



STUDIJA O PRIMENI ZAKONA O ZABRANI DISKRIMINACIJE U SRBIJI



YUCOM
Komitet pravnika za ljudska prava

2017.

Izdavač

Komitet pravnika za ljudska prava - YUCOM

Kneza Miloša 4, 11103 Beograd

www.yucom.org.rs

Za izdavača

Milan Antonijević

Autor: Doc. dr Mario Reljanović

Dizajn i grafička obrada

Vizartis d.o.o.

Štampa

Štamparija Vizartis d.o.o.

29. novembra 11, 11460 Barajevo, Beograd

Tiraž: 200

ISBN 978-86-83209-73-6

Dr Mario Reljanović,
vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta "Union" u Beogradu

STUDIJA O PRIMENI ZAKONA O ZABRANI DISKRIMINACIJE U SRBIJI

2017.

Zadovoljstvo je bilo saradivati sa autorom i dati građu za istraživanje o diskriminaciji koju smo sakupljali u YUCOMu kroz svoju praksu organizacije koja štiti ljudska prava. Ljubomorno čuvanje dokumentacije o strateškim slučajevima koje smo vodili, bez obrade, slaganja, jasne metodologije ne postiže zadati cilj, a to je da se pokaže gde se Srbija danas nalazi, gde je uloženo dovoljno napora u borbi protiv diskriminacije, a gde nije, kao i da se vidi da li je taj napor proizveo određene posledice po društvo. Stoga smo se oslobodili ljubomore, ako smo je ikada i imali i podelili sve što kriju naše baze podataka.

Odgovor se nazire i na pitanje – kuda dalje, kao osnovno pitanje unapređenja poštovanja ljudskih prava i prevencije diskriminacije.

Ukoliko pravilno čitamo jasnu odredbu našeg Ustava da se dostignuti nivo ljudskih prava ne može smanjivati, biće nam značajni i podaci iz istraživanja koje sledi jer jednom osvojene slobode nisu zauvek osvojene, već se za njih uvek iznova treba i vredi boriti.

Nedavno, 20. oktobra 2017. godine Komitet pravnika za ljudska prava - YUCOM proslavio je dvadeset godina od osnivanja i pružanja besplatne pomoći građanima. Zakon o zabrani diskriminacije koji je negde na polovini tog puta, pre devet godina donet, obeležio je godine rada YUCOMa velikim brojem slučajeva, zastupanja po svim osnovima iz Zakona o zabrani diskriminacije.

U ovu publikaciju unosimo i napore, nedovoljno uspešne da pred sudom dokažemo diskriminaciju uz očigledan nedostatak razrađenih mehanizama i standarda pred domaćim sudovima. Dokazivanje diskriminacije, naročito posredne i dalje predstavlja naš najveći izazov u parničnom postupku.

Naglašavamo i jaku kampanju u medijima, u školama i drugim institucijama koje su organizacije za zaštitu ljudskih prava vodile, pojašnjavajući odredbe ovog zakona, uz velike otpore delova društva koji su ostali u devetnaestom veku, daleko od jednakosti i ljudskih prava. Taj zadatak je bio lakši uz nezavisnu instituciju Poverenika za zaštitu ravnopravnosti koja nam je od svog osnivanja do danas veliki saveznik u otvaranju svih pitanja diskriminacije u društvu koje je izašlo iz rata, iz urušenih vrednosti i sada se trudi da sustigne razvijene zemlje u poštovanju prava svojih građanki i građana, kao i onih koji se na njenoj teritoriji nađu.

Studija koja je pred vama donosi vam veliki broj podataka koje možete koristiti, a odgovore na pitanja kuda dalje, možemo zajedno dati, ali nakon čitanja ovog temeljnog rada.

Milan Antonijević, YUCOM

Zahvalnost za podršku u pripremi i izradi studije upućujemo organizacijama, organima i institucijama, kao i Timu za ljudska prava UN Srbija.

REZIME

Zakon o zabrani diskriminacije usvojen je 2009. godine. Procenjuje se da je, tokom osam godina njegove primene, pred srpskim sudovima pokrenuto oko 150 predmeta. Analiza koja je ovde predstavljena zasnovana je na reprezentativnom uzorku od 87 predmeta, prikupljenih pre svega iz pravne službe Poverenice za zaštitu ravnopravnosti i organizacije civilnog društva “Komitet pravnika za ljudska prava” (Yucom) iz Beograda.

Osnovna pitanja koja su obrađena tokom istraživanja tiču se toga do koje mere sudovi u Srbiji obrađuju i pravilno primenjuju koncepte koji su sasvim jasni u smislu međunarodno-pravne terminologije i kod kojih postoji malo ili nimalo prostora za odstupanje u nacionalnoj praksi. Oni uključuju definiciju i suštinsko razumevanje: neposredne i posredne diskriminacije; viktimizacije; uznemiravanja; “instruiranja” ili “podsticanja” na diskriminaciju; uskraćivanja razumnog prilagođavanja; “stvarnog i odlučujućeg uslova obavljanja posla”; prebacivanja/podele tereta dokazivanja; delotvornog pravnog leka; statistike i drugih načina dokumentovanja pritužbe; pitanja actio popularis.

Na osnovu analiziranih predmeta, većina onih koji se tiču diskriminacije a koji su bili predmet sudskog odlučivanja u Srbiji jesu predmeti iz oblasti radnog prava i socijalnog osiguranja. Od 87 analiziranih predmeta, 75 (86,2%) imalo je karakter radnih sporova, ili su bili povezani sa radnim i socijalnim pravima lica (član 16. Zakona o zabrani diskriminacije). Većina drugih predmeta (11,5%) ticala se uskraćivanja usluga, uključujući razumno prilagođavanje, i zagovaranja ili vršenja diskriminacije od strane državnih organa ili u toku postupka

koji se vodi pred državnim organima¹ (član 17. i član 13. tačka 2. Zakona o zabrani diskriminacije). Jedan predmet ticao se govora mržnje (član 11. Zakona o zabrani diskriminacije).

Republika Srbija ratifikovala je većinu relevantnih međunarodnih instrumenata protiv diskriminacije. Usklađivanje sa pravom EU još uvek nije u potpunosti uspešno i postoji nekoliko otvorenih pitanja da bi se ovaj zadatak izvršio.

Pravni okvir za zabranu diskriminacije u Srbiji temelji se na Ustavu Republike Srbije i razrađen je u velikom broju zakona. Opšti zakon antidiskriminacionog prava jeste Zakon o zabrani diskriminacije. Drugi važni zakoni u ovoj oblasti uključuju Zakon o zabrani diskriminacije osoba sa invaliditetom, Zakon o ravnopravnosti polova i Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina. Diskriminacija je zabranjena u mnogim posebnim zakonima koji pokrivaju određene aspekte socijalne interakcije i/ili zaštitu od diskriminacije. Važne odredbe u tom smislu sadrže Zakon o radu, kao i u Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom.

U analiziranom uzorku, sudovi su se samo u sedam odluka (što čini samo 8% od ukupno 87 predmeta) pozivali na međunarodne instrumente. U svih sedam odluka pominjali su Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, u tri slučaja pozivali su se na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, a u jednom su navedeni Evropska socijalna povelja i Uni-

* Tekst studije predstavlja prevod originalne verzije, koja je nastala na engleskom jeziku.

¹ Takva moguća diskriminatorna ponašanja mogla bi biti uskraćivanja nekih prava ili selektivna primena zakona na osnovu ličnog svojstva strane u upravnom ili sudskom postupku (npr. lokalna samouprava odbija, na osnovu političke pripadnosti, da izda građevinsku dozvolu iako su ispunjeni svi zakonski uslovi).

verzalna deklaracija o ljudskim pravima.

U većini ovih odluka, međunarodni instrumenti pomenuti su bez dalje elaboracije zbog čega su bili značajni za konkretan predmet.

Primena zakonskih definicija koje se odnose na diskriminaciju u sudskoj praksi u Srbiji veoma je nedosledna. Sudije izgleda nemaju dovoljno iskustva u oblasti antidiskriminacionog prava i često diskriminaciju shvataju kao neki nejasan konstrukt, filozofsko pitanje u širokom tumačenju, a ne kao pravno pitanje regulisano preciznim pravilima, konceptima i definicijama. Čini se i da postoje sudije koje su taoci predrasuda i stereotipa, i koji ne vide ništa loše u diskriminatorskom ponašanju – čime ga čine dozvoljenim i uobičajenim. Sudovi uglavnom ne razumeju pojam zaštićenih ličnih svojstava žrtve diskriminacije. Sudovi, na primer, nisu uspeli da uvide da postoji diskriminacija u slučaju u kome je to urađeno činom javnog objavljivanja radnih mesta samo za žene. Sudovi su takođe pogrešno shvatili ulogu “testera” u pitanjima vezanim za utvrđivanje diskriminacije. Isto tako, posredna diskriminacija do danas nije prepoznata u sudskim odlukama. U analiziranom uzorku nema predmeta koji su uključivali viktimizaciju, instruiranje ili podsticanje na diskriminaciju, stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla. Govor mržnje bio je predmet jednog analiziranog predmeta. Nedostatak znanja i iskustva dovodi do situacije da postoje primetne nedoslednosti u primeni antidiskriminacionog prava, čak i unutar istog suda. Ova pitanja treba rešavati kroz obuku i trajnu edukaciju sudija i drugih relevantnih pravnih praktičara.

Propust da se uznemiravanje kao oblik diskriminacije razlikuje od zlostavljanja na radu često je primetan u sudskoj praksi. Postoje primeri u kojima sudovi ne razlikuju zlostavljanje na radu i diskriminaciju, bez

obzira na različite pravne osnove i njihovu prirodu. U nekim presudama sudovi su ustanovili istovremeno postojanje zlostavljanja na radu i diskriminacije. U nekim slučajevima, međutim, sudovi nisu prepoznali da ne postoji diskriminacija bez ličnih svojstava tužioca kao motiv za diskriminatorno ponašanje, ili jednostavno navodeći da su zlostavljanje na radu i diskriminacija “dve različite pravne kategorije”.

Uskraćivanje razumnog prilagođavanja nije eksplicitno priznato kao oblik diskriminacije prema srpskom zakonodavstvu, onako kako se ono trenutno tumači. Međutim, postoje predmeti u kojima su osobe pokušale da odbrane svoja prava u vezi sa dostupnošću za osobe sa invaliditetom, na osnovu opšte zabrane diskriminacije i zabrane određenih oblika diskriminacije. Stav Vrhovnog kasacionog suda u jednom slučaju značajno relativizuje norme o uklanjanju arhitektonskih barijera i predstavlja, u stvari, legalizaciju (nezakonitih) praksi države koja ne obezbeđuje jednak pristup objektima u javnoj upotrebi, pod izgovorom da nema dovoljno sredstva za sprovođenje tih mera.

Sudovi ne primenjuju pravila o prebacivanju tereta dokazivanja u predmetima diskriminacije i ne pozivaju se na ova pravila prilikom saopštavanja svojih odluka. Od 87 analiziranih sudskih odluka, samo šest se pozivalo na dokazni postupak i detaljno objasnilo prebacivanje tereta dokazivanja ustanovljavajući mogućnost nezakonitog ponašanja tuženog. U većini predmeta, sudovi navode da tužilac jeste, ili nije, dokazao/la verovatnoću diskriminacije, odnosno da tužilac nije potkrepio(-la) svoje tvrdnje bilo kakvim dokazima, ne ulazeći u dalje detalje o tome kako i zašto prebacivanje jeste ili nije izvršeno.

Na osnovu podataka iz analiziranih predmeta,

privremene mere nisu uobičajene u parnici, a tužioci ih, izgleda, uglavnom ne zahtevaju.

U slučajevima kada su sudovi ustanovili diskriminaciju, koristili su mogućnost da preduzmu korake u cilju prevazilaženja posledica diskriminatornog postupanja kao dopunske mere, pored zabrane aktivnosti koja predstavlja pretnju diskriminacije, zabrane nastavljanja sa diskriminatornom aktivnošću ili zabrane ponavljanja diskriminatornih aktivnosti i/ili dodele materijalne i nematerijalne odštete. Izvinjenje kao vrsta pravnog leka nije u upotrebi. Međutim, u malom broju predmeta tuženi su sami izrazili žaljenje i izvinili se tužiocima u toku postupka pre nego što su sudovi doneli bilo kakvu odluku. U jednom slučaju, sud je obavezao tuženog da o svom trošku objavi presudu u dnevnom listu. U nekoliko drugih presuda, pored odluke da je došlo diskriminatornog postupanja, sudovi su obavezali tužene da “javno objave presudu”, bez ikakvih preciznih uputstava o tome kako ta obaveza treba da se izvrši.

Statistika kao način dokazivanja postojanja diskriminacije nije propisana zakonom. Jedna od posledica toga je da do sada nije korišćena u praksi. U nekoliko tužbi, tužioci su naveli opšte i nejasne insinuacije da prema njima nije postupano “slično kao prema svima ostalima”. Ove tvrdnje generalno nisu bile potkrepljene dokazima ili statističkim podacima.

Situaciono testiranje² je, sa druge strane, legitiman način prikupljanja dokaza o diskrim-

² “Situaciono testiranje” je čin u kome se osoba namerno izlaže diskriminatornom postupanju s namerom da neposredno verifikuje primenu propisa koji se odnose na zabranu diskriminacije (Član 46. stav 3. Zakona o zabrani diskriminacije). Dodatna literatura o situacionom testiranju: I. Rorive, *Proving Discrimination Cases – The Role of Situation Testing* (Dokazivanje slučajeva diskriminacije – uloga situacionog testiranja), MPG i Centre for Equal Rights, Stockholm-Brussels, 2009.

inatornoj praksi. Situaciono testiranje se ne koristi često – testerima su učestvovali u samo tri od 87 analiziranih predmeta.

Sudovi su imali problema kada su bili suočeni sa konceptom *actio popularis* i priznavanjem prava da pokrenu parnicu protiv diskriminatorne prakse uopšte, iako je to propisano Zakonom o zabrani diskriminacije.

Sudovi usko tumače svoje nadležnosti u postupku o diskriminaciji. Neki sudovi su pravilno presudili da sud opšte nadležnosti ne može da proceni zakonitost opštih akata poslodavaca, što je u nadležnosti Ustavnog suda, ali samo ako je pravo zaposlenog povređeno kao rezultat usvajanja ili primene tih opštih akata. Međutim, to ne može da se koristi kao “standard neodgovornosti” za aktivnosti i ponašanje poslodavaca. Praksa sudova po ovom pitanju nije dosledna i dokazano je da predstavlja prepreku u presuđivanju sudova u slučajevima posredne diskriminacije³.

Ne postoje pravila o odnosu između antidiskriminacionih propisa i drugih zakonskih propisa. Kao rezultat toga, sudije su ponekad primorane da preduzmu mere na osnovu ukrštanja odredbi antidiskriminacionih propisa i drugih relevantnih zakona (dajući pri tome prednost jednim ili drugima), što dovodi do pravne nesigurnosti i neobičnih/nepраведnih ishoda.

Iako se predmeti povodom diskriminacije smatraju naročito hitnim, njihov tok i postupci donošenja odluka ne razlikuju se od pravila opšte parnice. Međutim, čini se da su sudovi u mnogim, mada ne u svim slučajevima, efikasniji u predmetima povodom diskriminacije nego u drugim predmetima.

³ Vidi, na primer, presudu Apelacionog suda u Novom Sadu Gž. 254/14 od 14. februara 2014. godine, analiziranu u poglavlju 4.1 ovog izveštaja.

Predmeti povodom diskriminacije nemaju posebnu sudsku oznaku, tako da je veoma teško pratiti ih. Nije moguće utvrditi da li je u nekom predmetu reč o diskriminaciji samo gledajući njihove oznake i/ili referentne brojeve.

Na kraju, iako to nije bio eksplicitno predmet ove studije, kao što je već rečeno, veliki broj odredbi antidiskriminacionih propisa Republike Srbije zahtevaju izmene i dopune, jer trenutno odstupaju od normativnih zahteva. Stavovi koji su posebno u fokusu uključuju definiciju posredne diskriminacije u srpskom pravu, nedostatak odredbe o odbijanju razumnog prilagođavanja kao obliku diskriminacije, problematičnu definiciju diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije, kao i druga pitanja.

Ako antidiskriminaciono zakonodavstvo treba da ispuni očekivanja kao pravna forma u kojoj se osporava isključivanje, onda još uvek predstoji dug put u njegovom razumevanju i primeni, tako da čitave grupe žrtava mogu uopšte da imaju koristi od dometa ove oblasti prava – prava osmišljenog upravo da bi svima obezbedilo jednake uslove. U ovom trenutku, upravo one kategorije osoba koje su u izveštajima o ljudskim pravima u Srbiji najčešće označene posebno ranjive za diskriminisanje, kao posebno ranjive za diskriminisanje - kao što su Romi, osobe sa intelektualnim ili mentalnim poteškoćama, migranti i drugi –nema ju još uvek nikakvu korist od primene antidiskriminacionih , budući da se ove i druge marginalizovane grupe veoma retko pojavljuju u slučajevima koji dospevaju do suda. Antidiskriminaciono pravo je pravni izraz globalne posvećenosti ravnopravnosti; činjenica je da predmeti koji se tiču najviše isključenih grupa ni ne stižu do suda i to je praksa koju treba promeniti u bliskoj budućnosti.

