

Pravo u području ravnopravnosti spolova u praksi

Priručnik za suce/sutkinje, sudske savjetnike/ce i odvjetnike/ce

Dieter Schindlauer, Domagoj Franjo Frntić i Julia Planitzer

uz doprinose Slavice Garac, Doris Obereder i Mike Lempinena

Izdavač:

Ured za ravnopravnost spolova, Vlada Republike Hrvatske, Mesnička 23, Zagreb
Institut za zdravstvo i socijalnu skrb Republike Finske, Mannerheimintie 166, Helsinki

Za izdavača:

mr.sc. Helena Štimac Radin
Hannele Varsa

Autori/ce:

Dieter Schindlauer, Domagoj Franjo Frntić i Julia Planitzer, Slavica Garac, Doris Obereder i Miko Lempinen

Prijevod:

Apostrof d.o.o.

Priprema i tisak:

Tiskara Zelina

Naklada:

150 primjeraka

Zagreb, lipanj 2017.

CIP zapis dostupan u računalnom katalogu Nacionalne i sveučilišne knjižnice u Zagrebu pod brojem 000968058.

ISBN 978-953-7574-34-5

Twinning

Twinning je instrument kojeg je inicirala Europska komisija 1998. godine, zamišljen je kao ciljana administrativna suradnja kako bi se pomoglo zemljama korisnicama u procesu učvršćivanja administrativnih i pravosudnih kapaciteta u svrhu provedbe zakonodavstva Zajednice (pravna stečevina). Osnovni cilj twinning projekata je pomoći zemljama korisnicama u razvoju moderne i učinkovite administracije, fokusirajući se pritom na strukturu, ljudske resurse i upravljačke vještine nužne za usklađivanje domaćeg zakonodavstva s pravnom stečevinom EU-a (acquis).

Opća poruka EU

Europsku uniju čini 28 zemalja članica koje su odlučile postupno povezivati svoja znanja, resurse i sudbine. Zajednički su, tijekom razdoblja proširenja u trajanju od 50 godina, izgradile zonu stabilnosti, demokracije i održivog razvoja, zadržavajući pritom kulturalnu raznolikost, toleranciju i osobne slobode. Europska unija posvećena je dijeljenju svojih postignuća i svojih vrijednosti sa zemljama i narodima izvan svojih granica.

Prijelazni instrument

Prijelazni instrument (Transition Facility) – je priremeni instrument namijenjen novim državama članicama EU u prvim godinama članstva kao pomoć u financiranju mjera za razvoj i jačanje nacionalnih, administrativnih i pravosudnih sposobnosti za provedbu i primjenu zakonodavstva Europske unije. Prijelazni instrument je usmjeren ka nastavku podrške Republici Hrvatskoj u njenim nastojanjima za daljnjim razvojem i jačanjem nacionalnih administrativnih i pravosudnih kapaciteta za provedbu i primjenu prava Europske unije, kao i promicanju razmjene najbolje prakse kroz aktivnosti koje ne mogu biti financirane iz Strukturnih fondova. Nadalje, cilj programa je nastavak pružanja pomoći u razvoju pravosuđa, temeljnih prava i unutarnjih poslova te reforme javne uprave.

Ova publikacija izrađena je uz pomoć Europske unije.

Sadržaj ove publikacije isključiva je odgovornost Ureda za ravnopravnost spolova Vlade Republike Hrvatske i Instituta za zdravstvo i socijalnu skrb Republike Finske te ne odražava nužno gledišta Europske unije.

Sadržaj

1. Uvod.....	6
2. Metodološki pristup.....	6
3. Pregled uređenja zaštite ravnopravnosti spolova i antidiskriminacijskog prava u Republici Hrvatskoj.....	7
3. Primjer predmeta I (trudnoća, otkaz i ugovor na određeno vrijeme).....	11
Dosje X.....	11
Glavna pitanja i srodna načela prava u području ravnopravnosti spolova koja treba uočiti u predmetu br. I.....	12
Što je izravna diskriminacija?.....	12
Zakonska definicija iz pravnih temelja EU-a.....	12
Zakonska zabrana ovakve diskriminacije u Direktivi EU-a.....	12
Glavni elementi izravne diskriminacije.....	13
Moguće opravdanje izravne diskriminacije.....	14
Utječe li vrsta ugovora o radu na područje primjene zaštite od diskriminacije?.....	15
Na kome je teret dokazivanja u diskriminacijskim predmetima?.....	15
Prijenos tereta dokazivanja.....	15
Glavni postupovni koraci.....	16
Kad imamo <i>prima facie</i> predmet?.....	16
U svezi s pitanjima iz ovoga predmeta - primjer rješenja predmeta br. I.....	17
4. Primjer predmeta II (robe i usluge).....	19
Frizerski salon.....	19
Glavna pitanja i srodna načela prava u području ravnopravnosti spolova koja treba uočiti u predmetu br. II.....	19
Koje je područje primjene zaštite od diskriminacije na temelju spola u području pristupa robama i uslugama odnosno nabave roba i pružanja usluga?.....	20
Zakonska definicija iz pravnih temelja EU-a.....	20
Mjerodavna sudska praksa.....	20
Što je neizravna diskriminacija?.....	22
Glavni elementi neizravne diskriminacije.....	23
Moguće opravdanje neizravne diskriminacije.....	23
U svezi s pitanjima iz ovog predmeta - primjer rješenja predmeta br. II.....	24
Za razmišljanje: Drugi primjeri politika određivanja cijena prema spolu.....	26
5. Primjer predmeta III (spolno uznemiravanje, viktimizacija).....	27
Neželjeno.....	27
Glavna pitanja i srodna načela prava u području ravnopravnosti spolova koja treba uočiti u predmetu br. III.....	28

Što je to (spolno) uznemiravanje?	28
Zakonske definicije	29
Glavni elementi (spolnog) uznemiravanja.....	30
Što je to viktimizacija?	31
Zakonske definicije.....	32
Glavni elementi viktimizacije:	33
U svezi s pitanjima iz ovog predmeta - primjer rješenja predmeta br. III.....	33
6. Primjer predmeta IV (diskriminacija u plaćama i rodiljnom dopustu)	37
Domaćica u zrakoplovu	37
Glavna pitanja i srodna načela prava u području ravnopravnosti spolova koja treba uočiti u predmetu br. IV	37
Zakonske definicije.....	38
U svezi s pitanjima iz ovog predmeta - primjer rješenja predmeta br. IV.....	38
7. Ekskurs: Osnovna ključna načela Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena.....	40

1. PREDGOVOR

Priručnik je napisan 2017. godine u okviru EU Twinning projekta "Podrška ravnopravnosti spolova" koji su Ured za ravnopravnost spolova Vlade Republike Hrvatske i Institut za zdravstvo i socijalnu skrb Republike Finske provodili u razdoblju od svibnja 2016. do kolovoza 2017. godine. Glavni cilj projekta je razvoj institucionalnih kapaciteta za koordiniranu provedbu, praćenje i vrednovanje nacionalnih i međunarodnih načela ravnopravnosti spolova te podizanje razine svijesti i povjerenja javnosti u sposobnost Republike Hrvatske da zaštiti građanke i građane od diskriminacije na osnovi spola.

Svrha ovog priručnika je informirati suce/sutkinje, odvjetnike/ce, pravnike/ce i sve ostale koji ga mogu koristiti u radu, o nacionalnom zakonodavstvu i EU propisima. Sastoji se od kratkog pregleda uređenja zaštite ravnopravnosti spolova i antidiskriminacijskog prava u Republici Hrvatskoj te analize četiri studije slučaja koje uključuju i definicije, glavna pitanja i srodna načela ravnopravnosti spolova. Nadamo se da će priručnik pomoći svakom zainteresiranom te da će se koristiti u budućoj praksi sudova, kao i projekata i programa za ravnopravnost spolova.

Zahvaljujemo sudionicima u provedbi edukacije za suce/sutkinje koja je služila kao osnova za izradu priručnika i svima koji su bili uključeni u izradu priručnika, osobito Pravosudnoj akademiji koja će nastaviti dobru praksu te objaviti priručnik na svojoj web-stranici.

Ravnopravnost je temelj europskih politika i od ključne je važnosti za daljnji razvoj društva te ga je potrebno primjenjivati na sve aspekte života. Dobre strateške promjene koje ističu prioritete u području ravnopravnosti spolova dio su Vladinog programa za razdoblje 2016.-2020. U poglavlju koje se odnosi na ravnopravnost spolova, program naglašava važnost smanjenja nejednakosti na tržištu rada, zaštite žrtava nasilja u obitelji, podrške ženama u politici, gospodarstvu i drugim područjima života, te pomoći pri usklađivanju obiteljskog i poslovnog života radnika obaju spolova. Ured za ravnopravnost spolova dat će punu podršku naporima Vlade za promicanje ravnopravnosti spolova u svim politikama.

Vjerujemo da je ravnopravnost spolova bitna za svako društvo i buduće naraštaje te da trebamo učiniti sve što je u našoj moći da ju ostvarimo.

Voditelji projekta:



Helena Štimac Radin, v.d. ravnateljice
Ured za ravnopravnost spolova
Hrvatska



Simo Mannila, viši savjetnik
Institut za zdravstvo i socijalnu skrb,
Finska

2. UVOD

Ovaj se priručnik temelji na iskustvima prikupljenima tijekom tri kruga stručnog usavršavanja sudaca i sudskih savjetnika, održanih u Zagrebu tijekom veljače i ožujka 2017. godine. Stručna usavršavanja provedena su u tijesnoj suradnji s hrvatskom Pravosudnom akademijom a povratne reakcije bile su vrlo pozitivne.

Svrha ovoga priručnika je da podsjeti na temeljna načela prava u području ravnopravnosti spolova koja su ugrađena u različite europske direktive kao i u hrvatsko zakonodavstvo. Priručnik sadrži pojašnjenja tih pojmova koja je već dao Sud Europske unije te naglašava neka pitanja koja još nisu razmatrali sudovi na europskoj razini, ali se na predvidljiv način pojavljuju.

3. METODOLOŠKI PRISTUP

Ovaj priručnik u svom pristupu nastoji ne biti previše teorijski, već mu je cilj da sucima/sutknjama, sudskim savjetnicima/cama i odvjetnicima pruži jednostavne i jasne smjernice. Stoga su u njemu sadržana četiri hipotetska predmeta, osmišljena po uzoru na neke stvarne predmete s europske ili nacionalne razine. Ti predmeti otvaraju određena pravna pitanja koja se tiču osnovnih načela prava u području ravnopravnosti spolova. Svaki od predmeta služi kao početna točka za razmatranje tih načela. Rješavajući hipotetske predmete – korak po korak – čitatelji i sudionici na seminarima uvježbat će osnovna znanja i bit će spremni djelovati na temelju tih znanja kad se slični predmeti pojave pred njihovim sudom.

Priručnik ne nastoji na sveobuhvatan način prikazati europsku pravnu stečevinu u području ravnopravnosti spolova, već se usredotočuje na osnovna načela na kojima se ta pravna stečevina zasniva, a koja predstavljaju temelj za razumijevanje srži ovoga problema, i na taj način poučava korisnike/ice kako da razmišljaju u okvirima posebne logike antidiskriminacijskog zakonodavstva i zakonodavstva u području ravnopravnosti spolova, te sudske prakse.

Općenito govoreći, svrha ovoga priručnika je dvojaka: s jedne strane, može se upotrijebiti kao izvor za samousavršavanje, pri čemu ga se može jednostavno pročitati i nastojati riješiti predmete koji su u njemu sadržani. S druge strane, može se iskoristiti i kao temeljni priručnik za instruktore koji provode interaktivne seminare za suce/sutkinje, sudske savjetnike/ce i odvjetnike/ce.

KRATKI PREGLED UREĐENJA ZAŠTITE RAVNOPRAVNOSTI SPOLOVA I ANTIDISKRIMINACIJSKOG PRAVA U REPUBLICI HRVATSKOJ

1. UVODNE NAPOMENE

Sklapanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju iz 2001. Republika Hrvatska obvezala se na usklađivanje svog zakonodavstva s propisima Europske unije, a time i s propisima s područja spolne i rodne ravnopravnosti te suzbijanja diskriminacije općenito, što je u daljnjem razdoblju i dovelo do značajnih promjena u zakonskoj sferi s tog područja.

Naime, kako je zaštita od diskriminacije te ravnopravnost spolova jedan od prioriteta u modernim pravnim porecima, to i Republika Hrvatska posvećuje posebnu pažnju navedenom, osobito od kada je (2009., u sklopu spomenutog prihvaćanja tzv. Pravne stečevine Europske unije) stupio na snagu tzv. paket antidiskriminacijskog zakonodavstva, među kojim propisima najistaknutije mjesto, uz Zakon o suzbijanju diskriminacije, ima i Zakon o ravnopravnosti spolova.

Zakon o suzbijanju diskriminacije usvojen je u Hrvatskome saboru 9. svibnja 2008. te objavljen u Narodnim novinama (službeni glasnik), broj 85/2008, od 21. svibnja 2008., i

u primjeni je od 1. siječnja 2009.. Predmetni Zakon, kao opći zakon antidiskriminacijske zaštite (no, koji uključuje i zaštitu od diskriminacije s osnova spola i roda), svojim sveobuhvatnim pristupom i usklađivanjem pojedinih instituta, na jedinstven način je uredio problematiku suzbijanja diskriminacije, s obzirom da do donošenja Zakona Republika Hrvatska nije imala cjeloviti propis koji bi na jedinstven način uređivao problematiku suzbijanja diskriminacije te su pojedini zakoni u svom sadržaju uključivali antidiskriminacijske odredbe, o čemu će biti riječi naknadno.

S obzirom na postojanje određenih primjedbi i komentara, osobito od strane Europske komisije, a koji su izneseni nakon praćenja primjene Zakona o suzbijanju diskriminacije, naknadno se pristupilo i donošenju izmjena i dopuna Zakona o suzbijanju diskriminacije¹ radi dodatnog usklađivanja s odgovarajućom pravnom stečevinom Europske unije.

