje stavljati žene u nepovoljniji položaj, jer će one i dalje biti pod većim pritiskom da pomire svoje profesionalne dužnosti sa svojim obiteljskim obvezama. U tom smislu, njihova profesionalnost, uspješnost i karijera će i dalje biti pred većim pritiskom od onog s kojim će se nositi njihovi kolege. Štoviše, takva situacija može dovesti do učvršćivanja stereotipnih stavova o ženama i njihovim sposobnostima, te povećati osjećaj animoziteta jer će dobar dio osoba muškog spola smatrati da su nepravično zakinuti kako bi se pogodovalo manje sposobnim ženama.

Treće, pozitivne mjere koje imaju za glavni cilj postići ravnomernu zastupljenost osoba oba spola, bez namjere da provedu ozbiljniju reformu raspodijele prilika

za sudjelovanje, najčešće pogoduju onim osobama podzastupljenog spola koje su se već dobro uspjele priviknuti standardima karakterističnim za stil života osoba koje pripadaju skupini u društveno dominantnom položaju. To ukazuje na određenu vrstu asimilacijskog učinka koje takve mjere imaju. Mjere koje ciljaju jednostavno podići broj žena u određenim tijelima u velikoj mjeri od tih žena zahtijevaju da se priviknu na stil života koji u načelu pogoduje osobama muškog roda. Na taj način one same odražavaju određenu vrstu strukturalne diskriminacije.

Navedena kritika nikako ne znači da mjere koje idu za povećanjem sudjelovanja žena nisu korisne ili poželjne. No, razmjernost sudjelovanja osoba oba spola ne bi trebala biti cilj sama po sebi. Bilo bi znatno poželjnije kada bi se čl. 9. i čl. 12. ZRS-a tumačili kao odredbe koje promiču pozitivne mjere kojima bi se išlo za uklanjanjem cijelog niza strukturalnih prepreka koje priječe ženama (i muškarcima) da se jednakoravno moguće sudjelovati u važnim društvenim odnosima, poslovima i tijelima. Tekst obaju članka je i više nego otvoren za takvo tumačenje.

USKLAĐENOST S PRAVNOM STEČEVINOM EU

Zbog opisane otvorenosti pravnih odredba kojima se uređuje pitanje pozitivne akcije nije moguće reći je li hrvatski pravni okvir usklađen s načinom na koji je pozitivna akcija uređena kroz pravnu stečevinu EU. To pitanje tim je složenije što niti EU nema do kraja izgradeni stav o konkretnim granicama opsega pozitivne akcije.

Trenutno je mogućnost poduzimanja mjera pozitivne akcije uređena čl. 141/4 Ugovora o Europskoj zajednici koji propisuje da:

S ciljem osiguranja pune jednakosti u praksi između muškaraca i žena u radnim odnosima, načelo jednakog postupanja neće sprečavati države članice od održavanja ili usvajanja mjera kojima se osiguravaju posebne prednosti kako bi se podzastupljenom spolu olakšalo da slijedi stručno zvanje (zanimanje) ili kojima se sprečavaju ili nadoknađuju prepreke u profesionalnoj karijeri.

With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the underrepresented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.

Ista odredba uključena je u Direktivu 2002/73 o jednakom postupanju i u novu Direktivu 2006/54 o jednakom postupanju i jednakim prilikama. Tako čl. 3. Direktive 2006/54 propisuje da:

Države članice mogu zadržati ili usvojiti mjere u skladu s čl. 141/4. Ugovora s ciljem osiguravanja pune jednakosti u praksi između muškaraca i žena.

Member States may maintain or adopt measures within the meaning of Article 141(4) of the Treaty with a view to ensuring full equality in practice between men and women.

Iz navedenog je jasno da su i pravni propisi kojima se uređuje mogućnost po-duzimanja mjera pozitivne akcije u radnim odnosima veoma otvoreni u svom značenju. Ali pitanje opsega pozitivne akcije je konkretnije uređeno kroz praksu Europskog suda pravde.

Europski sud je kroz praksu razvio niz zahtjevnih uvjeta koji trebaju biti zadovoljeni kako bi pozitivna mjera bila dopuštena.

Prvo, Sud je pozitivne mjere, koje daju određenu prednost osobama jednog spola kako bi pridonijele stvarnoj jednakosti spolova u načelu dopustio, ali ih Sud smatra iznimkom od načela jednakog postupanja. To znači da će Sud strogo kontrolirati prelaze li takve mjere određena ograničenja koja im je Sud postavio. Sud će posebnu pažnju posvetiti onim mjerama koje daju određenu prednost osobama podzastupljenog spola pri ulasku u radni odnos ili kod napredovanja.

Druge, pozitivne mjere moraju imati konkretan cilj. Odnosno, pozitivne mjere moraju težiti uklanjanju konkretnog uzroka nejednakog položaja osoba određenog spola (žena). U tom smislu, nisu dozvoljene mjere koje pri raspodjeli prilika na tržištu rada daju prednost osobama određenog spola samo zato jer pripadaju podzastupljenom spolu. Drugim riječima, mjere ne mogu biti automatske i ne smiju za jedini i glavni cilj imati ravnopravnost žena i muškaraca.

Treće, pozitivna mjeru koja daje određenu prednost osobama jednog spola mora zadovoljiti uvjet razmjernosti. To znači da mjeru mora biti prikladna i nužna za ostvarenje svog cilja.

Uvjet razmjernosti urođio je različitim testovima za različite vrste pozitivnih mjeru. Tako pozitivne mjeru koje se odnose na raspodjelu radnih mesta ili prilika za unaprjeđenje moraju zadovoljiti sljedeće uvjete:

- osobe kojima se daje prednost moraju pripadati podzastupljenom spolu,
- takve osobe trebale bi imati jednakе profesionalne kvalifikacije kao i kandidati suprotnog spola,
- poslodavac mora procijeniti postoje li kod kandidata suprotnog spola određeni specifični razlozi vezani uz tog pojedinca koji bi bili dovoljno važni da prevagnu nad prednošću koju je mjeru dodijelila osobi podzastupljenog spola.

