

Seminarski priručnik
— Pomoćni materijali
za pripremu za
nastavu na predmetu
Antidiskriminacijsko pravo u
pravnom poretku Europske
unije

AUTOR: GORAN SELANEC, S.J.D.



[Centar za]mirovne[studije]

ZAGREB, SRPANJ 2013.

IZDAVAČ

Centar za mirovne studije

ZA IZDAVAČA

Cvijeta Senta

AUTOR

Goran Selanec

LEKTURA

Nevena Erak

KOREKTURA

Cvijeta Senta

DIZAJN

kuna zlatica

TISAK

Kerschhoffset Zagreb d.o.o.

NAKLADA

1000

**ZAHVALJUJEMO PRAVNOM FAKULTETU SVEUČILIŠTA U ZAGREBU I PROF. DR. SC. SINIŠI
RODINU TE SVIM STUDENTICAMA I STUDENTIMA POLAZNICIMA KOLEGIJA.**

**CIP ZAPIS DOSTUPAN U RAČUNALNOM KATALOGU NACIONALNE I
SVEUČILIŠNE KNJIŽNICE U ZAGREBU POD BROJEM 849800.
ISBN 978-953-7729-18-9**

Zagreb, srpanj 2013.



OVA PUBLIKACIJA NASTALA JE U SKLOPU PROVEDBE PROJEKTA “JAČANJE ORGANIZACIJA CIVILNOG DRUŠTVA ZA UČINKOVITU PROVEDBU I PRAĆENJE PROVEDBE ANTIDISKRIMINACIJSKE POLITIKE U RH” FINANCIRANOG KROZ PROGRAM PRETPRISTUPNE POMOĆI EU – IPA 2008 EUROPSKE UNIJE KOJEG PROVODI CENTAR ZA MIROVNE STUDIJE. STAVOVI IZNESENI U NJOJ NE PREDSTAVLJAJU SLUŽBENI STAV EUROPSKE UNIJE VEĆ SU ISKLJUČIVO STAJALIŠTE IZDAVAČA.



URED ZA UDRUGE REPUBLIKE HRVATSKE

Sadržaj

Uvod — 5

Temeljni preduvjeti antidiskriminacijskih jamstava
u pravnom poretku Europske unije — 6

Načelo jednakosti kao temelj pravnog poretka
Europske unije i njezinih članica — 8

Jamstvo zabrane izravne diskriminacije – temeljno
antidiskriminacijsko jamstvo — 10

Jamstvo zabrane neizravne diskriminacije – jamstvo
stvarne jednakosti ili produženje zabrane izravne
diskriminacije — 14

Pozitivne mjere – obrnuta diskriminacija ili načelo
stvarne jednakosti — 16

Uznemiravanje — 18

Načelo učinkovite antidiskriminacijske zaštite i
preraspodjela tereta dokazivanja — 21

Priprema za ispit — 23

Hipotetski predmet — 25

Dodatne korisne upute — 29

O autoru — 32

Uvod

Seminarski priručnik zamišljen je kao pomoćno sredstvo u pripremi studenata za nastavu na predmetu *Antidiskriminacijsko pravo u pravnom poretku Europske unije*. Uz priručnik na nastavi će se koristiti i Zbirka izabranih presuda. Najveći dio presuda koje će se obrađivati na nastavi preveden je i uvršten u Zbirku presuda.

U seminarskom priručniku nabrojane su nastavne jedinice od kojih se sastoji predmet *Antidiskriminacijsko pravo u pravnom poretku Europske unije*. Za svaku nastavnu jedinicu označeni su zadaci koje studenti trebaju ispuniti prije same nastave. Zadaci se sastoje od pripreme unaprijed određenih presuda. Sve presude također se mogu naći na stranici katedre za Europsko javno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu (http://www.pravo.unizg.hr/EJP/courses/seminar_rodin).

Za svaku nastavnu sastavljena su i konkretna pitanja koje bi bilo korisno imati na umu pri pripremi sudskih presuda za nastavu, odnosno, pri pripremi za sudjelovanje na konkretnom nastavnom satu. Nastava će se izvoditi pomoću tzv. „sokratske“ metode. U tom smislu priprema prema pitanjima navedenim za svaku nastavnu cjelinu bit će od značajne koristi.

Priručnik također sadrži i materijal koji služi pripremi za ispit na predmetu *Antidiskriminacijsko pravo u pravnom poretku Europske unije*.

Temeljni preduvjeti antidiskriminacijskih jamstava u pravnom poretku Europske unije

CILJ

Cilj prve nastavne jedinice jest obraditi načela izravne primjenjivosti i nadređenosti prava EU, te osnovna pravila o dosegu prava EU unutar kojega se antidiskriminacijska jamstva EU ostvaruju. Poznavanje navedenih načela nužno je za potpuno razumijevanje dosega i učinaka antidiskriminacijskih jamstava unutar pravnog poretka EU i nacionalnih pravnih poredaka njenih članica. Štoviše, u nastavnoj jedinici raspravit će se važna uloga antidiskriminacijskih sudskih sporova u razvoju temeljnih načela EU pravnog poretka.

PRIPREMA:

Za raspravu tijekom nastavne podsjetite se na temeljne postavke EU pravnog poretka:

- Načelo izravne primjenjivosti
- Načelo neizravnog učinka
- Načelo nadređenosti
- Načelo učinkovite pravne zaštite

Što od hrvatskih sudova zahtijeva načelo izravne primjenjivosti EU prava? Koje su vrste propisa prava EU izravno primjenjive? Što znači termin horizontalan izravni učinak? Kada se pred nacionalnim sudom možete izravno pozvati na pozvati odredbu direktive? Koje karakteristike mora imati odredba prava EU kako bi bila izravno primjenjiva? Zašto Sud pravde Europske unije inzistira na širokom poimanju pojma tijelo državne vlasti? Možete li navesti što je ključno kako bi se neki pravni subjekt smatrao tijelom državne vlasti za potrebe primjene prava EU?

U slučaju da se izravno primjenjiva odredba direktive nađe u sukobu s čl. 14. Ustava Republike Hrvatske, što upravno tijelo mora učiniti u takvom slučaju? Jesu li sve odredbe pravnog poretka nadređene EU svim odredbama pravnog poretka RH? Obrazložite razloge na kojima počiva načelo nadređenosti. Mora li redovni sud zastati s postupkom i uputiti pitanje Ustavnom sudu o ustavnosti hrvatskog zakonskog propisa ako utvrdi da je neka zakonska odredba suprotna direktivi? Smije li? Mora li u takvom slučaju zastati s postupkom i uputiti zahtjev za prethodnim tumačenjem Sudu pravde Europske unije? Smije li?

Što od suda zahtijeva načelo neizravnog učinka? Na koju se vrstu propisa primjenjuje načelo neizravnog učinka? Što sud mora učiniti kada se odredba nacionalnog prava ni na koji način ne može „prijateljski protumačiti kako bi se izbjegao sukob s odredbom prava EU?

Navedite tri klasična načina kojima biste mogli pokušati zaobići doktrinu prema kojoj se stranke u sporu između privatnih pravnih subjekata ne mogu izravno pozvati na odredbu direktive? Biste li mogli iskoristiti načelo jednakosti u postupanju kako biste zaobišli ovu doktrinu?

Mora li prvostupanjski sud zastati s postupkom i zatražiti prethodno tumačenje od Suda pravde ako stranke smatraju da nije jasno na koji način treba tumačiti i primjenjivati neku odredbu prava EU? Koji je sud Republike Hrvatske sud zadnje instance u smislu Ugovora o funkcioniranju Europske unije?