Donošenje Zakona o suzbijanju diskriminacije smatra se iskorakom u području suzbijanja diskriminacije, a osobito u odnosu na unesene *osnove diskriminacije* koje nadilaze međunarodne standarde na ovom području, s tim da je zaštita prava na spolnu i rodnu ravnopravnost, zbog svojeg značaja, osigurana i posebnim propisom tj. Zakonom o ravnopravnosti spolova.

Navedeni Zakon također je donijet tijekom 2008. (zakon tog sadržaja bio je donesen još 2003., no naknadno ga je ukinuo Ustavni sud Republike Hrvatske, iz razloga što nije izglasan potrebnom većinom glasova za tu vrstu propisa) te je objavljen u Narodnim novinama 82/08, s početkom primjene od 1. siječnja 2009.

Citirani Zakon predstavlja temeljni akt koji je u cijelosti posvećen zaštiti i promoviranju spolne i rodne ravnopravnosti, budući da su u istom utvrđene općenite osnove za zaštitu i promicanje ravnopravnosti spolova te su određeni i uređeni načini zaštite od diskriminacije na temelju spola i stvaranje jednakih mogućnosti za *žene i muškarce*, na način da se zabranjuje izravna i neizravna diskriminacija, uznemiravanje i spolno uznemiravanje, a zabranjuje se i diskriminacija na temelju bračnog i obiteljskog statusa te diskriminacija na temelju spolne orijentacije.

Kako je tijekom vremena primijećeno da pojedine odredbe, osobito vezano za zaštitu od viktimizacije, traže doradu, to se pristupilo donošenju potrebnih izmjena i dopuna Zakona, i koja zakonodavna procedura je u tijeku.

2. DRUGI IZVORI ANTIDISKRIMINACIJSKOG PRAVA

Mada su, kako je naprijed rečeno, sada važeći propisi iz područja antidiskriminacijske zaštite te ravnopravnosti spolova donijeti tijekom 2008., sama ravnopravnost spolova te zabrana diskriminacije nisu bile novost u pravnom poretku Republike Hrvatske. Naime, Ustav Republike Hrvatske² te brojni zakoni koji su dio pravnog poretka također su izvori hrvatskog antidiskriminacijskog prava (i međunarodno pravo tj. međunarodni ugovori u

1 Narodne novine, 112/12

2 Narodne novine, 56/90 i dr.

širem smislu predstavljaju izvore prava, no nisu predmet razmatranja ovom prilikom).

Pritom valja ukazati da su ravnopravnost spolova te zabrana diskriminacije u pravnom sustavu Republike Hrvatske ustavne kategorije, budući da su u čl. 3 Ustava Republike Hrvatske propisane najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske, i jedna od kojih je jednakost, a to su i nacionalna ravnopravnosti te ravnopravnost spolova. Nadalje, Ustav Republike Hrvatske u svom čl. 14 zabranjuje diskriminaciju proglašavajući da svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode neovisno o svojoj rasi, boji kože, *spolu*, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama.

Nadalje, za istaknuti je da se hrvatsko antidiskriminacijsko zakonodavstvo do donošenja Zakona o suzbijanju diskriminacije te Zakona o ravnopravnosti spolova (iz 2008.) sastojalo od većeg broja zakona koji sadrže antidiskriminacijske odredbe, uključujući i pravo na ravnopravnost spolova te zaštitu od spolne diskriminacije, među kojima su značajniji npr. Zakon o radu³, Zakon o istospolnim zajednicama⁴, Zakon o državnim službenicima⁵ te Kazneni zakon⁶, kao također i Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina⁷ (koji po svojoj prirodi ne uključuje i zaštitu od spolne i rodne diskriminacije), i koji propisi su većinom i dalje na snazi.

Tako npr. Zakon o istospolnim zajednicama, kojim se uređuje postojanje i pravni učinci postojanja istospolnih zajednica, zabranjuje diskriminaciju na temelju spolne orijentacije, pri čemu se zabranjuje izravna i neizravna diskriminacija te poticanje na diskriminaciju na osnovi istospolne zajednice i homoseksualne orijentacije.

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

Kazneni zakon važeći u vrijeme donošenja Zakona o suzbijanju diskriminacije i Zakona o ravnopravnosti spolova zabranjivao je zločin iz mržnje te je propisivao posebna kaznena djela vezana za rasnu i drugu diskriminaciju te povredu ravnopravnosti građana, na način da se određuje kažnjavanje onog tko na temelju razlike u rasi, vjeri, jeziku, političkom ili drugom uvjerenju, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama, *spolu*, boji kože, nacionalnosti ili etničkom podrijetlu, krši temeljna ljudska

3 Narodne novine, 38/95 i dr.

4 Narodne novine, 116/03

5 Narodne novine, 92/05 i dr.

6 Narodne novine, 110/97 i dr.

7 Narodne novine, 155/02

prava i slobode priznate od međunarodne zajednice, s tim da se inkriminira i govor mržnje. Propisano je i kažnjavanje onog tko na temelju razlike u rasi, boji kože, *spolu*, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama, ili zbog pripadnosti etničkom i nacionalnoj zajednici ili manjini u Republici Hrvatskoj, uskratiti ili ograničiti slobodu ili pravo čovjeka i građanina utvrđeno Ustavom, zakonom ili drugim propisom, ili koji na temelju te razlike ili pripadnosti daje građanima povlastice ili pogodnosti. Uz navedeno, u Republici Hrvatskoj postoji i mogućnost prekršajne odgovornosti u slučaju povrede pojedinih normi čija je uloga antidiskriminacijska zaštita, odnosno zaštita spolne i rodne ravnopravnosti.

Konačno, i ranije važećim *Zakonom o radu* bila je uređena zabrana diskriminacije na području rada i radnih odnosa, kao i ravnopravnost spolova u tom području, no što je u glavnini napušteno u sada važećem Zakonu (Narodne novine, 93/14), upravo iz razloga što je predmetna materija detaljno uređena zakonima iz spominjanog „paketa“ iz 2008., a koji osiguravaju zaštitu i u odnosu na radne odnose.

Zaključno, za navesti je da se, osim u ranije pobrojanim Zakonima, odredbe kojima se zabranjuje diskriminatorno postupanje, odnosno kojima se jamči jednako postupanje u odnosu na spolove, ili se pak dodatno uređuju pojedina pitanja s tim u vezi, nalaze u većem broju zakona, kao što su i Zakon o službi u oružanim snagama u Republici Hrvatskoj, Zakon o obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi, Zakon o mirovinskom osiguranju, Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom, Zakon o roditeljskim potporama, Zakon o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji, Zakon o nasljeđivanju, Obiteljski zakon, Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji, Zakon o doplatku za djecu, Zakon o socijalnoj skrbi, Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju, Zakon o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju, Zakon o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme zaposlenosti, Zakon o zdravstvenom osiguranju zaštite zdravlja na radu, i dr.

Na kraju, ukazuje se da je cilj ovog priručnika, prvenstveno putem ponuđenih primjera, olakšati primjenu europskog prava koje uređuje pitanje ravnopravnosti spolova i zaštitu od diskriminacije, kroz usporedbu s odgovarajućim normama domaćeg prava, osobito s odredbama Zakona o ravnopravnosti spolova i Zakona o suzbijanju diskriminacije, kao i drugih relevantnih propisa, i koje zakone također valja interpretirati u kontekstu europskih normi, koje su u bitnome i ugrađene u domaće propise.

4. PRIMJER PREDMETA I (TRUDNOĆA, OTKAZ I UGOVOR NA ODREĐENO VRIJEME)

DOSJE X

Gospođa X učiteljica je s ugovorom na određeno vrijeme. Budući da je gđa X zadovoljila na svom radnom mjestu, ona svake godine krajem prosinca dobiva ugovor o radu za razdoblje od jedne kalendarske godine koji se već pet godina produljuje automatski, bez objave natječaja. Razlog što gđa X dobiva ugovore na određeno vrijeme leži u činjenici da je osoba stalno zaposlena na tom radnom mjestu na nekoliko uzastopnih roditeljskih i roditeljskih dopusta.

Gđa X ostala je u drugom stanju. U listopadu 2016. godine obavijestila je poslodavca o trudnoći. Njezin roditeljski dopust treba početi 1. veljače 2017.

Početak prosinca 2016., poslodavac je obavijestio gđu X da se njezin ugovor o radu neće automatski produljiti već je objavljen otvoreni natječaj za ugovor o radu na određeno vrijeme od godine dana. Opis radnoga mjesta za novi ugovor o radu na određeno vrijeme jednak je opisu radnoga mjesta na kojem je gđa X radila proteklih šest godina. Gđa X javila se na natječaj.

Gđa X nije dobila posao. Poslodavac ju je obavijestio da je razlog taj što će ona biti na roditeljskom dopustu od 1. veljače 2017., pa bi slijedom toga mogla raditi samo mjesec dana. Novi ugovor na određeno vrijeme dobila je žena koja ima slično radno iskustvo kao i gđa X. Gđa X podnijela je pritužbu u kojoj je navela da je diskriminirana na temelju spola.

1. Može li gđa X podnijeti pritužbu zbog diskriminacije na temelju spola iako je posao dobila druga žena?
2. Može li gđa X vjerodostojno ustvrditi da je diskriminirana zbog neproduljenja ugovora o radu na određeno vrijeme? Ima li gđa X pravo na produljenje ugovora o radu na određeno vrijeme?
3. Može li poslodavac svoje postupanje temeljiti na tvrdnji da gđa X nije dobila posao zato što bi svoju zadaću održavanja nastave mogla ispunjavati samo mjesec dana prije početka roditeljskog dopusta?
4. Čini li neku razliku činjenica da je poslodavac promijenio način na koji zapošljava djelatnika na ugovor o radu na određeno vrijeme od godine dana?

GLAVNA PITANJA I SRODNA NAČELA PRAVA U PODRUČJU RAVNOPRAVNOSTI SPOLOVA KOJA TREBA UOČITI U PREDMETU BR. I

- Je li riječ o predmetu **izravne diskriminacije**?
- Jesu li **trudnoća i majčinstvo** posebni temelji za zaštitu od diskriminacije?
- Što je “**usporediva situacija**”?
- Postoji li mogućnost da poslodavac **opravda razliku u postupanju**?
- Je li važno da je odnos s poslodavcem bio **na određeno vrijeme**?
- Kako se u ovom predmetu na stranke dijeli **teret dokazivanja**?

ŠTO JE IZRAVNA DISKRIMINACIJA?

ZAKONSKA DEFINICIJA IZ PRAVNIH TEMELJA EU-a

Direktiva 2006/54/EZ - Direktiva o ravnopravnosti spolova (preinaka)

Čl. 2., st. 1., točka a

„izravna diskriminacija“: ako osoba zbog svoga spola ima nepovoljniji tretman nego što ga ima ili bi ga imala druga osoba u usporedivoj situaciji,

Čl. 2., st. 2., točka c

Za potrebe ove Direktive, diskriminacija uključuje: (...) svaki nepovoljniji tretman žene u vezi s trudnoćom ili roditeljskim dopustom u smislu Direktive 92/85/EEZ.

ZAKONSKA ZABRANA OVAKVE DISKRIMINACIJE U DIREKTIVI EU-a

Direktiva 2006/54/EZ - Direktiva o ravnopravnosti spolova (preinaka)

Čl. 14.:

„Zabranjuje se izravna i neizravna diskriminacija na temelju spola u javnom i privatnom sektoru, uključujući javna tijela, s obzirom na:

... uvjete zaposlenja i radne uvjete, uključujući uvjete otkaza, te plaću, kako je predviđeno u članku 141. Ugovora;”

Direktiva 92/85/EEZ - Direktiva o trudnim radnicama

Čl. 10.:

“(1) Države članice poduzimaju potrebne mjere kako bi zabranile otpuštanje radnica u smislu članka 2. tijekom razdoblja od početka njihove trudnoće do kraja roditeljskog dopusta iz članka 8. stavka 1., osim u izvanrednim slučajevima nevezanim za njihovo stanje koje

dopušta nacionalno zakonodavstvo i/ili praksa, pri čemu, prema potrebi, svoj pristanak mora dati nadležno tijelo;

(2) ako radnica u smislu članka 2. bude otpuštena tijekom razdoblja iz točke 1., poslodavac mora pismeno navesti dokazano opravdane razloge za njeno otpuštanje;

(3) države članice poduzimaju potrebne mjere kako bi zaštitile radnice u smislu članka 2. od posljedica otpuštanja koje je nezakonito na temelju točke 1.“

Što se tiče domaćeg prava, za navesti je da Zakon o ravnopravnosti spolova *izravnu diskriminaciju* definira odredbom čl. 7 st. 1, na način da se navodi da je izravna diskriminacija svako postupanje uvjetovano spolom kojim se osoba stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u usporedivoj situaciji.

Također, a vezano za pitanje trudnoće, navodi se da je odredbom čl. 6. st. 2 istog Zakona propisano da se zabranjuje diskriminacija na temelju bračnog i obiteljskog statusa, kao i da se nepovoljnije postupanje prema ženama na osnovi trudnoće i materinstva smatra diskriminacijom.

Navedeno je podudarno i s općenitom odredbom Zakona o radu, koji u čl. 7 st. 4 (uvrštenom među temeljne obveze i prava iz radnog odnosa) propisuje da je zabranjena izravna ili neizravna diskriminacija na području rada i uvjeta rada, uključujući kriterije za odabir i uvjete pri zapošljavanju, napredovanju, profesionalnom usmjeravanju, stručnom osposobljavanju i usavršavanju te prekvalifikaciji, u skladu sa Zakonom o radu, ali i posebnim zakonima.

GLAVNI ELEMENTI IZRAVNE DISKRIMINACIJE:

„**Nepovoljnije postupanje**“ – isključuje opravdanja poput ovoga: „Nisam te diskriminirao, postupam prema tebi normalno, samo sam prema drugoj osobi postupao malo bolje“. Pojam postupanja također podrazumijeva da je potreban **stvarni čin** diskriminacije.