Ovako postavljeni uvjeti još uvijek ostavljaju otvorenim niz važnih pitanja. Tako nije jasno postoje li okolnosti koje bi dozvolile da osobe podzastupljenog spola dobiju prednost pri zapošljavanju, iako nisu jednakо kvalificirane. Isto tako, nije jasno koji su to specifični razlozi karakteristični za kandidata koji pripada nadzastupljenom spolu, a koji bi bili dovoljno važni da prevagnu nad prednošću koja je data osobi podzastupljenog spola, kako bi se osigurala stvarna jednakost žena i muškaraca. U svakom slučaju, jasno je da tako postavljeni uvjeti ne bi dozvolili tumačenje čl. 12. ZRS-a koje bi promicalo pozitivne mjeru koje bi isle za raspodjelom radnih mesta, kako bi se ostvarila ravnopravnost u zastupljenosti žena i muškaraca.

Europski sud pravde ima blagonakloniji stav prema pozitivnim mjeru koje se ne odnose na raspodjelu radnih mesta ili prilika za unaprjeđenje. Kod takvih mjeru uvjet razmjernosti uglavnom se svodi na test učinkovitosti i nužnosti. Drugim riječima, potrebno je uvjeriti Sud da je razumno smatrati de će određena pozitivna mjeru biti u stanju ostvariti zacrtani cilj, te da nema druge mjeru koja bi mogla jednakо dobro ostvariti isti cilj, ali s manje štetnih posljedica za osobe čije interesu ograničava. Sud je pokazao posebnu sklonost prema onim pozitivnim mjerama kojima se poboljšava profesionalna sposobljenost osoba podzastupljenog spola i time podiže njihova sposobnost natjecanja na tržištu rada.



Obzirom na navedeno, potpuno je otvoreno pitanje je li hrvatski pravni okvir u dijelu koji se odnosi na mogućnost provođenja mjera pozitivne akcije uskladen s pravnom stečevinom Europske Unije. Ograničavajući se samo na tekst zakonskih odredbi koje uređuju ovo pitanje u hrvatskom i EU pravnom sustavu, načelno nema razloga tvrditi da ta dva sustava nisu usklađena. U načelu nema razloga da se ciljevi iz čl. 9. ZRS-a, poput *otklanjanja postojeće nejednakosti ili osiguravanja ranije uskraćenih prava*, ne tumače u smislu *sprječavanja ili nadoknadivanja prepreka u profesionalnoj karijeri* iz čl. 141/4. Ugovora o Europskoj zajednici. Slično vrijedi i obzirom na praksu Europskog suda pravde. No, obzirom na široku otvorenost hrvatskih i europskih odredbi treba pričekati konkretnije primjere iz hrvatske prakse kako bi se moglo tvrditi nešto ozbiljnije.

PROVOĐENJE MJERA POZITIVNE AKCIJE

Upravna provedba

ZRS ima hvalevrijednu odredbu o provođenju mjera pozitivne akcije u tijelima javno-pravne prirode (čl. 11. ZRS-a), koju bi uz određenu doradu bilo korisno zadržati u novoj verziji tog zakona. Bilo bi poželjno uvesti sličnu obvezu i za poslodavce privatno-pravne prirode koji zapošljavaju određeni veći broj zaposlenika.

Ono što je posebno vrijedno pažnje u čl. 11. ZRS-a je način na koji javna tijela imaju razviti planove djelovanja za promicanje i uspostavljanje jednakosti spolova. Prema toj odredbi, takvi planovi morali bi imati konkretnu podlogu. U tom smislu javna tijela imaju dužnost:

- provesti analizu položaja žena i muškaraca,
- utvrditi razloge zbog kojih bi se trebale provoditi pozitivne mjere,
- utvrditi konkretnе ciljeve koje pozitivne mjere trebaju ostvariti,
- utvrditi konkretni sadržaj pozitivnih mjeru,
- utvrditi metodu nadziranja provedbe pozitivnih mjeru.

Tako postavljena obveza izrade planova za promicanje jednakosti spolova obično je vezana uz oblik pozitivne akcije kojim se teži uklanjanju strukturalnih prepreka koje onemogućavaju žene (i muškarce) da se jednako koriste vrijednim društvenim prilikama. Tako vidimo da čl. 11. ZRS-a zahtjeva da se utvrde kon-

kretni razlozi za uvođenje pozitivnih mjer i konkretni ciljevi koji se njima žele ostvariti. Bilo bi izuzetno štetno kada bi se ove obveze počele primjenjivati na način koji bi kao razlog navodio jednostavnu činjenicu brojčane podzastupljenosti, a kao cilj određeni brojčani razmjer muškaraca i žena. Pozitivne mjeru bi bile znatno učinkovitije i legitimnije kada bi se u planovima točno identificirali uzroci koji dovode do podzastupljenosti osoba određenog spola, te postavili konkretni ciljevi koji bi jamčili da će identificirani uzroci biti uklonjeni ili ublaženi. Planovi koji bi težili osigurati jednostavnu brojčanu razmjernost žena i muškaraca mogli bi se usporediti s medicinskim mjerama koje liječe samo posljedice bolesti bez uklanjanja njenih uzroka. Drugim riječima, takvi planovi bili bi neučinkoviti.

Ali nažalost, valja upozoriti da, zbog otvorenosti ostalih odredbi kojima se uređuje mogućnost provođenja mjeru pozitivne akcije (čl. 9. i čl. 12. ZRS-a), nije vjerojatno da će ta odredba zaživjeti u praksi. Tijela na koja se odnosi obveza izrade planova i provođenja pozitivnih mjeru teško će prihvati takvu obvezu, ako nisu sigurna u to kada moraju, odnosno mogu, poduzimati pozitivne mjeru ili koje pozitivne mjeru i pod kojim uvjetima mogu provoditi. Isto tako, nije vjerojatno niti da će tijela koja su odgovorna za kontrolu izvršavanja obveze provođenja pozitivnih mjeru moći učinkovito izvršavati svoju dužnost, obzirom da ni sama vjerojatno nisu sigurna što bi točno takva obveza sadržavala.