Odgovaraju li države članice za krivu transpoziciju direktive u svoj nacionalni pravni poredak? Kome i kako? Odgovaraju li države članice za krivu primjenu prava EU od strane nacionalnih sudova? Navedite uvjete odgovornosti države za štetu nastalu krivom primjenom EU prava.

Jesu li načelo jednakosti u postupanju i temeljne tržišne slobode funkcionalno povezani? Je li moguće izraziti ugovornu zabranu uvođenja mjera s ekvivalentnim učinkom fiskalnim nametima kao zabranu nejednakog postupanja?

Načelo jednakosti kao temelj pravnog poretka Europske unije i njezinih članica

Nastavna jedinica posvećena je položaju načela jednakog postupanja unutar pravnog poretka Europske unije. Studenti će kroz analizu sudske prakse Suda Europske unije (SEU) upoznati razvojni put načela jednakog postupanja od primarno ekonomskog cilja do temeljnog načela pravnog poretka Europske unije. Studenti će upoznati formalne pravne izvore – EU, VE, RH - u kojima se nalaze različiti oblici ovog načela odnosno antidiskriminacijska jamstva. Također će se razmatrati utjecaj načela jednakog postupanja na doseg prava EU prema onim područjima u kojima su države članice zadržale regulatornu nadležnost.

SUDSKA PRAKSA

Sudjelovanje na nastavnoj jedinici zahtijeva pripremu sljedećih odluka:

C-43/75 *Defrenne*

C-555/07 *Kücükdeveci*

C-262/88 *Barber*

C-267/06 *Maruko*

PRIPREMA ZA NASTAVU

Za raspravu na nastavi pripremite odgovore na sljedeća pitanja:

Što znači da načelo jednakosti u postupanju ima status temeljnog načela pravnog poretka EU? Kakve je učinke načelo jednakosti u postupanju proizvelo u predmetu *Mangold*? Kakve je učinke načelo jednakosti u postupanju proizvelo u predmetu *Kücükdeveci*? Mogu li se građani i građanke koji se smatraju diskriminiranim izravno pozivati na načelo jednakosti u postupanju kao na pravo koje je izravno primjenjivo pred nacionalnim sudovima? Kada određeni spor ulazi u doseg prava EU? Kakvu utjecaj na primjenjivost načela ima Povelja temeljnih prava Europske unije?

U kojem je predmetu Sud pravde prvi put zauzeo stajalište da načelo jednakosti u postupanju ima status temeljnog načela pravnog poretka EU? Usporedite predmete *Kücükdeveci* i *Defrenne II* te argumentirajte ulogu načela jednakosti u postupanju u jednom i u drugom predmetu.

Zašto je u odluci *Barber* Sud inzistirao na širokom tumačenju pojma plaća iz tadašnjeg čl. 119. Ugovora o europskoj ekonomskoj zajednici (današnji čl. 157. Ugovora o funkcioniranju EU)? Kakva je uloga načela jednakosti postupanja u takvom pristupu? Povucite paralele između odluka *Defrenne II*, *Barber* i *Kücükdeveci*. Što im je zajedničko?

Objasnite temporalne učinke presude *Barber*. U kojem je pozitivnom propisu Sud našao ovlast za takav zaključak, tj. presudu? Možete li navesti razloge zbog kojih je Sud inzistirao na temporalnom aspektu presude *Barber*?

Objasnite što znači da načelo jednakosti u postupanju ima status temeljnog (ljudskog) prava? U kojem je predmetu Sud pravde prvi put zauzeo stajalište kako načelo jednakosti u postupanju ima status temeljnog prava? Pročitajte predmet *C-13/94 P v S*. Na koji je način načelo jednakosti u postupanju utjecalo na ishod tog predmeta? Možete li naći zajedničke temelje presudama *P v S* i *Maruko*? Ograničava li stajalište koje je Sud zauzeo u paragrafu 59. presude *Maruko* mogućnost država članica da uređuju pitanje braka kako smatraju poželjnim? Uzmete li u obzir njegov status temeljnog prava, argumentirajte kakav bi bio ishod u predmetu *Maruko* da Njemačka nije odredila istospolne zajednice kao usporedive bračnim zajednicama.

Jamstvo zabrane izravne diskriminacije – temeljno antidiskriminacijsko jamstvo

Nastavna jedinica upoznat će studente s osnovnim elementima jamstva zabrane izravne diskriminacije i izazovima koje ono stavlja pred sudove u stvarnoj praksi. Nastavna jedinica bavi se pitanjima namjere, svjesnosti, odnosno, uvjetovanosti diskriminatornog postupanja; relevantnosti komparatora za primjenu jamstva; načinima dokazivanja izravne diskriminacije; razlikama između kaznenopravne i građanskopravne zabrane izravne diskriminacije, itd. Navedena pitanja obrađivat će se ponajprije kroz analizu postojeće sudske prakse. U tom smislu studenti će upoznati nekoliko doktrinarnih pristupa primjeni ovih načela koje se mogu naći u praksi Suda Europske unije (SEU). Također će upoznati način na koji se ovo načelo primjenjuje u praksi hrvatskih sudova.

PRIPREMA ZA NASTAVU:

Za sudjelovanje na nastavi potrebno je ponoviti presude C-43/75 *Defrenne*, C-267/06 *Maruko*, C-555/07 *Kücükdeveci* te pripremiti sljedeće presude: C-177/88 *Dekker*, C-381/99 *Brunhoffer*, C-54/07 *Firma Feryn NV*

Opišite svojim riječima pristup kojim se Sud pravde Europske unije koristi kada odlučuje o sporovima temeljem tužbi radi izravne diskriminacije? Postoji li razlika između pristupa koji Sud koristi u predmetu *Kücükdeveci* i predmetu *Dekker*? Postoji li razlika između pristupa u predmetu *Brunhoffer* i onog u predmetu *Kücükdeveci*? Je li moguće opravdati izravnu diskriminaciju u predmetu *Brunhoffer*? Je li moguće opravdati izravnu diskriminaciju u predmetu *Kücükdeveci*? Zašto?

Slažete li se da se prema definiciji iz Direktive 2006/54, Direktive 2000/78 i Direktive 2000/43 izravna diskriminacija sastoji od sljedećih sastavnica:

- nepovoljno postupanje
- komparator (osoba drugog spola, rase, dobi itd. u sličnom položaju)
- uvjetovanost diskriminatornom osnovom (veza između nepovoljnog postupanja i pripadnosti tužitelja društvenoj skupini koja uživa antidiskriminacijsku zaštitu)?

Identificirajte svaki od ova tri elementa u presudama koje ste trebali pripremiti za nastavnu jedinicu.

Što znači da je postupanje nepovoljno? Je li postupanje nepovoljno svaki put kada mi osobno mislimo (subjektivno) da nam je povrijeđen neki interes? Postoji li neki objektivni kriterij prema kojem određujemo kad je nešto nepovoljno i koliko je nepovoljno? Kojim propisom je definiran taj kriterij? Je li nepovoljnost samostalna ili referentna karakteristika? Možemo li procijeniti je li i koliko je nešto nepovoljno a da se ne uspoređujemo s nekim (komparator)? Odredite nepovoljno postupanje u predmetu *Feryn*.

Je li komparator neophodan element jamstva zabrane izravne diskriminacije? Koja je uloga komparatora u predmetu *Dekker*? Koja je uloga komparatora u predmetu *Feryn*?

Komparator odražava aristotelovsko načelo jednakog postupanja koje zahtjeva da postupamo „sa sličnima slično, s različitima različito“. Znete li neki domaći propis koji se temelji na aristotelovskom načelu? Smatrate li aristotelovsko načelo pravičnim? Zašto?