„**Na temelju spola**“ znači da je razlog, motiv ili učinak čina izravno povezan sa spolom dotične osobe. To uključuje i percepciju spola (kada se nekoga greškom smatra pripadnikom drugoga spola i zbog toga ga se diskriminira), a i asocijativnu diskriminaciju (npr. muškog pripadnika feminističke skupine). Ovaj se uvjet može provjeriti primjenom testa „samo zbog“ (eng. *but for*). Ako je istina da se prema osobi nepovoljnije postupalo „**samo zbog njegov/a/njezina** (stvarnog/pretpostavljanog/povezanog) **spola**“, onda smo utvrdili da je do toga došlo „na temelju spola“. Definicija također obuhvaća trudnoću i majčinstvo. To znači da se za diskriminaciju na temelju trudnoće ili majčinstva smatra da se **izravno** temelji na spolu.

„Nego što ga ima ili bi ga imala druga osoba **u usporedivoj situaciji**“ znači da tražimo usporedbu kako bismo utvrdili postoji li razlika u postupanju. Usporedni slučaj može biti stvaran ili hipotetski (argument: ... bi ga imala...). Ako je riječ o **trudnoći**, usporedba **nije potrebna** (budući da muškarci nikada nisu trudni, a žene koje nisu trudne nisu u usporedivoj situaciji).

MOGUĆE OPRAVDANJE IZRAVNE DISKRIMINACIJE

U načelu, **izravna se diskriminacija ne može opravdati**. Ovo pravilo ima samo **dva izuzeća**: pozitivnu diskriminaciju i odredbu o „stvarnom i odlučujućem zahtjevu posla”.

U članku 3., Direktiva 2006/54/EZ dopušta “provođenje ili donošenje mjera (...) s ciljem osiguravanja potpune i stvarne jednakosti muškaraca i žena u poslovnom životu.” Takve **pozitivne mjere** dopuštene su samo ako postoji, i tako dugo dok postoji, situacija u kojoj su pripadnici jednoga spola značajno i često u nepovoljnijem položaju u usporedbi s drugima. Jednom kad se neravnoteža ublaži, pozitivne mjere moraju se prestati primjenjivati.

Posebne mjere, ili pozitivna diskriminacija (akcija) propisane su u hrvatskom pravu odredbom čl. 9. Zakona o ravnopravnosti spolova, te se tako u stavku 1. tog članka određuje da su posebne mjere 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 uskraćeni.

Nadalje (u stavcima 2-4. istog članka) navodi se da se posebne mjere uvode privremeno radi ostvarivanja stvarne ravnopravnosti žena i muškaraca i ne smatraju se diskriminacijom.

Također, mjere usmjerene zaštiti žena, osobito u vezi s trudnoćom i materinstvom, isto se ne smatraju diskriminacijom. Radi osiguranja potpune ravnopravnosti muškaraca i žena u praksi načelo jednakog postupanja ne sprječava zadržavanje ili uvođenje posebnih mjera kako bi se spriječio ili nadoknadio nepovoljniji položaj zbog spola u području dobivanja i nabave roba i pružanja usluga.

U stavku 2. članka 14. Direktive 2006/54/EZ navodi se drugo izuzeće: „(...) različito postupanje (...) koje se temelji na određenom svojstvu vezanom za spol ne predstavlja diskriminaciju ako zbog prirode dotičnog posla ili zbog konteksta u kojem se on obavlja to svojstvo predstavlja **stvaran i odlučujući zahtjev posla**, pod uvjetom da je takvo različito postupanje opravdano legitimnim ciljem i da je dotični zahtjev razmjern.” Ovo se izuzeće mora **tumačiti usko** i ne smije ni na koji način narušiti načelo zabrane diskriminacije. Tipični primjeri (iako se ni s njima ne slažu svi) proizlaze iz zapošljavanja isključivo djelatnica u posebnim skloništima za žene žrtve obiteljskog ili seksualnog nasilja, iz područja scenske umjetnosti (kazališta, filma, fotografije) te reklama kada se traže glumci ili glumice, odnosno manekeni određenoga spola. Ovo izuzeće može se primijeniti i u području religijske službe za vjerske ili crkve zajednice, gdje na takvim mjestima često mogu raditi samo muškarci. Na europskoj razini još nema dovoljno mjerodavne sudske prakse koja bi nam pružila jasniju sliku stvarnog područja primjene ovoga izuzeća.

Predmetna problematika je uređena i u hrvatskim propisima, konkretno u Zakonu o suzbijanju diskriminacije, te je tako u čl. 9 st. 2 t. 4 navedeno da se ne smatra diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj, u odnosu na određeni tj. specifični posao, a kada je priroda posla takva ili se posao obavlja u takvim uvjetima, da karakteristike povezane s nekim od propisanih diskriminacijskih osnova predstavljaju *stvarni i odlučujući uvjet obavljanja posla*, uz dodatni uvjet da je svrha koja se time želi postići *opravdana* i uvjet *odmjeren* (razmjern).

UTJEČE LI VRSTA UGOVORA O RADU NA PODRUČJE PRIMJENE ZAŠTITE OD DISKRIMINACIJE?

Vrlo jasan i odlučan odgovor na ovo pitanje dao je Sud Europske unije: Sud je naglasio da niti Direktiva o trudnim radnicama (92/85/EEZ) niti preinačena Direktiva o ravnopravnosti spolova (2006/54/EZ) ne razlikuju ugovor na neodređeno vrijeme i ugovor na određeno vrijeme. U predmetu *Tele Danmark* (C-109/00), Sud navodi da se zakonodavstvom Zajednice željelo isključiti iz područja primjene tih direktiva ugovore na određeno vrijeme, koji tvore značajan dio radnih odnosa, to bi se izrijealom i učinilo. Stoga je nakon predmeta *Melgar* (C-438/99) i *Tele Danmark* (C-109/00) jasno da su i **radnici koji rade na temelju ugovora na određeno vrijeme obuhvaćeni** odredbama o zabrani diskriminacije na temelju spola ili roda.

NA KOME JE TERET DOKAZIVANJA U DISKRIMINACIJSKIM PREDMETIMA?

PRIENOS TERETA DOKAZIVANJA

Odredba čl. 19. st. 1. preinačene Direktive o ravnopravnosti spolova (2006/54/EZ) uređuje podjelu tereta dokazivanja:

“Države članice poduzimaju potrebne mjere u okviru svojih pravosudnih sustava kako bi osigurale da, kad osobe koje se smatraju oštećenima zbog neprimjenjivanja načela jednakog postupanja pred sudom ili drugim nadležnim tijelom **utvrde činjenice** iz kojih se može **pretpostaviti** da je došlo do izravne ili neizravne diskriminacije, **teret dokaza nepostojanja povrede** načela jednakog postupanja bude **na tuženiku.**”

Teret dokazivanja (odnosno prijenos tereta dokazivanja) u hrvatskom antidiskriminacijskom pravu propisan je prvenstveno odredbom članka 20. Zakona o suzbijanju diskriminacije, na način da je, sukladno naprijed navedenoj Direktivi, uređeno da ako stranka u sudskom ili drugom postupku (npr. upravnom postupku) tvrdi da je povrijeđeno njezino pravo na jednako postupanje, dužna je učiniti vjerojatnim da je došlo do diskriminacije (prima facie princip). U tom slučaju tj. nakon toga, teret dokazivanja da nije bilo diskriminacije leži na protivnoj stranci (prijenos tereta dokazivanja temelji se prvenstveno na okolnosti da je aplikantu/ici tj. tražitelju/ici otežan pristup potrebnim dokazima, npr. dokumentaciji, koja je u pravilu u posjedu tužene strane).

Pri tom se navedeno ne primjenjuje u prekršajnom i kaznenom postupku, budući da je prima facie princip u suprotnosti s institutom *in dubio pro reo*.

I naš Zakon o radu uređuje pitanje tereta dokazivanja, na način da je odredbom članka 135. st. 1. doduše propisano (opće) pravilo o teretu dokazivanja, tj. da relevantnu činjenicu dokazuje osoba koja smatra da joj je neko pravo iz radnog odnosa povrijeđeno, odnosno ona koja pokreće spor, no osim ako samim Zakonom o radu ili *drugim zakonom nije drukčije uređeno*, a što je upravo slučaj u parnicama vezanim za diskriminaciju.

Potreban prijenos tereta dokazivanja razradio je Sud Europske unije u predmetima *Danfoss* (C-109/88) i *Enderby* (C-127/92), a temelji se na načelu učinkovitosti: na vrlo praktičnoj činjenici da je tužitelju/ici obično nemoguće dokazati stvarnu činjeničnu

osnovu ili kriterije koji su primijenjeni kako bi se došlo do osporavane (manje povoljne) odluke u predmetima koji se odnose na diskriminaciju. Često su sve mjerodavne činjenice poznate samo tuženiku (poslodavcu). Takav prijenos ne treba primjenjivati na postupke u kojima sud ili nadležno tijelo trebaju istražiti činjenice samoga predmeta. To uključuje i inkvizitorne postupke i kaznene predmete.

GLAVNI POSTUPOVNI KORACI

Tužitelj/ica mora dokazati neke primarne činjenice kako bi se utvrdilo postojanje *prima facie* predmeta.

1. Sud mora procijeniti činjenice i izjaviti da su one prikladne i dovoljno značajne da se može pretpostaviti da je došlo do diskriminacije.
2. Ako su ispunjeni 1. i 2. uvjet, teret dokazivanja prenosi se na tuženika. Sad tuženik mora ponuditi odgovarajuće objašnjenje i dokaz da spol nije bio ni na koji način uključen u razloge osporavanog postupanja.
3. Ako tuženik ne uspije ostvariti točku 3., sud mora utvrditi da je došlo do nezakonite diskriminacije.

KAD IMAMO *prima facie* PREDMET?

U praksi nije uvijek lako utvrditi kada se teret dokazivanja može prenijeti. Pojam *prima facie* predmeta uveden je kako bi zaštita od diskriminacije bila učinkovitija. Glavno je pitanje trenutak u kojem „izgleda kao da je riječ o diskriminaciji“, pa sudac može **pretpostaviti** da je došlo do diskriminacije. To je pomalo kao poznati „test za patku“ kojega je najbolje protumačio Douglas Adams: *Ako izgleda kao patka, i kvače kao patka, moramo barem razmotriti mogućnost da pred sobom imamo malu vodenu pticu iz porodice Anatidae*⁸.

Prilično je jasno da tužitelj/ica mora imati više dokaza u predmetu koji se tiče diskriminacije prilikom zapošljavanja od jednostavne činjenice da nije dobio posao i da osjeća da bi se odluka mogla temeljiti na spolu. Znači, teret dokazivanja ne prenosi se samo zato što je došlo do razlike u postupanju i što postoji razlika u spolu. Mora postojati i dodatna činjenica koja **ne dokazuje** da je došlo do diskriminacije, **ali podupire pretpostavku** da je došlo do diskriminacije.

Primjerice, tužitelj/ica može iskoristiti **činjenice** kao što su statistički podaci (omjer muških i ženskih zaposlenika), njegova vlastita kvalifikacija koja odgovara objavljenim uvjetima za to radno mjesto, rezultati situacijskog testiranja, način na koji je sročena natječaj za radno mjesto, prethodni slučajevi diskriminacije, nepoštivanje standardnih pravila, itd.

U svojoj presudi u predmetu Meister (C-415/10), Sud Europske unije naveo je da, iako Direktiva 2006/54/EZ **ne daje pravo** radniku koji s odgovarajućom vjerojatnošću tvrdi da ispunjava uvjete navedene u natječaju za radno mjesto a čija je molba odbijena da dobije pristup informacijama koje pokazuju je li poslodavac na kraju natječajnoga postupka zaposlio nekog drugog podnositelja molbe, **odbijanje** tuženika **da omogući pristup informacijama** može biti jedna od činjenica koje će se **uzeti u obzir** prilikom utvrđivanja činjenica za **prima facie** predmet.

⁸ Adams, Douglas (1987.), Holistička detektivska agencija Dirka Gentlyja

U SVEZI S PITANJIMA IZ OVOGA PREDMETA - PRIMJER RJEŠENJA PREDMETA BR. I

Nakon što smo prikupili temeljna znanja, vrijeme je da ukratko odgovorimo na pitanja koja smo postavili u ovom predmetu:

- 1) *Može li gđa X podnijeti žalbu zbog diskriminacije na temelju spola iako je posao dobila druga žena?*

Može. Trudna radnica **ne treba se uspoređivati** s drugom osobom. Dovoljno je da pokaže vezu između trudnoće i nepovoljnijeg postupanja. Takva razlika u postupanju smatra se izravnom diskriminacijom na temelju spola.

- 2) *Može li gđa X vjerodostojno ustvrditi da je diskriminirana zbog neproduženja ugovora o radu na određeno vrijeme? Ima li gđa X pravo na produljenje ugovora o radu na određeno vrijeme?*

Može. Ako ugovor o radu na određeno vrijeme nije produljen nakon njegova isteka, to se općenito ne smatra diskriminacijom. Međutim, ako ugovor o radu na određeno vrijeme nije produljen zbog toga što je osoba trudna, onda je riječ o **izravnoj diskriminaciji na temelju spola**. Prema sudskoj praksi Suda Europske unije, otkaz zbog trudnoće predstavlja izravnu diskriminaciju neovisno o vrsti zaposlenja.

Dakle, **gđa X nema pravo na produljenje ugovora o radu na određeno vrijeme kao takvo, ali ima pravo da ne bude diskriminirana prilikom produljenja ugovora.**

- 3) *Može li poslodavac svoje postupanje temeljiti na tvrdnji da gđa X nije dobila posao zato što bi svoju zadaću održavanja nastave mogla ispunjavati samo mjesec dana prije početka rodiljnog dopusta?*

Ne. U predmetu Tele Danmark pred Sudom Europske unije (C-109/00, odlomci 20 i 34), poslodavac je između ostaloga naveo da odlučujući razlog za otkaz tužiteljice nije bila sama trudnoća, već činjenica da nije mogla izvršiti značajan dio ugovora. Međutim, Sud je na tu temu zaključio da se zaštita od diskriminacije proteže i na zaštitu radnice od otkaza na temelju trudnoće, ne samo kad je zaposlena na određeno vrijeme, već i u situaciji u kojoj ona zbog trudnoće nije mogla raditi tijekom značajnoga dijela trajanja tog ugovora.