Preporuke koje proizilaze iz zaključaka ove studije uključuju sledeće:

1. Reforma antidiskriminacionog pravnog okvira još uvek je potrebna u nekim oblastima;
2. Slučajeve diskriminacije treba eksplicitno pratiti i usaglasiti sudsku praksu;
3. Sudije treba da dobiju dodatnu edukaciju o antidiskriminacionom zakonodavstvu i primeni Zakona o zabrani diskriminacije;
4. Važno je da se uključe, podrže i ohrabre pripadnici ranjivih grupa i diskriminirani pojedinci i grupe da i u drugim oblastima, a ne samo onim koje se tiču radnih odnosa, traže i koriste svoje pravo na sudsku zaštitu prava na jednakost.

Sadržaj

REZIME	3
1. UVOD	8
2. Metodologija	9
3. NORMATIVNI OKVIR ZAKONA O ZABRANI DISKRIMINACIJE U SRBIJI	11
3.1 Međunarodni instrumenti protiv diskriminacije koje je Srbija ratifikovala/potvrdila	11
3.2 Nacionalni pravni okvir	12
3.3 Aspekti međunarodnih zakona protiv diskriminacije pogrešno ili neadekvatno preneti u nacionalni zakon	13
3.4 Praksa primene međunarodnih instrumenata	14
od strane sudova	14
4. PROBLEMATIČNI ASPEKTI U PRIMENI ZAKONA O ZABRANI DISKRIMINACIJE U SRBIJI	16
4.1 Neposredna i posredna diskriminacija	16
4.2 Viktimizacija	19
4.3 Uznemiravanje	19
4.4 Govor mržnje	22
4.5 Instruiranje na diskriminaciju	22
4.6 Uskraćivanje razumnog prilagođavanja	23
4.7 Uskraćivanje mera za stvaranje pristupačnog okruženja	23
4.8 Stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla	24
4.9 Prebacivanje/podela tereta dokazivanja.	24
4.10 Pravo na delotvoran pravni lek.	26
4.11 Statistika i drugi načini dokazivanja tužbenog zahteva	27
4.12 Actio popularis	28
5. DRUGI PROBLEMI KOJI NASTAJU TOKOM POKUŠAJA DA SE PRIMENI ZAKON O ZABRANI DISKRIMINACIJE U DOMAĆEM SISTEMU	30
5.1 Problem sa aktivnom legitimacijom i pravom da se	30
tuži poslodavac	30
5.2 Pitanja nadležnosti	31
5.3 “Složena parnica”	32
5.4 Nedoslednosti u praksi sudova	32
5.5 Trajanje postupaka	33
5.6 Praćenje predmeta diskriminacije i njihova statistika	34
6. NEKI PRIMERI SUDSKE PRAKSE	35
6.1 Poverenica za zaštitu ravnopravnosti protiv MMM Pizza Group - diskriminacija prilikom zapošljavanja po osnovu pola	35
6.2 S.A. protiv T.M. - diskriminacija pri zapošljavanju zasnovana na rodnu/bračnom stanju/ porodičnoj obavezi.	36
6.3 Poverenica za zaštitu ravnopravnosti protiv NFR – uskraćivanje usluge Romima	37
6.4 M.P. protiv Narodne banke Srbije – diskriminacija na radu na osnovu zdravstvenog stanja/ invaliditeta.	38
6.5 Pfajfer protiv Republike Srbije - diskriminacija na radu	39
7. ZAKLJUČCI I PREPORUKE	41

1. UVOD

U izveštajima za Srbiju, Ujedinjene nacije, Savet Evrope i druga tela za ljudska prava u više navrata su identifikovala da je diskriminacija među pitanjima od najvećeg prioriteta za delovanje.⁴ Potreba da se ojačaju mere za borbu protiv diskriminacije i da se jača uključivanje ranjivih i marginalizovanih grupa takođe ima istaknuto mesto u redovnom izveštavanju od strane Evropske unije o napretku Srbije u procesu pristupanja.⁵

U protekloj deceniji, Srbija je delovala u cilju jačanja nacionalnog antidiskriminacionog zakonskog okvira. Zakon o zabrani diskriminacije, usvojen 2009. godine, najznačajniji je poduhvat u ovoj oblasti i važan korak u transpoziciji međunarodnog prava ljudskih prava u domaći pravni poredak. Zakonom se, između ostalog, osniva služba Poverenika za ravnopravnost.

U periodu od njegovog usvajanja 2009. godine, slučajevi diskriminacije iznošeni su pred sud na osnovu tog zakona. Oko 15 predmeta podneto je sudu od strane nekadašnje Poverenice za zaštitu ravnopravnosti. Organizacije civilnog društva takođe su podržale žrtve diskriminacije preduzimanjem zakonskih mera da osiguraju prava koja su u skladu sa Zakonom iz 2009. godine, a koristile su i *actio popularis* u cilju osporavanja diskriminacije u okviru svoje uloge vezane za javni interes. Pretpostavlja se i da su i žrtve iznele pred-

4 Vidi, na primer najnoviji Univerzalni periodični pregled (UPP) za Srbiju: <http://www.ohchr.org/EN/HR-Bodies/UPR/Pages/RSSession3.aspx> i ECRI Izveštaj o Srbiji <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/country-by-country/serbia/SRB-CbC-V-2017-021-ENG.pdf>.

5 Vidi Izveštaj o napretku za Srbiju 2016: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2016/20161109_report_serbia.pdf.

mete putem svojih advokata ili drugih zastupnika. Do sada, međutim, nema detaljne procene o tome kako su sudovi odlučivali u takvim slučajevima i nema jasnog razumevanja pitanja u nadležnosti sudstva da bi se doneo dobro utemeljen sud u ovoj oblasti.

Delotvorna transpozicija međunarodnog i evropskog prava u oblasti zabrane diskriminacije posebno je relevantna i za pregled UN o ljudskim pravima, kao i za oblasti koje pokriva EU, uključujući posebno one vezane za poglavlja 23, 24 i 19.

Ova studija ima za cilj da ispita područja nedvosmislenog, utvrđenog zakona, uključujući: Kompetentnu i odgovarajuću primenu međunarodnih i regionalnih zakonskih definicija, uključujući, ali ne ograničavajući se na neposrednu i posrednu diskriminaciju, uskraćivanje razumnog prilagođavanja, uznemiravanje, instruiranje ili podsticanje na diskriminaciju, viktimizaciju i rasnu segregaciju, ako i kada je to relevantno;

Delovanje sudova u smislu tačnog zaključivanja o mogućem nejednakom postupanju na osnovu predstavljenih dokaza;

Delovanje sudova u shvatanju i pravilnoj primeni prebacivanja/deljenja tereta dokazivanja;

Delovanje sudova u oblikovanju delotvornog pravnog leka, uključujući i primenu kaznenih mera koje su efikasne, proporcionalne i odvrćajuće;

Pravilnu primenu i prepoznavanje *actio popularis*, kao i druga pitanja koja se odnose na civilno društvo ili stručno angažovanje.

Predstavljena su i druga pitanja koja proističu iz analize pregledanog materijala.

2. Metodologija

Ova studija rezultat je analize 87 sudskih odluka u antidiskriminacionim predmetima, primenom Zakona o zabrani diskriminacije i odredbi drugih antidiskriminacionih propisa. Ne postoje precizni podaci o tome koliko predmeta je izneto pred sud kada je reč o implementaciji antidiskriminacionih propisa. Međutim, prema grubim procenama, bilo je oko 150 takvih predmeta.⁶ Uzorak od 87 predmeta, prikupljenih pre svega iz pravne službe Poverenice Republike Srbije za zaštitu ravnopravnosti i od organizacije civilnog društva Komitet pravnika za ljudska prava (Yucom) iz Beograda, ispitivan je kako bi se dali odgovori o tome kako se primenjuje Zakon o zabrani diskriminacije i da li je bilo nepravilnosti koje su zajedničke za ovu vrstu predmeta pred različitim sudovima. O ovim predmetima odlučivali su osnovni i apelacioni sudovi, a u nekim slučajevima i Vrhovni kasacioni sud. Neki od analiziranih predmeta još uvek su u toku, što je takođe činjenica vredna pomena kada uzmemo u obzir da su neki od njih stariji od pet godina, iako bi trebalo da budu označeni kao hitni zbog prirode spora, kao što je propisano članom 41. stavom 3. Zakona o zabrani diskriminacije⁷.

Kao što je već rečeno, među ključnim problemima koji su ispitivani nalaze se i pitanja koja se smatraju centralnim za normativno razumevanje zabrane diskriminacije u skladu sa međunarodnim i evropskim pravom, uključujući i neposrednu i posrednu diskriminaciju; viktimizaciju; uznemiravanje; “instruiranje”

⁶ Ovaj broj zasnovan je na delimičnom istraživanju praksi sudova. Kako će biti objašnjeno u daljem tekstu, ne postoji nikakav mehanizam za praćenje predmeta koji se tiču diskriminacije, pa je nemoguće znati tačnu cifru.

⁷ Član 41. stav 3. Zakona o zabrani diskriminacije: “Postupak je hitan.”

ili “izazivanje” za diskriminaciju; uskraćivanje razumnog prilagođavanja; “stvaran i odlučujući uslov obavljanja posla”; prebacivanje/podelu tereta dokazivanja; delotvoran pravni lek; statistiku i druge načine dokazivanja navoda, i *actio popularis*. Studija ima za cilj da proceni u kojoj meri se ove oblasti ustanovljene zakonom pravilno primenjuju u nacionalnom sistemu u Srbiji.

Sva navedena pitanja razrađena su u posebnim poglavljima/potpoglavljima. Istraživanjem su utvrđeni i primeri dobre i loše prakse koji su predstavljeni kroz tematsku analizu o raznim pitanjima koja se tiču sudskih postupaka. Pored ovog pristupa, koristili smo osnovnu metodologiju studije slučaja kako bismo predstavili nekoliko važnih predmeta u celini, ističući sve karakteristične greške sudova prilikom primene antidiskriminacionih normi.

Većina prijavljenih slučajeva diskriminacije u Srbiji su iz oblasti radnog prava i socijalnog osiguranja. Od 87 analiziranih predmeta, 75 (86,2%) imalo je karakter radnih sporova, ili su povezani sa radom i socijalnim pravima lica (član 16. Zakona o zabrani diskriminacije). Većina drugih predmeta (11,5%) ticala se uskraćivanja usluga, uključujući razumno prilagođavanje i zagovaranje ili vršenje diskriminacije od strane državnih organa ili u toku postupaka koji se vode pred državnim organima (član 17. i član 13. tačka 2. Zakona o zabrani diskriminacije). Jedan predmet ticao se govora mržnje (član 11. Zakona o zabrani diskriminacije). Glavne oblasti obuhvaćene zabranom diskriminacije u međunarodnom pravu ljudskih prava, kao i one obuhvaćene relevantnim direktivama Evropske Unije u oblasti diskriminacije, kao što su diskriminacija u oblasti obrazovanja, stanovanja ili zdravstvenih usluga, čini se još uvek nisu predmet većeg broja parnica u Srbiji.

Istovremeno, postoje redovni izveštaji o postojanju diskriminacije u ovim oblastima.⁸ Kako stvari stoje, još uvek postoji jaz između prijavljene diskriminacije u Srbiji, i napora da se u ovim oblastima ostvari pravda.

Na kraju su predstavljeni zaključci kako bi se dala osnova za neka buduća unapređenja antidiskriminacionog prava u Srbiji. Neke od preporuka ukazuju su na pravne nedostatke, sugerišući da treba sprovesti normativne intervencije i izmene i dopune zakona. Neke od njih su, međutim, namenjene sudijama koji primenjuju postojeće zakonske norme, kako bi razumeli određena specifična pravna pitanja i standarde antidiskriminacionog prava kao i da bi takve zakonske odredbe bile tumačene u duhu zabrane diskriminacije i unapređenja ravnopravnosti.

⁸ Na primer, godišnji izveštaji Poverenice za zaštitu ravnopravnosti (<http://ravnopravnost.gov.rs/en/reports/>), Godišnji izveštaji Zaštitnika građana (http://www.ombudsman.org.rs/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=11&Itemid=13), godišnji izveštaji Beogradskog centra za ljudska "Ljudska prava u Srbiji" (<http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/eng-lat/publikacije/izvestaji-o-stanju-ljudskih-prava-3/>).

3. NORMATIVNI OKVIR ZAKONA O ZABRANI DISKRIMINACIJE U SRBIJI

3.1 Međunarodni instrumenti protiv diskriminacije koje je Srbija ratifikovala/potvrdila

Republika Srbija ratifikovala je većinu relevantnih međunarodnih instrumenata koji su od značaja za zabranu diskriminacije:

Međunarodna organizacija	Međunarodni instrument	Godina stupanja na snagu
Ujedinjene nacije (UN)	Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima	1971.
UN	Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima	1971.
UN	Međunarodna konvencija o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije	1967.
UN	Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije nad ženama	1981.
UN	Konvencija o pravima deteta	1990.
UN	Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom	2009.
UN	Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica	nije ratifikovana
Međunarodna organizacija rada (MOR)	Konvencija o jednakom nagrađivanju, C100	2000.
MOR	Konvencija o zaštiti majčinstva, C103 i C183	C103 1955. C183 2010.
MOR	Konvencija o diskriminaciji (zapošljavanje i profesija), C111	1961.
MOR	Konvencija o politici zapošljavanja, C122	1971.
MOR	Konvencija o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju (lica sa invaliditetom) C159	1987.
MOR	Konvencija o privatnim agencijama za zapošljavanje, C181	2013.
Savet Evrope (SE)	Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (sa protokolima 1 do 8, 11-15)	2004; Protokol 12 – 2005.
SE	Revidirana Evropska socijalna povelja	2009.
SE	Evropska povelja o regionalnim ili manjinskim jezicima	2005.
SE	Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina	1998.

U pogledu procesa harmonizacije sa zakonima Evropske unije, glavno težište je na transpoziciji: Direktive Saveta 2000/43/EC o primeni principa ravnopravnog tretmana bez obzira na rasno ili etničko poreklo, Službeni glasnik L 180; Direktive 2000/78 / EC kojom se uspostavlja opšti okvir za ravnopravan tretman pri zapošljavanju i profesiji, Službeni glasnik L303; Direktive 2006/54/EC Evropskog parlamenta i Saveta od 5. jula 2006. godine o primeni principa jednakih mogućnosti i ravnopravnog tretmana muškaraca i žena u pitanjima zapošljavanja i zanimanja, Službeni glasnik L 204/23; Direktive 97/80/EC od 15. decembra 1997. o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na osnovu pola, Službeni glasnik L 14.

Međutim, postoji nekoliko drugih važnih instrumenata koji treba da budu uzeti u obzir prilikom usaglašavanja zakona o zabrani diskriminacije u Srbiji sa pravnim okvirom Evropske unije, kao što će biti objašnjeno u više detalja u daljem tekstu (vidi deo 2.3). Akcioni plan za poglavlje 23 obuhvata usvajanje izmena Zakona o zabrani diskriminacije. Ova aktivnost je planirana za 2016. godinu⁹. U trenutku pisanja ovog teksta, u pripremi su bile izmene i dopune Zakona iz 2009. godine.

3.2 Nacionalni pravni okvir

Antidiskriminacioni sistem u Srbiji ustanovljen je i Ustavom Republike Srbije¹⁰ i različitim zakonima. Ustav sadrži opštu zabranu diskriminacije i proglašenje prava na jednakost, kao i odredbe o zaštiti socijalno ugroženih grupa. Primarni opšti zakon koji detaljno uređuje zabranu diskriminacije jeste Zakon o zabrani diskriminacije¹¹, koji propisuje definicije diskriminacije i reguliše sva važna pitanja u vezi sa zabranom diskriminacije i mehanizmima za zaštitu od diskriminatorskog ponašanja.

Drugi važni zakoni u ovoj oblasti uključuju Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom¹², Zakon o ravnopravnosti polova¹³ i Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina¹⁴. Diskriminacija je zabranjena u mnogim drugim zakonima koji delimično pokrivaju određene aspekte socijalne interakcije i/ili zaštitu od diskriminacije. Najznačajniji su Zakon o radu¹⁵, Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom¹⁶, Zakon o Ustavnom sudu¹⁷, Zakon o Zaštitniku građana¹⁸, Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova¹⁹. Relevantni su i neki aspekti krivičnog prava takođe su relevantni,

10 Službeni glasnik Republike Srbije 83/2006.

11 Službeni glasnik Republike Srbije 22/2009.

12 Službeni glasnik Republike Srbije 33/2006 i 13/2016.

13 Službeni glasnik Republike Srbije 104/2009.

14 Službeni glasnik Savezne Republike Jugoslavije 11/2002, Službeni glasnik Srbije i Crne Gore 1/2003 – Ustavna povelja i Službeni glasnik Republike Srbije 72/2009 – dr. zakon i 97/2013 – odluka Ustavnog suda.

15 Službeni glasnik Republike Srbije 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 i 13/2017 – odluka Ustavnog suda.

16 Službeni glasnik Republike Srbije 36/2009 i 32/2013.

17 Službeni glasnik Republike Srbije 109/2007, 99/2011, 18/2013 – odluka Ustavnog suda, 103/2015 i 40/2015 – drugi zakon.