Zašto sličnost zahtijeva sličnost? Zašto je dosljednost vrednota? Dosljednost promiče status quo. Nije li dosljednost konzervativna karakteristika? Zašto je *status quo* poželjno stanje? Kako odrediti „neutralno“ mjerilo sličnosti odnosno različitosti? Kako odrediti „iskonsko“ (apsolutno) referentno polazište (status)? Od nebrojeno mnogo karakteristika koje nas čine osobom, koje nas čine sličnima a koje nas čine različitima?

Ako se kao osobe formiramo u okruženju gdje neki imaju pristup poželjnim društvenim dobrima (materijalna sredstva, politički utjecaj, zdravstvena zaštita, obrazovanje, radna mjesta), a drugi nemaju nećemo li postojeće razlike prihvaćati kao „normalne“ odnosno „neutralne“? Ako je određena skupina imala pristup društvenim koristima i dobrima duži povijesni period i stekla znatnu društvenu prednost dok je druga skupina bila društveno podređena, neće li dosljednost sačuvati takvo stanje (održati status quo)?

Zašto je mjerilo „pravičnog“ postupanja komparator koji ima osiguran povlašten položaj u društvu? Ako je referentno mjerilo stvar političkog kompromisa a ne apsolutne istine, neće li referentno mjerilo održavati interese onih koji

imaju lakši pristup institucijama društvene moći? Znači li to da su te osobe vrednije od onih koje nisu toliko „povlaštene“, „sposobne“ ili „sretne“? Je li društvena monokromnost (a s njome i asimilacija) poželjnija od društvene različitosti? Kako „pravično“ postupati prema različitostima? Kako odrediti odnose između „različitosti“?

Aristotelovska formula zahtijeva referentno mjerilo sličnosti i različitosti. Kako danas određujemo je li netko sličan? Kako određujemo je li netko zaslužio biti upisan na fakultet, je li zaslužio dobiti napredovanje, je li zaslužio biti izabran u Sabor? Kako odrediti „zaslugu“ (merit)? Je li zasluga pravično referentno mjerilo? Jesmo li se svi rodili jednako inteligentni, s jednakom sposobnošću koncentracije, jednako brzi, jednako fizički jaki? Jesmo li se svi rodili u jednake društvene okolnosti – jednake ekonomske uvjete u porodici, jednaku sklonost roditelja do potiču obrazovanje, jednaku sklonost porodice brizi za zdravlje? Ako u romskoj zajednici doktor romskog etniciteta u očima zajednice zasluhuje veće povjerenje od doktora pripadnika dominantne bjelačke većine hrvatskog etniciteta koja tu zajednicu povijesno isključuje iz društvenih koristi, nije li i rasa/eticitet oblik zasluge? Je li zasluga empirijski (objektivni) ili društveni (politički) konstrukt?

Aristotelovsko načelo ima oblik formule. Ima li oblik sam po sebi neku vrijednost? Zbog čega je aristotelovska formula izuzetno privlačna sudovima?

Aristotelovsko načelo zasniva se na konceptu funkcionalne razmjernosti. Svaka stvar mora naći svoju „sredinu“ (ne imati nečeg previše (+), niti premalo (-)) kako bi ostvarila svoju svrhu. Slijedi da je sličnost ili različitost odnos proporcionalnosti. Je li načelo jednakog postupanja istovjetno načelu razmjernosti?

Što znači da je nepovoljno postupanje uvjetovano nekom diskriminatornom osnovom? Je li postupanje uvjetovano ako je tuženik namjerno šteti tužitelja zato jer pripada određenoj društvenoj skupini? Je li postupanje uvjetovano ako je tuženik inzistirao na kriteriju raspodjele (npr. duljina radnog staža) koji tužitelj nije mogao ispuniti jer kao pripadnik društvene skupine koja je dugo bila društveno diskriminirana nije mogao naći posao? Treba li tuženik odgovarati za subjektivnu uvjetovanost (namjera)? Treba li odgovarati za objektivnu uvjetovanost (strukturna diskriminacija)? Zašto? Treba li tuženik odgovarati ako nije bio svjestan svoje subjektivne diskriminatorne motivacije

(neosvijesteni stereotip)? Treba li tuženik odgovarati ako je bio svjestan da će zbog strukturalne diskriminacije značajno veći broj diskriminirane skupine ostati isključen iz neke koristi i zbog toga se opredijelio za sporni kriteriji raspodjel? Treba li odgovarati ako je bio svjestan, ali to nije bila njegova glavna, odnosno, jedina motivacija? Treba li poslodavac odgovarati ako je temeljio svoju odluku o zapošljavanju na racionalnom stereotipu (npr. vjerojatnije je da će na rodiljni otići žena od 26 godina nego žena od 37 godina) motiviranom ekonomskim interesom, a ne predrasudom?

Je li poslodavac u predmetu *Feryn* mogao opravdati svoje diskriminatorno postupanje? Kako se *Feryn* poslodavac razlikuje od onog u predmetu *Kücükdeveci*? Zašto je poslodavac u predmetu *Dekker* odgovarao iako je kao zamjenu zaposlio drugu ženu?

Postojli li komparator u predmetu *Dekker*? Postoji li u predmetu *Kücükdeveci*? U *Ferynu*? U *Brunhofferu*? Zašto u nekim predmetima ima, a u nekima nema komparatora? Može li postojati diskriminacija, a da se ne utvrdi komparator? Za što nam služi komparator kada odlučujemo o diskriminaciji?

Kakva je uloga načela razmjernosti u presudi *Brunhoffer*? Kakva je uloga načela razmjernosti u presudi *Kücükdeveci*?

Koristi li Sud isti pristup u primjeni jamstva zabrane izravne diskriminacije u predmetima koje ste pripremili za ovu nastavnu jednicu? Obrazložite.

Jamstvo zabrane neizravne diskriminacije – jamstvo stvarne jednakosti ili produženje zabrane izravne diskriminacije

Nastavna jedinica upoznat će studente s osnovnim elementima jamstva zabrane neizravne diskriminacije i izazovima koje ono stavlja pred sudove u stvarnoj praksi. Studenti će se baviti pitanjima navodne neutralnosti postupanja, neravnomjernosti učinka postupanja, važnošću rodno osjetljivih statistika pri dokazivanju neizravne diskriminacije, testom razmjernosti i njegovom ulogom pri opravdavanju neizravno diskriminirajućih postupanja. Kao i u prethodnoj jedinici, studenti će navedena pitanja obrađivati kroz konkretne sudske predmete gdje će uvidjeti različita tumačenja i načine primjene ovog jamstva u stvarnoj praksi.

PRIPREMA ZA NASTAVU

Za nastavu je potrebno pripremiti sljedeće presude:

C-170/84 Bilka

C-167/97 Seymour-Smith

Nakon što ste pročitali odluke u predmetima *Bilka* i *Seymour-Smith* slažete li se sa sljedećom strukturom jamstva zabrane neizravne diskriminacije:

- prividno neutralna norma, kriteriji ili praksa
- nepovoljan učinak mjere za vidno viši udio pripadnika jednog spola
 - pokazati nerazmjer između pripadnika različitih skupina *koji ne mogu* zadovoljiti sporni zahtjev
- uvjet objektivnog opravdanja
 - objektivni razlozi nevezani uz spol (cilj mjere)
 - stvarna poslovna potreba za mjerom
 - razmjernost mjere
 - prikladnost mjere za postizanje cilja
 - nužnost mjere

Što znači da neravnomjerni učinak mora odražavati *znatno veći udio* osoba jedne skupine koje *ne mogu* zadovoljiti sporni kriteriji? Kako odrediti udio? Kada je udio *znatno* veći? Je li relevantan udio onih koji mogu zadovoljiti?