U ovom slučaju, poslodavac se mogao pokušati pozvati na izuzeće zbog „**stvarnog i odlučujućeg zahtjeva posla**” i tvrditi da mu je trebala osoba koja će moći popuniti to radno mjesto tijekom čitavog predviđenog razdoblja. Kad se provjeri prihvatljivost ovoga izuzeća, smatramo da bi njegov cilj mogao biti legitiman, ali ono ne zadovoljava provjeru razmjernosti, budući da bi na ovaj način čitava ideja zaštite od diskriminacije na temelju trudnoće postala neučinkovita.

4) Čini li neku razliku činjenica da je poslodavac promijenio način na koji zapošljava djelatnika na ugovor o radu na određeno vrijeme od godine dana?

Ugovor na određeno vrijeme koji je imala gđa X automatski je produljen pet puta za redom. Također, gđa X je zadovoljila na svom radnom mjestu. Budući da postoje dobri razlozi da vjerujemo da bi gđa X ponovno dobila ugovor o radu na određeno vrijeme u prosincu 2016. godine da nije bila trudna, poslodavac bi morao dokazati da to nije točno. Dakle, gđa X ima barem **prima facie predmet**, a objašnjenje poslodavca čak i **dokazuje** da je razlog za neproduljenje ugovora uistinu njezina trudnoća.

5. PRIMJER PREDMETA II (ROBA I USLUGE)

FRIZERSKI SALON

Frizerski salon svoje je usluge oglašavao na sljedeći način:

Frizure za dame – uključuju šišanje, posebni šampon, wellness masažu glave, fen frizuru i sav potrošni materijal – 30 eura

Frizure za muškarce – uključuju šišanje, posebni šampon, wellness masažu glave, fen frizuru i sav potrošni materijal – 17,50 eura

Pitanja:

1. Smatrate li da ovakva poslovna politika predstavlja diskriminaciju na temelju spola?

Varijacija:

Frizerski salon svoje je usluge oglašavao na sljedeći način:

Frizura za kratku kosu (do 5 cm duljine kose) – uključuje šišanje, posebni šampon, wellness masažu glave, fen frizuru i sav potrošni materijal – 20 eura

Frizura za dulju kosu (do 15 cm duljine kose) – uključuje šišanje, posebni šampon, wellness masažu glave, fen frizuru i sav potrošni materijal – 35 eura

Frizura za dugačku kosu – uključuje šišanje, posebni šampon, wellness masažu glave, fen frizuru i sav potrošni materijal – 50 eura

1. Vidite li u tome bilo što što upućuje na diskriminaciju na temelju spola?

2. Izravna ili neizravna diskriminacija?

GLAVNA PITANJA I SRODNA NAČELA PRAVA U PODRUČJU RAVNOPRAVNOSTI SPOLOVA KOJA TREBA UOČITI U PREDMETU BR. II

- Je li riječ o **izravnoj diskriminaciji** u području pristupa i nabave robe i pružanja usluga?
- Kad je riječ o varijaciji: Može li to biti primjer **neizravne diskriminacije**?

KOJE JE PODRUČJE PRIMJENE ZAŠTITE OD DISKRIMINACIJE NA TEMELJU SPOLA U PODRUČJU PRISTUPA I NABAVE ROBE I PRUŽANJA USLUGA?

ZAKONSKA DEFINICIJA IZ PRAVNIH TEMELJA EU-A

Direktiva 2004/113/EZ o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu i nabavi robe, odnosno pružanju usluga u pravo EU-a ugradila je načelo jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u području pristupa robama i uslugama odnosno nabave roba i pružanja usluga.

Čl. 3 određuje područje primjene ove direktive na sljedeći način:

1. (...) ova se Direktiva primjenjuje na sve osobe koje se bave **nabavom robe i pružanjem usluga** dostupnih javnosti, bez obzira pripada li dotična osoba javnom ili privatnom sektoru, uključujući tijela javne vlasti, i koje se nude izvan područja privatnog i obiteljskog života i transakcija u tome kontekstu.

2. Ova Direktiva ne dovodi u pitanje slobodu pojedinca da odabere ugovornog partnera, ako se taj odabir pojedinca ne temelji na spolu ugovornog partnera.

(3) Ova se Direktiva ne primjenjuje na sadržaj medija i oglasa niti na obrazovanje.

(4) Ova se Direktiva ne primjenjuje na područje zapošljavanja i rada. Ova se Direktiva ne primjenjuje na područje samozapošljavanja, budući da je ono obuhvaćeno drugih zakonodavnim aktima Zajednice.

Čl. 4. st. 5. navodi da Direktiva ne isključuje razlike u postupanju ako se dostava robe i pružanje usluga isključivo ili prvenstveno osobama jednoga spola opravdava zakonitim ciljem, a sredstva za postizanje tog cilja su prikladna i potrebna.

Čl. 5. st. 1. naglašava ključno načelo, a to je da države članice osiguravaju da ni u jednome novom ugovoru (...), prilikom izračuna premija i davanja u svrhu osiguravajućih i povezanih financijskih usluga, uporaba spola kao čimbenika ne dovede do razlika u pojedinačnim premijama i davanjima.

Vežano za hrvatske pravne izvore, za istaknuti je da područje primjene Zakona o suzbijanju diskriminacije (koji zakon uključuje i zaštitu od diskriminacije na temelju spola) obuhvaća, kako je to propisano odredbom članka 8. t. 8, i pristup dobrima i uslugama te pružanju istih, sukladno prethodno citiranoj Direktivi.

MJERODAVNA SUDSKA PRAKSA

Zasad postoji samo jedna presuda Suda Europske unije o Direktivi 2004/113/EZ, pristup robi i uslugama: **Test-Achats (C-236/09)**.

Sud je morao odlučiti jesu li različite premije osiguranja i davanja pri čemu je spol odlučujući čimbenik u procjeni rizika a na temelju mjerodavnih i točnih aktuarskih i statističkih podataka za muškarce i žene (poglavito u području zdravstvenog i automobilske osiguranja) sukladne odredbama Direktive.

Argumenti osiguravateljske industrije bili su da bi potpuna zabrana uporabe spola prilikom izračunavanja premije osiguranja imala značajan negativni učinak na konkurentnost osiguravajućih društava a u konačnici i na potrošače koji bi morali plaćati više.

S druge strane, iznesene su i tvrdnje da postoji niz čimbenika, koji nisu povezani sa spolom, a koji su jednako važni prilikom utvrđivanja očekivanog životnog vijeka (društvenoekonomska i bračno stanje, područje u kojem osoba živi ...).

Nadalje, pravo EU-a u području ravnopravnosti usredotočava se na obilježja *pojedince* a ne *skupine*. Stoga bi uporaba spola kao kriterija predstavljala kršenje temeljnoga prava.

Sud je naglasio da u članku 3. stavku 3. Ugovora o Europskoj uniji stoji da Europska unija treba suzbijati društvenu isključenost i diskriminaciju, i promicati socijalnu pravdu i zaštitu, ravnopravnost žena i muškaraca, međugeneracijsku solidarnost i zaštitu prava djeteta, a da slijedom članka 8. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, Europska unija mora u svim svojim aktivnostima težiti uklanjanju nejednakosti i promicanju ravnopravnosti između muškaraca i žena.

Vijeće je izrazilo sumnju u pogledu toga mogu li se, u kontekstu određenih grana privatnoga osiguranja, situacije u kojima se nalaze muškarci i žene vlasnici polica osiguranja smatrati usporedivima, s obzirom na činjenicu da s gledišta načina na koji posluju osiguravatelji, a prema kojem se rizici smještaju u kategorije na temelju statističkih podataka, razina osiguravateljskog rizika može biti različita za muškarce i žene.

Sud se dosljedno drži stajališta da načelo jednakog postupanja prema muškarcima i ženama zahtjeva da u usporedivim situacijama postupanje ne smije biti različito, a da se prema različitim situacijama ne smije postupati na isti način, osim ako za takvo postupanje ne postoji objektivno opravdanje.

U uvodnoj izjavi 18. u Direktivi 2004/113/EZ izrijekom se navodi da, radi osiguranja jednakog postupanja prema muškarcima i ženama, uporaba spola kao aktuarskog čimbenika ne smije dovesti do razlika u pojedinačnim premijama i davanjima za osiguranike.

Različite **premije osiguranja i davanja za žene i muškarce nisu dopuštene.**

U predmetu **Lindorfer protiv Vijeća Europske unije C-277/04P**, nezavisni odvjetnik Jacob navodi:

“Kako bi se bolje sagledala takva diskriminacija, možda bi bilo korisno zamisliti situaciju u kojoj bi (a što je savršeno moguće) statistički podaci pokazivali da pripadnici neke etničke skupine u prosjeku žive duže od pripadnika druge etničke skupine. Bilo bi posve neprihvatljivo uzeti u obzir te razlike prilikom određivanja korelacije između doprinosa i naknada u sklopu mirovinskog osiguranja Zajednice, a meni se ne čini da bi uporaba kriterija spola umjesto etničkoga podrijetla bila išta prihvatljivija.”

Slučaj politike određivanja cijena za frizerske usluge veoma sličan predmetu koji smo ovdje naveli kao primjer predmeta br. 2 iznesen je 2010. godine pred **austrijskim Povjerenstvom za ravnopravnost.**

Tuženik – lanac frizerskih salona u Beču – iznio je sljedeće **argumente**, kojima je nastojao dokazati da njihova politika određivanja cijena nije bila diskriminirajuća:

- Ženama je moda važnija nego muškarcima
- Žene imaju dulju kosu od muškaraca
- Žene su zahtjevnije po pitanju frizura od muškaraca
- Žene se u frizerskom salonu zadržavaju duže nego muškarci
- Žene žele razgovarati o šišanju i frizuri prije nego što odluče, a za to je potrebno više vremena
- Dodane usluge kao što su posebni šamponi, lakovi za kosu itd. imaju veću ulogu kod klijentica nego kod klijenata
- Ženska fen frizura teža je zadaća i za nju je potrebno više vremena nego za mušku
- Tehnike šišanja i feniranja žena i muškaraca razlikuju se (one koje se primjenjuju na ženama su složenije i traju dulje)
- Gustoća ženske i muške kose su različite
- Žene i muškarci imaju različite oblike glave / lica

Povjerenstvo je utvrdilo da se ovi argumenti uglavnom temelje na uobičajenim **predrasudama i stereotipima** koji se pripisuju muško/ženskom **konceptu roda**.

Utvrđeno je da je ovakva politika određivanja cijena primjer **izravne diskriminacije na temelju spola** jer se prema ženama odnosi nepovoljnije nego prema muškarcima u usporedivoj situaciji, i to isključivo na temelju spola.

ŠTO JE NEIZRAVNA DISKRIMINACIJA?

Direktiva 2004/113/EZ definira neizravnu diskriminaciju na temelju spola u čl. 2. t. b:

“neizravna diskriminacija: ako **prividno neutralna** odredba, kriterij ili postupak može na određeni način **staviti u nepovoljniji položaj** osobe jednog spola **u odnosu na** osobe drugog spola, osim ako je ta odredba, kriterij odnosno postupak **objektivno opravdan legitimnim ciljem** i ako su sredstva za postizanje tog cilja **primjerena i nužna**,”⁹

Zakon o ravnopravnosti spolova Republike Hrvatske *neizravnu diskriminaciju* definira odredbom čl. 7 st. 2., na način da se navodi da neizravna diskriminacija (s osnova spola) postoji kada neutralna pravna norma, kriteriji ili praksa stavljaju osobe jednoga spola u nepovoljniji položaj u odnosu na osobe suprotnog spola, osim ako je ta pravna norma, kriterij ili praksa objektivno opravdana legitimnim ciljem, a sredstva usmjerena postizanju tog cilja su primjerena i nužna.

Zakon o suzbijanju diskriminacije, koji, kako je već rečeno, obuhvaća i zaštitu od diskriminacije temeljem spola, u odredbi čl. 2. st. 2. (gotovo identično naprijed navedenom) propisuje da neizravna diskriminacija postoji kada naizgled neutralna

⁹ Vidi odgovarajuću odredbu za područje zapošljavanja i rada u čl. 2. st. 1. t. b. Direktive o ravnopravnosti spolova (preinaka) (2006/54/EZ)

odredba, kriterij ili praksa, stavlja ili bi mogla staviti osobe u nepovoljniji položaj po nekoj od diskriminatornih osnova, u odnosu na druge osobe u usporedivoj situaciji, osim ako se takva odredba, kriterij ili praksa mogu objektivno opravdati zakonitim ciljem, a sredstva za njihovo postizanje su primjerena i nužna.

GLAVNI ELEMENTI NEIZRAVNE DISKRIMINACIJE

Do neizravne diskriminacije može doći u slučajevima u kojima se u nekoj odredbi, kriteriju ili postupku **izravno ne spominje spol**, ali njihov je učinak takav da u nepovoljniji položaj stavljaju osobe jednoga spola.

Dok je u slučajevima **izravne** diskriminacije spol jedan od aspekata koji se uzima u obzir kao **očigledno** jedan od odlučujućih čimbenika, kod **neizravne diskriminacije** može se **dogoditi da učinak** na jedan spol bude drukčiji od učinka na drugi spol. Ovdje se uzima u obzir i učinak na **čitavu skupinu** (argument: osobe) a odredba, kriterij ili postupak **nemaju nužno isti učinak na sve** osobe istoga spola. U tom smislu, kod neizravne diskriminacije uzima se u obzir i neuravnotežena raširenost nekih kriterija u određenim okolnostima, poput onih koje je Sud Europske unije naveo u predmetu Bilka (C-170/84). U tom je predmetu razlika u postupanju prema radnicima koji rade puno radno vrijeme i onima koji rade dio radnoga vremena predstavljala neizravnu diskriminaciju na temelju spola, budući da je omjer žena koje rade puno radno vrijeme bio mnogo manji od muškaraca. Taj značajan predmet zapravo predstavlja „rođenje“ definicije neizravne diskriminacije.