18 Službeni glasnik Republike Srbije 79/2005 i 54/2007.

19 Službeni glasnik Republike Srbije 125/04 i 104/09.

9 Mera 3.6.1.5 Akcionog plana za poglavlje 23, str. 259.

na primer, oni vezani za rodno zasnovano nasilje.

3.3 Aspekti međunarodnih zakona protiv diskriminacije pogrešno ili neadekvatno preneti u nacionalni zakon

Iako je pravni okvir protiv u Srbiji prilično dobro razvijen, još uvek postoje neki problemi koji zahtevaju usklađivanje sa međunarodnim standardima i potvrđenim međunarodnim instrumentima i pravom EU. Ova studija ne bavi se detaljnom analizom razlika između međunarodnog i nacionalnog prava, između ostalog i zato što se uzima kao dato da će sudovi primenjivati ispravan standard, bez obzira na to da li je parlament ispravno ili pogrešno preneo neku normu. Ipak, u daljem tekstu sledi kratak pregled nekih ključnih neslaganja:

Pre svega, definicija posredne diskriminacije iz člana 7. Zakona o zabrani diskriminacije nije usklađena sa direktivama EU 2000/43, 2000/78 i 2006/54. Definicija posredne diskriminacije kao što je predviđeno u direktivama²⁰ glasi: “smatra se da do posredne diskriminacije dolazi kada neka naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa lica (nekog rasnog ili etničkog porekla/koja imaju određenu veru ili uverenje, neki konkretan invaliditet, određene godine, ili određenu

²⁰ Član 2., stav 2. (b) Direktive 2000/43/EC od 29. juna 2000. godine kojim se primenjuje načelo jednakog tretmana lica bez obzira na rasno ili etničko poreklo; Član 2, stav 2 (b) Direktive 2000/78/EC od 27. novembra 2000. koji uspostavlja opšti okvir za jednak tretman u zapošljavanju i zanimanju; Član 1, tačka (b) Direktive 2006/54 / EC Evropskog parlamenta i Saveta od 5. jula 2006. godine o primeni principa jednakih mogućnosti i ravnopravnog tretmana muškaraca i žena u pitanjima zapošljavanja i zanimanja.

seksualnu orijentaciju/pripadnike jednog pola) stavlja u posebno nepovoljan položaj u poređenju sa drugim licima, osim ako ta odredba, kriterijum ili praksa nisu objektivno opravdani legitimnim ciljem, a sredstva za postizanje tog cilja su primerena i neophodna. “Međutim, definicija posredne diskriminacije navedena u članu 7. Zakona o zabrani diskriminacije²¹ se razlikuje: “Posredna diskriminacija postoji ako se lice ili grupa lica, zbog njegovog odnosno njihovog ličnog svojstva, stavlja u nepovoljniji položaj aktom, radnjom ili propuštanjem koje je prividno zasnovano na načelu jednakosti i zabrane diskriminacije, osim ako je to opravdano zakonitim ciljem, a sredstva za postizanje tog cilja su primerena i nužna.”

Drugo, pojam diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije u članu 21. Zakona o zabrani diskriminacije je ograničenog domašaja. Čini se da ne pruža potpunu zaštitu jer pokriva samo izjavu o seksualnoj orijentaciji, a ne ravnopravan tretman bez obzira na iskazanu ili pretpostavljenu seksualnu orijentaciju, ili njeno javno izražavanje: “Seksualna orijentacija je privatna stvar i niko ne može biti pozvan da se javno izjasni o svojoj seksualnoj orijentaciji. Svako ima pravo da se izjasni o svojoj seksualnoj orijentaciji, a diskriminatorско postupanje zbog takvog izjašnjavanja je zabranjeno.”

Pored toga, uskraćivanje razumnog prilagođavanja nije jasno navedeno kao oblik diskriminacije, u skladu sa Direktivom 2000/78 i Konvencijom o pravima osoba sa invaliditetom.

Još jedna oblast u kojoj je potrebna dalja transpozicija tiče se rasne segregacije. Segregacija nije navedena kao vid diskriminacije,

²¹ Član 7. Zakona o zabrani diskriminacije.

iako je uobičajena pojava u nekim oblastima društvenog života, uključujući obrazovanje i stanovanje, posebno u vezi sa Romima.²²

Takođe, statistički dokazi nisu prepoznati kao validan način da se u parnici dokaže diskriminacija, tako da ovo rešenje nije usklađeno sa Direktivom 2000/43.

Konačno, Zakon o radu ne sadrži nekoliko važnih antidiskriminatornih normi, kao što su izričite zabrane diskriminacije privremeno zaposlenih u odnosu na zaposlene na neodređeno vreme (kao što je propisano u Direktivi 1999/70) a, isto važi i za nedostatak pravnog standarda “uporedivog radnika” (kao što je navedeno u direktivama 1997/81 i 104/2008).

3.4 Praksa primene međunarodnih instrumenata od strane sudova

Problem neprimenjivanja odgovarajuće definicijske osnove ili obima pravnih normi u jasno određenim pitanjima važećeg zakona u oblasti diskriminacije u određenoj meri je povezan sa širim problemima koje su sudovi u Srbiji imali u primeni međunarodnog prava u domaćem sistemu u skladu sa Ustavom²³.

22 Vidi: Poseban izveštaj zaštitnika građana u vezi sa izgradnjom betonskog zida oko romskog naselja u Kruševcu, <http://www.ombudsman.rs/attachments/article/5230/Poseban%20izvestaj%20Za%C5%A1titnika%20gra%C4%91ana.doc>; J. Čekić Marković, Analiza primene afirmativnih mera u oblasti obrazovanja roma i Romkinja i preporuke za unapređenje mera, Tim za socijalno uključivanje i smanjenje siromaštva Vlade Republike Srbije, 2016.

23 Član 16. Ustava Republike Srbije: “Spoljna politika Republike Srbije počiva na opštepriznatim principima i pravilima međunarodnog prava. Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarod-

Sudovi u Srbiji u mnogim slučajevima imali su probleme da primene međunarodne instrumente prilikom utvrđivanja zakonskog okvira predmeta i donošenja odluka. Ovaj problem nije specifičan samo za slučajeve diskriminacije. Iako postoji jasna obaveza primene potvrđenih međunarodnih instrumenata u Ustavu Republike Srbije, međunarodni standardi generalno se primenjuju u postupcima pred domaćim sudovima samo ako su preneti u pravni sistem Srbije kroz domaće zakone, ili kao plod velikih napora advokata u nekom konkretnom predmetu.

U analiziranom uzorku, samo u sedam odluka (što čini samo 8% od ukupno 87 predmeta) sudovi su se pozivali na međunarodne instrumente. U svih sedam odluka pomenuta je Evropska konvencija o ljudskim pravima (EKLJP), u tri Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, u jednom Evropska socijalna povelja i Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima. U većini ovih odluka, međunarodni instrumenti pomenuti su bez dalje razrade zbog čega su značajni za te predmete. Samo u nekoliko odluka sudovi su pominjali određeni član međunarodnog instrumenta koji je relevantan za slučaj – uvek je to bilo u vezi sa članom 14. EKLJP i članom 1. Protokola 12. EKLJP. U većini ovih odluka, sudovi su uzeli u obzir konvencije samo zato što su tužiocima tvrdili da je ovaj međunarodni instrument povređen od strane tuženih. Sudovi se nijednom nisu izjasnili da li je ovo tačno ili netačno. U svim odlukama koje pominju međunarodne instrumente, oni su jednostavno navedeni po nazivima - ne postoji jasna indikacija o stavu sudova prema njima u datom slučaju, kao ni da li su ili kako su primenjeni u datoj presudi. Možda najjasniji primer ovog problema kod predmeta koji se odnose na diskriminaciju vidi

ni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu s Ustavom.”

se u jednoj odluci Višeg suda u Beogradu²⁴. U svojoj odluci o predmetu Pfajfer, u vezi sa tvrdnjom bivšeg pilota nemačkog porekla koji je diskriminisan od strane nacionalne avio-kompanije JAT, sud je odlučio da je postojala diskriminacija u postupanju od strane JAT-a, ali samo u pogledu perioda nakon 2003. godine- jer diskriminacija do tada nije bila zabranjena prema srpskim (jugoslovenskim) zakonima. Sudija očitno nije znao da su prve antidiskriminatorne odredbe našle svoje mesto u Ustavu Jugoslavije iz 1974. godine i da je bivša Jugoslavija ratifikovala i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima 1971. godine.²⁵ Takvo neznanje direktno je dovelo do nepravednog ishoda ovog predmeta i uticalo na produženje njegovog okončanja za značajan vremenski period (više detalja o ovom predmetu dato je u daljem tekstu).

24 Presuda Višeg suda u Beogradu 5P1.430/10 od 5. januara 2012. godine.

25 Oba pakta stupila su na snagu 1976. godine nakon što je deponovano po 10 ratifikacija.

4. PROBLEMATIČNI ASPEKTI U PRIMENI ZAKONA O ZABRANI DISKRIMINACIJE U SRBIJI

Iako je Zakon o zabrani diskriminacije usvojen i stupio na snagu pre osam godina, postoje aspekti antidiskriminacionog prava u Srbiji koji se ne primenjuju dosledno ili redovno, zaključak je analize uzorka sudskih odluka. Neki drugi aspekti antidiskriminacionog prava se izgleda primenjuju na ispravan način, ali ne dovoljno konzistentno da bi se moglo uopšteno govoriti o dobroj praksi sudova i standardima tumačenja kao o opštem zaključku..

4.1 Neposredna i posredna diskriminacija

Primena pravne definicije diskriminacije veoma je nedosledna u praksi sudova. Ima nekoliko odluka sudova koje očigledno ne ispunjavaju svrhu zabrane diskriminacije, ili u kojima diskriminacija nije identifikovana u skladu sa zakonom. Ove odluke su dobar reper za shvatanje intenziteta napora koji sudovi imaju kada odlučuju u slučajevima diskriminacije. Sudijama, izgleda, nedostaje odgovarajuće iskustvo u oblasti primene antidiskriminacionog prava, i čini se da oni uglavnom smatraju da je diskriminacija jedna nejasna konstrukcija, filozofski entitet podložan neophodnosti širokog tumačenja, pre nego oblast precizno

regulisana zakonom.. Postoje, s druge strane, sudije koje su, čini se, taoci predrasuda i stereotipa, i ne vide da postoji nešto pogrešno u diskriminatorskom ponašanju – čime ga označavaju kao dozvoljeno, uobičajeno, ili čak preporučljivo ponašanje.

Kao odgovor na ovaj problem, nekoliko apelacionih sudova objavilo je zajednička mišljenja o tumačenju više pitanja vezanih za sudsku zaštitu od diskriminacije. Međutim, takva zajednička mišljenja nisu nužno dobro rešenje. Prvo, zato što takvi zajednički stavovi ponekad uspostavljaju loše prakse ili loše tumačenje zakona i samo potvrđuju problematične odluke sudija po nekim pitanjima. Drugo, postoje četiri apelaciona suda u Srbiji i nema garancija da će zajednički stavovi jednog od njih odgovarati zajedničkim stavovima drugog - pa tako zajedničke stavove ovih sudova treba da potvrdi Vrhovni kasacioni sud, uz pomoć kompetentnih stručnjaka u ovoj oblasti.

Neuspeh da se prepozna neposredna diskriminacija

Na primer, sudija Prvog osnovnog suda u Beogradu zaključila je da postupak zapošljavanja u kojem poslodavac uopšte nije želeo da zaposli radnike muškog pola nije diskriminatorski i da nije bilo kršenja principa rodne ravnopravnosti, jer “postoji daleko veći broj slobodnih radnih mesta za muškarce, što je dobro poznata činjenica koju ne treba dokazivati”. Ista sudija dalje je zaključila, u istom predmetu, da nije bilo diskriminacije, imajući u vidu “prirodu posla o kome je reč (spremanje i serviranje hrane, primedba autora) i radnih uslova”²⁶. Sama ideja da sudija poslove deli na “muške” i “ženske”, a kuvanje i slične

²⁶ Presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu 63.P.16956-12 od 7. marta 2013. godine.

poslove klasifikuje kao tipično ženske, ostavlja mnogo razloga za zabrinutost.

U slučaju Pfajfer, Apelacioni sud se izjasnio o uvredama koje su nanete od kolega pilota i drugih zaposlenih u JAT-a, koji su ga nazivali “General Ler²⁷”, “Džeri (pogrdan engleski izraz za Nemce u Drugom svetskom ratu, prim. prev.)” i drugim pogrđnim imenima u vezi sa njegovom nemačkom nacionalnošću (etničkom pripadnošću - vidi fusnotu 28, kao i obrazloženje u nastavku u fusnoti 66). Apelacioni sud je naveo da uvrede izrečene na osnovu nacionalnosti tužioca²⁸ nisu diskriminatorne po sebi. Iako su bile izuzetno oštre i ponavljale se, i imale jasnu (u kombinaciji sa drugim pogrešnim postupcima poslodavca) diskriminatornu, ponižavajuću, unizujuću i uvredljivu namenu, sud je utvrdio da njihov diskriminatorni potencijal zavisi od okolnosti, kada i kako su izrečene. Osim toga, sud je zaključio da to zavisi od sistema moralnih vrednosti tuženog i od toga da li je bilo dovoljno dokaza koji bi potkrepili tvrdnju da je reč o uvredama a da im nije bila namera da budu samo šala.²⁹ Jasno je da sud nije imao ideju da je svrha sudske zaštite bila da se kaže da se takve vrednosti ne prihvataju u društvu i da nisu ispravne, bez obzira na uticaj na tužioca i/ili druge zaposlene.

Neuspeh da se prepozna posredna diskriminacija

27 Nemački general Hitlerovog vazduhoplovstva, (Luftwaffe) odgovoran za bombardovanje Beograda 1941.godine

28 Izraz “nacionalnost” “koristi se u značenju “nacionalna pripadnost i etničko poreklo”, koje je u Zakonu o zabrani diskriminacije navedeno kao jedno od zaštićenih ličnih svojstava (član 1. stav 1. tačka 1.). Ovaj izraz ne odnosi se na državljanstvo.

29 Odluka Apelacionog suda u Beogradu Gž 381/2013 od 14. marta 2013. godine.

Posredna diskriminacija generalno nije prepoznata u odlukama sudova. U obrazloženju svojih odluka/presuda, sudije po pravilu navode sve relevantne norme za taj predmet. U većini slučajeva izneli su obe definicije neposredne i posredne diskriminacije. Međutim, ne postoje odluke/presude u kojima su sudovi izričito naveli da je predmet u vezi sa posrednom diskriminacijom. To je uglavnom zato što se velika većina analiziranih predmeta tiče neposredne diskriminacije. Međutim, u veoma malom broju predmeta posredne diskriminacije, sudovi nisu uspeli da je prepoznaju i nisu uspeli da ustanove postojanje diskriminacije. To navodi na zaključak da sudovi ne shvataju šta je posredna diskriminacija.³⁰

U predmetu M.P. protiv Narodne banke Srbije, tužilac je tvrdio da nije dobio medicinsku pomoć koja mu je potrebna, jer njegov poslodavac nije hteo da ga pošalje na redovni lekarski pregled u isto vreme kao i neke druge zaposlene, iako je tužilac to izričito tražio jer je obavljao posao koji pogoršava njegovo zdravstveno stanje. Tužilac je bio osoba sa invaliditetom i tvrdio je da je to bio razlog za diskriminatorno postupanje. Kao direktna posledica propusta poslodavaca da reaguje, zdravstveno stanje tužioca se pogoršalo i on je na kraju potpuno izgubio radnu sposobnost. Vrhovni kasacioni sud presudio je da nije bilo diskriminacije i tako ukinuo drugačiju presudu drugostepenog Apelacionog suda.³¹ Odluka Vrhovnog suda sadrži obrazloženje da poslodavac nije prekršio zakon, tačnije, da nije prekršio Zakon o radu time što osobu sa

30 Primećena su i neka pojednostavljena pojma posredne diskriminacije. Tako Apelacioni sud u Nišu, u jednoj od svojih presuda jednostavno navodi da je “posredna diskriminacija ona koja se ne može primetiti na prvi pogled” (Presuda 10Gž. 2237/13 od 8. oktobra 2013. godine).

31 Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 361/2014 od 23. oktobra 2014. godine.

invaliditetom nije poslao na lekarski pregled u vreme kada su poslali mnogi drugi zaposleni. Vrhovni sud je utvrdio da nije postojala zakonska obaveza poslodavca da pošalje tog konkretnog zaposlenog na ispitivanje da li bi posao koji radi mogao da pogorša njegovo već narušeno zdravlje. Formalno, ovaj zaključak je tačan. Međutim, Sud nije uzeo u obzir da je zaposleni stalno i često od svog poslodavca tražio ovu vrstu ispitivanja. On je dobio medicinsku pomoć tek kada se njegovo zdravlje pogoršalo, a pre toga je bio ignorisan zbog svog zdravstvenog stanja. Sama činjenica da se poslodavac nije neposredno oglasio o pravni propis ne znači da nije bilo diskriminatornog postupanja - sudije Vrhovnog suda očigledno nisu za to znale, kao ni za koncept posredne diskriminacije.