Sastoji li se statistička skupina u kojoj određujemo udio od istih članova za

svaki predmet? Određujemo li relevantni udio u antidiskriminacijskim postupcima na tržištu rada u ukupnom broju zaposlenih kod konkretnog poslodavca? U ukupnom broju zaposlenih kod tuženika koji imaju odgovarajuće kvalifikacije? U broju zaposlenih u posebnoj radnoj jedinici/radnom mjestu kod poslodavca? U ukupnoj radnoj snazi s odgovarajućim kvalifikacijama na tržištu ili određenom sektoru djelatnosti? U ukupnoj radnoj snazi na tržištu?

Kako biste procijenili je li određena razlika u statističkim postocima značajna? Što znači pojam „značajno“? Radi li se o kvantitativnom mjerilu? Je li za vas razlika od 30% razlika koja upućuje da bi poslodavac bio odgovoran za diskriminaciju? A razlika od 12%? Pretvorite 12% u konkretne brojke na statističkim skupinama različite veličine. Naprimjer, ako je kod poslodavca zaposleno ukupno 100 muškaraca i 100 žena, od čega 3 muškarca i 15 žena ne može zadovoljiti sporni kriterij, smatrate li to značajnom razlikom? Što ako je zaposleno 1000 muškaraca i 1000 žena od čega 30 muškaraca i 150 žena ne mogu zadovoljiti kriterij? Je li razlika od 120 osoba značajna? Je li pojam „značajno“ kvalitativno mjerilo? Zašto je u odluci *Seymour-Smith* Sud našao kako i mala, ali dugotrajna razlika može predstavljati *prima facie* diskriminaciju? Što znači da je razlika, bez obzira koliko mala, statistički relevantna?

Što znači da je mjera razmjerna? Jeste li se susretali s uvjetom razmjernosti u hrvatskom pravnom poretku? Kada je cilj kojim se opravdava mjera s nerazmjernim učinkom legitiman? Mora li to biti cilj koji ima neku posebnu društvenu vrijednost? Je li cilj legitiman ako diskriminacija sama nije svrha mjere?

Može li neki generalni cilj kao što je, naprimjer, ostvarivanje financijske koristi biti legitiman cilj u smislu opravdanja neravnomjernog učinka?

Što znači da je mjera sposobna ostvariti svoj cilj? Kako se procjenjuje sposobnost mjere da ostvari cilj? Stvarnim doprinosom mjere ostvarenju cilja? Ako da, u kojem obujmu (postotku)? Procjenom razumnosti tuženikove pretpostavke da je mjera imala potencijal doprinijeti ostvarenju cilja?

Što znači da je mjera bila nužna? Da stvarno nije postojalo niti jedno drugo sredstvo koje je isti cilj moglo postići, ali s manje štetnih posljedica za interese konkretne skupine? Da je tuženik imao dobrih razloga misliti kako nije postojala takva mjera? Da nije bila nužna zato jer je korist koja dolazi od mjere manja u odnosu ukupne štetne posljedice koje mjera proizvodi? Tko određuje ima li neki interes veću ili manju vrijednost?

Pozitivne mjere – obrnuta diskriminacija ili načelo stvarne jednakosti

Nastavna jedinica obrađuje oblike i pravni položaj mjera kojima se na proaktivan način pokušava ostvariti tzv. stvarna jednakost pripadnika društvenih skupina koje se tradicionalno nalaze u društveno nepovoljnijem položaju, odnosno, koje nemaju jednaku mogućnost koristiti se dobrobitima koje društvo pruža pripadnicima dominantne društvene skupine. Studenti će upoznati različite vrste pozitivne akcije te različita doktrinarna shvaćanja mjera pozitivne akcije. Analizirati će praksu SEU koja se odnosi na različite oblike kvota kao najdalekosežnijeg oblika pozitivne akcije. Također će usporediti doktrinarni pristup SEU s hrvatskim zakonskim rješenjima, ali i doktrinarnim shvaćanjima ESLJP.

PRIPREMA ZA NASTAVU

Za sudjelovanje na nastavi pripremite sljedeće presude:

C-158/97 Badeck

C-407/98 Abrahamsson

Smatrate li da je pozitivna akcija fer? Zašto? Je li jednako kada kriterije poput rase ili spola upotrebljavate kako biste poboljšali položaj društvene skupine koja je kroz povijest bila izložena sustavnoj diskriminaciji u nekoj zajednici i kada ga upotrebljavate kako bi pripadnike „manjinske“ skupine isključili iz redovnih društvenih odnosa? Jesu li kriteriji rase ili spola ikada legitimni kriteriji odlučivanja? Jesu li ikad relevantni za obavljanje nekog društvenog zadatka poput obrazovanja ili ispunjavanje radnog odnosa? Je li u skladu sa načelom osobnog dostojanstva ako se odluke o nečijem interesu donose na temelju kriterija koji nisu rezultat izbora i kontrole pojedinca?

Koji je smisao pozitivne akcije? Kompenzacija za štetu počinjenu u prošlosti kada je diskriminacija bila dozvoljena? Pravična preraspodjela? Jednako raspodjela društvenih koristi između svih društvenih skupina? Što je legitimni cilj pozitivnih mjera prema obrazloženju Suda u presudi *Badeck*? Pročitajte presudu *Marschall* koji Sud citira.

Koja je razlika između jednakosti rezultata i jednakosti prilika? Je li moguća jednakost prilika ako na odluke utječu prekrivene predrasude ili neosvijeste-

ni stereotipovi? U presudi *Feryn* Sud je naglasio obeshrabrujući učinak javno izrečene predrasude odnosno stereotipa od strane poslodavca. Nema li dosljedno nizak prag uspješnosti kod upisa u obrazovne institucije ili zapošljavanja, odnosno, napredovanja na tržištu rada jednaki učinak? Kako prekinuti taj začarani krug ako se klasični antidiskriminacijski instrumenti (izravna i neizravna diskriminacija) nisu pokazali učinkovitim sredstvima? Je li društvena različitost vrednota? Je li demokratičnija, odnosno, produktivnija okolina (zajednica) u kojoj su zastupljenje sve društvene skupine sa svojim posebnim perspektivama na društvene odnose ili zajednica u kojoj su svi „slični“? Hoće li prikrivene predrasude ili neosvijesteni stereotipi doći teže do izražaja u postupcima odlučivanja gdje su zastupljene sve društvene skupine ili će raznolikost biti „smokvin list“ za njihov utjecaj?

Sud smatra kako prednost koja je dana kandidatu koji pripada podzastupljenoj skupini i koji je jednako kvalificiran kao kandidat društveno privilegirane skupine predstavlja „automatsku i bezuvjetnu“ mjeru koja je diskriminatorna. Objasnite kako mjera koja uvjetuje pružanje prednosti jednakim stupnjem kvalifikacija predstavlja „automatsku i bezuvjetnu“ prednost. Kada mjera nije automatska i bezuvjetna?

Od kojih se elemenata sastoji „spašavajuća klauzula“? Koji je smisao spašavajuće klauzule? Čije interese štiti spašavajuća klauzula? Što su to „specifični razlozi karakteristični za konkretnog pojedinca“? Zašto bi odsluženje vojnog roka ili duže razdoblje nezaposlenosti s kojim je bio suočen pripadnik privilegirane društvene skupine trebalo imati veću društvenu težinu od uklanjanja diskriminatornih prepreka koje perpetuiraju podređeni položaj manjinske društvene skupine? Koja je vrednota važnija od vrednote stvarne društvene jednakosti?