Štoviše, vjerojatnost da čl. 11. ZRS-a neće zaživjeti u praksi povećana je i odredbom iz čl. 10. ZRS-a koja propisuje da se posebne mjeru utvrđuju propisima kojima se uređuju pojedina područja javnog života. Dok se ne donesu takvi propisi malo je vjerojatno da će javna tijela htjeti sama krenuti u provedbu pozitivnih mjeru.

U svjetlu navedenog, izuzetno je poželjno da upravna tijela koja su odgovorna za promicanje jednakosti spolova – Vladin ured za ravnopravnost spolova i Ured pravobraniteljice za ravnopravnost spolova – izrade jasniju politiku provođenja pozitivne akcije. Takav instrument bi trebao:

- sadržavati jasnije postavljene vrijednosne ciljeve koje se želi postići pozitivnom akcijom, tj. jasnije odrediti koje poimanje (konceptciju) jednakosti se promiče politikom pozitivne akcije;
- postaviti detaljnije konkretne ciljeve koji se žele postići pozitivnim mjerama;



- izraditi listu konkretnih pozitivnih mjera koje bi tijela mogla koristiti kako bi ostvarila specifične ciljeve koje su si postavila temeljem analize iz čl. 11. ZRS-a.

Ovakvi ciljevi i mjere trebali bi se što prije ugraditi u odgovarajuće propise na koje upućuje čl. 10. ZRS-a, bez obzira jesu li su takvi propisi zakonodavne ili podzakonske snage. U izradi politike pozitivne akcije bilo bi korisno uzeti u obzir instrumente koje je razvila EU kroz svoju politiku provođenja pozitivnih mjera. U tom smislu posebno treba uzeti u obzir sudsku kontrolu.

Sudska kontrola

Obzirom na široku otvorenost odredbi ZRS-a kojima se uređuje mogućnost provođenja mjera pozitivne akcije, korisno je imati na umu da je glavna odgovornost za kontrolu legitimnosti mjera pozitivne akcije uvijek na sudovima.

U krajnjem slučaju, sudovi su ti koji će kroz tumačenje zakonskih odredbi morati utvrditi je li određena mjeru pozitivne akcije dopuštena u svjetlu ciljeva koji su utvrđeni u ZRS-u, ili je mjeru prekoračila određena ograničenja i stoga predstavlja diskriminaciju na temelju spola. To također znači da su, obzirom na trenutno široko postavljene odredbe ZRS-a, sudovi ti koji će tumačenjem neizravno utvrđivati koje vrijednosne ciljeve, odnosno koju concepciju jednakosti pozitivne mjeru imaju promicati. Isto tako, na sudovima je da vrijednosnim tumačenjem odrede je li privatnim osobama dopušteno provoditi pozitivne mjeru, odnosno može li im se nametnuti obveza provođenja pozitivnih mjeru.

Tako široke ovlasti koje je zakonodavac ostavio sudovima u pogledu kontrole zakonitosti pozitivnih mjeru nisu same po sebi loše rješenje. No, obzirom na specifične karakteristike hrvatskog pravosudnog sustava treba imati na umu dvije stvari.

Prvo, u velikoj većini slučajeva hrvatski sudovi nisu imali iskustva s pitanjima diskriminacije i pozitivne akcije. Štoviše, veoma je velika vjerojatnost da nisu imali priliku steći niti kvalitetno znanje, koje bi im pomoglo u rješavanju tih kompleksnih vrijednosnih pitanja i primjeni antidiskriminacijskih instrumenata koji su još uvijek novina u hrvatskom pravnom sustavu.

Drugo, hrvatski sudovi uglavnom su navikli na pravne norme koje ne ostavljaju preširoki prostor tumačenju i ne zahtijevaju osjetljive vrijednosne odluke. Stoga bi kontrola legitimnosti mjera pozitivne akcije za hrvatske sude mogla predstavljati značajan problem.

U svjetlu navedenog, bilo bi poželjno kada bi se novim ZRS-om postavili jasniji ciljevi i kriteriji za provođenje mjera pozitivne akcije. Posebno bi bilo poželjno kada bi novi zakon izričito naveo uvjete primjene pozitivnih mjera koji su razvijeni kroz praksu Europskog suda pravde, te izričito obvezao hrvatske sude da pri odlučivanju o dopuštenosti pozitivnih mjera u obzir uzimaju pravnu stečevinu EU, posebno praksu Europskog suda pravde.

ZAKLJUČCI I PREPORUKE

Glavni zaključci:

- Odredbe ZRS-a kojima se uređuje primjena mjera pozitivne akcije veoma su otvorene u svom značenju. Stoga ostaje nejasno kojim vrijednosnim ciljevima bi mjere pozitivne akcije trebale služiti.
- Doseg pozitivne akcije ostaje nejasan.
 - Nije jasno mogu li privatno-pravni subjekti provoditi mjere pozitivne akcije.
 - Nije jasno u kojim točno okolnostima javna tijela imaju obvezu provoditi mjere pozitivne akcije.
- Opseg pozitivne akcije je potpuno neodređen. Kako nije jasno kojim vrijednosnim ciljevima treba služiti pozitivna akcija, ostaje nejasno i koje konkretnе pozitivne mjere se smatraju dopuštenima.
 - Postoji značajan rizik da se odredbe ZRS-a u praksi počnu primjenjivati na način koji bi promicao pozitivne mjere kojima je glavni cilj ostvariti brojčanu razmjernost muškaraca i žena. Takvo tumačenje bilo bi suprotno pravnoj stečevini EU.



- Zbog otvorenosti pravnih normi kojima se uređuje mogućnost primjene mjera pozitivne akcije nije moguće utvrditi je li hrvatski pravni okvir u sukladnosti s pravnom stečevinom EU.
- Veoma je vjerojatno da odredbe o primjeni pozitivne akcije neće zaživjeti u praksi bez značajnijih pojašnjenja koja su u nadležnosti upravnih tijela zaduženih za promicanje i kontrolu provedbe ZRS-a.

