

Utjecaj pretjeranog pravnog formalizma na mogućnost ostvarenja načela zabrane diskriminacije

Bogdanović, Tamara

Professional thesis / Završni specijalistički

2023

Degree Grantor / Ustanova koja je dodijelila akademski / stručni stupanj: **University of Zagreb, Faculty of Law / Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:199:235251>

Rights / Prava: [In copyright](#) / [Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-12-20**



Repository / Repozitorij:

[Repository Faculty of Law University of Zagreb](#)



Pravni fakultet u Zagrebu
Katedra za europsko javno pravo

Tamara Bogdanović

**UTJECAJ PRETJERANOG PRAVNOG FORMALIZMA
NA MOGUĆNOST OSTVARENJA NAČELA ZABRANE DISKRIMINACIJE**

specijalistički rad

mentor: prof. dr. sc. Snježana Vasiljević

Zagreb, siječanj 2023.

SADRŽAJ:

Sažetak	1
UVOD	2
1. POJAM I UZROCI PRETJERANOG PRAVNOG FORMALIZMA	4
2. POJAM DISKRIMINACIJE	14
2.1. Ljudska prava, diskriminacija i vladavina prava.....	14
2.2. Diskriminacija prema Europskom sudu za ljudska prava	19
2.3. Diskriminacija prema Sudu Europske unije.....	24
2.4. Usporedbena zapažanja	32
1. PRIMJERI SUDSKE PRAKSE RELEVANTNI ZA OSTVARENJE NAČELA ZABRANE DISKRIMINACIJE U UPRAVNOM PRAVU U ODNOSU NA REPUBLIKU HRVATSKU	36
3.1. Praksa Europskog suda za ljudska prava.....	36
3.2. Praksa nacionalnih sudova	45
ZAKLJUČAK	54
Literatura	61

Sažetak

Rad analizira na koji način pretjerani pravni formalizam u smislu strogo gramatičkog tumačenja normi, utječe na ostvarivanje načela zabrane diskriminacije u upravnim postupcima i upravnim sporovima u Republici Hrvatskoj.

U ovom radu se istraživanjem postojeće europske i hrvatske sudske prakse želi ukazati na do sada uočene zapreke ostvarenju načela zabrane diskriminacije u upravnom pravu u smislu donošenja diskriminatornih zakona ili njihovog tumačenja na pretjerano formalistički način, ali i na načine ispravljanja takvih pravnih situacija.

Kroz tri poglavlja autorica sažeto razrađuje pojmove pretjeranog pravnog formalizma, zabrane diskriminacije i jednakosti svih pred zakonom prema kriterijima Europskog suda za ljudska prava i Suda Europske unije i daje analizu stanja u Republici Hrvatskoj u odnosu na mogućnost ostvarenja načela zabrane diskriminacije u upravnim postupcima i upravnim sporovima.

Ključne riječi: *pretjerani pravni formalizam, jednakost pred zakonom, zabrana diskriminacije, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Povelja Europske unije, europsko pravo, upravno pravo*

UVOD

Temeljno istraživačko pitanje ovog rada je postoji li u Republici Hrvatskoj učinkovita zaštita od diskriminacije u upravnim postupcima i upravnim sporovima i je li pretjerani pravni formalizam jedna od glavnih prepreka ostvarenju načela zabrane diskriminacije.

Cilj završnog rada je istražiti recentnu stručnu i znanstvenu literaturu, te praksu Europskog suda za ljudska prava (dalje ESLJP) i Suda Europske unije (dalje Sud EU), kao i utjecaj iste na formiranje kriterija za primjenu načela zabrane diskriminacije u upravno sudskoj praksi, te dokazati da su ti kriteriji suprotni pretjeranom pravnom formalizmu u tumačenju i primjeni prava kao jednom od ograničavajućih faktora u pravilnoj primjeni europskih standarda u upravnom pravu.

Radom se kroz analizu dostupne upravno sudske prakse želi pokazati da država, i to kroz donošenje nepotpunih ili dvojbenih zakonskih odredaba, te državna tijela i sudovi, i to kroz tumačenje zakonskih odredaba na pretjerano formalistički način, mogu diskriminatorno postupati, te koji alati su državnim tijelima, sudovima i pojedincima dostupni radi suzbijanja i onemogućavanja diskriminacije, tj. potpunog ostvarivanja načela zabrane diskriminacije u upravnom pravu.

U prvom poglavlju daje se opis pojma pretjeranog pravnog formalizma i opisuju njegovi mogući uzroci u zemljama srednje i istočne Europe, među ostalim i na primjeru stanja u Poljskoj prema članku Rafal Manka „Korijenje u vrtovima pravde?”¹, te će se tamo uočeni problemi pravne kulture pretjeranog pravnog formalizma pokušati usporediti sa problemima uočenima u Hrvatskoj. Pod pojmom pretjeranog pravnog formalizma misli se na strogo gramatičko tumačenje normi u primjeni prava i na lakoću korištenja nekada procesnih mogućnosti od strane sudaca za odbacivanje tužbi, a još češće doslovnog tumačenja teksta bez povezivanja sa stvarnim okolnostima i svrhom propisa, a sve u cilju izbjegavanja ulaženja u meritum u smislu načela pravednosti, a što predstavlja problem u svim zemljama Europske

* Tamara Bogdanović, sutkinja Upravnog suda u Zagrebu

¹ Rafal Mańko, Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom/Sinthome, DE GRUYTER, DOI 10.1515/pol-2013-0011 – Pólemos 2013; 7(2): 207-233

unije, koje su prešle sa ranijih socijalističkih pravnih režima na demokraciju, pa se ovim radom želi dokazati da taj problem postoji i u upravnom pravu u Republici Hrvatskoj.

Drugo poglavlje posvećeno je teorijskom opisu pojma diskriminacije i jednakosti postupanja prema, članku 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje Europska konvencija), te pripadajućem Protokolu broj 12 i Standardima Vijeća Europe u borbi protiv diskriminacije, te prema primarnom i sekundarnom pravu Europske unije, a upravo radi konkretnijeg ostvarivanja vladavine prava u upravnoj praksi, a obzirom na njihova zajednička temeljna načela i temeljne vrijednosti. Smatram da je poznavanje pravne teorije u odnosu na osobe koje u praksi, bez obzira je li to uloga suca, upravnog službenika, odvjetnika ili stranke primjenjuju pravo, nužno radi dostizanja standarda znanja, koji će onda omogućiti svim sudionicima u postupku da europski standardi budu ne samo tekstualno harmonizirani s nacionalnim propisima, nego i semantički, a upravo to stručno znanje bi trebalo potaknuti promjene u smislu izbjegavanja pretjeranog pravnog formalizma i donošenja upravnih odluka koje bi za posljedicu mogle imati povredu načela zabrane diskriminacije.

Treće poglavlje bavi se opisom relevantnih slučajeva iz prakse ESLJP u odnosu na Republiku Hrvatsku i upravno sudske prakse u Republici Hrvatskoj, kroz analizu konkretnih sudskih predmeta u kojima je u nekom od stadija došlo do neuvažavanja načela diskriminacije, i to većinom zbog primjene i tumačenja prava na pretjerano formalistički način (npr. u primjeni Zakona o strancima u odnosu na pravo na obiteljski život istospolnih partnera, Zakona o porezu na promet na nekretnina u odnosu na pravo vlasništva, nasljeđivanju bračnog ili izvanbračnog druga, te je li sklopljen ugovor o doživotnom ili dosmrtnom uzdržavanju, u primjeni Zakona o registru životnog partnerstva i Naputka, u ostvarivanju prava na rodiljni dopust za posvojeno dijete i u ostvarivanju prava na davanje usluge udomiteljstva od strane istospolnih partnera i njihovom upisu u registar posvojitelja...).

Na temelju svega navedenoga, trebalo bi biti moguće zaključiti da je u pojedinačnim slučajevima u hrvatskom upravnom pravu pretjerani pravni formalizam do sada bio zapreka za ostvarivanje načela zabrane diskriminacije, da se radi o problemu koji je uočen u sudskoj praksi, naročito od strane Ustavnog suda Republike Hrvatske i Europskog suda za ljudska prava. Nadalje, da za izbjegavanje pretjeranog pravnog formalizma postoje pravni alati u smislu postojećih propisa, znanstvene teorije i europske sudske prakse koji su dostupni

državnim tijelima, sudovima i pojedincima, a upravo radi potpunog ostvarivanja načela zabrane diskriminacije u upravnom pravu, bez obzira želi li pojedinac ostvariti svoje pravo iz nekog upravnog područja bez da bude diskriminiran, ili se radi o službenim osobama koje primjenjuju zakone u upravnim postupcima i upravnim sporovima i koje su dužne otkloniti diskriminaciju ukoliko je ona već nastala.

1. POJAM I UZROCI PRETJERANOG PRAVNOG FORMALIZMA

U ovom radu namjera je kroz primjere sudskih odluka iz upravnog prava dokazati da pretjerani pravni formalizam predstavlja prepreku ostvarivanju načela zabrane diskriminacije, kao trenutno vrlo aktualnoj i osjetljivoj temi, a obzirom da diskriminacija najčešće pogađa najranjivije skupine društva, te uvelike ovisi o stupnju tolerantnosti i društvene svijesti o potrebi prihvaćanja razlika i uključivanja svih u pravni život države kao socijalne zajednice.

Trebalo je stoga prvo pokušati definirati pojam pretjeranog pravnog formalizma, pronaći moguće uzroke i ponuditi eventualna rješenja.

U istraživanju pojma i uzroka pretjeranog pravnog formalizma u upravnom pravu zaključila sam da se u hrvatskoj znanstvenoj literaturi koja se odnosi na upravno pravo ne radi o često korištenom i istraživanom pojmu, a što primjećuje i Frane Staničić u uvodnom dijelu znanstvenog rada „Pretjerani pravni formalizam i postupci javne nabave“.² Iako autor polazi od premise da u pravnoj teoriji pravni formalizam nije isključivo negativna pojava, obrazlažući to na način da je za formaliste pravo identično idejama od kojih se sastoji, pa razumijevanje prava ovisi o shvaćanju reda i povezanosti tih ideja, te je pravo u stvari odraz inteligencije, svaka primjena prava koja dovodi do odluka koje su nerazumne, iracionalne ili u suprotnosti sa zdravim razumom čini pretjerani pravni formalizam.³ U odnosu na stav pravnih realista, kao protivnika formalizma, autor navodi da je primjenjivač pravne norme uvijek dužan ostvariti cilj i svrhu norme, a to nije moguće bez propitkivanja svih okolnosti, u smislu morala, društvene kohezije i drugih društvenih okolnosti.⁴ Iznoseći primjere sudskih odluka u

² Frane Staničić, Pretjerani pravni formalizam i postupci javne nabave, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, 67, (3-4) 2017., str. 531. – 564.

³ Ibid, vidi opširnije, str. 532. i 540.

⁴ Ibid, vidi opširnije, str. 538.

postupcima javne nabave, autor zaključuje da pretjerani pravni formalizam u hrvatskom pravu nedvojbeno postoji i predstavlja negativnu pojavu.⁵

Prema mom mišljenju, postojanje pravnog formalizma je nužna pretpostavka za ostvarivanje pravne sigurnosti, načela čija se primjena jamči kroz članak 6. Europske konvencije⁶ u smislu predvidljivosti primjene neke pravne norme, čiji sadržaj bi trebao biti razumljiv svim adresatima na koje se odnosi, dakle svim građanima, dok je pretjerani pravni formalizam ona primjena prava suprotna zdravom razumu koja ne uzima u obzir svrhu norme koja se primjenjuje i specifične okolnosti nekog pravnog slučaja na koji se ona primjenjuje.

Siniša Rodin je također istakao pretjerani pravni formalizam kao prepreku pravilnom prihvaćanju i primjeni prava Europske unije u cjelini, te dao analizu uzroka tog problema upravo u postkomunističkim državama, a u koje potpadaju i Hrvatska i Poljska.⁷

U analizi autor navodi da pluralističko-realističke postavke govore da pravo nije određeno tekstem, da je značenje prava funkcija interakcije brojnih aktera, da diskurzivna definicija prava rezultira u politizaciji prava, jer se u pravnu analizu uvode regulatorni ciljevi i politike, da sudionici pravnog diskursa imaju različitu moć i različite sposobnosti da pridonese definiciji prava i da je jednom definirano pravo podložno stalnoj reinterpetaciji kroz pravni i politički diskurs,⁸ a za što kao primjer možemo navesti Europsku konvenciju koja se od 1950. primjenjivala upravo prateći društveni kontekst i stoga opravdala svoj naziv „living instrument“.

U cijelosti smatram pravilnim njegov zaključak da su razlike između europskog zapada i srednje i istočne Europe nastale, jer je na zapadu institucionalni okvir oblikovao racionalni diskurs, a na istoku autoritativni, u kojem se pravosudna funkcija ne shvaća kao rješavanje sporova između stranaka, a koje onda uključuje i tumačenje zakona, nego kao isključivo primjena zakona koja vrlo lako dovodi do pretjeranog pravnog formalizma, jer se

⁵ Ibid, vidi opširnije, str. 540.

⁶ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN/MUG, br. 18/97, 6/99 - proć. tekst, 8/99-ispr., 14/02, 1/06 i 2/10

⁷ Siniša Rodin, Diskurs i autoritarnost u europskoj i postkomunističkoj pravnoj kulturi, Politička misao, vol. XLII, br. 3, 2005., str. 41. – 64.

⁸ Ibid, vidi opširnije, str. 44.

kod mehaničke primjene zakona u obzir ne uzimaju specifične okolnosti slučaja i svrha propisa koji se primjenjuje.⁹

Mišljenja sam da za ostvarenje zaštite ljudskih prava općenito, pa onda i načela nediskriminacije vrlo važno da u trodiobi vlasti navedenoj u Ustavu Republike Hrvatske¹⁰ sudska vlast bude i u praksi uvažavana kao treća neovisna vlast, čija je svrha biti korektiv zakonodavne i izvršne vlasti, s ovlastima ne samo primjene, nego i tumačenja izglasanih zakona i ostalih propisa. Rješenje vidim u tome da izvršna vlast sudsku ne treba doživljavati kao prijetnju i kritiku svom izvršnom djelovanju, već kao zaštitu od bilo kakvih nezakonitosti, nepravilnosti i neproporcionalnosti kojima nositelji izvršne vlasti, kao i obični građani mogu biti izloženi u bilo kojem stadiju svog političkog djelovanja.

Siniša Rodin smatra da je tome u mnogome pripomoglo shvaćanje prava kao autonomne znanosti koja pronalazi ispravne odgovore na pravna pitanja isključivo unutar pravnog sustava bez obzira na društvenu stvarnost, te da tako razvijena dominantna pravna kultura nije čudom nestala u času rušenja Berlinskog zida.¹¹ Slažem se i sa njegovim zaključkom da su se postkomunistički pravni sustavi pri harmonizaciji prava susreli s problemom pukog preuzimanja pravnih normi, a bez da je uzeto u obzir da pravna pravila nužno imaju drugačije značenje u različitim kontekstima standarda znanja.¹²

Siniša Rodin za dokazivanje svog shvaćanja navodi da i među starim državama članicama postoje oprečna razumijevanja nekih temeljnih koncepata poput federalizma, zatim da se značenje temeljnih pravnih koncepata poput prava na život, slobodu i vlasništvo, na istoku i zapadu Europe dramatično razlikovalo, te se i načelo vladavine prava u okvirima autoritativne paradigme nije shvaćalo kao vlast ograničena pravom nego kao gola državna prisila, stavljena u funkciju primjene zakona, bez obzira na sadržaj, koji je mogao biti i suprotan temeljnim ljudskim pravima.¹³ Nadalje smatra da proces harmonizacije s europskim pravom uključuje ne samo tekstualnu, nego i semantičku harmonizaciju, te da prepreke istoj

⁹ Ibid, vidi opširnije, str. 47.

¹⁰ Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01. 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 i 05/14

¹¹ Siniša Rodin, Diskurs i autoritarnost u europskoj i postkomunističkoj pravnoj kulturi, Politička misao, vol. XLII, br. 3, 2005., str. 41. – 64., vidi opširnije, str. 48.

¹² Ibid, vidi opširnije, str. 49.

¹³ Ibid, vidi opširnije, str. 49. i 50.

predstavljaju pravni formalizam i odricanje legitimiteta političkoj argumentaciji u rješavanju pravnih pitanja, a što dovodi do cirkularne pravne argumentacije i ovisnosti o podzakonskoj regulaciji.¹⁴ Navodi da većina država srednje i istočne Europe zbog povijesnih okolnosti nije proživjela razgradnju ekstremnog pravnog formalizma, već se radi o procesu deformalizacije pravne dogmatike koji je slučajne naravi i rezultat recepcije stranog, većinom njemačkog i austrijskog prava, a ne rezultat autohtonog razvoja pravnog sustava.¹⁵

Iz do sada iznesenog, može se zaključiti da problem pretjeranog pravnog formalizma u primjeni europskih standarda u upravnom pravu¹⁶ nije samo problem Republike Hrvatske, već svih država srednje i istočne Europe, pa mi je za usporedbu uočenih problema u upravno sudskoj praksi u Hrvatskoj poslužio primjer Poljske, a obzirom da je taj problem uočen u poljskoj pravnoj kulturi i opisan u stručnoj literaturi.

Tako Rafal Manko u članku „Korijenje u vrtovima pravde?“ zaključuje da je poljska pravna tradicija hibridna, jer uključuje elemente zapada i istoka, te ističe da se pretjerani pravni formalizam očituje kao prvi elemenat u promišljanju o glavnim pravilima što se smatra pravom, na koje autoritete se može pozvati u pravnoj argumentaciji, te u pogledu same uloge suca koji odlučuje o slučaju. Navedeni autor ističe da je drugi važni element što se koncept pravne interpretacije ograničava na odgonetavanje unutrašnjeg značenja teksta, te se svrha zakona ili neke odredbe može tražiti samo ukoliko gramatička interpretacija uzrokuje apsurdnu posljedicu koja se ni pod kojim okolnostima ne može pripisati mašti zakonodavca. Treći element je da se od suca traži da njegova zadaća bude silogistička operacija podvođenja nekog činjeničnog stanja pod pravnu normu, pri čemu se odbacuje sučevo razmišljanje o samoj svrsi pravila ili balansiranje između različitih načela ili interesa. Četvrti element je inzistiranje na zakonskoj formi, radije nego na sadržaju, te takav sudac tužbu odbacuje i zbog najmanje formalnosti, radije nego da pogleda sam sadržaj u smislu svrhe.¹⁷

¹⁴ Ibid, vidi opširnije, str. 54.

¹⁵ Ibid, vidi opširnije, str. 55.

¹⁶ Siniša Rodin, Tamara Bogdanović, Kristina Senjak, Priručnik Europski standardi u upravnom postupku, Ministarstvo pravosuđa RH, Pravosudna akademija, Zagreb, 2008.

¹⁷ Rafal Mańko, Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom/Sinthome, DE GRUYTER, DOI 10.1515/pol-2013-0011 – Pólemos 2013; 7(2): 207-233, vidi opširnije, str. 219. i 220.

Moj zaključak, koji temeljim na iskustvima iz višegodišnje primjene upravnog prava, je da se sva nabrojena 4 elementa u kojima se očituje pretjerani pravni formalizam mogu uočiti i u hrvatskom upravnom pravu, a što ću pokušati dokazati u trećem poglavlju ovoga rada i to upravo na izabranim primjerima sudskih odluka iz upravnog prava.

Ovu situaciju Manko naziva pobjedom socijalizma nad pravom, te ističe da je suprotno tome Sud EU koji je osnovan 1952. od početka primjenjivao pragmatičan pravni pristup dajući presedanima funkcionalno tumačenje i često se pozivajući na nepisana opća načela prava.¹⁸ Tako se možemo podsjetiti da je Sud EU još 1969. odgovarajući na prethodno pitanje Upravnog suda u Stuttgartu, radi pritužbe korisnika mjere kupnje jeftinijeg maslaca za socijalno ugrožene osobe uz upotrebu kupona, da ime napisano na kuponu narušava njegovo dostojanstvo, donio presudu u predmetu *Stauder protiv Grada Ulma*¹⁹ u kojoj je izrazio stajalište da pravilno protumačena primjena mjere ne zahtjeva da ime korisnika bude na kuponu i time prvi put potvrdio da ljudska prava čine dio nepisanih općih načela prava Europske unije, koja su se kroz povijesnu primjenu potvrdila kao zajednička svim državama članicama, iako se u Njemačkoj zaštita osobnog dostojanstva još naglašenije štiti²⁰ nego u ostalim državama članicama. Nadalje, Sud EU je 1979. također odgovarajući na prethodno pitanje njemačkog upravnog suda u predmetu *Hauer*²¹ koje se odnosilo na odbijanje izdavanja dozvole za sadnju novog vinograda na zemljištu u privatnom vlasništvu i mogućnost retroaktivne primjene Uredbe donesene radi trenutačnog zaustavljanja širenja novih vinograda izrazio shvaćanje da se radi o dopuštenoj retroaktivnosti koja je obrazložena nepobitnim javnim interesom zaštite opstojnosti postojećih proizvođača vina, te istakao da se radi o mjeri privremenog karaktera koja stoga ne predstavlja ograničenje prava vlasništva, a obzirom da bi uzgoj novih vinograda u situaciji trajne pretjerane proizvodnje samo donio povećanje obujma viškova, te je u tom predmetu Sud EU zaključio da se radi o ograničenjima koja se spajaju i imaju isto opravdanje.