Primjenjuje li Sud jednako strogu kontrolu kada se radi o raspodjeli prilika za obrazovanje i stručno usavršavanje i kada se radi o zapošljavanju ili napredovanju? Objasnite. Bi li se Sud trebao koristiti različitim stupnjevima kontrole u ove dvije vrste raspodjela društvenih prilika? Zašto?

Uznemiravanje

Nastavna jedinica obradit će uznemiravanja kao poseban oblika diskriminacije. Studenti će upoznati različite vrste i različite oblike uznemiravanja. Razmotrit će se razvoj ovog antidiskriminacijskog jamstva kroz komparativnu sudsku praksu. Studenti će se baviti pitanjima kao što je namjera, uvjetovanost uznemiravanja, neprijateljsko radno okruženje, itd. Posebna pažnja bit će posvećena pitanju zaštite dostojanstva kao obilježju koje je karakteristično za poimanje ovog jamstva u pravnom poretku Europske unije. Problematizirat će se odnos ovog antidiskriminacijskog jamstva i drugih temeljnih sloboda kao što su sloboda izražavanja.

PRIPREMA ZA NASTAVU:

Za sudjelovanje na nastavi potrebno je pripremiti sljedeće presude:
Odluka 15 Pnz-6/10/27 Županijskog suda u Zagrebu
Oncale v. Sundowner Offshore Services Inc., SCOTUS 523 U.S. 75 (1998)
(<http://www.law.cornell.edu/supct/html/96-568.ZO.html>)

Pročitajte definiciju uznemiravanja u Zakonu o ravnopravnosti spolova, Zakonu o suzbijanju diskriminacije i u tri antidiskriminacijske Direktive.

Slažete li se da se prema definiciji uznemiravanje sastoji od sljedeće 4 komponente:

- neželjeno ponašanje
- uvjetovano spolom
- predstavlja povredu dostojanstva
- stvara „neprijateljsko okruženje“?

Što bi sve trebalo uzeti u obzir kako biste procijenili je li neko ponašanje bilo neželjeno? Kako ocjenjujemo „neželjenost“? Postoji li neki društveni (opće-prihvaćen) standard prema kojem ocjenjujemo je li ponašanje neželjeno? Možemo li se pri procjeni osloniti na standard „prosječne osobe“ ili „razumne osobe“? Gdje je definiran standard „razumne osobe“? Tko ga je definirao? Možemo li „neželjenost“ procijeniti na temelju osobnog doživljaja žrtve? Nije li poanta jamstva zaštititi žrtvu od neželjenog postupanja?

Je li nepoželjnost ponašanja isto što i suglasnost sa ponašanjem? Može li osoba biti suglasna sa ponašanjem koje je za nju nepoželjno?

Je li samo ponašanje sa seksualnim sadržajem spolno uznemiravanje? Je li svako ponašanje sa seksualnim sadržajem na radnom mjestu spolno uznemiravanje? Zašto su vicevi o plavušama „spolno uvjetovano“ ponašanje kad se ne odnose na sve žene? Je li „screensaver“ koji se sastoji od erotskih fotografija muškaraca na radnom mjestu na kojem radi muškarac spolno uvjetovano uznemiravanje? Prema kome? Što ako je muškarac heteroseksualne orijentacije? Imaju li „screensaveri“ koji se sastoje od erotskih fotografija muškaraca na radnom mjestu na kojem radi žena i „screensaver“ koji se sastoji od erotskih fotografija žena na radnom mjestu na kojem radi muškarac istu težinu?

Koja je uloga komparatora? Zašto je uznemiravanje diskriminacija ako definicija ne sadrži komparatora? Je li komparator skriven negdje u definiciji? Ako poslodavac biseksualne orijentacije jednako uznemirava i zaposlenike i zaposlenice, radi li se o spolnoj diskriminaciji? Radi li se ovdje o spolnoj ili seksualnoj diskriminaciji? Jesu li spol i seksualnost iste stvari? Jesu li različite stvari? Što je poveznica između spolnog uznemiravanja žena od strane muškaraca i spolnog uznemiravanja muškaraca od strane muškaraca?

Kako se povrijedi nečije dostojanstvo? Što je dostojanstvo? Je li ono kolektivni osjećaj ili subjektivni? Je li dostojanstvo „jedno jedino“, „zajedničko“ i „univerzalno“ ili svako ima neko „svoje“, „specifično“, „subjektivno“, „osobno“ dostojanstvo? Je li povreda nečije samopercepcije i svoje osobne vrijednosti/važnosti povreda dostojanstva? Je li povreda nekog općeprihvaćenog poimanja dostojanstva uistinu povreda dostojanstva ako ga navodna žrtva ne percipira kao takvog?

Nabrojite što više primjera radnji koje smatrate spolnim uznemiravanjem? Kada „radno okruženje“ postaje neprijateljsko? Što ako neke članice radnog okruženja, za razliku od vas, ne smatraju specifično ponašanje uvredljivim za sebe kao žene? Je li svako nepoželjno ponašanje dovoljno ozbiljno ili dalekosežno kako bi ga se moglo smatrati neprihvatljivim? Što ako je neko ponašanje samo za sebe malo značajno, ali se učestalo ponavlja? Mora li ponašanje sadržavati seksualne konotacije kako bi stvorilo neprijateljsko okruženje?

Predstavlja li predmet 15 Pnz-6/10/27 klasičan primjer uznemiravanja? Zašto su tužitelji u tom predmetu inzistirali na uznemiravanju? Gdje je granica između slobode izražavanja i uvrede koja predstavlja povredu dostojanstva? Može li govor u javnom prostoru stvoriti neprijateljsko okruženje? Postoji li razlika između situacije gdje poslodavac vrijeđa na radnom mjestu i situacije gdje neka javna osoba vrijeđa kroz medije? Je li predmet *Feryn* također primjer uznemiravanja? Kakvu je ulogu imala sloboda izražavanja u odluci *Feryn*? Odredite učinke radi kojih je Sud smatrao da postupanje poslodavca u predmetu *Feryn* predstavlja diskriminaciju? Nađite dio presude *Feryn* koji se odnosi na povredu dostojanstva.

Načelo učinkovite antidiskriminacijske zaštite i preraspodjela tereta dokazivanja

Nastavna jedinica posvećena je načelu raspodjele tereta dokazivanja kao jednom od najvažnijih instrumenata podrške učinkovitoj uporabi antidiskriminacijskih jamstava. Studenti će upoznati razvojni put ovog postupovnog jamstva kao i različite načine njegove primjene u slučajevima koji se odnose na različite oblike diskriminacije. Unutar ove nastavne jedinice studenti će također analizirati niz praktičnih načina dokazivanja diskriminacije kao jednog od najizazovnijih segmenata antidiskriminacijske zaštite u stvarnoj praksi.

PRIPREMA ZA NASTAVU:

Za sudjelovanje na nastavi pripremite sljedeće presude:

C-109/88 *Danfoss*

C-127/92 *Enderby*

Proizlazi li iz presuda *Enderby* i *Danfoss* da tužitelj ima pravo tužiti za diskriminaciju bez navođenja ikakvih dokaza, odnosno, da je sav teret dokazivanja na tuženiku? Promiču li odluke *Danfoss* i *Enderby* prebacivanje tereta dokazivanja na tuženika ili (pre)raspodjelu tereta dokazivanja između tužitelja i tuženika?