U drugom predmetu, poslodavac je ignorisao činjenicu da je lekarska komisija utvrdila smanjenje sposobnosti zaposlenog na rad i ipak mu dao teške radne zadatke (podizanje teških predmeta) koji nisu bili odgovarajući s obzirom na njegovo zdravstveno stanje. Apelacioni sud u Novom Sadu utvrdio je da nije bilo diskriminacije radnika po osnovu zdravstvenog stanja/ invaliditeta, jer je poslodavac zaposlenom ponudio isti ugovor o radu kao i svim ostalim zaposlenima.³²

Neuspeh da se ispravno prepoznaju zaštićena lična svojstva

Sudovi često ne razumeju pojam zaštićenih ličnih svojstava žrtve diskriminacije. U nekim slučajevima, sudovi "ustanovljavaju" lična svojstva koja nisu relevantna i ne mogu se posmatrati kao odlike lica ili kao osnova za diskriminatorno postupanje. Zakon o zabrani diskriminacije izričito zabranjuje nejednako postupanje prema licima na osnovu njihovih

³² Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž. 254/14 od 14. februara 2014. godine.

stvarnih ili pretpostavljenih ličnih svojstava. U praksi, međutim, sudovi često "traže" ili stvaraju lična svojstva, čak i kada ona ne postoje - ni stvarna ni pretpostavljena - i tako praktično preoblikuju predmete kršenja nečijih prava, u predmete povodom diskriminacije.

Na primer, Apelacioni sud u Kragujevcu utvrdio je da su "poremećeni odnosi" između tužioca i tuženog, lična svojstva tužioca.³³

U drugom predmetu, tužiteljka je radila kao kondukter u javnom prevozu. Namerno joj je dat radni raspored koji nije mogla da ispuni jer je za dolazak na posao koristila javni prevoz. Javni prevoz od njene kuće počinjao je od 5 sati ujutro, međutim, radni raspored koji je napravio poslodavac nije uzeo u obzir objektivne okolnosti njenog dolaska na posao, pa je često raspoređivana na prve jutarnje polaske u 4.50 ujutro. Dakle, ona tim danima nije bila mogućnosti da dođe na posao na vreme, pa joj je zbog kašnjenja raskinut ugovor o radu. Apelacioni sud u Novom Sadu ispravno je primetio da su neki radnici živeli izvan grada u kome su radili, ali onda je ovu činjenicu upotrebio kao zaštićeno lično svojstvo tužioca iako to nije bilo posredi. To je pre bila okolnost koja je poslodavcu omogućila da zlostavlja zaposlenog.³⁴

Predmet D.M. protiv Opšte bolnice u Sremskoj Mitrovici zasnovan je na tvrdnjama tužioca da je pretrpeo diskriminaciju i da ga je njegov poslodavac neopravdano izbacio sa rasporeda dežurstva i tako ga sprečio da uveća svoju zaradu. Tužilac je tvrdio da je smenjen sa dužnosti nakon što je na sastan-

³³ Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž 734/14 od 3. marta, 2015. Iz: N. Šolić, K. Golubović, Pravna zaštita od diskriminacije u Srbiji – analiza sudskih praksi, Beograd, 2015, str. 18.

³⁴ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 1820/11 od 5. oktobra 2011. godine.

ku kolektiva otvoreno izrazio svoje mišljenje o Hrvatima. Apelacioni sud u Novom Sadu naveo je da je lično svojstvo tužioca to što je jednom prilikom javno izrazio svoje mišljenje pred svojim kolegama³⁵. Iako se iznošenje ličnog mišljenja može posmatrati kao osnova za kasnije protivpravno ponašanje poslodavca, ono nije bilo zasnovano na činjenici da se zaposleni izrazio, već na tome da je namjera njegove izjave bila da unizi pripadnike određene nacionalnosti. Zbog toga je ponašanje tužioca bilo nezakonito i ne može se smatrati zaštićenim ličnim svojstvom.

U jednom predmetu, Apelacioni sud u Novom Sadu utvrdio je da su zaštićena lična svojstva bila "tolerancija i poštovanje autoriteta"³⁶.

Pojam i percepcija diskriminacije nisu u potpunosti poznati ni građanima. Samo 10 od ukupno 82 analizirana predmeta pred Apelacionim sudovima okončano je donošenjem odluke u korist tužioca i sa jasnim utvrđivanjem diskriminatornog postupanja koje su počinili tuženi. Primetno je da tužiocu uglavnom ne razumeju koncept zaštićenih ličnih svojstava i ne navode ih u svojim zahtevima pred sudovima, ili navode neka svojstva koja nisu u direktnoj vezi sa ponašanjem tuženog. Osim toga, ima mnogo tužbi za diskriminaciju prema političkoj pripadnosti, a većina njih bez ikakvog pravnog osnova. Bilo je predmeta, kao što je objašnjeno u tekstu ispod, u kojima je bilo istovremenih pozivanja na zlostavljanje na radu i diskriminaciju. Najzad, bilo je nekoliko predmeta u kojima su tužiocu tužili državne organe pozivajući se na "diskriminaciju" zbog obavljanja poslova na koje inače imaju pravo po zakonu (npr. pre-

tres stana u krivičnom postupku). U većini predmeta, navodne žrtve diskriminacije nisu imale nikakve osnove ili razloge da veruju da su tretirani na drugačiji način.

Čini se da su česte pogrešne predstave o pravu na zaštitu od diskriminacije. Treba uložiti značajne napore u cilju edukacije šire populacije o sadržaju pravne zaštite od diskriminacije, njenom dometu, obimu, sadržaju i logici.

4.2 Viktimizacija

Zakon o zabrani diskriminacije zabranjuje viktimizaciju u članu 9.:

"Diskriminacija postoji ako se prema licu ili grupi lica neopravdano postupa lošije nego što se postupa ili bi se postupalo prema drugima, isključivo ili uglavnom zbog toga što su tražili, odnosno nameravaju da traže zaštitu od diskriminacije, ili zbog toga što su ponudili ili nameravaju da ponude dokaze o diskriminatorskom postupanju."

Međutim, u analiziranom uzorku nije bilo predmeta koji su uključivali navode o viktimizaciji.

4.3 Uznemiravanje

Propust da se uznemiravanje kao oblik diskriminacije razlikuje od zlostavljanja na radu verovatno je jedna od najčešćih grešaka sudova. Iako su ova dva pravna standarda uređena posebnim zakonima i za njih važe ra-

35 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 1599/11 od 9. maja 2012. Iz: N. Šolić, K. Golubović, op.cit., , str. 19.

36 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 2261/11 od 30. marta 2012. godine. Iz: Ibidem, str.20.

zličiti propisi u pogledu mehanizama zaštite, rana praksa tužilaca (uglavnom advokata koji zastupaju klijente) bila je da kombinuju diskriminaciju i zlostavljanje na radu kako bi istakli alternativni ili kumulativni tužbeni zahtev. Sudovima nije bilo jasno da li treba da dozvole takvu praksu, tako da su u prvim presudama neki sudovi uspostavili paralelno postojanje diskriminacije i zlostavljanja na radu u nekom ponašanju. Nakon što je usvojen Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu (2010), moglo se očekivati da će takva praksa prestati. Ipak, još uvek postoje brojni primeri u kojima sudovi mešaju ova dva pojma.

Zlostavljanje na radu se definiše kao “aktivno ili pasivno ponašanje prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca koje se ponavlja, a koje za cilj ima ili predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog i koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršava uslove rada ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu raskine radni odnos ili otkáže ugovor o radu ili drugi ugovor.”³⁷ Uznemiravanje je u Zakonu o radu definisano kao “svako neželjeno ponašanje uzrokovano nekim od osnova iz člana 18. ovog zakona (koji reguliše osnov za diskriminaciju, primedba autora) koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.” Zakon o radu definiše uznemiravanje i seksualno uznemiravanje samo kao vrste diskriminacije. Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu koristi termin “zlostavljanje” koji bi se mogao prevesti kao “maltretiranje”, “zloupotreba”, “zlostavljanje”, čak i “mučenje” prema nekim mišljenjima, a očigledno nije prikladan za

³⁷ Član 6. stav 1. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu.

odgovarajuće imenovanje opisanog ponašanja. Praktičari su bili svesni toga u ranim fazama primene Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, tako da je postalo uobičajeno da se u praksi koristi izraz “mobing”, čak i u praksi sudova. “Uznemiravanje”, nije adekvatan izraz za mobing, jer je kao oblik diskriminacije regulisano u skladu sa Zakonom o radu i Zakonom o zabrani diskriminacije. Uznemiravanje se takođe definiše kao potencijalni oblik “mobinga” u Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu, što dovodi do terminološke zabune. Iako mobing i diskriminacija imaju različite pravne definicije prema srpskom zakonodavstvu, sudije ne razumeju razliku između njih, a posebno ne razumeju kada određeno ponašanje predstavlja uznemiravanje kao oblik diskriminacije, a kada bi se ono moglo kvalifikovati kao mobing.

Ima primera u kojima sudovi ne razlikuju zlostavljanje na radu i diskriminaciju, bez obzira na različite pravne osnove i njihovu različitu prirodu kao dela. U nekim presudama, sudovi su ustanovili istovremeno postojanje zlostavljanja na radu i diskriminacije.³⁸ Nažalost, čak i Vrhovni kasacioni sud našao je u (bar) jednom predmetu da zlostavljanje na radu i diskriminacija mogu da postoje istovremeno.³⁹ Iz obrazloženja koje je dao sud nije jasno kako je to bilo moguće, a koje se fokusiralo samo na počinjene radnje zlostavljanja na radu i u kojem se zaključuje da je u predmetu reč o istovremenom zlostavljanju na radu i diskriminaciji, iako nije bilo ličnih svojstava ili bilo kog drugog elementa koji bi ukazivao na diskriminaciju., Čini se da je u ovoj presudi diskriminacija tretirana kao nus-

³⁸ Na primer: Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 484/11; Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 2411/14; Presuda Apelacionog suda u Nišu 18Gž1. 403/13; Presuda Apelacionog suda u Nišu 18Gž1. 2990/13.

³⁹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 687/12 od 27. decembra 2012. godine.

pojava zlostavljanja na radu. Međutim, ostalo je nejasno da li je prepoznato lično svojstvo tužioca. Takav nedostatak rasuđivanja i znanja na najvišem nivou pravosuđa je zabrinjavajuć.

U dva analizirana predmeta potpisana od strane istog sudije iz Apelacionog suda u Novom Sadu, čini se da su zlostavljanje na radu i uznemiravanje izjednačeni u pravnom smislu. Prvi predmet ticao se jasne situacije zlostavljanja na radu jer je tužiteljka bila oslobođena dužnosti bez objašnjenja ili pisane odluke poslodavca i nije joj dat radni prostor niti radni zadaci (tzv. “mobing praznog stola”). Sud je presudio da je to ponašanje i diskriminacija i zlostavljanje na radu iako je sudija citirao samo Zakon o zabrani diskriminacije, a nije bilo prepoznato nikakvo lično svojstvo.⁴⁰ Drugi predmet odnosio se na zlostavljanje na radu zaposlene koja je radila kao urednica vesti, ali nije imala podršku Upravnog odbora niti drugih zaposlenih. Uznemiravali su je i ponižavali i ona je tvrdila da je to bilo na osnovu njene nacionalnosti.⁴¹ Međutim, nije bilo činjenica koje bi mogle povezati nacionalnost sa incidentima vezanim za posao i nijedno zaštićeno lično svojstvo nije navedeno u odluci suda. Sudija je ustanovio postojanje i diskriminacije i zlostavljanja na radu i citirao kako Zakon o zabrani diskriminacije, tako i Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu. Bilo je, međutim, jasno da sud ne poseduje potrebno znanje o razlikovanju diskriminacije i zlostavljanja na radu- u odluci sudije oni su tretirani i objašnjeni kao ista stvar, kako sa pravnog tako i sa sociološkog stanovišta.⁴²

40 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 361/12.

41 Po pitanju izraza “nacionalna pripadnost” kao surrogata za “etničku pripadnost ili pretpostavljenu rasu” vidi fusnote 28 i 67.

42 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 437/14.

Bilo je predmeta u kojima je sud jednostavno ignorisao zahteve tužilaca da se ustanovi i diskriminatorno ponašanje i zlostavljanje na radu ispravno odabravši samo jedno od ta dva.⁴³ U jednom predmetu tužilac je tvrdio da je žrtva zlostavljanja na radu ali je naveo lično svojstvo (političku pripadnost) kao motiv za takvo ponašanje. Viši sud u Pančevu odbio je taj zahtev, ali nije našao za shodno da istakne da takvo ponašanje može da dovede samo do potencijalne diskriminacije, a ne i zlostavljanja na radu. Sa druge strane sud je koristio Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu kao relevantan izvor u obrazloženju presude.⁴⁴

Apelacioni sud u Kragujevcu naveo je u svojoj presudi da se “mobing razlikuje od diskriminacije, mada ponekad može da obuhvati posrednu diskriminaciju, ako je ponašanje bilo u cilju ponižavanja ili neopravdanog neravnopravnog postupanja zasnovanog na nekom ličnom svojstvu”.⁴⁵ Sud je time stvorio nepoznatu pravnu mešavinu zlostavljanja na radu i diskriminacije, otkrivajući jasan nedostatak znanja o oba pravna standarda.

Apelacioni sud u Novom Sadu je u jednoj od svojih presuda objasnio razliku između zlostavljanja na radu i diskriminacije, tačno zaključivši da je postojanje ličnog svojstva razlika koja ih definiše, ali pogrešno navodeći da činjenica da bi i zlostavljanje na radu i diskriminacija mogli biti počinjeni na sličan način, dovodi do toga da bi se zlostavljanje na radu u nekim slučajevima moglo smatrati vrstom diskriminacije.⁴⁶

43 Presuda apelacionog suda u Beogradu Gž1. 303/2015 od 12. marta 2015. godine.

44 Presuda Višeg suda u Pančevu 1-P1 17/14 od 27. juna 2014.

45 Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž1 3334/13 od 9. decembra 2014. Iz N. Šolić, K. Golubović, op. cit., str. 38.

46 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 1774/14 od 16. maja 2014. Iz: Ibidem, str. 38-39.

U nekim slučajevima, međutim, sudovi su imali potrebu da ukažu na očigledno - ne postoji diskriminacija bez identifikacije zaštićenih ličnih svojstava tužioca kao osnov za diskriminaciju⁴⁷, ili jednostavno navodeći da su zlostavljanja na radu i diskriminacija “dve različite pravne kategorije”.⁴⁸ U jednom predmetu, Apelacioni sud u Nišu ukinuo je prvostepenu presudu jer je Viši sud u Nišu ustanovio postojanje diskriminacije ali nije utvrdio lično svojstvo tužioca.⁴⁹

4.4 Govor mržnje

Govor mržnje je istaknut kao vid diskriminacije u članu 11. Zakona o zabrani diskriminacije:

“Zabranjeno je izražavanje ideja, informacija i mišljenja kojima se podstiče diskriminacija, mržnja ili nasilje protiv lica ili grupe lica na račun njihovog ličnog svojstva, u javnim glasilima i drugim publikacijama, na skupovima i mestima dostupnim javnosti, ispisivanjem i prikazivanjem poruka ili simbola i na drugi način. “

Govor mržnje bio je predmet samo jednog od analiziranih predmeta. Apelacioni sud u Beogradu s pravom je i elokventno zaključio da: “Posebne obaveze političara, pa stoga i tuženog, jesu da promovišu vrednosti demokratskog društva, kao što su: pluralizam, tolerancija i pravo na različitost. (...) Pružanje zaštite tužiocu ne predstavlja cen-

47 Na primer: Presuda Višeg suda u Smederevu P12/14 od 29. avgusta 2014; Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 245/11; Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 726/12; Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 1614/12.

48 Presuda Apelacionog suda u Nišu 8Gž1. 342/12 od 16. maja 2012. godine.

49 Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž1. 3045/13.

zuru, niti predstavlja ograničenje slobode govora tuženog, odnosno njegovog prava na svoje mišljenje i izražavanje negativnih komentara, ali predstavlja zabranu govora koji širi ideje koje podstiču diskriminaciju, što može imati negativan uticaj na demokratske procese u društvu i razvoj društva u celini.”⁵⁰

4.5 Instruiranje na diskriminaciju

Instruiranje a diskriminaciju u Zakonu o zabrani diskriminacije nije regulisano kao jedan od oblika diskriminacije. “Instruiranje” generalno zahteva hijerarhijski odnos i nije isto što i podsticanje.⁵¹ Ono se događa kada poslodavac (ili drugi službenik na hijerarhijski višem položaju) izda (usmeni ili pismeni) nalog/akt svojim podređenim zaposlenima da se diskriminatorski ponašaju. U ovim slučajevima obe osobe će biti odgovorne za diskriminatorsku praksu do koje dolazi kao posledica takvog naloga/akta. Iako je deo direktiva EU⁵², instruiranje na diskriminaciju još nije našlo svoje mesto u srpskom Zakonu o zabrani diskriminacije.

50 Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž. 2426/14 od 11. juna 2014.

51 Podsticanje je prepoznato kao jedan od teških oblika diskriminacije (član 13., stav 1., tačka 1. Zakona o zabrani diskriminacije).