Smatram da je potrebno naglasiti da se u hrvatskom javnom prostoru sudske odluke ovisno o kutu gledanja onoga tko ih komentira često ocjenjuju političkima, dok suci smatraju da su njihove odluke samo zakonite i u skladu s vladavinom prava. U takvim situacijama se

¹⁸ Ibid Manko, vidi opširnije, str. 221.

¹⁹ Sud EU, *Stauder*, C-29/69 od 12. studenoga 1969.

²⁰ Sud EU, *Omega*, C-36/02 od 14. listopada 2004., ECLI:EU:C:2000:614

²¹ Sud EU, *Hauer*, C-44/79 od 13. prosinca 1979.

nalaze i upravni suci, jer njihova nadležnost često uključuje rješavanje sporova u kojima su akteri na neki od načina upravo političari i druge javne osobe u raznim vrstama sporova koji se mogu odnositi na zakonitost njihovih djelovanja u privatnom i javnom životu, a koje mogu imati utjecaj i na javno mnijenje, a upravo s obzirom na činjenicu da je smisao upravnog spora ocjena zakonitosti postupanja državnih tijela kroz mnogobrojne pojedinačne ili opće upravne akte koje donose ili nekada i ne donose državna tijela (npr. šutnja administracije i razna postupanja u kojima se niti ne donose upravni akti), kao i zaštita pojedinca u ostvarivanju njihovih zakonskih prava i nametanju obveza od strane države. Zbog toga, ponavljam da je vrlo važno, a to je i jedan od proklamiranih ciljeva Europske unije, jačati neovisnost sudbene vlasti, a posebno upravnih sudaca, koji imaju vrlo težak zadatak biti brana nezakonitom postupanju države iza kojeg često stoje politički moćni pojedinci i vladajuće stranke, dok bi iza sudaca trebali stajati samo oni sami, njihovo pravno znanje i ljudska savjest. U izvješću Europske komisije o vladavini prava u Republici Hrvatskoj za 2021.²² istaknuto je da je percepcija neovisnosti sudstva i dalje vrlo niska, te se navodi da je zabilježeno poboljšanje u pogledu trajanja postupaka i smanjenja zaostalih predmeta, ali su potrebna daljnja poboljšanja kako bi se riješili ozbiljni izazovi učinkovitosti i kvalitete.

Imajući tu prethodno navedenu okolnost u vidu, moguće je razumjeti o čemu priča Manko kada smatra da je u Poljskoj razlog za razvoj pretjeranog pravnog formalizma bila i slabija pozicija suca, bez stvarne političke moći, pri čemu se misli na moć da sudske odluke mogu imati političko opravdanje u smislu promicanja ili zaštite nekog kolektivnog cilja zajednice kao cjeline. Stoga on ističe da je suce u Poljskoj pretjerani pravni formalizam u teškim slučajevima spašavao, jer su na temelju formalnih osnova mogli odbaciti svoju nadležnost ili odgoditi svoju odluku toliko dugo dok se slučaj ne riješi na neki izvansudski način. Ovakva situacija odgovarala je vladajućoj birokraciji, jer je pretjerani pravni formalizam omogućio da se suci pretvore u poslušnike bez vlastitog mišljenja, koji onda neće propitkivati bilo koje pravilo važećeg zakona, ukoliko je ono sadržano u odgovarajućem obliku zakona ili podzakonskog akta.²³

²² Izvješće Europske komisije o vladavini prava u RH za 2021, transparency.hr/hr/novost/izvješće-europske-komisije-o-vladavini-prava-u-rh-za-2021., 21. prosinca 2022

²³ Rafal Mańko, Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom/Sinthome, DE GRUYTER, DOI 10.1515/pol-2013-0011 – Pólemos 2013; 7(2): 207-233, vidi opširnije, str. 222.

Manko zaključuje da se konceptualnim razdvajanjem prava i politike i predstavljanjem zakonske interpretacije kao tehničke vještine, bez političkih implikacija, stvorio siguran raj za suce, čiji je profesionalni život jednostavno bio lakši. Naime, pisati sudsku presudu je puno jednostavnije, kada su jedini argumenti koji se trebaju navesti u mišljenju oni lingvistički, bez obzira na prave razloge koji stoje iza presude. Autor navodi da je doktrina *stare decisis* sa svojim pedantnim prepoznavanjem presedana i pažljivim i otvorenim vaganjem interesa i pisanjem pravnih mišljenja, puno kompliciranija pravna tehnika u odnosu na koju je pretjerani pravni formalizam jednostavan zadatak gramatičke, tj. tekstualne primjene prava.²⁴

U prilog ovoj tezi Richard A. Posner²⁵ opisuje formalizam na način da se pravni ishod slučaja može predvidjeti kao točan ili netočan, gotovo na isti način na koji matematičko rješenje problema možemo proglasiti točnim ili netočnim. Pod realizmom navedeni autor misli na odlučivanje u slučaju čiji ishod najbolje promovira javni interes u smislu političke analize, te smatra da se realistička odluka može prosuđivati razumno ili ne, na način da bude objašnjena vaganjem više načela.²⁶ U smislu formalizma ističe da zakonodavac daje naloge sucima kroz tekstove zakona i Ustav, i ako su nalozi jasni, sudac im se mora pokoriti,²⁷ međutim tome je posve suprotna nit vodilja *common law* sustava u kojem zakone stvara sudac kao zakonodavac.²⁸

Zaključak Posnera, s kojim se i autorica ovog rada slaže, jest da bez obzira kako jasan zakonski tekst može biti, on se mora protumačiti kao bilo koji drugi oblik komunikacije i to tumačenje nije samo logička dedukcija, niti samo politička analiza, jer se samo značenje ne može izvući iz teksta samo uzimajući u obzir jezični sadržaj teksta i primjenjujući na to pravila logike, a obzirom da je uvijek potrebno uzeti u obzir duh vremena i specifične okolnosti, te treba upotrijebiti više vrsta jezičnih i kulturoloških alata.²⁹

Posner vrlo mudro zaključuje da je jedini test ispravnosti suđenja u pojedinim sudskim slučajevima vrijeme, kao isti onaj test po kojem se procjenjuje veličanstvenost umjetničkih

²⁴ Ibid, vidi opširnije, str. 223.

²⁵ Richard A. Posner, Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution, 37 Case W. Res. L. Rev. 179, 1986., vidi opširnije str. 181.

²⁶ Ibid, vidi opširnije, str. 181.

²⁷ Ibid, vidi opširnije, str. 189.

²⁸ Ibid, vidi opširnije str. 186.

²⁹ Ibid, vidi opširnije str. 187.

djela, jer one sudske odluke koje se kasnije preglasaju ili ignoriraju samim time pale su na testu vremena.³⁰

Opće je poznata činjenica da su povijesno velike razlike u izvorima *common law* sustava i kontinentalnog europskog prava, a pogotovo prava postkomunističkih zemalja Europe, kojima pripada i Hrvatska. Manko kao jedan od uzorka opstanka pretjeranog pravnog formalizma u Poljskoj smatra i formu pravnog obrazovanja prema kojoj sadašnji suci obrazuju buduće suce, pa ne čudi da pretjerani pravni formalizam, unatoč sve većoj kritici među znanstvenicima, nastavlja biti standard radne pravne misli među poljskim praktičarima. Nadalje, ističe da čak i među sucima Vrhovnog suda još uvijek opstaje stav da zakonski tekst sadrži pravnu normu koja treba biti otkrivena, a suci su samo ti koji primjenjuju postojeće zakonske norme.³¹ U Hrvatskoj se kandidati za suce nakon završenog Pravnog fakulteta i položenog pravosudnog ispita obrazuju na Pravosudnoj akademiji, gdje su predavači također suci, pa i u tom dijelu možemo uočiti sličnost hrvatskog i poljskog obrazovnog modela.

Manko dalje navodi da u Poljskoj na prvoj godini Pravnog fakulteta postoji izborni predmet pravnička logika, te da od 275 strana vodeći udžbenik posvećuje samo 24 strane pravnoj interpretaciji, a od toga samo tri strane funkcionalnoj interpretaciji. Međutim, i nadalje samo u slučaju kada u sumnji treba izabrati pravilno značenje odredbe, jer je zakonski tekst višeznačan ili nejasan, a slijedom čega proizlazi da je svrhovita interpretacija tek najviše na drugom mjestu zakonske metodologije. Prema mojim ranijim iskustvima studiranja i posrednim nedavnim saznanjima na Pravnom fakultetu u Zagrebu i dalje, niti kao izborni predmet, a kamoli obvezni predmet, ne postoji predmet u smislu primjene pravničke logike, tj. pravne i funkcionalne interpretacije propisa, te se kroz cijeli pravni studij većinom ne inzistira na vježbanju pravničkog razmišljanja i povezivanja zakonskih tekstova u smislu razumijevanja pravnih instituta koje bi ubuduće u praksi trebalo znati koristiti, već na pamćenju i citiranju zakonskih tekstova.

Manko tvrdi da se u Poljskoj i na fakultetu i za vrijeme profesionalnog obrazovanja, budući pravnici uvjeravaju da zakon postoji neovisno o tumačenju, te ga treba otkriti i

³⁰ Ibid, vidi opširnije str. 217.

³¹ Rafal Mańko, Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom/Sinthome, DE GRUYTER, DOI 10.1515/pol-2013-0011 – Pólemos 2013; 7(2): 207-233, vidi opširnije str. 224.

primijeniti, te smatra da ovaj formalistički cilj pravnog obrazovanja igra važnu socijalnu ulogu da pomogne ukorijeniti moć postojećih zakonskih elita. U navedenim okolnostima autor se pita jesu li vrtlari ozbiljno predani odstranjenju pretjeranog pravnog formalizma koji se službeno smatra korovom ili možda metafora da su takvi pravni zaostaci korov predstavlja samo javno deklariranu ideološku laž, a ne način razmišljanja poljske pravne zajednice.³²

Osim usporedbe primjene prava s održavanjem vrta, Manko pretjerani pravni formalizam pokušava opisati i kroz prizmu medicine, navodeći da bi se pretjerani pravni formalizam mogao usporediti sa simptomima koji se razvijaju kao rezultat potiskivanja određene stvarnosti u nesvjesno.³³ Smatra da pretjerani pravni formalizam i dalje oblikuje poljsku pravnu kulturu, kroz pravno obrazovanje i presuđivanje, jer ondje gdje se obični logički silogizam ne može primijeniti, sudac može odlučiti kako mu paše, a upravo to predstavlja mrlju traumatske iracionalnosti.³⁴

Ne bih se usudila tvrditi radi li se u Hrvatskoj o nesvjesnoj ili svjesnoj pojavi ovakvog karaktera pravničkog obrazovanja, ali bih mogla reći da sam uočila da na Pravnom fakultetu u Zagrebu, danas postoje mnogi pojedinci i cijele katedre, kao npr. Katedra europskog javnog prava, koji unose promjene i na temelju vlastitog dodatnog obrazovanja, među ostalim stečenim i u zapadnim *comon law* sustavima, promiču drugačiji pristup podučavanju prava, u smislu naglašavanja važnosti tumačenja svrhe i cilja norme, nužnosti vaganja suprotstavljenih načela i interesa u svakom konkretnom slučaju u kojem se donosi neka pravna odluka, te uočavanja posljedica tih odluka i u subjektivnom smislu u odnosu na osobu na koju se odnosi odluka za konkretan slučaj i u objektivnom smislu stvaranja sudske prakse za odluke koje se tek trebaju donijeti.

Manko zaključuje da je pretjerani pravni formalizam u stvari značajka poljske pravne kulture, te da se usprkos priznanju postojanja pretjeranog pravnog formalizma, te rastuće znanstvene literature koja ga osuđuje, ništa ne mijenja.³⁵ Mišljenja je da se samo priznanjem heterogenih korijena pravne kulture može ispričati nova kompleksna priča, umjesto potiskivanja socijalističke prošlosti, te da tek tada poljska pravna zajednica može ozbiljno

³² Ibid, vidi opširnije, str. 225. i 226.

³³ Ibid, vidi opširnije, str. 227.

³⁴ Ibid, vidi opširnije, str. 230.

³⁵ Ibid, vidi opširnije, str. 231. i 232.

pristupiti iskorjenjivanju pretjeranog pravnog formalizma, koje ispunjava njen vrt pravde, a koje zahtijeva ozbiljan rad.³⁶

Uspoređujući Poljsku i Hrvatsku, možemo primijetiti da postoje slične povijesne okolnosti razvoja pravne kulture u autoritarnom političkom sustavu, te bi sigurno mogli navesti brojne primjere sudske prakse pretjeranog pravnog formalizma, kao što je to uočeno u postupcima javne nabave³⁷ i u raznim drugim sudskim postupcima³⁸, te isto tako npr. u građanskim sudskim postupcima³⁹, u kojima su i hrvatski suci pribjegli lakšem rješavanju slučajeva na formalistički, umjesto teleološki način⁴⁰, ali to bi nas odvelo izvan uske teme ovog rada koji želi sagledati primjenu pretjeranog pravnog formalizma u onom dijelu u kojem onemogućava ostvarenje načela zabrane diskriminacije kao temeljnog ljudskog prava u upravnim postupcima i upravnim sporovima.

Pri tome naglašavam da se načelo pravne sigurnosti i predvidljivost pravnih ishoda primjene prava štiti kao element prava na pošteno suđenje iz članka 6. Europske konvencije, ali da se pozivanjem na taj isti članak stranke štite i od arbitrarne primjene prava od strane sudova, upravo u onim slučajevima kada ishod sudske odluke ide u suprotnom smjeru od same svrhe norme i nekog društvenog cilja koji se želi ostvariti na višoj razini kao što su ustavna i ljudska prava, te se u takvim slučajevima radi o negativnoj pojavi pretjeranog pravnog formalizma.

Na kraju svega do sada iznesenog, može se zaključiti da se karakteristike izvornog formalizma 19. stoljeća poput objektivnosti, usklađenosti i sustavne naravi prava ne bi trebale koristiti kao vulgarni gramatički formalizam, da trebamo prihvatiti da se propisi sastoje od pravne i političke komponente u smislu da sudske odluke imaju društvene posljedice, te da suci opravdanje za svoje odluke trebaju tražiti u značenju i ciljevima pravne norme, da sudski postupci moraju biti javni i transparentni, osim u opravdanim iznimkama propisanim

³⁶ Ibid, vidi opširnije, str. 232. i 233.

³⁷ Frane Staničić, Pretjerani pravni formalizam i postupci javne nabave, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, 67, (3-4) 2017., str. 531. – 564.

³⁸ Siniša Rodin, Diskurs i autoritarnost u europskoj i postkomunističkoj pravnoj kulturi, Politička misao, vol. XLII, br. 3, 2005., str. 41. – 64.

³⁹ Josipa Verović, Pretjerani pravni formalizam kao povreda prava na pošteno suđenje, portal IUS-INFO, 2. lipnja 2022., str. 5. i 6.

⁴⁰ Ibid Rodin, vidi opširnije primjere pretjeranog formalizma u drugim granama prava

zakonom, te da su se sve sudske odluke dostupne javnosti i podložne i argumentiranim i neargumentiranim kritikama.

2. POJAM DISKRIMINACIJE

2.1. Ljudska prava, diskriminacija i vladavina prava

Mišljenja sam da je vladavina prava nužan preduvjet za uspostavu načela jednakosti i nediskriminacije, te da su zaštita ljudskih prava i vladavina prava proporcionalno povezane i međusobno ovisne, te se ostvaruju i rastu zajedno, ali se u međusobnom učinku mogu i smanjivati i nestati.⁴¹ Zaštita temeljnih ljudskih prava, među kojima je i pravo na jednakost i nediskriminaciju, kao bitnih elemenata nužnih za stabilnost vladavine prava spominje se u ključnim dokumentima i Ujedinjenih naroda, Vijeća Europe i Europske unije.

Prema mišljenju Marine Čepo, Ane-Marije Kovačević i Martine Lučić⁴², društvo predano jednakosti i nediskriminaciji potiče razvoj svijesti o individualnosti i prihvaćanju razlika i jednakosti svih pred zakonom, a čemu bi trebala težiti sva društva, te početak razvoja međunarodnog zakonskog okvira ljudskih prava vide u Općoj deklaraciji o ljudskim pravima od 10. prosinca 1948.

Za sustav Ujedinjenih naroda vladavina prava je načelo vladavine unutar koje su sve osobe, ustanove i entiteti, javni i privatni, uključujući i samu državu, podložni zakonima koji su javno proglašeni, jednako se primjenjuju i štite od strane neovisnog sudstva te koji su u skladu s međunarodnim pravilima i standardima ljudskih prava. Vladavina prava također zahtijeva mjere kojima se osigurava pridržavanje načela nadređenosti zakona, jednakost pred zakonom, odgovornost pred zakonom, pravednost u primjeni zakona, podjela vlasti,

⁴¹ Snježana Vasiljević, *Temeljna prava i vladavina prava u EU: izazovi prije i nakon pridruživanja // Pravo i politika EU: stara pitanja novi odgovori*, Zagreb, HAZU, 2020., vidi opširnije

⁴² Marina Cepo, Ana-Marija Kovacevic & Martina Lucic, *Sexual Orientation Discrimination- A European Perspective through the Practice of the Court of Justice of the European Union and of the Constitutional Court of the Republic of Croatia*, 4 ECLIC 1271 (2020), vidi opširnije, str. 1272.

sudjelovanje u odlučivanju, pravna sigurnost, izbjegavanje arbitrarnosti i osiguranje proceduralne i pravne transparentnosti u sudskim i drugim postupcima.⁴³

Vladavina prava spominje se i u Preambuli Europske konvencije kao element zajedničke baštine, te su odluke ESLJP značajno pridonijele definiranju, promicanju i jačanju vladavine prava, stoga vladavina prava predstavlja ustavno načelo i temelj demokratskog sustava u svim državama članicama, pa tako i u Republici Hrvatskoj, i to upravo radi osiguranja zaštite temeljnih ljudskih prava.

ESLJP kroz primjenu Europske konvencije pred države članice postavlja zahtjev da djeluju kao demokracije vođene vladavinom prava i to u svim postupanjima i aktima građanske naravi, pa onda i u upravnim postupcima, te prema riječima Jasne Omejec⁴⁴, Europska konvencija predstavlja ustavni instrument europskog javnog poretka u području ljudskih prava.

Robert Spano⁴⁵ kao zvijezdu vodilju Europske konvencije navodi upravo vladavinu prava i neovisnost pravosuđa, posebno ističući da je temeljna moralna ideja vladavine prava, koja leži u srži konvencijske zaštite, poštivanje osobne autonomije i isključivanje proizvoljne uporabe vladine moći, u smislu da niti jedan čovjek nije iznad zakona.

Nadalje, ističe da je pojam diobe vlasti između izvršne vlasti i pravosuđa preuzeo sve veću važnost u sudskim presudama, kao i neovisnost pravosuđa, jer bez neovisnih sudaca konvencijski sustav ne može funkcionirati, pa stoga vladavina prava zahtjeva da konačnu odluku o sadržaju zakona, kada se pojave sporovi, ne iznesu oni na vlasti, već neovisni i nepristrani suci.⁴⁶

Robert Spano, pri tome ukazuje i na odnos simbioze između suda u Strasbourgu i suda u Luksemburgu upravo u odnosu na vladavinu prava i neovisnost pravosuđa, a obzirom da

⁴³ Vijeće sigurnosti UN-a, Izvještaj Glavnog tajnika „Vladavina prava i tranzicijska pravda u konfliktnim i postkonfliktnim društvima,“S/2004/216, 2004.

⁴⁴ Jasna Omejec, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Strasburški aquis, drugo dopunjeno izdanje, Zagreb, Novi informator d.o.o., 2014., vidi opširnije, str. 873.-979.

⁴⁵ Robert Spano, The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the Judiciary, February 4th 2021, vidi opširnije, str. 3.

⁴⁶ Ibid, vidi opširnije, str. 7.

postoji simetrija vrijednosti između dvaju sustava, a koja čini važan konceptualni građevinski blok koji je zajednički u oba sustava i time olakšava potreban pravosudni dijalog između dvaju sudova⁴⁷.