Preporuke

Kako bi se osigurala učinkovita primjena mjera pozitivne akcije i osigurala usklađenost hrvatskog pravnog okvira sa stečevinom EU, pri izradi novog Zakona o ravnopravnosti spolova bilo bi korisno uzeti u obzir slijedeće:

1. Pozitivnim mjerama korisno je posvetiti posebnu glavu zakona koja bi sadržava sve odredbe koje se tiču tog pitanja.
2. Potrebno je jasnije odrediti svrhu tj. vrijednosne ciljeve koji se žele ostvariti pozitivnim mjerama.
 - Bilo bi korisno naglasiti da brojčana razmjernost u sudjelovanju žena i muškaraca nije i ne može biti glavni cilj pozitivne akcije.
 - Pozitivna akcija prije svega bi trebala ići za stvaranjem društvenih uvjeta koji bi ženama i muškarcima osigurali jednaku mogućnost korištenja vrijednim društvenim prilikama. Stoga bi bilo korisno naglasiti da mjere pozitivne akcije služe uklanjanju strukturalnih prepreka koje priječe ženama (i muškarcima) da se jednakо koriste vrijednim društvenim prilikama, kako na tržištu rada tako i u javnom životu.
3. Uz precizniju vrijednosnu svrhu, bitno je propisati i konkretne ciljeve koji opravdavaju poduzimanje pozitivnih mjera. Ovdje ćemo kao primjer navesti neke konkretnije ciljeve i vrste mjera kojima bi se ti ciljevi mogli ostvariti:
 - Uklanjanje strukturalnih prepreka u postupku izbora za radno mjesto ili unaprijeđenje:
 - Poduzeti mјere kojima bi se potaklo što više osoba podzastupljenog spola da se prijave na relevantne natječaje.

- Povećanje transparentnosti izbora: odrediti precizne kriterije izbora; odrediti koliko vrijedi koji kriterij izbora; točno odrediti u kojoj fazi izbora se primjenjuje koji kriterij; odrediti pitanja oko kojih će se voditi mogući razgovor s osobom koja se natječe za radno mjesto.
- Povećati rodnu uravnoteženost postupka izbora: isključiti iz postupka izbora one kriterije koji nisu nužni za uspješno poslovanje, a pogoduju osobama muškog roda; u izbor uključiti kriterije koji bi mogli biti korisni za poslovanje, a odražavaju iskustva karakteristična za osobe ženskog roda; smanjiti vrijednost kriterija kao što su fleksibilnost u pogledu radnog vremena i mjesta obavljanja posla; smanjiti vrijednost kriterija osobnog dojma o kandidatu; odrediti da se radni odnos s određenim trajanjem dopusti, odnosno odsustvo s tržista rada zbog brige za djecu ili nemoćne članove obitelji ne procjenjuju kao negativni razlozi.
- Obvezati poslodavca ili drugo odgovarajuće tijelo da obrazloži svoju odluku u pogledu svakog kriterija koji je primijenio u postupku odlučivanja.
- Povećanje stručne osposobljenosti osoba podzastupljenog spola:
 - Osigurati da osobe koje su bile odsutne duže vrijeme zbog brige za djecu ili nemoćne članove obitelji imaju mogućnost stručne pripreme za povratak na radno mjesto.
 - Osobama podzastupljenog spola osigurati pohađanje stručnog osposobljavanja koje će im koristiti u budućem postupku izbora za unaprjeđenje.
 - Poticati osobe podzastupljenog spola na dopuste radi profesionalnog usavršavanja i stručnog osposobljavanja.
- Povećanje demokratičnosti, različitosti i uravnoteženosti radnog okruženja:
 - Osigurati mjere kojima se daje prednost pri izboru osobama podzastupljenog spola kako bi se povećala uravnoteženost sudjelovanja u onim tijelima u kojima postoji znatna podzastupljenost ako se takvima mjerama može:
 - ukloniti skrivene predrasude i stereotipne stavove koji utječu na postupak izbora;
 - pomoći kod uklanjanja rasprostranjenih predrasuda o osobama podzastupljenog spola i njihovim sposobnostima i potaknuti te osobe da sudjeluju u poslovima i tijelima u kojima tradicionalno dominiraju osobe nadzastupljenog spola;