52 Član 2. stav 4. Direktive Saveta 2000/43/EC o primeni principa ravnopravnog postupanja između osoba, bez obzira na rasno i etničko poreklo; član 2., stav 4. Direktive Saveta 2000/78/EC u kome se ustanovljava opšti okvir ravnopravnog postupanja u pri zapošljavanju i profesiji; član 2. stav 2(b) direktive 2006/54/EC Evropskog parlamenta i saveta od 5. jula 2006. godine o primeni principa jednakih mogućnosti i ravnopravnog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i profesije.

4.6 Uskraćivanje razumnog prilagođavanja

Uskraćivanje razumnog prilagođavanja prema srpskom zakonu ne čini eksplicitno čin diskriminacije, kako je objašnjeno u prethodnom tekstu. Međutim, postoje slučajevi u kojima su građani pokušali da ostvare svoje pravo na osnovu opšte zabrane diskriminacije i zabrane određenih oblika diskriminacije.

U jednom slučaju, Apelacioni sud u Nišu zaključio je da je Ministarstvo pravde Srbije prekršilo zabranu diskriminacije kada nije ispunilo zahteve osobe sa invaliditetom za prisustvovanje sudskom postupku. Sednice suda održavane su na drugom spratu u zgradi bez lifta, iako nije bilo realne prepreke da se postupak preseli u prizemlje. Osoba sa invaliditetom, koja je u ovom konkretnom slučaju bila tužilac, obično je uzimana iz invalidskih kolica i odnošena u sudnicu. Apelacioni sud je zaključio da je to diskriminacija u toku postupka pred organima državne uprave/pravosudnim organima, kao što je propisano članom 11. Zakona o zabrani diskriminacije osoba sa invaliditetom.⁵³

4.7 Uskraćivanje mera za stvaranje pristupačnog okruženja

Prema Zakonu o zabrani diskriminacije osoba sa invaliditetom, zabranjena je diskriminacija na osnovu invalidnosti u pogledu dostupnosti usluga i pristupa objektima u javnoj upo-

trebi i javnim površinama (objektima u oblasti obrazovanja, zdravstva, socijalne zaštite, kulture, sporta, turizma ili objektima koji se koriste za zaštitu životne sredine, zaštitu od elementarnih nepogoda, i slično; javnim parkovima, zelenim površinama, trgovima, ulicama, pešačkim prelazima i drugim javnim saobraćajnicama, i slično).⁵⁴

Međutim, Vrhovni kasacioni sud utvrdio je da grad Novi Sad nije izvršio diskriminaciju protiv tužioca (kao i protiv drugih lica sa invaliditetom) neomogućavanjem pristupa svim javnim prostorima i objektima za osobe sa invaliditetom, kao što je propisano u članu 17. stav 2. Zakona o zabrani diskriminacije i u članu 13. Zakona o zabrani diskriminacije osoba sa invaliditetom. Sud je naveo da činjenica da ne postoje zadovoljavajući načini prevoza za osobe sa invaliditetom u Novom Sadu nije diskriminatorna, jer su uklanjanje arhitektonskih prepreka i obezbeđivanje prevoza i slobodnog kretanja osoba sa invaliditetom “dugotrajni procesi uslovljeni finansijskim potencijalima zajednice”.⁵⁵ Ovakav stav Suda znatno relativizuje norme o uklanjanju arhitektonskih prepreka i predstavlja legalizaciju (nezakonitih) praksi države koja ne omogućava jednak pristup javnim zgradama pod izgovorom da nema dovoljno sredstava za sprovođenje tih mera. To je razlog zašto ovo pravo nije ništa više od puke deklaracije za osobe sa invaliditetom u Srbiji.

⁵³ Presuda Apelacionog suda u Nišu 6GŽ. 2374/13 od 19. novembra 2013. godine.

⁵⁴ Član 13. Zakona o zabrani diskriminacije osoba sa invaliditetom.

⁵⁵ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 361/2014 od 23. oktobra 2014. godine.

4.8 Stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla

Stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla regulisan je članom 16. stav 3. Zakona o zabrani diskriminacije:

“Ne smatra se diskriminacijom pravljenje razlike, isključenje ili davanje prvenstva zbog osobenosti određenog posla kod koga lično svojstvo lica predstavlja stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla, ako je svrha koja se time želi postići opravdana, kao i preduzimanje mera zaštite prema pojedinim kategorijama lica iz stava 2. ovog člana (žene, trudnice, porodilje, roditelji, maloletnici, osobe sa invaliditetom i drugi).“

U analiziranom uzorku nije bilo predmeta na koje bismo se mogli pozvati za korišćenje i/ili tumačenje ovog standarda.

Kao što je navedeno u prethodnom tekstu, u jednom slučaju sudija je smatrala poslove pripreme hrane za tipično ženske⁵⁶ - ovo se može navesti samo kao jasan primer pogrešne primene ovog standarda na osnovu tradicionalnih predrasuda i stereotipa.

⁵⁶ Vidi deo 3.1, takođe: Presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu 63.P.16956-12 od 7. marta 2013. godine.

4.9 Prebacivanje/podela tereta dokazivanja

Član 45. stav 2. Zakona o zabrani diskriminacije uvodi pravni standard prebacivanja tereta dokazivanja u parnici povodom diskriminacije:

“Ukoliko tužilac učini verovatnim da je tuženi izvršio akt diskriminacije, teret dokazivanja da usled tog akta nije došlo do povrede načela jednakosti, odnosno načela jednakih prava i obaveza snosi tuženi.”

Međutim, sudovi ne primenjuju pravila o prebacivanju tereta dokazivanja u slučajevima povodom diskriminacije i ne pozivaju se na ova pravila prilikom donošenja svojih odluka. Od 87 analiziranih odluka sudova, samo njih šest pozivalo se na dokazni postupak i detaljno obrazlagalo prebacivanje tereta dokazivanja tako što je učinjeno verovatnim nezakonito ponašanje tuženog. U većini ovih predmeta sudovi tvrde da tužilac jeste ili nije dokazao verovatnoću diskriminacije, ili da tužilac svoje tvrdnje nije potkrepio bilo kakvim dokazom, ne ulazeći u dalje detalje o tome kako i zašto do prebacivanja jeste/nije došlo.

U jednoj drugostepenoj presudi, Apelacioni sud u Novom Sadu ukinuo je prvostepenu presudu Višeg suda na osnovu činjenice da dokazni postupak nije bio sproveden u skladu sa zakonom (nije bilo objašnjenja o dokazima koji su izvedeni i prebacivanja tereta dokazivanja).⁵⁷

⁵⁷ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž 4778/12. U drugoj presudi, Apelacioni je istakao da Viši sud nije ispravno primenio pravila o teretu dokazivanja ali nije imao uticaja na konačnu presudu. Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž. 512/14 od 10. marta 2014. godine, Iz: N. Šolić, K. Golubović, op. cit., str. 23.

U većini drugih predmeta evidentno je da drugostepeni sudovi ne obraćaju pažnju na dokazni postupak. Takođe je jasno da sudije nisu svesne ovog pravila, ili ga ignorišu, sa samo nekoliko izuzetaka. Od analiziranih uzoraka nijedna presuda nije sadržala jasno i detaljno objašnjenje dokaznog postupka i prebacivanju tereta dokazivanja i ocenu dokaza. Većina njih uopšte se nije pozivala na dokaze, samo je uopšteno navođeno da je sud odlučio “na osnovu svih izvedenih dokaza”. U jednoj presudi koja svakako predstavlja primer dobre prakse, Apelacioni sud u Novom Sadu navodi da je tužilac dokazao verovatnoću diskriminatornog postupanja tuženog samo ukazujući na određene činjenice u tužbi, dok tuženi nije naveo nijedan dokaz kojim bi dokazao da je njegovo ponašanje bilo zakonito.⁵⁸

U jednom predmetu pred Apelacionim sudom u Novom Sadu sudije očigledno nisu razumele kako je postupak zamišljen, pa su pokušale da naprave sopstvenu mešavinu propisa iz Zakona o parničnom postupku i Zakona o zabrani diskriminacije, ne znajući koji propisi imaju prednost i preovlađuju, što je dovelo do izgradnje neupotrebljive teoretske konstrukcije.⁵⁹ Sudije izričito navode da “tužilac nije dokazao diskriminaciju u skladu s članom 8. Zakona o parničnom postupku”. Sudije se posebno pozivaju na Zakon o parničnom postupku, uz obrazloženje da on ima prednost nad propisom o prebacivanju tereta dokazivanja iz Zakona o zabrani diskriminacije: “Član 45. stav 2. Zakona o zabrani diskriminacije ne oslobađa tužioca dužnosti da iznese sve činjenice i pruži dokaze u skladu sa članom 7. Zakona o parničnom postupku “... Međutim, kada je u pitanju definicija

diskriminacije i zakonitosti tužiočevih tvrdnji, sud koristi i materijalne i procesne norme iz članova 6. i 43. Zakona o zabrani diskriminacije. Na kraju, kada odlučuje o pravima tužioca, primenjuje definicije diskriminacije iz člana 18. Zakona o radu. Nema objašnjenja kako su sudije zaključile da na jednom mestu Zakon o parničnom postupku derogira Zakon o zabrani diskriminacije, a da je na drugom mestu situacija potpuno obrnuta - propisi Zakona o zabrani diskriminacije primenjuju se bez obzira na Zakon o parničnom postupku.

Vrhovni kasacioni sud, izgleda, ne obraća pažnju na činjenicu da tužilac ne mora da dokaže diskriminaciju, već samo verovatnoću diskriminatornog postupanja. Na primer, u jednoj od svojih presuda, Vrhovni kasacioni sud jasno navodi da tužilac “nije dokazao” da je postupak zapošljavanja diskriminatorski na nacionalnoj osnovi.⁶⁰

58 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 2236/13 od 3. jula, 2013. Iz: *Ibidem*, str. 25.

59 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 813/12.

60 Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 1764/10 od 6. jula 2011. godine. Isti zaključci zajednički su i za druge sudove, vidi, na primer: Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž. 1826/13 od 27. maja 2014; Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž. 237/14 od 12. novembra 2014; Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž. 232/14 od 18. novembra 2014. godine; Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 2386/11 od 31. januara 2012. godine; Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž1. 1980/14 od 9. oktobra 2014. godine; Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž. 1773/13 od 6. marta, 2014. godine. O izrazu “nacionalna pripadnost” vidi fusnote 28 i 66.

4.10 Pravo na delotvoran pravni lek

U pogledu mehanizama zaštite, tužilac ima nekoliko mogućnosti. Član 43. Zakona o zabrani diskriminacije propisuje:

„Tužbom iz člana 41. stav 1. ovog zakona može se tražiti:

1. zabrana izvršenja radnje od koje pretila diskriminacija, zabrana daljeg vršenja radnje diskriminacije, odnosno zabrana ponavljanja radnje diskriminacije;
2. utvrđenje da je tuženi diskriminatorски postupao prema tužiocu ili drugome;
3. izvršenje radnje radi uklanjanja posledica diskriminatorskog postupanja;
4. naknada materijalne i nematerijalne štete;
5. objavljivanje presude donete povodom neke od tužbi iz tački 1-4. ovog člana.“

Takođe, član 44. utvrđuje mogućnost da sud uvede privremene mere:

„Tužilac može uz tužbu, u toku postupka, kao i po okončanju postupka, sve dok izvršenje ne bude sprovedeno, zahtevati da sud privremenom merom spreči diskriminatorско postupanje radi otklanjanja opasnosti od nasilja ili veće nenaknadive štete.

U predlogu za izdavanje privremene mere mora se učiniti verovatnim da je mera potrebna da bi se sprečila opasnost od nasilja zbog diskriminatorskog postupanja, sprečila upotreba sile ili nastanak nenaknadive štete.

O predlogu za izdavanje privremene mere sud je dužan da donese odluku bez odlaganja, a najkasnije u roku od tri dana od dana prijema predloga.“

Na osnovu podataka iz analiziranih predmeta privremene mere nisu uobičajene u parnicama u Srbiji, budući da tužioci, izgleda, nisu radi da ih zatraže.

S druge strane, u slučajevima kada su sudovi ustanovili diskriminaciju, koristili su mogućnost da preduzmu korake da bi se prevazišle posledice diskriminatorskog postupanja kao komplementarne mere zabrani vršenja radnje od koje pretila diskriminacija, zabrani daljeg vršenja radnje diskriminacije, ili zabrani ponavljanja radnje diskriminacije i/ili davanju naknade materijalne i nematerijalne štete. Postoji samo par primera takvih odluka sudova⁶¹:

U slučaju 21Gž 865/13, Apelacioni sud u Nišu obavezao je tuženog da obnovi članstvo u lovačkom društvu članovima koji su isključeni iz članstva u primenom diskriminatorске odredbe i da im da sva prava koja pripadaju drugim članovima lovačkog društva. To lovačko društvo je prethodno iz članstva isključilo sve osobe koje nisu imale prebivalište na teritoriji opštine u kojoj se društvo nalazi.

U slučaju da 15 P1.345/10, Osnovni sud u Pančevu poništio je rešenje o otkazu koji je tuženi-poslodavac dao tužiocu-zaposlenom, jer je bio zasnovan na diskriminatorским razlozima.

Mora se napomenuti da se izvinjenje kao vrsta tužbenog zahteva ne koristi. Međutim, u

61 Ove mere ne preduzimaju se u svim slučajevima u kojima su sudovi utvrdili postojanje diskriminacije, jer u nekim slučajevima sama priroda slučaja nije dozvolila njihovu primenu (na primer, nisu bile moguće u slučaju uskraćivanja usluga javnog prevoza osobi sa invaliditetom ili u slučaju uznemiravanja vulgarnim opaskama zasnovanim na seksualnoj orijentaciji). Pored toga, u analiziranom uzorku presuda apelacionih sudova svega nekoliko se završilo pozitivnim ishodom za tužioca, što u velikoj meri relativizuje ovaj zaključak.

malom broju predmeta tuženi su sami izrazili žaljenje i izvinili se tužiocu tokom postupka, pre nego što su sudovi doneli bilo kakvu odluku. U jednom slučaju, sud je obavezao tuženog da presudu objavi u dnevnom listu "Politika", o svom trošku.⁶²

Parnicapovodom diskriminacije garantuje sudsko odlučivanje na tri nivoa, budući da je revizija postupka kao vanredni pravni lek uvek dozvoljena izričitom zakonskom normom⁶³. To znači da će poslednja reč o tome da li u konkretnom slučaju postoji diskriminatorno postupanje uvek biti na Vrhovnom kasacionom sudu. Ovo je kvalitetno rešenje iako produžava trajanje sudskih postupaka, obično za još šest meseci do godinu dana. Budući da praksa Vrhovnog suda nije uvek bila jasna ni dosledna, kako je u više navrata objašnjeno u prethodnom tekstu, vredi napomenuti da postoji pravno sredstvo koje može da se koristi nakon što je doneta konačna presuda Vrhovnog suda: ako tužilac nije zadovoljan ishodom postupka, može podneti ustavnu žalbu Ustavnom sudu Srbije. Ustavni sud je u nekoliko navrata usvojio ustavne žalbe, uglavnom zbog kršenja prava na pravično suđenje. U takvim slučajevima, Ustavni sud ne može da odluči o meritumu predmeta, već samo o tome da li je došlo do povrede nekog ustavnog prava podnosioca. On može ukinuti odluku Vrhovnog suda i vratiti predmet prvostepenom sudu. Prvostepeni sud prosleđuje predmet Vrhovnom sudu na ponovno odlučivanje.⁶⁴ U ponovljenom postupku, Vrhovni sud može da prihvati ili

62 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž. 4656/11 od 18. januara 2012. godine. U nekoliko drugih presuda, sudovi su uz odluku da je postojalo diskriminatorno ponašanje obavezali tužene da "javno objave presudu" bez ikakvih preciznih uputstava o tome kako će se ova obaveza izvršiti.

63 Član 41. Stav 4. Zakona o zabrani diskriminacije.

64 Zakon o parničnom postupku, Član 426. tačka 12.), član 429. i član 433.a.

ne prihvati argumente Ustavnog suda. Nema dostupnih podataka o njegovim odlukama u takvim situacijama.

Čini se da je postojanje opcije ustavne žalbe veoma značajno, posebno imajući u vidu da Vrhovni sud nema čvrst stav niti utvrđenu praksu po većini pitanja u vezi sa tumačenjem antidiskriminacionog prava, kao i da su neke od njegovih sudija donele problematične presude u slučajevima povodom diskriminacije.

4.11 Statistika i drugi načini dokazivanja tužbenog zahteva

Statistika kao način dokazivanja postojanja diskriminacije nije propisana zakonom. Direktna posledica toga je da ona nije korišćena u praksi. U nekoliko tužbi, tužioci su imali opšte i nejasne insinuacije da prema njima nije postupano "kao prema svim drugima". One, po pravilu, nikada nisu bile potkrepljene dokazima ili statističkim podacima. Iako je statistika često delotvorno sredstvo za dokazivanje postojanja diskriminacije, posebno za dokazivanje diskriminatorne politike ili posredne diskriminacije, čini se da bez izričitog zakonskog propisa ova vrsta dokaza nikada neće zaživeti u praksi sudova u Srbiji.