Prethodno iznesenom zaključku, sigurno možemo dodati da upravo i u odnosu na zabranu diskriminacije, oba suda nastoje uskladiti svoju praksu, pa kriteriji za utvrđivanje diskriminacije koje je razvio Sud EU postaju dominantni i u konvencijskom postupku utvrđivanja povrede tog načela u odnosu na neku državu koji provodi ESLJP, kao što će to primjerice kasnije u trećem poglavlju ovoga rada biti opisano u sadržaju presude Jurčić protiv Hrvatske.

Prema stajalištu Europske komisije vladavina prava znači da sva tijela javne vlasti uvijek djeluju u okviru ograničenja utvrđenih zakonom, u skladu s vrijednostima demokracije i temeljnih prava te pod nadzorom neovisnih i nepristranih sudova.⁴⁸ Uključuje načela, kao što su zakonitost, koja podrazumijeva transparentan, odgovoran, demokratski i pluralistički postupak donošenja zakona, pravna sigurnost, zabrana proizvoljnog izvršenja izvršnih ovlasti, učinkovita sudska zaštita koju osiguravaju neovisni i nepristrani sudovi, učinkovito sudsko preispitivanje, uključujući poštovanje temeljnih prava, dioba vlasti i jednakost pred zakonom.⁴⁹

Ljudska prava, pa onda i načelo jednakosti i nediskriminacije, te vladavina prava ključni su elementi jedinstvenog europskog pravnog poretka, te su uvršteni u članak 2. Ugovora o Europskoj uniji, kojim je propisano da se Europska unija temelji na vrijednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokracije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina, a te su vrijednosti zajedničke državama članicama u društvu u kojem prevladava pluralizam, nediskriminacija, tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost žena i muškaraca.

⁴⁷ Ibid, vidi opširnije, str. 12.-16.

⁴⁸ Europska komisija, Jačanje vladavine prava u Uniji (Nacrt djelovanja), Komunikacija Europske komisije Europskom parlamentu, Europskom Vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, COM (2019) 343 final, 17.7.2019. U okviru predmeta C-72/15 Rosneft Sud EU je utvrdio da je samo postojanje učinkovite pravne zaštite bit vladavine prava.

⁴⁹ Komunikacija Komisije Europskom parlamentu i Vijeću: Novi okvir EU-a za jačanje vladavine prava od 11.3.2014., COM (2014) 158 final.

Vladavina prava preduvjet je funkcioniranja unutarnjeg tržišta i uzajamnog povjerenja u institucije i pravosudni sustav, a iz kojeg razloga je na sustavne prijetnje vladavini prava u Poljskoj i Mađarskoj Komisija reagirala 2014. usvajanjem preventivnog Okvira za vladavinu prava.⁵⁰

Snježana Vasiljević ističe da je aktiviranje članka 7. Ugovora o Europskoj uniji prema Poljskoj u prosincu 2017. u preventivnom smislu kao utvrđivanje jasnog rizika od kršenja i kao korektivnog oružja u smislu određivanja ozbiljnog i trajnog kršenja, povijesni korak u europskim integracijama, jer se ovaj članak prvi puta koristio u praksi, a nažalost u rujnu 2018. i u odnosu na Mađarsku.⁵¹

Usputno, možemo dodati da Sanja Barić i Sanja Vincan zaključuju da je kroz mnoge povijesne predmete i Vrhovni sud Sjedinjenih američkih država usvojio svojevrsni antidiskriminacijski standard kao posredničko načelo za tumačenje klauzule o jednakosti, a koji se u osnovi sastoji od tri pravila, prvo je već spomenuto pravilo da slične slučajeve treba tretirati podjednako, da državni zakon mora napraviti klasifikaciju i razlikovanje među ljudima i treće da opravdanost usvojene klasifikacije ovisi o analizi sredstava i ciljeva.⁵²

Slažem se sa mišljenjem Snježane Vasiljević i Maria Vinkovića da je koncept jednakosti ili ravnopravnosti jedan od najsloženijih u pravnoj teoriji i sudskoj praksi, naročito u smislu utvrđivanja sadržaja tog pojma i načina primjene u praksi.⁵³

Sanja Barić i Sanja Vincan pri objašnjavanju pojma jednakosti u pravnom kontekstu ističu da su u ime jednakosti kroz povijest izborene mnoge moralne pobjede kao što je to bilo ukidanje ropstva, ukidanje feudalnih privilegija, širenje općeg biračkog prava, stavljanje rasne diskriminacije izvan zakona i emancipacija žena.⁵⁴

⁵⁰ Snježana Vasiljević, *Temeljna prava i vladavina prava u EU: izazovi prije i nakon pridruživanja // Pravo i politika EU: stara pitanja novi odgovori*, Zagreb, HAZU, 2020., vidi opširnije, vidi opširnije, str. 9.

⁵¹ Ibid, vidi opširnije, str 10.

⁵² Sanja Barić i Sanja Vincan, *Ustavnopravno načelo jednakosti i pravno uređenje istospolnih zajednica*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Vol. 50 No. 1., 2013, vidi opširnije, str. 89.

⁵³ Vasiljević i Vinković, *Temeljna prava i zabrana diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova*, Narodne novine: Zagreb, 2019, vidi opširnije, str. 43. i 44.

⁵⁴ Sanja Barić i Sanja Vincan, *Ustavnopravno načelo jednakosti i pravno uređenje istospolnih zajednica*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Vol. 50 No. 1., 2013, vidi opširnije, str. 89., vidi opširnije, str. 84.

Nadalje navode da postoje tri zasebna koncepta jednakosti, matematička jednakost koju nije potrebno posebno objašnjavati, zatim deskriptivnu jednakost pod kojom se misli na determinaciju odgovarajućih karakteristika koje se trebaju ocijeniti, pa jednake stvari u jednom aspektu, mogu biti nejednake u drugim aspektima, te preskriptivnu jednakost pod kojom se misli na jednakost osoba koje se istovjetno opisuju radi određene norme ponašanja, a što se obično zove moralno ili zakonsko pravilo.⁵⁵

Smatraju da u komparaciji prava i jednakosti, možemo zaključiti da je jednakost singularna, jednostavna, komparativna i društvena, jer njen izvor i granice proizlaze iz postupanja s drugima, dok su prava raznolika, složena, nekomparativne prirode i individualistička, jer su njihovo podrijetlo i opravdanost u individualnoj osobnoj dobrobiti.⁵⁶

Aristotel je npr. smatrao da su davanje prava svakoj osobi u smislu pravednosti i podjednako tretiranje osobe u smislu jednakosti ekvivalentni pojmovi, te je takav stav kod nekih znanstvenika prihvaćen kroz stav pravda je jednakost, dok drugi smatraju da se pravednost i jednakost ne mogu poistovjetiti.⁵⁷

Prema mom mišljenju, ideal svih pravnikar trebala bi biti jednakost koja je što bliža pravdi, a uzevši u obzir izvjesnu relativnost navedenih pojmova, koji se u stvarnom životu neizbježno procjenjuju u međusobnom prožimanju objektivnosti i subjektivnosti onoga tko to pokušava sagledati i procijeniti.

Možemo zaključiti da je formalno načelo jednakosti utjelovljeno na način da slične treba tretirati slično ili da jednake treba tretirati jednako, a iz čega je i nastalo pravilo zajedničko svim suvremenim državama da su sve osobe pred zakonom jednake.⁵⁸

Bitno je uočiti da za sada ne postoji jedinstveni europski sustav antidiskriminacijskih pravila, već se radi o pravilima koja su potekla iz dva različita pravna sustava, tj. prava Europske unije u smislu presuda koje je donosio Sud Europske unije, kroz vlastiti aktivizam u

⁵⁵ Ibid, vidi opširnije, str. 84. i 85.

⁵⁶ Ibid, vidi opširnije, str. 86.

⁵⁷ Ibid, vidi opširnije, str. 85. i 86.

⁵⁸ Ibid, vidi opširnije, str. 87.

primjeni europskog prava i Vijeća Europe u smislu presuda koje je donosio ESLJP u primjeni Europske konvencije, a ono što oba sustava povezuje je ostvarivanje načela vladavine prava.

2.2. Diskriminacija prema Europskom sudu za ljudska prava

Prema članku 14. Europske konvencije, koja je na snazi u odnosu na Republiku Hrvatsku od 5. studenoga 1997. uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji, osigurati će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.

Iz sadržaja navedenog konvencijskog članka razvidno je do diskriminacije mora doći u kontekstu zaštite nekog drugog konvencijskog prava, kao što je npr. pravo na privatni i obiteljski život iz članka 8. Europske konvencije ili pravo vlasništva iz članka 1. Protokola 1.

Osim izričito navedenih osnova diskriminacije smatram potrebnim naglasiti da izraz druga okolnost, tu listu čini otvorenom, te da druga okolnost može biti nečija životna dob, rodni identitet, seksualna orijentacija, zdravlje i invalidnost, roditeljski i bračni status, imigracijski status, status po zaposlenju, obrazovni status, pristup socijalnim i političkim pravima ili bilo koja druga okolnost koja se pojavila ili će se tek u budućnosti pojaviti kao osnova diskriminacije.

Člankom 1. Protokola broj 12 uz Konvenciju, koji je na snazi u odnosu na Republiku Hrvatsku od 1. travnja 2005. propisana je opća zabrana diskriminacije, pa u stavku 1. piše da će se uživanje svih prava određenih zakonom, osigurati bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status, a u stavku 2. da nitko ne smije biti diskriminiran od javnih tijela na bilo kojoj osnovi kako je navedeno u stavku 1.

Prema pratećem izvješću s objašnjenjima uz navedeni Protokol radi se o uživanju prava izrijekom priznatih pojedincu u domaćem zakonodavstvu, tj. prava koje može izvirati iz neke javne obveze javne vlasti prema domaćem pravu.

Upravo članak 14. Europske konvencije jamči jednaki pristup svim ljudskim pravima i temeljnim slobodama, zadanima u Konvenciji svim ljudima, a Protokol broj 12 ide korak dalje, jer sadrži opću zabranu diskriminacije.

Jasna Omejec nabroja da su primarna načela Europske konvencije načelo teleološke interpretacije, načelo djelotvorne pravne zaštite, demokracije, vladavine prava, zakonitosti, procesne pravičnosti, ravnoteže ili vaganja, te davanja prvenstva konvencijskim pravima pred domaćim zakonodavstvom.⁵⁹

Nadalje, navodi da su sekundarna načela Europske konvencije načelo europskog zajedništva, evolutivne interpretacije, pozitivnih obveza države, neovisne interpretacije konvencijskih pojmova, supsidijarnosti, razmjernosti i nužnosti, područje slobodne procjene i načelo zabrane diskriminacije.⁶⁰

ESLJP koristi se formulacijom da mora postojati razlika u postupanju s pojedincima u istoj ili relevantno sličnoj situaciji koja se temelji na prepoznatljivom obilježju, te iz prakse tog suda proizlazi da se izravna ili neposredna diskriminacija temelji na ideji formalne jednakosti i to u smislu manje povoljno ili štetno postupanje prema pojedincu ili skupini pojedinaca na osnovi zabranjenih diskriminacijskih osnova navedenih u članku 14. Europske konvencije.⁶¹

Neizravna ili posredna diskriminacija postoji onda kada su praksa, propisi ili pravila, zahtjevi ili uvjeti, naizgled neutralni, ali nerazmjerno nepovoljno utječu na određene skupine, pa ova vrsta zabrane diskriminacije od države zahtijeva da uvažava relevantne razlike među skupinama. Kao primjer neizravne diskriminacije možemo navesti predmet Oršuš i dr. protiv Hrvatske⁶² u kojem je diskriminatornom utvrđena mjera smještanja romske djece u posebne razredne odjele na temelju njihovog nedovoljnog poznavanja hrvatskog jezika.

⁵⁹ Jasna Omejec, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Strasburški aquis, drugo dopunjeno izdanje, Zagreb, Novi informator d.o.o., 2014., vidi opširnije, str. 873.-979.

⁶⁰ Ibid

⁶¹ Ibid

⁶² ESLJP, Oršuš i drugi protiv Hrvatske (veliko vijeće), zahtjev broj 15766/03 od 16. ožujka 2010., t. 152-153

Naime, prema konvencijskoj praksi postojanje jednakosti utvrđuje se usporedbom položaja jednih i drugih u sličnim situacijama, a ukoliko postoji nejednakost ona mora biti opravdana na temelju kriterija testa razmjernosti i testa diskriminacije.⁶³

Test razmjernosti zahtjeva procjenu postoji li razuman odnos razmjernosti između primijenjenih sredstava i legitimnog cilja koji se želi postići.⁶⁴

Test diskriminacije, u pravilu je strukturiran prema sljedećim pitanjima:

- 1) Pripada li prigovor diskriminacije u područje zaštićenog prava?
- 2) Je li povrijeđen članak Europske konvencije koji sadrži neko materijalno pravo?
- 3) Postoji li razlika u postupanju?
- 4) Postoji li objektivno i razumno opravdanje za različito postupanje?
- 5) Je li različito postupanje uvjetovano ostvarenjem legitimnog cilja?
- 6) Jesu li primijenjena sredstva razmjerna legitimnom cilju, odnosno snosi li podnositelj zahtjeva nerazmjeran teret zbog te mjere?
- 7) Premašuje li razlika u postupanju nacionalno područje slobodne prosudbe, tj. margine diskrecije države?⁶⁵

Jasna Omejec ističe da bi tako bilo dopušteno različito postupanje koje bi kao legitimni cilj imalo ispravljanje činjeničnih nejednakosti (npr. legitimni cilj može biti zaštita nacionalne manjine ili zaštita romske djece)⁶⁶ ili provođenje mjera gospodarske ili socijalne politike (npr. mjera povećanja starosne dobi žena za ispunjavanje uvjeta za mirovinu ili mjera ukidanja statusa roditelja odgojitelja⁶⁷).⁶⁸

Analizirajući presude ESLJP, lako se može zaključiti da se najviše antidiskriminacijskih slučajeva odnosi na jednakost spolova, rasno porijeklo ili seksualnu orijentaciju, i to uglavnom na slučajeve homoseksualaca, ali možemo očekivati da će opseg

⁶³ Jasna Omejec, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Strasburški aquis, drugo dopunjeno izdanje, Zagreb, Novi informator d.o.o., 2014., vidi opširnije, str. 873.-979.

⁶⁴ Ibid

⁶⁵ Ibid

⁶⁶ Opaska autora

⁶⁷ Opaska autora

⁶⁸ Jasna Omejec, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Strasburški aquis, drugo dopunjeno izdanje, Zagreb, Novi informator d.o.o., 2014., vidi opširnije, str. 873.-979.

zaštićenih osnova u budućnosti evoluirati sukladno brzinskim promjenama u društvu, a obzirom na pristup Suda Europskoj konvenciji kao živućem instrumentu.⁶⁹

U svim ovim slučajevima nema zabranjene osnove same za sebe, već uvijek mora postojati jasna veza između diskriminatornog postupanja i zaštićene karakteristike, a budući da zabrana diskriminacije nije apsolutno pravo, jer opravdanja za nejednako postupanje može biti ocjenjeno dopuštenim.⁷⁰

ESLJP će analizirati korak po korak je li se pojavila razlika u postupanju između osoba u usporedivoj situaciji ili je li prema osobama koje nisu u usporedivoj situaciji postupano na jednak način, a u sljedećem koraku sud će odlučiti je li za to postojalo objektivno i razumno opravdanje, naime, razlika u postupanju je diskriminatorna ukoliko nema legitimni cilj ili ukoliko nema razumnog odnosa proporcionalnosti između korištenih sredstava i željenog cilja.⁷¹

Jasna Omejec opisuje sadržaj pojma formalne ili pravne jednakosti kao situaciju u kojoj se prema pojedincima mora jednako postupati, pri čemu se i sličnosti i razlike trebaju uzeti u obzir, jer bi u suprotnom dosljednost postupanja bila nedostatna za osiguranje opće jednakosti.⁷²

Nadalje, pojam materijalne ili supstancijalne jednakosti opisuje u smislu zahtjeva da se prema pojedincima u različitim situacijama postupa različito, jer se traži jednakost rezultata, na način da se uzmu u obzir učinci i ciljevi mjere i jednakost mogućnosti na način da pravo osigura svim pojedincima jednaku mogućnost, uzimajući u obzir njihove različite početne pozicije i dobivanje pristupa željenim rezultatima, te se radi o najzastupljenijem konceptu jednakosti u suvremenim zakonodavstvima, a obzirom da je najbliži logici slobodnog tržišta.⁷³

⁶⁹ Marija Daka, Reflections on the Principle of Equal Treatment in EU Law and the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and the European Convention on Human Rights, 9 ACTA UNIV. Sapientiae: LEGAL Stud. 5 (2020), vidi opširnije, str. 15.

⁷⁰ Ibid, vidi opširnije, str. 15.

⁷¹ Molla Sali v. Grecece, Application no 20452/14, ECLI:CE:ECHR:2018:1219JUD002045214, para. 133. & para. 135., Burden v. United Kingdom, Application no 13378/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0429JUD001337805, para. 60.

⁷² Jasna Omejec, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Strasburški aquis, drugo dopunjeno izdanje, Zagreb, Novi informator d.o.o., 2014., vidi opširnije, str. 873.-979.

⁷³ Ibid

Iz presuda ESLJP proizlazi da podnositelj prvo mora pokazati i uvjeriti sud da je vrlo moguće da je došlo do razlike u postupanju, a u tom slučaju tužena država je dužna dokazati da je razlika u postupanju bila opravdana.

Jasna Omejec smatra da se radi o pooštrenom građansko pravnom standardu, ali koji je ipak niži od onoga u kaznenim predmetima, jer je standard dokaza u slučajevima diskriminacije smješten između dva standarda dokaza onog „vaganja vjerojatnosti i onog izvan razumne sumnje“, te ističe da nema procesnih zapreka za dopuštenost dokaza, jer se zaključci zasnivaju na procjeni svih dokaza, uključujući činjenice i očitovanja stranaka, te je stupanj uvjerljivosti donošenja zaključka povezan sa specifičnošću slučaja.⁷⁴

Carmelo Danisi⁷⁵ zaključuje da je ESLJP kroz svoje presude isticao da konvencijska prava moraju biti tumačena i branjena na način da uzimaju u obzir društvene promjene, da zaštita ljudskih prava mora biti praktična i učinkovita, te je s vremenom proširio opseg zabranjenih postupanja u primjeni načela zabrane diskriminacije.

Vijeće Europe je tako izdalo Standarde u borbi protiv diskriminacije na osnovi seksualne orijentacije i rodnog identiteta, u kojima se navode najčešće predrasude, te odmah i znanstveni odgovori na iste, kao npr. homoseksualnost je bolest i devijacija osobnosti, iako većina znanstvenika smatra da je homoseksualnost prirodna varijanta ljudskog ponašanja, a Svjetska zdravstvena organizacija je pred gotovo dvadeset godina zaključila da se ne radi o bolesti, zatim predrasuda homoseksualnost je u porastu, a u stvari se radi samo o tome da postaje vidljivija u društvu.⁷⁶

Kao jedna od predrasuda navodi se i tvrdnja da zakonsko priznanje istospolnih zajednica predstavlja opasnost za tradicionalnu obitelj, iako ta činjenica nije ni od kakvog utjecaja na odluku pojedinaca da stupe u brak ili imaju djecu, također nema nikakvih znanstvenih dokaza da propaganda može preobratiti mlade ljude u homoseksualce, kao što

⁷⁴ Ibid

⁷⁵ Carmelo Danisi, How Far Can the European Court of Human Rights Go in the Fight against Discrimination - Defining New Standards in Its Nondiscrimination Jurisprudence, 9 INT'L J. Const. L. 793 (2011), vidi opširnije, str. 806. i 807.

⁷⁶ Standardi Vijeća Europe, str. 69.

nehetero seksualno orijentirani ljudi sami po sebi ne mogu predstavljati nikakvu veću opasnost za djecu od heteroseksualaca.⁷⁷

Nadalje, kao predrasuda navodi se tvrdnja da homoseksualci traže posebna prava, dok se u stvari radi o pravima koja su zajamčena svim ljudskim bićima u međunarodnim propisima koji se odnose na ljudska prava.⁷⁸

Zatim predrasuda da zaštita mladih ljudi zahtijeva nejednako postupanje prema homoseksualcima, iako je ESLJP utvrdio da samo homoseksualno iskustvo ne dovodi do promjene spolne orijentacije, a obzirom da se u većini slučajeva seksualna orijentacija oblikuje i prije puberteta.⁷⁹

Nadalje u odnosu na predrasudu da zaštita tradicionalne obitelji opravdava diskriminaciju protiv istospolnih partnera, ESLJP je smatrao da vlade moraju obrazložiti zašto je potrebno isključiti istospolne parove od prava i povlastica priznatih tradicionalnim obiteljima u svrhu njihove zaštite.⁸⁰

U odnosu na predrasudu da homoseksualci nisu podobni za odgoj djece, ESLJP je presudio da se sa LGBT osobama mora postupati na isti način kao i sa heteroseksualnim osobama u odnosu na skrbništvo ili mogućnost usvajanja djeteta.⁸¹

Smatram da bi svim praktičarima upravnog prava bilo jako korisno upoznati se sa prethodno iznesenim standardima Vijeća Europe u kojima se opisuje što se sve smatra predrasudama u vezi koje otežavaju borbu protiv diskriminacije.