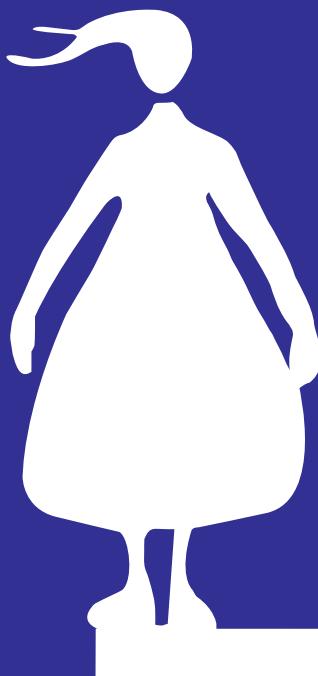


- povećati raznolikost stajališta i ideja u onim tijelima u kojima se odlučuje o bitnim upravljačkim pitanjima, a posebno u tijelima koja su zadužena za odluke o imenovanjima, izboru za zaposlenje ili unaprjeđenju.
 - Osigurati ili pomoći pri pronalaženju vrtičkih usluga za osobe podzastupljenog spola.
4. Kako bi se osigurala usklađenost s pravnom stečevinom, EU treba izričito propisati da sve mjere kojima se daje određena prednost osobama podzastupljenog spola moraju zadovoljiti uvjet razmjernosti.
- U tom smislu, takve mjere moraju:
 - Težiti uklanjanju konkretnog uzroka podzastupljenosti osoba određenog spola.
 - Biti sposobne ostvariti svoj konkretni cilj.
 - Biti nužne za ostvarenje tog cilja, odnosno ne smiju ograničavati interes osoba nadzastupljenog spola više nego što je stvarno potrebno.
 - Što se tiče mjera kojima se daje prednost pri izboru za zaposlenje ili unaprjeđenje one moraju:
 - Imati za svoj cilj uklanjanje konkretnog uzroka podzastupljenosti osoba određenog spola.
 - Osobe kojima se daje prednost moraju pripadati podzastupljenom spolu.
 - Takve osobe trebale bi imati (pod)jednake profesionalne kvalifikacije kao i kandidati suprotnog spola.
 - Poslodavac mora procijeniti postoje li kod kandidata suprotnog spola određeni specifični razlozi vezani uz tog pojedinca, koji bi bili dovoljno važni da prevagnu nad prednošću koju je mjeru dodijelila osobi podzastupljenog spola.
5. Treba jasno odrediti tko ima obvezu i kada provoditi mjere pozitivne akcije.
- Bilo bi korisno da se obveza izrade planova djelovanja za promicanje i uspostavljanje jednakosti spolova iz ZRS-a koji je sada na snazi proširi na poslodavce koji imaju određeni veći broj zaposlenika.
 - Jasnije odrediti okolnosti u kojima nastupa obveza provođenja pozitivnih mjeru, odnosno pojasniti pojam podzastupljenosti.



9

UČINKOVITA ZAŠTITA PRAVA NA JEDNAKOST





Ovaj dio analize usredotočen je na instrumente koje hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova pruža pojedincima, kako bi zaštitili svoje pravo da ih se ne diskriminira na temelju spola.

Instrumenti kojima hrvatski pravni okvir cilja osigurati učinkovitost promicanja i zaštite jednakosti, a koji će biti obrađeni u ovom dijelu analize su:

- prebacivanje tereta dokazivanja,
- naknade štete (s odbijajućim učinkom),
- prekršajne kazne.

Uz te instrumente, korisno je spomenuti i institut zaštite dostojanstva radnika i radnica iz čl. 30. Zakona o radu, o kojem je bilo više riječi u dijelu analize koji se odnosi na spolno uznenimiravanje. Isto tako bi valjalo spomenuti obvezu sakupljanja spolno osjetljive statistike iz čl. 17. Zakona o ravnopravnosti spolova.

Ako se usredotočimo isključivo na zakonske norme, možemo tvrditi da je način na koji hrvatski pravni okvir zaštite jednakosti spolova pruža mogućnost učinkovite zaštite prava na jednakost zadovoljavajući. Isto tako, isključivo gledajući zakonske norme, moglo bi se tvrditi da je u pogledu učinkovite zaštite prava na jednakost žena i muškaraca hrvatski pravni okvir zaštite u skladu s pravnom stečevinom EU.

No, obzirom na određenu otvorenost zakonskih normi koje pružaju jamstva učinkovite zaštite, odnosno mogućnost različitog tumačenja tih normi ključnu ulogu odigrat će sudovi i njihova praksa.

PREBACIVANJE TERETA DOKAZIVANJA

Ako se primjenjuje u skladu sa svojom svrhom, prebacivanje tereta dokaza veoma je učinkovito sredstvo zaštite prava na jednakost. Prebacivanje tereta dokaza je izraz procesnog načela razumnosti. To načelo zahtjeva da procesna pravila ne bi trebala pojedince dovoditi u poziciju u kojoj im je gotovo nemoguće, ili izuzetno teško ostvariti njihova materijalna prava. Obzirom da je zbog specifičnog načina na koji do nje dolazi u stvarnom životu, diskriminaciju izuzetno teško dokazati, tradicionalna pravila o teretu dokazivanja imala bi upravo takav učinak.

U svjetlu navedenog, instrument prebacivanja tereta dokazivanja je također izraz važnosti koju pravni sustav pridodaje idealu jednakosti spolova.

Prebacivanje tereta dokaza propisano je u čl. 6. ZR-a:

Ako osoba koja traži zaposlenje odnosno radnik u slučaju spora iznese činjenice koje opravdavaju sumnju da je poslodavac postupio protivno odredbama članka 2. ovoga Zakona, na poslodavcu je teret dokazivanja da nije bilo diskriminacije odnosno da je postupio u skladu s odredbama članka 3. ovoga Zakona.

ZRS ne propisuje slično jamstvo. To znači da je malo vjerojatno da će sudovi primjenjivati to načelo izvan konteksta radno-pravnih odnosa. Tako, ako bi npr. do diskriminacije došlo pri pružanju određene usluge, kao što je zdravstvena zaštita, žrtva diskriminacije bi morala u potpunosti snositi teret dokazivanja, bez obzira na izuzetno tešku situaciju u koju je takva osoba stavljena takvim pravilom. Bilo bi korisno kada bi novi ZRS ispravio taj nedostatak.

Ključni dio čl. 6. ZR-a je pojam *činjenice koje opravdavaju sumnju*. Kako je to otvoreni standard, čije potpuno značenje nije određeno, jasno je da je zakonodavac odlučio sudovima ostaviti odgovornost da odrede konkretniji prag koji će tužitelji morati zadovoljiti kako bi teret dokazivanja prešao na tuženog. Takvo rješenje nije začuđujuće, obzirom da su sudovi zbog svog uvida u konkretne činjenice svakog slučaja u najboljoj poziciji procijeniti opravdava li konkretna situacija sumnju da je moglo doći do diskriminacije. U svakom slučaju, prag na kojem će inzistirati hrvatski sudovi nikako ne bi smio biti visok, jer bi takvo što učinilo zaštitu prava jednakosti pretjerano teškom.