MOGUĆE OPRAVDANJE NEIZRAVNE DISKRIMINACIJE

Odredbe, kriteriji i postupci za koje se utvrdi da pripadnike jednoga spola stavljaju u određeni nepovoljniji položaj od pripadnika drugoga spola, mogu **unatoč tomu biti zakoniti**, ako su **objektivno opravdani legitimnim ciljem** i ako su sredstva za postizanje tog cilja **primjerena i nužna**.

Legitiman cilj je **najširi** pojam koji se upotrebljava prilikom provjere opravdanosti. On obuhvaća sve ciljeve koji su razumni i zakonski dopušteni, a posebice one koji nisu u suprotnosti s nastojanjem da se postigne ravnopravnost kao takva.

„**Primjerena**“ znači da poduzete mjere moraju biti **prikladne** za ostvarenje predviđenog cilja.

„**Nužna**“ sadrži **najstrožu** provjeru. To znači da **ne smije postojati nikakav drugi način** (koji bi imao manji učinak) da se postigne opravdani cilj osim sredstva koje se primjenjuje.

Elementi „**primjerena i nužna**“ uzeti zajedno pretpostavljaju i **provjeru razmjernosti**. Dakle, čak ako sredstva o kojima je riječ možda mogu ostvariti legitiman cilj, i ako su nužna za njegovo ostvarenje, **opravdanje i dalje ne mora biti prihvatljivo**, ako sud, koji će odvagnuti učinak diskriminacije s jedne strane, i ciljeve i nužnost diskriminacijske odredbe, kriterija ili postupka s druge strane, utvrdi da je taj odnos nerazmjernan. U tom slučaju razumnost i važnost **legitimnog cilja** postaju važan čimbenik.

U SVEZI S PITANJIMA IZ OVOG PREDMETA - PRIMJER RJEŠENJA PREDMETA BR. II

Smatrate li da ovakva poslovna politika predstavlja diskriminaciju na temelju spola?

Da. Politika određivanja cijena temelji se samo na razlici u spolu. Stoga žene plaćaju više nego muškarci, zato što su žene. Čak iako u brojnim slučajevima usluga koja se pruža ženama zahtjeva veći napor u smislu radnoga vremena i potrošnoga materijala, razlika se ne smije temeljiti na spolu.

Varijacija:

1. Vidite li u tome bilo što što upućuje na diskriminaciju na temelju spola?

Na prvi pogled, odredba djeluje rodno neutralno. Jasno je da ovdje nije riječ o izravnoj diskriminaciji, budući da se stvarna duljina kose razlikuje i kod muškaraca i kod žena. No razlika koja se temelji na duljini kose mogla bi dovesti do neizravne diskriminacije.

2. Izravna ili neizravna diskriminacija?

Budući da se čini opće poznatim da u Hrvatskoj mnogo veći broj žena nego muškaraca ima dugu kosu, u politici određivanja cijena koja kao odlučujući kriterij uzima dužinu kose možemo **vidjeti neizravnu diskriminaciju** na temelju spola.

Jasno je da bi, s obzirom na neravnomjernu raspodjelu dužine kose između pripadnika dvaju spolova, ovakva politika određivanja cijena **utjecala na mnogo veći broj žena** nego muškaraca. Žene će, u prosjeku, plaćati više nego muškarci. To znači da su glavni **čimbenici neizravne diskriminacije prisutni**: kriterij je naizgled neutralan, ali kad se primijeni, na žene utječe nepovoljnije nego na muškarce.

Može li se ovakva praksa – primjena duljine kose kao odlučujućeg kriterija za određivanje cijene usluge – **objektivno opravdati**?

Cilj frizerskoga salona je **legitiman** (tako dugo dok im namjera nije da jednostavno ženama naplaćuju višu cijenu nego muškarcima) budući da se može objasniti kao želja da njihove cijene odražavaju činjenicu da je za neke frizure potreban veći napor u smislu radnog vremena i potrošnog materijala. Stoga je njihov cilj da budu plaćeni različito, u skladu s uloženim. To bismo mogli poduprijeti još jednim opravdanim ciljem, a to je prikazivanje jednostavne i transparentne politike određivanja cijena kako bi korisnici/ce mogli lako utvrditi koju cijenu mogu očekivati za trženu uslugu.

Je li uporaba toga kriterija **primjerena** za postizanje ovih ciljeva?

Čini se da je duljina kose jedan od mogućih kriterija koji mogu odrediti koliko je rada i potrošnoga materijala potrebno za različite frizure. Činjenično **pitanje u samoj srži ovoga predmeta** jest je li to uistinu **ključan kriterij** koji određuje razliku u ulaznim vrijednostima koje frizeri trebaju uložiti. Ako tuženik može dokazati da je duljina kose **najodlučniji čimbenik** i da svi ostali mogući pokazatelji poput potrebnog radnog vremena, potrošnoga materijala i alata uglavnom ovise o tom kriteriju, onda će ovakva politika određivanja

cijena biti **primjerena**. Ako je tako, to znači da se ovaj način određivanja cijena može smatrati **nužnim i razmjernim**, budući da su cijene za korisnike/ice transparentne, i da bi svi drugi mogući načini izračuna cijene i onako doveli do sličnih rezultata.

Ako se pokaže da je duljina kose **samo jedan od čimbenika** koji mogu utjecati na određivanje potrebnih ulaznih vrijednosti, a da drugi čimbenici (poput, primjerice, složenosti same frizure), neovisno o duljini same kose, zapravo imaju istu ili čak veću ulogu u toj procjeni, onda tuženik **neće uspjeti dokazati nužnost** svoje politike određivanja cijena. U tom se slučaju mora utvrditi da je riječ o **neopravdanoj neizravnoj diskriminaciji** i da se politika određivanja cijena mora promijeniti kako bi održavala one čimbenike koji su uistinu odlučujući.

Valja primijetiti da ovakvi predmeti neće dovesti do situacije u kojoj će žene kao skupina plaćati mnogo manje za frizerske usluge, već će ispraviti situaciju u kojoj žene plaćaju više a muškarci plaćaju manje za slične usluge, zato što se cijene izračunavaju na temelju spola (iako neizravno) a ne na temelju objektivnih individualiziranih činjenica.

ZA RAZMIŠLJANJE: DRUGI PRIMJERI POLITIKA ODREĐIVANJA CIJENA PREMA SPOLU

Kako bismo čitateljima dali uvid u to kakvi bi se predmeti mogli pojaviti pred sudovima diljem Europske unije u nerednim godinama, evo kratke zbirke primjera iz stvarnoga života politika određivanja cijena koje se izravno temelje na spolu, a s kojima smo se susreli u Austriji.

Navedeni primjeri dolaze iz austrijskoga konteksta, ali vjerojatno bi se slični primjeri mogli prikupiti u većini europskih zemalja:

- kinematografi nude „žensku večer“ – ulaznicu za romantičnu komediju, čašu pjenušca i slatkiše za 8,30 eura
- diskoteka nudi „žensku večer“ – besplatnu ulaznicu i posebno piće za samo 2,60 eura za žene
- „ženski dani“ u kasinu s posebnom cijenom ulaznice
- Austrijski nogometni savez (ÖFB) ponudio je ženama niže cijene ulaznica za utakmice austrijske nogometne reprezentacije. Jedan ih je navijač tužio. ÖFB je tvrdio kako su se odlučili za tu mjeru kako bi smanjili nasilje na stadionima, a austrijsko Povjerenstvo za ravnopravnost spolova tu je tvrdnju odbacilo ustvrdivši da je riječ o stereotipu (žene kao mirotvorke). Ponuda jeftinijih ulaznica je ukinuta.

6. PRIMJER PREDMETA III (SPOLNO UZNEMIRAVANJE, VIKTIMIZACIJA)

NEŽELJENO

Ivana je radila kao medicinska sestra u velikoj bolnici. Katkad je radila u istoj smjeni s Markom, kolegom koji je bio medicinski brat. Marko je u toj bolnici radio mnogo duže od Ivane – radio je ondje posljednjih 18 godina. Ivana je počela raditi nekoliko mjeseci prije. Jednog dana Ivana i Marko bili su na kratkoj stanci i proveli su neko vrijeme u sobi za odmor. Marko je odjednom počeo govoriti o fotografijama koje je snimio i pokazao joj je fotografiju gole žene na svom mobitelu. Ivana ga je zamolila da skloni fotografiju i rekla mu je kako je njegove fotografije ne zanimaju. Marko ih je prestao pokazivati. Ivana taj incidenti nikada nikome nije spomenula, budući da je počela raditi u bolnici tek nekoliko mjeseci prije. Tri mjeseca kasnije, Ivana je bila u noćnoj smjeni. Marko nije bio na poslu, ali ju je nazvao oko 1 poslije ponoći. Činilo se da negdje vani nešto slavi, a Ivani je govorio o nekoliko stvari. Počeo je spominjati kako nema djevojku i govorio joj je kako zamišlja spolni odnos s njom. Ivana je bila bez teksta i prekinula je razgovor. Nakon toga, Ivana se požalila šefu. Bolnica je odlučila suspendirati Marka, koji je dobio i otkaz zbog spolnog uznemiravanja. Marko je tvrdio da nije bila riječ o spolnom uznemiravanju budući da je bio pijan kad je nazvao Ivanu.

Kako biste ocijenili Markovo ponašanje? Mislite li da je otkaz koji je bolnica dala Marku zakonit?

Varijacija 1:

Marko nije Ivanin kolega, već je voditelj odjela i on je taj koji treba preporučiti da se njezin ugovor o radu produlji. Ivana je htjela s njime razgovarati o svom ugovoru o radu. Marko joj je rekao da dođe u njegov ured, prišao joj je veoma blizu, spustio ruku niz njezina leđa i rekao „Pa, da vidimo što možemo učiniti.“ Potom joj je rekao da ode iz ureda. Ivana je to prijavila Odjelu za ljudske resurse i Marko je nakon nekog vremena dobio otkaz. Navodno to nije bilo prvi put da je Odjel za ljudske resurse primio pritužbe na takvo Markovo ponašanje.

Kako biste ocijenili Markovo ponašanje? Mislite li da je otkaz koji je bolnica dala Marku zakonit?

Varijacija 2:

Ivana je prijavila incident u Markovom uredu Odjelu za ljudske resurse. Uprava bolnice nekoliko tjedana uopće nije reagirala i nije s njom stupila u kontakt. Ivanine smjene su promijenjene i morala je često raditi tijekom vikenda. Morala je raditi i mnoga dodatna dežurstva umjesto drugih kolega. U jednom je trenutku zatražila nekoliko slobodnih dana. Na sastanku svih medicinskih sestara toga odjela, Marko je pred svim kolegama rekao da je Ivana zatražila slobodne dane. Rekao je da je jako lijena i da ne zaslužuje slobodne dane jer loše radi. Rekao je da je spora i da predstavlja opterećenje za sve kolege. Nedugo

prije isteka probnoga roka, rečeno joj je da neće dobiti ugovor na neodređeno vrijeme jer rezultati njezina rada nisu bili dovoljno dobri. Međutim, prije onog sastanka djelatnika odjela, nikada nije dobila nikakvu kritiku. Kolege su joj uvijek govorile da radi dobro. Odlučila je podnijeti tužbu jer je smatrala da joj bolnica nije dala ugovor na neodređeno vrijeme zbog toga što se požalila na Markovo ponašanje.

Kako biste ocijenili Markovo ponašanje pred svim drugim medicinskim sestrama? Što je na sudu potrebno dokazati u slučaju bilo kakvog uznemiravanja?

GLAVNA PITANJA I SRODNA NAČELA PRAVA U PODRUČJU RAVNOPRAVNOSTI SPOLOVA KOJA TREBA UOČITI U PREDMETU BR. III

- Što su to uznemiravanje i spolno uznemiravanje?
- Što je neželjeno ponašanje?
- Kakvo ponašanje predstavlja povredu dostojanstva druge osobe i/ili stvara zastrašujuće, neprijateljsko, degradirajuće, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje?
- Što je to viktimizacija?
-

ŠTO JE TO (SPOLNO) UZNEMIRAVANJE?

Kada je riječ o spolu, razlikujemo **dvije vrste** uznemiravanja:

- uznemiravanje koje se temelji na spolu (a naziva se i „uznemiravanjem na temelju spola“). U tom slučaju ženu se uznemirava u situaciji u kojoj se muškarca ne bi uznemiravalo.
- Spolno uznemiravanje je uznemiravanje koje se sastoji od opaski, postupanja ili ponašanja spolne naravi.

U Europskoj uniji oko 45-55% žena doživjelo je spolno uznemiravanje nakon svoje 15. godine. Spolno uznemiravanje pojavljuje se u različitim oblicima, a uključuje, primjerice:

- fizičke oblike uznemiravanja: neželjeno dodirivanje, grljenje ili ljubljenje
- verbalno uznemiravanje: seksualno sugestivne opaske ili uvredljive šale
- neverbalno uznemiravanje: neželjene, uvredljive, seksualno eksplicitne SMS-ove ili poruke elektroničke pošte, ili neprimjerena obraćanja na društvenim mrežama.¹⁰

Unatoč rasprostranjenosti spolnog uznemiravanja, sudska praksa u području uznemiravanja koja se odnosi na rodno ili spolno uznemiravanje općenito je oskudna, a u ovom području ne postoji još **niti jedna presuda Suda Europske unije**.¹¹ Jedno izvješće za

¹⁰ EU FRA, Violence against Women – Main Results (2014), str. 95.

¹¹ Europska mreža pravnih stručnjaka u području ravnopravnosti spolova, Harassment related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries (2011), str. 9.