Situaciono testiranje je, sa druge strane, legitiman način prikupljanja dokaza o diskriminatornoj praksi. Međutim, ono je podvrgnuto izvesnim formalnostima. Prema Zakonu o zabrani diskriminacije:

"Lice koje se svesno izložilo diskriminatorskom postupanju, u nameri da neposredno proveri primenu pravila o zabrani diskrimi-

nacije u konkretnom slučaju, može podneti tužbu iz člana 43. tač. 1, 2, 3. i tačke 5. ovog zakona.

Lice iz stava 3. ovog člana dužno je da obavesti Poverenika o nameravanoj radnji, osim ako okolnosti to ne dozvoljavaju, kao i da o preduzetoj radnji izvesti Poverenika u pismenom obliku.”

U jednom poznatom slučaju situacionog testiranja, sud nije uspeo da shvati da postojanje diskriminacije nije zavisilo od načina na koji su se žrtve izložile potencijalno diskriminatorskoj praksi. Poslodavac je objavio oglase za slobodna radna mesta, u kojima je izričito zabranio muškarcima da se prijave. Dva testera, muškarac i žena, prijavili su za ove poslove. Ženski tester je primljen na posao, dok je muški tester odbijen uz obrazloženje da poslodavac ne zapošljava muškarce. Poverenica za zaštitu ravnopravnosti započela je stratešku parnicu protiv poslodavca zbog neposredne diskriminacije. Prvi osnovni sud u Beogradu odbio je tužbu za diskriminaciju, navodeći (između ostalog) da tester i nisu na vreme obavestili Poverenicu za zaštitu ravnopravnosti o svojim namerama i da se, stoga, njihovo iskustvo ne može koristiti kao dokaz u parničnom postupku.⁶⁵ Sud, međutim nije uspeo da uvidi da diskriminacija postoji u svakom slučaju, jer je počinjena činom javnog objavljivanja radnih mesta samo za žene, i da iskustvo testera jeste diskriminacija, bez obzira da li su u poštovali pravnu proceduru za testiranje, ili ne.

Odluku Osnovnog suda preinačio je Apelacioni sud, a Vrhovni kasacioni sud potvrdio je odluku Apelacionog suda. Međutim, indikativno je da se situaciono testiranje ne koristi

⁶⁵ Presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu 63.P.16956/12.

često – tester i su bili uključeni u samo tri od 87 analiziranih predmeta.

4.12 Actio popularis

Sudovi u Srbiji imali su problema kada su bili suočeni sa actio popularis, i kada je od njih traženo da priznaju pravo tužbe povodom diskriminatorske prakse.

U slučaju visokog profila Poverenice za zaštitu ravnopravnosti protiv vlasnika franšize lanca brze hrane Mekdonalds, sud nije bio siguran da li Poverenica ima pravo da tuži. Žrtva diskriminatorskog ponašanja radnika obezbeđenja u restoranu bilo je dvoje romske dece. Međutim, pošto je uskraćivanje usluga Romima u Srbiji česta pojava, pa i u restoranima i drugim ugostiteljskim objektima, bazenima i javnim prostorima za odmor/igralištima kao i drugih usluga i javnih objekata, Poverenica je odlučila da povede stratešku parnicu i pokrene actio popularis koji obuhvata čitavu romsku zajednicu koja trpi opštu praksu uskraćivanja usluga zbog toga što su Romi.⁶⁶

⁶⁶ Osnova po kojoj je pokrenuta tužba za diskriminaciju bio je “nacionalna osnova” a taj izraz nije sinoniman sa njegovim značenjem u međunarodnom pravu kao spoljno lice državljanstva. Izraz “nacionalna pripadnost” kao zamena za “etnička pripadnost” vodi poreklo od teorije manjina primenjene u svim zemljama komunističkog i socijalističkog bloka pre 1989. godine, posebno kao način da se pokuša ostvarivanje prava na samoopredeljenje u okviru komunističkih federacija. Nakon tužbe Poverenice u predmetu “Mekdonalds”, Evropski sud pravde presudio je 2015. godine po jednom predmetu koji se ticao Roma i diskriminacije prilikom postavljanja strujomera i presudio da ovo pitanje spada u nadležnost Direktive 2000/43 koja se bavi diskriminacijom zasnovanom na etničkoj pripadnosti ili percipiranoj rasi. Ova presuda sledi ekstenzivne pristupe ugovornih tela Ujedinjenih nacija, kao i ustanovljenu sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava u smislu da je diskriminacija protiv Roma međunarodno zabranjena pojava rasne diskriminacije, zabranjena,

Postupajući po tužbi Poverenice, Prvi osnovni sud u Beogradu tvrdio je da Poverenica nije imala pravo da tuži, jer nije imala dozvolu od pravnih zastupnika potencijalnih žrtava diskriminatorskog ponašanja –romske dece u pitanju - što je dovelo do odbacivanja tužbe.⁶⁷ Sud nije našao da je relevantna činjenica da je Poverenica podnela tužbu ispred romske zajednice u celini, a ne kao predstavnik konkretne romske dece. Poverenica je podnela žalbu, ali ju je drugostepeni sud u Smederevu odbio sa istim obrazloženjem.⁶⁸ Na kraju je, Vrhovni kasacioni sud, postupajući po reviziji, odlučio da ukine i prvostepenu i drugostepenu odluku i da vrati predmet na odlučivanje Prvom osnovnom sudu.⁶⁹ Vrhovni sud je naveo da je tužba podneta u cilju zaštite grupe ljudi, a ne konkretnih, imenovanih ljudi, tako da nije bilo potrebno pisano ovlašćenje.

između ostalog i po Međunarodnoj konvenciji o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije.

67 Odluka Prvog osnovnog suda u Beogradu 23P.16041/2012 od 30. oktobra 2012. godine.

68 Odluka Višeg suda u Smederevu Gž 480/13 od 2. oktobra 2013. godine.

69 Odluka Vrhovnog kasacionog suda Rev853/2014 od 3. septembra 2014. godine.

5. DRUGI PROBLEMI KOJI NASTAJU TOKOM POKUŠAJA DA SE PRIMENI ZAKON O ZABRANI DISKRIMINACIJE U DOMAĆEM SISTEMU

5.1 Problem sa aktivnom legitimacijom i pravom da se tuži poslodavac

Pored analiziranih problema sa *actio popularis*, postojalo je i pogrešno shvatanje o mogućnosti da se tuži poslodavac. Ovo je postalo problematično samo zato što su sudovi mešali primenu propisa o zlostavljanju na radu i diskriminaciji, kao što je objašnjeno u prethodnom tekstu. To je dovelo do jedinog stava Apelacionog suda u Nišu da u slučaju “simultanog zlostavljanja na radu i diskriminacije”, tuženi može biti samo poslodavac, a da žrtva ne može da tuži direktno zlostavljača/diskriminatora.⁷⁰ Takva praksa nije samo pogrešna zbog neodržive percepcije postojanja zlostavljanju na radu i diskriminacije u isto vreme, već i zbog činjenice da sud primenjuje propis iz člana 29. stav 1. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu na ovu “mešovitu situaciju”. Ovaj propis propisuje

⁷⁰ Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž1. 2990/13 od 29. novembra 2013. Iz: N. Šolić, K. Golubović, op. cit., str. 6.

da samo poslodavac može biti tužen zbog zlostavljanja na radu. Međutim, on je protumačen vrlo široko u slučajevima zlostavljanja na radu i u mnogim slučajevima sudovi su tužiocima dozvolili da tuže poslodavca i zlostavljača. Ovo, međutim, nema nikakve veze sa diskriminacijom i zaštitom od diskriminacije na radu, pa je nejasno koje je obrazloženje suda za usvajanje ovakvog stava.

Konačno, u jednom slučaju,⁷¹ tuženi je istakao da nije mogao biti tužen za diskriminaciju pri zapošljavanju, budući da nije imao pravni status poslodavca. Tužiteljka se prijavila za posao berača malina, ali je odbijena zbog nacionalne pripadnosti.⁷² Viši sud u Beogradu pravilno je zaključio da činjenica da između kandidata i poslodavca nije bio zaključen ugovor nema nikakvog uticaja na ovaj slučaj, pošto član 2. stav 1. tačka 2. Zakona o zabrani diskriminacije jasno propisuje da se zakon odnosi na svakog pojedinca koji je prisutan na teritoriji Republike Srbije, bez obzira na nacionalnu pripadnost, kao i bilo koje pravno lice koje je registrovano ili posluje na teritoriji Republike Srbije. Zbog toga će odgovornost za diskriminatorno postupanje biti ustanovljena u svim slučajevima u kojima je postojala, bez obzira na zakonske ili druge odnose između žrtve i počinioca.

⁷¹ Presuda Višeg suda u Beogradu 1P. 519/14 od 22. oktobra 2015. godine.

⁷² Po pitanju izraza “nacionalna pripadnost” kao surogata za “etničku pripadnost” i percipiranu rasu”, vidi fusnote 28 i 66.

5.2 Pitanja nadležnosti

2014. godine, stupio je na snagu novi Zakon o uređenju sudova, pa je nadležnost za slučajeve diskriminacije prešla sa osnovnih na više sudove. Relevantna odredba je član 23. stav 1. tačka 7.: “Viši sud je nadležan: ... u sporovima za zaštitu od diskriminacije i zlostavljanja na radu...”

Iako su reči “na radu” konkretno povezane sa rečju “zlostavljanje na radu”, bilo je tumačenje ove norme da izraz “na radu” podrazumeva i slučajeve diskriminacije i zlostavljanja na radu. Tako je Viši sud u Beogradu, postupajući u prvom stepenu u slučaju diskriminacije u pogledu uskraćivanja usluga (radnik obezbeđenja nije dozvolio romskoj deci u pratnji odrasle osobe uđu u restoran brze hrane),⁷³ odbacio tužbu sa obrazloženjem da nije nadležan za predmete koji se ne tiču diskriminacije na radu. Međutim, Apelacioni sud u Beogradu, postupajući po žalbi, odlučio je da ukine odluku Višeg suda, ali samo na proceduralnoj osnovi⁷⁴, ne navodeći izričito da je tumačenje člana 23. Višeg suda bilo pogrešno. Ovakva odluka Apelacionog suda ne stvara izvesnost i pitanje nadležnosti bi se potencijalno moglo potvrditi u budućnosti, mada je to malo verovatno jer je tumačenje Višeg suda očigledno veštačko i ne odgovara prirodi i duhu zakona, a nije ni u skladu sa ciljem, niti se može racionalno zaključiti iz postojećeg teksta norme.

Još jedno pitanje koje se pojavilo u vezi sa sudskom zaštitom od diskriminacije i nadležnošću sudova je ono o istovremenoj zaštiti lica u postupku povodom diskriminacije i

⁷³ Vidi u daljem tekstu: 5.3. Poverenica za zaštitu ravnopravnosti protiv N.F.R.

⁷⁴ Odluka Apelacionog suda u Beogradu R.19/15 od 25. februara 2015. godine.

drugim postupcima pred sudom ili državnim organom. Sudovi su u nekoliko predmeta odlučili da je zaštita u upravnom postupku i upravnom sporu moguća paralelno sa sudskom zaštitom povodom diskriminacije po istoj stvari, jer su nadležnosti sudova u ovim postupcima jasno razdvojene⁷⁵ da postupci povodom diskriminacije ne isključuju zaštitu Ustavnog suda u odnosu na druge povrede Ustavom zagwarantovanih prava koje se zasnivaju na istim okolnostima koje kao činjenja ili nečinjenja uključuju diskriminatorno ponašanje.⁷⁶

Sudovi usko tumače svoje nadležnosti u postupcima povodom diskriminacije. Ispravan je zaključak nekih sudova da sud opšte nadležnosti ne može da proceni zakonitost opštih akata poslodavaca, što je nadležnost Ustavnog suda, ali samo ako je njihovim usvajanjem i primenom povređeno neko pravo zaposlenog.⁷⁷ Međutim, to ne može da se koristi kao “standard neodgovornosti” za aktivnosti i ponašanje poslodavaca, kao što navodi Apelacioni sud u Nišu u svom pogrešnom tumačenju zakona u slučaju kada je tužilac bio radnik koji je izgubio posao u lokalnoj samoupravi. U tom slučaju, tužilac je tvrdio da drugi zaposleni koji su bili u istom položaju kao i on nisu trpeli iste posledice i da je zato bio žrtva diskriminacije. Sud je naveo: “Usvajanje opšteg akta o sistematizaciji radnih mesta sprovodi se po nahođenju poslodavca, pa je neophodno da prvostepeni sud oceni da li se uopšte takav opšti akt i odluka o otkazu mogu smatrati diskrimina-

⁷⁵ Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž. 2730/12 od 12. marta 2013; Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu 4656/11 od 18. januara 2012. godine. Iz: N. Šolić, K. Golubović, op. cit., str. 13-14.

⁷⁶ Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž. 639/13 od 27. februara 2013. godine. Iz: Ibidem, str. 12.

⁷⁷ Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž. 865/13 od 27. juna 2013; Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 1535/13 od 8. maja 2013. Iz: Ibidem, str. 14.

tornim ponašanjem.”⁷⁸ Bez ulaženja u pitanje opravdanosti tužbenog zahteva u konkretnom slučaju, mora se napomenuti da ovakvo pojednostavljenje nije u skladu sa zakonom i prirodom normi za zaštitu od diskriminacije. Praksa sudova po ovom pitanju je nedosledna, a Apelacioni sud u Kragujevcu dao je najbolji mogući argument protiv ovog stava u jednoj od svojih presuda, navodeći da poslodavca u svakom trenutku obavezuju zakon i Ustav, bez obzira na njegovo zakonsko ovlašćenje da odlučuje o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenih.⁷⁹

5.3 “Složena parnica”

Ne postoje pravila o odnosu između antidiskriminacionih propisa i drugih zakonskih propisa. Kao rezultat toga, sudije su ponekad primorane da preduzmu mere na osnovu ukrštanja odredbi antidiskriminacionih propisa i drugih relevantnih zakona (dajući pri tome prednost jednima ili drugima), što dovodi do pravne nesigurnosti i neobičnih/nepravdanih ishoda.

U prvim godinama prakse, sudovi su primenjivali rok od 90 dana⁸⁰ za podnošenje tužbe prema Zakonu o radu, kada je predmet bio u vezi sa diskriminacijom na radu. S obzirom da u Zakonu o zabrani diskriminacije nije bio naveden rok, takva praksa je dovela do problematičnog odbacivanja tužbi. U kasnijim godinama takva praksa je prestala i u analiziranom uzorku nije bilo presuda zasnovanih

⁷⁸ Odluka Apelacionog suda u Nišu Gž1. 790/13 od 12. februara 2014. Iz: Ibidem.

⁷⁹ Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž. 734/14 od 3. marta 2015. Iz: Ibidem, str. 16.

⁸⁰ Sada postoji utvrđen rok od 60 dana, pošto su 2014. Usvojene izmene i dopune Zakona o radu.

na takvim stavovima. Međutim, u jednoj odluci Vrhovnog kasacionog suda, sud je odbio tvrdnju tuženog da je tužba podneta nakon isteka roka propisanog Zakonom o radu, ali samo iz formalnih razloga; tužba je podneta od strane Poverenice za ravnopravnost, a ne zaposlenog.⁸¹ Ovo izaziva zabrinutost u vezi sa tim kako će Vrhovni sud postupiti u sličnim slučajevima kada tužbu podnese zaposleni. Sasvim je moguće da bi odbacio zahteve vezane za Zakon o radu - odnosno da ne bi poništio nezakonito rešenje o otkazu i naredio povratak na posao - i da bi odlučivao samo da li je postojalo diskriminatorno ponašanje poslodavca.

Sudije u nekim slučajevima diskriminacije primenjuju i druge rokove iz opštih pravnih režima, kao što su oni o zastarelosti za naknadu štete za diskriminatorno postupanje iz Zakona o obligacionim odnosima, iako po Zakonu o zabrani diskriminacije ne postoji zastarevanje čina diskriminacije.⁸² To znači da osoba može da tuži nekoga za diskriminaciju bez ograničenja, ali ne može tražiti naknadu štete nakon određenog vremenskog perioda.

5.4 Nedoslednosti u praksi sudova

Primećene su nedoslednosti u primeni antidiskriminacionih propisa, čak i unutar istog suda.

U predmetu S.A. protiv T.M., Osnovni sud u Kikindi je ocenjivao isto činjenično stanje kao

⁸¹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev872/2014 od 11. februara 2015. godine.

⁸² Ovaj stav potvrđen je kao zvanično tumačenje apelacionih sudova. Iz: N. Šolić, K. Golubović, op. cit., str. 52.

u predmetu T.J. protiv T.M. pred istim sudom (obe zaposlene istovremeno su otpuštene zbog trudnoće). Međutim, u ova dva slučaja došlo je do dva potpuno različita ishoda. U slučaju S.A., sud je zaključio da nije bilo diskriminacije, dok je u slučaju T.J. protiv T.M. sud utvrdio da su postupci poslodavca T.M. bili diskriminatorni.⁸³ Još više uznemirava kasniji ishod ovih predmeta pred Vrhovnim kasacionim sudom – dok je zaposlena T.J. dobila spor, kod zaposlene S.A. desilo se potpuno suprotno. Izgubila je spor pred istim sudom, uprkos drugačijoj predusi tog suda pri odlučivanju o očigledno identičnim okolnostima samo nekoliko nedelja ranije.⁸⁴

Jedan od najznačajnijih problema u pravosuđu Srbije tokom poslednje decenije bila je nedosledna praksa. Dakle, primeri poput ovih nisu iznenađujući. Međutim, čini se da su antidiskriminacioni propisi plodno tlo za neka veoma maštovita tumačenja - kao što je prikazano u prethodnom tekstu u vezi sa pojmom diskriminacije. Prakse se razlikuju u mnogim segmentima postupka. Na primer, jedan predmet može imati sasvim drugačiji ishod ako je standard prebacivanja tereta dokazivanja pravilno primenjen. Ako nije, moglo biti nemoguća misija za tužioca da dokaže postojanje diskriminacije. Sve ovo šalje snažnu poruku da su, u što kraćem roku, neophodni edukacija sudija i mere ka objedinjavanju primene antidiskriminacionih normi i standarda.