2.3. Diskriminacija prema Sudu Europske unije

Možemo zaključiti da su temeljna prava u Europskoj uniji utjelovljena u Ugovoru o funkcioniranju Europske unije koji promovira tri razine zaštite ljudskih prava i to kroz

⁷⁷ Standardi Vijeća Europe, str. 70.

⁷⁸ Standardi Vijeća Europe, str. 72.

⁷⁹ ESLJP, S.L. v. Austria, 2003., paragraf 43.

⁸⁰ ESLJP, Karner v. Austria, 2004.

⁸¹ ESLJP, Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, 1999., presuda B. v. France, 2008.

ustavne tradicije država članica, Europsku konvenciju i Povelju temeljnih prava Europske unije, pri čemu možemo govoriti o primarnom pravu.⁸²

Različite oblike diskriminacije kao što su izravna diskriminacija, neizravna diskriminacija, višestruka diskriminacija, segregacija, uznemiravanje u smislu stvaranja neprijateljskog okruženja, govor mržnje, zločin iz mržnje, te posebne pozitivne mjere definira sekundarno europsko diskriminacijsko pravo.

Slazem se sa zaključkom da je uloga jamstva temeljnih prava u pravnom poretku Europske unije da budu kriterij legitimnosti i pravne valjanosti pravnih pravila Europske unije, primjene prava država članica kada izravno primjenjuju pravo Europske unije, kada donose nacionalne propise kojima prenose pravo Europske unije u nacionalno zakonodavstvo ili kada djeluju u okvirima margine diskrecije, zatim da budu kriterij za procjenu jesu li nacionalna odstupanja od tržišnih sloboda opravdana u smislu prava Europske unije, te čine i jedan od kriterija za članstvo u Europskoj uniji.⁸³

Kao što smo već ranije naveli, prema članku 2. Ugovora o Europskoj uniji, propisano je da se Europska unija temelji na vrijednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokracije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina, a te su vrijednosti zajedničke državama članicama u društvu u kojem prevladava pluralizam, nediskriminacija, tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost žena i muškaraca.

Snježana Vasiljević⁸⁴ navodi da iako navedeni članak 2. ugovora nije izravno primjenjiv predstavlja interpretativno sredstvo na raspolaganju nacionalnim sudovima u zaštiti temeljnih prava, te da vezano uz temeljne vrijednosti članak 19. Ugovora o funkcioniranju Europske unije daje ovlasti institucijama Europske unije da poduzimaju odgovarajuće radnje radi suzbijanja diskriminacije na temelju spola, rasnog ili etničkog podrijetla, vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili spolne orijentacije, dok članak 6. istog ugovora priznaje

⁸² Vasiljević i Vinković, *Temeljna prava i zabrana diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova*, Narodne novine: Zagreb, 2019, vidi opširnije str. 2.

⁸³ Ibid, vidi opširnije, str. 9.

⁸⁴ Snježana Vasiljević, *Temeljna prava i vladavina prava u EU: izazovi prije i nakon pridruživanja // Pravo i politika EU: stara pitanja novi odgovori*, Zagreb, HAZU, 2020., vidi opširnije str. 3.

Povelji Europske unije obvezujući pravni status i isti pravni značaj kao i samim osnivačkim ugovorima.

Nadalje ističe da je na taj način omogućeno fizičkim i pravnim osobama da se izravno pozivaju na temeljna prava zajamčena Poveljom Europske unije pred nacionalnim sudovima, te je u već spomenutom članku 6. ugovora u stavku 3. određeno da temeljna prava zajamčena Europskom konvencijom koja proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama čine opća pravna načela Europske unije⁸⁵, a što potvrđuje isprepletenost Povelje i Europske Konvencije u primjeni pravnih izvora od strane suda Europske unije, koji za sada unatoč postojanju takve mogućnosti nije dao pozitivno mišljenje pristupanju Europske unije kao tijelu sui generis Europskoj konvenciji, očito ne želeći time ugroziti svoju vrhovnu nadležnost i po pitanju ljudskih prava u samoj Europskoj uniji.

Snježana Vasiljević navodi da je Povelja Europske unije stupanjem na snagu Ugovora o funkcioniranju Europske unije 1. prosinca 2009. počela proizvoditi izravni učinak i time postala obvezujući izvor primarnog prava, a čime je Europska unija konačno dobila kodificirani katalog temeljnih ljudskih prava koji obvezuje institucije, tijela, urede i agencije Europske unije, države članice, ali i pojedince u određenim situacijama⁸⁶, jer je Sud Europske unije priznao nekim odredbama Povelje i vertikalni i horizontalni izravni učinak.⁸⁷

Posebno se napominje da Povelja Europske unije u člancima 21. i 23, štiti i promovira načelo jednakosti i nediskriminacije te poštovanja kulturne, vjerske i jezične raznolikosti, te se jamči posebna zaštita prava djece, starijih osoba i osoba s invaliditetom,⁸⁸ međutim Povelja ima širi katalog zaštićenih vrijednosti, ali uži doseg primjene u odnosu na Europsku konvenciju, jer se odnosi samo na situacije u kojima se primjenjuje pravo Europske unije.

Drugim riječima, iz samog sadržaja Povelje proizlazi uvođenje viših standarda od onih propisanih Europskom konvencijom, ali i njen uži doseg, jer se zaštita temeljnih prava

⁸⁵ Vasiljević i Vinković, *Temeljna prava i zabrana diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova*, Narodne novine: Zagreb, 2019, vidi opširnije, str. 4.

⁸⁶ Ibid, vidi opširnije, str. 4.

⁸⁷ Sud EU, C-555/07 Seda Kucukdeveci protiv Swedes Gmbh & Co. KG, ECLI:EU:C:2010:21; C-176/12 Association de mediation sociale protiv Union locale des syndicats CGT and Others, ECLI:EU:C:2014:2

⁸⁸ Vasiljević i Vinković, *Temeljna prava i zabrana diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova*, Narodne novine: Zagreb, 2019. vidi opširnije, str. 30.

zajamčena Poveljom ograničava samo na područja u kojima je Europska unija nadležna sukladno načelu supsidijarnosti.

Prema pravu Europske unije načelo jednakosti, tj. jednakog postupanja, postoji paralelno kao vrijednost Europske unije, opće načelo, temeljno načelo i temeljno pravo, pa je zabrana diskriminacije primjenjiva i onda kada direktiva nije, jer tada kao opće načelo ima izravni učinak.⁸⁹

Ukratko možemo reći da je načelo jednakog postupanja opće načelo prava Europske unije, a čiji je poseban izraz načelo nediskriminacije, pa obzirom da jednako postupanje predstavlja pozitivno i poželjno ponašanje, dok diskriminacija predstavlja negativno i nepoželjno ponašanje, i moja početna teza bi bila da to slikovito možemo opisati kao da je jednako postupanje lice, a diskriminacija naličje istog pojma.

Nadalje, diskriminacijom se smatra situacija u kojoj se pojedinac stavlja u nepovoljniji položaj na temelju jedne ili više zaštićenih osnova, te se zabranjuju slučajevi različitog postupanja prema osobama ili skupinama osoba u jednakoj situaciji, te slučajevi jednakog postupanja prema osobama ili skupinama osoba u različitim situacijama.⁹⁰

Izravna diskriminacija postoji kada se s pojedincem postupa nepovoljnije u usporedbi s onim kako se postupa ili bi se postupalo s drugim osobama u sličnoj situaciji, a razlog za to je određeno obilježje te osobe koje se smatra pravno zaštićenom osnovom.⁹¹

Sud EU proširio je polje primjene europskog prava na područje zaštite temeljnih prava⁹², tako što je uključio nacionalne norme kojima se primjenjuje europsko pravo i to u situaciji kada države prenose direktive u nacionalno pravo, te u situacijama kada države

⁸⁹ Sud EU, *Dansk Industri* (DI), acting on behalf of Ajos A/S v. Estate of Karsten Eigil Rasmussen, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278.

⁹⁰ Vasiljević i Vinković, *Temeljna prava i zabrana diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova*, Narodne novine: Zagreb, 2019

⁹¹ Ibid

⁹² Sud EU, *Hubert Wachauf protiv Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, C-5/88, ECLI:EU:C:1989:321

članice derogiraju europsko pravo⁹³ u slučajevima kada se države članice pozivaju na javni interes radi opravdanja nacionalne mjere koja ograničava neku od temeljnih sloboda.

Snježana Vasiljević navodi da prema članku 4. stavku 2. Ugovora o funkcioniranju Europske unije države članice imaju mogućnost da derogiraju odredbe sekundarnog europskog prava ukoliko ograničavaju ili nepovoljno utiču na njihov ustavni identitet, a koja razilaženja ostavljaju mogućnost dijaloga između Suda EU i nacionalnih ustavnih i vrhovnih sudova za pronalaženje najprihvatljivijeg rješenja, uz poštivanje spomenutih načela.⁹⁴

Jedna od glavnih nadležnosti Suda EU je da odgovara na prethodna pitanja prvostupajnskih nacionalnih sudova koji imaju pravo koristiti se ovom mogućnošću, dok za sudove zadnje instance to predstavlja obvezu, ako se pitanja odnose na tumačenje prava Europske unije.

Već u svojim počecima praksa Suda EU utrla je put naprednoj socijalnoj politici na osnovi koje su stvoreni temelji za postizanje jednakih mogućnosti između muškaraca i žena na tržištu rada, i to kroz brojne presude u kojima su se nametale obveze državama članicama da u različitim situacijama, npr. zapošljavanje, rad, plaća, mirovina i ostvarivanje nekih drugih socijalnih prava, primjene načelo jednakog postupanja, a posebno u odnosu na dvije temeljne direktive.⁹⁵

Snježana Vasiljević i Mario Vinković navode da je diskriminacija relativan pojam, a obzirom da se uvijek postavlja pitanje sličnosti/različitosti u odnosu na nekoga ili nešto drugo, jer diskriminacija predstavlja različito postupanje prema jednoj osobi ili grupi ljudi, koje može biti utemeljeno na nekoj diskriminatornoj odnosno zaštićenoj osnovi na temelju spola, rase, nacionalnog ili etničkog porijekla, boje kože, vjere, seksualne orijentacije, dobi, invaliditeta ili neke druge karakteristike.⁹⁶

⁹³ Sud EU, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou protiv Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaus Avdellas and others*, C-260/89, ECLI:EU:C:2014:2

⁹⁴ Snježana Vasiljević, *Temeljna prava i vladavina prava u EU: izazovi prije i nakon pridruživanja // Pravo i politika EU: stara pitanja novi odgovori*, Zagreb, HAZU, 2020., vidi opširnije, str. 4.

⁹⁵ Direktiva 207/76/EEZ i Direktiva 2002/73/EZ

⁹⁶ Vasiljević i Vinković, *Temeljna prava i zabrana diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova*, Narodne novine: Zagreb, 2019, vidi opširnije, str. 50.

U članku 2. Ugovora o Europskoj uniji propisano je da se Europska unija temelji na vrijednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokracije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina. Te su vrijednosti zajedničke državama članicama u društvu u kojem prevladavaju pluralizam, nediskriminacija, tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost žena i muškaraca.

Člankom 10. Ugovora o funkcioniranju Europske unije propisano je da je pri utvrđivanju provedbi svojih politika i aktivnosti Europska unija usmjerena borbi protiv diskriminacije na temelju spola, rase, etničkog podrijetla, vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili spolne orijentacije.

U članku 20. Povelje Europske unije o temeljnim pravima pod naslovom „Jednakost pred zakonom“ navodi se da su svi pred zakonom jednaki.

Člankom 21. navedene Povelje pod naslovom „Nediskriminacija“ u stavku 1. propisano je da se zabranjuje svaka diskriminacija na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, etničko ili socijalno podrijetlo, genetske osobine, jezik, religija ili uvjerenje, političko ili bilo kakvo drugo mišljenje, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje, invaliditet, dob ili spolna orijentacija. U stavku dva je propisano je da je unutar područja primjene Ugovora i ne dovodeći u pitanje bilo koju njihovu posebnu odredbu, zabranjena svaka diskriminacija na temelju državljanstva.

Ukratko možemo sažeti da su najvažnije direktive u kojima se izričito zabranjuje diskriminacija Direktiva o rasnoj jednakosti 2000/43/EZ (čl. 2. st. 2. t. a), Direktiva o jednakosti pri zapošljavanju 2000/78/EZ (čl. 2. st. 2. t. a), Direktiva o ravnopravnosti žena i muškaraca 2006/54/EZ (čl. 2. st. 1. t. a) i Direktiva o jednakom postupanju u pristupu robi i uslugama 2004/113/EZ (čl. 4. st. 1. t. a).

Prema članku 2. Direktive 2006/54 izravna diskriminacija postoji ako osoba zbog svog spola ima nepovoljniji tretman nego što ga ima ili bi ga imala druga osoba u usporedivoj situaciji.

Zabranjene osnove diskriminacije su rasa, boja kože, spol, spolno opredjeljenje, bračno stanje, porodične obveze, dob, jezik, vjera, političko ili drugo uvjerenje, nacionalno ili

socijalno podrijetlo, imovno stanje, rođenje, društveni položaj, članstvo ili nečlanstvo u sindikatu, te tjelesne ili duševne teškoće, a sudovi su dali široko tumačenje prema kojem zaštićena osnova može obuhvaćati i diskriminaciju temeljem povezanosti, tj. kada osoba sama nema zaštićeno obilježje.⁹⁷

Prema članku 2.b. Direktive 2006/54 neizravna diskriminacija postoji ako prividno neutralna odredba, kriterij ili postupak može na određeni način staviti u nepovoljniji položaj osobu jednog spola u odnosu na osobe drugog spola, osim ako je ta odredba, kriterij odnosno postupak objektivni opravdan legitimnim ciljem i ako su sredstva za postizanje tog cilja primjerena i nužna, pa je kod neizravne diskriminacije osnova diskriminacije dopuštena osnova.

Snježana Vasiljević i Mario Vinković navode da Sud EU pod pojmom višestruka diskriminacija smatra jedan od oblika diskriminacije koji uključuje situaciju kada se jedna ili više osnova međusobno isprepliće i potpuno su neodjeljive, te se može raditi o slučaju kada je cijeli niz kršenja temeljnih ljudskih prava nevidljiv, jer su višestruke povrede prava često marginalizirane.⁹⁸

I dok se jednostruka diskriminacija na temelju jedne od zakonom zaštićenih osnova počinje prepoznavati i kažnjavati, dvostruka (žena s invaliditetom) ili višestruka diskriminacija (trudna romkinja s invaliditetom), a s kojom se najčešće suočavaju žene s invaliditetom nije prepoznata u dovoljnoj mjeri, te kada je riječ o tržištu rada, mnogi se poslodavci ne pridržavaju obveze razumne prilagodbe radnom mjestu osobama s invaliditetom, niti politika o jednakim mogućnostima.⁹⁹

Višestruka diskriminacija počinjena na dvije ili više zakonskih osnova može biti počinjena više puta (ponovljena diskriminacija) ili trajno u dužem vremenskom periodu (produžena diskriminacija) prema istoj osobi ili grupi osoba, te u Republici Hrvatskoj višestruka diskriminacija predstavlja teži oblik diskriminacije prema Zakonu o suzbijanju diskriminacije.¹⁰⁰

⁹⁷ Ibid, vidi opširnije, str. 52

⁹⁸ Ibid, vidi opširnije, str. 59.

⁹⁹ Ibid, vidi opširnije, str. 61.

¹⁰⁰ Ibid, vidi opširnije, str. 61. i 62.

Pod pojmom uznemiravanja smatraju se slučajevi u kojima se neželjeno ponašanje povezano sa spolom osobe događa u cilju ili s učinkom narušavanja dostojanstva osobe te stvaranja okoline u kojoj postoji zastrašivanje, neprijateljstvo, degradiranje, ponižavanje ili napadi, dok spolno uznemiravanje opisuju kao slučajeve u kojima postoji bilo kakav oblik neželjenog verbalnog, neverbalnog ili tjelesnog ponašanja spolne prirode s ciljem narušavanja dostojanstva neke osobe, a osobito ako se time stvara neprijateljsko radno okruženje.¹⁰¹

Prema tekstu točke 6. preambule Direktive 2006/54/EZ „Uznemiravanje i spolno uznemiravanje u suprotnosti je s načelom jednakog postupanja muškaraca i žena i za potrebe ove Direktive predstavlja diskriminaciju na temelju spola.“

Snježana Vasiljević i Mario Vinković smatraju da bi takve oblike diskriminacije trebalo zabraniti i predvidjeti učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće sankcije, te se ne radi samo o događajima na radnom mjestu, već i kod zapošljavanja, strukovnog osposobljavanja i napredovanja sukladno točki 7. preambule.¹⁰²

Nadalje, navode da se pod posebnim mjerama smatraju specifične pogodnosti kojima se osobama s određenim obilježjem koje može biti osnova za diskriminaciju omogućava ravnopravno sudjelovanje u javnom životu, otklanjaju postojeće nejednakosti ili im se osiguravaju prava u kojima su ranije bili zakinuti, te se posebne mjere uvode privremeno radi ostvarivanja stvarne ravnopravnosti i ne smatraju se diskriminacijom, ukoliko teže ostvarenju legitimnog cilja.¹⁰³

U odnosu na sankciju, Sud EU je u predmetu Von Colson and Kamman¹⁰⁴ istakao da sankcija mora biti takva da jamči stvarnu i djelotvornu sudsku zaštitu, te mora imati stvarni odvraćajući učinak na poslodavca, te naknada štete zbog povrede zabrane diskriminacije mora biti primjerena u odnosu na pretrpljenu štetu.

¹⁰¹ Ibid, vidi opširnije, str 62. i 63.

¹⁰² Ibid, vidi opširnije, str. 63.

¹⁰³ Ibid, vidi opširnije, str. 68. i 69.

¹⁰⁴ Sud EU, Von Colson i Kamman v. Land Nordrhein-Westfalen, C-14/83, 1984.

Snježana Vasiljević ističe da Direktiva 2000/78/EZ ne definira koncept invaliditeta, kao što nije definirala dob i spolno opredjeljenje, ali je razvidno kako je Sud EU nakon pristupanja Europske unije Konvenciji Ujedinjenih naroda s pravima osoba s invaliditetom¹⁰⁵ promijenio pristup invaliditetu, odbacujući medicinski i prihvaćajući njegov socijalni koncept.¹⁰⁶

Ukratko, možemo zaključiti da prema europskom pravu, u tehnike sudske interakcije spadaju usklađena interpretacija, zahtjev za prethodnu odluku, test proporcionalnosti, margina prosudbe, poredbena argumentacija, uzajamno priznanje, izuzimanje iz primjene te prepuštanje odluke.¹⁰⁷

2.4. Usporedbena zapažanja

Možemo zaključiti da je postojanje dva odvojena pravna sustava, ESLJP i Suda EU, sa sličnom zadaćom ujednačavanja u primjeni standarda zaštite ljudskih prava, do sada uzrokovalo jačanje statusa ljudskih prava, a time i načela zabrane diskriminacije. Sud EU proširio je svoju nadležnost uključivši u tržišne slobode i temeljna prava, počevši od primjene ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama Europske unije, koje su sve i potpisnice Europske konvencije, do primjene Povelje o temeljnim pravima, te na tom putu razvio napredna shvaćanja u tumačenju pravilne primjene prava Europske unije upravo u odnosu na ostvarenje načela vladavine prava, neovisnosti sudaca i zabrane diskriminacije. ESLJP je time dobio saveznika u zaštiti ljudskih prava, te je počeo svoje stavove o pravilnoj primjeni Europske konvencije, osim pozivanja na vlastite presedane, potkrepljivati upravo sudskom praksom Suda EU.

Snježana Vasiljević i Mario Vinković ističu da je Sud EU počeo štiti temeljna ljudska prava na način da je razvio doktrinu da pravo Zajednice ne proizlazi samo iz ugovora i zakonodavstva, već i iz općih pravnih načela, te su na taj način ustavne tradicije država

¹⁰⁵ Konvencija o pravima osoba s invaliditetom NN/MU 6/2007

¹⁰⁶ Snježana Vasiljević, Equality, non-discrimination & fundamental rights: Old habits die hard, vidi opširnije, str. 147.