Instrument prebacivanje tereta dokaza ima posebno značenje u kontekstu zaštite od izravne diskriminacije. Ono što bi sudovi trebali tražiti u takvim slučajevima su činjenice na temelju kojih se može pretpostaviti da je odluka poslodavca na neki način vezana uz spol tužiteljice. Nekoliko vrsta činjenica bi moglo biti od posebnog interesa. Sudovi bi tako mogli obratiti pažnju na kvalifikacije tužiteljice. Ako je tužiteljica imala kvalifikacije koje zadovoljavaju uvjete za određenu poziciju ili nagradu, odnosno da su njene kvalifikacije bile jednake kandidatu suprotnog spola, to bi moglo biti dovoljno da opravda sumnju da je moglo doći do diskriminacije. Netransparentnost postupka odlučivanja također predstavlja činjenicu na osnovi koje se može pretpostaviti da je moglo doći do diskriminacije. U tom smislu, sudovi bi trebali obratiti pažnju na to je li jasno koje kriterije



poslodavci koriste pri donošenju svojih odluka, odnosno jesu li ti kriteriji relevantni za konkretnu odluku. Isto tako, sudovi bi mogli uzeti u obzir i strukturu zaposlenih. Ako u strukturi zaposlenih postoji osjetna podzastupljenost osoba jednog spola, ta činjenica bi također mogla opravdati sumnju da spol igra određenu ulogu u odlukama konkretnog poslodavca. Slično je i s dokazima da je poslodavac izražavao određeni negativni stav prema osobama jednog spola.

Što se tiče zabrane indirektne diskriminacije, prebacivanje tereta dokaza čini sastavni dio tog jamstva. Stoga je o tome bilo više govora u dijelu analize koji se bavi pitanjem indirektne diskriminacije.

Usklađenost s pravnom stečevinom EU

Prebacivanje tereta dokaza trenutno je propisano čl. 4. Direktive o teretu dokazivanja:

Države članice će, u skladu sa svojim domaćim pravosudnim sustavom, poduzeti sve potrebne mјere kako bi osigurale da će, u slučaju kada osobe koje smatraju da im je prekršeno načelo jednakog postupanja pred sudom ili drugim nadležnim tijelom ustanove činjenice iz kojih se može prepostaviti da je došlo do izravne ili neizravne diskriminacije, biti na tuženome da dokaže da nije došlo do povrede načela jednakoga postupanja.

Member States shall take such measures as are necessary, in accordance with their national judicial systems, to ensure that, when persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them establish, before a court or other competent authority, facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment.

Nova Direktiva 2006/54 o jednakom postupanju i jednakosti prilika sadrži istovjetnu odredbu u čl. 19. Isti je slučaj i s Direktivom 2004/113 o provedbi načela jednakog postupanja pri pružanju usluga. Europski sud pravde je također posvetio značajnu pažnju ovom pitanju. (*Predmet 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss; C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health*

Authority and Secretary of State for Health; Predmet C-17/05 B. F. Cadman v Health & Safety Executive).

Obzirom da je teško vidjeti neku bitniju razliku između standarda koji traži da se ustanove *činjenice iz kojih se može pretpostaviti* da je došlo do diskriminacije i standarda koji traži da se ustanove *činjenice koje opravdavaju sumnju* da je došlo do diskriminacije, može se reći da je u pogledu zakonskih propisa hrvatski pravni sustav usklađen s pravnom stečevinom EU.

No, bez obzira na formalnu zakonsku usklađenost, bilo bi korisno kada bi novi ZRS uputio domaće sudove da pri primjeni propisa o prebacivanju tereta dokaza uzimaju u obzir praksu Europskog suda pravde.

Isto tako, kako bi hrvatski pravni okvir bio potpuno usklađen s pravnom stečevinom EU, novi ZRS bi morao uvesti mogućnost prebacivanja tereta dokaza u predmetima koji se odnose na diskriminaciju temeljem spola u području tržišnih odnosa ponude usluga i dobara.

NAKNADA ŠTETE

Zakon o radu i Zakon o ravnopravnosti spolova propisuju mogućnost naknade štete u slučaju diskriminacije, ali za konkretnije odredbe upućuju na Zakon o obveznim odnosima. Tako zakon o radu propisuje:

ČLANAK. 5

U slučajevima diskriminacije iz članka 2. i 4. ovoga Zakona osoba koja traži zaposlenje može zahtijevati naknadu štete po općim propisima obveznog prava, a radnik prema odredbama članka 109. ovoga Zakona.

ČLANAK. 109.

(1) Ako radnik pretrpi štetu na radu ili u svezi s radom, poslodavac je dužan radniku naknaditi štetu po općim propisima obveznoga prava.



(2) *Pravo na naknadu štete iz stavka 1. ovoga članka, odnosi se i na štetu koju je poslodavac uzrokovao radniku povredom njegovih prava iz radnog odnosa.*

Slično odredbama ZR-a, Zakon o ravnopravnosti propisuje:

ČLANAK. 27.

U slučajevima diskriminacije iz članka 6., 7. i 8. ovoga Zakona osoba koja se smatra oštećenom može zahtijevati naknadu štete po propisima obveznog prava o odgovornosti za štetu.

Zakon o obveznim odnosima (ZOO) široko je postavio mogućnost naknade štete:

ČLANAK. 1045.

(1) Tko drugome prouzroči štetu, dužan je naknaditi je, ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje..

ČLANAK. 1046.

Šteta je umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava osobnosti (neimovinska šteta).

ČLANAK. 1085.

(1) Odgovorna osoba dužna je uspostaviti stanje koje je bilo prije nego što je šteta nastala.

(2) Ako uspostava prijašnjeg stanja ne otklanja štetu potpuno, odgovorna osoba dužna je za ostatak štete dati naknadu u novcu.

(3) Kad uspostava prijašnjeg stanja nije moguća, odgovorna je osoba dužna isplatiti oštećeniku odgovarajući iznos novca na ime naknade štete.

(4) Naknada u novcu dosudit će se oštećeniku ako on to zahtijeva, a okolnosti danog slučaja ne opravdavaju uspostavu prijašnjeg stanja.

ČLANAK. 1089.