Zašto je načelo „tko tuži, dokazuje“ općeprihvaćeni standard sudovanja? Koja je svrha načela preraspodjele tereta dokazivanja? Zašto je preraspodjela neophodna? Koji je ključni element jamstva zabrane diskriminacije? Što je potrebno dokazati kako bismo uspjeli u postupku u kojemu tužimo radi diskriminacije? Je li moguće dokazati kako se sporno postupanje ili odluka tuženika ne temelji ni na jednom objektivnom razlogu nevezanom uz diskriminatornu osnovu?

Što je to *prima facie* diskriminacija? Kada nastaje *prima facie* diskriminacija? Kada nastaje *prima facie* diskriminacija kod jamstva zabrane izravne diskriminacije, a kada kod jamstva zabrane neizravne diskriminacije? Navedite primjere činjenica koje bi mogle služiti kao dokaz *prima facie* diskriminacije kod jamstva zabrane izravne diskriminacije. Može li neravnomjerni statistički učinak biti dokaz *prima facie* diskriminacije u postupku povodom tužbe radi izravne diskriminacije? Ako je netransparetnost postupka odlučivanja

činjenica na temelju koje nastaje *prima facie* diskriminacija, znači li to da svi pravni subjekti koji donose važne odluke o našim interesima imaju pozitivnu obvezu osigurati nam uvid u sve podatke temeljem kojih su donijeli spornu odluku?

Što mora dokazati tuženik nakon što je nastala pretpostavka *prima facie* diskriminacije? Koji prag dokazne vjerojatnosti mora zadovoljiti tuženik? Je li dovoljno da tuženik dokaže kako je *razumno* pretpostaviti da je neki razlog nevezan uz diskriminatornu osnovu temelj spornog postupanja ili odluke? Je li dovoljno da tuženik dokaže kako nije bio motiviran predrasudom? Je li dovoljno da dokaže kako na njegovu odluku nije utjecao stereotip?

Ima li načelo preraspodjele tereta dokazivanja ikakvih učinaka na strukturu postupka pred sudom? Ima li tužitelj obvezu izvoditi daljnje dokaze ako je predstavio činjenice iz kojih je moguće prepostaviti da je do diskriminacije moglo doći? Kako će tužitelji znati da je predstavio činjenice iz kojih je moguće prepostaviti da je do diskriminacije moglo doći?

Priprema za ispit

Kako biste položili ovaj predmet, dobit ćete zadatak riješiti hipotetski slučaj. U materijalima ćete naći primjer hipotetskog slučaja koji je poslužio kao ispit na ovom predmetu.

Formalni uvjeti koje mora zadovoljiti vaš pismeni ispit su sljedeći:

Dužni ste napisati antidiskriminacijsku tužbu za hipotetski predmet. Tužba mora zadovoljavati sljedeće uvjete:

- Tužba mora zadovoljavati sve uvjete koje Zakon o parničnom postupku propisuje za valjanost tužbe (uzmite u obzir da su nedavno na snagu stupile izmjene Zakona o parničnom postupku).
- Tužba mora sadržavati:
 - Ime tužiteljice, ime tuženika, naziv nadležnog suda, datum, mjesto.
 - Tužbeni zahtjev: pravni osnov na kojem podnosite tužbu sudu (ZPP i/ili ZSD), zakonsko antidiskriminacijsko jamstvo ili jamstva koje smatrate povrijeđenim (Zakon o ravnopravnosti spolova, odgovarajuće EU pozitivno pravo) i zadovoljštinu koju tražite od tuženika (npr. isprika, nalog da ukloni diskriminirajuću praksu, naknadu štete, itd).
 - Argumentirano obrazloženje *svakog elementa tužbenog zahtjeva* (ako smatrate da je povrijeđena zabrana nekog antidiskriminacijskog jamstva obrazložite svoju tvrdnju temeljem relevantnih pravnih normi, sudske prakse i relevantnih činjenica konkretnog slučaja).
 - Za svaku tvrdnju o povredi antidiskriminacijskog jamstva navedite koje dokaze namjeravate koristiti (npr. komparator, statistički podaci, iskustvo, svjedoci, istraživanja itd.) i tko od stranaka je dužan dokazati koju činjenicu.
 - Imajte na umu nove odredbe ZPP-a o pripremnom ročištu (svrha pripremnog ročišta je da se točno odrede pravna jamstva čiju povredu treba dokazati, dokazna sredstva kojima će se povreda dokazivati, raspodjela tereta dokazivanja i odgovarajući redoslijed izvođenja dokaza).
- Očekuje se da tužba ima alternativne diskriminacijske zahtjeve, tj. izaberite barem dva antidiskriminacijska jamstva (npr. izravna diskriminacija, uznemiravanje ili neizravna diskriminacija) za koja ćete tvrditi da ih je tuženi povrijedio.

- Koristite dostupnu praksu Suda pravde Europske unije (citirati broj odluke, skraćeno ime uz uobičajene brojčane oznake i relevantne odlomke na koje se oslanjate).
- Tužba može imati najviše 8 stranica (Font: Courier New, 12; razmak 1.5).

Hipotetski predmet

PREDMET: MARIJA HORVAT V. HRVATSKA ČIPKA D.O.O.

Svjetski poznati proizvođač i lanac prodavaonica ženskog donjeg rublja „Ruffle“ otvorio je u Zagrebu svoj prvi dućan u samom centru grada. Površina prodavaonice iznosi 800 kvadratnih metara. Vrijednost uloženog kapitala u poslovanje u Republici Hrvatskoj iznosi 2,5 milijuna eura. Ulaskom na hrvatsko tržište Ruffle je kroz novoosnovano trgovačko društvo Hrvatska čipka zaposlio 61 osobu – 30 prodavačica (sve žene), 14 osoba podrške u dućanu (4 čistačice i 2 čistača, 5 skladištara, 3 tehničara), 7 administratora (4 žena i 3 muškarca), 3 pravnik (2 žene i 1 muškarca), 4 marketinška stručnjaka (3 žene i 1 muškarac), 3 IT tehničara (sve muškarci). Na čelu novoosnovanog trgovačkog društva upravni je odbor od 3 osobe (sve muškarci) i nadzorni odbor od 5 osoba (4 muškarca i 1 žena).

Imajući u vidu određenu konzervativnost hrvatskog tržišta u pogledu ove vrste robe, Ruffleov hrvatski marketinški odjel odlučio je što više moguće demistificirati iskustvo kupovine donjeg rublja i učiniti ga što normalnijim i pristupačnijim iskustvom za hrvatske kupce. U tu svrhu odlučili su uvesti prodajnu politiku prema kojoj svaka prodavačica u dućanu nosi vidljivi bedž blizu svojeg desnog ramena. Na svakom bedžu navedeno je ime prodavačice, obujam njezinog prsnog koša i broj grudnjaka koji odgovara tom obujmu u skladu sa Ruffleovim univerzalnim mjerilima. Bedževi imaju svoju posebnu boju ovisno o konkretnoj veličini grudnjaka što omogućava lagano snalaženje po dućanu koji je dijelom organiziram i prema veličini odjevnog predmeta tako da različite police nose različite boje ovisno o veličini robe na policama. U skladu s ovakvom prodajnom politikom Ruffle je također po fizičkim karakteristikama (visina, težina, obujam struka, obujam ramena, obujam prsnog koša) zaposlio vrlo raznoliku strukturu prodavačica smatrajući da će na taj način, uspoređujući se sa sličnom prodavačicom, kupci lakše pronaći veličinu koja im odgovara.

Sve osobe koje su zaposlile u dućanu bile su unaprijed upoznate s ovom prodajnom strategijom prije sklapanja ugovora o radu. Ruffle je svojim prodavačicama osigurao izuzetno visoke plaće za hrvatske prilike i potražnja za ovim radnim mjestom vrlo je visoka.