¹⁰⁷ Vasiljević i Vinković, Temeljna prava i zabrana diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova, Narodne novine: Zagreb, 2019, vidi opširnije, str. 37.

članica ušle u pravni poredak prava Zajednice, a istovremeno je Sud EU poseban značaj dao i Europskoj konvenciji.¹⁰⁸

Nije sporno da kada se radi o diskriminaciji, oba suda nastoje uskladiti sudsku praksu, pa se tako Sud Europske unije često poziva na presude ESLJP i obrnuto, a što se jasno može vidjeti i iz sadržaja presude Europskog suda za ljudska prava Jurčić protiv Hrvatske, koja se obrađuje u trećem poglavlju ovoga rada i u kojoj se sud u odnosu na ustanovljene standarde zabrane diskriminacije opširno poziva na praksu Suda EU.

Međutim, kao jednu od razlika možemo uočiti da Sud EU dopušta višestruki pristup diskriminaciju u smislu mogućeg kumuliranja diskriminacije na temelju više osnova, dok ESLJP zauzima jednostruki pristup diskriminaciji, te dopušta usporedbu isključivo na horizontalnoj (žena crnkinja – žena bjelkinja) ili isključivo vertikalnoj razini (žena crnkinja – muškarac crnac), te usporedba na dijagonalnoj razini nije dopuštena (žena crnkinja – muškarac bijelac).¹⁰⁹

Nadalje, jedna od osnovnih razlika je da Sudu EU zahtjeve za tumačenje nacionalnog prava u skladu s europskim pravom podnose nacionalni sudovi država članica, dok zahtjeve ESLJP podnose pojedinci i to nakon što su iscrpljena sva domaća pravna sredstva, te se u oba slučaja radi o međunarodnim institucijama, ali koje djeluju u okviru različitih pravnih poredaka, i to Europske unije i Vijeća Europe i pri tome imaju i različite ciljeve, jer je Sud Europske unije primarno usmjeren na zaštitu četiri tržišne slobode, dok je ESLJP usmjeren na zaštitu ljudskih prava sadržanih u Europskoj konvenciji.

Sud EU nadležan je za tumačenje europskog prava u smislu zaštite tržišnih sloboda i temeljnih prava, a radi ujednačene primjene europskog prava u svim državama članicama Europske unije, za razliku od ESLJP čija nadležnost je štititi ljudska prava i temeljne slobode u svim državama članicama Vijeća Europe koje su ratificirale Europsku konvenciju.

¹⁰⁸ Ibid, vidi opširnije, str. 10.

¹⁰⁹ Ibid, vidi opširnije, str. 60.

Pored postavljanja prethodnih pitanja od strane nacionalnih sudova, postoji alternativni put zaštite ljudskih prava, a to je pokretanje povredbenog postupka, u kojem Europska komisija ima punu diskreciju hoće li goniti neposlušnu državu ili to neće učiniti.¹¹⁰

Marija Daka¹¹¹ također smatra da je jedna od glavnih procesnih razlika između ESLJP i Suda EU u tome što prvo navedeni sud zaprima direktne tužbe pojedinaca, te je osoba u mogućnosti da dokaže svoju osobnu upletenost u cilju dokazivanja svog statusa žrtve, dok pred drugo navedenim sudom takva mogućnost ne postoji.

Zaključuje da znanstvenici već dugo upozoravaju da je pristup pojedinaca Sudu EU slab i nedovoljan, te ponekad vodi prema procesnom labirintu koji uključuje dvije ili tri sudske razine i koji teško može udovoljiti zahtjevima načela učinkovitosti.¹¹²

Marija Daka ističe da prema pravu Europske unije direktive dopuštaju specifična ograničenja u slučajevima direktne diskriminacije kao što su posebni zahtjevi zanimanja ili dobi, dok se opće opravdanje ispituje samo u kontekstu indirektne diskriminacije, te postoji drugačiji pristup, jer će prema nediskriminacijskim direktivama direktna diskriminacija biti opravdana samo radi dostizanja posebnog cilja izričito navedenog u direktivama.¹¹³

Naglašava da europsko antidiskriminacijsko pravo dopušta da se teret dokaza podijeli, a što znači da ukoliko je tužitelj u mogućnosti pružiti dovoljno dokaza koji pobuđuju sumnju da je došlo do nejednakog postupanja, osumnjičeni će morati dokazati suprotno.¹¹⁴

Za razliku od direktiva Europske unije, u Europskoj konvenciji nema izričite obveze o teretu dokaza, već je ESLJP zaključio da se radi o slobodnoj ocjeni svih dokaza, te dokaz može proizlaziti iz postojanja dostatno jakog, jasnog i suglasnog utjecaja ili slične neoborive

¹¹⁰ Snježana Vasiljević, *Temeljna prava i vladavina prava u EU: izazovi prije i nakon pridruživanja // Pravo i politika EU: stara pitanja novi odgovori*, Zagreb, HAZU, 2020., vidi opširnije, str. 22., vidi opširnije, str. 6.

¹¹¹ Marija Daka, *Reflections on the Principle of Equal Treatment in EU Law and the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and the European Convention on Human Rights*, 9 ACTA UNIV. Sapientiae: LEGAL Stud. 5 (2020), vidi opširnije, str. 15., vidi opširnije, str. 13.

¹¹² Ibid, vidi opširnije, str. 15.

¹¹³ Ibid, vidi opširnije, str. 16

¹¹⁴ Marija Daka, *Reflections on the Principle of Equal Treatment in EU Law and the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and the European Convention on Human Rights*, 9 ACTA UNIV. Sapientiae: LEGAL Stud. 5 (2020), vidi opširnije, str. 15.

, vidi opširnije, str.16.

presumpcije ili činjenice, pa je razina uvjerenosti potrebne za donošenje pojedinog zaključka, kao i podjele dokaza, povezana sa specifičnostima činjenica, samom prirodom pritužbe i relevantnog konvencijskog prava.¹¹⁵

Snježana Vasiljević navodi da ni jedan od ovih sudova nisu prizivni sudovi, te se njihov odnos može definirati prema načelu ekvivalentne zaštite kao tzv. posredni nadzor.¹¹⁶

Možemo primijetiti da Sud EU brže donosi presude, npr. u razmaku jedne do dvije godine¹¹⁷, dok ESLJP o predmetima, koji nisu hitne naravi, meritorno rješava pet do sedam godina¹¹⁸, a čime sve više, zbog samog vremenskog odmaka, neizmjereno većeg broja predmeta, činjenice da u samom sudu postoji mogućnost pravnih lijekova, da u zadnjoj instanci odluku donosi 46 sudaca, koji dolaze iz bitno različitijeg demokratskog i pravnog okruženja od 27 sudaca Suda EU, koji svi dolaze iz članica Europske unije, a koje su barem u pravnoj regulativi većinom uskladile svoje domaće pravo s europskim pravom, u tumačenju standarda zaštite ljudskih prava postaje više sljedbenik Suda EU, a manje predvodnik. Stoga ne čudi da je nova predsjednica ESLJP Siofra O'Leary kao jedan od glavnih ciljeva istakla povećanje ažurnosti suda, a što je želja i cilj i sadašnjeg hrvatskog nacionalnog suca Davora Derečinovića. Navedenim stavom nikako se ne želi umanjiti činjenica da je zaštita ljudskih prava pred ESLJP pojedincima i dalje puno dostupnija od zaštite Suda EU, te da ESLJP ima puno učinkovitije mehanizme za izvršenje presuda, jer presude se obvezuju izvršiti države potpisnice Europske konvencije, te odluke ESLJP često rezultiraju i promjenama zakonodavstava država članica, dok presude Suda EU izvršavaju suci kroz donošenje odluka u pojedinačnim sudskim predmetima.

Zaključno, postojanje dva odvojena međusobno neovisna suda, koji nastoje ujednačeno primjenjivati standarde zaštite ljudskih prava, može i nadalje jačati status ljudskih prava, ukoliko će ti sudovi, kao što su do sada činili, nastaviti surađivati i odlučivati sukladno općim načelima iz ustavnih tradicija država članica.

¹¹⁵ Ibid, vidi opširnije. str. 17.

¹¹⁶ Snježana Vasiljević, *Temeljna prava i vladavina prava u EU: izazovi prije i nakon pridruživanja // Pravo i politika EU: stara pitanja novi odgovori*, Zagreb, HAZU, 2020., vidi opširnije, str. 22., vidi opširnije, str. 5.

¹¹⁷ U predmetu iz upravnog prava C-801/19, Upravni sud u Zagrebu, postavio je prethodno pitanje u listopadu 2019 i na njega je odgovoreno presudom u prosincu 2020

¹¹⁸ U predmetu Jurčić protiv Hrvatske, zahtjev broj 54711/15 je podnesen 2015, a presuda je donesena 2021

3. PRIMJERI SUDSKE PRAKSE RELEVANTNI ZA OSTVARENJE NAČELA ZABRANE DISKRIMINACIJE U UPRAVNOM PRAVU U ODNOSU NA REPUBLIKU HRVATSKU

3.1. Praksa Europskog suda za ljudska prava

Na izabranim primjerima iz upravno sudske prakse autorica želi dokazati da je upravo tumačenje i primjena propisa na pretjerano formalistički način iz različitih oblasti upravnog prava dovela do raznih vrsta diskriminacije u upravnim postupcima, a koja je onda prepoznata i otklonjena nekad već u prvostupanjskom upravnom sporu, nekad na Ustavnom sudu Republike Hrvatske, a ponekad je diskriminaciju uočio i otklonio tek ESLJP, a čije presude će i prve biti obrađene u ovom radu.

U vremenu pisanja ovog rada, najnovija presuda ESLJP bila je Jurčić protiv Hrvatske¹¹⁹, koja je označena kao vodeći slučaj, a kojom je utvrđena povreda članka 14. Europske konvencije u odnosu na zabranu diskriminacije na temelju spola u vezi s člankom 1. Protokola broj 1, tj. po osnovi prava vlasništva, i to kao izravna diskriminacija na temelju spola.

Upravni postupak se vodio zbog odbijanja zahtjeva tužiteljice da joj se prizna pravo na bolovanje zbog komplikacija u trudnoći, a koje pravo uključuje pravo na isplatu novčanog iznosa za vrijeme trajanja bolovanja, i to samo nakon mjesec dana od početka zasnivanja radnog odnosa, a obzirom da je netom prije zasnivanja radnog odnosa tužiteljica bila podvrgnuta in vitro oplodnji, a uspješnost tog postupka u vrijeme prihvaćanja zaposlenja, tužiteljica nije mogla predvidjeti, te je kao bitna istaknuta činjenica da je tužiteljica prije toga četrnaest godina bila zaposlena i imala uredne uplate za zdravstveno osiguranje.

ESLJP se u presudi pozvao na članak 10. odredbe Direktive 92/85/EEC od 19. listopada 1992 o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu trudnica i radnica koje su nedavno rodile ili doje, o zabrani otkaza takvim osobama, osim u slučaju postojanja osnovanih razloga, koji moraju biti pisano obrazloženi i na članak 29.

¹¹⁹ ESLJP, Jurčić protiv Hrvatske, zahtjev broj 54711/15 od 4. veljače 2021.

navedene Direktive koji obvezuje države članice da uzmu u obzir cilj jednakosti između muškaraca i žena kada sastavljaju i primjenjuju zakone, propise, upravne odredbe, politike i aktivnosti u oblastima na koje se odnosi Direktiva.

Nadalje, ESLJP se pozvao i na sudsku praksu Suda EU, i to na predmet Dekker¹²⁰, u kojem se činjenično radilo o ženi koja se prijavila za posao i bila najbolji kandidat, ali nije primljena, jer je bila trudna, te je kao razlog poslodavac naveo da bi sam morao platiti troškove njenog rodiljnog dopusta, a zbog čega si ne bi mogao priuštiti zamjenu za vrijeme njene odsutnosti, međutim sud je zauzeo stav da svako nepovoljno postupanje direktno ili indirektno povezano sa trudnoćom ili majčinstvom predstavlja izravnu diskriminaciju na spola.

ESLJP se pozvao i na predmet Webb¹²¹ u kojem je sud zauzeo stav da zaštita osigurana pravom zajednice za žene tijekom trudnoće i poslije rođenja djeteta ne može ovisiti o tome je li prisutnost te osobe na poslu tijekom majčinstva nužna za pravilan rad tvrtke u kojoj je zaposlena, jer bi svako suprotno tumačenje direktivu učinilo neučinkovitim.

Nadalje, pozvao se i na predmet Tele Danmark¹²² u kojem je sud zaštitu proširio i na odsutnost s posla zbog trudnoće i na ugovore na određeno vrijeme i u kojoj presudi se obrazlaže da otkaz radnici zbog trudnoće predstavlja izravnu spolnu diskriminaciju, i to bez obzira na prirodu i opseg ekonomskih gubitka poslodavca zbog takve zaposlenice, jer činjenica je li ugovor sklopljen na određeno ili neodređeno vrijeme nema utjecaj na diskriminatorni karakter takvog otkaza, jer je u oba slučaja postoji nemogućnost zaposlenice da ispuni ugovor zbog trudnoće.

ESLJP se pozvao i na predmet Brown¹²³ u kojem je zaključeno da su poremećaji i komplikacije, koji mogu uzrokovati nesposobnost za rad, uključeni u stanje trudnoće i time čine specifičan oblik tog stanja.

¹²⁰ Sud EU, *Dekker*, C-177/88 od 8. studenoga 1990, ECLI:EU:C:1990:383

¹²¹ Sud EU, *Webb*, C-32/93 od 14. srpnja 1994, ECLI:EU:C:1994:300

¹²² Sud EU, *Tele Danmark*, C-109/00 od 4. listopada 2001, ECLI:EU:C:2001:513

¹²³ Sud EU, *Brown*, C-394/96 od 30. lipnja 1998, ECLI:EU:C:1998:331

Nadalje, pozvao se i na predmet *McKenna*¹²⁴ u kojem je izraženo shvaćanje da se ženi zbog bolesti vezane uz trudnoću može smanjiti plaća pod uvjetom da bi na isti način bila smanjena plaća muškarcu koji je odsutan zbog bolesti, a iznos te plaće ne smije biti tako nizak da bi narušavao cilj zaštite trudnice.

ESLJP se pozvao i na predmet *Mayr*¹²⁵ u kojoj presudi je zaključeno da otkaz ženi zbog toga jer se podvrgla važnoj fazi in vitro oplodnje predstavlja izravnu diskriminaciju na temelju spola.

U ovoj presudi se posebno navodi da je tužiteljica u tužbi isticala da domaće pravo omogućuje trudnicama da se zaposle i da Zavod za zdravstveno osiguranje nije imao osnove da propituje njen ugovor o zaposlenju zaključen na temelju slobodne volje nje i poslodavca, te da je takvo postupanje suprotno praksi Suda EU (točka 56 presude ESLJP, dalje t. 56).

ESLJP je zaključio da se podnositeljicu zahtjeva treba usporediti sa svim trudnicama, bez obzira na način oplodnje, koje su sklopile ugovor o zaposlenju, neposredno, nakon što su zatražile naknadu plaće zbog bolovanja radi komplikacija u trudnoći, a ne sa drugim ženama koje su se podvrgle umjetnoj oplodnji, niti sa trudnicama koje su bile zaposlene (t. 58.)

Pri tome se ESLJP pozvao na osnovna načela da je za svrhu članka 14. Europske Konvencije nejednako postupanje diskriminatorno ako nema objektivnog i razumnog opravdanja, ako ne slijedi zakoniti cilj ili nema razumnog odnosa proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići¹²⁶ (t. 62).

Nadalje, istakao je da je za primjenu članka 14. Europske konvencije nužno da postoji razlika u postupanja na osnovi određene karakteristike¹²⁷, te je sud naglasio da načelno poštuje politiku zakonodavčevog izbora, osim ukoliko je očito bez razumnih temelja¹²⁸ (t. 64).

U presudi sa navodi da je ESLJP više puta naglasio da je promicanje jednakosti spolova osnovni cilj država članica Vijeća Europe, pa je margina diskrecije država članica

¹²⁴ Sud EU, *McKenna*, C-191/03 od 8. rujna 2005, ECLI:EU:C:2005:513

¹²⁵ Sud EU, *Mayr*, C-506/06 od 28. veljače 2008, ECLI:EU:C:2008:119

¹²⁶ Vidi opširnije u presudi ESLJP, *Molla Sali v. Greece*, broj 20452/14 od 19. prosinca 2018., par. 133 i 135

¹²⁷ Vidi opširnije u presudi ESLJP, *Fabian v. Hungary*, broj 78117/13 od 6. rujna 2017, par. 113.

¹²⁸ Vidi opširnije u presudi ESLJP, *Carson and others v. United Kingdom*, broj 42184, ECHR 2010., par. 61

uska, te u takvim situacijama načelo proporcionalnosti ne zahtijeva samo da je izabrana mjera prikladna cilju, već i da je ta mjera bila nužna u datim okolnostima¹²⁹ (t. 65).

Ističe se da je u svojoj sudskoj praksi indirektno već ranije priznata potreba zaštite trudnoće i majčinstva, te je u slučaju članka 14. Europske konvencije što se tiče tereta dokaza, zauzeta dosljedna praksa da kada tužitelj pokaže da je došlo do razlike u postupanju, na Vladi je da dokaže da je takvo postupanje bilo opravdano. ESLJP u presudi naglašava da samo žena može biti diskriminirana na osnovi trudnoće i upravo zbog tog razloga će različito postupanje uzrokovati direktnu spolnu diskriminaciju, ukoliko nije opravdana, a o čemu postoji suglasna praksa ESLJP-a, Suda EU i nacionalnog zakonodavstva (t. 69).

Stoga je stajališta da je uvođenje mjera zaštite majčinstva osnovno za ostvarivanje načela jednakosti muškaraca i žena, te da su nadležna tijela propustila objasniti kako je tužiteljica mogla svjesno zaključiti prijevorni ugovor o zaposlenju kada nije mogla znati hoće li zaista zatrudnjeti, a pri tome nije imala nikakvu zakonsku obvezu da prijavi činjenicu da se podvrgla umjetnoj oplodnji, već domaće pravo poslodavcu zabranjuje da traži bilo kakve informacije u vezi trudnoće ili naloži drugoj osobi da traži takve informacije (t. 76 i 81).

U presudi se naglašava da su u konkretnom slučaju nadležna tijela donijela svoje zaključke, bez da su procjenjivala je li tužiteljica preuzela svoje dužnosti i počela obavljati radne zadatke kod svog poslodavca, jer ako su pribavili dokaze o prijevari ili ništavosti ugovora, ništa ih nije sprječavalo da pokrenu relevantne postupke u tu svrhu. Nadalje, nadležna tijela nisu uopće utvrđivala je li postupak umjetne oplodnje kojem se tužiteljica podvrgla nužno uzrokuje odsutnost s posla iz zdravstvenih razloga, jer načelno ništa ne ukazuje da žene ne bi mogle biti sposobne raditi za vrijeme obavljanja tog postupka ili same trudnoće (t. 82).

ESLJP je izrazio zabrinutost zbog pretežne prakse nadležnih tijela prema kojoj žene ne bi trebale raditi ili tražiti zaposlenje za vrijeme trudnoće ili mogućnosti za trudnoću, jer takav stereotip predstavlja ozbiljnu zapreku za suštinsko ostvarenje rodne jednakosti kao vodećeg

¹²⁹ Vidi opširnije u presudi ESLJP, *Emel Boyraz v. Turkey*, broj 61960/08 od 2. prosinca 2014., par. 51

cilja država članica Vijeća Europe¹³⁰, te nije u skladu s međunarodnim standardima spolne jednakosti (t. 83).

Zaključno, u presudi se naglašava da odbijanje zaposlenja ili priznavanja prava na neku korist trudnici, a u konkretnom slučaju se radi o povredi prava vlasništva u odnosu na odbijanje isplate novčane naknade za bolovanje zbog komplikacija u trudnoći, a što predstavlja izravnu diskriminaciju na osnovi spola, koja se ne može opravdati financijskim interesima države, te razlika u postupanju prema ženi koja se podvrgla in vitro oplodnji nije bila objektivno opravdana niti nužna u ovim okolnostima, pa je došlo do povrede zabrane diskriminacije iz članka 14. Europske Konvencije u vezi prava vlasništva iz članka 1. Protokola broj 1 (t. 84 -96).