Hrvatsku pokazuje da hrvatski sudovi većinu predmeta koji se odnose na uznemiravanje (spolno uznemiravanje ili uznemiravanje na temelju spola) tretiraju kao povrede dostojanstva i govore o njima kao o predmetima „mobbinga“ a ne kao o predmetima u kojima je riječ o diskriminaciji.¹² Stoga se čini bitnim naglasiti koliko je važno da se predmeti u kojima je riječ o uznemiravanju tretiraju kao diskriminacijski predmeti, kako bi se osigurala primjena prijenosa tereta dokazivanja. U Hrvatskoj je u većini predmeta riječ o različitim oblicima uznemiravanja na radnom mjestu, a najvećih broj slučajeva spolnog uznemiravanja odnosi se na uznemiravanje podređenog djelatnika/djelatnice.

ZAKONSKE DEFINICIJE

Direktiva 2006/54/EZ (preinaka) navodi uznemiravanje i spolno uznemiravanje kao oblike diskriminacije.

U čl. 2. st. 1. t. c i d, uznemiravanje i spolno uznemiravanje definirani su na sljedeći način:

Uznemiravanje: svako **neželjeno ponašanje** uvjetovano spolom osobe **kojim se želi povrijediti** njezino osobno **dostojanstvo** i **stvoriti** zastrašujuće, neprijateljsko, degradirajuće, ponižavajuće ili uvredljivo **okruženje** odnosno **kojim se postiže takav učinak**.

Spolno uznemiravanje: svaki **neželjeni** oblik verbalnog, neverbalnog ili fizičkog **ponašanja spolne naravi** kojim se **želi povrijediti dostojanstvo osobe** odnosno kojim se **postiže takav učinak**, posebno kad to ponašanje **stvara** zastrašujuće, neprijateljsko, degradirajuće, ponižavajuće ili uvredljivo **okruženje**.¹³

Hrvatski propisi uređuju navedeno kako slijedi:

Zakon o ravnopravnosti spolova RH

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, neverbalno ili fizičko ponašanje spolne naravi, koje ima za cilj ili predstavlja povredu osobnog dostojanstva, a posebice ako stvara neugodno, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

¹² Goran Selanec, Report on Croatia, u Europska mreža pravnih stručnjaka u području ravnopravnosti spolova, Harassment related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries (2011), str. 63.

¹³ U čl. 2. t. c i d Direktive 2004/113/EZ (jednako postupanje prema muškarcima i ženama u pristupu i nabavi robe, odnosno pružanju usluga) navedene su iste definicije uznemiravanja i spolnog uznemiravanja.

Zakon o suzbijanju diskriminacije RH

Čl. 3.

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

(2) Spolno uznemiravanje je svako verbalno, neverbalno ili tjelesno neželjeno ponašanje spolne naravi koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobe, a posebice ako stvara zastrašujuće, neprijateljsko, ponižavajuće, omalovažavajuće ili uvredljivo okruženje.

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

Zakon o radu RH

Članak 7. stavak 5.

Poslodavac je dužan zaštititi dostojanstvo radnika za vrijeme obavljanja posla od postupanja *nadređenih, suradnika i osoba s kojima radnik redovito dolazi u doticaj u obavljanju svojih poslova*, ako je takvo postupanje neželjeno i u suprotnosti s ovim Zakonom i posebnim zakonima.

Kazneni zakon RH

Članak 156.

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

GLAVNI ELEMENTI (SPOLNOG) UZNEMIRAVANJA

Prema definiciji uznemiravanja i spolnog uznemiravanja, potrebno je da postoji ponašanje čiji je **cilj ili učinak** povreda dostojanstva osobe. Stoga čak i ako nije riječ o namjernom uznemiravanju, ali ponašanje ima takav učinak na osobu, ono se i dalje smatra uznemiravanjem. S druge strane, namjerno djelovanje može se smatrati uznemiravanjem, čak i kad nije duboko emotivno utjecalo na ciljanu osobu. Nadalje, ponašanje ne mora biti usmjereno na konkretnu osobu, budući da se i stvaranje općenito ponižavajućeg okruženja spolne naravi (npr. pornografski kalendari, šale...) također može smatrati oblikom uznemiravanja. **Učinak** se uvijek razmatra s gledišta pojedinca/žrtve diskriminacije.

Definicije uvijek **povezuju subjektivne i objektivne elemente**. Prije svega, ponašanje mora biti **neželjeno i spolne naravi**. To je gotovo u cijelosti **subjektivan element** a prilikom njegova razmatranja usredotočujemo se na navodnu žrtvu. Pri tome je glavno pitanje je li počinitelju bilo poznato da je predmetno ponašanje neželjeno. Bilo mu je poznato:

- ako je žrtva izjavila (verbalno ili neverbalno) da ne želi takvo ponašanje
- ako je žrtva izjavila ili pokazala prilikom prethodnog sličnog ponašanja da ne želi takvo ponašanje
- ako je općenito poznato da je predmetno ponašanje neželjeno (npr. nepristojno dodirivanje, uvredljive seksualne ponude, ponižavajuće izlaganje postupcima koji uključuju (djelomičnu) golotinju, itd.)

Na nekim radnim mjestima druge osobe istoga spola kao i žrtva mogu tolerirati ili prihvatiti pojedine načine ponašanja. To ni na koji način ne utječe na pravo osobe da, kad je o njoj riječ, isto to ponašanje odbaci kao neželjeno. Bilo kakvo spominjanje „korporativne kulture“ ili ozračja na radnom mjestu nije prihvatljivo kao opravdanje neželjenog ponašanja. No u tom slučaju potrebno je uznemiravatelju jasno dati do znanja da takvo ponašanje više nije prihvatljivo.

Drugi je element objektivni: je li ponašanje takvo da predstavlja **povredu dostojanstva** osobe, posebno kad **stvara** zastrašujuće, neprijateljsko, ponižavajuće, omalovažavajuće ili uvredljivo **okruženje**? Neželjeno ponašanje sa spolnim konotacijama može snažno utjecati na buduće odnose na radnom mjestu. Ne može se za svaki oblik smatrati da predstavlja takvu povredu dostojanstva osobe koja prekoračuje prag. Primjerice, možda netko ne želi slušati česte pohvale i komplimente o svojoj ljepoti ili odjeći. Ako se to često ponavlja i ne prestane ni nakon jasne izjave da je takvo ponašanje neželjeno, tada može predstavljati uznemiravanje, ali ako se dogodi samo jednom ili dvaput, neće predstavljati povredu dostojanstva. Ako su opaske negativne ili vulgarne, ocjena se mijenja u smjeru većeg učinka na radno ozračje.

Dakle, objektivni elementi uglavnom se odnose na moguću promjenu u ozračju na radnom mjestu do koje dolazi nakon predmetnoga ponašanja. Mijenja li se odnos između uključenih strana ili postaje neugodno i nelagodno boraviti u istoj prostoriji ili čak doći na posao? Već i jedan događaj može biti dovoljan da značajno promijeni okruženje na radnom mjestu, kao i niz manjih radnji koje, uzete zajedno, predstavljaju uznemiravanje.

ŠTO JE TO VIKTIMIZACIJA?

Učinkovita zaštita od viktimizacije jedno je od **ključnih jamstava** svih antidiskriminacijskih zakonskih propisa. Bez nje bi broj pritužbi i sudskih tužbi zbog diskriminacije značajno opao i izgubile bi snagu. Osoba koja se žali zbog diskriminacije mora se osjećati sigurno, bez straha da će ostati bez posla ili da će biti uvučena u nepovoljne situacije. Dovoljno je teško suprotstaviti se diskriminaciji budući da nitko ne voli da ga se promatra kao žrtvu, i potrebna je snaga i odlučnost kako bismo se pozvali na pravo na jednako postupanje.

ZAKONSKE DEFINICIJE

Direktiva 2006/54/EZ (preinaka)

Čl. 24. Viktimizacija

Države članice u svoje nacionalne pravne sustave ugrađuju potrebne mjere kako bi **zaštitile zaposlenike** i njihove predstavnike/ice predviđene nacionalnim zakonima i/ili praksom od otpuštanja i drugih **štetnih postupaka** poslodavca kao **odgovor na internu pritužbu** ili **sudski postupak** koji je pokrenut kako bi se nametnulo poštovanje načela jednakog postupanja.

Zakon o ravnopravnosti spolova RH

Članak 2. (sadašnja verzija)

Nitko ne smije trpjeti štetne posljedice zbog toga što je kao svjedok ili žrtva diskriminacije na temelju spola dao iskaz pred nadležnim tijelom ili upozorio javnost na slučaj diskriminacije.

Kada je riječ o izmjenama i dopunama Zakona o ravnopravnosti spolova koje Sabor treba usvojiti u travnju 2017. godine, ovo je predviđena buduća verzija:

Članak 2. mijenja se i glasi:

(1) Nitko ne smije biti doveden u nepovoljniji položaj ili trpjeti štetne posljedice, uključujući biti tužen ili izložen drugim pravnim postupcima, zbog toga što je u dobroj vjeri službeno ili neslužbeno prijavio diskriminaciju, nazočio diskriminaciji, odbio nalog za diskriminatornim postupanjem, na bilo koji način svjedočio u postupku zaštite od diskriminacije na osnovu spola ili na bilo koji drugi način sudjelovao u bilo kojem postupku vođenom povodom diskriminacije na osnovu spola.

(2) Nitko ne smije biti doveden u nepovoljniji položaj ili trpjeti štetne posljedice uključujući biti tužen ili izložen drugim pravnim postupcima zbog toga što je u dobroj vjeri upozorio javnost na slučaj diskriminacije.

Zakon o suzbijanju diskriminacije RH

Zaštita od viktimizacije propisana je odredbom članka 7., na način da je navedeno da nitko ne smije biti doveden u nepovoljniji položaj zbog toga jer je u dobroj vjeri prijavio diskriminaciju, nazočio diskriminaciji, odbio nalog za diskriminatornim postupanjem ili na bilo koji način sudjelovao u postupku vođenom povodom diskriminacije.

Zakon o radu RH

Članak 134. stavak 10. (odredba koja inače uređuje pitanje zaštite od uznemiravanja na radnom mjestu)

Protivljenje radnika postupanju koje predstavlja uznemiravanje ili spolno uznemiravanje ne predstavlja povredu obveze iz radnog odnosa niti smije biti razlog za diskriminaciju.

GLAVNI ELEMENTI VIKTIMIZACIJE

Veoma je jasno da odredbe koje govore o suzbijanju viktimizacije štite sljedeće radnje:

- podnošenje pritužbe zbog diskriminacije (ili uznemiravanja)
- pokretanje ili sudjelovanje u bilo kakvom postupku pokrenutom zbog diskriminacije
- pružanje potpore ili pomoći drugoj osobi koja podnosi pritužbu ili pokreće postupak zbog diskriminacije

Zaštita **nije ograničena** samo na žrtvu (ili navodnu žrtvu) diskriminacije. Svatko tko se uključi u pružanje potpore u slučaju navodne diskriminacije je zaštićen.

Kada je riječ o prijenosu tereta dokazivanja, trebalo bi biti razmjerno jednostavno postaviti *prima facie* predmet ako postoji dokaz o nepovoljnijem postupanju i prethodna pritužba zbog diskriminacije.

U SVEZI S PITANJIMA IZ OVOG PREDMETA - PRIMJER RJEŠENJA PREDMETA BR. III

1) (Marko pokazuje Ivani fotografiju i naziva je govoreći o svojim maštarijama)

Kako biste ocijenili Markovo ponašanje? Mislite li da je otkaz koji je bolnica dala Marku zakonit?

Predmet se temelji na odluci Državnog radnog suda u Schleswig-Holsteinu (Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, 3 Sa 410/08, od 4. ožujka 2009.). Sud je ocijenio da pokazivanje fotografije gole žene i govorenje preko telefona o hipotetskom spolnom odnosu predstavlja **spolno uznemiravanje**.

Sud je nadalje odlučio da takvi oblici spolnoga uznemiravanja mogu opravdati otkaz ugovora o radu bez otkaznog roka iako osoba koja je uznemiravala kolegicu nije bila njezin nadređeni i nije bilo nikakvog tjelesnog uznemiravanja.¹⁴

Varijacija 1 (Marko je Ivanin nadređeni)

Kako biste ocijenili Markovo ponašanje? Mislite li da je otkaz koji je bolnica dala Marku zakonit?

U ovoj varijaciji imamo više pokazatelja koji upućuju na spolno uznemiravanje, zbog tjelesnog kontakta i zlorabe nadređenog položaja. Ova je varijacija primjer situacije „quid pro quo“, do koje dovodi spolno uznemiravanje. Rani primjeri uznemiravanja odnosili su se na situacije u kojima bi se, primjerice, prema žrtvi bolje postupalo u zamjenu za seksualne usluge. Međutim, prihvaćeno je da i stvaranje ponižavajućeg okruženja može predstavljati uznemiravanje.¹⁵ U ovom slučaju, jasno je vidljivo da je njegovo postupanje

¹⁴ Ulrike Lembke, Report on Germany, u Europska mreža pravnih stručnjaka u području ravnopravnosti spolova, Harassment related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries (2011), str. 113.

¹⁵ Europska mreža pravnih stručnjaka u području ravnopravnosti spolova, Harassment related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries (2011), str. 5.

moglo značajno utjecati na okruženje ili ozračje. Lako je razumljivo da će nakon ovog događaja Ivana strahovati od daljnjih seksualnih ponuda svog nadređenog i da će sve vrijeme osjećati pritisak da mu pruži seksualne usluge. Stoga je ovo prilično jasan slučaj spolnoga uznemiravanja.

Budući da je Marko još i zlorabio svoj položaj nadređenog, čini se da je otkaz primjeren. Poslodavac ga je mogao i degradirati, ili ga rasporediti u drugu radnu sredinu. Ovaj predmet upućuje i na moguću tužbu protiv bolnice kao poslodavca, budući da Ivanina pritužba nije bila prva takva pritužba protiv Marka, pa sud može utvrditi da poslodavac nije ispunio svoju dužnost zaštite zaposlenika od spolnoga uznemiravanja i možda zbog toga treba platiti naknadu štete.