- (1) Oštećenik ima pravo kako na naknadu obične štete, tako i na naknadu izmakle koristi.
- (2) Visina naknade štete određuje se prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke, osim slučaja kad zakon određuje što drugo.
- (3) Pri ocjeni visine izmakle koristi uzima se u obzir dobitak koji se mogao osnovano očekivati prema redovitom tijeku stvari ili prema posebnim okolnostima, a čije je ostvarenje spriječeno štetnikovom radnjom ili propuštanjem.

ČLANAK. 1099.

U slučaju povrede prava osobnosti oštećenik može zahtijevati, na trošak štetnika, objavljivanje presude, odnosno ispravka, povlačenje izjave kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže pravičnom novčanom naknadom.

ČLANAK. 1100.

- (1) U slučaju povrede prava osobnosti sud će, ako nađe da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema.
- (2) Pri odlučivanju o visini pravične novčane naknade sud će voditi računa o jačini i trajanju povredom izazvanih fizičkih boli, duševnih boli i straha, cilju kojemu služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njezinom naravi i društvenom svrhom.
- (3) Za povredu ugleda i drugih prava osobnosti pravne osobe sud će, ako procijeni da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, dosuditi joj pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema.

Tako postavljeni zakonski uvjeti za naknadu štete dobra su osnova za učinkovitu zaštitu prava na jednakost, jer dozvoljavaju sudovima da odrede naknadu koja je u mogućnosti obuhvatiti sve segmente štete uzrokovane diskriminacijom. U načelu, diskriminacijom se mogu uzrokovati sve tri vrste štete koje propisuje ZOO. No, u praksi će rijetko doći do nekog značajnijeg umanjenja materijalne



imovine (obična šteta) zbog diskriminacije. U tom smislu, posebnu pažnju trebati posvetiti odredbama koje dozvoljavaju naknadu štete nastale izgubljenom dobiti i štete nastale povredom osobnosti. Gubitak radnog mjesta, bilo da se radi o otakzu ili o odbijanju prijave za radno mjesto odnosno unaprjeđenje, je najvažnija i najčešća šteta koju osoba trpi zbog diskriminacije. Stoga će se naknada takve štete najčešće odnositi na gubitak plaće i ostalih pogodnosti koje donosi radno mjesto. Na sudovima je da odrede, ovisno o svakom pojedinačnom slučaju, koliko bi mjesecnih plaća takva naknada obuhvaćala. Diskriminacija je također i oblik ponižavajućeg postupanja prema osobi, naročito ako je utemeljena na predrasudama. Svaki oblik izravne diskriminacije omalovažava dostojanstvo osobe jer ju prikazuje kao manje vrijednu ili sposobnu, odnosno jer zanemaruje njene stvarne osobne kvalitete. U tom smislu čl. 1100. ZOO je veoma dobar temelj za učinkovitu zaštitu od diskriminacije. Taj oblik naknade štete izuzetno je važan u slučaju spolnog uzinemiravanja.

Uz novčanu naknadu štete posebno je zanimljiva mogućnost koju pruža čl. 1085. ZOO-a. Temeljem te odredbe, sudovima je data i mogućnost da obvezu poslodavca da zaposli, unaprijedi ili vrati na radno mjesto osobu koju je diskriminirao. Takav oblik zaštite bio bi izuzetno učinkovit.

Usklađenost s pravnom stečevinom EU

Naknada štete ima veoma značajno mjesto u europskom okviru zaštite jednakoštiju spolova, što se može vidjeti iz načina na koji je europsko zakonodavstvo propisalo obvezu naknade štete. Trenutno je obveza naknade štete uređena čl. 6. Direktive 2002/73:

Države članice će u svoje domaće pravne sustave uvesti takve mjere koje su neophodne kako bi se osigurala stvarna i učinkovita naknada ili povrat, što već država nađe prikladnim rješenjem za gubitak i štetu koju je pretrpjela osoba povrijeđena diskriminacijom koja je suprotna čl.3, pod uvjetom da je ono razuvjeravajuće i razmjerno pretrpljenoj šteti. Takva naknada ili povrat ne mogu biti ograničeni postavljanjem a priori gornje granice osim u slučajevima kada poslodavac može dokazati da je jedina šteta koju je tuženik pretrpio kao rezultat diskriminacije koja je suprotna odredbama ove Direktive odbijanje da se razmotri njegova/njezina prijava za radno mjesto.

Member States shall introduce into their national legal systems such measures as are necessary to ensure real and effective compensation or reparation as the Member States so determine for the loss and damage sustained by a person injured as a result of discrimination contrary to Article 3, in a way which is dissuasive and proportionate to the damage suffered; such compensation or reparation may not be restricted by the fixing of a prior upper limit, except in cases where the employer can prove that the only damage suffered by an applicant as a result of discrimination within the meaning of this Directive is the refusal to take his/her job application into consideration.

Ista odredba se nalazi u čl. 18. Direktive 2006/54 o jednakom postupanju i jednakoći prilika i u čl. 8. Direktive 2004/113 o provedbi načela jednakog postupanja pri pružanju usluga.

Oslanajući se isključivo na zakonska rješenja, može se reći da je u pogledu obvezne naknade štete koja je osobi nastala diskriminacijom, hrvatski pravni okvir u načelu usklađen s EU pravnom stećevinom. Ono gdje je europsko rješenje možda jasnije od rješenja koje nalazimo kod nas, je naglasak na uvjetu razuvjeravajućeg učinka naknade štete. Drugim riječima, kada nacionalni sudovi odlučuju o visini naknade štete njihova odluka mora težiti tome da razuvjeri tog konkretnog, ali i ostale poslodavce od budućih diskriminativnih postupaka (Predmet 14/83 Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen).

U tom smislu, bez obzira što ništa u hrvatskim zakonskim rješenjima ne sprečava sudove da pri odlučivanju o visini naknade štete nastale diskriminacijom uzimaju u obzir i važnost razuvjeravajućeg učinka, bilo bi korisno kada bi novi ZRS izričito odredio da odluka o visini naknade štete mora biti razmjerna pretrpljenoj šteti, ali i razuvjeravajuća po poslodavce.