Iz navedene presude možemo zaključiti da upravna tijela i Visoki upravni sud Republike Hrvatske, kao ni Ustavni sud Republike Hrvatske nisu uzeli u obzir širu sliku, jer nisu predmetni radni odnos i kasnije korištenje prava na bolovanje koje proističe iz tog radnog odnosa, povezali sa tužiteljičinim ranijim radnim stažom, niti su posebno ispitali postoje li u ovom slučaju elementi prijevarnog postupanja u smislu prekršajnog ili kaznenog prava ili ništavosti ugovora u smislu radnog prava, te stoga nisu uspjeli obrazložiti da se u konkretnom slučaju radilo o opravdanoj i nužnoj diskriminaciji žene na temelju spola.

Dakle, zaključak je da ne uzimanje u obzir svih relevantnih okolnosti i ne stavljanje na vagu relevantnih načela ulazi u pojam pretjeranog pravnog formalizma, zbog čijeg utjecaja je povredu zabrane diskriminacije na temelju spola, nastalu u upravnom postupku otklonio tek ESLJP u predmetnoj presudi, ne spominjući izričito pretjerani pravni formalizam, već koristeći riječ stereotip u negativnom kontekstu uskogrudnog razmišljanja i predrasuda.

U presudi se izričito navodi da prema shvaćanju ESLJP spolni stereotipi ovakve vrste predstavljaju ozbiljnu zapreku za ostvarenje stvarne sadržajne rodne jednakosti, koja, kao što je to već ranije navedeno, je jedan od glavnih ciljeva članica Vijeća Europe.¹³¹

¹³⁰ Vidi opširnije u presudi ESLJP, Carvalho Pinto de Sousa Morais protiv Portugala od 25. srpnja 2017., zahtjev broj 17484/15, par 48-54.

¹³¹ „ In the Court' view, gender stereotyping of this sort presents a serious obstacle to the achievement of real substantive gender equality, which as already stated, is one of the major goals in the member States of the Council of Europe“

Važno je naglasiti da je iz ove presude razvidan utjecaj prakse i prihvaćanje obrazloženja primjene standarda i načela zabrane diskriminacije u području radnog prava koja je razradio Sud EU na konkretni postupak iz područja upravnog prava od strane ESLJP.

Na temelju ove presude u odnosu na Republiku Hrvatsku je u postupku WECL (*well established case law*) fast track 24. ožujka 2022. utvrđena istovjetna povreda u predmetima Ručević protiv Hrvatske, zahtjev br. 1082/20, Banović protiv Hrvatske, zahtjev br. 17951/20 i Lukežić protiv Hrvatske, zahtjev br. 20805/20., te je nakon toga u sva tri predmeta između stranaka zaključena nagodba. Radi se o postupku koji je tek nedavno uveden u rad ESLJP, s ciljem bržeg rješavanja predmeta u kojima se traži utvrđivanje povrede nekog članka Europske Konvencije, a u odnosu na koje činjenično stanje je prema određenoj državi, već u nekom ranijem predmetu, označenom kao vodeći predmet, zauzet pravni stav da se radi o vrsti systemske povrede. Možemo to nazvati vrstom oglednog spora, u kojem se ukoliko se prepozna da činjenice novog predmeta odgovaraju činjenicama iz ranijeg predmeta u kojem je već utvrđena povreda, ispunjava unaprijed formulirani obrazac za tu situaciju, te se vladi i podnositelju zahtjeva dostavlja prijedlog nagodbe, i u slučaju prihvaćanja iste, predmet ne završava donošenjem presude, već sklapanjem nagodbe, čiji sadržaj je, prema pravilima rada ESLJP uvijek tajan.

Ranija vrlo značajna presuda ESLJP kojom je utvrđena izravna diskriminacija zbog povezanosti s drugom osobom na temelju invaliditeta djeteta po osnovi prava vlasništva je bila Guberina protiv Hrvatske¹³², također označena kao vodeći slučaj. Ova presuda je primjer u kojem je ESLJP utvrdio diskriminaciju u vezi uživanja prava vlasništva na temelju invaliditeta djeteta, kao člana obitelji za koju je otac djeteta podnio zahtjev za oslobođenje od plaćanja poreza na promet nekretnina pri kupnji druge nekretnine radi rješavanja stambenog pitanja, te je utvrđeno postojanje povrede članka 14. Europske konvencije u vezi članka 1. Protokola 1. zbog pretjeranog pravnog formalizma nacionalnih sudova i upravnih tijela.

U ovom predmetu upravni postupak se vodio zbog prava na oslobođenje od plaćanja poreza na promet nekretnina po zahtjevu oca invalidnog djeteta, prilikom kupnje kuće radi pribavljanja odgovarajućeg životnog prostora 100% invalidnom djetetu, jer je obitelj do tada živjela u stanu na trećem katu bez lifta.

¹³² ESLJP, Guberina protiv Hrvatske, zahtjev br. 23682/13 od 22. ožujka 2016.

Porezne vlasti su primjenom Zakona o porezu na promet nekretnina¹³³ zahtjev odbile, jer je raniji stan površinom bio dovoljno velik za cijelu obitelj i imao svu potrebnu infrastrukturu, a takav stav su potvrdili i Upravni sud Republike Hrvatske i Ustavni sud Republike Hrvatske.

ESLJP je utvrdio da porezne vlasti nisu uzele u obzir specifičnosti konkretnog slučaja, te tužiteljeve stambene potrebe u odnosu na invalidno dijete, pa je time tužitelj diskriminiran u odnosu na sve druge osobe koje stječu nekretninu radi zadovoljenja stambenih potreba, a koje su oslobođene poreza na promet nekretnina ako postojeća nekretnina ne zadovoljava njihove stambene potrebe, a obzirom da su u zakonu bili kao kriteriji propisani kvadrati nekretnine ovisno o broju članova obitelji, a zakonom nije bila predviđena situacije prilagodbe stanovanja invalidu.

U presudi je zaključeno da su pri provođenju postupaka u kojima se odlučuje o pravima i obvezama građana, nadležna tijela dužna uzeti u obzir sve specifične okolnosti slučaja i izbjegavati automatsku primjenu zakona, te je ESLJP izričito iznio stav o neprimjerenosti primjene pretjeranog pravnog formalizma, koristeći pri tome izraz automatska primjene zakona bez uzimanja u obzir specifičnih okolnosti slučaja. (t. 89, 91 i 92)

Iste godine u predmetu Pajić protiv Hrvatske¹³⁴, ESLJP donio je presudu kojom je u odnosu na Republiku Hrvatsku utvrđena povreda članka 14. zabrane diskriminacije u vezi članka 8. Europske konvencije, tj. prava na poštivanje privatnog i obiteljskog života, s obrazloženjem da se radilo o automatskoj primjeni prava.

U toj presudi naglašeno je da je kod definiranja pojma privatnog života iz članka 8. Europske konvencije u više slučajeva potvrđeno da ovo pravo ne podrazumijeva samo pravo na osobni razvitak, već i pravo uspostavljanja i razvijanja odnosa s drugim ljudima i s vanjskim svijetom u cjelini.¹³⁵

¹³³ Zakon o porezu na promet nekretnina, NN 69/97, 26/00, 127/00 i 153/02

¹³⁴ ESLJP, Pajić protiv Hrvatske, zahtjev br. 68453/13 od 23. veljače 2016.

¹³⁵ Sanja Barić i Sanja Vincan, Ustavnopravno načelo jednakosti i pravno uređenje istospolnih zajednica, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Vol. 50 No. 1., 2013, vidi opširnije, str. 89., vidi opširnije str. 81.

U konkretnom slučaju upravni postupak se vodio zbog zahtjeva tužiteljice, državljanke Bosne i Hercegovine za privremeni boravak u Republici Hrvatskoj u svrhu spajanja obitelji, jer se već nekoliko godina nalazi u stabilnoj istospolnoj vezi s partnericom iz Republike Hrvatske, koja za nju predstavlja obitelj.

Zahtjev je odbijen, jer prema Zakonu o strancima¹³⁶, istospolna zajednica ne predstavlja obitelj, Upravni sud Republike Hrvatske tužbu je odbio, a Ustavni sud Republike Hrvatske tužbu odbacio.

ESLJP je zaključio da je činjenica da su podnositeljica i njezina djevojka bile u vezi već nekoliko godina, te da su se redovno posjećivale dovoljna da se utvrdi kako se podnositeljica i njezina djevojka nalaze u stabilnoj vezi koja potpada pod konvencijski pojam obitelji.

Pravo na obiteljski život je pravo svake osobe da razvija odnose s drugom osobom, pa ESLJP nije našao opravdanja za državu i zaključio je da je važeći Zakon o strancima diskriminatoran, jer predviđa različito postupanje između istospolnih i heteroseksualnih parova, a obzirom da je pravo na privremeni boravak u Republici Hrvatskoj u svrhu spajanja obitelji isključivo rezervirano za heteroseksualne parove.

ESLJP ističe da zaključak o iscrpljivanju domaćih pravnih lijekova mora biti sa nekim stupnjem elastičnosti i bez pretjeranog formalizma (t. 42), te naglašava da domaća tijela prilikom postupanja po zahtjevu za privremeni boravak nisu u dovoljnoj mjeri ispitala podnositeljčinu situaciju, već su se automatizmom pozvala na odredbe Zakona o strancima iz kojih proizlazi da istospolna zajednica ne predstavlja obitelj. (t. 89, 91 i 92)

Dakle, i u ovoj presudi je sud koristeći termin pretjerani formalizam i automatska primjena zakona, ukazao na pretjerani pravni formalizam kod primjene prava primijenjen i u pristupu rješavanju slučaja i od strane upravnih tijela i kasnije Upravnog suda Republike Hrvatske i Ustavnog suda Republike Hrvatske.

¹³⁶ Zakon o strancima, NN 79/07 i 36/09

Još ranije 2013., ESLJP je u predmetu Topčić-Rosenberg protiv Hrvatske¹³⁷, donio presudu u kojoj je utvrđena povreda članka 14. zabrane diskriminacije i to ponovno u vezi s člankom 8. Europske konvencije, tj. prava na poštivanje privatnog i obiteljskog života, i to zbog primjene mjerodavnog prava na pretjerano formalan i nefleksibilan način.

U ovom slučaju upravni postupak se vodio zbog zahtjeva tužiteljice za priznanje prava na korištenje porodiljnog dopusta samozaposlene osobe nakon posvojenja trogodišnjeg djeteta.

Zahtjev je odbijen sukladno Zakonu o porodnom dopustu majki koje obavljaju samostalnu djelatnost i nezaposlenih majki¹³⁸, jer se radi o djetetu starijem od 1 godine, Upravni sud Republike Hrvatske odbio je tužbu, a Ustavni sud je tužbu odbacio.

U presudi je primijećeno da se različitost postupanja prema podnositeljici kod ostvarivanja prava na porodni dopust kao poslovnoj ženi koja obavlja samostalnu djelatnost temeljila na njezinom statusu posvojiteljice, te joj je uskraćeno pravo na porodni dopust i s time povezane novčane potpore nakon što je posvojila svoje dijete, iako biološke majke takvo pravo imaju od dana rođenja djeteta do godine dana života djeteta.

ESLJP je zauzeo shvaćanje da je svrha roditeljskog ili porodnog dopusta omogućiti majci da ostane kod kuće i brine se o svojem djetetu, te je time posvojiteljica u sličnoj situaciji kao i biološki roditelj.

Slijedom navedenoga, zaključeno je da su domaća tijela, tumačeći mjerodavne odredbe Zakona primijenila mjerodavno pravo na pretjerano formalan i nefleksibilan način, jer su zanemarila opća načela priznata Zakonom o radu, koji je uzeo u obzir da položaj biološke majke u trenutku poroda odgovara položaju posvojiteljice neposredno nakon posvojenja. (t. 46)

Prema tome, ne nalazeći niti jedno objektivno i razumno opravdanje za različitost postupanja prema podnositeljici kao posvojiteljici, prilikom odobravanja njezinog prava na

¹³⁷ ESLJP, presuda Topčić-Rosenberg protiv Hrvatske, zahtjev br. 19391/11 od 14. studenoga 2013.

¹³⁸ Zakon o porodnom dopustu majki koje obavljaju samostalnu djelatnost i nezaposlenih majki, NN 24/96, 109/97, 82/01 i 30/04

porodni dopust nakon posvojenja djeteta, u odnosu na biološku majku koja takvo pravo ima od poroda, ESLJP smatra da takvo različito postupanje predstavlja diskriminaciju. (t. 47)

Iz presude je razvidno da ESLJP u obrazloženju utvrđene povrede zabrane diskriminacije u vezi prava na privatni život, izričito koristi termin primjene mjerodavnog prava na pretjerano formalan i nefleksibilan način.

3.2. Praksa nacionalnih sudova

Ovakva obrazloženja ESLJP-a, utjecala su i na promjenu stava Ustavnog suda Republike Hrvatske koji je 2015. u svojoj odluci¹³⁹ zaključio da je Upravni sud Republike Hrvatske pretjerano formalistički primijenio članak 11. točku 10. Zakona o porezu na promet nekretnina¹⁴⁰, kada je zaključio da tužitelj nije kupio stan u Rijeci radi rješavanja stambenog pitanja, a obzirom da su njegova supruga i sin ostali živjeti u tom stanu, a on se privremeno odselio kod roditelja u Mali Lošinj iz poslovnih razloga, a ti njegovi navodi u postupku uopće nisu ispitivani.

Ustavni sud je 2016. u svojoj vrlo često citiranoj odluci¹⁴¹ izrazio stajalište da su nadležna tijela i sudovi dužni tumačiti sve mjerodavne propise u njihovoj ukupnosti, stalno imajući na umu da njihove odluke ne smiju dovoditi do nerazumno i objektivno neopravdanog ishoda za samu stranku, a ponajmanje kršiti ustavna prava stranaka ili objektivne vrijednosti hrvatskog ustavnog poretka.

Kasnije je 2017. uslijedila i vrlo važna odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske¹⁴² o izjednačavanju izvanbračnih drugova s bračnim u pogledu primjene poreznih zakona prilikom odlučivanja o oslobađanju od plaćanja poreza na promet nekretnina, poreza na nasljedstvo i darove, priznavanja osobnog odbitka poreza na dohodak za uzdržavanog člana, a upravo da bi se otklonila diskriminacija u poreznim stvarima na temelju obiteljskog statusa. U obrazloženju odluke se navodi da Ustavni sud više ne može prihvaćati administrativnu i

¹³⁹ Ustavni sud RH, odluka broj U-III-1311/2014 od 17. srpnja 2015.

¹⁴⁰ Zakon o porezu na promet nekretnina, NN 69/97, 26/00, 127/00 i 153/02

¹⁴¹ Ustavni sud RH, odluka broj U-III-5989/2013 od 9. veljače 2016.

¹⁴² Ustavni sud RH, odluka broj U-III-3034/12 od 21. veljače 2017.

sudsku praksu uskog i mehaničkog tumačenja pojma „bračni drug“ u primjeni Zakona o porezu na promet nekretnina, jer ne nalazi nijedno objektivno i razumno opravdanje za različitost postupanja prema podnositelju kao izvanbračnom drugu prilikom primjene odredbi o oslobađanju od plaćanja poreza na promet nekretnina.

Međutim, još ranije 2016. u presudi Upravnog suda u Zagrebu¹⁴³ u upravnoj stvari oslobođenja od plaćanja poreza na nasljedstvo vanbračne supruge, prvostupanjski sud je sam riješio upravnu stvar i poništio upravna rješenja u oba stupnja, te oglasio ništavim i prvotno rješenje doneseno bez zahtjeva stranke, pozivom na Zakon o suzbijanju diskriminacije i na shvaćanje ESLJP-a iz prethodno navedene presude Guberina, a čime je prvostupanjski sud otklonio povredu zabrane diskriminacije u vezi prava vlasništva.

Ovu prvostupanjsku presudu poništio je Visoki upravni sud Republike Hrvatske¹⁴⁴ i odbio zahtjev tužiteljice, međutim presudu je Ustavni sud Republike Hrvatske¹⁴⁵ ukinuo i predmet vratio Visokom upravnom sudu na ponovni postupak, a u ponovnom postupku Visoki upravni sud Republike Hrvatske¹⁴⁶ odbio je žalbu tuženika i potvrdio prvostupanjsku presudu.

Slična situacija se ponovila i u odnosu na još jednu presudu Upravnog suda u Zagrebu¹⁴⁷ iz 2016. kojom su poništena rješenja javnopravnih tijela oba stupnja, te je tužiteljica oslobođena obveze plaćanja poreza na promet nekretnina temeljem rješenja o nasljeđivanju nakon smrti izvanbračnog druga, iako u Zakonu o porezu na promet nekretnina nije izriekom kao osnova za oslobođenje od plaćanja poreza bio naveden izvanbračni drug, već samo bračni. Prvostupanjski upravni sud u primjeni Zakona o porezu na promet nekretnina na konkretan slučaj imao je na umu ukupnost normi u hrvatskom pravnom sustavu, i to odredbe članka 13. stavka 1. Zakona o porezu na promet nekretnina, u kojem kod nabiranja nije izriekom naveden izvanbračni drug, pa je navedene odredba protumačena u vezi s odredbom članka 8. stavka 2. Zakona o nasljeđivanju, odredbom članka 258. Obiteljskog zakona, te članka 1. stavka 1. i 3., članka 2. stavka 2. i članka 8. stavka 5. Zakona o suzbijanju diskriminacije, te se pored navedenog upućuje i na članak 14. Europske

¹⁴³ Upravni sud u Zagrebu, presuda broj UsI-1202/15 od 25. listopada 2016.

¹⁴⁴ Visoki upravni sud RH, presuda broj Usž-4169/16 od 12. travnja 2017.

¹⁴⁵ Ustavni sud RH, odluka broj U-III-4174/2017 od 28. studenoga 2018.

¹⁴⁶ Visoki upravni sud RH, presuda broj Usž-5018/18 od 18. travnja 2019.

¹⁴⁷ Upravni sud u Zagrebu, presuda broj UsI-2983/13 od 27. travnja 2016.

konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i na članak 1. Protokola 12. uz Konvenciju.

Primjenjujući tekstualno tumačenja zakona na pretjerano formalistički način, Visoki upravni sud Republike Hrvatske je presudom¹⁴⁸ prvo poništio navedenu prvostupanjsku presudu, i tek nakon intervencije Ustavnog suda Republike Hrvatske koji je svojom odlukom¹⁴⁹ ukinuo drugostupanjsku presudu i predmet vratio na ponovni postupak, s obrazloženjem da se radi o uskom i mehaničkom tumačenju pojma bračni drug koje dovodi do diskriminacije, novom drugostupanjskom presudom¹⁵⁰ odbio žalbu tuženiku i potvrdio navedenu prvostupanjsku presudu.

Primjer u kojem je već prvostupanjski sud otklonio povredu zabrane diskriminacije u vezi članka 1. Protokola 1. Europske konvencije je još jedna pravomoćna presuda Upravnog suda u Zagrebu¹⁵¹, u upravnoj stvari oslobođenja plaćanja poreza na nasljedstvo prvog nasljednog reda prema ugovoru o dosmrtnom uzdržavanju između oca i kćerke, u kojem slučaju je prvostupanjski sud poništio oba upravna rješenja i predmet vratio na ponovni postupak, pozivom na Zakon o suzbijanju diskriminacije¹⁵², te već spomenute odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske¹⁵³ i presudu ESLJP u predmetu Guberina protiv Republike Hrvatske.

U presudi se obrazlaže da, bez obzira što je u tada važećem Zakonu o porezu na promet nekretnina bilo propisano da porez na promet nekretnina ne plaća potomak koji u odnosu na primatelja uzdržavanja stječe nekretnine na temelju ugovora o doživotnom uzdržavanju, te nije izričito naveden ugovor o dosmrtnom uzdržavanju, u konkretnom slučaju, propis je trebalo tumačiti na način da se on odnosi i na potomka iz uspravne linije koji nekretninu stječe na temelju ugovora o dosmrtnom uzdržavanju, a kako je to pravilno uneseno u važeći Zakon o porezu na promet nekretnina. Naime, radi se o istom obiteljskom odnosu koji rezultira istim imovinskim posljedicama obveze uzdržavanja i stjecanja nekretnine, te je jedina razlika trenutak stjecanja nekretnine, pa je upitno koji bi to opravdani razlog mogao

¹⁴⁸ Visoki upravni sud RH, presuda broj Usž-3563/16 od 9. studenoga 2016.

¹⁴⁹ Ustavni sud RH, odluka broj: U-III-1233/2017 od 10. srpnja 2019.

¹⁵⁰ Visoki upravni sud RH, presuda broj Usž-3372/19 od 13. svibnja 2020.

¹⁵¹ Upravni sud u Zagrebu, presuda broj 1561/18 od 4. lipnja 2019.

¹⁵² Zakon o suzbijanju diskriminacije, NN 85/08 i 112/12

¹⁵³ Ustavni sud RH, odluka broj U-III-5989/2013 od 9. veljače 2016.

postojati da se te dvije osnove stjecanja nekretnina različito tretiraju i rezultiraju različitim utvrđenjima nepostojanja i postojanja porezne obveze.