Usprkos navedenom gđa Marija Horvat je nakon 14 mjeseci rada kao Ruffleova prodavačica pravnoj službi priložila zahtjev da je oslobode obveze nošenja bedža. Gđi Horvat smeta nekoliko učinaka ove prodajne strategije. Smeta je što ju kupci, bez obzira na njihov spol, redovno doživljavaju kao „lutku“ koju odmjeravaju „od glave do pete“ i javno raspravljaju o njezinim tjelesnim proporcijama. Posebno je smeta činjenica da uz „stvarne kupce“ u prodavaonicu učestalo dolaze osobe muškog spola čija je jedina namjera uspoređivati i komentirati poprsja prodavačica. Navodi kako se stoga osjeća poput konobarice u bar-lancu „Hooters“, koji svoje mušterije privlači zapošljavajući konobarice većeg obujma grudi.

Pravna služba odbila je njezin zahtjev navodeći kako je gđa Horvat bila svjesna ove strategije u trenutku kada je sklapala ugovor o radu. Pravna služba također navodi kako je usporedba s barom „Hooters“ neprimjerena jer Ruffle zapošljava žene svih tjelesnih karakteristika, a ne samo žene većih grudi, upravo stoga kako bi svojim kupcima (a to su u preko 90% slučajeva žene) pokazao kako jednako cijeni i jednako je spreman udovoljiti svakoj osobi bez obzira na njezine fizičke karakteristike. Stoga drže kako stajalište gđe Horvat nije fer jer ne uvažava ovakvo gledanje na vrstu usluge kojom se Ruffle bavi, odnosno, kako je nelagoda koju gđa Horvat osjeća izraz njezina osobnog shvaćanja ženskog tijela i simbolike vezane uz ovu vrstu odjevnih predmeta. U pogledu osoba koje u prodavaonicu ulaze s isključivom namjerom kako bi uspoređivali i komentirali fizičke proporcije prodavačica, pravna služba navodi kako se uglavnom radi o muškim osobama mlađe dobi ili određenom broju muških osoba koje predstavljaju tzv. socijalne slučajeve, odnosno, kako je vrlo brzo primijetila ovaj oblik neprimjerenog ponašanja. U tom smislu Ruffle je ubrzo nakon otvaranja prodavaonice unajmio usluge zaštitarske službe čiji je jedan od temeljnih zadataka osigurati okruženje bez ovakvog neprimjerenog ponašanja. Štoviše, svi zaštitari koji rade u prodavaonici prošli su poseban tečaj gdje im je objašnjena prodajna strategija Rufflea i važnost koju Ruffle pridaje dostojanstvu i zadovoljstvu svake zaposlene osobe. Ruffle je svjestan kako zaštitari neće biti u stanju uvijek spriječiti ovakve oblike neprimjerenog ponašanja i da će se prodavačice ponekad morati suočavati s ovakvim ponašanjima osoba na koje Ruffle ne može drugačije odgojno utjecati. No cijeneći kako je dostojanstveno odnošenje prema ovakvim ispadima radna vještina, Ruffle ju je ubrojio u vrijednost rada koje te osobe obavljaju i prikladno je novčano nadoknadio kroz plaću.

Gđa Horvat nije bila zadovoljna ovakvim odgovorom i sukladno odredbama Zakona o radu pravnoj je službi predala zahtjev za zaštitu prava radnika smatrajući da je sporna praksa čin spolne diskriminacije.

Ruffle je gđi Horvat odgovorio u roku propisanom Zakonom o radu. U odgovoru stoji kako je upravni odbor razmotrio njenu pritužbu, ali ju je u skladu sa pravnom analizom pravne službe našao neosnovanom. Odgovor kao obrazloženje navodi nekoliko argumenata.

Prvo, pritužiteljica je bila svjesna strategije koju smatra spornom prije sklapanja ugovora o radu. Stoga nije u dobroj vjeri što se tek sada, nakon 14 mjeseci, pritužuje na praksu koje je bila svjesna od samog početka.

Drugo, novčana naknada za rad koju prodavačice primaju značajno je viša od naknade koju primaju zaposlenici ili zaposlenice u sličnim prodavaonicama. Svjestan da bi njegova prodajna strategija od prodavačica mogla zahtijevati veći trud nego onaj što ulažu prodavači i prodavačice u drugim prodavaonicama, Ruffle je primjenjujući jamstvo jednakih plaća za rad jednake vrijednosti osigurao značajno unosniju plaću za svoje zaposlenice u prodaji. Štoviše, iako ne trebaju imati niti srednju stručnu spremu, njihove plaće podjednake su plaćama koje u tom društvu primaju osobe sa višom stručnom spremom (administrativna služba), odnosno osobe s visokom stručnom spremom na nižim (početničkim) pozicijama u pravnoj odnosno marketinškoj službi.

Treće, tvrdnja kako se radi o spolnoj diskriminaciji pravno je neodrživa jer jamstvo diskriminacije od tužitelja zahtjeva da dokaže kako se tuženik prema njemu odnosio nepovoljnije nego prema slično situiranoj osobi suprotnog spola. U konkretnom slučaju nema slično situirane osobe suprotnog spola te ovakva situacije ne ulazi u opseg zabrane spolne diskriminacije. Iako zakon dopušta tužitelju da se u određenim slučajevima oslanja na tzv. hipotetskog komparatora, ni to nije moguće u ovom slučaju. Naime, iz ciljeva prodajne strategije koju pritužiteljica smatra diskriminatornom – demistifikacija usluge prodaje intimnih odjevnih predmeta, približavanje iskustva kupovine ovih predmeta kupcima što je više moguće, što veća normalizacija, tj. uklanjanje konzervativnih prohibitora iz komunikacije između kupaca i prodajnog osoblja – vidljivo je kako bi Ruffle istu strategiju primijenio i pri prodaji muškog donjeg rublja da se time bavi. Nema razloga smatrati da Ruffle ne bi u takvom

slučaju od muških prodavača zahtijevao da nose slične bedževe na kojima stoji obujam donjeg dijela njihova trbuha ili srednjeg dijela njihovih bokova.

Četvrto, Ruffle je poduzeo sve mjere kako bi osigurao da u njegovoj prodavaonici ima što manje neprimjerenog ponašanja. Iz takve prakse jasno proizlazi kako je Ruffle zadovoljio sve zahtjeve koje proizlaze iz načela razmjernosti u postupanju prema zaposlenicima, što samo dodatno pokazuje kako na njegovoj strani ne postoje nikakve predrasude ili stereotipi prema ženama te se stoga u konkretnom slučaju nikako ne radi o diskriminatornom postupanju na temelju spola.

Suočena s ovakvim odgovorom gđa Horvat nije bila sigurna uživa li njezin povrijeđeni osobni ljudski osjećaj da se radi o diskriminaciji i pozitivno pravnu podršku te se društvu obratila za pravni savjet.

Dodatne korisne upute

Kada pripremate tužbu, bilo bi korisno voditi računa o sljedećim pitanjima:

Postoji li u konkretnom predmetu uvjerljivi stvarni komparator kojeg biste mogli koristiti u konkretnom slučaju kako biste uspjeli u pogledu tužbenog zahtjeva koji se temelji na izravnoj diskriminaciji.