Varijacija 2 – (Marko kritizira Ivanu pred drugim osobljem – ugovor o radu se ne produljuje)

Kako biste ocijenili Markovo ponašanje pred svim drugim medicinskim sestrama? Što je na sudu potrebno dokazati u slučaju bilo kakvog uznemiravanja?

U ovoj varijaciji, Marko Ivanu naziva „lijenom“ i „sporom“. U svom izlaganju ne spominje njezin spol i ne iznosi nikakve opaske osobito spolne naravi, pa bi bilo dosta složeno opisati njegovo ponašanje kao spolno uznemiravanje ili uznemiravanje na temelju spola. Međutim, njegovo se ponašanje može smatrati nastavkom pokazivanja moći Ivani, koje je već imalo spolne konotacije prilikom njegovog prethodnog postupka u uredu. Promatrano na taj način, ovo se ponašanje može smatrati spolnim uznemiravanjem, budući da je njegovo postupanje sasvim sigurno neželjeno i stvara neprijateljsko i ponižavajuće okruženje.

Još je jasnije da je ovdje riječ o **viktimizaciji**. Čini se očiglednim da se Markovo ponašanje promijenilo nakon Ivanine pritužbe i da je zbog toga viktimiziraju i Marko i bolnica (Odjel za ljudske resurse).

Kada je riječ o prijenosu tereta dokazivanja, Ivana ima **prima facie predmet** ako može pokazati svoju pritužbu zbog uznemiravanja, činjenicu da poslodavac nije reagirao na nju, te nepovoljno postupanje koje je nakon toga uslijedilo. Poslodavac će morati dokazati da je nepovoljno postupanje rezultat njezinih loših rezultata na radnom mjestu, a ne njezine pritužbe.

Predmetne situacije mogu uzrokovati i postupke za **naknadu štete**, u kojem slučaju bi se radilo o *kondemnatornom reparacijskom zahtjevu*, kojim se dakle traži naknada štete uzrokovane nezakonitom povredom prava na jednako postupanje tj. spolnim uznemiravanjem. Pritom se može zahtijevati kako naknada imovinske, tako i naknada neimovinske štete.

Prilikom vođenja (parničnih) antidiskriminacijskih postupaka, a osobito kod onih za naknadu štete, postavilo se pitanje potrebe za vještačenjem, najčešće medicinskim odnosno psihijatrijskim. Naime, odgovarajuće odredbe Zakona o parničnom postupku upućuju na provođenje vještačenja u situacijama kada je za utvrđenje činjeničnog stanja potrebno ono stručno znanje koje po prirodi stvari sud nema.

Iz toga bi proizlazilo da je vještačenje u pravilu potrebno provesti kada se istim utvrđuje *postojanje štete*, npr. pogoršanje zdravstvenog stanja, uz utvrđenje opsega štete, kao i uzročno-posljedična veza između jednog ili više štetnih događaja (diskriminatornih postupanja) i nastalih posljedica. Što se tiče samog načina provođenja vještačenja, *modus operandi* tj. način postupanja je u rukama vještaka kao medicinskog profesionalca, i najčešće uključuje uvid u medicinsku dokumentaciju te klinički pregled i opservacije.

Vještak u pravilu dostavlja pisani nalaz i mišljenje, koje se po potrebi može i usmeno obrazlagati, što uključuje i neposredno odgovaranje na pitanja stranaka i drugih sudionika u postupku. Moguće je da se vještačenje i dopunjuje, kako pisano tako i usmeno, s tim da Zakon o parničnom postupku propisuje i mogućnost određivanja novog vještačenja, ako prvotno ne zadovoljava zadatku zadanom od strane suda. Pritom je teret dokazivanja naprijed navedenih okolnosti koje su predmet medicinskog vještačenja (postojanje štete, opseg štete, kao i uzročno-posljedična veza između jednog ili više štetnih događaja tj. diskriminatornih postupanja i nastalih posljedica) na tužitelju/ici, što onda znači da se vještačenje u pravilu provodi na teret i rizik tužitelja/ice¹⁶.

Međutim, u slučajevima kada nije nužno došlo do pogoršanja zdravstvenog stanja oštećenog, a utvrđeno je diskriminatorno ponašanje (protupravnost), postojanje štete se može utvrđivati i drugim dokazima, a bez medicinskog vještačenja, s tim da se i novčana naknada određuje prema okolnostima slučaja, što uključuje i ocjenu prirode ugrožavanja zaštićenog dobra, intenzitet i trajanje i slične okolnosti. *Tako je npr. moguće odrediti pravičnu novčanu naknadu kod slučajeve diskriminacije, uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja i bez utvrđenja da je došlo do pogoršanja zdravstvenog stanja*, ako se radi o slučajevima za koje je utvrđeno da narušavaju dostojanstvo osobe, a s obzirom na proživljeno diskriminiranje, uznemiravanje ili spolno uznemiravanje, pri čemu visina naknade ovisi o prethodno *spomenutim kriterijima kao što su priroda ugrožavanja zaštićenog dobra, intenzitet i trajanje* te tome slično.

Tako je u pregledima sudske prakse¹⁷ iznesen i slučaj povrede prava iz radnog odnosa temeljem spolnog uznemiravanja¹⁸, pri čemu je predmet spora u toj pravnoj stvari bio zahtjev tužiteljice za *naknadu štete* zbog povrede njezinih prava iz radnog odnosa, počinjenih od strane tuženika kao poslodavca, koji je bio dužan zaštititi dostojanstvo radnika za vrijeme obavljanja posla od spolnog uznemiravanja.

Pritom je drugostupanjski sud u svojoj odluci naveo da je, ocjenjujući izvedene dokaze, prvostupanjski sud pravilno ocijenio da je tužiteljica iznijela činjenice koje opravdavaju sumnju da je poslodavac postupio protivno odredbama kojima je zabranjena diskriminacija, s tim da uznemiravanje i spolno uznemiravanje predstavljaju diskriminaciju. Također je u

16 Propuštanjem predlaganja i predujmljivanja potrebnog iznosa za provođenje takvog vještačenja može dovesti do propuštanja utvrđenja relevantne činjenice, i posljedično odbijanja tužbenog zahtjeva.

17 Informator Zagreb, broj 6198-6199, 31.7. i 3.8. 2013.

18 Radi se o odluci Županijskog suda u Bjelovaru GŽ-2000/12-2 od 11.10. 2012., čija sentenca glasi: Ako je radnica u obavljanju poslova telefonistice (tarot i sl.) bila izložena telefonskim pozivima vulgarnog (pornografskog) sadržaja jer je poslodavac, protivno ugovoru o radu s tom radnicom, na istoj telefonskoj liniji objavio i pružanje usluga seksualnog sadržaja, radi se o obliku spolnog uznemiravanja (diskriminacija na osnovi spola).

drugostupanjskoj odluci navedeno da je, ocjenjujući nadalje dokaze provedene tijekom postupka, prvostupanjski sud pravilno zaključio da je tužiteljica bila izložena spolnoj diskriminaciji, budući da tuženik nije dokazao suprotno.

Vezano za pitanje naknade štete, za ukazati je da u citiranom predmetu nije provođeno vještačenje (npr. psihijatrijsko), što stranke nisu niti predlagale, već je *pravična novčana naknada određena tužiteljici uzimajući upravo u obzir prethodno spominjane kriterije kao što su priroda povrijeđenog dobra, učestalost i intenzitet uznemiravanja.*

7. PRIMJER PREDMETA IV (DISKRIMINACIJA U PLAĆAMA I RODILJNOM DOPUSTU)

DOMAĆICA U ZRAKOPLOVU

Antonija je nekoliko godina radila kao domaćica u zrakoplovu. Ostala je u drugom stanju i tijekom trudnoće, tvrtka za koju je radila premjestila ju je na druge dužnosti na tlu. Kao domaćica u zrakoplovu, Antonija je primala plaću koja se sastojala od osnovne plaće i posebnih naknada. Te su naknade tvorile oko 40% ukupnog iznosa koji je primala svakoga mjeseca. Primala je dvije vrste naknada: naknadu za višu domaćicu u zrakoplovu, i naknadu za rad na dugim (*long-haul*) letovima.

Nakon premještanja, Antonija više nije primala naknade, budući da više nije radila kao domaćica u zrakoplovu. Antonija se žalila, budući da je smatrala kako ima pravo na naknade i nakon što je premještena među zemaljsko osoblje.

Nakon rodiljnog dopusta, Antonija se željela vratiti na posao. Vratila se, ali je odmah saznala da će biti raspoređena na drugo radno mjesto. Radno mjesto na kojem je radila nakon što je premještena više nije slobodno, a s obzirom na malo djeteta, mogla bi letjeti samo na kratkim letovima, a ne više na dugim letovima. Stoga ju je poslodavac rasporedio u odjel u kojem treba raditi u pozivnom centru za korisnike/ice. Rad na tom radnom mjestu drukčije se ocjenjuje i podliježe drukčijem sustavu izračuna plaće. Antonija će zarađivati znatno manje nego prije, čak manje nego što je zarađivala tijekom trudnoće. Ljuta je i žali se, budući da smatra da ima pravo na istu plaću koju je primala prije trudnoće. Poslodavac tvrdi da posebne naknade za domaćice u zrakoplovu nisu bile dio njezine osnovne plaće, već da su bile povezane s posebnim položajem na kojem je radila, te da će i ovako zarađivati više od drugih koji rade u pozivnom centru za korisnike/ice.

- Mislite li da je postupanje Antonijinog poslodavca bilo diskriminirajuće jer joj je nakon premještanja prestao isplaćivati naknade?
- Vidite li važnu razliku između dvije spomenute vrste naknada?
- Porazgovarajte o tome je li tvrtka imala pravo premjestiti Antoniju u pozivni centar za korisnike/ice. Ako jest, pod kojim uvjetima?

GLAVNA PITANJA I SRODNA NAČELA PRAVA U PODRUČJU RAVNOPRAVNOSTI SPOLOVA KOJA TREBA UOČITI U PREDMETU BR. IV

- Koje je područje primjene zaštite žena koje se vraćaju s rodiljnog dopusta?
- Na koji je način ono povezano s plaćom i uvjetima na radnom mjestu?

ZAKONSKE DEFINICIJE

Direktiva Vijeća 92/85/EEZ od 19. listopada 1992. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu trudnih radnica te radnica koje su nedavno rodile ili doje.¹⁹

Direktiva 2006/54/EZ (preinaka)

Čl. 15. Povratak s rodiljnog dopusta

Žena koja koristi rodiljni dopust ima se pravo po isteku tog dopusta vratiti na svoje radno mjesto ili na istovjetno radno mjesto, pod uvjetima koji za nju nisu manje povoljni i ima pravo uživati sva poboljšanja radnih uvjeta na koja bi imala pravo za vrijeme svoje odsutnosti.

Hrvatski pravni temelj

Zakon o radu RH

Čl. 36. Pravo povratka na prethodne ili odgovarajuće poslove

Nakon isteka rodiljnog, roditeljskog, posvojiteljskog dopusta, dopusta radi skrbi i njege djeteta s težim smetnjama u razvoju te mirovanja radnog odnosa do treće godine života djeteta u skladu s posebnim propisom, radnik koji je koristio neko od tih prava ima pravo povratka na poslove na kojima je radio prije korištenja toga prava, u roku od mjesec dana od dana kada je poslodavca obavijestio o prestanku korištenja toga prava.

Ako je prestala potreba za obavljanjem poslova koje je radnik obavljao prije korištenja prava iz stavka 1. ovoga članka, poslodavac mu je dužan ponuditi sklapanje ugovora o radu za obavljanje drugih odgovarajućih poslova, čiji uvjeti rada ne smiju biti nepovoljniji od uvjeta rada poslova koje je obavljao prije korištenja toga prava.

Radnik koji se koristio pravom iz stavka 1. ovoga članka, ima pravo na dodatno stručno osposobljavanje ako je došlo do promjene u tehnici ili načinu rada, kao i sve druge pogodnosti koje proizlaze iz poboljšanih uvjeta rada na koje bi imao pravo.

U SVEZI S PITANJIMA IZ OVOG PREDMETA - PRIMJER RJEŠENJA PREDMETA BR. IV

- Mislite li da je postupanje Antonijinog poslodavca bilo diskriminirajuće jer joj je nakon premještaja prestao isplaćivati naknade?

Predmet je izrađen prema predmetu Suda Europske unije *Parviainen*. U predmetima *Parviainen* (C-471/08) i *Gassmayr* (C-194/08), Sud je pokazao da se mora nastaviti plaćati osnovna mjesečna plaća. Međutim, poslodavci nemaju obvezu nastaviti plaćati trudne zaposlenice na isti način na koji su ih plaćali prije trudnoće, ako one više ne mogu

¹⁹ Vidi: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31992L0085&from=en>

obavljati iste zadaće, pa čak i ako je razlog tomu trudnoća ili slanje zaposlenice na dopust zbog zaštite njihova zdravlja i sigurnosti.

U predmetu *Parviainen*, Sud Europske unije napravio je razliku između dviju vrsta naknada: (1) naknade vezane uz napredovanje u službi, staž ili profesionalne kvalifikacije, i (2) naknade koje su povezane sa stvarnim izvršavanjem konkretnih zadataka i one čija je svrha da nadoknade nedostatke povezane s izvršavanjem tim zadataka. Stoga je Sud utvrdio da Direktiva o trudnim radnicama (Direktiva 92/85/EEZ) **ne zahtjeva** da žena prima plaću koja odgovara njezinoj prosječnoj plaći prije premještanja na druge dužnosti. Sud je također podsjetio države članice da imaju pravo odrediti da žena koja je prebačena na druge dužnosti može primati plaću koja odgovara prosječnoj plaći koju je primala u prethodnom razdoblju i da time neće prekršiti pravo Europske unije.