83 Presuda Osnovnog suda u Kikindi 6P1.84/12 od 4. februara 2013. godine. I presuda Osnovnog suda u Kikindi 4P1.83/2012 od 27. jula 2012.

84 Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2. 1460/2013 od 10. aprila 2014. I presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2. 1544/2013 od 27. februara 2014. godine.

5.5 Trajanje postupaka

Iako se predmeti diskriminacije po Zakonom o zabrani diskriminacije⁸⁵ smatraju naročito hitnim, njihov tok i procesi donošenja odluka ne razlikuju se od pravila opšte parnice. Međutim, može se reći da su sudovi efikasniji u predmetima koji se tiču diskriminacije u odnosu na druge postupke. U analiziranom uzorku utvrđena su dva obrasca:

U slučajevima diskriminacije, period od donošenja prvostepene odluke do donošenja drugostepene odluke u proseku iznosi 6,5 meseci.⁸⁶ U većini predmeta odluka je doneta u roku od 2-9 meseci (79,2% predmeta). U 8,3% predmeta bilo je značajnih odstupanja (15-20 meseci), a u 12,5% predmeta manjih odstupanja (9-15 meseci).

Iako su propisane Zakonom o zabrani diskriminacije, privremene mere nisu uobičajena praksa u slučajevima diskriminacije. To verovatno najviše zbog toga što tužioci ne koriste priliku da ih zatraže od suda.

U nekim slučajevima, međutim, sudovi su isključivo odgovorni za postupke koji traju predugo. U slučaju Poverenica protiv I.C. Viši sud u Beogradu bio je rešen da sasluša sve svedoke koje je predložio tuženi, iako je prethodno priznao da je postojalo diskriminatorско ponašanje koje je on počinio, i izvinio se za to.⁸⁷ Osim toga, većina tih svedoka nisu bili

85 Član 41 stav 3: "Postupak je hitan."

86 Statistika se zasniva na 72 presude apelacionih sudova. Uzorak za prvostepene sudove (osnovne i više sudove) bio je premali za statističku analizu, ali se može zaključiti, na osnovu delimičnih podataka, da su u većini slučajeva sudovi odlučivali u roku od 12-15 meseci što je brže od proseka u radnim sporovima i drugim vrstama sporova.

87 Presuda Višeg suda u Beogradu 1P. 519/14 od 22. oktobra 2015. godine.

očevici diskriminatorskog postupanja, već takozvani „karakterni svedoci“, koji su potvrdili da tuženi nije osoba sklona diskriminaciji i kršenju prava uopšte. Pošto je to bio predmet koji se tiče direktne diskriminacije Roma, svedočenje „karakternih svedoka“ uopšte nije bilo potrebno, jer postojanje neposredne diskriminacije u datom slučaju ne zavisi od krivice tuženog. Osim toga, moglo bi se reći da je praksa pozivanja tzv. „karakternih svedoka“ u odnosu na jednu etničku grupu sama po sebi bila diskriminatorna.

Ove okolnosti onemogućavaju praćenje predmeta koji se tiču diskriminacije. Praćenje je, međutim, važno iz nekoliko razloga: utvrđivanja postojanja; kvalitativnih i kvantitativnih elemenata diskriminacije u društvu; kvaliteta sprovođenja zakonskih antidiskriminacionih mehanizama, njihove efikasnosti i svrsishodnosti; edukovanja pravosuđa; i edukovanja javnosti u vezi sa primenom antidiskriminacionih normi.⁸⁸ To je razlog zašto treba izmeniti sudski poslovnik kako bi se omogućilo jasno praćenje i statistička analiza.

5.6 Praćenje predmeta diskriminacije i njihova statistika

Predmeti povodom diskriminacije nemaju posebnu sudsku oznaku, tako da je veoma teško pratiti ih. Svi parnični predmeti povodom diskriminacije označeni su ili slovom „P“ (opšti parnični) ili „P1“ (radni sporovi). Nije moguće utvrditi da li je neki predmet povodom diskriminacije samo gledajući njegovu oznaku i/ili broj predmeta. Predmeti sa oznakom P mogli bi biti bilo koja vrsta opšte parnice; predmeti sa oznakom P1 mogu biti bilo koja vrsta radnog spora, uključujući i diskriminaciju i zlostavljanje na radu, kao i druga pitanja. Postoji (nezvanično) razdvajanje predmeta u vezi sa zlostavljanjem na radu i diskriminacijom u oblasti rada, kao podgrupama u okviru kategorije P1. Međutim, tako nešto nije zvanično, nije pouzdano i ne primenjuje se na isti način svim sudovima. U mnogim slučajevima, zlostavljanje na radu je označeno kao diskriminacija, ili postoje predmeti istovremene diskriminacije i zlostavljanja na radu, iako to zakonski nije moguće.

⁸⁸ Više detalja u: M. Reljanović et alia, *Kvadratura antidiskriminacijskog trougla u BiH: zakonski okvir, politike i prakse 2012-2016*, Sarajevo, 2016, str. 80-82.

6. NEKI PRIMERI SUDSKE PRAKSE

6.1 Poverenica za zaštitu ravnopravnosti protiv MMM Pizza Group - diskriminacija prilikom zapošljavanja po osnovu pola

Ovo je predmet rodno zasnovane diskriminacije prilikom zapošljavanja. Kao što je ranije navedeno, on je od posebnog značaja za analizu zbog lošeg kvaliteta prvostepene presude i odličnog kvaliteta odluke Apelacionog suda po žalbi tužioca, Poverenice za zaštitu ravnopravnosti.

Predmet je uključivao situaciono testiranje. Tester su bili studenti Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu. Oni su videli oglas za poslove u restoranima brze hrane tuženog, posebno ograničen na žene i odlučili da sprovedu istraživanje na terenu o rodnoj diskriminaciji na osnovu situacionog testiranja. Jedan student i jedna studentkinja prijavili su se za posao. Student je odbijen, a studentkinja je primljena. U objašnjenju odbijanja studenta otvoreno se priznaje diskriminatorni karakter postupka. Poslodavac je objasnio da je poslovna politika da se muškarci ne zapošljavaju i da nemaju poverenja u to da muškarcima poveravaju prodaju hrane, sve na osnovu prethodnog lošeg iskustva. Oboje studenata su Poverenici dostavili svoje nalaze, i ona je odlučila da podnese tužbu za direktnu diskriminaciju i da povede parnicu.

Prvostepeni sud, Prvi osnovni sud u Beogradu, odlučio je da u ovom slučaju nije

bilo diskriminacije.⁸⁹ U svojoj odluci, sudija je naveo da postoje dva razloga za odbijanje tužbenog zahteva:

Prvi je bio proceduralan: tester su nisu obavestili Poverenicu o svom situacionom testiranju pre nego što je testiranje obavljeno, kao što propisuje Zakon o zabrani diskriminacije. Zbog toga, njihovi nalazi nisu bili relevantni za predmet.

Drugi je bio suštinski: sudija je zaključio da postupak zapošljavanja nije bio diskriminatorni i da nije bilo kršenja principa rodne ravnopravnosti, jer “postoji daleko veći broj slobodnih radnih mesta za muškarce, što je dobro poznata činjenica koju ne treba dokazivati” i da nema diskriminacije, imajući u vidu “prirodu tog posla (spremanje i serviranje hrane, primedba autora) i uslove rada”.

Poverenica se žalila na odluku, navodeći da su oba razloga netačna. Prvo, postojala je diskriminacija testera. Diskriminacija je objektivna činjenica koja postoji bez obzira na proceduralna pravila. Drugo, diskriminatorno ponašanje tuženog ne može se smatrati “pozitivnom akcijom” u cilju zapošljavanja više žena.

Apelacioni sud u Beogradu poništio je presudu Prvog osnovnog suda⁹⁰ i naveo nekoliko važnih činjenica:

Postoji diskriminacija, bez obzira na način na koji su prikupljeni dokazi diskriminacije.

Standard prebacivanja tereta dokazivanja nije realizovan, a tuženi nije dokazao zašto je rodna pripadnost bila presudna činjenica prilikom zapošljavanja i zašto poslovi nisu pogodni za muškarce.

Ne može se reći da je ponašanje poslodavca bilo u skladu sa merama afirmativne akcije

89 Presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu 63.P.16956-12 od 7. marta 2013. godine.

90 Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž.br.5012/2013 od 19. jula 2013. godine.

kako je tvrdio prvostepeni sud, jer postoje jasna pravila o tome kako poslodavci mogu da pristupite programima afirmativne akcije ali to svakako nije moglo da se uradi proizvoljno i samostalno, bez učešća državnih vlasti.

Odlučujući o daljem zahtevu za reviziju, Vrhovni kasacioni sud potvrdio je odluku Apelacionog suda.⁹¹

6.2 S.A. protiv T.M. - diskriminacija pri zapošljavanju zasnovana na rodnu/bračnom stanju/porodičnoj obavezi

S.A. je bila zaposlena od strane T.M. preko programa Nacionalne službe za zapošljavanje, na period od jedne godine. Iako je bila dobro prihvaćena i nagrađena za svoj rad u toku te godine, njen poslodavac je odlučio da joj ne produži ugovor o radu nakon što je ostala u drugom stanju. Poslodavac je u pisanom dokumentu Nacionalnoj službi za zapošljavanje (NSZ) eksplicitno priznao da “mu treba neko da radi, a ne neko ko će ići na porodiljsko odsustvo”. Dve zaposlene žene su otpuštene u isto vreme sa istim obrazloženjem. Obe su odlučile da tuže svog poslodavca. Slučaj S.A. prikazan je u nastavku, dok će, po potrebi, biti pozivanja na slučaj T.J. protiv T.M.

Prvostepeni sud, Osnovni sud u Kikindi, odbio je tvrdnje tužioca i odluku zasnovao na činjenici da je njen radni odnos okončan poslednjeg dana ugovora o radu na određeno vreme. Sud je dalje zaključio da ponašanje poslodavca, uključujući i razloge zašto nije hteo da ga produži, ne može biti predmet odluke suda,

⁹¹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev872/2014 od 11. februara 2015. godine.

jer poslodavac ima diskreciona prava da pronađe da zaposli drugo lice bez obzira na činjenicu što je S.A. je trudna.⁹² To se dogodilo 2012. godine, tako da tužiteljka nije zaštićena posebnim članom o automatskom produženju ugovora o radu za trudnice koji je uveden u srpski Zakon o radu 2013. godine. Osnovni sud ne razmatra pismo poslodavca NSZ i smatra da je irelevantno, iako poslodavac tokom parničnog postupka potvrđuje njegov sadržaj. U veoma sličnom ili čak identičnom predmetu, T.J. je dobila prvostepenu presudu sa različitim ishodom i različitim obrazloženjem.⁹³ Iako prvostepeni sud, Osnovni sud u Kikindi, nije posebno utvrdio da postoji diskriminacija u ponašanju poslodavca, utvrdio je da je neproduženje ugovora o radu bilo u suprotnosti sa ugovorom između poslodavca i NSZ, i ukinuo rešenje o prestanku radnog odnosa.

Apelacioni sud, postupajući kao drugostepeni sud u žalbenom postupku u predmetu S.A., potvrdio je presudu prvostepenog suda.⁹⁴ U svojoj presudi, Apelacioni sud praktično prepisuje obrazloženje Osnovnog suda u Kikindi. Opet, činjenica da diskriminacija nije povezana sa prestankom radnog odnosa već sa mogućnošću da se dobije produženje zapošljavanja, nije stvar analize suda. Pismo poslodavca NSZ sa priznanjem diskriminatornog postupanja ne pominje se kao relevantan dokaz. Apelacioni sud u Novom Sadu usvojio je sličnu odluku u slučaju druge zaposlene, T.J.⁹⁵

Samo nekoliko dana nakon odluke Apelacionog suda, Prekršajni sud u Kikindi, postupajući

⁹² Presuda Osnovnog suda u Kikindi 6P1.84/12 od 4. februara 2013. godine.

⁹³ Presuda Osnovnog suda u Kikindi 4P1.83/2012 od 27. jula 2012. godine.

⁹⁴ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1.1121/13 od 23. septembra 2013. godine.

⁹⁵ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1.1308/13 od 18. jula 2013. godine.

po prekršajnom nalogu koji je podnela Poverenica za zaštitu ravnopravnosti, doneo je odluku da je poslodavac kriv za diskriminatorno ponašanje budući da je izvršio radnje koje su zabranjene prema Zakonu o zabrani diskriminacije. Sudija je obrazložio odluku time da je poslodavac priznao da nije produžio ugovor o radu S.A. samo zbog trudnoće i na taj način utvrdio da činjenica da je ugovor o radu istekao nije relevantna za pitanje da li je prekršen Zakon o zabrani diskriminacije.

Postupajući po žalbi, Vrhovni kasacioni sud potvrdio je ranije presude Osnovnog i Apelacionog suda.⁹⁶ Vrhovni sud je sumirao argumente nižih sudova protiv prepoznavanja diskriminacije. Sudsko veće Vrhovnog suda čak ide dublje u analizu i navodi između ostalog, da tužiteljka nije imenovala druge zaposlene prema kojima se ponašanje poslodavca može odrediti kao uporedivo. Bez zaposlenog s kojim bi se uporedila, po mišljenju suda, tužiteljka nema pravo da tvrdi da je ponašanje poslodavca diskriminatorno.

Međutim šest nedelja pre ove odluke, još jedno sudsko veće Vrhovnog suda, odlučujući po žalbi na odluku nižeg suda u njenom slučaju podnetu od strane T.J., donelo je dijametralno suprotnu odluku, poništivši presudu Apelacionog suda i potvrdivši presudu Osnovnog suda u tom slučaju.⁹⁷ Obrazloženje ove presude slično je onom Prekršajnog suda u Kikindi, navedenom u prethodnom tekstu. Diskriminacija je postojala, u pitanju je bila neposredna i očigledna diskriminacija jer je došlo do povrede prava na jednake mogućnosti zapošljavanja. Činjenica da je raniji ugovor o radu istekao nije bila relevantna. Nema opravdanja za takvo ponašanje poslo-

davca, niti je on pokušao da ga pruži, tako da je ustanovljena diskriminacija.

S.A. je podnela ustavnu žalbu, navodeći da je povređeno njeno pravo na pravično suđenje i pravo na jednakost (nediskriminaciju). Ustavni sud je usvojio njenu ustavnu žalbu i ukinuo odluku Vrhovnog suda.⁹⁸ Predmet je još uvek u toku i S.A. čeka novu odluku Vrhovnog suda.

6.3 Poverenica za zaštitu ravnopravnosti protiv NFR – uskraćivanje usluge Romima

U osnovi ovog slučaja je diskriminacija Roma. Žena je pokušala da kupi obrok za romsku decu u restoranu Mekdonalds u Novom Sadu. Radnik obezbeđenja ju je zaustavio na ulazu u restoran i objasnio da ona može da uđe, ali ne i deca. Ona im je kupila hranu i svi su jeli u bašti izvan restorana. Žena je podnela pritužbu Poverenici za zaštitu ravnopravnosti i Poverenica je povelala parnicu protiv vlasnika franšize, za uskraćivanja usluga. Budući da je tuženi tvrdio da Poverenica nema pravo da tuži i da su se pojavili neki drugi problemi u vezi s nadležnošću, taj proces je još u toku pred prvostepenim sudom (počeo je 2012. godine). U međuvremenu, prekršajni postupak po ovom predmetu je završen.

Prekršajni postupak

Prvostepeni prekršajni sud u Novom Sadu našao je da je ponašanje radnika bezbednosti u restoranu bilo diskriminatorno, jer nije pustio romsku decu da uđu u prostorije samo

⁹⁶ Presuda Vrhovnog kasacionog suda rev2. 1460/2013 od 10. aprila 2014. godine.

⁹⁷ Presuda Vrhovnog kasacionog suda rev2. 1544/2013 od 27. februara 2014. godine.

⁹⁸ Odluka Ustavnog suda UŽ-8760/2014 od 9. decembra 2016. godine.

zbog toga što su Romi.⁹⁹ Sud je našao da je ustanovljena diskriminacija u pružanju javnih usluga, i istakao da je reč o “grubom kršenju” antidiskriminacionih normi.

Drugostepeni sud, Prekršajni apelacioni sud (odeljenje u Novom Sadu) poništio je odluku Prekršajnog suda.¹⁰⁰ Prema obrazloženju, nije bilo diskriminacije u ponašanju osoblja obezbeđenja restorana, jer radnik obezbeđenja nije zabranio pristup deci zato što su Romi, već zato što je mislio da su prosjaci. Odluka Prekršajnog apelacionog suda je konačna, tako da nije utvrđena diskriminacija u prekršajnom postupku.