Svi do sada navedeni primjeri iz nacionalne i međunarodne sudske prakse uzrokovali su i promjenu pristupa Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, pa je presudom tog suda¹⁵⁴ potvrđena prvostupanjska presuda Upravnog suda u Zagrebu¹⁵⁵ kojom su poništena rješenja javnopravnih tijela, te je presudom usvojen zahtjev tužiteljica za upis činjenice sklopljenog istospolnog braka u inozemstvu u registar životnog partnerstva.

U obrazloženju se navodi da je prvostupanjski sud pravilno ocijenio da je u okolnostima konkretnog slučaja odbijanjem zahtjeva tužiteljica za upis činjenice sklopljenog istospolnog braka u inozemstvu u registar životnog partnerstva u Republici Hrvatskoj došlo do diskriminacije na osnovi spolne orijentacije prema tužiteljicama.

To stoga što se u konkretnom slučaju radi o različitom postupanju u neosobnom kontekstu prema osobama u usporedivim situacijama bez objektivnog i razumnog opravdanja, a da se pri tom razlika temelji na pravno zaštićenoj osnovi spolne orijentacije tužiteljica.

Naime, u usporedivoj situaciji bračni drugovi koji sklope brak u inozemstvu mogu sukladno odredbi članka 40. Zakona o državnim maticama¹⁵⁶ u Republici Hrvatskoj upisati činjenicu sklapanja braka u inozemstvu u maticu vjenčanih, osim iznimke u odnosu na konzularne brakove sklopljene u trećim državama, kao što se činjenica sklapanja braka u inozemstvu u maticu vjenčanih, dok tužiteljice koje su sklopile istospolni brak u inozemstvu ne mogu isti upisati u registar životnog partnerstva kao ekvivalentnoj službenoj evidenciji koju također vode matičari, iako bi isto bilo moguće da su životno partnerstvo sklopile u Republici Hrvatskoj.

Slijedom navedenog, ocijenjeno je mehaničkim obrazloženje tuženika da je zahtjev tužiteljica pravilno odbijen pozivom na točku 13.2. Naputka o vođenju registra životnog partnerstva¹⁵⁷, kojim je propisano da se životna partnerstva ili istospolni brakovi hrvatskih

¹⁵⁴ Visoki upravni sud RH, presuda broj Usž-1717/20 od 3. lipnja 2020.

¹⁵⁵ Upravni sud u Zagrebu, presuda broj UsI-1279/19 od 3. ožujka 2020.

¹⁵⁶ Zakon o državnim maticama, NN 96/93 i 76/13

¹⁵⁷ Naputak o vođenju registra životnog partnerstva, NN 147/14

državljana sklopljeni u inozemstvu upisuju kao bilješke u matici rođenih, a da pritom tuženik nije uzeo u obzir odredbu članka 37. stavka 4. Zakona o registru životnog partnerstva, koja propisuje da životni partneri imaju jednaka postupovna prava i status u svim sudskim i upravnim postupcima kao i bračni drugovi. Time je tuženik ujedno i zanemario odredbu članka 1. i članka 2. Zakona o suzbijanju diskriminacije, jer nije dao obrazloženje da bi se stavljanje tužiteljica u nepovoljniji položaj na osnovi spolne orijentacije na opisani način moglo objektivno opravdati legitimnim ciljem zbog kojeg bi takvo postupanje tuženika bilo primjereno i nužno, što čini takvo postupanje tuženika nezakonitim.

Jedna od medijski istaknutih presuda u Republici Hrvatskoj bila je presuda Upravnog suda u Zagrebu¹⁵⁸ donesena u upravnoj stvari davanja dozvole za obavljanje udomiteljstva. U konkretnom slučaju zahtjev tužitelja koji su u registriranom životnom partnerstvu je odbačen, s obrazloženjem Centra za socijalnu skrb da se učinci životnog partnerstva ne mogu izjednačiti sa bračnom zajednicom u pogledu obavljanja udomiteljstva u smislu odredbi Zakona o udomiteljstvu¹⁵⁹, a drugostupanjsko tijelo je žalbu odbilo.

Prvostupanjski sud je poništio oba rješenja i predmet vratio prvostupanjskom tijelu na ponovni postupak, jer je prema ocjeni suda tuženik primijenio isključivo formalističko odnosno gramatičko tumačenje mjerodavnih odredba Zakona o udomiteljstvu, bez njihovog međusobnog povezivanja i tumačenja u skladu sa smislom i svrhom istih, pa je prvostupanjskom tijelu u ponovnom postupku naloženo da meritorno riješi o zahtjevu tužitelja za davanje dozvole za obavljanje udomiteljstva.

Smislenim tumačenjem citiranih zakonskih odredbi u njihovoj međusobnoj povezanosti udomiteljsku obitelj, prema mišljenju suda, mogu činiti i udomitelj i njegov životni partner. Naime, zakonodavac prilikom propisivanja uvjeta koje mora ispunjavati udomitelj i udomiteljska obitelj nije propisao određenu spolnu orijentaciju, pa nije logično da bi se samcu koji ima istu spolnu orijentaciju kao i tužitelji izdala dozvola za obavljanje udomiteljstva, ukoliko ispunjava zakonske uvjete za to, dok se u predmetnom postupku za tužitelje nisu niti ispitivali zakonski uvjeti koje moraju ispunjavati udomitelj i udomiteljska obitelj.

¹⁵⁸ Upravni sud u Zagrebu, presuda broj UsI-1699/18 od 19. prosinca 2019.

¹⁵⁹ Zakon o udomiteljstvu, NN 115/18 i 18/22

Snježana Vasiljević ističe da je ova presuda izazvala veliki interes stručne javnosti upravo u kontekstu narušavanja vladavine prava, a obzirom da je u presudi zaključeno da je Centar za socijalnu skrb primijenio isključivo formalističko odnosno gramatičko tumačenje o udomiteljstvu pa je posljedično tome iz njega isključio istospolne partnere. Nakon presude, Centar je ponovo odbio zahtjev, s obrazloženjem da se u Zakonu o udomiteljstvu ne spominje životno partnerstvo. Nakon toga, sedam predlagatelja i jedan podnositelj zahtjeva osporili su suglasnost s Ustavom Republike Hrvatske članka 9. točke 3., članka 11. stavka 3. i članka 13. stavka 2. Zakona o udomiteljstvu zbog toga što su iz njihovog sadržaja izostavljene istospolno orijentirane osobe koje žive u životnim i neformalnim životnim partnerstvima.¹⁶⁰

Ustavni sud Republike Hrvatske donio je početkom 2020. odluku¹⁶¹. kojom odbija zahtjev jedne petine zastupnika u Hrvatskom saboru za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 9. točke 3., članka 11. stavka 3 i članka 13. stavka 2. Zakona o udomiteljstvu, i rješenje kojim se ne prihvaćaju prijedlozi za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 9. točke 3. i članka 11. stavka 3. tog Zakona.

Ustavni sud utvrdio je da osporene zakonske odredbe iz kojih je izostavljena određena društvena skupina proizvode generalne diskriminatorne učinke prema istospolno orijentiranim osobama koje žive u životnim i neformalnim životnim partnerstvima, što je ustavnopravno neprihvatljivo.

Snježana Vasiljević smatra da je time Ustavni sud Republike Hrvatske potvrdio postojanje tog prava i da je činjenica što je zakonodavac isključio životne partnere iz udomiteljske obitelji neustavno postupanje, te zaključio da je u smislu vladavine prava dužnost sudova i drugih nadležnih tijela da kada odlučuju o pravima i obvezama građana tumače i primjenjuju zakone u skladu s njihovim smislom i legitimnom svrhom, te odluke donositi na temelju Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih izvora prava. U konkretnom slučaju to znači da su osporene zakonske odredbe dužni tumačiti i primjenjivati na način koji će svim osobama pod jednakim uvjetima omogućiti sudjelovanje u javnoj usluzi

¹⁶⁰ Snježana Vasiljević, *Temeljna prava i vladavina prava u EU: izazovi prije i nakon pridruživanja // Pravo i politika EU: stara pitanja novi odgovori*, Zagreb, HAZU, 2020., vidi opširnije, str. 22.

¹⁶¹ Ustavni sud RH, odluka broj U-I-144/2019 i dr. od 29. siječnja 2020.

udomljavanja, neovisno o tome živi li potencijalni udomitelj u životnom ili neformalnom životnom partnerstvu.¹⁶²

U obrazloženju Ustavni sud se poziva na razinu razvoja demokratskog društva i pravnu stečevinu iz kojih u odnosu na sve proizlazi vezanost uz najviše vrednote ustavnog poretka, i bez formalne odluke tog suda. Zaključuje se da nije relevantno pruža li skrb udomljenom korisniku jedna ili više osoba, niti definicija obitelji, jer je cilj instituta udomljenja pružiti korisniku emotivno toplo okruženje, sigurnost doma i skrb. Ni obiteljski status, ni seksualna orijentacija očigledno nisu stvarni i odlučujući uvjet obavljanja posla, konkretno profesionalnog udomiteljstva.

Ravnopravno sudjelovanje u svim aspektima društvenog života, a što uključuje i pristup javnoj usluzi udomiteljstva, istospolnim zajednicama, jamči Ustav Republike Hrvatske i zakonodavni antidiskriminacijski okvir (Zakon o suzbijanju diskriminacije, Zakon o ravnopravnosti spolova i Zakon o životnom partnerstvu), kojim se razrađuje ustavna vrednota ravnopravnosti spolova iz članka 3. Ustava, odnosno jamstvo društvene jednakosti iz članka 14. stavka 1. Ustava.

U odluci se navodi da su sudovi i druga tijela dužni osporene zakonske odredbe tumačiti i primjenjivati na način koji će svim osobama pod jednakim uvjetima omogućiti sudjelovanje u javnoj usluzi udomljavanja, dakle neovisno o tome živi li potencijalni udomitelj u životnom ili neformalnom životnom partnerstvu.

Odluka je izazvala i izdvojena mišljenja, pa je sudac Ustavnog suda Branko Brkić u svom mišljenju istakao da je udomiteljstvo oblik pružanja socijalne usluge, koja ne spada u temeljna prava i slobode zaštićene Ustavom i Konvencijom, pa izostavljanje istospolne životne zajednice iz opsega pojma „udomiteljska obitelj” nije diskriminacija u smislu članka 14. Ustava Republike Hrvatske i članka 14. Europske konvencije.

Lovorka Kušan i Goran Selanac u izdvojenom mišljenju navode da Zakon o udomiteljstvu ne sadrži izričitu zabranu pristupa osoba u životnom partnerstvu mogućnosti

¹⁶² Snježana Vasiljević, *Temeljna prava i vladavina prava u EU: izazovi prije i nakon pridruživanja // Pravo i politika EU: stara pitanja novi odgovori*, Zagreb, HAZU, 2020., vidi opširnije, str. 23.

udomljavanja, pa ga nije moguće automatski smatrati diskriminatornim, ali je pravna praznina mogla biti uspješno otklonjena nalogom zakonodavcu da u određenom vremenskom periodu donese zakonske odredbe sukladno stajalištima jasno izraženim u odluci.

Miroslav Šumanović je u svom izdvojenom mišljenju istakao da je Ustavni sud ovom odlukom samoinicijativno uveo u hrvatski pravni sustav pravo istospolnih partnera na zajedničko udomljavanje djeteta, a trebalo je prvo ispitati postoji li o tom pitanju društveni konzensus. Među pravima koja ulaze u doseg primjene Zakona o suzbijanju diskriminacije se nalaze i ona predviđena propisima o socijalnoj skrbi, ali ne i propisi koji reguliraju pružanje socijalnih usluga. ESLJP se nikada meritorno nije bavio u kontekstu prava na obiteljski život pitanjem pristupa pojedinaca udomiteljstvu.

Rajko Mlinarić u svom izdvojenom mišljenju navoda da prihvaća obrazloženje, ali ne i izreku odluke, jer je odredbu je trebalo ukinuti, a obzirom da ova odredba koja je ostala na snazi nije predvidljiva adresatima, jer se tek očekuje da će nadležna tijela državne vlasti zakon tumačiti teleološkom metodom i primjenjivati sporne norme u skladu s ustavnim jamstvima, međunarodnim ugovorima i drugim važećim izvorima prava o jednakosti i zabrane diskriminacije.

Marina Čepo, Ana-Marija Kovačević i Martina Lučić¹⁶³ zaključuju da Zakon o udomiteljstvu ne priznaje koncept životnog partnerstva i propušta regulirati pitanje udomiteljstva od strane istospolnih partnera, za razliku od Obiteljskog zakona koji takav koncept priznaje i u svojim odredbama opisuje njihova prava.¹⁶⁴

Nadalje, Zakon o mirovinskom osiguranju¹⁶⁵ priznaje koncept životnog partnerstva i osigurava određena prava i za bračne i izvanbračne partnere, dok Zakon o registru životnog partnerstva¹⁶⁶ izričito navodi da su životni partneri u pravu nasljeđivanja izjednačeni sa bračnim partnerima, a djeca rođena u životnom partnerstvu su izjednačena sa djecom

¹⁶³ Marina Cepo, Ana-Marija Kovacevic & Martina Lucic, Sexual Orientation Discrimination- A European Perspective through the Practice of the Court of Justice of the European Union and of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, 4 ECLIC 1271 (2020),, vidi opširnije, str. 1289.

¹⁶⁴ Obiteljski zakon, NN 103/15 i 98/19, čl. 1. st. 1.

¹⁶⁵ Zakon o mirovinskom osiguranju, NN 151/14, 33/15, čl. 22 (a)

¹⁶⁶ Zakon o registru životnog partnerstva, NN 92/14 i 98/19

rođenom u braku, iako Zakon o nasljeđivanju¹⁶⁷ ne sadrži odredbe o pravima osoba u životnom partnerstvu.¹⁶⁸

Zakon o registru životnog partnerstva propisuje iste porezne pozicije u smislu privilegija, izuzetaka i obveza, kao i osobama u braku i njihovoj djeci, iako Zakon o porezu na promet nekretnina¹⁶⁹, kao i Opći porezni zakon¹⁷⁰ ne sadrže odredbe o registriranom partnerstvu.¹⁷¹

Međutim, autorice smatraju da je osim tog pojma nužno unijeti u zakone Republike Hrvatske, i pojam formalni i neformalni životni partner, te u svim europskim direktivama i hrvatskim zakonima koji se odnose na obiteljska prava, bračne i izvanbračne partnere izričito navesti i životne partnere radi postizanja pravne sigurnosti i jednakosti.¹⁷²

Najnovija presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske¹⁷³ u upravnoj stvari izdavanja mišljenja o podobnosti i prikladnosti za posvojenje djece od strane osoba koje su sklopile životno partnerstvo, ukazuje na daljnji odmak od pretjeranog pravnog formalizma barem od strane sudova, ali u konkretnom slučaju ne i od strane upravnih tijela.

Naime, upravna tijela su zahtjev odbila, u bitnome obrazlažući da pozitivni propisi Republike Hrvatske ne omogućuju posvojenje osobama koje su sklopile životno partnerstvo, a obzirom da Republika Hrvatska nije stranka Europske konvencije o posvojenju, niti revidirane verzije kojom se primjena Konvencije proširuje na registrirane partnere.

Prvostupanjski sud je svojom presudom¹⁷⁴ poništio rješenje drugostupanjskog tijela i naložio tuženiku da riješi o žalbi tužitelja u roku od šezdeset dana od primitka presude, pozivajući se na Zakon o suzbijanju diskriminacije, Ustav Republike Hrvatske i Europsku

¹⁶⁷ Zakon o nasljeđivanju, NN 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15 i 14/19

¹⁶⁸ Marina Cepo, Ana-Marija Kovacevic & Martina Lucic, Sexual Orientation Discrimination- A European Perspective through the Practice of the Court of Justice of the European Union and of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, 4 ECLIC 1271 (2020),, vidi opširnije, str. 1290.

¹⁶⁹ Zakon o porezu na promet nekretnina, NN 115/16 i 106/18

¹⁷⁰ Opći porezni zakon, NN 115/16, 106/18, 121/19, 32/20 i 42/20

¹⁷¹ Marina Cepo, Ana-Marija Kovacevic & Martina Lucic, Sexual Orientation Discrimination- A European Perspective through the Practice of the Court of Justice of the European Union and of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, 4 ECLIC 1271 (2020),, vidi opširnije, str. 1290.

¹⁷² Ibid, vidi opširnije str. 1291.

¹⁷³ Visoki upravni sud RH, presuda broj Usž-2402/21 od 20. travnja 2022.

¹⁷⁴ Upravni sud u Zagrebu, presuda broj Uszp-43/20 od 21. travnja 2021.

konvenciju, smatrajući da ne postoje prepreke da osobe koje su u životnom partnerstvu pristupe ocjeni podobnosti i prikladnosti za posvojenje, a radi dobivanja pozitivnog mišljenja Centra za socijalnu skrb, kao nužnog uvjeta za upis u registar posvojitelja.

Drugostupanjski sud obrazlaže da, osim u smislu pravilnosti i zakonitosti postupanja javnopravnih tijela, konkretni slučaj treba ispitati i u kontekstu zaštite ljudskih prava i zabrane diskriminacije sukladno Europskoj konvenciji. Naime, konkretno pitanje ulazi u područje prava na privatni i obiteljski život iz članka 8. Europske konvencije, te prema dosadašnjoj praksi ESLJP-a¹⁷⁵, različito postupanje u kontekstu ostvarenja tog prava, koje se temelji na spolnoj orijentaciji, zahtijeva posebno ozbiljne razloge da bi isti mogli biti ocjenjeni opravdanim u vezi načela zabrane diskriminacije iz članka 14. Europske konvencije.

Nadalje, u presudi se obrazlaže da obzirom na stadij postupka ocjene podobnosti i prikladnosti potencijalnih posvojitelja, ne postoje opravdani razlozi za ostvarenje legitimnog cilja u smislu zaštite interesa djeteta, jer će se interes konkretnog djeteta da bude posvojeno procjenjivati u postupku usvojenja i pri odabiru posvojitelja upisanih u registar.

Mislim da svi ovi primjeri zorno prikazuju koliko su pretjerani pravni formalizam i zabrana diskriminacije danas u Hrvatskoj aktualne teme, koje još nisu dobile svoj konačan ishod, jer ovi primjeri iz upravne i sudske prakse pokazuju da smo tek na putu odmicanja od primjene zakona na pretjerano formalistički način i ostvarivanja načela zabrane diskriminacije u praksi, bez obzira na to što su već dulje vrijeme usvojeni zakonski i ustavni okviri za pravilnu primjenu načela zabrane diskriminacije u upravnom pravu. U svakodnevnom radu potrebno je mnogo više pažnje obratiti na vaganje ponekad suprotstavljenih procesnih načela i pravičnost u odnosu na cjeloviti ishod nekog upravnog postupka ili upravnog spora.

ZAKLJUČAK

Na temelju analize dostupne sudske prakse ESLJP i nacionalnih sudova iz područja upravnog prava na pitanje ovoga istraživačkog rada je li pretjerani pravni formalizam u smislu svake primjene prava koja dovodi do odluka koje su nerazumne, iracionalne ili u suprotnosti

¹⁷⁵ Vidi opširnije u presudi ESLJP, Schalk i Kopf protiv Austrije, zahtjev broj 30141/04

sa zdravim razumom u pojedinačnim slučajevima bio zapreka i otežavajuća okolnost za ostvarenje načela zabrane diskriminacije u području upravnog prava, možemo odgovoriti da jest.

Možemo zaključiti da država, i to kroz donošenje nepotpunih ili dvojbenih zakonskih odredaba, te državna tijela i sudovi, i to kroz tumačenje zakonskih odredaba na pretjerano formalistički način, mogu diskriminatorno postupati, ali isto tako da postoje alati koji su državnim tijelima, sudovima i pojedincima dostupni radi suzbijanja i onemogućavanja diskriminacije, tj. potpunog ostvarivanja načela zabrane diskriminacije u upravnom pravu.

Iako su primjeri europske sudske prakse o zabrani diskriminacije u upravnom pravu vezani za praksu ESLJP, obzirom da se ista razvila na poticaj i uz kasnije međudjelovanje Suda EU, smatrala sam da je u cilju podizanja standarda znanja europskog prava, a radi lakše primjene europskog prava u upravnom pravu, bilo potrebno nešto reći o sličnostima i razlikama koncepta diskriminacije i jednakog postupanja između ova dva europska suda.