Kako zakonska definicija u sebi sadrži uvjet da osobe moraju biti „u sličnoj situaciji“, ne čini se oportunim ignorirati pitanje odgovarajućeg komparatora bez obzira smatrate li da je komparator esencijalan ili tek tehnički element koncepta izravne diskriminacije. Iskustvo nam govori kako u hrvatskom pravnom sustavu prevladava formalizam prema kojem sudovi često inzistiraju na određenim uvjetima ili obrascima postupanja bez nekog dubinskog razumijevanja tih elemenata. Slijedom toga, uvijek je oportuno imati pripremljenu strategiju koja će učinkovito odgovoriti na takav formalizam.

U konkretnom predmetu ne postoji muški komparator koji obavlja identičan posao kao i gđa Horvat. No usprkos toga javlja se nekoliko mogućih kandidata za stvarnog komparatora.

Razvijte argumentaciju kojom bi mogli uvjeriti sud kako su zaštitari i/ili tehničari i/ili voditelji prodavaonice prikladan komparator gđi Horvat. Drugim riječima, obrazložite zašto je moguće tvrditi da je Ruffle trebao istovjetno postupiti prema ovim muškim zaposlenicima kao i prema gđi Horvat, tj. zašto se oni nalaze u dovoljno sličnoj situaciji u kontekstu ovog konkretnog predmeta.

Pritom pripremite odgovore na sljedeće dileme:

Je li relevantno što muški zaposlenici koji rade u prodavaonici ne rade isti posao kao i prodavačice? Odnosno, zašto je u kontekstu antidiskriminacijskog jamstva jednakih plaća za rad iste vrijednosti važno dokazati da ove osobe obavljaju „dovoljno sličan“, tj. jednako vrijedan rad, a mi bismo u kontekstu ovog predmeta tvrdili kako to nije bitno, tj. da činjenica da ne obavljaju isti posao ne znači da nisu dovoljno slične?

Što je problematično u ponašanju kojem je gospođa Horvat bila izložena u prodavaonici od strane posjetitelja?

Što je problematično u odnosu u kojem potencijalni kupci koriste tjelesne konture prodavačica kako bi lakše prepoznali proizvod koji im treba? Ne jamči li Ruffle takvom prodajnom praksom pojednostavljenu i precizniju uslugu svojim kupcima? Nije li jednostavna i precizna usluga odraz „bona fide“ ispunjenja ugovora s kupcima čime se izražava poštovanje prema njima i njihovoj novčanoj protučinidbi? Nije li to svrha ugovornog odnosa i tržišta utemeljenog na slobodnoj ugovornoj razmjeni između gospodarskih aktera? Što je problematično u tome da prodavačice služe kao „pomoć“ za ostvarenje tako učinkovitog ugovornog odnosa? Koliko je aktera u ugovornom odnosu? Koja je osnovna definicija ugovornog odnosa? Gdje smjestiti gđu Horvat u tu definiciju ugovornog odnosa?

Što je problematično u odnosu koji „drugi“ posjetitelji imaju prema prodavačicama? Što je problematično u tome da „mlađe muške osobe“ posjećuju prodavaonicu kako bi kako bi raspravljali i uspoređivali poprsja prodavačica? Što je tako strašno u tome da nezaposleni muškarci slabijeg imovinskog statusa dolaze u prodavaonicu kako bi pokušali udvarati prodavačicama? Ne komentiraju li muškarci žene na ovaj način svakodnevno bez obzira nosi li netko bedž ili ne? Nije li to nešto s čime se žene učestalo susreću pa su dobrim dijelom i oguglale na takvo ponašanje? Nije li to stvar kućnog odgoja i društvene etike? Jesu li poslodavci uzrok neodgoja i nepristojnog ponašanja? Ne naglašavaju li mnoge žene svoje tjelesne karakteristike računajući da će na taj način privući pažnju? Ako značajan broj žena ističe svoje tjelesne karakteristike računajući na njihov erotizirani efekt, što je problematično kod Rufflove prakse koja cilja upravo na nešto drugačije – „osloboditi“ tjelesne karakteristike od seksualnih tabua?

Kakve je učinke bedž imao na percepciju prodavačica o sebi samima? Jesu li one to shvatile „samo“ kao prodajnu strategiju? Jesu li trebale shvatiti kao „samo“ prodajnu strategiju ako ih je Ruffle unaprijed upoznao s marketinškim ciljem (detabuizacijom) te strategije? Jesu li usprkos tome što ih je Ruffle upoznao sa svojom namjerom detabuizacije prodavačice mogle imati drugačije shvaćanje te prakse koje je drugačije od Ruffleova? Zašto?

Je li bitno za rješenje spora da je Ruffle možda uistinu imao iskrenu namjeru detabuizacije ove vrste usluge? S obzirom da su pri sklapanju radnog odnosa prodavačice bile dobro upoznate s dobrim namjerama ove strategije, koje su i određenu potvrdu dobile kroz visinu plaće, ne znači li to da činjenica što

gđa Horvat vidi ovu strategiju kao nešto problematično i ponižavajuće samo pokazuje kako je to njena osobna percepcija koja ne mora biti takva? Nije li tužeći Ruffle temeljem svoje osobne percepcije prodajne strategije gđa Horvat implicitno priznala da nije u stanju postići cilj (pridonijeti detabuizaciji) radi kojeg je sklopljen radni odnos i tako ispuniti ugovor?

Je li nam bitno je li ili ne ovo mjera sposobna ostvariti taj cilj? Je li nam bitno postoji li ili ne neka druga mjera koja može pridonijeti ostvarenju cilja, ali s manje štetnih učinaka? Je li Ruffle mogao predvidjeti da će, ponajprije zbog ponašanja drugih, njegova mjera imati i te štetne posljedice na koje se žalila gđa Horvat? Kako je to mogao predvidjeti? Zašto je to uopće moguće predvidjeti? Je li poželjno da Ruffle odgovara za negativne učinke koje je njegova mjera prouzročila posredstvom ponašanja drugih iako je imao hvalevrijednu namjeru?

Je li gđa Horvat mogla predvidjeti te učinke pri sklapanju ugovora o radu? Je li ih trebala predvidjeti? Postoji li neki razlog zbog kojeg je gđa Horvat u drugačijoj situaciji od Rufflea? Ako bi bilo poželjno očekivati od Rufflea da predvidi ovakve posljedice i odgovara za njih, ne bi li također bilo poželjno očekivati i od gđe Horvat da ih predvidi i njima se ne izloži? Nema li gđa Horvat dužnost umanjiti moguću štetu ako je sposobna prepoznati rizik od određenog postupanja?

Ima li razlike između gđe Horvat i Rufflea u pogledu ove vrste odgovornosti ako: 1) Ruffle jest sposoban predvidjeti štetne učinke kao i gđa Horvat na temelju nekog ustaljenog obrasca društvene percepcije o ženama, i 2) Ruffle želi ostvariti profit kroz ovaj oblik prodaje kao i gđa Horvat svojim sudjelovanjem u Ruffleovu poduzetničkom pothvatu prodaje kroz radni odnos?

Sretno!

O autoru

Goran Selanec magistrirao je i doktorirao na University of Michigan Law School upravo u području europskog i komparativnog antidiskriminacijskog prava. Svoju specijalizaciju u području antidiskriminacijskog prava ostvario je pod mentorstvom uglednih imena kao što su prof. Daniel Halberstam, prof. Catharine MacKinnon, prof. Christopher McCrudden i prof. Brian Simpson. Niz godina predavao je Europsko javno pravno na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. U siječnju 2012. godine Sabor ga je izabrao na zamjenika pravnoravnateljice za ravnopravnost spolova Republike Hrvatske. Uz ovu dužnosničku poziciju i dalje je aktivan na Pravnom fakultetu i Ekonomskom fakultetu kao vanjski suradnik.