Postupak u vezi sa pravom na tužbu

Postupajući po tužbi Poverenice protiv NFR, Prvi osnovni sud u Beogradu tvrdio je da Poverenica nije imala pravo da tuži, jer nije imala dozvolu od pravnih zastupnika potencijalnih žrtava diskriminacije - dotične romske dece – pa je tako odbacio tužbu.¹⁰¹ Sud nije utvrdio da je relevantna činjenica da je Poverenica podnela tužbu u ime romske zajednice u celini, a ne kao predstavnik konkretne romske dece. Poverenica se žalila, ali je drugostepeni sud u Smederevu žalbu odbio, na osnovu istog obrazloženja.¹⁰²

Na kraju, Vrhovni kasacioni sud, postupajući po reviziji, odlučio je da poništi prvostepenu i drugostepenu odluku i da predmet vrati na suđenje Prvom osnovnom sudu.¹⁰³ Vrhovni

99 Presuda Prekršajnog suda u Novom Sadu 02 PR 4-5069 / 12 od 28. februara 2014. godine.

100 Presuda Prekršajnog apelacionog suda (odeljenje u Novom Sadu) II-312 GŠ3 1323/14 od 23. aprila 2014. godine.

101 Odluka Prvog osnovnog suda u Beogradu 23P.16041 / 2012 od 30. oktobra 2012. godine.

102 Odluka Višeg suda u Smederevu Gž 480/13 od 2. oktobra 2013. godine.

103 Odluka Vrhovnog kasacionog suda Rev853 / 2014 od 3. septembra 2014. godine.

sud je naveo da je tužba podneta u cilju zaštite grupe ljudi, a ne konkretnih, imenovanih lica, tako da nije bilo potrebno pisano ovlašćenje.

Postupak o nadležnosti

Novi Zakon o uređenju sudova stupio je na snagu 2014. godine i nadležnost za slučajeve diskriminacije prešla je sa osnovnih na više sudove. Tumačenje novog zakona od strane Višeg suda u Beogradu, koji deluje u ovom slučaju, kao prvostepenog suda, bilo je takvo da on nije nadležan da odlučuje u slučajevima diskriminacije, osim diskriminacije pri zapošljavanju, tako da je odbacio tužbu. Međutim, Apelacioni sud u Beogradu, postupajući po žalbi, odlučio je da ukine odluku Višeg suda, ali samo iz proceduralnih razloga¹⁰⁴, ne zaključujući izričito da je tumačenje člana 23. Zakona o uređenju sudova od strane Višeg suda bilo pogrešno.

6.4 M.P. protiv Narodne banke Srbije – diskriminacija na radu na osnovu zdravstvenog stanja/invaliditeta

M.P., osoba sa invaliditetom, tužio je svog poslodavca, Narodnu banku Srbije, jer ga nije poslala na lekarski pregled kao što je učinila za sve ostale zaposlene koji su bili kandidati za istu poziciju/posao kao tužilac. Narodna banka Srbije, kao poslodavac, premestila je tužioca na novo radno mesto “brojač novca”, što je posao na kome radnik dolazi u dodir sa raznim hemikalijama. Zato je bilo obavezno da poslodavac radnika pošalje na lekarski pregled kako bi se moglo utvrditi da li je bio sposoban za taj posao. On je ove poslove

104 Odluka Apelacionog suda u Beogradu P.19 / 15 od 25. februara 2015. godine.

obavljao više od tri godine pre nego što je nadležna zdravstvena ustanova izvršila pregled i odlučila da ga pošalje nadležnoj komisiji da utvrdi procenat invaliditeta. U tom periodu, zdravstveno stanje M.P. se znatno pogoršalo. Nakon što su ovi događaji doveli do njegovog potpunog invaliditeta nesposobnosti i gubitka radne sposobnosti, M.P. je odlučio da tuži svog bivšeg poslodavca. Budući da su se ovi događaji desili između 2005. i 2009. godine, M.P. nije mogao da se pozove na norme Zakona o zabrani diskriminacije, već samo na Zakon o radu.

Prvostepeni sud, Osnovni sud u Pančevu, utvrdio je da nije bilo diskriminacije, kao i da je tuženi obezbedio sve mere za zaštitu tužioca koji su propisane Zakonom o radu.¹⁰⁵ Apelacioni sud u Novom Sadu, međutim, utvrdio je da prvostepeni sud nije uzeo u obzir sve dokaze i nije u potpunosti utvrdio činjenice u predmetu.¹⁰⁶ Jedna od važnih činjenica koje je Apelacioni sud naglasio a prvostepeni sud nije bio zainteresovan za to, bila je da su, tokom perioda u kojem je M.P. radio na poslu koji je štetan po zdravlje, mnogi drugi zaposleni su išli na redovne medicinske preglede. Tako je Apelacioni sud je preinačio presudu i odredio da se zaposlenome nadoknadi šteta. Ustanovljeno je da je došlo do neopravdane razlike u postupanju prema zaposlenom sa invaliditetom u odnosu na ostale zaposlene.

Rešavajući po reviziji Vrhovni kasacioni sud je utvrdio da nije bilo diskriminacije. Ukinuo je drugostepenu presudu i potvrdio prvostepenu presudu.¹⁰⁷ Vrhovni sud je odbio sve argumente Apelacionog suda, ali se nije bavio

105 Presuda Osnovnog suda u Pančevu, presuda P1 497 / 12 od 28. januara 2013. godine.

106 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž 1252/13 od 18. jula 2013. godine.

107 Presuda Vrhovnog kasacionog suda rev2. 361/2014 od 23. oktobra 2014. godine.

činjenicom da M.P. nije mogao da ode na pregled sličan onome na koji su išli drugi zaposleni. Umesto toga, Vrhovni sud je odlučio da poslodavac nema obavezu da M.P. prebaci na drugi posao dok nadležni zdravstveni organ ne utvrdi da nije mogao da obavlja svoje zadatke bez rizika po svoje zdravlje. Vrhovni sud svoju argumentaciju gradi na argumentaciji osnovnog suda i potpuno je potvrđuje, tumačeći iste činjenice koje je drugostepeni sud ocenio kao dokaz diskriminacije upravo kao dokaz da do diskriminacije nije došlo.

6.5 Pfajfer protiv Republike Srbije - diskriminacija na radu

Aleksandar Pfajfer je pilot Jugoslovenskog aerotransporta (JAT) i bio je izložen praksi diskriminacije na osnovu svoje nemačke nacionalnosti.¹⁰⁸ To je prvi predmet pokrenut prema Zakonu o zabrani diskriminacije. Gospodin Pfajfer je tvrdio da je tokom dužeg vremenskog perioda bio izložen uznemiravanju i ostracizmu od strane kolega u svom radnom okruženju, uvredama i sabotazi svog radnog učinka, što je takođe uticalo na njegov profesionalni razvoj i napredovanje u karijeri. Ovaj slučaj zabrinjava u pogledu dužine trajanja postupka. Prvobitna tužba podneta je 2009. Postupak je, međutim, još uvek u toku.

Tužba je podneta 29. juna 2009. godine, Prvom osnovnom sudu u Beogradu. Prva rasprava održana je posle skoro devet meseci (10. marta 2010. godine). Trebalo je čak dve i po godine da prvostepeni sud donese odluku, što je učinio 5. januara 2012. Međutim, posle

108 Po pitanju izraza "nacionalna pripadnost" kao surogata za "etničku pripadnost" i percipiranu rasu", vidi fusnote 28 i 66.

15 meseci postupka pred Apelacionim sudom u Beogradu, prvostepena odluka je ukinuta i predmet je vraćen na ponovno suđenje, ovoga puta pred Višim sudom u Beogradu, jer je nadležnost sudova promenjena 2014. Predmet je vraćen 13. maja 2013. godine. Prva rasprava pred ovim sudom zakazana je za 31. oktobar 2013. Sudija prvostepenog suda time je prekršio član 389., stav 1. Zakona o parničnom postupku, koji predviđa da prva rasprava mora biti zakazana u roku od 30 dana. U međuvremenu, predmet je dodeljen drugom sudiji, čime je postupak dodatno produžen. Od 2013. godine, održane su samo četiri rasprave.

U toku 2016. godine, Apelacioni sud utvrdio je da je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku.¹⁰⁹ Ovo je potvrđeno odlukom Vrhovnog kasacionog suda.¹¹⁰ Međutim, Apelacioni sud nema delotvorne instrumente da ubrza postupak. Kao rezultat odluke Apelacionog suda, Viši sud u Beogradu mora da završi “što je pre moguće”, što ne daje nikakvo konkretno uputstvo o tome kako će to biti urađeno. Osim toga, bilo je potrebno čak 15 meseci da Apelacioni sud razmotri zahtev tužioca.¹¹¹

Događaji u predmetu Pfajfer mogu da se koriste kao upozorenje mogućeg zastoja u slučajevima diskriminacije - posle sedam godina trajanja postupka, tužilac još uvek čeka na prvostepenu odluku. Pošto je za predmete diskriminacije predviđeno suđenje u tri faze, biće potrebno najmanje još nekoliko godina da se u ovom predmetu donese konačna i pravosnažna odluka. U međuvremenu, gospodin Pfajfer ne ostvaruje svoja prava iz

radnog odnosa i njegova karijera je u zastoju. JAT kao prvobitni poslodavac više ne postoji. Ovaj slučaj je nasledio njegov pravni sledbenik, Air Serbia. U dosadašnjem postupku, gospodin Pfajfer i njegovi pravni zastupnici predstavili su čak 137 dokaza diskriminacije, što čini postojanje diskriminacije nespornim, ali i obesmišljava postupak dokazivanja utvrđen Zakonom o zabrani diskriminacije. Sve ove činjenice u kombinaciji ukazuju na apsurdnost situacije koja je neizbežna u slučajevima značajnog produžavanja odlučivanja o diskriminatorском ponašanju. Ako sud po ovim pitanjima ne može da deluje hitno nijedna naredna odluka, čak i kada je fer i u skladu sa činjenicama u predmetu, neće biti dovoljna da otkloni posledice diskriminacije.

109 Odluka Apelacionog suda u Beogradu R4r 308/15 od 8. jula 2016. godine.

110 Odluka Vrhovnog kasacionog suda Ržr 193/2016 od 21. septembra 2016. godine.

111 Zahtev je podnet 1. aprila 2015. godine.

7. ZAKLJUČCI I PREPORUKE

Normativni okvir je generalno dovoljan za pravično suđenje u slučajevima diskriminacije. Neke promene su neophodne, naročito u domenu pojma posredne diskriminacije. Dalje usklađivanje sa pravom EU treba da se nastavi u narednim godinama. Primarni zaključak ove studije je, međutim, da pravosudni sistem u Srbiji - uključujući i sudije, kao i aktere u široj oblasti pravosuđa, kao što su advokati – još uvek ne shvataju u potpunosti i još uvek ne koriste na delotvoran način antidiskriminacione propise. Tako antidiskriminacioni propisi kao sistem za obezbeđivanje zakonom garantovanih prava u oblasti ravnopravnosti u ovom trenutku još uvek nisu u potpunosti sprovodivi u Srbiji.

Jedan od ključnih problema je nedostatak normi koje bi obezbedile jasno utvrđivanje položaja antidiskriminacionih odredbi u drugim zakonima. Često je nejasno koji zakon čini opšti pravni režim, a koji zakon je *lex generalis* u odnosu na njega.

Isto tako, čini se da sudije nisu upoznate sa konceptom diskriminacije i pravnim pojmom diskriminacije. One ne razumeju cilj antidiskriminacionih propisa. Osnovne zakonske definicije - uključujući i osnovne pojmove neposredne i posredne diskriminacije - nisu tačno i ispravno shvaćene od strane širokog kruga aktera u sistemu, uključujući, a što je naročito važno, i sudije. One očigledno ne poseduju znanje da naprave razliku između diskriminacije i zlostavljanja na radu i uznemiravanja i drugih sličnih pravnih i socijalnih kategorija. One nisu svesni koncepta zaštićenih ličnih svojstava, kao ključnog elementa za identifikaciju ili postojanje diskriminacije. Sudije su u

većini slučajeva izbegle neposrednu primenu međunarodnih instrumenata, iako su oni sastavni deo pravnog sistema Srbije.

Ni građani Srbije često nisu upoznati sa pojmom diskriminacije. Isto važi i za advokate. Slučajevi iz osnovnih segmenata društva (obrazovanje, stanovanje, zdravstvo, itd) uglavnom još nisu pokrenuti pred sudom, uprkos redovnim izveštajima o diskriminaciji u ovim oblastima. Čini se da strane u predmetima povodom diskriminacije izgleda uglavnom dolaze iz društvenih slojeva koji imaju manje šanse da dožive ekstremnu isključenost na osnovu diskriminacije. Lica iz grupa koje se redovno imenuju kao one koje doživljavaju ekstremne oblike isključenosti, kao što su Romi, osobe sa mentalnim ili intelektualnim smetnjama, kao i migranti, da navedemo samo tri, izrazito su nedovoljno zastupljene među licima koja nastoje da preduzmu zakonske mere za ostvarivanje prava koja se štite antidiskriminacionim zakonodavstvom.

Jedan od najupečatljivijih utisaka je dominacija radnih sporova kada su u pitanju oblasti diskriminacije koje se rešavaju pred sudovima. Čini se da je praksa sudova do sada samo potvrdila da su slučajevi diskriminacije samo neka vrsta tehničke podgrupe za radne sporove.

Nedostatak znanja i prakse u oblasti zakona o zabrani diskriminacije istaklo je nekoliko ozbiljnih problema u ranim fazama njegove primene. Analizirani su aktivna legitimacija, nadležnost suda i neka proceduralna pitanja (kao što je uloga testera).

Jedan od problema tiče se prebacivanja tereta dokazivanja, koji se očigledno ne primenjuje u većini predmeta, dok se drugi tiče nedosledne sudske prakse - ponekad, kao što

je prikazano u prethodnom tekstu, čak i unutar istih sudova. To su ozbiljna pitanja koja se neće lako rešiti. Ovo podrazumeva izradu sistematskog i dugoročnog akcionog plana kako bi se sudijama pružio dublji nivo obuke o zakonu o zabrani diskriminacije.

Istovremeno, postoji velika potreba za uspostavljanje sistema za praćenje sudske prakse u slučajevima povodom diskriminacije, kao i za praćenje rešavanja problema koji se pojavljuju u predmetima. Jedan preduslov za takvu bazu podataka sudske prakse je da sudovi obeleže i prate predmete diskriminacije kao posebnu vrstu sporova (na primer, tako što će ih obeležiti sa "P-D"). Bez takvog sistema, sudije i dalje neće jasno razdvajati diskriminaciju od drugog nezakonitog ponašanja i neće imati priliku da se upoznaju sa dobrim praksama. Zajednički stavovi Apelacionog suda nisu dobro rešenje za ovaj problem. Prvo, zato što je zajednički stav ponekad zasnovan na lošoj praksi i samo potvrđuje iracionalne odluke sudija o nekim pitanjima. Drugo, u Srbiji postoje četiri apelaciona suda i nema garancija da će zajednički stav jednog od njih odgovarati zajedničkom stavu drugog - tako da zajednički stavovi ovih sudova moraju biti potvrđeni od strane Vrhovnog kasacionog suda, uz pomoć vansudskih stručnjaka u ovoj oblasti.

Primetno je da je dužina postupaka uglavnom zadovoljavajuća. Međutim, edukacija sudija će svakako dovesti do njihovog još efikasnijeg rada. Trostepena sudska zaštita predstavlja dobro rešenje, a revizija kao vanredni pravni lek mora da ostane kao mogućnost, pogotovo zato što će dati veću ulogu Vrhovnom kasacionom sudu u sprovođenju antidiskriminacionog zakonodavstva.

Ako antidiskriminaciono zakonodavstvo treba da ispuni očekivanja kao pravna forma u

kojoj se osporava isključivanje onda još uvek predstoji dug put u njegovom razumevanju i primeni, tako da bi čitave grupe žrtava (Romi, osobe sa psiho-socijalnim poremećajima ili intelektualnim invaliditetom, ljudi u institucijama) mogle uopšte da imaju koristi od dometaove oblasti prava – prava osmišljenog upravo da bi izjednačio neravnopravnosti. Antidiskriminaciono pravo je pravni izraz globalne posvećenosti ravnopravnosti. Činjenica je da predmeti koji se tiču najviše isključenih grupa nisu još ni stigli do suda i to je praksa koja mora da se promeni u bliskoj budućnosti.

Preporuke koje proizilaze iz zaključaka ove studije uključuju sledeće:

- Reforma antidiskriminacionog pravnog okvira još uvek je potrebna u nekim oblastima;
- Slučajeve diskriminacije treba eksplicitno pratiti i uskladiti sudsku praksu;
- Sudije treba da dobiju dodatnu edukaciju o antidiskriminatorskom zakonodavstvu i primeni Zakona o zabrani diskriminacije;
- Važno je da se uključe, podrže i ohrabre pripadnici ugroženih grupa i diskriminisani pojedinci i grupe u oblastima osim radnih odnosa, da traže i koriste svoje pravo na sudsku zaštitu prava na jednakost.