I to upravo zato što se slažem sa zaključkom da je zaštita ljudskih prava, pa onda i zaštita od diskriminacije, primarno zadatak nacionalnih sudova država članica, a tek potom ESLJP u Strasbourgu i Suda EU u Luxemburgu, a obzirom da su sve države članice Europske unije ujedno i članice Vijeća Europe, te stranke Europske konvencije.¹⁷⁶

Na istraživačko pitanje ovog rada postoji li u Republici Hrvatskoj učinkovita zaštita od diskriminacije u upravnim postupcima i upravnim sporovima, možemo odgovoriti da takva zaštita postoji i da s vremenom postaje učinkovitija, te da je do sada glavni razlog u slučajevima kada ta zaštita nije bila učinkovita bio pretjerani pravni formalizam.

Nakon istraživanja recentne stručne i znanstvenu literature, te prakse ESLJP i Suda EU, kao i utjecaja iste na formiranje kriterija za primjenu načela zabrane diskriminacije u upravno sudskoj praksi, smatram da materijali proučeni i navedeni u ovom radu dokazuju da su ti kriteriji suprotni pretjeranom pravnom formalizmu u tumačenju i primjeni prava koji se

¹⁷⁶ Vasiljević i Vinković, Temeljna prava i zabrana diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova, Narodne novine: Zagreb, 2019, str. 1

pokazuje jednim od ograničavajućih faktora u pravilnoj primjeni europskih standarda u upravnom pravu.

Možemo zaključiti da u upravnim postupcima javnopravna tijela i kasnije upravni sudovi imaju sve alate (Zakon o suzbijanju diskriminacije, Ustav, Europsku konvenciju i Protokol 12, Osnivačke ugovore i Povelju o temeljnim pravima), da ne dopuste da bilo koja osoba pred tijelima državne vlasti bude na bilo koji način i po bilo kojoj osnovi diskriminirana

Već ranije u ovom radu citiran je sadržaj relevantnih odredaba Europske konvencije i Protokola broj 12, osnivačkih ugovora i Povelje, te je potrebno istaći nadređenost europskog prava nacionalnom pravu, ali i napomenuti da iako je pravni položaj Konvencije formalno iznad Zakona, a ispod Ustava Republike Hrvatske, a još 2000. sam Ustavni sud Republike Hrvatske je prvi put u svojoj odluci¹⁷⁷ Europskoj konvenciji u praksi dao kvaziustavni položaj.

Međutim i u samom članku 14. Ustava Republike Hrvatske propisano je da svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama. Svi su pred zakonom jednaki.

Zakonom o suzbijanju diskriminacije, koji je na snazi od 1. siječnja 2009. u članku 1. stavku 1. propisan je cilj Zakona i zabranjene osnove diskriminacije¹⁷⁸, a u stavku 2.¹⁷⁹ i 3.¹⁸⁰ što se sve smatra diskriminacijom.

¹⁷⁷ Ustavni sud RH, odluka U-I-745/99 od 8. studenoga 2000. (točka 4. i 8.)

¹⁷⁸ Stavkom 1. propisano je da se ovim Zakonom osigurava zaštita i promicanje jednakosti kao najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske, stvaraju se pretpostavke za ostvarivanje jednakih mogućnosti i uređuje zaštita od diskriminacije na osnovi rase ili etničke pripadnosti ili boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovnog stanja, članstva u sindikatu, obrazovanja, društvenog položaja, bračnog ili obiteljskog statusa, dobi, zdravstvenog stanja, invaliditeta, genetskog naslijeđa, rodnog identiteta, izražavanja ili spolne orijentacije.

¹⁷⁹ Stavkom 2. navedenog Zakona propisano je da se diskriminacijom u smislu ovoga Zakona smatra stavljanje u nepovoljniji položaj bilo koje osobe po osnovi iz stavka 1. ovog članka, kao i osobe povezane s njom rodbinskim ili drugim vezama.

¹⁸⁰ Stavkom 3. navedenog Zakona je propisano da se diskriminacijom smatra i stavljanje neke osobe u nepovoljniji položaj na temelju pogrešne predodžbe o postojanju osnove za diskriminaciju iz stavka 1. ovoga članka. Ovaj Zakon primjenjuje se na postupanje svih državnih tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima, te na postupanje svih pravnih i fizičkih osoba kad javna vlast ima diskrecijsko pravo odlučivanja i kod bilo kojeg drugog činjenja ili nečinjenja javne vlasti.

Iz sadržaja svih do sada citiranih nacionalnih i međunarodnih propisa razvidno je da Ustav Republike Hrvatske (... i druge osobine), Europska konvencija (... i druge okolnosti) i Protokol 12 (...i drugi status) imaju otvorenu klauzulu zabranjenih diskriminacijskih osnova, dok akti Europske unije (Povelja i osnivački ugovori) i Zakon o suzbijanju diskriminacije imaju zatvorenu klauzulu zabranjenih osnova za diskriminaciju.

Možemo zaključiti da se dva nivoa zaštite od diskriminacije pod koje ulazi Republika Hrvatska mogu opisati na način da ESLJP služi kao čuvar ljudskih prava, i to u smislu minimalnog standarda zaštite ljudskih prava, a izvan kojeg će se tolerirati različita praksa država članica, uvodeći pri tome pojam margine procjene, koji omogućuje određenu diskreciju država potpisnica u ispunjavanju zahtjeva Konvencije u svom domaćem pravnom poretku, te potičući zavisnost kada istovjetnost postoji i štiteći pluralizam tamo gdje nema suglasnosti, međutim taj sud može suditi samo u individualnim slučajevima, dok je uloga Suda Europske unija da jača ekonomsku integraciju kroz standardizaciju i harmonizaciju, koristeći pri tome svoju univerzalno pravo da jedini ima posljednju riječ u tumačenju prava Europske unije.¹⁸¹

Iz prethodno opisanih presuda ESLJP u kojima je utvrđena povreda načela zabrane diskriminacije u odnosu na Republiku Hrvatsku iz upravnog prava, razvidno je da je ESLJP u proteklih desetak godina upozoravao upravne sudove na nedopustivost pretjeranog pravnog formalizama u primjeni prava koristeći termine stereotip u smislu predrasuda, automatska primjena prava, pretjerano formalan i nefleksibilan način primjene prava, a što je uvijek pratilo i ne uzimanje u obzir svih relevantnih okolnosti ili specifičnih okolnosti slučaja, zanemarivanje općih načela ili ne stavljanje na vagu relevantnih načela.

Ustavni sud Republike Hrvatske vrlo često u proteklih deset godina u svojim odlukama uporno ponavlja, a neke od tih odluka su i izričito navedene već ranije u ovom radu, da su sudovi dužni tumačiti domaće pravo u skladu s konvencijskim standardima i prihvatiti nova načela za tumačenje prava i nove sudske tehnike za rješavanje slučajeva.

¹⁸¹ Snježana Vasiljević, Equality, non-discrimination & fundamental rights: Old habits die hard, vidi opširnije, str. 193. i 194.

Pri tome se Ustavni sud Republike Hrvatske najčešće koristi izrazom da su nadležna tijela i sudovi dužni tumačiti sve mjerodavne propise u njihovoj ukupnosti, stalno imajući na umu da njihove odluke ne smiju dovoditi do nerazumno i objektivno neopravdanog ishoda za samu stranku, te je potrebno izbjegavati mehaničku primjenu prava.

Alen Rajko¹⁸² dodatno zaključuje da je u novije vrijeme argument zdravog razuma sve prisutniji pri odlučivanju primjenjivača pravnih normi, te ističe da je i taj argument prvotno inauguriran od strane Ustavnog suda Republike Hrvatske u obrazloženju odluke¹⁸³ u kojoj se navodi da Ustavni sud ističe da se objektivni pravni poredak u društvu utemeljenom na vladavini prava ne može graditi, a zaštita ustavnih prava pojedinaca ne može se zasnivati na razlozima koji ne počivaju na argumentu „zdravog razuma“, pa stoga svako tumačenje mjerodavnog prava mora imati uporište u zdravom razumu i pravnoj logici jer bi u protivnom moglo imati apsurdne učinke u odnosu na ostvarivanje i zaštitu pojedinačnih prava, te se takav način tumačenja i primjene mjerodavnog prava posljedično ne može drugačije nazvati nego arbitrarnim.

Kao što je i već ranije istaknuto u ovom radu, mišljenja sam da je pretjerani pravni formalizam upravo ona primjena prava suprotna zdravom razumu, a koja ne uzima u obzir svrhu norme koja se primjenjuje i specifične okolnosti nekog pravnog slučaja na koji se ona primjenjuje.

Iz svega do sada iznesenog proizlazi da u upravno sudskoj praksi i dalje postoje problemi i otpori najvišim vrednotama vladavine prava u smislu jednakosti svih pred zakonom i zabrane diskriminacije, prevelika ugodnost gramatičkog tumačenja propisa i izbjegavanje odgovornosti za teleološka tumačenja i za vaganje suprotstavljenih načela, koja se od svih osoba koje danas primjenjuju pravo traže u demokratskom društvu.

Što se tiče tereta dokazivanja diskriminacije dojam je da je u postupcima pred nacionalnim sudovima žrtva često u situaciji da mora priložiti sav dokazni materijal ukoliko želi uspjeti s tužbenim zahtjevom, a što odstupa od europskog standarda da žrtva treba pokazati da je do diskriminacije došlo, a da navodni počinitelj treba dokazati da nije bilo

¹⁸² Alen Rajko, Argument zdravog razuma, <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2021B1497>

¹⁸³ Ustavni sud RH, odluka broj U-III-555/2015 od 9. srpnja 2015. (točka 11.)

diskriminacije ili da je ona u konkretnom slučaju bila opravdana postojanjem legitimnog cilja, razmjerna svrsi i nužna u demokratskom društvu.

Sanja Otočan u svom radu „Zaštita od diskriminacije u upravno sudskoj praksi“¹⁸⁴ navodi da se stranke u upravnim postupcima i upravnim sporovima sve češće pozivaju na načelo jednakosti odnosno zabranu diskriminacije te na izvore prava Vijeća Europe i Europske unije koji zabranjuje svaki oblik diskriminacije, a što je rezultiralo sve većim brojem odluka upravnih sudova i Visokog upravnog suda u kojima se razmatra postojanje diskriminacije.

Snježana Vasiljević¹⁸⁵ zaključuje da primjeri diskriminatornih postupanja iz sudske prakse pokazuju da unatoč brojnim zakonskim rješenjima, u stvarnosti nismo uspjeli dosegnuti standarde ravnopravnosti koji su prisutni u razvijenim državama članicama, a čemu je očigledno doprinijelo nepostojanje nadzornog mehanizma nakon pristupanja Europskoj uniji, pa se radi o ograničenom napretku, iako socijalne države u Europi imaju ne samo obvezu od suzdržavanja od povreda temeljnih prava nego i prisilnu pozitivnu obvezu njihove zaštite i promicanja, a obzirom da je jednaka razina zaštite temeljnih ljudskih prava u svim državama članicama nužan preduvjet za stabilnost vladavine prava i daljnju integraciju.

Obzirom da je tema ovoga rada ostvarenje načela zabrane diskriminacije u upravnom pravu, smatram da izneseni primjeri zorno prikazuju da i u slučaju kada država donese diskriminatorne ili manjkave zakone, i uprava i sudovi mogu iste protumačiti uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti i sveukupnost propisa koje primjenjuju, te važući relevantna načela i pri tome primjenjujući teleološki pristup, tj. svrhu ostvarivanja prava ili nametanja obveze.

Pretjerani pravni formalizam se stoga do sada u pojedinačnim slučajevima pokazao kao zapreka ostvarenju načela zabrane diskriminacije u upravnim postupcima i upravnim sporovima, radi se o problemu koji je uočen u sudskoj praksi, naročito od strane Ustavnog

¹⁸⁴ Sanja Otočan, Zaštita od diskriminacije u upravno sudskoj praksi, Zbornik radova 8. savjetovanja Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, Novosti u upravnom pravu i upravnosudskoj praksi, Organizator Zagreb, 2020, str. 147-191., vidi opširnije, str. 190.

¹⁸⁵ Snježana Vasiljević, Temeljna prava i vladavina prava u EU: izazovi prije i nakon pridruživanja // *Pravo i politika EU: stara pitanja novi odgovori*, Zagreb, HAZU, 2020., vidi opširnije, str. 23.

suda Republike Hrvatske i ESLJP, te se u ovom radu pokušalo ukazati na načine ispravljanja takvih pravnih situacija, a za što je svakako potrebno podići standard znanja europskog prava i kod državnih službenika i kod upravnih sudaca.

Pitanje je samo koliko smo u Republici Hrvatskoj u svim segmentima upravno sudske prakse predani uređenju svog vrta pravde u cilju odstranjivanja korova diskriminacije i koliko imamo želju da budemo zdravo društvo koje uključuje sve građane kao jednako vrijedne pojedince u odnosu na ostvarivanje svih naših ljudskih i zakonskih prava i u odnosu na sve naše obveze i odgovornosti prema drugim članovima zajednice sukladno našim mogućnostima.

Možemo zaključiti da za izbjegavanje pretjeranog pravnog formalizma postoje pravni alati u smislu postojećih propisa, znanstvene teorije i europske sudske prakse koji su dostupni državnim tijelima, sudovima i pojedincima, a upravo radi potpunog ostvarivanja načela zabrane diskriminacije u upravnom pravu, bez obzira želi li pojedinac ostvariti svoje pravo iz nekog upravnog područja bez da bude diskriminiran, ili se radi o službenim osobama koje primjenjuju zakone u upravnim postupcima i upravnim sporovima i koje su dužne otkloniti diskriminaciju ukoliko je ona već nastala.

Obzirom na javne kritike sudskih presuda i hrvatske sudbene vlasti općenito, a obzirom i na sadržaj odluka ESLJP-a na temu pretjeranog pravnog formalizma i zabrane diskriminacije u odnosu na Republiku Hrvatsku, smatram da bi rješavanju problema pojave pretjeranog pravnog formalizma u suđenju, doprinijelo uvođenje posebnog predmeta na pravnim fakultetima u Hrvatskoj u smislu stjecanja vještina funkcionalne interpretacije odredaba raznih propisa, kao što npr. na Sveučilištu u Edinburgu postoji predmet „Kako pravnički razmišljati?“, te bi daljnji korak za unapređenje situacije svakako bila provedba cjeloživotnog obrazovanja i državnih službenika i upravnih sudaca, i to podjednako i u teoriji i praksi.

Literatura

KORIŠTENI IZVORI:

Barić Sanja i Vincan Sanja, Ustavnopravno načelo jednakosti i pravno uređenje istospolnih zajednica, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Vol. 50 No. 1., 2013.

Cepo Marina, Ana-Marija Kovacevic & Lucic Martina, Sexual Orientation Discrimination- A European Perspective through the Practice of the Court of Justice of the European Union and of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, 4 ECLIC 1271 (2020)

Daka Marija, Reflections on the Principle of Equal Treatment in EU Law and the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and the European Convention on Human Rights, 9 ACTA UNIV. Sapientiae: LEGAL Stud. 5 (2020)

Danisi Carmelo, How Far Can the European Court of Human Rights Go in the Fight against Discrimination - Defining New Standards in Its Nondiscrimination Jurisprudence, 9 INT'L J. Const. L. 793 (2011)

Gardner John, On the Ground of Her Sex(uality), 18 OXFORD J. LEGAL Stud. 167 (1998)

Mańko Rafal, Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom/Sinthome, DE GRUYTER, DOI 10.1515/pol-2013-0011 – Pólemos 2013; 7(2): 207-233

Ofak Lana, Zaštita ustavnih jamstava poreznih obveznika u poreznim postupcima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Vol 59 god 55, 1/2018. str. 153-168

Omejec Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava – Strasbourgški acquis, drugo dopunjeno izdanje, Zagreb, Novi informator d.o.o., 2014.

Omejec Jasna, Zabrana diskriminacije u praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol 59 No 5, 2009. str. 873-979

Otočan Sanja, Zaštita od diskriminacije u upravno sudskoj praksi, Zbornik radova 8. savjetovanja Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, Novosti u upravnom pravu i upravnosudskoj praksi, Organizator Zagreb, 2020, str. 147-191

Pech Laurent, Between Judicial Minimalism and Avoidance: The Court of Justice's Sidestepping of Fundamental Constitutional Issues in *Romer* and *Dominguez*, 49 *CommonMarket L. Rev.* 1841 (2012)

Posner Richard A., Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution, 37 *Case W. Res. L. Rev.* 179, 1986

Rajko Alen, Argument zdravog razuma, <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2021B1497> uvid siječanj 2023,

Rodin Siniša, Bogdanović Tamara, Senjak Kristina, Priručnik Europski standardi u upravnom postupku, Ministarstvo pravosuđa RH, Pravosudna akademija, Zagreb, 2008.

Rodin Siniša, Diskurs i autoritarnost u europskoj i postkomunističkoj pravnoj kulturi, *Politička misao*, vol. XLII, br. 3, 2005., str. 41. – 64.

Spano Robert, The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the Judiciary, February 4th 2021, <https://doi.org/10.1111/eulj.12377> uvid lipanj 2022

Staničić Frane, Pretjerani pravni formalizam i postupci javne nabave, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, 67, (3-4), str. 531. – 564. (2017)

Tryfonidou Alina, Case C-507/18 *NH vAssociazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*: Homophobic speech and EU anti-discrimination law, *Maastricht Journal of European*

and Comparative Law, 2020, Vol. 27(4) 513–52,1 The Author(s) 2020, Article reuse guidelines:sagepub.com/journalspermissions,DOI:10.1177/1023263X20946535,maastrichtjournal.sagepub.com

Vasiljević Snježana i Vinković Mario, “Temeljna prava i zabrana diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova”, Narodne novine: Zagreb (2019).

Vasiljević Snježana, “Izazovi suvremenog antidiskriminacijskog prava – svjetlo na kraju tunela? u Ž. Potočnjak, I. Grgurev i A. Grgić, Zbornik radova sa Znanstvenog skupa “Perspektive antidiskriminacijskog zakonodavstva”, Pravni fakultet u Zagrebu, 2014.

Vasiljević Snježana, “New Law and Values: Anti-discrimination Law in Post-communist Countries “,Europeanization and Globalization, New Europe - Old Values? Reform and Perseverance/Bodiroga-Vukobrat, Nada; Rodin Siniša, Sander Gerald (Eds) (ur.). United Kingdom: Springer, 2015.

Vasiljević Snježana, Equality, non-discrimination & fundamental rights: old habits die hard! EU Labour, Equality and Human Rights Law, Conference Proceedings, University J. J. Strossmayer, Osijek, Faculty of Law (2015).

Vasiljević Snježana, Temeljna prava i vladavina prava u EU: izazovi prije i nakon pridruživanja // *Pravo i politika EU: stara pitanja novi odgovori*, Zagreb, HAZU, 2020.

Verović Josipa, Pretjerani pravni formalizam kao povreda prava na pošteno suđenje, portal IUS-INFO, 2. lipnja 2022.

SUDSKA PRAKSA:

Jurčić protiv Hrvatske, key case, zahtjev br. 54711/15, presuda od 4. veljače 2021.

Guberina protiv Hrvatske, key case, zahtjev br. 23682/13, presuda od 22. ožujka 2016.

Pajić protiv Hrvatske, zahtjev br. 68453/13, presuda od 23. veljače 2016.

Topčić-Rosenberg protiv Hrvatske, zahtjev br. 19391/11, presuda od 14. studenoga 2013.

Odluka i rješenje Ustavnog suda RH br. U-I-144/2019 i dr. od 29. siječnja 2020.

Odluka Ustavnog suda br. U-III-1233/2017 od 10. srpnja 2019.

Odluka Ustavnog suda br. U-III-4174/2017 od 28. studenoga 2018.

Odluka Ustavnog suda broj U-III-3034/12 od 21. veljače 2017.

Odluka Ustavnog suda broj U-III-5989/2013 od 9. veljače 2016.

Odluka Ustavnog suda broj U-III-1311/2014 od 17. srpnja 2015.

Odluka Ustavnog suda broj U-III-555/2015 od 9. srpnja 2015.

Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske broj Usž-2402/21 od 20. travnja 2022.

Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske broj Usž-1717/20 od 3. lipnja 2020.

Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske broj Usž-3563/16 od 9. studenoga 2016.
i broj Usž-3372/19 od 13. svibnja 2020.

Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske broj Usž-4169/16 od 12. travnja 2017. i
broj Usž-5018/18 od 18. travnja 2019.

Presuda Upravnog suda u Zagrebu broj UsI-1279/19 od 3. ožujka 2020.

Presuda Upravnog suda u Zagrebu broj UsI-1699/18 od 19. prosinca 2019.

Presuda Upravnog suda u Zagrebu broj UsI-1561/18 od 4. lipnja 2019.

Presuda Upravnog suda u Zagrebu broj UsI-1202/15 od 25. listopada 2016.

Presuda Upravnog suda u Zagrebu broj UsI-2983/13 od 27. travnja 2016.