U predmetu *Gassmayr*, Sud Europske unije odlučivao je o plaći liječnice tijekom trudnoće i rodiljnoga dopusta. Zbog medicinskih razloga, liječnica je koristila dopust. Prije toga, primala je povrh svoje osnovne plaće i naknadu za dežurstvo. Budući da je ta naknada povezana sa stvarnim izvršavanjem određene zadaće a nije povezana s njezinim kvalifikacijama niti položajem, Sud Europske unije odlučio je da Direktiva o trudnim radnicama ne zahtjeva da joj se tijekom rodiljnog dopusta isplaćuje naknada za dežurstvo.

- Porazgovarajte o tome je li tvrtka imala pravo premjestiti Antoniju u pozivni centar za korisnike/ice. Ako jest, pod kojim uvjetima?

Antonija se vratila s rodiljnog dopusta, ali je premještena na slabije plaćeno radno mjesto. Čl. 15. Direktive 2006/54/EZ kaže da se po isteku rodiljnog dopusta žena ima pravo „vratiti na svoje radno mjesto ili na istovjetno radno mjesto, pod uvjetima koji za nju nisu manje povoljni“. Stoga je **jasno** da je ovaj premještaj **nezakonit, osim** ako ne bude primala istu plaću kao i na prethodnom radnom mjestu.

Sukladno europskome pravu, čl. 36. Zakona o radu RH jasno zabranjuje da poslodavac žene premjesti na slabije plaćena radna mjesta.

Izvešće o stanju u Hrvatskoj pokazuje da u praksi dolazi do premještanja pa čak i otkaza nakon isteka rodiljnog dopusta.²⁰

²⁰ Nada Bodiroga-Vukobrat, Report on Croatia, in European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, Fighting Discrimination on the Grounds of Pregnancy, Maternity and Parenthood – The application of EU and national law in practice in 33 European countries (2012), str. 55-56.

8. EKSKURS: OSNOVNA KLJUČNA NAČELA KONVENCIJE O UKLANJANJU SVIH OBLIKA DISKRIMINACIJE ŽENA

Uvod

Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW) međunarodni je ugovor o ljudskim pravima žena. U srži Konvencije nalaze se tri međusobno povezana temeljna načela: ravnopravnost, zabrana diskriminacije i obveza države.

Glavna skupština UN-a usvojila je Konvenciju o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena 19. prosinca 1979. godine. Konvencija je stupila na snagu 3. rujna 1981. Njezinu provedbu prati Odbor za uklanjanje svih oblika diskriminacije žena sa sjedištem u zgradi UN-a u New Yorku.

Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena jedna je od međunarodnih konvencija o ljudskim pravima koju je ratificirao najveći broj država, 189 (do 20. siječnja 2017.). To je jedna od mnogih prednosti ove Konvencije – kao međunarodni ugovor, ona je podigla razinu svijesti diljem svijeta i unaprijedila zakonodavne norme koje se primjenjuju na ljudska prava žena.

Hrvatska je Konvenciju ratificirala 1992. godine, a njezin Fakultativni protokol (Protokol o pojedinačnim podnescima) 2001. godine.

Struktura Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena:

U članku 1. nalazi se definicija diskriminacije i temeljni razlozi za uklanjanje diskriminacije. Članci 2.-4. određuju obvezu države u obliku zakonodavne politike i drugih mjera koje države moraju poduzeti kako bi uklonile diskriminaciju. U člancima 5.-16. navedena su različita područja u kojima treba ukloniti diskriminaciju mjerama opisanima u člancima 1.-4. Ta područja uključuju spolne uloge, stereotipe i uobičajenu praksu koja ima negativan učinak na žene (čl. 5.), prostituciju (čl. 6.), politički i javni život (čl. 7.), sudjelovanje na međunarodnoj razini (čl. 8.), državljanstvo (čl. 9.), obrazovanje (čl. 10.), zapošljavanje (čl. 11.), zdravstvo i planiranje obitelji (čl. 12.), gospodarske i društvene usluge (čl. 13.), žene na selu (čl. 14.), ravnopravnost pred zakonom (čl. 15.), bračne i obiteljske odnose (čl. 16.). Članci 17.-22. opisuju osnivanje i rad Odbora za uklanjanje svih oblika diskriminacije žena, a članci 23.-30. uglavnom se bave postupovnim aspektima ove Konvencije.

Načelo (stvarne) ravnopravnosti

Načelo ravnopravnosti ključno je načelo Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena. Jasno je da taj pojam ravnopravnosti nadilazi shvaćanje da „žene imaju pravo biti jednake muškarcima“. Pojam uzima u obzir činjenicu da su žene trpjele veliku neravnopravnost u odnosu na prilike za zapošljavanje, plaću, pristup i ostvarivanje zdravstvenih usluga, građanskih i vlasničkih prava, itd.

Problem se pojavljuje zato što se ravnopravnost ne može postići ako se smatra da se prema ženama treba postupati točno jednako kao i prema muškarcima ako žele biti ravnopravne muškarcima. To bi značilo da se prema ženama treba postupati prema muškim normama.

Takav pristup – uzimanje muškaraca kao „uobičajene norme“ ne bi uzeo u obzir razlike između muškaraca i žena. Ako pravila, očekivano ponašanje, običaji i načini na koje se stvari rade budu isti za žene i muškarce, onda će žene biti u nepovoljnijem položaju zbog razlika koje postoje između žena i muškaraca. Dakle, ovakav pristup uglavnom naglašava da ravnopravnost ne znači biti isti niti jednostavno zažmiriti na postojeće razlike.

Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena promiče stvaran model ravnopravnosti koji naglašava važnost jednakih prilika u smislu jednakih prava žena i muškaraca na resurse. Ali Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena ide i dalje i naglašava da se djelovanje pojedine države na osiguravanju ljudskih prava žena i muškaraca treba mjeriti osiguranom jednakošću rezultata. Članak 2. Konvencije CEDAW obvezuje države da osiguraju ostvarivanje prava u praksi. Postojanje čvrstih politika samo na papiru nije dovoljno. Konvencija CEDAW države smatra odgovornima za ono što ostvaruju u smislu stvarnih promjena za žene.

Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena jasno kaže da u mnogim slučajevima samo formalna ravnopravnost nije dovoljna za postizanje jednakih prilika u stvarnom životu, samim time što žene i muškarci nisu isti. Među njima postoje značajne biološke razlike (žene rađaju djecu, primjerice), a te su razlike dodatno naglašene rodnim razlikama (društveno uvjetovanim razlikama između onoga što se smatra muškim ili ženskim, koje se prenose predajom, procesima socijalizacije i ideologijom). Rodne razlike dovode do poimanja „normalnosti“, i pretpostavki o ženskim i muškim ulogama u društvu, o tome za što je tko sposoban, za što je tko zainteresiran, i što tko treba. Bilo da je riječ o biološkim (spolnim) razlikama ili društveno stvorenim (rodnim) razlikama između muškaraca i žena, one dovode do asimetričnog iskustva žena u pogledu:

☒ nejednakosti, i

☒ nepovoljnog položaja.

Stoga je za postizanje stvarne ravnopravnosti potrebno imati politiku i zakonske propise koji uzimaju u obzir razlike između muškaraca i žena, i osigurati da te razlike budu na primjeren način prihvaćene. Takav pristup sadrži i neke opasnosti, budući da uzimanje u obzir razlika između muškaraca i žena nije nužno povoljno za žene. Ono može imati čak i diskriminatorni učinak, iako mu to nije namjera.

Dva su glavna načina na koje se u politici ili u pristupu može odgovoriti na rodne razlike. Jedan je protekcioniistički pristup, koji promatra te razlike i reagirajući na njih nastoji ograničiti aktivnosti, dužnosti i slobode žena, uz obrazloženje da je takvo ograničavanje nužno kako bi se žene „zaštitile“ od nedaća ili štete. Protekcioniistički pristupi općenito su prilično opasni, budući da se oni ne suprotstavljaju diskriminaciji na temelju spola, već reproduciraju prikaze ženstvenosti kao izvor slabosti i ranjivosti. Tipičan primjer protekcioniističkog pristupa je zabrana zapošljavanja žena za rad u noćnim smjenama,

koja je uistinu raširena. Iako takva zabrana naizgled štiti žene od nesigurnog okruženja i neugodnih situacija, zapravo je riječ o ograničavanju prava žena na rad, i prihvaćanju neprovjerene stvarnosti u kojoj je noć osobito opasno doba za žene, dok su muškarci dovoljno snažni za rad u svako doba.

Drugi pristup, koji bismo mogli nazvati materijalnim pristupom, uviđa da ako želimo dobrobit ravnomjerno podijeliti na žene i muškarce, onda nužno moramo promijeniti neravnopravne odnose moći između muškaraca i žena. Takav pristup ne traži samo jednake prilike za žene, već i jednak pristup tim prilikama. Stoga politike i zakonski propisi moraju osigurati sljedeće:

- povoljne uvjete u obliku osnovnih socijalnih i gospodarskih potpornih usluga, kako bi žene imale pristup ponuđenim prilikama (čl. 3.). Na primjer: dječji vrtići, prijevoz, pristup informacijama, stanovanje, izgradnja sposobnosti
- pozitivne mjere u obliku privremenih posebnih mjera čiji je cilj omogućiti ženama da prevladaju povijesne prepreke, kao i one prepreke koje su rezultat dugotrajne muške dominacije u sustavu. Te mjere moraju prepoznati potrebe žena koje proizlaze iz takvih uvjeta u kojima je pristup bio društveno onemogućen.

Ovaj pristup prihvaća da se prema ženama i muškarcima ne može u svim okolnostima postupati jednako, te da će se za postizanje stvarne ravnopravnosti prema ženama i muškarcima možda trebati postupati različito.

Sažimajući ovaj pristup ravnopravnosti, možemo reći da država ima obvezu osigurati:

- jednakost prilika
- jednakost pristupa prilikama, i
- jednakost rezultata.

Izazov predstavlja kako znati kada treba uzeti u obzir razlike i odlučiti o prikladnim mjerama za različito postupanje koje će omogućiti jednaki pristup, ostvarenje i jednake rezultate. To je potrebno učiniti ne dovodeći u pitanje zahtjev za ravnopravnošću i jednakošću kao zakonskom normom.

Načelo zabrane diskriminacije

Još jedno načelo ugrađeno u Konvenciju o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena je načelo zabrane diskriminacije. To se načelo temelji na shvaćanju da je diskriminacija društveni konstrukt te da no niti ona nije nužno niti prirodno načelo međuljudske interakcije. Sva je nejednakost u potpunosti rezultat ljudskog djelovanja.

Što je diskriminacija?

Prema čl. 1. Konvencije CEDAW, diskriminacija je:

(...) svaka razlika, isključenje ili ograničenje učinjeno na osnovi spola kojemu je posljedica ili svrha da ženama ugrozi ili onemogućí priznanje, uživanje ili korištenje ljudskih prava i osnovnih sloboda na političkom, gospodarskom, društvenom, kulturnom, građanskom ili

drugom području, bez obzira na njihovo bračno stanje, na osnovi jednakosti muškaraca i žena.

Ova definicija jasno propisuje da čak i ako neki zakonski propis ili politika nemaju namjeru onemogućiti ženi ostvarenje prava, oni i dalje predstavljaju diskriminaciju ako imaju takav učinak.

Ni pojam zabrane diskriminacije ne zadržava se na formalnoj neutralnosti. Povijesna i tradicionalna diskriminacija ne može se prevladati jednostavnim otvaranjem vrata koja su prethodno ženama bila zatvorena. Samo smanjenje formalnih prepreka neće automatski dovesti do pristupa. Stoga i u ovom području treba uvesti privremene posebne mjere odnosno pozitivne mjere kako bismo pomogli da se ispravi učinak prošle diskriminacije.

Konvencija CEDAW prihvaća da činjenica da su se ženama dugo uskraćivala prava na gospodarski i društveni razvoj i dalje utječe na zastupljenost žena na odlučujućim položajima i visokim radnim mjestima. Zbog toga Konvencija premošćuje tradicionalnu podjelu na građanska i politička i socioekonomska prava i koristi se mjerama i u području zakonodavne i u području razvojne politike u svrhu promicanja prava žena.

Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena u središte pozornosti stavlja odnos moći između žena i muškaraca na svim razinama, uključujući obitelj, zajednicu, tržište i državu, pa čak i međunarodnu razinu.

Konvencija ruši podjele na privatnu i javnu sferu i proširuje tipične obveze države u području ljudskih prava, određujući da kršenje prava žena u privatnoj sferi predstavlja kršenje ljudskih prava. Konvencija odbacuje pojam „podređenosti ili nadređenosti“ jednog ili drugog spola, kao i stereotipne uloge žena i muškaraca (čl. 5.).

Načelo obveze države

Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena obuhvaća načelo obveze države.

Kad neka država postane stranka potpisnica Konvencije CEDAW, time dobrovoljno prihvaća niz pravno obvezujućih dužnosti s ciljem uklanjanja diskriminacije žena i postizanja ravnopravnosti muškaraca i žena.

Prilično intenzivna obveza sastavljanja izvješća u sklopu Konvencije omogućava rad sustava praćenja (u četverogodišnjim ciklusima), a služi i kao stalni podsjetnik na zadaće ugrađene u Konvenciju pa samim time može dovesti do promjena i pozitivnog razvoja situacije.

Države pristupanjem Konvenciji CEDAW stječu odgovornosti koje se odnose na žene a iz kojih se ne mogu povući. Država odgovara i na nacionalnoj i na međunarodnoj razini za ono što je službeno obećala ratificirajući Konvenciju.

Obveze države uključuju:

- sprječavanje diskriminacije
- zabranu diskriminacije

- prepoznavanje i odštetu za diskriminaciju
- određivanje kazne za diskriminirajuće postupanje
- praćenje ženskih prava
- promicanje ženskih prava i ravnopravnosti proaktivnim mjerama
- ubrzavanje postizanja *de facto* ravnopravnosti.

„Ova publikacija izrađena je uz pomoć Europske unije.

Sadržaj ove publikacije isključiva je odgovornost Ureda za ravnopravnost spolova Vlade Republike Hrvatske i Instituta za zdravstvo i socijalnu skrb Republike Finske te ne odražava nužno gledišta Europske unije.“