PREKRŠAJNE KAZNE

Zakon o radu je uz mogućnost naknade štete za određeni broj slučajeva propisao i prijetnju prekršajne kazne:

ČLANAK 247.

(1) *Novčanom kaznom od 31.000,00 do 60.000,00 kuna kaznit će se za prekršaj poslodavac pravna osoba:*

5. ako ne imenuje osobu koja je osim njega ovlaštena primati i rješavati pritužbe vezane za zaštitu dostojanstva radnika ili ako otkrije podatke utvrđene u postupku rješavanja pritužba (članak 30. stavci 5. i 10.),

13. ako traži podatke o trudnoći žene ili uputi drugu osobu da traži takve podatke, osim ako žena osobno zahtijeva određeno pravo predviđeno zakonom ili drugim propisom radi zaštite trudnica (članak 64. stavak 2.),

ČLANAK 248.

(1) *Novčanom kaznom od 61.000,00 do 100.000,00 kuna kaznit će se za prekršaj poslodavac pravna osoba:*

18. ako trudnici, majci s djetetom do tri godine starosti ili samohranom roditelju s djetetom do šest godina starosti, bez njegovoga pisanog pristanka, naredi prekovremeni rad (članak 41. stavak 6.),

21. ako trudnici, majci s djetetom do tri godine starosti ili samohranom roditelju s djetetom do šest godina starosti, bez njegovoga pisanog pristanka, naredi rad u preraspodijeljenom punom radnom vremenu (članak 43. stavak 8.),

29. ako zbog trudnoće odbije zaposliti ženu, otkaže joj ugovor o radu ili je, suprotno odredbama ovoga Zakona, premjesti na druge poslove (članak 64. stavak 1.),

30. ako majci ili ocu djeteta ne omogući korištenje rodiljnog dopusta ili rad u skraćenom radnom vremenu pod uvjetima propisanima ovim Zakonom (članci 66. i 67.),

38. ako radnika ne primi na rad nakon prestanka korištenja prava na rodiljni dopust, posvojiteljski dopust ili prava na mirovanje ugovora o radu do treće godine života djeteta ili mu ne ponudi sklapanje ugovora o radu za obavljanje drugih odgovarajućih poslova (članak 76. stavci 2. i 3.),

39. ako za vrijeme trudnoće, korištenja rodiljnog dopusta, korištenja prava na rad u skraćenom radnom vremenu roditelja, odnosno posvojitelja, korištenje posvojiteljskog dopusta i dopusta za njegu djeteta s težim smetnjama u razvoju, otkaže trudnici, odnosno osobi koja se koristi nekim od spomenutih prava (članak 77. stavak 1.),

Ono što se odmah može primijetiti iz navedenih odredbi je da nema mogućnosti prekršajne prijave za klasične oblike izravne diskriminacije temeljem spola. Takvo što nije suprotno pravnoj stečevini EU, ali pridonijelo bi gore navedenom uvjetu razuvjerjavajućeg učinka. Posebna je šteta što prekršajna kazna nije predviđena za slučajeve spolnog uznemiravanja.

Također, treba primijetiti da su prekršajne odredbe jednim dijelom i suprotne pravnoj stečevini EU. To se odnosi na dio odredaba koje daju mogućnost prekršajne prijave majkama s djetetom do tri godine starosti, a istu zaštitu ne pruža očevima u sličnoj poziciji.

ZAKLJUČCI I PREPORUKE

Glavni zaključci:

- Hrvatski pravni okvir u načelu na zadovoljavajući način pruža mogućnost učinkovite zaštite prava na jednako postupanje.
- U pogledu mogućnosti prebacivanja tereta dokaza u predmetima koji se odnose na diskriminaciju na tržištu rada, hrvatski pravni okvir ima zadovoljavajuće zakonodavno rješenje i usklađen je u tom pogledu s pravnom stečevinom EU. No, konačna ocjena usklađenosti ovisit će o hrvatskim sudovima i načinu na koji će u praksi primjenjivati taj instrument.



- Hrvatski pravni okvir ne omogućava prebacivanje tereta dokaza u predmetima koji se odnose na diskriminaciju temeljem spola u tržišnim odnosima ponude usluga i dobara. U tom smislu, hrvatski pravni okvir zaštite nije usklađen s pravnom stečevinom EU.
- Hrvatski pravni okvir na zadovoljavajući način pruža mogućnost učinkovite naknade štete nastale diskriminacijom na temelju spola i usklađen je u tom pogledu s pravnom stečevinom EU. No, konačna ocjena usklađenosti ovisiće o hrvatskim sudovima i načinu na koji će u praksi određivati naknadu štete temeljem diskriminacije.
- Prekršajne odredbe u ZR-u nisu u potpunosti usklađene s pravnom stečevinom EU.

Preporuke:

Pri izradi novog ZRS-a bilo bi korisno u obzir uzeti slijedeće:

1. Uz ZR i novi ZRS bi trebao sadržavati odredbu o prebacivanju tereta dokaza. U tom smislu bilo bi korisno kada bi ZRS:
 - Uz definiciju koja bi bila jednaka onoj u ZR-u izričito propisao i svrhu instrumenta prebacivanja tereta dokaza.
 - Naveo primjere činjenica koje bi opravdavale sumnju da je moglo doći do diskriminacije.
 - Propisao da se obveza prebacivanja tereta dokaza odnosi i na slučajevе diskriminacije temeljem spola u tržišnim odnosima ponude usluga i dobara.
 - Naglasio da pri primjeni ovog instrumenta hrvatski sudovi imaju u obzir uzimati i praksu Europskog suda pravde.
2. U pogledu naknade štete nastale diskriminacijom, bilo bi korisno kada bi ZRS izričito naglasio da se u odlučivanju o visini naknade štete posebna važnost ima dati uvjetu razuvjerjavajućeg učinka na poslodavce. ZRS bi isto tako trebao naglasiti da pri odlučivanju o naknadi štete nastale diskriminacijom hrvatski sudovi imaju u obzir uzimati i praksu Europskog suda pravde.

